

T.C.  
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ŞEYBÂNÎ'NİN *EL-ASL* İSİMLİ ESERİNİN ‘‘KİTÂBU'L-BUYÛ‘  
VE'S-SELEM’’ BÖLÜMÜNDE İSTİHSAN METODUNUN  
UYGULANIŞI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hasan GÜÇLÜ

Enstitü Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri  
Enstitü Bilim Dalı: İslam Hukuku

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Murteza BEDİR

OCAK-2008

T.C.  
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**ŞEYBÂNÎ'NİN *EL-ASL* İSİMLİ ESERİNİN ‘KİTÂBU’L-  
BUYÛ‘ VE’S-SELEM’ BÖLÜMÜNDE İSTİHSAN  
METODUNUN UYGULANIŞI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

Hasan GÜÇLÜ

Enstitü Anabilim Dalı : Temel İslam Bilimleri  
Enstitü Bilim Dalı : İslam Hukuku

Bu tez 09/01/2008 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından oy birliği ile kabul edilmiştir.

**Prof. Dr. Recep Kaymakcan**

**Doç.Dr. Murteza Bedir**

**Doç.Dr. Muharrem Kılıç**

**Jüri Başkanı**

Kabul

Red

Düzeltme

**Jüri Üyesi**

Kabul

Red

Düzeltme

**Jüri Üye**

Kabul

Red

Düzeltme

## **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.

**Hasan GÜÇLÜ**

**1.12.2007**

## ÖNSÖZ

İslam Hukuku'nun temel kaynaklarından ilki olan Kur'an (kitap) doğal olarak hayatın her alanıyla ilgili hukuki çözümler ortaya koyan bir ilahi metin değildir. Bilakis hukuki açıdan kur'an toplum düzeniyle ilgili genel prensipler koymakla yetinmiş, ayrıntıların bir kısmını sünnete bırakmıştır. Ancak sünnet de bizatihi hukuk vaz eden bir kaynak değildir. Bu noktada değişen ve gelişen toplumsal yaşam karşısında meydana gelen yeni olaylara Kur'an ve Sünnet merkezli hukuki çözümler üretmek İslam bilginlerine kalmıştır. İslam bilginleri kur'an ve sünnetin yanında üçüncü ve dördüncü temel kaynak sayılan kıyas ve içtihad ile beraber sonraki usulcüler tarafından fer'î deliller olarak nitelendirilen bazı akıl yürütme metotları geliştirmişlerdir. İşte istihsan da bu akıl yürütme metotlarından biridir.

Çalışmamız Hanefi Mezhebi'nin temel kaynakları arasında önemli bir yeri olan Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'ye ait *Kitâbu'l-Asl* isimli eserin "Kitâbu'l-Buyû'Ve's-Selem" bölümünde istihsan metodunun nasıl kullanıldığını konu edinmiştir.

Konu tespitinden çalışmamızın son aşamasına kadar her konuda beni destekleyen ve çalışmamın her satırında emeği olan danışman hocam Doç. Dr. Murteza BEDİR'e, metin tercümesi noktasında kıymetli vaktini ayıran muhterem hocam Yakup Yıldız'a, çalışma esnasında karşılaştığımız metin problemlerinin çözümünde fikirlerinden istifade ettiğim hocam Dr. Muhammet Boynukalın'a, tercümeler hususunda destek veren Prof. Dr. Cevat Akşit'e ve Bünyamin Korucu'ya, sık sık tecrübelerine başvurduğum Pendik Haseki Eğitim Merkezi müdürü Dr. Hüseyin Kayapınar ve eğitim merkezi eğitmenleri N. Muhtar Acar, Yusuf Ciğer ve Hasan Canseven'e, örneklerin yorumu noktasında yardımcı olan değerli arkadaşım Yusuf Çiftçi'ye, tezimi okuyup eleştirileriyle yol gösteren Doç. Dr. Ramazan Biçer ve değerli ağabeyim Ekrem Sert'e, eğitim hayatım boyunca maddi manevi destekleriyle her zaman yanımda olan kıymetli büyük babam H.İbrahim Güçlü ve büyük annem Emine Güçlü'ye ve çalışmam boyunca hep yanımda olan değerli eşim Ayşegül Güçlü'ye teşekkürü borç bilirim.

**Hasan GÜÇLÜ**

**1.12.2007**

## İÇİNDEKİLER

<b>KISALTMALAR LİSTESİ</b> .....	<b>iv</b>
<b>TABLolar LİSTESİ</b> .....	<b>v</b>
<b>ÖZET</b> .....	<b>vi</b>
<b>SUMMARY</b> .....	<b>vii</b>

<b>GİRİŞ</b> .....	<b>1</b>
--------------------	----------

<b>BÖLÜM 1: ŞEYBÂNÎ'NİN HAYATI ESERLERİ VE <i>EL-ASL</i></b> .....	<b>5</b>
--	----------

1.1. Hayatı ve Eserleri .....	5
1.2. <i>El-Asl (Mebсут)</i> .....	6
1.3. El-Asl İsimli Eserin Bey' ve Selem Bölümü .....	9
1.3.1 Genel Bilgiler ve Bab Başlıkları .....	9
1.3.2 Bey' ve Selem Bölümünde İstihсан ve Kıyas Kavramlarının Kullanılışı..	11
1.3.2.1 İstihсан Kavramının Kullanılışı .....	11
1.3.2.2. Kıyas Kavramının Kullanılışı .....	12
1.3.3. Bey' ve Selem Bölümünde Akdin Geçerliliği İle İlgili Kullanılan Kavramlar.....	12
1.3.4 Bey' ve Selem Bölümünün Metninde Dikkat Çeken Bazı Problemler.....	14

<b>BÖLÜM 2: ŞEYBÂNÎ'NİN İSTİHSAN ANLAYIŞININ ARKA PLANI (BEY', SELEM VE İSTİHSAN)</b> .....	<b>18</b>
---	-----------

2.1. İslam Hukukunda Satım (Bey') ve Selem Akdi.....	18
2.1.1. Bey''in Tanımı ve Meşruiyeti.....	18
2.1.2. Bey' Akdinin Rüknu .....	18
2.1.3. Bey' Akdinin Şartları .....	19
2.1.3.1. İn'ikad Şartları: .....	19
2.1.3.2. Sıhhat Şartları.....	20
2.1.3.3. Nefaz Şartları .....	20
2.1.3.4. Lüzum (Bağlayıcılık) Şartı.....	21
2.1.4. Sahih Olup Olmama Bakımından Bey' Akdi .....	21
2.1.4.1. Batıl ve Fasit Akitler .....	21
2.1.4.2. Mevkuf Akit .....	22

2.1.4.3. Lazım (Bağlayıcı) Akit .....	22
2.1.5. Muhayyerlikler .....	23
2.1.5.1. Şart Muhayyerliği ( <i>Hıyaru's-Şart</i> ).....	23
2.1.5.2. Meclis Muhayyerliği ( <i>Hıyaru'l-Meclis</i> ).....	24
2.1.5.3. Görme Muhayyerliği ( <i>Hıyaru'r-Ru'yet</i> ) .....	24
2.1.5.4. Tayin Muhayyerliği ( <i>Hıyaru't-Ta'yin</i> ) .....	24
2.1.5.5. Kusur Muhayyerliği ( <i>Hıyaru'l-Ayb</i> ) .....	25
2.1.5.6. Nakit Muhayyerliği ( <i>Hıyaru'n-Nakd</i> ).....	25
2.2. İslam Hukukunda Selem Akdi .....	25
2.2.1. Tanım .....	25
2.2.2. Bir Hukûkî Kurum Olarak Selem .....	27
2.2.2.1. Selem'in Rükünü.....	28
2.2.2.2. Selemin Şartları .....	28
2.2.2.2.1. Sermaye İle İlgili Olan Şartlar .....	29
2.2.2.2.2. Malda Aranan Şartlar .....	30
2.2.2.2.3. Akitle İlgili Genel Şartlar.....	32
2.3. İslam Hukukunda İstihsan.....	32
2.3.1. İstihsan Hakkında Genel Bilgiler .....	32
2.3.2. İstihsanın Tarifi .....	34
2.3.3. İstihsanın Çeşitleri.....	36
2.3.3.1. Gizli Kıyas İstihsanı .....	36
2.3.3.2. Özel Bir Delil Sebebiyle Genel Kuraldan İstisna Şeklinde Gerçekleşen İstihsan.....	37
2.3.3.3. Nass Sebebiyle İstihsan.....	38
2.3.3.4. İcma Sebebiyle İstihsan .....	39
2.3.3.5. Zaruret Sebebiyle İstihsan.....	39
2.3.3.6. Örf Sebebiyle İstihsan .....	40
2.3.3.7. Maslahat Sebebiyle İstihsan.....	41
2.3.4. İstihsanın Huccet Değeri .....	41

### **BÖLÜM 3: İSTİHSAN – KIYAS ÖRNEKLERİ ..... 43**

1. Örnek: Selem Akdinde Verilen Sermayenin Sahte Para Olması .....	43
--	----

2. Örnek: Şartlı Selem Akdi .....	46
3. Örnek: Selem Konusu Malda İhtilaf .....	49
4. Örnek: Selemde Sermaye Teslimi İle İlgili İhtilaf .....	51
5. Örnek: Selem Ve Bey' Akitlerinin Karşılaştırılması .....	54
6. Örnek: Alışverişte Faiz .....	57
7 ve 8. Örnekler : Şartlı Satış .....	60
9. Örnek: Vekilin Tasarruf Yetkisinin Sınırları .....	62
10. Örnek: Mutlak Vekalette Belirleyici Unsur .....	65
11. Örnek: Şartlı Satışlar .....	67
12. Örnek: Şartlı Satışlar .....	71
13. Örnek: Satışta Vadenin Belirsizliği .....	72
14. Örnek: Satışta Birden Fazla Malda Muhayyerlik .....	74
15. Örnek: Muhayyerlik Ve Malda Kusur Meydana Gelmesi .....	76
16. Örnek: Hukuken Kullanılması Yasak Olan Malın Satımı .....	78
17. Örnek: Kusur Muhayyerliğinde Rızanın Tespiti .....	79
18. Örnek: Rıza Sayılan Fiile Rağmen Kusur Muhayyerliğini .....	82
19. Örnek: 'İne Satışı .....	84
20. Örnek: Nesep Tespiti Ve İkrar .....	86
21. Örnek: Satışta Teslim Alınmayan Cariyede İstibra .....	87
22. Örnek: Gasbedilen Cariyede İstibra .....	89
23. Örnek: Müslüman Olmayan Kimsenin Satın Aldığı Cariyede İstibra .....	90
24. Örnek: Muhayyerlik Ve Emanet .....	91
25. Örnek: Satışta Kabz Sayılan Fiiller .....	92
<b>DEĞERLENDİRME VE SONUÇ .....</b>	<b>95</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>100</b>
<b>EKLER.....</b>	<b>103</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>120</b>

## KISALTMALAR LİSTESİ

<b>b.</b>	: İbn (oğlu)
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>c.</b>	: Cilt
<b>DİA</b>	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
<b>h.</b>	: Hicri
<b>H.z.</b>	: Hazreti
<b>İA</b>	: Milli Eğitim Bakanlığı İslam Ansiklopedisi
<b>İfav</b>	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı
<b>Krş</b>	: Karşılaştırınız
<b>Meb</b>	: Milli Eğitim Bakanlığı
<b>r.anha</b>	: Radiyallahu Anha
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>Sav</b>	: Sallallahu Aleyhi Vesellem
<b>Tah</b>	: Tahkik Eden
<b>Vd.</b>	: Ve Devamı
<b>Terc</b>	: Tercüme Eden



## ŞEKİL LİSTESİ

<b>Şekil 1:</b> Geçerli Olup Olmama Bakımından Akitler .....	25
--	----

<b>Tezin Başlığı:</b> Şeybânî'nin <i>El-Asl</i> İsimli Eserinin <i>Kitâbu'l-Buyû'</i> Ve's-Selem Bölümünde İstihsan Metodunun Uygulanışı	
<b>Tezin Yazarı :</b> Hasan Güçlü	<b>Danışman:</b> Doç. Dr. Murteza Bedir
<b>Kabul Tarihi :</b> 9.1.2008	<b>Sayfa Sayısı:</b> vii (ön kısım) + 102 (tez) + 17 (ekler)
<b>Anabilim Dalı:</b> Temel İslam Bilimleri	<b>Bilim Dalı:</b> İslam Hukuku
<p>Bu tez Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin <i>Kitâbu'l-Asl</i> isimli eserinin <i>Kitâbu'l-Buyû'</i> ve's-Selem bölümünde istihsan metodunun nasıl uygulandığı konu edinen bir çalışmadır. Söz konusu eser Hanefî Mezhebi'nin fıkıh mirasını günümüze aktaran en önemli kaynaktır. Çalışma 3 bölüm ve bir ekten oluşmaktadır. Birinci bölümde imam Muhammed'in biyografisi, çalışmamıza konu olan eseri hakkında bilgiler verilmiştir. İkinci bölümde İslam hukukunda istihsan metodu ve bey' ve selem akitleriyle ilgili genel bilgiler yer almaktadır. Üçüncü bölümde İmam Muhammed'in söz konusu eserinin "Kitâbu'l-Buyû' ve's-Selem" bölümünden seçilen istihsan örnekleri detaylı olarak işlenmiştir. Ayrıca ekte örnek olarak işlenen farazi meselelerin metin ve tercümeleleri yer almaktadır.</p>	
<b>Anahtar kelimeler:</b> Şeybânî, İstihsan, <i>Kitâbu'l-Asl</i> , Bey', Selem	

<b>Title of Thesis:</b> Application of The Method Istihsan In The Chapter <i>al-Kitab al-Buyu' wa as-Salam</i> In The Book <i>Kitab al-Asl</i> of Shaybani	
<b>Author:</b> Hasan Güçlü	<b>Supervizor:</b> Doç. Dr. Murteza Bedir
<b>Date :</b> 9.1.2008	<b>Nu. Of paces:</b> vii (pre text) + 102 (main body) +17 (appendices)
<b>Department:</b> Basic Islamic Sciences	<b>Subfield:</b> Islamic Jurisprudence
<p>This is a study of the concepts of istihsan and qiyas in the chapters of bay' and salam of <i>Kitab al-Asl</i> of Muhammad b. Hasan as-Shaybani. <i>Kitab al-Asl</i> is the most important source of the Hanafi legal inheritance.</p> <p>The study is consists of three chapters. The first chepters gives İmam Muhammad's life with introdetors remembly about his <i>Kitab as-Asl</i>. The second chapters introduce islamic legal rules regarding bay' and salam as well as to become dense on istihsan in the history of islamic legal theory. The third chapter; the most important chapter of this study consist on simples selected from the chapters of "Buyu' And Salam" what contain the terms of istihsan an qiyas. Here the examples are analized in order to understand what is the shaybani meant this terms.</p>	
<b>Keywords:</b> Shaybani, Istihsan, <i>Kitâbu'l-Asl</i> , Bey', Salam.	

## GİRİŞ

İslam Hukuk İlmî'nin temel amacı, hem fertlerinin dünya ve ahiret mutluluğunu hem de yaşadıkları toplumda düzen ve adaleti sağlamaktır. İslam Hukuk bilginleri İslam Hukuku'nun bu amacını, kural koyucu otorite (şârî') tarafından vaz' edilen genel prensipleri hayat akışında karşılaşılan hukuki problemlere uygulayarak gerçekleştirmeye çalışmışlardır. Ne var ki İslam hukuk bilginleri bu genel prensiplerin, bazı hukuki problemlerin çözülmesi için katı formelci bir bakış açısıyla uygulamaya konulmaları halinde ne problemin hukukun temel amacı olan adaleti gerçekleştirmeye yönelik olarak çözümlenmesine ne de kural koyucu otoritenin söz konusu genel prensipten amaçladığı sonuca uygun düşmesine hizmet etmediğini görmüşlerdir. Bu noktada İslam hukukçuları, hukukun kendi içerisinde olması gereken mantıksal bütünlüğü ve kural koyucu otoritenin temel amacını da göz önünde bulundurarak genel prensipten istisna yöntemleri geliştirmişlerdir. Bu yöntemlerin en önemlilerinden biri de "istihsan"dır.

İslam hukuk tarihinde istihsan denilince ilk akla gelen Hanefî mezhebi bilginleridir. Bunda, istihsan kavramını ilk defa mezhebin kurucusu Ebu Hanîfe'nin kullanmış olmasının yanı sıra istihsan metodunun en çok Hanefî mezhebi bilginleri tarafından kullanılmış olması da etkili olsa gerektir. Tarihte istihsan kavramı ile Hanefî mezhebi bilginleri hep yan yana anılmıştır. Ancak bu anma her zaman iyi yönde olmamış aksine Hanefiler istihsan metodunu kullanmalarından ötürü İslam hukukunun önde gelen isimleri tarafından pek çok defa eleştirilmişlerdir. Hanefileri bu yönde eleştirenlerin başında imam Şafii zikredilse de İmam Şafii'nin eleştirileri dikkatle incelendiğinde bu eleştirilerin Hanefî bilginlerinin kullandığı istihsan metodu ile alakalı olmadığı açıkça görülecektir.

Hanefî mezhebi bilginlerince kullanılan istihsan metodunun anlaşılması noktasında kilit isimlerden birisi de İmam Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'dir. Zira Şeybânî (132/189) gerek Hanefî Mezhebi'nin teşekkülünde gerekse Hanefî fıkıh mirasının sonraki dönemlere aktarımında önemli bir noktadadır. Şeybânî her ne kadar mezhebin kurucusu sayılan İmam Azam Ebû Hanife'den sadece dört yıl gibi kısa bir dönem ders almış olsa da Ebû Hanife'nin fikhını, onun ders halkasında yetişen ve mezhep içerisinde yine

önemli bir yere sahip olan Ebû Yusuf'tan tamamlamıştır. Bu noktada Şeybânî'nin telif ettiği eserler de hem mezhebin iki önemli ismi olan Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'un hem de kendisinin fıkıh birikimini bize aktarması bakımından önem arz etmektedir.

Bilindiği gibi Şeybânî'nin eserleri sonraki dönemlere Rivâyet yoluyla ulaşmıştır. Bundan dolayı eserler riayet ilmi açısından tevâtür ve şöhret yoluyla Rivâyet edilenlerle ahad yolla Rivâyet edilenler olarak ayırma tabi tutulmuştur. Birinci guruba dahil olan eserler *Zâhiru'r-Rivâye* ikinci guruba dahil olan eserler ise *Nâdiru'r-Rivâye* olarak isimlendirilmiş ve *Zâhiru'r-Rivâye* asıl kabul edilmiştir.

*Zâhiru'r-Rivâye* içerisinde ise hem Şeybânî'nin ilk eseri sayılması hem de teferruat ve hacim olarak diğer eserlerden farklı olması bakımından *el-Mebsût* olarak da bilinen *Kitâbu'l-Asl* isimli esere ayrı bir önem verilmiştir. Eser sonraki dönem İslam hukuk bilginlerine kaynaklık teşkil ettiği gibi günümüzde de pek çok akademik araştırmaya konu olmuştur.

### **Çalışmanın Amacı**

Bu çalışma, Muhammed b. Hasan eş-Şeybanî'nin *Kitâbu'l-Asl* isimli eserinin “Kitâbu'l-Buyû' ve's-Salem” bölümünde istihsan metodunun nasıl uygulandığını, istihsan metodu uygulanırken hangi kriterlerin etkili olduğunu ve istihsan ile neyin kastedildiğini uygulamalı örneklerden hareket ederek ortaya koymayı amaçlamaktadır.

### **Çalışmanın Önemi**

Hanefî Mezhebi'nin içtihat usulünün anlaşılması noktasında iki önemli kriter vardır. Birincisi, giriş bölümümüzün başında da belirttiğimiz gibi, mezhebin fıkıh mirasını bize aktaran olarak Şeybânî ve eserleridir. İkincisi ise İstihsan metodudur. Çünkü Hanefî Mezhebi hukukçuları bu metodu en çok kullanan hukukçular olarak görülmektedir. Hanefî mezhebinin istihsan anlayışı ile ilgili çalışmalar yapılmıştır. Ancak mezhebin temel kaynakları üzerinde uygulamalı örneklerle detaylı bir çalışmanın yapılmadığını gördük. Çalışmamızın bu noktada önemli bir boşluğu dolduracağını düşünüyoruz.

### **Çalışmanın Yöntemi**

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümü olan birinci bölümde Şeybânî'nin biyografisi, eserleri ve özellikle çalışmamıza konu olan *El-Asl* eser ve eserin “Kitâbu'l-

Buyû‘ ve’s-Selem” bölümü hakkında genel bilgiler verilmiştir. Çalışmamızın amacı biyografi olmadığı için biyografik bilgiler mümkün olduğu kadar kısa tutulmuştur.

Çalışmamızın ikinci bölümünde Şeybânî’nin istihsan metodunu anlamamız noktasında yardımcı olması bakımından günümüz usulcülerinin istihsanı nasıl anladıkları konusu ile İslam hukukunda bey‘ ve selem akitleriyle ilgili genel bilgiler aktarılmaya çalışılmıştır. Birinci bölümde olduğu gibi tezimizin amacına binaen bu bölümler de kısa tutulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızda esas ve en önemli bölümü üçüncü bölümdür. Bu bölümde eserin ilgili bölümünden seçtiğimiz istihsan metodunun uygulandığı yirmi beş örnek bulunmaktadır. Seçilen örnekler, Şeybânî’nin kurgusunu tamamen yansıtacak şekilde, kendi cümlelerimizle anlatılmaya çalışılmıştır. Anlatımda, metinde akdin geçerli ya da geçersiz olmasıyla ilgili olarak kullanılan orijinal ifadeler parantez içinde gösterilmiştir. Örneklerdeki farazi meselelerin kurguları bu şekilde anlatıldıktan sonra Şeybânî’nin istihsan metodunu farazi meseleye uygularken nasıl bir yöntem izlediği kendi yorumumuzla ifade edilmeye çalışılmıştır. Kendi yorumumuzun ardından aynı meseleyle alakalı *el-Mebsût* isimli eserinden hareketle Serahsî’nin yorumu da eklenmiştir. Bazı örneklerde *el-Hidâye* ve *el-İhtiyâr* isimli eserlere de müracaat edilmiştir. İstihsanla ilgili tespit ettiğimiz muhtemel yorum ya da yorumlar ile bahsi geçen eserlerde tespit edilen yorumlar arasındaki benzer ve farklı yönler delilleriyle karşılaştırılmıştır. Her örneğin bu şekilde yorumlanmasından sonra örnekte kullanılan istihsan metodu ile alakalı kısa bir değerlendirme yapılmıştır. Yirmi beş örneğin tamamı aynı metotla incelenmiştir. Anlaşılacağı üzere tek tek örneklerden hareketle Şeybânî’nin istihsan ile ne kastettiği tüme varım metoduyla anlaşılmaya çalışılmıştır. Sınırlı sayıdaki örneklerimiz her ne kadar bütünü yansıtma noktasında sıkıntılı olsa da en azından bize bir fikir verecektir.

Yorumlanan her örneğin başına örneğin hangi konuyla ilgili olduğu hususunda bilgi vermesi bakımından başlıklar konmuştur.

Çalışmamızın sonunda, ana bölümde yorumlanan örneklerle ilgili bir değerlendirme yapıldıktan sonra elde edilen bulgular sonuç kısmında verilerek çalışma tamamlanmıştır.

Çalışmamızın ek bölümünde ise çalışmamıza konu olan örneklerin metin ve tercümelere yer almaktadır. Tercümede mümkün olduğu kadar metne sadık kalmaya çalışılmış, metinde olmayıp anlamayı kolaylaştırmak için kullanılan kelimeler parantez içine alınmıştır. Çalıştığımız eserde konular birbiriyle bağlantılı olduğu için bazı problemler birkaç sayfayı kapsayacak şekilde çok uzun anlatılmıştır. Tercümede, anlatımı uzun olan meselelerin konuyla ilgili olmayan kısımları meselenin anlaşılmasını kolaylaştırmak için atlanmıştır.

Çalışmamızda gerek selem akdi için gerekse bey' akdi için satıcı ve müşteri/alıcı ifadeleri kullanılmıştır.

Çalışma esnasında karşılaşılan metinle ilgili problemler hem örnek yorumlanırken hem de birinci bölümde ayrı bir başlık altında ele alınmaya çalışılmıştır.

Çalışmada *El-Asl* isimli eserin Kahire Üniversitesi matbaasında sadece “Kitâbu'l-Buyû' ve's-Selem” bölümü için yapılan tek ciltlik baskı ile Beyrut'ta beş cilt halinde yapılan baskısı olmak üzere iki farklı baskısı kullanılmıştır. Kaynak gösteriminde iki baskının karışmaması için Beyrut baskısına cilt numarası verilmiş, Kahire baskısına sadece sayfa numarası verilmiştir.

Çalışmada Türkçe olmayan karakterler için *DİA*'nın metodu takip edilmiştir. Buna göre hemze için üst virgöl, ayın için de üst ters virgöl, kullanılmıştır. Uzatma harfi olan elif için harfin üzerine şapka konmuştur.

Teknik terimler için kendi ifadelerimizi kullandığımız yerlerde terimlerin orijinalleri parantez içinde verilmiştir. Orijinal olarak verilen teknik terimler için ise parantez içi ya da dipnot şeklinde açıklamalar verilmiştir.

## BÖLÜM 1: ŞEYBÂNÎ'NİN HAYATI ESERLERİ VE *EL-ASL*

### 1.1. Hayatı ve Eserleri

Hanefî Mezhebi'nin kurucusu Ebû Hanîfe'nin önde gelen talebelerinden olan Ebû Abdullah Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî'nin ailesinin menşei Dımaşk'ta bulunan Haresta köyüne dayanmaktadır.<sup>1</sup> Şeybânî, babası Irak'a göç ettikten sonra hicri 132 yılında Vâsıt'ta doğmuş, Kufe'de yetişmiş daha sonra Bağdat'a yerleşmiştir.<sup>2</sup> Ebû Hanîfe vefat ettiğinde Şeybânî henüz on sekiz yaşında olduğu için Ebû Hanîfe'den ancak dört yıl kadar ders alabilmiş, ama fıkıh öğrenimini Ebû Hanîfe'nin yine en önde gelen talebelerinden olan Ebû Yusuf'la tamamlamıştır.<sup>3</sup> Şeybânî, Ebû Yusuf'tan başka İmam Mâlik, Süfyân es-Sevrî, İmam Evzaî gibi devrin büyük âlimlerinden İslamî ilimleri tahsil etmiştir.<sup>4</sup> Yirmi yaşındayken Kûfe'de ders vermeye başlamıştır.<sup>5</sup> İmam Şâfiî, Ebû Hafs el-Kebîr, Ebû Süleyman el-Cüzcâni, Muhammed b. Semâ'a, Muhammed b. Mukâtil, İbrahim b. Rüstem ve İsa b. Aban gibi her biri daha sonra değişik yönleriyle meşhur olacak olan âlimler ona öğrencilik yapmışlardır.<sup>6</sup> Hicri 180 yılında Harun Reşid tarafından Rakka kadılığına tayin edilmiştir. Bu görevi bir müddet devam ettirdikten sonra Bağdat'a dönmüş, hicri 189 yılında Harun Reşid ile beraber Horasan'a gitmiştir. Yine Harun Reşid tarafından Horasan kadısı olarak görevlendirilen Şeybânî hicri 189 yılında Rey şehrinde vefat etmiştir.<sup>7</sup> Büyük bir müctehid olmanın yanında Arap dili alanında da önemli bir yeri olan Şeybânî, Hanefî Mezhebi'nin teşekkülünde çok önemli ve hayati bir rol oynamıştır.<sup>8</sup>

Eserlerine gelince; Şeybânî'nin bütün eserleriyle ilgili detaylı bilgiler vermek konumuzun sınırlarını aşacağı için bu başlık altında sadece Şeybânî'nin bazı teliflerini isim olarak zikretmekle yetineceğiz. Ancak çalışmamızın ana malzemesini içeren *el-Asl*

<sup>1</sup> Şeybânî, Muhammed b. Hasan, *Kitâbu'l-Asl*, I, 15; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukûk-i İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, I, 392.

<sup>2</sup> Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, s. 16; Bilmen, Ömer Nasuhi (1985), *Kamus*, I, 393; Şeybânî, Muhammed b. Hasan, *Kitâbu'l-Asl*, I, 16.

<sup>3</sup> Ebû Zehra, Muhammed, *Ebû Hanîfe*, s. 233.

<sup>4</sup> Ebû Zehra, s. 233; Bilmen, Ömer Nasuhi, I, 392; Özel, Ahmet, s. 16; Şeybânî, Muhammed b. Hasan, *Kitâbu'l-Asl*, I, 15.

<sup>5</sup> Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, s. 16.

<sup>6</sup> Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, I, 392; Şeybânî, Muhammed b. Hasan, *Kitâbu'l-Asl*, I, 16; Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, s. 16.

<sup>7</sup> Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, I, 393; Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, s. 16.

<sup>8</sup> Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, s. 16.



ile ilgili ayrı bir başlık açılacaktır. Bilindiği gibi Şeybânî'nin eserleri Hanefî fıkında önemli bir yere sahiptir. Bu eserler sonraki âlimler tarafından Şeybani'ye aidiyeti noktasında taşıdıkları güvenilirlik derecesine göre iki gurupta değerlendirilmiştir; Şeybani'ye aidiyeti konusunda tereddüt olmayan ve mezhep çevrelerinde Hanefî fık doktrinin tespitinde yaygın olarak kullanılan dolayısıyla şöhret yoluyla Rivâyet edildiği belirtilen eserlere *Zâhiru'r-Rivâye* ya da *Usûl* adı verilmiştir. Buna karşılık daha az güvenilir yollarla aktarılan ve yaygın kullanılmayan eserlere ise *Nâdiru'r-Rivâye* denmiştir.<sup>9</sup>

*Zâhiru'r-Rivâye* olarak isimlendirilen eserleri: *el-Asl*, *ez-Ziyadât*, *el-Câmiu's-Sağîr*, *el-Câmiu'l-Kebîr*, *es-Siyeru's-Sağîr*, *es-Siyeru'l-Kebîr*'dir. *Nâdiru'r-Rivâye* olarak isimlendirilen pek çok eser olmakla beraber en meşhurları *Haruniyyât*, *Curcâniyyât*, *Keysâniyyât*, *Rakkiyyât*'tır. Bunların dışında *Kitabu'l-Âsâr* ve *el-Hucce alâ ehli'l-Medine* isimli telifler de Şeybânî'ye aittir. Müracaat ettiğimiz kaynaklardan Muhammed Ebû Zehra bu son iki eseri *Zâhiru'r-Rivâye* eserler arasında zikretmiştir. Hanefî alimlerinin biyografi ve eserleri üzerine özel bir çalışması bulunan Doç. Dr. Ahmet Özel ise *Nâdiru'r-Rivâye* eserleri içinde zikretmiştir ki bu geleneksel bilgiyi yansıtmaktadır; Ebu Zehra'nın iddiası ise kendi kanaatidir.<sup>10</sup>

## 1.2. *El-Asl (Mebûs)*

*Mebûs* adıyla da bilinen *el-Asl* isimli eser Şeybânî'nin ilk ve en hacimli eseri sayılmaktadır. Şeybânî'nin hayatı ve eserlerini konu alan bir doktora tezinde eserin Şeybânî'nin ilk eseri olmasıyla ilgili “Bu eserin İmam Muhammed'in en hacimli ve en önemli eseri olduğu doğrudur, ancak eser içerisinde İmam Muhammed'in diğer bazı kitaplarına atıflar yapılması (bkz. Şeybânî, Muhammed b. Hasan, *Kitâbu'l-Asl*, I, 87) onun İmam Muhammed'in ilk eseri olması konusunda kuşku uyandırmaktadır. Efgani bunların kitaba sonradan eklendiğini söylemekte ise de bunu gösteren açık argümanlar bulunmamaktadır”<sup>11</sup> şeklinde bir yorum yapılmıştır. Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla bu yorum doğru değildir. Zira çalışmamızın bu bölümünde “Bey' ve Selem Bölümünün Metninde Dikkat Çeken Bazı Problemler” başlığı altında da aktaracağımız

<sup>9</sup> Özel, Ahmet, *Hanefî Fık Alimleri*, s. 16; Ebû Zehra, Muhammed, *Ebû Hanîfe*, s. 235.

<sup>10</sup> Özel, Ahmet, *Hanefî Fık Alimleri*, s. 18; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, I, 393; Ebû Zehra, Muhammed, *Ebû Hanîfe*, s. 235-242.

<sup>11</sup> Taş, Aydın (2003), *Muhammed b. El- Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı*, Basılmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 27.

gibi metne sonradan eklendiğini edildiğini düşündüğümüz bir takım ilavelerin bulunması eseri rivayet eden Cüzcâni, müstensih ya da eserde tasarruf yetkisine sahip bir başkası tarafından bir takım değişikliklerin yapıldığı izlenimini uyandırmaktadır. Eserde Şeybânî'nin sonraki eserlerine yapılan söz konusu atıflar da eser üzerinde sonradan yapılan bu değişikliklerden sayılabilir. Dolayısıyla Efgânî'nin konuyla ilgili yorumu daha isabetli görünmektedir.

Şeybânî eserini Kûfe'de öğrencilerine yazdırmıştır.<sup>12</sup> Şeybânî bu eserde, Ebû Hanîfe'nin görüşlerini esas almakla birlikte görüş ayrılığı bulunan meselelerde kendisinin ve Ebû Yusuf'un görüşlerini de ayrıca zikretmiştir.<sup>13</sup> Şeybânî bunu kitabının başında da ifade etmiştir.<sup>14</sup> Eserde her bölümün başında önce kitabı aktaran râvînin, eseri Şeybânî'den aktardığına işaret eden kısa bir rivâyet zinciri bulunmaktadır. Daha sonra konuya giriş olarak kısa bilgi verilip ardından konuyla ilgili farazi bir mesele ortaya konulmuş ve meselenin nasıl çözümlenmesi gerektiğine değinilmiştir. Aynı konu çerçevesinde farklı olasılıklarla konunun detayları işlenmeye çalışılmıştır. Örneğin temizlik ve namaz kitabının (bölümünün) başında önce abdestin nasıl alınacağı anlatılmış, abdest alınırken abdest organlarının üçer defa yıkanması gerektiği belirtilmiş sonra 'ikişer defa yıkansa yeterli olur mu' şeklinde bir soru sorulup cevaplandırılmıştır; ardından yine 'birer defa yıkansa yeterli midir' şeklinde tekrar bir başka ihtimal gündeme getirilmiş ve cevaplandırılmıştır. Esasen neşir halindeki eserin ilk dört cildinin metodu bu şekildedir.<sup>15</sup> Ancak bu soru cevap metodu bazen değişmektedir. Örneğin Hac vazifelerini konu alan 'Kitabu'l-Menasik' bölümünde soru cevap metodu yerine konu detaylarıyla beraber direkt olarak işlenmektedir. Ancak Ebû'l Vefa el-Efgânî'nin neşir halinde olan esere eklediği notta 'Kitabu'l-Menasik' ve 'Kitâbu Edebi'l-Kâdî' bölümlerinin yazma nüshalardan hiç birinde bulunmadığı ve bu bölümlerin Hakim eş-Şehîd el-Mervezî'nin *Muhtasar*'ından alındığı kaydedilmektedir.<sup>16</sup> Dolayısıyla metodun değişmesi normal sayılabilir. Aynı şekilde çalışmamıza konu olan örneklerimizi

<sup>12</sup> Taş, Aydın, *Muhammed b. El- Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı*, Basılmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 27.

<sup>13</sup> Özel, Ahmet, *Haneftî Fıkıh Alimleri*, s. 17; Ünal, Halit, "el-Asl" DİA, III, 494; Şeybânî, Muhammed b. Hasan, *Kitâbu'l-Asl*, I, 8; Ebû Zehra, Muhammed, *Ebû Hanîfe*, s. 236.

<sup>14</sup> Bkz. Şeybânî, *Kitâbu'l-Asl*, I, 27.

<sup>15</sup> Taş, Aydın, *Muhammed b. El- Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı*, s. 29.

<sup>16</sup> Şeybânî, *Kitâbu'l-Asl*, I, 15.

aldığımız ‘Satışlar Ve Selem Akdi’ bölümünde ve başka bazı bölümlerde de metot soru cevap şeklinde değildir.

Eserde dikkat çeken yönlerden biri de konuların çok detaylı incelenmiş olmasıdır. Neşir halindeki eserin ilk 4 cildinin edisyon kritiğini yapan Ebû'l Vefa el-Efgâni, eserle ilgili eski alimlerin yorumlarını aktarırken şöyle bir yoruma dikkat çekmektedir: “*Mebсут*’u (*el-Asl*) okuyan onu anlamaktan aciz kalır. *Mebсут* öyle bir kitaptır ki onu dikkatle okuyan bir alim yazarının derin bilgisi, fıkhıdaki ince anlayışı, bir tek meseleden pek çok meseleyi çıkartmasından dolayı kafası karışır.”<sup>17</sup>

Efgani, *Zâhiru’r-Rivâye* diye isimlendirilen kitapların içinde en güzel ve en kapsamlı olanın Şeybânî’nin bu eseri olduğunu kaydeder. Kitabın *el-Mebسût* olarak isimlendirilmesini de eserde konuların detaylı olarak işlenmiş olmasına bağlar. Yine Efgani, bu eserin *Zâhiru’r-Rivâye* kategorisinde değerlendirilen diğer eserlerin aslı olduğunu belirtir. Zira sonraki âlimlerden pek çoğu kendilerine ulaşan şerh ve delilleriyle beraber onu ezberlemişlerdir. Hicri 334 yılında vefat eden Hakim eş-Şehid el-Mervezî, İmam Muhammed’in eserlerini, tekrarları çıkartarak özetlemiş ve bu kitaba “*Muhtasarü’l-Kafi*” ismini vermiştir. Sonraki dönemlerde ise Mervezî’nin *Muhtasar*’ı üzerine pek çok âlim şerh yazmıştır. Bunlardan bazıları; Ebû Cafer Muhammed b. Abdullah b. Muhammed el-Hendâni el-Belhî (ö. 362), Abdülaziz b. Ahmed el-Buhârî (ö.448), onun talebesi Havâherzâde Ebû Bekir Muhammed b. Hasan el-Buhârî (ö.483), Fâhru’l-İslam Pezdevî (ö.482), Şemsü’l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl es-Serahsî (ö.490)’dir. Mervezî’nin *Muhtasar*’ı üzerine yazılan şerhler arasında en güzel ve en meşhur sayılan şerh Serahsî’nin *el-Mebسût* olarak bilinen şerhidir.<sup>18</sup>

*El-Asl*’ı Şeybânî’den pek çok talebesi Rivâyet etmiştir. Bunlardan bazıları; Ebû Süleyman el-Cüzcânî, Muhammed b. Semâ’a et-Temîmî ve Ebû Hafs el-Kebîr el-Buhârî’dir.<sup>19</sup> Ancak bu Rivâyetlerin en güvenilir ve en meşhur olanı Ebû Süleyman el-Cüzcânî’nin Rivâyeti sayılmaktadır.<sup>20</sup> Elimizde neşir halinde bulunan eserin çoğunun Cüzcânî Rivâyeti bir kısmının da Ebû Hafs Rivâyeti olduğu söylenmektedir.<sup>21</sup> Eserin

<sup>17</sup> Bkz. Şeybânî, *Kitâbu’l-Asl*, I, 6.

<sup>18</sup> Şeybânî, *Kitâbu’l-Asl*, I, 13.

<sup>19</sup> Şeybânî, *Kitâbu’l-Asl*, I, 8.

<sup>20</sup> Ünal, Halit, “el-Asl” DİA, c. III, İstanbul, 494; Ebû Zehra, Muhammed, *Ebû Hanîfe*, s. 237; Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, s. 17.

<sup>21</sup> Taş, Aydın, *Muhammed b. El- Hasan eş-Şeybânî’nin Hukuk Anlayışı*, s. 28.

farklı kütüphanelerde pek çok yazma nüshası mevcuttur. Eserin bey‘ ve selem bölümü ilk defa Şefik Şehhata tarafından yayınlanmıştır.<sup>22</sup> Ebu'l-Vefa el-Efgani eserin yaklaşık üçte-birlik bölümünü Şehhata'nın yaptığı cildi de ekleyerek beş cilt halinde yayınlanmıştır.<sup>23</sup> Hanefi mezhebinin ilk ve en temel kaynağı olan bu eserin tamamı maalesef henüz yayınlanamamıştır.

### 1.3. El-Asl İsimli Eserin Bey‘ ve Selem Bölümü

#### 1.3.1 Genel Bilgiler ve Bab Başlıkları

Çalışmamızda incelemeye çalıştığımız örnekleri eserin bey‘ ve selem bölümünden aldığımız için bu bölümle ilgili bilgi vermenin doğru olacağını düşünüyoruz. Bey‘ ve selem bölümü neşir halindeki eserin beşinci cildini teşkil etmektedir. Bu bölümde daha önce bahsettiğimiz soru cevap metodu kullanılmamıştır. Bunun yerine kısa bir Rivâyet zincirinden sonra faiz ile ilgili meşhur hadis zikredilmiştir. Bu hadisten sonra yine selemle ilgili bir hadise yer verilmiştir. Bu iki hadisin ardından konular yine farazi olaylar halinde detaylarıyla incelenmiştir. Bölümde toplam yirmi başlık vardır. Bu başlıkları şu şekilde sıralayabiliriz.

1. Babu's-Selem (باب السلم): Selem Babı.
2. Babu'l-Vekale fi's-Selem (بَابُ الْوَكَالَةِ فِي السَّلْمِ): Selemde Vekalet Babı
3. Babu'l-Buyû'u'l-Fâside (بَابُ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ): Fasit Satış Babı.
4. Babu'l-Buyû' İzâ Kâne Fîhâ Şartun Yüfsiduhâ (بَابُ الْبُيُوعِ إِذَا كَانَ فِيهَا شَرْطٌ ) (يفسدها): Satışta, Satım Akdini Geçersiz (Fasit) Kılan Bulunması Babı.
5. Babu'l-Buyû'i'l-Câize ve Mahtelefe Minhâ fi's-Semeni (بَابُ الْبُيُوعِ الْجَائِزَةِ ) (وما اختلفَ منها في التَّمَنِ): Geçerli (caiz) satış ve Semende (Bedelde) Anlaşmazlık Babı.
6. Babu'l-Buyû'u'l-Fâside Min Kıbelil'l-Ecel (بَابُ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ مِنْ قَبْلِ ) (الأجل): Zaman (Vade) Bakımından Geçersiz (Fasid) Satış.

<sup>22</sup> Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, *El-Asl*, Tah: Şefik Şehhata, Kahire,1954.

<sup>23</sup> Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, *Kitâbu'l-Asl El-Ma'rûf bi'l-Mesûl*, Tah: Ebu'l-Vefa Efgânî, Karaçi, 1966.

7. Bâbu'l-Hıyâr (بَابُ الْخِيَارِ): Muhayyerlik Babı.
8. Bâbu'l-Hıyâr Bi Gayri Şartın (بَابُ الْخِيَارِ بغير شرط): Şartsız Muhayyerlik Babı.
9. Bâbu'l-Murâbaha (بَابُ الْمُرَابَحَةِ): Murabaha Babı.
10. Bâbu'l-'Uyûb Fi'l-Buyû'i Küllihâ (بَابُ الْعُيُوبِ فِي الْبُيُوعِ كُلِّهَا): Bütün Satışlarda Kusur Babı.
11. Bâbu Buyû'i Ehli'z-Zimmeti Ba'duhum Min Ba'din (بَابُ بَيْعِ أَهْلِ الذِّمَّةِ ) بعضُهم من بعض): İslam Toplumunda Yaşayan Gayrı Müslimlerin (Zimmî) Birbirleriyle Alış Verişleri Babı.
12. Bâbu Buyû'i Zevi'l-Erhâm (بَابُ بَيْعِ ذَوِي الْأَرْحَامِ): Kan Bağı Olan (Köle ve Cariyelerin) Satımı Babı.
13. Bâbu'l-Emeti'l-Hâmili İzâ Bî'at (بَابُ بَيْعِ الْأَمَةِ الْحَامِلِ إِذَا بَيْعَتْ): Hamile Cariyenin Satımı Babı.
14. Bâbu'l-İstibrâ Fi'l-Buyû'i ve Gayrihâ (بَابُ الْإِسْتِبْرَاءِ فِي الْبُيُوعِ وَغَيْرِهَا): Satım Ve Diğer Hukuki Tasarruflarda İstibra Babı.
15. Bâbu'l-İstibrâ Fi'l-Uhteyni Fi'l-Bey'i ve Gayrihî (بَابُ الْإِسْتِبْرَاءِ فِي الْأَخْتَيْنِ ) (في البيع و غيره): Satış ve Diğer Hukuki İşlemlerde İki Kız Kardeşin İstibrası Babı.
16. Bâbun Âharu Mine'l-Hıyâri Fi'l-Bey'i (بَابُ آخِرُ مِنَ الْخِيَارِ فِي الْبَيْعِ): Satışta Muhayyerlikler Hususunda Başka Bir Bab.
17. Bâbu Bey'i'n-Nahli (بَابُ بَيْعِ النَّحْلِ): Hurmanın Satımı Babı.
18. Bâbu'r-Racüli Yebî'u'l-'Abde Fecenâ 'Aleyhi'l-Bâi'u ve'l-Müşterî Kable'l-Kabdi Sümme Yemûtü min Cinâyetihimâ (بَابُ الرَّجُلِ يَبِيعُ الْعَبْدَ فَيَجْنِي ) (عليه البائع والمشتري قبل القبض ثم يموت من جنايتهما): Bir Kölenin Satımından Sonra Müşteri Henüz Malı Teslim Almadan Satıcı Ve Müşterinin Cariyeye Fiili Zarar Vermeleri Ve Bu Zarardan Dolayı Cariyenin Ölmesi Babı.

