

HÂŞİYE ALE'T-TESHÎL

Şeyh Bedreddîn'in
Mezhep İçi Eleştirilerine Cevaplar

FÂZIL EMÎR

1. CİLT

TÜRKİYE YAZMA ESERLER KURUMU BAŞKANLIĞI YAYINLARI: 221

Dini İlimler Serisi : 36

Kitabın Adı : HÂŞİYE ALE'T-TESHİL
Şeyh Bedreddin'in Mezhep İçi Eleştirilerine Cevaplar
1. Cilt (2 Cilt)

Müellifi : Fâzıl Emîr (ö. 1710 sonrası)

Özgün Dili : Arapça

Editör : Prof. Dr. H. Yunus Apaydın
Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
Temel İslam Bilimleri (İslam Hukuku), Öğretim Üyesi

Çeviri ve E. Metin : Prof. Dr. H. Yunus Apaydın [Buyû']
Prof. Dr. Kâşif Hamdi Okur [Cinâyât, Diyetler, Hadler, Sayd ve Zebâih, Kurban,
Yemin, Kazâ, Şahitlik, Dava, Kısmet, İkrâh, Siyer, Hazr ve İbâha, Vasiyet]
Doç. Dr. Davut İltâş [İkrar, Şirket, Mudârebe, Hibe, Gasp, Talâk, İtk]
Doç. Dr. Osman Bayder [Hacr, Me'zûn, Şufa, Havale, Vedia, Âriyet, Lukata,
Hünsâ, Âbık, İhyâ-i mevât, Müsâkat, Nikâh, Radâ']
Doç. Dr. Mustafa Bülent Dadaş [Taharet, Namaz, Oruç, Hac, Zekât,
Rehin, İcâre, Vekâlet, Kefâlet, Sulh]

Son Okuma : Hüseyin Örs, Yazma Eser Uzmanı
Ahmet Ali Balcı, Yazma Eser Uzmanı

Arşiv Kayıt : Süleymaniye Yazma Eser Ktp., Carullah Efendi, Nr. 617.

Kapak Görseli : Süleymaniye Yazma Eser Ktp., Esad Efendi, Nr. 648, 1b.

Kitap Tasarım : Avni Alan

Baskı : Matsis Matbaa A.Ş.
Tevfikbey Mh. Dr. Ali Demir Cd. No: 51 Sefaköy - İstanbul
Tel: 0 (212) 624 21 11 - www.matsisprint.com
Sertifika No: 75309

Baskı Yeri ve Yılı : İstanbul 2024

Baskı Miktarı : 1. Baskı, 1500 adet

KÜTÜPHANE BİLGİ KARTI

Library of Congress A CIP Catalog Record

Fâzıl Emîr

Şeyh Bedreddin'in Mezhep İçi Eleştirilerine Cevaplar, *Hâşiye Ale't-Teshil*

1. Fıkıh, 2. Fâzıl Emîr, 3. Şeyh Bedreddin, 4. Hanefî Mezhebi, 5. Mezhep Müdafaası

ISBN: 978-975-17-5836-1 (1.c) / 978-975-17-5835-4 (Tk)

Copyright © Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı. Her hakkı mahfuzdur.

Bütün yayın hakları *Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı*'na aittir. Başkanlığın izni olmaksızın tümüyle veya kısmen, hiçbir yolla ve hiçbir ortamda yayımlanamaz ve çoğaltılamaz.

T. C. Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı

Süleymaniye Mah. Kanuni Medresesi Sok. No: 5 34116 Fatih / İstanbul

Tel.: +90 (212) 511 36 37

Faks: +90 (212) 511 37 00

tuyek@ktb.gov.tr

www.yek.gov.tr

HÂŞİYE ALE'T-TESHÎL

ŞEYH BEDREDDÎN'İN MEZHEP İÇİ ELEŞTİRİLERİNE CEVAPLAR

(İNCELEME-ELEŞTİRMELİ METİN-ÇEVİRİ)

1. CİLT

FÂZIL EMÎR
(ö. 1710 sonrası)

Editör

H. Yunus Apaydın

Hazırlayanlar

**H. Yunus Apaydın - Kâşif Hamdi Okur - Davut İltaş
Osman Bayder - Mustafa Bülent Dadaş**



TÜRKİYE
YAZMA
ESERLER
KURUMU
BAŞKANLIĞI

TAKDİM

İnsanlık tarihi, akıl ve düşünce sahibi bir varlık olan insanın kurduğu medeniyetleri, medeniyetler arasındaki ilişkileri anlatır. İnsan, zihnî faaliyetlerde bulunma kabiliyetiyle bilim, sanat ve kültür değerleri üretir, ürettiği kültür ve düşünce ile de tarihin akışına yön verir.

Medeniyetler, kültürler, dinler, ideolojiler, etnik ve mezhebî anlayışlar arasındaki ilişkiler kimi zaman çatışma ve ayrışmalara, kimi zaman da uzlaşma ve iş birliklerine zemin hazırlamıştır.

İnsanların, toplumların ve devletlerin gücü, ürettikleri kültür ve medeniyet değerlerinin varlığıyla ölçülmüştür. İnsanoğlu olarak daha aydınlık bir gelecek inşa edebilmemiz, insanlığın ortak değeri, ortak mirası ve ortak kazanımı olan kültür ve medeniyet değerlerini geliştirebilmemizle mümkündür.

Bizler, Selçuklu'dan Osmanlı'ya ve Cumhuriyet'e kadar büyük devletler kuran bir milletiz. Bu büyük devlet geleneğinin arkasında büyük bir medeniyet ve kültür tasavvuru yatmaktadır.

İlk insandan günümüze kadar gökkubbe altında gelişen her değer, hakikatin farklı bir tezahürü olarak bizim için muteber olmuştur. İslâm ve Türk tarihinden süzülüp gelen kültürel birikim bizim için büyük bir zenginlik kaynağıdır. Bilgiye, hikmete, irfana dayanan medeniyet değerlerimiz tarih boyunca sevgiyi, hoşgörüyü, adaleti, kardeşlik ve dayanışmayı ön planda tutmuştur.

Gelecek nesillere karşı en büyük sorumluluğumuz, insan ve âlem tasavvurumuzun temel bileşenlerini oluşturan bu eşsiz mirasın etkin bir şekilde aktarılmasını sağlamaktır. Bugünkü ve yarınki nesillerimizin gelişimi, geçmişimizden devraldığımız büyük kültür ve medeniyet mirasınının daha iyi idrak edilmesine ve sahiplenilmesine bağlıdır.

Felsefeden tababete, astronomiden matematiğe kadar her alanda, Medine'de, Kâhire'de, Şam'da, Bağdat'ta, Buharâ'da, Semerkant'ta, Horasan'da, Konya'da, Bursa'da, İstanbul'da ve coğrafyamızın her köşesinde üretilen değerler, bugün tüm insanlığın ortak mirası hâline gelmiştir. Bu büyük emanete sahip çıkmak, bu büyük hazineyi gelecek nesillere aktarmak öncelikli sorumluluğumuzdur.

Yirmi birinci yüzyıl dünyasına sunabileceğimiz yeni bir medeniyet projesinin dokusunu öreceğ değerleri üretebilmemiz, ancak sahip olduğumuz bu hazinelerin ve zengin birikimin işlenmesiyle mümkündür. Bu miras bize, tarihteki en büyük ilim ve düşünce insanlarının geniş bir yelpazede ürettikleri eserleri sunuyor. Çok çeşitli alanlarda ve disiplinlerde medeniyetimizin en zengin ve benzersiz metinlerini ihtiva eden bu eserlerin korunması, tercüme ya da tıpkıbasım yoluyla işlenmesi ve etkin bir şekilde yeniden inşa edilmesi, Büyük Türkiye Vizyonumuzun önemli bir parçasıdır. Bu doğrultuda yapılacak çalışmalar, hiç şüphesiz tarihe, ecdadımıza, gelecek nesillere ve insanlığa sunacağımız eserleri üretmeye yönelik fikrî çabaların hasılası olacaktır. Her alanda olduğu gibi bilim, düşünce, kültür ve sanat alanlarında da eser ve iş üretmek idealiyle yeniden ele alınmaya, ilgi görmeye, kaynak olmaya başlayan bu hazinelerin ülkemize ve tüm insanlığa hayırlar getirmesini temenni ederim. Aziz milletimiz, bu kutsal emaneti yücelterek muhafaza etmeyi sürdürecektir.

Recep Tayyip Erdoğan
Cumhurbaşkanı

İÇİNDEKİLER

TAKDİM

GİRİŞ

FÂZİL EMİR VE TESHİL HÂŞİYESİ ÜZERİNE	29
I. Fâzıl Emîr Üzerine	29
II. <i>Hâşiye ale't-Teshîl</i> Üzerine	31
A. <i>Hâşiye</i> 'nin Kaleme Alınış Sebebi ve Değeri	31
B. Şeyh Bedreddîn'in Eleştirilerine Cevap Verirken İzlediği Yöntem	40
Fâzıl Emîr'in kendine ait görüşleri/değerlendirmeleri	47
III. Eleştirmeli Metin ve Çeviride İzlenen Yöntem	52
A. Yazma Nüshalar	52
B. Çeviri Hakkında	54

MUKADDİME

TAHARET: TEMİZLİK VE ABDEST

1. Abdestte Başın Meshedilecek Miktarı	64
2. Muğîre Hadisinin Gerekçe Olma Biçimi	66
3. Muğîre Hadisinin Delâleti	66
4. Hanefîlerin Âyetteki Mesh İfadesinin Mücmel Olduğuna İlişkin Gerekçeleri Sorunlu mu?	68
5. "Başınızı Meshedin!" Âyetinin Delâleti	70
6. "Meshedin!" İfâdesi Mücmel mi Mutlak mı?	70
7. Bir veya İki Parmağın Başa Konulup Çekilmesiyle Meshin Yerine Gelip Gelmeyeceği	72
8. Başın Meshi Konusunda Züfer'in Görüşü	72
9. Abdestin Başında Elin Nasıl Yıkanacağı	74
10. Abdestte Vâcip Yoktur	74
11. Muvâzabe-Vücûb İlişkisi	76
12. Uyumakla Abdestin Bozulması	78
13. Sünnet Derisinin İçi Bedenin Dışı Hükümünde mi?	78
14. Boğazlamak Hayvanın Derisini Temiz Yapar mı?	80
15. Artıkların Hükümü	82
16. Yırtıcı Hayvanların Etlerinin Hükümü	82
17. Teyemmüm	84
18. Suyun Gabn-i Fâhişle Satılması Durumunda Teyemmüm	86
19. Namaz Vaktinin Girmesinden Önce Teyemmüm	88

فهرس

مقدمة المؤلف

كتاب الطهارة

- ٦٥ .١ مقدار مسح الرأس في الوضوء
- ٦٧ .٢ كيفية الاستدلال بحديث المُغيرة
- ٦٧ .٣ دلالة حديث المغيرة
- ٦٩ .٤ الاعتراض على أدلة الأحناف في كون آية المسح مجملاً
- ٧١ .٥ دلالة آية «فامسحوا»
- ٧١ .٦ هل هي آية المسح مطلقة ليست مجملة
- ٧٣ .٧ هل يجزئ مد الأصبع أو الأصبعين في المسح أم لا؟
- ٧٣ .٨ رأي زفر في مسح الرأس
- ٧٥ .٩ كيفية غسل اليدين بداية الوضوء
- ٧٥ .١٠ ليس للوضوء واجب
- ٧٧ .١١ المناسبة بين المواظبة والوجوب
- ٧٩ .١٢ انتقاض الوضوء بالنوم
- ٧٩ .١٣ هل داخل القلفة في حكم خارج البدن؟
- ٨١ .١٤ هل التذكية تطهر الجلد
- ٨٣ .١٥ حكم الأسار
- ٨٣ .١٦ حكم لحوم السباع
- ٨٥ .١٧ التيمم في المصر
- ٨٧ .١٨ التيمم عند بيع الماء بغبن فاحش
- ٨٩ .١٩ التيمم قبل دخول الوقت

20. Cenazenin Velisinin Teyemmüm Yapmasının Hükümü	90
21. Namaz Esnasında Teyemmümün Bozulması	92
22. Mest Üzerine Giyilen Çarığın İçine Parmakları Sokarak Meshetmek	94
23. Çorapların Üzerine Giyilen Mestin Üzerine Meshetmenin Hükümü	94
24. Sargı ve Sakal Üzerine Meshetmenin Hükümü	96
25. Necasetin Temizlenme İmkânı ve Keyfiyeti	96
26. Necasetin Su Dışında Bir Sıvıyla Temizlenmesi	98
27. Hafif ve Galiz Necasetin Ölçüsü	100
28. Vücuda Giren Şeyin Oruca Etkisi	102

NAMAZ

1. Namazı Terk Edenin Hükümü	104
2. Fecirden ve İkinci Namazından Sonra Nafile Namaz	104
3. Ezan ve Kametin Abdestli Okunması	106
4. Kadının Ezan Okuması	108
5. Avret Yerinin Açılmasının Namaza Mâni Olan Miktarı	108
6. İftitah Tekbiri Şart mı Rükün mü?	112
7. Namazda Rükünler Arasındaki Tertip	114
8. Hz. Peygamber'in Bir Fiili Terk Etmeksizin Yapmaya Devam Etmesi	116
9. İstirahat Oturuşu	118
10. Yedi Yer Dışında Elleri Kaldırmanın Hükümü	118
11. İmamın Hâlinin Muktedînin Hâlinden Üstün Olması	120
12. Kerahetle Kılınan Namazın İadesi	122
13. Namaz Esnasında Başıyla Cevap Vermek	124
14. Mesbûkun Namazda İstihlaf Edilmesi	124
15. Kıraatı İkinci Rekâta Öğrenen Ümmînin İstihlafi	126
16. Sabah Namazının Sünnetinin Kazası	128
17. Cemaat Faziletine Yetişmek	128
18. Kıraatsız Namaz Nezretmenin Hükümü	130
19. Bir Rekâta İki Defa Tekrar Eden Rükünler Arasında Tertip	132
20. Sehv Secdesinin Selamdan Önce Yapılmasının Câiz Olup Olmaması	134
21. İlk Oturuşu Unutarak Kalkanın Sehv Secdesi Yapması	134
22. Namazın Düşmesine Sebep Olan Baygınlık Hâlinin Süresi	136
23. Tilâvet Secdesinde Tedâhül	140
24. Devlet Başkanının Ülkeyi Gezerken Seferî Sayılıp Sayılmayacağı	142
25. Müslüman Ordusunun Kuşatma Anında Seferîlik Durumu	146
26. Cuma Namazının Vücûp Şartları	148
27. Cuma Namazında Asgari Sayı	150

٩١	٢٠. حكم التيمم للولي في صلاة الجنابة
٩٣	٢١. انتقاض التيمم في أثناء الصلاة
٩٥	٢٢. مسح الخف من خلال إدخال الأصابع من الجرموق
٩٥	٢٣. حكم لبس الخف على الجورب
٩٧	٢٤. المسح على الجبيرة واللحية
٩٧	٢٥. إمكان تطهير النجاسة وكيفيته
٩٩	٢٦. تطهير النجاسة بغير الماء
١٠١	٢٧. المعيار في تقسيم النجاسة إلى الغليظة والخفيفة
١٠٣	٢٨. أثر الشيء الداخِل في البدن على الصوم

كتاب الصلاة

١٠٥	١. حكم تارك الصلاة
١٠٥	٢. التنفل بعد صلاة العصر والفجر
١٠٧	٣. التوضؤ للأذان والإقامة
١٠٩	٤. أذان المرأة
١٠٩	٥. مقدار ما يمنع الصلاة من انكشاف العورة
١١٣	٦. التحرمة هل هي شرط أم ركن؟
١١٥	٧. الترتيب بين أركان الصلاة
١١٧	٨. مواظبة النبي على فعل من غير ترك
١١٩	٩. جلسة الاستراحة
١١٩	١٠. رفع الأيدي خارج مواضع السبع
١٢١	١١. اشتراط كون حال الإمام أقوى من حال المقتدي
١٢٣	١٢. إعادة صلاة أدت مع الكراهة
١٢٥	١٣. رد السلام في الصلاة بالرأس
١٢٥	١٤. استخلاف المسبوق
١٢٧	١٥. استخلاف أُمي تعلم في الركعة الثانية
١٢٩	١٦. قضاء سنة الفجر
١٢٩	١٧. إدراك فضيلة الجماعة
١٣١	١٨. نذر الصلاة بلا قراءة
١٣٣	١٩. الترتيب في فعل مكرر في الركعة
١٣٥	٢٠. هل يجوز أن يسجد للسهو قبل السلام؟
١٣٥	٢١. سجدة السهو في النسيان عن القعدة الأولى
١٣٧	٢٢. مدة الإغماء في إسقاط الصلاة
١٤١	٢٣. التداخل في سجدة التلاوة
١٤٣	٢٤. هل يصير الخليفة مسافراً عند سفره في ولايته
١٤٧	٢٥. قصر الصلاة في حالة المحاصرة
١٤٩	٢٦. شروط الوجوب لصلاة الجمعة
١٥١	٢٧. العدد المشروط في الجمعة

28. Cuma Günü Zevalden Sonraki Vakitte Farz Olan Cuma Namazı mı Yoksa Öğle Namazı mıdır?	154
29. Hz. Peygamber'in Bir Fiili Sürekli Yapması O Fiilin Vâcip Olduğunu Gösterir mi?	156
30. Zâid Tekbirlerde İhtiyat	156
31. Kadının, Kocasının Cenazesini Yıkamasının Hükümü	158
32. Cenaze Namazını Kıldırma Önceliği	160

ZEKÂT

1. Yıl İçinde Meydana Gelen Nisâb Fazlası Borcun Zekâta Etkisi	166
2. "Zekât Almak için Ayrı Olanlar Birleştirilmez; Bir Olanlar da Ayrılmaz." Hadisinin Anlamı	168
3. Zekâta Konu Olmayan Alacaklar	172
4. Mehir Alacağı'nın Zekâtı	174
5. Zekâtın Zorla Tahsil Edilmesi	178
6. Zekâta Vekâlet	180
7. Mefhûm-ı muhâlefe ile Amel Etmenin Hükümü	182
8. Balın Zekâtı	184
9. Harbîden Alınan Gümrük Vergisi	186
10. Sebze ve Meyvelerin Zekâtı	188
11. Zekât Âyetindeki <i>fi sebîlillâh</i> Terkibinin Kapsamı	192

ORUÇ

1. Orucun Bozulmaması Hususunda Uykunun Unutmaya Kıyası	194
2. İlacın İçeriye İşlemesi	196
3. Keffâretin Tedâhülü	198
4. Zorunlu Hâllerde İtikâfın Bozulması	200
5. Şevval Orucunun Peşpeşe Tutulmasının Hükümü	202
6. Nezredilen İtikâfta Camiye Girilmesi Gereken Vakit	206

HAC

1. Mikatı İhramsız Olarak Geçen Kimse Hakkında Züfer'in Görüşü	208
2. Ana-Babasının Talimatı Veya Vasiyeti Olmadan Onlar Adına Hac Yapmak	210
3. İhramlı Kişinin Kendisini ya da Bir Başkasını Tıraş Etmesi	214
4. Umre Tavafinın Ziyaret Tavafına Kıyas Edilmesi	216
5. Kudûm ve Veda Tavaflarının Abdestsiz Yapılması	216

- ١٥٥ .٢٨ هل الفرض هو الجمعة أو الظهر بعد الزوال يوم الجمعة
 ١٥٧ .٢٩ هل يدل مواظبة النبي على شيء على الوجوب
 ١٥٧ .٣٠ الاحتياط في التكبيرات الزوائد
 ١٥٩ .٣١ أحكام غسل المرأة زوجها
 ١٦١ .٣٢ أحق الناس بالإمامة على الجنابة

كتاب الزكاة

- ١٦٧ .١ أثر الدين الحادث أثناء الحول في الزكاة
 ١٦٩ .٢ معنى حديث «لا يُجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع»
 ١٧٣ .٣ الديون التي لا زكاة فيها
 ١٧٥ .٤ زكاة دين المهر
 ١٧٩ .٥ أخذ الزكاة جبرًا
 ١٨١ .٦ الوكالة في الزكاة
 ١٨٣ .٧ العمل بالمفهوم المخالفة
 ١٨٥ .٨ زكاة العسل
 ١٨٧ .٩ أخذ أجر الحماية من الحربي
 ١٨٩ .١٠ هل في الخضروات زكاة؟
 ١٩٣ .١١ شمول لفظ «في سبيل الله»

كتاب الصوم

- ١٩٥ .١ قياس النوم على النسيان في عدم إفطار الصوم
 ١٩٧ .٢ نفوز الدواء إلى الجوف
 ١٩٩ .٣ التداخل في الكفارات
 ٢٠١ .٤ فساد الاعتكاف بالأعدار
 ٢٠٣ .٥ صوم ستة أيام من شوال
 ٢٠٧ .٦ وقت دخول المسجد في الاعتكاف المنذور

كتاب الحج

- ٢٠٩ .١ قول زفر فيمن جاوز الميقات من غير إحرام
 ٢١١ .٢ الحج عن الأبوين من غير أمرهما أو لا وصية منهما
 ٢١٥ .٣ حلق المحرم نفسه أو غيره
 ٢١٧ .٤ قياس طواف العمرة على طواف الزيارة
 ٢١٧ .٥ طواف القدوم والصدر محدثًا وجنبا

6. İhramlıyken Av Hayvanı Öldürmenin Cezası Hakkında Muhammed ve Şâfiî'nin Görüşü	218
7. İhramlının Vahşi Bir Hayvanı Öldürmesi	220

BUYÛ': ALIM SATIM

1. Müstakbel Sığasıyla Yapılan İcap-Kabul ile Akit Kurulur mu?	222
2. Meclis Muhayyerliği	224
3. Toplam Miktarı Bilinmeyen Şeyin Satımı	228
4. Alım Satım Akdinde Asıl ve Vasıf Ayrımı	232
5. Satılan Hissenin Miktarının Bilinmemesi	234
6. Bir Kısmı Henüz Çıkmamış Meyvelerin Satımı	236
7. Alım Satımda İstisnası Câiz Olan ve Olmayan Şeyler	238
8. Muayyen Bir Miktarın Akitten İstisna Edilmesi	242
9. İkinci Müşterinin İlk Satıcının Hasımı Olmaması	246
10. Müşterinin İflas Edip Ölmesi Durumunda Satıcının Diğer Alacaklılara Eşit Olması	248
11. Bitişik Gayr-i Mütevellid Artışın Semende Payı Var mı?	250
12. Mebûin Kalıp Artışın Telef Olması	252
13. Ayrı Mütevellid Artışın Malın Ayıp Sebebiyle İadesini Engellemesi	256
14. Yol Hakkının Akde Dâhil Olması Bakımından Alım Satım ve Rehnin Farklı Oluşu	258
15. Hürriyet Allah Hakları Kapsamında mıdır?	258
16. Tarafların Beyyine Tarihlerinin Davaya Etkisi	260
17. Bâtil Teriminin Fâsit Anlamında Kullanılması	262
18. Hür Kadın İçin İstibrânın Gerekli Olmaması	262
19. Mükâteb Cârîye İçin Acziyetten Sonra İstibrâ	264
20. Kişinin Satın Aldığı Cârîye ile İhtiyaten Evlenmesi	266
21. Şart Muhayyerliğinin Süresi	268
22. Şart Muhayyerliğinin Üçüncü Kişiler Hakkında Câiz Olması	274
23. Muhayyerliğin Akdin Hükmü Hakkında İn'ikâd Etmesine Engel Olması	274
24. Fesâd Sebebiyle Fesih Hakkı Güçlü Bir Haktır	278
25. Fuzûlînin Akdinin Hükmü	280
26. Fuzûlînin Trampa Akdi Yapması	282
27. Müşterek Malın Satımında Ortakların İcâzeti	288
28. Müşterinin Gasbedenden Satın Aldığı Köleyi Azat Etmesi	288
29. Mutlak Mülkiyet Sebebi ile Zaruri Mülkiyet Sebebi Arasındaki Fark	290

- ٢١٩ .٦ رأي محمد والشافعي في جزاء صيد المحرم
٢٢١ .٧ قتل المحرم سبعا

كتاب البيوع

- ٢٢٣ .١ هل ينعقد العقد بصيغة المستقبل
٢٢٥ .٢ خيار المجلس
٢٢٩ .٣ بيع ما لا يعلم جملة مقاديره
٢٣٣ .٤ الفرق بين الأصل والصفة في البيع
٢٣٥ .٥ بيع الحصة المجهولة المقدار
٢٣٧ .٦ بيع الثمار المتلاحقة
٢٣٩ .٧ ما يجوز استثنائه من البيع وما لا يجوز
٢٤٣ .٨ استثناء مقدار معلوم من العقد
٢٤٧ .٩ عدم كون المشتري الثاني خصما للبائع الأول
٢٤٩ .١٠ كون البائع أسوأ للغرماء عند موت المشتري مغلّسا
٢٥١ .١١ هل للزائد المتصل الغير المتولد حصة من الثمن
٢٥٣ .١٢ هلاك الزائد مع بقاء المبيع
٢٥٧ .١٣ الزائد المنفصل المتولد يمنع الرد بعيب
٢٥٩ .١٤ الفرق بين البيع والرهن في حق الطريق في العقد
٢٥٩ .١٥ خول الحرية في حقوق الله
٢٦١ .١٦ أثر تاريخ البيّنة في الدعوى
٢٦٣ .١٧ استعمال لفظ الباطل في معنى الفاسد
٢٦٣ .١٨ عدم لزوم الاستبراء في الحرة
٢٦٥ .١٩ الاستبراء للمكاتبة بعد عجزها
٢٦٧ .٢٠ نكاح الأمة المشتراة احتياطاً
٢٦٩ .٢١ مدة خيار الشرط
٢٧٥ .٢٢ جواز خيار الشرط لغير العاقدين
٢٧٥ .٢٣ منع الخيار الانعقاد في حق الحكم
٢٧٩ .٢٤ حق الفسخ لفساد البيع قوياً
٢٨١ .٢٥ حكم عقد الفضولي
٢٨٣ .٢٦ بيع الفضولي مقايضة
٢٨٩ .٢٧ إجازة الشركاء في بيع المال المشترك
٢٨٩ .٢٨ تحرير العبد المشتري من الغاصب
٢٩١ .٢٩ الفرق بين السبب المطلق للملك وبين السبب الضروري

30. Fuzûliden Mal Satın Alanın Beyyinesi	292
31. Aynı Anda İcâzet Verilen İki Akdin Hükümü	296
32. Bir Kişiyi Ait Olan İki Malı Gasbeden İki Farklı Kişinin Bunları Birbirlerine Satması	298
33. İki Kişiyi Ait Olan Malın İki Kişi Tarafından Gasbedilip Birbirlerine Satılması	298
34. Semende Vasfın Payının Bulunmaması	300
35. Gizli Aybın Tespiti	304
36. Ayıp Sebebiyle Fesihle Mahkeme Kararı	304
37. Mebîdeki Artışın Müşterinin Fiiliyle Helak Olması	308
38. Müşterinin Satım Bedelini Talep Hakkı	310
39. Kölenin Aybının Azattan Sonra Ortaya Çıkması	312
40. Ayıp Sebebiyle İade İmkânını Ortadan Kaldıran Şeyler	314
41. Bir Kısmı Yenmiş Yiyekte Ayıp Sebebiyle İade ve Rücû Hakkı	316
42. Satın Alınan Maldaki Bozukluğun Akde Zarar Vermeyecek Oranı	320
43. Adedi Şeyin Bozuk Olan Kısmının Çok Olması Durumu	320
44. Cinsel İlişkiden Sonra Cârîyede Eski Bir Aybın Çıkması	326
45. Malın Sonradan Ortaya Çıkması Mümkün Olmayan Bir Ayıp Sebebiyle İadesi	330
46. Ayıptan Berâet Şartıyla Satım	332
47. Musarrât Hadisiyle Amel Edilmemesinin Gereğesi	334
48. Ayrı Mütevellid Artışın Duruyor Olması Hâli	336
49. Tenâkuzun Davaya Mani Olması	340
50. Malın Tayini ve Miktarı Konusunda Kimin Sözü'nün Dikkate Alınacağı	342
51. Efendinin Me'zûn Kölesinden Satın Aldığı Malı Ayıp Sebebiyle İadesi	344
52. Mebîin Kabzdan Önce veya Sonra İadesi	346
53. Kabzdan Sonra Vasfın Semende Hissisinin Olması	348
54. Vekilin Ayba Razı Olması	348
55. Mal Olmanın Kriteri	350
56. Fâsit Akitle Satın Alınan Malın Rehnedilmesi	352
57. Olmadığı Bilinen Bir Alacak Karşılığında Alım Satım Yapmak	356
58. Tabaklanmamış Derinin Satımının Hükümü	358
59. Ümmüveledin Satımına İlişkin Mahkeme Kararı	362
60. Başkasına Ait Malı Kendi Malıyla Birlikte Satmak	364
61. Teslimi İmkânsız Olan Şeyin Satımı	370

٢٩٣	٣٠. بيئة المشتري من الفضولي
٢٩٧	٣١. حكم عقدين المجازين معا
٢٩٩	٣٢. تباع غاصبي عرضين لرجل واحد
٢٩٩	٣٣. تباع غاصبي عرضين لاثنين
٣٠١	٣٤. عدم حصّة الوصف من الثمن
٣٠٥	٣٥. إثبات العيب الخفي
٣٠٥	٣٦. القضاء بفسخ العقد بالعيب
٣٠٩	٣٧. هلاك الزائد بفعل المشتري
٣١١	٣٨. حق المشتري في طلب الثمن
٣١٣	٣٩. ظهور عيب العبد بعد العتق
٣١٥	٤٠. ما يمنع الرد بالعيب
٣١٧	٤١. حق الرجوع والرد في الطعام المأكل بعضه
٣٢١	٤٢. مقدار ما لا يضر العقد من الفساد في المبيع
٣٢١	٤٣. كون بعض الفاسد في العدديات أكثر
٣٢٧	٤٤. حدوث عيب قديم في الأمة المشتراة بعد الوطء
٣٣١	٤٥. رد المبيع بعيب لا يمكن أن يحدث مثله
٣٣٣	٤٦. البيع بشرط البراءة من العيب
٣٣٥	٤٧. سبب ترك العمل بحديث المصراة
٣٣٧	٤٨. بقاء الزائد المنفصل المتولد
٣٤١	٤٩. منع التناقض الدعوى
٣٤٣	٥٠. من يصدق قوله في تعيين المبيع ومقداره
٣٤٥	٥١. رد المولى المال الذي اشتراه من عبده المأذون بالعيب
٣٤٧	٥٢. رد المبيع قبل القبض أو بعده
٣٤٩	٥٣. حصّة الوصف من الثمن بعد القبض
٣٤٩	٥٤. رضا الوكيل بالعيب
٣٥١	٥٥. قسطاس المالية
٣٥٣	٥٦. رهن المال المشتراة بعقد فاسد
٣٥٧	٥٧. البيع بدين يعلم عدمه
٣٥٩	٥٨. بيع الإهاب الغير المدبوغ
٣٦٣	٥٩. حكم القاضي ببيع أم الولد
٣٦٥	٦٠. بيع مال غيره مضمومًا إلى مال نفسه
٣٧١	٦١. بيع ما تعذر تسليمه

62. Gasbedilmiş Malın Satımı	374
63. Emanet Malın Satımı ve Hibe Edilmesi Arasındaki Fark	380
64. İpek Böceğinin İpeğe ve Bal Arısının Bala Tabi Olarak Satılması	382
65. Akdin Gereğini Pekiştiren Şart	384
66. İyne Satımında Satın Alma Vekili İle Satma Vekili Arasındaki Fark	386
67. İyne Yoluyla Yapılan Satımın Bâtıl Değil Fâsit Oluşu	388
68. Sattığı Malı Müşterinin Vekilinden Daha Ucuza Geri Satın Almak	390
69. Bâtıl Akitte Ödediği Bedeli Alıncaya Kadar Malı Elde Tutma Hakkı	392
70. Önceki Borç Karşılığında Fâsit Akitle Mal Satın Alınması	394
71. Me'zûn Kölenin Efendisine Bir Şey Satması	398
72. Telcie	400
73. Vefâen Satım	402
74. Şehirlinin Köylü Adına Satım Yapması	404
75. "Diyânî Konularda Bir Kişinin Sözü Kabul Edilir." Sözüdeki Problemin Giderilmesi	406
76. İkâlede Geçmiş Zaman Sığası Şart mı?	410
77. İkâle Fesih midir Yoksa Yeni bir Akit midir?	410
78. Trampada Bedellerden Birinin Helaki Durumunda İkâle	414
79. Murâbaha ve Tevliyenin Sahih Olabilmesi İçin Kârın Belli Olması	414
80. Köle ile Efendisi Arasında Murâbaha	416
81. Satılan İki Elbiseden Birinin Ayıp Sebebiyle İade Edilmesi	420
82. Mebide ve Semende Artırım	420
83. Mebiin Ayıp Sebebiyle İadesi Durumunda Satım Bedelindeki Artırım	426
84. " <i>Gıda Maddelerini, Birbirlerine Eşit Olmaları Hâli Dışında Satmayım.</i> " Hadisinde Helalliğin Asıl Olduğuna Delâlet Olup Olmadığı	430
85. Nesîe Ribâsının İlleti	432
86. Hadisteki "Yeden biyed" İfadesinin Anlamı	436
87. Felslerin Birbiri Mukabilinde Satımı	442
88. Felslerin Birbiri Mukabilinde Tayinsiz Satımındaki Fesâd Karşılıklı Kabz ile Kalkar mı?	444
89. Un ile Kavutun Birbiri Mukabilinde Satımının Sahih Olmayışı	450
90. Ribâ Konusunda Ebû Hanîfe'nin İlkesi	450
91. Pamuşun Pamuk İpliği Mukabilinde Satımı	452
92. Pamuşun Pamuklu Kumaş Mukabilinde Satımı	456
93. Boğazlanmış Hayvanın Canlı Hayvan Mukabilinde Satımı	456

- ٣٧٥ .٦٢. بيع المال المغصوب
- ٣٨١ .٦٣. الفرق بين بيع الوديعة وهبته
- ٣٨٣ .٦٤. بيع الدود تبعا للقرّ والنحل تبعا للعسل
- ٣٨٥ .٦٥. الشرط المؤكد لموجب العقد
- ٣٨٧ .٦٦. والفرق بين بيع وكيل الشراء ووكيل البيع في بيع العينة
- ٣٨٩ .٦٧. كون بيع العينة فاسدا لا باطلا
- ٣٩١ .٦٨. اشتراء ما باعه من وكيل المشتري بأقل
- ٣٩٣ .٦٩. حق الحبس حتى يسترد ما آداه في البيع الباطل
- ٣٩٥ .٧٠. شراء شيء بدين سابق بعقد فاسد
- ٣٩٩ .٧١. بيع العبد المأذون من مولاه
- ٤٠١ .٧٢. التلجئة
- ٤٠٣ .٧٣. البيع بالوفاء
- ٤٠٥ .٧٤. بيع حاضر لبأد
- ٤٠٧ .٧٥. دفع الإشكال «لا يقبل في الديانات إلا قولٌ عدلٍ»
- ٤١١ .٧٦. هل يشترط صبغة الماضي في الإقالة
- ٤١١ .٧٧. هل الإقالة فسخ أم بيع جديد؟
- ٤١٥ .٧٨. الإقالة في المقايضة بعد هلاك أحد البديلين
- ٤١٥ .٧٩. كون الربح معلوما لصحة التولية والمرابحة
- ٤١٧ .٨٠. المرابحة بين العبد ومولاه
- ٤٢١ .٨١. بيع الثوبين معا ورد أحدهما بعيب
- ٤٢١ .٨٢. الزيادة في المبيع والتمن
- ٤٢٧ .٨٣. عند رد المبيع بعيب حكم الزيادة في الثمن
- ٤٣١ .٨٤. كون الدلالة في أصالة الحل أو عدمها في حديث «لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء»
- ٤٣٣ .٨٥. علة ربا النساء
- ٤٣٧ .٨٦. المراد من قوله ﷺ «يأدا بيد»
- ٤٤٣ .٨٧. بيع الفلوس بالفلوس
- ٤٤٥ .٨٨. هل يرفع الفساد بالتقاضي في بيع الفلوس بالفلوس دون تعيين
- ٤٥١ .٨٩. عدم صحة بيع البُرّ بسويقه
- ٤٥١ .٩٠. أصل أبي حنيفة في الربا
- ٤٥٣ .٩١. بيع قُطن بغزله
- ٤٥٧ .٩٢. بيع القطن بالكرباس
- ٤٥٧ .٩٣. بيع مذبوح بحي

94. Dâruharpte Müslüman Olan Kişinin Malının Dokunulmazlığı	458
95. Selem Akdinde Sermayenin Mecliste Kabzının Şart Olup Olmadığı	462
96. Tarafların Olmadığını Bildikleri Bir Alacağı Semen Kabul Ederek Satım Yapmaları	466
97. Selem Akdinde Sermaye Miktarının Beyan Edilmemesi	468
98. Fesâdın Akdin Aslında Olup Olmaması	470
99. Trampada İvazlardan Birinin Helâki Durumunda İcâzet ile İkâlenin Farkı	474
100. Tarafların Selem Akdinin İfa Yeri Konusunda İhtilaf Etmesi	476
101. Kurdun Satımının Câizliği	478
102. Satıcısının ve Müşterinin Elindeyken İki Ayrı Cinayet İşlemi Ş Olan Kölenin Davasında Satıcının Gaip, Müşterinin Hâzır Olması	480
103. Muhayyerlik Şartıyla Satılan Kölenin Ne Zaman Öldüğü Konusundaki İhtilâf	484
104. Ribânın Düşürülmesi için Yapılan Hile	486
105. Semen Olarak Kullanılan Dinarın Değerinin Düşmesi	490
106. Altın veya Gümüş Karışumlu Paranın Mübâdelesi	500
107. Borç Alınıp Tedavülden Kalkan Felslerin Ayn'ının mı Kıymetinin mi Ödeneceği	504
108. Kişinin Ödünç Aldığı Buğdayı Ödünç Verene Satması veya Ondan Satın Alması	508

REHİN

1. Rehin Akdinin Rüknü	512
2. Rehin Akdinde Tahliyenin Kabz Sayılması	516
3. Mürtehinin Elinde Telef Olan Rehnin Tazmin Durumu	522
4. Rehin Bırakılan Malın Mürtehinin Elinde Telef Olması	526
5. Mürtehinin Rehin Malı Ailesinden Birinin Yanına Bırakması	528
6. Başkasının Borcunu İzinsiz Ödemek	530
7. Şâyi Hisseli Malların Rehnedilmesinin Hükmü	536
8. Rehin Akdinde İcap ve Kabulün Tek Kişi Tarafından İcrası	540
9. Rehin Bırakılan Malın Helak Olması	542
10. Rehin Malın İki Alacaklıya Bırakılması	544
11. Rehin Olarak Bırakılan Malın Bir Başkasına Ait Olduğunun Anlaşılması	548
12. Rehin Bırakılan Kölenin Râhin Tarafından Azat Edilmesi	550
13. Rehin Olarak Bırakılan Kölenin Müdebber Kılınması	552

- ٤٥٩ .٩٤ عصمة مال من أسلم في دار الحرب
- ٤٦٣ .٩٥ قبض رأس مال السلم في المجلس هل هو شرط أم لا؟
- ٤٦٧ .٩٦ تباع عين بدينٍ والعاقدان يعلمان أن لا دينَ
- ٤٦٩ .٩٧ عدم تسمية قدر رأس المالِ
- ٤٧١ .٩٨ كون الفساد في صلب العقد أو لا
- ٤٧٥ .٩٩ الفرق بين الإجازة والإقالة عند هلاك أحد عوضي المقايضة
- ٤٧٧ .١٠٠ اختلاف العاقدين في محلّ الإيفاء في السلم
- ٤٧٩ .١٠١ جواز بيع الذئب
- ٤٨١ .١٠٢ دعوى عبد يجني جناية عند بائعه وجناية عند مشتريه
- ٤٨٥ .١٠٣ الاختلاف في وقت موت العبد المبيع بشرط الخيار
- ٤٨٧ .١٠٤ الحيلة في دفع الربا
- ٤٩١ .١٠٥ انتقاص قيمة الدينار الذي كان ثمنًا
- ٥٠١ .١٠٦ مبادلة النقود المغشوشة
- ٥٠٥ .١٠٧ بعد كساد الفلوس المستقرضة هل الأداء بعينها أو بقيمتها
- ٥٠٩ .١٠٨ بيع البر للمقرض أو اشتراؤه منه

كتاب الرهن

- ٥١٣ .١ ركن عقد الرهن
- ٥١٧ .٢ اعتبار التخلية قبضًا في الرهن
- ٥٢٣ .٣ ضمان المرهون الهالك في يد المرتهن
- ٥٢٧ .٤ هلاك الرهن في يد المرتهن
- ٥٢٩ .٥ دفع المرتهن المرهونَ إلى أحد عياله
- ٥٣١ .٦ قضاء دين الغير بلا أمره
- ٥٣٧ .٧ حكم رهن المشاع
- ٥٤١ .٨ تولي الواحد طرفي عقد الرهن
- ٥٤٣ .٩ هلاك المال المرهون
- ٥٤٥ .١٠ وضع المرهون عند الدائنين
- ٥٤٩ .١١ استحقاق المرهون
- ٥٥١ .١٢ إعتاق العبد المرهون من قبل الراهن
- ٥٥٣ .١٣ تدبير العبد المرهون

14. Rehin Bırakılan Malın Değerinin Düşmesinin Borcun Düşmesine Etkisi	556
15. Rehnedilen Kölenin Birini Hata ile Öldürmesi	560
16. Hata ile Birini Öldüren Rehin Kölenin Kıymetinin Borçtan Fazla Olması	564
17. Râhin ve Mürtehinin, Cinâyet İşleyen Rehin Köleyle İlgili Dâvası	570
18. Rehnin Tayini Konusunda Râhin ile Mürtehin Arasındaki İhtilaf	576
19. Rehnedilen Malın Değerinin Düşmesi Hususunda Râhin ile Mürtehinin İhtilafı	580

HACİR

1. Efendisinden İzinsiz Olarak Sattığı veya Satın Aldığı Bir Şeyi Telef Eden Kölenin Tazmin Sorumluluğu Ne Zaman Başlar?	584
2. Sefihe Malının Verilmemesinin Sebebi	586
3. Buluşa Ulaşma Emareleri	588
4. On Sekiz Yaşın Buluş İçin Son Sınır Olması	590

ME'ZÛN: TASARRUF İZİNLİSİ

1. Dolaylı İzin	594
2. Belli Bir Konuda Verilen İzin Mahcûru Her Konuda Me'zûn Yapar mı?	600
3. İznin Geçerli Olması için Mahcûrun Bundan Haberdar Olması Şart mıdır?	600
4. Kölenin Kayırmalı Satım Yapması	604
5. Me'zûn Kölenin Bekâret İzalesi Konusundaki İkrarı	606
6. İhtilafı Meseleyle İstişhad	610
7. Alacaklının, Kendisine Borçlu Olan Kölenin Satıldığı Akdi Fesh Etme Hakkı	612
8. Borçlu Köleyi Satın Alan Müşterinin Hasım Kılınması	620
9. İzinlilik Bilgisi	624
10. Vârislerden Birine Borçlu Olan Kölenin Miras Olarak Taksimi	626
11. Muhayyerliğin Geri Dönmesi ile Borcun Geri Dönmesi Arasındaki Fark	630
12. Me'zûn Müdebberin Başka Biri için Vekâleten Bir Şey Satın Alması	632
13. Müdebberin, Organının Kesilmesine Karşılık Aldığı Bedeli, Borcuna Karşılık Satması	636

- ٥٥٧ .١٤ إسقاط الدين بتراجع السعر
- ٥٦١ .١٥ قتل العبد المرهون الغير خطأ
- ٥٦٥ .١٦ كون قيمة عبد مرهون يقتل خطأ أكثر من الدين
- ٥٧١ .١٧ الدعاوى بين الراهن والمرتهن في قتل العبد المرهون
- ٥٧٧ .١٨ الخلاف بين الراهن والمرتهن في تعيين الرهن
- ٥٨١ .١٩ اختلاف الراهن والمرتهن في انتقاص قيمة الرهن

كتاب الحجر

- ٥٨٥ .١ إذا أتلّف العبد ما باعه أو اشتراه بغير إذن مولاه متى يضمّنه؟
- ٥٨٧ .٢ علة منع دفع مال السفية إليه
- ٥٨٩ .٣ أمارات حد البلوغ
- ٥٩١ .٤ كون ثمانية عشر سنة هو الحد النهائي للبلوغ

كتاب المأذون

- ٥٩٥ .١ الإذن دلالة
- ٦٠١ .٢ الإذن في نوع من التصرف هل يجعل المحجور مأذوناً في كل التصرفات
- ٦٠١ .٣ هل يلزم علم المأذون بكونه مأذوناً
- ٦٠٥ .٤ محاباة العبد في بيعه وشراؤه
- ٦٠٧ .٥ إقرار المأذون بافتضاض المرأة
- ٦١١ .٦ الاستشهاد بالمسألة المختلف فيها
- ٦١٣ .٧ حق الفسخ للدائن في بيع مديونه
- ٦٢١ .٨ جعل مشتري القنّ المديون خصماً
- ٦٢٥ .٩ العلم بمأذونية العبد
- ٦٢٧ .١٠ قسمة العبد المديون لأحد الورثة
- ١٣٦ .١١ الفرق بين عود الدين وعود الخيار
- ٦٣٣ .١٢ توكيل المدبر المأذون بالشراء
- ٦٣٧ .١٣ بيع المدبر بدل طرفه عن دينه

İKRAR

1. Ebû Hanîfe'ye Göre Sehim 'Altıda Bir' Anlamındadır 642
2. "Zeyd'den, Hayır, Bekir'den Gasbettim." Şeklindeki İkrarın Hükümü 642
3. Kadri Olmayanın, Kadri Olandan İstisna Edilmesinin Hükümü 644
4. Gasp ve Vedîada Settûka ve Züyûfun Dirhemlerden İstisnası 652
5. Kabzın, İktiza Yoluyla Sabit Olması 662
6. Vedîayı İkrarın Hükümü 668
7. Kardeşliği İkrar ile Zevciyyeti İkrar Arasındaki Fark 674
8. Kardeşliği İkrar ile Zevciyyeti İkrar Arasındaki Fark Konusunda Ebû Hanîfe ve Muhammed'in Görüşü 676
9. Ortaklardan Birinin Evin Bir Odasının Başkasına Ait Olduğunu İkrar Etmesi Konusunda Muhammed'in Görüşü 680
10. Üç Çocuğun, Babalarının Borcunu İkrarda İhtilaf Etmeleri Konusunda Muhammed'in Görüşü 682
11. Üç Çocuğun, Babalarının Borcunu İkrarda İhtilaf Etmeleri Konusunda Muhammed'in Görüşünün Diğer Bir İzahı 686
12. Üç Çocuğun, Babalarının Borcunu İkrarda İhtilaf Etmeleri Konusunda Muhammed'in Görüşünün Başka Bir İzahı 686
13. Nesebin Meçhul Olmasının Anlamı 688
14. İki Malikin Cârîyenin Durumu Konusunda İhtilaf Etmesi 690
15. İki Ortaktan Birinin Üçüncü Bir Kişi Lehine İkrarda Bulunması, Diğer Ortağın ise Onu Yalanlaması 696
16. Hisselerinin Miktarı Konusunda İki Ortağın İkrarda Bulunması 700
17. Önceki Meselede Malın İki Ortak Arasında Beş Hisse Üzerinden mi Yoksa Altı Hisse Üzerinden mi Taksim Edileceği Konusundaki İhtilaf 706
18. Üç Ortaktan İkisinin Farklı Miktarda İkrarda Bulunmasının Sonucu 708
19. İkrar Eden ve İkrar Lehtarının, İkrar Edenin Elindeki Malın Vedîa ya da Gasp Olduğu Konusunda İhtilaf Etmeleri 712
20. Hastanın, Yabancı veya Vâris Lehine Vedîa İkrarı 718
21. Efendinin, Sağlığında Gerçekleşen Kitabet Akdinin Bedelini Kabzettiğini Hastalığında İkrar Etmesi 720
22. Hastanın, Yabancıdan Borcunu Tahsil Ettiğini İkrar Etmesinin Sahih Olması ile Vâristen Tahsil Ettiğini İkrar Etmesinin Sahih Olmaması Arasındaki Fark 726
23. Üzerinde Sağlıklı Zamanına Ait Borcu Bulunan Hastanın Takas İkrarı 734

كتاب الإقرار

- ٦٤٣ .١ السهم بمعنى السُدس عند أبي حنيفة
- ٦٤٣ .٢ حكم إقرار المقرّ بقول «غصبته من زيد لا بل من بكر»
- ٦٤٥ .٣ حكم استثناء القدريّ ممّا ليس بقدري
- ٦٥٣ .٤ استثناء السّتوقّة وَالزّيوف من الدراهم في الغصب والوديعة
- ٦٦٣ .٥ ثبوت القبض بطريق الاقتضاء
- ٦٦٩ .٦ حكم الإقرار بالوديعة
- ٦٧٥ .٧ الفرق بين الإقرار بالأخوة وبين الإقرار بالزوجية
- ٦٧٧ .٨ رأي أبي حنيفة ومحمد في الفرق بين الإقرار بالزوجية وبين الإقرار بالأخوة
- ٦٨١ .٩ رأي محمّد في إقرار أحد الشريكين ببيت في دار لشخص آخر
- ٦٨٣ .١٠ رأي محمّد في اختلاف إقرار ثلاثة بنين في دين أبيهم
- ٦٨٧ .١١ وجه آخر لرأي محمّد في مسألة إقرار ثلاثة بنين في دين أبيهم
- ٦٨٧ .١٢ وجه آخر لرأي محمّد في مسألة إقرار ثلاثة بنين في دين أبيهم
- ٦٨٩ .١٣ معني كون النسب مجهولا
- ٦٩١ .١٤ اختلاف المالكين في شأن الجارية
- ٦٩٧ .١٥ إقرار أحد الشريكين لثالث وتكذيب شريكه الآخر إياه
- ٧٠١ .١٦ اختلاف إقرار الشريكين بمقدار نصيبهما
- ١٧ .١٧ الاختلاف في تقسيم المال بين الشريكين من خمسة أو من ستة في المسألة السابقة
- ٧٠٧ .١٨ أثر اختلاف إقرار الشريكين من ثلاثة شركاء بمقدار نصيبهم
- ٧١٣ .١٩ اختلاف المُقرِّ والمُقرِّ له في كون المال الذي في يد المُقرِّ وديعةً أو غصباً
- ٧١٩ .٢٠ إقرار المريض بالوديعة للوارث أو للأجنبيّ
- ٧٢١ .٢١ إقرار السيد في مرضه بقبض بدل كتابه وَقَعْتُ في حال صحته
- ٧٢٢ .٢٢ الفرق بين صحّة إقرار المريض باستيفاء الدين من الأجنبيّ وبين عدم صحته من الوارث
- ٧٢٧ .٢٣ إقرار المريض الذي عليه دينُ الصحّة بالمُقاصّة

24. İddetin Bittiği Konusunda Karı ve Koca Birbirini Doğruladıktan Sonra Kocanın Kadın Lehine Borç İkrarında Bulunması	740
25. Kişinin, Sağlığında Sattığı Kölenin Semenini Kabzettiğini Hastalığında İkrar Etmesi	746
26. Hastanın Teberrua İlişkin İkrarının Bâtil Olması; Alacağını Aldığına İlişkin İkrarının Bâtil Olmaması	752
27. Üç Oğlu Olan Hastanın, Elindeki Evi Oğlundan ve Yabancı Birinden Bin Dirheme Satın Alıp Semenini Ödemediğini İkrar Etmesi	754
28. Hasta Mükâtebin, Efendisinden Sağlığı Zamanındaki Alacağını Kabzettiğini İkrar Etmesi	760
29. İkrar Lehtarının, Mukirrin “Ben Senin Kölenim.” Şeklindeki İkrarını Önce Reddedip Sonra Tasdik Etmesi	764

İCÂRE: KİRALAMA

1. İcârenin Kabzdan Sonra Ortaya Çıkan Kusur Sebebiyle Feshedilmesi	768
2. Ücret ile Tazminin Bir Araya Gelmemesi	770
3. İcâre Akdinde Sürenin İşten Önce Zikredilmesiyle İşten Sonra Zikredilmesi Arasındaki Fark	776
4. Hacir Altına Alınmış Kölenin Çalışma Ücretini Hak Ediş Gerekçesi	780
5. Kira Akdinde Tayin Muhayyerliği	784
6. Farklı Seçeneklere Göre Kira Akdi Yapılması	788
7. Diyâneten Yükümlü Olunan Şeylerin Kira Akdine Konu Edilmesi	794
8. İcâre Akdinde Fâsit Şart	796
9. Tarlayı Kanal Açma Şartıyla Kiraya Verme	800
10. İbadet İçerikli Şeylerin Kira Akdine Konu Edilmesi	802
11. Kiralama Konusunda Vekâlet ve Ücretin Tazmini	806
12. Malları Taksim İşleminin Şarta Bağlanması	812
13. Ta’likî Şartın Akde Etkisi	816
14. Ortaklığın Şarta Bağlanması	820
15. Yargılamanın Fâsit Şartla Bâtil Olmaması	820
16. Kefâletin Fâsit Şartla Bâtil Olmaması	822
17. Kitabet Akdininin Fâsit Şartla Bâtil Olmaması	822

ŞUF’A: ÖNCELİKLİ ALIM HAKKI

1. Şuf’a Talebinin İspatlanması	830
2. Akarın Paylarının İki Farklı Akitle Peşpeşe Satılması hâlinde Şuf’a Hakkı	832

- ٧٤١ .٢٤ تصادق الزوجين على مضيِّ العدة من الطلاق ثم إقرار الزوج بدين لها
- ٧٤٧ .٢٥ إقرار المريض بقبض ثمن العبد الذي باعه في صحته
- ٧٥٣ .٢٦ بطلان إقرار المريض بالتبرع وعدم بطلان إقراره بالاستيفاء
٢٧. إقرار المريض وله ثلاثة بنين بشراء دار في يده بألف من ابنه ومن أجنبي وعدم
٥٥٧ نقده الثمن
- ٧٦١ .٢٨ إقرار المكاتب المريض باستيفاء دين الصحة من مولاه
- ٧٦٥ .٢٩ رد المُقَرَّر له إقرار المُقَرَّر بقوله «أنا قَتَلْتُك» ثم تصديقه

كتاب الإجارة

- ٧٦٩ .١ فسخ الإجارة بالعيب الحادث قبل القبض
- ٧٧١ .٢ عدم اجتماع الأجر والضمان
- ٧٧٧ .٣ الفرق بين ذكر الوقت قبل العمل وبين ذكره بعد العمل في الإجارة
- ٧٨١ .٤ وجه استحقاق المحجور أجره عمله
- ٧٨٥ .٥ خيار التعيين في الإجارة
- ٧٨٩ .٦ التخيير في الإجارة بين الخيارين المختلفين
- ٧٩٥ .٧ حكم الإجارة على ما هو واجب ديانة
- ٧٩٧ .٨ الشرط المفسد في الإجارة
- ٨٠١ .٩ اشتراط كرى الأنهار في إجارة الأرض
- ٨٠٣ .١٠ الإجارة على الطاعات
- ٨٠٧ .١١ الوكالة في الإجارة وتضمين الأجرة
- ٨١٣ .١٢ تعليق القسمة بالشرط
- ٨١٧ .١٣ أثر التعليق في العقد
- ٨٢١ .١٤ تعليق الشركة بالشرط
- ٨٢١ .١٥ عدم فساد القضاء بالشرط الفاسد
- ٨٢٣ .١٦ عدم بطلان الكفالة بالشرط الفاسد
- ٨٢٣ .١٧ عدم بطلان الكتابة بالشرط الفاسد

كتاب الشفعة

- ٨٣١ .١ إثبات حق الشفعة
- ٨٣٣ .٢ حق الشفعة في حالة البيع سهما من العقار ثم الباقي يبيع آخر

3. Şu'fadarın Beyyine Getirememesi Durumunda Yemin Etmesi	836
4. Şu'fadarın Derhal Muvâsebe Talebinde Bulunduğuna Dair Sözünün Kabul Edilmesi	840
5. Müşterinin Şu'fa Talebini İkrar Etmesi	844
6. İşhad Talebinde Bulunma Süresi	846
7. Şu'fa Yoluyla Alımda Sorumluluk	850
8. Gaip Satıcıya Şu'fa Talebinde Bulunmak	852
9. Bir Kimsenin Kendi Sebebiyle Tamam Olan Bir Şeyi Yıkması	858
10. Müşterinin Tasarrufta Bulunmasından Sonra Arazinin Şu'fadara Verilmesi	862
11. Müşteri ve Şu'fadarın Yeminleşmesi	866
12. Şu'fa Konusu Malda Satıcının Semenle İlgili Beyanının Kabulü	868
13. Akdın Şu'fadara Dönmesi	874
14. Şu'fadalardan Birinin, Payının Bir Kısımından Vazgeçmesi	876
15. Âkideynin Muhayyerlik İddiasında Bulunup Şu'fadarın Bunu İnkâr Etmesi	880
16. Semen'in Kusurlu Çıkması Durumunda Şu'fadar, Akarı Ne Karşılığında Alır?	884
17. Satın Alınan Malın Kusurlu Çıkması Durumunda Müşterinin Hakları	886
18. Sulh Bedeli Olarak Alınan Akarın İade Edilmesi Durumunda Şu'fa Hakkı	890
19. Müşterinin Semende Artış Yaptığı Gayrimenkulün Şu'fadara Verilmesi hâlinde Bu Artışı Geri Alması	894
20. İki Evde Ortak Olan İki Kişinin Paylarını Birbirlerine Satması	896

ŞİRKET

1. Ortaklardan Birinin Diğerinin Rızası Olmadan Şirket Akdini Feshetmesi	902
2. Meyve Satımında Belli Bir Miktar Meyvenin İstisna Edilmesi	904
3. Tekabul (İş) Şirketinde Ortaklardan Birinin İkrarının Diğer Hakkında Geçerli Olması	906
4. Mufâvaza Ortaklığı Bozulduktan Sonra Vekilin Satın Aldığı Kölenin Mülkiyeti	910
5. Vekilin Müvekkilin Fiili Sebebiyle Azledilmesi ile Semavî Bir Âfet Sebebiyle Azledilmesi Arasındaki Fark	916

EKLER

1903

- ٨٣٧ .٣. يمين الشفيع عند عدم إقامة البينة
- ٨٤١ .٤. تصديق قول الشفيع «طلبْتُ حين علمتُ» مع اليمين
- ٨٤٥ .٥. إقرار المشتري طلب الشفيع
- ٨٤٧ .٦. مدة طلب الإشهاد
- ٨٥١ .٧. العهدة في أخذ المبيع بالشفيع
- ٨٥٣ .٨. طلب الشفيع على الغائب
- ٨٥٩ .٩. نقض الإنسان ما تم من جهته
- ٨٦٣ .١٠. تسليم العقار للشفيع بعد التصرف المشتري
- ٨٦٧ .١١. تحالف المشتري والشفيع
- ٨٦٩ .١٢. قبول بيان البائع بالثمن في المشفوع
- ٨٧٥ .١٣. تحول الصفقة إلى الشفيع
- ٨٧٧ .١٤. تسليم أحد الشفعاء بعد حقه
- ٨٨١ .١٥. دعوى العاقدين بالخيار وإنكاره الشفيع
- ٨٨٥ .١٦. بمقابلة أي شيء يأخذ الشفيع عند ظهور الثمن معيياً؟
- ٨٨٧ .١٧. حق المشتري عند ظهور العيب في المبيع
- ٨٩١ .١٨. حق الشفيع عند رد العقار وهو بدل الصلح
- ٨٩٥ .١٩. تزييد المشتري في الثمن ورجوع المشتري إلى الزيادة عند أخذ الشفيع الدار
- ٨٩٧ .٢٠. تباع أحد الشركين في الدارين حصته للآخر

كتاب الشركة

- ٩٠٣ .١. فسخ أحد الشريكين عقد الشركة بدون رضی شريكه
- ٩٠٥ .٢. استثناء أرتال معلومة في بيع الثمر
- ٩٠٧ .٣. نفاذ إقرار أحد الشريكين على الآخر في شركة التقبل
- ٩١١ .٤. ملك العبد الذي اشتراه الوكيل بعد نقض المفاوضة بين الشريكين
- ٩١٧ .٥. الفرق بين عزل الوكيل بفعل من الموكل وبين انعزاله بسبب آفة سماوية

GİRİŞ

FÂZIL EMİR VE *TESHİL HÂŞİYESİ* ÜZERİNE

I. Fâzıl Emîr Üzerine

Fâzıl Emîr'in hayatı hakkında bilgi veren bir kaynak yoktur. İslam Ansiklopedisi'nde adına hiçbir atıf olmadığı gibi, Osmanlı âlimlerini anlatan ulaşabildiğimiz biyografi kitaplarında da adı geçmiyor. Nev'îzâde'nin *Hadâik* zeylinde Fâzıl Emîr lakaplı birinden bahsedilir.¹ "Küçük Emîr" olarak da bilinen bu Fâzıl Emîr, muhtemelen, Molla Câmî'nin *Kâfiye* şerhi üzerine hâşiyesi bulunan ve hicrî 987 yılında Mısır'da ölmüş olan başka birisidir.

Hâşiyesini çevirdiğimiz Fâzıl Emîr, kelimenin tam anlamıyla gizli kalmış bir Osmanlı âlimidir. Yazdığı eserin kalitesi, yetkinliğinin göstergesi olan böyle bir âlimin gizli kalması, şaşırtıcı ve anlaşılabilir açıklanması zor bir durum olarak gözüktüyor. Bu durum nasıl açıklanabilir diye kendi kendime sorduğumda aklıma, hased-i akrân, yazdığı eserin biraz teknik olması ve nihayet bu eserin -her ne kadar onun itirazlarına cevap sadedinde olsa bile- Osmanlı tarihinde bir şekilde şaibeli duruma düşmüş veya düşürülmüş olan Şeyh Bedreddîn'in eseri üzerine yazılmış olması gibi ihtimaller dışında başka bir şey gelmedi. Hased-i akrân konusu ile ilgili olarak özellikle padişah IV. Mehmed'in, Köprülü Fâzıl Ahmed Paşa'nın ve Şeyhülislam Minkârîzâde'nin yakın dostu olan Vâni Mehmed Efendi ile aralarında bir rekabet ve kıskançlık/çekememezlik olması ve üçüncü nokta ile ilgili olarak da Birgili Mehmet Efendi'nin Şeyh Bedreddîn'in *et-Teshîl*'ini muteber olmayan kitaplardan sayması hatırlanabilir. Ne var ki elde kuvvetli veri olmadığı için bunlar da durumu ikna edici şekilde açıklamaya yetmeyen spekülâtif birer tahmin olmaktan öteye gitmez.

Bizim Fâzıl Emîr'i keşfetmemiz, Şeyh Bedreddîn'in fıkıh kitaplarını Türkçeye çevirdiğimiz sırada, onun Şeyh Bedreddîn'in *et-Teshîl* adlı eserine yazdığı -ve tahkik ve çevirisini yaptığımız- bu *Hâşiyeye*'ye muttali olmamız sayesinde oldu. Fâzıl Emîr'in hayatı hakkındaki bilgilere büyük ölçüde söz

1 Nev'îzâde Atâyî, *Hadâikül-Hakâik fî Tekmîleti's-Şakâik*, haz. Suat Donuk, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2017, 1001-1002.

konusu *Hâşiye*'deki ifadelerinden hareketle ulaşmaya çalıştığımız gibi ilmi kişiliğini de yine bu *Hâşiye*'deki görüşlerinden hareketle belirledik.

Fâzıl Emîr'in yaşadığı dönemi, çevirisini yaptığımız *et-Teshîl Hâşiyesi*'nin mukaddimesinde kendilerinden övgüyle bahsettiği padişah, vezir ve şeyhülislamın kim olduklarının tespitiyle teşhis edebildik. *Hâşiye*'nin Süleymaniye Kütüphanesi Carullah koleksiyonu 617 numarada kayıtlı nüshasının zahriyesine, Veliyyuddin Cârullah (ö. 1151/1738), Fâzıl Emîr'in, mukaddimedede övgüyle kendilerine atf yaptığı padişah, vezir ve şeyhülislamın kim olduklarına dair bir kayıt düşmüştür. Bu kayda göre Fâzıl Emîr'in atf yaptığı padişah Sultan IV. Mehmed (saltanatı: 1648-1687); vezir, Köprülüzâde Fâzıl Ahmed Paşa (sadareti: 1072-1087) ve şeyhülislam da Minkârîzâde Yahya Efendi'dir (görev süresi: 1073-1084).¹ Fâzıl Emîr mukaddimedede Mehmed Han'ın adını da vermektedir.

Hâşiye'nin "Savaş Hukuku" bölümünün dokuzuncu meselesinde Fâzıl Emîr, o dönemde Osmanlı topraklarında çıkan bir isyandan, isyancılara karşı yürütülen bir savaştan, bu savaşa bir şekilde iştirak ettiğinden, isyanı bastırmakla görevli komutanın maiyyetinde bulunduğundan ve isyancılardan hükmüne ilişkin olarak o komutanın kendine sorduğu sorulara verdiği cevaplardan söz eder.

Söz konusu isyan, IV. Mehmed ve Köprülü Fâzıl Ahmed paşanın görev süreleri dikkate alındığında, muhtemelen Abaza liderliğindeki Celâlî isyanı olmalı ve Fâzıl Emîr'in "meclisinde bulunduk" dediği komutan da bu isyanı bastırmak üzere görevlendirilen Diyarbekir Beylerbeyi Murtaza Paşa olmalıdır. Abaza liderliğindeki Celâlî isyanının bastırılış ve Abaza'nın idam tarihi 1069/1659 olduğuna göre ve bu isyan IV. Mehmed'in saltanatı sırasında ve Köprülü Mehmed Paşa'nın sadaretinin başlarında gerçekleştiğine göre, Fâzıl Emîr'in sözünü ettiği isyan bu olmalıdır. Buradan ve mukaddimedede atf yapılan kişilerin görev sürelerinden hareketle, *Hâşiye*'nin kaleme alınış tarihinin 1070'li yılların başında olduğu tahmin edilebilir.

1 Fâzıl Emîr'in, *Hâşiye*'de "el-Müftî'l-Basîr" [Basiretli Müftî] diyerek atf yaptığı kişinin (bk. Zekât 4. mesele) Minkârîzâde olması mümkündür. "Basiretli müftî, Ebu'l-Hüseyn el-Bağdâdî'nin *el-Muhtasar*'ı üzerine yazılan şerhten bir nakil zikrederek Müslüman birinin zimmînin cizye borcuna kefil olmasının geçerli olduğuna dair fetva vermiştir."

Hâşiye'nin mukaddimesinin başındaki "Aziz ve Yüce Allah'a, dinî bilgilerle süslenmiş, kemal vasfı kendisinde tecelli etmiş, rabbinin tahkik meydanında öne geçirmek suretiyle lütfettiği yüce payelerle teselli bulmuş kimsenin hamdetmesi gibi hamdediyorum." şeklindeki ifadeleri, Fâzıl Emîr'in hayatı boyunca hamdetmeyi gerektirecek ilmî makamlara geldiğini ima etmektedir. Zaten kendisi *Hâşiye*'nin Mudârebe bahsinin dördüncü meselesinde gençlik yıllarında Kostantiniyye-i Mahrûsenin Sahn-ı Semân medreselerinde müderrislik yaptığından bahsetmektedir.¹ Ne yazık ki bugüne kadar Sahn-ı Semân'da müderrislik yapanların tam bir listesi çıkarılmamış olduğu için, hangi dönemde, kimlerle müderrislik yaptığını da bilemiyoruz. Yine mukaddimedeki "Zeyd ile Amr arasındaki davalarda hüküm vermek, asrın getirdiği meselelerde fetva vermek gibi işler..." ifadesi, açıkça kadılık yaptığını gösterdiği gibi fetva işlerine bakmak gibi bir görevinin bulunduğunu da göstermektedir. Bu fetva verme işinin hangi statüyle yerine getirildiğine dair bir tespit bulunamadık. Bunun yanında üst düzey bürokraside bir tür danışmanlık yaptığını ima eden ifadeleri de vardır.

II. *Hâşiye ale't-Teshîl* Üzerine

A. *Hâşiye*'nin Kaleme Alınış Sebebi ve Değeri:

Fâzıl Emîr *Hâşiye*'nin mukaddime kısmında bu *Hâşiye*'yi kaleme alış sebebini açıklarken, başlangıçta Arap dili ve edebiyatıyla ilgili ilimleri okuyup okuttuğundan, daha sonra fıkıh ve fıkıh usulü ilimlerine yöneldiğinden ve bu uğurda gece gündüz demeden gayret ettiğinden bahsettikten sonra sözü "muhakkik âlimlerin sonuncusu" diye nitelediği Şeyh Bedreddîn'e ve onun *et-Teshîl* adlı kitabına getirir ve *et-Teshîl*'deki kilitlerin mühürlerini açmayı başardığından söz eder. Fâzıl Emîr, her ne kadar Şeyh Bedreddîn'in tenkide olan düşkünlüğü sebebiyle Hanefî mezhebinin kurucu imamlarına yönelik itirazlarında aşırıya gitmiş olduğunu söylese de

1 "Gençliğimde Kostantiniyye-i Mahrûsenin Sahn-ı Semân medreselerinin birinde çalışırken ders bu konuya geldiğinde Allah Teâlâ'nın bu fakir kuluna bahsettiği doğru cevabı, kitabın kenarına yazıp kaydetmiştim. Bâbertî'nin adı geçen şerhindeki bu açıklamanın, Allah'ın bana elde etmeyi nasip ettiği cevap ile uygunluk arz ettiğini görünce, bahsettiği bu nimetten dolayı Allah'a hamdederek kitabın kenarına düştüğüm notu burada naklettim..."

et-Teshîl adlı kitabının, kimsenin tozuna bile yetişemeyeceği ve sahasında kimsenin yarışamayacağı, iz bırakan etkili bir eser olduğunu belirtir ve bu eserde Hanefî mezhebinin kurucu imamlarına yöneltilen eleştiri ve itirazlara onlar adına kudret ve kabiliyeti ölçüsünde cevap verme işini üstlenmeyi epeyden beri içinden geçirdiğinden, ancak bazen Zeyd ile Amr arasındaki davalarda hüküm vermek, bazen de asrın getirdiği meselelerde fetva vermek gibi işler yüzünden buna fırsat bulamadığından bahseder. Ve nihayet ömrünün sonlarına doğru dağınık işlerini toparlayıp azalttığını, kendisini oyalayan kimi işlerden kendi isteğiyle uzaklaşırken kimilerinden artık gücü yetmediği için alıkonulduğunu dile getirir ve bunu fırsat bilerek kuru ekmeğe razı olup kimseye el açmadan mahzun kalbinin derinliklerinde saklı olan, nurlu şeriatın pınarlarından çıkarmış olduğu el değmemiş, özgün cevapları ortaya koymak için harekete geçtiğinden söz eder.

Burada *Hâşiyе*'nin yazılış amacının Şeyh Bedreddin'in Hanefî imamlara yönelttiği eleştirilere cevap vermek olduğunu açıkça zikreder. Yine bu ifadelerinden, önceleri, Arap dili ve edebiyatı ile, sonra fıkıh ve fıkıh usulü ilimleriyle ilgilendiği de anlaşılmaktadır. Yine ifadelerinden bu *Hâşiyе*'yi ömrünün sonlarına doğru yazdığı, bu dönemde maddi açıdan bazı sıkıntılar yaşadığı da çıkarılabilir. Satır altı okuması yapılacak olursa, Fâzıl Emîr, bir yandan kendisinin *et-Teshîl*'deki bazı tespit ve görüşlerini yanlış bulup eleştirmesinin Şeyh Bedreddin'in ve *et-Teshîl*'in önemini ve değerini azaltmayacağını ima ederken bir yandan da bu denli büyük bir âlimi ve son derece önemli eserini eleştirmekle kendisi için de bir yetkinlik iddiasını ima etmiş olmaktadır. Kanaatimce *Hâşiyе*'deki performansı Fâzıl Emîr'in bu subliminal yetkinlik imasını tasdik ve teyit etmektedir.

Fâzıl Emîr'in *Hâşiyе* boyunca yaptığı şey, Şeyh Bedreddin'in *et-Teshîl*'i kaleme alırken özellikle Hanefî mezhep imamlarına, yani Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e yönelttiği ilkesel tutarsızlık iddialarına veya bu yönde ortaya koyduğu itiraz ve istifhamlara cevap verme çabasından ibarettir. Kendisi burada verdiği cevapları 'özgün cevaplar' olarak nitelendirmektedir. Bazen Şeyh Bedreddin'in kurucu imamlara değil, Hanefî mezhebinin

önde gelen fukahasına (meşâyih) yönelttiği eleştirileri de tespit etmekte ve o eleştirilere de cevap vermektedir.¹

Fâzıl Emîr'in *Hâşiye* boyunca mezhebin bütünlüğünü ve tutarlılığını önemseydiği; imamlara bir leke gelmemesine, saygınlıklarının ve otoritelerinin zedelenmemesine ve sürdürülmesine özen gösterdiği ve bunun için özel çaba harcadığı dikkate alınınca, Fâzıl Emîr'in *Hâşiye*'yi kaleme alış amacının ve bu yöndeki çabasının, esasında ilkesel tutarsızlık iddialarına karşı bir *mezhep müdafası* olarak değerlendirilmesi mümkündür. *Hâşiye*'nin tamamında Hanefî mezhebinin kurucu imamlarını ve önde gelen Hanefî fukahayı koruma ve haklı çıkarma çabası açıkça görülmektedir.

Fâzıl Emîr'in öncelikli amacı, kurucu imamlara yöneltilen tutarsızlık eleştirilere cevap vermek ve onların saygınlıklarını korumak olsa da bunun yanında yine mezhep imamlarının ve mezhep görüşlerinin savunulmasıyla² bağlantılı olarak mezhebin önde gelen âlimlerini³ ve muteber metinlerini korumaya⁴ ve onların doğru bir şekilde anlaşılmasına da özel çaba harcadığı gözlenmektedir. Bunun için yeri geldiğinde, bu metinlerde birbirine aykırı gibi görünen farklı görüş ve ifadeleri uzlaştırma çabası içine girmiştir. Bu yöndeki bir ifadesi şöyledir: “Bunlar zahiren birbirine aykırı görünen iki görüşü uzlaştırma noktasında Allah'ın bana ilham ettikleridir.”⁵ Yine Ahî Çelebi'nin Kâdihân'ın fetvasındaki iki ifadeyi uzlaştırmaya teşebbüs ettiğinden ama muvaffak olamadığından ve kendisinin bu uzlaştırmayı başardığından bahseder.⁶

1 Örnek olarak bk. İkrar 24. mesele.

2 Bir inceliği gözden kaçırmış sebebiyle, Osmanlı Devleti'nin büyük âlimlerinden diye nitelediği Ahîzâde Abdülhalim'in, müçtehit seleflerimizi hataya nispet vartasına düştüğünden bahseder (İkrar 19. mesele). Bu yöndeki bir değerlendirmesi de şöyledir: “Âlimlerimizin göz ucuyla bakıp idrak ettikleri şeyler, onların usûl kulplarına yapışmayan, fûrû' eteklerine sınıksız tutunmayan kimselerin uzun incelemeleleriyle bile ortaya çıkmaz.” Bk. Alım Satım 14. mesele.

3 Âlimlerin saygınlığının korunması bağlamında Ayasuluğî'ye sù-i edep ithamında bulunması dikkat çekicidir. Bk. Namaz 28. mesele. Kâdihân savunusu için bk. Nikâh 13.

4 “Nasil olur da *el-Kâfi* ve *ez-Ziyâdât* müellifleri, bu tür gereksiz tasarrufları kitaplarına almakla nitelen-dirilebilir?” Bk. Şuf'a 20. mesele.

5 Alım Satım 44. mesele. Başka bir örnek için bk. Sulh 2. mesele.

6 Fâzıl Emîr'in bu konudaki ifadesi şöyledir: “Kâdihân'ın *el-Fetâvâ*'sında bu konuyla ilgili yer alan iki ifade arasında çelişki olduğu görülmektedir. Çünkü Kâdihân yukarıdaki meseleden önce ‘Efendinin, kölesinin bir başkasının muayyen bir malını sattığını görüp susması izin sayılmaz.’ demiştir. Sadruşşeria üzerine hâşiye yazan Ahî [Çelebi] bu iki ifadesini uzlaştırmaya teşebbüs etmiş ancak, sadra şifa bir uzlaştırma yapamamıştır. *el-Hâniyye* ve *et-Tebyîn* adlı eserleri incelerken bu fakirin aklına şöyle bir izah

Yine bu amaçla yeri geldiğinde metindeki ifadenin nasıl olması gerektiğine dair değerlendirme yapmış, metin yazarlarının titiz bulmadığı ifadelerini düzeltmeye çalışmış,¹ mutlak ifadelerin belirli kayıtlar eşliğinde anlaşılmasının ve metin şârihlerin titizlik göstererek mutlak ifadeleri gerektiği şekilde kayıtlamasının gerekliliğine dikkat çekmiştir.² Mezhep metinlerinin doğru anlaşılması bağlamında, kurucu imamlardan gelen zayıf bir rivâyete dayanarak çelişki iddiasında bulunulamayacağına,³ yine Züfer'in tek kaldığı görüşten hareketle diğer kurucu imamların görüşüne itiraz edilemeyeceğine,⁴ metinlerde bir meselenin diğer bir meseleye benzetilerek anlatılması durumunda “tanzîr” ve “temsîl” farkının gözden kaçırılmaması gerektiğine⁵ ve İmam Muhammed'in konuya açıklık getirmek adına ihtilafı bir meseleyi, başka ihtilafı bir meseleyi açıklamada kullanmasının bu meselelerin ittifakla benimsendiği anlamına gelmeyeceğine dikkat çekmesi⁶ önemlidir. Yine Şeyh Bedreddin'in, *et-Teshîl*'deki ve daha önce yazdığı *Câmiu'l-Fusûleyn*'deki ifadelerinin farklı olması durumunda, Fâzıl Emîr'in bu ifadelerden hangisinin mezhep görüşü olabileceğini muteber kitaplara başvurmak suretiyle tespiti çalışması da bu bağlamda zikredilebilir.⁷

geldi: Kâdihân görme ve susmanın tekrür etmesini sadece kölenin kendi efendisinin malında yaptığı tasarruf için gerekli görmüştür. Kölenin başka birinin malında yaptığı tasarrufun izin sayılması için bu görme ve susmanın tekrarlanmasını gerekli görmemiş, aksine sadece bir kez gerçekleşen tasarrufu gördüğünde efendinin susmuş olmasını köleye verilen bir izin olarak değerlendirmiştir.” Bk. Tasarruf İzinlisi 1. mesele. Fâzıl Emîr, başka bir vesileyle de Şeyh Bedreddin'in, “Muhammed'in iki görüşü arasını uzlaştırmak zor.” dediğini belirttiikten sonra “Aslında uzlaştırma kolay fakat Şeyh zorlanmış.” demektedir. Bk. Tasarruf İzinlisi 11 ve 12. meseleler.

- 1 Mesela bir yerde “Böyle demek yerine şöyle deseydi daha iyi olurdu.” diyerek ibareyi düzeltmiştir. Benzer düzeltmeler için bk. Nikâh 9. mesele; İcare 17. mesele. Molla Hüsrev'in *el-Gurer*'i yazarken *el-Vikâye*'deki ibareyi yanlış anladığını fark edip *ed-Dürrer*'de düzelttiğine dair tespiti için bk. Müsâkât 1. mesele.
- 2 Örnek olarak bk. Vekâlet 9. mesele. Şârihlerin şerh yazarken yanlış anlaşılmayı önleyecek şekilde davranmaları gerektiğine dair notu şöyledir: “Uygun olan Şeyh'in metinde 'gazilerin hakkından dolayı' ifadesinden sonra 'Bu hakkın bir ivaz olmaksızın ıskat edilmesi câiz değildir.' cümlesine yer vermesiydi. Nitekim diğer şerhlerde böyle geçmektedir. Şârihlerin vazifesi de zaten budur.” Başka bir yerde ise “Zeylâ ve Ayasuluğî'nin bu konudaki sözleri tereddüt ve karıştırmadan hali değildir. Ulemanın bu konudaki sözlerini araştırmamızın neticesinde ortaya çıkan şey şudur.” demektedir. Alım Satım 82. mesele. “*el-Gâye*'deki ifade usul ve fûru kitaplarındaki mal tarifine aykırı.” Alım Satım 58. mesele. Ayrıca bk. Alım Satım 44. mesele.
- 3 Vedâ 2. mesele.
- 4 Havâle 5. mesele.
- 5 Namaz 24. mesele.
- 6 Diyetler 13. mesele.
- 7 Alım Satım bölümünün 44. meselesinde şöyle der: “Buradan anlaşılıyor ki, yukarıdaki meselede mezhebin görüşü, *Câmiu'l-Fusûleyn*'de zikredilendir. Şeyh'in *et-Teshîl*'de zikrettiği delile ve o delilden anlaşılmasına itibar edilmez.” Yine Hibe bölümünün 9. meselesinde Şeyh'in *Câmiu'l-Fusûleyn*'de râic görüşü

Mezhebin bütünlüğünün ve sistematik yapısının korunması adına Fâzıl Emîr'in sıkça dile getirdiği önemli hususlardan biri de bazı âlimlerin öne sürdükleri yeni görüşler hakkında, bu görüşün nakille desteklenmesi, yani muteber fukahanın eserlerinde açıkça geçmesi veya hiç değilse bu yönde bir ima bulunması durumunda dikkate alınacağını aksi takdirde genel olarak dikkate alınmayacağını söylemesidir.¹ Burada örnek olarak Fâzıl Emîr'in bu yöndeki bir değerlendirmesini zikredebiliriz:

“Şeyh'in söylediği, şayet mezhep imamlarından gelen bir rivâyet ise bu konuda söyleyeceğimiz bir şey yoktur. Bu durumda söylenen şey, bu mesele hakkında bir görüş olur. Böyle değil de aksine sözünün akışından anlaşıldığı üzere kendi görüşü ise bu durumda şöyle denilir...”²

Yine Mehmed el-Vânî'nin bir değerlendirmesi hakkında “Nakil yoksa Vâni'nin sözüne itibar edilmez.” demiştir.³

Fâzıl Emîr, incelediği meselenin klasik Hanefî metinlerdeki izini sürerek kimi müelliflerin ifadelerinin yanlışlığına, bazı metinlerde hata bulunduğu⁴ ve bir metin yazarı tarafından kullanılan yanlış bir ifadenin sonraki dönemlerde yaygınlık kazanabileceğine dikkat çekmiştir. Bu konuda İbn Nüceym'den naklettiği ifade şudur:

alırken burada mercûh görüşü almasının şaşırtıcı olduğunu belirtir.

1 Örnek olarak bk. Vekâlet 4. mesele. Molla Mehmed el-Vânî *ed-Dürrer ve el-Gurer* üzerine yazdığı hâşiyede “Ödeneni geri isteme hakkı konusunda bir fuzulî ile diğer bir fuzulî arasında fark gözetilmiş olması da mümkündür.” demiştir. el-Vânî bu sözleriyle muhtemelen şunu kastetmiştir: Kendisine ödeme yapılan fuzulî şayet “Borcunu bana öde, ben alacak sahibini razı ederim.” demişe ve bu fuzulî alacak sahibinin tanıdıklarından biri olup alacak sahibinin kırmayacağı ve görüşüne muhalefet etmeyeceği bilinen bir kimse ise borçlu ona yaptığı ödemeyi geri isteyemez. Buna mukabil söz konusu özelliklere sahip değilse geri isteyebilir. el-Vânî'nin zikretmiş olduğu bu fark, kendisinden önce söz ve rivâyetiyle şer'î hükümlerin sabit olduğu bir veya birkaç fakih tarafından dile getirilmişse mesele hallolmuş sayılır ve zikretmiş olduğu farkın iktiza ettiği hüküm de yerleşmiş sayılır. Buna mukabil kendisinden önce yukarıdaki özelliklere sahip bir fakih tarafından böyle bir görüş dile getirilmemesi el-Vânî'nin sözüne itibar olunmaz.” Mezhep nakillerinin desteklemediğini ifade ettiği iki görüş için bk. Şuf'a 8. mesele; Vedîa 1. mesele.

2 İkrar 25. mesele.

3 Vekâlet 4. mesele.

4 *Tenvîru'l-Besâir*'deki hataya işareti için bk. Sulh 4. mesele. “Ayasuluğî'nin *el-Münye*'den naklettiği ‘arazi içinde özel mescit bulunması hâlinde akdin, tamamı hakkında bâtil olacağına; mescidin genel olması durumunda ise akdin mülk hakkında câiz olacağına dair’ naklin sıhhati konusunda kalbim tatmin olmadı; aksine bende nüshanın sağlam olmadığı yönünde galip zan oluştu... Elimdeki *el-Münye* nüshasına müraacaat edip burada da aynı nakli görünce şaşkınlığım ve tereddüdüm iyice arttı. Uzun araştırmalardan sonra *el-Fetâvâ'l-Hâniyye*'nin Fâsîr Alım Satım bölümünde, içerisindeki vakıfla birlikte satılan arazi meselesini tasvirten sonra şöyle dediğini gördüm.” Alım Satım 60. mesele; “Bazı metinlerin ibareleri dakik değil.” Vekâlet 29. mesele; “Fakihlerimizin bu konudaki sözleri sıkıntudan hali değil.” Rehin 16. mesele.

“Çokça vaki olmaktadır ki, bir müellif kitabında hatalı bir şey söyler, ondan sonra gelen meşâyih de bu ibareyi değiştirmeksizin ve hatalı olduğuna dikkat çekmeksizin nakleder ki, bu ibarenin aslı, hata eden bir kişiye ait olduğu hâlde onu nakledenler çoğalır.”¹

Bu bağlamda Fâzıl Emîr, Sadruşşerîa'nın ve onun üzerinden Şeyh Bedreddin'in bir hatasına dikkat çekmiştir:

“Yaptığımız tüm bu alıntılardan anlaşıldığı üzere Sadruşşerîa yukarıda nakledilen görüşünü, ehl-i basiret ve tahkik nezdinde revaç bulmayan geçersiz bir çıkarım üzerine bina etmiştir. Ancak Şeyh'in, *el-Kâfi*'yi bu kadar sıkı bir şekilde takip edip, metin ve şerhteki pek çok meseleyi ondan almasına rağmen Sadruşşerîa'nın sözlerindeki bu problemin farkına varamaması ve meseleyi tahlil ederken ona tabi olması şaşılacak bir durumdur.”²

Fâzıl Emîr'in mezhep mensubiyetinin ve müdafaasının bir örneği olmak üzere Sulh Bölümü'nün birinci meselesinde naklettiği yaşanmış bir olayı biraz kısaltarak burada nakletmekte fayda vardır. Fâzıl Emîr başından geçen şöyle bir olayı nakletmektedir:

“Geçmiş günlerde Halep şehrine gittim. Oradaki Şâfiî müftüsü ve beraberiyle bir mecliste otururken kendisini Şâfiî mezhebine nispet eden birisiyle benim aramda bir tartışma yaşandı. Tartıştığımız meselenin hüküm ve delilleri hakkında pek çok söz edilince onların kendi mezhepleri lehine taassup göstererek Hanefî fakihlerini tenkitte aşırıya kaçtıklarını gördüm. Onları dîn-i mübinin hidâyet rehberleri olan müçtehit imamlara karşı takınılması gereken tavır konusunda doğru yola sevk etmek için çok çaba sarf ettim ama feryat ve nasihatlerim onları daha fazla inkâr ve aşırılığa itti. Kibir ve taşkınlıkları öyle bir dereceye vardı ki müftü olacak şahıs, tamamen asılsız ve hurafeden ibaret olan ve nakledenin ahmak sayılacağı bir hikâye anlattı. Bu hikâyeyi Yâfiî, tarih kitabında Sultan Mahmûd'un biyografisi sadedinde hicri 410 yılında yaşanan olayları zikrederken İmamü'l-Haremeyn el-Cüveynî'ye nispet ederek şöyle anlattı: Kaffâl el-Mervezî, Sultan Mahmud'un huzurunda Ebû Hanîfe'nin câiz saydığı namaz şeklini göstermek üzere iki rekât namazı şöyle kıldı: Önce tabaklanmış bir köpek derisi giymiş, derinin dörtte birini necasete bulaştırmış ve hurma nebzi ile abdest almış. Buldukları yer çöl ve mevsim yaz olunca, hâliyle hurma nebzinin üzerine sinekler üşüşmüş. Abdest alırken tertibe riayet etmeden ayaklardan başlamış ve niyet de etmemiş. İftitah tekbirini Farsça olarak almış, rükûyu tam yapmamış, secdeleri horozun yerden yem alması gibi yapmış ve iki secde arasında tam oturmamış. En son teşehhüt yapıp

1 İkrar 24. mesele.

2 Müsâkât 1. mesele. Ayrıca Çivizâde ve İbn Nüceym'in elde mevcut *el-Kenz* nüshalarında var olan açık ibareyi inkâr etme meyline dikkat çekmesi için bk. Kefâlet 4. mesele.

selam niyeti de olmaksızın yellenerek namazdan çıkmış. Sonra da sultana dönerek 'Ey sultan! İşte Ebû Hanîfe'nin kıldığı namaz budur.' diyerek en çirkin lafızları sarf edip, dindar bir Müslümanın duymaktan tiksineceği ve kesinlikle razı olmayacağı ifadeler kullanarak sözünü bitirmiş. Onların bu bozuk kanaatleri ve işe yaramaz sözlerine karşı, insanların dilinden hiç kimsenin kurtulamayacağını, hatta müşriklerin Allah hakkında dahi "Allah çocuk edildi." sözleriyle ona iftira attıklarını ifade ettim ve onlara, kendi mezhepleri hakkında yapılan dedikoduları zikretmek mecburiyetinde kaldım. Bunun yaparken maksadım imamlarını tenkit etmek değil, imamlarından sadır olan hükme karşı uyanık olmalarını sağlamaktı. *el-Bedâi'*de zikredildiği üzere, hidâyet önderi Ebû Mansûr el-Mâtürîdî, şöyle demiştir: "Âdemoğlu arasına kin ve düşmanlık tohumları atma konusunda inkâr üzerine yapılan sulhu câiz saymayan Şâfiî'nin yaptığını şeytan yapamamıştır." Zeylaî, Mâtürîdî'den bu sözleri naklettikten sonra şöyle demiştir: "Mâtürîdî'nin bu sözü doğrudur. Çünkü inkâr üzerine yapılan sulhu geçersiz saymak, insanlar arasında oluşan husûmet ve çekişme kapısını açarak fitne çıkmasına yol açar. Nitekim bilindiği gibi bir gencin itham edilmesi sebebiyle kabilelerden biri arasında bir fitne çıktı ve onlardan kırk bin kişi öldürüldü. Nihayet sulh yapıldı da intikam ateşi söndü." Onlara Mevlânâ Nizameddin'in hidâne bahsinde annesi ile babası boşanan çocuğun aklî melekesi tam olarak oluşmadığı için onlardan birini tercih etmek için muhayyer bırakılamayacağına dair Hanefî mezhebinin görüşünü izah ederken; Şâfiî'nin, çocuğun muhayyer olacağına hükmettiğini söyledikten sonraki şu ifadelerini naklettim. "Hayret doğrusu! Şâfiî, çocuğun kendisi için tamamen faydadan ibaret olan ve Rabbini tercih etmesi anlamına gelen İslam'ı seçmesini geçersiz sayarken anne ve babasından birini tercih edebileceğine hükmetmiştir. Hâlbuki çocuğun buradaki tercihi oyun ve eğlenceye mebni olacağından onun için tamamen zarardan ibarettir." Bunu naklettikten sonra onlara Mevlâ Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinin vitir bahsinde *el-İnâye* müellifinin Hanefî mezhebinin tercih noktasında zikretmiş olduğu on altı meseleyi ihtiva eden risalesinden alıntıladığı meseleleri zikrettim. Yine onlara Mevlâ Ayasuluğî'nin aynı kitabının kuyuların hükümleri ile ilgili bölümünde, bazı cahil Şâfiîlerin "Ebû Hanîfe'nin kovası ne kadar akıllı! Necis su ile temiz suyu birbirinden ayırt edebiliyor." şeklindeki alaycı sözleriyle ilgili olarak Serahsî'den naklettiği "Bu ifade sahabeyle yapılan bir hakarettir. Çünkü onlar içine necaset düşen kuyunun suyu boşaltıldığında temiz olacağı konusunda icmâ etmişlerdir." sözlerini hatırlattım. Vakit vererek elde edilebilecek inci ve yakut misali bu sözleri ikna ipine dizerek naklettikten sonra onlara "Bu konu sözle anlatılamayacak kadar uzun ve geniştir. Kuhistânî'nin 'Mezhep, sahabe ve tâbiûnun değil, Ebû Hanîfe'nin taklit edilmesidir. Nitekim *el-Usûlu's-Sitte* adlı kitapta yer aldığı gibi Hz. İsa -bizim peygamberimize de ona da salat ve selam olsun- yeryüzüne indiğinde Ebû Hanîfe'nin mezhebine göre hükmedecektir.' şeklindeki sözleri bizim için iftihar, sizin için de utanç vesilesi olarak yeter. Halep'teki tartışmada aklıma gelen ve orada sözlü olarak dile getirdiğim hususları burada

yazıya geçirerek sonlandırmış oldum. Orada mezhebi desteklemek üzere verdiğim bu cevabın, Ebû Hanîfe'nin bir kerameti olduğunu düşünüyorum. Allah ondan ve dinin hükümleri konusunda kıyamete kadar ona tabi olanlardan razı olsun!"

Hâşiye'nin önemini artıran hususlardan birisi de özellikle Osmanlı ulemasının gerek birbirleri gerekse önceki bazı müellifler hakkındaki ve bazı Hanefî âlimlerin birbirleri hakkındaki¹ değerlendirmelerini içeriyor olmasıdır.² Fâzıl Emîr yeri geldikçe gerek kendi döneminde gerekse daha önce yaşamış âlimlerin görüşlerine işaret ederek kimini tasvip ve teyit ederek kimini de eleştirerek³ kendi pozisyonunu belirtmiştir. Bu durum kendisi için bir varlık ve itibar ispatı çabası olarak değerlendirilebilir. Ama daha önemlisi o dönem açısından fikhî konularda dinamik bir tartışma ortamı bulunduğunu, ulemanın birbirlerinin görüşlerinden haberdar olduğunu ve öne sürülen görüşlere kayıtsız kalınmadığını göstermesidir. *Hâşiye*'nin önemini artıran bu husus özel olarak üzerinde çalışılmaya değer bir konudur.

Özellikle Şeyh Bedreddin'in görüşlerine ilişkin başta Molla Hüsrev'in-kiler olmak üzere farklı değerlendirmeler,⁴ Çivizâde'nin Molla Hüsrev eleştirisi,⁵ İbn Kemal'in Şeyh Bedreddin'in itirazına cevabı, Fâzıl Emîr'in özellikle Vâni⁶ ve Molla Hüsrev eleştirileri⁷ zikredilmeye değerdir. Fâzıl Emîr'in Vâni Mehmed Efendi'ye yönelttiği eleştirilerde şahsî bir antipati kokusu sezilse de genel olarak Fâzıl Emîr'in eleştirisi⁸ ve değerlendirmeleri, hakikatin ortaya çıkarılması amacıyla yönelik gözükmektedir.

1 Zeylaî'nin Nesefti eleştirisi, Molla Hüsrev'in Nesefti'yi haklı bulması ve Fâzıl Emîr'in değerlendirmesi için bk. Alım Satım 75. mesele.

2 Fâzıl Emîr, İbn Nüceym'den naklen Kostantiyye'de vakıfların satımı konusunda gerçekleşen bir olaya ilişkin verilen bir fetvadan ve Çivizâde'nin buna atfen yaptığı bir değerlendirmeden bahsederek bu konuda kendi kanaatini serdedir. Bk. Alım Satım 60. mesele. Yakup Paşa'ya eleştirisi için bk. Zekât 4. mesele; Ayasuluğî'ye eleştirisi için bk. Zekât 5. mesele.

3 Allâme'nin görüşünün eksik olduğunu belirttiği bir yer için bk. Vedia 1. mesele. Azmizâde'nin sözünün yanlışlığına dikkat çektiği bir yer için bk. Kaçmış Köle 2. mesele.

4 "Molla Hüsrev çoğunlukla Şeyh'i hatalı görmekte ve sahih bir şekilde anlaşılması mümkün olmasına rağmen onu 'tasalluf' ile -yani kuru gürtlü çıkarmakla- nitelemektedir. Oysaki tabi olunmaya layık olan şey, hakikattir." Alım Satım 74. mesele.

5 Molla Hüsrev'in *ed-Düver*'ine yazdığı talikte Çivizâde'nin Molla Hüsrev'i eleştirirken aşırıya kaçtığı yönündeki değerlendirmesi için bk. Kefâlet 4. mesele.

6 Örnek olarak bk. Alım Satım 1. mesele; Şuf'a 4. mesele.

7 Örnek olarak bk. İcare 3. ve 17. meseleler.

8 Eleştiri yönelttiği kişiler arasında Molla Hüsrev ve Vâni dışında, Kuhistânî (Vekâlet 21. mesele.), İsmail

Çağdaşları da dâhil çoğu Osmanlı âlimi için, bir saygı ifadesi olarak Mevlâ, Mevlânâ tabirlerini kullanmıştır. Bunlar arasında Molla Hüsrev, Vânî, Sivâsî gibi âlimleri zikredebiliriz. Fâzıl Emîr'in özellikle Osmanlı ulemasına atıflarından anlaşıldığı kadarıyla, Şeyh Bedreddîn'in eserleri, Osmanlı fukahası arasında pek aleni olmayan bir ilgiye mazhar olmuştur. Nitekim Molla Hüsrev gibi kimi âlimler Şeyh Bedreddîn'i eleştirmeye san-ki özel bir çaba göstermişlerdir.

Fâzıl Emîr'in *Hâşîye'*yi kaleme alırken atıf yaptığı Osmanlı âlimleri arasında İbn Kemal'e, nâm-ı diger Kemalpaşazade'ye özel bir yer açmak gerekir. İbn Kemal'i hep Allâme veya Allâme-i Rûmî yani "Anadolu'nun allâmesi" olarak anmıştır. Fâzıl Emîr'in, İbn Kemal için Anadolu'nun allâmesi tabirini kullanması, onun gerek aklî gerek naklî ilimlerdeki yetkinliği yanında bir de muhtemelen, Osmanlı uleması arasında gündeme gelen "Suyûtî mi büyük, İbn Kemal mi büyük?" tartışmasının izlerini taşımakta ve Fâzıl Emîr'in bu tartışmadaki tarafını ve kanaatini ima etmektedir.

Fâzıl Emîr atıf yapış genelde eleştirdiği kişilerin başında çağdaşı Mehmed Vânî Efendi (ö. 1096/1685) gelir. Fâzıl Emîr, Mehmed el-Vânî'nin Molla Hüsrev'in Dürer adlı eserine yazdığı hâşiyede dile getirdiği bazı görüşlere atıf yapmış ve çoğunu eleştirmiştir.¹ Onu, fakihlerin kastettiklerini anlamaktan uzak düşmekle, asıl ve fer'den habersiz olmakla, meseleyi yeterince incelemeyip yüzeysel bakmakla itham etmiştir. Bir yerde de el-Vânî'nin zikretmiş olduğu bir değerlendirme üzerine

"Bu fark, kendisinden önce söz ve rivâyetiyle şer'î hükümlerin sabit olduğu bir veya birkaç fakih tarafından dile getirilmişse mesele hallolmuş ve zikretmiş olduğu farkın iktiza ettiği hüküm de yerleşmiş sayılır. Fakat kendisinden önce yukarıdaki özelliklere sahip bir fakih tarafından böyle bir görüş dile getirilmemişse el-Vânî'nin sözüne itibar olunmaz."

demiştir. Yine Vânî'nin bir açıklaması üzerine "Bu izah tuhaftır; çünkü bu konulara vakıf olan birinin gözünden kaçmayacağı üzere el-Vânî'nin, târi istihkak durumu için tasvir ettiği bu özel durum, şer'an bilinen istihkak

b. Sinan es-Sivâsî (Oruç 5. mesele; Alım Satım 22. mesele; Hadler 1. mesele.), Ayasuluğî (Zekât 5. mesele.), Ahî Çelebi (Vekâlet 4. mesele.), İbn Melek (Vekâlet 29. mesele) gibi isimler de vardır.

1 Örnek olarak bk. Alım Satım 1. mesele; Mudârebe 6. mesele; Kefâlet 4. mesele (ayrıntılı eleştirisi); Hibe 9. mesele; Şuf'a 4. mesele; Savaş Hukuku 5. mesele.

kabilinden değildir.” demiştir. Fâzıl Emîr’in birçok yerde çağdaşı Mehmed el-Vânî’yi biraz ağır sayılabilecek bir şekilde eleştirmesi aralarında gizli bir rekabet olduğu izlenimini doğurmaktadır. Vâni’nin, padişah IV. Mehmed tarafından “hâce-i sultânî” olarak görevlendirilmesi, padişahın onun ders ve vaazlarını takip etmesi, ayrıca Şehzade Mustafa’nın hocası olması gibi hususlardan dolayı Fâzıl Emîr’in ona karşı geriden geriye bir kıskançlık duygusu taşıdığı da akla gelebilir.

Fâzıl Emîr’in bazı görüşlerine atıf yapıp değerlendirmelerde bulunduğu Osmanlı âlimlerinden birisi de Ahîzâde Abdülhalim Efendi’dir. Fâzıl Emîr’in onun hakkındaki bir değerlendirmesi şöyledir:

“Belirtilen meselede ikrar lehtarının sözünün geçerli olduğu şeklinde muteber kaynaklarda zikredilen görüş, üç imamın görüşüdür. Çünkü bu konuda herhangi bir ihtilaf zikredilmemiştir. Dolayısıyla Abdulhalim Efendi’nin kabul edip özen gösterdiği görüş, aralarında herhangi bir ihtilaf olmaksızın ashabımızdan nakledilen görüşe aykırıdır. Bu tutum ise câiz olmayan ve seleflerimizin razı olmadığı bir tutumdur. Zira Kâdîhân’ın *el-Fetâvâ*’sında ve diğerlerinde şöyle denilmiştir: ‘Bir kimse yetkin bir müçtehit olsa bile kendi görüşü ile imamlara muhalefet edemez. Çünkü zahir olan, doğrunun imamlarımız ile birlikte olması olup doğrunun onların gözünden kaçması düşünülemez. Kendisinin içtihadı ise onların içtihadının mertebesine ulaşamaz. Aynı şekilde bizim imamlarımıza muhalefet edenlerin görüşlerine bakmaması ve hüccetlerini kabul etmemesi gerekir. Çünkü imamlarımız, delilleri bilmekte olup bunlardan sahih ve sabit olanları, böyle olmayanlardan ayırmışlardır.’”¹

Gerek Osmanlı uleması hakkında burada bir kısmına işaret edilen değerlendirmeleri gerekse yukarıda işaret edilen diğer hususlar dikkate alındığında, Fâzıl Emîr’in *Hâşiyе*’si, klasik mezhep literatürünün nasıl okunacağı, zahiren çelişkili görünen ifadelerin nasıl uzlaştırılacağı, boşlukların nasıl doldurulacağı konusunda kılavuzluk etme özelliğine sahip yüksek kaliteli bir metin olarak tavsif edilebilir. Bu nitelikteki bir eserin ve müellifinin yeterince tanınmamış olması tekraren ifade edelim ki hayret vericidir.

B. Şeyh Bedreddin’in Eleştirilerine Cevap Verirken İzlediği Yöntem:

Şeyh Bedreddin, önce büyük ölçüde İbnu’s-Sââtî’nin *Mecmau’l-Bahreyn* adlı eserini esas alarak ve *el-Kâfi* gibi metinlerden yararlanarak *Letâifu’l-İşarât*

1 İkrar 19. mesele.

adlı muhtasar bir metin kaleme almış, daha sonra bunu, büyük ölçüde yine başta *el-Kâfi*¹ ve *Mecmau'l-Bahreyn* şerhleri olmak üzere diğer önemli Hanefî metinlerden yararlanarak şerh etmiş ve bu şerhe *et-Teshîl* adını vermiştir.

Şeyh Bedreddîn *et-Teshîl*'de, "Ben derim ki" diyerek gerek Hanefî mezhebinin kurucu imamlarına, gerekse muteber metin sahiplerine bazı tutarsızlık ve çelişki eleştirileri yöneltmiştir. Kendince tutarsız gördüğü noktaları, yapabiliyorsa iddia ettiği tutarsızlığı giderme sadedinde bazı değerlendirmeler yapmış, bazen itirazı dile getirmekle yetinmiş, bazen de farklı olduğunu düşündüğü iki meselenin aynı hükme tabi tutulması veya aynı gibi görünen iki meselenin farklı hükümlere tabi tutulması durumunda "Bu farkın sebebi gösterilmelidir." diyerek cevapsız geçiştirmiştir.²

Fâzıl Emîr, *Hâşiyeye*'de Şeyh Bedreddîn'in *et-Teshîl*'deki "Ben derim ki" diyerek dile getirdiği yaklaşık 850 istifham ve itirazın hepsine cevap vermez. Çünkü bunların üçte birinden biraz fazlasına Şeyh'in kendisi cevap vermiştir. Muhtemelen bu cevapları Fâzıl Emîr yeterli gördüğü için onları gündemine almamıştır. Fâzıl Emîr'in cevap verdiği mesele sayısı 556'dır.

Şeyh Bedreddîn'in *et-Teshîl*'de "Ben derim ki" diyerek yaptığı değerlendirmelerin hiç değilse çoğunun, mezhep imamlarından gelen rivâyetlerden farklı, hatta bazen muarız olan³ kendine ait özgün değerlendirmeler olması beklenir. Ancak Fâzıl Emîr, Şeyh Bedreddîn'in kendine aitmiş gibi sunduğu değerlendirmeleri de mercek altına almış ve bu değerlendirmelerden bir kısmının mezhep imamlarından gelen bir rivâyet olduğunu; bir kısmının ise mezhebin muteber kitaplarında bulunduğunu göstererek eğer Şeyh Bedreddîn metinlerde olanı gördükten sonra bu değerlendirmeyi yapmışsa bunu yakışıksız bir kendine mal etme girişimi olarak nitelendirmiş; eğer görmeden yapmışsa bunun ona bahşedilen bir lütuf olduğunu ifade etmiş-

-
- 1 Fâzıl Emîr yeri geldiğinde bu hususa dikkat çeker: "Diğer pek çok mesele gibi bu mesele de âdeti olduğu üzere Şeyh'in *el-Kâfi*'den aldığı bir meseledir." Bk. Şirket 4. mesele. Ayrıca bk. Mudârebe 9. mesele; Vekâlet 1. mesele; Mûsâkât 1. mesele.
 - 2 Örnek olarak bk. Namaz 5. mesele; Zekât 6. mesele; Dava 6. mesele; Alım satım 24, 31, 64, 66 ve 99. meseleler; Rehin 12 ve 18. meseleler; İkrar 8. mesele; İcare 3. mesele; Sulh 4. mesele; Nikâh 8. mesele; Talak 13. mesele; Hadler 3. mesele.
 - 3 Şeyh Bedreddîn'in, öşür arazinde elde edilen baldan öşür alınması meselesinde yaptığı değerlendirmenin mezhep imamlarından gelen rivâyete uymadığını bizzat kendisinin belirttiği bir yer için bk. Zekât 9. mesele.

tir.¹ Şeyh Bedreddin'in muteber metinlerde olmayan veya kendisinin bulamadığı bazı değerlendirmelerini ise bazen takdir etmiş² bazen eleştirmiş; bazı çıkarımlarını ise muteber metinlerin yanlışladığını belirtmiştir.³

Fâzıl Emîr, Şeyh Bedreddin'in itiraz ve tutarsızlık iddialarına cevap verirken, genellikle, iddia edildiği gibi gerçekte bir tutarsızlık olup olmadığı; bu itirazın daha önce başkaları tarafından dile getirilip getirilmediği;⁴ aynı itirazın kendisinden sonra kimler tarafından sürdürüldüğü;⁵ bu itirazlara daha önce cevap veren bir âlim olup olmadığı;⁶ eğer cevap veren olmuşsa bu cevabın yeterli olup olmadığı; Şeyh Bedreddin'in kendi yaptığı itiraza bizzat kendisinin cevap verdiği durumlarda bu cevabın yeterli olup olmadığı gibi hususları değerlendirmiştir. Bazı yerlerde Şeyh Bedreddin'in itirazını haklı fakat cevabını yetersiz bulmuştur.⁷ Tespit ve değerlendirmelerini isabetli bulduğu yerlerde ise Şeyh Bedreddin'i takdirden geri durmamıştır.⁸ Fâzıl Emîr'in Şeyh Bedreddin'in değerlendirmelerine ilişkin yaklaşımını en güzel anlatan ifadelerinden biri şudur:

“Allah rahmet etsin Şeyh, birçok yerde mezhep imamlarından rivâyet edilen görüşleri, kendi görüşü olarak zikretmektedir. Bunun, fazla araştırma yapmamasından ve kaynaklara fazla müracaat etmemesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Aslında bu, ehline malum olduğu üzere, değerli bir mertebe olup, ancak Allah Teâlâ'dan büyük bir lutfu mazhar olan kimselere müyesser olur. Lutuf O'nun elindedir, onu dilediğine verir.”⁹

-
- 1 Bk. Alım Satım 5. mesele. Diğer kendine mal etme örnekleri için bk. Oruç 3. mesele; Alım Satım 5, 28, 59 ve 91. meseleler; İcare 14. mesele; Vekâlet 13 ve 17. meseleler; İkrar 27. mesele; Köle azadı 9. mesele; Şuf'a 5, 6 ve 7. meseleler; Öldürme ve Yaralama Suçları 2. mesele; Diyetler 5. mesele; Hazır ve İbâha 1. mesele; Vasiyet 10. mesele; Şirket 3. mesele.
 - 2 Örnek olarak bk. Namaz 7. mesele; Zekât 10. mesele; Alım Satım 26. mesele; Rehin 3 ve 16. meseleler; Vekâlet 21. mesele.
 - 3 Alım Satım 11. mesele.
 - 4 Şeyh Bedreddin'in yaptığı itiraz öncesinde başka âlimler tarafından dile getirilmişse, Fâzıl Emîr “Şeyh bu itirazında tek değil.” diyerek bu duruma da işaret etmiştir. Bk. Kefâlet 8. mesele.
 - 5 Mesela Sadruşşerîa şerhi üzerine bir hâşiye yazan Yakup Paşa'nın dile getirdiği itirazlarının çoğunun Şeyh Bedreddin'den alınma olduğunu belirtmiştir. Bk. Vekâlet 6. mesele. “Hayreti mucip olan şeylerden biri de *el-Ferâid* isimli şerhinde *el-Mültekâ* şârihi Sivâsî'nin, Şeyh'in mezhep imamlarının görüşlerini rivâyet eden meşâyihe yönelik eleştiri ve itirazlarını herhangi bir tenkit veya onaylamaya tabi tutmaksızın nakletmesidir. Bu nakilden amacının ne olduğunu bilemiyoruz.” Mudârebe 8. mesele.
 - 6 Allâme, şeyhin bu itirazına cevap vermiştir. Vekâlet 5 mesele.
 - 7 İcare 17. mesele.
 - 8 “Bu mesele, Sadruşşerîa'nın kaleminin dizgininden çıkan hatayı Şeyh'in fark edip çözüm getirdiği bir yerdir.” Bk. Namaz 7. mesele.
 - 9 İkrar 27. mesele.

Yeri geldiğinde Şeyh Bedreddîn'in ifadelerini uzlaştırmaya da çalışır.¹

Verilen cevabı yeterli görmemesi durumunda veya hiç cevap verilmemiş olması durumunda Fâzıl Emîr, bu itiraz ve eleştirilere çoğu kez Hanefî mezhep literatürünün muteber metinlerinden hareketle cevap vermiş; bu metinlerden hareketle cevap oluşturamadığı durumlarda ise kendisi bir cevap hazırlamaya çalışmıştır. Verdiği cevabın başvurduğu kaynaklarda olmaması durumunda buna işaret etmiş ve cevabı kendisinin oluşturduğunu belirtmiştir.²

Bu cevaplama sürecinde *Hâşiye*'nin başında övgüyle söz edip “muhakkik âlimlerin sonuncusu” diye nitelediği Şeyh Bedreddîn'e karşı olabildiğince objektif yaklaşmış, itirazlarında yanılma noktalarına ve sebeplerine işaret etmiştir. Şeyh Bedreddîn'e yönelttiği en genel eleştiri *Hâşiye*'nin mukaddimesinde ve birçok yerinde ifade ettiği üzere onun “tenkide olan düşkünlüğü”dür. Fâzıl Emîr, Şeyh Bedreddîn'in tenkide olan düşkünlüğüne birçok yerde tekrarladığı gibi³ mezhep imamlarına karşı cüretkar olduğunu da dile getirir.⁴ Şeyh Bedreddîn'in kurucu imamlara yönelttiği eleştirilerde yanılıya düştüğü noktalara da işaret eder. Fâzıl Emîr'e göre, Şeyh Bedreddîn'in yanılıya düşmesine sebep olan hususlardan bazıları şunlardır: Zekâsına aşırı güven,⁵ meseleyi etraflıca düşünmemek,⁶ muteber kitaplara

-
- 1 “Bu açıklama ile Şeyh'in iki sözünün arası uzlaştırılmış olur. Fakat Şeyh'in 'diğerinin rızası olmadıkça...' şeklindeki ifadesi problemlidir. Çünkü fesih konusunda dikkate alınan husus, diğer ortağın buna rıza göstermesi değil, bunu bilmesidir. Bir şeyi bilmekle o şeye rıza göstermek arasında ise önemli bir fark vardır. Dolayısıyla yerinde olan, Şeyh'in 'diğerinin bilgisi olmadıkça...' demesiydi.” Bk. Şirket 1. mesele.
 - 2 Mesela Şuf'a bölümünün 16. meselesinde bunu şöyle ifade etmiştir: “Ben başvurmakla müşerref olduğum kaynakların hiçbirinde bu kaydın faydasına açıkça veya işaretle değinen birine rastlamadım.”; yine Alım Satım bölümünün 84. meselesinde şöyle der: “Kimsenin sözünde rastlamaksızın idrakine muvaffak kılındığım husus şudur:...” Yine Gasp bölümünün 2. meselesinde “İşte konuya ilişkin ayrıntılı açıklama bu olup yukarıdaki şekilde izah sadedinde benden başka bu şekilde yazan kimseyi görmedim. Evet, bu açıklama, özü itibarıyla muteber kitaplarda mevcuttur, ancak dağınık bir şekilde mevcuttur.” der. Ayrıca bk. Vekâlet 10. mesele.
 - 3 Örnek olarak bk. Rehin 12. ve 13. meseleler; İkrar 14. mesele; Vekâlet 8. mesele.
 - 4 Örnek olarak bk. Vekâlet 2. mesele.
 - 5 Örnek olarak bk. Talak 9. mesele.
 - 6 Talak 1. mesele. “Bu açıklamayı anladıysan Şeyh'in itirazını zayıf bir temele dayandırmak suretiyle nasıl çürük bir iş yaptığını tam manasıyla kavramışsın demektir. Nitekim bir darbimeselde 'Eğri değnek doğru gölge vermez.' denilmiştir. Dolayısıyla Şeyh'in “İstihsân, Şâfi'nin görüşüdür.” sözü yerinde değildir. Şeyh'in böyle bir hataya düşmesi, ancak usul konularıyla yeterince ilgilenmemesinden ve usul ve fîrû' konusunda gerekli araştırmayı yapmamasından kaynaklanmıştır. Bunda şaşılacak bir şey yoktur. Çünkü usta süvari bazen tökezler, keskin kılıç bazen iskalat.” İkrar 3. mesele. Ayrıca bak Alım Satım 35. mesele; Rehin 9. mesele.

az müracaat etmek,¹ metinlerdeki mutlak ifadeleri doğru anlayamamak,² kusurlu genelleme yapmak,³ kurucu imamların ilkesinden habersiz olmak,⁴ usul bilgisinin azlığı/zayıflığı,⁵ râcîh görüşü mercûh, mercûh görüşü de râcîh gibi takdim etmek⁶ ve kıyas mealfârik yapmak.⁷

Fâzıl Emîr, Şeyh Bedreddin'in, "Ben derim ki" diyerek herhangi bir âlime nisbet etmeksizin sanki kendi özgün görüşüymüş gibi yaptığı değerlendirmelerin izini sürmüş, birçok yerde Şeyh Bedreddin'in, kendine aitmiş gibi sunduğu görüşün, daha önce başkalarınca da dile getirildiğini söylemek suretiyle Şeyh Bedreddin'in bu görüşü öne süren ilk veya tek kişi olmadığını belirtmiştir. Bu yöndeki bir değerlendirmesi şöyledir: "Yapılan bu açıklamalardan anlaşılmalı olacağı üzere bu görüş Şeyh Bedreddin'den önce bir grup âlim tarafından daha sahih kabul edilmiş olup kendisi bu konuda ilk ve tek değildir."⁸

Fâzıl Emîr'in, Şeyh Bedreddin'i eleştirdiği noktalardan biri de metin sahiplerinin ittifakına aykırı olarak bir âlimin tek kaldığı görüşü benimseyip savunmasıdır. Fâzıl Emîr'in bu konudaki bir tespiti şöyledir: "Şeyh, metinde İbnu's-Sââtî'nin tek kaldığı bu görüşü almış, metin ve şerh sahiplerinin üzerinde ittifak ettiği görüşten vazgeçmiş ve bunun sonucunda belirttiği çelişkiyi iki imamın görüşüne yöneltilen itiraz olarak ileri sürmüştür."⁹

1 Talak 9. mesele; Şuf'a 9. mesele; İkrar 23. mesele. Bu konudaki bir değerlendirmesi şöyledir: "Şeyh'in bu gerçek hakkındaki tereddüdü muteber kitaplara az başvurması sebebiyle Ebû Hanife ve Ebû Yûsuf'un ilkelerinden habersiz kalmasından ve tenkide düşkünlüğünden kaynaklanmıştır." Rehin 9. mesele. Bu değerlendirme Şeyh'in *el-Bedâi*'deki şu bilgileri gözden kaçırdığını göstermektedir." Alım Satım 23. mesele.

2 Örnek olarak bk. Alım Satım 85. mesele; Rehin 7. mesele; Havâle 2. mesele.

3 Şeyhin genelleme yoluyla dile getirdiği bu ifadelerde kusurlar bulunduğu gibi... Şuf'a 3. mesele.

4 Örnek olarak bk. Rehin 12. ve 13. meseleler. Bu yöndeki bir ifadesi şöyledir: "Şeyh, meşâyihin önemli kitaplarını yeterince incelemiş olsaydı, bu mesele hakkında Ebû Yûsuf'un kıyas ile amel ettikten sonra ihtisana başvurduğunu görür ve karışıklık çukuruna düşmekten kurtulurdu." Şirket 3. mesele.

5 Örnek olarak bk. Tahâret 27. mesele; Talak 8. mesele; Gasp 3. mesele. "Kendi çıkarımı olan bu değerlendirme genel olarak âlimlerimizin beyanlarıyla uyumludur, ancak tafsilat gerektiren yerde hükmü mutlak olarak zikretmesi, Şeyh'in usul kaynaklarına başvurmamasının neticesidir." Zorlama ve Tehdit 3. mesele.

6 Talak 17. mesele.

7 Şeyh Bedreddin'in, Hz. Peygambere sövmenin küfür olmasına kıyasla namazı terk edenin de kafir olabileceğini ilişkin değerlendirmesini Fâzıl Emîr kıyas meâl-farık olduğunu öne sürerek şiddetle eleştirmiştir. Bk. Namaz 1. mesele.

8 Bk. Vekâlet 4. mesele.

9 İkrar 9. mesele. Yine bir yerde Köse Hüsâm'in, *Vikâye* müellifine itirazına ve Sivâsî'nin bu itirazı yerinde bulduğuna değinerek, itirazın ve yerinde bulmanın yersiz olduğunu ifade etmiştir. Bk. Alım Satım 97. mesele.

Şeyh Bedreddîn'in *et-Teshil*'de diğer mezhep imamlarını haklı bulduğu değerlendirmeleri de vardır.¹ Fâzıl Emîr bu noktayı "Ben, Şeyh'in kimi zaman muhalif mezheplerin görüşüne meylettğini ve onları desteklediğini görüyorum. Ancak derinlemesine düşündüğünde bunların hepsinde veya çoğunda hakkın bizim âlimlerimizin yanında olduğunu anlarsın." diyerek belirtmiştir.²

Fâzıl Emîr, yeri geldiğinde, özellikle de Şeyh Bedreddîn'in Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplerin görüşlerini haklı bulduğu noktalarda diğer mezheplerin görüşlerine de eleştiri yöneltmiştir. Bu yöndeki bir ifadesi şöyledir: "İnsanı hayrete düşüren şeylerden biri de Şâfiî ve takipçilerinin nasıl olup da bu apaçık delilin farkına varamayıp, haramlığın asıl olmasına hadiste nehyin önce zikredilmiş olmasıyla istidlal ettikleridir."³ Başka bir yerde Fâzıl Emîr, Şeyh Bedreddîn'in Hanefî imamların görüşlerine itiraz ederken benimsediği görüşün İmam Mâlik'in görüşü olduğunu tespit ederek şu değerlendirmeyi yapmıştır: "Şeyh'in, kendiliğinden bir tasarrufta bulunarak ashabın benimsediği kuralın aksine bir kuralı alması ve bu görüşünü muhalifin görüşünün illeti ile ta'lil etmesi uygun değildir... Sonuç olarak Şeyh burada doğru olan yöntemden ayrılarak sağlam olmayan bir yola girmiştir."⁴

Hâşiye boyunca Fâzıl Emîr'in yaptığı atıflardan, Şeyh Bedreddîn'in görüşlerinin, pek ismen atıf yapmasalar da Osmanlı uleması tarafından dikkate alındığı, kimi görüşlerinin benimsenip sürdürülürken kimi görüşlerinin de eleştirilip cevaplandırılmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Şeyh Bedreddîn'in görüşleriyle ilgilenenler arasında başta Molla Hüsrev olmak üzere, Yakup Paşa, Sa'dî Çelebi, Sivâsî, Mehmed el-Vânî sayılabilir.

Fâzıl Emîr Şeyh Bedreddîn'in itirazlarına cevap verirken sıklıkla bu konudaki önceki tartışmalara da atıf yapmakta ve ortaya çıkan görüşleri değerlendirmektedir.⁵ Burada Molla Hüsrev'e özel başlık açmak gerek-

1 Örnek olarak bk. Abdest 19. mesele; Zekât 2. mesele; Hac 6. mesele; Alım Satım 2. ve 10. meseleler; Havâle 3. mesele.

2 Bk. Tahâret 6. mesele.

3 Bk. Alım Satım 84. mesele.

4 İkrar 15. mesele.

5 Mesela bir yerde Sa'dî Efendi'nin, Şeyh Bedreddîn'in itirazına cevap vermeye çalıştığı bir meselede Fâzıl

mektedir. Çünkü Molla Hüsrev, *Düreru'l-Hükkâm*'ın bir çok yerinde Şeyh Bedreddin'in görüşlerini isim vermeksizin eleştirmiştir. Fâzıl Emîr bunları da tespit etmiş ve Molla Hüsrev'in, bazen insafı elden bırakarak sırf eleştirmek için eleştirdiği anlamına gelecek değerlendirmeler yapmıştır. Bu değerlendirmelerinden birisi şudur:

“Molla Hüsrev, Şeyh'in kabule şayan bu değerlendirmesini gördükten sonra, *ed-Dürer* adlı eserinde *el-Hidâye* sahibinin ve *el-Kâfi* sahibinin hadisin anlamına ilişkin yorumunu “daha üstün görüş” nitelemesiyle verirken, aslında hadisin devamındaki ifadeye ve sahabe uygulamasına daha uygun olan ve bir harfe başka bir harfin anlamını vermekten uzak olan görüşü [ki bu Şeyh'in görüşüdür] ‘Kabule şâyân olmayan (mercûh) görüş’ olarak vermiştir. Molla Hüsrev, muhtemelen bunu sırf Şeyh'e ittiba etmiş olmaktan kaçınmak için yapmıştır. Çünkü Molla Hüsrev çoğunlukla Şeyh'i hatalı görmekte ve sahih bir şekilde anlaşılması mümkün olmasına rağmen onu ‘tasalluf’ ile -yani kuru gürültü çıkarmakla- nitelemektedir. Oysaki tabi olunmaya layık olan şey, hakikattir.”¹

Molla Hüsrev'in Şeyh Bedreddin'e yönelik bir diğer eleştirisi hakkında Fâzıl Emîr şunları söyler:

“Molla Hüsrev'in söz oyunu yaparak itiraz zannettiği şeye cevap olsun diye zikrettiği şeyler, Şeyh'in ilkten ortaya attığı görüşe cevap olmadığı gibi, tam tersine mevcut rivâyetleri eleştirme ve selevin görüşlerinde kusur bulma anlamına gelir. Molla Hüsrev'in iddiasına dayanak yaptığı husus, semer otunun sapından daha zayıftır...”²

Fâzıl Emîr yeri geldiğinde Molla Hüsrev'i takdirden de geri kalmamıştır.³

Bütün bunlar da Fâzıl Emîr'in, özelde Şeyh Bedreddin'in, genelde ise diğer ulemanın görüşlerini değerlendirirken mümkün mertebe objektif davranmaya çalıştığıнын bir göstergesi sayılabilir.

Emîr, bu cevabın Bedreddin'in itirazına cevap olamayacağını belirtmiştir. İtk 4. mesele.

1 Alım Satım 74. mesele.

2 Hazr ve İbâha 2. mesele. Ayrıca Fâzıl Emîr'in Molla Hüsrev'e yönelik okkâlî bir eleştirisi için bk. Tasarruf İzinlisi 7. mesele; Hazr ve İbâha 2. mesele. Molla Hüsrev'e başka dokundurması için bk. Alım Satım 85. mesele; Azmizâde'nin Molla Hüsrev'e yönelik eleştirisine Fâzıl Emîr'in reddiyesi için bk. Kaçmış Köle 2. mesele.

3 Örnek olarak bk. Diyet 23. mesele; Hadler 6. mesele.

Fâzıl Emîr'in kendine ait görüşleri/değerlendirmeleri:

Daha önce de işaret edildiği gibi Fâzıl Emîr, Şeyh Bedreddîn'in eleştirilerini cevaplarırken, muteber metinlerde bir açıklama bulamadığı zaman, o konuda kendisi bir cevap oluşturmaya çalışmış ve bunu kendi görüşü olarak dile getirmiştir. Bazen de Şeyh Bedreddîn'in itirazıyla bağlantılı olmadığı hâlde, incelediği konuyla ilgisini dikkate alarak kendi fikrini açıklamıştır. Dikkat çekici bulduğumuz bir açıklamasına burada biraz kısaltarak yer verebiliriz.

Bu izahta Fâzıl Emîr, bulunduğu bir mecliste kendisine bir grup isyancı hakkında sorulan; onlar saldırmadan saldırıp köklerini kurutmanın câiz olup olmadığı, onlarla savaşma çağrısına uymanın vâcip olup olmadığı, asiler yenilgiye uğratılıp kaçmaya başladıktan sonra yakalananların öldürülmesinin câiz olup olmadığı, asilerin kesilen kellelerinin bir mekândan başka mekâna nakledilmesinin câiz olup olmadığı ve yıkanıp cenaze namazlarının kılınmasının câiz olup olmadığı şeklindeki beş soruya verdiği cevapları zikretmektedir:

“Yakın bir zamanda oldukça ilginç bir olay gerçekleşti. Hükümdarın askerleri arasından azgın bir topluluk bir güç oluşturarak ona başkaldırmış, yer-yüzünde fesat çıkarmış, masum insanları öldürmüş, mallarını yağmalamış ve ırzlarını çiğnemiştir. Meşru hükümdar tarafından nefret duyulan bu asilerle savaşmak için, sadık askerlerden bir kuvvet oluşturuldu. Biz de bu hükümdarın askerlerinin komutanı olarak tayin edilen zatın meclisinde bulunduk. Orada sağduyu sahibi olduğu düşünülen kişiler de bulunmaktaydı. Neticede söz döndü dolaştı bu aşağılık kimselerin vaziyetine geldi. Bana öncelikle bu kişilere, onlar çatışmaya girmeden saldırıp köklerini kurutmanın câiz olup olmadığı; bunlarla savaşmak için elinde imkân olan ve savaşa çağrılan her Müslümanın onlarla savaşmasının vâcip olup olmadığı; asiler yenilgiye uğratıldıktan ve kaçmaya başladıktan sonra yakalananların öldürülmesinin câiz olup olmadığı; asilerin kesilen kellelerinin bir mekândan başka mekâna nakledilmesinin câiz olup olmadığı ve son olarak da bunlar adaletin kılıcıyla ve dinin süngüsüyle kahredildiği zaman içlerinden maktûl olanların yıkanıp cenaze namazlarının kılınmasının câiz olup olmadığı soruldu. Böylece açık ve net cevap vermem istenen beş mesele ortaya çıktı. *İlk mesele*, bu kişilere onlar çatışmaya girmeden saldırıp köklerini kurutmanın câiz olup olmadığını araştırılmasıydı. Bu meseleyle iki açıdan yaklaşılabilir. Çünkü bu azgın topluluk hırsızlardan ve yol kesicilerden oluşmaktadır. Kuhistânî'nin eserinin isyancılarla ilgili bölümünde söyledikleri bu merkezdedir: ‘Bu kişilerin isyancı sayılmaları için fasık olma-

maları, fâsîd dahi olsa bir şüpheye sarılmaları gerekir. Eğer böyle bir gerekçeleri yoksa bunlar hırsızlarla aynı hükme tabidir.' Aynı müellif yol kesenler bölümünde 'Yol kesiciler [bir yönüyle] hırsızlardır.' demiştir. Hiçbir akıl ve insaf sahibi, meşru hükümdarımıza başkaldıran bu azgın topluluğun fasık olduğunda tereddüt etmez. Bunlar türlü türlü günahı ve yoldan çıkarıcı hareketi işleyen, hiçbir şüphe ve gerekçesi bulunmayan, dolayısıyla yol kesici olarak nitelenmesi gereken kişilerdir. Bunların, erkekleri öldürdüğünde, mallara el koyduğunda, ırzları çiğnediğinde en ufak bir tereddüt yoktur. Hükümdarın bunları öldürmesi veya asması ya da ellerini ve ayaklarını kestirmesi vâciptir. Bu hüküm Allah'ın kitabındaki şu buyruğa dayanmaktadır: 'Allah'a ve peygamberine karşı savaşanların ve yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya çalışanların cezası, ya öldürülmeleri veya asılmaları yahut el ve ayaklarının çapraz olarak kesilmesi ya da buldukları yerden sürgün edilmeleridir...' (Mâide 5/33). Buradan da anlaşılmaktadır ki bu kişiler yol kesici sayıldıklarına göre, bir mühlet vermeden ve geciktirmeden bunları öldürmek ve zararlarını yeryüzünden gidermek vâciptir. Zira bunlar Müslümanları öldürmüşler ve mallarına el koymuşlardır. Diğer açıdan ise bu iki şartı (fasık olmama ve bir gerekçesi bulunma) dikkate almayarak isyancı olduklarını kabul etsek bile, onlar çatışmaya girmeden saldırmanın câiz olduğunu söyleyebiliriz. Zira *el-Hidâye* yazarı şöyle demektedir: 'Hâherzâde, isyancılar silahlı güç oluşturup toplandıkları takdirde onlar çatışmaya girmeden saldırmanın câiz olduğunu belirtmiştir.' *el-Kenz*'de 'Devlet başkanı onlar çatışmaya girmeden saldırır.' denilmiştir. *el-Kenz* şârihi *ez-Zeylâi* ise şöyle demektedir: 'Müellif, isyancıların hazırlık yaparak savaş için birlik oluşturup toplanmaları hâlini kastediyor. Bu hükmü Hâherzâde belirtmiştir. Mezhebimizde benimsenen görüş budur. Dayanağımız Hz. Ali'nin şu sözüdür: 'Resûlullah buyurdu ki; âhir zamanda yaşları küçük, akılları kıt bir topluluk çıkacak. Yaratılmışların en hayırlısının sözlerini söyleyecekler. Ancak onların Müslümanlığı boğazlarından yukarı çıkmayacak. Bunlar okun yaydan fırladığı gibi dinden fırlayıp çıkacaklar. Onlarla nerede karşılaşsanız onları öldürün. Çünkü onları öldüren, kıyamet günü bunun için ecir alacak.'¹ Ayrıca hüküm, illetine dayandırılır. O illet de onların birlik oluşturup savaş hazırlığı yapmasıdır. Eğer hükümdar onların çatışmaya girmesini beklerse, bu durum onların güçlenmesine zemin hazırlar ve belki de onları bertaraf etmek mümkün olmaz. Şerlerini def' etme zaruretiyle hüküm, bu illete dayandırılır. *İkinci mesele* gücü yeten her Müslümanın onlarla savaşmasının vâcipliğinin araştırılmasıdır. Deriz ki; onları öldürmek ve devlet başkanının çağrısına uymak gücü yeten her Müslüma-

1 Sayfa kenarında müellifin şu açıklamalarına yer verilmiştir: "Herhâlde Hz. Peygamber'in 'Onların Müslümanlığı boğazlarından yukarı çıkmayacak!' sözünün anlamı bir başka hadiste daha açık olarak ifade edilmiştir. Gazâlî *el-Ihyâ* adlı eserinde Müslümanın Müslüman üzerindeki haklarını açıklarken şu hadise yer vermiştir: 'Ey diliyle iman eden ancak iman kalbine girmemiş olanlar, Müslümanların gıybetini yapmayın. Onların gizli kusurlarını araştırmayın. Kim kardeşinin gizli kusurunu araştırırsa, Allah da onunun gizli kusurlarını açığa vurur. Evinin ortasında bile olsa onu rezil eder!' Hz. Peygamber doğru söylemiş ve gerçeği dile getirmiştir."

na vâciptir. Zira *el-Bedâi*'de şöyle denilmiştir: 'Devlet başkanının asilerle savaşmak için çağrıda bulunduğu zaman herkesin bu çağrıya icabet etmesi vâciptir. İmkânı ve kudreti olan kimsenin savaştan geri kalması câiz olmaz. Zira günah kapsamına girmeyen hususlarda devlet başkanına itaat farz olduğuna göre Allah'a itaat mahiyetindeki hususlarda itaat haydi haydi farz olur.' Ayrıca *Tebyînu'l-Hakâik*'te 'Onların şerrini def' edecek boyutta savaşmak vâciptir. Ebû Hanîfe'den nakledilen, kargaşa döneminde evlere kapanmanın gerektiği görüşü,¹ meşru devlet başkanının olmadığı durumlar için geçerlidir. Meşru devlet başkanına destek olmak, gücü yetenler için, vâciptir.' denilmektedir. *Üçüncü mesele*, isyancılar hezimete uğratıldıktan sonra, kanlarının mubah ve öldürülmelerinin câiz olup olmadığıdır. Deriz ki; kanları mubah olup yakalandıkları yerde öldürülmeleri câizdir. Bu isyancılar hükümdarın askeri olduklarını iddia eden bedbaht bir gürühtür. Bunların isimleri hükümdarın defterinde yazılıdır. Çünkü bu isyancıların dağılmamış bir grupları, sabit bir mekânları vardır. Henüz tam toparlanmamışlardır. Ancak az bir müddet geçerse toparlanma ihtimali vardır. İşte kaçan isyancıların öldürülmelerini mubah kılan gerekçe budur. Zira *el-Bedâi*'de şöyle denilmektedir: 'Devlet başkanı isyancılarla savaşıp onları yenilgiye uğrattığı ve isyancılar kaçtığı takdirde, eğer isyancıların iltihak edebilecekleri bir toplulukları varsa, hükümdara sadık olanlar kaçan ve yaralı olan isyancıları öldürebilir. Bunu kaçanların diğer gruba katılarak vurucu bir güç oluşturup, meşru hükümdar yanlılarına tekrar saldırmalarını önlemek için yaparlar.' *Tebyînu'l-Hakâik*'te *el-Kenz* metninde yer alan 'Eğer isyancıların iltihak edecekleri bir topluluk varsa, devlet başkanı yaralı isyancıları öldürür, kaçanları kovalar.' ifadesini açıklarken şu gerekçeye yer verilmiştir: Zira isyancılarla savaşmanın amacı, onların şerrini gidermektir. Bu ise zikredilen hususları yapmakla olur. Aksi takdirde isyancılar kendi topluluklarına katılır ve yeniden bizimle savaşa girerler. Ancak bahsettiğimiz uygulamalar yapılırsa, kendi topluluklarına geri dönememiş olurlar. Yüce Allah'ın '...saldırganlığı sürdürenlere karşı Allah'ın emrine geri dönünceye dek savaşın...' (Hucurât 49/9) âyetinde kastedilen de budur. *Dördüncü mesele*; isyancıların kellelerinin kesildikleri yerden başka bir mekâna taşınmasının câiz olup olmadığıdır. Deriz ki; geri kalan taraftarlarının şevkini kırmak amacıyla isyancı taifeye bunu yapmak câizdir. *el-Bedâi*'de şöyle denilmiştir: İsyancıların kellelerini alıp diğer memleketlere göndermek mekruhtur. Dârulharp ahâlisinin kelleleri için de aynı hüküm söz konusudur. Çünkü bu *müsle* sayılır. Hz. Peygamber 'Organ kesmek suretiyle işkence yapmayın!' diyerek müsleyle yasaklamıştır. Dolayısıyla bu işlem mekruhtur. Ancak bunu yapmak düşmanın şevkini kıracaksa, bunda bir beis yoktur. Zira rivâyete göre İbn Mes'ûd Bedir günü Ebu Cehl'in başını sürükleyerek Hz. Peygamber'e getirdiğinde Hz. Peygamber 'Ebu Cehl, bu ümmetin firavunuydu.' demiş ve İbn Mes'ûd'un yaptığı işe tepki göstermemiştir. *Be-*

1 Sayfa kenarında müellifin şu notu yer almaktadır: "Ebû Hanîfe talebelerinden birine fitne döneminde 'Evinin hasırlarından bir hasır ol!' demiştir."

şinci mesele; öldürülen isyancıların yıkanıp cenaze namazlarının kılınıp kılınmayacağıdır. Deriz ki; savaş sırasında öldürülen isyancıların cenaze namazı kılınmaz. Zira *el-Bedâi*'de şu ifadeler yer almaktadır: 'Maktûl olan isyancıların cenaze namazı kılınmaz. Çünkü Hz. Ali'nin Harûra'da isyancıların cenaze namazını kılmadığı rivâyet edilmiştir.' *el-Kenz* metnindeki 'ne isyan için ne de yol kesme için' ifadesini şârih ez-Zeylaî şöyle açıklamıştır: 'İsyancılarla beraber olduğu için isyan sebebiyle öldürülenler ve yol kesme nedeniyle öldürülenler yıkanmaz ve cenaze namazları kılınmaz. Böylece onlar aşağılanmış olur. Şâfiî'ye göre bunlar yıkanır ve cenaze namazları kılınır. Bizim delilimiz Hz. Ali'nin Nehrevan'daki asileri yıkatmaması ve onların cenaze namazlarını kılmamasıdır. 'Onlar kâfir midir?' diye sorulduğunda Hz. Ali, 'Onlar bize isyan eden kardeşlerimizdir.' cevabını vererek hükmün illetine işaret etmiştir. İlet isyancı olmaktır. Hz. Ali isyancılarla ilgili hükümler konusunda başvurulacak mercidir.' Bu fakirin, bahsedilen önemli mecliste özet olarak verdiği cevapların ayrıntılı olarak izahı burada sona ermiştir."

Bu alıntıda bir yönüyle Fâzıl Emîr'in hâlihazırdaki bir problemin çözümüne ilişkin olarak görüşüne başvurulmuş bir kimse olduğu ve onun kendisine sorulan sorulara klasik fıkıh kitaplarındaki ifadelerden, bazen ifadelerin delillerine de atıf yapmak suretiyle, yararlanarak ve yeri geldiğinde mezhep imamlarının görüşlerini yorumlayarak -belki de klasik fıkıh kitaplarında bu netlikte belirtilmeyen- cevapları ekol sistematığı içinde kalarak hazırlamaya çalıştığı görülmektedir.

Alım satım bölümünün seksen dördüncü meselesinde Şeyh Bedreddîn, yine kendisinin kaleme aldığı *el-Letâif* metninde,

"'Bir şeyi yasaklamak, onun zıddını emretmektir.' sözünde helalliğin asıl olduğunun ta'liline işaret vardır. Yani Hz. Peygamber'in 'Gıda maddelerini, birbirlerine eşit olmaları hâli dışında satmayın.' sözü, bunları eşit olarak satmayı emretmek anlamına gelir."

demişken onun şerhi olan *et-Teshîl*de

"Bu hadis helalliğin asıl olduğuna delalet etmez. Zira bu sözden en fazla, Hz. Peygamber'in gıda maddelerinin birbiri mukabilinde satılmaları hâlinde biri diğerinden fazla olarak satılmasını yasakladığı ve eşit olarak satılmasını emrettiği anlaşılabilir. Bu sözden helallik veya haramlığın asıl olduğu sonucu lazım gelmez."

şeklinde bir yorum yapmıştır. Fâzıl Emîr, Şeyh Bedreddîn'i şöyle eleştirmiştir:

*Letaif*teki ifadeler, alım satımın aslen helal oluşunun ta'liline bir işaret değil, tam tersine, Şâfiilerin hadisin yasaklama ile başlamasını dikkate alarak aslolanın haramlık olduğuna istidlal etmelerine bir reddiyedir. Nitekim *et-Tebyîn* ve *el-Bedâi'*de denilir ki: “Biz alım satımın haramlığının asıl olmasını kabul etmiyoruz. Aksine aslolan helalliktir. Haramlık ancak bunu gerektiren bir delille sabit olur. Helalliğin aslî, haramlığın ârizî olmasının sebebi şudur: Mallar, kullanılıp tüketilmek için yaratılmış olduğundan onların elde edilme kapısı açık olup yasaklığına bir delil olmadıkça edinilmesi câizdir.” Bu ifadelerden anlaşılmalı olacağı üzere Şeyh'in “‘Bir şeyi yasaklamak, onun zıddını emretmektir.’ sözünde alım satımın helalliğinin asıl olduğunun ta'liline işaret vardır.” şeklindeki sözleri bir karıştırmadır. Şeyh, bu ifadesiyle Şâfiilerin kendi iddialarına delil gösterdikleri şeyi bizim âlimlerimize nispet edip meşâyihimizin hasma reddiye olarak söylediklerini de kendi mezhebinin âlimlerine itiraza dönüştürerek istidlali ters yüz etmiştir. Doğrusu Şeyh'in şöyle söylemesi idi: “‘Bir şeyi yasaklamak, onun zıddını emretmektir.’ sözünde Şâfiilerin haramlığın asıl olduğu iddiasına mesnet olarak hadisin yasaklama ifadesiyle başlamasına tutunmalarına Hanefilerin verdiği cevaba işaret vardır ve bu işaret de şudur: Bir şeyin yasaklanması o şeyin zıddının emredilmesi olunca emredilen ve yasaklanan birlikte zikredilmiş olur. Bu bakımdan hadiste bir takdim olmadığı gibi helalliğin mi yoksa haramlığın mı asıl olduğuna dair bir delalet de yoktur.”

Bu değerlendirmeyi yaptıktan sonra Fâzıl Emîr, “Kimsenin sözünde rastlamaksızın idrakine muvaffak kılındığım bir husus şudur...” diyerek bu konuya ilişkin özgün bir değerlendirme yaptığını belirtmiş ve şunları söylemiştir:

“Allah alım satımı helal ve ribayı haram kıldı.’ ayetinde bütün alım satımlarda helalliğin asıl olduğuna, haramlığın ise sonradan meydana gelen bir nitelik yüzünden âriz olduğuna açık bir delil vardır... İnsanı hayrete düşüren şeylerden biri de Şâfiî ve takipçilerinin nasıl olup da bu apaçık delilin farkına varamayıp, haramlığın asıl olmasına hadiste nehyin önce zikredilmiş olmasıyla istidlal ettikleridir. Hâlbuki Allah'ın kelamı delil gösterilmeye ve öncelenmeye daha layıktır...”¹

Fâzıl Emîr'in bazı ifadelerinden, çoğu zaman, aklına gelen bir fikri açıklamakta tereddüt ettiği ve muteber kaynaklardan teyit etmeden açıklama-

1 Fâzıl Emîr'in kendi çıkarımı olarak sunduğu diğer bazı hususlar için bk. Alım Satım 16. mesele, Kefâlet 1. ve 9. meseleler; Şuf'a 16. mesele. Zamane kadıları hakkındaki “Zannımca zamanımızdaki kadılara nispetle en doğru görüş, zaruret olmadıkça mümkün mertbe kadılara Müslümanların mallarında tasarruf konusunda yetki verilmemesi ve onların bundan engellenmeleridir.” şeklindeki değerlendirmesi için bk. Kaçmış Köle 2. mesele. Anadolu'da gelinlerin mehirlerini hibe etme uygulaması konusundaki değerlendirmesi için bk. Hibe 7. mesele.

dığı anlaşılmaktadır.¹ Bu durum, onun şahsi görüşüne güvenmemekten ziyade, kaynaklara ters düşmeme kaygısından kaynaklanmış olmalıdır.

III. Eleştirmeli Metin ve Çeviride İzlenen Yöntem

A. Yazma Nüshalar

1. Yazma Nüshaların Tanıtımı

Eleştirmeli metin, tespit edebildiğimiz aşağıdaki iki el yazma nüsha üzerinden inşa edilmiştir:

a) Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi, Carullah, nr. 617.

Bu nüshanın zahriyesinde muhtasaran şu şekilde çevrilebilen Arapça ifadeyle; “Bu Kitap, İbn Kadı Samavuna olarak tanınan *Câmiu'l-Fusûleyn* müellifinin *et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât* adlı eserine Fâzıl Emîr'in yazdığı hâşiyedir. Fâzıl Emîr burada Şeyh'in “ekûlu: Ben derim ki” diyerek yaptığı değerlendirmelere “Nekulu: Biz deriz ki:” diyerek cevap vermiştir... Ketebehu Ebu Abdullah Veliyuddin Cârullah.” yazmaktadır. Veliyüddin Cârullah (ö. 1151/1738) tarafından yazılan bu ifadenin hemen üstünde ise benzer kalem ve yazı stili ile yazılan “Merhum Fâzıl Efendi hazretlerinin *et-Teshîl* e kendi hattı ile şerhidir.” şeklinde Osmanlıca bir kayıt bulunmaktadır. Bu kayıttan hareketle söz konusu nüshanın müellif nüshası olduğu söylenebilir. Ancak nüshanın son sayfasının hâmişinde yine Cârullah tarafından yazılan “Ben derim ki: Fâzıl Emîr'in *et-Teshîl* olarak isimlendirilen *Letâif* şerhi üzerine yazdıkları burada bitti. Burası İbn Kadı Samavuna'nın ‘Ben derim ki’ diyerek fukahaya karşı ileri sürdüğü itirazların sonudur. Bunu yazan Ebû Abdullah Veliyüddin Cârullah'tır.” şeklindeki kayıt nüshanın Cârullah tarafından istinsah edilmiş olabileceği ihtimalini akla getirmekte ise de *Keşfu'z-Zunûn*'un *Letâifu'l-İşârât* maddesine Veliyüddin Cârullah'ın ağzından düşülen “*Letâifu'l-İşârât*’ın *et-Teshîl* adlı şerhi üzerine Fâzıl Emîr'in bir hâşiyesi bulunmaktadır. Bu hâşiyenin müellif hatlı nüshası bende olup onu kütüphaneme koydum.” şeklindeki dipnot,² yukarıda

1 Örnek olarak bk. Hadler 5. mesele. Burada belirttiğine göre, Fâzıl Emîr, had cezasının şüphe sebebiyle düşmesi durumunda tazir cezasının da düşüp düşmeyeceği konusunda, kendisinde tazirin düşmeyeceği kanaati oluşmuş, fakat *el-İbriyâr*'daki açık ifadeyi görünceye kadar bunu dile getirmekten çekinmiş.