19. Bâbu Bey‘i’r-Racüli’l-‘Abde Evi’l-Emete Feyezidü Kable’l-Kabdi Ev Yenkusü Ev Telidü Veleden Feyemûtü Veledühâ Ev Yahdüsü Bihâ Aybün ( باب بيع الرَّجُلِ الْعَبْدِ او الأمة فيزيد قبل القبض او ينقص او تلد ولدا فيموت ولدها او ) (يحدث به عيب): Köle ya da Cariyenin Satımından Sonra Satılan Malın Değerinin Azalması, Artması ya da Cariyenin Bir Çocuk Doğurması Ve Çocuğun Ölmesi veya Çocukta Bir Kusur Meydana Gelmesi Babı.

20. Bâbu Kabdi’l-Mebî‘i Bi Emri’l-Bâi‘i Ev Bi Gayri Emrihî ve Kad Kabeda’l-Bâi‘u’s-Semene Ev Lem Yakbid ( باب قبض المبيع بأمر البائع او بغير ) (امره و قد قبض البائع الثمن او لم يقبض): Satıcının Emriyle ya da Emri Olmaksızın Malın Teslim Alınması ve Satıcının Bedeli Almış ya da Almamış Olması Babı.

### 1.3.2 Bey‘ ve Selem Bölümünde İstihsan ve Kıyas Kavramlarının Kullanılışı

#### 1.3.2.1 İstihsan Kavramının Kullanılışı

Çalışmamıza konu olan örneklerde tespit edebildiğimiz kadarıyla Şeybânî istihsan ve kıyas kavramlarını birkaç yer hariç beraber kullanmıştır. Şeybânî istihsan kavramını çoğunlukla ‘istihsan yapıyorum’ ( استحسن ) şeklinde istihsan görüşünü kendine nispet ederek nefsi mütekellim vahde sigasıyla (birinci tekil şahıs) kullanmıştır.<sup>24</sup> Ancak Şeybânî’nin eserinin başında da ifade ettiği gibi görüş ayrılığı zikredilmediği sürece bu gibi yerlerdeki istihsan görüşünü kime nispet edildiğine bakmaksızın her üç imamın da görüşü olarak kabul ediyoruz. Bazı örneklerimizde de istihsan kavramı ‘istihsan yapıyoruz’ ( نستحسن )<sup>25</sup>, ‘istihsanı alıyoruz’ ( نأخذ بالاستحسان )<sup>26</sup>, ‘bu bizden istihsandır’ ( هذا هو )<sup>27</sup> şeklinde nefsi mütekellim me‘a’l-ğayr (birinci çoğul şahıs) sigasıyla kullanılmıştır. Çoğul siganın kullanımında normal şartlarda anlaşılması gereken her üç imamın da istihsan gereği olan hükmü kabul ettiğiidir. Ancak mesela üç imamdan birinin konuyla ilgili farklı görüşü daha önce zikredilmişse<sup>28</sup> veya istihsan görüşünü iki imamın aldığına dair bir kayıt varsa<sup>29</sup> bu durumda çoğul sigası ile sadece

<sup>24</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 14, 38, 73, 97, 99, 117, 136, 137, 147, 181, 182, 205, 242, 271.

<sup>25</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 14.

<sup>26</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 27, 250.

<sup>27</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 32, 147.

<sup>28</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 14.

<sup>29</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 14.

onlar kastedilmiştir. Örneklerimiz arasında tek bir yerde de istihsan kavramı ‘bu güzel görülür-bunda istihsan yapılır’ (يُسْتَحْسَنُ ذَلِكَ) şeklinde üç imamdan herhangi birine nisbet edilmeksizin kullanılmıştır.<sup>30</sup> Örneklerimiz arasında 3 yerde istihsan başka kavramlarla ifade edilmiştir. Örneğin iki örnekte kıyasın terk edildiği belirtildikten (أدع القياس) sonra Arapçada pek çok anlam ifade edebilen bir fiil olan (جعل), nefsi mütekellim vahde sigasıyla (أجعل) şeklinde, istihsan gereği olan hüküm için kullanılmış, istihsana gidildiği ayrıca zikredilmemiştir.<sup>31</sup> Biz söz konusu örneklerde istihsana gidildiğini kıyasın terkedilmiş olmasından anlıyoruz. Bir yerde de (ندع القياس ونجيزه) şeklinde istihsan kavramının yerine ‘caiz olma’ anlamına gelen (جاز) fiili kullanılmıştır.<sup>32</sup>

### 1.3.2.2. Kıyas Kavramının Kullanılışı

Metinde bazen kıyasın terk edildiğine hiç değinilmemiş<sup>33</sup> bazen de farklı şekillerde ifade edilmiştir. Örneğin araştırmamıza ikinci örnek olarak aldığımız meselede kıyasın terki ‘şu durumda kıyası, şu durumda ise istihsanı alıyoruz’ şeklinde ifade edilmiştir.<sup>34</sup> Bundan başka ‘bu bizden istihsandır, kıyas değil’ (هذا استحسان منا ليس بقياس)<sup>35</sup>, ‘kıyas gereği şöyle olması gerekir ancak ben istihsanı alıyorum’ (في القياس ينبغي كذا وكذا ولكننا ندع) (في القياس)<sup>36</sup>, ‘burada istihsan yapıyor ve kıyası terk ediyorum’ (أستحسن ذلك و ادع القياس) (فيه)<sup>37</sup>, ‘bu iki mesele kıyas gereği aynı hükmü almalıdır. Ancak ben şu meselede istihsanı alıyorum’ (في القياس سواء ولكن أستحسن في) gibi ifadeler de kıyasın terk edildiğine dair kullanılan ifadelerdir.

### 1.3.3. Bey‘ ve Selem Bölümünde Akdin Geçerliliği İle İlgili Kullanılan Kavramlar

Esasen çalışmamız boyunca akdin geçersiz olduğu durumlarda bu geçersizliğin hangi kavramla ifade edildiğini parantez içinde göstermeye gayret ettik. Ancak doğal olarak konu bütünlüğünün bozulmaması açısından çalışmamız içerisinde hangi kavramın eserin neresinde ve hangi örnekte ne şekilde kullanıldığını detaylandırmamız mümkün olmadı. Bundan dolayı ayrı bir başlık altında çalışmamıza konu olan örneklerde

<sup>30</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 73.

<sup>31</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 252, 280.

<sup>32</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 55.

<sup>33</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 14, 73.

<sup>34</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 27.

<sup>35</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 32.

<sup>36</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 55.

<sup>37</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 73, 117, 247.

Şeybânî'nin akdin geçerli olup olmadığını hangi kavramlarla ifade ettiğini kısaca aktarmayı uygun gördük. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Şeybânî akdin geçerli olduğunu üç farklı kavramla ifade etmiştir. Bunlardan birincisi (جانز) ifadesidir ki “bey‘/selem caizdir” şeklinde hem selem akdi hem bey‘ akdinin geçerliliği için kullanılmıştır.<sup>38</sup> Akdin geçerliliğini anlatmak üzere kullanılan diğer iki ifade ise sadece bir yerde kullanılan (نجيزه) “caiz görüyoruz”<sup>39</sup> ifadesi ile iki yerde kullanıldığını tespit ettiğimiz (لا بأس) “sakınca yoktur” şeklindeki ifadedir.<sup>40</sup>

Metinde akdin geçersizliğini ifade eden kavramlar ise daha çoktur. Bu kavramlardan ilki (لا يجوز) “(akit) caiz değildir” şeklindeki ifadedir.<sup>41</sup> İkinci olarak (فاسد) “(akit) fasittir” ifadesi de akdin geçersiz olduğunu anlatmak üzere sıkça kullanılmıştır.<sup>42</sup> Bazen de hem “caiz değildir” hem de “fasittir” ifadesi (لا يجوز السلم في هذا و السلم فاسد) “bu durumda selem akdi caiz değildir, fasittir” ya da (كان هذا فاسد لا يجوز/ فهذا بيع فاسد لا يجوز) “bu (akit) fasittir caiz değildir/ bu satış fasittir caiz değildir” şeklinde beraber kullanılmıştır.<sup>43</sup> Örneklerimiz arasında bir yerde de “caiz değildir” ifadesi (باطل لا يجوز) şeklinde “batıl” kavramıyla beraber kullanılmıştır.<sup>44</sup> Akdin geçersiz olduğunu ifade eden bir diğer kavram da “(akitte) hayır yoktur” şeklinde tercüme edebileceğimiz (لا خير) ifadesidir.<sup>45</sup> Bunlardan başka bir yerde “(akit) batıldır” (باطل) tek başına kullanılmış<sup>46</sup>, tek bir yerde (لا بيع بينهما) “aralarında akit olmamıştır” şeklinde bir ifade kullanılarak akdin geçersiz olduğunu anlatılmak istenmiştir.<sup>47</sup>

Konuyu tamamlamadan önce bir hususa daha işaret etmek istiyoruz. Bey‘ ve selem bölümündeki istihsan örneklerini incelemeye çalıştığımız *el-Asl* isimli eser, bilindiği gibi Hanefî mezhebinin henüz oluşum döneminde olduğu bir zamanda kaleme alınmıştır. Şu halde mezhebin oluşumu henüz tamamlanmamış olduğundan kullanılan kavramlar da fıkhıta bu gün kullanılan anlamları çerçevesinde henüz yerine oturmamıştır. *El-Asl* isimli eserde de bunun izlerini görmek mümkündür. Mesela

<sup>38</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 14, 42, 72, 73.

<sup>39</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 55.

<sup>40</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s.55, 205.

<sup>41</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 73, 99.

<sup>42</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 41, 42, 97, 68, 99.

<sup>43</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 13, 54, 97, 99.

<sup>44</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 136.

<sup>45</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 27, 68, 99.

<sup>46</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 117.

<sup>47</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 147.



çalışmamıza beşinci örnek olarak aldığımız, selem akdinde sermaye kabzedilmeden tarafların ayrılması durumunda akdin “fasit” olacağı, tarafların akde geri dönmek istemeleri durumunda akdin yeniden yapılması gerektiği belirtilmiştir. Oysa Hanefi mezhebinin fasit-batıl akit teorisi açısından düşündüğümüzde bu akdin “batıl” kavramıyla anlatılması gerekirdi. Çünkü eğer akit terimleşme sürecinden sonra kastedilen anlamıyla fasit olsaydı taraflar fesat unsurunu ortadan kaldırıp yeni bir akde ihtiyaç duymadan akdi devam ettirebilirlerdi. Örneğimizde ise tarafların akdi devam ettiremeyecekleri ancak yeniden akit yapmaları gereğine dikkat çekilmiştir.<sup>48</sup> Akdin yeni baştan kurulmasını gerektiren sebep ise selem akdinde tarafların sermaye kabzedilmeden ayrılmaları durumunda akdin batıl olmasıdır. Sonuç olarak bu örneğimizde akdin geçersizliğini anlatan “fasit” ifadesi kavramlaşma sürecinden sonra geçersizliği “batıl” kavramıyla ifade edilen akit için kullanılmıştır. Bu konuya sadece eser kavramlaşma sürecinden önce kaleme alındığından dolayı, akdin geçersizliğini anlatmak üzere kullanılan kavramların birbirlerinin yerine kullanılmış olabileceğine dikkat çekmek için değinmiş olduk. Daha fazlası çalışmamızın kapsamını aşacağı için bu kadarla yetinmek istiyoruz.

#### 1.3.4 Bey‘ ve Selem Bölümünün Metninde Dikkat Çeken Bazı Problemler

Bu başlık altında da çalışmamız esnasında karşı karşıya kaldığımız bazı problemlere, ilginç noktalara ve bunlardan çıkardığımız sonuçlara değinmek istiyoruz. Araştırmamıza konu olan *el-Asl* isimli eserin en güvenilir ve en meşhur ravisinin Ebû Süleyman el-Cüzcânî olduğunu daha önce belirtmiştik. Elimizde neşir halindeki eserin en başında bulunan Kitâbu’t-Tahâre ve’s-Salât bölümü “Ebû Süleyman el-Cüzcânî, Muhammed b. Hasan’dan aktarıyor, Muhammed b. Hasan şöyle dedi: Size Ebû Hanife’nin görüşlerini, Ebû Yusuf’un görüşlerini ve kendi görüşümü açıkladım. Eğer bir ihtilaf zikredilmediyse bu hepimizin görüşüdür” şeklinde başlamaktadır.<sup>49</sup> Ancak eser dikkatle incelendiğinde Cüzcânî’nin Rivâyetine sonradan müdahaleler olduğu gözlenmektedir. Bu durum en çok ibarenin akışından anlaşılmaktadır. Esasen çalışmamız esnasında bu tür problemlere az çok değineceğiz. Ancak bütünlük arz etmesi açısından bu problemlere ayrıca dikkat çekmek gerekiyordu.

<sup>48</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 41.

<sup>49</sup> İbarenin aslı şöyledir: أبو سليمان الجزجاني عن محمد بن الحسن قال: قد بينت لكم قول أبي حنيفة و أبي يوسف و قولي. وما لم يكن فيه اختلاف فهو قولنا جميعا.

Metinle ilgili dikkat çeken en önemli sorunlardan birisi istihsan görüşünün nispeti meselesidir. Metnimizde istihsan kavramı, çalışmamıza on birinci örnek olarak aldığımız meselede birinci tekil şahıs olarak (إني أستحسن) şeklinde kullanılmış ve herhangi bir görüş ayrılığında bahsedilmemiştir.<sup>50</sup> Dolayısıyla el-Cüzcânî'nin Şeybânî'den aktardığı eserin başındaki ifadeler dikkate alındığında buradan üç imamın da aynı görüşü paylaştığı sonucu çıkmaktadır. Ancak sonraki dönem eserlerden *el-Hidâye* ve Serahsi'nin *el-Mebsût*'unda istihsan görüşünün Ebû Hanife'ye ait olduğu, Ebû Yusuf ve Şeybânî'nin bu meseleyle ilgili görüşlerinin farklı olduğu vurgulanmaktadır ki bunları örneği işlerken detaylı olarak anlatacağız.

Yine çalışmamıza üçüncü örnek olarak aldığımız meselenin metninde, selem akdinde malın aslı (cinsi) hususunda taraflar arasında anlaşmazlık çıkması durumu işlenmiş, bu gibi bir durumda tarafların yeminleşip selem akdini bozmaları gerektiğine hükmedilmiş ve bu görüş Ebû Yusuf'a nispet edilmiştir. Ancak diğer iki imamın görüşüne değinilmemiştir. Buna karşılık metnin devamında selem konusu malın özellikleri hususunda çıkan anlaşmazlık durumunda istihsan görüşünün terk edilip kıyasın alındığı birinci çoğul şahıs zamiriyle (وبالقياس نأخذ) “kıyası alıyoruz” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>51</sup>

Çalışmamızda işlediğimiz yedi ve sekizinci örneklerde istihsan görüşünün Şeybânî'ye nispeti açısından da bir çelişki söz konusudur. Şöyle ki yedinci örnekte satışta müşterinin satıcıya malı evine taşımaması şart koşması durumunda olduğu gibi eve teslim şartıyla yapılan akdin de geçersiz olacağı ancak aynı şehirde olmak kaydıyla eve teslim şartıyla yapılan akdin istihsan gereği geçerli sayılacağı belirtilmiş ve istihsan görüşü Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a nispet edilmiştir. Şeybânî'nin ise bu şartlarla yapılan satışların hepsinin fasit olduğunu söylediği aktarılmıştır.<sup>52</sup> Fakat sekizinci örneğimizde aynı mesele ile ilgili olarak istihsan kavramı birinci tekil şahıs zamiriyle (إني أستحسن) şeklinde ifade edildikten sonra aynı şehirde olmak kaydıyla akdi geçerli saydıkları birinci çoğul şahıs zamiriyle (أجزناه) şeklinde ifade edilmiş ve herhangi bir görüş ayrılığında bahsedilmemiştir.<sup>53</sup> Bu durumda iki ihtimal karşımıza çıkmaktadır. Ya Şeybânî iki farklı görüş belirterek çelişkiye düşmüştür ki bu bize göre zayıf bir

<sup>50</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 97.

<sup>51</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 28.

<sup>52</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 68.

<sup>53</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 98, 99.

ihtimaldir ya da yedinci örnekte Şeybânî'nin istihsan görüşüne katılmadığını ifade eden cümle metne sonradan müstensih hatası olarak girmiştir.

Yine Cüzçânî'nin, eserin başında aktardığı ifadelerden hareketle, Cüzçânî'nin devam eden ifadeleri Şeybânî'den sadece Rivâyet ettiğini anlıyoruz. Ancak metin içerisinde konular sanki Şeybânî tarafından değil de Cüzçânî ya da başka herhangi bir şahıs tarafından aktarılmaktadır. Mesela çalışmamızda altıncı örneğimizde canlı koyunun et karşılığı satılması meselesinde kıyasın terk edildiği “ancak biz kıyası terk ediyor ve bunu caiz görüyoruz” (ولكننا ندع القياس و نجيزه) denildikten sonra bu görüşün Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a ait olduğunu ifade eden (في قول أبي حنيفة و أبي يوسف) cümlesi yer almaktadır. Daha sonra ise Şeybânî'nin görüşü (وقال محمد) ifadesiyle başlamaktadır. Şeybânî'nin görüşü aktarıldıktan sonra ise ilk olarak zikredilen görüşün Ebû Hanife'ye ait olduğu sanki metin üzerinde tasarruf yetkisine sahip bir başka şahıs tarafından eklendiği izlenimini veren (والأول قول أبي حنيفة) ifadesi yer almaktadır.<sup>54</sup>

Buna benzer problemler başka örneklerde de vardır. Mesela çalışmamızın dokuzuncu örneğinde selem akdi için vekâlet verilmesi ile ilgili bir problem ve çözümünü aktarıldıktan sonra görüşün Ebû Hanife ve Şeybânî'ye ait olduğu ( وهذا قياس قول أبي حنيفة ) “bu, Ebû Hanife ve Muhammed'in sözüne kıyastır” şeklinde ifade edilmiştir ki burada meseleyi Şeybânî'nin değil de başkasının anlattığı daha açıktır. Burada sanki metni yazan şahıs, selemde vekâletle ilgili kendi görüşünü aktarmış ve bu sonuca Ebû Hanife ve Şeybânî'nin aynı meseleyle ilgili verdikleri hükme kıyas yaparak ulaştığını ifade etmiştir.<sup>55</sup> Aynı problem metnin başka yerlerinde de mevcuttur.<sup>56</sup>

Müstensih hatası sonucu esere ilave yapıldığına dair verebileceğimiz bir başka örnek de çalışmamıza on ikinci örnek olarak aldığımız rehin verme ya da kefil gösterme şartıyla yapılan satış ile ilgili metindir. Problemin daha iyi anlaşılması açısından metni buraya aynen alıyoruz.

و إذا اشترى الرجل بيعة على أن يرهنه رهنا ولم يسمه، أو على أن يعطيه كفيلا بنفسه سماه أو لم يسمه : فلا خير في هذا البيع، لأنني لا أدري أيتكفل به الكفيل أم لا .

<sup>54</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 55

<sup>55</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 72.

<sup>56</sup> Bkz. Şeybânî, *El-Asl*, s. 147, 280.

غير أنني أستحسن إذا كان الكفيل حاضرا عند عقدة البيع. وإن لم يسمه: لم أجزه، لأنه لا يعرف ما هو. إذا كان الكفيل غائبا عن ذلك: فلا يجوز.

وإن سماه الراهن: أجزت البيع على الراهن. وإن لم يسمه: لم أجزه، لأنه لا يعرف ما هو.<sup>57</sup>

Metin dikkatle takip edildiğinde altı çizili olan ilk ifadenin metne sonradan ilave edildiği kolayca anlaşılacaktır. Çünkü metinden anlaşıldığı kadarıyla problem, kefilin belirlenmesi ile ilgili değil kefilin akit meclisinde hazır bulunup bulunmaması ve kefaleti kabul edip etmemesiyle ilgilidir. Nitekim ilk paragrafta müşteri kefilini belirlese de belirlemese de akdin geçersiz olduğu vurgulanmıştır. Bu durumda ikinci paragraftaki altı çizili ifadenin bir anlamı kalmamaktadır. Ayrıca söz konusu ifadede geçen (ما) soru edatı Arapça'da insanlar dışındaki akılsız varlıklar için kullanılır. İnsanlar için ise (من) soru edatı kullanılması gerekir. Şu halde bu ifadeyle kefil kastedilmiş olsaydı (من) soru edatının kullanılması gerekirdi. Öte yandan aynı ifadenin bir sonraki paragrafta geçmesi müstensihinin rehin ile ilgili olan bu ifadeyi yanlışlıkla kefil ile ilgili olan yere yazmış olabileceği ihtimalini de kuvvetlendirmektedir.

Bütün bunlara ilave olarak neşir halindeki eserin tahkikini yapan Ebû'l Vefa el-Efgânî'nin de esere yazdığı önsözde, eserin metninde pek çok eksiklik ve hataların bulunduğunu, bundan dolayı eserin başka yazma nüshalarının bulunup bu yanlışlık ve hataların düzeltilmesi gerektiğini ifade etmiş olması da yukarıda tespit ettiğimiz hususların doğru olma ihtimalini kuvvetlendirmektedir.

Esasen çalışmamızın konusu eserdeki bu tür hataları tespit etmek değildir. Ancak okuyucunun çalışmamızı metnin aslıyla karşılaştırması halinde bu tür problemleri göz önünde bulundurması için hem yeri geldiğinde örnekler değerlendirilirken hem de burada ayrı bir başlık halinde tespit ettiğimiz hususlardan birkaçını aktarmış olduk.

<sup>57</sup> “Bir kimse satıcıya rehin vermek şartıyla bir şey satın alsın ama rehini belirlemese ya da satıcıya kefil göstermek şartıyla bir şey satın alsın ama kefilini belirlemese ya da belirlemese, bu satış geçersizdir. Çünkü ben kefilin kefaleti kabul edip etmeyeceğini bilmiyorum. Ancak kefil akit meclisinde hazır bulunursa istihsan yapıyorum (istihsan gereği akdi geçerli sayıyorum). Ancak onu belirlemese geçerli saymıyorum çünkü ne olduğu belli değildir. Kefil akit meclisinde bulunmazsa (ya da kefil gösterildiğinden habersizse) o zaman akit geçerli değildir. Rehini verecek kişi rehinin ne olduğunu belirlerse akit geçerlidir. Ancak rehinin ne olduğunu belirlemese akdi geçerli saymıyorum. Çünkü rehinin ne olduğu belli değildir.” Bkz, Şeybânî, *El-Asl*, s. 99.

## BÖLÜM 2: ŞEYBÂNÎ'NİN İSTİHSAN ANLAYIŞININ ARKA PLANI (BEY‘, SELEM VE İSTİHSAN)

### 2.1. İslam Hukukunda Satım (Bey‘) ve Selem Akdi

#### 2.1.1. Bey‘’in Tanımı ve Meşruiyeti

Bey‘ sözlükte “mubadele” anlamına gelmektedir.<sup>58</sup> Fıkıh terimi olarak ise ‘değeri olan bir malı bir başka değerli mal ile temlik (mülkiyeti başkasına devretme) ve temellük (bir şeyi mülkiyetine alma) yolu ile takas etmektir’.<sup>59</sup> ‘İslam hukukunda bey‘ kelimesiyle borçlar hukukunun prototipini teşkil eden satım akdi kastedilmiştir. Satım akdinin uzun geçmişi, yaygınlığı ve önemi bir bakıma borçlar hukukunun bu akit çerçevesinde gelişmesine yol açmış, sonuçta da hem satım akdinin muhtevası genişlemiş hem de satım akdine ait hükümler ve çözümler zamanla borçlar hukukunda genel kural halini almıştır. Klasik kaynaklarda satım akdinin öncelikli ve ayrıntılı olarak işlenip borçlar hukuku nazariyesinin bu akit üzerinde kurulması ve satım akdinin diğer akitler için model akit hüviyetini alması bu sebeptir’.<sup>60</sup>

Fıkıh bilginleri satım akdinin meşru olmasının Kitap ve Sünnetle sabit olduğunu belirtmektedirler. Kitaptan getirilen delil Bakara suresindeki ‘*Allah alım satımı helal ribayı haram kılmıştır*’<sup>61</sup> ayeti ile Nisa suresindeki ‘*Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna mallarınızı batıl (haksız ve haram yollar) ile aranızda (alıp vererek) yemeyin*’<sup>62</sup> şeklindeki ayettir. Hz. Peygamber (sav)’in peygamber olarak gönderildiğinde insanların alış veriş yapmalarına karşı çıkmaması ve bizzat kendisinin de alışveriş yapmış olması da sünnetten delillerin bir örneği olarak gösterilmiştir.<sup>63</sup>

#### 2.1.2. Bey‘ Akdinin Rüknu

Bir şeyin rüknu denilince o şeyin mahiyetini yani aslını ve esasını oluşturan şey anlaşılır. Mesela normal olarak bir akit icap ve kabulden meydana gelir. İcap ve kabul

<sup>58</sup> İbnü’l-Manzur, Cemaleddin Muhammed b. Mükerrrem, *Lisanu'l-Arab*, IX, 371.

<sup>59</sup> Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd, *el-İhtiyâr*, s.179.

<sup>60</sup> Bardakoğlu, Ali, “Bey‘ ”, *DİA*, VI, 14.

<sup>61</sup> El- Bakara, 2/275.

<sup>62</sup> En-Nisa, 4/29.

<sup>63</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s.179.

olmazsa akitten söz edilemez. Bir şeyin rüknünde olan eksiklik o şeyi batıl yani mutlak anlamda geçersiz kılar.<sup>64</sup>

Satım akdinde üç unsurdan söz edilir.<sup>65</sup> Bunlar taraflar yani müşteri ve satıcı, irade beyanı yani icap ve kabul bir de akdin konusu olan mal ve bedeldir. Ancak Hanefîler satım akdinin rüknü olarak sadece icap ve kabulü öngörürler.<sup>66</sup> Diğer iki unsur ise Hanefîlere göre icap ve kabulün gereği, tabii unsuru ya da akdin kuruluş (in'ikad) şartıdır. Diğer mezheplere göre üç unsur da akdin rüknüdür.<sup>67</sup>

### 2.1.3. Bey' Akdinin Şartları

Bilindiği gibi Hanefî Mezhebi'nde göre *bey'* akdinin şartları dört grupta incelenir. Bunlar in'ikad (kuruluş) şartları, sıhhat şartları, nefaz şartları<sup>68</sup> ve lüzum (bağlayıcılık) şartlarıdır.<sup>69</sup>

#### 2.1.3.1. İn'ikad Şartları:

İN'İKAD şartı olarak akdi yapanların akıllı ya da mümeyyiz olmaları ve akdi yapanların birden fazla olmaları şartları aranır. Bu şartlara göre akıl hastası ya da mümeyyiz olmayan çocuğun yaptığı alım satımlar mün'akit değildir. Ayrıca babanın kendi çocuğuna vasi olması ya da hâkimin veya her iki tarafın belirlediği elçi hariç, icâb ve kabulü bir kişi yapamaz. İcab ve kabulü yapanların birden fazla olmaları gerekir.<sup>70</sup> Bunlar akdi yapan taraflarla ilgili in'ikad şartlarıdır. İn'ikad şartı olarak ayrıca akdin kendisiyle ilgili olarak icâb ve kabulün birbirine uygunluğu ve meclis birliği şartları aranır. Buna göre örneğin satıcı 'şu kumaşı sana on liraya sattım' dese müşteri de 'sekiz liraya aldım' dese bu icâb ve kabul birbirine uygun değildir. Meclis birliğinden maksat da icâb ile kabulün arasında fasıla olmamasıdır. Taraflardan birinin kabulden önce

<sup>64</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 388.

<sup>65</sup> Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 259-260.

<sup>66</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s.179; Merginânî, Burhaneddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye*, II, 16.

<sup>67</sup> Bardakoğlu, Ali "Bey' ", DİA, VI, 14.

<sup>68</sup> Akdin bütün şartlarına uygun olarak kurulmuş ve sonuç doğurmuş olması için gereken şartlar. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 365.

<sup>69</sup> Kâsânî, Alaaddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedai'i's-Sanai'*, V, 135 vd.

<sup>70</sup> Kâsânî, *Bedai'i's-Sanai'*, V, 135.

meclisten kalkması veya akde yabancı bir başka işle uğraşması gibi bir fasıladan sonra yapılacak kabul geçersizdir.<sup>71</sup>

Yine in'ikad şartı olarak akdin konusu olan mebi' (satılan şey) ile ilgili de bir takım şartlar aranır. Buna göre öncelikle mebi' mevcut olmalıdır. Zira bilindiği gibi ma'dumun (var olmayan bir şeyin) satışı geçersizdir. Yine mebi' mal olmalıdır. Yani insanların örfünde kendisinden faydalanılan bir şey olmalıdır. Üçüncü olarak mütekavvim olmalıdır; Yani mali değeri olan bir mal olmalıdır. Son olarak akit esnasında teslim edilebilir ve özel mülkiyet altına alınabilir nitelikte olmalıdır. Örneğin havadaki kuşun satılması, teslimi mümkün olmadığı için geçersizdir. Yine özel mülkiyet altına alınamayacağından mesela nehirdeki suyun satımı da geçerli değildir.<sup>72</sup>

Hanefî fıkıh bilginleri in'ikad şartı olarak mal karşılığında ödenen bedelin de kıymet taşıyan ve var olan bir nesne olmasını şart koşmuşlardır.<sup>73</sup>

### **2.1.3.2. Sıhhat Şartları**

Hanefî fıkıh bilginleri bey' akdi için ileri sürdükleri bazı şartları akdin sahih olmasının şartları olarak belirlemişlerdir. Bunlardan birincisi mebi' ve semenin taraflar arasında çıkabilecek muhtemel anlaşmazlıklara meydan vermeyecek şekilde biliniyor olmasıdır. Buna göre sürünün içinden herhangi bir koyun ya da miktarı ve türü belli olmayan herhangi bir bedel karşılığı yapılan satış sahih değildir. Yine satış bir vakitle sınırlanmış olmamalıdır. Yapılan akdin bir faydası olmalıdır. Birbirinin aynı olan iki şeyin mübadelesi geçersizdir. Mesela bir dirhemine ona eşit olan bir dirhemle değişimi gibi. Aynı şekilde akdin gerektirmediği, taraflardan birine ekstra menfaat sağlayan, örf ve hukuk açısından geçerli olmayan şartlar akitte öne sürülmemelidir.<sup>74</sup>

### **2.1.3.3. Nefaz Şartları**

Satılan malın satanın kendi mülkiyetinde veya velayeti/vesayeti altında bulunan birinin mülkiyetinde olması ve satılan malda satıcıdan başkasının hakkının olmaması da akdin nefaz şartları arasında sayılmıştır.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Kâsâni, *Bedai'î's-Sanai'*, V, 136-137.

<sup>72</sup> Kâsâni, *Bedai'î's-Sanai'*, V, 138-147.

<sup>73</sup> Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, V, 255.

<sup>74</sup> Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, V, 254-255.

<sup>75</sup> Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, V, 255.

#### 2.1.3.4. Lüzum (Bağlayıcılık) Şartı

Akdin tarafları bağlayıcı bir akit olabilmesi için de tarafların herhangi bir muhayyerlik haklarının olmaması şartı aranır.<sup>76</sup>

#### 2.1.4. Sahih Olup Olmama Bakımından Bey‘Akdi

##### 2.1.4.1. Batıl ve Fasit Akitler

Mecelle’deki tarifine göre fasit akit “aslen sahih olup da vasfen sahih olmayan, yani zaten mün’akit olup da bazı evsafı hariciyesi meşru olmayan bey’dir”.<sup>77</sup> Yine Mecelle’de fasit bey’ şöyle ifade edilmiştir “in’ikad-ı bey’in şartı bulunup da bazı evsafı hariciyesi itibariyle meşru olmazsa, mesela mebi’ mechul, yahut semende hâlel vâki olursa bey’ fasit olur”.<sup>78</sup> Diğer mezhepler fasit ve batıl terimlerini aynı anlamda kullanırken Hanefî Mezhebi bu iki kavramı birbirinden ayırmıştır. Hanefîlere göre akdin teşekkülü (in’ikadı) için yukarıda da saydığımız icâb-kabul uygunluğu, meclis birliği, akdi yapanlar (taraflar), akıl ve temyiz, teslimi mümkün mevzu, muayyen veya tayini kabil mevzu, teamüle elverişli yani mülk olup hukuken değer taşıyan mal olma şartları akdin teşekkülü için yeterli olmakla birlikte sıhhati için yeterli değildir. Akdin sahih olabilmesi için ayrıca bu unsurların bazılarında bir takım vasıfların bulunması gerekir. Bu vasıflar da, temyiz ve rızaya bağlı olarak ikrahın bulunmaması, akdin mevzuunda *gararın* (risk) bulunmaması, teslimde zararın bulunmaması, teamüle elverişli olma bakımından akitte fasit şartın ve ribanın bulunmamasıdır. Hanefî Mezhebi’ne göre in’ikad şartlarından biri olmazsa akit batıl olmaktadır. Ancak in’ikad şartlarına bağlı olan sonradan saydığımız vasıfların bulunmaması halinde Hanefîler akdi fasit sayarlar.<sup>79</sup>

Bu ayrımın pratik sonucu şudur: Taraflar fasit bir akitle alış veriş yapmışlarsa ya fesat unsurunu ortadan kaldırarak akdi sahih hale getirmeleri ya da akdi bozmaları gerekmektedir. Eğer fesat unsurunu ortadan kaldırmak mümkün değilse taraflar akdi

<sup>76</sup> Zuhayli, Vehbe, *İslam Fikhi Ansiklopedisi*, V, 256.

<sup>77</sup> *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 109.

<sup>78</sup> *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 364.

<sup>79</sup> Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 260-261.



bozarlar.<sup>80</sup> Eğer akit batıl bir akitse Şekil açısından var olsa dahi doğuracağı hüküm açısından yok sayılır ve hiçbir hukuki netice doğurmaz.<sup>81</sup>

#### **2.1.4.2. Mevkuf Akit**

Şartlar bölümünde nefaz Şartı olarak sayılan Şartlardan birinin olmaması durumunda akid mevkuf akit hükmünü alır. Örneğin mal sahibi ya da onun hukuki temsilcisi olmayan birinin (fuzl) yaptığı satış böyledir. Yine kiradaki veya rehin olarak verilmiş bir mal üzerine yapılan akit de mevkuftur. Akdin mevkuf olmasının hukuki sonucu ise mal veya hak sahibi izin vermedikçe geçerli olmamasıdır.<sup>82</sup>

#### **2.1.4.3. Lazım (Bağlayıcı) Akit**

Akitte taraflardan biri Şart, tayin, görme ve kusurlu çıkma türünden bir muhayyerlik hakkına sahipse veya rehin, hibe, ariyet gibi akdin kendi doğasından kaynaklanan bir sebeple taraflardan birinin tek taraflı olarak akitten vazgeçme hakkı varsa ise bu akit bağlayıcı bir akit değildir. Tek taraflı vazgeçme hakkı yoksa akit bağlayıcıdır.<sup>83</sup>

Őematik olarak özetlersek:

Bir akit: ya geçerlidir ya da geçersizdir. Geçersiz ise ya tam geçersiz (batıl) ya da kısmi geçersizdir (fasid). Geçerli olan akitler de Şunlardır:

Sahih: Sahih akit geçerli akittir. Ancak icra edilebilirliği onaya bağlı olabilir veya akitte akdin bağlayıcılığını etkileyen bir faktör hala bulunabilir.

Nafiz: Sahih olup da icra edilmesinin önünde onay engeli olmayan ama bağlayıcılık açısından hala eksik olabilen bir akit.

Lazım: Hem sahih hem de nafiz olup ayrıca bağlayıcılık engelini de aŐmıŐ olan tam manasıyla geçerli akittir.

---

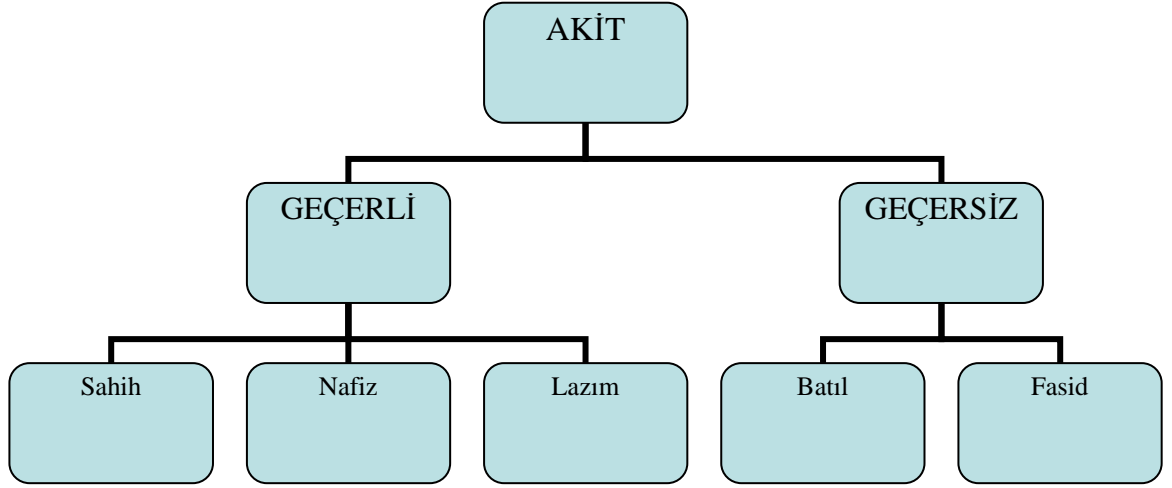
<sup>80</sup> Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 269.

<sup>81</sup> Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 263.

<sup>82</sup> Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 261.

<sup>83</sup> Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 263, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 115, 367.

## Şekil 1: Geçerli Olup Olmama Bakımından Akitler



### 2.1.5. Muhayyerlikler

Bey' akdiyle ilgili son olarak muhayyerlikler hakkında kısaca bilgi verip bu konuyu tamamlamak istiyoruz. Muhayyerlik, taraflardan birine veya her ikisine akitten vazgeçme hakkı veren durumdur; çok çeşitleri olup eğer şart, görme veya kusur muhayyerliği söz konusuysa, bu, hak sahibinin akdi devam ettirme ya da feshetme hakkı, yok eğer tayin muhayyerliği söz konusu ise iki maldan birini seçme hakkı vardır.<sup>84</sup>

*Mecelle*'de muhayyerlikler (*Hıyârât*) bölümünde altı farklı muhayyerlikten söz edilmektedir. Biz de çalışmamızda bu altı muhayyerlikle ilgili özet bilgiler vermeye çalışacağız.

#### 2.1.5.1. Şart Muhayyerliği (*Hıyaru's-Şart*)

Şart muhayyerliği akdin taraflarından birinin veya her ikisinin ya da üçüncü bir şahsın akdi belirli bir süre içinde feshetme ya da onaylama hususunda muhayyer olmasıdır.<sup>85</sup>

Şart muhayyerliğinin müddeti Hanefî mezhebine göre en fazla üç gündür.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkı Ansiklopedisi*, V, 189.

<sup>85</sup> Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s.153; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkı Ansiklopedisi*, V, 191.

<sup>86</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 188; Merginânî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, II, 16; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkı Ansiklopedisi*, V, 192.

Muhayyerlik müddeti içinde muhayyerlik hakkına sahip olan taraf isterse akdi fesheder. Eğer feshetmez ya da muhayyerlik müddeti dolarsa bu takdirde akit tamamlanmış olur.<sup>87</sup>

#### **2.1.5.2. Meclis Muhayyerliği (*Hıyaru'l-Meclis*)**

Akit meclisi devam ettiği, taraflar birbirlerinden ayrılmadıkları sürece tarafların akdi feshetme hakkının bulunmasına meclis muhayyerliği denir. Hanefiler'e göre tarafların birbirlerinden ayrılmamalarından maksat, konuşmalarının akit çerçevesinde devam etmesidir. Hanefiler bu muhayyerlik çeşidini kabul ya da red muhayyerliği olarak isimlendirmişlerdir.<sup>88</sup>

#### **2.1.5.3. Görme Muhayyerliği (*Hıyaru'r-Ru'yet*)**

Bir kimse bir malı görmeden satın almış ise malı gördüğünde dilerse almaktan vazgeçebilir. Buna görme muhayyerliği denir.<sup>89</sup> Ancak görmediği malı satan satıcının görme muhayyerliği hakkı yoktur.<sup>90</sup> Numune ile satılan mallarda numunenin görülmesi aslın görülmesi yerine geçer. Dolayısıyla satın aldığı malın örneğini gören müşteri malın kendisini gördükten sonra almaktan vazgeçemez.<sup>91</sup>

#### **2.1.5.4. Tayin Muhayyerliği (*Hıyaru't-Ta'yin*)**

Tayin muhayyerliği *Mecelle*'de şu şekilde tarif edilmiştir. 'Kıyemiyâtan iki yahut üç şeyin başka bahaları beyan olunarak bunlardan müşteri dilediğini almak yahut bayi' dilediğini vermek üzere satmak sahih olur. Buna hıyar-ı tayin denir'.<sup>92</sup> Şu halde tayin muhayyerliğinde müşteri fiyatları farklı ve belli olan iki ya da üç mal almaktadır. Ancak müşteri bunlardan dilediğini alıp diğerini iade edecektir. Veya satıcı dilediğini satacaktır. Bu muhayyerlik türü İmam Şafi, Ahmed b. Hanbel ve Hanefî bilginlerinden İmam Züfer'e göre caiz değildir. Ancak Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve Şeybânî'ye göre insanların ihtiyaçlarına binaen istihsan gereği caizdir. Tayin muhayyerliğini kabul eden bilginlere göre müşterinin aldığı mallar fiyatları ve vasıfları farklı olmak üzere en fazla

<sup>87</sup> *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 305; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 191; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 194.

<sup>88</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 181; Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 153; Merginânî, *el-Hidâye* II, 16-17; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 189.

<sup>89</sup> Merginânî, *el-Hidâye*, II, 28; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s.191; *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 320.

<sup>90</sup> Merginânî, *el-Hidâye*, II, 28; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s.192; *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 322.

<sup>91</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s.193; *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 324.

<sup>92</sup> *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 316.

üç tane olabilir. Ayrıca tarafların tayin muhayyerliği için süre belirlemeleri de gereklidir.<sup>93</sup>

#### 2.1.5.5. Kusur Muhayyerliği (*Hıyaru'l-Ayb*)

Akit yapıldıktan sonra malın ya da bedelin kusurlu olduğunun anlaşılmasıyla kusurlu malı alan taraf için söz konusu olan akdi feshetme hakkıdır. Mutlak olarak yapılan alış veriş malın kusursuz olmasını gerektirir.<sup>94</sup> Alış verişin mutlak olmasından kasıt akit esnasında malın kusurunun olmadığına beyan edilmesi ya da bundan hiç söz edilmemesidir. Kusurdan maksat da malda tüccarlara göre malın değerini düşüren bir eksikliğin bulunmasıdır.<sup>95</sup> Bu eksikliğin akitten önce var olması ve müşterinin teslim anında bunu fark etmemiş olması gerekir.<sup>96</sup> Müşteri maldaki kusuru fark ettiğinde isterse malı olduğu gibi kabul eder isterse kusur muhayyerliğine binaen akdi fesheder. Ancak müşterinin kusurdan dolayı bedeli eksik ödeme hakkı yoktur.<sup>97</sup>

#### 2.1.5.6. Nakit Muhayyerliği (*Hıyaru'n-Nakd*)

Nakit muhayyerliği ‘iki kişinin müşteri parayı belli bir müddet içinde ödemediği takdirde aralarında yaptıkları akdin geçersiz olması şartıyla pazarlık yapmaları demektir’.<sup>98</sup> Nakit muhayyerliği de insanların ihtiyaçları, örf ve kolaylık ilkelerine binaen istihsan gereği caiz kabul edilmiştir. Nakit muhayyerliğinin müddeti Ebû Hanîfe’ye göre üç gündür. Ebû Yusuf ve Şeybânî’ye göre ise daha fazla da olabilir.<sup>99</sup>

## 2.2. İslam Hukukunda Selem Akdi

### 2.2.1. Tanım

Selem sözlükte “*bir şeyi öne almak, teslim etmek*”tir.<sup>100</sup> Selef de aynı anlamda kullanılır.<sup>101</sup> Selemin Hicazlılar, selefin ise Iraklılar tarafından kullanıldığı

<sup>93</sup> *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 317; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 191.