2 Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî Beyrut ty., s. 1551.

işaret edilen kayıt sebebiyle oluşan tereddüdü izale etmiş ve bu nüshanın müellif nüshası olduğunu söylemeyi mümkün kılmıştır.

Üzerinde istinsah tarihine dair bir bilgi bulunmayan, varak sayısı 110 olan ve satır sayıları 33'ten 38'e kadar değişiklik gösteren bu nüsha tahkikte ج rumuzu ile gösterilmiştir.

b) Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi, Esad Efendi, nr. 648.

Zahriye ve ferağ kaydında müstensihe ve yazım tarihine dair bir bilgi yer almayan ve hâmişinde, -bir kısmı içeriği matlab başlığı altında tarif eden, bir kısmı içerikteki bir hususu belirginleştirerek dikkatten kaçmasını önlemeye yardımcı olan, bir kısmı metnin iç bağlantılarını gösteren, bir kısmı ilave açıklama getiren, bir kısmı kelime açıklaması olan, bir kısmı metnin letafetine dikkat çeken- epeyce kenar notu bulunan bu nüsha tahkikte ı rumuzu ile gösterilmiştir. Varak sayısı 383, satır sayısı 19'dur.

2. Tahkikte İzlenen Yöntem

Daha önce hiçbir neşri bulunmayan Fâzıl Emîr *Hâşîyesi*'nin neşri, yukarıda tanıtılan mevcut iki nüsha üzerinden hazırlandı. İki nüsha kelimesi kelimesine karşılaştırıldı ve aralarında önemli bir farklılık bulunmadığı tesbit edildi. Farklılık bulunan yerlerde ise uygun görülen ibare metne alındı ve diğer nüshanın ibaresi dipnotta gösterildi. Tahkikte ı rumuzu ile gösterilen Esad Efendi nüshasının hâmişinde yer alan açıklamaların önemli görülenlerine dipnotta işaret edildi.

Tahkikte nadir de olsa Fâzıl Emîr'in atıf yaptığı kaynak metinde geçen ibareler tercih edildi ve Fâzıl Emîr nüshalarındaki ibare dipnotta gösterildi. Yine *Hâşîye* nüshalarındaki "ekulu" ile başlayan bazı yerlerde, doğrudan *et-Teshîl* nüshalarındaki ifadeler tercih edildi. Hâşîye yazımında cari yaygın uygulamada, üzerine hâşîye yazılacak cümlenin veya paragrafın tamamı değil, sadece başlangıç kısmı alındığı için Fâzıl Emîr'in kısa alıntıyla verdiği yerlerin bazen tamamı, bazen de Fâzıl Emîr'in açıklamalarının ilişkili olduğu noktanın anlaşılmasına yetecek miktardaki kısmı *et-Teshîl* metninden alınarak tahkik metnine yerleştirildi. Bu sayede Şeyh Bedreddîn'in itirazının ve Fâzıl Emîr'in bu itiraza verdiği cevabın daha iyi anlaşılması sağlanmış oldu.

B. Çeviri Hakkında

1) Fâzıl Emîr'in *et-Teshîl*den kısaca alıntıladığı ve bizim de tahkik metnine tamamını yerleştirdiğimiz kısımların çevirisini yaptık. Fâzıl Emîr'in *Hâşiyesi*'ni bu eklemeleri yapmaksızın tek başına çevirmiş olsaydık, Fâzıl Emîr'in hangi iddiaya veya hangi eleştiriye cevap verdiği anlaşılmayacağı için okunması, anlaşılması zor bir metin olacaktı. Diyebilirim ki, *Hâşiyeye*'nin çevirisinden daha çok bu ekleme ve yeni metin oluşturma işi bizi yordu.

2) Şeyh Bedreddîn'in "Ekulu: Ben derim ki" diye başlayan ifadelerinin başına sözü söyleyenin kim olduğu kolayca anlaşılсын diye "Şeyh Bedreddîn" ismini ekledik.

3) Fâzıl Emîr'in *et-Teshîl*den "kavluhu..." diyerek alıntılıyıp cevap verdiği her yerleri birer meseleye dönüştürüp içeriği yansıtacak şekilde başlıklandırdık.

4) Metni meseleler ekseninde oluşturduğumuz için, *et-Teshîl*de ve *Hâşiyede* geçen fasıl, tekmile gibi ara başlıkları -belirtilmesine gerek kalmadığı düşüncesiyle- çıkardık.

5) *el-Letâif* metni ile onun şerhi olan *et-Teshîl* metnini birbirinden ayırmadık.

6) Metinde başka yere kısaca yapılan atıflarda bazen konunun tam olarak anlaşılması için atıf yapılan yerin tamamını verdik.

7) Fâzıl Emîr'in atıflarını mümkün olduğu ölçüde kontrol ettik ve bunları dipnotta gösterdik.

8) Fâzıl Emîr'in cevaplarının büyük çoğunluğu Şeyh Bedreddîn'in "Ben derim ki" diye başlayıp itiraz ve görüş serdettiği konulara, az bir kısmı ise doğrudan *et-Teshîl* metnindeki ifadeye yöneliktir.

9) Fâzıl Emîr, Şeyh Bedreddîn'i, Mukaddime eş-Şeyhu'l-İmam Bedreddîn olarak anmış ama kitabın içinde hep eş-Şeyh olarak anmıştır. Biz de bu atıf şeklini genellikle koruduk.

10) Giriş kısmını neredeyse tamamen, *Hâşîye* metni üzerinden oluşturduğumuz için, metne atıfları sayfa numarası üzerinden değil de ilgili bölümün kaçınıcı meselesi olduğunu belirtmek suretiyle, mesela “Alım Satım 84. mesele” şeklinde yaptık.

Gerek eleştirel metin inşasının gerekse metnin çevirisinin sahil bir şekilde yapıldığı bu çalışmanın, klasik dönemde mezhep içi içtihatların nasıl gerçekleştiğini, Hanefî fakihlerin fikhın mantığını ve genel kurallarını dikkate alarak ve görüşleri bir anlamda tutarlılık testine tabi tutarak ekol sistematığı içerisinde kalmaya nasıl özen gösterdiklerini görmek bakımından İslâm hukukuyla ve hukuk mantığıyla ilgilenenlere önemli katkılar yapacağını düşünüyoruz.

H. Yunus APAYDIN

Hâşiye ale't-Teshîl

Fâzıl Emîr

Allah ona rahmet eylesin

حاشية على التسهيل

فاضل أمير

رحمة الله عليه

[MUKADDİME]

Rahman ve Rahim olan Allah'ın adıyla başlıyor, yalnızca ondan yardım istiyoruz.

Aziz ve Yüce Allah'a, dini bilgilerle süslenmiş, kemal vasfı kendisinde
5 tecelli etmiş, rabbinin tahkik meydanında öne geçirmek suretiyle lütfettiği
yüce payelerle teselli bulmuş kimsenin hamdetmesi gibi hamd ediyorum.
Şayet verilen bu payeler bir lütuf değilse, kişi bunlarla ahiret hayatında
ayıplanacak, dünyada ise günahkâr kılacak dünya ziynetinden uzaklaşmış
10 gidenlere "Cehenneme layıksınız!" derler.

En yüce hidâyet ve en büyük müjde kendisine has kılınmış olan Hz.
Peygamber'e ve karanlık gecenin kandilleri mesabesinde olan ve kendilerine
uyanın kurtuluşu ereceği ashabına salat ve selam ediyorum.

Hamd, salat ve selamdan sonra derim ki:

15 Araçça ilimlerini tahsil etmek isteyen öğrencilerle beraber harekete ge-
çip, edebî ilimlerin yeşerdiği yerlere göz gezdirdikten ve ciddi bir ilim ada-
mının büyük uğraşlarla elde edemeyeceği bu ilimlerin kural dışılıklarını bir
araya getirdikten sonra 'inâyet' dizginlerini 'hidâyet'in köşe taşları olan fa-
kihlerin görüşlerini 'vikâye' etmeye çevirdim. Şer'î meselelerin pınarlarına
20 onların kovanını daldırdım. Bu görüşlerin sabit köklerine (usûl) ve riayet
edilen dallarına (fürû') ulaşabilmek için gecelerimi uykusuz geçirdim. Usûl
ve fürû' meselelerinin meyvelerini toplayabilmek için büyük âlimlerin kat-
landığı zorluklara katlandım. Biliyorum ki kemal derecesine ulaşmak an-
cak yüreği ortaya koymak ve bütün gücü sarf etmekle mümkün olur.

25 Şer'-i şerîfin pınarlarından geride kalan damlacıkları akıtmaya baş-
layıp, muhakkik âlimlerin sonuncusu eş-Şeyhu'l-Îmâm Bedreddin'in
et-Teshîl adlı kitabındaki kilitlerin mühürlerini açmayı başardıktan son-
ra, ki *et-Teshîl*, haddizatında kimsenin tozuna bile yetişemeyeceği, saha-
sında kimsenin yarışamayacağı etkili bir eserdir; ancak, Allah ona rah-
30 met eylesin, tenkide olan düşkünlüğü sebebiyle müçtehit imamlarımıza
yönelik itirazlarında aşırıya gitti- başarıya ulaşmış olan imamlarımız le-
hine kudret ve kabiliyetim dâhilinde bir çıra yakmak ve müçtehit imam-
lar adına cevap verme işini üstlenmek epeyden beri içimden geçiyordu.

[مقدمة المؤلف]

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين.

أحمدُ الله عزَّ وعلا حمدَ حامدٍ قد تحلَّى بحلية المعارف الدينية وتجلَّى له
وجهُ الكمال وتسلَّى بما أناله رُبُّه القدحُ المعلى من سهامِ السبقِ في مضمارِ
التحقيقِ فضلاً وإلا عن زخارف الدنيا التي توهم في العقبى وتوهم في الأولى
وكم من عاذلٍ قال للمتوغلِّين بها: أولى لكم ثم أولى.

وأصلِّي على نبيِّه اختص بالهداية العظمى والبشارة الكبرى وعلى آله
وأصحابه مصابيح الدجى ومن اقتدى بهم فقد نجا.

وبعد فإنني بعد ما نهزتُ مع طلبة^١ طلبتِ العلوم العربية وإثر ما سرحت
اللُحظَ في منابت الفنون الأدبية وبلغت منها ما بلغ امرء بكد أكيد، وجمعت من
شواردها ما يحرز المجد بجهد جهيد صرفت عنان العناية إلى وقاية آراء الفقهاء
ومعالم الهداية ودلوت بدلوهم في عيون المسائل الشرعية وسهرت لألاحظ
وجوه أصولها الثابتة وطرق فروعها المرعية وقاسيت في اقتناء أثمارها ما قاساه
الفحول الأمجاد علماً مني بأن الكمال عُصارة الأكياد وقُطارة الأعضاء.

ثم لما ترقيت من عُلالة مشرع الشرع إلى التسييل وفزت بفضّ الختام عن
أغلاق كتاب التسهيل للشيخ الإمام بدر الدين خاتمة العلماء المحققين وهو في
حد نفسه أثر مؤثر لا يعلق له مبارٍ بغيار ولا يجري معه مमार في مضمار إلا
أنه -رحمه الله- لفَظُ ميله على النقد والانتقاد أفرط في الإيراد على أصحاب
الاجتهاد. وقديماً كان يختلج في سواد الفؤاد أن أقتدح لهم بالزناد بقدر الطاقة
والاستعداد متحاملاً عليّ من^٢ العلماء المجتهدين -ألا إنهم هم الفائزون- أئمة الدين

١ -أ- طلبية.

٢ ج: عن.

Ancak bazen Zeyd ile Amr arasındaki davalarda hüküm vermek, bazen de asrın getirdiği meselelerde fetva vermek gibi işler, bu önemli düşüncemi yerine getirmek ve bu zorlu yolda yalınayak yürümekten beni alıkoyuyordu. Ve nihayet ömrün tükenme zamanı gelip çattı. Sonra kulun ancak 5 tevfiği ile başarıya ulaştığı Allah beni muvaffak kıldı ve dağınık işlerimi toparlamayı ve azaltmayı bana nasip etti. Beni meşgul eden kimi şeylerden kendi isteğimle uzaklaşırken; kimi şeylerden artık gücüm yetmediği için mecburiyetten alıkonuldum. Ben de bu fırsatı değerlendirerek kuru ekmeğe razı olup kimseye el açmadım ve mahzun kalbimin derinliklerinde gizli 10 olan, nurlu şeriatın pınarlarından çıkarmış olduğum el değmemiş, özgün cevapları ortaya koymak için hemen harekete geçtim.

Şeyh'in "Derim ki" diyerek başlayıp bizi cevap vermekten kurtardığı yerleri özel olarak araştırma konusu etmedim. Ancak verdiği cevap yeterli değilse ve meselenin doğru yüzü benim için aşikâr olmuşsa bu konularda 15 gerekeni söyledim. Soru sorduğu ancak cevapsız bıraktığı yerlerde ise her türlü iyiliği lütfeden Allah'tan yardım isteyerek meseleyi uygun bir şekilde gerekçelendirdim. Allah'a hamdolsun yazdığım bu hâşiye, ilim alanında ipi göğüsleyen tahsil sahipleri için hatırlatıcı bir hüviyete büründü. Hâşiyem her ne kadar ilim adına barındırdığı malumat bakımından az olsa 20 da bu zamanda benim gibiler için arzu edilene ulaştıracak özelliكتedir. Bu konuda karşılaştığım sıkıntılara ancak Yüce Allah'ın rızasını kazanmak ve -Allah onları büyük ecirlerle mükâfatlandırırsın- âlimlerimizin saygınlığını korumak için katlandım.

Şüphesiz derlediğim ve yazdığım bu malumata her şeyden haberdar 25 olan ve lütuflarını eksik etmeyen Allah'ın kolaylaştırmasından sonra yüce sultan, ulu hakan, parlak saadetin göz bebeğinin nuru, galip hâkimiyet bahçesinin çiçeği Sultan Mehmed Han'ın bereketiyle muktedir oldum. Allah onu zamanın kötü tesirlerinden muhafaza etsin, hilafetinin nüfuzunu yeryüzünün her tarafına, gece ve gündüz devam ettiği sürece yaysın. Hâkimiyetini kıyamet gününe kadar gökyüzünün iki parlak yıldızı üzerinde 30 daim kılsın.

ولكن كان يثبطني عن هذا الأمر الخطير وعن السير مترجلا في أصعب المسير تارة ابتلائي بالفصل فيما شجر بين زيد وعمرو، وأخرى بالفتيا عن حوادث الغمر حتى حان حين ما يفنى العمر. ثم لما وفقني من لا يتوفق عبد إلا بتوفيقه نظرت في جمع أموري المتفرقة وتدقيقه وتجنبته عن بعض ما ألهانني بالاختيار، وحجرت عن الآخر فضقت عنه ذرعا بالاضطرار ولقد انتهزت ٥ الفرصة واكتفيت عن التكف ببابس الثُرصة فبادرت إلى إبراز ما هو المكنون في سويداء القلب المحزون من الأجوبة المستتبطة من عين الشريعة الغراء عن مخترعات بنات أفكاره العذراء.

وكلما صدّره بكلمة «أقول» وكفانا مؤنة الجواب استغنيت به عن البحث عنه إلا إذا ما انكشف لي وجه الصواب. وأما ما سأل عنه وما أجاب فوجهته ١٠ بوجه الرأي مستمداً من الله الوهاب؛ فجاء بحمد الله سبحانه وتعالى تذكرة لأرباب التحصيل الحائزين قصب السبق في بيدااء التكميل. فهذه وإن كانت إذا خُلّيت ونفسها بضاعة مزجاة ولكن في عصري من مثلي صناعة تنيل المرجاة. وما كابدت فيها إلا خالصة لوجهه الكريم وحموةً عن أعراض علمائنا أثابهم ١٥ الله بأجر عظيم.

ولا ريب أن قد كان الاقتدار على مثل هذا الجمع والتحرير بعد تيسير الله الفياض الخبير والملك الفتاح القدير بيّمن دولة السلطان الأعظم والخاقان الأجل الأكرم نُور حدقة السعادة الزاهرة ونور حديقة السلطنة القاهرة السلطان محمد خان^١ صانه الله عن صوارف الحدثنان وبسط بساط خلافته على بسيط الغبرا مدى الليالي والأيام ومهد فوق الفرقدین مهاد سلطنته إلى يوم القيام. ٢٠

١ هو سلطان محمد الرابع بن السلطان إبراهيم، من سلاطين الدولة العلية العثمانية، حكم بين ١٦٤٨ و ١٦٨٧ الميلادي، وتولى الحكم وهو ابن سبع سنين وتوفي سنة ١١٠٤/١٦٩٣م.

Zamanın Âsaf'ı,¹ Rahman'ın sevgilisi ismiyle anılan, doğuda ve batıda vezirlerin burhanı, harp ve saldırı zamanında mücahitlerin öncüsü, ilahi yardımla müeyyet, Peygamber efendimizin "Allah bir idarecinin hayrını murat ederse ona salih bir vezir verir. Unuttuğunda ona hatırlatır, hayırlı bir işe niyet ettiğinde ona yardım eder. Şayet kötülük istediğinde ona mâni olur." diye işaret ettiği sıfatlarla muttasıf ulu zatın himayesiyle kitabımı tamamladım.

Yine kendisi cömertlik meskeninin her yönüyle sultanı, şerefının devamı için dua etmenin hak ehli olan herkese farz olduğu ilmî payeleri ehline teslim eden, kolay-zor kemal vasıfların tamamına sahip olan, selef âlimlerin vârisi ve müçtehitlerin sonuncusu Şeyhu'l-İslam ve'l-Müslimîn olan zatın varlığının himmeti ile ben bu eseri telif ettim.

Dileğim odur ki Yüce Allah sözü edilen zatların tarih sahnesindeki şerefini artırsın; devletlerinin temellerini ebediyet ve devamlılık direkleri ile bağlasın; onların ihsanları ile âlimlerin sarsılmaz kuvvetlerini daim eylesin ve bizim bu duamıza âmin diyenlere rahmet eylesin.

Âciz ve Allah'ın rahmetine muhtaç, vasfedilmek tarikiyle değil tarif edilmek için kendisine lakap olarak verilen Fâzıl Emîr ismiyle müsemma olan ben, bu kitapta bir araya getirmek istediğim ve yazmak istediğim şeylere başlıyorum. Her zorluğu ve güçlüğü kolaylaştıran ve kendisinden yardım istenen yalnız Allah'tır.

1 Âsaf, Hz. Süleyman'ın veziridir.

وبحسن حماية آصف الزمان^١ سمي حبيب الرحمن برهان الوزراء في الشرق والغرب مقدم المجاهدين يوم النهب والحرب المؤيد بالتأييدات الإلهية المنعوت بالنعن المشار إليه بالإشارة النبوية: «إذا أراد الله بملك خيرا قيض له وزيراً صالحاً إن نسي ذكره وإن نوى خيراً أعانه وإن أراد شراً كفه عنه»^٢.

٥ ويجود وجود من ملك ربيع الفضل طولاً وعرضاً وكان الاشتغال بدعاء دوام عزه على عامة أهل الحق فرضاً، سائق المدارج العلمية إلى أهلها مالك ممالك الكمال صعبها وسهلها شيخ الإسلام^٣ والمسلمين بقية الأسلاف خاتمة المجتهدين.

١٠ فالمسؤول من الله سبحانه وتعالى أن يجري معاليهم على صفحات الأيام وربط أطناب دولتهم بأوتاد الخلود والدوام وما برح متن العلماء بألطفهم متيناً ويرحم الله عبداً قال آمينا.

وأنا العبد العاجز الفقير المتصفُ صفةً تعريفٍ لا لقبٍ توصيفٍ بفاضل أمير أشرع فيما قصدت فيه الجمع والتسطير والله المستعان الميسر لكل صعب وعسير.

١ وهو الفاضل أحمد باشا ابن محمد الباشا المشتهر بكوبريلي، تولى الوزارة بعد وفاة أبيه سنة ١٦٦١ الميلادي وعاشت الدولة في عهده في اطمئنان ورفاهية، وظل في الصدارة قرابة خمسة عشر عاماً، وتوفي سنة ١٦٧٦/٥١٠٨٧م.

٢ سنن أبي داود، الخراج والإمارة .٤.

٣ هو منقاري زاده يحيى أفندي، ولد في ١٠١٨ الهجري صار قاضياً في مكة المكرمة ثم في القاهرة وفي عام ١٦٦٢ الميلادي جعله السلطان محمد الرابع شيخ الإسلام، وظل في هذا المنصب ما يزيد إحدى عشر سنة. توفي سنة ١٦٧٨/٥١٠٨٨م.

TAHARET: TEMİZLİK VE ABDEST

1. Abdestte Başın Meshedilecek Miktarı

[**Teshîl**] İlgili âyette geçen ‘Başınızı meshedin!’ ifadesi mücmeldir ve Muğîre’nin rivâyet ettiği ‘Hz. Peygamber perçemini meshetti.’ hadisi onu beyan etmiştir. “Beyandan önce mücmelle amel edilmeyeceği, burada ise başın bir kısmını meshetti denilebilecek bir miktarını meshetmek suretiyle sorumluluk -yani mesh emri- yerine getirilmiş olacağı, dolayısıyla ‘*meshedin*’ ifadesinin mücmel olmadığı söylenemez. Aksi takdirde başın meshedilmesi yüz yıkılırken gerçekleşmiş olurdu ve özel olarak “Başınızı meshedin!” şeklinde müstakil bir emre gerek kalmazdı. Dolayısıyla âyette murat edilen bu değildir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: İlgili âyette ‘mesih’ ifadesiyle kastedilen, ‘Başını meshetti.’ demenin sahih olacağı bir miktarın meshedilmesidir. Bu da tek başına yüzü yıkamakla gerçekleşmez. Öte yandan *Zâhiru’r-rivâye*’de meshi üç parmak olarak takdir eden görüşle amel etmek suretiyle de bu emrin yerine getirilmesi mümkündür.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Verdiği bu cevap Şeyh’in, [beyandan önce mücmelle amel edilemeyeceği iddiasına] cevap veren kişinin maksadını gözden kaçırdığını gösterir. Zira cevap veren kişi, ‘meshetti’ denilecek bir miktarın meshinin zaten yüzü yıkamakla gerçekleştiğini, buna binaen “Başınızı meshedin!” ifadesine ihtiyaç kalmayacağını söylüyor. Abdest âyetinde “Başınızı meshedin!” ifadesi zikredilmemiş olsaydı Allah’ın “Başınızı meshedin.” sözündeki muradının, ‘başını meshetti demenin mümkün olacağı kadarlık kısmı meshedin’ demek olduğunun söylenmesi nasıl mümkün olabilirdi? Anla!

Şeyh’in bu ifadelerinin ardından “*Zâhiru’r-rivâye*’de meshi üç parmak olarak takdir eden görüşle amel etmek suretiyle bu emrin yerine getirilmesi mümkündür.” sözü hakkında da şöyle denilebilir: Beyan edilmeden önce mücmel ile amel edilmemesinden kasıt, hiçbir şekilde amel etmenin mümkün olmaması değil, bilakis “Maksat kesin olarak şudur.” demek suretiyle amel etmenin mümkün olmamasıdır. Bilindiği üzere Şâri tarafından bir beyan gelmediği sürece mücmel ile “Maksat kesin olarak şudur.” diyerek amel edilmez.

كتاب الطهارة

١. مقدار مسح الرأس في الوضوء

[التسهيل] وهو [أي لفظ المسح في الآية] مُجْمَلٌ وما روى المغيرة أنه عليه السلام مَسَحَ على ناصيته صار بياناً له ولا يقال: المَجْمَل ما لا يمكن العمل به قبل البيان وهنا يمكن لخروجه عن عُهدته بأدنى ما ينطلق عليه اسم البعض؟ لأننا نقول: لم يُرد ذلك؛ لأنه يحصل بغسل الوجه فلا يحتاج إلى إيجاب على حدة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: المراد ما يصح به أن يقال إنه مسح برأسه وهذا لا يحصل بغسل الوجه وحده؛ وأيضاً يمكن العمل به على ما هو ظاهر الرواية وهو التقدير بثلاث أصابع.

[فاضل أمير] نقول: هذا ذهول عن مراد المجيب؛ لأنه يريد أن هذا المقدار يحصل بغسل الوجه فلا يحتاج إلى أن يقال: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾ [المائدة 6/5] فإذا لم يذكر المسح بالرأس كيف يقال «المراد بقوله تعالى ما يصح أن يقال إنه مسح برأسه» فافهم.

ثم ما ذكره بقوله «وأيضاً يمكن العمل به» فيقال فيه: ليس المراد أنه لا يمكن العمل به أصلاً بل المراد أنه لا يمكن العمل على أنه مراد قطعاً، ومن البين أنه لا يحصل العمل بأنه مراد من الآية قطعاً ما لم يلحقه بيان من قبل الشارع.

2. Muğîre Hadisinin Gerekçe Olma Biçimi

[**Teshîl**] “Hz. Peygamber’in abdestte başının ön kısmını meshettiğine dair Muğîre hadisinin -başın ön kısmını meshetmenin farz olduğuna delâlet ettiği, oysa iddia edilenin, başın dörtte birlik kısmı olduğu belirtilerek delil olmadığı söylenemez” demişlerdir. Çünkü hadis, başın meshedilmesi gereken bölgesini tayin etme ihtimali taşıdığı gibi, meshedilecek miktarın ne olduğunu belirleme ihtimali de taşımaktadır. Birinci ihtimalin kabul edilmesi hâlinde hadisin, abdest âyetindeki mesh emrini neshettiği sonucu ortaya çıkar. İkinci ihtimale göre ise nesih değil, beyandan söz edilir. Haber-i vâhid nesih için elverişli olmasa da beyan için elverişli olduğundan, Muğîre hadisi elverişli olduğu şeye hamledilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Başın bazısı ifadesiyle –“Mesh emrinden kastedilen, ‘Başını meshetti.’ demenin sahih olacağı bir miktarı meshetmektir.” sözümüzde olduğu üzere- miktar belirleme yönüyle mutlak olduğu gibi yer tayini yönüyle de mutlaktır. Dolayısıyla haber-i vâhidin bu iki duruma nispetle hükmünün aynı olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh’in kendisinin, “haber-i vâhidin, beyan işlevi görerek miktarı belirlemek için elverişli olsa da nesih anlamına gelecek şekilde meshedilecek yeri tayin etme konusunda elverişli olmadığına” dair ifadesinden sonra bu değerlendirmesinin bir kıymeti yoktur.

3. Muğîre Hadisinin Delâleti

[**Teshîl**] Muğîre hadisinin, başın dörtte birini meshetmenin farz olduğuna delâlet etmeyeceği; zira başın ön kısmının meshedilmesinin, başın ön kısmının tamamen meshedilmesi anlamına gelmeyeceği, hatta nâsiyenin/perçemin tamamının meshedilmesini gerektirdiği kabul edilse dahi bu kadarlık bir miktarı meshetmenin farz değil sünnet olacağını söylemek mümkündür.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Nas ile amel etmek mümkün olduğu için Muğîre hadisini beyana hamletmeye gerek yoktur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu ifadedeki problemi [yukarıdaki açıklamalardan hareketle] bilmektesin. Hâliyle Şeyh’in, kendisi problemlili olan bir söylem üzerine bina ettiği görüş de geçersiz olur.

٢. كيفية الاستدلال بحديث المُغيرة

- [التسهيل] قالوا: لا يقال: حديث المغيرة ليس بدليل؛ لأنه يدل على فرضية عين الناصية والمدعى قدر الرُّبع؛ لأن الحديث يحتمل التعيين وبيان المقدار، ولو حملناه على التعيين يكون ناسخًا، ولو حملناه على بيان المقدار يكون بيانًا وخبر الواحد يصلح للبيان لا للنسخ فحمل على ما يصلح. ٥
- [الشيخ بدر الدين] أقول: البعض مطلق من حيث التقدير على ما قلنا من أن المراد ما يصح به أن يقال: إنه مَسَحَ إلخ. كما أنه مطلق من حيث التعيين. فينبغي أن يتحد حكم خبر الواحد بالنسبة إليهما.
- [فاضل أمير] نقول: أي إلى التقدير والتعيين، هذا بعد أن بين أن خبر الواحد يصلح للتقدير ولا يصلح للتعيين في غاية السقوط. ١٠

٣. دلالة حديث المغيرة

- [التسهيل] وأيضا للمانع أن يمنع دلالة حديث المغيرة على فرضية الرُّبع؛ إذ المسح على الناصية لا يستلزم استيعابها وإن سُلِّم فلا يستلزم الفرضية لجواز حمله على السنية؛ إذ لا حاجة إلى حمله على البيان.
- [الشيخ بدر الدين] أقول: لإمكان العمل بالنص. ١٥
- [فاضل أمير] نقول: قد عرفت ما فيه فيضمحل ما بنى عليه.

4. Hanefilerin Âyetteki Mesh İfadesinin Mücmel Olduğuna İlişkin Gerekçeleri Sorunlu mu?

[**Teshîl**] Başın ön tarafının yani perçemin meshedilmesini ifade eden Muğîre hadisi, başın tamamının meshedilmesinin farz olmadığına delâlet etmektedir. Böyle olunca başın tamamının meshedilmesi gerektiğini savunan Mâlik'in görüşünün isabetsizliği ortaya çıkmış olur. Şâfiî'nin görüşünün isabetsizliği de şu şekilde gösterilebilir: Âyet, meshedilecek miktar konusunda -Şâfiî'nin iddia ettiği gibi- mutlak değil, mücmeldir. Çünkü mesh, sözlükte eli bir şeyin yüzeyi üzerinde gezdirmek, sürmek anlamına gelmektedir. Parmakların bir veya üç tel saça dokunmasına mesh denilemeyeceğinde şüphe yoktur. Eli gezdirmenin ise belli bir sınırı vardır ve bu sınır bilinmemektedir. Dolayısıyla âyet mücmeldir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Mesh âyetinin mücmelliğini gösterme konusunda kullanılan iki gerekçe de tartışmaya açıktır. Birincisindeki problem şudur: Üç tel de olsa başı ıslatmanın mesh sayılacağını savunan hasım (Şâfiî), parmakları başa değdirmeye mesh denilmeyeceğine dair sözümüzü reddedebilir. Nitekim daha önce de izah edildiği gibi mesh, eli sürmek demektir ve bu da parmakları başa değdirmekle gerçekleşmektedir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Parmakların saçın bir veya üç teline değmesine mesh denilemeyeceğini söyleyen âlimlerimizin bu ifadelerden maksatları şudur: Meshin sözlük anlamı eli bir şeyin yüzeyi üzerinde gezdirmektir. Meshin şer'î anlamı ise Allâme'nin [İbn Kemâl] *el-Îzâh*'ta açıkladığı gibi, ıslak eli uzva değdirmektir. Parmaklarla saçın üç teline dokunmaya ne şer'î ne de lugavî olarak mesh denilir. Bu bakımdan Şeyh'in "Bu da parmakları başa değdirmekle gerçekleşmektedir." sözü yerinde değildir. Hatta eli saçın üç teline değdirmekle meshin gerçekleştiği kabul edilse bile eli başa değdirmek de mücmeldir ve değdirmenin miktarını açıklayacak bir beyana ihtiyacı vardır. Zira bilinmektedir ki; "Meshedin!" ifadesinden, değdirmek denilecek en az miktarın kastedildiğini söylemek doğru değildir.

٤. الاعتراض على أدلة الأحناف في كون آية المسح مجملًا

[التسهيل] وحديث المسح على الناصية دل على أن الاستيعاب غير مراد فانتهى قول مالك به. وأما نفي قول الشافعي -رحمه الله- فمبني على أن الآية مجملة في حق المقدار لا مطلقة كما زعم؛ لأن المسح إمرار اليد لغة ولا شك أن مماسة الأنملة شعرة أو ثلاثًا لا يسمى مسح الرأس فلا إمرار اليد حد وهو غير معلوم فيكون مجملة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: في الدليلين بحثٌ أما في الأول فلأنَّ للخصم أن يمنع عدم تسمية المماساة المذكورة مسحًا وقد مرَّ من أن المسح إصابةٌ وهي تحضُّل بالمماساة.

١٠ [فاضل أمير] نقول: مراد من قال من علمائنا: إن مماسة الأنملة شعرة أو ثلاثًا لا تسمى مسحًا: أن المعنى اللغوي للمسح هو إمرار اليد، ومعناه شرعًا هو إصابة اليد المبتلة العضو كما في إيضاح العلامة [ابن كمال باشا]. والمماساة المذكورة ليست مما يصدق عليها المسحُ على أحد المعنيين فقوله: «وهي تحصل بالمماساة» ليس على ما ينبغي ولو سلم حصول الإصابة بالمماساة ١٥ فإصابة اليد أيضًا مجملة لا بد من بيان مقدارها؛ إذ قد علم أن إرادة أدنى ما يطلق عليه الإصابة ليس بصحيح.

5. “Başınızı Meshedin!” Âyetinin Delâleti

[Teshîl] Teyemmümle ilgili olarak “Yüzünüzü meshedin!” ifadesinde yüzün tamamının meshedilmesi âyetle değil hadisle sabit olmuştur. Abdest âyetindeki başın meshedilmesine dair emirde ise başın tamamının meshedilmesini gerektirecek bir delil yoktur. O hâlde “Başınızı meshedin!” cümlesinde ‘başınız’ kelimesinin öncesine dâhil olan ‘bâ’ edatı sebebiyle âyet “Başınızın bir kısmını meshedin!” şeklinde yorumlanır. Bu yoruma göre “meshedin” kelimesinin mücmelliği sabit olmaz.

[Şeyh Bedreddîn] “Meshedin!” âyetinde başın tamamının meshedileceğine dair delil yoktur. Dolayısıyla mesh emrini “Başın bir kısmını meshedin!” şeklinde yorumlamak gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Teyemmüm âyetindeki *“femsebü bi vucûbikum”* [Nisâ 4/43] ifadesinde yüzün tamamının kastedildiği hadislerle sabit olduğuna göre *“bâ”* harfinin mesh mahalline dâhil olması durumunda bazen mahallin tamamının kastedildiği anlaşılmış olur. “Duvarı meshettim (مسحت) (بالحائط)” ifadesinde ise duvarın bir kısmının meshedilmiş (elin sürülmüş) olduğu ifade edilmektedir. Hâl böyle olunca abdest âyetindeki *“vemsebü bi ruûsikum* (Başınızı meshedin!)” ifadesi, her iki ihtimale de -yani başın tamamının meshedilmesi ve sadece bir kısmının meshedilmesi ihtimallerine- açık olmaktadır. Bu yüzden iddia edildiği üzere mücmel sayılmıştır.

6. “Meshedin!” İfâdesi Mücmel mi Mutlak mı?

[Teshîl] “Başınızı meshedin!” âyetinde başın tamamının meshedilmesinin gerekli olduğuna delil yoktur. O hâlde *“bâ”* harfi dikkate alınarak meshin başın bir bölümü için gerekli olduğuna hükmedilebilir. Ancak bu yoruma göre “Meshedin!” kelimesinin mücmel olduğu ispatlanamaz.

[Şeyh Bedreddîn] Bana göre doğrusu, “Meshedin!” ifadesinin mücmel olmayıp hem meshedilecek yerin tayini hem de meshedilecek miktar konusunda mutlak olmasıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu meselede gerçeğin ne olduğunu öğrendiysen, hak olan görüşün, her biri bir otorite olan âlimlerimizin doğru kabul ettikleri görüş olduğunu da kavramışsındır. Ben, Şeyh’in kimi zaman muhalif mezheplerin görüşüne meylettğini ve onları desteklediğini görüyorum. Ancak derinlemesine düşündüğünde bunların hepsinde veya çoğunda hakkın -Allah onların kabirlerini nurlandırsın- bizim âlimlerimizin yanında olduğunu anlarsın.

٥ . دلالة آية «فامسحوا»

[التسهيل] قد قرر آنفاً أن الاستيعاب في قوله تعالى: ﴿فَامَسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ﴾ [المائدة ٦/٥] ثبت بالأحاديث لا بالنص وفي الآية هنا لا دليل على الكل فيحمل على البعض عملاً بالباء فلا يثبت بهذا لوجه المذكور كون الآية مجملةً.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: وفي الآية هنا لا دليل على الكل فيحمل على البعض.

[فاضل أمير] نقول: لما ثبت بالأحاديث أن المراد بالوجه في آية التيمم هو الكل علم أن الباء إذا دخلت في محل المسح قد يراد به كل المحل. وقد ذكروا أن في مثل «مسحت بالحائط» يراد البعض فكان في آية الوضوء محتملاً بهذين فصارت مجملة كما هو المدعى.

١٠

٦ . هل هي آية المسح مطلقة ليست مجملة

[التسهيل] وفي الآية هنا لا دليل على الكل فيحمل على البعض عملاً بالباء فلا يثبت بهذا لوجه المذكور كون الآية مجملةً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: والحق عندي أن الآية مطلقة في حق المقدار لا مجملة.

١٥

[فاضل أمير] نقول: إذا علمت ما هو الحق في تحقيق المقام قد أحطت خيراً بأن الحق أينما دار علمائنا الأعلام. وأرى أن الشيخ في بعض المواضع يذهب مذهب المخالف ويُعينه ولكن إذا أمعنت النظر وجدت الحق في كلها أو جلها مع علمائنا؛ نُور الله مراقدهم.

7. Bir veya İki Parmağın Başa Konulup Çekilmesiyle Meshin Yerine Gelip Gelmeyeceği

[**Teshîl**] Bir veya iki parmağın başa konulup farz olan miktarı yerine getirecek şekilde çekilmesi suretiyle yapılan mesh, bize göre câiz değildir.

5 [**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Mezhep imamlarımızdan nakledilen mesh miktarının başın dörtte biri olması gerektiği görüşüne binaen, üç parmağı başa koyup dörtte biri meshedecek şekilde çekmekle meshin geçerli olmadığını kabul etmek gerekir ancak böyle yapmak ittifakla sahihtir.

10 [**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bir veya iki parmağın başa konulup çekilmesinin farzın bütün yönlerden yerine getirilmiş olması için olduğunun söylenilmesi uzak değildir. Buna mukabil üç parmağı koyup çekmek böyle değildir. Zira üç parmağı koymakla meshin üç parmakla olabileceği görüşüne göre farz olan miktar hâsıl olur ve üç parmağı uzatmak da başın dörtte birinin meshedilmesin farz olduğu görüşünü yerine getirmek için yapılırdır. Dolayısıyla iki mesele arasında fark vardır. Söz konusu farkın, iki mesele arasındaki hüküm farklılığına sebep olduğunu söylemek yadırganmaz. Yani bir veya iki parmağın başa konulup uzatılması durumunda su müstamel sayıldığı için bu şekilde yapılan mesh sahih değilken, başın dörtte birini meshetmiş olmak için üç parmağı çekip uzatma durumunda su müstamel sayılmaz ve mesh sahih olur.

8. Başın Meshi Konusunda Züfer'in Görüşü

25 [**Teshîl**] *el-Manzûme* şerhlerinde bir veya iki parmağı başa koyduktan sonra farz olan miktarı yerine getirmek için parmağı başın kalan yerinde gezdirmenin câiz olduğuna dair Züfer'e nispet edilen görüş, ona göre müstamel suyun temizleyici olduğu gerekçesine dayandırılmıştır. Bence bu gerekçelendirme tartışmaya açıktır. Çünkü ona göre abdestsiz kimsenin kullandığı su müstamel sayıldığı için temizleyici sayılmazken abdestli kimsenin kullandığı su temizleyicidir.

30 [**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Kullanılmış su (mâ-i müstamel) konusunda Züfer'den iki görüşün de rivâyet edilmiş olması ihtimal dâhilindedir.

٧. هل يجزئ مد الأصبع أو الأصبعين في المسح أم لا؟

[التسهيل] مَنْعْنَا مد أصبع أو أصبعين للاستعمال عندنا لا عنده.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يلزمهم أن لا يصح مد ثلاثة أصابع ليحصل الربع

الفرض على رواية الربع مع أنه يصح وفاقاً.

٥ [فاضل أمير] نقول: لا يبعد أن يقال: إن مد أصبع أو أصبعين يكون لتحصيل

فرض على كل الوجوه ولا كذلك إذا كان المد بثلاثة أصابع؛ فإن بوضع الثلاث

يحصل مقدار المفروض على قول ويكون مدها لتحصيل فرض على قول آخر

فافتراقاً. ولا غرو في أن يكون افتراقهما سبباً لافتراق حكمهما يعني يكون الماء

مستعملاً في مد أصبع أو أصبعين فلا يصح المد، ولا يكون مستعملاً إذا كان

١٠ بثلاثة أصابع فيصح.

٨. رأي زفر في مسح الرأس

[التسهيل] وَغَلِّتْ مسألة المد في شروح المنظومة: بأن الماء المستعمل مطهّر

عند زفر. أقول: فيه نظر ظاهر؛ لأن ما استعمله المتوضئ هو المطهر عنده لا ما

استعمله المحدث ومسألة المد مطلقاً.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ويحتمل أن يكون لزفر روايتان في الماء.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Züfer'den iki rivâyet varsa itiraz boşa çıkmış olur. *el-Hakâik*'in Züfer ile ilgili bölümünde şöyle denilmektedir: "Züfer'e göre müstamel su temizleyicidir. *el-Muhtelif* ve *el-Muhît* adlı kitaplarda da suyun daha önce abdestli veya abdestsiz bir kimse tarafından kullanılmış olması arasında bir ayırım yapılmadan Züfer'e göre müstamel suyun temizleyici olduğu söylenmiştir. Mâlik de bu görüştedir. *Tahâvî* şerhi, *el-Mebsûtu'l-Bekrî* ve *Tuhfe* adlı kitaplarda Züfer'in bu konu hakkındaki görüşünde şu ayırım yapılmıştır: Abdest almak için suyu kullanan kimse zaten abdestli ise su temizleyicidir; abdestsiz ise kullandığı su temiz olsa da temizleyici değildir."¹ Bu açıklamalar Züfer'den iki görüşün de nakledilmekte olduğunu zaten göstermektedir.

9. Abdestin Başında Elin Nasıl Yıkanacağı

[Teshîl] Abdestin başında eller şöyle yıkanır: Kap kaldırılabilir kadar küçükse sol eliyle kaldırıp sağ eline döker ve elini üç defa yıkar; ardından aynı şekilde sağ eli ile sol eline döker ve sol elini de yıkar.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bana göre suyu her bir eline ayrı ayrı dökmeye gerek yoktur. Çünkü mutat olduğu üzere sadece sağ ele dökülen su ile iki eli de yıkamak mümkündür.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Molla Hüsrev *ed-Dürer*'de Tâcuşşerîa'nın şerhinde zikredilenleri gerekçe göstererek Bedreddîn'i eleştirmiştir.² Ancak dikkatli ve basiretli bir kimsenin hemen farkına varacağı gibi, Şeyh'in burada söylediği doğrudur. Çünkü Tâcuşşerîa'nın olmaz dediği şey, suyu akıtma değil ıslaklığı bir yerden başka bir yere nakletmedir. Nitekim Şeyh'e itiraz eden Molla Hüsrev'in kendisi de şayet kap büyükse suyu bir elden diğer bir ele nakletmenin câiz olduğunu söylemiştir.

10. Abdestte Vâcip Yoktur

[Teshîl] Mâlik dışındaki imamlara göre muvâlât (vilâ), yani abdest uzuvlarını birbiri ardına yıkamak sünnettir. Bunun farz olduğunu söylemek nassa ziyade yapmak anlamına gelir. Mâlik ise Hz. Peygamber'in bunu sürekli yapmasından (muvâzabe) hareketle farz olduğu görüşündedir. Mâlik'e şöyle cevap verilmiştir: Hz. Peygamber'in bunu sürekli yapması bunun sünnet olduğunun delilidir.

1 el-Efşencî, Ebu'l-Mehâmid Mahmûd b. Muhammed el-Buhârî, *Hakâiku'l-Manzûme*, Süleymaniye Ktp., Nuruosmaniye bl., nr. 1654, vr. 139b.

2 Molla Hüsrev, Mehmed b. Ferâmurz (ö. 885/1480), *Dürerü'l-Hükkâm fî Şerhi Gureri'l-Abkâm*, İst., 1973, I, 9.

[فاضل أمير] نقول: ويندفع به النظر الظاهر. قال في الحقائق في باب زفر: «الماء المستعمل طهور عنده كذا في المختلف والمحيط من غير تفصيل وهو قول مالك. وفصل في شرح الطحاوي والمبسوط البكري والتحفة وقال عند زفر: إن كان المستعمل متوضئاً فهو طهور وإن كان محدثاً فهو طاهر غير طهور» انتهى. فظهر بهذا أن لزفر روايتين. ٥

٩. كيفية غسل اليدين بداية الوضوء

[التسهيل] وكيفية الغسل أن الإناء لو صغيراً يمكن رفعه يرفعه بشماله ويصبه على كفه اليمنى فيغسلها ثلاثاً ثم يصب بيمينه على كفه اليسرى كما مر. [الشيخ بدر الدين] أقول: لا حاجة إلى الصب على كل واحد من كفيه على حدة؛ لأنه يمكن غسل الكفين بالمياه التي صببت على الكف اليمنى كما هو العادة. ١٠

[فاضل أمير] نقول: اعترض عليه المولى خسرو في درره مستدلاً بما في شرح تاج الشريعة، ولا يخفى على الناقد البصير أن الحق ما قاله الشيخ؛ لأن ما في شرح تاج الشريعة في نقل البلة لا في الإسالة. والمولى المعترض نقل نفسه أيضاً جواز الإسالة من يد إلى أخرى إذا كان الإناء كبيراً. ١٥

١٠. ليس للوضوء واجب

[التسهيل] والولاء [سنة] ولم يفرضوه لما مر من الزيادة على النص، وله مواظبته على السلام، أوجب بأنها دليل السنة.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Sıfatu's-salât bahsinde zikredildiği üzere, Hz. Peygamber'in ara sıra terk etse de bir şeyi sürekli yapması, onun sünnet olduğuna; bir şeyi terk etmeksizin sürekli yapması ise onun vâcip olduğuna delildir. Dolayısıyla sürekli yapma (muvâzabe) mutlak olarak alındığında verilen cevap tamam olmaz.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh, "Hz. Peygamber'in bir şeyi sürekli yapması onun sünnet olduğuna delildir." diyerek Mâlik'e cevap verilmiş olmayacağını; çünkü terk ile kayıtlamaksızın Hz. Peygamber'in bir fiili sürekli yapması o şeyin vâcipliğini gerektiriyorsa burada da muvâlâtın sünnet değil vâcip olması gerektiğini söylemektedir.

Âlimlerimizin bu meseledeki sözleri, *et-Tavzîh*'te beyânu't-tebdîl başlığı altında açıkça anlatılan ve *el-Kâfi* ile *el-Bedâi*'de abdestin sünnetleri konusunda işaret edilen bir inceliğe mebnidir. Bu da abdestte vâcibin bulunmamasıdır. Gereğesi açıklanan bu net cevap ile Şeyh'in zikrettiği problem ortadan kalkmaktadır. Şöyle ki Hz. Peygamber'in bir fiili terk etmeksizin yapmaya devam etmesi, o fiilin vâcip olduğuna delildir. Ancak abdestte vâcip olmadığı için bu fiili abdestin vâciplerinden saymak mümkün değildir. Bu nedenle Hz. Peygamber'in abdestin rükünleri dışında yapmaya devam ettiği diğer fiiller gibi muvâlât da abdestin sünnetleri arasında sayılmıştır.

11. Muvâzabe-Vücûb İlişkisi

[**Teshîl**] *en-Nihâye*'nin mazmaza meselesinde, "Hz. Peygamber'in bir şeyi devamlı yapması onun vâcip olduğunu göstermez. Çünkü biz Hz. Peygamber'in ibadetlerde rükünleri devamlı yaptığı gibi, ibadetin mükemmel bir şekilde edası için fazilet olan şeylere de devam ettiğini söylüyoruz." ibaresi yer almaktadır.¹

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Buna göre -sıfatu's-salât bahsinde zikredildiği üzere- salt muvâzabeden, yani Hz. Peygamber'in bir fiili sürekli yapmış olmasından hareketle o fiilin vâcip olduğu söylenemez. Aksine muvâzabe ile sünnet sabit olur.

1 Sîgnâkî, Husâmuiddin Hüseyin b. Ali (ö. 714/1314), *en-Nihâye Şerbu'l-Hidâye*, Süleymaniye Ktp., Nuruosmaniye bl., nr. 1768, I, vr. 7b.

[الشيخ بدر الدين] أقول: إنها دليل السنة لو بترك وإلا فدليل الوجوب كما ذكر في فصل صفة الصلاة فلا يتم الجواب على إطلاقه.

[فاضل أمير] نقول: يعني لا يتم جواب أئمتنا بمطلق قولهم: المواظبة دليل السنة بل الحاصل من هذا القول غير مقيد بالترك في الجملة كونُ الولاء واجبًا ٥ لا سنة.

وتحقيق قول علمائنا هنا مبني على سرٍ دقيق صرح به في التوضيح في آخر باب بيان التبديل وأشار إليه في الكافي والبدائع في سنن الوضوء وهو أن ليس للوضوء واجبٌ أصلاً وبين وجهه في التوضيح. فيظهر منه الجواب الحاسم لمادة الإشكال وهو أن المواظبة بلا ترك وإن كان آية الوجوب لكن لما لم يكن للوضوء واجب لم يمكن جعله واجباً فجعل سنة كسائر ما واطبه ﷺ من أفعال ١٠ الوضوء الذي هو ما عدا الأركان.

١١. المناسبة بين المواظبة والوجوب

[التسهيل] وفي مسألة المضمنة من النهاية ذُكر: أنه لا يقال: المواظبة آية الوجوب؛ لأننا نقول: إنه عليه السلام كان يواظب في العبادات على ما فيه ١٥ تحصيل الكمال كما يواظب على الأركان.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فعلى هذا لا يتم الاستدلال على الوجوب في فصل صفة الصلاة بمجرد المواظبة بل ينبغي أن ثبت بها السنة.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Mazmaza ve istinşâkın abdestte sünnet olması İbn Abbas ve Câbir hadisleriyle sabittir. Mazmaza ve istinşâk abdestte sünnet, gusülde ise farzdır. Hz. Peygamber'in mazmaza ve istinşâkı hiç terk etmeden yapmış olması, [mazmaza ve istinşâkın sünnet olduğunu gösteren] ilgili hadisler sebebiyle onların vâcipliğine delâlet etmez. Ancak bu, -sıfatu's-salât faslında zikredilen fiiller gibi- sünnet olduğu hadisle sabit olmayan bir fiili Hz. Peygamber'in hiç terk etmeden yapmış olmasının vücuda delâlet etmemesini gerektirmez. *en-Nihâye* sahibinin de "Hz. Peygamber'in ibadetin kâmil bir şekilde eda edilmesi için bir fiile devam etmiş olması" ifadesi de bu dediğimizi hissettirmektedir. Zira sünnetler âlimlerimizimizin dediği gibi farzı tamamlamaktadır. Yaptığımız bu açıklama ile *en-Nihâye* sahibinin ibaresindeki problem aşılmış oldu. Anla!

12. Uyumakla Abdestin Bozulması

[**Teshîl**] Uyumak abdesti bozar. Uzanarak ve başını dizine koyarak uyuyan kişinin abdesti bozulduğu gibi vücudun son derece gevşediği uyku ile de abdest bozulur. Aynı şekilde tek kalçası üzerinde otururken (teverrük) uyumakla da abdest bozulur. Bunların dışındaki şekillerde uyumakla abdest bozulmaz.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Buna göre teverrük ve benzeri şekillerde uyumakla da abdestin bozulmaması gerekir. Bu şekilde oturmak eklemelerin gevşemesi noktasında secdede uyumaktan daha fazla değildir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Evet, abdestin uyku ile bozulmasında eklemelerin gevşemesi gerekçesi esas alındığında gevşemenin kâmilen bulunduğu her hâlde abdestin bozulması gerekir. Ancak ayakta, rükû ve secde hâlinde uyulamakla abdestin bozulmadığı ilgili hadisle sabit olunca hadisin zikretmediği yerlerde gereken hüküm kıyasa göre düzenlenmeye devam etmiştir.

13. Sünnet Derisinin İçi Bedenin Dışı Hükümünde mi?

[**Teshîl**] Sünnet olmamış birinin, suyu sünnet derisinin içine nüfuz ettirmesi vâciptir. İdrar, organdan çıkıp sünnet derisine ulaşmışsa -oradan dışarı çıkmaya bile- abdesti bozar. Bu görüş bazı âlimlere aittir. Bunlara göre sünnet derisinin içi her açıdan vücudun dışı gibidir. Bazı âlimlere göre ise idrarın anılan yere ulaşması ile abdest bozulmasına rağmen gusülde suyu buraya ulaştırmak vâcip değildir. Buna göre sünnet derisi gusül abdesti konusunda vücudun içi, abdesti bozma konusunda vücudun dışı gibidir.

[فاضل أمير] نقول: كون المضمضة والاستنشاق في الوضوء سنتين ثبت بحديث ابن عباس وجابر رضي الله عنهما، هما فرضان في الجنابة وستان في الوضوء. فالمواظبة ولو بغير ترك لم تدل فيهما على الوجوب للحديث المروي ولا يلزم منه أن لا تدل المواظبة بلا ترك على الوجوب في فعل لم تثبت سنته بالحديث كالأفعال المذكورة في صفة الصلاة يشعر بهذا قول صاحب النهاية ٥ على ما فيه تحصيل الكمال؛ لأن السنن إكمال الفرض^١ على ما صرحوا به. وبهذا يندفع الإشكال من عبارة النهاية؛ فافهم.

١٢. انتقاض الوضوء بالنوم

[التسهيل] وبنوم بلغ به الاسترخاء غايته كنوم مضطجع ومتكئ وهو وضع رأسه على ركبتيه، ومتورك على أحد وركه لا بغير ما ذكر من النوم. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن لا ينتقض بالتورك على أحد وركيه ونحوه؛ فإنه ليس بأبلغ من السجود في الاسترخاء.

[فاضل أمير] نقول: نعم مقتضى كون مدار النقض بالنوم على استرخاء المفاصل الانتقاض في كل ما وجد فيه الاسترخاء الكامل، لكن لما ثبت عدم الانتقاض في النوم قائما وراكعا وساجدا بالحديث الوارد فيه بقي الحكم ١٥ المقتضى فيما عدا المنصوص على أصل القياس.

١٣. هل داخل القلفة في حكم خارج البدن؟

[التسهيل] ويجب على الأقفف إدخال الماء داخل القلفة. وإن نزل البول إليها ولم يخرج عنها ينقض الوضوء هذا عند بعض المشايخ فلها حكم الظاهر من كل وجه، وعند البعض لا يجب إيصال الماء إليها في الغسل مع أنه ينتقض الوضوء ٢٠ إذا نزل إليها البول فلها حكم الباطن في الغسل وحكم الظاهر في نقض الوضوء.

١ وفي هامش أ: يريد به أن الكمال يكون بعد تمام الأصل كما قال به السيوطي في الإتيان. فيؤول معنى قول صاحب النهاية إلى أنه ﷺ كان يواظب على السنن التي هي مكملات للفرائض إلخ. ولا يلزم منه أن لا يستدل بالمواظبة على ما هو ليس بعد تمام الأصل من تمامه كالذي بين في صفة الصلاة على كون هذا المتحمم الداخل في الأصل واجبا.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu görüş, guslü emreden *fettahherû* şeklindeki vurgulu ifadeden hareketle mazmaza ve istinşâkın farziyetine istidlal edilmesine aykırıdır. Bu âyet, suyu sünnet derisinin içine ulaştırmanın vâcîp olmasını gerektirmektedir. Çünkü suyu gözün içine ulaştırmada var olan zorluk burada söz konusu değildir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Zeylaî aynı problemi Şeyh Bedreddîn'den önce zikretmiş ancak gusulde suyun sünnet yerine ulaşmasını gerekli kılmayan rivâyete gelebilecek söz konusu itirazı dile getirdikten sonra Kerderî'nin "Suyun, sünnet yerine ulaştırılması bazı fakihlerimize göre vâcîptir; sahih olan görüş de budur." dediğini nakletmiştir. Sahih görülen bu görüşe göre Şeyh'in dile getirdiği problem çözülmüş olmaktadır.

14. Boğazlamak Hayvanın Derisini Temiz Yapar mı?

[**Teshîl**] Eti yenmese bile bir hayvanın derisi tabaklanmak suretiyle temizlenebiliyorsa boğazlanmak suretiyle de temiz olur. Etinin hükmü de böyledir. Sahih olan görüşe göre ise boğazlanmış olsa bile yırtıcı hayvanların etleri necistir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: *el-Hidâye* müellifi [Mergînânî] bu bölümde yırtıcı hayvanların etlerinin temiz olduğunu söylemiş, artıklar bölümünde ise konu ile ilgili farklı görüşlere değinmeden necis olduğunu söylemiştir. Aslında yapması gereken [her iki yerde de] ya konu hakkındaki farklı görüşlere değinmek ya da çelişmemek için kendisine göre muhtâr olan görüşü zikretmekti. Zira söz konusu görüşlerden birini kabul etmek diğerini kabul etmeye manidir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *el-Hidâye* müellifinin sözleri arasında bir çelişki yoktur. Zira bu bölümde, boğazlandıktan sonra etin temiz olacağını söylemiş, artıklar bölümünde ise boğazlanmasına değinmeden necis olduğunu söylemiştir. Dolayısıyla kastedilen, yırtıcı hayvanların etinin hayattayken necis olmasıdır. Ancak burada Mergînânî'nin boğazlandıktan sonra yırtıcı hayvanların etinin temiz olacağı görüşü, *el-Hidâye* şerhleri, *el-Kâfi* ve *et-Tebyîn* gibi kitaplarda açıklandığı üzere mezhepte muteber görüşe aykırıdır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يُشكل هذه الروايةُ بما استُدل على فرضية المضمضة والاستنشاق من مبالغة التطهير في النص؛ فإنه يقتضي أن يجب إيصال الماء إليها؛ إذ لا حرج فيه.

[فاضل أمير] نقول: قد سبقه الإمام الزيلعي بهذا الإشكال ولكن قال بعد تقرير الوارد على هذه الرواية: وقال الكردي: يجب إيصال الماء إليه عند بعض المشايخ وهو الصحيح فعلى هذا لا الإشكال.

١٤. هل التذكية تطهر الجلد

[التسهيل] وما طهر جلده بالدبغ طهر بالذكاة، وكذا لحمه وإن لم يؤكل. والصحيح أن لحوم السباع نجسة وإن ذُبحت.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قال صاحب الهداية هنا: بطهارة لحوم السباع وفي فصل الأسار بنجاستها بلا تعرُّض للخلاف فكان الأولى أن يتعرَّض للخلاف أو يختار ما هو المختار عنده دفعا لتدافع قوليه، فإن القول بأحدهما يُنافي القول بالآخر.

[فاضل أمير] نقول: لا تدافع بين قولي صاحب الهداية؛ لأن قوله هنا: في طهارة لحمها إذا ذكيت، وما قاله في الأسار: بيان نجاسته من غير تقييد بالذكاة، فيكون المراد نجاسته حال الحياة. لكن ما أخذه صاحب الهداية من طهارة لحمها بالذكاة خلاف ما هو القول الراجح فيه كما بيّن في شروحيها والكافي والتبيين.

15. Artıkların Hükümü

[**Teshîl**] Yırtıcı hayvanların eti necis olduğundan artıkları da necistir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Yırtıcı hayvanların etlerinin necis mi temiz mi olduğu, imamlarımız nezdinde tartışmalıdır. Ancak onlar, artıkların temiz veya necis olduğuna dair hükümlerin, artığı söz konusu edilen hayvanın etinin temiz veya necis olması hükmüne bağlı olduğu prensibinde ittifak etmişlerdir. Buna göre etlerinin hükmü konusunda olduğu gibi imamlarımızın necis hayvanların artıklarında da ihtilaf etmiş olmaları gerekir. Yırtıcı hayvanların etini temiz sayan, artığını da temiz saymalı veya artığının necis olduğunu başka bir illete bağlamalıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Yırtıcı hayvanların etinin temiz olduğundan hareketle artıklarının da temiz olacağı sonucuna ulaşmak müsellem değildir. Çünkü imamlarımız yırtıcı hayvanların etinin boğazlanmadan önce necisul'ayn olduğunu söylemişler, boğazlandıktan sonraki durumlarında ise ihtilaf etmişlerdir. Bilindiği gibi artık su ancak hayvan hayatta olduğunda söz konusu olur ki bu durumda hayvanın salyası, necis olan etinden tevellüt ettiği için artığın temiz olduğu düşünülemez. Buna binaen yırtıcı hayvanların artığı konusunda da ihtilaf etmeleri gerektiğini söylemek nasıl doğru olabilir?

16. Yırtıcı Hayvanların Eterinin Hükümü

[**Teshîl**] Denilirse ki: "Eti yenen hayvanla yenmeyen hayvanın artığı arasında fark olmaması gerekir. Çünkü eğer et itibara alınacak olursa her ikisinin de eti temizdir. Görmez misin ki eti yenmeyen hayvan necisul'ayn değilse, boğazlandığında temiz olur. Eğer onun etinin kanıyla karışık olduğuna itibar edilirse, eti yenen hayvan ile diğerleri bu konuda eşittir."

Deriz ki: Eğer haramlık keramet sebebiyle değilse, necaset göstergesidir. Fakat bunda 'necasetin, etin kan ile karışık olması sebebiyle olması şüphesi de vardır. Zira eğer böyle olmasa bu defa necisliği li-zatihi olurdu. Hâlbuki eti yenilmeyen hayvan diriye necisliği lizatihi değildir. Bu hayvanın salyası kanının karışık bulunduğu haram etinden doğduğu için, iki sebebin bir araya gelmesiyle necis olur. Eti yenilen hayvanlarda ise bu iki sebepten birisi bulunur ki bu da etin kanla karışık olması durumudur. Bu da artığının necis olmasını gerektirmez. Çünkü bu illet tek başına zayıftır.

١٥ . حكم الأسار

[التسهيل] وسؤر سباع البهائم نجس لنجاسة لحمها.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قد تقرّر في نجاسة لحوم السباع وطهارتها اختلاف عند أئمتنا واتفقوا أن المعبر في باب السؤر هو اللحم فعلى هذا يلزم أن يكون لهم اختلاف في سؤرها كما في لحمها؛ فمن قال بطهارة لحمها يلزمه القول بطهارة سؤرها أو أن يعلل نجاسة سؤرها بعلّة أخرى.

[فاضل أمير] نقول: لزوم هذا القول ليس بمسلّم؛ لأن أئمتنا قالوا إن لحمها نجس العين قبل الذكاة، واختلفوا في نجاستها بعد الذكاة، وظاهر أن السؤر إنما كان في حياتها وفيها لا يتصور كون سؤرها طاهراً؛ لأنه متولد من لحم نجس فمن أين يصح أن يقال: يلزم الاختلاف في سؤرها!

١٦ . حكم لحوم السباع

[التسهيل] فإن قيل: يجب أن لا يكون فرق بين سؤر ما يؤكل وما لا يؤكل لأنه إن اعتبر اللحم فلهم كل واحدٍ منهما طاهرٌ ألا يرى أن ما لا يؤكل إذا لم يكن نجس العين إذا ذكّي يطهر لحمه وإن اعتبر أن لحمه مختلطٌ بالدم فما يؤكل لحمه وغيره سواء؟ قلنا: الحرمة إذا لم تكن للكرامة فهي آية النجاسة لكن فيه شبهة أن النجاسة لاختلاط الدم باللحم إذ لولا ذلك بل كانت نجاسته لذاته لكان نجس العين وليس كذلك فما لا يؤكل إذا كان حياً فلعبه متولّد من اللحم الحرام المختلط بالدم فيكون نجساً لاجتماع الأمرين وفيما يؤكل لم يوجد إلا أحدهما وهو الاختلاط بالدم فلم يوجب نجاسة السؤر لأن هذه العلة بانفرادها ضعيفة.

Zira yerinde duran yani damardaki kan ona dirilik hâlindeyken necaset hükmü vermez. İster eti yenilen isterse yenilmeyen hayvan olsun hem diri değil hem de boğazlanmış değilse necistir. Çünkü ölümlerle hâle gelmiştir. Haramlık kanın karışık bulunmasıyla birlikte mevcuttur. Dolayısıyla necis olur. Eğer boğazlanmışsa temiz olur. Eti yenilen hayvanın kesilmekle temiz olması onda haramlığın olmaması ve kanın karışık bulunmaması sebebiyledir. Eti yenmeyen hayvanların temiz olmasının sebebi ise eti ile kanının karışık olmamasıdır. Salt etinin haramlığı ise tek başına onun necisliği için kafi değildir. Necaset yukarıda belirtildiği gibi ancak iki sebebin bir arada bulunması ile sabit olur.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu durumda iki et arasındaki fark ortaya çıkmış olacağı için yırtıcı hayvanların etinin necis olduğu görüşüne böyle bir itiraz yöneltilemez. Çünkü yırtıcı hayvanların etlerinin hilafına, eti yenen hayvanın eti temizdir. Bu itiraz, yırtıcı hayvanların etlerinin temiz olduğu görüşü için söz konusu olabilir. Fakat bu takdirde cevap tamam olmuş sayılmaz. Çünkü bu görüşe göre haramlık necislik göstergesi değildir. Bu sebeple âlimler onun, -her ne kadar yenilmesi hâlâ haram olsa da- diri iken ve kesildikten sonra etinin temiz olduğunu söylemişlerdir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Muteber şerh ve fetvâ kitaplarında rastladığım kadarıyla, yırtıcı hayvanların etinin temiz mi necis mi olduğu konusunda imamlarımız arasındaki ihtilaf, boğazlandıktan sonrasına değil, hayatta olmaları hâline ilişkindir. İmamlarımızdan, bu hayvanların etlerinin boğazlanmadan önceki hâline ilişkin ihtilafın olduğuna dair bir nakil bulunursa, bu takdirde Şeyh'in sözüne haklılık payı tanınabilir ve hem bunun üzerine bina ettiği soru hem de "Bana göre yırtıcı hayvanların eti haramdır..." şeklindeki cevabı sahih olurdu. Böyle bir nakil yoksa bu tahayyülünün bir anlamı olmaz.

17. Teyemmüm

[Teshîl] Abdest ve gusül için su bulamayan mükellef, şehir içinde de olsa teyemmüm edebilir.

إذ الدمُ المستقرُّ في موضعه لم يُعط له حكمُ النجاسةِ في الحيِّ وإذا لم يكن حياً فإن لم يكن مذكياً كان نجساً سواءً كان ما يؤكل أو غيره لأنه صار بالموتِ حراماً فالحرمةُ موجودةٌ مع اختلاط الدم فيكون نجساً. وإن كان مذكى كان طاهراً. أما ما يؤكل فلائنه لم يوجد فيه الحرمة ولا اختلاط الدم، وأما ما لا يؤكل فلائنه لم يوجد الاختلاط. والحرمة المجردة غير كافية في النجاسة على ما مرَّ أنها تثبت باجتماع الأمرين.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا السؤال لا يردُّ على القولِ بنجاسةِ لحمِ السباعِ لظهورِ الفرقِ بين اللحمين حينئذٍ لأن لحمَ ما يؤكلُ طاهرٌ بخلافِ السباعِ. ويردُّ على القولِ بطهارةِ لحمِ السباعِ ولكن لا يتمُّ جوابه حينئذٍ لأن الحرمةَ ليست بأيةِ النجاسةِ على هذا القولِ ولذا قالوا بطهارته حالَ الحياةِ.

[فاضل أمير] نقول: الذي ظفرت به في الشروح المعتمدة والفتاوى المعتمدة هو أن الخلاف الواقع بين أئمتنا في لحوم السباع أنها طاهرة أو لا، ليس في حياتها بل بعد التذكية. فإن وجد نقل في اختلافهم أيضاً في حياتها تم الدُّسْتُ^١ وصح ما بنى عليه من السؤال وجوابه الذي ذكره بقوله «وأقول: لحم السباع حرام إلخ» وإلا فلا وجه لما تخيَّله.

١٧. التيمم في المصير

[التسهيل] ولو عدِمَ الماء في المصير تيمم.

١ أي الغلبة. (كان في اصطلاح الجاهلية) إذا خاب قِدَح أحدهم ولم ينل ما رامه قيل: تم الدست عليه. معجم الوسيط، «الدست».

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu görüş Ebû Yûsuf ve Muhammed'in şehirde soğuk korkusuyla teyemmüm meselesindeki görüşleriyle problem arz eder. Çünkü onlar şehirde soğukta kalmanın vukuunun nadir olduğu gerekçesiyle şehirde soğuk sebebiyle teyemmümü câiz görmemişlerdi. Soğuk sebebiyle teyemmümü, şehirde vukuunun nadir olması sebebiyle câiz görmüyorlarsa, aynı şekilde, şehirde vukuunun nadir olması gerekçesiyle su bulamama sebebiyle teyemmümü de câiz görmemeleri gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: İki tilmiz imamın [Ebû Yûsuf ve Muhammed'in] bu meseleye bakışları Şeyh'in bakışından daha dakiktir. Onlar soğuk meselesinde, şehir içinde sıcak su veya ısınma imkânının genellikle varlığı sebebiyle suyu kullanma kudretinin ortadan kalkmadığını söylemektedirler. Dolayısıyla şehir içinde soğuk sebebiyle teyemmüm yapmayı gerektirecek zaruret sabit değildir. Konu *et-Tebyîn*'de de bu şekildedir. Bu durumdaki kişiye teyemmüm yapması için ruhsat verilmezse abdest alabileceği ılıkta bir suyu bulmak için çabalar ve kesin olarak bulur. Buna mukabil şehir içinde su bulamayan kimsenin suyu kullanma kudretinden katiyen söz edilemez. Zira olmayanı, çabalamak suretiyle elde etmek mümkün değildir. Buna binaen "Şayet su bulamazsanız teyemmüm edin." (Mâide 5/6) âyetinde ifade edildiği gibi bu kimsenin zarurete binaen teyemmüm yapması câizdir.

18. Suyun Gabn-i Fâhişle Satılması Durumunda Teyemmüm

[**Teshîl**] Abdest alacak suyu olmayan mükellef, suyu ancak para ile bulabiliyorsa ve parası da yoksa acziyet sebebiyle teyemmüm eder. Su, gabn-i fâhişle mesela değerinin iki katı kadar bir fiyatla satılmak isteniyorsa mükellef suyu satın almak zorunda değildir. Elbiseye bulaşmış necaseti temizleyecek su olmadığına pislenmiş yeri kesmek suretiyle zarara katlanmak vâcip olmadığı gibi, değerinin iki katı fiyatına satılan suyu satın almak da vâcip değildir. Suyun sahibi, basit aldanma (gabn-i yesîr) ile örneğin kıymeti bir dirhem olan suyu bir buçuk dirheme satsa, kişi suyu kullanmaya muktedir sayılacağından teyemmüm yapmaz. Muhammed'e göre gabn-i yesîr olsa bile suyu alması gerekmez. Ancak tam değeri ile satarsa suyu almak vâcip olur.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يشكل على قول أبي يوسف ومحمد في مسألة خوف البرد في المصر؛ لأنهما لم يجوّزا التيمم ثمة لندرة تلك الحالة فينبغي أن لا يجوّزا التيمم في المصر لعدم الماء عندهما لندرة هذه الحالة.

[فاضل أمير] نقول: نظر الإمامين التلميذين في هاتين الصورتين أدق مما نظر فيه الشيخ؛ لأنهما يقولان في مسألة البرد: إن القدرة ليست بمتفية؛ إذ الغالب وجود الماء المسخن ووجود ما يستدفأ به فالضرورة فيه غير ثابتة كما بين في التبيين. فإذا لم يرخص له في التيمم يسعى في تحصيل ما أمكن تحصيله ويجده حتما. وأما إذا عدم الماء تكون القدرة منتفية قطعاً؛ لأن المعدوم لا يمكن تحصيله بالسعي فيجوز التيمم ضرورة على ما نطق به قوله الكريم: ﴿لَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ [المائدة 6/5].

١٨. التيمم عند بيع الماء بغبن فاحش

[التسهيل] ولو أبى أن يعطيه إلا بثمن فإن لم يكن معه ثمنه يتيمم للعجز؛ وكذا لو كان معه ثمن ولكنه لا يبيع إلا بغبن فاحش أي بضعف قيمته فإنه يتيمم؛ لأن تحمّل الضرر لا يجب كقطع موضع النجاسة حال عدم الماء. ولو باعه بغبن يسير كبيع ماء قيمته درهم بدرهم ونصف فلا يتيمم لقدرته على الماء. وعند محمد لا يتحمّل الغبن اليسير فلا يجب الشراء إلا بثمن المثل.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Gabn-ı fâhişi, kıymetin iki katı olarak tefsir etmek, meşhur kitapların gabn-ı fâhiş tefsirine muhaliftir. Ancak bu tefsir “Yetimin akarı ancak zaruret hâlinde veya kıymetinin iki katı bir bedele satılırsa satım câiz olur.” şeklindeki görüşe uygundur. Bunun, gabn-i fâhişin diğer konulardaki tefsiri konusunda farklı bir rivâyet olması da muhtemeldir. Bu tefsirin, fiyatının genelde yüksek olmaması sebebiyle sadece suya has olması da muhtemeldir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in, suyun kıymetinin iki katı fiyat ile olabilecek gabn-ı fâhişin tefsiri hakkındaki tereddüdü, fakihlerimizin bu konudaki açıklamalarını bilmemesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim *el-Beddâi*'de “Bu konudaki gabn-i fâhiş, fiyatın iki katı olarak takdir edilmiştir.” ifadesi yer almaktadır.