<sup>94</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s.194; *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 336.

<sup>95</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 194; *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 338.

<sup>96</sup> Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, 5/197.

<sup>97</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 194; Merginânî, *el-Hidâye*, II, 27.

<sup>98</sup> Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 207; *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 313.

<sup>99</sup> Merginânî, *el-Hidâye*, II, 27; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 207.

<sup>100</sup> İbnü'l-Manzur, *Lisanu'l-Arab*, XV, 181.

<sup>101</sup> Serahsî, Ebû Bekir Muhammed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, XII, 124-126; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 209; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 438; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, IV, 1483.

söylenmektedir.<sup>102</sup> Ancak aynı anlamda kullanılan bu iki kelimedenden selef, “kişinin ödünç vermesi” anlamında da kullanıldığından daha geniş mana içerir.<sup>103</sup> Selem veya selef bir fıkıh terimi olarak, “bedelin peşin ödenmesi buna karşılık malın belli bir vadeye bağlanması” şeklinde yapılan alışveriş akdinin adıdır. Tariften de anlaşılacağı gibi selemde vadeli alışverişin tersi bir durum söz konusudur. Zira vadeli alışverişte, mal peşin alınıp karşılığında verilecek bedel belli bir vadeye bağlanırken selemde bedel peşin olarak verilip, mal bir vadeye bağlanır.

Aslında İslam Hukuku’nda iki tür sipariş anlaşması vardır. Biri selem diğeri de istisna’dır. Ancak selem ve istisna’ birbirinden farklıdır. Çünkü selemde müşteri satıcıya belli bir müddet sonra getirmesi için bir mal siparişi vermekte, ücretini de nakit olarak ödemektedir. İstisna’ ise *Mecelle*’deki tarifine göre “bir şey yapmak üzere ehli sanat ile mukavele akdetmektir”.<sup>104</sup> Selem, sipariş sözleşmesi olma bakımından istisna’ akdine benzemekle beraber, bu siparişin bir zanaatkâra verilen iş siparişi değil de mal siparişi olması bakımından ondan ayrılmaktadır. Yine selem ve istisna’ sözleşmeleri “olmayan bir şeyin satışı” (bey-i ma’dûm) olmaları bakımından benzeşmekte; istisna’da bedelin peşin ödenmesi, teslim süresinin belirlenmesi gibi şartlar olmadığı için birbirlerinden ayrılmaktadırlar.<sup>105</sup>

Selem akdinde siparişi veren kişiye “*rabbu’s-selem*” veya “*müslim*”, satıcıya “*müslemün ileyh*”, nakit ödenen bedele “*re’sü’l-mal*”, satılan şeye de “*müslemün fih*” denir.<sup>106</sup> Biz çalışmamız boyunca bu teknik tabirlerin yerine pratik olması bakımından siparişi veren kişi için “*müşteri*”, malı teslim etmeyi üstlenen kişi için “*satıcı*”, müşteri tarafından nakit ödenen bedel için “*sermaye*”, satılan şey için de “*mal*” kelimelerini kullanacağız.

---

<sup>102</sup> Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, IV, 1483; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 8; Jyunboll, Th. W., “Selef”, *İA*, X, 419.

<sup>103</sup> Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, IV, 1483; Bilmen, Ömer Nasuhi *Kamus*, VI, 8.

<sup>104</sup> *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 124.

<sup>105</sup> Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 465.

<sup>106</sup> Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 438; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, IV, 1484; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 8.

### 2.2.2. Bir Hukûkî Kurum Olarak Selem

Selem aslında mevcut olmayan bir şeyin satışıdır (*bey-i ma'dûm*). Çünkü selemde satıcı hem mevcut olmayan hem de mülkünde olmayan bir şeyi satmaktadır.<sup>107</sup> İslam hukuku prensip olarak kişinin, mevcut olmayan veya kendi mülkünde olmayan bir şeyi satmasını yasaklamıştır.<sup>108</sup> Dolayısıyla selem caiz olmaması gerekir. Ancak selem İslam Hukuku'nun bey' (satış) hususundaki genel prensiplerinden istisna edilerek (kıyasa muhalif olarak) ve bazı şartlara bağlanarak meşru kılınmış bir ruhsattır.<sup>109</sup> Selem sözleşmesinin ruhsat gereği meşru kabul edilmesinin sebebi İslam hukukçuları tarafından "*insanların ihtiyaçları*" olarak belirtilmiştir.<sup>110</sup> İslam hukukçuları İbn Abbas tarafından Rivâyet edilen ve selem meşruluğuna delil olarak gösterilen hadisten hareketle bu sonuca ulaşmışlardır. Zira Rivâyete göre Hz. Peygamber Medine'ye geldiğinde insanların bir, iki veya üç seneliğine selem akdi yaptıklarını görmüş ve "*Sizden kim selem yaparsa tartısı belli olsun, ölçüsü belli olsun, vadesi belli olsun*" buyurmuşlardır. Zaten selem bazı kaynaklarda sermayeye ihtiyacı olanlar kastedilerek "*bey'i mefâlis*" (müflislerin satışı) olarak da nitelenmiştir.<sup>111</sup>

Selem meşruluğu kitap, sünnet ve icma ile sabittir. Fakihler Bakara suresindeki "*Ey iman edenler, belirlenmiş bir süre için birbirinize borçlandığınız zaman onu yazın*"<sup>112</sup> ayetini selem meşruluğuna kitaptan delil olarak göstermişlerdir.<sup>113</sup> Ayetle ilgili olarak İbn Abbas'ın (ra): "*şehadet ederim ki Allah selem akdine izin verdi ve onun hakkında Kuran-ı Kerimdeki en uzun ayet-i kerimesini indirdi*"<sup>114</sup> dediği ve müdâyene ayetini okuduğu kaynaklarda Rivâyet edilmektedir.

Sünnetteki delili ise şudur: Yine İbn Abbas'tan Rivâyet edildiğine göre Hz. Peygamber (sav) Medine'ye geldiğinde halkın bir, iki veya üç seneliğine meyvelerde selem

<sup>107</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 210; Merginânî, *el-Hidâye*, II, 53; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 163.

<sup>108</sup> Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 163; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 28; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 171.

<sup>109</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 126; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 210; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, IV, 1485; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 163.

<sup>110</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 210; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 438; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 111.

<sup>111</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 210; Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 124.

<sup>112</sup> Bakara, 2/282.

<sup>113</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 210; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 437; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, 1485; Merginânî, *el-Hidâye*, II, 52.

<sup>114</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 210; Merginânî, *el-Hidâye*, II, 52-53.

anlaşması yaptıklarını görmüş ve “sizden kim selem yaparsa ölçüsü belli olsun, tartısı belli olsun, vadesi belli olsun” buyurmuşlardır.<sup>115</sup>

Bir başka Rivâyette de; “Hz. Peygamber’in kişiyi yanında bulunmayan malı satmaktan menettiği ancak seleme ruhsat verdiği” belirtilmiştir.<sup>116</sup>

Selem akdinin meşruiyeti icma ile de sabittir. Zira “İbn Münzir: ‘kendisinden ilim bellediğimiz herkes selem üzerine icma etmiştir’ ”<sup>117</sup> demiştir. Ayrıca bu güne kadar hiçbir fakih selem meşru oluşunu sorgulamamıştır.

### 2.2.2.1. Selem’in Rükünü

Bir şeyin rükünü denilince o şeyin mahiyetini yani aslını ve esasını oluşturan şey anlaşılması gerektiğini daha önce belirtmiştik. Selem rükünü de bey’ akdinde olduğu gibi icap ve kabulden ibarettir.<sup>118</sup> İcap; selem, selef ve bey’ lafızlarıyla yapılabilir. Dolayısıyla taraflardan biri “*seninle şu şartlarda selem veya selef yaptım*” derse diğeri de kabul ederse akit tamamlanmış olur.<sup>119</sup>

### 2.2.2.2. Selem Şartları

Selem akdinin İslam Hukuku’nun genel prensiplerinden istisna edilip bazı şartlara bağlanarak meşru kabul edildiğini daha önce belirtmiştik. Selemde yerine getirilmesi istenen şartların gözetildiği ana amaç taraflar arasında meydana gelmesi muhtemel anlaşmazlıkları önlemektir.<sup>120</sup> İslam hukukçuları selemle ilgili olarak öne sürdükleri şartları selem meşruiyetine delil olarak gösterdikleri İbn Abbas’tan Rivâyet edilen hadise dayandırmaktadırlar.<sup>121</sup> Selem akdinin geçerli olması için gerekli şartları üç başlık altında toplayabiliriz.

<sup>115</sup> Zuhayli, Vehbe, *İslam Fikhi Ansiklopedisi*, V, 437.

<sup>116</sup> Merginânî, *el-Hidâye*, II, 53; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 210.

<sup>117</sup> Zuhayli, Vehbe, *İslam Fikhi Ansiklopedisi*, V, 437.

<sup>118</sup> Semerkandî, Alaaddin, *Tuhfetü’l-Fukahâ*, II, 6; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 111; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fikhi Ansiklopedisi*, V, 438.

<sup>119</sup> Zuhayli, Vehbe, *İslam Fikhi Ansiklopedisi*, V, 438.

<sup>120</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 124-125; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 210-211; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fikhi*, IV, 1485.

<sup>121</sup> Serahsî, *Mebsut*, XII, 124.

### 2.2.2.2.1. Sermaye İle İlgili Olan Şartlar

1. Cinsinin belirtilmesi: Selemin geçerli olması için mal karşılığında verilecek olan bedelin buğday, hurma, pamuk, demir, para gibi cinsinin belirlenmiş olması gerekmektedir.<sup>122</sup>
2. Çeşidinin (nev'i'nin) belirtilmesi: Cins belirlendikten sonra eğer bedel olarak verilecek şeyin birden fazla türü varsa hangi türden olduğunun belirlenmesi gerekir. Mesela bedel buğday veya arpa ise buğdayın dağ ya da ova buğdayı olduğu, eğer para olarak verilecekse ve piyasada birden fazla para çeşidi mevcutsa hangisinin kastedildiği ve benzeri hususların açıklığa kavuşturulması gerekir.<sup>123</sup>
3. Niteliğinin (vasfı'nın) belirtilmesi: Selemin geçerliliği için fıkıhçıların aradığı üçüncü şart, sermaye olarak verilecek bedelin kalite standardının belirlenmesidir.<sup>124</sup> Ebû Hanîfe'ye göre sermaye olarak verilecek bedel nakit cinsinden ise yine kalite ve kalitesizliğinin belirtilmesi gerekir. Mesela sermaye olarak dirhem (gümüş para) verilecek ise dirhem değerini düşük veya katkılı olup olmadığının belirlenmesi şarttır.<sup>125</sup>
4. Miktarın belirlenmesi: Yine sermaye olarak verilecek şeyin miktarının da akitte açıklığa kavuşturulması gerekir.<sup>126</sup>
5. Sermaye ile ilgili olarak öne sürülen son şart, sermayenin akit esnasında peşinen ödenmesi gerektiğidir.<sup>127</sup>

<sup>122</sup> Şeybânî, *Kitabu'l-Asl*, V, 6; Serahsî, *Mabsut*, XII, 124–125; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 6; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 54; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 210; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, V, 439; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 111; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhu*, IV, 1486.

<sup>123</sup> Serahsî, *el-Mabsût*, XII, 125; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 7; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 211; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 54; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, V, 439; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhu*, IV, 1486.

<sup>124</sup> Şeybânî, *El-Asl*, V, 6; Serahsî, *el-Mabsût*, XII, 125; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 7; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 211; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 54; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhu*, IV, 1486; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, V, 439-440; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 111.

<sup>125</sup> Şeybânî, *El-Asl*, V, 6; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 8; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, V, 440.

<sup>126</sup> Şeybânî, *El-Asl*, V, 6; Serahsî, *el-Mabsût*, XII, 125; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 7; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 210; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 54; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhu*, IV, 1486; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, V, 440; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 111.

<sup>127</sup> Serahsî, *el-Mabsût*, XII, 130; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 8; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 55; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 210; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, V, 430; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhu*, IV, 1488; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 111.



#### 2.2.2.2.2. Malda Aranan Şartlar

Selem akdinde sermayede aranan şartlardan cins, çeşit, nitelik ve miktarın belirlenmesi şartları mal için de aynen geçerlidir. Hatta bu şartlar mal açısından daha önemlidir. Zira sermaye akit anında peşin olarak teslim edildiği için taraflar sermayenin bütün özelliklerini aynı zamanda görmektedirler. Mal ise özelliklerinin belirlenmesiyle satıcının zimmetinde sabit olacak bir borçtur. Malın özelliklerinin belirlenmesi de bu şartlara bağlıdır. Selem akdinde malda bu şartlardan başka şartlar da aranır. Bu şartları şu şekilde sıralayabiliriz.

1. Malın tayin ile belirlenebilir olması gerekir.<sup>128</sup> Selem ancak vasıfları belirlenebilen mallarda yapılır. Eğer malın vasıfları belirlenemiyorsa selem caiz olmaz. Selem ölçülüp tartılabilen ve sayılabilen maddelerde olur. Bir mal ölçülüp tartılabiliyor ve böylece miktarı belirlenebiliyorsa o mal belirlenebiliyor demektir. Sayıyla belirlenen mallarda ise ceviz ve yumurta gibi tane büyüklüklerinin birbirine yakın olması (*aded-i mütekâribe*) gerekir. Karpuz gibi tane büyüklükleri birbirinden farklı olursa (*aded-i mütefâvite*) selem caiz olmaz. Çünkü bu tür mallar tam olarak belirlenemezler.<sup>129</sup>

2. Malın teslimi belli bir vadeye bağlanmış olmalıdır.<sup>130</sup> Selem akdinde en kısa vadenin kaç gün olacağı hususunda farklı görüşler olmakla beraber Hanefî fıkıhçıları vadenin gerekliliği hususunda görüş birliği içindedirler. Ancak mezhepler arasında vadenin olup olmayacağı hususunda farklı görüşler mevcuttur. Mezhepler arası görüş farklılıklarını burada ayrıntılı bir şekilde zikretmek konumuzu aşacağı için şu kadarını söyleyelim ki vadenin olmaması durumunda selem akdinin bir anlamı kalmamaktadır. Zira eğer mal hemen teslim edilebilirse müşteri bedelini öder, satıcı malını teslim eder ve akit tamamlanmış olur. Bu ise selem değil mutlak bey' akdi olur.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 127–131; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 10; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 212; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 443; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, IV, 1489; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 112.

<sup>129</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 131; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 210; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 53; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, IV, 1490.

<sup>130</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 125; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 8; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 211; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 54; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, IV, 1489; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 445; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 111

<sup>131</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 126; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 210; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, IV, 1485; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 163.

3. Akit anından teslim zamanına kadar mal piyasada mevcut olmalıdır. Özellikle Hanefî fıkıh âlimleri Hz. Peygamber'in "olgunlaşmaya başlamadıkça meyvelerde selem yapmayın" şeklindeki hadisine dayanarak selem konusu malın akit anından vade gelinceye kadarki zaman diliminde piyasada mevcut olmasını şart koşmuşlardır.<sup>132</sup> Hanefî âlimleri satıcının malı teslim etmeye muktedir olmasının ancak vade zarfında kazanmakla olacağını, mal piyasada mevcut olmaz ise satıcının teslim edememe ihtimalinin ortaya çıkacağını bunun için de malın bu zaman zarfında piyasada mevcut olması gerektiğini belirtmişlerdir.<sup>133</sup> Şâfiîler başta olmak üzere diğer mezhep fıkıhçıları ise malın sadece vade zamanı geldiğinde piyasada bulunacağından emin olunmasını yeterli görmekte-dirler.<sup>134</sup>

4. Malın tesliminde taşıma veya masraf gerektirecek bir durum varsa Ebû Hanîfe'ye göre akit esnasında malın teslim yerinin belirlenmesi gerekir.<sup>135</sup> Aksi takdirde selem fasit olur.<sup>136</sup> Zira malın teslim yerinin belirlenmemiş olması taraflar arasında anlaşmazlık çıkmasına sebep olur.<sup>137</sup> Taşıma ve masraf gerektirecek bir durum yoksa teslim yerini belirtmenin gerekmediğinde görüş birliği vardır.<sup>138</sup> İmam Muhammed ve İmam Ebû Yusuf ise ister taşıma ve masraf gereksin isterse gerekmesin malın teslim yerini belirtmenin şart olmadığını düşünmektedirler.<sup>139</sup>

Meselenin özü akit yapıldığı zaman akit yapılan mekânın teslim yeri olarak taayyün edip etmeyeceği ile ilgilidir. Ebû Hanîfe'ye göre akit yapılan yer teslim yeri olarak taayyün etmez. Çünkü ona göre mesela dağın başında ya da denizin ortasında bir gemide akit yapılırsa o zaman teslim yeri neresi olacaktır? Şeybânî ve Ebû Yusuf'a göre ise akdin yapıldığı yer teslim yeri olarak taayyün eder ve malın teslim edilmesi

<sup>132</sup> Şeybânî, *a.g.e.*, V, 6-7; Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 130-131; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 11; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 53; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 213; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, V, 446; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 111-112; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkıhı*, IV, 1489.

<sup>133</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 130; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 53; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 213.

<sup>134</sup> Semerkandî, *Tuhfe*, II, 11; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 53; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, V, 446; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkıhı*, IV, 1500.

<sup>135</sup> Şeybânî, *El-Asl*, V, 6; Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 127; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 12; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 211; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 54-55; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, V, 448; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Kamus*, VI, 111-112; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkıhı*, IV, 1489.

<sup>136</sup> Şeybânî, *El-Asl*, V, 6.

<sup>137</sup> Serahsî, *El-Asl*, XII, 127.

<sup>138</sup> Şeybânî, *El-Asl*, V, 6; Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 124; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 54-55.

<sup>139</sup> Şeybânî, *El-Asl*, V, 6; Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 128.

mümkünse orada teslim edilir. Sözleşmenin dağda veya denizde yapılması halinde ise teslimin yapılabileceği, akdin yapıldığı yere en yakın yer teslim yeri olarak belirlenmiş olur.<sup>140</sup>

### 2.2.2.2.3. Akitle İlgili Genel Şartlar

Fakihler selem sözleşmesinde akdin kendisiyle ilgili olarak da bazı şartlar ileri sürmüşlerdir. Bu şartlar şunlardır.

1. Sermayenin nakit değil de bir mal olması durumunda taraflardan birinde veya her ikisinde şart muhayyerliğinin (*hıyar-ı şart*)<sup>141</sup> olmamasıdır. Muhayyerlik olması durumunda selem fasit olur.<sup>142</sup> Çünkü muhayyerliğin şart koşulması akit esnasında sermayenin teslim edilememesi demektir. Ancak sermayenin bir mal olması durumunda kusur muhayyerliği (*hıyar-ı ayb*) ve görme muhayyerliği (*hıyar-ı ru'yet*) şart muhayyerliği gibi değerlendirilmez. Çünkü kusur ve görme muhayyerliğinde sermayenin teslimini engelleyecek bir durum söz konusu değildir.<sup>143</sup>

2. Selem akdiyle ilgili son şart da selem yapılacak malların kendilerinde faiz illeti<sup>144</sup> gerçekleşen mallardan olmamasıdır.<sup>145</sup>

## 2.3. İslam Hukukunda İstihsan

### 2.3.1. İstihsan Hakkında Genel Bilgiler

Bilindiği gibi Hz. Peygamber (sav) döneminde meydana gelen yeni olayların hükmünün belirlenmesi konusunda Hz. Peygamber hayatta olduğu için herhangi bir problem yaşanmamıştır. Hz. Peygamber (sav)'in vefatından sonra ortaya çıkan yeni olayların şer'î hükümlerinin belirlenmesi için ise sahabenin başvurabilecekleri iki kaynak

<sup>140</sup> Şeybânî, *El-Asl, a.g.e.*, V, 6; Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 127; Semerkandî, *Tuhfe*, II, 13; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 448-449.

<sup>141</sup> Şartu'l-Hıyar: Taraflardan birine yahut her ikisine tanınan ve belli bir müddet içerisinde akdi feshetme ya da kesinleştirme yetkisi sağlayan şart. Erdoğan, Mehmet, *Fıkh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 416.

<sup>142</sup> Şeybânî, *el-Asl*, V, 16; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 212; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 55; İbn Hümâm, Kemalettin Muhammed b. Abdü'l-vahid, *Şerhu Fethu'l-Kadîr*, V, 343; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 447; Ceziri, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, IV, 1503.

<sup>143</sup> Semerkandî, *Tuhfe*, II, 12; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 55; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 212; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 447.

<sup>144</sup> İlet: Hükmün konmasını münasip gösteren durum, Erdoğan, Mehmet, *Fıkh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 194.

<sup>145</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 212.

mevcuttur. Bunlardan ilki Kur'an ikincisi de Hz. Peygamber'in sünnetidir. Ashâbî kirâm, Kur'an ve sünnette hükmü yer almayan olaylar için şâri'in maksadını da gözeterek reyleri ile icthad etmişlerdir. Daha sonraki dönemlerde gelen müctehid imamlar usûl ilmini tedvin etmişler ve bu ilmin ıstilahî kavramlarını belirlemeye çalışmışlardır. Bir icthadi kavram olarak istihsan da bu dönemde ortaya çıkmış olan ıstilahî kavramlardan biridir.<sup>146</sup>

İslam hukukunun kaynakları bütün fakihler tarafından üzerinde ittifak edilen kaynaklar ve ihtilaf konusu olan kaynaklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Üzerinde ittifak edilen kaynaklar kitap, sünnet, icma ve kıyastır. İstihsan ise ihtilaf konusu olan kaynaklar arasında yer almaktadır.<sup>147</sup>

Hukuk biliminin mantikî doğruluk ve adalete uygunluk olmak üzere iki temel amacı vardır. Değişen ve gelişen hayat şartları karşısında hukukta “yalnızca mantıksal doğruluğun esas alınmasının yaratacağı toplumsal sıkıntıların aşılması bağlamında her hukuk sistemi kendi iç dinamikleriyle metodik refleksler geliştirmiştir. İslam hukukunda da istihsanın bu amacı gerçekleştirme fonksiyonuyla ortaya çıktığını ifade edebiliriz”.<sup>148</sup>

İstihsan kavramını teknik terim olarak ilk defa kimin kullandığı konusunda farklı görüşler mevcut olmakla birlikte Ahmet Hassan Goldziher'den nakille bu terimi teknik anlamda ilk kullanan kişinin Ebû Hanîfe olduğunu belirtmektedir. Hassan devamla bu konuda Schacht'ın farklı düşündüğünü belirtmektedir. Buna göre istihsan kavramı Ebû Hanîfe'den önce terim olarak değilse de icthad tarzı olarak mevcuttur. Ancak Schacht'a göre terim olarak ilk defa Ebû Yusuf tarafından kullanılmıştır. Hassan'a göre ise Ebû Hanîfe'nin fıkıh konusunda bizzat kendi eserleri olmadığından bu konuda yorum yapmak zordur. Bununla beraber Şeybânî pek çok konuda Ebû Hanîfe'nin istihsanı kullandığını belirtmektedir. Dolayısıyla Hassan'a göre istihsanı teknik terim olarak ilk kullanan kişinin Ebû Hanîfe olması daha kuvvetli bir ihtimaldir.<sup>149</sup>

<sup>146</sup> Hamevî, Üsâme , *Nazariyyetü'l-İstihsan*, s. 15.

<sup>147</sup> Şa'ban, Zekiyyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 45; Hamevî, *Nazariyyetü'l-İstihsan*, s.13.

<sup>148</sup> Kılıç, Muharrem, “Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan Ve Equity”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 1, 2003, s. 159.

<sup>149</sup> Hassan, Ahmed, *İslam Hukukunun Doğuşu Ve Gelişimi*, s. 167; Şener, Abdülkadir, *Kıyas, İstihsan, Istislah*, s. 116.

### 2.3.2. İstihsanın Tarifi

İstihsanla ilgili yapılan çalışmalarda, istihsanı ıstılahi anlamda ilk defa ve en çok kullanan Ebû Hanîfe olmasına rağmen kendisinden ya da talebelerinden bize ulaşan bir istihsan tarifinin kaynaklarda bulunmadığı belirtilmektedir. Araştırmalardan çıkan sonuca göre bir istidlal tarzı olarak istihsanı ilk defa Iraklı Hanefî fakihi Ebû'l-Hasan el-Kerhi tanımlamıştır.<sup>150</sup> Belirtildiğine göre gerek bu ilk tanım gerekse bundan sonra yapılan tanımlar, özellikle Şâfiî tarafından yöneltilen ağır eleştiriler karşısında, bir savunma olarak ortaya konmuştur.<sup>151</sup> Bu başlık altında farklı usulcüler tarafından yapılan istihsan tanımları ve bu tanımlarla ilgili yorumları aktarmaya çalışacağız.

İstihsan Arapça güzel olmak anlamına gelen husn kökünden türemiş olup ‘bir şeyi güzel bulmak, tercih etmek’ anlamına gelmektedir.<sup>152</sup> ‘Fıkıh usulünde ise müctehidin bir meselede icma, zaruret, örf, maslahat, gizli kıyas gibi özel ve daha kuvvetli görünen bir delile dayanarak o meselenin benzerlerinde izlenen genel kuraldan ve hatra ilk gelen çözümden vazgeçmesi ve hukukun amacına daha uygun bulunduğu başka bir hüküm vermesi şeklinde özetlenebilen yöntemin adıdır’.<sup>153</sup>

İlk istihsan tanımının kendisine isnad edildiği Iraklı Hanefî fakihi Ebû'l-Hasan el-Kerhi istihsanı şu şekilde tanımlamıştır: ‘İstihsan, müctehidin daha kuvvetli görüldüğü bir husustan dolayı bir meselede benzerlerinin hükmünden başka bir hükme udûl etmesidir’.<sup>154</sup> Gerek modern usul kitaplarında gerekse istihsanla ilgili yapılan özel çalışmalarda el-Kerhi’nin yapmış olduğu bu tanım Hanefîlerin kullandığı istihsan kavramı için en kapsamlı tanım olarak nitelendirilmektedir.<sup>155</sup>

<sup>150</sup> Bardakoğlu, Ali, “İstihsan” DİA, XXIII, 340; Şa’ban, Zekiyyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 161; Hamevî, *Nazariyyetü'l-İstihsan*, s. 24.

<sup>151</sup> Bardakoğlu, “İstihsan” DİA, XXIII, 340; Şa’ban, Zekiyyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 161.

<sup>152</sup> İbn Manzur, *Lisanu'l-Arab*, XVI, 269.

<sup>153</sup> Bardakoğlu, “İstihsan” DİA, XXIII, 340.

<sup>154</sup> Şener, Abdülkadir, *Kıyas, İstihsan, İstislah*, s. 118; Zeydan, Abdülkerim, *Fıkıh Usûlü*, s.218; Ebû Zehra, *İslam Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usûlü)*, s. 225.

<sup>155</sup> Ebû Zehra, *Fıkıh Usûlü*, s. 225; ; Zeydan, *Usul*, s. 218; Hamevî, Üsâme , *Nazariyyetü'l-İstihsan*, s. 124.

İstihsanla ilgili özel bir çalışması bulunan Abdulkadir Şener Hanefî usulcülerinden Neseffî'nin istihsanı 'bir kıyastan, ondan daha kuvvetli olan ya da celî kıyasa aykırı düşen başka bir kıyasa udûl etmektir' şeklinde tanımladığını aktarmıştır.<sup>156</sup>

Bir başka Hanefî fakihi Pezdevî'den 'istihsan, bir kıyasın muktezasından daha kuvvetli bir kıyasa meyletmektir' şeklinde esasen çok da açık olmayan bir tarif nakledilmektedir.<sup>157</sup>

Şemsü'l-eimme Serahsî *el-Mebsût* isimli eserinde hocası Halvânî'ye (ya da Hulvânî) nispet ederek şu tanımı nakletmektedir. 'İstihsan, kıyası terk edip insanlar için daha uygun olanı almaktır'. Serahsî devamla üç tanım daha vermektedir. 'İstihsan, havas olsun avam olsun herkesin başına gelen konularla ilgili hükümlerde kolaylık talep etmektir', 'Genişliği almak, rahatlığı aramaktır' ve 'Kolaylığı almak, kendisinde rahatlık bulunan hükmü aramaktır'. Ancak gerek Halvânî'ye nispet edilen tanımda gerekse diğer tanımlarda istihsanın mahiyetinden ziyade istihsan ile verilen hükümlerde gözetilen gayeye vurgu yapıldığı gözlenmektedir. Nitekim Serahsî bu tanımlardan hareketle istihsanın zorluğu bırakıp kolaylığı seçmek olduğunu belirtmiştir.<sup>158</sup> Serahsî *Usûl*'ünde ise istihsanı şöyle tarif etmektedir "şari'in, hükmünün belirlenmesini alimlerin takdirine bıraktığı konularda icthad ve ağırlıklı görüş (غالب الرأي) ile amel etmektir".<sup>159</sup>

Modern usulcülerden Zekiyüddin Şaban istihsanın tarifinden önce istihsan karşısında terk edilen 'kıyas' kavramı ile her zaman fıkıh usulündeki ıstılahî anlamdaki kıyasın kastedilmediğini belirtmiştir. Buna göre istihsan karşısında terk edilen kıyas, fıkıh usulündeki ıstılahî anlamdaki kıyas olabileceği gibi genel nitelikli bir şer'î nass ya da fıkıhta veya mezheplerce kabul edilmiş ve yerleşmiş genel kural da olabilmektedir. Şaban'a göre istihsanın tarifi ise şöyledir: "istihsan, müctehidin bir meselede kendi kanaatine o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nass, icma, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak o hükmü bırakıp başka bir hüküm vermesidir".<sup>160</sup>

<sup>156</sup> Şener, Abdulkadir, *Kıyas, İstihsan, İstıslah*, s. 118.

<sup>157</sup> Zeydan, Abdülkerim, *Usul*, s. 218; Bardakoğlu, Ali, "İstihsan", *DİA*, XXIII, 341.

<sup>158</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, X, 145.

<sup>159</sup> Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, II, 200.

<sup>160</sup> Şa'ban, Zekiyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 182.

Bir başka modern usulcü Abdülkerim Zeydan da istihsanı “müctehidin kalben mutmain olduğu, istisnayı ya da meyletmeyi gerektiren bir sebeple açık bir kıyastan kapalı bir kıyasa meyletmesi ya da umumi bir kaideden cüzi bir meseleyi istisna etmesidir” şeklinde tarif etmektedir.<sup>161</sup>

Son olarak Ahmet Hassan’a ait şu tarif ile konuyu bitirmek istiyoruz: “İstihsan kamu yararı, hakkaniyet veya adaleti gözetip zahiri ve katı kıyası terk etmek şeklindeki eşsiz bir rey kullanma usulüdür”.<sup>162</sup>

### 2.3.3. İstihsanın Çeşitleri

Modern usul kitaplarında, Hanefî fakihlerinin istihsanla hüküm verdikleri meselelerin incelenmesi halinde iki durumla karşılaşılacağı belirtilmektedir. Buna göre ya müctehid, hakkında biri açık diğeri gizli iki farklı kıyas imkânı bulunan bir meselede gizli kıyasın delilini daha güçlü bulduğu için onu tercih etmiş ve açık kıyası terk etmiştir veya hakkında genel nitelikli bir nass ya da mezhepçe kabul edilen genel bir kural bulunan cüz’î bir meselede daha güçlü gördüğü özel bir delil sebebiyle genel hükümden ayrılmıştır. Burada müctehidin açık kıyas veya genel nitelikli kuralı terk etmesinin sebebi olarak ise bunların uygulanması halinde insanların zor duruma düşmeleri ya da şâri’in maksadının gerçekleşmiyor olması gösterilmiştir.<sup>163</sup> Bu noktada çağdaş usulcüler, Hanefîlerin istihsanı öncelikle ikiye ayırdığını belirtmektedirler.<sup>164</sup> Bunlardan birincisi “Gizli Kıyas İstihsanı” ikincisi ise “Özel bir delil sebebiyle genel kuraldan istisna” şeklinde gerçekleşen istihsandır.

#### 2.3.3.1. Gizli Kıyas İstihsanı

Usulcüler, bu tür istihsan için ‘İstihsânu’l-Kıyâs’ ya da ‘el-Kıyâsu’l-Hafî’ tabirlerini kullanmaktadırlar.<sup>165</sup> Bu tür istihsanda müctehid karşısına çıkan meseleyi hükmü belli olan ancak birbiriyle çatışan iki meseleye kıyas etme imkânı ile karşı karşıyadır. Ancak kıyaslardan biri açık ve akla ilk gelen olmakla birlikte hükmün amacı ve şâriin maksadı düşünüldüğünde gizli olan kıyasa göre daha zayıf durmaktadır. Bu noktada Müctehid

<sup>161</sup> Zeydan, Abdülkerim, *Usul*, s. 217.

<sup>162</sup> Hassan, Ahmed, *İslam Hukukunun Doğuşu Ve Gelişimi*, s. 166.

<sup>163</sup> Şa’ban, Zekiyyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 182.

<sup>164</sup> Şener, Abdülkadir, *Kıyas, İstihsan, Istıslah*, s. 122; Ebû Zehra, *Fıkıh Usulü*, s. 227.

<sup>165</sup> Ebû Zehra, *Fıkıh Usulü*, s. 229; Şener, Abdülkadir, *Kıyas, İstihsan, Istıslah*, s.122; Bardakoğlu, Ali, “İstihsan”, *DİA*, XXIII, 342.

açık ve akla ilk gelen ama delili zayıf olan kıyası terk edip gizli olmakla birlikte delili daha güçlü olan kıyası tercih etmektedir. İşte Hanefîler bu gizli kıyasa ‘el-Kıyâsu’l-mustahsen’ ya da sadece ‘İstihsan’ demektedirler. Görüleceği gibi burada tercih sebebi kıyasın gizliliği ya da açıklığı değil delilin daha kuvvetli ve şâri‘in maksadına daha uygun düşmesidir.<sup>166</sup>

Gizli kıyas istihsanını şu örnekle daha iyi anlamaya çalışalım. Bilindiği gibi Hanefî fıkıhında zirâî bir arazinin satımında sözleşmede açıkça belirtilmediği takdirde sulama (şirb), fazla suyun dışarı akıtılması (mesil), başka bir gayri menkulden kendisine geçme (mürur) gibi irtifak hakları araziyle birlikte satılmış sayılmaz. Aynı arazinin kiralanması durumunda ise irtifak hakları kiracıya geçer. Peki arazinin vakfedilmesi durumunda irtifak hakları ne olacaktır? Burada ilk akla gelen vakfedilen arazinin satılan araziye kıyas edilmesidir. Zira her iki sözleşmede de mal, sahibinin mülkünden çıkmaktadır. Şu halde vakfedilen arazinin irtifak haklarının, lehine vakfedilen kişiye geçmemesi gerekmektedir. Bu açık ve akla ilk gelen kıyastır. Ancak vakıf, kira sözleşmesi ile de kıyaslanabilir. Çünkü her ikisinde de arazi karşı tarafın mülküne geçmemekte yine her ikisinde de araziden yararlanma hakkı bulunmaktadır. Bu da ilk etapta akla gelmeyen gizli kıyastır. Bu noktada müctehidin gizli kıyası açık kıyasa tercih etmesi istihsandır. İstihsanı yani gizli kıyası açık kıyastan güçlü kılan delil ise şudur. Vakıftan maksat lehine vakfedilen kişiye, vakfedilen malın mülkünü değil istifade hakkını vermektir. Ancak irtifak hakları olmadan vakfedilen maldan istifade edilemeyeceği açıktır. Sonuç olarak Hanefî alimleri vakfın kiraya kıyaslanmasını daha güzel/hukuka daha uygun bulmaktadırlar (istihsan).<sup>167</sup>

### **2.3.3.2. Özel Bir Delil Sebebiyle Genel Kuraldan İstisna Şeklinde Gerçekleşen İstihsan**

İstihsanın bu türünde ‘karşılaşılan hukuki bir olaya çözüm getirilirken o olayın benzerlerine uygulana gelen genel kuralın veya o olayı kapsayan genel bir delilin gereğinin yahut nassların lafzının dışına çıkılması, olayın tabiatına uygun ve istisnai nitelikte başka bir çözümün benimsenmesi söz konusudur’.<sup>168</sup> Yani bu tür istihsanda

<sup>166</sup> Ebû Zehra, *Fıkıh Usulü*, s. 227; Zeydan, Abdülkerim, *Usul*, s. 218; Bardakoğlu, Ali, “İstihsan”, *DİA*, XXIII, 342.

<sup>167</sup> Zeydan, Abdülkerim, *Usul*, s.218; Şa’ban, Zekiyyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 188.

<sup>168</sup> Bardakoğlu, Ali, “İstihsan”, *DİA*, XXIII, 343.



küllî bir esastan cüz'î bir mesele istisna edilmektedir. Ancak müctehid bu istisnayı yaparken yine şer'î bir delile dayanmaktadır. Bu delil bazen o olaya özgü bir nass, bazen alimlerin olayla ilgili icmaları bazen zaruret bazen örf bazen de maslahat olmaktadır. Modern usulcü Zekiyüddin Şaban, istihsanın gerekçesinin bunların dışında da olabileceğini söylemiş ama bunu detaylandırmamıştır.<sup>169</sup> Hanefî fakihlerinin bu tür istihsanla ilgili olarak “kıyası terk ediyoruz ve istihsanı alıyoruz” şeklindeki ifadelerinde geçen ve bu tür istihsanın karşısında olan kıyas kavramı ise “gizli kıyas istihsanı”ndaki kıyas kavramından farklıdır. Gizli kıyas istihsanında terk edilen kıyas, fıkıh usulünde bilinen terim anlamındaki kıyastır. Bunu daha önce de belirtmiştik. Buradaki kıyas kavramı ile kastedilen ise bazen genel nitelikli bir nass bazen de mezhepçe kabul edilmiş genel nitelikli bir kuraldır.

Usul kitaplarında, genel bir kuraldan istisna şeklinde gerçekleşen bu istihsanın detayları ve örnekleri anlatılırken istihsanın deliline göre bir ayırım yapılmıştır. Buna göre istisna yoluyla gerçekleşen istihsanın neveleri şunlardır:

### **2.3.3.3. Nass Sebebiyle İstihsan**

Nass sebebiyle istihsanda hükmü belirlenecek olay hakkında özel bir nass vardır. Fakat bu özel nass, yerleşik genel bir kural ya da genel içerikli bir nass gereği bu olayın benzerlerine uygulanan genel hükmün aksine bir hüküm ihtiva etmektedir. İşte bu durumda nass sebebiyle istihsandan söz edilir. Mesela selem akdinin geçerli kabul edilmesi bu çeşit istihsana örnektir. Bilindiği gibi selem sözleşmesinde satıcı henüz elinde olmayan bir malı satmaktadır. Bu konuda iki nass bulunmaktadır. Nasslardan birisi ma'dumun satışını yasaklayan hadistir. Diğeri ise selem sözleşmesine özel olan, Hz. Peygamberin Medine'ye gelip insanların bir ya da iki yıllığına selem sözleşmesi yaptıklarını gördüğünde buna karşılık “selem yoluyla satış yapan bunu belirli bir ölçüye belirli bir tartıya göre ve süre tayin ederek yapsın” şeklindeki hadisidir. İşte fakihler selem geçersiz olmasını gerektiren genel nitelikli nassı bırakıp özel nassa göre hüküm vermişlerdir. Hanefîler bunu “selem, kıyasa aykırı olarak istihsan gereği meşru kabul edilmiştir” şeklinde ifade etmişleridir. Anlaşılacağı üzere burada terk edilen kıyastan maksat genel içerikli nasstır.<sup>170</sup>

<sup>169</sup> Bkz. Şa'ban, Zekiyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 192.

<sup>170</sup> Şa'ban, Zekiyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 183; Zeydan, Abdülkerim, *Usul*, s. 219.

İstihsanla ilgili geniş bir araştırma yapan Üsâme Hamevî, nass sebebiyle istihsanla ilgili şöyle bir yorum yapmaktadır. Her ne kadar Hanefîlerin isimlendirmesinde olduğu gibi bu istisna şeklen ve ıstılahen istihsan gibi görünse de esasen burada sadece özel bir durumdan dolayı şari‘in bir istisnası söz konusudur. Dolayısıyla Hamevî‘ye göre bu bizzat şari‘ tarafından yapılan bir istihsandır. Hamevî bunun pek çok örneğinin olduğunu ileri sürmüştür. Hamevî‘ye göre şari‘in özel durumlarla ilgili istisnai hükümler koyması istihsanın şer‘i delil olduğuna da delalet etmektedir.<sup>171</sup>

#### 2.3.3.4. İcma Sebebiyle İstihsan

İcma sebebiyle istihsanda ‘müctehidlerin bir olayda, o olayın benzerlerine uygulanan genel kuralın aksine hüküm vermeleri veya insanların genel bir kurala aykırı davranmaları karşısında sükût etmeleri ve buna karşı çıkmamaları’<sup>172</sup> söz konusudur.

İcma sebebiyle istihsana verilen tipik örneklerin başında istisna’ sözleşmesi gelmektedir. Bilindiği gibi istisna’ bir kimsenin bir zanaatkârla belirli bir bedel karşılığında kendisi için bir şey yapması üzerine kurulan sözleşmesidir. Selem sözleşmesinde olduğu gibi burada da “ma‘dumun satışının yasak olması” genel kuralı gereği bu sözleşmenin geçersiz olması gerekmektedir. Fakat eskiden beri insanlar bu çeşit sözleşmeleri yapageldikleri halde İslam alimlerinden kendilerine karşı çıkan olmamıştır. Şu halde fakihler bu sözleşmenin geçerli olması üzerine icma etmişlerdir. Sonuç olarak istisna’ sözleşmesi kıyas gereği geçersiz olması gerekse de istihsan gereği geçerlidir. Anlaşılacağı üzere burada kıyas kavramıyla kastedilen “ma‘dumun satışının yasak olması” şeklindeki genel kuraldır. İstihsan ise üzerinde geçerliliğine dair icma oluşmasından dolayı istisna’ sözleşmesinin bu genel kural çerçevesinde değerlendirilmeyip ondan istisna edilmesi ve geçerli sayılmasıdır.<sup>173</sup>

#### 2.3.3.5. Zaruret Sebebiyle İstihsan

Zaruret sebebiyle istihsanda müctehidi, kıyası (genel kural) terk etmeye mecbur bırakan bir zaruretın bulunması söz konusudur. ‘Bu tür istihsan ‘zaruretler memnu olan şeyleri

<sup>171</sup> Hamevî, Üsâme , *Nazariyyetü’l-İstihsan*, s. 32.

<sup>172</sup> Şa‘ban, Zekiyyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 185.

<sup>173</sup> Şa‘ban, Zekiyyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 185; Zeydan, Abdülkerim, *Usul*, s. 219; Ebû Zehra, *Fıkıh Usulü*, s. 229.

mübah kılar' prensibine dayanmaktadır. Çünkü zaruret bulunan yerde güçlük vardır.<sup>174</sup> Usul bilginleri bu çeşit istihsana pislenen kuyu ve havuzların temizlenmesi örneğini vermektedirler. Yerleşik kurala göre pislenen kuyu normal şartlarda suyunun bir kısmı veya tamamının boşaltılmasıyla temizlenmiş sayılmaz. Çünkü suyun bir kısmının boşaltılması halinde kuyu veya havuzun dibinde kalan su yine pistir. Suyun hepsinin boşaltılması halinde de kuyu veya havuzun duvarlarında kalan pislik yeni gelecek olan suya karışacak dolayısıyla o da pislenecektir. Ancak fakihler, zaruret prensibine binaen kıyas (genel kural) gereği kuyu ve havuzların suyunun bir kısmı veya tamamı boşaltılarak temiz sayılmaması gerektiğini fakat istihsan gereği pislene esnasında kuyuda bulunan su miktarı ya da suyun bir kısmının boşaltılarak temizlenmiş sayılacağını düşünmektedirler. Burada kıyas anlaşılacağı üzere 'pislenen kuyu ve havuzların suyunun tamamı boşaltılrsa da temiz olmayacağı' şeklindeki yerleşik kuraldır. İstihsan ise zarurete binaen suyun bir kısmının boşaltılarak kuyu ya da havuzun temizlenmiş sayılmasına hükmetmektir.<sup>175</sup>

#### 2.3.3.6. Örf Sebebiyle İstihsan

'İnsanlar kıyasla belirlenen bir hükme veya yerleşik bir kurala aykırı düşen bir uygulamayı örf haline getirirlerse bu çeşit istihsan söz konusu olur'.<sup>176</sup> Örneğin, bilindiği gibi Hanefî mezhebindeki yerleşik kurala göre vakfın ebedi olması gerekir. Ancak bu kuralın uygulanması halinde menkul malların vakfedilmesi söz konusu olmayacaktır. Çünkü menkul mallar bir müddet sonra yok olmaktadır. Ancak fakihler kitap gibi bazı menkul malların vakfedilmesinin örf haline gelmiş olması sebebiyle bu gibi menkul malların vakfedilmesini kıyasa aykırı olarak istihsan gereği meşru saymışlardır. Burada kıyas, vakfın ebedi olması şeklindeki genel kuraldır. İstihsan ise vakfedilmesi örf haline gelmiş kitap gibi menkul malların bu genel kuraldan istisna edilmesidir.<sup>177</sup>

<sup>174</sup> Şener, Abdülkadir, *Kıyas, İstihsan, Istislah*, s. 123.