19. Namaz Vaktinin Girmesinden Önce Teyemmüm

[Teshîl] Bize göre toprak, su gibi olduğundan vakit girmeden de teyemmüm yapılabilir. Aynı şekilde bir teyemmümle birçok nafile kılınabildiği gibi birçok farz da kılınabilir. Şâfiî ve Mâlik ise vakit girmeden teyemmümü câiz görmedikleri gibi, bir teyemmümle birden fazla farz namaz kılınmasını da câiz görmezler. Ancak onlara göre bir teyemmümle bir farz kılındıktan sonra farza tabi olarak istenildiği kadar nafile kılınabilir. Zira onlara göre teyemmüm, abdestsizlik durumunda namazı mubah hâle getirmek için abdeste bedel olarak yapılan işlemdir. Haddizatında teyemmüm temizleyici değil kirleticidir. Buna binaen kişi, teyemmümden sonra suyu görse daha önceki abdestsizliği tekrar ortaya çıkmış olur. Bu yönüyle teyemmüm istihazeli kadının taharetine benzer. Bize göre ise su ile toprak arasındaki bedeliyet, toprağın da su gibi abdestsizliği kaldırmasını gerektirir. Kişi bir abdestle istediği kadar namaz kılabilirdiği gibi bir teyemmümle de istediği kadar namaz kılabilir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: *en-Nihâye*'de geçmekte olan “Teyemmüm, suyun ilk bulunduğu zamana istinaden bozulur. Böyle bir kişi ilk abdestsizlik hâli ile abdestsiz sayılmış olur...” ifadesi ve *el-Kâfi*'nin ‘Mesh’ bahsinin başlarında yer alan “Mesh, suyun ilk bulunduğu zamana müsteniden bâtil olur.” ifadesi burada zikredilen görüşe aykırıdır ve bu ifadeler, Şâfiî ve Mâlik'i desteklemektedir. Üstelik bu istidlal Muhammed'e nisbetle tam da değildir. Zira abdestlinin teyemmümlüye uyması meselesinde belirttikleri gibi Muhammed'e göre bedeliyet, teyemmüm ile abdest arasındadır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: تفسير الغبن الفاحش بضعف القيمة يخالف تفسير الكتب المشهورة ولكنه يوافق ما ذكر في أن بيع عقار اليتيم لم يجز إلا بضرورة أو بضعف قيمته فكأنه رواية في تفسير الغبن الفاحش في سائر المواضع أيضاً، ويحتول أن يختص بالماء.

٥ [فاضل أمير] نقول: تردده هذا ناشئ عن الدهول عن تقديرهم الغبن الفاحش في شراء الماء بضعف القيمة؛ قال في البدائع: «ثم قدر الغبن الفاحش في هذا الباب بضعف الثمن».

١٩. التيمم قبل دخول الوقت

[التسهيل] ونجيزه قبل الوقت ولفرائض كنفل لكون التراب كماء وقال الشافعي ومالك: لا يجوز قبله ولا يجوز بتيمم واحد إلا أداء فرض واحد مع ما شاء من النوافل على وجه التبعية؛ لأن التيمم عند مالك والشافعي بدل الوضوء لإباحة الصلاة مع قيام الحدث؛ لأنه مُلَوِّثٌ في نفسه لا مطهر ورافع حتى لو رأى الماء عاد حكم الحدث الأول فصار كطهارة المستحاضة، وعندنا: البدلية بين الماء والصعيد فيرفع الحدث كالماء ويصلي ما شاء كالمتوضئ.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يُنَافِيهِ ما ذُكِرَ في النهاية من أن التيمم ينتقض عند إصابة الماء مستنداً إلى ابتداء وجوده لأنه يصير محدثاً بالحدوث الأول؛ وفي الكافي في أوائل باب المسح: أن المسح يبطل مستنداً وهذا يؤيد قول الشافعي ومالك وأيضاً لا يتم هذا الاستدلال بالنسبة إلى محمد؛ إذ البدلية عند محمد بين التيمم والوضوء أيضاً كما صرحوا في مسألة اقتداء متوضئٍ بتيمم.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in, Mâlik ve Şâfiî'yi desteklemesini onaylamadığımız gibi imamlarımızın konu hakkında "Teyemmüm, abdestsizliği kaldırma konusunda su gibidir." şeklindeki sözleri arasında bir çelişkinin bulunduğunu da kabul etmiyoruz. Çünkü hükmün sonradan, önceki sebebe müsteniden 5 sabit olması, hükmün ortaya çıktığı zamana kadar sebebin (abdestsizlik) bekâsını gerektirmez. Bilakis istinad için sebebin başta olması yeterlidir. Nitekim gasbeden gasbettiği malın kıymetini tazmin edince, mal üzerinde sabit olan mülkiyet hakkı, malı mülk edinme (temellük) zamanında gasbın hâlâ devam ediyor olmasını gerektirmez. Bilakis tazminle beraber gasbın hükmü de kalkmış olur ve mülkiyet, önce meydana gelen gasba müsteniden sabit olur. 10

Konunun özü şudur: Teyemmümün abdestsizliği gidermesi, suyun gidermesi gibi mutlak değildir. Bilakis Hz. Peygamber'in "Müslüman için toprak, suyu bulamadığı sürece temizleyicidir. Toprakla teyemmüm yapmasında bir sakınca yoktur." hadisinin de delâlet ettiği üzere suyun olmaması durumuyla kayıtlıdır. Bu noktada bir şüphe yoktur. Teyemmüm 15 abdestsizliği giderir ve teyemmümle gerçekleşen temizlik, suyun bulunma zamanına kadar devam eder. Suyu bulunca daha önce var olan abdestsizliğe müsteniden abdesti bozulur. Anla!

Şeyh'in "Üstelik bu istidlal Muhammed'e nisbetle tam da değildir..." şeklindeki değerlendirmesine ilişkin olarak da Allâme-i Rûmî'nin *el-Îzâh*'ta yaptığı şu açıklamayı zikredebiliriz: "Bu ihtilafın kaynağı başka bir asıldır. İmamlarımız arasında bedeliyetin toprak ile su arasında mı [Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf] yoksa abdest ile teyemmüm arasında mı olduğu [Muhammed] şeklindeki ihtilafın buradaki ihtilafta bir tesiri yoktur. Bu ihtilafın tesiri, teyemmüm yapanın normal abdest alana imameti hakkında ortaya çıkmaktadır." Allâme-i 25 Rûmî'nin yaptığı bu açıklama ile Şeyh'in ortaya attığı problem çözülmüş olduğu gibi, Muhammed hakkında söyledikleri de cevaplandırılmış olmaktadır.

20. Cenazenin Velisinin Teyemmüm Yapmasının Hükümü

[Teshîl] *Zâhiru'r-rivâye*'ye göre cenaze velisi teyemmüm yapabilir. Ancak 30 sahih görüşe göre cenaze velisi cenaze namazına yetişmek için teyemmüm etmez. Zira cenaze velisi varken başkasının cenaze namazı kıldırma hakkı yoktur. Hatta başkası kıldırılmış olsa bile velinin yeniden kıldırma hakkı bulunmaktadır. Cuma ve vakit namazlarının da bedeli olduğu için bu namazlar için de teyemmüm yapılamaz.

[فاضل أمير] نقول: لا نسلم التأييد لمذهب الشافعي ومالك ولا المنافاة لما قال أئمتنا من أن التيمم يرفع الحدث كرفع الماء؛ لأن ثبوت الحكم آخرًا مستندًا إلى السبب السابق لا يستدعي قيام السبب وبقائه إلى زمان وجود الحكم بل يكفي في الاستناد وجود السبب في ابتداء الأمر، ألا يرى: أن الملك الثابت للغاصب في المغضوب بعد الضمان لا يستدعي بقاء الغصب وقت التملك بل يرتفع الغصب بالضمان ثم يثبت الملك مستندًا إلى الغصب السابق.

غاية ما فيه: أن رفع التيمم الحدث ليس برفع مطلق كرفع الماء بل مقيد بعدم الماء على ما دل عليه قوله ﷺ «التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء» ولا ضير فيه؛ لأنه يرفع الحدث وتمتد طهوريته إلى أن يوجد الماء وإذا وجد يحصل الانتقاض مستندًا إلى الحدث الموجود سابقًا فافهم.

ثم قوله: «وأيضًا لا يتم الاستدلال بالنسبة إلى محمد إلى آخره» قال العلامة الرومي في الإيضاح: «مدار هذا الخلاف على أصل آخر ولا تأثير في ذلك للخلاف الواقع بين أصحابنا في البدلية بين التراب والماء كما قالوا أو بين التيمم والوضوء عند عدم الماء كما قال محمد، إنما تأثيره في صحة إمامة التيمم للمتوضئ» انتهى. وبهذا ينحل الإشكال ويندفع عن محمد ما قال.

٢٠. حكم التيمم للولي في صلاة الجنابة

[التسهيل] وفي ظاهر الرواية: يتيمم أيضًا ولي الجنابة؛ ولا يتيمم في الصحيح؛ إذ ليس لغيره حق الصلاة على الجنابة ولو صلى غيره فله الإعادة. ولم يصح في الجمعة والوقتية لفواتهما إلى البدل.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Metindeki “Cenaze velisi varken başkasının cenaze namazı kıldırma hakkı yoktur.” ifadesi, Ebû Yûsuf’un görüşüne göre sahih olabilirse de Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre sahih değildir. Zira Ebû Hanîfe ve Muhammed cenaze üzerine namaz kıldırma hakkını öncelikli olarak sultana ve onun naibine verirler. Bu nedenle de namaz kıldırma hakkı cenaze velisinin değil, sultanındır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre velinin teyemmüm yapmasının câiz olmamasından maksat, cenaze merasiminde namazı kıldırma konusunda veliden önce olan sultan ve naibinin hazır olmaması ve cemaatin de hazır bulunup veliyi beklemeleri durumudur. Böyle bir durumda Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre cemaat beklemek istemiyorsa velinin teyemmüm yapmasının câiz olmasını men edecek bir şey yoktur. *et-Tebyîn*’deki “Şayet cemaat veliyi beklemezse velinin teyemmüm yaparak namaz kılması câiz olur.” ifadesi de dediğimize delâlet etmektedir.

21. Namaz Esnasında Teyemmümün Bozulması

[**Teshîl**] Kişi, namaza teyemmümle başlasa ve namaz içinde teyemmümü bozursa namazını ibka etmek için yeniden teyemmüm yapabileceğinde ittifak vardır. Bu durumda kişiye abdest almasını gerekli kılsak, suyu görmekle namazı [baştan itibaren] bozulmuş olur ve imama baştan uymuş olamaz. Yine suyu görmekle namazı baştan itibaren bozulmuş olacağı için namazı tek başına tamamlama imkânı da kalmaz, netice olarak da namazı kaçırmış olur. Ancak namaza abdest alarak başlamış olması durumu bundan farklıdır. Zira bu durumda suyu görmekle namazı baştan itibaren bozulmuş olmaz. İmama yetişemese bile namazı kendi başına tamamlama imkânı vardır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: ‘Vaktin çıkmasından korkmuyorsa ve imama da yetişeceğini umuyorsa’ sözünde geleceği üzere, imam namazı bitirmeden ona yetişmesi mümkündür.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Âlimlerimizin “İmama yetişme imkânı yoktur.” sözlerinden maksat, namazı bozulmayacak şekilde lahik olarak yetişme imkânının olmamasıdır. Nitekim bu hükmü gerekçelendirirken “namazını ibka etmek için” şeklindeki sözleri buna delâlet etmektedir. Anılan sözleri ile imama mesbûk olarak yetişme imkânının bulunmamasını kastetmişlerdir. Bu meselede mümkün olan ise mesbûk olarak yetişmesidir. Dolayısıyla kastedilen (lahik olarak yetişmesi), hâsıl olmamış; hâsıl olan da (mesbûk olarak yetişmiş olması) kastedilmemiştir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قوله «ليس لغيره حق الصلاة على الجنابة» يصح على قول أبي يوسف لا على قول أبي حنيفة ومحمد لأنهما يقدّمان الوُلاة الأعظمَ فالأعظمَ فيكونُ حقُّ الصلاةِ للوُلاةِ أوَّلاً لا للوليِّ.

[فاضل أمير] نقول: المراد من عدم جواز التيمم للولي عندهما فيما لم يحضر من يقدم على الولي من الولاة الأعظم فالأعظم، وكانت الجماعة الحاضرون ممن ينتظرون إلى الولي فلا منع عن جواز تيممه عندهما فيما لم ينتظر. يدل عليه ما في التبيين من قوله: «ولو لم ينتظروه جاز له التيمم».

٢١. انتقاض التيمم في أثناء الصلاة

[التسهيل] ولو شرع بالتيمم صحّ البناء به وفقاً لإبقاء لصلاته. فإننا لو أوجبنا الوضوء فسدت صلاته برؤية الماء فلا يمكنه إدراك الإمام وليس له أن يتم وحده لفسادها برؤية الماء فيفوت بخلاف شروعه متوضأ؛ فإن صلاته لا تفسد برؤية الماء فإن لم يدرك إمامه فله أن يتم وحده لقيام صلاته.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قد يمكن إدراكه قبل فراغ إمامه كما سيجيء.

[فاضل أمير] نقول: المراد من قولهم: لا يمكنه إدراك الإمام عدم إمكان إدراكه لاحقاً لم يطل صلاته على ما دل عليه تعليلهم بقولهم: إبقاءً لصلاته، لا عدم إدراكه مسبقاً، والممكن هنا إدراكه مسبقاً فالمراد غير حاصل والحاصل غير مراد.

22. Mest Üzerine Giyilen Çarığın İçine Parmakları Sokarak Meshetmek

[**Teshîl**] Mest üzerine giyilmiş olan çarık geniş olsa ve elini içeriye sokup mest üzerine meshetse câiz olmaz.

5 [**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Çarığı çıkarıp mest üzerine mesh yapmak câiz oluyorsa çarığın içine elini sokup meshetmek de câiz olmalıdır. Denirse ki, üzerine çarık giyili iken mest, batın (iç) hükmüne geçer ve nasıl ki mestin içini mesh etmekle mesh yapılmış olmuyorsa bu durumda da mesh yapılmış olmaz. Cevaben denilir ki, farz olan, mestin dışını mesh etmektir, 10 bu da gerçekleşmiştir. Mestin içini mesh etmekle mesh yapılmış olmayacağından iki durum birbirinden farklı olup yapılan kıyas tam olmaz. Tabii ki bu farkın kıyasa zarar vermeyeceği de öne sürülebilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Mest üzerine giyilen ayakkabının geniş tarafından parmakları sokarak mest üzerine meshetme durumunda meshin gerçekleşmiş olacağını kabul etmiyoruz. Zira mestin üstü/zahiri denilince anlaşılan şey, mestin bakan kimse için zahir olan ve görünen kısmıdır. Mestin üzerine çarık giyilmişse görünen bir şey olmayacağından mestin zahirinden bahsedilemez. Bu izah, Şeyh'in "Bu farkın kıyasa zarar vermeyeceği de öne sürülebilir." şeklindeki cevabından daha açıktır.

23. Çorapların Üzerine Giyilen Mestin Üzerine Meshetmenin Hükümü

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Müstakil olarak giyildiğinde üzerine meshetmenin câiz olmadığı- keten vb. şeylerden mamul çorap üzerine giyilen mestler üzerine meshetmek câiz midir? *el-Hidâye* şerhi *el-Mi'râc*'da 25 Şâfiî'nin bunu câiz gördüğü zikredilmektedir. Ama imamlarımızdan bu konuda müsbet veya menfi bir rivâyete rastlamadım. Ancak, -mest çorabın değil ayağın bedeli olduğu için- bunun câiz olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Molla Hüsrev, meşâyihimizin bu meseleye neden değinmediklerini izah etmiş ve bunun câizliğine biri Şeyh'inki ile aynı diğeri ise farklı iki delil ile istidlal etmiştir. 30

٢٢. مسح الخف من خلال إدخال الأصابع من الجرموق

[التسهيل] ولو كان الجرموق واسعاً فأدخل يده ومسح على الخف لم يجز.
 [الشيخ بدر الدين] أقول: لو نزعَ الجرموق ومسح الخفَّ يجوز فينبغي أن
 يجوز بإدخال يده. فإن قيل للخف حكم الباطن ما دام الجرموق عليه فلم يجز
 كالمسح على باطن الخف؟ يقال: الفرض هو المسح على ظاهر الخف وقد
 ٥
 وجد بخلاف باطن الخف فافتراقاً فلا يتم القياس ويمكن أن يقال إن هذا الفرق
 لا يضر.

[فاضل أمير] نقول: لا نسلم وجود المسح على ظاهر الخف على هذا
 التقدير؛ لأن الظاهر من إطلاق ظاهر الخف كونه ظاهراً للناظر إليه مرئياً له
 ١٠
 وذا غير حاصل إذا كان عليه الجرموق. ولعل هذا أظهر من جوابه: بأن هذا
 الفرق لا يضر.

٢٣. حكم لبس الخف على الجورب

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو لبس الخف على جورب من كرباس أو نحوه
 مما لا يجوز المسح عليه هل يجوز المسح على الخف؟ ذكر في المعراج شرح
 الهداية جوازُه عند الشافعي ولم أر فيه رواية عن أئمتنا جوازا وعدمًا وينبغي أن
 ١٥
 يجوز إذ الخف يصير بدلاً عن الرجل لا عن الجورب.

[فاضل أمير] نقول: قد ذكر المولى خسرو وجه عدم تعرّض مشايخنا بهذه
 الصورة واستدل على الجواز بدليلين مماثل لما ذكره الشيخ ومغاير له.

24. Sargı ve Sakal Üzerine Meshetmenin Hükmü

[**Teshîl**] Sargı üzerine meshetmek zarar veriyorsa meshetmeyebilir. Hatta Ebû Hanîfe'ye göre zarar vermese de sargı üzerine mesh yapılmaya bilir. Zira mesh, sargı altını yıkamak yerine geçer, sargının altını yıkamak 5 vâcip olmadığından sargıyı mesh etmek de vâcip olmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Ebû Hanîfe adına yapılan bu gerekçelen-dirme, sakalı meshetmeyi terk etmenin câizliğini gerektirmektedir. Nite-kim Ebû Yûsuf'tan da bu yönde bir rivâyet bulunmaktadır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in bu değerlendirmesi isabetli değildir. Zira 10 sargının altını yıkamanın vâcip olmamasından kasıt, şayet yaranın üze-rinde sargı olmasaydı bile -zarar sebebiyle yıkama gerekliliğinin düşmesi sebebiyle- o kısmı yıkamanın vâcip olmamasıdır. Hâlbuki sakal ile sakalın altının durumu böyle değildir. Zira sakal olmasaydı sakalın bittiği yeri yı-kamak vâcip olurdu.

15 Bu açıklamayla beraber bil ki Ebû Hanîfe “Zarar vermese de sargı üzeri-ne mesh yapılmayabilir.” görüşünden dönmüştür. Çünkü *el-Hulâsa*'da Ebû Hanîfe'ye, zarar vermemesi durumunda sargı üzerine meshetmenin vâcip olduğu görüşü nispet edilmiş ve bu görüşün daha sahih olduğu belirtilmiştir.

25. Necasetin Temizlenme İmkânı ve Keyfiyeti

20 [**Teshîl**] “Kıyas, necasetin hiçbir şeyle temizlenmemesini gerektirir. Zira necaset ile temas eden her şey necis olur ve necis olan şey de başkasını temizlemez.” şeklindeki itiraza şöyle cevap verilir: Suyun necis olması için necasetin suya nüfuz etmesi gerekir. Bu da suyun necasetle teması netice-sinde değil yıkanılan şeyden ayrılması ile olur. Eğer böyle olmasaydı elbise- 25 nin kesinlikle temizlenmemesi gerekirdi. Özetle su, necasetle temasından dolayı değil, yıkanılan yerden ayrılmasıyla necis olur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Suyun necasete temasla necis olmasının mücaveret sebebiyle olması kıyastır. Necasetin suya nüfuz etmesi de su-yun yıkanılan yerden ayrılması ile değil necasetin bir cüz'ünün ayrılarak 30 suya geçmesiyle olur. Buna göre elbisenin temiz, suyun ise necis olmasının, suyun necaset ile temasından değil necasetin bir parçasının ayrılmasıyla olması kıyasa aykırı olarak sabit olmuştur. Bu nedenle cevap tam değildir.

٢٤. المسح على الجبيرة واللحية

[التسهيل] ولو ضر مسحها جاز تركه وإن لم يضر فكذا جاز تركه عند أبي حنيفة؛ لأن مسحها يقوم مقام غسل ما تحتها ولا يجب غسل ما تحتها فكذا المسح.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: هذا التعليل يستلزم جواز ترك مسح اللحية عند أبي حنيفة كما هو رواية عن أبي يوسف.

[فاضل أمير] نقول: فيه بعد؛ لأن المراد من عدم وجوب غسل ما تحتها عدم الوجوب لو لا الجبيرة عليه لسقوط الغسل بالإضرار ولا كذلك اللحية مع ما تحتها؛ لأن اللحية لو لم تكن لوجب غسل ما نبتت عليه.

١٠ هذا؛ واعلم أن هذا القول من الإمام قول مرجوع منه؛ لأن الإمام قال بوجوب المسح فيما لم يضر، ذكره في الخلاصة وقال هو الأصح.

٢٥. إمكان تطهير النجاسة وكيفيته

[التسهيل] ويقتضي القياس أن لا يظهر النجس بشيء أصلاً؛ لأن كل ما لاقى النجس يتنجس به والنجس لا يفيد الطهارة. أوجب: بأن الماء لا يتنجس به إلا بزواله إلى الماء وإنما يزول إليه بانفصال الماء عن المغسول لا بلاقئه وإلا لما طهر الثوب فيتنجس الماء بالفصل لا اللقاء.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: القياس أن يتنجس الماء بلاقئه للمجاورة وأيضاً زواله إلى الماء يتوقف على انفصال جزء النجس إلى الماء لا على انفصال الماء عن المغسول وعلى هذا طهارة الثوب وتنجس الماء بالفصل لا اللقاء يثبت على خلاف القياس فلا يثبت الجواب.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu sözleri, *el-Bedâi*'de, suyun necasetle ilk temas ettiği andan itibaren necis olduğuna dair iddianın reddi konusunda zikredilenden gafil olmasından kaynaklanmıştır. *el-Bedâi*'de şöyle denilmiştir: “Şâri, bize necaseti temizlememizi emretmiştir. Su, necasetle ilk teması anında necis olsaydı, temizlemenin tasavvuru mümkün olmaz ve mümkün olmayan bir şeyin emredilmesi abes olurdu. Yüce Allah abes bir şeyi emretmekten âli ve münezzehtir.” Şeyh söz konusu itirazı müsellem olmayan değersiz bir görüşü terviç maksadıyla serdetmiştir. Kaldı ki *el-Bedâi*'de yukarıda nakledilen ifadelerden bir sayfa sonra “mezkûr kıyas zikrettiğimiz gerekçeden dolayı sahih değildir” ifadesi yer almaktadır.

Böylelikle Şeyh'in “Necasetin suya nüfuz etmesi de suyun yıkanılan yerden ayrılması ile değil necasetin bir cüz'ünün ayrılarak suya girmesi ile olur.” sözü boşa çıkmaktadır. Zira onun dediği şey doğru olsaydı, -suyun necasetle ilk teması sonucunda necis olması meselesinde denildiği gibi- necaseti temizleme emri, imkânsız emretmek olurdu.

26. Necasetin Su Dışında Bir Sıvıyla Temizlenmesi

[Teshîl] Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf temizleme kabiliyeti olan tüm sıvılarla necasetin giderilebileceğini söylemişlerdir. Necasetin su ile giderilmesi taabbudî değil ma'kul, kıyasa uygun ve duyularla algılanan bir şeydir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Metinde geçen “kıyasa uygun...” ifadesi daha önce söylediğimiz; necasetin bir cüz'ünün suya intikali ile suyun necis olacağı ilkesinden dolayı tam bir cevap olmaz. Ayrıca necasetin su ile temizlenmesi konusunda söylenilmek istenen, yıkandıktan sonra necaset mahallinde necasetin izinin kalmayacağı hükmüdür.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in burada söylediği şey, yukarıda ifade ettiği ‘suyun, necasetle ilk teması sonucunda necis olduğu’ esasına mebnidir. Bu esasın problemliliğini öğrenmiştin. Şayet farazî olarak bu esas doğru kabul edilse dahi Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf adına şöyle cevap verilebilir: Su her ne kadar birinci ve ikinci yıkamada necasetle teması sonucunda necis olsa da ikinci defadan sonra artık temiz bir mahalle temas eder ve necis olmaz. Nitekim fakihlerin, necaseti temizlemede yıkamanın tekrar edilmesi hakkında zann-ı galibe itibar edileceğini beyan etmeleri, mahallin artık temiz bir hâle geldiğini göstermektedir. Anla!

[فاضل أمير] نقول: لذهوله عما في البدائع من منع ما قيل: إن الماء بأول ما لاقى النجس صار نجسا بأن قال: «إن الشرع أمرنا بالتطهير ولو تنجس بأول الملاقاة لما تصور التطهير فيقع التكليف بالتطهير عبثا تعالى الله عن ذلك علو كبيرا». أورد هذا الاعتراض ذاهبا إلى ترويح هذا القول الممنوع الكاسد مع أن ٥ في البدائع قال بعد ورقة: «مع أن ما ذكره من القياس غير صحيح لما ذكرنا» انتهى.

وبهذا يضمحل ما ذكره أيضا بقوله: وأيضاً زواله إلى الماء إلخ لأنه لو كان كما قال للزم التكليف بالتطهير تكليفا بالمحال كما في صورة التنجس بأول ما لاقى.

١٠ . ٢٦ . تطهير النجاسة بغير الماء

[التسهيل] أبو حنيفة وأبو يوسف جوّزاه بمائع مُزيل؛ لأن زواله بالماء معقول موافق للقياس محسوس.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قوله: موافق للقياس إلخ لا يتم لما قدّمنا من أن القياس أن يتنجس الماء ببقائه إلخ. وأيضاً غايته أن لا يبقى في المحل أثر النجاسة الأولى. ١٥

[فاضل أمير] نقول: أي غاية أن لا يبقى في المحل أثر منها: أن لا يبقى أثر النجاسة الأولى. وهذا مبني أيضا على ما قاله أولا: «من أن الماء يتنجس باللقاء وقد عرفت ما فيه ولم سلّم يقال: من طرف الشيخين إن الماء وإن تنجس باللقاء يتنجس في المرة الأولى والثانية وأما فيما زاد عليهما يلاقي الماء محلا قد طهر، وإذا بقي فيه من أجزاء الماء شيء بقي جزء من ماء لاقى محلا طاهرا ولم ٢٠ يتنجس، يدل عليه قولهم في تكرير الغسل: إن المعتبر فيه غلبة الظن على أنه طهر؛ فافهم.

27. Hafif ve Galiz Necasetin Ölçüsü

[**Teshîl**] Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre hakkında ihtilaf bulunan necaset hafif; ihtilaf bulunmayan necaset ise galiz/ağır necasettir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Erkek çocuğun beveli, Ebû Yûsuf ve Muhammed'i ilzam eder; çünkü ihtilaf olmasına rağmen ikisine göre de çocuğun beveli hafif necaset değildir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in Ebû Yûsuf ve Muhammed'in necasetin hafif ve ağır olması konusunda esas aldıkları kuralın muttarid olmadığı yönünde ortaya attığı problemi Zeylaî daha önce dile getirmiştir. Ancak o, bu kuralın muttarid olmadığını eti yenmeyen kuşların pisliğinin hükmünden hareketle belirtmiştir. Zeylaî konu hakkında varit olan muhtelif rivâyetleri zikrettikten sonra şöyle demiştir: “Eti yenmeyen kuşların pisliğine ağır necaset denilmesi Ebû Yûsuf ve Muhammed'in aslına göre problemlidir. Bilindiği gibi onlara göre âlimlerin bir şeyin necis olduğu konusunda ihtilaf etmeleri bir şüphe meydana getirir. Eti yenmeyen kuşların pisliğinin necis olup olmadığı konusunda ihtilaf vardır. Nitekim -daha önce geçtiği üzere-¹ Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'tan birer rivâyete göre eti yenmeyen kuşların pisliği temizdir. Dolayısıyla bu konu ictihada açıktır.” Zeylaî bu ifadeleriyle Ebû Yûsuf ve Muhammed'den, kuşların pisliğinin ağır necaset olduğuna dair rivâyetin onların esas aldığı kurala uymadığını söylemek istemiştir. Zeylaî'nin söz konusu ettiği problem, Şeyh'in zikrettiği problemden daha açıktır. Zira erkek çocuğunun bevelinin temiz olduğuna dair sağlam ve ihtilafın olduğunu gösterecek bir rivâyete rastlamadık. Nitekim Molla Hüsrev'in *ed-Düer*'deki şu ifadeleri sana yol gösterici olacaktır: “Erkek çocuğun beveli ve eti yenmeyen canlıların pisliği ağır necasettir. Bu ifade henüz anne sütünden başka gıda almayan erkek çocuğunun bevelinin temiz olduğuna dair oluşacak bir vehmi reddetmek için sarf edilmiştir.”

1 Eti yenmeyen kuşların pisliği konusunda Zeylaî'nin naklettiği görüşler şöyledir: “Eti yenmeyen kuşların pisliği Ebû Hanîfe'ye göre hafif necaset, Ebû Yûsuf ve Muhammed göre ise -Ebu Cafer el-Hinduvânî'nin rivâyetine göre- ağır necasettir. Kerhî'nin rivâyetine göre ise Ebû Hanîfe ve Ebu Yusufa göre temiz, Muhammed'e göre galiz necasettir. Bir rivâyete göre ise hafif olduğu konusunda Ebû Yûsuf, Ebû Hanîfe ile beraberdir. Özetle bu meselede Ebû Yûsuf'tan üç, Ebû Hanîfe'den iki, Muhammed'den ise bir rivâyet vardır. Ancak en sahih rivâyet Hinduvânî'nin rivâyetidir. Buna göre eti yenmeyen kuşların pisliği Ebû Hanîfe'ye göre hafif, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise ağır necasettir.” Bk. Zeylaî, *Fahruddin Osman b. Ali* (ö. 743/1343), *Tebînu'l-Hakâik Şerbu Kenzu'd-Dekâik*, Kahire 1313h., el-Matbaatu'l-Kübra'l-Emiriyye, I, 74.

٢٧. المعيار في تقسيم النجاسة إلى الغليظة والخفيفة

[التسهيل] وقالوا: ما اختلف فيه فهو خفيف وإلا تغلظ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يلزمهما بول الصغير ونحوه؛ لأنه اختلف فيه مع

أنه ليس بخفيف عندهما.

[فاضل أمير] نقول: هذا الإشكال الذي أورد عليهما بعدم اطراد أصلهما قد

سبقه الإمام الزيلعي ولكن ذكر في مادة الانتقاض خراء طير لا يؤكل. فإنه قال بعد

ذكر الروايات المختلفة فيه: «وهذا مشكل على قولهما لما عرف من مذهبهما: أن

اختلاف العلماء يورث الشبهة وقد تحقق فيه الاختلاف فإنه طاهر في رواية عن

أبي حنيفة وأبي يوسف على ما مر فكان للاجتهاد فيه مسأغ» انتهى. يريد أن كون

نجاسته مغلظة على ما روي عنهما لا يناسب أصلهما المذكور، وهذا أظهر ورودًا

مما أورده الشيخ؛ لأن في طهارة بول الصغير لم نظفر بقول يعتد به ويستعد بأن

يعدّ اختلافًا، يرشدك إليه ما في الدرر الخسروي من قوله: «مما غلظ كبول ما لا

يؤكل ولو من صغير دفع لتوهم أن بول صغير لم يطعم يكون طاهرًا».

28. Vücuda Giren Şeyin Oruca Etkisi

[**Teshîl**] Parmağın makat deliğine sokulması hâlinde hem abdest hem de oruç bozulur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Oruç bölümünde buna aykırı bir mesele 5 yer almaktadır. O da şudur: Parmağın sokulması orucu bozamaz. Yine bir kimse bir şeyi tamamı kaybolacak şekilde soksa sonra çıkarsa ya da kendiliğinden çıksa abdesti bozulur ve orucu kaza eder; bir ucu dışarıda kalırsa abdesti de orucu da bozulmaz.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *et-Tebyîn* ve *el-Muhîr*'te şöyle denilmektedir: 10 “Parmağın makat deliğine sokulması durumunda gusül abdestinin gerekip gerekmediği ve orucun bozulup bozulmadığı konusunda ihtilaf edilmiştir. En sahih görüşe göre makata bir ağaç parçası sokulması durumunda olduğu gibi bu kimseye gusül abdesti ve orucunu kaza etmesi gerekmez. Makata, erkeklik organının girmesi hâlinde ise hem gusül abdesti hem de 15 orucun kazası gerekir.” *Ayasuluğ el-Mecma'* şerhinde şöyle demiştir: “Sadruşşehîd *el-Vâkıât*'ın oruç bölümünde *en-Nevâzil*'den şunu nakletmiştir: Muhtâr görüşe göre parmağın makata sokulması guslü gerektirmediği gibi orucun kazasını da gerektirmez. Zira parmak cinsel ilişki organı değildir. Bu yönüyle de makata sokulduğu hâlde diğer tarafı dışarıda kalan ağaç 20 parçasına benzer. Aynı kitabın namaz bölümünde ise *el-Uyûn*'dan şu nakledilmiştir: Makata sokulan ve diğer tarafı dışarıda kalan şeyler abdesti ve orucu bozmaz. Çünkü sokulan şeyin bir tarafı vücut içine girmiş olsa da diğer tarafı dışarıdadır. Ancak makata sokulan şey diğer tarafı dışarıda kalmayacak şekilde içeriye girmişse bu durumda her hâlükârda vücuda dâhil 25 olduğu için hem abdest hem de oruç bozulur. *Fetâvâ-yı Semerkand*'dan nakledildiğine göre makata sokulan parmak her hâlükârda akıcı bir ıslaklıktan hâlî olmayacağı için hem abdesti hem de orucu bozar. Yapılan açıklamalardan Şeyh'in nakilde bulunduğu kimsenin iki farklı yerde iki farklı rivâyeti zikretmiş olduğu anlaşılmaktadır.

٢٨. أثر الشيء الداخِل في البدن على الصوم

[التسهيل] ولو أدخل أصبعه في دبره فسد وضوءه وصومه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: وسيجيء في كتاب الصوم ما يُنافيه من أن إدخال الأصبع لا يُفطرُ وكذا كل شيء غيّبه ثم أخرجه أو خرج يتوضأ ويقضي صومه، وإن كان طرفه خارجاً لا يفسد الوضوء ولا الصوم. ٥

[فاضل أمير] نقول: في التبيين وفي المحيط: لو أدخل أصبعه في دبره اختلفوا في وجوب الغسل والقضاء؛ والأصح عدم الوجوب كالخشبة لا كالذكر. وقال في شرح المجمع للآياثلوغي: نقل الصدر الشهيد في صوم واقعاته عن النوازل: أن إدخال الأصبع في الدبر لا يوجب الغسل وقضاء الصوم في المختار؛ لأنه ليس بألة الجماع فصار كالخشبة الخارجة الطرف، وفي صلاته عن العيون: أن كل شيء خارج الطرف لا ينتقض به الوضوء والصوم^١؛ لأنه داخل من وجه لا من وجه بخلاف المعيب؛ لأنه داخل مطلقاً. وعن فتاوى سمرقند: أن الأصبع ينتقضهما؛ لأنه لا يخلو عن البلة السائلة انتهى. فظهر منه أن قد ذكر من هو نقل الشيخ ما نقل عنه في الموضوعين^٢ الروائيتين.

١ ج: لا ينتقض الوضوء والصوم.

٢ وفي هامش أ: متعلق بقوله «ذكر»، «والروائيتين» مفعول ذكر.

NAMAZ

1. Namazı Terk Edenin Hükümü

[**Teshîl**] Namazı terk eden kimsenin öldürülmeyeceği konusunda bizim delilimiz Hz. Peygamber'in şu sözüdür: "Bir Müslümanın kanı ancak üç sebeple helal olur: inandıktan sonra kâfir olmak, zina etmek ve haksız yere bir cana kıymak."

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu hadis namaz kılmayanın kâfir olmayacağına delâlet etmez. Zira inkâr olmasa bile namazı terk etmek küfür olabilir. Nitekim inkâr olmadığı hâlde densizlik edip Hz. Peygambere söven kimse kafir olmaktadır. Namazı kasden terk eden kimse de aynı şekilde değerlendirilebilir ve bu suretle 'inandıktan sonra kâfir olmak' ifadesi kapsamına girebilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in, namaz kılmayanın hükmünü Hz. Peygamber'e sövmeye kıyas etmesi, 'kıyas mealfârik'tir. Çünkü sahâbe, tâbiûn ve selef-i sâlihîn her ne şekilde olursa olsun -Allah muhafaza- Hz. Peygamber'e sövmenin küfür olduğu konusunda görüş birliği içindedir. Nasıl olur da hakkında selefîn ve müçtehit âlimlerin görüş ayrılığına düştüğü bir konu olan namazı sebepsiz terk edilmesi buna kıyas edilebilir? Her müminin vicdanı, bu iki mesele arasında açık bir fark bulunduğuna şahitlik eder. İmanla mutmain bir kalbe sahip olan ehl-i iz'ân hiçbir kimse, ne kadar densiz olursa olsun, kesinlikle Hz. Peygamber'e sövme cüretini göstermez. Böyle çirkin bir kelimeyi ancak itikadında bozukluk ve kötülük olan kimse ağzına alabilir. Atasözünde ifade edildiği gibi "Her kap içinde olanı sızdırır." Bu açıklamalardan anlaşılmalı olacağı üzere densizlik ederek namazı terk etmek, Hz. Peygamber'e sövmek gibi değildir.

Velhasıl Hz. Peygamber'e sövmekle imanın aslî rüknü olan tasdikîn ortadan kalktığına istidlal edilebilirken namazın terkiyle buna istidlal edilemez.

2. Fecirden ve İkinci Namazından Sonra Nafile Namaz

[**Teshîl**] Fecrin doğmasından (tan yerinin ağarmasından) sonra ve ikindi namazının farzından sonra namaz kılınması, bir sebebi olsa bile, bize göre mekruhtur. Bunun gerekçesi, Hz. Peygamber'in, fecirden güneşin doğmasına kadar ve ikindiden güneşin batmasına kadar namaz kılmayı yasaklamış olmasıdır.

كتاب الصلاة

١. حكم تارك الصلاة

[التسهيل] لنا قوله ﷺ: «لا يحلّ دم امرئٍ مسلم إلا بإحدى معانٍ ثلاثة: كفر بعد إيمان وزناً وقتل نفسٍ بغيرِ حق».

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: لا يدل هذا على أنه لا يكفر لجواز أن يكون تركها كفراً وإن لم يكن جاحداً كمن سب النبي ﷺ مجاناً فإنه يكفر وإن لم يجحده فليكن هذا كذلك فيدخل في قوله ﷺ «كُفر بعد إيمان».

[فاضل أمير] نقول: قياسه هذا قياس مع الفارق؛ فإن سب النبي ﷺ -والعياذ بالله- مما أطبقت الأمة من الصحابة والتابعين والسلف الصالحين على كونه كفراً بأي وجه صدر فكيف يقاس عليه ترك الصلاة مجاناً؟ وفيه اختلاف الأسلاف والعلماء المجتهدين! على أن وجدان كل مؤمن يشهد بالفرق البين بينهما وهو أن من كان له قلب مطمئن بالإيمان وهو من أهل الإذعان لا يجترئ على السب ولا يقدم على التفوه به ولو ماجتاً كاملاً في المجون، فلا يتكلم بالكلمة الشنعاء إلا من في عقيدته سوء وفساد؛ على ما قيل: كل إناء يترشح بما فيها. ولا كذلك ما قيس عليه من ترك الصلاة مجاناً.

١٥ والحاصل أن بالأول يستدل على انتفاء التصديق الذي هو ركن أصلي حقيقة لا بالثاني.

٢. التنفل بعد صلاة العصر والفجر

[التسهيل] نكره الصلاة بعد طلوع الفجر وبعد فرض العصر ولو له سبب لما روي أنه عليه السلام نهى عن الصلاة بعد طلوع الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Hz. Peygamber'in fecirden sonra ve ikindiden sonra nafîle namaz kılmayı yasaklaması, her iki vaktin hüküm bakımından eşit olmasını gerektirir. Buna rağmen fakihlerimiz ikindi namazından önce istenildiği kadar nafîle namaz kılmayı câiz görürken bunu fecirde 5 câiz görmemişlerdir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Hidâye* ve diğer fıkıh kitaplarından anlaşıldığına göre fecir vaktinde nafîle namazı yasağı, bazı rivâyetlerde 'fecirden sonra', bazılarında ise 'sabah namazının farzından sonra' şeklinde gelmiştir. İkinci vaktiyle ilgili yasak ise, 'ikindiden sonra' şeklindedir. İkindiden 10 sonra nafîle namaz yasağı, sabah namazının farzından sonraki nafîleyle paralellik arzettiği için, ikindi namazından sonra nafîle kılmanın yasaklığına hamledilmiş ve ikindinin farzından önce nafîle kılmak ise asıl olan câizlik hükmü üzerine kalmıştır.

3. Ezan ve Kametin Abdestli Okunması

[Teshîl] Ezan okurken ve kamet getirirken -gerekli saygıyı göstermiş 15 olmak için- abdestli olmak menduptur. Abdestsiz kimsenin ezan okuması ve kamet getirmesi mekruhtur. Zira ezan okuyan kimse, insanları namaza hazırlık yapmaları için çağırıldığı hâlde abdest almamış olmakla kendisi namaza hazırlanmamıştır. Böyle davranan bir müezzin Yüce Allah'ın "İn- 20 sanlara iyiliği emredip kendi nefsinizi unutuyor musunuz?" (Bakara 2/44) âyetinin hükmü altına girer.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Ezan ve kamet için abdestli olmak farz ve sünnet değil mendup olduğu için terk edilmesinin mekruh olmaması gerekir. Nitekim şehirde yaşayan bir kimsenin evinde kıldığı namaz için ezan 25 okuması ve kamet getirmesi mendup olduğu hâlde terk etmesi mekruh sayılmamıştır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*'te, abdestsiz ve cünüp kimsenin ezan okuması ve kamet getirmesinin mekruh olduğu ile ilgili Hz. Peygamber'in "Ezanı ancak abdestli olan okusun!" hadisini zikretmiştir. 30 Usûl kitaplarında sabit olduğu üzere nehyin en alt derecesi kerahettir. Bu kural gereğince ezanın abdestsiz okunmasının mekruh olduğu sabit olmuştur.

[الشيخ بدر الدين] أقول: نهيه ﷺ عن الصلاة بعد الفجر وبعد العصر يقتضي أن يستويًا حكمًا مع أنهم جوّزوا قبل فرض العصر ما شاء من النفل بخلاف الفجر.

[فاضل أمير] نقول: الظاهر من الهداية وغيره أن النهي عن التنفل في الفجر وقع تارة فيما بعد الفجر وأخرى فيما بعد صلاة الفجر، وأما في العصر فقد وقع فيما بعد العصر فحمل على النهي عن التنفل بعد صلاته لقرانه بما بعد صلاة الفجر فبقي ما قبل صلاة العصر على أصل الجواز.

٣. التوضؤ للأذان والإقامة

[التسهيل] ندب الوضوء لأذان وإقامة تعظيمًا لهما، كرها لمحدث لأنه دعا الناس إلى التهيؤ للصلاة ولم يتهيأ هو فدخل تحت قوله: تعالى ﴿أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ﴾ [البقرة ٤٤/٢].

[الشيخ بدر الدين] أقول: الوضوء لهما لما كان مندوبًا لا فرضًا ولا سنة ينبغي أن لا يكون تركه مكروهًا كما أن ترك الأذان والإقامة لا يكره لمصل في بيته في المصر مع أنهما ندبًا له.

[فاضل أمير] نقول: قد أورد في التبيين في بيان كراهتهما لمحدث وجنب قول ﷺ: «لا يؤذن إلا متوضئ». فعلى ما ثبت في الأصول من أن أدنى مرتبة النهي الكراهة ثبت منه الكراهة.

4. Kadının Ezan Okuması

[**Teshîl**] Sarhoş, deli, fasık ve kadının ezan okuması mekruhtur. Kadının ezan okumasının mekruh olması sesinin avret olması sebebiyledir. Fasık dışında sayılan kimselerin okuduğu ezanı tekrar etmek menduptur.

5 [Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Kadının sesi mutlak olarak avret değildir; belki sesini yükseltmesi avret olabilir. Böyle olmasaydı sesini yükseltmeden yabancı bir erkek ile konuşmasının da mekruh olması gerekirdi. Öte yandan bir kadın Hz. Peygamber'in evinde şarkı söylemiş ve Hz. Peygamber onu işittiği hâlde buna engel olmamıştır. Bu rivâyet, kadının sesini yük-
10 seltmesinin de -söylediği şey şarkı bile olsa- avret sayılmamasını gerektirmektedir. Kadının şarkı söylerken bile sesini yükseltmesi avret olmuyorsa tesbih, zikir ve benzeri şeylerde nasıl avret sayılabilir!

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*'te şöyle demiştir: "Kadının ezan okumasının mekruh olmasının sebebi şudur: Müezzinin, insanların huzurunda yüksek bir yere çıkması ve sesini yükselterek ezan okuması müstehaptır. Hâlbuki sayılan bu şeyleri yapmak kadın için yasaktır. Nitekim Hz. Peygamber cemaat olarak namaz kılarken imamın hatasını düzeltmek için erkekler için 'sübhanallah' demeyi, kadınlar için de sağ el ile sol elin dışına vurmaya emretmiştir." Zeylaî'nin yaptığı bu açıklama-
20 mayla kadının ezan okumasının neden mekruh olduğu anlaşılmış oldu ve Şeyh'in her iki itirazı da boşa çıktı. Çünkü söz konusu açıklama "Kadının sesi avrettir." diyenlerin maksadının, ezan ile ilgili meselelerde söylenenlerin ve fakihlerin ibarelerinin delâletiyle, ezanın mendup olduğu şekliyle okunması sadedinde avret olduğudur. Allâme Kâsânî'nin "İmamlarımızdan gelen rivâyetler ittifakla, kadının ezan okumasının mekruh olduğu yönündedir. Çünkü kadın ezan okumak için sesini yükseltse bir günah işlemiş olur; buna mukabil sesini alçaltsa ezanın yüksek sesle okunmasını emreden sünneti terk etmiş olur. Zira ezanı alçak sesle okumak bidattır." şeklindeki açıklamaları bu kabildendir.

30 5. Avret Yerinin Açılmasının Namaza Mâni Olan Miktarı

[**Teshîl**] Ebû Yûsuf'a göre bir uzvun yarıdan az bir yerinin açılmasıyla namaz bozulmaz. Çünkü bir şeyin yarıdan fazlası (ekser) için o şeyin tamamının hükmü verilir. Uzvun yarısının açılması durumunda namazın bozulup bozulmayacağı konusunda Ebû Yûsuf'tan iki rivâyet vardır.

٤ . أذان المرأة

[التسهيل] وكره أذان السكران والمجنون والفاسق والمرأة؛ لأن صوتها عورة. وندب إعادة أذانهم غير الفاسق.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون رفع صوتها عورة لا مطلق صوتها وإلا يلزم أن يكره تكلمها مع الأجنبي بلا رفع صوت وأيضاً غنّت الأجنبية في بيت النبي ﷺ وهو يسمع ولم يمنعها وهذا يقتضي أن لا يكون رفع صوتها عورة ولو في الغناء فكيف غيره من الذكر والتسييح ونحوه؟

[فاضل أمير] نقول: قد قال في التبيين: وأما أذان المرأة فلأن المؤذن يستحب له أن يُشهر نفسه ويؤذن على المكان العالي ويرفع صوته، وهي منهية عن ذلك كله، ولهذا جعل النبي ﷺ التسييح للرجال والتصفيق للنساء، انتهى. فظهر منه وجه الكراهة في أذان النساء واضمحل ما ذكره الشيخ أولاً وثانياً؛ لأنه قد دل هذا على أن مراد من قال: «إن صوتها عورة» أن صوتها في مقام التأذين على الوجه المندوب فيه عورة بمعونة المقام ودلالة عبارات المشايخ الكرام، ومن جملتها ما قاله العلامة الكاشاني في البدائع: «يكره أذان المرأة باتفاق الروايات؛ لأنها إن رفعت صوتها فقد ارتكبت معصية وإن خفضت فقد تركت سنة الجهر، والأذان خفضاً مُحدّث بدعة».

٥ . مقدار ما يمنع الصلاة من انكشاف العورة

[التسهيل] فيجيزها بانكشاف الأقل من نصف العضو إذ للأكثر حكم الكل فزوي عن أبي يوسف في النصف روايتان

Açılan kısmın uzvun yarısını oluşturması yönüyle tamamının açılması gibi değerlendirileceği ve bunun namaza mani olacağı görüşü olduğu gibi, uzvun yarısının o uzvun tamamı gibi değerlendirilmeyeceği noktasından hareketle o uzvun yarısından azı açılmış gibi hüküm verileceği ve namazın bozulmayacağı görüşü de vardır. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise açılması namaza mani olan en az miktar, açılan -baldır ve uyluk gibi bir- uzvun dörtte biri kadar olan miktardır. Zira -ihramlı iken saçın tıraş edilmesi örneğinde olduğu gibi- bir şeyin dörtte birine o şeyin tamamının hükmü verilir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Kurban bahsinde zikredildiği üzere, kulağının yarısı olmayan hayvanı kurban etmenin câizliği konusunda, Ebû Yûsuf ve Muhammed'den avretin açılması meselesinde Ebû Yûsuf'tan nakledildiği gibi iki farklı rivâyet gelmiştir. Buna göre Muhammed'in burada da Ebû Yûsuf ile birlikte olması gerekir. Muhammed'den [bu konuda da] iki farklı rivâyetin olması muhtemeldir. Yine kurban konusunda çoğun nasıl takdir edileceği, yani dörtte bir ile mi, üçte bir ile mi, üçte birden fazla ile mi yoksa yarım ile mi takdir edileceği konusunda Ebû Hanîfe'den farklı rivâyetler bulunmaktadır. Dolayısıyla onun görüşünün burada da aynı şekilde olması gerekir. Kısaca çoğun hangi ölçüye göre belirleneceği konusunda avret ve kurbanın aynı olması gerekir. Aynı değilse bu takdirde farkın sebebi açıklanmalıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Dikkatlice araştıran bileceği üzere, “Meşakkat kolaylığı celbeder.”, “Bir işte darlık olunca kolaylık gösterilerek genişlik sağlanır.” ve “Yerinde ihtiyatla amel etmek vâciptir.” kaideleri fıkhıta yerleşik kaidelerdendir. Bu yerleşik kaideler doğrultusunda şu söylenebilir: Ebû Hanîfe ve Muhammed, ihtiyatı esas alarak avret meselesinde -şer'î konularda muteber görülen miktarların en azı dörtte bir olduğu için- dörtte bir miktarının açılmasını namaza mâni görmüşlerdir. Zira makam ihtiyat makamıdır. Onlardan bu meselede nakledilen ikinci bir görüş de yoktur. Kurban meselesinde ise kulağının dörtte biri olmayan hayvanın kurban edilemeyeceğini söylemek mükelleflere sıkıntı getireceğinden Ebû Hanîfe, kolaylık ilkesini gözetip her birinde ayrı bir delile dayanarak dört farklı hükme varmıştır. Kurban kesen kimse bu görüşlerden kolayına geleni alabilir. Aynı incelikten hareketle Muhammed de kulağının yarısından azı veya yarısı olmayan hayvanın kurban edilebileceğini söylemiştir. İşte kurban ile namaz arasındaki hüküm farklılığının sebebi budur. Bu cevabı muteber kitapların işaretlerinden çıkardık.

فبالنظر إلى أن النصف المكشوف ليس بأقل أخذ حكم الكثير فمَنع وبالنظر إلى أنه ليس بأكثر من النصف أخذ حكم القليل فلم يمنع. وقدراً أقل ما يمتنع به الصلاة من الانكشاف بربع العضو المنكشِف كساقٍ وفخذٍ إذ للربع حكم الكل كما في حلق الرأس.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ذكر في الأضحية أن ما ذهب نصف أذنه ففي جواز التضحية به روايتان عن أبي يوسف ومحمد كما في كشف العورة فعلى ظاهر هذا ينبغي أن يكون محمد مع أبي يوسف هنا أيضاً ويحتمل أن يكون عن محمد روايتان وأيضاً تقدير الأكثر بالربع والثالث وبما فوق الثالث وبما فوق النصف روايات عن أبي حنيفة في الأضحية فينبغي أن يكون مذهبه كذلك هنا والحاصل أن العورة والأضحية ينبغي أن يستويا في تقدير الأكثر وإلا فعليهما الفرق.

١٠ [فاضل أمير] نقول: لا يخفى على المتتبع أن من الضوابط المقررة: أن المشقة تجلب التيسير، وأن الأمر إذا ضاق اتسع، وأن الأخذ بالاحتياط في موضعه واجب. إذا تقررت الضوابط فيقال: إن الإمام ومحمداً قالاً في مسألة العورة بمنع كشف الربع عن جواز الصلاة قولاً واحداً أخذاً بالاحتياط، ١٥ والموضع موضع الاحتياط وأن الربع أقل المقادير. وأما في مسألة التضحية فلما رأى في التضييق فيها بالقول بمنع أقل المقادير وهو الربع حرجاً بيناً على المضحى وسَّع فيها بتجويزه بكل من الوجوه الأربعة مستدلاً في كل منها بدليل ليأخذ كل من يضحى بما تيسر عليه، ولهذه النكتة بعينها قال محمد بجواز ذاهب ما دون النصف أو النصف على الروايتين منه. فظهر ٢٠ الفرق بين مسألة كشف العورة وبين مسألة الأضحية. هذا ما استفدناه من إشارات المعتمرات.

6. İftitah Tekbiri Şart mı Rükün mü?

[**Teshîl**] Namaza başlama tekberi (tahrîm), bize göre, rükün değil şarttır. Başlama tekbirinin -Şâfî mezhebinde olduğu gibi- rükün olduğu da söylenmiştir. Başlama tekberi şart olduğu için, farz namaz için alınan tekbir üzerine
5 -selamdan önce- nafîle namaz bina edilebilmektedir. Nitekim farz namaz için alınan abdest ile nafîle namaz kılınabilmektedir. Şâfî ise başlama tekbirini rükün saydığı için ona göre farz namaz üzerine nafîle namaz bina edilemez.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Buna göre tıpkı nafîle namaz için alınan abdestle farz namaz kılınabildiği gibi nafîle için alınan tekbir üzerine
10 farz namazın bina edilebilmesi de gerekir. Kuvvetlinin zayıf üzerine bina edilmesi mahiyetinde olduğu için bunun nafîlede câiz olmaması gerektiği söylenecek olursa derim ki, evet bu bir açıklamadır ama tartışmaya açıktır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in bu itirazı, başlangıç tekbirini namazın şartı saymalarıyla ilgili olarak mezhep imamlarımıza yönelik bir itirazdır.
15 İtirazın esası şudur: Nafîle namaz için alınan başlama tekberi üzerine farz namazın bina edilmesini -Zâhiru'r-rivâye'ye göre- imamlarımız câiz görmemişlerdir. Hâlbuki başlangıç tekbirinin şart olması -tıpkı nafîle namaz için abdestle farz namaz kılınabildiği gibi- bunun da câiz olmasını gerektirir. Şeyh'in bu itirazına -muâraza olarak- şöyle cevap vermek mümkündür: Başlangıç tekbirinin şart olması, farz namazın nafîle için alınan tekbir
20 üzerine bina edilmesinin câizliğini gerektirmez; nitekim niyet icmâ ile namazın rükünlerinden değil şartlarından ve bir farz namazı başka bir farz için yapılan niyetle eda etmek câiz değildir.

İbn Nüceym *el-Eşbâh*'ta şöyle demiştir: "Tayinin [yani neye niyet ettiğini belirlemenin] şart olduğu yerlerde, -oruç yerine namaza veya namaz yerine oruca niyet etmek veya öğle namazı yerine ikindi namazına niyet etmek türünden- bir hata niyete zarar verir." *Tebyînu'l-Hakâik*'te ise şöyle denilmiştir: "...Çünkü herhangi bir farz başka bir farza niyet edilerek yerine getirilemez."

30 Bu nakillerden anlaşıldığı üzere şartiyet ile bina arasında bir mülâzemet ilişkisi yoktur. Şeyh "...bu bir açıklamadır." sözü ile muhtemelen, bu binanın nafîle için alınan abdest ile eda edilen farz namazda gerçekleştiğini kasdetmiştir. Bu konuda gerçeği öğrendiğine göre bu türden tahayyüle mebni yorumları dikkate alman gerekmez.

٦. التحرمة هل هي شرط أم ركن؟

[التسهيل] فرض التحريم، نَعْدُهُ شرطاً لا ركنًا، وقيل: هو ركن كالشافعي. فبنى النفل على تحريم الفرض قبل السلام كما يُصلى النفل بوضوء الفرض وعند الشافعي لا يبني.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن يجوزَ بناءُ الفرض على تحريم النفل والفرض أيضا كما يصلى الفرض بوضوء النفل. فإن قيل: ينبغي أن لا يجوزَ في النفل لأنه كبناء القوي على الضعيف أقول: هذا وجهٌ ولكنه لا يخلو عن المناقشة.

[فاضل أمير] نقول: كان هذا اعتراض على علماء المذهب في جعلهم التحريم شرطاً. ووجهه: أن بناء الفرض على تحريم النفل لا يجوز عندهم على ما هو ظاهر الرواية عنهم، ويقتضي كونه شرطاً جوازه كما في الوضوء. ويمكن الجواب عنه معارضة وهو أن كونه شرطاً لا يستدعيه كما في النية؛ لأنها شرط وليست من الأركان إجماعاً ولا يجوز أداء فرض بنية فرض آخر.

١٠ قال في الأشباه: «وأما فيما يشترط فيه التعيين كالخطأ من الصوم إلى الصلاة وعكسه، ومن صلاة الظهر إلى العصر فإنه يضر». وفي التبيين: «ولأن فرضاً من الفروض لا يتأدى بنية فرض آخر» انتهى.

١٥ فظهر من هذا أن لا ملازمة بين الشرطية والبناء. ثم قوله: «لا يخلو عن المناقشة» فلعل^١ يريد بها أن هذا البناء حاصل في صلاة فرض أديت بوضوء النفل. وقد عرفت ما هو الحق في الباب فلا تلمك المبالاة بأمثال هذه التخيلات.

٢٠

١ يبدو أن العبارة الصحيحة: لعله.

7. Namazda Rükünler Arasındaki Tertip

[**Teshîl**] Kıyamı rükûdan önce, rükûu da secdeden önce yapmak farzdır. *el-Kâfi*'de de böyle geçmektedir.¹ *el-Vikâye* şerhinde ise şöyle denilmiştir “*el-Vikâye* sahibinin, ‘tekrar eden rükünler arasında tertip’² ifadesi, namazda tekrar etmeyen rükünler arasındaki tertibi dışarıda tutmaya yönelik ihtirâzî bir kayıt değildir. Zira örneğin bir rekât içinde tekrar etmeyen kıyam ile rükû gibi rükünler arasındaki tertibe riayet etmek de sehiv secdesi konusunda geleceği üzere vâciptir. Orada şöyle denilmiştir: ‘Rükûun kıraattan önce yapılması, bir rüknü diğerinden önce yapma anlamına geleceği için sehiv secdesini gerektirir.’ Bilindiği gibi sehiv secdesi ancak bir vâcibin terk edilmesi hâlinde vâcip olur. Rükûu kıyamdan önce yapmak sehiv secdesini gerektiriyorsa, bir rekâta tekrar etmeyen rükünler arasındaki tertip farz değil, vâcip olmalıdır.” Sadruşşerîa dedesine bu itirazı yaptıktan sonra ‘tekrar eden’ kaydının konulma sebebi olarak şu ihtimali zikreder. “Bana öyle geliyor ki, ‘namazda tekrar eden rükünler’ ifadesindeki ‘tekrar eden’ kaydı, bütün bir namaz boyunca iftitah tekbiri ve son oturuş gibi namazda farz olarak tekrar etmeyen rükünleri, tanım dışına çıkartmak için konulmuştur. Nitekim bu ikisi arasındaki tertip farzdır.”³

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu ibareler *el-Kâfi*'den naklettiğimiz, “kıyam ile rükû arasındaki tertibin farz olduğu” hükmüne aykırıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu mesele, Sadruşşerîa'nın kaleminin dizgininden çıkan hatayı Şeyh'in -Allah ona rahmet etsin- fark edip çözüm getirdiği bir yerdir. Şeyh bu meselede farz olan tertipten, bir rekâta tekrar eden rükünler arasındaki tertibin kastedildiğini söyleyerek makbul bir cevap vermiş, ancak meseleyi kökünden çözecek, özellikle de Sadruşşerîa'nın “Kıraatın rükûdan sonra yapılması hâlinde sehiv secdesinin gerekli olması, tertibin mutlak olarak vâcip olduğuna delildir.” sözüne cevap olabilecek bir şey söylememiştir. Evet, Şeyh “Kıraatın rükûdan önce yapılması gibi terkinde sehiv secdesinin gerekli olduğu söylenen yerlerdeki sehiv secdesinin sebebi, bu ikisi arasında tertibin farz olması değil, belki de bir rüknü yapılması gereken yerde yapmamak olabilir.” diyerek ona cevap vermiştir. Ancak bu cevap problemi çözecek netlikte değildir.

1 en-Nesefî, Hâfizuddin Ebu'l-Berekât Abdullah b. Ahmed (ö. 710/1310), *el-Kâfi*, Süleymaniye Ktp., nr. 581, I, vr. 43a.

2 Sadruşşerîa, Ubeydullah b. Mes'ûd b. Tâcuşşerîa (ö. 747/1346), *Şerhu Vikâyetü'r-Rivâye fi Mesâil-i'l-Hidâye*, thk. Salah Mahmud Ebu'l-Hâc, Müessesetu'l-Verrâk, Amman 2006, II, 118.

3 Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, II, 119.

٧. الترتيب بين أركان الصلاة

[التسهيل] وأما ترتيب القيام على الركوع وترتيب الركوع على السجود ففرض
 كذا في الكافي. وذكر في شرح الوقاية: «أن قوله: فيما تكرر ليس قيماً يوجب
 نفي الحكم عما عداه؛ فإن مراعاة الترتيب في الأركان التي لا تتكرر في ركعة
 واحدة كالركوع واجبة أيضاً على ما يأتي في باب سجود السهو: «أن سجوده
 ٥ للسهو يجب بتقديم ركن» الخ. وأوردوا لنظيره الركوع قبل القراءة وسجدة السهو
 لا تجب إلا بترك الواجب فعلم أن الترتيب بين الركوع والقراءة واجب مع أنهما
 غير مكررين في ركعة واحدة». ويخطر ببالي أن المراد بما تكرر في الصلاة
 تحزناً عما لا يتكرر في الصلاة على سبيل الفرضية وهو تكبير الافتتاح والقعدة
 ١٠ الأخيرة فإن الترتيب في ذلك فرض.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا ينافي ما نقلناه من الكافي من أن ترتيب القيام
 على الركوع فرض.

[فاضل أمير] نقول: هذا مقام قد طغى فيه قلم مولانا صدر الشريعة،
 والشيخ -رحمه الله- قد تظن لخطائه ويئن الوجه الصواب وقال: «إن المراد
 ١٥ مما تكرر ما تكرر في ركعة واحدة» وأتى بما هو حري بالقبول. غير أنه لم
 يتوفق لجواب يحسم مادة ما استشكله صدر الشريعة وأورده تأييداً لما ادعاه
 من اتفاقهم على وجوب سجدة السهو في الركوع قبل القراءة. نعم قد أجاب
 عنه بقوله: «وأما ترتيب القراءة على الركوع» إلى آخره، ولكنه ليس بحاسم؛

Çünkü kıyam ve rükû gibi, bir rekâta tekrar etmeyen bir farz olduğu için kıraatın, -kıyamın rükûdan sonra yapılması gibi- mahallinde yapılmayarak geciktirilmesi, namazın bozulmasını gerektirir ve bu geciktirme sehiv secdesi ile telafi edilemez. Sadruşşerîa'nın ortaya attığı problemi çözecek asıl cevap şudur: Bir rekâta tekrar etmeyen rükünler kıraat gibi fiil kabilinden değilse -İbn Kemâl'in *Îzâhu'l-İslâh* adlı kitabında belirtildiği üzere- onunla diğer rükünler arasındaki tertip farz olmaz.¹

Bu meselenin hülasası şudur:

a. İki secde gibi bir rekâta tekerrür eden fiiller arasında tertibe riayet etmek vâciptir. Buna binaen iki secdeden birini yapmadığını sonradan hatırlayan kimse, unuttuğu secdeyi hemen yapar ve ardından sehiv secdesi yapar.

b. Bir rekât içinde kıyam, rükû ve secde gibi tekrar etmeyen fiiller arasındaki tertibe riayet ise farzdır. Buna binaen kişi, kıyamdan önce rükû, rükûdan önce de secde gibi bir fiili yaparsa namazı bozulur.

c. Kıraat gibi tek bir rekâta tekrar etmeyen ve namazın fiillerinden de sayılmayan rükün ile diğer rükünler arasındaki tertibe riayet ise farz olmadığı için rükûun kıraattan önce yapılması hâlinde namaz bozulmaz ve bu şekilde meydana gelen eksiklik sehiv secdesi ile telafi edilir.

Ayakların kaydığı bir konu olduğu için bu meseleyi burada genişçe ele aldık. Allah'ın lütfuyla bu bizim için gayet kolay oldu.

8. Hz. Peygamber'in Bir Fiili Terk Etmeksizin Yapmaya Devam Etmesi

[**Teshîl**] Muvâzabe -yani Hz. Peygamber'in bir fiili hiç terk etmeden devamlı yapması- o fiilin vâcip olduğuna delildir. Daha önce namazın vâcipleri konusunda "Fatıha vâciptir." ifadesinden buraya kadar zikredilenler bunu göstermektedir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Abdesti bozan şeyler konusunun az önce-sinde, muvâlât -yani abdestte yıkanması gereken yerlerin ara verilmeden peş peşe yıkanması- meselesinde fakihlerimizin söylediği şeyler burada söylenene aykırıdır. Şöyle ki orada Mâlik'in Peygamberimizin muvâzabesinden hareketle muvâlâtın farz olduğuna istidlal etmesine şöyle cevap verilmiştir: Muvâzabe muvâlâtın vâcipliğine değil sünnetliğine delildir.

1 İbn Kemâl (Kemalpaşazâde), Şemseddin Ahmed (ö. 940/1534), *Îzâhu'l-İslâh (el-Îzâh fî Şerhi'l-İslâh)*, Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2007, I, 102.

لأن القراءة بعد ما كانت فرضاً لا يتكرر في ركعة كالقيام والركوع كان تأخيره عن محله موجباً لفساد الصلاة كما في تأخير القيام عن الركوع ولم ينجر بسجود السهو. والجواب الصحيح عن الإشكال المذكور هو أن ما لا يتكرر في ركعة من الأركان إذا لم يكن من الأفعال كالقراءة لا يكون الترتيب بينه وبين سائر الأركان فرضاً كذا في إيضاح الإصلاح. ٥

فخلاصة المقام:

أن ما تكرر من الأفعال في ركعة واحدة كالسجدين فرعاية الترتيب بينهما واجبة إن ترك سجدة منهما ثم تذكر فبعد الصلاة يسجد السجدة المتروكة ويسجد للسهو،

وما لا يتكرر^١ من الأفعال في ركعة كالقيام والركوع والسجدة فترتيبه فرض تفسد الصلاة بفواته كالركوع قبل القيام والسجود قبل الركوع، ١٠

وما لا يتكرر في ركعة ولم يكن من الأفعال كالقراءة فرعاية الترتيب بينها وبين سائر الأركان ليس بفرض فلا تفسد الصلاة بتقديم الركوع عليها بل ينجر بسجدة السهو.

وإنما بسطنا الكلام في هذا المقام؛ لأنه من مداحض الأقدام وكان على طرف الثمام بتوفيق الله الملك العلام. ١٥

٨. مواظبة النبي على فعل من غير ترك

[التسهيل] ومواظبته ﷺ بلا ترك آية وجوب ما مر من الواجبات من قوله:

تجب الفاتحة إلى هنا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينافيه ما ذكره فُيبل فصل نقض الوضوء في مسألة الولاء حيث استدل مالک على فرضيته بمواظبته ﷺ فأجيب بأنها دليل السنية لا الوجوب. ٢٠

١ وفي هامش أ: كل واحد، فائدة قوله «كل واحد»: شمول الضابطة على الركوع والسجود لأنهما فعلاان قد تكرر واحد منهما في ركعة ولكن لم يتكرر كل واحد منهما في ركعة، فافهم.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Biz de aradaki ince farkın ne olduğunu ve bu konuda büyük fakihlerden sadır olup kabule şayan görüşü orada zikretmiştik.

9. İstirahat Oturuşu

[Teshîl] Şâfiî'ye göre ikinci secdeden sonra hafifçe dinlenmek için yapılan istirahat oturuşu sünnettir. Zira Hz. Peygamber “Secde yaptıktan sonra az bir süre oturur, sonra kalkardı.” Bize göre istirahat oturuşu sünnet değildir; zira Hz. Peygamber “İkinci secdeyi yaptıktan sonra ayaklarının ucu üzerinden kalkardı.”

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Hz. Peygamber'in ayaklarının ucu üzerinden kalkmış olması ikinci secdeden sonra oturmuş olmasına mâni değildir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: ‘Ayaklarının ucu üzerinden kalkmak’tan kasıt, sözün sevk edilişinden de hemen anlaşıldığı gibi mühletsiz ve istirahatsiz hızlı bir şekilde kalkmaktır. Başka bir tarikle gelen “Hz. Peygamber ikinci rekâta sanki kızgın taş üzerindeymişcesine kalkardı.” rivâyeti de maksadın bu olduğunu desteklemektedir. Bu rivâyetten, mühlet vermeden hemen kalkma kastedilmiş olmasaydı bu sözde dikkate alınacak bir mana olmazdı. Çünkü namaz kılanın birinci rekâttan kalkması -aşikâr olduğu üzere- ancak ayaklarının dışı üzerine olabilir. Bu bakımdan hadisin anlamı “Hz. Peygamber ilk rekâtın ikinci secdesinden ikinci rekâta makatı üzerine oturmadan hemen kalkardı.” şeklinde olmalıdır.

10. Yedi Yer Dışında Elleri Kaldırmanın Hükümü

[Teshîl] Namazın ikinci rekâtı da birinci rekâtı gibidir. Ancak ikinci rekâta sübhaneke, istiâze ve elleri kaldırma yoktur. Eller ancak “*fe’as sam’ac* (فقعس صممع)” kelimelerindeki harflerin simgelediği yedi yerde ¹kaldırılır.

1 Bedreddîn, ellerin kaldırılacağı yedi yeri “*fe’as sam’ac* (فقعس صممع)” şeklinde simgelemiştir. Bu harfler: *fe, kaf, ayn, sin, sâd, mîm, ayn* ve *cim* harfleridir. Bu harflerin ilgili hadise yerleşimi şu şekildedir: “Eller ancak şu yedi yerde kaldırılır: 1) namaza başlarken (fe: iftitahtekbirinde), 2) vitir namazında kunut okumak için alınan tekbirde (kaf: kunut), 3) bayram namazı tekbirlerinde (ayn: id), 4) hacere’l-esvedî selamlarken (sin: istilâm), 5) Safa (sad) ve Merve tepelerinde (mîm), 6) Arafat ve Müzdelife vakfelerinde (ayn: arafat ve Müzdelife vakfeleri) ve 7) ilk ve orta şeytani taşlarken (cim: cemre).”

[فاضل أمير] نقول: قد سبق ما فيه من السر الدقيق والقول الحقيقي بالقبول الصادر من الرجال الفحول.

٩. جلسة الاستراحة

[التسهيل] وجلسة الراحة سنة عند الشافعي؛ لأنه عليه السلام كان يجلس
٥ جلسة خفيفة ثم يقوم، لا عندنا؛ لأنه عليه السلام كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: النهوض على صدور قدميه لا ينافي الجلسة.

[فاضل أمير] نقول: المراد من النهوض على صدور قدميه: القيام سريعاً من غير مهلة ولا استراحة على ما هو المتبادر من سوق الكلام، ويعضده ما جاء
١٠ في رواية أخرى أنه ﷺ كان يقوم إلى الثانية كأنه على الحجارة المحممة. على أنه لو لم يرد بهذا الكلام القيام على الفور من غير مهلة لما كان لهذا القول معنى يعتد به؛ لأن قيام المصلي من الركعة الأولى لا يكون إلا على ظهر قدميه كما لا يخفى فكان المعنى المراد -والله أعلم- إذا رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الأولى يتنهض من غير أن يضع مقعده على الأرض ويجلس عليه.

١٥. ١٠. رفع الأيدي خارج مواضع السبع

[التسهيل] وكانت الثانية كأولى إلا في ثناء وتعوذ ورفع يد، ولا ترفع إلا في
«فقعس صممع»^١.

١ الفاء فيه علامة للافتتاح والقاف للفتحة والعين للعيد والسين للاستلام والصاد للصفاء والميم للمروءة والعين لعرفة وجمع وهو المزدلفة والحجيم للحجارة الأولى والوسطى.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Buna göre, Hz. Peygamber'in yedi yer dışında ellerin kaldırılmasını yasaklayan hadisinden hareketle namazların peşinden dua edilirken elleri kaldırmanın da bidat veya mekruh olduğu söylenecek olursa deriz ki: Hadisle kastedilenin, ellerin sünnet veya vâcip olarak kaldırılacağı yerlerin bu yedi yer olması muhtemeldir. Bu da sayılan yerler dışında elleri kaldırmanın -mendup veya mubah olarak- câizliğine engel değildir. Dolayısıyla sayılan yerler dışında elleri kaldırmanın mekruh olduğu söylenemez.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Ayasuluğî'nin *Mecmâ'* şerhinde, dua esnasında elleri kaldırmanın Hz. Peygamber'in konu ile ilgili hadisinde zikredilmediği, oysa duada da ellerin kaldırıldığı söylenecek olursa deriz ki: "Hadiste sadece elleri kaldırmanın sünenülhüdâ olduğu yerler zikredilmiştir. Nitekim yağmur duası sırasında elleri kaldırmak bu hadiste yer almadığı hâlde câiz görülmüştür. Dua esnasında elleri kaldırmak sünenülhüdâ kapsamında değildir. Rükûya giderken elleri kaldırmanın câiz sayılmaması ise onun zevâid sünnetlerden olması sebebiyledir. Namaz, zevâidin bulunmayacağı düşünülen bir yerdir. *en-Nihâye* müellifi de vitir ile ilgili meselelerde *el-Mebsût* ve *el-Muhîr* adlı kitaplardan bu şekilde nakletmiştir." Ayasuluğî'nin "Namaz zevaid kabilinden olan şeylerin olmamasını gerektirir." şeklindeki sözünü, *en-Nihâye* yazarı Sığnâkî, *el-Mebsût*'tan "farz namazlarda sübhaneke okurken 'celle senâüke' ifadesinin okunmamasının gerekçesi"ni anlattığı yerde nakletmiştir. *el-Mebsût* yazarı Serahî söz konusu yerde şöyle demiştir: "Farz namazlarda meşhur rivâyetlerle nakledilenlere, meşhur olmayan rivâyetlerin ihtiva ettiği lafızlarla ziyade yapılmaz. 'Celle senâüke' ifadesi meşhur rivâyetlerle nakledilmediği için sübhaneke duasında okunmaz." Özetle, Şeyh'in burada kendi fikhî çıkarımı olduğu izlenimini vererek söylediği şey, zaten Hanefî fakihlerinin, muteber kitaplarında söylediklerinden ibarettir.

11. İmamın Hâlinin Muktedînin Hâlinden Üstün Olması

[Teshîl] Muhammed, namazda abdestlinin teyemmümlüye uymasını (iktidâ) geçersiz saymıştır. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre ise halefîyet -yani bir şeyin başka bir şeyin yerine geçmesi- su ve toprak arasındadır. [Yani abdest için su bulunamayınca, suyun yerini toprak alır.] Dolayısıyla iki taharet [yani abdest ve teyemmüm] birbirine eşittir. Muhammed'e göre ise halefîyet, teyemmüm ile abdest arasındadır. Bu nedenle teyemmümlünün abdestliye imam olması durumunda kuvvetli olan zayıf olana bina edilmiş olur ve iktida fâsit olur.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: يدلُّ هذا على أن رفع الأيدي عقيب الصلوات عند الدعاء بدعة أو مكروه لأنه ﷺ نفى الرفع في غير المذكورة قلنا: يحتمل أن يُراد أن الرفع على سبيل السنة أو الوجوب هو في سبعة مواطن فلا يمنع الجواز في غيرها ندبًا أو إباحةً فلا تلزم الكراهة.

٥ [فاضل أمير] نقول: قال في شرح المجمع للآياثلوغوي: «فإن قيل الدعاء ليس من تلك المواضع مع الرفع فيه؟ قلنا: ليس الحصر في الحديث إلا لما يكون الرفع فيه من سنن الهدى بدليل جوازه في الاستسقاء مع أنه ليس من تلك المواضع والرفع في الدعاء ليس من سنن الهدى، وإنما لم يجز عند الركوع؛ لأنه من سنن الزوائد والصلاة مظنة نفي الزوائد كذا نقل صاحب النهاية عن المبسوط والمحيط في مباحث الوتر» انتهى. وما ذكره من قوله: ١٠ والصلاة مظنة نفي الزوائد مما نقله صاحب النهاية عن المبسوط في بيان أن في الفرائض لا يقول «وجل ثناؤك» في قراءة سبحانك إلخ حيث قال: لا يزداد في الفرائض على المشهور وهذا لم يذكر في المشاهر انتهى. وبالجملة أن ما ذكره الشيخ هنا على أنه تفقه منه مما ذكره المشايخ في معتبرات الفن.

١٥ . ١١. اشتراط كون حال الإمام أقوى من حال المقتدي

[التسهيل] وأفسد محمد اقتداء متوضئ بمتيمم؛ إذ الخلفية عندهما بين ماء وتراب فاستوت الطهارتان وعنده بين تيمم ووضوء فلزم بناء قوي على ضعف ففسد الاقتداء.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Teyemmüm konusunda geçtiği üzere, belâliyet ister teyemmümle abdest arasında, isterse toprak ile su arasında olsun hüküm değişmemelidir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in itirazı, bu meseledeki ihtilafın, imamlarımızın halefiyetin su ile toprak arasında mı -ki bu Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşüdür- yoksa abdest ile teyemmüm arasında mı -bu da Muhammed'in görüşüdür- olduğu konusundaki ihtilafları üzerine bina edilmiş olmasınadır. Bu itiraza şöyle cevap verilir: Şeyh eğer önceki hükümden -yani henüz vakit girmeden teyemmüm yapmanın ve bir tek teyemmümle birden fazla farz namaz kılmanın câizliği hükmünden- farklı olmamasının daha uygun olacağını kastediyorsa, bu itirazı kabul edilebilir. Ancak bu sözüyle yeni bir şey ortaya koymuş sayılmadığından bu itiraz kendisine fayda sağlamaz. Eğer, yukarıdaki mesele ile teyemmüm yapanın abdest alana imameti ile ilgili hükmün aynı olması gerektiğini kastediyorsa, bu kabul edilemez. Zira kuvvetliyi zayıf üzerine bina etmek gibi bir mâni varken hüküm nasıl aynı olabilir?

12. Kerahetle Kılınan Namazın İadesi

[Teshîl] Kerahetle kılınan namaz, ihtiyaten -kerahetsiz bir şekilde- iade edilir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Namazın iadesinin vâcip olması gerekir. Zira eda, nasıl vâcip olduysa o şekilde yerine getirilmelidir. Edâ kâmil bir şekilde vâcip olduğuna göre nâkıs edanın câiz olmaması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Molla Kuhistânî bu meseleyi detaylandırarak ele almış ve tahrimen mekruh olan bir şey işlendiğinde namazın iadesinin vâcip olduğunu; tenzihen mekruh olan bir şey işlendiğinde ise vâcip olmadığını söylemiştir. Ebu'l-Yüsr el-Pezdevî'den "Kerahetle (mea'l-kerâhe) eda edilen namazlarda hüküm iadenin vâcip olmasıdır." görüşünü naklettikten sonra Kuhistânî "Kerahet sadece bir rükünde ise iade müstehap; bütün rükünlerde ise vâciptir'. şeklinde güvenilir âlimlerden birinin hattıyla yazılmış bir ifade gördüm. Bu yorum gerçekten güzeldir ve Ebu'l-Yüsr Pezdevî'nin "mea'l-kerâhe" ifadesindeki 'mea' harfinde bu yoruma bir delâlet bulunmaktadır." demiştir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قد مر في فصل التيمم أن الحكم ينبغي أن لا يختلف سواء كان البدلية بين تيمم ووضوء أو بين ماء وتراب. يفاضل أمير] نقول: كان هذا اعتراض منه على كون الاختلاف في هذه المسألة مبنيًا على اختلافهم في أن الخلفية بين ماء وتراب عندهما وبين وضوء وتيمم عنده. فيقال: إن أراد أن اللائق أن لا يختلف الحكم السابق وهو جواز التيمم قبل الوقت وأداء فروض بتيمم واحد فمسلّم ولكن لا يجدي عنه، وإن أراد الاتحاد في كل حكم فممنوع؛ لأنه كيف يتحد الحكم هنا وفيه مانع مثل بناء القوي على الضعيف.

١٢. إعادة صلاة أديت مع الكراهة

[التسهيل] وتعاد على وجه غير مكروه كل ما أُدِّيَ بكراهة للاحتياط. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن تكون إعادة واجبة؛ إذ الأداء واجب كما وجب وقد وجب كاملاً فينبغي أن لا يجوز الأداء ناقصًا.

[فاضل أمير] نقول: قد أتى المولى القهستاني بتفصيل المقام، وخلاصة ما قال: وجوب إعادة في كراهة التحريم لا في كراهة التنزيه. ونقل عن أبي اليسر أنه قال: «وجوب إعادة هو الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة» ١٥ ثم قال: «ورأيت في خط بعض الثقات أن الكراهة إذا كانت في ركن فالإعادة مستحبة وفي جميع الأركان كان واجبة وهذا حسن جدًا فإن للكلمة «مع» دلالة على ذلك» انتهى.

Benim aklıma gelen ise şudur: Zahire göre kerahet, namazın rükünlerinin tamamında da olsa namazı iade etmek vâcib olmamalıdır. Şayet iade bu durumda vâcib olsaydı kerahetin sadece bir rükünde olmasıyla da vâcib olurdu. Eğer mekruh sayılan her şeyde iade vâcib olsaydı, fıkıh ilminde dirâyet sahibi olanlara aşikâr olduğu üzere, fakihlerin pek çok şeyi ‘şunlar şunlar mekruhtur’ diyerek saymalarının ve bunları namazı bozan şeylere atfetmelerinin dikkate değer bir açıklaması yapılamazdı.

13. Namaz Esnasında Başıyla Cevap Vermek

[**Teshîl**] Namazdaki kişinin kendisine söylenen bir şeye başıyla cevap vermesi mekruh değildir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Buna göre verilen selamı başıyla almak da mekruh olmamalıdır. Hâlbuki daha önce bunun mekruh olduğu söylenmişti. İki görüş arasında çelişki vardır. Bu iki duruma ilişkin iki vechin bulunması mümkündür. Dolayısıyla bu iki durum hakkında bir ihtilafın veya iki rivâyetin bulunması ihtimal dâhilindedir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Evet bu meselede iki rivâyet vardır. Yakup Paşa [Sadruşşerâ'nın *el-Vikâye* şerhi üzerine yazdığı hâşiyede] bunu tasrih etmiştir.

14. Mesbûkun Namazda İstihlaf Edilmesi

[**Teshîl**] Mesbûkun [abdesti bozulan] imamın yerine geçmesi uygun değildir; çünkü yerine geçtiği imamın namazını tamamladığında [kendi namazı henüz tamam olmadığı için] selam veremez. Uygun olmamakla birlikte mesbûk, öne geçecek olursa imamın namazını tamamladığında kendisi geriye çekilerek namaza baştan itibaren katılmış [müdrîk] birini öne çeker ve bu kişi selam vererek namazı tamamlar; mesbûk ise kılamadığı kısmı kılar.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Daha önce geçen “Yerine mesbûk olmayan birini geçirsin.” hadisi, mesbûkun öne geçirilmesinin câiz olmamasını gerektirmektedir. En doğrusunu Allah bilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Usulcüler, *et-Telvîh*'te de geçtiği üzere, mutlak emrin vücuba mı, nedbe mi yoksa ibâhaya mı delâlet ettiği konusunda ihtilaf etmelerine rağmen, bir karînenin bulunması durumunda makamın gereğine hamledileceği konusunda ittifak etmişlerdir. Bundan anlaşılıyor ki, imamlarımız mesbûkun istihlaf edilmesini câiz görürken “Mesbûk olmayan birini yerine geçirsin.” hadisindeki emri, kendilerine zahir olan bir delil sebebiyle nedbe hamletmişlerdir. Bu husus basiret sahiplerine kapalı değildir.

ويخطر ببالي أن الظاهر أن لا تجب الإعادة وإن وجبت تجب في بعضها؛ إذ لو وجبت في كل ما عد مكروهاً لما كان لعددهم الأشياء العديدة على أنها مكروه فيها وعطفها على ما يفسد فيها وجهٌ يعتدُّ به كما لا يخفى على من له دربة في الصناعة.

٥ . ١٣ . رد السلام في الصلاة بالرأس

[التسهيل] ولا يُكره جوابه برأسه لمن كلمه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن لا يُكره ردُّ السلام برأسه وقد مرَّ أنه يُكره فبينهما منافاةٌ ويمكنُ أن يكونَ فيهما وجهان فيحتملُ أن يكونَ فيهما اختلافٌ أو روايتان.

[فاضل أمير] نقول: نعم فيه روايتان صرح المحشي يعقوب باشا.

١٠ . ١٤ . استخلاف المسبوق

[التسهيل] ولا ينبغي للمسبوق أن يتقدم؛ إذ لا يتمكن من السلام إذا أتم صلاة إمامه فكان عاجزاً من إتمام صلاة الإمام لكنه إذا تقدم جاز فإذا أتم صلاة الإمام يتأخَّرُ وهو يقدِّم مدركاً يُسَلِّمُ بالقوم وهو يقضي ما سبق به.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ما مرَّ من قوله ﷺ «وَلْيُقَدِّمَنَّ مَنْ لَمْ يُسْبِقْ بِشَيْءٍ مِنْ صَلَاتِهِ» الخ يقتضي أن لا يجوزَ تقديم المسبوق والله أعلم.

[فاضل أمير] نقول: إن أئمة الأصول مع اختلافهم في موجب الأمر المطلق أنه الوجوب أو الندب أو الإباحة متفقون على أنه محمول على ما يقتضيه المقام عند انضمام القرينة كما في التلويح، فظهر منه أن أئمتنا لما سوَّغوا استخلاف المسبوق فقد جعلوا الأمر في قوله ﷺ «واليقدم من لم يسبق» للندب بدليلٍ ظهر لهم وهو غير خافٍ على ذوي البصائر.

15. Kıraatı İkinci Rekâta Öğrenen Ümmînin İstihlâfı

[**Teshîl**] Ümmî ilk iki rekâttan sonra Kur'ân okumayı öğrenip son iki rekâtta okusa Ebû Yûsuf'a göre bu namaz câizdir. Çünkü bu kişi, -tıpkı namaz esnasında azat edilen ve hafif bir hareketle başını örten câriye gibi- 'her iki durumda da emrolunmuş olduğu şeyi yerine getirmiştir.' Ancak bu kişinin durumunun câriyenin durumundan farklı olduğu söylenmiştir. Şöyle ki; "Câriye baştan itibaren başını örtme emrine muhatap değilken, hürriyetine kavuştuktan sonra muhatap olmuştur. Hâlbuki ümmî, tıpkı elbise bulmadığı için namaza çıplak başlayan, namaz esnasında giyecek bulan kişi gibi, baştan itibaren muhataptır; ancak mazur olup mazeret ortadan kalkınca asıl hüküm ortaya çıkmıştır. Bu sebeple ikisinin de namazı bozulmuştur."

Ümmî ikinci rekâta iken Kur'ân okumayı öğrenip o rekâta okusa namazı ittifakla bozulur. Çünkü ümmî bu konuda çıplak olarak namaza başlayıp namaz içinde elbise temin eden kimse gibidir ve onun gibi mazurdur. Şâfiî'ye göre ise bu durumda ümmînin namazı fâsî olamaz. Şâfiî'nin gerekçesi, -Ebû Yûsuf'un da gerekçesi olan- ümmînin 'her iki durumda da emrolunmuş olduğu şeyi yerine getirmiş' olmasıdır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu nokta Ebû Yûsuf'a itiraz olarak yöneltililebilir ve onu ilzam eder. Ebû Yûsuf'un iki durum arasındaki farkı göstermesi ya da ikinci durumda görüşünün Şâfiî'ninki gibi olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Molla Ayasuluği *el-Mecma'* serhinde ikinci durumda namazın ittifakla fâsî olmasını, [namazın sahih kabul edilmesi durumunda] 'kuvvetlinin zayıf üzerine bina edilmiş olacağı' gerekçesiyle ta'lîl etmiştir. Ancak bu gerekçelendirme, Ebû Yûsuf'a bir fayda sağlamaz. Çünkü Ebû Yûsuf'un -ilk iki rekâttan sonra Kur'ân okumayı öğrenip son iki rekâta okuyan kimsenin namazını sahih saydığı- görüşte de kuvvetlinin zayıf üzerine bina edilmesi durumu vardır. Molla Ayasuluği'nin -namazda kıraatın tayini ve ikinci rekâta vücubu konusunda- verdiği bilgilerden istifadeyle -Ebû Yûsuf adına- iki durum arasındaki farkı göstermek üzere "vâcip olma, düşme, miktar ve vasıf bakımından müşterek oldukları için -delâleten- ikinci rekâtın birinciye ilhak edilmesi sebebiyle" denilerek cevap verilebilir. Ebû Yûsuf açısından şunu söylemek de uzak olmaz: Aralarında zat ve sıfat bakımından tam bir ittisâl olduğu için Ebû Yûsuf, ilk iki rekât arasında -kıraatı rekâtlardan birinde hakiki, diğerinde ise takdiri kabul etmek şeklinde- bir ayırım yapmayı uygun görmemiştir. Ebû Yûsuf'un görüşünün gerekçelendirilmesi konusunda bizim için imkân dâhilinde olan açıklama budur. Her kuvvetin üzerinde başka bir kuvvet vardır.

١٥ . استخلاف أمي تعلم في الركعة الثانية

[التسهيل] تعلّم بعد الأوليين فتلا في الأخيرين يُجيزه أبو يوسف إذ أتى في
بما أمر في حاله كأمة حُرِّرت في الصلاة وهي مكشوفة الرأس فغطت حين
حُرِّرت وهي في الصلاة رأسها بعملٍ يسيرٍ أوجب بأنها لم تخاطب بسترٍ ضدَّ
أمِّي فإنه مأمور بقراءة لكنه معذورٌ فلما زال عذره ظهر الأصل كعارٍ وجدَّ ثوبًا
فإنه يُفسد صلاته فكذا الأمي.

فلو تعلّم في الركعة الثانية فقرأ فيها تفسد عندنا لما مرّ من أنه كعارٍ وجدَّ
ثوبًا لأنه معذورٌ كهو ولا تفسد عند الشافعي لأنه أتى بما أمر في حاله كما مرّ
من دليل أبي يوسف.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يرد هذا على أبي يوسف فيلزمه إما الفرق أو
الاتفاق مع الشافعي.

[فاضل أمير] نقول: قد علّل المولى الأياثلوغي في شرح المجمع عدم الجواز
في الصورة الثانية وفاقًا بلزوم بناء القوي على الضعيف ولكن لا يجدي عن أبي
يوسف؛ لأن في الصورة الأولى التي جوزها أبو يوسف هذا البناء موجود، ويمكن
أن يقال في وجه الفرق لأبي يوسف بما استفيد مما ذكره المولى المذكور في
تعيين القراءة في الصلاة ووجوبها في الركعة الثانية بقوله: «لإلحاقها بالأولى
دلالة لمشاركتها وجوبًا وسقوطًا وقدرًا وصفة» انتهى. فلا يبعد أن يقال: لما كان
بين الركعتين الأوليين اتصال كامل ذاتًا وصفةً لم ير أبو يوسف أن يفصل بينهما
بجعل القراءة في إحداهما تقديرًا وفي الأخرى تحقيقًا.

هذا غاية ما أمكن لنا في توجيه المقال وفوق كل مجال مجال.

16. Sabah Namazının Sünnetinin Kazası

[**Teshîl**] Sabah namazının farzı kılınıp da sünneti kılınmamış ise aynı günün zeval vaktine kadar kaza edilmesini Muhammed “Sabah namazının sünnetini kaçıran kimse onu kaza etsin!” hadisi sebebiyle güzel görmüştür.

5 [**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Hz. Peygamber’in “Sabah namazının sünnetini kaçıran kimse onu kaza etsin!” hadisi, sabah namazının sünnetinin ‘o günün zeval vaktine kadar’ kaydı olmaksızın mutlak olarak kaza edilmesini gerektirir. Muhammed’in görüşünün “Fecrin iki rekâtını kaçıran kimse onu güneş yükselince kaza etsin!” hadisiyle gerekçelendirilmesi daha
10 evladr.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh’in istidlale elverişli bulduğu hadis de kaza-nın zeval vaktine kadar yapılabileceğine delâlet etmez. Zikredilen ilk hadis, -kılınmamış namazın sabah namazının sünneti olduğunu açıkça belirtmiş olması sebebiyle- bu konuda gerekçe olmaya uygundur.

15 17. Cemaat Faziletine Yetişmek

[**Teshîl**] Sabah namazı dışındaki namazlarda, kamet getirilirken mesci-de giren kişi, sünnet kılmadan imama uyar. Sabah namazında ise imama ikinci rekâta yetişeceğini umuyorsa sünneti kılar ardından imama uyar. Böylelikle hem sabah namazının sünnetini kılama faziletini hem de cemaatin faziletini elde etmiş olur. Zira sabah namazının sünnetinin fazileti çok
20 büyüktür. Hz. Peygamber “Sabah namazının iki rekâtlık sünneti dünya ve dünyanın içinde olan her şeyden daha hayırlıdır.” buyurmuştur. Cemaatin de büyük bir fazileti vardır. Peygamberimiz (as) “Cemaatten ayrılan, cehenneme ayrılmış olur.” buyurmuştur. Bunlar arasında teâruz olduğunda
25 imkân dâhilinde ikisiyle de amel edilir. Son rekâta iken imama yetişen kimse cemaate yetişmiş sayılır. Peygamberimiz “Kim namazın bir rekâtına yetişirse namaza yetişmiş sayılır.” buyurmuştur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu hadisin, cemaat faziletinin elde edilmiş olacağına hamledilmesi gerekir. Aksi hâlde mezhep imamlarının “Öğle namazının son rekâtına yetişen kimse namazını cemaatle kılmış olmaz ancak cemaatin faziletini elde etmiş olur.” şeklindeki sözleri problem teşkil eder.
30

١٦ . قضاء سنة الفجر

[التسهيل] ولو فاتت السنة وحدها حَسَنَ محمد قضاء سنة الفجر بعد الطلوع إلى الزوال لقوله ﷺ «من فاتته سنة الفجر فليقضها».

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يقتضي قضاءها مطلقاً من غير تقييد بالزوال ٥ فالأولى أن يُستدلَّ بقوله ﷺ «من فاتته ركعتا الفجر فليقضيهما إذا ارتفعت الشمس».

[فاضل أمير] نقول: ما استدل به الشيخ من الحديث الثاني لا يدل على كون القضاء مغياً بالزوال أيضاً والأول أَمَسَّ بالمقام من حيث إن فيه تنصيماً بأن الفاتئة سنة.

١٧ . إدراك فضيلة الجماعة

[التسهيل] ولو أدركه يَأْتُمُّ في غير الفجر مطلقاً وفيه يصلي سنته لو يدرك ١٠ الثانية إحراراً للفضيلتين؛ إذ لسنة الفجر فضيلة عظيمة قال عليه السلام: «ركعتا الفجر خيرٌ من الدنيا وما فيها». وللجماعة فضيلة أعظم قال عليه السلام: «من شَدَّ شَدَّ في النار» فإذا تعارضوا يعمل بهما بقدر الإمكان. فمتى أدرك ركعة مع الإمام يصير مدرِكاً للجماعة، قال عليه السلام: «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدركها».

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يُحْمَلَ على أن المراد به إدراك فضل الجماعة لئلا يُشكَلَ قولهم فيمن أدرك ركعةً من الظهر أنه لم يصل الظهر بجماعة بل أدرك فضلها.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in dediği şekilde bir tevil yapılmasa ve sadece bir rekâta yetişen kimsenin hakiki anlamda cemaate yetişmiş olacağı söylene bile ortada bir problem yoktur. Zira imamlarımız, öğle namazının sadece bir rekâtına yetişen kimsenin cemaate yetişmemiş olacağını söylememişlerdir ki Şeyh'in dediği gibi bir teville ihtiyaç duyulsun. Bilakis onlar, öğle namazının sadece bir rekâtına yetişmiş kimsenin öğleyi cemaatle kılmamış olacağını söylemişlerdir. Öğle namazını cemaatle kılmamakla cemaate yetişmemiş olmak arasındaki fark açık olup Zeylaî bunu izah etmiştir. *el-Hidâye*'yi inceleyen kişi için durum apaçıktır.

18. Kıraatsız Namaz Nezretmenin Hükümü

[Teshîl] Kıraat etmeksizin iki rekât namaz kılmayı nezreden kimse diğer şartlarını yerine getirdiği gibi kıraat şartını yerine getirerek iki rekât namaz kılmak zorundadır. Şu üç meselede Züfer bize muhalefet etmiştir: [1] Kıraatsız olarak iki rekât namaz kılmayı adayan kimse bize göre tam olarak iki rekât namaz kılmalıdır; Züfer'e göre yapılan nezir geçersizdir. [2] Sadece bir rekât namaz kılmayı nezreden kişi bize göre iki rekât namaz kılmalıdır; Züfer'e göre bir rekât namaz olmayacağı için yapılan nezir muteber değildir. [3] Üç rekât namaz kılmayı adayan kimse bize göre dört rekât namaz kılmalıdır. Züfer'e göre sadece iki rekât namaz kılmalıdır.

Ona göre kıraatsız namaz kılmak abes ve günah bir şeydir dolayısıyla günah olan bir şeyin adak olarak adanması geçersizdir. Tek rekât adamak da böyledir. Tek bir rekât namaz kılmak geçersizdir. Ayrıca bir kimsenin iltizam etmediği bir şeyi ona yüklemek doğru olmaz bu nedenle buna ilişkin nezir de geçersiz olur. Üç rekât nezretmek, iki ve ardından bir rekât nezretmek anlamına gelir ki ilki geçerli ikincisi ise geçersizdir.

Bize göre bölünemeyen bir şeyin bir kısmını iltizam etmek o şeyin tamamını iltizam etmek anlamına gelir. Nitekim eşine "Seni üçte bir boşadım." diyen bir kimse eşini bir defa boşamış sayılır. Buna göre bir rekât nezredildiğinde iki rekât, üç rekât nezredildiğinde ise dört rekât kılmak gerekir. Namaz kılacağım diyen bir kimse namaz için gerekli olan her şeyi de iltizam etmiş olur; kıraat namazın bir parçası olduğu için de "Kıraat yapmadan namaz kılacağım." diyen bir kimsenin bu ifadesi hükümsüz sayılır ve kıraat yaparak namaz kılması vâcip olur.

[فاضل أمير] نقول: لا إشكال وإن لم يرد ما أَراده وأريد إدراك الجماعة حقيقة؛ لأنهم لم يقولوا: ومن أدرك ركعة من الظهر لم يدرك الجماعة حتى يحتاج إلى التأويل بل قالوا: إن المدرك هذا لم يصل الظهر بجماعة. والفرق بين «لم يصل الظهر بجماعة» وبين «لم يدرك الجماعة» ظاهر صرح به الزيلمي، والبيان الأوضح يظهر لناظر الهداية. ٥

١٨. نذر الصلاة بلا قراءة

[التسهيل] فلو نذرهما بغير قراءة الخ. هذه ثلاث مسائل يخالفنا فيها زفر: الأولى: إذا نذر ركعتين بغير قراءة فعندنا يجب القراءة وعند زفر بطل هذا النذر. الثانية: إذا نذر ركعةً لزمه ركعتان عندنا وقال زفر: لا يلزمه شيء. الثالثة: إذا نذر أن يصلي ثلاثاً فعندنا يلزمه أربع ركعات وعند زفر يلزمه ركعتان، له أن الركعتين بلا قراءة عبث فيكون معصيةً فلا يلزم به شيء؛ وكذا الركعة الواحدة فإنها غير مجزئة وإلزام ما لم يلتزمه لم يجز فلغا والنذر بالثلاث نذر بشفع وركعة فالأول مشروع لا الثاني فلزم المشروع لا غيره.

ولنا أن التزام بعض ما لا يتجزأ التزام كله كإيقاع بعض الطلقة فيلزمه الركعتان في نذر الركعة والأربع في نذر الثلاث. والتزامه بالصلاة التزام بجميع أجزائها والقراءة من أجزائها فلغا قوله بغير قراءة. ١٥

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Züfer dışındaki diğer imamların yukarıdaki içtihatlarına göre kıraatsız namaz kılacağım demekle, abdestsiz namaz kılacağım demenin hükmü aynı olmalıdır. O hâlde Muhammed'e göre abdestsiz namaz kılmayı nezreden kimsenin nezri geçersiz olduğu gibi kıraatsız namaz kılmayı nezreden kimsenin nezrinin de geçersiz olması gerekir. Aksi hâlde Muhammed'in aynı hükme tabi olması gereken iki meselede neden farklı hüküm verdiğinin ortaya konulması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Âlimlerimiz kıraatın namazın farzlarından biri olduğunu açıkça ifade etmişlerdir. Şeyh burada, bölünemeyen bir şeyin bir kısmını iltizam etmenin o şeyin tamamını iltizam etmek anlamına geldiğini, kıraatın da namazın bir cüz'ü olduğunu söylemektedir. Bu dediklerimiz anlaşılıyorsa şöyle söyleyebiliriz: Namazın bir cüz'ü ve rüknü olmadığı gibi namazın içindeki farzlardan biri de olmayan abdest ile namazın bir cüz'ü, rüknü ve içindeki farzlardan biri olan kıraatın aynı hükme tabi olması gerektiği nasıl söylenebilir?

19. Bir Rekâta İki Defa Tekrar Eden Rükünler Arasında Tertip

[Teshîl] Namazın kılınış şekli konusunda geçtiği gibi; tek bir rekâta secde gibi iki defa yapılan rükünler arasında tertibe riayet etmek vâciptir. Kıyamın rükûdan önce yapılması ise farzdır. Bu da göstermektedir ki kıraatın rükûdan önce yapılması vâcip değil farz olmalıdır. Orada söylendiği gibi, kıraat ve rükû arasındaki tertibe riayet etmeme sonucunda gereken sehiv secdesinin sebebi, bu iki rükün arasındaki tertibin vâcip olması değil, bir rükünü yapılması gereken zamanda yapmamaktır yoksa bu ifadeden rükû'un kıraattan sonra yapılmasının farz değil vâcip olduğu sonucu çıkarılmamalıdır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: *el-Vikâye* şârihi [Sadruşşerîa] rükûun kıraattan sonra yapılmasını şart değil vâcip saymıştır.¹

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu görüş kendisinin daha önceki bir zühulü üzerine bina edilmiştir. Bu zühul, âlimlerimizin ibarelerindeki "fiiller" ve "bir rekâta [secde gibi] tekrar eden fiiller arasındaki tertibe riayet" ifadelerini dikkate almamaktan kaynaklanmıştır. Daha önce yaptığımız açıklamadan da anlaşılacağı üzere bir rekâta tekrar etmeyen [rükû ve kıyam gibi] rükünler, şayet fiil kabilinden ise rükû'un kıyamdan sonra yapılması gibi aralarındaki tertip farz; rükû'un kıraattan sonra yapılması gibi fiil kabilinden değilse vâciptir.

1 Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, II, 118.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يلزم من كلامهم أن يتحدَّ قوله «بغير قراءة» وقوله «بغير طهارة» في الحكم فينبغي أن يبطل نذرهما بغير قراءة عند محمد أيضا كنذرهما بلا طهارة وإلا فعليه الفرق.

[فاضل أمير] نقول: قد صرحوا بأن القراءة من فرائض الصلاة وقد قال الشيخ هنا: بأن التزام بعض ما لا يتجزأ التزام لكاه وإن القراءة من أجزاء الصلاة، فإذا ٥ تقرر هذا كيف يلزم الاتحاد بينها وبين الطهارة التي لم تكن من أجزاء الصلاة لا ركنًا لها ولا فرضًا فيها.^١

١٩. الترتيب في فعل مكرر في الركعة

[التسهيل] وقد مر في فصل صفة الصلاة: أن الترتيب في فعل مكرر في الركعة واجب، وأما ترتيب القيام على الركوع ونحوه ففرض. وهذا يدل على أن ترتيب القراءة على الركوع يبغي أن يكون فرضًا لا واجبًا وقد مر التحقيق ثمة بأن لزوم سجود السهو لتأخير الركن عن محله لا لأن ترتيب الركوع على القراءة واجب لا فرض.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قد جعل شارح الوقاية ترتيب الركوع على القراءة واجبًا لا شرطًا. ١٥

[فاضل أمير] نقول: هذا مبني منه على هفوة سبقت منه. وما نشأت هذه إلا من إهمال فائدة لفظ «الأفعال» المعتبرة في عباراتهم وقولهم: ورعاية الترتيب فيما تكرر من الأفعال، وقد عرفت أن رعاية الترتيب فيما لا يتكرر في ركعة إذا كان من الأفعال فرض كترتيب القيام على الركوع وإن لم يكن من الأفعال فواجب كترتيب الركوع على القراءة. ٢٠

١ وفي هامش أ: هذا غير مفيد بل لا بد فيه من إثبات أن التزام الشيء بجميع جوانبه ودون التزامه بجميع شرائطه، ودونه خراط القتاد فتدبر.

20. Sehv Secdesinin Selamdan Önce Yapılmasının Câiz Olup Olmaması

[**Teshîl**] Sehv secdesi bize göre selam verdikten sonra; Şâfiî'ye göre selam vermeden önce yapılır.

5 [**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Hz. Peygamber'in hem selamdan önce hem de selamdan sonra sehv secdesi yaptığı rivâyet edildiğine göre namazda yanılan kimsenin istediğini tatbik etmekte muhayyer olduğu söylenebilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *el-Mültekâ'*nın *el-Ferâid* adlı şerhinde şöyle denilmiştir: Hz. Peygamber'in fiiline dair birbiri ile teâruz eden iki rivâyet varsa sözüne müracaat edilir. Sevbân'ın rivâyet ettiğine göre Hz. Peygamber "Namazda her türlü yanılma sebebiyle selamdan sonra iki defa secde yapılır."¹ buyurmuştur. *el-Ferâid* yazarının bu sözü, Şeyh'in "Namazda yanılan kimsenin istediğini tatbik etmekte muhayyer olduğu söylenebilir." şeklinde istinbât ettiği görüşüne muhaliftir. Bununla birlikte Zeylaî'nin *et-Tebyîn*'de zikretmiş olduğu şu ifadeler *el-Ferâid* sahibinin yukarıdaki görüşünü zayıflatmaktadır: "Hz. Peygamber'den, her iki mezhebi de destekleyecek hem söz hem de fiil nakledilmiştir. Ancak bizim tercih ettiğimiz görüş mana itibarıyla daha kuvvetlidir. Şöyle ki; selam namazın vâciplerinden olduğu için namazın diğer vâciplerine kıyasla sehv secdesinden önce yapılır. İkinci bir delil olarak sehv secdesi tekrar etmeyen vâciplerdendir. Bu nedenle de selamdan sonra yapılır. Hatta selam vermeyi unutsa dahi sadece secdelerle namazdaki eksiklik telafi edilmiş sayılır." Zeylaî'nin bu sözlerinden anlaşıldığı üzere Şeyh'in sehv secdesi yapacak kimsenin muhayyer olacağı şeklindeki görüşü, Zeylaî'nin "Bizim tercihimiz kıyasa uygun olandır." şeklindeki ifadeleriyle telif edilemez.²

21. İlk Oturuşu Unutarak Kalkanın Sehv Secdesi Yapması

[**Teshîl**] Bir kimse dört rekâtlı bir namazda ilk oturuşu yapmayı unutursa, -en sahîh görüşe göre- yere daha yakınsa hemen döner ve sehv secdesi yapmadan namazını tamamlar. Kıyama daha yakınsa artık geri dönmez ve sehv secdesi yaparak namazını tamamlar. Ancak eğer son oturuşta (ka'de-i ahîre) oturmayı unutarak beşinci rekâta kalkacak olursa, beşinci rekâtın secdesini yapmadığı sürece geri döner; oturur ve sehv secdesi yaparak namazını tamamlar.

1 Sîvâsî, İsmâil b. Sinân es-Sîvâsî (ö. 1047/1637), *el-Ferâid*, Süleymaniye Ktp., Hamidiye Koleksiyonu, nr. 15, I, vr. 82a.

2 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, I, 192.

٢٠. هل يجوز أن يسجد للسهو قبل السلام؟

[التسهيل] يسجدُ بعد السلام عندنا وقبل السلام عند الشافعي.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لما روي سجوده ﷺ قبل السلام وبعده كان للقولِ

بتخييرِ الساهي وجه.

٥ [فاضل أمير] نقول: قال في شرح الملتقى المسمى بالفرائد: لما اختلفت

روايتا فعله ﷺ يرجع إلى قوله ﷺ وهو أنه روى ثوبان أنه قال ﷺ: «لكل سهو

سجدتان بعد التسليم» انتهى. هذا ينافي ما قاله الشيخ تفقها من أن «للقول بتخيير

الساهي وجه» ولكن يחדش ما ذكره الإمام الزيلعي ما في الفرائد من أنه قال

في التبيين: «قد روي عن النبي ﷺ مثل المذهبين قولاً وفعلاً، والترجيح لما قلنا

١٠ من جهة المعنى؛ لأنّ السلام من الواجبات فيقدم على سجوده قياساً على غيره

من واجبات الصلاة، ولأنّ سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو

سها عن السلام ينجبر به» انتهى. فظهر منه أن ما ذكره الشيخ من تخيير الساهي

لا يجامع مع ما قاله الزيلعي من أنه يرجح ما قلنا بموافقة القياس.

٢١. سجدة السهو في النسيان عن القعدة الأولى

١٥ [التسهيل] ولو سهى عن القعود الأول رجع لو أقرب إليه فلا يسجد للسهو

في الأصح وإن لم يكن أقرب إليه لا يعود فيسجد للسهو، ولو عن الأخير عاد

ما لم يسجد وسجد للسهو.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: En sahih olan görüşe göre dördüncü rekâtın oturuşuna daha yakınsa yine sehiv secdesi gerekmez. “Dördüncü rekâtta oturmak farzdır, geciktirilmesi sehiv secdesini gerektirir, ilk oturuş ise farklı olup bu, vâcip olduğu için geciktirilmesi sehiv secdesini gerektirmez”
5 şeklinde bir itiraz yapılırsa şöyle cevap verilebilir: İlk oturuşu yapmayıp ayağa kalkar gibi yapıp tekrar oturulması üçüncü rekâtın kıyamını geciktirmek anlamındadır, kıyamı geciktirmekle son oturuşu geciktirmek aynı olduğu için ikisi de aynı hükme tabi olmalıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bazı şerhlerde son oturuş unutulmuş ayağa kalkılması hâlinde -yere daha yakın olursa bile- sehiv secdesinin vâcip olması, selamın geciktirilmiş olmasıyla açıklanmıştır. Bununla beraber meşâyihden bazıları Şeyh'in de dediği gibi vâcibin geciktirilmesi hâlinde en sahih görüşe göre sehiv secdesinin vâcip olmayacağını söylemişlerdir. Şeyh'in muhtemel bir itiraza cevap sadesinde söyledikleri senin sadırına şifa olacak bir cevap değildir. Bu muhtemel itiraza verilebilecek doğru cevap şöyledir: İlk oturuşu unutarak yapmayan kimse hafifçe kalkıp vâcip olan ilk oturuşu yerine getirmek için tekrar oturduğunda, üçüncü rekâtın kıyamını unutarak değil kasıtlı olarak geciktirmiştir. Kasıtlı olarak yapılan geciktirme sehiv secdesi ile telafi edilemez. Nitekim secde, 'sehv'e -yani unutmaya- izafe edilmektedir. Bu açıklama ile ilk oturuşu unutup üçüncü rekâtın kıyamına kalkmak ile son oturuşu unutup beşinci rekâtın kıyamına kalkmak arasındaki fark anlaşılabilir olduğu gibi, üçüncü rekâtın kıyamını geciktirmenin son oturuşu geciktirmek gibi olmadığı da anlaşılabilir oldu.

22. Namazın Düşmesine Sebep Olan Baygınlık Hâlinin Süresi

[Teshîl] Uzun süren baygınlık namazların kaza edilmesi yükümlülüğünü düşürür; az süren baygınlık ise, uyku gibi kabul edildiğinden namazların kaza borcunu düşürmez. Zira rivâyet edildiğine göre Hz. Ali (ra) dört namaz vakti süren bir baygınlık geçirmiş ve kılamadığı namazlarını sonradan kaza etmiştir. Yine rivâyet edildiğine göre İbn Ömer üç gün süren bir baygınlık geçirmiş ve ayıldıktan sonra namazlarını kaza etmemiştir. Muhammed kişiden kaza yükümlülüğünü düşüren baygınlığı altı namaz vakti, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ise bir gün bir gece olarak takdir etmişlerdir. Diğer üç imam ise baygınlığı, delilik gibi kabul edip bir namaz vakti sürmesi hâlinde o namazın kişiden düşeceğini söylemiştir. Bir rivâyete göre delilik, bayılma gibidir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن لا يسجد في الأصح لو أقرب إليه؛ فإن أجب بأن القعود الأخير فرض فتأخيره يجب السهو بخلاف القعود الأول فإنه واجب يجب السجود بتركه لا بتأخيره فافترقا، يمكن أن يُرد هذا الجواب بأن في تأخير القعود الأول برجوعه إليه تأخير القيام إلى الثالثة فتأخير القيام كتأخير القعود الأخير فينبغي أن يتحد حكهما. ٥

[فاضل أمير] نقول: في بعض الشروح علل وجوب سجدة السهو في السهو عن القعدة الأخيرة ولو عاد أقرب إلى القعود بتأخير السلام، ولكن قال بعض المشايخ بأن الأصح عدم وجوب السجود بتأخير الواجب كما ذكره الشيخ. فالاستمساك بهذا التعليل في دفع ما أورده الشيخ لا يجدي عنك. والصواب في الجواب عنه أن يقال: تأخير القيام إلى الثالثة لم يكن سهوا بل وقع بالرجوع إلى القعود قصدا لإحراز الواجب وما وقع قصدا لا يتدارك بسجود السهو ألا ترى أنه مضاف إلى السهو فظهر الفرق بين القيامين ولم يكن تأخير القيام إلى الثالثة كتأخير القعود الأخير. ١٠

٢٢. مدة الإغماء في إسقاط الصلاة

[التسهيل] وإنما سقط القضاء بإغماء طويل؛ إذ قليله كنوم لا كثيره للأثر؛ روي أن علياً أغمي عليه أربع صلوات فقضاهن. وروي: أن ابن عمر أغمي عليه ثلاثة أيام فلم يقض الصلوات. وقدّرته محمد بمضي أوقات الصلوات الست لا بمضي مدة يوم وليلة. وعندهم يقدر بمضي وقت صلاة كجنون، قيل: إن الجنون كإغماء. ١٥

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Muhammed'in bu konudaki görüşü, tertibin düşmesi konusundaki görüşü ile çelişki arz etmektedir. Zira Muhammed orada altıncı vaktin girmesi ile tertibin düşeceğini söylemiş, burada ise altıncı vaktin çıkması ile kaza borcunun düşeceğini söylemiştir. Bu iki meselede tutarlılığın olması için tekrar sınırının (altıncı vaktin girmesi) esas alınması gerekirdi. Aynı tutarsızlık Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf için de geçerlidir. Zira onlar tertip meselesinde altı namaz vaktinin geçmesini esas almışken burada bir gün bir gecenin geçmesini esas almışlardır. Ancak bu iki meselede her bir imamdan ikişer rivâyet nakledilmiş olma ihtimali vardır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in, *el-Letâif* metninde Muhammed'in görüşü olarak naklettiği, altı namaz vaktinin geçmiş olması şeklindeki takdiri, diğer metinlerde alınan rivâyetten farklıdır. Çünkü diğer metinler Muhammed'in "Altıncı vakit girmişse namazı kaza etmez." rivâyetini esas almışlardır. Yine muteber metinler, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşü olarak, baygın olarak geçirilen vakit bir gün bir geceyi bir an dahi geçmiş olsa namazların kaza edilmeyeceği rivâyetini esas almışlardır.

Şeyh'in, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'tan tertibin düşmesinde altı namaz vaktinin geçmesinin, baygınlık hâlinde ise kazanın düşmesi için bir gün bir geceyi aşmış olmasının gerektiğine dair almış olduğu rivâyet diğer metinlerin rivâyetlerine uygundur. İki mesele arasında farklı değerlendirmenin sebebine ilişkin olarak şu söylenebilir: Baygınlık hâlinde namazın düşmesinin sebebi, Şeyh'in de dediği gibi namazların tekrar sınırına gelmiş olmasıdır. Birinci meselede (tertibin düşmesi) kazaya kalan namazların tekrar sınırına gelmesi altıncı vaktin kaçmış olmasıyla, ikinci meselede (baygından namazın düşmesi) ise kişi üzerine vâcip olan namazların tekrarı ile olmaktadır ki bu da altıncı vaktin girmesi ile gerçekleşir. Kaza namazları arasındaki tertibin düşmesinde kazaya bırakılan namazların tekrar sınırına gelmiş olması, baygından namaz kazasının düşmesinde ise kılınması gereken namazların tekrar sınırına gelmiş olmasının nazarı itibara alınmasının sebebi, kıyasa ve fıkhıta itibar edilen kurallara aşına olanlar için aşikârdır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يُشكل مذهبُ محمد بمذهبه في مدة سقوط الترتيبِ عن الفوائتِ فإنه اعتبر ثمة دخولَ وقتِ السادسةِ وهنا خروجها مع أن الفرضَ فيهما هو الدخولُ في حدِّ التكرارِ وكذا يُشكل مذهبُهما فإنهما اعتبرا ثمة مُضيِّ أوقاتِ الصلواتِ الستِ لا هنا ويمكنُ أن يكونَ في المسألة روايتان
 ٥ عن محمد وكذا عنهما.

[فاضل أمير] نقول: ما أخذهُ الشيخ في المتن من رواية قول محمد بأنه قدَّره بمضي أوقاتِ الصلواتِ الستِ فليس على ما هو المأخوذ منه في سائر المتون؛ لأن المأخوذ فيها هو أن محمداً يقول: لا يقضي إن دخل وقت سادسة كما أنهما يقولان: لا يقضي إن زادت ساعة على يوم وليلة.

١٠ ثم ما رواه عن الشيخين من اعتبارهما مضي أوقاتِ الصلواتِ الستِ في سقوط الترتيب وزيادة ساعة على يوم وليلة في سقوط القضاء بالإغماء فواقع على ما في سائر المعتمرات. ويمكن أن يقال في التوجيه بين الاعتبارين: إن السبب في السقوط كما قال به الشيخ: هو الدخول في حد التكرار فاعتبر في الأول تكرر الفائتة بأن فاتت السادسة، وفي الثاني تكرر الواجبة عليه وهو يحصل بدخول وقت السادسة. ولا يخفى وجه اعتبار تكرر الفائتة في سقوط
 ١٥ ترتيب الفوائت وتكرر الواجبة في سقوط قضاء الواجبات على من له دربة به في الاعتبارات.

23. Tilâvet Secdesinde Tedâhül

[**Teshîl**] Bir kimse namaz kılmadan önce secde âyetini okusa ve secde etse daha sonra da başka bir işle meşgul olmadan aynı mecliste hemen namaza başlasa ve aynı âyeti namaz içinde de okusa, ikinci defa secde etmesi gerekir. Zira namazda okunan secde âyeti farz olan kıraat sebebiyle vâcip olduğundan daha kuvvetli sayılır ve dışarıdaki secdeye tabi olmaz. Ancak aynı kişi namaza başlamadan okuduğu âyet için secde etmez ve namazda da aynı âyeti okursa namaz içinde yapacağı tilavet secdesi ikisi için de kifâyet eder.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Namaz içinde yapılacak secdenin hem Ebû Yûsuf hem de Muhammed'e göre kifâyet edebilmesi için söz konusu secde âyetinin ilk rekâta okunmuş olması gerekir. Aksi hâlde -daha sonra da geleceği üzere- Muhammed'e göre tek secdenin yetmemesi gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Görüldüğü kadarıyla Şeyh, "daha sonra da geleceği üzere" derken birkaç satır sonra zikredeceği "Muhammed'e göre ilk rekâta okuduğu secde âyetini ikinci rekâta da okuması hâlinde farz olan kıraatın taaddüt etmesi veya rükû ve secde ile araya fasıla girmiş olması sebebiyle secdenin yeniden yapılması vâciptir."¹ hükmünü kastetmiş olmalıdır. Şeyh bu görüşü, Muhammed adına zikrettiği secdelerin tedâhül etmemesi (tek bir secde ile yetinilmemesi) gerektiğine dair hükme mesnet yapmıştır.

Molla Ayasuluğî *Mecma'ül-Bahreyn* şerhinde bu hükmün gerekçesi sadedinde şöyle der: Muhammed adına getirilecek en doğru gerekçe şudur: Bir rekâtın cüz'ü diğer rekâtın cüz'ü ile tedâhül etmez. Zira tedâhül ettiği kabul edilse bir rekâtın kıraattan hali olduğunu söylemek icap eder ve o rekât bâtil sayılır. Ayasuluğî daha sonra bu meselede tek bir secde ile yetinilebileceğini söyleyen Ebû Yûsuf lehine şöyle der: Namazın câiz olması taaddüdün gerçekten varlığına bağlıdır. Burada söz konusu olan birlik ise hükmîdir. Bu bakımdan secdelerin tedâhül ettiğini söylemek bir rekâtın kıraatsız kılındığını söylemek anlamına gelmez.

1 Bedreddin sözü edilen paragrafta şöyle demektedir: "Ebû Yûsuf'a göre namaz hâli tek bir hâlet sayıldığından birinci ve ikinci rekâtlarda okunan secde âyetleri için bir tek secde yeterlidir. Muhammed'e göre rekâtların tamamında kıraat farz olduğu için ilk rekâttaki secde ilk rekâttaki kıraat için, ikinci rekâttaki secde ise ikinci rekâttaki kıraat için vâcip olmuştur. İkinci rekâta okunan secde âyetini birinci rekâta okunanın tekrarı saymak mümkün değildir; aksi hâlde ikinci rekâta kıraat yapılmamış olur ki bu da namazın bozulmasına sebep olur. Ayrıca ilk rekâta okunan secde âyetinden sonra araya rükû ve namaz secdesi girdiği için iki secde âyeti arasındaki fasıla uzun sayılır. Bu nedenle de her bir rekâta okunan secde âyetleri için ayrı secdeler yapmak gerekir." *et-Teshîl*, I, 180.

٢٣. التداخل في سجدة التلاوة

[التسهيل] تلا خارجها فسجد فاشتغل بصلاة بلا فصل حتى اتحد المجلس فأعاد تلك الآية في صلاته سجد أخرى لئلا ينقلب الموضوع؛ إذ الصلواتية تستتبع غيرها بلا عكس. ولو لم يسجد أولاً لتلاوته خارجاً كفته الثانية التي ٥ في الصلاة للاستتباع للاتحاد.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن تكون الإعادة في الركعة الأولى حتى يصير وفاقياً وإلا ينبغي أن لا يتداخل عند محمد لما سيجيء.

[فاضل أمير] نقول: الظاهر أنه أراد بما سيجيء ما ذكره بعد أسطر: من لزوم السجدين فيما تلاها في الركعتين الأوليين عند محمد معللاً بقوله: ١٠ «لتعدد فرض القراءة أو لتكثير الفصل بركوع وسجود» هذا ما جعله الشيخ سنناً لما ادعاه؛ من أن عدم التداخل يناسب أصل محمد.

قال المولى الأياثلوغي في شرح المجمع في صدد ذكر العلة الأولى من جانب محمد «له أن جزء ركعة لا يتداخل مع جزء أخرى وإلا بطلت إحداها لخلوها عن القراءة» ثم قال مجيباً عن طرف أبي يوسف: «على ١٥ أن جواز الصلاة يتعلق بالتعدد حقيقة وهذا الاتحاد حكمي فلا يلزم خلوها عنها» انتهى.

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere Şeyh'in, Muhammed adına hük-
mü gerekçelendirirken "kıraatın taaddüt etmesi sebebiyle" demesi Molla
Ayasuluğî'nin söylediğinden ibarettir. Aşikâr olduğu üzere Şeyh'in, "İkin-
ci defa okunmuş olan secde âyetinin birinci rekâta olması gerekir." sözü
5 Muhammed adına zikredilen iki illetten ancak ikinci illetin muktezasına
uygun olabilir. Bu nedenle de Şeyh'in iddiasının kabul edilebilmesi için
iki illetten her birinin mezkûr hüküm (ma'lul) için müstakil olarak tam
biri illet olması gerekir ki bu da sabit değildir. Bilakis bu meselede her bir
illetin tam bir illetin birer cüz'ü olması da muhtemel olup, illet ancak iki
10 cüzi illetten mürekkeptir. Buna binaen de secdenin ikinci defa yapılmasını
gerekiren illet, tek başına değil iki illetten mürekkep illet olmuş olur. Ni-
tekim Şeyh'in söyledikleri de bu açıklamaya yöneliktir.

Sonuç olarak aynı âyetin ikinci defa okunmasını birinci rekâta olması-
na tahsis etmenin lüzumu yoktur. Çünkü secde âyetinin ikinci kez okun-
15 ması ikinci rekâta ise Muhammed'e göre tedâhülün olmamasını gerektire-
cek illetin sadece bir cüz'ü bulunmuş olur ki bu da iki secde âyeti arasında
rükû ve secde gibi fasılanın çok olmasıdır. İki illetten oluşan mürekkep bir
illetin sadece bir illetin bulunması ma'lûlün yani tedâhülün olmamasını
icap etmez. Anla!

24. Devlet Başkanının Ülkeyi Gezerken Seferî Sayılıp Sayılmayacağı

[Teshîl] Halife sefere çıktığında namazı kasrederek kılar. Ancak kendi
hükümranlığı altındaki vilâyetleri dolaşmaya çıkarsa seferi sayılmaz.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Devlet başkanının, kendi hükümranlığı al-
tındaki vilâyetleri dolaşmaya çıktığında seferi sayılmayacağı hükmü, sefere
25 niyet etmemesi hâlinde söz konusu olur. Sefere niyet ederse kendi vilâyet-
lerini gezmiş olsa da seferi sayılması gerekir. Zira cuma namazı bahsinde de
geleceği gibi, devlet başkanı kendi idaresindeki bir şehre gelse ve orada yolcu
olduğu hâlde cuma namazı kıldırsa câiz olur. Askerleriyle beraber düşman
takibinde bulunan bir komutan onları ne zaman yakalayacağını bilemeden
30 takibe devam ederse kat ettiği mesafe uzun olsa da giderken namazları kasr
etmeden tam olarak kılar. Aynı şekilde bir yerde beklediklerinde de tam kı-
larlar. Ancak kendi beldesine dönerken bulunduğu yer ile beldesi arasındaki
mesafe sefer müddeti kadarsa namazlarını kasr ederek kılar.

فظهر منه أن ما قاله الشيخ: «لتعدد فرض القراءة» هو ما ذكره الشارح المذكور بعينه، فلا خفاء في أن ما قاله الشيخ من «أن المناسب هنا أن يكون الإعادة في الركعة الأولى إلخ» لا يناسب إلا على ما اقتضاه العلة الثانية من العلتين المسبوقتين لمحمد فلا يتم ما ادعاه إلا بأن يكون كل منهما علة تامة للمعلول المذكور وذا ليس بثابت بل يجوز أن يكون كل منهما جزء علة تامة وهي المجموعة المركبة منهما فكانت العلة المستلزمة لثنية السجدة هي المجموعة لا كلاً منهما كما انجر كلام الشيخ فيما يأتي إلى هذا التوجيه.

فلا يلزم تخصيص الإعادة المذكورة مطلقاً بالركعة الأولى لأن الإعادة إذا كانت في الركعة الثانية لا يوجد من علة عدم التداخل عند محمد إلا شرطها وهو تكثير الفصل وبوجود شرط من علة مركبة لا يلزم وجود المعلول يعني عدم التداخل فافهم.

٢٤. هل يصير الخليفة مسافراً عند سفره في ولايته

[التسهيل] والخليفة إذا سافر يقصر الصلاة إلا إذا طاف في ولايته لا يصير مسافراً.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يعني إذا لم ينو السفر أما إذا نواه فينبغي أن يصير مسافراً ولو في ولايته ويدل عليه ما سيجيء في الجمعة من أنه إذا سافر الخليفة ومرّ بمصر من أمصار ولايته فجمع وهو مسافرٌ جاز. ولو خرج أميراً مع جيشه في طلب العدو ولا يعلم أين يدركهم فإنهم يثمنون الصلاة في الذهاب وإن طالت وكذا المكث في ذلك الموضع ويقصرون في الرجوع لو كانت مدة السفر.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Molla Hüsrev *ed-Dürer* ve *el-Gurer*'de, Kâdihân'a nispet ederek, devlet başkanının, sefer mesafesi sayılacak bir yere gitmeye niyet etmesi hâlinde seferî olacağını açıkça ifade etmiştir.¹ Molla Kuhistânî'nin, musannifin [Nukâye sahibi Sadruşşerîa'nın] kullandığı “kâsı-
5 den” kelimesinin anlamını beyan sadedinde söylediği “Kasıt kelimesinde, beldelerin tamamını sefer kastı olmaksızın dolaşması hâlinde seferi sayılmayacağına işaret vardır. Nitekim sultan, hükümranlığı altındaki yerleri gezdiğinde de böyledir.” ifadeleri, ancak bu ifadelerde yer alan “sultan, hükümranlığı altındaki yerleri gezdiğinde...” ifadesinin, -üç gün üç gece
10 sefer niyeti olmaksızın bir mesafe gitmeye- ‘tanzîr’ değil de -sözün siyak ve sibakından anlaşıldığı üzere- bir ‘temsil’ sayılması durumunda Şeyh'in zikrettiği hususa delâlet eder.

Sonuç itibarıyla Şeyh'in “Derim ki...” diye başlayarak ifade ettiği şey, onun kendi fıkhi maharetiyle çıkarmış olduğu bir görüş değildir.² Ayrıca onun “Cuma namazı bahsinde de geleceği üzere devlet başkanı kendi idaresindeki bir şehre gelse ve orada yolcu olduğu hâlde cuma namazı kıldırca câiz olur.” sözünün, iddia ettiği görüşe delâleti de açık değildir. Zira bu sözden ilk anda anlaşılan, sultanın düşman beldelerinden birine gitmeyi kastetmesidir. Bu durumda kesinlikle seferî sayılır ve namazlarını kasreder.
15 Zaten kendisi de [Teshîl metninde] “Halife sefere çıktığında namazı kasrederek kılar. Ancak kendi hükümranlığı altındaki vilâyetleri dolaşmaya çıkarsa seferî sayılmaz.” demiştir. Bu bakımdan görüşüne halifenin seferdeyken cuma namazı kıldırmasıyla istidlal etmesi yersizdir. Bunun yerine *el-Bedâi*'de geçmekte olan şu ifadeyle istidlal etseydi daha uygun olurdu:
25 “Sultan kendi yaşadığı şehre yaklaştığında namaz vakti girse şehre girinceye kadar seferî hükmündedir. Nitekim rivâyet edildiği üzere Hz. Ali, Basra'dan Kûfe'ye gelirken Kûfe'nin evlerini uzaktan görmesine rağmen namazları seferî olarak kılmıştır. Sefer niyetiyle çıkması durumunda şehir dışında evlerinin görülebildiği yakın yerde seferî sayılıyorsa, sefer dönüşünde
30 aynı yere ulaştığında seferî olarak kalması öncelikli olarak söylenmelidir.”³

1 Molla Hüsrev, *Düveru'l-Hükkâm*, I, 136.

2 Kuhistânî, Şemseddin Muhammed b. Hüsâmuddîn (ö. 962/1555), *Câmi'ü'r-Rumûz*, thk. Kebiruddin Ahmed, Kalkûta 1858, s. 140.

3 el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd (ö. 587/1191), *Bedâi'ü's-Sanâi' fî Tertibi'ş-Şerâi'*, Beyrut 1986, I, 103.

[فاضل أمير] نقول: قد أفصح عن كونه مسافرًا لو نوى أن يصل إلى ما فيه مدة السفر مولانا الفاضل ملا خسرو في الدرر والغرر وعزاه إلى الإمام قاضيخان. وفيما قاله المولى الفاضل القهستاني في بيان فوائد قول المصنف «قاصدًا»: وفي القصد إشارة إلى أنه لو سار جميع البلاد بلا قصده لم يترخص كما لو طاف السلطان في ولايته» دلالةً على ما ذكره الشيخ إن جعل قوله «كما لو طاف السلطان» تمثيلًا على ما هو الظاهر من سوق العبارة لا تنظيمًا للسير بلا قصد مسافة ثلاثة أيام وليالها.

وبالجملة ليس هذا المذكور من تفقه الشيخ المصنف.^١ ثم ما ذكره بقوله: «ويدل عليه ما سيجيء في الجمعة إلخ» ليس بواضح الدلالة على مدعاه؛ لأن المتبادر منه أن يخرج السلطان قاصدًا بلدة من بلاد العدو وحيثئذ يكون مسافرًا حتمًا ويقصر كما قال: «والخليفة إذا سافر يقصر لا أن يطوف في ولايته» فلا وجه للاستدلال بما في الجمعة على هذا المطلوب. ولو استدل عليه بما في البدائع من قوله: «وإذا قرب من مصره فحضرت الصلاة فهو مسافر ما لم يدخل، لما روي أن عليًا -رضي الله عنه- حين قدم الكوفة من البصرة صلى صلاة المسافر وهو ينظر إلى أبيات الكوفة. لأن هذا موضع لو خرج إليه على قصد السفر يصير مسافرًا فلأن يبقى بعد وصوله مسافرًا أولى، انتهى» لكان أولى.

١ وفي هامش أبرموز م ح: قوله: وبالجملة ليس إلخ. يستفاد من سياق كلامه أن الملا القهستاني سبقه في سر التفقه، وهو هفوة منه؛ إذ المصنف سابق عليه بزمان كثير فتبصر!

25. Müslüman Ordusunun Kuşatma Anında Seferîlik Durumu

[**Teshîl**] Dârulharpte bulunan bir kenti veya dârulislâmda bulunan bâğî (isyancı) bir grubun bulunduğu bir yeri kuşatan Müslümanlar, eğer ikamete niyet etmişlerse, bir rivâyette, Ebû Yûsuf ve Züfer'e göre mukim sayılır. Zira bu durumdaki Müslüman ordusu güçlü olduğu için orada ikamet etmeye muktedir sayılır; bu nedenle de ikamet niyetleri geçerli olur. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ordunun bu durumda ne yapacağı tam belli değildir. Şayet maksatları barış ise bunu elde edip dönebilirler veya mağlup olma durumu söz konusu olursa geri dönüp oradan uzaklaşabilirler. Bu nedenle, düşman şehrinin önünde on beş günden fazla kalmaya niyet etmiş olsalar bile bu niyetleri geçerli olmaz. Başka bir deyişle orada on beş gün veya fazla bir süre kalmaları konusunda şüphe vardır; "Yakin, şüphe ile zail olmaz." kaidesince bu meselede yakın olan sefer hâli devam eder. Metinde geçmekte olan "Maksatlarına ulaşmaları mümkün olabilir." ifadesi gizli bir soruya cevap olarak zikredilmiştir. Buradaki soru şudur: Ordu için orada kalıp kalmama tereddüdü ve oradan ayrılma ihtimali nereden doğmaktadır? Buna cevap olarak da "Ordunun, oraya geliş maksadına ulaşması ihtimalinden dolayıdır." şeklinde bir ifade kullanılmıştır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Ebû Hanîfe ve Muhammed'in buradaki sözleri, ehl-i adl sayılan Müslüman cemaatin, bağı ehlini muhasara ederken "şehir dışında muhasara etmeleri" kaydı ile kayıtlanmıştır. Bu kayda göre meşru otorite (ehl-i adl) olan ordu, bir kale içinde olsa ve bu kaleden bağı ehlini kuşatsa, ikamet etme yönündeki niyetleri bu iki imama göre de geçerli olur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in buradaki sözleri, *Câmi'ü'l-Fusûleyn*'in onuncu faslında zikrettiği "Delil ile amel etmek câizdir." kuralına meb-nidir. Muteber metinlerde Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre bağı ehlini muhasara edenlerin ikamet niyetlerinin geçerli olmaması, Şeyh'in de dediği gibi muhasara edenlerin şehir içinde olmaması şartıyla kayıtlanmıştır. *el-İnâye*'de ise [Bâbertî] 'şehir içinde olmamaları' kaydının ihtirâzî bir kayıt olmadığını, hatta meşru otorite olan ordunun, bâğilerin bulunduğu şehre girerek onları bir kale içinde kuşatmaları hâlinde,

٢٥. قصر الصلاة في حالة المحاصرة

[التسهيل] ولو نواها المحاصرون مدينة أهل الحرب في دار الحرب وأهل البغي في دار الإسلام يحكم أبو يوسف وزفر بها في رواية لتمكنهم من الإقامة لقوة شوكتهم، وعند أبي حنيفة ومحمد لا إقامة لتردد حالهم بين فرار وفرار ورجوع بحصول الغرض أو الصلح فُشكَّ في إقامتهم فلا يزول به اليقين وهو السفر. قوله بحصول الغرض جواب سؤال وكأنه سُئل وقيل: من أين يعرض التردد واحتمال الانتقال؟ فأجيب بأنه يعرض بحصول الغرض وغيره.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قيد قول أبي حنيفة ومحمد في محاصرتهم أهل البغي بكون أهل العدل المحاصرين في غير مصر حتى لو كان أهل العدل في حصن يتحصنون به ويحاصرون منه أهل البغي يقتضي ذلك القيد أن يصح إقامتهم حينئذٍ عندهما أيضًا.

[فاضل أمير] نقول: هذا الكلام من الشيخ مبني على ما ذكره في جامع الفصولين في الفصل العاشر من «أن العمل بالدليل يجوز» وفي المتون المعتبرة قد قُيد عدم صحة نية الإقامة من محاصري أهل البغي عند الشيخين بكون المحاصرين في غير مصر كما ذكره الشيخ لكن قال في العناية: قوله «في غير المصر» ليس بقيد حتى لو نزلوا بمدينة أهل البغي وحاصروهم في الحصن لم تصح نيتهم أيضًا؛

onların şehirlerinin çöl mesabesinde olması ve maksat hâsıl olduktan sonra orada ikamet etmeyecekleri gerekçesiyle ikamete niyet etmelerinin yine geçerli olmadığını söylemiştir.¹ Bu açıklama ile birlikte birinci delilin tam bir delil olmadığı anlaşıldığından ikinci delil gereğince amel etmek gerekmiştir.²

5 26. Cuma Namazının Vücûp Şartları

[Teshîl] “Ey İman edenler! Cuma günü namaz için çağrı yapıldığı zaman hemen Allah’ın zikrine koşun...” (Cum’a 62/9) âyeti cuma namazının on iki şartına delâlet etmektedir. Bu şartlardan altısı cumanın vâcip olması için namaz kılacak kimsede aranır. Bunlar hürriyet, erkeklik, mukimlik, 10 sıhhat, göz ve ayakların sağlamlığıdır. Cumanın edasının sahih olması için namaz kılan kimse haricinde altı şart aranır. Bunlar: Cuma kılınacak yerin şehir olması, devlet başkanı veya onun vekilinin namaz kıldırması, hutbe okunması, vakit, cemaat ve izn-i âmm [yani namaz kılınacak yerin herkese açık olması]dır. Bu şartların tamamı yukarıdaki âyetten, ibarenin delâleti, 15 işaretin delâleti, iktizanın delâleti ve nassın delâleti yolları ile çıkartılmıştır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Namaz kılan kimsede bulunması gereken altı şart cuma namazının vâcip olmasının şartı olduğu gibi, diğer altı şart da aynı şekilde cuma namazının vâcip olmasının şartıdır. Görmez misin mesela şehirde olmayan kişiye cuma namazı farz değildir. Diğer şartlar da 20 böyledir. O hâlde doğru olan cuma namazının vâcip olması için -âyet-i kerimeden çıkarılan- on iki şartın gerekli olduğudur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh’in bu sözleri, diğer şartlar da vücûp şartı olduğu hâlde cuma namazının vücûp şartlarını altı olarak sayan fakihlere itiraz mahiyetindedir. Bu itiraza şöyle cevap verilebilir: Fakihlerin “Cumanın eda şartları şunlardır...” sözlerinden maksat, - İbn 25 Kemâl’in *el-Îzâh*’ta da açıkladığı gibi- sıhhat şartlarıdır.³ Bilindiği gibi vücûp ancak sıhhaten sonra olur. Bu nedenle sıhhat şartı olan her şey aynı zamanda ve öncelikli olarak vücûp şartıdır. Dolayısıyla cuma namazı için sayılan on iki şartın tamamı hakiki anlamda vücûp şartıdır.

1 Bâbertî, Ekmeluddîn Muhammed b. Mahmûd (ö. 786/1384), *el-Înâye*, thk. Abdurrezzak Galib el-Mehdî, Beyrut Daru’l-kutubi’l-ilmîyye, 2003, II, 35-36.

2 Fâzıl Emîr’in kastettiği birinci delil; Müslüman ordusunun geri dönme veya orada kalma konusunda tereddütlerinin bulunması, ikinci delil ise; galip gelmek veya sulh etmek suretiyle maksatlarına ulaşmalarıdır. Her iki hâlde de ordu bulunduğu yerde on beş günden fazla ikamet etmeye niyet etse, buldukları durum -mekan itibarıyla ikamete uygun olsa da- hedeflerine bağlı olarak maksatları hasıl olunca ayrılacakları için seferî olarak kalmaya devam ederler.

3 İbn Kemâl, *el-Îzâh*, I, 159.

لأن مدينتهم كالمفازة عند حصول المقصود لا يقيمون فيها انتهى. فظهر منه أن أحد الدليلين ليس بتمام فتعين العمل بمقتضى الدليل الثاني.

٢٦. شروط الوجوب لصلاة الجمعة

[التسهيل] دلّ قوله تعالى ﴿إِذَا نُودِيَ﴾ [الجمعة ٩/٦٢] الآية على اثني

٥ عشر شرطاً فلوجوبها ستة شروط في المصلي وهي: الحرية والذكورة والإقامة والصحة وسلامة العين والرجل. ولأدائها ستة شروط في غير المصلي وهي: المصر والإمام والخطبة والوقت والجماعة والإذن العام. ونقتبس الكل من الآية المذكورة عبارة وإشارة واقتضاء ودلالة..

[الشيخ بدر الدين] أقول: كما أن الستة المذكورة في المصلي شرطاً لوجوبها

١٠ عليه فذلك الستة المذكورة في غير المصلي شرطاً لوجوبها على المصلي أيضاً، ألا يرى أنها لا تجب عليه في غير المصر مثلاً وكذا الباقي فالحق أن لوجوبها اثني عشر شرطاً التي دلّ عليه الآية.

[فاضل أمير] نقول: كان هذا اعتراض منه على جعلهم شرطاً للوجوب

ستة مع أن الستة الباقية أيضاً شرط لوجوبها. ويجاب عنه بأن المراد من

١٥ قولهم: «شرط لأدائها» شرط لصحتها كما فسر به العلامة في الإيضاح. ومن

البين أن الوجوب لا يكون إلا بعد الصحة؛ فكل ما كان شرطاً للصحة يكون

شرطاً للوجوب بالأولوية، فيكون كل من اثني عشر شرطاً للوجوب حقيقة

Ancak cuma namazı, namaz kılanın dışında aranan altı şartın bulunması ile sahih olduğu için fakihler bu şartları sıhhat şartı olarak kabul etmişlerdir. Cuma namazının muhatap üzerine vâcip olması ise sıhhat şartları dışında kalan şartların varlığına bağlı olduğu için fakihler bunları vücup şartı saymışlardır. Dolayısıyla sıhhat şartı olarak kabul edilen şey aynı zamanda vücup şartı olmaktadır. Çünkü vâciplik, sıhhate bağlıdır; sıhhat de öngörülen şartların varlığına bağlıdır.

Bu meselede Molla Kuhistânî'nin farkına vardığı şöyle bir nükte vardır: Fakihlerin “vücup şartı” ifadesinden maksat, “vücûbun kendisinin şartı”; “edanın şartı” ifadesinden maksat ise “edanın vâcip olmasının şartı”dır.¹ Kuhistânî'nin zikrettiği bu incelik ile usûl kitaplarında âlimlerin açıkladığı şu esas anlaşılmalı oldu: Muhakkik âlimler mâlî ibadetlerde vücûbun kendisi ile edanın vücubu arasında fark gözettiler gibi bedenî ibadetlerde de aynı farkı dikkate almışlardır. -Allah onların mükâfatlarını artırsın- âlimlerimiz cumanın ilk altı şartını vücûbun kendisinin şartı yani cumanın bizatihi vâcip olmasının şartı; kalan şartları ise edasının vâcip olması için gerekli şartlar olarak saymışlardır.

Usûl ilminin inceliklerine vakıf olan kimseler, âlimlerimizin gözetmiş olduğu bu farkın sebeplerini ve ne kadar isabetli olduğunu anlar. Şeyh usûl ilminde derin olmadığı için bu meselede yukarıdaki ifadeleri kullanarak itirazda bulunmuştur. Gerçek ve kâmil ilim yalnızca her şeyden haberdar olan yüce Allah'a aittir.

27. Cuma Namazında Asgari Sayı

[Teshîl] Ebû Hanîfe ve Muhammed, cuma namazının geçerli olması için imam hariç en az üç kişinin bulunmasını şart koşmuşlardır. Onlara göre cemaat lafzı en az üç kişi olan bir grup için kullanılır. Nitekim dilciler iki kişiyi çoğul saymazlar. Diğer mezhepler cumanın geçerli olması için gerekli cemaatin hepsi de mukim en az kırk kişiden oluşması gerektiğini söylerler. Zira Mus'ab b. Umeyr'in hadisinde yer aldığı gibi, Medine'de kılınan ilk cuma namazında cemaatin sayısı kırk kişiydi. Sayının kırkın altında olması durumunda Cuma namazı vâcip olsaydı, sahabe sayılarının kırka ulaşmasını beklemeden cuma namazını kılardı. Mus'ab'ın kıldırıldığı bu namaz İslam tarihinde kılınan ilk cuma namazıdır. Peygamberimiz onu hicretten önce Medine'ye gönderdiğinde ona cuma namazı kıldırmasını da emretmişti.

1 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, s. 144, 146.

إلا أنه لما وجد الصحة بوجود الستة الكائنة في غير المصلي جعلوها شرط الصحة. وأما الوجوب لما لم يترتب على المخاطب إلا بوجود الستة الباقية جعلوها شرط الوجوب فيكون ما هو شرط الصحة شرطاً للوجوب أيضاً؛ لأن الوجوب موقوف على الصحة المتوقفة على شروطها.

٥ وههنا دقيقة تفتن بها المولى القهستاني وهي «أن المراد من قولهم: شرط للوجوب شرط لنفس الوجوب ومن قولهم: شرط لأدائها شرط لوجوب أداءها». وبه تبين على ما بينوا في الأصول من أن المحققين ذهبوا إلى الفرق بين نفس الوجوب ووجوب الأداء في الواجب البدني كما فرقوا بينهما في الواجب المالي أن علمائنا^١ -ضاعف الله أجورهم- جعلوا الستة شرطاً لنفس الوجوب والستة الباقية شرطاً لوجوب الأداء.

١٠ ومن له تدرب في تحقيقات الأصول يعرف حسن هذا الوضع. والشيخ -رحمه الله- لعدم تعمقه في النظر فيه قال ما قال، والعلم عند الخبير المتعال.

٢٧. العدد المشروط في الجمعة

١٥ [التسهيل] وهما^٢ ثلاثاً سوى الإمام للغة فإن الجمع عند أهل اللغة لا يطلق على الاثنين. وهم أربعين حُرّاً مقيماً لما جاء في حديث مصعب بن عمير: أنهم جمّعوا أول جمعة أقيمت بالمدينة وهم أربعون يومئذ. ولو كانت تجب بدون الأربعين لأقيمت قبل أن يبلغوا ذلك العدد. وهذه أول جمعة أقيمت في الإسلام. روي: أن النبي ﷺ بعث مصعب بن عمير إلى المدينة قبل الهجرة وأمر بالتجميع.

١ وفي هامش أ: فاعل تبين.