<sup>175</sup> Şa'ban, Zekiyyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 186; Ebû Zehra, *Fıkıh Usulü*, s. 229; Zeydan, Abdülkerim, *Usul*, s. 220; Hamevî, Üsâme, *Nazariyyetü'l-İstihsan*, s. 39.

<sup>176</sup> Şa'ban, Zekiyyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s.190.

<sup>177</sup> Zeydan, Abdülkerim, *Usul*, s. 220; Şa'ban, Zekiyyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s.190.

### 2.3.3.7. Maslahat Sebebiyle İstihsan

‘Bir meseleyi genel nass ve kuralın hükmünden ayrı tutmayı gerektiren bir yararın (maslahat) bulunması’<sup>178</sup> durumunda maslahat sebebiyle istihsandan söz edilir. Örneğin Hz. Peygamberin Haşimoğullarına zekat verilmeyeceğine dair Rivâyeti meşhurdur. Ebû Hanîfe ve İmam Mâlik kendi dönemlerinde, Haşimoğullarının ganimetlerden kendilerine ayrılan payı ganimet dağıtımındaki adaletsizlikten dolayı hakkıyla alamadıklarını görmüşler ve onların maslahatlarını koruma anlamında Haşimoğullarına zekat verilebileceğine hükmetmişlerdir. Görüleceği üzere burada Ebû Hanîfe ve İmam Mâlik’in terk ettikleri kıyas Hz. Peygamberden gelen Rivâyet ya da bu nassın gereği olan “Haşimoğullarına Zekat Verilmez” şeklindeki genel kuraldır.<sup>179</sup>

Tüm bunlardan sonra istihsanın gayesi ile ilgili olarak özetle şunu söyleyebiliriz. İstihsan, ister gizli kıyas istihsanı isterse özel bir delil sebebiyle genel kuraldan istisna şeklinde olsun, Serahsi’nin hocasına nispetle yaptığı tanım da “görüldüğü üzere, istihsanın temel işlevi insanlar için en uygun, yararlı ve kolay olanın tercihi ile karakterize edilmektedir”.<sup>180</sup>

### 2.3.4. İstihsanın Huccet Değeri

Modern usul kitaplarında ve istihsanla ilgili olarak yapılan çalışmalarda, klasik usul eserlerindeki “istihsan sadece Hanefî çevrelerince kabul edilen bir delildir” anlayışının yanlış olduğu vurgulanmakta, istihsanın pek çok fakihin nezdinde muteber bir delil olduğu ileri sürülmektedir.<sup>181</sup> Özellikle İmam Şâfiî tarafından istihsanla hüküm verenlere karşı yöneltilen eleştirilerin, Hanefîlerin kullandığı istihsan anlayışına yönelik olmadığı<sup>182</sup> belki sadece ıstılahi yani bu istidlal tarzının “istihsan” olarak isimlendirilmesine yönelik olabileceği, ıstılahın ise tartışmaya konu olamayacağı belirtilmektedir.<sup>183</sup> Ayrıca istihsanla hükme bağlanan meseleler incelendiğinde İmam

<sup>178</sup> Bardakoğlu, Ali, “İstihsan”, DİA, XXIII, 344.

<sup>179</sup> Zekiyüddin Şaban *İslam Hukuk İlminin Esasları* isimli eserinde fakihlerin “kıyası terk edip istihsanı alıyoruz” dedikleri yerlerde kıyas bir nass ise istihsan karşısında terk edilenin bu nassın kendisi olabileceği gibi nassın gereği olan genel kural da olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Şa’ban, Zekiyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 190-191.

<sup>180</sup> Kılıç, Muharrem, “Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan Ve Equity”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 1, 2003, s. 161.

<sup>181</sup> Şa’ban, Zekiyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 193; Zeydan, Abdülkerim, *Usul*, s. 221.

<sup>182</sup> Şa’ban, Zekiyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 193; Ebû Zehra, *Fıkıh Usulü*, s. 233.

<sup>183</sup> Hamevî, Üsâme, *Nazariyyetü’l-İstihsan*, s. 109; Zeydan, Abdülkerim, *Usul*, s. 221.

Şâfiî'nin de aynı sonuçlara ulaştığı<sup>184</sup>, hac aylarında yapılan umre, şuf'a hakkının satıştan sonra üç gün devam etmesi, mükâtebe akdinde taksitlerin bir kısmından vazgeçilmesi gibi bazı özel meselelerle ilgili olarak İmam Şâfiî'nin de istihsan kavramını kullandığı vurgulanmaktadır.<sup>185</sup> Ebû Zehra, İmam Şâfiî'nin *er-Risale* ve *el-Umm* isimli eserlerinden istihsana karşı getirdiği delil ve eleştirileri özetledikten sonra bu delillerin Hanefîlerin kullandığı istihsanı reddetmeye yönelik olamayacağını, Şâfiî'nin hiçbir delile dayanmaksızın verilen hükme istihsan dediğini, "istihsanla hüküm veren kendi başına din koymuş olur" sözlüyle de bunu kastettiğini belirtmektedir.<sup>186</sup> Hiçbir şer'i delile dayanmaksızın yapılan istihsanı ise sadece Şâfiî değil bütün müctehidler reddeder.<sup>187</sup> Sonuç olarak ulaşabildiğimiz modern usul kitapları ve istihsanla ilgili özel çalışmalarda istihsana karşı yöneltilen eleştirilerin Hanefî fakihlerinin kullandığı istihsan ile değil "herhangi bir şer'i delile dayanmaksızın verilen hükümle" ilgili olduğu, Hanefîlerin kullandığı anlamdaki istihsanın fakihler nezdinde muteber olduğu vurgulanmıştır.<sup>188</sup>

---

<sup>184</sup> Hamevî, Üsâme , *Nazariyyetü'l-İstihsan*, s. 110.

<sup>185</sup> Şener, Abdülkadir, *Kıyas, İstihsan, Istislah*, s. 134; Hamevî, Üsâme , *Nazariyyetü'l-İstihsan*, s. 110.

<sup>186</sup> Ebû Zehra, *İmam Şâfiî*, s. 279 vd.

<sup>187</sup> Şener, Abdülkadir, *Kıyas, İstihsan, Istislah*, s. 134; Hamevî, Üsâme , *Nazariyyetü'l-İstihsan*, s. 110.

<sup>188</sup> Bkz. Zeydan, Abdülkerim, *Usul*, s. 221; Ebû Zehra, *Fıkh Usulü*, s. 230; Hamevî, Üsâme, *Nazariyyetü'l-İstihsan*, s. 109 vd; Şener, Abdülkadir, *Kıyas, İstihsan, Istislah*, s. 129 vd; Ebû Zehra, *İmam Şâfiî*, s. 279 vd; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 359 vd.

### BÖLÜM 3: İSTİHSAN – KIYAS ÖRNEKLERİ

Bu bölümümüzde Şeybânî'nin *el-Asl* isimli eserinden seçtiğimiz kıyas-istihsan örnekleri yer almaktadır. Örnek seçiminde mümkün olduğu kadar istihsan yönü farklı olan meseleleri almaya gayret ettik. Örneklerimizi yorumlamadan önce Şeybânî'nin problemleri meseleyi eserinde nasıl kurguladığını anlattık. Ardından metnin anlaşılması noktasında problem varsa bu problemleri dile getirmeye çalıştık. Daha sonra kıyas ve istihsanı tespit noktasında meseleyle ilgili kendi yorumumuzu verdik. Kendi yorumumuzdan sonra ister yorumumuzu destekleyici mahiyette olsun isterse kıyas ve istihsanı farklı şekilde yorumlamış olsun Serahsi'nin aynı meseleyle ilgili değerlendirmelerini ve eğer kitaplarında aynı meseleyi ele almışlarsa Merğînânî ve Mevsilî'nin de konuyla ilgili yorumlarını aktarmaya gayret ettik. Eğer Serahsî, Merğînânî ya da Mevsilî meselenin kıyas ve istihsan yönünü farklı tespit etmişlerse kendi yorumumuzla onların yorumu arasında bir değerlendirme ile örneklerimizin incelenmesini tamamladık. Şimdi *el-Asl*'ın "Kitâbu'l-Buyû' ve's-Selem" bölümünden seçtiğimiz örnekleri ve yorumlarımızı başlıklar halinde görelim.

#### 1. Örnek: Selem Akdinde Verilen Sermayenin Sahte Para Olması<sup>189</sup>

Örneğimizde bir kimse bir başkasına gümüş para verip gıda maddesi almak üzere selem sözleşmesi yapmaktadır. Ancak sermaye olarak verilen gümüş paraların (dirhem) gümüşten başka madenler karıştırılarak elde edilen değeri düşürülmüş paralardan (Zuyûf)<sup>190</sup> olduğunun sonradan fark edilmesinden dolayı sözleşmede sermaye açısından problem ortaya çıkmıştır.

Şeybânî, sermayenin hepsinin züyûf çıkması durumunda Ebu Hanife'ye göre selem sözleşmesinin bozulması gerektiğini aktarmaktadır. Ancak sermayenin bir kısmının züyûf çıkması durumunda Ebu Hanife istihsan gereği züyûf paraların geri verilip yenilerinin alınması ve sözleşmenin devam etmesi gerektiğini düşünmektedir. Sermayenin süttük<sup>191</sup> çıkması durumunda ise Ebu Hanife süttük paraların geri verilip

<sup>189</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 14.

<sup>190</sup> Zuyûf: Beytü'l-malin kabul etmediği değersiz katkılı gümüş para. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 496.

<sup>191</sup> Süttük/Settük: Gümüş suyuna batırılmış değersiz veya katkısı çok para. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 413; Hüseyinî; Musa Seyyid, *Târîhu'n-Nukûdi'l-İslâmiyye*, s. 142;

geri verilen bu paralar miktarınca selem konusu maldan düşülmesi gerektiğini düşünmektedir. Metnin devamında Şeybani kendisinin ve Ebu Yusuf'un sermayenin tamamının zuyuf çıkması durumunda Ebu Hanife'den farklı düşündüklerini, buna göre sermayenin hepsi züyûf çıksa da züyûf paraların değiştirilip yenilerinin alınması ve sözleşmenin devam etmesi gerekmektedir.

Aynı başlık altında müşterinin kendisine verilen sermayede bir tane züyûf dirhem bulması durumunda Ebu Hanife'ye göre züyûf olan bu dirhem geri verilmesi ve bu dirhem miktarınca selem konusu maldan düşülmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine metnin devamında Ebu Yusuf ile Şeybani'ye göre bu durumda züyûf olan dirhem değiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Öncelikle belirtelim ki züyûf ve süttük paralar hakkındaki hükümler farklıdır. Zira Serahsî'nin belirttiğine göre züyûf, gümüş madeninin içine başka madenler de karıştırılarak elde edilen değeri düşük paradır. Züyûf, beytü'l-mâl tarafından kabul edilmese de bazı tüccarlar tarafından kabul edilmektedir. Süttük ise asıl itibariyle gümüş olmayıp dirhem cinsinden değildir. Sadece gümüş suyuna batırılmıştır. Sonuç olarak selem sözleşmesinde satıcı paraların züyûf olduğunu anlarsa ister sözleşmeyi bozar isterse paraları o haliyle kabullenir. Çünkü züyûf para da dirhem cinsindedir. Dolayısıyla satıcı hakkını almış olur. Ancak süttük paralar esasen gümüş olmadıkları için para sayılmazlar. Satıcı bunları alarak sermayeyi almış değil değiştirmiş olur. Kabzdan önce sermayenin değiştirilmesi ise caiz değildir.<sup>192</sup> Örneğimizde istihsan kavramı sadece züyûf paralarla ilgili olarak kullanılmıştır. Dolayısıyla süttük para konumuzla ilgili değildir. Ancak metnimizde süttük paralardan da bahsedildiği için züyûf ve süttük para arasındaki farkı anlatmayı da uygun gördük. Sonuç olarak bu paragrafı sadece züyûf ile süttük paraların hükümlerinin farklı olduğunu anlatmak için aktarmış olduk.

Konumuzun esasına gelirse şunları söyleyebiliriz: anladığımız kadarıyla paraların ister bir kısmı isterse tamamı züyûf olsun satıcı isterse paraların tamamını geri verip sözleşmeyi bozar isterse züyûf olanları geri verir ve züyûf para miktarınca selem konusu maldan düşülür isterse de paraları olduğu gibi kabul eder. Ancak satıcı züyûf olan

---

ayrıca okunuşu için bkz. Râzî, Muhammed b. Ebû Bekir b. Abdülkadir, *Muhtâru's-Sıhah*, s. 251; Heyet, *Mu'cemu Lugati'l-Fukahâ*, s. 215.

<sup>192</sup>

Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 144.

paraları sağlam dirhemlerle değiştirip sözleşmeyi ilk haliyle devam ettiremez. Çünkü Serahsî'nin belirttiğine göre paraların değiştirilmek üzere geri verilmesi ilk kabzın kökten yıkılması anlamına gelir. Dolayısıyla değiştirme anında gerçekleşen ikinci kabz yeni bir kabz sayılır. Ancak Serahsî bir sözleşmede iki kabzın olmayacağını belirtmektedir. Serahsî bunun kıyas gereği ve İmam Züfer'e ait görüş olduğunu söylemektedir.<sup>193</sup>

Ancak Şeybânî ve Ebû Yusuf'a göre her ne kadar değeri düşük paraların geri verilmesiyle ilk kabz bozulmuş olsa da sözleşme, değeri düşük paraların geri verilmesi durumunda kaliteli paraların alınmasını gerektirir. Şeybânî ve Ebû Yusuf, tarafların kalitesiz paraları değiştirmek üzere bir araya geldikleri meclisin sözleşmenin yapıldığı meclis sayılacağını düşünmektedirler. Dolayısıyla değeri düşük paraların değiştirilmesinden sonra tarafların ayrılması sahih bir sözleşmeden ayrılmaları gibidir. Sonuç olarak Ebû Yusuf ve Şeybânî'ye göre değeri düşük paraların değiştirilmesiyle akit istihsan gereği sahih olmaya devam eder.<sup>194</sup>

Anladığımız kadarıyla Şeybânî ve Ebû Yusuf; ticari hayatın devamını sağlama ve ticari hayatta pratiklik ayrıca akitte bulunabilecek telafi edilebilir aldatmaların giderilmesi gibi maslahatları dikkate alarak akitteki eksikliklerin giderilip akdin devam ettirilmesinin daha güzel olacağı (İstihsan) hükmüne varmışlardır.

Esasen örneğimizin Şeybânî açısından istihsan yönünü tespit ederek yorumumuzu tamamlamış olsak da Ebû Hanîfe'nin bu konudaki görüşünü ve metinle ilgili tespit ettiğimiz bir problemi de aktarmak istiyoruz. Serahsî'nin belirttiğine göre Ebû Hanîfe, paraların çoğunun veya tamamının değeri düşük paralardan olması durumunda kıyası tercih etmektedir. Buna göre kıyas gereği sözleşmenin bozulması gerekir. Ancak paraların bir kısmının değeri düşük paralardan olması durumunda istihsanı tercih etmektedir. Serahsî, Ebû Hanîfe'nin istihsan gereği akdin devamından yana olmasının gerekçesinin, insanlar ne kadar dikkat ederlerse etsinler ellerindeki sermayeye değeri düşük paraların karışmış olabileceğini dolayısıyla insanların ellerindeki sermayelerine az miktarda züyûfun karışmasından kaçınılamamasının bir zaruret olduğunu belirtmektedir. Serahsî'ye göre Ebû Hanîfe'nin değeri düşük paraların geri verildiği

<sup>193</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 145.

<sup>194</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 145.



meclisin sözleşme meclisi olarak kabul edilmesi de güçlüğü kaldırmak içindir.<sup>195</sup> Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi Şeybânî'nin metninde ele aldığımız örnekle aynı başlık altında ama farklı sayfada olan bir başka ifadede paralardan bir tanesinin katkılı (züyûf) çıkması durumunda Ebû Hanîfe'nin, kıyas gereği katkılı paranın geri verilip karşılığının selem konusu maldan düşülmesi gerektiği şeklinde düşündüğünü aktarmıştık.<sup>196</sup> Yine daha önce Serahsî'nin belirttiğine göre Ebû Hanîfe'nin “insanların sermayelerine değeri düşük para karışmasından kaçınmalarının zor olmasından dolayı, sermayede az miktarda değeri düşük para bulunması durumunda istihsanı tercih ettiğini” de aktarmıştık. Şu halde Serahsî'nin metni ile Şeybânî'nin metni arasında “sermayede az miktarda katkılı para bulunması durumunda Ebû Hanîfe'nin istihsan ve kıyastan hangi görüşü aldığı” noktasında tezat bulunmaktadır.<sup>197</sup> Problemi şu şekilde özetleyerek konuyu tamamlamak istiyoruz. Şeybânî'nin metnine göre Ebû Hanîfe paraların bir kısmı katkılı çıkarsa “katkılı para geri verilip karşılığı selem konusu maldan düşülmelidir” şeklinde düşünmektedir ki bu Şeybânî'nin belirttiğine göre kıyası gereği olan hükümdür.<sup>198</sup> Serahsî'nin metnine göre ise Ebû Hanîfe, paraların çoğu ya da tamamı katkılı çıkarsa kıyası almaktadır. Kıyas ise imam Züfer'in savunduğu “satıcının katkılı (züyûf) parayı kabul etmemesi durumunda sözleşmenin bozulmuş olduğu” şeklindeki görüştür. Serahsî'ye göre paraların azı kalitesiz çıkarsa Ebû Hanîfe, Şeybânî ve Ebû Yusuf gibi istihsanı almaktadır. İstihsan gereği olan hüküm de katkılı paraların değiştirilmesidir.<sup>199</sup>

Serahsî'nin metnini esas alır ve Ebû Hanîfe'nin “selem akdinde sermaye olarak verilen paraların içine az miktarda züyûf paralardan karıştığı zaman istihsan gereği züyûf paraların yenileriyle değiştirilmesi ve selem olduğu gibi devam etmesi” şeklinde düşündüğünü varsayarsak, Ebû Hanîfe'nin de istihsana giderken Şeybânî ve Ebû Yusuf ile aynı gerekçeye dayandığını söyleyebiliriz.

<sup>195</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 145.

<sup>196</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 24.

<sup>197</sup> Krş. Şeybânî, *el-Asl*, s. 24; Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 145.

<sup>198</sup> Bkz. Şeybânî, *el-Asl*, s. 24.

<sup>199</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 14, 24; Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 145.

## 2. Örnek: Şartlı Selem Akdi<sup>200</sup>

Bu örnekte satıcıya, selem konusu mal teslim edildikten sonra malı müşterinin evine taşınması şart koşulmaktadır. Şeybânî bu şartla selem geçersiz olduğunu (hayır yoktur) belirtmektedir. Konunun anlatıldığı ibareden hareketle bu durumu şu şekilde örneklendirebiliriz. İki kişi selem akdi yaparlarken müşteri satıcıya "malı bana burada teslim edeceksin sonra da evime taşıyacaksın" demektedir. Bu durumda selem akdi kıyas gereği geçersizdir.

Ancak müşteri satıcıya akit yapılırken malı evine teslim etmesini şart koşarsa yani teslim yeri olarak müşterinin evini belirlemiş olsalar Şeybânî'ye göre bunda istihsan gereği bir sakınca yoktur. Şeybânî kıyas açısından bu iki durum arasında fark olmadığını belirtmektedir. Yani Şeybânî'ye göre akit yapılırken müşterinin satıcıya malı teslim ettikten sonra evine taşınmasını şart koşması durumu ile yine akit yapılırken müşterinin satıcıya malı evine teslim etmesini şart koşması durumu kıyas açısından birdir. Dolayısıyla birinci durumda akit nasıl geçersiz sayılmış ise ikinci durumda da akdin geçersiz olması gerekmektedir. Ancak Şeybânî "taşınma" durumunda kıyası tercih ederek akdi geçersiz saydıklarını "teslim etme" durumunda ise istihsanı tercihen akdi geçerli kabul ettiklerini belirtmektedir.

İlk durumda müşteri malın akitte belirlenen yerde kendisine teslim edilmesinden sonra satıcıdan malı evine taşınmasını şart koşturmaktadır. Müşterinin bu talebi iki açıdan İslam Hukuku'nda Bey' Akdi'nin genel prensiplerine uymamaktadır. İlk olarak müşteri bu talebinin mal teslim edildikten sonra yerine getirilmesini istemektedir. Hâlbuki selem akdi malın teslim edilmesiyle sona erecektir. Akit sona erdikten sonra tarafların birbirlerine karşı herhangi bir sorumlulukları kalmamaktadır. Malın teslimi ile akit tamamlandıktan sonra müşteri malın evine taşınmasını isterse yeni bir sözleşme yapmaları gerekmektedir. Mesela örneğimiz açısından olaya bakarsak müşterinin satıcıya malı evine taşıtabilmesi için satıcıyla ayrıca taşıma sözleşmesi yapması gerekmektedir. Öte yandan müşterinin bu talebi akdin gerektirdiği bir durum değildir. Çalışmamızın başında selem akdi bölümünde anlattığımız selem şartları hatırlanacak olursa selem akdinin gereğinin malın taşınması değil teslimi olduğu daha iyi anlaşılacaktır. İkinci olarak müşteri bu talebini "taşınma" sözcüğüyle ifade etmektedir ki

<sup>200</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 27.

malın taşınması da akdin gerektirdiği bir durum değildir. İfadelerden anlaşıldığına göre Şeybânî "taşıma" ile "teslim etme"nin aynı şey olmadığını öne sürmektedir. Dolayısıyla Şeybânî bu durumla ilgili olarak "kıyası tercih ediyoruz" derken "selem akdinin bu haliyle İslam hukukunun genel prensiplerine aykırı olmasını" kastetmiştir.

İkinci durum yani akit yapılırken müşterinin satıcıdan malı evine teslim etmesini istemesi ve bunu "teslim etme" sözcüğüyle ifade etmesi durumu istihsan gereği meşru sayılmıştır. Çünkü Şeybânî daha önce de belirttiğimiz gibi müşterinin isteğini satıcıya arz ederken "taşıma" ile "teslim etme" sözcüklerinden hangisi ile ifade ettiğini göz önünde bulundurmuş olmalıdır. Metinden anlaşılan da Şeybânî'nin, taşıma ile teslim etmeyi birbirinden ayrı tuttuğudur. Hâlbuki şöyle düşünülebilir: satıcı malı nerede teslim ederse etsin taşıyarak getirecektir. O zaman bu isteğin taşıma ya da teslim etme sözcükleriyle ifade edilmesi arasında ne fark vardır? İşte iki meseleyi ayırıcı nokta burasıdır. Şeybânî burada da akdin gereğini düşünmüştür. Selem akdinin gereği yani akitten doğan zorunlu sonuç malın teslim edilmesidir. Taşıma ise akdin gereği değildir. Müşteri satıcıdan malı taşınmasını istediğinde akdin gereği olmayan bir şey istemiş olmaktadır. Teslim etme lafzının kullanılmasının akit açısından problem teşkil etmemesinin ise iki sebebi vardır. Birincisi malın teslimi akdin gereğidir. İkincisi ise selem akdinde tarafların malın teslim yerini belirleyebilme yetkilerinin var olmasıdır. Hatta malın tesliminde taşıma ve masraf gerektiren bir durum varsa malın teslim yerinin belirlenmesi Ebû Hanîfe'ye göre selem akdinin geçerli olması için şarttır.<sup>201</sup>

Serahsî de konuya benzer açıdan yaklaşmaktadır. Serahsî'ye göre sözleşme esnasında malın teslim yeri belirlendikten sonra müşterinin satıcıya malı evine getirmesini "teslim etme" sözcüğüyle ifade etmesi akdin bozulmasını gerektirmez. Malın müşterinin evine getirilmesi "teslim etme" sözcüğü ile şart koşulduğunda malın teslimi için belirlenen ilk mekan iptal olmuş ve teslim yeri olarak sanki ilk defa müşterinin evi belirlenmiş gibi olur. Serahsî taşıma ve teslim etme arasındaki farkı da şu şekilde açıklamaktadır. Malın müşteriye şüpheye mahal kalmayacak şekilde teslim edilmesi akdin gereğidir. Müşteri malın evine teslimini "teslim etme" sözcüğüyle şart koştuğunda akdin gereği olan bir şeyi şart koşmuş olmaktadır. Ancak taşıma, teslim etme ile aynı cins bir işlem değildir. Çünkü malın teslimi her halükarda akitte bulunan bir durumdur. Fakat taşıma akitte

---

<sup>201</sup> Bkz. Selem akdi, malda aranan şartlar başlığı.

bulunmayabilir. Örneğin vade geldiğinde müşteri satıcının evine gider ve malı teslim almak isterse satıcının malı taşımaya ihtiyacı kalmaz.<sup>202</sup>

Serahsî'nin yorumu da dikkate alındığında burada istihsan ile kastedilen "akdin gereğinin yerine getirilmesi ve bunun akdin şartlarına uygun bir şekilde talep edilmesidir" diyebiliriz.

### 3. Örnek: Selem Konusu Malda İhtilaf<sup>203</sup>

Bu örnekte selem sözleşmesi yapan iki kişinin selem konusu malda anlaşmazlığa düşmeleri söz konusu edilmiştir. Şöyle ki müşteri satıcıya Yahudi kumaşı sipariş verdiğini iddia etmekte satıcı ise siparişin zuti kumaşı olduğunu savunmaktadır. Her ikisinin de iddialarına delilleri yoktur. Buna göre satıcıdan, siparişin Yahudi kumaşı olmadığına dair, müşteriden de siparişin zuti kumaşı olmadığına dair yemin etmeleri istenir. Şayet yemin etmezlerse karşı tarafın iddiasını kabul etmeleri gerekir. Her ikisi de iddialarına dair yemin ederlerse sözleşmeyi bozarlar ve sermaye müşteriye iade edilir.

Eğer her ikisi de iddialarına delil getirirlerse müşterinin delili dikkate alınır. Bu görüş Ebû Yusuf'a aittir.<sup>204</sup>

Taraflar her hususta anlaşsalar ama kumaşın ölçülerinde anlaşmazlığa düşseler; satıcı elbisenin ölçüsünün 3-5 zira<sup>205</sup> olduğunu, müşteri de 3-6 zira' olduğunu öne sürseler yine yeminleşirler ve selemi bozarlar. Çünkü bu durumla bir önceki durum kıyas gereği aynı hükmü alır. Müctehid imamlar her iki durumda da kıyası tercih etmişlerdir. Ancak metnin devamında ikinci olayın istihsan gereği nasıl çözümlenmesi gerektiğine de değinmişlerdir. Buna göre; bu tür bir anlaşmazlıkta söz hakkı yemin etmesi şartıyla satıcıya aittir. Ancak müşteri delil getirirse o zaman onun dediği doğru kabul edilir.

Örneğimizde ilk durumda taraflar arasında malın aslıyla (cinsiyle) ilgili bir ihtilaf söz konusudur. Serahsî'nin *el-Mebsût* isimli eserinde de belirttiğine göre taraflar malın cinsinde anlaşmazlığa düşerlerse yeminleşirler. Aynı şekilde selem akdine özel olarak

<sup>202</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 160-161

<sup>203</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 28.

<sup>204</sup> Metinde Ebû Hanîfe ve Şeybânî'nin görüşlerine yer verilmemiş.

<sup>205</sup> Zira': Arşın, dirsek ucundan orta parmağın ucuna kadar olan kısım. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 495.

malın aslında değil de niteliklerinde anlaşmazlığa düştükleri zaman da yeminleşirler. Çünkü Serahsî'nin belirttiğine göre selem konusu olan mal ancak nitelikleriyle bilinen bir borçtur. Borç olan şeydeki nitelik farklılığı da borç olan şeyin bizzat kendisindeki farklılık anlamına gelir.<sup>206</sup> Serahsî *el-Mebsût*'ta problemi "istihsan" kavramını kullanarak değerlendirmemiştir. Ancak *Usûl*'ünde kıyasın delilinin istihsanın delilinden daha güçlü olduğu durumları örneklendirirken bu konuya da değinmiştir. Buna göre istihsan gereği malın niteliklerinde anlaşmazlığa düğüldüğünde söz hakkı satıcındır. Serahsî istihsan yönünü şu şekilde açıklamaktadır. Taraflar malın nitelikleri ile ilgili bir anlaşmazlığa düştüklerinde söz hakkının satıcıya ait olmasının sebebi anlaşmazlığın malın vasıflarıyla ilgili olmasıdır. Vasıflarla ilgili bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda asıldaki anlaşmazlık gibi taraflar yeminleşmezler, satıcının sözü dikkate alınır.<sup>207</sup> Serahsî devamla olayın kıyas yönünü şöyle temellendirmektedir. Selem akdi, mala işaret edilmesiyle değil vasıflarının belirlenmesi ile kurulur. Serahsî buna dayanarak selem akdinde vasıfların belirlenmesini asıl yani malın bizzat kendisi gibi değerlendirmekte ve bu yönüyle kıyasın delilinin gizli olmakla beraber istihsanın delilinden daha güçlü olduğunu bundan dolayı bu meselede kıyası tercih ettiklerini vurgulamaktadır.<sup>208</sup>

Serahsî'nin bu yorumundan anladığımız kadarıyla burada iki kıyas imkanı vardır. Birinci kıyas şöyledir. Selem akdi bey' akdinin bölümlerinden biridir. Dolayısıyla selem akdinde malın vasıfları hususunda çıkan bir anlaşmazlık bey' akdindeki yine malın vasıflarında çıkan anlaşmazlığa kıyas edilmelidir. Buna göre müşteri iddiasına delil getirmede söz hakkı yemin etmesi şartıyla satıcındır.

İkinci kıyas ise şöyledir. Selem akdinde mal nitelikleriyle belirlendiği için bu akde özel olarak malın niteliklerinde çıkan bir anlaşmazlık durumunda kıyas malın aslına itibarladır. Dolayısıyla selem akdinde malın vasıflarında bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda bey' akdindeki malın aslında çıkan anlaşmazlığa kıyas edilir. Buna göre de taraflar yeminleşip akdi bozarlar.

---

<sup>206</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 154-155.

<sup>207</sup> Serahsî *Usûl*, II, 205.

<sup>208</sup> Serahsî *Usûl*, II, 205.

Burada Serahsî'nin kurgusuna göre birinci kıyas “delili gizli olmakla beraber güçlü olan” kıyası, ikinci kıyas ise Serahsî'nin “delili açık olup fesadı gizli olan<sup>209</sup> istihsan” dediği istihsanı temsil etmektedir. İşte Serahsî böyle bir durumda kıyasın istihsana tercih edileceğini belirtmektedir.<sup>210</sup>

Sonuç olarak burada istihsan karşımıza delili zayıf olan kıyas olarak çıkmaktadır.

Aslında burada şu da akla gelmektedir. Bilindiği gibi usul kitaplarında tarif edilen gizli kıyas istihsanında gizli kıyas (istihsan), delili güçlü fakat gizli olan, müçtehidin hemen aklına gelivermeyen, ancak üzerinde iyice düşünüldüğünde akla gelen kıyas olarak tarif edilmektedir. Açık kıyas ise müçtehidin ilk etapta hemen aklına gelmesine karşın delili zayıf olan bir kıyas olarak tarif edilmektedir. Bu anlayışa göre örneğimizde sanki istihsan (gizli kıyas) ve kıyas kavramları yer değiştirmiştir. Çünkü örneğimize göre selem akdinde taraflar malın vasıflarıyla ilgili bir anlaşmazlığa düştüklerinde müçtehidin aklına ilk gelecek olan bu anlaşmazlığın bey' akdinde yine malın vasıflarında çıkan anlaşmazlığa kıyas edilmesidir. Bu da usul kitaplarındaki tarife göre açık kıyas olur. Söz konusu anlaşmazlığın, selem akdinde mal vasıflarıyla belirlendiği için vasıfların asıl kabul edilip bey' akdinde malın aslına kıyas edilmesi ise müçtehidin bu konu üzerinde iyice düşünmesinden sonra akla gelecek bir kıyastır ki usul kitaplarına göre bu da istihsan yani gizli kıyas olur. Ancak bu yorumu destekleyecek bahsettiğimiz mantıktan başka delil olmadığını da belirtmemiz gerekir. Çalışmamız esnasında Şeybânî'nin metninde istihsanın terk edildiği başka bir örneğe de rastlamadık. Örneğimizi yorumlarken de belirttiğimiz gibi Serahsî aynı örneği *el-Usul* kitabının istihsan bölümünde delili güçlü olan kıyas karşısında delili açık ama fesadı gizli olan istihsanın terk edileceğini anlatırken almıştır. Serahsî *el-Usul*'ünde istihsanın terk edildiği bir örnek daha vermektedir.<sup>211</sup> Ayrıca bu konuda kaleme alınmış henüz yazma halinde bulunan bir risalenin<sup>212</sup> de mevcut olması Hanefî fıkında kıyas karşısında

---

<sup>209</sup> Burada İstihsan'ın fesadının gizli olmasından maksat anladığımız kadarıyla bu kıyasın (istihsan'ın) doğuracağı sonucun konuya uygun bir çözüm olmamasıdır.

<sup>210</sup> Serahsî, *Usul*, II, 205.

<sup>211</sup> Serahsî, *Usûl*, II, 204; ayrıca bkz. Alaaddin Abdülaziz b. Ahmed el-Buharî, *Keşfü'l-Esrâr*, IV, 15-19.

<sup>212</sup> Risale Beyazıt Devlet Kütüphanesi'nde Veliyüddin Efendi bölümünde olup “*Risale fi Ma Ehaza bi'l-Kıyas ve Taraki'l-istihsan*” adıyla Ahmed b. Muhammed b. Ömer Ebü'l-Abbas en-Natifi tarafından telif edilmiştir. Risalede, Hanefî mezhebinde istihsanın terk edilip kıyasın tercih edildiği 11 mesele konu edilmiştir.

istihsanın bazen terk edildiğini göstermekte ve yaptığımız son yorumun doğruluk ihtimalini zayıflatmaktadır.

#### 4. Örnek: Selemde Sermaye Teslimi İle İlgili İhtilaf<sup>213</sup>

Bu örneğimizde birisi bir başkasına “sen bana 10 dirhem (gümüş para) karşılığında bir ölçek buğday siparişi verdin (selem)” demiş biraz sustuktan sonra “ama ben senden 10 dirhemi almadım” diye eklemiştir. Buna karşılık siparişi veren kişi de parayı verdiğini iddia etmektedir. Böyle bir durumda Şeybânî, parayı verdiği dair yemin etmesi şartıyla müşterinin sözünün doğru kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Çünkü Şeybânî’ye göre satıcının “bana sipariş verdin” (اسلمت إلي) (selem) demesi, parayı teslim almış olması anlamına gelir. Şeybânî’ye göre bu söz satıcının “sen bana bir ölçek buğday karşılığında 10 dirhem verdin” demesi gibidir. Yine eğer “sen bana 10 dirhem borç verdin” deyip biraz sustuktan sonra “ama ben senden parayı teslim almadım” diye ekleseydi o zaman Şeybânî bu sözün kabz (teslim alma) olarak kabul edilmesi gerektiğini ve bu kişinin “parayı teslim almadığı” iddiasını doğru olarak kabul etmeyeceğini beyan etmektedir. Satıcının “sen bana bir elbise karşılığında bir ölçek buğday siparişi verdin” demesi de bu durumla aynıdır. Şeybânî bahsettiği bu çözüm yolunun kıyas değil istihsan gereği olduğunu söylemektedir. Kıyas gereği ise sermayenin teslim alındığına hükmedebilmek için ancak satıcının “parayı veya elbiseyi teslim aldım” şeklinde sermayeyi kabzettiğini (teslim aldığı) açıkça söyleyerek kabul etmesi gerektiğini de sözlerine eklemektedir. Şeybânî’nin kurgusu bu şekildedir.

Şeybânî’nin bu probleme getirdiği çözüm, selemde “akit esnasında sermayenin peşinen teslim edilmesi” şartı ile bağlantılı gibi görünmektedir. Serahsî “*el-Mebsût*” isimli eserinde “sermayenin akit anında teslim edilmesi” şartını delillendirirken “selem” ve “selef” kelimelerinin sözlük anlamlarının zorunlu sonucu olarak sermayenin peşinen teslim edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Serahsî sözüne devamla sarf, havale, ve kefalet akitlerindeki hükümlerin, bu akitlerin isimlerinin sözlük anlamlarının gerektirdiği şekilde sabit olduğunu da buna delil olarak göstermektedir.<sup>214</sup> Öyle görülüyor ki Şeybânî’nin de satıcının, “bana selem yoluyla sipariş verdin” (اسلمت إلي) sözünü sermayeyi teslim aldığına delil olarak göstermesi İslam Hukuku’ndaki bu

<sup>213</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 32.

<sup>214</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 127.

mantığın gereğidir. Yani Şeybânî olaya çözüm getirirken “*selem akdinde sermayenin akit esnasında teslim edilmesi şarttır. Satıcı da selem akdinin yapıldığını kabul etmektedir. O zaman satıcının sermayeyi teslim almış olması gerekir*” şeklinde mantıksal bir çıkarım yapmıştır. Bununla beraber Şeybânî bu mantıksal çıkarımını satıcının “selem akdini kabul etmesi” ile “sermayeyi teslim almadığını” söylemesi arasında biraz susmuş olmasıyla desteklemektedir. Muhtemelen Şeybânî satıcının ortaya koyduğu iki iddia arasında biraz susmuş olmasını yalan söylemiş olabileceği şeklinde yorumlamıştır. Şeybânî bu çözümünün istihsan gereği olduğunu belirtmektedir.

Örneğimiz istihsan metodunun kullanımı açısından Hanefi mezhebinde kişinin ikrarından dönmesi ya da ikrarında<sup>215</sup> istisna yapması kapsamında da değerlendirilebilir. Bu bakış açısına göre örneğimizde satıcının ikrarında istisna yapması ya da ikrarını değiştirmesi söz konusudur. Çünkü satıcı müşteriyle selem akdi yaptıklarını söyleyerek müşteriye selem konusu malı borçlu olduğunu ikrar etmektedir. Ancak sermayeyi teslim almadığını iddia etmektedir. İkrarıyla iddiası arasında da bir müddet susmuştur. Hanefi fıkında ikrardan dönmenin ya da ikrardan istisna yapmanın geçerli olabilmesi için istisna cümlesinin ikrara bitişik olması şart koşulur. Aksi takdirde istisna geçersiz, ikrar ise geçerli sayılır.<sup>216</sup> Örneğimizdeki problemi bu bağlamda değerlendirdiğimizde satıcının yaptığı istisnanın kabul edilmemesi gerekir. İkrarda bulunulurken yapılan istisnanın söze bitişik olması gerektiği Hanefi mezhebi tarafından Hz. Peygamber’den nakledilen bir hadise<sup>217</sup> dayandırıldığına göre burada nass sebebiyle istihsan söz konusu olur. Yine bu yoruma göre kıyas ise “açıkça ikrar etmedikçe kişinin sermayeyi teslim aldığına hükmedilmemesi gerekir” şeklindeki ikrar ile ilgili genel prensip olarak karşımıza çıkar.

Ancak Şeybânî’nin nass sebebiyle istihsansa gittiği yerlerde bunu açıkça ifade ettiğini görüyoruz.<sup>218</sup> Örneğimizin metninde Şeybânî’nin nass sebebiyle istihsansa gittiğine dair

---

<sup>215</sup> İkrar: Bir kimsenin kendisiyle ilgili olup başkasına ait bulunan bir hakkı haber vermesidir. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 191.

<sup>216</sup> Mevsili, *el-İhtiyar*, s. 308-309.

<sup>217</sup> İlgili hadis yemin eden bir kimsenin yemininin hemen ardından “inşallah” demesi durumunda yeminin geçersiz olduğuyla ilgilidir. Ancak Hanefi fıkıh eserlerinde ikrarın anlatıldığı bölümlerde bu hadis ikrarından dönen ya da istisna yapan bir kimsenin, ikrarıyla dönme ya da istisna belirten cümlesinin aralıksız olması gerekeceği genel prensibine delil olarak gösterilmektedir. Hadis için bkz. Malik, Muvatta, *Kitâbu’n-Nuzûr Ve’l-Eymân*, 10 numaralı hadis.

<sup>218</sup> Bkz. Şeybânî, *elAsl*, s. 108, 202, 222.



herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Şu halde bahsettiğimiz mantıksal çıkarım ve müçtehidin gözlem sonucu ulaştığı kanı istihsanın sebebi olarak görünmektedir.

Serahsî'nin aynı örnekle ilgili daha önce bahsettiğimiz değerlendirmelerine ilave olarak şunları da söylemektedir. Serahsî'nin belirttiğine göre burada kıyas gereği satıcının selem varlığını kabul etmesi, sermayeyi kabzettiği anlamına gelmez. Serahsî bu olayı bey' akdinde, bir kimsenin bir mal satın aldığını söyledikten sonra malı henüz teslim almadığını söylemesine benzetmektedir. Bey' akdinde kişinin bu iddiası nasıl kabul edilirse selemde de kıyas gereği kabul edilmelidir. Serahsî sözlerine devamla burada Şeybânî'nin istihsanı tercih ettiğini, dolayısıyla satıcının sermayeyi teslim aldığına hükmedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Serahsî Şeybânî'nin istihsan gereği bu hükme varmasını şöyle temellendirmiştir. Öncelikle selem peşin olanı vadeli olanla satmaktır. Kişinin bu konuda kayıtsız ikrarda bulunması hem sözleşmeyi hem de sermayeyi teslim aldığına delalet eder. Satıcının sermayeyi almadığını iddia etmesi selem akdinin gereği olan 'sermayenin peşin olarak teslim edilmesi'ni değiştirmek anlamına gelir. Bu noktada Serahsî sözü değiştiren açıklamanın söze bitişik olması gerektiğini burada ise satıcının sözünün bitişik olmadığını dolayısıyla Şeybânî'nin burada istihsanı tercih ettiğini belirtmiştir.<sup>219</sup>

Görüleceği üzere Serahsî'nin değerlendirmeleri meselenin ikrar kapsamında değerlendirilmesini destekler mahiyettedir. Ancak Serahsî de istihsanın nass sebebiyle yapıldığına dair herhangi bir ifade kullanmamıştır. Yine daha önce de belirttiğimiz gibi Şeybânî nass sebebiyle istihsanı gittiği durumlarda bunu açıkça belirtmektedir. Buna karşın örneğimizin anlatıldığı metinde buna dair herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Ayrıca Serahsî'nin meseleyi ikrar kapsamında değerlendirmesi kendi yorumudur. Bizim Şeybânî'nin metninden anladığımız kadarıyla burada istihsanın mantıksal çıkarım ve gözlem sonucu ulaşılan kişisel kanı olarak belirlenmesi daha uygun görünmektedir.

##### **5. Örnek: Selem Ve Bey' Akitlerinin Karşılaştırılması**<sup>220</sup>

Bu örneğimizde bir kimse bir başkası ile selem akdi yapmaktadır. Bedel olarak da elbise, hayvan, köle, cariye veya keyli veya vezni mallardan herhangi birini verecektir. Ancak satıcı sermayeyi teslim almadan akit meclisinden ayrılırlarsa Şeybânî'ye göre bu

<sup>219</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 164.

<sup>220</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 41.

akit geçersizdir (fasit), caiz değildir. Taraflar akdi devam ettirmek isterlerse selem akdini yeniden yapmaları gerekir.

Ancak bir kimse cariyesini, kölesini ya da elbisesini keyli veya vezni mallardan biri karşılığında bir başkasına satsa ve satıcının dahil olmaksızın müşteri malı teslim almasa Şeybânî'ye göre bu akit caizdir. Müşteri satın aldığı malı istediği zaman teslim alabilir.

Şeybânî bu iki durumun kıyasen aynı olduğunu ancak bey' akdini kıyas gereği geçerli saydığını selem akdinin ise istihsan gereği geçersiz olduğunu belirtmektedir. Tercihine delil olarak da şu kıyaslamayı yapmıştır: Şeybânî'ye göre bir kimse belli ölçekte buğday karşılığında bir elbise satmış olsaydı ama elbisenin bedeli olan buğdayın ne zaman ödeneceğine dair herhangi bir vade belirlememiş olsalardı, bu caiz olurdu. Ancak bir kimse bir başkasına selem yoluyla belli ölçekte buğday karşılığında elbise siparişi verse ve vade belirlemeselerdi bu akit fasit olurdu.