٢ أي أبا حنيفة ومحمد

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Mus'ab hadisinden hareketle cuma namazının kırk kişiden az bir cemaatle kılınmasının sahih olmayacağı söylene-
mez. Çünkü bundan önce cuma namazı kılma imkânı bulamamış olmaları
mümkün olduğu gibi bu vakte kadar cuma namazının henüz farz kılınma-
5 mış olması da mümkündür.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in, sayının kırka ulaşmasının cuma nama-
zının sıhhat şartı olmasını red sadedinde söyledikleri akli bir istidlaldir.
el-Înâye müellifi [Bâbertî] ise aynı sonuca Cuma âyetinden hareketle ulaş-
mış ve şöyle demiştir: "Allah'ı zikre koşun!" âyeti sayının kırk olmasının
10 şart koşulmasını nefyetmektedir, çünkü buna yakinen delâlet etmemekte-
dir."¹ Molla İsmail es-Sivâsî ise *el-Mültekâ* şerhinde şöyle demiştir: "Cuma
âyetinin cemaatin sayısının kırk olması şart koşulmasını nefyettiği konusu
tartışmaya açıktır. Aksine cemaatin sayısı hakkında âyette bir şey söylen-
memektedir. Çünkü 'Allah'ın zikrine koşun!' âyeti cemaatin en az üç kişi
15 olması gerektiği konusunda açık bir hüküm ihtiva etmediği gibi sayının
üçten daha fazla olması gerektiği ihtimalini de taşır. Bu nedenle âyette kırk
sayısını nefyedecek bir delil yoktur."²

Dikkatli ve basiretli kimselere aşikâr olduğu üzere Sivâsî'nin sözleri ko-
nudan haberdar olan uyanık bir kimsenin söyleyeceği bir söz değildir. Sa-
nıyorum ki Sivâsî iştirât ile ihtimal lafızlarını birbirine karıştırıp, *el-Înâye*
20 müellifinin ibaresinin cemaatin kırk kişi olma şartını değil; ihtimalini nef-
yettiği zannı üzerine söylemini bina etmiştir. Çünkü *el-Înâye* müellifi âyet-
teki "koşunuz (فاسعوا)" lafzının delâletiyle kırk kişinin de cuma namazına
gitmesi emredildiği gibi kırktan üçe kadar sayıda olan insanların ve kır-
25 kın ötesinde sayılamayacak sayıda insanların da cuma namazına gitmekle
emrolduklarını ifade etmek istemiştir. O hâlde âyet hem kırka hem de
başka bir sayıya ihtimalli olduğu hâlde nasıl olur da cuma namazında kırk
kişi şartı koşulabilir? Evet, âyet kırk kişinin ihtimal dâhilinde olduğunu
nefyetmemektir. İhtimal başka, iştirat başka bir şeydir.

1 Bâbertî, *el-Înâye*, II, 59.

2 Sivâsî, *el-Ferâid*, I, vr. 92b-93a.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لا يلزم منه عدم الصحة بما دون الأربعين لجواز عدم التمكّن من إقامتها قبل ذلك ولجواز أنها لم تُفرض قبل ذلك فتأخُّرها يكون لذلك لا لأن الجماعة لم تبلغ أربعين.

[فاضل أمير] نقول: ما ذكره لنفي اشتراط الأربعين استدلال عقلي. واستدل

عليه صاحب العناية بآية الجمعة حيث قال: «الآية يعني قوله عز وجل:

﴿فَاسْعُوا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة ٩/٦٢] تنفي اشتراط الأربعين لعدم دلالة

عليه بيقين». وقال في شرح الملتقى المولى المرحوم إسماعيل السيواسي:

«في نفي الآية اشتراط الأربعين بحث بل هو مسكوت في الآية لأن قوله

تعالى ﴿فاسعوا﴾ غير نص في الثلاث بل هو أقله ويحتمل الزيادة فلا تكون

في الآية دلالة على نفي اشتراط الأربعين» انتهى.

ولا يخفى على الناقد البصير أن ليس هذا قول متيقظ خبير، وأظن أن قد

اشتبه عليه لفظ الاشتراط بلفظ الاحتمال وبنى كلامه هذا على ظن أن عبارة

العناية تنفي احتمال الأربعين لا اشتراط الأربعين؛ لأن صاحب العناية يريد

أن الأربعين كما كان مأموراً بالسعي مدلولاً عليه بصيغة «اسعوا» كان ما دونه

إلى الثلاث وما فوق الأربعين إلى ما لا يحصى مدلولاً عليهما بها فكيف

يشترط الأربعون والآية تحتمله وغيره نعم لا تنفي احتمال الأربعين وأين

الاحتمال من الاشتراط!

28. Cuma Günü Zevalden Sonraki Vakitte Farz Olan Cuma Namazı mı Yoksa Öğle Namazı mıdır?

[**Teshîl**] Muhammed'e göre cuma gününde vaktin farzı cuma namazı; Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre ise vaktin farzı öğle namazıdır. Bir kimse cuma namazı kılarken o günkü sabah namazını kılmadığını hatırlasa Muhammed'e göre, cumaya yetişeceğini umuyorsa hemen sabah namazını kılar. Şayet sabah namazını kaza ettiğinde cumayı kaçıracağından endişe ediyorsa cuma namazını kılmaya devam eder. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre ise bu kimse öğle namazının vaktinin çıkmayacağından emin ise önce sabah namazını kaza eder. Sabah namazının kaza edilmesi durumunda öğle vaktinin çıkması riski varsa bu takdirde cuma namazına devam edileceğinde ittifak vardır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu meseleden yola çıkarak, Muhammed'e göre aslın cuma namazı olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Züfer de bu görüşteydi. Zira *el-Kâfi* ve diğer kitaplarda geçtiği üzere, Cuma vaktinde öğle namazının asıl olduğuna delil olarak, vaktin farzı olması gerekçesi zikredilmiştir. Dolayısıyla Züfer'e göre nasıl ki özrü olmayan kişinin cuma namazı kılınmadan önce evinde kıldığı namaz bâtlı oluyorsa Muhammed'in de aynı görüşte olması gerekir ya da Muhammed'e göre Cuma vaktinde asıl olan namaz ile vaktin farzı ayrı ayrı şeylerdir veya Muhammed'den konu hakkında iki görüş bulunmaktadır. Ben bu itirazı yaptıktan sonra *Fetâvâ'l-Hâssî* adlı kitapta Muhammed'in diğer iki imam ile aynı kanaatte olduğunu gördüm.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in yaptığı açıklamalardan da anlaşıldığı üzere bu konuda Muhammed'in aslının ne olduğu konusunda iki görüş bulunmaktadır. Zaten ayrıntılardaki ihtilafın sebebi de ondan iki ayrı görüşün nakledilmiş olmasıdır. Bu da, Şeyh'in daha önce itiraz olarak zikrettiği şeyleri geçersiz kılar.

Mevlâ Ayasuluğî¹ cuma namazını kılarken o günün sabah namazını kılmadığını hatırlayan kimsenin durumu hakkında *el-Mecma'* yazarının "Bu kişi Muhammed'e göre cuma namazına devam eder. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ise bu kişinin sabah namazını kılması gerektiğini söyler." sözünü şerh ettikten sonra şöyle demiştir: "Bu ihtilaf *el-İnâye* müellifinin 'Cuma günü zevalden sonra vaktin farzı, *-Zâbiru'r-rivâye*'de ashabımızdan nakledildiğine göre- öğle namazıdır.' sözünü yalanlamaktadır."²

1 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, Süleymaniye Ktp., Laleli, nr. 995I, vr. 77b.

2 Bâbertî, *el-İnâye*, II, 61-62.

٢٨. هل الفرض هو الجمعة أو الظهر بعد الزوال يوم الجمعة

[التسهيل] وجعل محمد فرض الوقت جمعة وهما ظُهُراً. فلو تذكر فيها الفجر قدم الفجر لو كان بحيث يدرك الجمعة وإلا أمره محمد بالمضي وهما بالفجر لو أمن الظهر، فلو خاف فوت الظهر يتم الجمعة وفاقاً.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن تكون الجمعة عند محمد أصلاً كزفر لأن أصالة الظهر استُدلَّ عليها بأن الظهر فرض الوقت كما هو مصرح في الكافي وغيره فينبغي لمحمد أن يكون مع زفر في مسألة إبطال أداء الظهر قبل الجمعة في حق غير المعذور أو يفرق بين الأصل وفرض الوقت أو يكون لمحمد قولان. وبعد اعتراضه هذا اطلعت في فتاوى الخاصي أن محمدًا معهما. ١٠

[فاضل أمير] نقول: ظهر منه أن في تقرير الأصل في الباب قولين لمحمد باختلاف التفرغ عنه ناشئ عن اختلاف قولييه وبه يضمحل ما أورده قبل هذا أيضاً.

قال المولى الأياثلوغي في تذكر الفجر بعد أن شرح قول صاحب المجمع: «حَكَمَ^١ بالمضي في الجمعة وقَدَّما الفجر، أقول: ^٢ هذا الخلاف يكذب ما نقلنا عن العناية: أن كون فرض الوقت هو الظهر ظاهر الرواية عن أصحابنا» انتهى. ١٥

١ أي الإمام محمد.
٢ القائل هو الأياثلوغي.

Nefis ve ders adabına vakıf olan kimselere aşikâr olduğu üzere Mevlâ Ayasuluğî'nin *el-İnâye* müellifi hakkında kullandığı ifade edebe aykırı kötü bir tabirdir. Edepli halef için -özellikle de sözünü sihhate hamletme imkânı olduğu sürece- selefın değerini düşürecek bir sözü sarf etmesi yakışık almaz.

5 29. Hz. Peygamber'in Bir Fiili Sürekli Yapması O Fiilin Vâcip Olduğunu Gösterir mi?

[Teshîl] Cuma namazı kılmanın farz olduğu kimseye bayram namazı kılmak vâciptir. Cuma namazında gerekli olan şartlar, -hutbe dışında- bayram namazında da gereklidir. Bayram hutbesi, Cuma hutbesinin aksine 10 sünnettir. Cuma namazı ise hutbe okumadan kılınırsa geçerli olmaz. Hutbe, cuma namazında namazdan önce, bayram namazlarında ise namazdan sonra okunur. Bununla beraber bayram hutbesi namazdan önce okunursa yeterli olur ve namazdan sonra tekrar hutbe okumaya lüzum olmaz. Yüce Allah Ramazan orucunu beyan ettikten sonra "...Allah, size kolaylık diler, zorluk dilemez. Bu da sayıyı tamamlamanız ve hidâyete ulaştırmasına karşılık Allah'ı yüceltmeniz ve şükretmeniz içindir." (Bakara 2/185) buyurmuştur. Bazı âlimler bu âyetten maksadın, bayram namazı olduğunu söylemişlerdir. Ayrıca Hz. Peygamber, bayram namazlarını sürekli kılmıştır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Hz. Peygamber'in bir şeyi sürekli yapmasının ne ifade ettiği konusunu abdest azalarını peş peşe yıkamak anlamına gelen "muvâlât" meselesinde ve namazın vâcipleri meselesinde anlatmıştık. Oraya müracaat edilsin!

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Daha önce bu meseledeki hak sözün ne olduğu beyan edilmiş, Hz. Peygamber'in namazda bir fiili sürekli yapmasının vü- 25 cuba delâlet ettiği, abdestte ise vücuba delâlet etmediği ortaya konulmuştu.

30. Zâid Tekbirlerde İhtiyat

[Teshîl] İbn Mes'ûd Bayram namazının her iki rekâtında kıraatlar arasını zâid tekbirlerle ayırmadan üçer tekbir ilave etmiştir. Biz İbn Mes'ûd'un görüşünü esas aldık. Zira bu görüş hem ihtiyata hem de kıyasa daha uygundur. İhtiyata daha uygundur çünkü namaz içinde elleri kaldırmak ve cehri olarak tekbir getirmek konu ile ilgili naslara ve genel kaidelere muhaliftir. Bu nedenle de bayram namazlarında ilave tekbirleri en az sayıda tutmak ihtiyata daha uygundur.

ولا يخفى على الواقف بأداب النفس والدرس أن تعبيره هذا تعبير سوء محل بالأدب حيث لا يليق بالخلف الأديب أن يتفوه بما يزري شأن السلف لا سيما إن كان لكلامه محمل صحيح وصلاح صريح.

٢٩. هل يدل مواظبة النبي على شيء على الوجوب

٥ [التسهيل] تجبُ على من تجب عليه الجمعة بشرائطها إلا الخطبة؛ فإنها تجب في الجمعة لا في العيد، فالجمعة بدون الخطبة لا تجوز بخلاف صلاة العيد، وتقدم في الجمعة وتؤخر في العيد ولو قدمت في العيد جاز أيضاً ولا تعاد بعد الصلاة لقوله تعالى: ﴿وَلْتَكْبِرُوا لِلَّهِ﴾ [البقرة ١٨٥/٢] الآية. قيل: أريد به صلاة العيد ولمواظبته عليه السلام.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: في الاستدلال بالمواظبة كلام ذكرناه في بحث الولاء بين أفعال الوضوء وفي الاستدلال على واجبات الصلاة بالمواظبة فليُنظر ثمة.

[فاضل أمير] نقول: قد سبق ما فيه من القول الحق على وجه تبين منه كون المواظبة بلا ترك دليل الوجوب في الصلاة لا في الوضوء.

٣٠. الاحتياط في التكبيرات الزوائد ١٥

[التسهيل] وابن مسعود -رضي الله عنه- ثلاثا في كل ركعة ووالى بين القرائتين وبه نأخذ؛ لأنه أحوط أقيس أما الأحوط فلأن الجهر بالتكبير ورفع الأيدي في الصلاة يخالف النصوص والأصول والأخذ بالأقل أحوط.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: *el-Hidâye* ve *el-Kâfi*¹ nin teşrik tekbirleri konusunun başında geçtiği üzere ibadet konularında çok olanı almak ihtiyata daha uygundur.¹ Buna göre bayram namazı tekbirlerinde az olanı almanın ihtiyata daha uygun olması görüşü ile teşrik tekbirlerinde çok olanı almanın daha uygun olduğu görüşleri arasında teâruz görünmektedir. Bu husus düşünülmelidir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Fıkıh metinlerinin üslûbundan haberdar olan kimselere aşikâr olduğu üzere *el-Hidâye* ve *el-Kâfi*² sahipleri sırf ibadet olan konularda daha çok olanı almanın ihtiyat olduğunu söylemişler; ibadet içinde ziyade edilen ve mutlak naslara ve ilkelere muhalif olarak varit olan fiillerde çok olanı almanın ihtiyat olduğundan bahsetmemişlerdir. Bayram namazındaki zait tekbirler meselesi ikinci gruba dâhildir. Nitekim Şeyh'in kendisi de İbn Mes'ûd'un görüşünü almanın neden ihtiyata daha uygun olduğunu beyan ederken buna değinmiştir.

31. Kadının, Kocasının Cenazesini Yıkamasının Hükümü

[Teshîl] Koca ölen karısının cenazesini yıkayamaz. Bu, Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşüdür. Çünkü ölümlle birlikte koca yabancı durumuna düşmüştür. Şâfiî'ye göre ise yıkayabilir. Şâfiî'nin bir gerekçesi, Hz. Ali'nin, zevcesi Fâtıma'nın cenazesini yıkamasıdır. Diğer gerekçesi ise kadının kocasının cenazesini yıkayabilmesidir. Kadın kocayı yıkayabiliyorsa koca da kadını yıkayabilir.

Kadın, kocası öldükten sonra irtidat etse veya üvey oğluna şehvetle dokunsa nikâh bağı tamamen biteceği için bize göre kocasının cenazesini yıkayamaz, Züfer'e göre yıkayabilir. Buna mukabil kadın, şüpheyle cinsel ilişkiye maruz kalsa ya da kocası, kendi karısı sanarak şüphe ile baldızı ile birlikte olsa ve bu ilişkilere binaen icap eden iddet kocanın ölümünden sonra bitse ya da gayri müslim karı kocadan koca, Müslüman olduktan sonra ölse ve ardından karısı Müslüman olsa kocasının cenazesini bize göre yıkayabilir, Züfer'e göre yıkayamaz. Bize göre bu konuda yıkama anının -yani yıkama sırasında aralarında evlilik ilişkisi olup olmadığının- dikkate alınması gerekir. Züfer ise ölüm anını dikkate almıştır.

1 el-Merginânî, Ali b. Ebû Bekr, *el-Hidâye (el-İmâye ve Fetbu'l-Kadir* ile birlikte), thk. Abdurrezzak Galib el- Mehdi, Beyrut, Daru'l-kutub'l-ilmîyye, 2003, II, 80.

2 Nesefî, *el-Kâfi*, I, vr. 104a.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ذكر في أوائل فصل تكبير التشريق من الهداية والكافي أن الأخذ بالأكثر أحوط في باب العبادات فيبين القولين تدافع فليتأمل.

[فاضل أمير] نقول: لا يخفى على من له خبرة بأساليب الشرع أن المراد مما قالوا: إن ما يكون عبادة محضة يكون الأخذ بالأكثر أحوط ٥ فيه لا فيما زيد في أثناء عبادة بنص مخالف للنصوص المطلقة والأصول الممهدة. وما نحن فيه من قبيل الثاني كما قال به في تقرير دليل كونه أحوط.

٣١. أحكام غسل المرأة زوجها

[التسهيل] ١٠ ونمنعه غسل امرأته لأنه أجنبي وله أن علياً رضي الله عنه غسل زوجته فاطمة وأن لها غسل زوجها فكذا عكسه. ولو ارتدت بعده أو مسّت ابنه بشهوة منعناها غسله. ولو وطئت بشبهة أو وطأ أخت امرأته بشبهة فمضت العدة بعده أو أسلمت فمات فأسلمت أجزناه إذ المعتبر عندنا حالة الغسل وعند زفر حالة الموت.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Efendisinin talimatıyla ona kefil olan köle, azat edildikten sonra kefâleti ödese Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre efendiye rücû edemez. Bu üç imam bu konuda [yukarıdaki yıkama meselesinden farklı olarak] aksi de böyledir diyerek, köleye kefil olan efendinin azattan sonra ona rücû edemeyeceğini söylemişlerdi. Züfer'e göre ise bu durumda rücû mümkündür. Züfer "engelin ortadan kalkmış olmasını" [kölenin efendiye rücû etmesine engel olan kölelik durumunun kalkmış olmasını] orada dikkate almış, burada almamıştır veya orada başlangıca itibar etmiş burada etmemiştir. Züfer ve diğer imamların yıkama meselesinde uyguladıkları ilkeyi burada niçin uygulamadıklarının bir açıklaması olmalıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu mesele aynı minvalde kefâlet bahsinde de zikredilmiştir. Orada -Allah'ın müyesser kıldığı ölçüde- gerekli açıklamayı yapacağız. Oraya müracaat et!

32. Cenaze Namazını Kıldırma Önceliği

[Teshîl] Üst konumda olan kişinin izni olmadan alt konumdaki kişi cenaze namazını kıldırma üst konumda olan kişi dilerse -eğer alt konumda olan imama cemaat olarak uymadıysa- namazı iade edebilir. Nitekim cenaze namazını ölünün velisinin kıldırması hâlinde sultan namazı iade etme hakkına sahiptir. *el-Hidâye* şerhi *el-Kifâye*'de yer alan, "Namazı ölünün velisinin kıldırması hâlinde hiç kimsenin yeniden kıldırma hakkı olmaz." ifadesinin açıklamasında şöyle denilmiştir: Bu hüküm sultanın cenaze namazı esnasında hazır bulunmaması sebebiyle namaz kıldırma hakkının veliye ait olması durumundadır. Namaz sırasında sultan hazır bulunduğu hâlde namazı veli kıldırma sultan namazı yeniden kıldırabilir.¹

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: 'Namaz kıldırma hakkının veliye ait olması durumunda' ifadesi, cenaze namazı kıldırma konusunda veliden daha öncelikli olan şehrin emiri veya kâdı ve benzerlerinin velinin kıldıracağı namazı iade edebilme noktasında sultan gibi olduklarına delâlet etmektedir. Eğer beldede namazı sultan, en büyük imam (imam-ı a'zam) veya kadı veya beldenin valisi veya mahallenin imamı kıldırırsa velinin namazı iade etme hakkı yoktur. Çünkü bunlar veliden daha önceliklidir. Ancak namazı yukarıda sayılanlardan farklı bir kimse kıldırırsa veli namazı yeniden kıldırabilir. Kitaplarda sultanın cenaze namazını kılmaması hâlinde namazı iade edip edemeyeceği konusu yer almamıştır.

1 Hanefî mezhebinde bu meselenin özel olarak ele alınmasının sebebi cenaze namazını tekrar etmenin meşru olmamasıdır. Buna göre cenaze üzerine bir defa namaz kılınırsa ikinci bir defa namaz kılmak câiz değildir. Bununla birlikte yukarıdaki meselede ele alındığı şekilde namaz kıldırma daha hak sahibi varken başka birinin namazı kıldırması hâlinde hak sahibinin ikinci bir defa namaz kıldırması câiz görülmüştür.

[الشيخ بدر الدين] أقول: عاكسنا فيمن كفلَ عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو عكس فإننا منعنا الرجوعَ خلافاً لزفر فإنه اعتبرَ زوالَ المانع ثمة ولم يعتبره هنا أو يقال: اعتبر زفر الابتداء هنا لا ثمة وعاكسنا نحن فلا بدَّ للطرفين من فرق.

٥ [فاضل أمير] نقول: ذكر هذا البحث على الوجه المذكور هنا في كتاب الكفالة أيضاً وقد علّقنا عليه ما فتح الله لنا هناك فراجعه.

٣٢. أحق الناس بالإمامة على الجنابة

[التسهيل] ولو صلى الأدنى بلا إذن الأعلى يُعيد الأعلى لو شاء إذا لم يأتّم به حتى إذا صلى عليه وليه فللسلطان أن يعيدها. وذكر في الكفاية شرح الهداية في قوله: «فإن صلى الولي لم يجز لأحد أن يصلي بعده» إن هذا إذا كان حق الصلاة له بأن لم يحضر السلطان، أما إذا حضر وصلى عليه الولي يعيدها السلطان.

[الشيخ بدر الدين] أقول: «إن هذا إذا كان حق الصلاة له» يدلُّ على أن كلَّ من هو أولى من الوليِّ كأمرِ المصرِ والقاضي وغيره فهو كالسلطان في أن يكونَ له حقُّ الإعادة بعد صلاة الوليِّ. ولو صلى السلطان أو الإمامُ الأعظمُ في البلدة أو القاضي أو الوالي على البلدة أو إمام الحي ليس للوليِّ أن يعيدها لأن هؤلاء أولى منه وإن كان غيرهم فله الإعادة. ولم يذكر إعادة السلطان إذا لم يصلّها.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh “Kitaplarda sultanın cenaze namazında hazır bulunmamış olması hâlinde cenaze namazını yeniden kıldırıp kıldıramayacağı konusu yer almamıştır.” sözüyle en büyük imam dışında, şehrin imamı, kâdı ve veliye kadar zikri geçen kimselerin cenaze namazını kıldırması hâlinde devlet başkanının namazı iade etmesinin câiz olup olmadığı konusunun kitaplarda geçmediğini kastetmiştir. “Kitaplarda hükmü zikredilmemiş” sözüne daha önce “Velinin cenaze namazını kıldırması hâlinde sultanın namazı iade etme hakkı vardır.” şeklindeki ifadesi ile bu hükmün zikredilmiş olduğu söylenemez. Çünkü orada söylenilen, velinin namazı kıldırması hâlinde sultanın iade etmesi durumuna özeldir. Bununla birlikte Şeyh’in sözleri sıkıntıdan hali değildir. Zira sultanın yani halifenin, başka birinin kıldırıldığı namazı iade etmesinin hükmü, metindeki “Üst konumda olan kişinin izni olmadan alt konumdaki birisi kıldırırsa üst konumda olan kişi -cemaat olarak imamın arkasında kılmamışsa- namazı yeniden kıldırabilir.” cümlesinden anlaşılmıştı. Ancak bu cümlede sultan ismi özel olarak zikredilmemiş denilerek Şeyh’in itirazının yerinde olduğu söylene de bunun uzak bir ihtimal olduğu açıktır.

Molla Hüsrev *ed-Dürer* ve *el-Gurer*'de Şeyh'in itirazına uygun olarak bu meselede “Sultanın veya namazı kıldırma konusunda daha yetkili olanın dışında birinin namazı kıldırması hâlinde daha yetkili olanın namazı iade etme hakkı vardır.”¹ diyerek isabetli bir cümle kullanmıştır. Molla Kuhistânî ise Kudûrî'nin ibaresini tefsir sadedinde söylenilen cümlede lafızları şekillendirme ve beyan ilminden haberdar olan kimselerin güzel göreceği şekilde tasarruf ederek şöyle demiştir: “Namazı, kıldırma daha hak sahibi olan kimse dışında birisi kıldırılmışsa hak sahibi olan namazı iade eder.”² Kuhistânî konu hakkındaki sözlerini bu esas üzerine bina ederek namazı kıldırma daha az hakkı olan kimsenin kıldırıldığı namazın daha evla olan kişi tarafından iade edileceğini söylemek istemiştir. Kuhistânî'nin bu ifadeleri büyük fakihlerimizin konu hakkında yerleşik görüşlerine daha uygundur.

1 Molla Hüsrev, *Düveru'l-Hükkâm*, I, 165.

2 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, s. 159.

[فاضل أمير] نقول: يريد بقوله «ولم يذكر إلخ» أنه بعد ما صلى أحد من هؤلاء المذكورين غير الإمام الأعظم - وهو إمام المصر - أو القاضي إلى الولي هل للسلطان أن يعيدها؟ لم يذكر هذا فلا يرد ما ذكره أنفاً بقوله «حتى إذا صلى عليه الولي للسلطان أن يعيدها» لأن هذا مختص بإعادة السلطان ما صلى الولي فقط، وبعد هذا لا يخلو كلامه عن حزازة؛ لأن إعادة السلطان يعني الخليفة ما صلاه غيره قد فهم من قول المتن: «ولو صلى الأدنى بلا إذن الأعلى يعيد الأعلى لو شاء إذا لم يأت» إلا أن يقال: لم يذكر هو باسمه الخاص ولا يخفى بعده.

ثم إن المنلا^١ الفاضل ملا خسرو قد أتى في الدرر والغرر بما هو الحق في المقام على وفق ما أخذه المصنف حيث قال: «فإن صلى غيره أي غير الأولى يعيدها الأولى» والمولى القهستاني تصرف في تفسير عبارة المختصر^٢ على وجه يستحسنه كل من له شأن في صياغة الألفاظ وصناعة البيان حيث قال في قول المصنف: «فإن صلى غيره يعيد الولي: أي^٣ من هي حقه أي الأحق بالصلاة» وبنى آخر كلامه على هذا المنهاج وأفاد أن كل من صلى غير أحق فلأحق أن يعيدها. هذا وهو المناسب لما استقر عليه آراء الفحول.

١ ج: الملا.

٢ أي صاحب النفاية وهو صدر الشريعة المحبوبي.

٣ وفي هامش أ: فقد أجاد في تفسير الولي بمن هي حقه، منه.

Allâme [İbn Kemâl] ise *el-İslâh*'ta gerekçesi yeterince açık olmayan bir cümle kullanarak şöyle demiştir: “Veli ve sultan dışında birisi namazı kıldırılmışsa velinin namazı iade etme hakkı vardır.”¹ İbn Kemâl'in bu ifadelerinden anlaşılanın, fakihlerin sözlerine ve muhakkik âlimlerin tercihlerine uygun olmadığı zehabına kapılmamak gerekir. Ancak İbn Kemâl'in cümlesindeki ‘sultan’ sözüyle genel anlamda yetki sahibi kimselerin kastedildiği söylenirse, Şeyh'in “Bir cenaze üzerine devlet başkanı, şehirdeki en büyük imam, kâdı, vali veya mahalle mescidinin imamı namaz kıldırma noktasında veliden önce gelir. Ancak namazı yukarıda sayılanlardan farklı bir kimse kıldırırsa veli namazı yeniden kıldırabilir.” sözüyle aynı anlama gelir. Şeyh ve İbn Kemâl'in sözlerini bu şekilde gerekçelendirmek, fakihlerin ibarelerinde kastedilenden gayet uzak olmasının yanında ‘veli’ sözcüğünü özellikle tekrar etmek suretiyle ibare zayıflığından kurtulamamıştır. Şayet ibarede ‘sultan’ sözcüğünü eklemeyen ‘velinin dışında birinin kıldırması’ cümlesi ile yetinseydi Molla Kuhistânî'nin veliden maksadın namaz kıldırma daha layık olan kimse olduğuna dair yaptığı tefsir ile aynı anlama gelecek şekilde bir cümle sarf etmek suretiyle hem manayı daha etkili ifade etmiş olur hem de daha az sözcük kullanmış olurdu. Anla!

1 İbn Kemâl, *el-İzâh*, I, 173.

ثم المولى العلامة أخذ في الإصلاح عبارة لا يظهر لها وجه حيث قال: «وإن صلى غير الولي والسلطان يعيدها الولي». ولا يذهب عليك أن مفهوم هذا القول لا يوافق لما ذكره هؤلاء الفحول ولا لما اختاره غيرهم من المحققين اللهم إلا أن يراد بقوله: «والسلطان» ما هو أعم منه ومن نُوابه المذكورين بعده فيؤول المعنى إلى ما ذكره الشيخ بقوله: «ولو صلى السلطان أو الإمام الأعظم في البلدة أو القاضي أو الوالي على البلدة أو إمام الحي ليس للولي أن يعيدها، وإن كان غيرهم فله الإعادة». وهذا التوجيه مع غاية بُعدة عن الإرادة في عبارات الفقهاء لا يسلم عن ركافة تخصيص الذكر بإعادة الولي. ولو لم يزد قوله: «والسلطان» واقتصر على قوله: «وإن صلى غير الولي» لكان أوجه وأخصر بأن يراد بالولي على ما فسره المولى القهستاني من هي حقه أي الأحق بالصلاة؛ فافهم!

ZEKÂT

1. Yıl İçinde Meydana Gelen Nisâb Fazlası Borcun Zekâta Etkisi

[**Teshîl**] Nisâb miktarı malı ve aynı miktarda borcu olan kimse yıl içinde borçtan ibra edilse ve yıl tamamlansa, Ebû Yûsuf'a göre sebep oluşmadığından bu kişinin bu yıl için zekat vermesi gerekmez. Sebep oluşmamıştır; çünkü yıl içinde nisâb miktarı para, borca karşılıktır ve borca karşılık olan şey zekâtın vücubuna sebep değil, mani olur. Muhammed'e göre ise bu kişinin o yılın zekatını vermesi gerekir. Çünkü nisâb miktarı mala sahip olduğu ve zekatın vücubuna mani olacak bir durumun bulunmadığı açığa çıkmıştır. Şöyle ki malın aslı kendisininindir, borç ise -ancak sonucu itibarıyla mal hükümünü kazanan- hükmî bir niteliklidir. Alacaklı alacağından vazgeçince borcun mala dönüşmediği açığa çıkmış ve bu kişi adeta hiç borç altına girmemiş gibi olmuştur. Böylece bu kişinin baştan beri zekâtın vücûbuna mâni olacak bir durum olmadan nisaba malik olduğu ortaya çıkmıştır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Buna göre Muhammed'in yılın başında ve sonunda nisâb miktarı parası olan ancak yıl içinde sahip olduğu nisâb miktarı kadar borçlanan kişinin de zekât yükümlülüğünü nefy etmemesi gerekirdi. Belki de bu konuda ondan iki rivâyet vardır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Mükellefin yılın başı ve sonu itibarıyla nisâb miktarı paraya sahip olduğu hâlde yıl içinde nisâbı aşan miktarda borçlanması meselesinde zahir olan, Ebû Yûsuf'un da bu durumda zekâtı vâcip görmemesidir. Şöyle ki borçla meşgul olan nisâb, zekâtın vâcip olması için sebep olamaz. Bununla birlikte nisâbın borçla meşgul olması hâlinin ancak senenin başında olması durumunda zekâtın vâcip olmasına mani olduğu söylenip böylelikle zekâta sebep olan nisâbın baştan itibaren oluşmadığı ifade edilirse Ebû Yûsuf adına cevap verilmiş olur. İlk sahip olunduğu zamanda borç yoksa nisâb zekâtın vâcip olması için sebep olur. Yıl ortasında borç oluşursa bu borç sene içinde nisâbın eksilmesi gibi değerlendirilir. Yıl ortasında nisâbın eksilmesi zekâtın vücûbuna mâni değildir. Bu meseleyi fakihlerimizin "Bir şeyi -baştan- def etmek, -sonradan- kaldırmaktan daha kolaydır." kaidesinin bir fer'i olarak saymak da uzak bir ihtimal değildir. Zira yılın başında var olan borcun nisâbı meşgul etmesi zekâtın vâcip olmasını def ederken; yılın ortasında oluşan borç mevcut vâcipliği ortadan kaldırır.

كتاب الزكاة

١. أثر الدين الحادث أثناء الحول في الزكاة

- ٥ [التسهيل] ولو معه نصاب وعليه دين مثله فأبرئ عن الدين أثناء الحول فتم الحول لم يلزمها أبو يوسف عن تلك السنة؛ إذ لم ينعقد السبب؛ لأن النصاب كان مشغولاً بدين والمشغول به ليس بسبب لوجوب الزكاة بل يمنعها. ألزمها محمد لظهور أنه ملكه بلا مانع؛ إذ كان له أصل الملك والدين ليس بشيء حقيقة بل هو وصف حكمي أُعطي له حكم الأموال باعتبار عاقبته؛ لأنه يصير مالاً في العاقبة بالقبض فإذا سقط تبين أنه لم يكن له عاقبة فصار كأن لم يكن فظهر أنه كان مالاً نصاباً ولا مانع من الوجوب.
- ١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا يلزم محمدًا أن لا ينفى إذا أحاطه دين أثناء الحول وسلم طرفاه لظهور أنه ملكه بلا مانع فليتأمل، ويحتمل أن يكون عنه روايتان.
- ١٥ [فاضل أمير] نقول: الظاهر أن أبا يوسف -رحمه الله- يلزمه أن لا يلزمها إذا أحاط النصاب دين أثناء الحول وسلم طرفاه؛ لأن المشغول بدين ليس سبب لوجوب الزكاة إلا أن يقال: الاشتغال بالدين إنما منع وجوب الزكاة إذا كان في ابتداء الحول حتى لا يمكن انعقاد السبب. وأما إذا كان النصاب غير مشغول به في أول الحول ينعقد سبب الوجوب. ثم الاشتغال به في أثناء الحول يكون كالنقصان في أثنائه وذا لا يمنع الوجوب، ولا يبعد أن يقال: هذا من فروع قولهم: الدفع أسهل من الرفع؛ لأن الاشتغال في أول الحول دافع للوجوب والاشتغال في أثنائه يلزم أن يكون رافعا.
- ٢٠

١ فاضل أمير تحدث عن أبي يوسف سهواً لأن ما نوقش قوله هنا هو محمد وليس أبا يوسف.

2. “Zekât Almak için Ayrı Olanlar Birleştirilmez; Bir Olanlar da Ayrılmaz.” Hadisinin Anlamı

[**Teshîl**] Şâfiî'nin aksine bize göre sulakları, meraları, çobanları, koçları ve sütleri müşterek olup ve nısâb miktarına ulaşmış olan sürüden zekat verilmaz. Zira Hz. Peygamber, “Ayrı olanlar birleştirilmez; bir olanlar da ayrılmaz.” buyurmuştur. Örneğin seksen koyun, her birinden bir koyun zekat almak için kırk kırk olarak ayrılmaz. Hz. Peygamber'in “...bir olanlar ayrılmaz.” ifadesinin anlamı -Şâfiî'nin görüşünün aksine- budur. Şâfiî bu hadisin ikinci kısmı ile; Hanefiler ise birinci kısmı ile istidlal etmişlerdir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu hadisin Şâfiî'nin dediğine delâleti daha açıktır. Nitekim Hz. Peygamber, “Zekât korkusuyla ayrı olanları birleştirmeyin ve bir olanları da ayırmayın.” buyurmuştur. Hadiste geçen ‘zekât korkusuyla’ ifadesi Şâfiî'nin görüşüne delâlet etmekte ve Hanefilerin teviline aykırı düşmektedir. Aynı şekilde hadisin birinci kısmı olan “Ayrı olanlar birleştirilmez” ifadesi de Hanefilerin aleyhinedir. Bununla -her birisi kırk koyuna sahip- iki kişinin zekâtı daha az vermek için koyunlarını birleştirmeleri de kastedilmiş olabilir. Şöyle ki, her birinin kırk koyunu olan iki kişi birer koyun zekât vermelidir. Koyunların sayısı seksen olunca yalnız bir koyun zekât alınır. Bu iki kişi, koyunların tamamı üzerinden zekât alınacağını düşünerek fazla zekât vermek korkusuyla koyunlarını birleştirirler. Zekât memuru sadece bir koyun alır ve her biri yarım koyun zekât vermiş, dolayısıyla zekât eksik alınmış olur. İşte hadisin yasakladığı durum bu da olabilir. Bu konu üzerinde düşünmeye değer.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bil ki âlimlerimiz, hadisteki “bir araya getirilmez (*la yucmeu*) ve ayrılmaz (*la yufferreku*)” ifadesinden maksadın, mera vb. şeylerde birleştirip, ayırmak değil; mülkiyette birleştirip ayırmak olduğunu ifade etmişlerdir. Bu kurala göre bir kimsenin farklı yerlerde hayvanları olsa tamamının zekâtını verir. Yine buna göre zekât memuru iki koyun zekât alabilmek için tek bir kimseye ait olan seksen koyunu kırk kırk şeklinde ikiye ayıramaz. Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinde de böyle söylenmiştir.¹ Buna göre Hz. Peygamber'in “ayrı olanlar birleştirilmez” sözünün anlamı şudur:

1 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, I, vr. 92a.

٢. معنى حديث «لا يُجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع»

[التسهيل] ولم نلزمها في سائمة صحت الخلطة فيها بأن تتحد مشرعاً ومرعياً وراعياً وفحلاً وحبلاً وتمت السائمة نصاباً بالخلطة لقوله عليه السلام: «لا يُجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع». ^١ مثلاً لا يفرق بين ثمانين غنماً ليؤخذ من كل أربعين غنماً هذا معنى قوله عليه السلام لا يفرق بين مجتمع لا ما قاله الشافعي فإنه يستدل بالشق الثاني والحنفية بالشق الأول.

[الشيخ بدر الدين] أقول: دلالة هذا الحديث على مذهب الشافعي أظهر؛ لأنه ﷺ قال: «لا يُجمع بين متفرق ولا يُفرق بين مجتمع خشية الصدقة» ^٢ وآخر الحديث وهو قوله «خشية الصدقة» يدل على قول الشافعي وينافي التأويل المذكور من جهة الحنفية وكذا يُنافي استدلالهم بالشق الأول وهو قوله ﷺ: لا يُجمع بين متفرق. ويحتمل أن يُراد به أن لا يجمع الرجلان مثلاً بين غنميهما لتنقص الزكاة نحو أن يكون لأحدهما مثلاً أربعون غنماً وللآخر أربعون غنماً فيجب على كلٍ منهما شاة فيؤخذ من الكلّ شاتان ولو كان الثمانون كلها لواحدٍ يجب شاة واحدة فيجمعان بين غنميهما خشية زيادة الصدقة ليظن أن الكلّ لواحدٍ فيؤخذ من الكلّ شاة واحدة فيصيب كلاهما نصف شاة فينقص الزكاة فليتأمل.

[فاضل أمير] نقول: اعلم أن علمائنا قالوا: المراد من الجمع والتفريق في الحديث: الجمع والتفريق في الملك لا في المكان؛ ولذا يزكى نصاب لرجل في أمكنة، وليس للساعي جعل ثمانين شاة في ملك رجل نصابين كذا في شرح المجمع للآياثلوغني. إذا تقرر هذا فمعنى قوله ﷺ: «لا يجمع بين متفرق»؛

١ أي: موضع الشرب.

٢ صحيح البخاري، الزكاة ٤٣.

٣ صحيح البخاري، زكاة ٤٣؛ سنن أبي داود، زكاة ٤.

Zekât memuru, mülk veya akit ortaklığı¹ ile nısâb miktarına ulaşan hayvanlara sahip olan iki ortaktan zekât almak için bunları bir sayamaz. “...bir olanları ayırmayın.” sözünden maksat ise saime hayvanlardan nısâb miktarına sahip olan bir kimse, zekât memuruna söz konusu malların kendisine ait olmadığını ispatlamak için hayvanların bir kısmını başka bir otlağa götürmez ve başka birinin adına göstererek onları ayıramaz.

Şâfiilere göre hadisin ilk kısmı olan “ayrı olanlar birleştirilmez” ifadesinin anlamı şudur: Zekât memuru iki kişiye ait, aralarında ihtilat olmayan ve toplamları nısâba ulaşan saime hayvanları birleştiremez. Ona göre hadisin ikinci kısmı olan “bir olanları ayırmayın” ifadesinin anlamı ise şudur: Şartlarının oluşması ile aralarında ortaklığın sahih olduğu iki ortaktan birinin yıl sonunda hayvanları taksim etmek suretiyle hayvanları ayırması câiz değildir.

Şeyh'in, “Anılan hadisin Şâfi mezhebine delâleti daha açıktır.” şeklindeki sözü isabetli değildir. Zira hadiste “zekât korkusuyla” şeklinde ifade edilen illetin, önceki iki cümlelerin birden illeti sayılması gerekli olmayıp sadece peşi sıra zikredildiği cümlelerin illeti olması mümkündür. Buna göre Hz. Peygamber'in “zekât korkusuyla” ifadesi fakihlerimizin yaptığı tevile uygun olarak “bir olanı da ayırmayın” anlamındaki ikinci cümlelerin gerekçesidir. Ayrıca Şeyh'in Hanefi mezhebine yaptığı itiraz doğru olsaydı, ‘zekât korkusuyla’ ifadesi Şâfiilere göre de birinci cümlelerin gerekçesi olmayacağından, aynı itiraz onlar için de geçerli olacaktı. Şeyh'in “Hadiste geçen ‘zekât korkusuyla’ ifadesi Şâfi'nin görüşüne delâlet etmekte ve Hanefilerin teviline aykırı düşmektedir.” sözü de daha önce söylediklerinin aynısı olup yeni bir şey eklediği için faydasızdır.

Şeyh “Bununla -her birisi kırk koyuna sahip- iki kişinin zekâtı daha az vermek için koyunlarını birleştirmeleri de kastedilmiş olabilir.” diyerek hadisin ilk kısmına âlimlerimizin söylediğinden farklı bir yorum getirmiştir. Bununla amacı hadisin o kısmını Hanefiler için hüccet olmaktan çıkarmak ve kendi iddiasını desteklemek için kullanmaktır. Şeyh'in bu iddiasına karşı şunlar söylenebilir: Söz konusu ihtimal bizim için hadisin birinci kısmını delil olarak almaya mâni ise bizim bahsettiğimiz ihtimal de hasım için hadisin ikinci kısmını delil olmaktan çıkartmaktadır. O hâlde Şeyh'in ihtimal diyerek ortaya attığı şey ona fayda vermez.

1 Mülk ortaklığı: Bir mala birden fazla kimsenin, satın alma, miras vb. mülkiyet sebeplerinden biriyle sahip olmasıdır. Akit şirketi ise iki veya daha fazla kimse arasında bir akitle gerçekleşen ve hâsıl olan kârın ortaklar arasında müşterek olarak paylaşılması üzerine kurulan şirkettir.

أن نصاباً من سائمة إذا كان بين الشريكين شركة ملك أو عقد لا يجوز للساعي أن يجمع هذا الملك المتفرق ويأخذ منه بكون المجموع نصاباً. ومعنى التفريق بين مجتمع: أنه لا يجوز لمن ملك نصاباً من سائمة أن يجعل بعضها بمكان آخر أو باسم رجل آخر حتى يرى الساعي أنه ليس بمالك نصاب.

٥ ومعنى الأول عند الشافعية: أن نصاباً من سائمة إذا كان لرجلين ليس بينهما خلطة لا يجوز أن يجمعهما الساعي. ومعنى الثاني: النصاب منها إذا كان بين الشريكين وصحت الخلطة فيه بوجود شرائطها لا يجوز لأحدهما أن يفرق بعد الحول بالتقسيم.

وبعد اللثيما والتي ما قاله الشيخ من: «أن دلالة هذا الحديث على مذهب الشافعي أظهر» ليس على ما ينبغي لأن العلة المذكورة بعد الجملتين لا يلزم أن تكون علة لكل من جملتين بل يصح أن يكون علة جملة عقبته بها قوله ﷺ «خشية الصدقة» يصح أن يكون علة لقوله: «ولا يفرق بين مجتمع» على الوجه الذي قال به علمائنا مع أن ما ذكره لو صح لكانت الشافعية مشترك الإلزام معنا لأن خشية الصدقة لا يكون علة للجملتين الأولى أيضاً على ما قاله الشافعية كما لا يخفى.

١٥ ثم قوله «وكذا ينافي استدلالهم بالشق الأول» مما لا طائل تحته إذ هو عين ما ذكره أولاً لا يرى فيه معنى زائداً.

وما أورده بقوله «ويحتمل أن يراد به إلخ» فكأنه توجيه منه للشق الأول من الحديث غير ما قال به علماءنا ليسلب كونه حجة لنا ترويحاً لاعتراضه وتأييداً لما ادعاه فيقال فيه: إن هذا الاحتمال لو كان قادحاً في الاستمسك لنا بالشق الأول فاحتمال الوجه الذي قلنا به في الشق الثاني يسلب كونه حجة للخصم فلا يجدي عنه ذلك الاحتمال.

٢٠

Sonuç olarak aklî delille istidlâlin vecihleri arasında çatışma olunca, bu konuda sabit bir asla başvurmak gerekir. Bu asıl da *el-Musaffâ*'da denildiği gibi muhtemel olanın muhkem olana hamledilmesidir. Hz. Peygamber'in "Bir kimsenin mülkiyetinde sadece dört deve varsa ona zekât gerekmez." sözü muhkemdir. Hz. Peygamber'in "bir olanlar ayrılmaz" sözü ise hem bizim hem de Şâfiîlerin yorumuna açıktır. Şöyle ki, bir kimsenin kırk koyunu olsa zekât zamanı geldiğinde onları iki ayrı mekâna ayırır veya zekât memuru koyunların iki ayrı kişiye ait olduğunu sansın ve zekât almasın diye bir kısmını başka bir adamın ismiyle yanında tutar. O hâlde "Muhtemel olan muhkem olana hamledilir." kuralına göre bu hadisi yukarıda muhkem olduğu belirtilen hadise göre yorumlamak gerekir.

Bu musaffâ açıklamayla hakikat ortaya çıkmış ve aydınlanmış oldu. Hak olan tabi olunmaya daha layıktır. Şeyh Şâfiîlerin söylediklerinin Şâri'nin itibar ettiği hükme açıkça muhalif olduğu ve âlimlerinin cumhuru-
nun üzerinde ittifak ettiği "Kişinin zekâtla mükellef olması için nısâba tam bir şekilde malik olması gerekir." kuralına aykırı olduğu hâlde bu hakikat-
ten yüz çevirip müstakim olmayan bir yolu tutmayı tercih etmiştir ki bu da şaşılacak bir durumdur.

3. Zekâta Konu Olmayan Alacaklar

[**Teshîl**] Ebû Yûsuf ve Muhammed, az veya çok, mal karşılığında olsun veya olmasın alacaklar arasında bir ayırım yapmamış [hepsini kuvvetli alacak olarak görmüş], bu sebeple de tahsil edilen alacak ne kadar olursa olsun [üzerinden bir yıl geçmesini beklemeden] zekâtının hemen verilmesini vâcib saymıştır. Kitabet bedeli, erş ve diyet konusunda bunlar da Ebû Hanîfe gibi düşünmektedirler. Çünkü bu tür alacaklar tam bir alacak sayılmaz. Kitabet bedeli, bağlayıcı olmadığı için; diyet ve erş ise 'sıla' olduğu için [yani insanlar arasındaki akrabalık bağının gereği olarak sabit olduğu için] tam bir alacak değildir. Dikkat edilirse diyet ve erş karşılığında rehin sahih olmadığı gibi, bunlar ölen âkilenin mirasından da tahsil edilemez.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Tam alacak olmadığı için kitabet bedelinde kefâlet sahih olmadığı gibi diyet ve erş karşılığında da kefâletin sahih olmaması gerekir. *Câmi'ul-Fusûleyn* kitabının "el-Mahâdir ve's-Sicillat" bölümünde diyet bedeli karşılığında kefâletin câiz olmadığını yazdım.

فلما تعارض وجهها الاستدلال بالدليل العقلي لزم الرجوع إلى الأصل الثابت وهو ما قال في المصنفى من أن الأصل فيه: أن المحتمل يحمل على المحكم؛ وقوله عليه السلام: «إذا لم يكن في ملك الرجل إلا أربع من الإبل فلا شيء عليه» محكم فيه وقوله عليه السلام: «لا يفرق بين مجتمع» محتمل لأن يراد به قاله الخصم المستدل ولأن يراد به على ما قلنا أن يكون لرجل أربعون من الغنم مثلا فيفرقها على رأس الحول في مكانين أو يجعل بعضها باسم رجل آخر ليرى الساعي أنها لاثنتين فلا يأخذ منها، فلما كان محتملا وجب حمله على المحكم.

وبهذا البيان المصنفى قد انكشف وجه الحق وانجلي، والحق أحق أن يتبع. ومما يقضى منه العجب أن الشيخ مع ظهور مخالفة ما ذكره الشافعية لما اعتبره الشارع وأطبق عليه جمهور العلماء: من أن وجوب الزكاة مشروط بأن يكون المكلف مالكا للنصاب ملكا تاما كيف عدل عن المنهج القويم وسلك مسلكا غير مستقيم.

٣. الديون التي لا زكاة فيها

[التسهيل] وأما أبو يوسف ومحمد بالأداء عما قبض مطلقا سواء كان قليلا أو كثيرا أو بدل مال أو لا؛ إذ الدين مال الزكاة كعين. ووافقاه في بدل الكتابة والأرش والدية؛ لأنها ديون مختلة أما بدل الكتابة: فلعدم لزومه وأما الأرش والدية فلوجوبهما صلة، ألا يرى أنه لا يصح الرهن بهما ولا يستوفى من تركة من مات من العاقلة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن لا تصح الكفالة بالدية والأرش للاختلال كبديل الكتابة. وكتبت في فصل المحاضر والسجلات من جامع الفصولين أن الكفالة بالدية لا تجوز.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu, dirâyet yoluyla iddia edilen şeyin rivâyet yoluyla desteklenmesidir. Öncelikle diyet meselesindeki hüküm ihtilaftır. *el-Kunye*'de *el-Muhîtu'l-Burbânî* müellifinin işaretiyle şöyle denilmiştir: “Kudûrî'nin rivâyetine göre diyete kefil olmak sahihtir. *el-Asl*'da diyet borçlusu ve ona kefil olacak kimsenin divanda maaş hakları varsa yapılacak kefâlet sahih olmaz; buna mukabil aynı divana kayıtlı değıseler kefâlet geçerli olur, denilmiştir.”

Şeyh'in erş konusunda söyledikleri ise *et-Tebyîn* ve *ed-Dürer*'de zikredilenlere muhaliftir. Fahreddîn Zeylaî ve Molla Hüsrev, yaralama (şicâc)¹ ve kol-ayak kesmelerinden dolayı oluşan cezalar kisası gerektirmiyorsa erşten dolayı terettüp eden diyete kefâletin câiz olduğunu ve erşin sahih bir borç olduğunu söylemişlerdir. Şeyh ile Zeylaî ve Molla Hüsrev'in söyledikleri şöyle uzlaştırılabilir: Şeyh'in söylediğinden maksat âkilenin ödemesi gereken erş olup ödenmesi gereken tazminat mûdiha² için takdir edilen cezadır. Zeylaî ve Molla Hüsrev'in söyledikleri ise câninin bizatihi kendisinin ödemek zorunda olduğu erş olup mûdiha için takdir edilen cezadan daha az olarak belirlenen erştir.

Zikrettiğimiz bu uzlaştırma ile *Ferâidu'l-Mültekâ*'da geçen “Kitabet bedeli için yapılan kefâlet câiz değıldir. Erş ve diyet de böyledir; çünkü bu ikisi sıla kabilinden olarak âkile üzerine vâcip olmuştur.” şeklindeki ibarenin zahirine gelebilecek itiraz da giderilmiş oldu.

4. Mehîr Alacağının Zekâtı

[Teshîl] Bir kadın mehîr olarak kendisi için takdir edilen sâime hayvanları henüz kabz etmemişse Ebû Hanîfe'ye göre zekât borçlusu olmaz. Bu durumda mehîr olarak takdir edilen bu malda mehîr verenin mülkiyeti olmadığı gibi kadının da tam bir mülkiyeti yoktur. Nitekim henüz zifaf olmadan, kadın dinden çıksa veya kocasının [başka kadından] oğlu ile hürmet-i müsâhere doğuracak bir temasta bulunsa mehîr hakkı düşmektedir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre kadın bu malın sahibi sayılır ve bu nedenle zekât borçlusu olur.

1 Şecce (çoğulu şicâc), yüz ve başa yönelik yaralama.

2 İnsan vücuduna karşı yapılan yaralamalar bıraktığı tesire göre on grupta değılendirilmiştir. Bunlardan biri olan mûdiha, darbe sonucunda kemiğin görüldüğü yaralamadır. Bu tür bir yaralama kisas ve diyet hakkı verir. Mûdiha için belirlenen diyet tam diyetin yirmide biri olup beş deveden ibarettir. Yaralamalar ve öngörülen cezaları hakkında geniş bilgi için bk. el-Mevsilî, Abdullâh b. Mahmûd (ö. 683/1284), *el-İhtiyâr li Tâ'îli'l-Muhtâr*, thk. Şuayb Arnavut, Beyrut, Dâru'r-risale el-âlemiyye, 2009, IV, 322-326.

[فاضل أمير] نقول: كان هذا تأييد بالرواية لما ادعاه بالدراية. أما مسألة الدية فالحكم فيها اختلافي. قال في القنية بإشارة برهان صاحب المحيط: «الكفالة بالدية على رواية القدوري تصح وأشار في الأصل إلى أنه إن كان لهم عطاء في الديوان لا تصح وإلا فتصح» انتهى.

٥ وأما ما ذكره في الأرش فيخالف ما في التبيين والدرر حيث قالاً بجواز الكفالة بالشجة وقطع الأطراف إذا لم يكن موجب القصاص ويكون الأرش دينا صحيحا. ويمكن أن يوفق بين ما ذكره وبين ما قاله الشيخ بأن يقال: يراد بما ذكره الشيخ الأرش الذي لزم على العاقلة وهو ما يكون قدر أرش الموضحة، وبما قالاً ما وجب على الجاني وهو ما دون أرش الموضحة.

١٠ وبهذا التلفيق اندفع ما يرد على ظاهر عبارة فرائد الملتقى أعني قوله: «ولهذا لا تصح الكفالة ببدل الكتابة، وكذلك الأرش والدية لكونهما واجبة على العاقلة بطريق الصلة».

٤. زكاة دين المهر

[التسهيل] وسائمة المهر عفو قبل القبض عند أبي حنيفة أي لا يجب عليه لعدم ملكه ولا عليها لو هاء ملكها حتى يبطل بردتها قبل الدخول وبمطووعة ابن زوجها ولهما أنها ملكها.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Buna göre mehir sahih bir alacak olmadığı için karşılığında kefâletin de sahih olmaması gerekir. Kefâlet bölümünde ifa-
de edildiği gibi sahih alacak, ancak edâ yahut ibrâ ile düşer. Görüldüğü gibi
yukarıdaki meseleye konu olan mehir, ibrâ ve ödeme dışındaki bir sebeple de
5 düşüyor; o hâlde mehrin karşılığında kefâlet sahih olmamalıdır. Ama mehir
konusunda da ele alınacağı gibi mehir karşılığında kefâlet geçerlidir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Allâme [İbn Kemâl] bu meselede söyledikleri
ile bizi cevap verme külfetinden kurtarmıştır. İbn Kemâl şöyle demektedir:
10 “Fakihlerin ‘Sahih alacak, ancak edâ yahut ibrâ ile düşer.’ sözündeki
ibrâdan maksat, borcun düşmesine sebep olacak bir fiili icra etmek de-
mek olan ‘hükmî ibrâ’yı da içine alan ibrâdır. Buna göre mehrin düşmesi
meselesi söz konusu kurala halel getirmez. Zira kadının, kocasının [başka
kadından] oğlu ile hürmet-i müsâhere doğuracak bir temasta bulunması
yukarıda açıklanan hükmî ibrâ kapsamındadır.”¹

15 Bu meseledeki fahiş hatalardan biri, Sadruşşerâ'nın *el-Vikâye* şerhine hâşiye
yazan Yakup Paşa'nın, kefâlet bahsinde sahih borcu tarif ederken söylediği “Bu
açıklamaya göre haraç kişinin Müslüman olması sebebiyle düştüğü için sahih
bir borç sayılmaz. O hâlde haraç borcuna kefil olmak da sahih olmamalıdır;
ancak -daha önce geçtiği üzere- kitaplarda sahih olduğu yazılmıştır.”² sözüdür.
20 Yakup Paşa fakihlerin “Haraç borcuna kefil olmak câizdir.” sözlerinden maksadın
cizye yani baş vergisi olduğunu zannetmiştir. Hâlbuki fakihlerin bu ifade-
den maksadı Yakup Paşa'nın zannettiği gibi baş vergisi olmayıp zimmette borç
olarak sabit olan muvazzaf haraçtır. Diğer bir görüşe göre söz konusu haraçtan
maksat harâcu'l-mukâsemedir. Özetle Yakup Paşa'nın, Tâcuşşerâ'nın “Haraç
25 borcuna kefâlet câizdir.” sözünden cizyeyi anlaması ne Tâcuşşerâ'nın ne de
metin ve şerh sahibi Hanefî fakihlerinin maksadına uygundur.

Cizye borcuna kefâletin câiz olup olmaması meselesi ise şöyledir: Fakihle-
rimizin “Cizye ödemede niyâbet sahih değildir. Borçlu kimse cizyeyi bizatihi
öder.” sözlerinden anlaşıldığı kadarıyla cizyeye kefil olmak geçerli değildir.
30 Ancak ‘el-Müftî'l-basîr’ [Basîretli Müftî] namıyla meşhur olan Mevlâ, Müs-
lüman birinin zimmînin cizye borcuna kefil olmasının geçerli olduğuna dair
fetva vermiş ve Ebu'l-Hüseyn el-Kudûrî el-Bağdâdî'nin *el-Muhtasar*'ı üzerine
yazılan şerhten bir nakil zikretmiştir.

1 İbn Kemâl, *el-İzâb*, II, 169.

2 Yakup Paşa, *Hâşiye alâ Şerhi'l-Vikâye*, Süleymaniye Ktp., Atuf Efendi bl., nr. 808, vr. 138b.

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا يلزم أن لا تصح الكفالة بالمهر لأنه ليس بدين صحيح إذ الدين الصحيح لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كما ذكر في الكفالة وهذا قد يسقط بدونهما كما مرّ فيلزم أن لا تصح الكفالة به مع أنها تصح كما ذكر في باب المهر.

٥ [فاضل أمير] نقول: المولى العلامة -رحمه الله- قد كفانا مؤنة الجواب عن هذا الإيراد حيث قال: «والمراد من الإبراء في قولهم: لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ما يعم الحكمي وهو أن يفعل فعلا يلزمه سقوط الدين، فلا يرد النقض بسقوط المهر؛ لأن سقوطه بمطاوعتها لابن زوجها من قبيل الإبراء بالمعنى المذكور» انتهى.

١٠ ومن الأغلاط الفاضحة ما قاله المحشي يعقوب باشا في الكفالة في تعريف الدين الصحيح بما عرف هنا حيث قال: «على هذا التفسير لا يكون الخراج دينا صحيحا لسقوطه بالإسلام فينبغي أن لا تصح الكفالة به مع أنها صحيحة كما سبق» انتهى. فهذا ظن منه في قولهم: «تجوز الكفالة بالخراج» أن المراد به الجزية يعني خراج الرؤوس وليس المراد منه كما ظنه بل مرادهم بالخراج هو الموظف الذي يجب في الذمة. وقيل: هو خراج المقاسمة وبالجملة كان فهم المحشي من قول تاج الشريعة: «وتصح بالخراج» الجزية ليس على ما هو مراد تاج الشريعة ولا غيره من أصحاب المتون والشروح.

٢٠ بقي الكلام في الكفالة بالجزية فالظاهر المفهوم من قولهم: «لا تصح النيابة في أداء الجزية ويؤديها بنفسه» عدم صحة الكفالة بها ولكن قد أفتى المولى المشتهر بالمفتي البصير بصحة كفالة المسلم بجزية الذمي وذكر نقلا من شرح مختصر القدوري لأبي الحسين البغدادي.

5. Zekâtın Zorla Tahsil Edilmesi

[**Teshîl**] Zekâta konu olan sâime hayvanlara sahip biri, zekât vermekten kaçınırsa Şâfiî'nin aksine bize göre zekât ondan cebren değil tav'an (gönüllü olarak) alınır. Çünkü zekât bir ibadettir ve ibadetin ihtiyar kaynaklı olması gerekir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Burada söylenilen *el-Muhtâr* şerhi *el-İhtiyâr*'da geçen şu ifadeler aykırıdır: "Bir kimse zekât vermekten imtina ederse devlet başkanı onu zorla alır ve yerine koyar. Nitekim Yüce Allah, "Onların mallarından sadaka al" (Tevbe 9/103) diyerek devlet başkanı olan Hz. Peygambere emretmiştir. Hz. Peygamber ise gönderdiği elçilere "Zengin olanlardan zekât alın" diye emir buyurmuştur." Bu delillere göre zekâtı tahsil etmek devlet başkanının görevidir. Hz. Osman dönemine kadar hem zahirî mallarda (hayvanlar, toprak ürünleri) hem de batınî mallarda (altın, para) zekât, ilgili delillerden yola çıkarak görevliler tarafından alınmaya devam etmekteydi. Hz. Osman zalim idarecilerin veya memurların insanların mallarını teftiş etmesini, onları haksız olarak sorgulamasını önlemek için batınî mallarda zekât işini mal sahiplerine bıraktı ve mal sahipleri bu konuda devlet başkanının vekili durumuna geldi. Ancak devlet başkanı fertlerin batınî mallarda zekât vermediklerini kesin olarak biliyorsa zekât miktarını onlardan talep eder ve alır."¹ Derim ki: burada yapılan izahlar bu hüküm hakkında mezhep imamlarımızdan iki rivâyetin olduğuna işaret ediyor.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Allâme-i Rûmî *el-Îzâh*'ta şöyle demektedir: "Bil ki ikrah cebr sınırına ulaşırsa kişiden ihtiyar kudretini kaldırır. Buna mukabil cebr sınırına ulaşmamışsa ihtiyara hâlel getirmez."² İbn Kemâl'in bu sözlerinden anlaşıldığı üzere metinde esas alınan rivâyetten maksat, ihtiyara hâlel getirecek şekilde icbar ederek zorla zekât alınmamasıdır. *el-Muhtâr* şerhi olan *el-İhtiyâr*'daki rivâyetten maksat ise mükellefteki seçme kudretine hâlel getirecek seviyede olmayan ikrah ile zekâtın alınabileceğidir. Sonuç olarak iki rivâyet arasında bir çelişki olmadığı gibi konu hakkında ayrı iki rivâyetin olduğunu söylemeye de gerek yoktur. Allah âlimlerimizden razı olsun, onların fihhi bakışları o kadar derindir ki ibadetlerin mükelleften, ihtiyarı olmadan sadır olmasına razı olmamışlardır.

1 Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, I, 343.

2 İbn Kemâl, *el-Îzâh*, I, 337.

٥. أخذ الزكاة جبراً

[التسهيل] ولو امتنع رب السائمة من الأداء نأخذها طوعاً لا جبراً؛ لأنها

عبادة فلا بد من الاختيار حتى تكون عبادة فنامره ليؤديها اختياراً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا ينافي ما ذكر في الاختيار شرح المختار

من أن «من امتنع من أداء الزكاة أخذها الإمام كرهاً ووضعها موضعها ٥

لقوله: تعالى ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة ١٠٣/٩] ولقوله: ﷺ «خذ

من أغنيائهم» وهذا لأنَّ حَقَّ الأخذ كان للإمام في الأموال الظاهرة والباطنة

إلى زمن عثمان بهذه النصوص ففوضها في الأموال الباطنة إلى أربابها

مخافة تفتيش الظلمة أموال الناس فصار الملاك كالوكلاء عن الإمام. فإذا

١٠ علم أنهم لا يؤذون طالبهم بها» فأقول: هذا يُشعر بأن تكون في المسألة

روايتان عنا.

[فاضل أمير] نقول: قال العلامة الرومي في الإيضاح: «اعلم أن الإكراه

إذا بلغ حد الجبر يفسد الاختيار وإن لم يبلغ حد الجبر لا يفسد الاختيار»

انتهى. فعلم منه أن المراد من رواية المتن: أنها لا تؤخذ بإكراه بالغ حد

١٥ الجبر مفسدٍ للاختيار، ومن رواية الاختيار: أنها تؤخذ بإكراه لم يبلغ حد

الجبر ولم يفسد الاختيار فلا منافاة بين المذكورين ولا حاجة إلى الحمل

على الروايتين. والله درّ علمائنا في تدقيق أنظارهم الرائقة حيث لم يرضوا

بصدور العبادة بلا اختيار.^٢

١ صفة لإكراه.
٢ وفي هامش أ: قال في نوع آخر في الاستئجار على الطاعات في الذخيرة من كتاب الإجازات: لأن أحدا لا يجبر على الطاعات، منه.

Mevlâ Ayasuluğî *el-Mecma'* şerhinde şöyle demektedir: “Devlet başkanının emri ikrah olduğuna göre burada ihtiyarın anlamı nedir, sorusuna şöyle cevap veririm: Zorlama altında bir şey yapanın ihtiyarı vardır; ancak bize göre bu ihtiyar geçerli değildir.” Ayasuluğî'nin bu ibaresindeki eksiklik seni yanıltmasın. O, ikrah nasıl olursa olsun zorlama altında bir şeyi yapan mükrehteki ihtiyarın, fâsit bir ihtiyar olduğunu sanmıştır. Ona göre bu şartlarda zekât veren kimsede fâsit bir ihtiyar vardır. Ancak üstâd Sadruşşerâ'nın usûl ve fîrû' alanındaki tahkiklerinden anlaşıldığı üzere mesele Ayasuluğî'nin sandığı gibi değildir.

6. Zekâta Vekâlet

[**Teshîl**] Bir kimse, zekâtını vermek üzere birini vekil tayin ettikten sonra zekatı kendisi verecek olsa bu durum Ebû Hanîfe'ye göre bir hükmî azil sayılacağından, ödeme yapması durumunda vekil, müvekkilden aldığı parayı ona borçlanmış olur; hükmen azilde azledilenin bunu bilmesi şart olmadığından vekilin yaptığı ödeme yetki aşımı olur. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise azledildiğini bilmemesi durumunda değil, bilmesi durumunda müvekkile borçlanır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Şirket ve vekâlet bölümünün sonunda, kumaşın müvekkilin kalan parasıyla nakli meselesinde zikredileceği üzere vekil, müvekkilin ölümünden haberdar olması durumunda tazmin eder, haberdar değilse tazmin etmez. Bu hüküm aldanma ve zararı gidermek amacıyla istihsânen verilmiş bir hükümdür. Bu ayırım, orada imamlarımız arasında bir görüş farklılığına işaret edilmeden zikredilmiştir. Buna göre Ebû Hanîfe açısından şu durumlar söz konusu olur: [1] Ya oradaki ihtilaf burada da söz konusudur, [2] ya buradaki ayırım orada da vardır, [3] ya da iki mesele arasındaki farkın gösterilmesi gerekir. Orada, hükmî azlin diğer fertleri hakkında vekilin bilgisinin şart görülmesi, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in buradaki görüşü açısından bir tutarlılık eleştirisi olarak öne sürülebilir. En doğrusunu Allah bilir.

قال المولى الأياثلوغي في شرح المجمع: «فإن قلت: أمر الحاكم إكراه
فما معنى الاختيار هنا؟ أقول: للمكروه اختيار فاسد عندنا» انتهى. لا يذهب
عليك ما فيه من القصور حيث ظن أن الكائن في المكروه من الاختيار هو
الاختيار الفاسد على أي وجه كان الإكراه وإن للمزكي اختيارا فاسدا في
الصورة المذكورة وليس الأمر كذلك على ما استفيد من تحقيق العلامة
والمولى التحرير صدر الشريعة في الفروع والأصول.

٦. الوكالة في الزكاة

[التسهيل] والمأمور غرم عند أبي حنيفة لأدائه بعد أمره لعزل حكمي، ولا
يشترط العلم في العزل الحكمي فتعدى بدفعه، غرّمه لو علم لا لو لم يعلم.
[الشيخ بدر الدين] أقول: قد ذكر في تكملة كتاب الشركة وفي آخر
تكملة كتاب الوكالة في مسألة حمل الثياب ببقية مال الموكل أن الوكيل
يضمّن إذا علم بموت الموكل ولا يضمّن لو لم يعلم بموته استحسانا دفعا
للغرور والضرر وهذا التفصيل ذكر ثمة بلا ذكر الخلاف فلزم أبا حنيفة أحد
الأمر إما الخلاف ثمة كما هنا وإما التفصيل هنا أيضا وإما الفرق وما
أوردناه ثمة من لزوم شرط العلم في سائر أفراد العزل الحكمي يرد على
قول أبي يوسف ومحمد هنا، والله أعلم.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Konu hakkında *el-Bedâi*'de özet olarak şöyle denilmiştir: Vekilin azledilmesi müvekkilin fiiliyle olmuşsa vekil tazminle yükümlü olmaz. Örneğin kölesini satması için birine vekâlet veren kimse, kölesini satsa veya müdebber kılsa veya azat etse veya kölenin bir başkasına ait olduğu anlaşılrsa veya köle sanılan kimsenin aslen hür olduğu ortaya çıksa ve vekil bu durumu bilmeden köleyi satın parayı kabzetse ve para vekilin elinde helak olsa ardından köle müşteriye teslim edilmeden önce ölse ve müşteri parasını geri almak için vekile müracaat etse, vekil parayı geri almak için müvekkile rüçû edebilir. Vekilin azledilmesi müvekkilin vefatı veya aklı melekesini kaybetmesi sonucunda olsa vekil onun vefatını veya aklı melekesini kaybettiğini bilmesee dahi yukarıdaki örneklerde parayı geri almak için müvekkile (onun vârislerine) müracaat edemez.¹ *el-Bedâi*'den naklettiğimiz bu açıklama ile Şeyh'in Ebû Yûsuf ve Muhammed'e yönelik eleştirisi boşa çıkmış oldu. Ancak Ebû Hanîfe'nin esas aldığı ilkeye dair bir açıklamaya ihtiyaç var. *el-Bedâi*'den naklettiğimiz ifadelerin muktezası şudur: Söz konusu meselede memur/vekil, ödemeyi [müvekkilinin zekâtı verdiği] bilmeden yapmışsa, -azli müvekkilin fiili neticesinde meydana gelmiş olacağından- kendisi için bir tazmin borcu doğmaz.

7. Mefhûm-ı muhâlefe ile Amel Etmenin Hükümü

[Teshîl] Mâlik dışındaki imamlar, zekât verilecek hayvanlar ticaret için tutulmuyorsa sâime olma şartını koşmuşlar; avâmil (tarım işlerinde kullanılan hayvan) ve havâmilde (yük taşımak için tutulan hayvanlar) zekâtı vâcip görmemişlerdir. Mâlik'e göre zekât verilecek hayvanlarda sâime olma şartı aranmaz. Nitekim Hz. Peygamber, "Her kırk koyunda bir koyun, her otuz sığırdaki bir yaşını bitirmiş dana, her kırk sığırdaki ise iki yaşını bitirmiş bir sığır zekât olarak vâcip olur." buyurmuş, hayvanların sâime olup olmasını dikkate almamıştır. Bizim gerekçemiz "Avâmilde bir şey yoktur." ve "Havâmilde zekat yoktur." hadisleridir. Mâlik'in mutlak olarak rivâyet ettiği hadis bizim rivâyet ettiğimiz hadis ile tefsir edilmiştir. Başka bir hadis ise "Sayısı beş olan sâime develerle, sayısı otuza ulaşan sâime sığırlarda zekât vardır." denilmektedir. Bu hadis saime olmanın şart olduğuna delâlet eder.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, VI, 36.

[فاضل أمير] نقول: قال في البدائع ما حاصله: «أن انعزال الوكيل إذا كان بفعل من الموكل كأن باع عبداً وكُلَّ ببيعه آخر أو دَبَّره أو أعتقه أو استُحِقَّ أو كان حر الأصل ولم يعلم الوكيل به فباعه وقبض الثمن فهلك في يده ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري ورجع المشتري على الوكيل بالثمن ٥ يرجع الوكيل على الموكل. وأما إذا كان معزولاً بموت الموكل أو جنونه فلا يرجع الوكيل في أمثالهما ولو لم يعلم به» انتهى. وبهذا اندفع ما أورده على الإمامين رأساً؛ لكن بقي الكلام على أصل الإمام؛ لأن مقتضى ما نقلناه من البدائع أن لا يغرم المأمور فيما نحن بصدده إذا دفع بغير علم؛ لأن انعزاله كان بفعل من الموكل.

١٠ .٧ العمل بالمفهوم المخالفة

[التسهيل] وشرطوا السوم في زكاة الحيوان إذا لم يكن للتجارة، فلم يوجبوا في عوامل البقر وحوامل الإبل وعند مالك لا يُشترط السوم لقوله ﷺ «في الغنم في كلِّ أربعين شاةً شاةً وفي البقر في كلِّ ثلاثين تبيعٌ وفي كلِّ أربعين مسنةً» بلا فصلٍ. ولنا ما أعقَبَه في هذا الحديث من قوله ﷺ «وليس في العوامل شيءٌ» وفي حديثٍ آخرٍ «ليس في الحوامل صدقةٌ» وما رواه من الإطلاق مفسَّرٌ بما روينا وفي حديثٍ آخرٍ «في خمسين من الإبل السائمة وفي الثلاثين من البقر السائمة» وهذا يدلُّ على شرطِ السوم.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “Sayısı beş olan sâime develerle, sayısı otuza ulaşan sâime sığırlarda zekât vardır.” hadisinden zekât alınacak hayvanlar için sâime olma şartının çıkarılmasında mefhûm-ı muhâlefe yöntemi kullanılmıştır. Bilindiği gibi bizim mezhebimizde mefhûm-ı muhâlefe-ye itibar edilmez!