Kıyas ve İstihsan açısından örneği değerlendirecek olursak şunları söyleyebiliriz: Selem akdinde sermayenin nakit olarak ödenmesi selem akdinin şartlarındandır. Sermaye nakit olarak ödenmediğinde akit fasit olur. Bey' akdinde de satın alınan malın hemen teslim alınmasıyla daha sonra teslim alınması arasında fark yoktur, yani bunda bir sakınca yoktur. Hemen şunu da ilave edelim ki burada selem akdinde malın karşılığı olan ve nakit olarak ödenmesi gereken bedel, bey' akdindeki mala kıyas edilmiştir. Esasen selemdeki bedel olan sermaye, bey' akdinde malın karşılığı olarak verilen bedele kıyas edilmesi gerekmez miydi diye bir soru akla gelebilir. Ancak burada her iki akit türünün, üzerine kurulduğu temel şeyler dikkate alınmıştır diyebiliriz. Zira bey' akdinde esas olan maldır. Selem akdinde ise esas olan sermayedir. Şeybânî selem akdindeki sermayenin peşin olarak ödenmemesiyle bey' akdindeki malın hemen teslim alınmamasının kıyasen aynı olduğunu söylemektedir. Dolayısıyla Şeybânî'ye göre bey' akdinde satın alınan mal hemen teslim alınmadığında akit nasıl geçerli ise selem akdinde de sermaye hemen teslim edilmediğinde akdin geçerli olması gerekir.

Şeybânî bey' akdinde satın alınan mal hemen teslim alınmadığında akdin geçerli olmasına rağmen selem akdinde sermaye olarak verilecek bedelin akit meclisinde hemen teslim alınmaması halinde akdin istihsan gereği geçersiz olacağını belirttikten sonra görüşüne delil olarak şu kıyaslamayı da yapmıştır. Bir kimse bir başkasına belli miktarda buğday karşılığında bir elbise satsa ama elbise karşılığında bedel olan buğdayı

ne zaman vereceğine dair bir vade belirlemeseler bu akit geçerlidir. Ancak aynı şartlarda selem yapsalar, mesela bir kimse belli miktarda buğday karşılığında elbise siparişi verse ama elbisenin ne zaman teslim edileceğini belirlemeseler, selem akdi Şeybânî'ye göre fasit olurdu. Şeybânî bu durumu verdiği hükme delil olarak zikrettiğine göre şöyle düşünmüş olmalıdır: Nasıl ki bey' akdinde bedel için vade belirlenmese de akit caiz oluyorsa selem akdinde de teslim edilecek mal için vade belirlenmese akdin caiz olması gerekirdi. Ama selem akdinde vade belirlenmediğinde akit geçersiz olmaktadır. Çünkü selem akdinde malın teslim edileceği vadenin belirlenmesi selem şartlarındandır. Şu halde vade belirlenmeden yapılan selem akdi nasıl geçersiz ise sermaye teslim edilmeden yapılan selem akdi de istihsan gereği geçersizdir.

Çalışmamızın selem akdi bölümünde de belirttiğimiz gibi selem gayesi insanların ihtiyaçlarının giderilmesidir. Yine ilgili bölümde belirttiğimiz gibi selem bazı fakihler tarafından "bey-i mefâlîs" (müflislerin satışı) olarak da adlandırılmaktadır. Selem akdinde siparişi veren kişinin mala ihtiyacı vardır ancak bu ihtiyaç acil değildir. Satıcının ise acilen sermayeye ihtiyacı vardır. İşte her iki tarafın ihtiyacının giderilmesi için aslında bey-i madum (mevcut olmayan bir şeyin satışı) kabilinden olan selem akdi ruhsat gereği meşru kılınmıştır. Selemde sermaye nakit olarak ödenmediğinde ise bu ihtiyaç giderilememekte dolayısıyla akit gayesine ulaşamamaktadır. Şu halde selem meşru sayılmasında öngörülen amacın gerçekleşmesi için sermaye nakit olmalıdır. Buradan hareketle Şeybânî'nin selem akdinde sermaye nakit olarak ödenmediğinde akdi istihsan gereği geçersiz saymasının nedeni bu durumda selem gayesinin gerçekleşmiyor olmasıdır. Nitekim Serahsî, selem akdiyle ilgili olarak "sermayenin akit anında teslim edilmesi" şartını delillendirirken "selem" ve "selef" kelimelerinin sözlük anlamlarının muktezası gereği sermayenin peşinen teslim edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Serahsî bu meseleyi istihsan kıyas açısından değerlendirirken de aynı noktadan hareket etmektedir. Serahsî'ye göre sermayesi peşin olarak ödenmeden tarafların ayrılması şeklinde gerçekleşen akdin, istihsan gereği geçersiz olması "selem" adının gereğidir. Çünkü selem, vadeliyi peşin ile satmaktır. Serahsî'ye göre sermaye nakit olarak ödenmediğinde ise akdin gereği yerine getirilmiş olmamakta ve akit

istihsan gereği geçersiz olmaktadır.<sup>221</sup> Sonuç olarak burada istihsan kavramı ile kastedilenin “akdin gayesinin gözetilmesi” olduğunu söyleyebiliriz.

## 6. Örnek: Alışverişte Faiz<sup>222</sup>

Bu örneğimizde bir kimse bir başkasına yün verip canlı koyun satın almaktadır. Ancak koyunun sırtında, koyuna karşılık olarak verilen yünden daha fazla yün bulunmaktadır. Şeybânî bu durumda akdin geçersiz (fasit) olacağını ileri sürmektedir. Ancak koyunun sırtındaki yün, bedel olarak verilen yünden daha az olursa bu durumda akdin geçerli olacağını düşünmektedir.

Yine Şeybânî’ye göre bir kimse bir başkasından et karşılığında canlı koyun satın alsa ve bedel olarak verilen et, koyunun etinden daha az olsa akit geçersizdir (fasit). Verilen etin koyunun etinden fazla olması durumunda ise akit geçerlidir. Şeybânî bedel olarak verilen etin koyunun eti kadarki miktarının koyunun etine karşılık geleceğini, fazla kısmının ise koyunun yününe, derisine ve diğer sakatatına karşılık olacağını belirtmekte ve görüşüne delil olarak Hz. Peygamber’in canlı hayvan karşılığında et satın alınmasını yasakladığı bir Rivâyete işaret etmektedir.<sup>223</sup> Fakat Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf’a göre ilk durumun ikinci ile kıyas gereği aynı sonucu almaları gerekse de et karşılığı canlı koyun satımı şeklinde olan ikinci meselede akdi geçerli saydıklarını (nücüzuhu-istihsan) belirtmişlerdir. Yani onlara göre satın alınan koyunun eti, bedel olarak verilen etten fazla da olsa akit geçerlidir.

Bu iki mesele için de Şeybânî mübadele edilen malları aynı cins olarak kabul etmiş olmalıdır. Mesela ilk meselede yün verilip koyun satın alınmaktadır. Şeybânî’ye göre akdin geçerli olabilmesi için verilen yünün koyunun sırtındakinden fazla olması gerekecektir. Bedel olarak verilen yün ile koyunun sırtındaki yün aynı cinstir. Bununla beraber satın alınan koyunda yünden başka et, deri, sakatat gibi fazlalıklar da vardır. Yani bedel olarak verilen yün ile koyunun sırtındaki yün aynı miktarda olsa bile koyunun eti, derisi ve diğer sakatatı sanki bir fazlalık gibidir. Şu halde bedel olarak verilen yünün koyunun sırtındaki yün miktarından fazla olması gerekir ki fazlalık koyunun diğer sakatatına karşılık gelsin.

<sup>221</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 171

<sup>222</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 55.

<sup>223</sup> Zeylâî, Cemaledin Ebû Muhammed Abdullah b. Yusuf, *Nasbu’r-Râye li Ehâdîsi’l-Hidaye*, IV, 39.

Şeybânî'ye göre ikinci meselede de durum aynıdır. Serahsî bu konuda Şeybânî'nin şöyle düşündüğünü aktarmaktadır. Bedel olarak verilen et koyun kesildiğinde ondan çıkacak olan tahmini et miktarından fazla olmalıdır. Çünkü bedel olarak verilen et koyunun tahmini et miktarına karşılıktır, fazlalık da diğer sakatatına karşılıktır. Eğer bedel olarak verilen et koyundaki et miktarından az olursa bu sefer koyundaki etin bedelden fazla olan kısmı faiz olacaktır. Miktarlar eşit olursa -yün meselesinde olduğu gibi- bu defa da koyunun yünü, derisi ve diğer sakatatı faiz olarak tahakkuk edecektir.<sup>224</sup> Bu takdirde Şeybânî'ye göre canlı koyun karşılığında verilen bedel ister yün isterse et olsun her halükarda bedel olarak verilen et veya yünün koyunun tahmini et miktarından veya sırtındaki yün miktarından fazla olması gerekmektedir. Zira Şeybânî bedelin yün olduğu ilk mesele ile bedelin et olduğu ikinci meselenin aynı hükmü alması gerektiğini düşünmektedir.

İfadelerden anlaşıldığı kadarıyla koyunun yün karşılığında satıldığı ilk meselede Şeybânî ile Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf aynı görüştedirler. Çünkü bu görüş için özel bir nispet yapılmamıştır. Ancak koyunun et karşılığında satıldığı ikinci meselede Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf, Şeybânî'den farklı düşünmektedirler. Onlara göre bedel olarak verilen et koyunun etinden ister az isterse fazla olsun akit geçerlidir. Esasen burada temel problem koyunun, koyun eti ile satılıp satılmayacağı meselesidir. Zira *el-Hidâye* ve *el-İhtiyâr* isimli eserlerde belirtildiğine göre Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf bunun caiz olduğunu düşünmektedirler. Şeybânî ise koyun eti karşılığında canlı koyun satılmasının esasen caiz olmadığını ancak takdir yoluyla caiz sayılabileceğini ileri sürmektedir. Takdir de koyundaki et miktarının tahminen belirlenmesi ve bedel olarak verilecek et miktarının buna göre ayarlanmasıdır. Örneğimizin kurgusunda da belirttiğimiz gibi Şeybânî görüşüne delil olarak Hz. Peygamber (sav)'in canlı hayvan karşılığında et satın alınmasını yasakladığı şeklindeki Rivâyeti göstermektedir. Şeybânî bu Rivâyetten hareketle et karşılığı canlı hayvan satın almanın faiz ihtimalinden dolayı yasaklandığını fakat takdir yoluyla faiz şüphesi ortadan kaldırıldığında bu alışverişin geçerli sayılabileceğini düşünmüş olmalıdır. Yine söz konusu eserlerde Ebû Yusuf ve Ebû Hanîfe, koyunun sayı ile alınıp satılan bir mal olduğunu, etin ise tartı ile alınıp satıldığını ileri sürmektedirler. Yani onlara göre canlı koyun ile et aynı cins değildirler. Dolayısıyla cinsler bir olmayınca faiz ihtimali de ortadan kalkmaktadır. Öte yandan

<sup>224</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 180.

hayvandaki etin miktarını belirlemek de tam olarak mümkün değildir. Zira hayvan tartıda kendini hafif de gösterebilir.<sup>225</sup>

Serahsî konuya daha da açıklık getirmektedir. Onun belirttiğine göre Şeybânî, bedel olarak verilen et ile koyundaki eti aynı cins sayarken, koyun satın alınırken maksadın et olduğu ve koyunun değerinin etine göre değiştiği şeklinde bir mantık yürütmektedir. Serahsî buna delil olarak da savaşta ganimet olarak alınan koyunun gıda maddesi sayılmasını zikretmektedir. Serahsî, Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf'un istihsan gereği bu akdi her şekilde geçerli saymalarını ise şöyle temellendirmektedir. Et karşılığında koyunun satılması durumunda, taneleri birbirinden farklı olan adedî (sayılan) bir malın tartılan bir mal ile satılması söz konusudur. Bu da pamuk karşılığında kumaş satın almanın her halükarda caiz olması gibi caizdir. Ayrıca yine Serahsî'nin belirttiğine göre bir malın içinde olan şeye itibarla cins birliği sadece her iki bedelin de ölçülür veya tartılır olması durumunda söz konusudur. Mallardan birisi ölçülür veya tartılır olmazsa cins birliği bulunmaz.<sup>226</sup> Bunu örneğimizle şöyle açıklayabiliriz. Koyunun sahip olduğu ete itibar edilerek bu alışverişin geçersiz kabul edilmesi için koyunun da et gibi tartı ile alınıp satılan bir mal olması gerekir. Hâlbuki Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf koyunun sayı ile alınıp satılan bir mal olduğunu ileri sürmektedirler. Dolayısıyla canlı koyun ile et arasında cins birliği yoktur. İkinci olarak Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre koyun alınırken asıl maksat eti değildir. Kişi koyun satın alırken öncelikli gayesi hayvanın nesli ve sütüdür. Hayvanın güdülmesinde de gaye semizleşmesidir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf hayvan satın alınırken etin gözetilecek en son gaye olduğunu düşünmektedirler. Üçüncü olarak onlara göre hayvanın değeri etine göre değişmez. Zira onlara göre aynı ağırlıktaki iki hayvanın değerleri arasında büyük farklar olabilir. Sonuç olarak Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf bir hayvanın değerinin eti ile ölçülmemesi ortaya çıkınca satışında da etinin dikkate alınmayacağını ileri sürmektedirler. Bu düşünce şekilleriyle canlı koyun ile etin aynı cins olmadığı ortaya çıkınca da istihsan gereği akdi geçerli saymaktadırlar. Burada istihsan, akdin benzerlerinin aksine geçerli sayılmasını gerektiren bir sebebin bulunmasıdır. Bu da mübadele edilen mallar arasında cins birliğinin bulunmamasıdır.

<sup>225</sup> Merğınânî, *el-Hidâye*, II, 48; Mevsilî, *el-İhtiyâr* s. 209.

<sup>226</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 180.

## 7 Ve 8. Örnekler : Şarh Satış<sup>227</sup>

Burada birbirine benzemesi bakımından iki örneği bir arada anlayıp yorumlamaya çalışacağız. İlk örneğimiz Şeybânî tarafından şöyle kurgulanmıştır:

Bir kimse satıcıdan malı evine ‘taşınması’ şartıyla, gümüş para (dirhem) veya belirli bir ticaret eşyası karşılığında gıda maddesi satın alsın bu akit geçersizdir (hayır yoktur). Aynı şekilde evinde ‘teslim etmesini’ şart koşsa akit yine geçersizdir (fasit).

Ancak Şeybânî, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf’un böyle bir akitte özel bir durumdan dolayı istihsan gereği akdi geçerli saydıklarını ifade etmektedir. Bu özel durum da müşteri ile satıcının aynı şehirde olmalarıdır. Yani malın teslim edileceği ev ile müşteriye teslim edilmeden önce malın bulunduğu yer aynı şehir içerisinde. Dolayısıyla mal başka bir şehre veya şehir dışında herhangi bir yere taşınmayacaktır. Şeybânî işte bu özel durumdan dolayı Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf’un istihsan gereği akdi geçerli saydıklarını ifade etmektedir. Şeybânî’nin kendisi ise bu durumların hepsinde akdin geçersiz (fasit) olacağını düşünmektedir.

İkinci örneğimiz ise Şeybânî tarafından şöyle kurgulanmıştır:

Bir kimse bir başkasından, malı evinde (müşterinin evinde) teslim etmesi şartıyla gıda maddesi satın alsın bu akit geçersizdir. Ancak Şeybânî burada bir özellikten dolayı istihsan gereği akdin geçerli olacağını söylemektedir. Bu özellik de aynı şehirde olmaktır. Ancak şehrin dışında olursa akit geçersizdir. Burada aynı şehirde olmaktan maksat müşteri ile satıcının aynı şehirde olmaları, dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz gibi malın bu şehirden başka bir şehre taşınmayacak olmasıdır.

Burada şu problemi dile getirmemiz gerekmektedir. Şeybânî her iki örnekte de istihsan terimini nefsi mütekellim vahde (birinci tekil şahıs) sigasıyla kullanmaktadır. Yani istihsan terimi her iki örnekte de “ben istihsan yapıyorum ve akdi geçerli sayıyorum” şeklinde kullanılmaktadır. Ancak birinci örnekte akdin istihsan gereği geçerli olduğu mütekellim sigasıyla söylendikten sonra paragrafın sonunda istihsan görüşünün Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf’a ait olduğu belirtilmiş ardından da “Muhammed, *bunların hepsi geçersizdir (fasit)* dedi” şeklinde Şeybânî’nin bu akdi geçersiz olarak kabul ettiği

---

<sup>227</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 68, 99.

belirtilmiştir. Buna karşılık ikinci örneğin olduğu bölümde ise istihsan görüşü yine mütekellim sigasıyla verildikten sonra (أجزناه) ifadesi kullanılarak bu görüşün her üç imama da ait olduğu ima edilmekte ve herhangi bir görüş ayrılığına değinilmemektedir. Şu halde iki örnek arasındaki bu ihtilaf iki ihtimali çağrıştırmaktadır. Birincisi, Şeybânî aynı meselede iki farklı görüş belirterek çelişkiye düşmektedir. Bize göre bu zayıf bir ihtimaldir. Çünkü Şeybânî'nin eserlerini yetkin bir şekilde yorumlayan İmam Serahsî'nin ne bu iki örneği ne de örnekler arasındaki çelişkiyi görememesi uzak bir ihtimaldir. İkinci ihtimal ise “Muhammed, *bunların hepsi geçersizdir (fasit)* dedi” ifadesi metne sonradan müstensih hatası olarak girmiştir. Ayrıca birinci örneğimiz selem bölümünde zikredilmiştir ancak görüldüğü gibi örnek bey' akdiyle ilgilidir. İkinci örneğimiz ise “akdi geçersiz kılan şartlar” (باب البيوع إذا كان فيها شرط يفسدها) başlığı altında zikredilmiştir.

Örneğimizin istihsan ve kıyas kavramları açısından değerlendirmesine gelirsek ikinci ihtimalden hareketle şunları söyleyebiliriz. Burada kıyas, tarafların akdin gerektirmediği bir şart öne sürmeleri sebebiyle akdin geçersiz olmasıdır. Bilindiği gibi İslam hukukunda taraflardan birinin akdin gerektirmediği bir şart öne sürmesi akdi geçersiz kılar. Ancak Şeybânî “aynı şehirde olmak” kaydıyla müşterinin satıcıdan malı evinde teslim etmesini şart koşması şartıyla yapılan akdi istihsan gereği geçerli saymaktadırlar. Şeybânî istihsan gereği bu akdi geçerli sayarken, şehrin bir bütün olarak kabul edilmesi örfüne dayanmış olmalıdır. Nitekim Serahsî, selem akdiyle ilgili benzer bir problemi yorumlarken şehrin mahallelerinin tek bir mekân gibi sayılacağını belirtmektedir.<sup>228</sup> Tabi ki bu durum müşterinin satıcıdan malı taşımamasını değil evinde teslim etmesini şart koşması ve aynı şehirde olmaları durumunda geçerlidir. Çünkü teslim akdin gereğidir. Şehrin bütün mahalleleri de tek bir mekân gibidir. Böyle olunca müşterinin satıcıya ‘malı benim evimde teslim edeceksin’ şeklinde bir şart ileri sürmesi istihsan gereği akdin gereğine uygun bir şart haline gelmektedir. Ve müşteri satıcıdan akdin gerektirmediği bir şey istememiş olmaktadır. Ancak ‘malı evine taşıma’ şartı böyle değildir. Çünkü şehrin bütün mahalleleri tek bir mekân gibi kabul edilse de taşımak akdin gereği değildir. Teslim ise akdin gereğidir. Sonuç olarak Şeybânî burada istihsan kavramıyla, geçerli olan örfü kastetmiş olmalıdırlar. Bu akdin geçerli kabul edilmesinde

<sup>228</sup>

Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 161.



örfün yanı sıra akdi koruma mantığı ve ticari hayatta pratiklik ilkelerinin de etkili olduğunu düşünüyoruz.

Serahsî, ne birinci örneğin geçtiği “selem” bölümünde ne de “akdi geçersiz kılan şartlar” bölümünde ‘malın müşterinin evinde teslim edilmesi şartıyla satış’ şeklinde bir akitten ve bu akdin istihsan gereği geçerli olduğundan bahsetmemektedir. Sadece “şartlı satışlar” başlığı altında müşterinin satın aldığı bir şeyi satıcıdan evine ‘taşımaması’, satın aldığı buğdayı öğütmesini ya da kumaşı dikmesini şart koşarsa şartın, akdin gereği olmamasından dolayı bu gibi akitlerin geçersiz olacağını söylemiştir.<sup>229</sup>

### 9. Örnek: Vekilin Tasarruf Yetkisinin Sınırları<sup>230</sup>

Örneğimizde bir kimse bir başkasını, bedel olarak dirhem verip gıda maddesi siparişi yapmak üzere (selem) vekil tayin etmektedir. Vekil de önce müvekkilin istediği şekilde siparişi vermiş ancak sonra satıcı ile mütareke<sup>231</sup> yapmış ve satıcıya bedel olarak verdiği sermayeyi geri almıştır. Ebû Hanîfe ve Şeybânî’ye göre bu caizdir. Ancak vekil, müvekkilin istediği gıda maddesini veya mislini tazmin etmek ve müvekkile teslim etmek zorundadır.

Ebû Yusuf’a göre ise vekilin satıcıyı ibrası<sup>232</sup>, malı satıcıya hibe etmesi, mütareke yapması ve teslim zamanını ertelemesi gibi tasarrufları caiz değildir. Hukuken müvekkilin sipariş ettiği gıda maddesini talep etme hakkı vardır. Ebû Yusuf bunun istihsan gereği böyle olduğunu kıyası terk ettiğini belirtmiştir.

Yoruma geçmeden önce metindeki bir problemi dile getirmemiz gerekmektedir. Birinci paragrafta “Ebû Hanîfe ve Şeybânî’ye göre bu caizdir” diye tercüme ettiğimiz ibarenin aslı şöyledir (هذا قياس قول ابي حنيفة و محمد) “bu, Ebû Hanîfe ve Muhammed’in sözüne kıyastır”. Dolayısıyla buradan sanki Ebû Hanîfe, Şeybânî ve Ebû Yusuf dışında başka bir şahıs metni kaleme almış, kendi görüşünü zikretmiş ve bu görüşünü Ebû Hanîfe ve Şeybânî’nin görüşüne kıyasladığını ifade etmiştir. Metindeki bu gibi problemler yorumlarımız içerisinde yeri geldikçe ele alınacaktır.

<sup>229</sup> Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 17.

<sup>230</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s.72-73.

<sup>231</sup> Mütareke: Tarafların birbiri üzerinde bulunan haklarını karşılıklı terk etmeleridir. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 349.

<sup>232</sup> İbra: bir kimseyi bir haktan beri kılma. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 172.

Aslında her iki durumda da müvekkil sipariş ettiği malın en kötü ihtimalle mislini vekilden tazmin edecektir. Ancak burada tartışılan problem vekilin ibra, mütareke, hibe, malın teslim zamanını erteleme gibi tasarruflarda bulunma yetkisinin olup olmamasıdır.

Merğınânî *el-Hidâye* isimli eserinde vekillerin yaptıkları akitleri, vekilin kendine izafe ettiği akitler ve vekilin müvekkile izafe ettiği akitler olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Satış ve kiralama akitleri vekilin kendine izafe ettiği akitlerdendir. Merğınânî'ye göre bu tür akitlerden doğacak olan haklar müvekkile değil vekile aittir. Çünkü akdi yapan bizzat vekildir. Akit onun sözleriyle yapılmıştır. Bu tür akitlerde vekilin, akdi müvekkile izafe etmesine ihtiyacı yoktur. Yani vekil akdi müvekkili adına yaptığını karşı tarafa açıklamak ve akdi ona izafe etmek zorunda değildir. Aksi takdirde elçi mesabesinde olacaktır. Mevsılî de *el-İhtiyâr* isimli eserinde benzer bir açıklamada bulunmuştur. Mevsılî'ye göre de vekil akdi kendi konuşmasıyla yaptığı için akdi hakikaten yapandır. Başkasına izafe etmediği için de akdi hükmen yapan olur ki sonuçta hukukta asıl, vekil olmuş olur. Merğınânî ve Mevsılî vekilin akitteki rolünü bu şekilde belirledikten sonra akitten doğan mülkiyetin de, daha önce verilen vekâlet yetkisine nazaran, müvekkile ait olacağını belirtmişlerdir.<sup>233</sup> Aynı şekilde Serahsî de “Selemde Vekalet” başlığı altında benzer açıklamalar yaptıktan sonra bu görüşlerin Hanefîlere ait olduğunu, İmam Şâfî'nin bu konuda farklı düşündüğünü belirtmiştir.<sup>234</sup>

Merğınânî'ye göre vekillerin yaptıkları akitlerde müvekkile izafe etmek zorunda oldukları akitler ise nikah, hul<sup>235</sup> ve kasıtlı cinayet konusunda yapılan sulh<sup>236</sup> gibi akitlerdir. Çünkü Merğınânî'ye göre bu tür akitlerden doğacak haklar, vekili değil müvekkili ilgilendirir. Mesela nikâh akdinde vekil, akdi müvekkile izafe etmezse kendisi nikâhlanmış olur. Dolayısıyla bu tür akitlerden doğan haklar direkt olarak müvekkili ilgilendirir. Vekil sadece elçi mesabesindedir.

Örneğimizi anlamamıza yardımcı olması açısından verdiğimiz bu bilgilerden sonra şunları söyleyebiliriz. İncelemeye çalıştığımız örnek, vekilin kendine izafe ettiği akit çeşitleri arasındadır. Şu halde vekil bu akdin hak ve borçlarından bizzat sorumludur. Dolayısıyla vekil malı satıcıya hibe etse, mütareke yapsa, teslim zamanını ertelese veya

<sup>233</sup> Merğınânî, *el-Hidâye*, I, 101; Mevsılî, *el-İhtiyâr*, s. 333.

<sup>234</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 202-207.

<sup>235</sup> Hul': Bir bedel karşılığı boşanma. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 162.

<sup>236</sup> Sulh: Davacı ile davalının kendi rızalarıyla dava konusunu ortadan kaldırmaya yönelik yaptıkları akit. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 412.

saticıyı ibra etse bu caizdir ama malın mislini müvekkile teslim etmek zorundadır. Örneğimizde selem akdi söz konusu olduğuna göre malın teslim zamanı geldiğinde vekil malı müvekkile teslim etmekle yükümlüdür. Böylece müvekkilin mağdur olması gibi bir durum da söz konusu olmayacaktır. Ebû Hanîfe ve Şeybânî bu görüşü savunmaktadırlar.

Ebû Yusuf'a göre ise vekilin ibrası, hibesi, teslim zamanını erteleme ve mütarekesi kıyasen caiz olsa da istihsan gereği geçersizdir. Çünkü vekil bunları yaparken müvekkilin kendisine yetki vermediği bir konuda tasarrufta bulunmuş olmaktadır. Zira vekil, örneğimize göre sermayeyi verip mal sipariş etmek ve malı teslim almak için vekil tayin edilmiştir. Bunun dışına çıkması yetki alanının dışına çıkmış olması anlamına gelmektedir. Öte yandan vekil, sayılan tasarruflarda bulunurken kendi mülkü üzerinde değil müvekkilin mülkünde tasarrufta bulunmaktadır. Her ne kadar kabz gerçekleşmemiş ve mal müvekkilin mülküne tam olarak geçmemiş olsa da o mal müvekkilin verdiği sermayenin karşılığıdır. Bundan dolayı istihsan gereği Ebû Yusuf akdi geçersiz saymıştır.

Başta da belirttiğimiz gibi aslında her iki düşüncenin de sonucu müvekkilin sipariş ettiği mala ya da misline kavuşmasıdır. Burada fakihler arasında tartışılan konu, müvekkil vekile kendisi için selem veya alım-satım akdi yapmak üzere vekâlet verdiği<sup>237</sup> vekilin ibra, mütareke, hibe, malın teslim zamanını erteleme gibi tasarruflarda bulunma yetkisinin olup olmamasıdır. Ebû Hanîfe ve Şeybânî'ye göre daha önce de belirttiğimiz gibi vekil akdi bizzat yapan olarak bu yetkilere sahiptir. Vekil bu yetkilerinden birini kullanınca da malın mislini tazminle sorumludur. Dolayısıyla burada müvekkilin zararı da söz konusu değildir.

Ebû Yusuf, kıyasen böyle bir yetkisi olmakla birlikte istihsan gereği sayılan tasarruflarda bulunma yetkisini vekile vermemiştir. Çünkü Ebû Yusuf burada spesifik olarak müvekkilin vekile hangi konuda sipariş verdiğini esas almaktadır. Ona göre verilen vekâlet genel bir vekâlet değil sadece selem akdi yapılmak üzere verilen bir vekâlettir. Bundan anlaşılan da vekilin siparişi vermesi, bedelini ödemesi ve teslim zamanı geldiğinde malı teslim alıp müvekkile teslim etmesidir. Müvekkil, selemin

---

<sup>237</sup> Sadece selem için değil mutlak bey' akdinde verilen vekâlet için de aynı durum söz konusudur. Bkz, Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 203.

gerektirdiği hususların dışında bir vekâletten söz etmemiştir. Dolayısıyla vekil sadece bununla yetkili ve sorumludur. Ayrıca Serahsî de Ebû Yusuf'un istihsan gereği verdiği bu hükmü yorumlarken Ebû Yusuf'un şöyle düşünmüş olması gerektiğini belirtmektedir. Her ne kadar vekil akdin sonuçlarından birinci derecede sorumlu kişi olsa da kabzedilecek mal aslen müvekkilin malıdır. Dolayısıyla vekilin, müvekkilin izni olmadan söz konusu tasarruflarda bulunması, başkasının mülkünde sahibinin izni olmadan tasarrufta bulunmuş olması anlamına gelir.<sup>238</sup> Ebû Yusuf bu şekilde başkasının malında tasarrufta bulunmanın, tasarrufta bulunan vekil de olsa, kabul edilemez olduğunu düşünmüş olmalı ki vekilin söz konusu tasarruflarda bulunma yetkisinin olmadığını belirtmektedir. Hal böyle olunca Ebû Yusuf'a göre burada genel prensibin uygulanmasına engel olan iki durum söz konusudur. Bunlardan birincisi vekâletin sadece selem akdi ve gerekleriyle ilgili olması ikincisi de örneğimize göre üzerinde söz konusu tasarruflarda bulunulacak olan malın esasen müvekkilin malı olmasıdır. İşte bu iki sebepten dolayı burada özel bir durum söz konusudur ve genel prensipten istisna edilmelidir.

Bu yoruma göre örneğimizde kıyas terimi ile kastedilen vekilin alış veriş gibi kendine izafe edebildiği akitlerde akitten doğacak her türlü yetki ve sorumluluklara sahip olması olarak ifade edebileceğimiz Hanefî fikhının genel prensibidir. İstihsan terimi ile kastedilen ise vekâletin sadece selem akdi ve gereklerini kapsayan özel bir vekâlet olması ayrıca vekilin söz konusu tasarrufları esasen müvekkilin mülkü olan malda onun izni olmadan yapması sebebiyle genel prensibin burada uygulanamayacağı şeklinde ifade edebileceğimiz Ebû Yusuf'un kendi kişisel kanaatidir.

#### **10. Örnek: Mutlak Vekalette Belirleyici Unsur<sup>239</sup>**

Örneğimizde bir kimse bir başkasını kendisine selem yoluyla yiyecek maddesi (طعام) almak üzere vekil tayin etmesi durumu söz konusudur. Müellif burada “bize göre istihsan gereği yiyecek maddesi (طعام) buğdaydır” demektedir. Bu durumda vekil arpa, hurma ya da susam siparişi verse sipariş kendisi için geçerli olur. Ancak müvekkil için geçerli olmaz.

<sup>238</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 206.

<sup>239</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 73.

Esasen yiyecek maddesi dendiğinde genel olarak yenilebilen her şeyin bu kapsama girmesi gerekir. Nitekim kaynaklarımızda da bu şekilde geçmektedir. Mesela Merğınânî'nin *el-Hidâye* isimli eserinde bahsedildiği üzere esasen kıyas gereği yiyecek maddesi dendiğinde mutlak anlamda yenilebilen her şey anlaşılır. Merğınânî durumu şu şekilde de örneklendirmektedir. Mesela bir kimse yiyecek maddesi yemeyeceğine dair yemin etse bu yeminin kapsamına yenebilen her şey girer. Dolayısıyla kişi yenilmesi adet olan herhangi bir şey yediğinde yemini bozulmuş demektir. Ancak Merğınânî alış-verişte söz konusu olan yiyeceğin örfen buğday ve buğday unu anlamına geldiğini belirtmektedir.<sup>240</sup> Merğınânî'yi destekleyen ifadeleri Serahsî'nin *el-Mebsût* ve Mevsılî'nin *el-İhtiyâr* isimli eserlerinde de bulmak mümkündür.<sup>241</sup> Hatta Serahsî, kişinin yiyecek maddesi yemeyeceğine dair yemin etmesi örneğini aynen aldıktan sonra kişinin bir başkası için yiyecek maddesi vasiyet etmesi örneğini de ekler. Ve hem yemin etmede hem de vasiyette “yiyecek maddesi” (طعام) ifadesinin yenebilen bütün maddeleri kapsadığını söyler. Ancak alış-verişte yiyecek maddesi ifadesi mutlak olarak kullanıldığında bunun buğday ve buğday ununa delalet edeceğini belirtir. Serahsî sözlerine devamla “yiyecek maddesi (طعام) çarşısı” denildiği zaman buğday ve buğday ununun satıldığı pazarın anlaşıldığını, yiyecek maddesi (طعام) satan kimse denildiğinde de meyve satan kimsenin değil buğday ve buğday unu satan kimsenin anlaşıldığını söyler. Son olarak Serahsî bu anlayışın Hanefîlerin istihsan gereği ortaya koydukları bir anlayış olduğunu belirtir.<sup>242</sup> Anlaşılan o ki alış-verişte, çarşı ve pazarda yiyecek maddesi (طعام) denildiğinde buğday veya buğday unu anlaşılması örf haline gelmiştir. Merğınânî de alış-verişte yiyecek maddesi (طعام) denildiğinde örf oluştuğunu ancak yeme hususunda böyle bir örf olmadığını da belirtmiştir. Dolayısıyla bir kimse örneğimizde olduğu gibi bir başkasına kendisine selem yoluyla yiyecek maddesi (طعام) siparişi vermek üzere vekâlet verse, vekil de buğday veya buğday unu dışında herhangi bir yiyecek maddesi sipariş etse bu akit müvekkil için kıyas gereği geçerli fakat istihsan gereği geçersizdir. Dolayısıyla vekil bu alış-verişi kendisi için yapmış olur.<sup>243</sup>

Burada bizim için aslolan Şeybânî'nin metnidir. Ve Şeybânî kıyas terimini kullanmamıştır. Şeybânî'nin metninde Sadece “yiyecek maddesinin” (طعام) buğday

<sup>240</sup> Merğınânî, *el-Hidâye*, II, 102.

<sup>241</sup> Mevsılî, *el-İhtiyâr*, s. 332; Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 209.

<sup>242</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 209.

<sup>243</sup> Merğınânî, *el-Hidâye*, II, 102.

olarak anlaşılması güzel görülür ( يُسْتَحْسَنُ ذَلِكَ ) ifadesi yer almaktadır. Ancak Merğînânî'nin metninden anlaşılacağı üzere Şeybânî de ilgili ibarede “bu güzel bulunur” (istihsan) dediğine göre Hanefî uleması aslında yiyecek maddesi denildiğinde kıyas gereği bunun içine yenmesi adet olan veya yenebilen her şeyin girdiğini ancak alış-verişte örf gereği yiyecek maddesi denildiğinde buğday ve buğday unu anlaşılması gerektiğini düşünmektedirler. Sonuç olarak burada istihsan kavramıyla kastedilen mana insanlar arasında örf haline gelen bir şeyin kıyasa aykırı da olsa kabul edilmesidir.

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir. İlgili kaynaklarda sermaye olarak verilen para az ise ekmek, çok ise buğday, orta miktarda ise un almaya delalet edeceği de belirtilmiştir.<sup>244</sup> Buna ilaveten eğer alış-verişin yapıldığı beldede gıda maddesi denilince örfen başka şeyin anlaşılması söz konusu ise o zaman vekâletin örf olan yiyecek maddesi üzerine verilmiş olarak anlaşılacağı ifade edilmiştir.<sup>245</sup> Sonuçta müvekkil mutlak olarak “yiyecek maddesi” (طعام) dediğinde anlaşılması gereken şey “örf”te yiyecek maddesi ile ne kastediliyorsa odur.

### 11. Örnek: Şartlı Satışlar<sup>246</sup>

Örneğimizde bir kimsenin akdin gerektirmediği bir şartla bir şey satın alması durumunda akdin geçersiz (fasit) olacağı ele alınmaktadır. Şöyle ki, bir kimse satmamak, hibe etmemek veya tasadduk etmemek şartıyla bir köle satın almış olsa Şeybânî'ye göre bu alış veriş geçersizdir (fasit), caiz değildir.

Aynı şekilde bir kimse azât etmek şartıyla bir köle satın alsın veya kendisine ümmü veled<sup>247</sup> edinmek şartıyla bir cariye satın alsın bu gibi alışverişlerin hepsi geçersizdir (fasit), caiz değildir.

Şeybânî müşterinin bu şartlarla alışveriş yapıp, malı teslim alması ve malın helak olması durumunda müşterinin satıcıya malın kıymetini<sup>248</sup> ödemek zorunda olduğunu belirtmektedir. Ancak köle azadı meselesinde yani azat etmek şartıyla satın alınmış bir kölenin müşteri tarafından azat edilmesi durumunda Şeybânî, istihsan gereği müşterinin

<sup>244</sup> Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 102; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 332; Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 209.

<sup>245</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 332.

<sup>246</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 97.

<sup>247</sup> Ümmü'l-veled: Mevlâsının yatağında, onun ikrarı ile çocuk doğurmuş cariye. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 470.

<sup>248</sup> Kıymet: Bir malın gerçek değeri. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 247.

satıcıya malın kıymetini değil semenini (sözleşmede belirtilen bedeli) ödemesi gerektiğini belirtmiştir.

Burada yoruma geçmeden önce fasit ve şartlı akitlerle ilgili olarak bazı bilgileri hatırlamamız yerinde olacaktır. Bilindiği gibi Hanefî hukuk sisteminde, Şeybânî'den sonraki dönemlerde akitler, geçerli olup olmamaları açısından sahih, fasit ve batıl olmak üzere üç kategoride değerlendirilmiştir. Buna göre sahih akitler geçerli, fasit ve batıl akitler ise geçersiz kabul edilmektedir. Ancak Hanefî mezhebi âlimleri fasit ve batıl kavramları arasında da fark bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Onlara göre bir akdin rüknünü yani özünü, temel kısmını ilgilendiren bir bozukluk söz konusu ise bu akit batıl bir akittir. Ama akdin temel kısmı yani rüknü dışında, rüknün etrafına örülmüş olan şartları, vasıfları ilgilendiren bir bozukluk söz konusu ise Hanefîler akdin rüknü var olduğu için akdi gerçekte varmış gibi kabul etmişlerdir. Ama rükünle ilgili vasıflarındaki problemden dolayı akdi geçersiz saymışlar ve böyle bir akdi fasit kavramıyla ifade etmişlerdir.<sup>249</sup> Hanefîlerin fasit-batıl ayrımının pratik sonucu şudur. Bir akit batıl ise o akit tamamen geçersizdir. Ancak fasit bir akit, kendisini fesat eden unsurun ortadan kaldırılması mümkün ise sahihe dönüşebilir. Fesat unsurunun ortadan kaldırılması mümkün değil ise taraflar akdi bozmak zorundadırlar.<sup>250</sup> Ancak müşterinin mal üzerinde tasarrufta bulunması veya malı helak etmesi gibi bir durum söz konusu olur, malı iade ve fasit akdi bozma imkânı ortadan kalkarsa bu durumda müşteri satıcıya mal mislî ise mislini, kıyemî ise kıymetini ödemek durumundadır.<sup>251</sup> Müşterinin satıcıdan malın semenini (sözleşmede belirtilen bedeli) isteme hakkı yoktur. Çünkü semen, sahih akitlerde söz konusu olur. Fasit akitlerde ise mal müşterinin elinde emanet hükmündedir yani tazmine konudur.<sup>252</sup> Bundan dolayı fasit akitlerde malın semeni değil kıymeti söz konusudur.

Şartlı satış hakkında ise kısaca şunları söyleyebiliriz. İleri sürülen şart akdin gereği ise akit bu şartla geçerlidir. Mesela müşteri satış konusu olan malın kendi mülküne geçmesini şart koşarsa akit bu şartla geçerli olur. İleri sürülen şart, akdin gereği olmaz fakat hakkında açık bir örf bulunursa bu şart da akde zarar vermez. Mesela satıcının

<sup>249</sup> Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 260-261.

<sup>250</sup> Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 269.

<sup>251</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 198-199; Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, V, 350; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 271.

<sup>252</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 198 Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, 5/350.

takunya haline getirmesi şartıyla taban satın almak gibi. Son olarak, ileri sürülen şart akdin gerektirmediği bir şart olursa, taraflardan birine veya satım konusu mal köle olduğunda satım konusu mala ya da üçüncü bir şahsa menfaat sağlayan bir şart olursa bu durumda akit bu şartla geçersizdir.<sup>253</sup>

Yoruma geçmeden önce metinle ilgili şu hatırlatmayı yapmamızın da yerinde olacağını düşünüyoruz. Şeybânî'nin metninde istihsan kelimesi daha önce incelediğimiz birkaç örnekte olduğu gibi mütekellim vahde sigası (birinci tekil şahıs) ile kullanılmıştır. Normal şartlarda metinden anlaşılan istihsan görüşünün Şeybânî'ye ait olduğudur. Ancak biraz sonra görüleceği üzere daha sonraki kaynaklar konuyla ilgili istihsan görüşünün Ebû Hanîfe'ye ait olduğuna işaret etmektedir.

Şeybânî'nin metnini bu bilgiler ışığında anlamaya çalışırsak şunları söyleyebiliriz. Örneğimizde bir kimse satmamak, hibe ve tasadduk etmemek şartıyla köle satın alsa ya da ümmü veled edinmek şartıyla cariye satın alsa bu durumda satış akdi fasittir. Müşteri malı helak ederse kıymetini ödemek durumundadır. Malın semenini değil de kıymetini ödeme gereği daha önce de belirttiğimiz üzere akdin fasit olmasından dolayıdır. Ancak azat etmek şartıyla köle satın alındığında istihsan gereği malın semeni ödenmelidir. Bu hükmün pratik sonucu kölenin azat edilmek şartıyla satın alınması durumunda akdi fasit değil geçerli sayıldığıdır. Esasen köleyi azat etmek şartıyla satın almak ile satmamak, hibe veya tasadduk etmemek gibi şartlarla satın alma arasında fark olmaması gerekir. Dolayısıyla köleyi azat etmek şartıyla satın almak da akdi fasid hale getirmelidir. Ancak azat etmek şartıyla köle satın alınması özel bir durum olarak kabul edilmiş ve akit İstihsan gereği geçerli sayılmıştır.

İstihsan gereği bu akdin geçerli sayılmasının temelinde şunlar olmalıdır. İlk olarak bilindiği gibi İslam dini köle azadında toplumsal bir fayda görmüş, köle azat edilmesini her fırsatta teşvik etmiştir. Ayrıca hukuken işlenen bazı suçların kefareti olarak köle azadını öngörmüştür. İkinci olarak Merğinanî *el-Hidâye* isimli eserinde kölenin azat edilmek şartıyla satılmasıyla ilgili olarak Ebû Hanîfe'nin bu satışı Neseme türü satışa kıyasladığını belirtmektedir. Merğinanî devamla neseme türü satışın, satıcının köleyi azat edeceğini bildiği bir müşteriye azat etme şartıyla satması olduğunu ve Ebû

---

<sup>253</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 14-15. Ayrıca bkz. Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 187 vd.; *Mecelle*, md. 186-189; Merğinanî, *el-Hidâye* II, 36; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 201.



Hanîfe'ye göre bir kimsenin bu şartla köle satın alıp azat etmesi durumunda satış akdinin fasit olmaktan çıkacağını ve müşterinin satıcıya kölenin semenini ödemesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak Merğınanî, Ebû Yusuf ve Şeybânî'ye göre satış akdinin baştan fasit olduğunu, öte yandan köle azat edildiği için akdi bozmanın da mümkün olmadığını dolayısıyla akdin fasit olarak kalacağını ve müşterinin satıcıya malın kıymetini ödemesi gerektiğini aktarmaktadır.<sup>254</sup>

Serahsî de konuyla ilgili olarak benzer bilgiler vermektedir. Serahsî'nin belirttiğine göre Ebû Hanîfe köleyi azat etme şartıyla satın almanın caiz olduğunu düşünmektedir. Serahsî Ebû Hanîfe'nin şu delillere dayanarak bu akdi geçerli saydığını belirtmektedir:

a) Berîra (r. anha) mükatebe konusunda Hz. Âişe'den yardım ister. Hz. Âişe de "istersen mükatebe bedelini efendine verir seni azat ederim" der. Berîra (r.anha) bunu kabul eder. Bunun üzerine Hz. Âişe onu satın alır ve azat eder. Serahsî'nin belirttiğine göre burada Ebû Hanîfe, Hz. Âişe'nin Berîra (r.anha)'yı azat etme şartıyla satın aldığını, Hz. Peygamberin de buna onay verdiğini ileri sürmektedir.

b) İkinci olarak Ebû Hanîfe bu satışın neseme türü bir satış olduğunu ve bu tür satışların insanlar arasında örf haline geldiğini düşünmektedir.

c) Ayrıca Serahsî, Ebû Hanîfe'nin şöyle bir kıyas yaptığını da aktarmaktadır: Satış konusu olan köleyi azat etmek teslim almaktır. Şöyle ki, müşteri satış konusu köleyi teslim almadan önce azat edecek olsa onu teslim almış sayılır. Teslim alma, satış akdinin doğurduğu sonuçlardan biridir. Şu halde satışta azadın şart koşulması akde uygun olur ve onu geçersiz kılmaz.<sup>255</sup>

Bu bilgiler ışığında meselenin kıyas-istihsan kavramları açısından değerlendirilmesine gelince; burada kıyas satış akdinde akdin gerektirmediği bir şart koşmanın akdi geçersiz kıldığı şeklindeki mezhebin genel kuralıdır. İstihsan açısından ise hem Serahsî hem Merğınanî'nin yorumlarını dikkate alarak Ebû Hanîfe'nin hem nass hem örf sebebiyle istihsana gittiğini söyleyebiliriz. Ancak bahsettiğimiz kaynaklarda ağırlıklı olan görüş örf gereği köleyi azat etmek şartıyla satmanın diğer şartlardan istisna edilmesidir. Sonuç olarak bu örneğimizde istihsan örf olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>254</sup> Merğınanî, *el-Hidâye*, II, 36.

<sup>255</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 15.

## 12. Örnek: Şartlı Satışlar<sup>256</sup>

Örneğimizde bir kimse satıcıdan bir rehin vermek veya kefil göstermek şartıyla bir şey satın almaktadır. Ancak rehin olarak ne vereceğini belirtmemektedir. Bu durumda akit geçersizdir. Kefil göstermek şartıyla yapılan akitte ise müşteri kefil olarak kimi göstereceğini belirlese de belirlemese de Şeybânî'ye göre akit geçersizdir (hayır yoktur). Şeybânî görüşüne delil olarak kefil gösterilecek şahsın müşteri tarafından belirtilmiş olsa bile, akit meclisinde bulunmaması durumunda kefaleti kabul edip etmeyeceğinin bilinmediğini ileri sürmektedir. Ancak kefil akit meclisinde hazır bulunursa bu takdirde Şeybânî akdin istihsan gereği geçerli olacağını belirtmektedir. Hazır bulunmadığı takdirde ise akit caiz değildir. Rehinde konusuna gelince, Şeybânî rehin olarak verilecek şeyin belirlenmesi gerektiğini, rehin belirlenmez ise akdin caiz olmayacağını ileri sürmektedir. Çünkü Şeybânî'ye göre rehin belirlenmediğinde, rehin olarak verilecek şey hakkında belirsizlik söz konusu olacaktır.<sup>257</sup>

Örneğimizde problem kefilin kefaleti kabul edip etmeyeceğinin belirsiz olmasıyla alakalıdır. Çünkü kefalet akdinin geçerli olması, kefilin bunu kabul etmesine bağlıdır.<sup>258</sup> Şeybânî'ye göre müşteri kimi kefil olarak göstereceğini satıcıya söylese ama kefil akit meclisinde bulunmasa bu durumda akit geçerli değildir. Çünkü müşteri kefilini belirlemiştir ama kefil olarak belirlediği kişinin bunu kabul edip etmeyeceği belli değildir. Yani Şeybânî kıyas gereği akdin geçerli olmamasını kefilin gösterilen şahsın kefil olmayı kabul edip etmeyeceğinin bilinmemesine bağlamıştır. Ancak Şeybânî kefilin akit meclisinde hazır bulunması durumunda akdin istihsan gereği geçerli olacağını belirtmiştir. Çünkü kefil olarak gösterilen kişi akit meclisinde hazır bulununca eğer kefil olmayı kabul etmeyecek ise bunu zaten söyleyecektir. Kendisi kefil gösterildiği halde buna itiraz etmiyor ise bu takdirde kefil olmayı kabul etmiş demektir. Sonuç olarak Şeybânî burada akit meclisinde hazır bulunan kefilin, kendisinin kefil olarak gösterilmesine itiraz etmemesini, istihsan gereği akdin geçerli olacağına sebep olarak ortaya koymuştur. Dolayısıyla Şeybânî'nin metninden anlaşılan burada toplumun örfünde kefalet sisteminin nasıl yürüdüğü ile ilgili bir durumun söz konusu edilmesidir.

<sup>256</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 99.

<sup>257</sup> İbarenin anlaşılması noktasında tespit ettiğimiz bazı noktalar için çalışmamızın birinci bölümündeki "metindeki problemler" başlığına bakınız.

<sup>258</sup> Merğînâni, *el-Hidâye*, II, 64

Buradan hareketle bu örnekte istihsan gereği akdin geçerli sayılmasının örfe dayandığını söyleyebiliriz.

Ancak Serahsî meseleyi istihsan-kıyas kavramları açısından şöyle değerlendirmektedir. Kıyasa göre kefalet satış akdinden başka bir akittir ve satış akdinin doğurduğu hukuki sonuçlarla ilgisi yoktur. Bir önceki örneğimizde belirttiğimiz gibi satış akdinde taraflardan birine menfaat sağlayan bir şart ileri sürülmesi akdi geçersiz kılar. Serahsî'ye göre örnekteki kefalet şartı da böyle bir şarttır. Dolayısıyla akit geçersizdir. Serahsî'nin belirttiğine göre meselenin istihsan açısından çözümü ise şöyle olmalıdır. Kefalette gözetilen gaye müşterinin ödeyeceği bedeli garantiye almaktır. Bu da bey' akdinde bedelin iyi olmasının şart koşulmasına benzer. Satış akdinde bedelin iyi olmasını şart koşturmak akdi bozmadığı gibi kefil şartı koşturmak da akdi bozamaz. Dolayısıyla burada malın bedelinin kefaletle garantiye alınması, akdin gereklerinden sayılmıştır. Ayrıca kefalet akdi kefilin kabul etmesiyle gerçekleşir. Kefil kefaleti kabul edince bu konudaki bilinmezlik de ortadan kalkmış olmaktadır.<sup>259</sup>

Anlaşılan o ki Serahsî burada öncelikli problemi satış akdinde kefalet şartı koşulmasının akdi geçersiz kılıp kılmayacağı şeklinde tespit etmiş ve kefalet şartının satış akdinde malın kaliteli olması şartı gibi bir şart olduğu şeklinde bir gizli kıyas ile istihsan gereği akdin geçerli olduğunu söylemiştir. Kefilin akit meclisinde hazır bulunup kefaleti kabul etmesi sonucu bu konuda cehalet ortadan kalkacağı için akdin geçerli olmasını ise ikinci plana atmış gibi görünmektedir. Ancak Şeybânî metninde ısrarla kefilin akit meclisinde hazır bulunması durumunda akdin geçerli olduğunu, hazır bulunmaması durumunda ise akdin geçersiz olduğunu belirtmekte, akitte kefil şartı koşulmasının akde tesirinden hiç söz etmemektedir. Biz buradan hareketle örneğimizdeki problemi ve çözümünü yukarıda anlattığımız şekilde tespit ettik.

### **13. Örnek: Satışta Vadenin Belirsizliği<sup>260</sup>**

Örneğimizde Şeybânî'ye göre bir kimse parasını hasat zamanında, harman zamanında, hurmaların toplanma zamanında veya hacıların dönüşünde vermek üzere bir şey satın alsa bunların hepsi geçersizdir (batıl). Şeybânî bu konudaki hükmün dayanağının kendilerine Abdullah b. Mes'ud'dan ulaştığını kaydetmiştir. Şeybânî bu şekilde alış

<sup>259</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 18.

<sup>260</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 117.

verişin caiz olmadığını, tarafların böyle bir alış veriş yapmaları ve malın müşterinin teslim almasından sonra helak olması durumunda müşterinin malın kıymetini tazmin etmek durumunda olduğunu belirtmiştir. Şeybânî parası ‘ata’da<sup>261</sup> verilmek üzere yapılan alış verişin de aynı hükme tabi olduğunu savunmaktadır. Ancak müşterinin fasit olan bu vadeyi iptal etmesi ve malın bedelini hemen ödemesi durumunda istihsan gereği akdin geçerli olacağını, burada kıyası terk ettiğini ileri sürmüştür.

Örneğimizde Şeybânî’nin akdi vadedeki belirsizlikten dolayı geçersiz saydığı açıkça anlaşılmaktadır. Zira kaynaklarımızda hasat, harman ve hurmaların toplanması gibi vakitlerin havaların güzel veya kötü gitmesiyle değişebilir nitelikte oldukları belirtilmektedir. Aynı şekilde hacıların dönüşü ve ‘ata’ın da herhangi bir sebepten dolayı gecikebileceği dolayısıyla söz konusu vakitlerin içerisinde belirsizlik olduğu vurgulanmaktadır.<sup>262</sup>

Ancak metnimizde bu belirsizliğin ortadan kaldırılması ile istihsan gereği akdin geçerli olacağını belirtmektedir. Burada vadenin belirsizliği telafi edilebilir bir problem olarak düşünülmüş olmalıdır. Her ne kadar kıyas gereği akit geçersiz ise de akitteki problemin telafi edilebilir bir problem olması hasebiyle akdin devamının geçersiz sayılmasından daha doğru bir sonuç olacağı düşünülmüş ve bu istihsan kavramıyla ifade edilmiştir. Sonuç olarak burada istihsan kavramıyla kastedilenin akdin devamını sağlama düşüncesi olduğunu görüyoruz.

Serahsî ise konuyla ilgili yorumunu fasit-batıl akit ayrımına dayandırmaktadır. Serahsî’nin belirttiğine göre İmam Züfer ve İmam Şâfiî bu akdin fasit olarak kurulduğu için sahihe dönüşmeyeceğini düşünmektedirler. Ve bu iki müctehid imam bu akdi, şahitsiz kıyılan nikâh akdine benzetmektedirler. Ancak Serahsî, Hanefîlerin bu şekilde düşünmediğini belirtmektedir. Serahsî’ye göre bu örnekte akdin fasit olmasına sebep olan şey sabitleşmeden ortadan kalkmıştır. Serahsî örnekte akdi fasit kılan unsurun bizzat vade değil ondaki belirsizlik olduğunu bu yönden de nikâh akdine benzemediğini aktarmaktadır. Serahsî şahitsiz nikâh akdinde akdin, geçerli olma şartının bulunmaması nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmektedir. Anlaşılan Serahsî bunu akdin özüyle ilgili olduğu için telafi edilebilir bir problem olarak görmemiştir. Sonuç olarak

<sup>261</sup> ‘Atâ’: Yılda bir ya da iki defa beytü’l-mal’den askerlere ödenen maaş. Mutarrizî, Ebû Feth Nasruddin *el-Muğrib Fî Tertîb’l-Mu’rib*, II, 67.

<sup>262</sup> Serahsî, *el-Mebsût.*, XIII, 26-27; Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 37; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 202.

Serahsî'nin açıklamalarından da istihsan yönünün akdin devamını sağlama kaygısı olduğunu söyleyebiliriz.<sup>263</sup>

#### **14. Örnek: Satışta Birden Fazla Malda Muhayyerlik**<sup>264</sup>

Bu örneğimizdeki kurguya göre bir kimse, her birisi 10'ar dirhem olan iki elbiseyi (veya kumaşı) birini satın almak diğerini geri vermek üzere satın alsın ve elbiselerden birisi helak olsa veya elbisede ister müşteriden kaynaklanan bir sebepten isterse başka herhangi bir sebepten dolayı bir kusur meydana gelse bu durumda Şeybânî'ye göre müşteri helak olan ya da kendisinde kusur meydana gelen elbiseyi satın almak durumundadır.

Elbiselerin her ikisi birden helak olsalar bu durumda da her birinin bedelinin yarısını satıcıya ödemesi gerekir. Elbiselerin bedelleri farklı olsa da durum aynıdır.

Eğer müşteri elbiselerden hangisini alacağına karar vermişse artık tercih ettiği elbisenin bedelini ödemekle yükümlüdür. Diğer elbise ise müşterinin elinde emanet hükmündedir. Dolayısıyla müşterinin satın almaya karar verdiği elbise değil de diğeri müşterinin hatasından kaynaklanmayan bir sebepten dolayı helak olsa bu durumda Şeybânî'ye göre helak olan mal müşterinin elinde emanet hükmünde olacağı için müşterinin tazmin yükümlülüğü yoktur.

Şeybânî'ye göre elbiselerin her ikisi birden helak olduklarında her birinin bedelinin yarısını müşterinin ödemesi gereği şundan dolayıdır. Müşteri, her iki malı tayin muhayyerliği ile satın almış ancak tercihini yapıp irade beyanında bulunmadığı için mülkiyeti her iki elbisede de şayi' olarak bulunmaktadır. Yani adeta her bir elbisenin yarısı müşteriye aittir.

Şeybânî'nin belirttiğine göre içlerinden birini alıp diğerini geri vermek üzere iki elbise satın almak şeklinde gerçekleşen bu tür bir akit kıyas gereği geçersizdir (fasit). Çünkü müşteri elbiseleri teslim alırken hangisini satın alacağına henüz karar vermediği için bir belirsizlik vardır. Şeybânî bu alış veriş akdinin geçersiz olmasını anlatırken şöyle bir kıyas yapmaktadır. Bir kimse 10 veya daha fazla elbise için satıcıya “hangisini istersem satın alırım” dese veya satıcı “hangisini istersen seni onunla sorumlu tutarım” (hangisini

<sup>263</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 27.

<sup>264</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 136.

seçersen onu sana sattım sayarım ve parasını alırım) dese ya da satım konusu koyun, inek ya da deve gibi bir hayvan olsa ve müşteri satıcıya “senden şunlardan birini 10’a aldım” dese Şeybânî’ye göre bu akit geçersizdir (batıl).

Ancak Şeybânî satım konusu elbise 2 ya da 3 tane olduğunda müşteri de bunları seçip teslim aldığı anda istihsan gereği akdi geçerli saymaktadır.

Anlaşılan o ki Şeybânî satım konusu 10 ya da daha fazla elbise olan akitle satım konusu 2 ya da 3 elbise olan akdi her ikisinde de belirsizlik bulunması açısından kıyaslamış ve ilki nasıl geçersiz ise ikincisinin de kıyas gereği geçersiz olması gerektiğini belirtmiştir. Yani Şeybânî’ye göre her iki akdin aralarındaki illet birliği satım konusunun belirsiz olmasıdır. Ancak Şeybânî, 2 ya da 3 elbisenin satım konusu olduğu ikinci akit her ne kadar kıyas gereği geçersiz sayılması gerekiyorsa da istihsan gereği akdin geçerli olacağını ileri sürmüştür. Serahsî’nin konuyla ilgili yorumunda belirttiği üzere insanların böyle akitlere ihtiyacı vardır. Zira bir kimse elbise alacağı zaman onu ailesine sorması gerekebilir. Yahut elbiseyi evinde deneyip üzerinde görmek ister. Ayrıca kişi pazara çıkma imkânı olmayan veya pazara çıkarmak istemediği yakınlarına mesela yaşlı annesine, eşine, çocuklarına elbise almak ister ama satıcı akit yapılmaksızın malı müşteriye teslim etmek istemez. Dolayısıyla toplum bu şekilde opsiyonlu bir alışverişe ihtiyaç duyar. Bu ihtiyaçtan dolayı toplumda bazı mallar için bu tür opsiyonlu alışverişler örf haline gelmiştir. Buna ilaveten akitte her ne kadar belirsizlik varsa da bu belirsizlik, kendisine kıyas edilen akitteki kadar aşırı bir belirsizlik değildir. Dolayısıyla akit bu belirsizliği, toplumdaki ihtiyaçtan ötürü, kaldırabilir durumdadır. Ancak Serahsî akdin kaldırabileceği belirsizliği iki ya da üç elbise ile sınırlamaktadır. Bunun mantığını ise şöyle açıklamaktadır. Serahsî’nin belirttiğine göre bütün mallar kötü, orta ve iyi olmak üzere üç nitelikten birini taşır. Dolayısıyla müşteri her kalitedeki maldan birer tane evine götürse ihtiyaç karşılanmış olur. Şeybânî bütün bunları göz önüne alarak istihsan gereği bu tür opsiyonlu bir alışverişini geçerli saymaktadır. Dolayısıyla bu meselede istihsan gereği akdin geçerli sayılmasının sebebi ihtiyaç, örf ve akitteki belirsizliğin kısmî olmasıdır.

## 15. Örnek: Muhayyerlik Ve Malda Kusur Meydana Gelmesi<sup>265</sup>

Şeybânî'ye göre bir kimse birinin değeri 1000 dirhem diğerinin değeri 500 dirhem olan iki hizmetçiyi (خادمين), birini satın alıp diğerini iade etmek üzere satın alsa ve bir defada ikisini birden azat etse bu durumda hangisini satın almayı dilerse onu satın alır ve diğerini iade eder. Satın aldığı köle de azat olmuş olur.

Müşteri hizmetçilerden birini azat etmese veya onunla cinsel ilişkide de bulunmasa ancak hizmetçilerin ikisinde de bir kusur meydana gelse ve ilk önce hangisinde kusur meydana geldiği bilinmese, böyle bir durumda satıcı müşteriye “sen bedeli 1000 dirhem olan hizmetçiyi satın almıştın” dese buna karşılık müşteri de “hayır, ben ilk önce bedeli 500 dirhem olan hizmetçiyi satın aldım” dese burada müşterinin sözü dikkate alınır. Ve Şeybânî'ye göre müşteri kıyas gereği diğer hizmetçiyi iade eder. İade ettiği bu hizmetçinin kusurlanmasından dolayı meydana gelen zararın yarısını öder. Ancak istihsan gereği müşteri hizmetçiyi iade eder ama kusurdan dolayı meydana gelen zarardan sorumlu değildir.

Şeybânî hizmetçilerin her ikisinde aynı anda kusur meydana gelmesi durumunda da müşterinin hizmetçilerden dilediğini satın almak üzere seçip diğerini satıcıya geri vereceğini ve yine istihsan gereği kusurdan dolayı meydana gelen zarardan sorumlu olmayacağını ifade etmiştir.

Bu ve bir önceki örneğimizin ibarelerine göre müşteri satıcıdan birini seçip diğerini iade etme muhayyerliği (*Tayin Muhayyerliği*) ile birden fazla mal satın almaktadır. Bir önceki örneğimizde ifade edildiği üzere Şeybânî'ye göre müşteri, teslim aldığı bu iki maldan henüz hangisini alacağına karar vermemişken mallardan biri veya her ikisi kusurlanırsa kusurlanan malda meydana gelen zararın yarısını, helak olursa bedelinin yarısını ödemekle mükelleftir. Şeybânî'ye göre teslim alınan mallar, müşteri tarafından hangisinin satın alınacağına henüz karar verilmediğinde durum budur.

Örneğimize dönersek, müşteri henüz hangisini alacağına karar vermemişken hizmetçilerin ikisi de kusurlanmaktadır. Ancak birisi önce diğeri sonra kusurlanmaktadır. Bununla beraber hangisinin önce kusurlandığı bilinmemektedir. Şeybânî'ye göre bu durumda müşteri ile satıcı, müşterinin hangi hizmetçiyi satın alacağı

<sup>265</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 136.

hususunda ihtilafa düşerlerse müşteri bedeli 500 dirhem olanı ilk önce aldığını satıcı ise müşterinin bedeli 1000 dirhem olanı aldığını iddia etse, bu durumda müşterinin sözüne itibar edileceğini belirtmektedir. Şeybânî'nin metninden anlaşılan budur. Ancak Serahsî'nin konuyla ilgili yorumunda belirttiğine göre müşteri “ilk önce fiyatı beş yüz olanı aldığını” değil “kusurun ilk önce fiyatı beş yüz olanda meydana geldiğini” iddia etmektedir. Bununla beraber Şeybânî'nin metni bu şekilde anlaşılmaya uygun değildir. Çünkü Şeybânî'nin satıcı ve müşterinin iddiaları şu şekilde ifade edilmiştir:

**فقال البائع: قد أخذت ألتى ثمنها الف درهم؛ وقال المشتري: قد أخذت ألتى ثمنها خمسمائة اول مرة**

Görüldüğü gibi her iki tarafın iddiası “önce kusurlanan” üzerine değil “önce alınan” üzerinedir. Ancak biz Serahsî'nin metnini dikkate alarak örneği yorumlamaya çalışacağız. Çünkü Şeybânî'nin metnini dikkate aldığımızda müşteri seçimini yapmış olacağından diğer hizmetçi için zaten tazmin yükümlülüğü yoktur. Serahsî'nin metnine göre cariyelerin ikisi de kusurlanmakta ancak hangisinde önce kusur meydana geldiği bilinmemektedir. Bu durumda müşteri, fiyatı beş yüz olanda önce kusur meydana geldiğini iddia ederse müşterinin bu iddiası kabul edilir. Serahsî bunun sebebinin muhayerlik hakkının müşteriye ait olması ve dolayısıyla iki cariyeden birinde satım akdini belirleme hakkının müşteri lehine olmasını ileri sürmektedir. Bu şekilde satıcı cariyelerden birini seçince diğerini iade eder. Ve kıyas gereği iade ettiği cariyenin kusurlanmasından dolayı meydana gelen zararın da yarısını öder. Serahsî kıyas gereği olan bu hükmü şöyle delillendirmektedir. Cariyelerden her ikisi birlikte helak olsaydı müşteri satıcıya her birinin satış bedelinin yarısını ödeyecekti. İkisi de kusurlanınca her ikisinin toplam değerinden bir kısmı düşmüştür. Dolayısıyla düşen kısmın toplam değere kıyas edilmesi gerekir. Müşteri cariyelerden birini satın alınca onun tam değerini ödemiştir. Diğerinin de kusur noksanlığının yarısını ödemesi gerekir. Ancak Serahsî istihvan gereği müşterinin iade edeceği cariyenin kusurlanmasından dolayı meydana gelen zararın yarısını ödemek durumunda olmadığını belirtmektedir. Çünkü müşterinin sözüne itibar edilerek cariyelerden hangisinin önce kusurlandığı belirlenince müşteri artık onu almak durumundadır. Bir de biz önceki örnekte belirtildiği üzere şunu biliyoruz ki müşteri, hizmetçilerden hangisini alacağına dair seçimini yaptıktan sonra diğer hizmetçi artık müşterinin elinde emanet durumundadır. Burada hizmetçilerden birisi kusurlanıp, müşteri için hangisini alacağı artık belli olunca diğer hizmetçi



müşterinin elinde emanet durumuna düşmüştür. İşte iade edilecek olan hizmetçi müşterinin elinde emanet hükümlerine tabi olunca müşterinin taksir ve kastı olmaksızın onda meydana gelen kusurdan, müşteri sorumlu olmamaktadır.<sup>266</sup> Serahsî, Şeybânî'nin işte bu ince ayrımı düşünerek istihsan gereği müşterinin iade edeceği kusurlu cariyeden dolayı tazmin sorumluluğu olmadığı hükmüne varmıştır.

#### **16. Örnek: Hukuken Kullanılması Yasak Olan Malın Satımı**<sup>267</sup>

Örneğimizde Şeybânî'ye göre bir Hıristiyan bir başka Hıristiyan'dan şarap (خمر) satın alsa ancak malı teslim almasa ve bu arada müşteri Müslüman olsa bu durumda aralarında akit hiç olmamış gibi kabul edilmektedir (لا بيع بينهما). Müslüman olan taraf satıcı olsa durum yine aynıdır. Şeybânî bu görüşünün istihsan gereği olduğunu kıyas gereği olmadığını belirtmiştir.

Esasen burada teslim gerçekleşmemiş de olsa akit tamamlanmıştır. Müşteri satın aldığı malı, örneğimize göre şarabı, istediği zaman teslim alabilir. Dolayısıyla akit tamamlandıktan sonra taraflardan biri Müslüman olsa da akit yok kabul edilemez. Taraflar borçlarına sadık olmak durumundadırlar. Kıyas bunu gerektirir. Ancak malın teslim edilmesi henüz gerçekleşmemişken taraflardan birisi Müslüman olursa bu takdirde Şeybânî, istihsan gereği akdi yok kabul etmektedir. Burada Şeybânî, malın teslimini, akdi tamamlayan unsur olarak düşünmüş olmalıdır. Yani Şeybânî'ye göre teslim henüz gerçekleşmediği için sanki akit süreci devam etmektedir.

İkinci olarak Şeybânî, bir müslümanın İslam toplumunda içki ile meşgul olma düşüncesini hoş karşılamamaktadır.

Üçüncü olarak şarap müslümanın elinde değersizdir. Müşterinin Müslüman olduğunu düşündüğümüzde, Müslüman olmadan önce yaptığı bir akitten dolayı şarabı teslim almak durumunda kalacaktır. Müslümanın şarabı kullanması ya da satması düşünülemez. Dolayısıyla imha etmek zorundadır. Hâlbuki şarap satıcının elinde hala değerlidir. Ancak satıcı açısından da şu durum söz konusudur. Satıcı malını müşteriye satmıştır. Dolayısıyla müşterinin Müslüman olması onu ilgilendirmez. Belki şarabın fiyatı hızla düşecek ve satıcı zarar edecektir. Müşterinin Müslüman olup akdin yok

<sup>266</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 57.

<sup>267</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 147.

kabul edilmesinden dolayı satıcı niye zarar etsin diye düşünülebilir. Buradan hareketle Müslüman olan tarafın müşteri olduğunu düşündüğümüzde hukukun Müslüman olan taraf lehine kullanılması söz konusudur. Ancak bu düşünceye itibar edilmez. Çünkü Müslüman olan taraf müşteri değil de satıcı olsaydı Şeybânî'ye akit yine yok kabul edilecekti ve yine şarap satıcının elinde kalacaktı. Ama bu defa hukuk müslümanın lehine değil aleyhine kullanılmış olacaktı. Çünkü Müslüman olan satıcı, akit yok kabul edildiği için şarabı teslim edemeyecektir. Şaraptan herhangi bir şekilde de yararlanamayacak bilakis şarabı imha edecektir.

Bütün bunlar beraber değerlendirildiğinde Şeybânî'nin burada istihsan gereği akdi yok kabul etmesinin temel sebebini İslam toplumunda müslümanın şarapla meşgul olmasını hoş karşılamama düşüncesi, şarabın müslümanın elinde değersiz olması ve henüz teslimin gerçekleşmemiş olması şeklinde tespit edebiliriz.

Serahsî bu hükmün istihsan yönünü iki şekilde açıklamıştır. Birincisi şöyledir. Taraflardan birinin Müslüman olması şarap üzerinde akit yapmaya engel olduğu gibi akit gereği teslim almaya da engeldir. Akitle kazanılmış olan teslim hakkı ortadan kalkınca akit geçersiz hale gelir. İkinci olarak akit yapılıp teslim gerçekleşmeden önce meydana gelen fazlalıklar akit sırasında mevcut kabul edilir. Dolayısıyla teslimden önce taraflardan birinin Müslüman olması sanki akit esnasında varmış gibidir.<sup>268</sup> Anladığımız kadarıyla Serahsî'nin istihsan gereği akdi geçersiz saymaya yönelik bütün bu çabalarının temelinde de İslam toplumunda bir müslümanın şarapla meşgul olma düşüncesinin hoş karşılanmaması şeklindeki tespitimiz yatmaktadır.

### **17. Örnek: Kusur Muhayyerliğinde Rızanın Tespiti<sup>269</sup>**

Örneğimizde anlatıldığına göre müşteri satın aldığı malda bir kusur görse ve bu kusuru gördükten sonra malı satışı çıkarsa, kiralasa, rehin olarak verse veya hibe etse bütün bunlar Şeybânî'ye göre kıyas gereği müşterinin malda bulduğu kusura razı olduğunu gösterir. Aynı şekilde satın alınan mal eğer bir cariye ise müşterinin onunla cinsel ilişkide bulunması, öpmesi, şehvetle dokunması da cariyedeki kusura razı olduğuna işarettir. Dolayısıyla artık müşterinin malın kusurunu bilerek bu tasarruflarda bulduktan sonra kusurdan dolayı malı satıcıya iade etme veya malda bulunan kusur

<sup>268</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/67

<sup>269</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 181.

malın değerini ne kadar dūřürmüř ise mal için önceden ödenen bedelle malın kusur bulunduktan sonraki bedeli arasındaki farkı talep etme hakkı kalmaz.

Ancak Şeybânî'ye göre müşteri cariyedeki kusuru gördükten sonra onu çalıştırır (استخدمها) kıyas gereği bu, kusura razı olduğunu gösterir. Şeybânî bu durumla ilgili olarak kıyası terk ettiğini belirtmekte ve müşterinin istihsan gereği malı satıcıya iade edebileceğini ileri sürmektedir.

Müşterinin satın aldığı mal bir gömlek veya elbise olsa ve müşteri maldaki kusuru gördükten sonra onu giyse veya mal bir deve olsa ve müşteri bu deveye binse bunlar da müşterinin kusura razı olduğunun delilidir. Ancak Şeybânî'ye göre müşteri deveyi sulamak için veya satıcıya iade etmek için satıcının yanına gitmek üzere deveye binse bunlar istihsan gereği müşterinin kusura razı olduğuna delil olmazlar. Şeybânî, müşterinin deveye ancak kendi ihtiyacı için binmesinin rızaya delalet edeceğini belirtmektedir.

Örneğimizden anlaşıldığı kadarıyla Şeybânî'ye göre müşteri satın aldığı bir malda kusur gördükten sonra o mal üzerinde, mal sahibinden başkasının yapmasının hukuken meşru olmayacağı herhangi bir tasarrufta bulunursa bu durum müşterinin malı beğendiğine ve kusura razı olduğuna delildir. Şeybânî bununla ilgili farklı örnekler vermektedir. Mesela malın cariye olması söz konusu ise ve müşteri ondaki kusuru görmesine rağmen onunla cinsel ilişkide bulunur, ona şehvetle dokunur veya öperse bu rızaya delalettir. Çünkü bu durumda müşteri cariyeyi kusuruna rağmen beğenmiş, sahiplenmiş, mülküne geçtiğini kabul etmiş demektir. Zira kişinin bir başkasına ait cariyeye sayılan şeyleri yapması hukuken mümkün değildir. Şeybânî'nin verdiği bir diğer örnek de müşterinin yine maldaki kusuru gördükten sonra malı satışa çıkarma, kiralama, rehin veya hibe olarak verme gibi tasarruflarda bulunmasıdır. Şeybânî bu tasarrufların da rızaya delalet ettiğini belirtmektedir. Çünkü kişi sadece kendi malı üzerinde bu gibi tasarruflarda bulunabilir. Hal böyle olunca müşterinin satın aldığı maldaki kusuru görmesine rağmen bu gibi tasarruflarda bulunmaya kalkması onun, malı kendi mülkünden saydığının, dolayısıyla maldaki kusura razı olduğunun delili olarak karşımıza çıkar.<sup>270</sup>

<sup>270</sup>

Bkz, Mevsilî, *el-İhtiyâr*, s. 191.

Ancak Şeybânî müşterinin satın aldığı cariyeyi (veya köleyi), ondaki kusuru gördükten sonra çalıştırmasının kıyas gereği rızaya delalet edeceğini fakat bu durumda kıyası terk ettiğini ve istihsan gereği rızaya delalet etmeyeceği kanaatine vardığını ileri sürmektedir. Bunun pratik sonucu olarak da müşteri cariyeyi, cariyedeki kusuru gördükten sonra çalıştırmasına rağmen satıcıya iade edebilecektir.

Şeybânî'nin verdiği örneklerde malın bir gömlek veya elbise ya da bir deve olması ve müşterinin elbiseyi giymesi veya deveye binmesi durumlarının da rızaya delalet ettiği vurgulanmıştır. Ancak müşterinin deveye onu sulamak veya sahibine iade etmek için sahibinin yanına ulaşmak üzere binmesinin istihsan gereği rızaya delalet etmeyeceği ileri sürülmüştür.

Mevsîlî *el-İhtiyâr* isimli eserinde rızaya delalet eden durumların muhayyerlik hakkını iptal edeceğini belirttiikten sonra kişinin köle veya cariyeyi denemek için çalıştırmasının rızaya delalet etmeyeceğini kaydetmiştir.<sup>271</sup> Çünkü müşterinin köle ve cariyeyi işine yarayıp yaramayacağını bilmek için denemek gibi bir zarureti olabilir. Belki köle veya cariyeye kusurlu haliyle de onun işine yarayacaktır. Ve müşteri bunu köle veya cariyeyi çalıştırıp tecrübe etmeden bilemez. Nitekim Serahsî'de bu konuda bu durumun kusura razı olma değil sınama sayılacağını belirtmektedir. Ayrıca Serahsî insanların adeten başkalarına ait köleleri sahiplerinin izni ile veya izni olmadan çalıştırdıklarını ve bu konuda insanların birbirlerini hoşgörü ile karşıladıklarını belirtmektedir. Buradan çıkan sonuç ise bu konuda toplumda bir örfün oluştuğudur.

Kusurlu çıkan malın deve olması ve müşterinin ona sulamak veya geri iade etmek için sahibinin yanına gitmek üzere binmesi durumunda da benzer bir zaruret söz konusudur. Zira sulama yeri veya devenin sahibi yakında olmayabilir. Ona ulaşmak için uzun bir yol katetmek gerekebilir, sulamada da aynı durum söz konusudur. Dolayısıyla Şeybânî'nin istihsan gereği rızaya delalet etmeyeceği kanaatine vardığı her iki durumda da istihsanın illetinin zaruret olarak karşımıza çıktığını görmekteyiz. Ayrıca Serahsî'nin bir önceki paragrafta verdiğimiz açıklamasını dikkate alırsak bu konuda aynı zamanda örf de vardır. Bu takdirde burada istihsan yönü hem örf hem de zaruret olarak tespit edilebilir.

---

<sup>271</sup> Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, s. 191.

## 18. Örnek: Rıza Sayılan Fiile Rağmen Kusur Muhayyerliğini<sup>272</sup>

Örneğimizde Şeybânî'ye göre bir kimse bir cariye satın alıp cariyenin hürriyetini kendisinin ölümüne bağlasa (müdebber) ya da azat etse veya cariye çocuk doğurup müşteriye ait ümmü veled hükmünde bir cariyesi haline gelse; daha sonra cariyede satıcı tarafından kendisinden gizlenilmiş bir kusuru fark etse, alıcı bu kusurdan doğan değer kaybını talep etme hakkına sahiptir. Ancak aynı kişi cariyeyi satın aldıktan sonra öldürse ve ardından satıcının kendisinden gizlediği bir kusuru olduğunu fark etse bu durumda ayıptan doğan değer kaybını satıcıdan talep edemez. Zira Şeybânî öldürme eylemini bizzat müşterinin gerçekleştirdiğini belirtmiştir. Şeybânî devamla kıyas gereği bu iki durumda da değer kaybının talep edilemeyeceğini ancak istihsan gereği azat etme durumunda müşteri lehine değer kaybının satıcıdan talep edilebileceğini söyler.

Bilindiği gibi Hanefî fıkhında kusur muhayyerliği hükümlerine göre kusurlu mal ya iade edilir ya da kusuruyla kabul edilir. Müşteri kusurdan doğan değer kaybının tazminini ayrıca talep edemez. Örneğimizde bir kimse satın aldığı cariyeyi azat eder ya da öldürürse iade imkânını ortadan kaldırmış demektir. Kıyas gereği geriye tek bir ihtimal kalmıştır. O da malın kusuruyla beraber kabul edilmesidir. Ancak Şeybânî, her ne kadar kıyas gereği her iki durumda da tazmin hükümlerini işletmiyorsa da istihsan gereği azat etme durumunu öldürme durumundan ayırır.

Bu noktada iki şeyi tespit etmemiz gerekmektedir. Birincisi Şeybânî'nin azat etme tasarrufunu neye kıyas ettiği, ikincisi ise öldürme fiilinin niçin azat etme tasarrufundan ayrı tutulduğudur.

Serahsî'ye göre nasıl ki azat etme, cariyenin hürriyetinin, sahibinin ölümüne bağlanması ya da cariyenin sahibi tarafından ümmü veled edinilmesi gibi tasarruflardan sonra cariyede bulunduğu kusurdan dolayı müşteri cariyeyi satıcıya geri veremiyorsa kıyas gereği kusurdan doğan değer kaybını da talep edememesi gerekir. Zira Serahsî'ye göre müşteri cariyede bizzat kendi iradesiyle cariyeyi geri vermeyi imkânsız hale getiren bir tasarrufta bulunmuştur. Bu tasarruf sonucunda cariye üzerinde mülkiyeti kalmamıştır. Cariye bir başka mülkiyete aktarılmaya konu olmaktan çıkmıştır. Ve müşteri bu tasarrufuyla cariyeyi sahiplenmiştir. Müşterinin hem malı elinde tutup hem de kusurdan

---

<sup>272</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 182.

dolayı fark isteme hakkı yoktur. Ya onu iade edecek ya da kusuruyla kabul edecektir. Müşterinin iade imkânı kalmadığına hatta iade imkânını bizzat kendi eylemiyle ortadan kaldırdığına göre cariyeyi kusuruyla kabul etmesi gerekir. Serahsî devamla her ne kadar azat etmek, mülkiyeti ortadan kaldıran bir tasarruf ise de azat etme ile azat eden lehine velâ<sup>273</sup> hakkının sabit olduğunu, velânın da mülkiyetin izlerinden bir olduğunu öne sürmektedir. Dolayısıyla velâ hakkının varlığını, mülkün aslının varlığı gibi kabul etmektedir. Ve şu kıyaslamayı yapmaktadır: Satın alınarak elde edilen mülkiyet gerçekten veya hükmen devam ederken malın alıcının elinde ayıplanması gibi bir sebeple eski ayıptan dolayı satıcıya iade imkanı kalmayınca, eski ayıbın sebep olduğu değer kaybı satıcıdan talep edilebilmektedir. Çünkü müşterinin mala kusursuz sahip olma hakkı vardır.<sup>274</sup> İbarelerden anlaşıldığına göre Serahsî velâ hakkının azat eden lehine –örneğimizde de müşteri lehine- olduğundan hareket ederek her ne kadar görünüşte azat etmekle mülkiyet ortadan kalkmış gibi görünse de hükmen devam ettiğini düşünmektedir. Dolayısıyla istihsan gereği azat etme tasarrufundan sonra müşteri malda satıcının kendisinden gizlediği bir kusur bulursa bu kusurdan dolayı meydana gelen değer kaybını satıcıdan talep edebilir.

Azat etme ile öldürmenin farkına gelince; Serahsî'nin belirttiğine göre azat etmede istihsan gereği hükmün böyle olmasını gerektiren fark da şudur: azat etme müşterinin mal üzerindeki mülkiyetini tamamen ortadan kaldıran bir tasarruftur. Ancak bir başkasının mülkiyetinde böyle bir tasarrufta bulunmak tazmin hükümlerini doğurmaz. Çünkü bir başkasının mülkünde böyle bir tasarruf, onun onayı olmadığı sürece geçersizdir. Öldürme ise bir başkasının mülkiyetinde söz konusu olduğunda tazmini gerektirir. Binaen aleyh azat etme, öldürmeden farklıdır.<sup>275</sup> Ayrıca Bilindiği gibi bir köle ya da cariyeyi hürriyetine kavuşturmak İslam dini tarafından her fırsatta teşvik edilmiş bir eylemdir. Hatta bazı suçların kefareti olarak da köle azadı öngörülmüştür. Bu konulara önceki örneklerimizde de değinmiştik. Öldürme eylemi ise öldürülen köle de olsa kesinlikle yasaklanmış bir suçtur. Örneğimizde ibarelerden anlaşıldığı kadarıyla müşterinin cariyeyi öldürmesi durumunda kusurdan dolayı meydana gelen değer kaybını satıcıdan talep edememesinin nedeni olarak müşterinin bu suçu bizzat

<sup>273</sup> Velâ (Velâü'l-Atâka): Miras hukukunda köle azat etmekten doğan ve irsiyet sebebi olan hükmi yakınlıktır. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 480.

<sup>274</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 100.

<sup>275</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 100.

kendisinin işlemiştir olması gösterilmektedir. Öyle anlaşılıyor ki bu hüküm aynı zamanda müşterinin cariye bizzat kendisinin öldürmesinden dolayı öngörölmüş bir cezadır. Yine Serahsî öldürmede müşterinin adeta malı bir bedel karşılığında elden çıkarmış gibi olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla malın karşılığını almıştır. Azat etmede ise bu durum söz konusu değildir. Malın, mutlak anlamda iade imkânı kalmamıştır. Kusur muhayyerliği hükümlerinin uygulanma imkanı da ortadan kalkmıştır.

Sonuç olarak Serahsî'nin açıklamalarını da göz önünde bulundurarak diyebiliriz ki Şeybânî'ye göre müşterinin cariye üzerinde azat etme gibi bir tasarrufta bulduktan sonra satıcının kendisinden gizlediği bir kusur bulduğu takdirde mal müşterinin mülkünden çıktığı için nasıl ki geri verme hakkı yoksa kusurdan dolayı meydana gelen değer kaybını da talep edememesi gerekir. Ancak istihsan gereği velâ hakkının müşteride kaldığı ve velânın hükmen mülkiyete işaret ettiği düşünöldüğünde müşteri değer kaybını talep edebilir. Bu olayın birinci yönüdür. İkinci yönü ise azat etme ile öldürme fiilleri arasında her ne kadar cariyenin müşterinin mülkünden çıkması ve iade etme imkânı kalmaması gibi bir ortak yönleri bulunsa da öldürmenin bizzat müşterinin cinayeti olması, azat etmenin hayırlı ve teşvik edilen bir iş, öldürmenin ise bir suç olması, başkasının mülkünde azat tasarrufunda bulunmanın tazmin gerektirmemesine karşın öldürme eyleminin tazmin gerektirmesi gibi farklardan dolayı azat etme tasarrufunda istihsan, öldürme eyleminde ise kıyas tercih edilmiştir.

### 19. Örnek: 'İne Satışı'<sup>276</sup>

Örneğimize geçmeden önce örneğimizin anlaşılması için öncelikle şu önbilgileri verip değerlendirmesini yapmak durumundayız. Şeybânî'ye göre bir kimse, veresiye olarak bir şey satın alsın veya nakit olarak satın alsın ama bedelini henüz ödememiş olsa bu durumda müşteri satın aldığı malı verdiği bedel cinsinden olan daha az bir bedelle satıcıya geri satamaz. Mesela bir kimse, 2 ölçek buğday karşılığında bir elbise satın almıştır. Ancak bedel olarak vereceği bu iki ölçek buğdayı henüz teslim etmemiştir. Veya taraflar bedel olan buğdayı vadeye bağlamışlardır. Bu durumda müşteri satın aldığı bu elbiseyi yine buğday karşılığında satıcıya geri satmak istediğinde, 2 ölçekten daha az buğday karşılığında satamaz. Eğer satarsa yaptıkları bu ikinci akit geçersizdir. (reddedilir)

<sup>276</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 205.

Ancak müşteri satın aldığı malın bedelini ödemişse ve yine verdiği bedel cinsinden bir bedelle malı satıcıya geri satmak isterse bu durumda verdiği bedelden daha azı veya daha çoğu karşılığında, dilediği gibi satabilir. Bir önceki paragrafta verdiğimiz örnek üzerinden yine örneklendirsek, 2 ölçek buğday karşılığı satın aldığı ve bedelini peşin olarak ödediği elbiseyi 2 ölçekten daha az buğday karşılığında satıcıya geri satabilir.<sup>277</sup>

Bu bilgileri verdikten sonra asıl örneğimize geçebiliriz. Şeybânî'ye göre müşteri dirhem veya dinar karşılığında bir mal satın alsın ancak malın bedelini henüz ödememiş olsa bu malı satıcıya değeri satın aldığı bedelden daha az olan dirhem veya dinar karşılığında satamaz. Şeybânî burada bu hükmün istihsan gereği olduğunu, bu meselede dirhem ve dinarların aynı (cins) kabul edileceğini ileri sürmektedir.