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Evet, mefhûmu’s-sıfa bize göre naslarda muteber değildir. Ancak zekâta konu olan hayvanlarda sâime olma vasfının şart koşulması mefhûm-ı muhâlefe yoluyla olmamış bilakis yukarıda zikredilen her iki hadiste avâmil ve havâmil olan hayvanlarda zekâtın vâcip olmadığını ifade eden sarih ifadelerin delâletiyle çıkartılmıştır. Bu hadislerden anlaşıldığı kadarıyla hayvanlarda zekât ancak sâime olanlara mahsustur. Şeyh’in “Bu hadis saime olmanın şart olduğuna delâlet eder.” sözünün anlamı ise şudur: “Sayısı beş olan sâime develerle, sayısı otuza ulaşan sâime sığırlarda zekât vardır.” hadisinde zekâtın vâcip olduğu hayvanların sâime olarak kayıtlanması diğer iki hadiste avâmil ve havâmil türü hayvanlarda zekâtın olmayacağına dair menfi ifadeyle birleşince zekâtın vâcip olduğu hayvanlarda sâime olmanın şart olduğuna delâlet eder. Çünkü sâime hayvanlarda zekâtın vâcip olduğunu söylemekle beraber avâmil ve havâmilde zekâtın nefyedilmesi, hükmün (zekâtın vâcpliğinin) sadece üçüncüye mahsus olmasını gerektirmiştir.

8. Balın Zekâtı

[Teshîl] Bize göre öşür arazilerinden elde edilen baldan öşür alınır. Şâfiî aksi görüştedir. Bizim dayanağımız, Hz. Peygamber’in Yemen ehline yazdığı ve içinde balın öşre tabi olduğunu söyleyen mektubudur. Ayrıca bal, meyveden tevellüt eder. Öşür arazilerden elde edilen meyve öşre tâbi ise meyveden tevellüt eden bal da öşre tabi tutulmalıdır. Nitekim bal, haraç arazisinden elde edilmiş olsa bu arazilerin meyveleri öşre tâbi olmadığı için çıkacak bal da öşre tâbi olmayacaktır. Öşre tâbi olması noktasında bal, ipek böceğinin ürettiği ipektен farklıdır. İpek böceği yapraklarla beslenir; yapraklarda ise öşür yoktur. Buna bağlı olarak bu böceğin ürettiği ipekte de öşür olmaz.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “Bal, meyveden tevellüt eder.” ifadesi tartışmaya açıktır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا قول بمفهوم المخالفة وليس ذلك مذهبنا.
 [فاضل أمير] نقول: نعم أن مفهوم الصفة ليس بمعتبر في النصوص عندنا
 لكن اعتبار شرط السوم هنا ليس بطريق المفهوم بل بدلالة صريح نفي
 الصدقة في العوامل والحوامل في الحديثين المذكورين علم أن وجوب
 الصدقة مختص بالسائمة. فقوله: «وهذا يدل على شرط السوم»، معناه: هذا
 ٥ التقييد في هذا الحديث مع انضمام النفي الواقع في الحديثين الآخرين يدل
 على شرط السوم؛ لأن نفي الحكم عن كلا الضدين مع الإثبات للثالث يفيد
 القصر بالثالث.

٨. زكاة العسل

[التسهيل] ونعشُرُ عسلَ الأرضِ العُشرية لا عند الشافعي لما روي أنه ﷺ
 ١٠ «كتب إلى أهل اليمن أن في العسلِ العُشر» ولأنه يتولد من الثمار وفي الثمار
 إذا كانت في أرض العُشر عشرٌ فكذا فيما يتولد منها ولذا لو كان في الأرض
 الخراجية لم يكن فيه شيء؛ إذ ليس في ثمارها شيء وبه فارقُ دودِ القزِّ؛ لأنه
 يأكلُ الأوراقَ وليس في الأوراقِ عُشرٌ فكذا فيما يتولد منها.
 [الشيخ بدر الدين] أقول: في قوله: «إنه يتولد من الثمار» نظر.
 ١٥

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu itirazı zahiren tutarlı değildir. Çünkü mezhep imamları [balıdan öşür alınacağı hükmünü] "Sonra meyvelerin hepsinden ye!" (Nahl 16/69) âyetinden hareketle "Bal arısı çiçek ve meyveleri yer." şeklindeki sözleriyle gerekçelendirme konusunda görüş birliği içindedir. Dolayısıyla Şeyh'in "tartışmaya açıktır" sözü, çıkış noktası bakımından tartışmaya açıktır.

9. Harbîden Alınan Gümrük Vergisi

[Teshîl] Harbî olan kişi gümrük vergisini başka bir memura verdiğini söylerse, sözüne itibar edilmez. Çünkü harbîden alınan vergi, malının devlet tarafından korunması karşılığında alınmaktadır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Kendi devletine gidip Müslüman devletine ikinci defa giriş yapmamışsa harbînin bu konudaki sözü muteber kabul edilmelidir. Zira ondan alınan bu vergi ona verilen eman sebebiyledir. Verilen emanın hukukî sonuçları ise bir yıla kadar devam eder. Ancak harbî vergisini verdikten sonra kendi ülkesine gitmiş sonra aynı yıl içinde tekrar İslam devletine giriş yapmışsa bu durumda ikinci bir defa vergi vermek zorunda kalır. Dolayısıyla ikinci bir defa giriş çıkış yapmamış harbîden bir yıl içinde ikinci defa vergi almamak için sözü muteber kabul edilmelidir. Ancak konu ile ilgili mezhep imamlarından gelen rivâyet bizim mülahazamıza uymamaktadır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu problemi ortaya atan Zeylaî'dir.¹ Allâme [İbn Kemâl] *el-Îzâh* adlı şerhinin hâmişinde bu probleme cevap olacak şekilde şöyle demiştir: "Harbîlerden alınan vergi onları himaye etmenin karşılığıdır ve söz konusu himaye harbînin uğradığı bir memurdan hâsıl olduğu gibi diğer bir memurdan da hâsıl olmaktadır. Dolayısıyla himaye eden pozisyonunda olan bir memurun, hakkı olan ücreti alması diğer memurun hakkını ortadan kaldırmaz."² Esasen et-Teshîl metnindeki "Harbîden alınan vergi, malının devlet tarafından korunması karşılığındadır." sözünde bu cevaba işaret vardır.

1 Zeylaî, *et-Tebîyîn*, I, 284-285.

2 İbn Kemâl, *el-Îzâh*, I, 196-197.

[فاضل أمير] نقول: لا وجه لقوله هذا ظاهراً، لأن الأئمة متفقون في التعليل بقولهم: لأن النحل يتناول الأزهار والثمار آخذين من قوله سبحانه وتعالى: ﴿ثم كلي من كل الثمرات﴾ [النحل ١٦/٦٩] فالنظر فيه نظر في مأخذه.

٥ . أخذ أجر الحماية من الحربي

[التسهيل] فإن قال الحربي: أدبت إلى عاشر آخر لا يلتفت إلى قوله؛ إذ المأخوذ منه أجرة الحماية.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يلتفت إليه ويصدق في ادعاء الأداء إلى عاشر آخر ما لم يُعد إذ الحماية بالأمان وأثر الأمان يبقى إلى الحول ١٠ إن لم يُعد حتى لا يؤخذ منه مرتين بلا عود فينبغي أن يُصدق ولكن الرواية أنه لا يصدق.

[فاضل أمير] نقول: أصل هذا الإشكال للإمام الزيلعي وقد أجاب عنه العلامة في هامش شرحه الموسوم بالإيضاح بأن قال: «إن المأخوذ منهم أجر الحماية وقد وُجدت من هذا العامل كما وجدت من العامل الآخر ولا يسقط ١٥ حق أحدهما بأخذ الآخر حقه» انتهى. وفي قوله في الشرح: «إذ المأخوذ منه أجر الحماية» إشارة إلى هذا الجواب.

Bu cevapla birlikte ortada problem olarak duran bir nokta daha vardır ki harbî her bir defasında ayrı bir memura uğradığında ondan vergi alınır ve önceki memura verdiği dair sözü tasdik edilmezse, bu durum harbînin malının tamamen tükenmesine yol açar ve malının korunması sebebiyle alınan vergi, bizzatlı bu amacı ortadan kaldıran bir şeye dönüşür. Ayrıca bu uygulama Hıristiyan harbînin Hz. Ömer ile olan kıssasına da uygun düşmez.¹ Harbînin İslam diyarında bir yıl boyunca kalmasının mümkün olmaması, kaldığı bir yıllık sürede de malının tamamen tükenmesine yol açacak şekilde vergi memurlarına uğraması durumunun nadir olduğu, nadir olan üzerine de hüküm bina edilmeyeceği söylenerek bu problemin çözülmesi mümkündür. Allâme-i Rûmî'nin sözleri de bizim dediğimize ışık tutmaktadır. Bu tür bir uygulama harbînin malının tamamının alınması sonucunu doğurmaz. Nitekim harbî, İslam diyarına girip vergi ödedikten sonra kendi ülkesine dönse ve aynı gün içinde tekrar İslam diyarına girse ve ikinci bir defa vergi verse malının tamamı tükenmiş olmaz. Hz. Ömer'in harbî ile olan kıssasına gelince kıssadaki harbîden ikinci defa vergi almak isteyen aynı kişidir. Bizim meselemizde ise ikinci memur ilkinden farklıdır. Memur aynı kişi ise ikinci bir defa vergi alınmaması hükmünü vermek mümkündür. Anla!

10. Sebze ve Meyvelerin Zekâtı

[Teshîl] Ebû Hanîfe'ye göre zimmiye ait ritâb² denilen taze sebzedeki zekât alınmaz. Nitekim Hz. Aişe, "Hz. Peygamber ve sonrasındaki iki halife döneminde sebzelerden bir şey alınmamıştır." demiştir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Öşür konusunun başında geçtiği üzere Ebû Hanîfe'ye göre ritâb gibi kalıcı olmayan sebzelerde öşür vâciptir.

1 Zeylaî'nin de anlattığı bu kıssaya göre Hıristiyan bir harbî kıymeti yirmi bin dirhem olan bir atı satmak için dâru'lislâma girer ve orada bulunan bir vergi memuruna iki bin dirhem öder. Atı satamayınca tekrar dâru'lharbe dönmek için yola çıkar ve aynı vergi memuruna tekrar uğrar. Memur yeniden vergi vermesi gerektiğini söyleyince atı onun yanında bırakır ve Hz. Ömer'in yanına gider. Hz. Ömer elinde bir yazı mescitte arkadaşları ile oturmaktadır. Harbî derdini ona anlatır, ancak Hz. Ömer yazıya bakmaya devam eder. Hz. Ömer'den bir yardımın olmayacağını anlayan harbî ikinci defa vergi vermek için geri döner ancak Hz. Ömer'in onun problemini çözen fermanı ondan önce vergi memurunun eline geçmiştir. Bundan çok etkilenen harbî "Tabilerine bu şekilde adil olmayı öğreten bu din, hak din olmalıdır." diyerek Müslüman olur. Bk. Zeylaî, *et-Tebyîn*, I, 284-285.

2 Ritâb (t. ratbe); patlıcan, karpuz, elma, ayva, salatalık gibi bozulmadan kalma imkânı olmayan ürünlerdir. Bu gibi ürünler Ebû Hanîfe'ye göre zekâta tabi iken, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre tabi değildir.

ولكن بقي فيه كلام من حيث إن الأخذ في كل ما مر وعدم تصديقه يؤدي إلى الاستئصال ويعود الأخذ الذي وضع للحفظ على موضوعه بالنقض، على أنه لا يلائمه قصة الحربي النصراني مع عمر رضي الله عنه. إلا أن يقال: إن الحربي لا يمكن أن يقيم في دارنا حولا، فمروءه إلى عاشر حتى يلزم استئصال ماله في أقل من حول نادرًا لا يبنى عليه الحكم، وإلى ه هذا ينظر قول العلامة: والاستئصال لا يلزم به كما لا يلزم بالتعشير في يوم واحد مرتين إذا تخلل الرجوع بينهما إلى دار الحرب. وأما قصة الحربي مع عاشر عمر رضي الله عنه فقد كان من أراد التعشير فيها هو العاشر أولًا وموضوعُ مسألتنا فيما كان عاشرًا آخر فجائز أن يكون الحكم عدم الأخذ ثانيًا فيما كان العاشر واحدًا، فافهم. ١٠

١٠. هل في الخضروات زكاة؟

[التسهيل] والرطاب^١ عفوٌّ عند أبي حنيفة لقول عائشة: «مضت السنة من لدن رسول الله والخليفين بعده أن لا يؤخذ من الخضروات شيء». [الشيخ بدر الدين] أقول: مر في أول فصل العشر أنه يجب عند أبي حنيفة رحمه الله في الخضروات إلخ. ١٥

١ الرطاب: كالقثاء والبطيخ والبادنجان والسنبلون والرمان والتفاح وأشباه ذلك.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Zeylaî, *et-Tebyîn* kitabında Ebû Hanîfe'nin sebzelerin öşrünün verilmesinin gerekliliği görüşünün nakil ve kıyas yönünden delilini zikrettikten sonra şöyle demiştir: “Ebû Yûsuf ve Muhammed'in Hz. Peygamber'e nispet edilen ‘Sebzelerde zekât yoktur.’ hadisi, delil olmaya elverişli değildir. Ebu Îsâ [et-Tirmîzî] bu konuda Hz. Peygamber'den sahih olarak nakledilen bir rivâyet bulunmadığını söylemiştir. Söz konusu hadis sahih olsa bile ya zekât memurunun aldığı sadakaya hamledilir -çünkü zekât memuru, üzerinden bir yıl geçmesi hâlinde ticaret malından zekât almaktadır; bizim meselemiz ise bundan farklıdır- ya da zekât memurunun sebze kabilinden şeylerin ‘ayn’ından değil kıymetinden öşür almasına hamledilir. Zira memur bu tür ürünlerin bizatihi kendisinden zekât alması hâlinde kırsal alanda onları satın alacak kimse bulamayacağı için zarar eder.”¹

Zeylaî'nin verdiği bu malumattan anlaşıldığı üzere Ebû Hanîfe'nin, öşür konusunda taze sebze de zekât vâcip olduğuna dair görüşüyle burada söylediği arasında bir tutarsızlık yoktur. Zira orada vâcip saydığı şey, sadaka toplayanın aldığı tarladan veya bahçeden aldığı iken, burada vâcip olmadığını söylediği şey, kendisine uğranıldığı zaman zekât memurunun aldığıdır. Ebû Hanîfe'nin burada Hz. Aişe'den nakledilen hadis ile istidlal etmesi, aşikâr olduğu üzere Hz. Peygamber'den nakledilen bir hadis olarak kabul etmemesiyle çelişmez.

Bu konunun özeti şudur: Taze sebzelerden öşür alınır, ancak mal sahibi sebzeyle zekât memurunun bulunduğu yerden geçince Ebû Hanîfe'ye göre memur onun bu ürünlerinden zekât alamazken Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre alabilir. Yaptığımız bu açıklama ile Ebû Hanîfe'nin sözleri arasında bir uzlaştırma yapıldığı gibi Ebû Yûsuf ve Muhammed'in sözleri arasında da bir uzlaştırma yapılmış oldu.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, I, 292-293.

[فاضل أمير] نقول: قال في التبيين بعد ما بيّن الدليل نقلا وقياسا لمذهب الإمام يعني وجوب العشر في الخضروات أن ما ذكره أبو يوسف ومحمد في معرض الدليل من قول ﷺ: «ليس في الخضروات صدقة» ليس بشيء؛ لأن أبا عيسى^١ قال: لم يصح في هذا الباب عن رسول الله ﷺ شيء، ولئن صح فهو محمول على صدقة يأخذها العاشر؛ لأنه إنما يأخذ من مال التجارة إذا حال عليه الحول وهذا بخلافه ظاهرا، أو على أنه لم يأخذ من عينه بل يأخذ من قيمته؛ لأنه يتضرر بأخذ العين في البراري حيث لا يجد من يشتريه، انتهى.

فظهر منه أن لا مخالفة بين ما قاله الإمام في فصل العشر وبين ما ذكره هنا؛ لأن ما أوجبه هناك أخذ المتصدق في منبته وما نفاه هنا أخذ العاشر إذا مر عليه. واستمساكه بقول عائشة رضي الله عنها هنا لا ينافي رد كونه حديثا منقولا من رسول ﷺ كما لا يخفى.

فكان حاصل ما في الباب: أن العشر يؤخذ^٢ من الخضروات ولا يأخذ منها العاشر إذا مر عليه عند الإمام؛ ولا يؤخذ منها العشر ولكن يأخذ منها العاشر إذا مر عليه عند الإمامين. فحصل التوفيق بين كلامي الإمام وكذا بين القولين الصادرين منهما.

١ وهو الترميذي صاحب السنن.

٢ أ: يؤدى.

11. Zekât Âyetindeki *fi sebîlillâh* Terkibinin Kapsamı

[**Teshîl**] Zekatın sarf yerlerini açıklayan âyette geçen "*fi sebîlillâh* (Allah yolunda)" ifadesini, Ebû Yûsuf, -örf sebebiyle- savaşa katılıp yolda kalan gaziler olarak; Muhammed ise -ilgili rivâyet sebebiyle- hacca giderken yolda kalan kimseler olarak tevîl etmiştir. Muhammed'in dayandığı rivâyet şudur: Adamın biri devesini "Allah yoluna" adamış; Hz. Peygamber ona, "Devencî hacı olan birini bindir." diyerek adanan şeyin hacıya verilmesini emretmiştir. Bu gibi kimselere zekat verilebilmesi için sefer hâlinde olmaları gerekmez, fakir olmaları şartıyla zekât verilebilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Muhammed'e göre de yolda kalan gazilere zekat verilebilmelidir. Nitekim, Muhammed'e göre "malımın üçte birini Allah yoluna vasiyet ediyorum." denilerek yapılan vasiyet sadece hacılara mahsus değildir. Velhasıl onun adına tutarlılığı sağlamak için hükmün iki yerde de aynı olması gerekir söylemek gerekir. Ondan iki rivâyetin olması da muhtemeldir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bil ki; *el-Bedâi'*de de açıklandığı üzere bu meselede Hanefî mezhebinin görüşü şöyledir: Gazve ve hac için yola çıkıp yolda kalan kimseler ancak fakirlik ve ihtiyaç sebebiyle zekât alabilir.¹ Muhammed'e göre gazve sebebiyle yolda kalmış kimselerin de zekât almaya müstehak olduklarının bilinmesi için *fi sebîlillâh* ifadesinin onları da kapsadığını ayrıca ifade etmeye ihtiyaç yoktur. Zira kişiye zekât alma hakkı veren fakirlik vasfı olunca gazve sebebiyle yolda kalmış kimse fakir ise zekât almaya müstehak olduğu anlaşılabilir olur. Dolayısıyla Muhammed'e göre *fi sebîlillâh* lafzının gazileri de içine aldığını özellikle açıklamanın dikkate değer bir faydası yoktur. Vasiyet meselesi ise böyle değildir. Çünkü "Malımın üçte birini Allah yoluna vasiyet ediyorum." diye vasiyet eden kimse, vasiyetinin gazve sebebiyle yolda kalmış kimseleri de kapsadığını özellikle zikretmezse Muhammed'e göre böyle bir vasiyette onlara bir şey verilmeyeceği vehmi ortaya çıkar ki onun görüşü böyle değildir. Ona göre böyle bir vasiyet hem hac hem de gazve sebebiyle yolda kalmışlara sarf edilir. Bu sebeple de vasiyet meselesinde her iki grubun da dâhil olduğunu ifade edecek bir cümleyle tefsir etmek gereği ortaya çıkmıştır.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, II, 45-46.

١١ . شمول لفظ «في سبيل الله»

[التسهيل] وسبيل الله يؤوِّله أبو يوسف بمنقطع الغزاة للغرف، وأوِّله محمد بمنقطع الحاج لما روي أن رجلاً جعل بغيراً له في سبيل الله فأمره النبي عليه السلام أن يحمل عليه الحاج. المراد بالانقطاع أنه انقطع لعبادة الغزاة أو الحج فيصح الصرف إليه بشرط الفقر ولا يلزم أن يكونا في السفر. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يُصرف عند محمد إلى منقطع الغزاة أيضاً كما هو مذهبه في الوصية بثلثه في سبيل الله فلا يكون الحاج مخصوصاً عنده والحاصل: أنه ينبغي أن يتحدَّ الحكم في الموضوعين ويحتول أن يكون روايتان عن محمد.

١٠ [فاضل أمير] نقول: اعلم أن المذهب عندنا على ما في البدائع: أن كلاً من منقطع الغزاة ومنقطع الحاج لا يستحق الزكاة إلا بصفة الفقر والحاجة فلم يكن الاحتياج إلى التعرض بشمول «سبيل الله» على منقطع الغزاة عند محمد ليعلم أنه يكون مستحقاً لها عنده أيضاً؛ لأن مدار الاستحقاق لما كان على الفقر علم استحقاق منقطع الغزاة إذا كان فقيراً، فلا فائدة يعتد بها في بيان أن لفظ «في سبيل الله» شامل على منقطع الغزاة عند محمد. ولا كذلك الوصية؛ لأن ١٥ فيها لو لم يبين شمول «في سبيل الله» على منقطع الغزاة عند محمد لأوهم أن في الوصية بثلثه «في سبيل الله» لا يصرف إلى منقطع الغزاة شيء منه عند محمد وليس مذهبه هكذا بل الصرف إليه وإلى منقطع الحاج، فلزم تفسيره في الوصية بما يشملهما.

ORUÇ

1. Orucun Bozulmaması Hususunda Uykunun Unutmaya Kıyası

[**Teshîl**] Bize göre kendisiyle ilişkiye girilen kadın uykuda da olsa veya akıl hastası (mecnûne)¹ da olsa bu orucu kaza etmesi gerekir. Bize göre uyurken ağzına su dökülen kişi de bunlar gibidir. Züfer'e göre bu durumlarda oruç bozulmuş olmaz. Çünkü orucu bozma kasıtları olmadığı için bu kişiler unutarak yiyecek ve içecek kimse gibidirler. Hatta ona göre bu kişiler, oruçlarının bozulmaması noktasında daha ileri derecededirler. Züfer'e şöyle cevap verilebilir: Bu meselelerde orucu bozan şeyin sebebi, oruçta hak sahibi olan Allah değil, kuldur. Bu nedenle de anılan durumlarda orucun bozulduğuna hükmetmek gerekir. Unutma meselesinde ise unutturan Allah'tır; o sebeple unutarak yiyecek ve içecek kimse bu fiilleri hiç yapmamış gibi kabul edilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Uyku ve delilik de tıpkı unutma gibi hak sahibinden (Allah) kaynaklanmıştır. Dolayısıyla burada orucu bozan şey kul kaynaklı olsa da yine kul kaynaklı olan unutmanın orucu bozmaması gibi orucu bozmamalıdır. Sözüün özü: Unutan kişide orucu bozan şey unutan kişinin kendisinden kaynaklanırken, yukarıdaki meselelerde kişinin kendisinden değil başka birilerinden kaynaklanmıştır. Bu başka birileri de müdahale ettiği kişilerin oruçlu olduklarını bilmektedirler. Unutan kişinin durumu ile bu kişilerin durumu arasındaki bu kadarlık bir farkın orucun bozulup bozulmaması konusundaki hükme tesir etmesini kabul etmiyoruz. Zira orucun bozulmaması noktasında oruç tutanın bizzat kendisinin şuuru ve iradesinin olmaması yeterli olup dışarıdan müdahale edenlerin şuurlu olup olmaması muteber değildir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in "Bu kadarlık bir farkın hükme tesir etmesini kabul etmiyoruz." sözünü kabul etmekle beraber ona şöyle cevap verebiliriz: Unutarak yeme hâlinde orucun bozulmaması kıyasa aykırı olarak sabit olduğu için başka şeylerin unutmaya kıyas edilmesi câiz değildir. Ayrıca Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinde de denildiği gibi² unutma sonucunda yeme içme, akıl hastası kadın (mecnûne) ile cinsel ilişkiye girilmesinin aksine çokça meydana gelen bir hadisedir.

1 Akıl başında olmayan kişinin mükellef olmadığı, dolayısıyla da onun oruç tutmakla ve orucu kaza etmekle sorumlu tutulamayacağı akla gelebilir. Ancak burada kadının gelgit akıllı olduğu ve aslında akli başında iken oruca başlayıp, aklının gittiği sırada kendisiyle cinsel ilişkiye girildiği düşünülmelidir. Öte yandan metinde yer alan "mecnûne" (aklı başında olmayan kadın, deli) ifadesinin aslında "mecbure" yani cinsel ilişkiye zorlanmış kadın olduğu, ancak Muhammed döneminden itibaren fıkıh kitaplarına müstensihler tarafından yanlış yazıldığı ve bu yanlışın yaygın hâle geldiği de söylenmiştir. Bk. İbnü'l-Hümâm, *Fet-hu'l-Kadir*, thk. Abdurrezzak Galib, Beyrut Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003, II, 384-385.

2 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, I, vr. 105b.

كتاب الصوم

١. قياس النوم على النسيان في عدم إفطار الصوم

[التسهيل] أمرنا بقضاء الموطوءة نائمةً أو مجنونةً، ومن ضَبَّ في فمه ماء

نائماً، وله^١ النسيان بل أولى لعدم قصد الفطر منه هنا مع عدم التذكر. أجيّب:

٥ بأن المفطرُ وجد هنا من قبل غير صاحب الحق فوجب الحكم بالفساد، والنسيان حصل من قبل صاحب الحق فألحق فعله بالعدم.

[الشيخ بدر الدين] أقول: النومُ والمجنونُ من قبل صاحبِ الحقِّ كالنسيانِ

فينبغي أن لا يُعتبر المفطرُ في حقِّهما وإن كان المفطرُ من قبل العبدِ كما أن المفطر

لم يُعتبر في حقِّ الناسي وإن كان المفطرُ من قبل العبدِ. وغايةُ الأمرِ أن المفطر

١٠ في الناسي من جهة الناسي وفيهما من جهةٍ غيرهما مع علم ذلك الغير بأنهما

صائمان ولا نسلّمُ أن هذا القدرُ من الفرقِ يوجب الافتراقَ في الحكمِ لأن عدمَ

شعورِ الصائمِ كافٍ في العذرِ ولا اعتبارَ بشعورِ غيره.

[فاضل أمير] نقول: بعد تسليم قوله: «هذا القدر من الافتراق لا يوجب إلخ»

إن عدم لزوم القضاء في النسيان ثبت على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره،

١٥ وأيضاً النسيان مما يكثر وقوعه بخلاف الموطوءة مجنونة كما في شرح المجمع

للآياثلوغني.

2. İlacın İçeriye İşlemesi

[**Teshîl**] Baştaki yaraya (âmmе) veya vücudun diğer yerlerindeki yaraya (câife) akıtılan ilacın beyin veya mideye ulaşması Ebû Hanîfe'ye göre orucu bozar. Bu kişi anılan ilaçları -oruçlu olduğunu- unutarak koymuşsa orucu bozulmuş olmaz. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre baş veya vücudun diğer yerlerindeki bir yaraya konulan ilaç orucu bozamaz. Zira yaranın bazen açılıp bazen kapanması sebebiyle konulan ilaçların kesin bir şekilde içeriye nüfuz ettiği bilinemez. Ayrıca ulaşacak olan şeyler (ilaçlar) içeriye ulaşsa da asıl menfezden ulaşmamıştır. O hâlde vücuda giren ok veya mızrağın orucu bozmaması gibi, yaraya konulan ilaç da orucu bozmamalıdır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Ebû Yûsuf ve Muhammed'e şöyle bir itiraz yapılabilir: Bir kimseye batmış mızrak çıkarılırken mızrağın başı vücut içinde kalsa orucu bozulur. Oysa ulaşacak olan şey içeriye ulaşsa da asıl menfezden ulaşmamıştır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Muteber kitaplarda açıklandığı üzere bu konuda fakihlerimizce dikkate alınan iki husus vardır. Bunlardan biri, vücuda giren şeyin içeriye ulaştığından emin olunması, diğeri de içeriye giren şeyin orada kalmasıdır (istikrar). Ebû Hanîfe'den rivâyet edilen, konulan ilacın kuru olması hâlinde orucun bozulmaması buna mukabil yaş ise bozulması görüşü, yine Ebû Yûsuf ve Muhammed'den nakledilen, vücuda giren şey, aslî menfezlerden girmişse orucun bozulması aksi hâlde bozulmaması görüşü, esasen, ilacın yaş olması veya girişin aslî bir menfezden olması durumunda vücudun içine ulaştığının kesin olarak bilineceği dolayısıyla orucun bozulacağı; ilacın kuru olması veya girişin aslî menfezler dışından olması durumunda ise vücudun içine ulaştığının kesin olarak bilinemeyeceği dolayısıyla orucun bozulmayacağı kabulü üzerine mebnidir.

Fakihlerin, mızrağın başının vücut içinde kalması hâlinde orucun bozulacağına dair görüşleri, mızrak ucunun vücudun içine girdiğinin kesin olarak sabit olması ve orada kalması esasına mebnidir. Buna göre mızrak ucunun vücut içine ulaştığı kesin olarak sabit olmamışsa oruç bozulmaz. Zeylaî'nin *et-Tebyîn*'deki şu ifadeleri dediğimize delâlet etmektedir: "Kudûrî, yaraya konulan ilacın orucu bozmasında ilacın yaş olmasını şart koşmuştur. Bu Muhtasar'da (*el-Kenz*) ise bu şart zikredilmemiştir. Zira orucun bozulmasında esas olan, ilacın vücudun içine ulaşip ulaşmaması olup ilacın yaş veya kuru olması değildir. Kudûrî, normalde yaş olan ilaç vücudun içine nüfuz ettiği için bu şartı koşmuştur."¹

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, I, 329-330.

٢. نفوذ الدواء إلى الجوف

[التسهيل] ووصول الدواء من أمةٍ أو جائفةٍ إلى الجوف والدماع مُفسد عند أبي حنيفة للنفوذ ذاكراً صومه بخلاف نسيانه، ولهما عدمُ تيقن النفوذ لانضمام المنفذ مرةً واتساعه أخرى وأن الواصل وصل إلى جوفه لا بمنفذ أصلي فلا يفسد صومه كما لو طُعن برمح أو سهم. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: يردُّ على هذا الوجه أنه لو طُعن برمح فأخرجه وبقي الرُّجُّ في جوفه يفسد صومه مع أن الواصل وصل إلى جوفه لا بمنفذ أصلي.

[فاضل أمير] نقول: إن المعتبر في هذا الباب عند علمائنا على ما صرح في المعتبرات الأمران: ^١ التيقن بالوصول إلى الجوف والاستقرار فيه. فما روي عن الإمام من أنه إذا كان الدواء رطبا يفطر لا يابساً، وكذا ما روي عنهما من أن الدخول إذا كان من المنفذ الأصلي يفطر لا من غيره فمبني على أنه إذا كان رطبا أو إذا كان الدخول من منفذ أصلي يتيقن بالوصول إلى الجوف فيفطر ولا يتيقن به إذا كان يابساً أو دخل من غير منفذ أصلي فلا يفطر. ١٠

فقولهم بالإفطار فيما بقي الزج في الجوف بناء على وجود اليقين بوصوله إلى الجوف واستقراره فيه حتى لو علم أن الزج لم يصل إليه لا يفسد صومه ويدل عليه ما ذكره الزيلعي بقوله «وشرط القدوري أن يكون الدواء رطبا ولم يشترط في هذا المختصر»^٢ لأن العبرة للوصول إلى الجوف لا لكونه رطبا أو يابساً. وإنما شرطه القدوري؛ لأن الرطب هو الذي يصل إلى الجوف عادة» انتهى. ٢٠

١ خبر إن، عرف بلام التعريف للحصر.

٢ يعني الكنز للنسفي.

Dolayısıyla iddiasını terviç etmek üzere Şeyh'in, "ulaşacak olan şey içeriye ulaşıya da" ifadesi üzerinden dile getirdikleri yersizdir. Zira içeriye ulaştığı yakinen biliniyorsa orucun bozulduğuna hükmedilir; orucun bozulmayacağını söylemek ise, içeriye ulaştığının yakinen bilinmemesinden dolayıdır. Sanırım Şeyh, "ulaşacak olan şey içeriye ulaşıya da" sözünün -orucun bozulmadığını göstermek üzere- Ebû Yûsuf ve Muhammed tarafından "kesin bir şekilde içeriye nüfuz etmez" sözüne atfen dile getirilmiş ayrı bir delil olduğunu zannetmiştir. Ancak durum onun zannettiği gibi değildir. Bilakis "kesin bir şekilde içeriye nüfuz etmez" ifadesi, "yanarın bazen açılıp bazen kapanması" cümlesine atfedilmiş olup, yaraya konulan şeyin içeriye tam olarak nüfuz ettiğinin kesin olarak bilinmemesinin diğer bir illetidir. "Yaraya konulan ilaç da orucu bozmamalıdır." sözü "kesin bir şekilde içeriye nüfuz etmez" sözünün bir fer'i olup "ulaşacak olan şey içeriye ulaşıya da." cümlesinin fer'i değildir.

Bu, büyük fakihlerimizin söylediklerine muvafık delilli bir açıklamadır. Zikrettiğimiz bu özetin haklılık derecesini bizzat tekit etmek istersen *Bedâi'ûs-Sanâi'*e müracaat edebilirsiniz.

3. Keffâretin Tedâhülü

[**Teshîl**] Bir kimse bir ramazan boyunca orucunu birkaç defa kasden bozsa -Şâfiî'nin aksine- bize göre tek bir keffâret yeterlidir. Çünkü keffâret, -tıpkı had gibi- bir cezadır Şâfiî'ye göre ise keffâretin sebebi tekerrür ettiği için, -tıpkı iki ayrı yemin gibi- keffâret de tekerrür eder.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu ifade, yemin keffâretinin tedâhül etmeyeceğine delâlet eder. Hâlbuki *el-Câmi'* şerhlerinde (*el-Cevâmi'*) tilavet secdesi bahsinde açıkça yemin keffâretinin tedâhül edeceği belirtilmektedir. Çelişkiyi gidermek adına şöyle cevap vermek mümkündür: Yemin keffâretlerinin tedâhül edeceği yer, yeminin tek, bozmanın ise müteaddit olduğu yerdir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu cevap, Şeyh'in, kendi fikhî çıkarımı değildir. Birçok fakih daha önce bu cevabı zikretmiştir.

فلا يرد ما أورده الشيخ بكلام ممؤه حيث قال لترويج ما ادعاه «مع أن
الواصل وصل إلى جوفه» والحال أنه لو علم الوصول إلى الجوف يقينا
لحُكِمَ بالإفساد بل كان القول بعدم الإفساد من عدم العلم بالوصول يقيناً.
ولعل أن الشيخ رحمه الله قد ظن أن قوله: «وأن الواصل وصل إلى جوفه إلخ
« دليل آخر من طرف الإمامين لعدم الإفساد معطوفا على قوله: «عدم تيقن
النفوذ» وليس كذلك بل هو عطف على قوله: «لانضمام المنفذ» فيكون هو
علة أخرى لعدم تيقن النفوذ. وقوله: «فلا يفسد صومه» متفرع على قوله:
«عدم تيقن النفوذ» لا على قوله: «وإن الواصل وصل إلخ».
هذا هو التحقيق الموافق لما ذكره المشايخ الفحول. وإن شئت التيقن
بحقية هذا الملخص المحصول فراجع إلى بدائع الصنائع. ١٠

٣. التداخل في الكفارات

[التسهيل] ونحكم بتداخلها؛ لأنها عقوبة كحد لا عند الشافعي لتكرر
السبب فيتكرر كيمينين.
[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يدل على عدم تداخل كفارة اليمين، وفي
باب سجدة التلاوة من الجوامع مصرّح بأن كفارة اليمين تتداخل أيضاً ويمكن
الجواب: بأن موضع التداخل هو أن يكون اليمين واحدةً والحنث متعدداً.
[فاضل أمير] نقول: ليس هذا الجواب من
مخترعات الشيخ تفقهاً بل ذكره كثير من المشايخ؛

Mesela *el-Bedâi'*de şöyle denilmiştir: “Bir kimse dört karısına zihâr yapsa dört keffâret vermesi gerekir. Karılarından her birine ayrı ayrı zihâr yapmış olmasıyla tek bir söz ile dördüne birden zihâr yapmış olması aynıdır. Şâfiî'ye göre tek bir söz ile zihâr yapmışsa tek bir keffâret yeterli olur. Şâfiî'nin delili şudur: Kariyi kocaya haram hâle getiren iki sebepten biri îlâ diğeri zihârdır. Bir kimse dört karısına birden “Vallahi size yaklaşmayacağım.” diye yemin ettikten sonra onlara yaklaşıncı bir keffâret ödemesi gerekiyorsa tek bir sözle dördüne birden zihâr yapması durumunda da bir keffâret ödemesi yeterli olmalıdır.¹ Bize göre zihâr ile îlâ farklı olduğu için zihârın îlâya kıyas edilmesi uygun değildir. Zira tek bir söz ile zihâr yapıldığında bu söz karılardan her birini ayrı ayrı içine alır ve kişi her bir karısına müstakil olarak zihâr yapmış olur. Zihâr kariyi, kocasına haram kılar ve bu haramlık ancak keffâret ile kalkar. Haram kılma taaddüt edince îlânın aksine keffâret de taaddüt eder. Zira îlâdaki keffâret, karısına yaklaşmayacağına Allah'ın ismini anarak yemin eden kimsenin sözündeki Allah isminin yeminden vazgeçilmesi hâlinde saygınlığını korumak için meşru kılınmıştır. Yemindeki Allah ismi tek bir defa kullanılmış olduğu için tek bir keffâret yeterli görülmüştür.

4. Zorunlu Hâllerde İtikâfın Bozulması

[**Teshîl**] Hastalık ve mescidin yıkılması, itikaf yapan kişi açısından mazeret sayılır. Ancak dışarıda gereğinden fazla durması durumunda itikâfi bozulur; bununla beraber günah işlemiş olmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Hastalık ve mescidin yıkılması hâli, nadir vuku bulan ve vukuu kesin olmayan hadiselerdendir. Nadiren vuku bulan şeyler, -teyemmüm bahsinde geçtiği gibi- dikkate alınmaz. Dolayısıyla, bu sebeple çıkması durumunda itikafının bozulması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bildiğin gibi Şeyh'in vukuu nadirdir diyerek teyemmüm için mazeret kabul etmediği durum, şehir içinde soğuk sebebiyle suyu kullanma hâlinde helak olma endişesidir. Hastalık ise nadir vuku bulma bakımından, şehir içinde soğuk suyu kullanma hâlinde helak olmaktan korkmak gibi değildir. Bu nedenle iki mesele arasında fark vardır.

1 Paragraf başından buraya kadar olan kısım *el-Bedâi'*den alınmıştır. Kâsânî, *Bedâi'ü's-Sanâi'*, III, 234.

قال في البدائع: «ولنا الفرق بين الظهر والإيلاء وهو أن الظهر وإن كان بكلمة واحدة فإنما يتناول كل واحدة منهن على حيالها فصار مُظَاهِرًا من كل واحدة منهن. والظهر تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة فإذا تعدد التحريم يتعدد الكفارة بخلاف الإيلاء؛ لأن الكفارة ثمة تجب لحرمة الله تعالى جبرًا لهتكه والاسم اسم واحد فلا تجب إلا كفارة واحدة. ٥

٤. فساد الاعتكاف بالأعذار

[التسهيل] ومن الأعذار: المرضُ وانهدامُ المسجدِ. فيفسدُ اعتكافُه إذا مكثَ مدةَ الفسادِ إلا أنه لا يأثمُ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: المرضُ وانهدامُ المسجدِ نادِرٌ وقوعُه وليس بقطعيّ الوقوعِ والنادِرُ لا يُعتبرُ عذرًا كما مرَّ في التيممِ فينبغي أن يفسدَ اعتكافُه إذا خرَجَ به. ١٠

[فاضل أمير] نقول: أنت خبير بأن الأمر الذي حكم بندرتَه وعدم اعتباره عذرا في التيمم هو الخوف عن الهلاك في استعمال الماء من البرد في المصر، ووقوع المرض في الندرة ليس كندرة الخوف من الهلاك في المصر فافترقا. ١٥

5. Şevval Orucunun Peşpeşe Tutulmasının Hükümü

[Teshîl] Şevval ayında bayramdan sonra peşpeşe altı gün oruç tutulması bir görüşe göre mekruhtur. Mekruh olmadığı da söylenmiştir. Buna göre oruç Şevval ayına serpiştirilirse kerahetten uzak olur.

5 [Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Mekruh olan altı orucun peşpeşe tutulmasıdır. Bir görüşe göre mekruh değildir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Mevla Ahî Çelebî, Sadruşşerîâ'nın *el-Vikâye* şerhi üzerine yazdığı hâşiyesinde şöyle demiştir: “Ramazan ve peşi sıra Şevval ayında tutulan altı günlük orucun bir senelik oruca tekabül etmesinin sebebi şudur: Yüce Allah'ın ‘Kim bir iyilikle gelirse ona on katı ile mükâfat verir.’ (Neml 28/64) buyruğu, Ramazan ayında tutulan orucun üç yüz güne denk olmasını, Şevval ayında tutulan altı günün ise altmış güne denk olmasını iktiza eder. Ramazan ile Şevval birleşince senenin tamamı oruçlu olarak geçirilmiş olur.”¹ [İsmail es-Sivâsî] *el-Mültekâ* üzerine yazdığı *el-Ferâid* adlı şerhinde şöyle demiştir: “Ramazan ve peşi sıra Şevval'de tutulan altı günlük orucun bir yıla denk gelmesinin sebebi ile ilgili yapılan bu açıklama isabetli değildir. Zira zikredilen sebep söz konusu sevabın Ramazan ve Şevval'de tutulan oruca tahsis edilmesi için özel bir anlam ifade etmez. Âyet, senenin neresinde olursa olsun otuz altı gün tutulan orucun bir yıla denk gelmesini gerektirmektedir. Ayrıca söz konusu gerekçelendirme Âdemoğlunun yapmış olduğu her bir hasene on katından başlanarak yedi yüz katına kadar sevapla ödüllendirilir ancak oruç bundan müstesnadır. Orucun sevabı bana aittir ve onun karşılığını ben veririm.’ hadisinde zikredilen ifadelere de aykırıdır.”²

25 Dikkatli ve titiz araştırmacılara aşikâr olduğu üzere Sivâsî'nin “Zikredilen sebep söz konusu mükâfatın Ramazan ve Şevval'de tutulan oruca tahsis edilmesi için özel bir anlam ifade etmez.” sözü temelsizdir. Zira fıkıh usûlü ilminde bilindiği üzere naslarda mefhûm-ı muhâlefeye itibar edilmez. Şevval ayında tutulan altı günlük orucu Ramazan'ın peşi sıra tutma hakkında varit olan hadiste bir senelik oruca tekabül etmenin bu şekilde tutulacak oruca mahsus olduğuna dair bir delil yoktur. Dolayısıyla senenin neresinde olursa olsun otuz altı gün tutulacak orucun bu mükâfatla karşılık bulacağına hükmetmeye bir mani bulunmamaktadır.

1 Ahî Çelebî (Ahizâde), Molla Yusuf b. Cüneyd (ö. 905/1500), *Zehîretü'l-Ukbâ fi şerhi Sadri'î-Şerî'ati'l-Uzmâ (Hâşîye alâ Şerhi'l-Vikâye)*, Süleymaniye Ktp., Ragıp Paşa koleksiyonu, nr. 480, vr. 119b.

2 Sivâsî, *el-Ferâid*, I, vr. 138b.

٥. صوم ستة أيام من شوال

[التسهيل] قيل: تتابع صوم الستة بعد الفطر يكره وقيل: لا ولو فرَّقها في شوال فهو أبعد من الكراهة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: تتابع صوم الستة يكره وقيل: لا.

٥ [فاضل أمير] نقول: قال مولانا أخي جلبي في حاشيته على صدر الشريعة: «ولم يهك كون إتياع صوم هذا الست بصوم رمضان مثل صوم السنة هو أن قوله عز وجل: ﴿مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا﴾ [الأنعام ١٦٠/٧] يقتضي أن يكون صوم شهر رمضان كصوم ثلاثمائة يوم وصوم الست المذكور كصوم ستين يوما وهذا المجموع هو السنة الكاملة». وقال في شرح الملتقى المسمى بالفرائد: «يقول الفقير: هذا ضعيف؛ لأن لميته لو كان هذا لما كان لتخصيصه بـرمضان والست بعده وجبة، لأنه يحصل صوم السنة على مقتضى هذه الآية إذا صام ستة وثلاثين يوما من أي شهر كان، وأيضا ينافيه ما ورد في الحديث القدسي وهو قوله: كل حسنة يعملها ابن آدم يضاعف من عشر إلى سبعمائة ضعف إلا الصوم فإنه لي وأنا أجزي به» انتهى.

١٥ ولا يخفى على المتتبع المتدرب أن ما قاله: «لما كان لتخصيصه بـرمضان والست وجه» ليس له وجه؛ لأن المفهوم ليس بمعتبر في النصوص على ما عرف في موضعه، فلا دلالة في الحديث المذكور الوارد في إتياع صوم رمضان بست من شوال على اختصاص أن يكون كصوم السنة بهذا الإتياع، فلا مانع لجريان هذه الصيرورة في كل صوم ستة وثلاثين.

Ayrıca hâşiye sahibi Ahî Çelebi'nin, hadisin anlamlandırılması hakkında selef imamlardan naklettiklerinde Kur'ân-ı kerimin yukarıda zikredilen âyetinden çıkarılmış bir nüktenin beyanı vardır. Bu türden hüküm varit olduktan sonra yapılan taliller illetin bulunduğu her yerde hükmün bulunmasını gerekli kılmaz. Nitekim âlimlerin dediği gibi bir şeyin isimlendirme (tesmiye), nükte ve diğer bir şeyle münasebet ciheti; isimlendirme, nükte ve münasebetin olduğu her yerde o şeyin bulunmasını gerektirmez.

Sivâsî'nin, Ahî Çelebi'nin zikrettiği görüşün hadis-i kudsîye aykırı olduğuna dair söyledikleri isabetli değildir. Zira Sivâsî'nin söylediği isabetli olsaydı söz konusu çelişki -Ramazan ayına Şevval'den altı gün ilave edilmesi hakkındaki hadisin yukarıda izah edilen tevili bir tarafa bırakılacak olursa- Hz. Peygamber'in "Kim Ramazan orucunu tutar da ardından Şevval ayından altı gün oruç daha tutarsa bütün bir seneyi oruçlu geçirmiş gibi olur." hadisi ile Sivâsî'nin zikrettiği hadis-i kudsî arasında olurdu.

Doğrusu iki hadis arasında bir çelişki söz konusu değildir. Çünkü Ramazan orucu ve ardından tutulan Şevval ayından altı günlük orucun Yüce Allah'ın vaadi gereği bir seneye tekabül etmesi, eksiklik ve iptale ihtimal olmayacak şekilde kesindir. Bunun ötesinde yapılan amele on katından yedi yüz katına kadar yapılacak ziyade veya amele bedel olarak yalnızca Yüce Allah'ın bildiği bir karşılığın verilmesi, kıyamet günü Allah'ın kadim olan meşîetinin taalluk edeceği şekilde bazı kullar için söz konusu olması aynı şekilde kesindir. O hâlde Ramazan'dan sonra altı gün tutulan orucun sevabı ile ilgili hadisten maksat, oruç ibadetine terettüp eden manevi mükâfatların en azına vurgu yapmaktır. Nitekim hadis-i kudsîde yapılan amele on katından yedi yüz katına kadar sevap verileceğine dair ferman buyrulan söz buna işaret etmektedir.

Yapılan amele verilecek manevi mükâfatın en azının on katı sevap olacağına *Şir'at* şârihinin orucun faziletleri bahsi altında söyledikleri delâlet etmektedir. Orada şöyle denilmiştir: Her aydan üç gün yani *eyyâmü'l-bîd* günleri oruç tutmanın bütün bir ömrü oruçlu geçirmek gibi olduğu hadiste buyrulmuştur. Zira yapılan iyi bir amelin karşılığı en az on katı sevaptır.

على أن ما نقله المحشي أخي جلبي في توجيه الحديث المذكور من الأئمة الأسلاف بيانٌ نكتة في التعبير الواقع مستخرجة من النظم المبين. وفي أمثال هذا التعليل الذي يكون بعد الوقوع لا يلزم الاطراد على ما قيل: إن وجه التسمية والنكتة والمناسبة لا يستلزم الاطراد.

٥ ثم ما ذكره^١ من أنه ينافيه ما ورد في الحديث القدسي فليس على ما ينبغي؛ لأنه لو كان قوله هذا واقعا لوقعت المنافاة بين الحديثين؛ الحديث المذكور يعني قوله ﷺ: «من صام رمضان فأتبعه ستا من شوال كان كمن صام سنة»، والحديث القدسي الذي أورده الشارح المذكور مع قطع النظر عن الوجه المذكور توجيهها للحديث الوارد في إتياع صوم رمضان.

١٠ فالحق هو أن لا منافاة بينهما؛ لأننا نقول: إن كون صوم رمضان وست بعده كصوم سنة أمر متحتم لا يحتمل النقص والنقص على ما اقتضاه وعده الكريم، وأما الزيادة على العشرة إلى سبعمائة والتعويض عنه بما لا يكتنه كنهه إلا ذاته الكريم فهو أيضا مقطوع الحصول لبعض العباد يوم التناد على ما تعلق به مشيئته القديمة فيكون المراد مما في الحديث الوارد في إتياع الست التنصيص بأدنى المقادير المترتبة على عبادة الصوم ويلوّح إلى هذا المعنى ما في الحديث ١٥ القدسي قوله: «من عشر إلى سبعمائة».

ويدل على كون العشرة أدنى مراتب الحسنة الواحدة ما قاله شارح الشريعة في فصل فضائل الصيام من أنه: «ذكر في الحديث أن ثلاثة من كل شهر يعني صوم أيام البيض كصيام الدهر كله؛ لأن أدنى مراتب الحسنة أن يكون بعشر أمثالها» انتهى. ٢٠

Bize göre konu hakkında yukarıda zikredilen hadis ile hadis-i kudsi arasında şöyle hassas bir uzlaştırma yapılabilir: Bir günlük orucu on günlük oruç gibi saymaktan maksat, bir amelin ölçüsünü on yapmak olup bir günlük oruca terettüp edecek karşılığı on saymak değildir. Buna göre
5 hadisin anlamı şöyle olmaktadır: Ramazan orucunu ve Şevval'den altı günlük orucu tutmak, üç yüz atmış gün oruca verilecek sevaba bakarak değil de amelin ölçüsüne bakarak üç yüz atmış gün oruç tutmak gibidir. Zira her bir gün tutulacak oruca verilecek ecrin hiç kimsenin sayamayacağı kadar çok olması mümkündür. Yani otuz altı günden her bir gün için değil, otuz
10 altı günün her günü için on günlük oruç sevabı verilmesi itibarıyla üç yüz atmış günden her bir gün için sınırsız mükâfat olacaktır.

Mütalaa edenlerin ihlaslı dualarını kazanmak için bu hâşiyede iltizam etmediğimiz hâlde bu meselede sözü bu kadar uzatmış oldum.

6. Nezredilen İtikâfta Camiye Girilmesi Gereken Vakit

[**Teshîl**] Bir kimse tek bir gün itikâfa girmeyi nezretse niyeti sahih olur. Bu durumda kişi güneş doğmadan önce mescide girer ve güneş batıncaya kadar mescitten ayrılmaz. İki gün nezretse güneş batmadan önce mescide girmesi ve ikinci gün güneş batmadan önce çıkmaması gerekir. İki günden fazla nezretmesi durumunda güneş batmadan önce mescide girer. Bir ay
20 nezretmesi hâlinde de aynı hüküm geçerlidir. Birkaç gün nezretmesi hâlinde ise güneş doğmadan önce girer.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Metinde geçen “Güneş doğmadan önce mescide girer.” ifadesi, daha evvel bahsi geçen, “İki gün nezredildiğinde ilk gece de nezre dâhil olur.” hükmüyle çalışmaktadır. Nitekim orada güneş
25 batmadan önce mescide girmek gereklidir denilmişti.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in söylediklerine şöyle cevap vermek mümkündür: Onun burada fetva kitaplarından naklettiği görüş, kişinin “Günlerce itikâf yapacağım.” demesi ve bu sözüyle sadece gündüzleri itikâf yapmayı nezrettiğine niyet etmesi hâlinindedir. Nitekim daha önce geçtiği üzere
30 bir kimse günlerce itikâf yapmayı nezretse ancak sadece gündüzleri itikâfta geçirmeye niyet ettiğini söylese sözü tasdik edilir. Her iki rivâyeti uzlaştırmak için meseleyi açıkladığımız şekliyle yorumlamak gerekmektedir.

هذا ولاح لنا وجه توفيق دقيق بين الحديثين وهو أن المراد من جعل صوم يوم كصوم عشرة أيام جعل واحد من معيار العمل عشرة لا جعل واحد من الجزاء المترتب على صوم واحد عشرة، فيؤول المعنى إلى أن صوم رمضان وست من شوال كان كصوم ثلاثمائة وستين يوماً بالنظر إلى معيار العمل لا بالنظر إلى أجر يترتب على صوم ست وثلاثين يوماً بل جائز أن يكون أجر كل يوم ما لا يعده عادً فكيون له أجر غير معدود لكل يوم من ثلاثمائة وستين يوماً باعتبار أن كل يوم من ستة وثلاثين يوماً كعشرة أيام لا لكل يوم من ستة وثلاثين. وإنما أطنبنا الكلام في هذا المقام مع أنه خارج عما التزمنا لجذب الدعاء الصالح من الناظرين.

١٠ . ٦ . وقت دخول المسجد في الاعتكاف المنذور

[التسهيل] ولو نذر أن يعتكف يوماً صح فيدخل المسجد قبل طلوع الفجر ولا يخرج حتى تغرب، وفي اليومين يجب أن يدخله قبل غروب الشمس ولا يخرج إلى غروب شمس اليوم الثاني؛ وكذا في الأيام الكثيرة يدخل قبل غروب الشمس، وكذا في شهر يلزمه الدخول قبل الغروب. ولو قال: أياماً يدخله قبل طلوع الفجر. ١٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: قوله: يدخله قبل طلوع الفجر ينافي ما مر من أنه لو نذر يومين يدخل الليلة الأولى فإنه ذكر ثمة أنه يجب دخوله قبل الغروب. [فاضل أمير] نقول: يمكن أن يقال: إن ما نقله هنا من الفتاوى يجوز أن يكون فيما قال^١ أياماً ونوى بها النهْر، وقد ذكر أنه إذا نوى النهْر فيها يصدق والحمل على هذا يلتزم ليحصل التلفيق بين الروایتين. ٢٠

HAC

1. Mikatı İhramsız Olarak Geçen Kimse Hakkında Züfer'in Görüşü

[Teshîl] Mikat sınırını ihramsız geçtikten sonra tekrar mikata dönüp ihrama oradan giren kişinin ceza olarak bir şey ödemesi gerekmediğinde ittifak vardır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: *Mecma'ül-Bahreyn* ve şerhinde bu meselede Züfer'in farklı bir görüşü olduğu ifade edilir. Ancak Züfer'e nispet edilen bu farklı görüş Hanefî mezhebinin *el-Hidâye*, *el-Kâfi* gibi meşhur kitaplara aykırıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh “bu mesele” derken, mikatı ihramsız olarak geçtikten sonra tekrar mikata dönüp oradan ihrama girme meselesini kastetmektedir. Biz yanımızda bulunan kitapları karıştırdık ve *Hakâiku'l-Manzûme* sahibinin, *Manzûmetü'l-Hilâfta* zikredilen bir ibareye edilebilecek bir itiraza yönelik ifadeleri dışında *Mecma'ül-Bahreyn*'de Züfer'in bu meselede muhalif olduğunu ifade eden rivâyete muvafık bir rivâyete rastlamadık. *el-Hakâik*'te denilenlerin özeti şudur: Mikatı ihramsız geçen kimse Mekke'ye girdikten sonra hac menasikinden birine başlamadan önce tekrar mikata döner ve farz olan hacc için oradan ihrama girerse bize göre dem cezası düşer; Züfer'e göre düşmez.

el-Hakâik sahibinin söz konusu meselede *el-Manzûme*'den naklettiği tasavvurda “Mekke'ye girme” kaydı olmasaydı; yine tartıştığımız konuda *ed-Dürer* ve *el-Gurer*, *el-Îzâh* ve *el-İslâh*'ta zikredildiği gibi, mikat sınırını ihramsız olarak geçen kimse, “umre veya hac yapmayı kastederse” ifadeyle kayıtlanmasaydı, *Manzûmetü'l-Hilâfta* zikredilen ibareyi *el-Mecma*'da zikredilen ibareyi destekleyecek bir ifade olarak kabul edebilirdik. Ancak bu iki kayıt *el-Mecma*'da zikredilenle uyuşma imkânı bırakmamaktadır. Bu meselede sözün özü şudur: *el-Mecma*' sahibi, Züfer'e nispet ettiği görüşte tek kalmış olup, metin ve şerh sahiplerinden tek bir rivâyet bile onu desteklememektedir.

كتاب الحج

١. قول زفر فيمن جاوز الميقات من غير إحرام

[التسهيل] فلو عاد فأحرم من الميقات برئ من الدم وفاقاً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ذكر في المجمع وشرحه في هذه المسألة خلاف

٥ زفر وهو مخالف للكتب المشهورة كالهداية والكافي.

[فاضل أمير] نقول: يريد بقوله: «في هذه المسألة» ما جاوز الميقات بغير

إحرام ثم عاد إليه وأحرم منه. ونحن تصفحنا الكتب الموجودة عندنا وما ظفرنا

برواية توافق ما في المجمع من أن يكون لزفر خلاف في هذه المسألة غير ما

ذكره صاحب الحقائق في دفع إشكال أورد على عبارة المنظومة ومحصله: «أن

١٠ مجاوز الميقات بغير إحرام إذا دخل مكة وعاد منها قبل أن يشرع في عمل من

النسك إلى الميقات وأحرم بحجة الإسلام سقط عنه الدم عندنا لا عند زفر»

انتهى.

فلو لم يكن في هذه الصورة التي نقلها صاحب الحقائق عن نظم الفقه قيد

الدخول بمكة وفيما نحن بصدده تقييد المجاوز بغير إحرام بمن يريد الحج أو

١٥ العمرة كما في الدرر والغرر والإصلاح والإيضاح لأمكن أن يجعل ما في النظم

معاضدا لما في المجمع ولكن هذين القيدان بآيانه. وغاية الكلام هنا أن

صاحب المجمع منفرد في هذه الرواية لا يساعده رواية واحد من أصحاب

المتون ولا الشروح.

Şeyh'in "Mikat dışında yaşayan âfâkî; hac, umre, ticaret, elçilik veya iskân gibi hangi maksatla olursa olsun Mekke'ye girmek istiyorsa mikat sınırını ihramsız olarak geçmesini câiz görmeyiz. Nitekim Hz. Peygamber, 'Hiç kimse mikat sınırını ihramsız olarak geçmesin!' buyurmuştur. Şâfiî'ye göre kişi, hac veya umre dışında bir maksatla Mekke'ye gelecekte ihrama girmesi gerekmez. Buna bağlı olarak bize göre herhangi bir sebeple Mekke'ye ihramsız giren kişinin ceza olarak bir kurban kesmesi gerekir." sözü, Allâme İbn Kemâl'den naklettiğimiz "Mikat sınırını ihramsız olarak geçen kimse umre veya hac yapmaya niyetli değilse ihramsız geçmesi sebebiyle dem gerekmez."¹ sözüne muhaliftir. İki sözü uzlaştırmak için düşünülün!

2. Ana-Babasının Talimatı Veya Vasiyeti Olmadan Onlar Adına Hac Yapmak

[Teshîl] Bir kimse henüz kendi adına hac yapmadan başka birinin adına hac yaparsa, yapılan haccı, adına hac yapılan şahıs için geçerli sayarız. Şâfiî'ye göre kendi adına hac yapmamış kişi başkası adına hac yapamaz. Bu konuda bizim delilimiz, Has'am kabilesinden olan kadının hadisidir. Bu kadın Hz. Peygamber'e gelerek, "Ya Resulallah haccın farz oluşu babamın yaşlılık zamanına denk geldi. Babam şu an yaşlı, binek üzerinde duramıyor; onun adına hac yapsam geçerli olur mu?" dedi. Hz. Peygamber "Söyle bakalım babanın birine bir borcu olsa ve onun yerine sen ödese makbul olmaz mı?" diye sorunca kadın "Evet." diye cevap verdi. Bunun üzerine Hz. Peygamber "Allah'ın hakkı olan hac borcu ödenmeye daha layıktır." diye karşılık verdi. Bu hadiste Hz. Peygamber, kadına daha önce kendi adına hac yapıp yapmadığını sormamış ve babasının adına hac yapabileceğine dair mutlak bir ifade kullanmıştır. Bu da bedel haccı yapacak kimsenin daha önce kendi adına hac yapmış olmasının gerekli olmadığını göstermektedir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu hadis ayrıca baba veya annesi tarafından kendileri adına hac yapması için emredilmeyen evladın onlar adına hac yapabileceğine ve yapılan haccın anne veya baba adına geçerli olacağına da delildir. Ayrıca hac, belli bir senede yapılması gerekli olacak şekilde tayin edilmemiştir. Hatta kişi o yılı hac yapmadan da geçirebilir; buna bağlı olarak da yapacağı haccı dilediği kişi için tayin edebilir.

1 İbn Kemâl, *el-İzâh*, I, 239.

ثم ما قاله الشيخ: «ولا نجيز لآفاقي قصد مكة للحج أو للعمرة أو للتجارة أو للرسالة» إلى قوله: «نأمره بدم» يخالف لما أسلفناه من قول العلامة: «إن مجاوز الميقات بغير إحرام إذا لم يرد واحدًا من الحج أو العمرة لا يجب عليه دم بالمجازة» فليتأمل في التوفيق بينهما.

٥ .٢ الحج عن الأبوين من غير أمرهما أو لا وصية منهما

[التسهيل] ولو عليه حج فحج عن غيره نجعله عنه لا عن فرضه خلافًا للشافعي لإطلاق خبر الخُثَعَمِيَّةِ روي: «أنها قالت: يا رسول الله إن فريضة الحج أدركت أبي شيخًا كبيرًا لا يستطيع أن يمسك على الراحلة أفجزيني أن أحج عنه فقال عليه السلام: رأيت لو كان على أبيك دين ففضيته أكان يُقبل منك قالت نعم قال فدينُ الله أحق أن يُقبل». فدل إطلاقه على أنه يقع
١٠
عمن نوى.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يدل على أن الحج يقع عن أحد أبويه وإن لم يأمر، وأن الوقت غير متعين حتى إن له إخلاء تلك السنة فله التعيين كيف أراد.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *Tenvîru'l-Ebsâr*'da şöyle denilmektedir: “Bir kimse, kendileri adına hac yapması için emreden iki kişi adına birden ihrama girerek hac yapsa, yaptığı hac kendi adına geçerli olur ve onların ödediği parayı tazmin eder. Bu kişi yapmış olduğu haccı o ikisinden birine tahsis edemez. Buna mukabil bir kimse anne veya babası adına veya başka biri adına onlar emretmeden hac için ihrama girmişse yaptığı haccı onlardan birine tahsis edebilir.” Muteber birçok fıkıh metninde de böyle ifade edilmiştir. Selef fakihlerimizin kitaplarında nakledilmiş böyle bir meseleyi Şeyh'in “Derim ki...” şeklinde başlayarak zikretmesi anlamsızdır. Ancak Şeyh'in maksadı, söz konusu hadisin mezhep imamlarımızın dediğine delil olduğunu söylemek ise “Derim ki...” diye söze başlamasının bir anlamı olabilir.

Şeyh, “Hac, belli bir senede yapılması gerekli olacak şekilde tayin edilmiştir.” sözüyle haccı, mudayyak/dar zamanlı bir vâcip sayarak “Bir kimse hac için gerekli imkânları ve şartları taşıyorsa o yıl hac yapması gerekli olur.” şeklindeki Ebû Yûsuf'a ait olan ve yine Ebû Hanîfe'den de bir rivâyet olarak nakledilen görüşü çürütmek istemiş; haccı muvassa'/geniş zamanlı bir vâcip sayarak gerekli şartları taşısa da o yıl için hac yapmayı gerekli görmeyen Muhammed ve Şâfi'nin görüşünü tercih etmiştir. Şeyh'in bu sözü, bu meseledeki Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a ait görüşü tam olarak anlamamaktan neşet etmiştir. Meselenin özü şudur: Hac ibadeti muayyen bir zamana tahsis edilmiş olup bu vakitte yapılamayınca ancak ertesi sene aynı zamana yetişmekle eda edilebilir. Bu süre zarfında ölüm hadisesinin vukuu mümkündür ve nadir değildir. Dolayısıyla kişinin ertesi seneye kadar yaşayacağı şüphelidir. Bu nedenle haccı tahkiken değil ihtiyaten mudayyak vâcip saymak daha doğrudur. Ayasuluğî'nin *el-Mecma'*şerhinde de ifade edildiği gibi bu görüşe, “Hac, mudayyak bir vâcip olsaydı kendisine hac farz olan kişinin nafile hac yapması câiz olmazdı.”¹ şeklinde itiraz edilemez.

Yaptığımız bu açıklama ile anılan hadisin delâlet ettiği mana ile Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un söyledikleri arasında bir çelişkinin olmadığı anlaşılmış oldu. Çünkü Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf hac imkânlarına sahip olan kişinin tahkiken hemen o sene içinde hac yapmasını şart saymamışlardır ki söyledikleri hadise muhalif olsun.

1 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr. 110b-111a.

[فاضل أمير] نقول: في تنوير الأبصار «ومن حج عن أمره وقع عنه
 وضمن مالهما ولا يقدر على جعله عن أحدهما بخلاف ما لو أهلك بحج
 عن أبيه أو غيرهما متبرعا فعين» كذا في أكثر المعتمرات فلا وجه
 لتصدير الشيخ هذه المسألة المروية في كتب السلف بلفظة «أقول» إلا أن
 ٥ يقال: إن مراده أن هذا الحديث يدل على ما ذهب إليه علمائنا في هذه
 المسألة.

وأما ما ذكره بقوله: «وأن الوقت غير متعين» فهو تزييف لما ذهب
 إليه أبو يوسف في مسألة الحج وهو الرواية الصحيحة من الإمام وهو أن
 الحج بعد استجماع شرائطه يجب مضيئاً، وترجيح^١ لما ذهب إليه محمد
 ١٠ والشافعي من أنه يجب موسعاً فهذا ناشئ عن الذهول من تحقيق قول
 الشيخين في هذا الباب وهو: أن الحج يخص بوقت خاص وإذا فات عن
 وقته لا يوجد إلا بإدراك مثله وهو مشكوك الحصول؛ إذ الموت في سنة
 غير نادر فيضيق احتياطاً لا تحقيقاً فلا يرد أنه لو كان مضيئاً لما جاز
 التنفل كذا في شرح المجمع للآياثلوغي.

وبهذا علم أن لا منافاة بين مدلول الحديث وبين ما ذهب إليه؛ لأنهما لم
 ١٥ يقولوا بتعين السنة الأولى تحقيقاً وحتماً حتى يكون منافياً للحديث.

3. İhramlı Kişinin Kendisini ya da Bir Başkasını Tıraş Etmesi

[**Teshîl**] İhramlının kendi bıyığını kesmesi durumunda hükûmet (yani adil birinin takdir edeceği miktarda sadaka) gerekir. İhramlının ihramlı olmayan birinin bıyığını kısaltması veya tırnağını kesmesi durumunda ise dilediğini verir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: İhramlının tıraş olması hâlinde dem, başkasını tıraş etmesi hâlinde ise bir fitre miktarı sadaka vermesi gerekiyordu. Buna göre ihramlının ihramlı olmayan başka birinin tırnaklarını kesmesi hâlinde de fitre miktarı sadakanın vâcip olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Zeylâî, *el-Kenz* yazarının (Hâfizuddîn en-Nesefî) “İhramlı kişinin, ihramlı olmayanın bıyık veya tırnaklarını kesmesi hâlinde yemek (taâm) vermesi gerekir.” sözü bağlamında şöyle demiştir: “İhramlı olan, ihramlı olmayanın bıyıklarından keser ve tırnaklarını kısaltırsa bir sadaka vermesi vâcip olur. *el-Kenz* sahibi daha önce sadakanın vâcip olduğu her durumda yarım sa‘ buğday, bir sa‘ hurma veya arpa verilmesi gerektiğini söylemiştir.”¹ *el-Hidâye*'de ise şöyle denilmektedir: “İhramlı olmayan birinin bıyıklarından alsa veya tırnaklarını kesse dilediği kadar yemek yedirir (it'âm). Bu hükmün gerekçesini daha önce açıklamıştık. İhramlı kimsenin, ihramlı olmayanın tırnaklarını veya bıyığını kesmesi ihramlı için bir nevi rahatlama ve faydalanma sayılır. Zira insan, kendi uzamış bıyık ve tırnaklarından rahatsız olduğu kadar olmasa da bir başkasının tırnak ve bıyıklarından da rahatsız olur. Bu nedenle de ihramlı olmayanın tırnaklarını kesmesi durumunda sadaka vermesi vâcip olur.”² Zeylâî ve Mergînânî'nin bu izahlarından anlaşıldığı üzere bu meselede fıkıh kitaplarında geçen “taâm (yemek) ve it'âm (yedirmek)” lafızlarından maksat sadakadır. Sadaka da miktarı (fitır sadakasında) belirlenmiş olan sadakadır. Sonuç olarak fıkıh kitaplarında anlatılanlara şümillü bir şekilde vakıf olan kimseye aşikâr olduğu üzere bu meselede Şeyh'in metinde “it'âm” lafzını gizleyerek naklettiği ifade ve buna mebni olarak yaptığı itiraza mahal yoktur.

1 Zeylâî, *et-Tebîyîn*, II, 55.

2 Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 34.

٣. حلق المحرم نفسه أو غيره

[التسهيل] لزم في الأخذ من شاربه حكومةً، وفي شارب الحلال وقلم أظفاره ما شاء.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يجب في الحلق دم وفي حلق غيره صدقة مقدرة

ه فعلى هذا ينبغي أن يلزم في قلم أظفار الحلال صدقة مقدرة.

[فاضل أمير] نقول: قال الإمام الزيلعي في قول صاحب الكنز «وفي شارب

حلال أو قلم أظفاره طعام»: «أي محرّم أخذ شارب حلال أو قلم أظفاره تجب

الصدقة عليه» وقد قال قبل هذا: «وكّل موضع وجب فيه صدقة فهي نصف

صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير» إلى آخره. وفي الهداية: «وإن أخذ من

شارب حلال أو قلم أظفاره أطمع ما شاء والوجه فيه ما بيننا» إلى قوله: «فيلزمه

الطعام». فالمفهوم من هذا البيان هو أن المراد من لفظ الطعام والإطعام في

هذا الباب هو الصدقة ومن الصدقة الصدقة المقدرة فلا وجه لما نقله الشيخ

في المتن بطي لفظ الإطعام من البين ولا اعتراضه المبتنى عليه كما لا يخفى

على من أحاط بأطراف الكلام.

4. Umre Tavafının Ziyaret Tavafına Kıyas Edilmesi

[**Teshîl**] Tavaf, namaz gibi sayıldığı için abdestli olarak yapılması vâciptir. Tavafta abdestin sünnet olduğu görüşü de bulunmaktadır. Haccın rüknü olan Ziyaret tavafını ve umre tavafını abdestsiz yapma sonucunda *dem*; cünüp yapma sonucunda ise *bedene* gerekir. Ziyaret tavafının cünüp olarak yapılmasıyla *bedene* gerekmesi kitaplarda kayıtlıdır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Umre ve ziyaret tavafının abdestsiz yapılması hâlinde dem gerektiği konusunda iki tavaf aynı hükme tabidir, dolayısıyla umre tavafının cünüp olarak yapılması hâlinde de ziyaret tavafında olduğu gibi *bedene* vâcip olmalıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in, umre tavafını ziyaret tavafına kıyas etmek suretiyle zikrettiği bu görüş kendi anlayışıdır ancak kitaplarda mezkûr olan rivâyetlere muhaliftir. *el-İhtiyâr*'da şöyle denilmiştir: "Bir kimse umre tavafını cünüp olarak veya abdestsiz olarak yapsa ceza olarak bir koyun kesmesi gerekir. Zira tavaf umrenin rüknüdür. Umre farz olmadığı için bu durumda *bedene* kesmek vâcip olmamıştır."¹ *el-İhtiyâr*'dan naklettiğimiz bu ifadelerden anlaşıldığı üzere Şeyh bu hataya kitaplara olan az müracaatı sebebiyle düşmüştür.

5. Kudûm ve Veda Tavaflarının Abdestsiz Yapılması

[**Teshîl**] Kudûm ve veda tavaflarının abdestsiz yapılması sadaka, cünüpken yapılması ise *dem* gerektirir. Bu iki tavafın mertebesi ziyaret tavafının mertebesinden düşük olduğu için cünüp olarak yapılması *bedene* değil *dem* gerektirmiştir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu gerekçe, vâcip olan veda tavafı ile sünnet olan kudûm tavafı arasında fark olmasını gerektirir. Buna göre kudûm tavafının abdestsiz veya cünüp olarak yapılması durumunda veda tavafına göre daha düşük ceza terettüp etmelidir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Kudûm tavafını abdestsiz yapılması hâlinde sadaka, cünüp yapılması hâlinde ise *dem* gerekmesinin illeti konusunda fakihlerimiz şöyle demiştir: Kudûm tavafı her ne kadar sünnet olsa da başlamak ile vâcip olur. Zira hacda nâfile bir ibadete başlamak ittifakla onu vâcip hâle getirir. Bu açıklama ile Şeyh'in hayal ürünü olarak söylediği ifadeler suya düşmüş oldu.