Burada, giriş bilgisi olarak verdiğimiz ilk meselede müşterinin, satın aldığı malı satıcıya satın aldığı bedelle aynı cinsten olan ancak vereceği bedelden daha az miktarda bir bedelle satmasının geçersiz olması faiz şüphesinden dolayıdır. Çünkü müşteri henüz bedeli ödemiş değildir. Her iki satım akdinde de bedellerin cinsleri aynıdır. Böyle bir akdin gerçekleştiğini düşünsek, mesela bir kimse 10 lira karşılığında bir şey satın alsın ama bedeli ödemesin. Sonra satın aldığı bu malı satıcıya 8 liraya geri satarsa satıcı bu 8 lirayı kendisine ödeyecektir. Ancak kendisinin satıcıya 10 lira borcu olacaktır. Olabilir ki insanlar böyle akitleri paraya ihtiyaçları olduğu için yaparlar. Örneğin, bu kişi, malı satın aldığı kişiden borç istese belki satıcı kendisine borç vermeyecektir. Veya vereceği borç karşılığında kendisinden bir menfaat bekleyebilir. Ancak bu menfaat borçta karşılığı olmayan bir menfaat olacağı için açıkça faiz olacaktır. İşte bu açık faizden kaçınmak için insanlar böyle bir yola başvurabilirler. Bunda ise faiz şüphesi vardır. Çünkü cinsler birdir ve arada akit olmadığını düşünürsek faiz tahakkuk etmemesi için bedeller aynı cinsten iseler peşin olarak ödenmeleri gerekir. Oysa burada müşteri henüz bedeli ödemiş değildir. Ancak satıcıya malı geri satmasından kaynaklanan bedeli almıştır. Almamış olsa bile eksik bedelle satmıştır. Yani her halükarda faiz şüphesi vardır. Bundan dolayı akit geçersizdir. Akitteki geçersizliğin nedenini faiz şüphesi olarak tespit etmemizin delili ise şudur, Şeybânî'ye göre müşteri, malı satıcıya değeri verdiği bedelden daha düşük olan başka cins bir bedelle satsa bu caizdir. Ama miktarı daha az olan aynı cins bedelle satın alırsa bu caiz olmamaktadır.

---

<sup>277</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 203.



Asıl örneğimizin değerlendirmesi ise şöyledir. Mal dirhem ile satılmışsa bu durumda kıyas gereği Şeybânî, müşterinin malı satıcıya değeri bu dirhemden daha az olan dinar karşılığında satabileceğini ancak istihsan gereği bu satışın da geçersiz olduğunu düşünmektedir. Bu satışı, bir dinarın iki dirheme karşılık geldiğini varsayarak şu şekilde örneklendirebiliriz: Bir kimse 10 dirhem (varsayımımıza göre 5 dinara tekabül eder) karşılığında bir şey satın alsın ama bu bedeli ödemediği malı satıcıya 4 dinara (varsayımımıza göre 8 dirheme tekabül eder) satsa bu satış kıyas gereği geçerli ancak istihsan gereği geçersizdir. Esasen dirhem ile dinarın cinsleri farklıdır. Zira dirhem gümüş, dinar ise altındır. Dolayısıyla cinsler bir olmadığından faiz şüphesi de yoktur. Böyle olunca her iki akdin de geçerli olması gerekir. Ancak Şeybânî'ye göre bu durumda dirhem ve dinarlar aynı cins kabul edilir. Çünkü ikisinin de kullanım amacı aynıdır. Bu da değişim aracı olmalarıdır. Bu şekilde gerçekleşen akitle ilgili olarak Serahsî de hükmün istihsan gereği böyle olmasının nedenini faiz şüphesine bağlamıştır. Serahsî'nin belirttiğine göre bu konuda İmam Züfer kıyası tercih etmiş buna karşılık Hanefî âlimlerinin çoğu istihsan gereği bu şekilde bir akdi geçersiz saymışlardır. Ayrıca Serahsî, dinar ve dirhemlerin elde edilmiş amaçlarının aynı olmasından dolayı pek çok hükümde bu iki cinsin tek cins gibi kabul edildiklerini belirtmiştir. Serahsî, kendi tercihinin de istihsandan yana olduğuna delaleten, dirhem ve dinarın şeklen farklı cinsler olsa da manen aynı cins olduğunu öne sürmüş, bir şeyde haramlığı gerektiren yönle helalliyi gerektiren yön birleştiğinde, haramlığı gerektiren yönün üstün tutulması gerektiğini vurgulamıştır. Örneğimiz açısından da akdin geçersiz sayılmasının faizden dolayı olduğunu, faiz konusunda da ihtiyatlı davranmak gerektiğini sözlerine eklemiştir.<sup>278</sup>

## 20. Örnek: Nesep Tespiti Ve İkrar<sup>279</sup>

Bir kimsenin elinde kendi yanında doğmuş henüz konuşamayan bir çocuk bulursa, kişi önce bu çocuğun kendisinin kölesi olduğunu iddia edip onu azat etse sonra oğlu olduğunu iddia etse bu durumda Şeybânî kıyası terk ettiğini ve istihsan gereği çocuğun, iddia sahibinin oğlu olarak kabul edileceğini belirtmektedir. Ancak köle çocuk değil de yetişkin ise kişi önce onu azat etse sonra nesep iddiasında bulursa iddiada bulunan kişi bu kölenin babası olabilecek yaşta ve durumda olsa, bu durumda Şeybânî'ye göre bu

<sup>278</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 123.

<sup>279</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 247.

iddia, köle iddia sahibini doğrulamadıkça kabul edilmez. Şeybânî bu iki durumun kıyas gereği gerçekte aynı hükmü alması gerektiğini belirtmektedir.

Burada kıyas şudur; efendi ikrarında çelişkili beyanlarda bulunmuştur. Dolayısıyla efendinin iddiasının yalan olma ihtimali vardır. Bu nedenle ikrara konu olan kişi iddiayı kabullenmedikçe ikrarının geçerli olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla çocuğun iddiayı doğrulaması veya kabullenmesi imkânı bulunmadığı için nesep iddiasının reddedilmesi ve söz konusu çocuğunun nesebinin bu kişiye bağlanmaması gerekmektedir. Örneğin ikinci kısmında ise azat edilen köle efendisini doğrulayabilecek bir yaştadır ve efendisini doğrulamaktadır. Kıyas gereği bu nesep iddiası kabul edilir. İstihsan ise şu olmalıdır; efendinin cariyesinin doğurduğu çocuğun ilk bakışta kendisine ait olup olmadığı konusunda şüpheye düşebilir ve bu adeten normaldir. Nitekim Serahsî de insanın bir konuda önce şüphelenebileceği sonra da şüphesinin yersiz olduğunu anlayıp hatasını telafi etmek isteyebileceğini belirtmiştir. Ayrıca cinsel ilişkide kadının hamile kalıp kalmadığının gizli bir şey olmasından dolayı bu konudaki çelişkinin mazur görüleceğini de sözlerine eklemiştir.<sup>280</sup> Buna binaen efendinin çocuğun nesebinden şüphelenerek başta kölesi olduğunu söylemesi daha sonra bu şüphesinin gidip yerine sağlam bir kanaatinin oluşmuş olması mümkündür. Bunun sonucunda da önceki ikrarından vazgeçip yeni bir ikrarda bulunması, ikrarda kasıtlı çelişkide bulunmuş olma ve dolayısıyla iddiasının yalan olması ihtimalinden uzak görünmektedir. İşte bu nedenle burada kıyas terk edilip istihsan gereği efendinin ikinci ikrarı kabul edilmiştir. Şeybânî'nin burada kullandığı istihsan terimi "kişisel kanaat" olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira Şeybânî çocuğun nesebinin çelişkili beyanlarda bulunsa da istihsan gereği efendisine bağlanması gerektiğini belirtirken efendinin bu konuda yalan söyleme ihtimalini göz önünde bulundurmuştur. Sonuçta kişinin bu konudaki tereddüdünün normal karşılanabileceğini düşünmüştür. İstihsan gereği çocuğun nesebini çelişkili beyanlarda bulunan efendisine bağlarken de kişisel kanaatini kullanmıştır.

## **21. Örnek: Satışta Teslim Alınmayan Cariyede İstibra<sup>281</sup>**

Örneğimize göre bir kimse bir cariyeye satsa fakat müşteri cariyeyi teslim almadan satıcı mütareke yapsa ve akdi bozsa bu durumda Şeybânî'ye göre kıyas gereği (ilk) satıcı

<sup>280</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 143-144.

<sup>281</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 250.

cariye istibra<sup>282</sup> etmedikçe onunla cinsel ilişkide bulunmaz. Ancak burada Şeybânî kıyası terk ettiğini ve istihsan gereği satıcının böyle bir şeyle sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir.

Konunun yorumuna geçmeden önce şu bilgiyi hatırlamamız yerinde olacaktır. Şeybânî kitabının “Satış ve Diğer Hukuki İşlemlerde İstibra” (بَابُ الْإِسْتِبْرَاءِ فِي الْبَيْعِ وَغَيْرِهَا) başlıklı bölümüne başlarken bir kimsenin cariye satın alması durumunda cariyenin bir hayız müddeti bekleyip rahminin temiz olup olmadığı anlaşılmadan, satın alan kişinin onunla cinsel ilişkide bulunmasının doğru olmayacağını ve bunun dayanağının kendilerine Hz. Ali ve Abdullah b. Ömer’den ulaştığını belirtmektedir. Buna göre örneğimizde kıyas, söz konusu Rivâyetten hareketle ulaşılan “cariyenin mülkiyet değiştirmesi istibrayı gerektiren durumlardan biridir” şeklindeki genel kural ya da buna işaret eden Rivâyetin kendisidir.

Serahsî’nin belirttiğine göre örneğimizde cariye ilk sahibinin kendisini satmasıyla satıcının mülkünden çıkmıştır. Fakat müşteri daha cariyeyi teslim almamışken satış akdi bozulmuştur. Bu durumda kıyas gereği cariye satış akdinin yapılmasıyla satıcının mülkünden çıkıp akdin bozulmasıyla tekrar satıcının mülküne girdiği için istibra yapması gerekmektedir. Ancak Serahsî kıyas her ne kadar bunu gerektirse de istibrayı gerektiren sebebin tam olarak oluşmadığını ileri sürmektedir. Zira cariye her ne kadar satıcının mülkünden çıkıp tekrar satıcının mülküne girmiş olsa da müşteri cariyeyi teslim almadığından dolayı onunla cinsel ilişkide bulunmadığı kesindir. Ayrıca Serahsî şu kıyaslamayı da yapmaktadır. Cariyenin teslimden önce ölmesi durumunda satıcının malı olarak ölecektir. Dolayısıyla teslim gerçekleşmediği sürece cariye satıcının sorumluluğundadır.<sup>283</sup> Bu durumda istihsan gereği satıcı cariye ile cinsel ilişkide bulunmadan önce istibra yapması gerekmez. Burada istihsan, kıyas olarak belirlediğimiz genel kuralın işletilmesindeki gerekçenin oluşmamış olmasıdır. Bu gerekçe -aslında- mülkiyet değişimleri sonucu cariyenin hamile olma ihtimalidir. Şeybânî’nin kurgusu dikkatle takip edildiğinde bu gerekçenin oluşmadığını görüyoruz. Şöyle ki müşteri cariyeyi kabzetmeden satıcıya tekrar iade etmiştir. Yani müşterinin

<sup>282</sup> İstibrâü’l-Eme/ İstibrâü’l-Câriye: cariyenin rahminde çocuk olup olmadığını anlaması için bir süre beklemesi, kendisini satın alan efendisi ile cinsel ilişkiye girmemesi. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 207; Mutarrizî, *el-Muğrib*, I, s. 65.

<sup>283</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 148.

cariye ile cinsel ilişkide bulunma ihtimali hiç olmamıştır. Bu ihtimal ise istibranın gerekçesidir.

Aslında Şeybânî bu meselede sonuç bakımından aynı yere ulaşırsa da iki yoldan mantık yürütmüş olabilir. Birincisi biraz önce bahsettiğimiz müşterinin cariye ile cinsel ilişkiye girme ihtimalinin hiç olmamasından dolayı istibra gerekçesinin oluşmamasıdır. İkincisi ise yine cariye teslim edilmemiş olmasına bağlı olarak akdın tamamlanmamış olmasıdır ki bu işin teknik yönüdür. Cariye teslim edilmediği yani kabz gerçekleşmediği için cariye henüz satıcının mülkünden çıkmamıştır. Dolayısıyla istibra yapmasını gerektirecek bir durum yoktur. Nitekim Şeybânî çalışmamıza konu olan başka örneklerde de malın teslim edilmemesi durumunda akdın tam anlamıyla gerçekleşmediği yönünde içtihatlar da bulunmuştur.<sup>284</sup>

Sonuç olarak şunları söyleyebiliriz. Şeybânî, müşterinin cinsel ilişkiye girme ihtimali olmamasına rağmen “mülkiyet değişimi istibrayı gerektirir” genel kuralının burada işletilerek satıcının istibra ile sorumlu tutulmasının, hukuki açıdan adilane bir çözüm olmadığını düşünmüştür. Ve kıyas istibrayı gerektirse de Şeybânî burada özel bir durumdan dolayı istihsana gitmiştir. Bu özel durum da teslimin gerçekleşmemiş olmasıdır.

## **22. Örnek: Gasbedilen Cariyede İstibra<sup>285</sup>**

Örneğimizde bir kimse bir cariye gasbetmiş ve onu başkasına satmıştır. Müşteri de cariye teslim almış ve onunla cinsel ilişkide bulunmuştur. Sonra cariye ilk sahibi müşteriyi dava etmiş ve hakim cariye ilk sahibinin lehine hüküm vermiştir. Bu durumda Şeybânî’ye göre kıyas gereği cariye ilk sahibi istibra ile sorumlu değildir. Ancak Şeybânî burada kıyası terk ettiğini ve istihsan gereği cariye ilk sahibinin bir hayız müddeti beklemesi gerektiğini belirtmektedir. Şeybânî, istihsanın gerekçesini, cariye gasbeden kişiden satın alan müşteriye akit yoluyla helal olduğunu ileri sürmektedir.

Örneğimizde cariye gasp edilmekle ilk sahibinin mülkünden çıkmamıştır. Ancak gasp eden kişi cariye bir başkasına satmış ve bu kişi cariye ile cinsel ilişkide bulunmuştur.

---

<sup>284</sup> Bkz. 16. örnek.

<sup>285</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 250.

Bu ise bir önceki örnekte belirttiğimiz gibi istibranın temel gerekçesidir. İstibrada mülkiyet değişimi görünür sebep olarak esas alınsa da temel gerekçe gerçekleşmediği için kıyas terkedilmiş ve istihsana gidilmiştir. Serahsî, Şeybânî'nin istihsan gereği istibrayı gerekli görmesini şu şekilde açıklamaktadır. Müşteri, cariyeyi gasbedilmiş olduğunu bilmeden satın aldığı için cariyeye kendisine görünüşte helal olmuştur. Zaten müşterinin cariyeye ile cinsel ilişkide bulunduğu kesindir. Şu halde cariyenin asıl sahibinin bir hayız müddeti beklemeden cariyeye ile ilişkiye girmesi doğru değildir. Serahsî devamla cariyenin müşteriye gerçekten değil görünüşte helal olduğunu, gerçekten helal olmamasından dolayı müşterinin cariyeye ile ilişkiye girmemesi durumunda cariyenin ilk sahibi için istibra gerekmediğini belirtmiştir.<sup>286</sup>

Görüldüğü gibi burada bir önceki örneğimizin tersine bir durum söz konusudur. Bir önceki örneğimizde mülkiyet değişimi gerçekleşmiş ancak istibrayı gerekli kılan asıl illet gerçekleşmemiştir. Burada ise mülkiyet değişimi olmamış ama istibrayı gerekli kılan asıl illet vuku bulmuştur. Anlaşılacağı üzere burada istihsan delili daha güçlü olan ikinci bir ictihattır.

### **23. Örnek: Müslüman Olmayan Kimsenin Satın Aldığı Cariyede İstibra<sup>287</sup>**

Örneğimizde Şeybânî'ye göre bir Hıristiyan bir cariyeye satın alsa istibra etmesi gerekmez. Çünkü hıristiyanın içerisinde bulunduğu şirk günahı istibrayı terk etmekten daha büyük bir günahdır. Cariye henüz hayız görmeden ve onu satın alan bu hıristiyan onunla cinsel ilişkiye girmeden Müslüman olursa Şeybânî'ye göre kıyas gereği yine istibra gerekmez. Ancak Şeybânî istihsan gereği bu kişinin cariyeye ile cinsel ilişkiye girmeden önce istibra etmesi gerektiğini düşünmektedir.

Bilindiği gibi gayrı Müslimler şeriatın teferruatıyla sorumlu değildirler. Çünkü teferruatla sorumluluğun şartı Müslüman olmaktır. Bu bakımdan Hıristiyan olan efendinin dinin bu fer'î hükmünü uygulama sorumluluğu yoktur. Bu nedenle kıyas gereği söz konusu Hıristiyan efendi, istibra hükümlerine tabi değildir. Ancak bu kişi Müslüman olduğunda dinin fer'î hükümlerine de muhatap olmuştur. Ne var ki ortada istibrayı gerekli kılacak olan herhangi bir mülkiyet değişimi de yoktur. Bu nedenle kıyasa göre istibra gerekmemektedir. İstibranın asıl gayesi dikkate alınarak kurguyu

<sup>286</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/150

<sup>287</sup> Şeybânî, *el-Asl*, 271

dikkatle takip ettiğimizde ise şöyle bir sonuçla karşılaşırız; Hıristiyan efendi, Müslüman olmadan önce cariyesiyle henüz beraber olmamıştır ve cariyeye adet de görmemiştir. Dolayısıyla istibranın gerekçesi devam etmektedir. İşte bu noktada Şeybânî, istihsan gereği nesep karışıklığının önüne geçmek için getirilen istibranın gerekçesinin devam ettiğini düşünmüş ve Müslüman olduktan sonra bu kişinin istibra etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Konuyla ilgili Serahsî'nin yorumu da bizi destekler niteliktedir. Serahsî meselenin istihsan yönünü şu şekilde tespit etmiştir. İstibranın vakti, kabz anından cariyeye hayız görene kadar olan zaman dilimidir. Söz konusu kişi de bu zaman dilimi içerisinde Müslüman olmuştur. İstibra süresi henüz geçmemiş olduğu için bu kişi kabz sırasında yani istibranın ilk vaktinde Müslüman olmuş gibi kabul edilir. Serahsî bu meseleyi bir namazın son vaktinde Müslüman olan kişinin durumuna benzetir. Buna göre bir namazın son vaktinde Müslüman olan kişi nasıl o namazdan sorumlu ise örneğimizde de Müslüman olan kişi istihsan gereği istibradan sorumlu tutulur.<sup>288</sup> Anlaşılacağı üzere burada istihsan gizli kıyastır. Nitekim kurgunun sonunda yer alan Şeybânî'ye ait şu ifade bu açıklamaları doğrulamaktadır: “eğer Hıristiyan iken cariyesiyle cinsel ilişkiye girmişse istibrada bulunmasına gerek yoktur”.

#### **24. Örnek: Muhayyerlik Ve Emanet<sup>289</sup>**

Örneğimizde bir kişi kendi lehine şart muhayyerliği ile bir başkasından cariyeye satın almış ve bu cariyeyi kabzettikten sonra satıcının yanında emanet olarak bırakmıştır. Ardından satışa onay vermeden önce cariyeye satıcının yanındayken ölmüştür. Şeybânî, burada kıyasa göre müşterinin cariyenin bedelini ödemek zorunda olduğunu ancak istihsan gereği bedelin alıcıya değil satıcıya gerektiğini ifade etmiştir. Şeybânî böyle bir olayın görme muhayyerliğinde meydana gelmesi durumunda malın müşterinin malı olarak ölmüş olacağını belirtmektedir. Bunun sebebi ise müşteri malı kabzettikten sonra emanet olarak verdiği göre cariyeyi görmüş ve akde razı olmuş demektir. Bunun sonucu da akdin tarafları bağlayıcı olmasıdır. Şeybânî metinde devamlı görme muhayyerliği ile şart muhayyerliğinin farkını ortaya koymak üzere şart muhayyerliğinde akdin henüz müşteriyi bağlayıcı olmadığını dolayısıyla malın satıcının malı sayılacağını ifade etmiştir. Ve bu görüşü Ebû Hanîfe'ye nisbet etmiştir. Buradan anlaşılan o ki istihsan görüşü Ebû Hanîfe'ye aittir. Zaten ibarenin sonunda Ebû Yusuf ve İmam

<sup>288</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 162-163.

<sup>289</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 280.

Muhammed'in bu durumda malın müşterinin malı sayılacağı şeklinde düşündükleri belirtilmiştir.

Anladığımız kadarıyla bu örnekte şöyle bir mantık işletilmiştir. Akit ile cariye'nin mülkiyeti alıcıya geçmiştir. Alıcı da kendi mülkünde bulunan bu cariye'yi kabzettikten sonra satıcıya emanet olarak bırakmıştır. Cariye satıcının elinde emanet hükümlerine tabidir. Yani emanetçi konumunda olan satıcının taksir ve kastı olmaksızın emanetin helak olması satıcıyı bağlamaz. Örneğimizde de cariye satıcının taksir ve kastı olmaksızın eceliyle ölmüştür. Dolayısıyla kıyas gereği cariye'nin bedeli alıcıya düşer. Bu meselenin kıyas yönüdür. İstihsan ise şudur. Bilindiği gibi müşteri lehine olan şart muhayerliğinde cariye'nin mülkiyeti müşteri onay vermediği sürece satıcının mülkiyetinden çıkmaz. Örneğimizde de müşteri henüz onay vermemiştir. Bununla beraber muhayerlik müddeti de henüz bitmemiştir. Yani müşterinin muhayerliği devam etmektedir. Bu durumda cariye'yi satıcıya emanet bıraktığında gerçekte satıcıya ait olan bir malı yine satıcının yanında bırakmış demektir. Dolayısıyla cariye öldüğünde henüz müşterinin mülkiyetine geçmemiştir. Ve satıcının mülkiyet hakları devam etmektedir. Bu haldeyken satım konusu olan cariye'nin helak olması birincisi akdin fesih nedenidir. Çünkü kabz ile akit tamamlanmamıştır. Ayrıca satıcının yanındaki mal gerçekte kendi malıdır. Her iki durumda da cariye'nin helak olduğunda bedeli satının hesabından düşer. Nitekim Serahsî de Ebû Hanîfe'nin istihsan görüşünü yorumlarken müşteri lehine bulunan şart muhayerliğinin, malın müşterinin mülkiyetine girmesine engel olduğunu dolayısıyla cariye'nin sanki müşteri tarafından kabzedilmeden satıcının elinde ölmüş gibi kabul edileceğini belirtmektedir.<sup>290</sup> Anlaşılacağı gibi burada istihsan gereği olan hükmün alınmasının nedeni çözümlenmesi gereken meselede genel kuralın uygulanmasına engel teşkil eden özel bir durumun bulunmasıdır.

## **25. Örnek: Satışta Kabz Sayılan Fiiller<sup>291</sup>**

Örneğimizin ibarelerinden anlaşıldığı kadarıyla burada tamamen Ebû Hanîfe'ye ait bir görüş aktarılmaktadır. Örneğimizin kurgusu şu şekildedir. Bir kimse cariye satın alsa ve cariye'yi teslim almadan evlendirse bu nikâh Ebû Hanîfe'ye göre geçerlidir (caiz). Ebû Hanîfe müşterinin cariye'yi teslim almadan evlendirdikten sonra yine henüz teslim

<sup>290</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 13/167.

<sup>291</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 298.

almamışken ölmesi durumunda cariye'nin satıcının malı olarak ölmüş olacağını ileri sürmekte, müşterinin cariye'yi evlendirmiş olmasının kabz sayılmayacağını ifade etmektedir. Ebû Hanîfe devamla müşterinin cariye'yi evlendirmiş olmasının kıyas gereği kabz sayılacağını ancak burada istihsan gereği evlendirmeyi kabz olarak kabul etmediğini belirtmiştir. Ebû Hanîfe'nin gerekçesi ise cariye'nin bedeninde herhangi bir kusurun meydana gelmemiş olmasıdır. Bu gerekçeden ve devam eden ifadelerden anladığımız kadarıyla istihsan görüşü, kocasıyla cariye arasında henüz cinsel ilişki olmaması durumundadır. Nitekim devam eden ifadelerde Ebû Hanîfe'nin şu şekilde düşündüğü anlaşılmaktadır. Cariye cinsel ilişki olduktan sonra ölürse bu cinsel ilişki cariye'nin değerini ister düşürsün ister düşürmesin müşterinin malı olarak ölmüş sayılır ve müşteri cariye'nin bedelini satıcıya öder.

Yoruma geçmeden önce şunu ifade etmemiz gerekiyor. Metnimizde istihsan görüşünün Ebû Hanîfe'ye nisbet edildiğini daha önce belirtmiştik. Fakat Serahsî burada istihsan görüşünün Ebû Yusuf'a ait olduğunu ifade etmektedir.<sup>292</sup> Aslında metnimizde aynı kurgu cinsel ilişkiye girenin müşteri ya da cariye'nin kocası olması, cinsel ilişkinin cariye'nin değerini düşürüp düşürmemesi, cariye'nin bakire olup olmaması gibi detaylarla devam etmekte ve Ebû Yusuf ile Şeybânî'nin Ebû Hanîfe'den farklı hüküm verdikleri yerlerde onların da görüşü ayrıca zikredilmektedir. Biz konumuzun dışında olduğu için bu detayları almadık. Ancak bu detaylarla ilgili üç imamın farklı düşündükleri yerlerde görüş ayrılıklarının zikredilmiş, istihsan hükmünün verildiği kısımda ise zikredilmemiş olması bizi istihsan görüşünde üçünün de aynı şekilde düşündüklerine sevk etmektedir.

Serahsî'nin belirttiğine göre olayın kıyas yönü şudur: evlendirme cariye'de bir kusurdur. Müşteri mal üzerinde bir kusur meydana gelecek şekilde tasarrufta bulunursa malı kabzetmiş sayılır. Öte yandan evlendirme; cariye'yi azat etme veya hürriyetini ölümüne bağlama (müdebber) tasarruflarına benzer ki müşteri bunları yaparsa da cariye'yi kabzetmiş sayılır. Ancak Serahsî, Ebû Yusuf'un istihsan gereği evlendirmenin kabz sayılmayacağı şeklinde düşündüğünü ifade etmiş ve istihsan yönünü şu şekilde temellendirmiştir. Evlendirme hüküm itibarıyla cariye'de kusur sayılır. Bu yönüyle evlendirme, cariye aleyhine borç ikrar etme gibidir. Müşteri cariye aleyhine borç ikrar

---

<sup>292</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 178.



ettiğinde nasıl kabzetmiş sayılmaz ise evlendirme fiiliyle de kabzetmiş sayılmaz. Serahsî cariyeye aleyhine borç ikrar etmenin temelinde de müşterinin fiilinin cariyenin kendisine bitişip bitişmediğinin esas alındığını belirtmektedir. Müşterinin fiilinin cariyenin kendisine bitişme durumuna örnek olarak da müşterinin, cariyenin bir kısmını/bazı organlarını telef etmesini vermektedir. Bu durumda müşteri cariyeyi kusurlu hale getirmiştir ve kabzetmiş sayılır. Ancak evlendirmede müşterinin fiilinin cariyenin kendisine bitişmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Cinsel ilişki olduktan sonra cariyenin ölmesi durumunda ölen cariyenin müşterinin malı sayılacağını belirtmiştik. Serahsî'ye göre işte burada müşterinin fiilinin cariyenin kendisine bitişmesi durumu söz konusudur. Çünkü Serahsî'nin belirttiğine göre koca, cariyenin sahibinin yani müşterinin cariyeyi kendisi ile evlendirerek ona izin vermesi sonucunda cariyeye ile ilişkiye girmiştir. Öte yandan Serahsî evlendirmenin, azat etme veya cariyenin hürriyetini ölümüne bağlama gibi değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Çünkü azat etme, cariyeye üzerindeki mülkiyeti sona erdirmek ve cariyenin mal olmaktan çıkması anlamına gelir. Serahsî hürriyeti ölüme bağlamanın da bu tasarrufu yapanın velâyı hak etmesi ve cariyenin hürriyet hakkı kazanması bakımından azat etmeye benzediğini ileri sürmüştür.<sup>293</sup> Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere burada istihsan gizli kıyastır.

---

<sup>293</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 177-178.

## DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İslam hukuk tarihinde istihsan kavramı ilk ortaya çıkışından itibaren tartışma konusu olmuştur. Konuyla ilgili olarak İmam Şafii'nin istihsan kavramına şiddetle karşı çıktığı ve bu amaçla “*İbtâlu'l-İstihsan*” isimli bir eser telif ettiği bilinmektedir. İstihsan teknik terimini sistematik olarak kullanan elimizdeki ilk eser Hanefî Mezhebi'nin temel kaynaklarının başında yer alan Şeybânî'nin *El-Asl* isimli eseridir. Bu çalışmada söz konusu eserin bey' ve selem bölümünden alınan istihsan kavramının yer aldığı yirmi beş örnek çerçevesinde Şeybânî'nin istihsan kavramından ne anladığını tespit etmeye çalıştık. Her ne kadar sınırlı sayıda olan bu örnekler bütüncül ve tam bir resim sunmasa da en azında Şeybânî'nin istihsandan ne anladığıyla ilgili bize bir fikir vermektedir.

Bu çerçevede yirmi beş örneği incelediğimizde Şeybânî'nin istihsan kavramından anladığı şeyin, genel prensibin uygulanmasına engel teşkil eden gizli kıyas, nass, örf, zaruret, toplumdaki ihtiyaçlar, kolaylık, müçtehidin mantıksal çıkarım ve gözlem sonucu ulaştığı kişisel kanaati, ticari hayatta pratikliğin sağlanması, içinde bulunulan toplumun sosyal şartları gibi ilkeler olduğunu gördük. Bu sonuç, istihsan ile ilgili yapılmış modern çalışmalarda yapılan tespitlerle uyumlu görünmektedir. Buna göre istihsan öncelikle hukuk biliminde “normali” temsil eden kıyas kavramından bir sapmadır. Başka bir ifadeyle normal hukukun yetersiz kaldığı noktada insani/toplumsal olandan hareketle adalet ve hakkaniyet temelli hukuki çözümün adı istihsan olmaktadır. Bu Serhasi'nin *el-Mebsût* adlı eserinde yaptığı “istihsan insanlara kolaylık sağlamaktır” şeklindeki tanımıyla da uyumludur. Avrupa hukuk sistemlerindeki, özellikle Anglo-Saxon hukuk sistemindeki common law-equite karşıtlığına benzer bir ilişkinin kıyas-istihsan karşıtlığında mevcut olduğu görülmektedir.

Daha özel olarak örneklerimize bakacak olursak birinci ve on üçüncü örneklerimizde meselenin istihsan yönünü, kolaylık ilkesi içinde değerlendirebileceğimiz ticari hayatın devamını sağlama ve pratiklik olarak belirlemek mümkündür. Anladığımız kadarıyla ticari hayattaki devamı sağlama ve pratiklik düşüncesi ile telafi edilebilir aksaklıkların görmezden gelinmesi gibi esaslar Hanefî terminolojisinde geliştirilen fasit akit kavramının da temelinde yatan düşüncedir. Çünkü bilindiği gibi Hanefîlere göre fasit akitte, tarafların önünde akdi bozma ya da akdi fesat eden unsurun ortadan kaldırılıp akdin olduğu gibi devam etmesi olmak üzere iki seçenek vardır. Diğer mezheplerde ise

aksaklık ister akdin özünde isterse akdin özüyle ilgili vasıflarda olsun akit hükmen yok kabul edilmektedir (batıl). Dolayısıyla Hanefiler diğer mezheplerdeki, telafi edilebilir bir aksaklık da olsa akdin hükmen yok sayılması gibi ticari hayatta insanları zor duruma düşürecek durumlarda söz konusu esaslara binaen akdin geçersizliğini telafi edilebilir bir geçersizlik olarak kabul etmişlerdir. İşte Şeybânî birinci ve on üçüncü örneklerimizde telafi edilebilir olan bu aksaklığın giderilip akdin devam etmesini, akdin batıl kabul edilip yeni baştan kurulmasından ya da tamamen bozulmasından hukuken daha uygun görmüştür (istihsan).

Altı, yedi, on ve on ikinci örneklerimizde istihsana gidilmesinin sebebi olarak örf karşımıza çıkmaktadır. On bir, on dört ve on yedinci örneklerimizde ise istihsana gidilmesinin sebebi olan örf; nass, kolaylık, toplumun ihtiyacı, zaruret, akitteki belirsizlik ya da aldanmanın kısmi veya göz yumulabilecek kadar olması gibi ilkelerle de desteklenmiştir. Esasen istihsan yönünün örf olarak karşımıza çıktığı yerlerde zaruret, ihtiyaç, kolaylık gibi ilkeler her zaman vardır. Zaten toplum genelde ihtiyaç duyduğu uygulamaları örf edinmiştir. Dolayısıyla örfün göz ardı edilip kıyas gereği hükmün alınması toplum için zorluk ve sıkıntılara sebep olacaktır. Bundan dolayı Şeybânî toplumun ihtiyaç, zaruret ya da başka sebeplerle teamül haline getirdiği uygulamaların genel kurallardan istisna edilip örf gözetilerek verilen hükümlere istihsan demiştir.

Örneklerimizin ağırlıklı bir kısmında (iki, beş, altı, dokuz, on beş, on sekiz, on dokuz ve yirmi bir ilâ yirmi beşinci örneklerde) Şeybânî çözümlenmesi gereken problemde akitle ilgili genel prensibin uygulanmasına engel teşkil eden bir ayrıntı sebebiyle istihsan yapmıştır. Bu ayrıntı, bazen yirmi üç ve yirmi beşinci örneklerimizde olduğu gibi gizli kıyas bazen de problemin iyice irdelenmesinden sonra fakihî meselenin aslında genel kuralın kapsamına girmediğini dolayısıyla bu meselenin genel kuraldan istisna edilmesi gerektiğini düşünmeye sevk eden ince bir ayırım noktası olmuştur. İşte Şeybani ilgili örneklerimizdeki meselelerin genel kuraldan istisna edilmesi gerektiğini düşünmüş ve bu şekilde hüküm verme metoduna istihsan demiştir. Şeybânî bu sonuca ulaşırken olayla ilgili ilk etapta gözden kaçabilen fakat iyice düşünüldüğünde akla gelen ve meselenin genel kuralın kapsamına girmediğine delalet eden bazı ayrıntılara dayanarak ya da olaya farklı bir bakış açısıyla yaklaşarak verilecek hükmün hukuka daha uygun ya

da insanlar için daha pratik olduğunu düşünmüş ve bu şekilde verdiği hükme istihsan demiştir.

Dördüncü örneğimizde istihsana gidilmesinin sebebini müçtehidin mantıksal çıkarım ve gözlem sonucu ulaştığı kişisel kanaati olarak belirledik. Yine dokuzuncu örneğimizde de istihsana gidilmesinin sebebi müçtehidin kişisel kanaatidir. Örneklerimizde Şeybânî meselenin istihsan yönünü delillendirirken tamamen lafızların delaletine ve konuşan kişinin tavırlarına dikkat çekmektedir. Anlaşıldığı kadarıyla Şeybânî bazen konuşmada kullanılan lafızların delalet ettiği manaları, konuşan kişinin hal ve tavrını dikkate alma gibi gözlem ve kişisel kanaat ile genel prensipten istisna yapılabileceğini düşünmektedir. Burada istihsan metoduyla ulaşılmak istenen asıl amaç ise müçtehidin genel prensibi ilgili meselelerde uygulaması halinde adilane bir çözümün ortaya çıkmayacağı endişesi olsa gerektir. Müçtehit bu gibi durumlarda tamamen kişisel kanaatine dayanarak kendisine daha güzel görünen hükmü (istihsan) tercih etmektedir.

Burada şunu da ayrıca belirtmek gerekir. Köle azadı ile irtibatlı problemlerin konu edildiği örnekler incelendiğinde Şeybânî'nin köle azadı ile irtibatlı olan hukuki problemleri çözerken azat eden lehine sonuçlara ulaşmaya gayret etmiş olduğu gibi bir izlenim oluşmaktadır. Mesela on birinci örneğimizde örfe dayanılarak azat etme şartıyla köle satılması geçerli kabul edilmiştir. Yine on sekizinci örneğimizde köle azat edildikten sonra vela hakkının devam etmesinin istihsan gereği mülkiyete işaret edeceği, dolayısıyla köleyi azat etmek gibi rızaya delalet eden bir tasarrufta da bulunulsa kusur muhayyerliğinin devam etmesi gerektiği gibi bir hükme ulaşılmıştır. Kanaatimizce bu örneklerde istihsana gidilmesine sebep gösterilen örf ve vela hakkının devam etmesi, hukukun kendi içerisinde mantıksal bütünlüğünü korumaya yönelik çıkarımlardır. Asıl sebep ise şu olmalıdır. Bilindiği gibi din olarak İslam kölelerin hürriyetine kavuşması noktasında oldukça hassastır. Daha önce de belirttiğimiz gibi İslam dini mensuplarını her fırsatta köle azadına teşvik etmiş hatta kefareti gerektiren bazı suçların işlenmesi durumunda köle azadını öngörmüştür. Doğal olarak İslam Hukuk Sistemi'nde kölelerle ilgili hukuki işlemler bu anlayış üzerine bina edilmiştir. Hatta İslam hukukunun bu hassasiyetini düşündüğümüzde sanırım şunu söylememiz yanlış olmaz: "İslam hukukunun köle ve cariyelerle ilgili olan hükümleri, tüm insanlığın ayıbı olan bu iki müesseseyi toplumdan tamamen kaldırma gayesine hizmet etmek üzere konulmuştur."

Şeybânî on altı ve yirminci örneklerimizde toplumsal şartları göz önünde bulundurulup genel prensipten istisna ile verilen hükme istihsan demiştir. Aslında örneklerimizin yorumunda da belirttiğimiz gibi hukukun mantıksal bütünlüğünü koruma açısından problemlerin istihsan gereği çözümleri bir takım teknik yöntemlerle farklı şekillerde açıklanmıştır. Ancak kanaatimizce ilgili örneklerde istihsan metodunun kullanılmasının temel gayesi kişilerin yaşadıkları toplumun genel kabullerinden dolayı genel prensibin uygulanması halinde karşılaşılabilecek tepki ve sıkıntılardır.

İstihsan görüşünün terk edildiği tek örnek olması bakımından üçüncü örneğimiz ilginçtir. Örneği yorumlarken kaynak olarak gösterdiğimiz Hanefi usul kitaplarında bu metodun “istihsan” olarak isimlendirilmesinin sebebi istihsan gereği olan hükmün, müçtehidin kendi kanaatine göre problemin çözümüne hukuki bağlamda daha uygun, adaletin gerçekleşmesi bakımından daha güzel ve delilinin güçlü olması gibi gerekçeleri sürülmektedir. Bununla beraber istihsanın delili kıyas karşısında zayıf kaldığında kıyasın tercih edileceği de belirtilmektedir. Ancak terk edilen bu istihsanın “istihsan” olarak isimlendirilmesiyle ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. İlgili kaynaklarda ileri sürülen İstihsan metodunun bu isimle anılmasının sebepleri ile istihsanın terk edilmesi düşüncesi ilk bakışta tenakuz gibi görünmektedir. Ancak burada mesele müçtehidin kendince güzel/hukuki bağlamda daha uygun gördüğü görüşün (istihsan), genel prensip karşısında delil bakımından zayıf kalması şeklinde basitçe anlaşılmasına da müsaittir. Örneğimizden çıkartabileceğimiz en önemli sonuç ise özelde Şeybânî'nin genelde Hanefi Mezhebin'in bazen istihsan gereği olan hükmü terketmiş olmalarıdır.

Esasen istihsana gidilmesinin sebepleri olarak belirlediğimiz örf, ihtiyaç, zaruret, kolaylık, akdin özüyle ilgili olmayan problemlerin telafi edilebilir problemler olarak görülmesi gibi ilkelerin hepsi birbirini tamamlar niteliktedir. Mesela akdin özüyle ilgili olmayan problemlerin istihsan gereği telafi edilebilir olarak görülmesi, tüccarları akdin bozulup tekrar baştan kurulması gibi bir prosedürden kurtarmaktadır ki bu onlar için hem daha pratik hem daha kolaydır. Yine zaruri olarak görülen durumlar aynı zamanda ihtiyaçtır. Örf ise hem zarureti hem kolaylığı hem de ihtiyacı içinde barındırmaktadır. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi toplum genelde ihtiyaç duymadığı ya da kendisine kolaylık sağlamayacak uygulamaları zaten örf haline getirmez. Aynı şekilde toplumsal şartların dikkate alınarak istihsana gidilmesinde de lehine hüküm verilen kişi

için genel prensibin uygulanması halinde ileriki hayatında içine düşeceği sıkıntıdan kurtulma şeklinde bir maslahat vardır ki bu da kendisi açısından bir zaruret ya da bir kolaylık sayılabilir. Sonuç olarak istihsan gereği olan hüküm iki temel üzerine bina edilmektedir. Bunlar kolaylık ve adalettir.

Şu halde bütün bunlardan hareketle Şeybânî'ye göre istihsanı şu şekilde tanımlayabiliriz. İstihsan, müçtehidin toplumsal şartlar, genel kuralın uygulanmasını engelleyen bir ayrıntı, nass, örf, zaruret, ihtiyaç, müçtehidin gözlem ve mantıksal çıkarımla ulaştığı kişisel kanaati gibi özel durumları göz önünde bulundurarak insanlar için kolay, pratik ve uygulanabilir olanı seçmek ya da yine aynı şartları göz önünde bulundurarak hukuki bakımdan daha uygun olan hükmü genel prensibe tercih etmektir.

## KAYNAKÇA

- BARDAKOĞLU, Ali, “Bey’ ” md. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, c. VI, İstanbul, 1992, s. 13-19.
- BARDAKOĞLU, Ali, “İstihsan” md. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, c. XXIII, İstanbul, 2001, s. 339-347.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Hukûk-i İslâmiyye ve Istulâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, I-VIII, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1985. (**Kamus**)
- BUHÂRÎ, Alaaddin Abdülaziz b. Ahmed (H. 730), *Keşfü'l-Esrâr An Usûli Fahri'l-İslâm el-Bezdevî*, I-IV, Beyrut, 1417/1997, (**Keşfü'l-Esrâr**).
- CEZİRÎ, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı*, Terc. Mehmet Keskin, Çağrı Yayınları, I-VIII İstanbul, 1994.
- EBÛ ZEHRA, Muhammed, *İmam Şâfiî*, Terc. Osman Keskiöğlü, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2000.
- \_\_\_\_\_, *Ebû Hanîfe*, Terc. Osman Keskiöğlü, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2000.
- \_\_\_\_\_, *İslam Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usûlü)*, Terc. Abdülkadir Şener, Fecr Yayınları, Ankara, 2000. (**Fıkıh Usulü**)
- ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkıh Ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 1998.
- HAMEVÎ, Üsâme , *Nazariyyetü'l-İstihsan*, Dâru'l-Hayr, Beyrut, 1412/1992.
- HASSAN, Ahmed, *İslam Hukukunun Doğuşu Ve Gelişimi*, Terc. Ali Hakan Çavuşoğlu, Hüseyin Esen, İz Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- HEYET, *Kuranı Kerim Ve Açıklamalı Meali*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2000.
- HEYET, *Mu'cemu Lugati'l-Fukâhâ*, Beyrut, 1416/1996.

- HÜSEYNÎ; Musa Seyyid, *Târîhu'n-Nukûdi'l-İslâmiyye*, Dâru'l-Ulûm, Beyrut, 1408/1988.
- İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemâleddin Muhammed b. Abdülvâhid (861/1457), *Fethu'l-kadîr*, I-VIII, Bulak, 1316. (**Fethu'l-kadîr**)
- İBNÜ'L-MANZUR, Cemaleddin Muhammed b. Mükerrerem (630-711), *Lisanu'l-Arab*, I-XX, Bulak, ts.
- İMAM MALİK, Malik b. Enes b. Malik b. Ebû Amir (H., 93/179), *Muvatta'*, Terc. A.M. Büyükçınar, Vecdi Akyüz, Ahmet Arpa, Durak Puzmaz, Abdullah Yücel, Beyan Yayınları, İstanbul, 1994. (**Muvatta'**)
- JYUNBOLL, Th. W., "Selef" md., İslam Ansiklopedisi, c. X, Eskişehir, 1998, s. 418-419.
- KARAMAN, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, İz Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- KÂSÂNÎ, Alaaddin Ebû Bekr b. Mes'ûd (H. 587), *Kitâbu Bedai'î's-Sanai' Fî tertîbi'ş-Şerâi'*, I-V, Dâru kitâbi'l-Arabî, Beyrut, 1393/1974. (**Bedai'u's-Sanai'**)
- KILIÇ, Muharrem, "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan Ve Equity", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 1, 2003, s. 147-165.
- Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (**Mecelle**)
- MERGİNÂNÎ, Burhaneddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr (593/1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, I-IV, Fatih-Enes Kitabevi, İstanbul, ts. (**el-Hidâye**)
- MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd (H.593-683), *el-İhtiyâr li-Ta'lîlil-Muhtar*, Pamuk Yayınları, İstanbul, ts. (**el-İhtiyâr**)
- MUTARRİZÎ, Ebû Feth Nâsiruddin (H.538-610), *el-Muğrib Fî Tertîb'l-Mu'rib*, I-II, Suriye, 1399/1989. (**El-Muğrib**)
- ÖZEL, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2006.



- RÂZÎ, Muhammed b. Ebû Bekir b. Abdülkadir, *Muhtâru's-Sıhah*, Beyrut, 1989.
- SEMERKANDÎ, Alaaddin (H.539) , *Tuhfetü'l-Fukahâ*, I-III, Kahire, 1419/1998.  
(**Tuhfe**)
- SERAHSÎ, Ebû Bekir Muhammed b. Ebî Sehl (H. 490), *el-Mebsût*, I-XXX, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1403/1983.
- \_\_\_\_\_, *Usûlü's-Serahsî*, Dâru'l-Marife, Beyrut, 1393/1973. (**Usul**)
- ŞABAN, Zekiyyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, Terc. İbrahim Kafi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2000. (**Usul**)
- ŞENER, Abdülkadir, *Kıyas, İstihsan, Istıslah*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1971.
- ŞEYBÂNÎ, Muhammed b. Hasan (H.132-189), *Kitâbu'l-Asl*, I-V, Beyrut, 1410/1990.
- \_\_\_\_\_, *El-Asl*, Kahire, 1945.
- TAŞ, Aydın, *Muhammed b. El- Hasan eş-Şeybânî'nin Hukuk Anlayışı*, Basılmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2003.
- ÜNAL, Halit, "el-Asl" md. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, c. III, İstanbul, 1991, s. 494-495.
- ZEYDAN, Abdülkerim, *Fıkıh Usûlü* terc. Ruhi Özcan, İFAV, İstanbul, 1993. (**Usul**)
- ZEYLAÎ, Cemaleddin Ebû Muhammed Abdullah b. Yusuf (H. 762), *Nasbu'r-Râye li Ehâdîsi'l-Hidaye*, I-V, Mektebei Mekkiyye, Cidde, ts. (**Nasbu'r-Râye**)
- ZUHAYLÎ, Vehbe, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, Terc. Heyet, Risale Yayınları, İstanbul, 1994.

## EKLER

### YORUMLANAN ÖRNEKLERİN METİN VE TERCÜMELERİ

#### Örnek 1

وإذا أسلم الرجل الدراهم إلى رجل في طعام على أن أحدهما بالخيار: فلا يجوز السلم في هذا. والسلم فاسد. وهو بمنزلة الصرف. إلا أن يبطل صاحب الخيار خياره قبل أن يتفرقا فيجوز ذلك.

وكذلك لو أسلم إليه دراهم في طعام فافترقا قبل أن يقبض الدراهم.

قلت: وكذلك لو أسلم إليه دراهم في طعام فأعطاه إياها فلما افترقا وجدها زيوفاً: فإنه يرد لها وينتقض السلم.

وإن أعلمه أنها زيوف وقبضها على ذلك: فليس أن يرد لها والسلم جائز.

فإن لم يعلم ثم وجد فيها دراهم زائفة: فإني أستحسن أن يرده عليه ويأخذ غيره لأنه قبضه.

وإن كان ستوقاً رده وأحصى وحط عنه بقدره في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان زيوفاً كلها فإنا نستحسن أن يبدلها له والسلم على حاله.

İki kişi aralarında dirhem (gümüş para) karşılığı gıda maddesi (buğday) sipariş edilmesi üzerine taraflardan biri muhayyer olmak şartıyla selem sözleşmesi yapsalar bu caiz değildir, akit fasittir. Bu (akit) sarf mukabili (bir akit)dir. Ancak taraflar ayrılmadan muhayyerlik sahibi olan bu muhayyerlikten vazgeçerse bu caiz olur.

Tarafların, dirhemler (sermaye) teslim edilmeden ayrılmaları durumunda da (akit meclisinin sona ermesi) hüküm ayıdır.

Dedim ki: Müşteri satıcıya dirhemleri teslim etse ama ayrıldıktan sonra satıcı dirhemlerin içinde zuyûf (değeri düşük/katkılı) dirhemler olduğunu fark etse hüküm yine aynı(mı)dır.

Bu durumda satıcı değeri düşük paraları iade eder ve selem akdi bozulur.

Ancak müşteri satıcıya sermayeyi teslim ederken sermayenin içinde değeri düşük paraların olduğunu söyler, satıcı da bunu bilerek sermayeyi teslim alırsa bu durumda satıcının dirhemleri geri verme hakkı yoktur. Bu selem akdi caizdir.

Eğer (müşteri sermayenin içinde) züyûf dirhemler olduğunu söylemez sonra (satıcı sermayedeki bu züyûf dirhemleri) fark ederse bu durumda istihsan gereği züyûf dirhemleri geri verip başka dirhemler alması gerektiğini düşünüyorum.

Eğer dirhemler süttûk (gümüş suyuna batırılmış) ise dirhemleri geri verir ve dirhemlerin değeri kadar olan miktarı (selem konusu maldan) düşer. Bunlar Ebu Hanife'nin görüşleridir.

Ebû Yusuf ve Muhammed dediler ki: Dirhemlerin hepsi züyûf ise biz istihsan gereği (satıcının) onları değiştirmesi ve selem de olduğu gibi devam etmesi gerektiğini düşününüz.<sup>294</sup>

## Örnek 2

وإذا اشترط على الرجل الذي عليه السلم أن يحمل السلم إلى منزل صاحب السلم بعد ما يوفيه إياه في المكان الذي اشترط: فلا خير في السلم على هذا الشرط.

وإذا اشترط رب السلم في سلمه أن يوفيه إياه في منزله: فلا بأس به. وهذا و حمله في القياس سواء. غير أنا نأخذ في حمله إلى منزله بالقياس ونأخذ في هذا بالاستحسان.

Satıcıya, Selem konusu malı akitte belirlenen yerde teslim ettikten sonra malı müşterinin evine taşınması şart koşulsa bu şartla selemde geçersizdir. Ancak müşteri selem akdi içerisinde satıcıya selem konusu malı evinde teslim etmesini şart koşarsa bunda bir sakınca yoktur. Esasen bu (malın evde teslimini şart koşma) ve taşıma şartı kıyas gereği aynı hükmü alırlar. Ancak biz taşımanın şart koşulması durumunda kıyası evde teslimin şart koşulması durumunda istihsanı alıyoruz.<sup>295</sup>

## Örnek 3

وإذا اختلف الرجلان في السلم فقال الذي أسلم: أسلمت إليك في ثوب يهودي; وقال الذي عليه السلم: بل هو زطى. وليس بينهما بينة: فإن الذي عليه السلم يحلف بالله ما هو يهودي. فإن نكل عن اليمين لزمه ثوب يهودي. وإن حلف برئ. وعلى الطالب أن يحلف بالله ما هو زطى على ما ادعى الآخر فإن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه. وإن حلف برئ ورد عليه رأس ماله.

<sup>294</sup> Şeybânî; *el-Asl.*, s. 13.

<sup>295</sup> Şeybânî, *el-Asl.*, s. 27.

وإن قامت لهما بيعة أخذت بيعة الطالب في قول أبي يوسف.

وإن اتفقا أنه ثوب يهودي غير أنهما اختلفا في الصفة، فقال المطلوب: طوله خمسة أذرع في ثلاثة أذرع؛ وقال الطالب: بل هو ستة أذرع في ثلاثة أذرع، واتفقا على ما سوى ذلك: فإن هذا والأول في القياس سواء، يتحالفان ويترادان السلم. وبالقياس نأخذ.

وأما الاستحسان: فإنه ينبغي أن يكون القول ههنا قول المطلوب مع يمينه، إلا أن يقوم للطالب بيعة وبالقياس نأخذ.

Selem akdi yapan iki kişi anlaşmazlığa düşse; müşteri: “ben sana Yahudi kumaşı sipariş etmişim” dese, buna karşılık satıcı “hayır zuti kumaşı sipariş ettin” dese, (iddialarını ispatlayacak) delilleri de yoksa satıcı sipariş konusunun Yahudi kumaşı olmadığına yemin eder. Yemin etmekten kaçınırsa selem konusu malın Yahudi kumaşı olduğunu kabul etmesi gerekir. Yemin ederse kurtulur. Aynı şekilde müşterinin, karşı tarafın iddiasının aksine, selem konusu malın zuti kumaşı olmadığına dair yemin etmesi gerekir. Yemin etmekten çekinirse karşı tarafın iddiasını kabul etmiş sayılır.

Ebû Yusuf’a göre her ikisi de (iddialarını ispatlayacak) delil getirirlerse müşterinin delili esas alınır.

Söz konusu iki kişi sipariş konusu malın Yahudi kumaşı olduğunda anlaşmalar ancak özelliklerinde anlaşmazlığa düşseler; (örneğin) satıcı: “kumaşın boyutları 3\*5 zira (olacaktı)”, müşteri de “hayır, 3\*6 olacaktı” dese bunun dışındaki bütün konularda anlaşmalar bu durum ile önceki mesele kıyas gereği aynı hükmü almaları gerekir. (Yani) yeminleşirler ve selem akdini bozarlar. Biz kıyas gereği olan (bu) hükmü tercih ediyoruz.

İstihsan gereği ise yemin etmesi şartıyla söz hakkı satıcındır. Ancak müşteri delil getirirse onun dediği dikkate alınır. Biz kıyası alıyoruz.<sup>296</sup>

#### Örnek 4

وإذا قال الرجل لرجل: قد أسلمت إلى عشرة دراهم في كر حنطة، وسكت، ثم قال بعد ما سكت: ولكني لم أقبض الدراهم منك؛ وقال رب السلم: بلى قد قبضتها مني: كان القول قول رب السلم مع يمينه، من قبل أن المسلم إليه قد أقر بالقبض حيث قال: أسلمت إلى، فهذا منه قبض. إذا قال: قد أسلمت إلى، فهذا

<sup>296</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 28.

مثل قوله: قد أعطيتني عشرة دراهم في كر حنطة. ألا ترى أنه لو قال: أقرضتني عشرة دراهم قرضا برؤوسها، وأسلفتني عشرة دراهم برؤوسها سلفاً، ثم قال بعد ذلك: لم أقبض منك شيئاً: لم أصدقه وألزمته الدراهم، وكان هذا إقراراً منه بالقبض.

وكذلك إذا قال: أسلمت إلى ثوبا في كر حنطة، فهو مثل ذلك. وهو استحسان منا، وليس بالقياس. وكان ينبغي في القياس ألا يكون قابضاً حتى يقول: قد قبضت الثوب والدراهم.

Bir kimse bir başkasına “sen bana 10 dirhem karşılığında bir ölçek buğday siparişi verdin (selem)” deyip biraz sustuktan sonra “ancak ben senden 10 dirhemi teslim almadım” dese; bura karşılık diğer şahıs “hayır, sen dirhemleri aldın” dese bu durumda söz hakkı yemin etmesi şartıyla sipariş veren müşterinindir. Çünkü satıcı “sen bana sipariş verdin/benimle selem akdi yaptın” diyerek dirhemleri teslim aldığını (kabz) onaylamaktadır. Bunu söylemesi kabz (ettiği) anlamındadır. Satıcının “sen bana sipariş verdin” sözü “sen bana bir ölçek buğday karşılığı 10 dirhem verdin” demesi gibidir. Çünkü satıcı “sen bana karz/selef (borç) olarak 10 dirhem verdin dedikten sonra “ancak ben senden bir şey almadım” deseydi onun bu sözünün doğru olmadığını düşünür, dirhemleri aldığına hükmederdim.

Satıcının “sen bana kumaş karşılığında gıda maddesi sipariş ettin” demesi (ve ardından kumaşı almadığını iddia etmesi durumunda da) hüküm aynıdır. Bu istihsan gereği verdiğimiz bir hükümdür. Kıyas değildir. Kıyas gereği satıcı “kumaş/dirhemleri teslim aldım” demedikçe kabzettiğine hükmedilmemesi gerekirdi.<sup>297</sup>

### Örnek 5

وإذا أسلم الرجل إلى الرجل ثوبا أو دابة أو عبداً أو أمة أو شيئاً مما يكال أو يوزن إلى أجل، ثم تفرقا قبل أن يقبض رأس المال: كان السلم فاسداً، ولا يجوز إن أراد أن يعود إلى ذلك إلا باستقبال السلم.

ولو باع جارية أو عبداً أو ثوبا بشيء مما يكال أو يوزن إلى أجل، ثم تفرقا قبل أن يقبض جاريته، غير أن البائع لم يمنعه من قبض ذلك: كان البيع جائزاً، وكان له أن يقبض متى ما شاء.

وهذا والسلم في القياس سواء. غير أنني أخذت في السلم بالاستحسان. ألا ترى أنه لو باع ثوبا بحنطة كيلا مسمى وضرباً مسمى، ولم يجعل لذلك أجلاً: كان جائزاً. ولو أسلم هذا الثوب في كر حنطة على هذه الصفة، ولم يجعل له أجلاً: كان فاسداً.

<sup>297</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 32.

Bir kimse bir başkasına (bedel olarak) kumaş, hayvan, köle, cariye, ya da tartılan ve ölçülen mallardan herhangi birini vermek üzere belli bir vade ile selem sözleşmesi yapsa ancak sermaye teslimi gerçekleşmeden taraflar ayrılırsalar (akit meclisi sona erse) bu selem fasittir. Tarafların bu akdi devam ettirmeleri caiz değildir. (Akdi sürdürmek istiyorlarsa) baştan yeni akit yapmaları gerekir.

Bir kimse belli bir vade ile cariye, köle, kumaş ya da tartılan veya ölçülen mallardan herhangi bir şey satsa sonra cariyenin (ya da satım konusu olan malın) teslimi gerçekleşmeden taraflar ayrılırsalar –satıcının müşteriye malı teslim almaktan men etmemesi şartıyla- bu akit caizdir. Müşteri malı istediği zaman teslim alabilir.

Bey‘ ve selem akitleri aslında kıyas gereği aynı hükme tabidirler. Ancak ben selem akdinde istihsanı aldım. Çünkü eğer satıcı ölçeği ve nev’i belli bir buğday karşılığında bir elbise satsaydı ve bu alış veriş için vade koymasalardı alışveriş geçerli olurdu. Aynı şartlarda müşteri elbise verip karşılığında buğday sipariş etseydi (selem) ve bu akit için vade belirlemeselerdi akit geçersiz olurdu.<sup>298</sup>

## Örnek 6

وإذا اشترى الرجل شاة حية بصوف، وعلى ظهرها من الصوف أكثر مما يعطي: كان هذا فاسداً، لا يجوز حتى يكون ما على ظهرها من الصوف أقل منه.

فإذا اشتراها بلحم أقل من لحمها، فهو في القياس: ينبغي أن يكون فاسداً، ولكننا ندع القياس ونجيزه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: إن هذا فاسد -الشاة باللحم- إلا أن يكون اللحم أكثر من لحم الشاة، فيكون الفضل بالصوف والجلد والسقط، للأثر الذي جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان.

والأول قول أبي حنيفة.

Bir kimse yün karşılığında, sırtında, verdiği yünden daha fazla yün olan canlı bir koyun satın alsa bu (akit) fasittir. Caiz değildir. Ancak (bedel olarak) verdiği yün koyunun sırtındaki yünden fazla olursa caizdir.

<sup>298</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 41.

(Satın alacağı) Canlı koyunu, onun etinden daha az miktarda et ile satın alsa kıyas gereği (akdin) fasit olması gerekir. Ancak biz kıyası bırakıyor ve (akdi) caiz görüyoruz. Bu Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'un görüşüdür.

Muhammed (İbn Hasan eş-Şeybâni) dedi ki: bu –et ile koyun satın alma (akdi)- fasittir. Ama (bedel olarak) verilen et koyunun etinden fazla olursa caizdir. (Etteki fazlalık da koyundaki) yün, deri ve sakatata (karşılıktır). Çünkü bir Rivâyette Hz. Peygamber etin canlı hayvan karşılığında satışını yasaklamıştır.

Birinci görüş Ebû Hanîfe'ye aittir.<sup>299</sup>

### Örnek 7

وإذا اشترى الرجل طعاما بطعام أو بغيره مما يكال أو يوزن، واشترط عليه أن يوفيه إياه في منزله، وهما في المصر الذي فيه المنزل: فذلك جائز؛ ما خلا الطعام، فإنه قد أخذ طعاما بطعام وفضل: فلا خير فيه.

وإذا اشترى طعاما بدراهم أو بعروض بعينها على أن يحملها إلى منزله: فلا خير فيه. وكذلك لو اشترط عليه أن يوفيه إياه في منزله: كان فاسدا.

غير أنني أستحسن في هذا خصلة واحدة: إذا كان في مصر واحدة، واشترط عليه أن يوفيه إياه في منزله، -فلا بأس به- وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: هذا كله فاسد.

Bir kimse, satıcının malı (müşterinin) evinde teslim etmesi şartıyla, tartılan veya ölçülen (bir mal) karşılığında gıda maddesi satın alsa müşteri ile satıcı aynı şehirde iseler bu (akit) caizdir. Ancak gıda maddesi karşılığında (aynı cins) gıda maddesi satın alırsa (bu şart ile akit) caiz olmaz. (Bu durumda müşteri) gıda maddesi karşılığında (aynı cins) bir gıda maddesi ve bir de fazlalık almış olur. Bu geçersizdir.

Dirhem ya da ticaret eşyası karşılığında, malı evine taşınması şartıyla, gıda maddesi satın alsa bu (da) geçersizdir. Aynı şekilde malı evinde teslim etmesi şartıyla satın alsa bu (akit) geçersizdir.

<sup>299</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 54.

Ancak eğer aynı şehirde ise ve malı evinde teslim şartı koşulmuşsa istihsan gereği bu (akitte) bir problem olmadığını (düşünüyorum). Bu, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'un görüşüdür.

Muhammed (ibn Hasan eş-Şeybânî) dedi ki: Bunların hepsi fasittir.<sup>300</sup>

### Örnek 8

وإذا اشترى الرجل طعاما، على أن يوفيه إياه في منزله: فهو فاسد. غير أنني أستحسن فيه خصلة: إذا كان في مصر أجزناه، وإذا كان خارجا من المصر كان فاسدا، لا يجوز البيع فيه.

Bir kimse (malı) evinde teslim etmesi şartıyla gıda maddesi satın alsa bu (akit) fasittir. Ancak ben istihsan gereği aynı şehirde ise caiz görüyorum. Eğer şehir dışında ise (akit) fasittir. Bu satış caiz değildir.<sup>301</sup>

### Örnek 9

وإذا وكل الرجل رجلا بأن يسلم له دراهم في طعام، ثم إن الوكيل تارك السلم، وقبض رأس المال: فهو جائز، وهو ضامن للطعام مثله لرب السلم، لأن الطعام قد وجب للأمر -وهذا قياس قول أبي حنيفة ومحمد.

وأما في قول أبي يوسف: فلا يجوز إبراء الوكيل ولا هبته ولا متاركته ولا تأخيرته، وللموكل أن يرجع بطعامه -استحسن ذلك وادع القياس فيه.

Bir kimse bir başkasını kendisi için, bedel olarak dirhem verip “taam” siparişi (selem) vermek üzere vekil tayin etse, sonra vekil akdi bozsa (mütareke) sermayeyi de teslim alsa bu caizdir. (Ancak) vekil (müvekkilin istediği) gıda maddesinin mislini tazmin eder. Çünkü gıda maddesi(nin) emreden (olarak müvekkile verilmesi) gerekmiştir. Bu Ebû Hanîfe ve Muhammed (İbn Hasan eş-Şeybânî)'nin sözüne kıyasıdır.

Ebû Yusuf'a göre ise vekilin ibrası, hibesi, mütarekesi, ve (vade zamanını) ertelemesi caiz değildir. Müvekkilin gıda maddesini isteme hakkı vardır. Bu konuda istihsan yapıyor ve kıyası terk ediyorum.<sup>302</sup>

<sup>300</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 68.

<sup>301</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 98.

<sup>302</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 82.



## Örnek 10

فان أسلم في يستحسن ذلك- فالطعام عندنا الحنطة :وإذا وكل رجل رجلا أن يسلم له دراهم في طعام فهو جائز على الوكيل، ولا يجوز على الموكل:شعير أو في تمر أو في سمسم .

Bir kimse bir başkasını kendisi için dirhem karşılığında “taam” siparişi (selem) vermek üzere vekil tayin etse bize göre istihsan gereği bu taam’dan maksat buğdaydır. Eğer (vekil gider de) arpa, hurma ya da susam siparişi verirse bu (akit) vekil için geçerlidir (ama) müvekkil için geçerli değildir.<sup>303</sup>

## Örnek 11

وإذا اشترى الرجل عبدا، على أن لا يبيع ولا يهب ولا يتصدق: فهذا بيع فاسد ولا يجوز.

وكذلك لو اشترى الرجل عبدا، على أن يعتقه؛ وكذلك إذا اشترى الرجل جارية، على أن يتخذها أم ولد له: فهذا كله فاسد لا يجوز.

وإذا استهلك المشتري البيع: فهو ضامن لقيمته؛ إلا في العتق خاصة، فإني أستحسن أن أجعل عليه الثمن إذا أعتقه.

Bir kimse satmamak, hibe ve tasadduk da etmemek şartıyla bir köle satın alsa bu satış geçersizdir (fasit) caiz değildir.

Aynı şekilde azat etmek şartıyla köle, ümmü veled edinmek şartıyla cariye satın alsa bunların hepsi fasittir, caiz değildir.

Müşteri malı helak ederse kıymetini öder. Ancak azad etmede (kıymetini) ödemez. Azad etmede istihsan gereği semenini ödemesi gerektiğini düşünüyorum.<sup>304</sup>

## Örnek 12

وإذا اشترى الرجل بيعة، على أن يرهنه رهنا ولم يسمه، أو على أن يعطيه كفيلا بنفسه سماه أو لم يسمه: فلا خير في هذا البيع، لأنني لا أدري أيتكفل به الكفيل أم لا.

غير أنني أستحسن إذا كان الكفيل حاضرا عند عقدة البيع. (وان لم يسمه: لم أجره. لأنه لا يعرف ما هو<sup>305</sup>). وإذا كان الكفيل غائبا عن ذلك: فلا يجوز.

<sup>303</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 83.

<sup>304</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 97.

وإن سماه الراهن: أجزت البيع على الراهن. وإن لم يسمه: لم أجزه، لأنه لا يعرف ما هو.

Bir kimse rehin vermek şartıyla bir şey satın alsa ama rehinin ne olduğunu söylemese ya da ister (kim olduğunu) söylesin ister söylemesin kefil göstermek şartıyla satın alsa, bu satış geçersizdir. Çünkü kefilin kefil olmayı kabul edip etmeyeceği belli değildir.

Ancak kefil akit meclisinde hazır bulunuyorsa, istihsan gereği (akdin geçerli olduğunu düşünüyorum). Kefil akit meclisinde yoksa akit geçerli değildir.

Eğer rehin verecek olan kişi (rehin olarak ne vereceğini) söylerse satış (akdi) rehin veren için geçerlidir. Eğer söylemezse geçersizdir. Çünkü onun (rehin) ne olduğu bilinmemektedir.<sup>306</sup>

### Örnek 13

وإذا اشترى الرجل شيئاً إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى جذاذ النخل أو إلى رجوع الحاج: فهذا كله باطل- بلغنا ذلك عن عبد الله بن عباس ولا يجوز فيه البيع. والمشتري ضامن لقيمة المبيع، وإن كان قد هلك عنده.

وكذلك البيع إلى العطاء

غير أن للمشتري أن يبطل الأجل الفاسد وينقد الثمن. استحسناً هذا وأدع القياس فيه.

Bir kimse hasada, harmana, hurmaların toplanma zamanına veya hacıların dönüşüne kadar (vadeli olmak şartıyla) bir şey satın alsa bu (belirlenen zamanların) hepsi batıldır. Bu (konudaki hükmün dayanağı) Abdullah ibn Abbastan bize ulaşmıştır. Bu (şekilde) satış geçersizdir. Mal müşterinin yanında helak olursa müşteri malın kıymetini tazmin etmek zorundadır.

Atâ'ya (beytü'l-mal'dan verilen maaş) kadar olan vade de aynı şekilde geçersizdir.

Ancak müşteri fasit olan bu vadeyi iptal eder ve bedeli nakit öderse kıyası terk ediyor ve istihsan gereği akdi geçerli sayıyorum.<sup>307</sup>

<sup>305</sup> Parantez içine aldığımız bu cümlenin müstensih hatası olarak yazıldığını düşünüyoruz. Kurgu dikkatle takip edildiğinde bu durum zaten anlaşılacaktır. Buna binaen hem tercümemizde hem de çalışmamızın örnekleri yorumladığımız bölümünde bu cümle yok kabul ettik.

<sup>306</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 99.

<sup>307</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 117.

## Örnek 14

وإذا اشترى الرجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم، على أنه بالخيار فيهما ثلاثة أيام، وقبضهما، فهلك أحدهما: فليس له أن يرد الباقي منهما، وعليه الثمن كله.

وكذلك لو لم يهلك، ولكنه أصابه عيب عنده، من عمله أو من غير عمله.

وكذلك لو باعه أو باع بعضه: فإنه لا يستطيع أن يرد الصحيح منهما بالخيار إلا وهذا معه، لأنهما صفقة واحدة، وقد لزم الذي دخله العيب، فإذا لزمه ذلك لزمه الآخر.

وإذا كان له الخيار أن يأخذ أحدهما دون الآخر، ولم يكن له إلا أن يأخذ واحدا بعشرة، فهلك أحدهما، أو دخله عيب من عمله أو من غير عمله: فإنه يلزمه الذي هلك أو الذي دخله عيب بعشرة، ويرد الباقي.

وإذا لم يهلك، ولم يدخله عيب، ثم هلكا جميعا معا: فإن عليه نصف ثمن كل واحد منهما.

وكذلك لو كانا مختلفي الثمن.

فإن كانا قائمين بأعيانهما، واختار أحدهما: ألزمته ثمنه، وكان في الآخر أمينا. فإن ضاع عنده بعد ذلك: لم يكن عليه ضمان.

وأصل هذا البيع في القياس فاسد، لأنه اشترى ما لم يعرف وما لم يعلم. ألا ترى أنه لو اشترى ثوبا من عشرة أثواب أو أكثر من ذلك، فقال: أخذ أيها شئت، أو قال البائع: ألزمك أيها شئت؛ أو كانت حيوانا من البقر والإبل والغنم، فقال: قد أخذت منك واحدة من هذه بعشرة، كان هذا باطلا، لا يجوز. ولكني أستحسن في ذلك في الثوبين والثلاثة، إذا كان المشتري قد قبض واختاره.

Bir kimse üç gün muhayyer olmak şartıyla her biri 10'ar dirheme iki elbise satın alıp teslim alsa sonra elbiselerden biri helak olsa müşterinin diğer elbiseyi geri verme hakkı yoktur. Bedelin hepsini ödemelidir. Yine elbiselerden biri müşterinin taksiriyle ya da taksisi olmaksızın kusurlansa hüküm aynıdır. Müşteri elbiselerin ikisini de ya da birini satsa durum yine aynıdır. (Kusurlanma durumunda ise) muhayyerlik hakkını kullanarak sağlam olanı yanında bırakıp diğerini geri veremez. İkisi beraberdir. Çünkü onları tek bir pazarlıkla almıştır. Müşteri kusurlanan elbiseyi almak zorunda kalınca diğerini de almak zorunda kalır.

Eğer (müşteri) elbiselerden birini alıp diğerini geri verme muhayyerliği ile almış ve sadece birini 10'a alma hakkı varsa elbiselerden biri helak olduğu ya da müşterinin

taksiriyle veya taksiri olmaksızın kusurlandığı takdirde müşteri helak olan ya da kusurlananı almak zorundadır. Diğerini iade eder. Kusurlanma ya da helak olma elbiselerden biri için değil de ikisi için beraber gerçekleşirse müşteri her bir elbisenin yarı bedelini öder. Aldığı elbiselerin fiyatları farklı da olsa hüküm aynıdır.

Kusurlanma ya da helak olma (gibi bir durum) olmasa ve müşteri elbiselerden birini seçse (artık) onun (seçtiği elbisenin) bedelini ödemek zorundadır. Diğer (elbise) için müşteri emin durumundadır. Bundan (müşteri elbiselerden birini seçtikten) sonra diğeri kaybolursa müşterinin tazmin sorumluluğu yoktur.

Aslında bu (tür bir) satış kıyas gereği fasittir. Çünkü müşteri bilmediği bir şeyi almıştır. Zira müşteri (mesela) on ya da daha fazla elbiseden birini alsaydı ve satıcıya “hangisini istersem onu alırım” dese ydi veya satıcı “hangisini alırsan sana onu satarım” dese ydi ya da (satılan mal) inek, deve, koyun gibi bir hayvan olsaydı ve müşteri “bu hayvanlardan birini 10’a alıyorum” dese ydi bu batıl (bir alış veriş) olurdu. Ancak eğer müşteri elbiseleri teslim aldı ve seçtiyse ben istihsan gereği iki elbisede (bu tür bir) satışı geçerli sayıyorum.<sup>308</sup>

### Örnek 15

وإذا اشترى الرجل خادمين، إحداهما بألف درهم، والأخرى بخمسمائة، على أن يأخذ أيهما شاء، ويترك الأخرى، أعتقهما جميعاً في كلمة واحدة: فإنه يخير فأيهما اختار وقع العتق عليها بالثمن الذي يسمى ويرد الأخرى.

ولو لم يعتق واحدة منهما، ولم يطاء، غير أنه حدث بهما عيب، لا يدري أيهما أول، فقال البائع: قد أخذت التي ثمنها ألف درهم، وقال المشتري: قد أخذت التي ثمنها خمسمائة أول مرة؛ فالقول قوله، ويرد الأخرى ونصف قيمة العيب في القياس. ولكني أستحسن أن يردها ولا يرد نصف قيمة العيب. أستحسن ذلك.

فإن حدث بهما جميعاً العيب معاً: فإنه يرد أيهما شاء، ويمسك الأخرى، ولا يرد نصف قيمة العيب. أستحسن ذلك.

Bir kimse biri bin diğeri beş yüz dirhem olmak üzere iki hizmetçiyi hizmetçilerden dilediğini satın alıp diğeri geri vermek şartıyla satın alsa ve bir defada ikisini birden

<sup>308</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 135.

azat etse hizmetçilerden hangisini seçerse azat o hizmetçi için belirlenen fiyattan gerçekleşmiş olur, diğerini iade eder.

Hizmetçilerden birini azat etmese, cinsel ilişkide de bulunmasa ancak hizmetçilerden ikisinde de kusur meydana gelse ve (müşteri) hangi hizmetçinin önce kusurlandığını bilmeseyse (bu durumda) satıcı “sen bedeli bin dirhem olanı aldın”, alıcı da “önce bedeli beş yüz dirhem olanı almıştım.” dese müşterinin sözüne itibar edilir. Kıyas gereği diğerini iade eder ve kusurdan dolayı ortaya çıkan değer kaybının yarısını öder. Ancak ben iade etmesi gerektiğini ancak istihsan gereği kusurdan dolayı meydana gelen zararın yarısını ödememesi gerektiğini düşünüyorum. Bu istihsan (gereği olan) görüşümdür.

Eğer ikisi aynı anda kusurlanırsa dilediğini alır ve diğerini iade eder, kusurdan dolayı meydana gelen zararın yarısını da (yine) ödemez. Bu (da) istihsan (gereği olan) görüşümdür.<sup>309</sup>

### Örnek 16

وإذا اشترى النصراني من النصراني خمرًا، فلم يقبضها حتى أسلم المشتري: فلا بيع بينهما.  
وكذلك لو كان البائع هذا الذي أسلم، وهذا استحسان وليس بقياس.

Bir Hıristiyan bir başka hıristiyandan şarap satın alsa ve müşteri (malı) henüz teslim almadan Müslüman olsa aralarında akit olmamıştır (olmamış gibidir). Müslüman olan taraf satıcı olsa hüküm aynıdır. Bu istihsan (gereği olan) hükümdür, kıyas değildir.<sup>310</sup>

### Örnek 17

وكل عيب وجدته المشتري بالسلعة، فعرضها بعد ما رآه على البيع أو وطنها أو قبلها أو لامسها لشهوة أو أجرها أو رهنها أو وهبها: فإن هذا كله رضا بذلك في القياس، وليس له أن يردها، ولا يرجع بفضل ما بينهما.

ولو استخدمها: كان هذا في القياس رضا. ولكني أدع القياس، ويكون له أن يردها في الاستحسان.

ولو كان قميصًا أو ثوبًا فلبسه؛ أو دابة فركبها: كان هذا كله رضا بالعيب. غير أنني استحسان إذا ركب الدابة ليردها أو ليسقيها أن لا يكون هذا رضا، إنما الرضا ركوبه في حاجته.

<sup>309</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 137.

<sup>310</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 147.

Müşterinin (satın aldığı bir) malda bir kusur bulduktan sonra malı satışa çıkarması, cinsel ilişkide bulunması, öpmesi, şehvetle dokunması (cariye), kiraya vermesi, rehin olarak vermesi veya hibe etmesi gibi durumların hepsi maldaki kusura razı olduğunu gösterir. Artık müşterinin malı geri verme ya da kusurdan dolayı meydana gelen zararı satıcıdan isteme hakkı yoktur.

Müşterinin malı hizmetinde kullanması kıyas gereği rıza sayılır. Ancak ben kıyası bırakıyor ve istihsan gereği müşterinin malı geri verebileceğine hükmediyorum.

Mal gömlek ya da elbise olur müşteri de onu giyerse ya da mal deve olur müşteri binerse bunlar da rızaya delalet eder. Ancak ben deveyi geri vermek için (götürürken) ya da sulamak için binmesi durumlarını istihsan gereği rıza saymam. Rıza, deveye kendi ihtiyacı için binmesidir.<sup>311</sup>

### Örnek 18

وإذا اشترى الرجل خادماً، فدبرها أو أعتقها البتة أو ولدت ولدا فكانت أم ولد له، ثم وجد بها عيباً قد دلس له: كان له أن يرجع بنقصان ما بينهما.

وإذا اشترى الرجل خادماً، فقتلها هو، ثم وجد بها عيباً قد دلس له: لم يرجع بشيء، لأنه هو الذي جنى عليها.

وهذا والعرق في القياس سواء. ولكن أستحسن في العتق.

Bir kimse bir hizmetçi satın alsa ve hürriyetini ölümüne bağlasa veya kesin olarak azat etse ya da hizmetçi kendisi için bir çocuk doğurup ümmü veled haline gelse sonra müşteri hizmetçide kendisinden gizlenen bir kusur bulsa, müşterinin satıcıdan kusurdan dolayı hizmetçide meydana gelen değer kaybını isteme hakkı vardır.

Bir kimse hizmetçi satın alsa ve onu öldürse sonra kendisinden gizlenen bir kusuru olduğunu fark etse, müşterinin satıcıdan kusurdan dolayı hizmetçide meydana gelen değer kaybını isteme hakkı yoktur. Çünkü hizmetçiyi öldüren bizzat kendisidir. Öldürme ve azat etme kıyas gereği aynı hükmü alır, ancak ben azat etmede istihsan gereği olan hükmü alıyorum.<sup>312</sup>

<sup>311</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 181.

<sup>312</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 182.

### Örnek 19

وإذا اشترى الرجل بيعاً بنسيئة أو بنقد ولم ينقد ولم ينبغي له أن يبيع ذلك من البائع بأقل من ذلك الثمن الذي أخذه به، إن كان لم ينقده الثمن. ولا ينبغي للبائع أن يشتريه منه بأقل من ذلك، ولو فعل رددت البيع الآخر.

وان كان قد انتقد الثمن: فلا بأس بأن يشتريه بأقل أو أكثر.

فإن كان باعه بدراهم: فلا يشتريه بدنانير أقل من تلك الدراهم، أدع القياس في هذا واستحسن، لأن الدراهم والدنانير في هذا سواء.

Bir kimse vadeli olarak bir şey satın alsa ya da peşin olarak satın alsa ama henüz bedeli ödemiş olsa malı, satın aldığı bedel cinsinden, miktarı daha az olan bir bedel karşılığında satıcıya geri satamaz. Aynı şartlarda satıcı da malı geri satın alamaz. Eğer alırsa ikinci satış geçersizdir. Eğer bedeli peşin olarak ödemişse ödediği bedel cinsinden miktarı daha az ya da daha çok olan bir bedel karşılığında geri satmasında bir sakınca yoktur.<sup>313</sup> Satıcı malı dirhemle satmış olsa, değeri bu dirhemlerden daha az olan dinar karşılığında malı geri satın alamaz. Burada kıyası terk ediyor ve istihsan gereği olan hükmü alıyor. Çünkü bu durumda dirhemler ve dinarlar aynı (cins) sayılır.<sup>314</sup>

### Örnek 20

وإذا كان في يدي الرجل صبي لا ينطق، ولد عنده، فزعم أنه عبده، ثم أعتقه، ثم زعم أنه ابنه: فإني أستحسن في هذا أن أجعله ابنه، وأدع القياس فيه.

ولو كان عبداً كبيراً، أعتقه، ثم ادعاه، ومثله يولد لمثله لم أجز دعوته، إلا أن يصدق.

وهما في القياس سواء.

Bir kimsenin elinde kendi yanında doğmuş (henüz) konuşamayan bir çocuk olsa önce onun kölesi olduğunu iddia etse ve azat etse sonra oğlu olduğunu iddia etse, ben istihsan gereği çocuğun, onun oğlu olduğuna hükmederim ve burada kıyası terk ederim.

Adamın elinde büyük bir köle olsa önce onu azat edip sonra oğlu olduğunu iddia etse eğer iddia sahibinin yaşı ve durumu kölenin babası olmaya uygun ise köle iddia sahibini

<sup>313</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 203.

<sup>314</sup> Şeybânî, *el-Asl*, s. 205.

doğrulamadıkça kölenin nesebini adama bağlamam. (Aslında) bu iki mesele kıyas gereği aynı hükmü almalıdır.<sup>315</sup>

### Örnek 21

ولو باع رجل جارية، فلم يقبضها المشتري حتى تاركه البائع البيع وناقضه: كان ينبغي في قياس هذا القول أن لا يقربها البائع الأول حتى يستبرئها بحيضة. ولكننا ندع القياس في هذا الباب، ونأخذ فيه بالاستحسان، ولا يحمل عليه استبراء.

Bir kimse bir cariye satsa ve müşteri henüz cariyeyi teslim almadan satıcı mütareke yapıp satışı bozsa bu sözün kıyası gereği satıcı, cariye bir hayız müddeti beklemedikçe onunla cinsel ilişkiye giremez. Ancak biz burada kıyas (gereği olan bu hükmü) terk ediyoruz ve istihsan (gereği olan hükmü) alarak satıcının istibra ile sorumlu tutulmaması gerektiğini düşünüyoruz.<sup>316</sup>

### Örnek 22

وإذا غصب الرجل الجارية، فباعها من رجل آخر، فقبضها المشتري، فوطئها ثم خاصم مولاهما الأول فيها، فقاضى القاضي بها له: فإنه لا ينبغي له أن يستبرئها في القياس. ولكن ادع القياس واجعل عليه أن يستبرئها بحيضة من قبل أنها قد حلت للمشتري حيث اشتراها.

Bir kimse bir cariye gasbedip başka birine satsa, satın alan kimse de cariyeyi teslim alıp onunla cinsel ilişkide bulunsa, bundan sonra cariyenin ilk sahibi mahkemeye müracaat etse ve cariyeyi geri alsa, kıyas gereği cariyenin ilk sahibinin istibra yapması gerekmez. Ancak ben kıyası terk ediyor ve bir hayız süresi istibra yapması gerektiğini düşünüyorum. Çünkü müşteri cariyeyi (gasbedenden) satın aldığında cariye ona helal olmuştur.<sup>317</sup>

### Örnek 23

وإذا اشترى النصراني جارية: فليس عليه أن يستبرئها، لأن ما فيه من الشرك أعظم من ترك الاستبراء.

<sup>315</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 247.

<sup>316</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 250.

<sup>317</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 252.



فإن أسلم قبل أن تحيض حيضة، وقبل أن يطأها: فليس عليه أن يستبرئها في القياس. ولكنني أستحسن وأجعل عليه أن يستبرئها بحيضة. وإن كان وطئها في نصرانيتها: فليس عليه أن يستبرئها.

Bir Hıristiyan, bir cariye satın alsa istibra yapması gerekmez. Çünkü içerisinde bulunduğu şirk (günahı) istibrayı terk etme (günahından) daha büyüktür.

Ama (satın alan Hıristiyan), (cariye) hayız görmeden ve onunla cinsel ilişkiye de girmeden Müslüman olursa kıyas gereği (yine) istibra yapması gerekmesi de ben istihsan gereği onu bir hayız müddeti istibra ile sorumlu tutarım. Fakat Hıristiyan iken cinsel ilişkide bulunmuşsa istibra yapması gerekmez.<sup>318</sup>

#### Örnek 24

ولو استودعها المشتري البائع بعد ما قبضها، فماتت عند البائع قبل أن يرضى المشتري: فهو في القياس يلزم المشتري الثمن في خيار الشرط. ولكن أدع القياس واجعلها من مال البائع في خيار الشرط.

Müşteri (şart muhayyerliği ile) satın alıp kabzettikten sonra ama akdi onaylamadan önce satın aldığı malı (köle, cariye ya da hayvan) satıcıya emanet bıraksa ve mal helak olsa (ölse) kıyas gereği müşterinin bedeli ödemesi gerekir. Ancak ben kıyası bırakıyor ve helak olan malın şart muhayyerliği (çerçevesinde) satıcının malı olarak helak olduğuna hükmediyorum.<sup>319</sup>

#### Örnek 25

وقال أبو حنيفة: إذا اشترى الرجل من الرجل جارية، فلم يقبضها المشتري حتى زوجها رجلا، فالنكاح جائز، فإن ماتت قبل أن يقبضها المشتري: ماتت من مال البائع، ولم يكن هذا من المشتري قبضا.

وكان ينبغي في القياس أن يكون هذا قبضا. لأنه عيب دخل الجارية، ألا ترى أنها ترد منه. ولكن أبا حنيفة قال أستحسن ألا أجعله قبضا، لأنه ليس بعيب حدث في بدنها.

Ebû Hanîfe dedi ki: Bir kimse bir başkasından cariye satın alsa ve teslim almadan evlendirse bu nikah geçerlidir. Müşteri teslim almadan (cariye) ölürse satıcının malı olarak ölmüş olur. Evlendirme müşterinin malı kabzettiği anlamına gelmez.

<sup>318</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 271.

<sup>319</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 280.

Aslında kıyas gereği bunun kabz sayılması gerekir. Çünkü cariye (evlendirmekle) kusurlu hale gelmiştir. Zira bu kusur nedeniyle cariye iade edilebilir. Ancak Ebû Hanîfe “istihsan gereği evlendirmeyi kabz saymıyorum çünkü (evlendirme) cariyenin bedeninde meydana gelen bir kusur değildir” dedi.<sup>320</sup>

---

<sup>320</sup> Şeybâni, *el-Asl*, s. 297.

## ÖZGEÇMİŞ

Hasan GÜÇLÜ, 03.03.1980 yılında Kütahya'nın Tavşanlı ilçesinde doğdu. 1997 yılında Tavşanlı İmam Hatip Lisesi'nden mezun oldu. 1998-1999 eğitim öğretim yılında üniversite hazırlık eğitimi için Konya'da bulundu. 1999 yılında Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'ni kazandı. Aynı yıl girdiği devlet memurluk sınavını kazanarak 2000 yılında Sakarya'ya imam-hatip olarak atandı. Görevi gereği Süleyman Demirel Üniversitesi'nden Sakarya Üniversitesi'ne yatay geçiş yaptı. 2003 yılında Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nden mezun oldu ve aynı yıl Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne kaydını yaptırdı. 2003-2004 eğitim öğretim döneminde bir yıl süreyle Sakarya Üniversitesi Yabancı Diller Bölümü'nde İngilizce hazırlık okudu. 2005 yılında kısa dönem olarak askerlik görevini tamamladı. 2006 yılında Diyanet İşleri Başkanlığı Haseki Eğitim Merkezi sınavını kazandı. Halen Diyanet İşleri Başkanlığı Haseki Eğitim Merkezi'nde görevini sürdürmekte olan Hasan GÜÇLÜ evli ve bir çocuk babasıdır.

Hasan GÜÇLÜ, Arapça ve İngilizce bilmektedir.