1 Mevsilî, *el-İhtiyâr* I, 503.

٤. قياس طواف العمرة على طواف الزيارة

[التسهيل] يجب الوضوء للطواف؛ لأنه كصلاة، وقيل سُئِنَ. فلزمه بطوافه للركن للزيارة أو العمرة مُحدثًا دم وجُنُبًا بدنة أما الزيارة فمسطورة في الكتب. [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون العمرة كذلك كما استويا في حكم الحدث. ٥

[فاضل أمير] نقول: كان هذا تفقه منه على قياس طواف العمرة على طواف الزيارة ولكنه مخالف للرواية حيث قال في الاختيار: «ولو طاف للعمرة جنباً أو محدثاً فعليه شاة؛ لأنه ركن فيها وإنما لا تجب البدنة لعدم الفرضية» انتهى. فعلم منه أن هذه هفوة نشأت من قلة التتبع.

١٠ . ٥. طواف القدم والصدر محدثاً وجنباً

[التسهيل] ولزمه بطوافه للقدم والصدر مُحدثًا صدقة وجنباً دم خطأ لرتبتهما عن رتبة طواف الركن.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا التعليل يستدعي أن يكون موجب الصدر أعلى من موجب القدم؛ إذ الصدر واجب والقدم سنة فينبغي أن يكون موجب القدم أدنى خطأ لرتبته. ١٥

[فاضل أمير] نقول: قالوا في وجوب الصدقة لطواف القدم محدثاً والدم جنباً: إن طواف القدم وإن كان سنة تجب بالشروع؛ إذ الشروع في النفل ملزم في الحج اتفاقاً فبهذا سقط ما تخيله الشيخ.

6. İhramlıyken Av Hayvanı Öldürmenin Cezası Hakkında Muhammed ve Şâfiî'nin Görüşü

[**Teshîl**] Cezanın, hedy kurbanı kesilerek ödenmesi tercih edilmişse Muhammed ve Şâfiî'ye göre, -şayet kıymet ile tahsili mümkün ise- avlanan hayvana şeklen benzeyen bir hayvan kesilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Konu ile ilgili âyetin zahiri, Muhammed ile Şâfiî'nin görüşünü desteklemektedir. Bu mesele üzerinde düşünmek gerekir!

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh bu sözleriyle fakihlerimizin, Muhammed ve Şâfiî'nin delilini ortaya koyarken söylediklerini kastetmektedir. Şöyle ki Yüce Allah ihramlı iken av hayvanı öldürülmesi hâlinde öldürülen hayvana denk bir hayvanın ceza olarak kesilmesini emretmiş ancak öldürülen hayvanı, kurbanlık (neam) cinsinden benzerinin olması ile kayıtlamıştır. Buna göre hazfedilmiş kelimelerle dikkate alındığında âyetin anlamı şöyle olmaktadır: “Ey iman edenler! İhramlıyken (karada) av hayvanı öldürmeyin. Kim [ihramlıyken] kasden bir av hayvanı öldürürse (kendisine) öldürülen hayvana denk kurbanlık bir hayvan cezası vardır.” (Mâide 5/95) Âyetteki denkliğin para olarak denklik olduğunu söyleyen kimse nassa muhalif bir şekilde amel etmiş olur.

Geniş şerhlerde Şeyh'in de dile getirdiği bu itiraza cevaplar verilmiş ve Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf adına pek çok açıdan deliller getirilmiştir. *el-Bedâi'*de ceza olarak kesilecek hayvanın öldürülen hayvana şekil bakımından benzemesi gerektiğini söyleyen Muhammed ve Şâfiî adına âyet yukarıda verildiği şekliyle yorumlanarak delil getirildikten sonra bu kanaatte olanlardan sahabilerden rivâyetlere yer verilmiştir. *el-Bedâi'* sahibi daha sonra Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşlerini destekleyecek dört delil zikrederek, Muhammed ve Şâfiî'nin sahabeden rivâyet edilenlerle yaptıkları istidlale cevap olacak şekilde şöyle demiştir: Bu mesele sahabe arasında ihtilâfidir. İbn Abbâs'tan Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'u destekleyecek görüşler nakledilmiştir. Sahabe kendi arasında görüş ayrılığına düşmüşse birinin görüşü diğeri aleyhine delil olmaz. *el-Bedâi'*de özet olarak zikredilenler bunlardır. Şayet konu hakkında delilleriyle birlikte kesin ve net bir görüşe ulaşmak istersen ona müracaat edebilirsin.¹ Bu kitabı bu kadar güzel yazana helal olsun!

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, II, 198-199.

٦. رأي محمد والشافعي في جزاء صيد المحرم

[التسهيل] فلو اختير الهدئي جعله محمد والشافعي نظير المقتول صورة لو
أمكن تحصيله بقيمته.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الظاهر من الآية مذهب محمد والشافعي فليأمل.

٥ [فاضل أمير] نقول: يريد على ما ذكروا في تقرير الدليل من طرف محمد
والشافعي أن الله سبحانه وتعالى أوجب المماثلة مقيدا بكون المثل من النعم
فكان تقدير الآية^١ «فعليه جزاء من النعم مثل المقتول» فمن قال: إنه مثله من
الدراهم فقد عمل بما يخالف النص.

ولكن في الشروح المبسطة ذكروا الجواب عن هذا وأثبتوا دليلا من جانب
١٠ الشيخين بوجوه عديدة. وقد ذكر في البدائع استدلال محمد والشافعي على
مذهبهما وهو وجوب المثل صورة بالآية على الوجه المذكور وبما روي عن
بعض الصحابة رضي الله عنهم، ثم ذكر الجواب عن طرف الشيخين بوجوه
أربعة وعن استدلالهما بالمروى عن الصحابة بأن قال: «إن المسألة مختلفة بين
الصحابة؛ روي عن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف
١٥ رحمهما الله فلا يحتج بقول بعض على بعض» انتهى ما في البدائع ملخصا. وإن
شئت العثور على تحقيق المقام فراجع له در من أبدعه.

١ الآية هي: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَنَّا سَلَفٌ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ» [المائدة ٥٩/٥].

7. İhramlının Vahşi Bir Hayvanı Öldürmesi

[**Teshîl**] Bize göre, kendisine saldıran yırtıcı bir hayvanı öldürene ceza terettüp etmez. Nitekim rivâyet edildiğine göre Hz. Ömer vahşi bir hayvan öldürmüş ve ceza hedyi olarak bir koç kestirmiş ve “Ona saldırıyı biz başlattık.” demiştir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Hz. Ömer’in bu sözünden, saldıran hayvanın öldürülmesinin ceza gerektirmeyeceği hükmünü çıkartmak mefhûm-ı muhâlefe ile amel etmek anlamına gelir. Bilindiği gibi bizim mezhebimizde mefhûm-ı muhâlefe ile amel edilmez.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh mefhûm-ı muhâlefe hakkında söyledikleri ile Hanefî mezhebinde mefhûm-ı muhâlefenin mutlak olarak hiçbir yerde delil olmadığını söylüyorsa bu iddia doğru değildir. Çünkü mefhûm-ı muhâlefe pek çok usulcû fakihin açıkça belirttiği gibi rivâyetlerde muteberdir. Bu ifadesiyle şayet mefhûm-ı muhâlefenin naslarda muteber olmadığını söylüyorsa iddiası doğrudur. Ancak bu söylediği, bu meselede ona bir fayda sağlamaz. Zira ilgili meselede kendisiyle istişhad edilen rivâyet âyet ve hadis olmadığı gibi Hz. Ömer’in “Ona saldırıyı biz başlattık.” sözü bizatihi Şeyh’in de kabul ettiği gibi verilen hükmü gerekçelendirmek (ta’lîl) adına söylenmiştir. Hükmü gerekçelendirmek adına söylenen söz, usulcülerin muteber olup olmadığı konusunda ihtilaf ettikleri mefhûmun kısımlarından değildir. Usulcüler ihtilaf edilen mefhûm-ı muhâlefenin sekiz kısmının olduğunu belirtmişlerdir. Ancak usul ve fûrû‘ konularında araştırmaları olanlara aşikâr olduğu üzere mefhûmu’l-illet bu sekiz kısımdan biri değildir.

٧. قتل المحرم سبعا

[التسهيل] ولو صال السُّبُعُ أبرأناه لما روي أن عمر رضي الله عنه قتل سبعا وأهدى كبشا وقال: إنا ابتدأناه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا عمل بمفهوم المخالفة وليس ذلك مذهبنا. ٥
 [فاضل أمير] نقول: إن أراد أن المفهوم مطلقا ليس بمذهب لنا فممنوع؛ لأنه معتبر في الروايات على ما نص عليه كثير من الثقات، وإن أراد أنه ليس بمذهب لنا في النصوص فمسلم ولكن لا يجدي عنه؛ لأن المستشهد به ليس من قبيل النصوص على أن قول عمر رضي الله عنه: «إنا ابتدأناه» وقع موقع التعليل كما قال به نفسه، فليس هذا من قسم المفهوم الذي اختلفوا ١٠
 في اعتباره؛ لأنه على ما ذكروا ثمانية أقسام، ومفهوم العلة ليس منها كما لا يخفى على المتتبع في الفروع وأصولها.

BUYÛ': ALİM SATİM

1. Müstakbel Sîgasıyla Yapılan İcap-Kabul ile Akit Kurulur mu?

[**Teshîl**] [İcap ve kabulden birinin, gelecek zaman (müstakbel) sîgasında¹ olması durumunda alım satım akdi kurulmuş olmaz... Bu hüküm niyetin olmaması durumundadır.] Ancak gelecek zamana ilişkin sîga kullanılırken şimdiye (hâl) niyet edilmesi durumunda -tarafardan biri veya her ikisi gelecek zaman sîgası kullanmış olsa bile- bize göre akdin kurulması mümkündür ve bu durumda gelecek zaman sîgası şimdiki zamana hamledilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Buna göre icap ve kabulün gelecek zaman sîgası kullanılarak yapılması durumunda sadece icapta bulunan taraf şimdiki zamana niyet ederse alım satım akdinin kurulmaması gerekir. Çünkü [şimdiki zamana niyet etmeksizin gelecek zaman sîgasıyla] kabul eden tarafın satın alma vaadinde bulunmuş olma ihtimali vardır. Bu sebeple gelecek zaman sîgasıyla yapılmış olan icap ve kabulün her ikisinde de -şimdiki zamana niyet edilmiş olmadığı sürece- akdin kurulmuş olmaması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh, sanki *et-Tuhfe* ve onun şerhi *Bedâi'ûs-Sanâi'*deki "İcap ve kabulün gelecek zaman sîgasıyla yapılması durumunda her iki tarafın da şimdiki zamana niyet etmesi lazımdır."² şeklindeki ifadeyi görmemiş ve bu sebeple kesin bir dil kullanmamış ve bu yorumu kendi dirâyeti olarak zikretmiştir.

Ayrıca bilesin ki: İcap ve kabulün gelecek zaman sîgasıyla olması durumunda şimdiki zamana niyetin gerekliliği hususunda "Muzâri sîgası fukaha nezdinde şimdiki zaman hususunda hakikattir. Hâl böyleyken hakiki anlama delâlet hususunda nasıl olur da niyete ihtiyaç duyulur?" diyen fakihlere şöyle cevap verilmiştir: Fukahaya göre muzâri fiilin şimdiki zaman hususunda hakikat olması, alım satım akitleri dışındadır. Alım satım akitleri hususunda şer'î hakikat mazi sîgasıdır. Muzâri sîgası ise bu akitler konusunda mecâzdır; dolayısıyla muzâri sîgası kullanıldığında niyete ihtiyaç duyulmaktadır. *el-Hidâye* şerhleri ve diğer kitaplarda anlatılanların özeti budur.

1 Müstakbel sîgası, gelecek zamana ilişkin kip demek olup Arapçada muzâri ve emir kipleridir.

2 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, V, 133.

كتاب البيوع

١. هل ينعقد العقد بصيغة المستقبل

[التسهيل] أما إذا نوى الإيجاب للحال فيجوز انعقاده وإن كانا بلفظ المستقبل أو أحدهما بلفظ المستقبل فيحمل حينئذ لفظ المستقبل على الحال. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: إذا كانا بلفظ المستقبل ونوى الحال في الإيجاب لا في القبول ينبغي أن لا ينعقد، لأن طرف القبول يحتمل العدة فينبغي أن لا ينعقد إلا إذا وجد نية الحال في الإيجاب والقبول معا إذا كانا مستقبلين .

١٠ [فاضل أمير] نقول: كان الشيخ لم ير ما في التحفة وشرحه بدائع الصنائع من أنّ نية الحال للمتعاقدين إذا كان الإيجاب والقبول بلفظي المستقبل لازمة ولهذا لم يجزم به وذكره على نمط أنه دراية منه.

هذا ثم اعلم أنهم قالوا في لزوم نية الحال في صورة كونهما بلفظي الاستقبال أن صيغة المضارع حقيقة في الحال عند الفقهاء فكيف يكون الاحتياج في الدلالة على المعنى الحقيقي إلى النية، وأجيب عنه بأن كون صيغة المضارع حقيقة في الحال عند الفقهاء في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها صيغة الماضي والمضارع فيها مجاز فيها فاحتج إلى النية، هذا ملخص ما ذكر في شروح الهداية.

Mevlâ el-Vânî, *ed-Dürer* üzerine yazdığı ta'lîkte bu özeti verdikten sonra şöyle demiştir: “Bu garip bir sözdür. Zira niyete ihtiyaç duyulması, muzâri sîgasıyla yapılan icap ve kabulün hâl için olmaları hususunda değil, alım satım akdinin inşâsı için olmaları hususunda olduğundan böyle bir mazeret göstermeye gerek yoktur.”¹ Şunu gözden kaçırma ki bu hâşiye yazarı [el-Vânî] fakihlerin kastettiklerini anlamaktan uzak düşmüştür. Çünkü fukahânın itibar ve ibareleri, [akdin kurulabilmesi için] şart olan şeyin akdin inşâsına niyet değil, hâle niyet olduğu noktasında müttefiktir.

Yine fakihler mazi sîgasının alım satım akdinin inşâsı noktasında şer'î hakikat olduğunu izah sadedinde şöyle demişlerdir: “Mazi sîgası, haber verilen şeyin var olmasını gerektirir. İnşâ kastedildiğinde varlığı zaruri kılan [yani varlığı sonuçlayan] bir lafız tercih edilmiş olur.” Buradan onların şunu kastettikleri ortaya çıkmaktadır: Muzâri sîgası, alım satım akdinin inşâsı için kullanıldığında hâl niyetiyle kullanılmış olmalıdır ki inşâ, varlığı zaruri kılan bir lafız ile olmuş olsun. Bu manada kullanılan muzâri, hâl hususunda hakikat olmaz. Bu yüzden de bir alım satım akdi inşâ etmek için kullanılan muzâri sîgasında hâle niyet edilmesine ihtiyaç vardır. Böylece onların “Muzâri sîgası, hâl hususunda mecâzdır ve niyete ihtiyaç duyulur.” sözünün anlamı ortaya çıkmış olmaktadır.

2. Meclis Muhayyerliği

[**Teshîl**] İcap ve kabul gerçekleşikten sonra alım satım akdi, muhayyerlik hakkı olmaksızın bağlayıcı olur. Çünkü tamamı, taraflardan her biri için [yani satılan mal müşteri için, satım bedeli satıcı için] sabit olmuştur. Bu durumda taraflardan birinin akdi feshetmesi, tıpkı tarafların meclisten ayrılmalarından sonra olduğu gibi, diğer tarafın hakkını rızası hilafına iptal etmek anlamına gelir ki bu da câiz değildir.

Şâfiî'ye göre ise icap ve kabul gerçekleşmiş olsa bile taraflar akit meclisinden fiziki olarak ayrılmadıkları sürece muhayyerlik hakkına sahiptir [Meclis muhayyerliği]. Bir rivâyette Ahmed b. Hanbel de bu görüştedir. Şâfiî'nin bu konuda dayanağı Hz. Peygamber'in şu sözüdür: “Muhayyerlik şartının bulunması durumu hariç, satıcı ve alıcıdan her biri akit meclisinden ayrılincaya değin muhayyerdir. Karşı taraf akdi ikâle eder endişesiyle kişinin meclisten ayrılması helal olmaz.”

1 el-Vânî, Mehmed (ö. 1096/1685), *Nakdû'd-Dürer (Hâşiye ale'd-Dürer)*, Süleymaniye Kütüphanesi, Kılıç Ali Paşa, no: 351, vr. 120b.

وقال المولى الواني فيما علقه على الدرر بعد أن نقل هذا الملخص: هذا كلام غريب فإن الاحتياج إلى النية في كونهما لإنشاء البيع لا في كونهما للحال حتى يحتاج إلى ذلك الاعتذار انتهى. ولا يذهب عليك أن هذا المحشي لمعذل عما أرادوا، لأن اعتباراتهم وعباراتهم متفقة في أن الشرط هو نية الحال لا نية إنشاء البيع. ٥

وأنهم قالوا في توجيه كون الماضي حقيقة شرعية في إنشاء البيع أن الماضي يستدعي وجود المخبر به فإذا قصد الإنشاء اختير اللفظ الذي لزمه الوجود؛ انتهى ما قالوا. فظهر منه أنهم يريدون أن لفظ المضارع إذا استعمل لإنشاء البيع لا بد من نية الحال فيه حتى يكون الإنشاء بلفظ يلزمه الوجود والمضارع المستعمل في هذا المعنى ليس بحقيقة في الحال فاحتيج إلى نية الحال في المضارع المستعمل لإنشاء البيع وبه ظهر وجه ما قالوا المضارع مجاز فيها فيحتاج إلى النية. ١٠

٢. خيار المجلس

[التسهيل] وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع بلا خيار إذ الكل ثبت لكلٍ منهما فالفسخ من أيهما كان إبطال حق الآخر بلا رضاه فلا يجوز كما بعد الافتراق عن المجلس. ١٥

وعند الشافعي لكلٍ منهما خيار المجلس ما لم يتفرقا بدناً ومعه أحمد في رواية لقوله عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله»

Şâfiî'nin görüş ve gerekçesine şöyle cevap verilmiştir: Hadisteki muhayerlikten maksat kabul muhayerliğidir. Hadisteki 'ayrılıncaya değin' ifadesi ise sözle ayrılma anlamındadır. Yani taraflardan biri icapta bulunduğu diğer tarafın bu icabı kabul etme veya reddetme hakkı [kabul muhayerliği] bulunduğu gibi diğer taraf kabul etmediği sürece icapta bulunan tarafın da icabından dönme hakkı bulunmaktadır [rücû muhayerliği]. Bu muhayerlik taraflar ayrılmadıkları sürece sabittir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Söz konusu hadisteki "Karşı taraf akdi ikâle eder endişesiyle kişinin meclisten ayrılması helal olmaz." şeklindeki ifade Hanefilerin teviline aykırı olup Şâfiîlerin teviline desteklemektedir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in bu ifadeleri onun, Hanefî ve Mâlikî âlimlerin, söz konusu hadisin birkaç yönden meclis muhayerliğine delâlet etmediğine dair tevillerinden habersiz olduğunu göstermektedir. Onların bu meyanda serdettikleri teviller genel hatlarıyla şöyledir: Akit, icap ve kabulün buluşmasından sonra şayet bağlayıcı olmasaydı, ikâleye ihtiyaç duyulmaz ve ikâleden kaçmak talep edilmezdi. Allah rahmet eylesin Şeyh, hadiste geçen 'ikâle istemek' ve 'ikâleden endişe etmek' ifadelerinin Hanefilerin görüşüne aykırı olduğunu söylemiştir. Hâlbuki bu iki ifade, esasında Şâfiîlerin görüşüne aykırı olup Hanefilerin görüşünü desteklemektedir. Bu konudaki tevillerin geneli *İhkâmü'l-ahkâm* adlı *el-Umde* şerhinde yer almaktadır.¹ Ayrıca Molla Hüsrev *ed-Dürer*'de bu konu hakkında mevcut problemi giderecek şekilde güzel bir değerlendirme yapmış ve şunları söylemiştir: Şâfiî'nin benimsediği [meclis muhayerliği sebebiyle] fesih anlayışında karşı tarafın hakkını iptal ve ona zarar vermek vardır. Burada karşı tarafın hakkından kasıt, gerçek anlamda mülkiyettir. Buna göre icap ve kabulden sonra [aynı mecliste] akdin satıcı tarafından feshedilmesi durumunda, müşterinin mebî üzerindeki mülkiyeti; müşteri tarafından feshedilmesi durumunda ise satıcının semen üzerindeki mülkiyeti iptal edilmiş olmaktadır. Ayrıca hadiste 'mütebâyiân' (alıcı ve satıcı) lafzının kullanılmış olması da bizim görüşümüzü desteklemektedir. Şöyle ki, hadiste geçen 'mütebâyiân' lafzı bizim görüşümüze göre hakikat, Şâfiîlerin görüşüne göre ise mecâz olmaktadır. Oysa hakikat ile amel imkânı varken mecâza gidilemeyeceği açıktır.

1 İbn Dakiku'l-İd, Ebu'l-Feth Takıyyüddin Muhammed b. Ali (ö. 702/1302), *İhkâmü'l-Abkâm Şerhu Umdu'ti'l-Abkâm*, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut ty, III, 102-109.

أُجِيبَ بأن المراد بالخيار المذكور في الحديث خيارُ القبولِ والتفرُّقُ تفرُّقُ الأقوالِ، أي إذا أُوجِبَ أحدهما فالآخرُ بالخيارِ إن شاء قَبِلَ وإن شاء لم يقبلِ وللموجبِ خيارُ الرجوعِ عما قال قبل قبولِ صاحبه وهذا الخيارُ ثابتٌ ما لم يتفرقا.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: قوله ﷺ «لا يحلُّ له إلخ» يُنافي تأويلَ الحنفيةِ ويساعدُ الشافعيةَ.

فاضل أمير نقول: هذا غفول عن التأويلات الواقعة من طرف الحنفية والمالكية في الحديث في نفي دلالة الحديث على خيار المجلس بوجه عديدة؛ ومن جملة ما ذكروا في نفي دلالة عليه أن العقد لو لم يكن لازماً لما احتاج إلى الاستقالة ولا طلب الفرار من الاستقالة، فالشيخ رحمه الله جعل لفظ الاستقالة والخشية ١٠ منها منافياً لقول الحنفية مع أنهما جعلاً مُعاضدين لقول الحنفية ومُنافيين لقول الشافعية، وتام الكلام في هذا المقام في شرح العمدة المسمى بإحكام الأحكام، ولقد أوفى حق المقام مولانا الفاضل ملا خسرو في الدرر وبين الجواب الحاسم لمادة الإشكال حيث قال أن في الفسخ الذي قال به الشافعي إبطال حق الآخر وإضراراً به وحقَّق في أن المراد بحق الآخر هو حقيقة الملك فيكون المعنى أن في ١٥ الفسخ بعد وجود الإيجاب والقبول إبطال ملك المشتري في المبيع إن فسخ البائع وإبطال ملك البائع في الثمن إن فسخ المشتري، ثم ذكر أن إطلاق لفظ المتبايعين عليهما يؤيد ما قلنا من حيث أن هذا اللفظ يكون حقيقةً على ما قلنا ومجازاً على ما قاله الشافعية ومن البين أنه لا يصار إلى المجاز ما لم تتعذر الحقيقة،

Molla Hüsrev'in hasım tarafından dile getirilen "Ayrılmanın olabilmesi için öncesinde ictimanın yani bir araya gelmiş olmanın bulunması gerekir. Hâlbuki sizin anlayışınıza göre ayrılık (teferruk) 'sözlerle ayrılma'ya (yani icap ve kabulün buluşmasına) hamledilmektedir. Yani biri 'Sattım.' dedikten sonra diğèrinin 'Satın almıyorum.' demesi veya biri 'Satın aldım.' dedikten sonra diğèrinin 'Satmıyorum.' demesidir. Böyle bir durumda ise bir ictima yok ki ayrılma söz konusu olsun!" şeklindeki itiraza cevabı, hadisteki ayrılmayı "Sivrisineği küçülten ve filin cüssesini irileştiren ne yücedir!" darbimeseli kabilinden saymak olmuştur¹. Çünkü o bu sözüyle ayrılmaktan muradın başlangıçta bir araya gelmemiş olmak olduğunu söylemiş olmaktadır² ki bu tıpkı Arapların "Kuyunun ağzını daralt." ve "Elbisenin yenini genişlet." darbimeselleri gibi olmaktadır. Bu değerlendirmesiyle Hanefilerin yorumuna karşı çıkanları daraltan, destekleyenleri de rahatlatan Molla Hüsrev tebriki hak etmektedir.

3. Toplam Miktarı Bilinmeyen Şeyin Satımı

[Teshîl] Her bir ölçèği bir dirhemden olmak üzere bir yığın buğdayın satılması hâlinde Ebû Hanîfe'ye göre -buğdayın toplam miktarı belirtilmedikçe- akit sadece bir ölçek hakkında sahih olur. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre toplam buğdayın ne kadar olduğu söylensin veya söylenmesin akit, yığının tamamı hakkında sahihtir. Diğèr üç mezhep imamı da bu kanaattedir.

Her bir ölçèği bir dirhem olmak üzere buğday ve arpa yığınının birlikte satılması durumunda, Ebû Hanîfe'ye göre akit sahih değilken Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre hem buğday hem de arpa için tamamen sahihtir. Ebû Hanîfe'den yapılan diğèr bir rivâyette akit hem buğday hem de arpadan birer ölçek hakkında sahih olur. Her bir koyun bir dirhem olmak üzere bir koyun sürüsünün satılması hâlinde ise Ebû Hanîfe'ye göre satım koyunların tamamı hakkında fâsit olur. Aynı şekilde bir top kumaşın tamamının ne kadar olduğu belirtilmeden metresi bir dirhemden olmak üzere yapılan satım da tamamen fâsittir. Toplam kumaşın ne kadar olduğu belirtilirse satım sahih hâle gelir.

1 Nasıl ki sivrisinek büyük iken küçük, fil ise küçük iken büyük olmamışlardır. Bilakis bu hayvanlar bu vasıflar ile yaratılmışlardır. Hadisi şerifte geçen ayrılma da aynı şekildedir.

2 Molla Hüsrev, *Düerü'l-Hükkâm*, Daru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, ty., II, 144-145.

وأجاب عما قيل من طرف الخصم أن التفرق يكون بعد الاجتماع وفيما قلتُم أن التفرق محمول على تفرق الأقوال بأن يقول أحدهما «بعت» ويقول الآخر «لا أشتري» أو بالعكس لا اجتماع فلا تفرق بأن جعله من قبيل قولهم «سبحان من صغر البعوض وكبر جسم الفيل» حيث قال المراد بالتفرق عدم الاجتماع ابتداء فكان كقولهم «ضيق فم الركبة ووسع كم الثوب» فله ٥
دره فيما ضيق على المعارض ووسع للمساعد.

٣. بيع ما لا يعلم جملة مقاديره

[التسهيل] ومن باع صبرة طعام كل صاع بدرهم صح في صاع عند أبي حنيفة إلا أن يُسمى جملة قفزاتها وقالوا: يجوز في الكل سُوي أو لا ومعهما ١٠ هم.

ولو باع كل قفيز بدرهم من صبرتي بُرّ وشعير لا يصحّ عنده في الكلّ وعندهما يصحّ في الكلّ وذكر أنّ العقد يصحّ في قفيز واحدٍ منهما عند أبي حنيفة. ومن باع قطع غنم كل شاة بدرهم فسَدَ البيع في الكلّ عنده وكذا من باع ثوبًا مزارعة كل ذراع بدرهم ولم يُسمّ جملة الذرعان ولو ١٥ سمّى الكلّ صحّ.

[Şeyh Bedreddin] Burada dört ayrı mesele vardır. Birincisi, keylî ve veznî olan mallara; ikincisi, sayıyla/taneyle alınıp satılan (adedî) ve ebat olarak birbirine yakın olan mallara; üçüncüsü, sayıyla/taneyle alınıp satılmakla birlikte koyun gibi ebat olarak birbirinden farklı olan mallara ve dördüncüsü, metre gibi uzunluk ölçüsü ile ölçülen mallara ilişkindir. Bunlardan ikincisi hüküm bakımından birinci gibi, dördüncüsü ise üçüncü gibi olup her biri üç açıdan değerlendirilebilir. [1] Sürü hâlindeki koyunların tamamının kaç tane olduğu veya yığın hâlindeki buğdayın toplam kaç ölçek olduğu belirlendiği hâlde bunların tekabül ettiği bedel belirlenmemiş olur veya [2] toplam fiyat belirlendiği hâlde koyunların sayısı ve buğdayın kaç ölçek olduğu belirlenmemiş olur. Her iki hâlde de yapılan satım-icmâen- sahihtir. Zira ilk durumda koyun ve buğdayın ne kadar olduğu açıklandığı ve bunlardan her bir koyun ve her bir ölçeğin fiyatı da belirlendiği için toplam fiyatın ne kadar olduğu zorunlu olarak anlaşılır. Aynı şey toplam fiyatın ne kadar olduğunun belirlendiği ancak sürünün ve yığının toplam miktarının belirlenmediği satım için de geçerlidir. [3] Toplam fiyatın ne kadar olduğu ve koyun ile buğdayın tamamının ne kadar olduğu belirlenmeyen satım Ebû Hanîfe'ye göre câiz değildir. Ancak akit meclisi devam ederken koyun ve buğdayın ne kadar olduğu belirlenirse akit câiz hâle gelir. Ebû Yûsuf ve Muhammed ile diğer mezhep imamlarına göre ise her iki durumda da satım akdi câizdir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Dört mesele üç durumla çarpıldığında, bu taksim kapsamına giren toplam mesele sayısı on iki olmaktadır. Bunlardan sekizinde alım satım ittifakla câizdir. Dördünde ise -aşağıda geleceği üzere Ebû Hanîfe'nin, fertleri arasında tefâvüt -yani farklılık- olan mallarla olmayan mallar arasında fark gözetdiği dikkate alınmaksızın- bu kural gereğince akit, Ebû Hanîfe'ye göre câiz olmazken, İmâmeyn'e göre câizdir. Geriye hükmü -yani ittifakla câiz olduğu- evleviyetle anlaşıldığı için Şeyh'in değinmediği dört durum kalmaktadır. Şeyh'in değinmediği dört durum, her birinde semenin/satım bedelinin toplam miktarının ve mebîin toplam miktarının belirlenmiş olduğu durumlardır. Bu hesaba göre ortaya çıkan durumların toplamı on altı olmaktadır.

[الشيخ بدر الدين] فهنا أربع مسائل: إحداها في الكيلِيّ والوزنيّ،
 وثانيتهما في العدديّ المتقارب، وثالثتها في العدديّ المتفاوت كغنم، ورابعتهما
 في الذّرعيّ. والثانية ملحقة بالأولى والرابعة بالثالثة، وكلُّ وجهٍ على ثلاثة
 أوجهٍ: إما أن يُبيّن جملة الأغنام وجملة القُفزان ولم يُبيّن جملة الثمن أو
 ٥ يُبيّن جملة الثمن ولم يُبيّن عدد الأغنام والقُفزان وفي هذين الوجهين يجوز
 إجماعاً إذ المبيع لما صار معلوماً بالتسمية وقد بُيّن ثمن كلّ شاة وكل
 قفيز صار الثمن معلوماً ضرورةً وكذا عكسه. وإن لم يبيّن جملة الثمن ولا
 جملة الأغنام والقُفزان فعنده لم يجز إلا أن يُعلم عدد الأغنام والقُفزان في
 المجلس وعندهما يجوز في الكلِّ ومعهما هم.

١٠ [فاضل أمير] نقول: فصار مجموع المسائل المذكورة المندرجة تحت
 هذا التقسيم اثني عشرة مسألة من ضرب الأربعة في الثلاثة ففي ثمانية منها
 يجوز البيع اتفاقاً وفي الأربعة على مقتضى هذه الضابطة من غير أن ينظر في
 فرق الإمام بين ما يتفاوت أفراده وبين ما لا يتفاوت على ما يأتي لا يجوز
 البيع عنده ويجوز عندهما، وبقيت ههنا أربع صور لم يتعرض لها لانفهام
 ١٥ الحكم فيها بالطريق الأولى يعني الجواز إجماعاً وهي ما بين جملة الثمن
 وجملة المبيع في كل واحد من الصور الأربعة فكان مجموع الصور بحسب
 الواقع ستة عشر.

4. Alım Satım Akdinde Asıl ve Vasıf Ayrımı

[**Teshîl**] Yüz ölçek olması şartıyla bir yığın buğdayı yüz dirhem mukabilinde satın alan ancak buğdayın yüz ölçekten az olduğunu farkedenden müşteri muhayyerdur: Dilerse çıkan buğdayı hissesi mukabilinde alır [mesela doksan ölçek çıkmışsa doksan dirhem mukabilinde alır]; dilerse -kendi aleyhine olacak şekilde bölünmüş olması sebebiyle- akdi fesheder. Buğdayın yüz ölçekten fazla çıkması hâlinde fazlalık satıcıya aittir. Zira akit muayyen bir miktar üzerine gerçekleşmiştir ve müşterinin bu fazlalık üzerinde bir hakkı yoktur. [Kile ve benzeri hacim ölçekleriyle ölçülen mal-
larda] miktar, vasıf sayılmadığı için asıla [satılan mala] tabi olmaz. Ancak bölünüp ayrıldığı zaman zarar görecektir mallarda ağırlık -kıymetin eksilmesini gerektirdiği için- vasıf sayılır. Mesela bir kimse ağırlığı yüz dirhem olan gümüş bir ibrik satın alsa ve ibriğin iki yüz dirhem olduğu ortaya çıksa -ayrılması mümkün olmadığı için- fazlalık, müşteriye teslim edilir.
15 *el-Kâfi*'nin mehir bölümünde konu bu şekildedir.¹

Toplamı on metre olmak üzere bir top kumaşı on dirhem mukabilinde veya toplamı yüz metre olmak üzere bir arsayı yüz dirhem mukabilinde satın alsa ve kumaş veya arsa söylenen miktardan az çıksa müşteri muhayyer olur; dilerse çıkan kumaşı toplam satım bedeli [olan on dirhem]
20 mukabilinde satın alır, dilerse [kumaş istediği ölçüden az çıktığı için] akdi fesheder. Kumaşın daha fazla çıkması hâlinde fazlalık müşteriye ait olur ve satıcıya muhayyerlik tanınmaz. Şâfiî'ye göre ise satıcı da muhayyerdur. Bu meselenin aslı şudur: Metre vasfa benzemektedir. Zira mesela bir metre eksik veya bir metre fazla çıkması kumaşın ismini değiştirmez ancak vasfını
25 değiştirir ve kumaş daha kısa veya daha uzun olur. Uzunluk ve kısalık ise vasıftır. Eğer fazla olursa müşteriye teslim edilir. Çünkü vasıf, metbûun hak edilmesiyle hak edilen bir tâbi konumundadır.

[**Şeyh Bedreddin**] Asıl ile vasıf arasındaki fark şudur: [Uzunluk, kısalık; güzellik, çirkinlik gibi] varlığı başka bir şeyin kıymetinin artmasında, yokluğu ise azalmasında katkısı olan şeyler vasıf; böyle olmayanlar ise asıldır.

1 Nesefî, *el-Kâfi*, I, vr. 245b.

٤. الفرق بين الأصل والصفة في البيع

[التسهيل] فمن ابتاع صبرةً على أنها مائةٌ قفيزٍ بمائةِ درهمٍ فوجدها أقلَّ فالمشتري يُخَيَّرُ أَحَدَ الموجودِ بحصتهِ أو فَسَخَ البيعَ لتفرُّقِ الصَّفقةِ عليه. ولو وجدها أكثرَ فالزيادةُ للبائعِ إذ البيعُ وَقَعَ على قدرٍ معينٍ فلا يستحقُّ الزيادةَ عليه والقدرُ ليس بوصفٍ حتى يتبعَ الأصلَ إلا الوزنَ فيما يضرُّه التبعضُ فإنه ٥ وصفٌ من أوصافه لأنه يوجبُ نقصاناً فيه حتى لو اشترى إبريقَ فضةٍ على أن وزنها مائةٌ فإذا هو مائتا درهمٍ فالزيادةُ للمشتري كذا في بابِ مَهْرِ الكافي.

ولو اشترى ثوباً على أنه عشرةُ أذرعٍ بعشرةٍ أو أرضاً على أنها مائةُ ذراعٍ بمائةٍ فوجدها أقلَّ يُخَيَّرُ المشتري أخذها بجملةِ الثمنِ أو تركها. ولو وجدها أكثرَ مما سمَّاه فهو للمشتري ولا خيارَ للبائعِ خلافاً للشافعي. وأصله: أن ١٠ الذراعَ يُشبهه الوصفُ إذ الثوبُ بزيادةِ الذرعِ ونقصانه لا يتغيَّرُ اسمه بل يتغيَّرُ وصفُه فيصيرُ أطولَ وأقصرَ والطولُ والقصرُ من الأوصافِ؛ فإن زاد سُلِّمَ للمشتري إذ الوصفُ تابعٌ يستحقُّ باستحقاقِ المتبوعِ.

[الشيخ بدر الدين] والفرق بين القدرِ والصفةِ أنَّ ما يكون وجوده جهةً ١٥ في تقوِّمِ غيره وعدمه جهةً في نقصانِ غيره فهو وصفٌ والأصلُ ما لا يكون كذلك.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: On metre diye yüz dirhemden satın alınan kumaşın dokuz metre çıkması hâlinde müşteri kumaşı doksana alamaz. Onuncu metrenin varlığı, dokuz metrelik kumaşın kıymetlenmesinde; yokluğu ise kıymetinin eksilmesinde etkilidir. Buna göre onuncu metre, ölçülen kumaş açısından bir vasıftır. On ölçeklik buğdaydaki onuncu ölçek ise böyle değildir. Çünkü on ölçek buğday yüz liraya satın alınsa, dokuz ölçek çıkması hâlinde bu dokuz ölçek doksan liraya satın alınabilir. Çünkü bu durumda onuncu ölçeğin varlığı, dokuz ölçeğin kıymetlenmesinde; yokluğu ise dokuz ölçeğin kıymetinin eksilmesinde etkili değildir. Böylece fukahanın, metreyle ölçülerek satılan mallarda metreyi bir vasıf sayıp, ölçekle satılan şeylerde ölçeği vasıf saymamalarının mantığı ortaya çıkmış olmaktadır.

5. Satılan Hissenin Miktarının Bilinmemesi

[**Teshîl**] Bir kimsenin bir evdeki hissesini satması hâlinde Ebû Hanîfe'ye göre hem satıcının hem de alıcının satılan hissenin miktarını bilmesi gerekir. Çünkü cehalet, yani satıma konu olan şeyin miktarının bilinmemesi akdin cevazına manidir. Ebû Yûsuf'a göre taraflar satılan hissenin miktarını bilsin veya bilmesin akit câizdir. Çünkü onlar bu cehalete razı olmuşlardır ve razı oldukları bu cehalet aralarında bir çekişmeye yol açmaz. Muhammed ise sadece müşterinin bilmesini şart koşturmuş. Çünkü mebûn bilinmemesi satıcıya değil müşteriye zarar verir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'den nakledilen görüşlerden her biri Ebû Hanîfe'den de rivâyet edilmiştir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Sattığı şeyin ne kadar olduğunu bilmemesi satıcıya da zarar verebilir. Dolayısıyla muhtemel zararın sadece müşteri açısından dikkate alınması yerinde olmaz. Bu bakımdan Muhammed'in görüşünün "Satıcının bilmemesi akdin cevazına mâni değildir." şeklinde gerekçelendirilmesi daha uygundur. Görülmez mi ki, görmediği şeyi satması durumunda satıcı için görme muhayyerliği olmaksızın akit câiz olmaktadır. Buna mukabil görmediği şeyi satın alan müşteri için görme muhayyerliği vardır. Aynı şekilde bu meselede de satıcı bilmese bile müşterinin miktarı bilmesi durumunda akit sahih olur.

Derim ki: Buna göre müşteri için bilme muhayyerliği sabit olacak şekilde bir kimsenin kendi payını meçhul olarak satmasının görme muhayyerliğine kıyasla câiz görülmesinin bir mantığı vardır.

[فاضل أمير] نقول: إذا كان ثوب مثلاً عشرة أذرع يشتري بمائة وإذا كان تسعة أذرع لا يشتري بتسعين فكان وجود الذراع العاشر جهة في تقوم تسعة أذرع وعدمه جهة في نقصان قيمة التسعة وكان الذراع العاشر وصفاً في المذروع ولا كذلك القفيز العاشر في عشرة أفضرة؛ لأن عشرة أفضرة من الحنطة إذا كانت تشتري بمائة دراهم كانت التسعة منها تشتري بتسعين درهماً فلا يكون وجود القفيز العاشر جهة في تقوم تسعة أفضرة منها ولا عدمه جهة في نقصان قيمة التسعة وبهذا أظهر وجه جعلهم الذراع وصفاً في المذروعات لا القفيز في المكيلات.

٥. بيع الحصة المجهولة المقدار

[التسهيل] ولو باع نصيبه من دارٍ فعلم العاقدان بمقدار نصيبه شرطاً عند أبي حنيفة إذ الجهالة تمنع الجواز ويُجيزه أبو يوسف مطلقاً علماً أو لا لأنهما رضيًا بالجهالة ولا تُفضي إلى النزاع. وشرط محمد علم المشتري فقط إذ جهالة المبيع تضره لا البائع وهما روايتان عن أبي حنيفة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: احتمالُ تضرُّرِ البائع ثابتٌ أيضاً فلا وجه لتخصيص المشتري فالأولى أن يُعلَّل بأن جهالة البائع غيرُ مانعةٍ ألا يُرى أن يبيع ما لم يره يجوزُ بلا ثبوتِ الخيارِ للبائع بخلافِ المشتري فكذا هذا يصحُّ إذا علم به المشتري وإن جهله البائع.

أقول: على هذا لو جُوِّزَ بيعُ نصيبه مجهولاً مع ثبوتِ خيارِ العلمِ للمشتري قياساً على خيارِ الرؤيةِ فله وجهٌ.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in kendi dirâyeti olarak zikrettiği bu açıklama, [el-Efşencî'ye ait] *el-Hakâik* adlı eserde¹ Ebû Hanîfe'den -ikinci olarak nakledilen- bir rivâyet şeklinde vardır ve Ebû Yûsuf bunu almıştır. Şeyh eğer muttali olduğu hâlde bu rivâyeti kendi açıklaması olarak sunmuşsa kendisine yakışmayan bir karıştırma [ve kendine mal etme] yapmış olur. Ama eğer bu açıklamayı ilgili rivâyeti görmeden yapmışsa, bu Allah'ın ona bahşettiği ilahi bir lütuftur.

6. Bir Kısmı Henüz Çıkmamış Meyvelerin Satımı

[**Teshîl**] Bir kimse, bir kısmı çıkmış bir kısmı henüz çıkmamış meyvelerin tümünü satsa, mezhepte zâhir olan görüşe göre bu satım akdi sahih olmaz. Mâlik'e göre ise bu akit sahih olur.

Fazlı ve Şemsüleimme meyvelerin ve patlıcan, karpuz gibi ürünlerin satımında, akit esnasında mevcut olan ürünleri asıl, sonradan meydana gelen ürünleri ise ona tâbi kabul ederek insanların teamülü sebebiyle istihsân yoluyla akdin câiz olduğuna fetvâ veriyorlardı. Muhammed'den gülü dalında iken satmanın câiz olduğuna dair de bir görüş nakledilmiştir. Bilindiği üzere gül bir defada çıkmaz, birbirinin peşinden peyderpey çıkar. Daha sahih olan görüşe göre ise mevcut olan ve olmayanı, bir araya getirmesi sebebiyle bu akit câiz değildir. Var olmayan şey satıma elverişli değildir; var olanın ise [semendeki] payı bilinmemektedir. Kıyasın teamül sebebiyle terk edilmesi ancak zaruret durumunda söz konusu olabilir. Oysa burada bir zaruret söz konusu değildir. Patlıcan ve karpuz gibi ürünler açısından da bir zaruret yoktur; çünkü bunların köklerine tabi kılınması ve sonradan meydana gelenlerin müşterinin mülkündeyken meydana gelmiş kabul edilmesi mümkündür. Aynı şekilde meyveler açısından da bir zarurettten söz edilemez. Mevcut meyvenin, satım bedelinin bir kısmı karşılığında satılıp, kalan kısım hakkında ise akdin meyvelerin mevcut olacağı zamana kadar ertelenmesi mümkündür. Ortada mevcut olmayanın satımına cevaz vermeyi gerektirecek bir zaruret durumu yoktur.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Kalan kısım ertelenirse sonradan meydana gelen, önce satılmış olanla karışır ve ikisi birbirinden ayrıştırılamaz. Bu ise anlaşmazlığa yol açar ve sıkıntı doğar. Sıkıntı ise dinde kaldırılması hedeflenen bir şeydir. Dolayısıyla sözü edilen erteleme ile zaruret durumu ortadan kalkmaz.

1 Efşencî, *Hakâiku'l-Manzûme*, vr. 136a.

[فاضل أمير] نقول: هذا الوجه الذي أورده على أنه دراية منه مذكور في الحقائق على أنه رواية من الإمام فيما نقل عنه ثانيًا وأخذ به أبو يوسف؛ فالشيخ رحمه الله إن ذكره على هذا النمط بعد العثور على الرواية فلا يليق به مثل هذا التمويه، وإن لم يظفر بها فهو موهبة جلييلة له من الله سبحانه وتعالى.

٥ . ٦ . بيع الثمار المتلاحقة

[التسهيل] ولو باع كل الثمار وقد ظهر بعضها دون بعضها فظاهر المذهب أنه لا يصح وعند مالك يصح.

وكان الفضلي وشمس الأئمة يُفتيان بالجواز في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك ويجعلان الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعده تبعاً استحساناً لتعامل الناس. وقد روى عن محمد في بيع الورد على الأشجار أنه يجوز ومعلوم أن الورد لا يخرج جملة بل بتلاحق البعض ببعض. والأصح أنه لا يجوز لجمعه بين موجود ومعدوم والمعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود مجهولة، وترك القياس بالتعامل إنما يجوز عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا. أما في الباذنجان والبطيخ فإنه يمكنه أن يتبع أصولهما حتى يكون الحادث على ملك المشتري وكذا في الثمار يمكنه أن يبيع الموجود ببعض الثمن ويُؤخّر العقد فيما بقي إلى وقت وجوده فلا ضرورة إلى تجويز البيع في المعدوم.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو أخرج يخلط الحادث بالمبيع ولا يتميز ويفضي إلى النزاع ويقع الحرج، والحرج مدفوع شرعاً فلا تندفع الضرورة بما ذكر من التأخير.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh *Câmi'ul-Fusûleyn*'in otuz ikinci faslında, meselenin özünü naklettikten sonra Şemsüleimme Serahsî rumuzuyla ondan şu nakilde bulunmaktadır: “Satıcı ağaçların satılmasına razı olmazsa müşteri ya ağaç üzerinde mevcut meyveleri satım bedelinin bir kısmı karşılığında satın alsın ve meyvenin geri kalanı hakkındaki akdi bu meyvelerin var oluş vaktine ertelesin ya da mevcut meyveyi satım bedelinin tamamı mukabilinde satın alsın ve satıcı da geri kalanı ona helal etsin. Bu yolla hem alıcı hem satıcı amacına ulaşmış olur. Bu durumda da ma'dûmun satımına gerek kalmaz.”¹

Konuyu dikkatli ve titiz bir şekilde inceleyen kimse için şu husus açıktır: İkinci ihtimal olarak söylediğinin delâlet ettiği üzere Şemsüleimme birinci ihtimalde söylediğiyle şunu kastetmektedir: Akdin yapıldığı sırada meyvenin bir kısmı henüz mevcut olmadığı hâlde taraflar bu sene içinde bu ağaçlardan çıkacak meyvenin satımında belli bir satım bedeli üzerinde anlaştıktan sonra eğer akdi sahih hâle getirmek istiyorlarsa, üzerinde anlaşmış oldukları satım bedelinin bir kısmını akit esnasında mevcut olan meyvenin karşılığı, satım bedelinin geri kalanını da daha sonra meydana gelecek meyvenin karşılığı saymak suretiyle iki akit yaparlar ve bu akit sahih olur. Vakti geldiğinde de ikinci akdi yaparlar. Alım satım akdi bu şekilde yapıldığında ve ikinci akit sırf akdin tashihi amacıyla yapıldığında bu, kesinlikle taraflar arasında anlaşmazlığa yol açmaz ve bir sıkıntı doğmaz.

7. Alım Satımda İstisnası Câiz Olan ve Olmayan Şeyler

[Teshîl] *Zâhiru'r-rivâye*'ye göre bir kimse meyve sattığında -miktarı belirli- birkaç kiloyu bundan istisna edebilir. Çünkü ilke şudur: Tek başına akde konu edilmesi câiz olan şeyin akitten istisna edilmesi de sahihtir; nitekim şâyi bir cüz'ün istisna edilmesi câizdir. Tek başına akde konu edilmesi sahih olmayan bir şeyin istisna edilmesi ise sahih değildir. Mesela koyun satın herhangi bir organını istisna etmek sahih değildir. Buna mukabil bir yığın buğdayın içinden bir ölçüğü satmak câiz olduğu gibi [yığın olarak satın] içinden bir ölçüğü istisna etmek de câizdir.

1 es-Serahsî, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed (ö. 483/1090), *el-Mebûsât*, Beyrut Daru'l-ma'rife 1993, XII, 197.

[فاضل أمير] نقول: قال الشيخ في الفصل الثاني والثلاثين من جامع الفصولين معلماً بعلامة شمس الأئمة السرخسي بعد أن نقل صدر المسألة ولو لم يرض البائع ببيع الأشجار فاليشتر الثمار الموجودة ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي إلى وجوده أو يشتري الموجود بكل الثمن ويحل الباقي فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فإذا لا حاجة في بيع المعدوم انتهى. ٥

فلا يخفى على الناقد الخبير أن ما ذكره شمس الأئمة في الوجه الأول على ما دل عليه ما قاله في الوجه الثاني يريد به أن المتعاقدين بعد ما اتفقا واستقر رأيهما على ثمن معين في بيع الثمار الحاصلة من هذه الأشجار في هذه السنة والحال أن بعض الثمار لم يوجد وقت العقد إن أراد تصحيح العقد فيجعل عقدين بأن يجعل بعض الثمن المعهود بمقابلة الثمن الموجود وقت العقد والبعض الآخر لما سيوجد ويصح بيعه فيعقدان عقداً ثانياً وقتئذٍ فإذا كانت المبيعة على هذا الوجه وكان تكرير العقد لمجرد تحصيل الصحة فلا إفضاء إلى النزاع حتماً ولا وقوع حرج قطعاً. ١٠

٧. ما يجوز استثناءه من البيع وما لا يجوز

[التسهيل] نُجيز على ظاهر الرواية استثناء أرتال معلومة منه إذ الأصل أن ما يصح إفراؤه بالعقد صح استثناءه من العقد كما لو استثنى جزءاً مُشاعاً وما لا يصح إفراؤه لا يصح استثناءه كما لو استثنى عضواً من الشاة. وبيع قفيز من صبرة يجوز فكذا استثناءه. ١٥

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu ilke iki durumda problem arz eder. Birincisi, kölenin mülkiyetini birine vasiyet edip hizmetinin istisna edilmesi meselesidir. Çünkü bu durumda vasiyet sahih olmakla birlikte istisna sahih olmamaktadır; oysa hizmetin tek başına vasiyet yoluyla birine ait kılınması sahihtir. İkincisi de şudur: Bir câriye azat edilirken karnındaki ceninin istisna edilmesi durumunda istisna bâtil olarak, cenin de annesiyle birlikte hürriyetine kavuşur; oysaki tek başına anne karnındaki ceninin azat edilmesi sahihtir.

İkinci problem iddiasına şu şekilde cevap vermek mümkündür: Azat etmek bir akit değildir; bu sebeple de kabule ihtiyaç duymamaktadır. Biz ise akit hakkında konuşuyoruz. Birinci problem iddiasına da şu şekilde cevap verilebilir: Kölenin hizmetini istisna etmek, bunu engelleyen bir durum yoksa sahih olur. Oysa kölenin hizmetiyle ilgili meselede bir engel söz konusudur. Şöyle ki; hizmetin istisnası sahih olsaydı hizmet mirasçılara ait olurdu. Oysa kölenin hizmeti mirasa konu olmaz. Görülmez mi ki; kölenin hizmeti vasiyet edilecek olsa, vasiyet lehtarları öldüğünde, mirasçıları kölenin hizmetine mirasçı olamazlar. Câriyenin karnındaki cenin meselesinde durum bundan farklıdır. Bu cevap aynı zamanda 'câriyeyi azat edip karnındaki cenini istisna etmek' konusundaki probleme de cevap teşkil etmektedir; çünkü ananın azat edilmesi, ceninin azat olmasını gerektirmektedir. Zira cenin ananın parçasıdır. İstisna edilmesi sahih olsaydı cenin bundan zarar görürdü. Çünkü o, anasının hürriyeti hak etmesi sebebiyle hürriyeti hak etmişti. Bu engelden dolayı ceninin istisnası sahih olmamıştır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in her iki probleme cevap vermek üzere söylediği şeyler, "İnsanın kendisinin bizzat akdetmesi câiz olan şeyi başkasına vekâletle yaptırması câizdir." kuralının küllîliğine, bu kuralın istikrâz (ödünç para isteme) konusunda geçerli olmadığı -yani bir kimsenin bizzat ödünç para istemesi câiz olduğu hâlde, ödünç para isteme hususunda başkasını vekil tutmasının câiz olmadığı- söylenilerek yapılan itiraza fukahanın cevap sadedinde yaptığı şu açıklamaya racidir: Fukaha istikrâz örneğinden hareketle yapılan bu itiraza şu cevabı vermiştir: Akdin konusunun bulunması, akdin şartlarındandır. Ödünç para isteme vekâletinde ise akdin konusu mevcut değildir. Çünkü vekilin borç olarak isteyeceği dirhemler borç verenin mülküdür ve birini başkasının mülkünde tasarrufta bulunmakla görevlendirmek bâtildir. Bu husus, 'hükümün bir engel sebebiyle uygulanamaması' kabilindedir ve küllî hükümlerde 'bir engelin bulunmaması' kaydının konulması gerekli değildir. Bu incelik hatırında kalsın!

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: هذا الأصل يُشكل باستثناء الخدمة من الوصية بالعبد فإنه تصح الوصية لا الاستثناء مع أن الخدمة يصح إفرادها بالوصية، ويشكل أيضا باستثناء الحمل من تحرير الأم فإنه يُعتق ويبطل الاستثناء مع أن إفراد الحمل بالتحرير يصح.

٥ يمكن أن يُجاب عنه: بأن التحرير ليس بعقد حتى لا يحتاج إلى القبول وكلامنا في العقد. وعن الأول بأن استثناءه يصح إذا لم يمنع مانع وفي صورة الخدمة مانع لأن استثناءها لو صح لكانت ميراثاً للورثة ولا يجري الإرث فيها، ألا يرى أنه لو أوصى بها فمات الموصى له لا يرثها ورثة الموصى له ضد الحمل، ويتأتى هذا الجواب في الإشكال باستثناء الحمل من تحرير الأم لأن تحرير الأم يقتضي تحرير حملها للجزئية فلو صح الاستثناء لتضّرر الحمل مع أنه استحقّ ١٠ التحرير بتحرير أمه فلم يصح استثناءه لهذا المانع.

[فاضل أمير] نقول: ما ذكره جواباً عن الإشكالين راجع إلى ما بينوا في الاعتراض على كلية ضابطة كل ما جاز أن يعقده إنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره بالاستقراض حيث جاز أن يستقرض نفسه ولكن لا يجوز أن يوكل غيره ١٥ بالاستقراض بأن قالوا أن محل العقد من شروط العقد والمحل ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض، لأن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل فهذا من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم انتهى. فلتكن هذه الفائدة على ذكر منك.

8. Muayyen Bir Miktarın Akitten İstisna Edilmesi

[**Teshîl**] *Zâhiru'r-rivâye*'ye göre, bir kimse meyve sattığında -miktarı belirli- birkaç kiloyu bundan istisna edebilir. Çünkü kural şudur: Şâyi bir cüz'ü istisna etme durumunda olduğu gibi, tek başına akde konu edilmesi câiz olan şeyin akitten istisna edilmesi sahihtir. Tek başına akde konu edilmesi sahih olmayan bir şeyin istisna edilmesi ise sahih değildir. Mesela bir koyun satıp herhangi bir organını istisna etmek sahih değildir. Buna mukabil bir yığın buğdayın bir ölçüğünü satmak câiz olduğu gibi yığından istisna etmek de câizdir. Mezhebimizde zayıf bir görüşe göre ise bir yığın buğdayı, içinden belirli ölçekte buğdayı istisna ederek satmak sahih değildir. Şâfi'nin ve Ahmed b. Hanbel'in görüşleri de bu şekildedir. Bunun gerekçesi, istisna sonrasında geriye kalanın bilinmezliğidir. Bilinmezlik, taraflar arasında çekişme ve tartışmaya yol açar; çünkü müşteri daha kaliteli olanı isterken satıcı daha düşük kaliteliyi teslim etmek isteyecektir. Ayrıca istisnadan sonra geriye bir şey de kalmıyor olabilir. Ancak bir tarladaki ağaçlardan belirli bir tanesini istisna ederek diğer ağaçları satmak bundan farklıdır. Çünkü geriye kalanların hangi ağaçlar olduğu açıkça bilinmektedir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Birkaç ölçek ve dere kenarında yetişecek olanlar istisna edilerek yapılan müzâraa (tarım ortaklığı) akdi fâsit olur. Bu konudaki tek rivâyet budur. Bu şekilde yapılan müzâraanın fâsit olmasının sebebi, istisna edilenden başka bir ürünün çıkmamasının mümkün olmasıdır ki bu durumda ortaklık ortadan kalkar. Aynı şekilde mudârebe akdi de taraflardan birisi için muayyen miktarda dirhemin şart koşulması durumunda fâsit olur. Her iki akdin fesâdına ilişkin bu gerekçelendirmeye göre -yukarıda *Zâhiru'r-rivâye*'ye göre câiz olduğu söylenen- 'içinden muayyen bir ölçüğü istisna ederek buğday satma'nın da câiz olmaması gerekir; çünkü istisna edilenden başka buğday olmayabilir ve satım akdi boşa çıkabilir. Bu da meşrû olanı değiştirmek olur ki ilke, meşrû olanı değiştiren şeyin bâtil olmasıdır. Öyleyse -belirtilen şekilde yapılan- satım akdinin de fâsit olması gerekir; çünkü satım akdi fâsit şart ile fâsit olur.

٨. استثناء مقدار معلوم من العقد

[التسهيل] نُجيز على ظاهر الرواية استثناء أرتال معلومة منه إذ الأصل: أن ما يصح إفراؤه بالعقد صح استثناءه من العقد كما لو استثنى جزءاً مُشاعاً وما لا يصح إفراؤه لا يصح استثناءه كما لو استثنى عضواً من الشاة. ويصح قفيز من ضبرة يجوز فكذا استثناءه. وقيل لا يصح استثناء الأرتال المعلومة وهو قول الشافعي وأحمد لجهالة ما بقي بعد الاستثناء وهي تُفضي إلى النزاع إذ المشتري يُطالب بالأجود والبائع يسلم الأردأ على أنه ربما لا يبقى شيء بعد المستثنى بخلاف ما لو استثنى شجراً معيناً إذ الباقي معلوم عياناً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: المزارعة تفسد باستثناء القفزان واستثناء ما على الماذيانات رواية واحدة لجواز أن لا يحصل إلا المستثنى فينقطع الشركة وكذا المضاربة تفسد بأن يُشروط لأحدهما دراهم مسمأة فعلى هذا التعليل ينبغي أن لا يجوز استثناء أرتال معلومة على ظاهر الرواية أيضاً لجواز أن لا يحصل إلا المستثنى فيضمحل البيع فيصير هذا تغييراً للمشروع والأصل أن ما يكون تغييراً للمشروع يبطل فينبغي أن يفسد البيع لأنه يفسد بالشرط الفاسد.

Derim ki: Müzâraa vb. akitleri -yukarıda sözü edilen probleme yol açmayacak şekilde- gerekçelendirmenin bir yolu geldi aklıma. O da şudur: Müzâraa ve mudârebe akitlerinin fâsit olmasının gerekçesi yukarıda zikredilen şey değildir. Aksine mudârebe, müzâraa vb. akitler kârın tamamında şâyi hisseli olarak ortaklığı gerektirmektedir. Yukarıda geçen şeyi [yani içinden muayyen bir miktarın istisna edilmesini] şart koşturmak ise akdin gereği olan şâyi hisseli ortaklığa aykırıdır. Bu durumda şart fâsit olmakta, şartın fâsit olması sebebiyle de akit fâsit olmaktadır. Satım akdi ise meyvenin tamamında gerçekleşmediğinden, meyvenin bir kısmının satıcıya ait olmasını şart koşturmak satım akdine aykırı düşmemektedir. Çünkü o ürünün bir kısmını satmakta, bir kısmını satmamaktadır. Bu gibi şartlarda ise fâsitlik söz konusu olmadığından satım akdi böyle bir şartla fâsit olmaz. Çoğunlukla görülen durum, bu tür istisnalardan sonra geriye akde konu olmaya elverişli bir miktarın kalacağını bilinmesidir. Mudârebe akdinde belirli miktarda dirhemin paylaşımından hariç tutulması sahih değildir. Aynı şekilde müzâraa akdinde belirli bir miktarın veya ürünün dere kenarında yetişen kısmının istisna edilmesi de sahih olmamaktadır. Satım akdinde belirli bir miktarın istisna edilmesi ise bundan farklıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in yaptığı 'aksine...' diye başlayarak bu gerekçelendirme mudârebe konusunda geçerli olmaz. Çünkü fukahamız mudârebeyi fâsit şartla batıl olmayan akitlerden saymışlardır. Dolayısıyla fâsit şartın mudârebe akdini ifsat etmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Belirli miktardaki birkaç kilonun [satım akdinde] istisna edilmesinin tıpkı müzâraa akdinde birkaç ölçeğin ve mudârebe akdinde belirli bir miktar dirhemin istisna edilmesi gibi olduğu şeklinde özetlenebilecek probleme verilecek doğru cevap şu olabilir: Satım akdinde birkaç kilonun istisna edilmesi durumunda fesâd illeti olan cehalet/bilinmezlik, müzâraa akdinde ölçeğin ve mudârebe akdinde dirhemin istisna edilmesi durumundaki bilinmezlikten daha zayıftır. Çünkü aklı başında olan kişiler, ancak geriye kalan miktarın, anlaşılan bedel mukabilinde satıma elverişli bir miktar olacağından emin olmaları durumunda satıma konu olan üründen muayyen bir miktarın istisna edilmesini kararlaştırabilirler. Müzâraa ve mudârebe akitlerinde ise durum böyle değildir. Çünkü bu iki akitte 'müstesnâ minh' yani kendinden istisna yapılacak olan şey henüz mevcut olmayıp, tam tersine meydana gelmesi umulan ma'dûm bir şeydir.

أقول: سُنح لي تعليلُ المزارعة ونحوها بوجهٍ آخر لا يردُّ عليه الإشكالُ وهو أن فسادَ المزارعةِ والمضاربة ليس لما مرَّ بل لأنَّ عقدَ المضاربة والمزارعة ونحوها يقتضي شيوعَ الشركة في كلِّ الربح فَشَرَطُ ما مرَّ يُنافي الشيوعَ المُقتضى ففسد الشرطُ فيفسدُ العقدُ بفساده، وأما البيع فلا يقتضي أن يباع كل الثمر فَشَرَطُ كونِ البعضِ للبائع لا يُنافي عقدَ البيع لأنه باع البعض لا البعض فلا فساد في مثل هذا الشرطِ فلا يفسد به البيعُ والغالبُ أن وجودَ الباقي معلومٌ. وأيضاً لا يصحُّ إفرادُ الدراهم المسمّاة بعقدِ المضاربة وكذا لا يصحُّ إفرادُ القفزانِ وما على الماذينات بعقد المزارعة فلا يصحُّ الاستثناء بخلاف الأبطالِ المعلومة في البيع.

١٠ [فاضل أمير] نقول: لا يتمشى هذا التعليل الذي ذكره بكلمة الإضراب في المضاربة لأنهم عدّوها من العقود التي لا تبطل بالشروط الفاسدة فإفساد الشرط الفاسد المضاربة ليس بواقع؛ ولعل أن الجواب الصحيح عن أصل الاستشكال الذي خلاصته ينبغي أن يكون استثناء أبطال معلومة كاستثناء القفزان في المزارعة واستثناء الدراهم المسمّاة في المضاربة أن يقال أن الجهالة التي هي علة الفساد في استثناء الأبطال أضعف من الجهالة التي كانت في استثناء القفزان والدراهم في المزارعة والمضاربة لأن العاقلين العاقلين لا يستقر رأيهما على استثناء أبطال معلومة من الثمار المبيعة إلا بعد أن كان لهما جزم ببقاء قدر منها صالح لأن يباع بهذا الثمن المسمى ولا كذلك الأمر في المزارعة والمضاربة لأن المستثنى منه ليس بموجود فيهما بل هو معدوم مرجو الحصول

Dolayısıyla bir satım akdinde satım konusu olan meyveden muayyen bir miktarın istisna edilmesine ilişkin olarak söylenen şeyler bu iki akit hakkında düşünülemez. Âlimlerimiz, -Allah kabirlerini pür nur eylesin- bilinmezliğin güçlü olduğu durumlarda istisnanın akdi ifsat edeceği konusunda ittifak etmişler, bilinmezliğin zayıf olduğu durumlarda ise istisnanın akdi ifsat edip etmeyeceğinde farklı görüşlere sahip olmuşlardır.

9. İkinci Müşterinin İlk Satıcının Hasmı Olmaması

[**Teshîl**] Bir kimse satın aldığı câriyeyi satıcının izni olmaksızın ve satım bedelini ödemeksizin kabzetse, câriye [müşterinin kabz etmesinden sonra] bir çocuk doğursa, satıcı satım bedelini tahsil edebilmek için câriyeyi çocuğu ile birlikte geri isteyebilir. Çünkü câriyeyi elde tutma hakkı -hibeden dönme hakkının aksine- güçlü bir haktır ve bu hak -tıpkı rehnin fer'ine sirayet ettiği gibi- câriyenin fer'ine de sirayet eder. Müşteri bu câriyeyi satın ortadan kaybolsa, ilk satıcı, câriyeyi ikinci müşteriden geri isteme hakkına sahip değildir. Çünkü ikinci müşteri -kendisine karşı hak iddiasında bulunamayacağı için- ilk satıcının hasmı değildir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: İlk satıcının ikinci müşteriye hasım olabilmesi gerekir; çünkü ikinci müşteri mülkiyet iddiasında bulunmakta, ilk satıcı ise o mal üzerinde hapis hakkının bulunduğunu iddia etmektedir. İlk satıcı bu yönüyle onda bir hakkının bulunduğunu iddia etmiş olmaktadır. Gâip şahıs aleyhine iddia edilen şey, hazır şahıs aleyhine iddia edilen şeyin sebebidir. Bu gibi durumlarda hazır kişi gâip kişi yerine hasım olabilir. Burada da durumun öyle olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Fukahamız kimlerin hasım olup kimlerin olamayacağı konusunda şöyle demişlerdir: Bir kimsenin kendisi adına mülkiyet iddia edip zilyedin de "Hayır bu bana aittir." dediği her durumda zilyed onun hasımıdır. Bizim söz konusu ettiğimiz meselede ise davacı [ilk satıcı] mebîin kendi mülkü olduğunu iddia etmemekte, aksine şöyle demektedir: "Bu mal, onu sana satan kişinin [ilk müşteri/ikinci satıcı] mülküdür. Ancak o kişi bu malı benden satın aldı fakat satım bedelini ödemedi. Dolayısıyla o mal üzerinde benim hapis hakkım bulunmaktadır." Bu olay, yukarıda zikredilen genel kuralın kapsamına girmemektedir.

فلا يتصور فيهما ما صور في الأبطال فعلمناؤنا نور الله مراقدهم اتفقوا على أن الاستثناء مفسد فيما قويت الجهالة فيه واختلفت الرواية عنهم فيما ضعفت فيه.

٩. عدم كون المشتري الثاني خصمًا للبائع الأول

٥ [التسهيل] ولو شرى أمةً وقبضها بلا إذن البائع ولم ينقذ الثمن فولدت تُسترد الأمة مع ولدها للثمن إذ حقّ الحبس متأكد بخلاف حقّ رجوع الهبة فسرى إلى الفرع كفرع الرهن. فلو باعها المشتري وغاب لا تُسترد من المشتري الثاني لأنه ليس بخصمٍ إذ لا يدعي حقًا قبله.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون خصمًا لأنه يدعي الملك والبائع الأول يدعي حقّ الحبس فيه فيكون مُدعيًا حقًا قبله بهذا الاعتبار وما يدعي على الغائب سببٌ لما يدعي على الحاضر وفي أمثاله يكون الحاضر خصمًا عن الغائب فينبغي أن يكون هنا كذلك.

[فاضل أمير] نقول: ذكروا في باب من يكون خصمًا ومن لا يكون أن كل من يدعي الملك لنفسه وذو اليد يقول «لا بل هو ملكي» فذو اليد خصمه فبيما نحن بصدده لا يدعي المدعي أن المبيع ملكي بل يقول إنه ملك من باع منك ولكن ١٥ لم يسلم الثمن إلّٰى فلي حق حبسه فلا تدخل هذه الصورة تحت هذه الكلية هذا

Fukahamızın ikinci müşteriyi ilk satıcının hasmı yapmamasındaki incelik belki de şudur: İlk satıcı şahit [beyyine] getirdiğinde şahitler, ilk müşterinin parayı ödemedi ve satıcının izni olmadan malı kabzettiğini söylediklerinde -ki bu durumda ilk satıcının geri alma hakkı ve hapis hakkı olacaktır- bu şahitlikleri, şahidin bilgisinin ihata edemeyeceği bir yokluk durumuna şahitlik olur ve bu sebeple kabul edilmez. Ayrıca böyle bir şahitliğin kabul edilmesinin başka bir mahzuru daha vardır ki o da şudur: Kadı söz konusu şahitliğin içeriğine dayanarak ilk müşterinin semeni ödemediğine hükmetse, daha sonra ilk müşteri/ikinci satıcı gelip, bu yargı kararından önce semeni ödemiş olduğuna dair beyyine getirecek olsa bu durumda ya ilk beyyineye dayalı olarak verilmiş olan hükmün bozulması ya da ispata dair olan bir beyyinenin nefye dair bir beyyine sebebiyle reddedilmesi gerekecektir. Her iki durumda da ortaya çıkacak olan sorun, bu işlerden anlayan kimselere kapalı değildir.

10. Müşterinin İflas Edip Ölmesi Durumunda Satıcının Diğer Alacaklılara Eşit Olması

[**Teshîl**] Bize göre müşteri iflas edip öldüğünde satıcı sattığı mal üzerinde diğer alacaklılara göre daha fazla hak sahibi değildir. Çünkü satıcının hakkı 'ayn' değil, 'deyn'dir; yani hak malın kendisinde değil ölen şahsın zimmetindedir. Şâfiî'ye göre ise bu durumda satıcı mal üzerinde daha fazla hak sahibidir. Çünkü müşterinin satım bedelini ödeyememesi, tıpkı satıcının satılan malı teslim edememesi durumunda olduğu gibi akdin feshini gerektirir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Hz. Peygamber'in "Bir kimse kendi malını iflas etmiş bir kimsenin yanında bulursa, o mal üzerinde başkasından daha fazla hak sahibidir." şeklindeki sözü, Şâfiî'nin görüşünü desteklemektedir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Hanefîlerin görüşünü, Cessâs'ın müsned olarak Hz. Peygamber'den rivâyet ettiği şu hadis desteklemektedir: "Müşteri müflis olarak ölse ve satıcı malını aynen bulsa, o diğer alacaklılarla eşittir." Bunu Mevlâ Ayasuluğî *Mecma'* şerhinde zikretmiştir. Bu iki hadisten hangisinin konuya delâlet noktasında daha açık olduğu erbabının dikkatinden kaçmaz.

ولعل الفقه في أنهم لم يجعلوا المشتري الثاني خصماً للبائع الأول هو أنه إذا أقام بينة لا ريب في أن شاهده يقولان أن المشتري منه قبض المبيع من غير إذن منه ومن غير أن يسلم الثمن إليه وللبائع حق الاسترداد منه وحق الحبس فكانت شهادة على نفي لا يحيط به علم الشاهد فلم تقبل مع أن في قبولها محذوراً من جهة أخرى وهو أن القاضي لو حكم على ما تضمنته الشهادة بعدم تسليم الثمن وبعد ما حضر البائع الثاني وأقام بينة على أداء الثمن قبل هذا الحكم للزم إما نقض القضاء أو رد بينة قامت على الإثبات بينة قامت على النفي؛ ولا يخفى ما فيهما للمتتبع المتدرب.

١٠. كون البائع أسوة للغرماء عند موت المشتري مفلساً

١٠ [التسهيل] ولم نجعل البائع أحق بالمبيع بموت المشتري مفلساً إذ حقه دينٌ لا عينٌ وعند الشافعي هو أحقُّ به لأن عجز المشتري عن الثمن يُوجب الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يؤيد جانب الشافعي قوله ﷺ «من أدرك ماله بعينه عند رجلٍ أفلس فهو أحقُّ به من غيره».

١٥ [فاضل أمير] نقول: يؤيد جانب الحنفية ما روى الجصاص بإسناد إلى النبي ﷺ المشتري إذا مات مفلساً فوجد البائع متاعه بعينه فهو أسوة للغرماء، ذكره المولى الأياثلوغي في شرح المجمع فلا يذهب على البصير الواقف ما هو من الدليلين أوضح في الدلالة على المدعى.

11. Bitişik Gayr-i Mütevellid Artışın Semende Payı Var mı?

[**Teshîl**] Şâfiî, müşteri tarafından kabz edilmeden önce mebdede meydana gelen artışın satım bedelinde bir payı olmadığı kanaatindedir. Bize göre ise artış, şayet kabzdan önce meydana gelmişse ve *-ayrı olan gayr-i mütevellid* değil- *bitişik mütevellid* veya *ayrı mütevellid* ise, satım bedeli, malın akit günündeki asıl kıymetiyle kabzedildiği gündeki artışın kıymetine bölünür. Çünkü akdin mebdede tasarruf hakkı vermesi kabz anında olduğundan, asıl mal ile onda meydana gelen artış ancak kabz anında yapıldığı varsayılan bir akdin kapsamına girebilir. Akdin var olmadan önce hüküm ifade etmesi mümkün olmayacağı için akit kabz anında hükmen var kabul edilir. Teslim anında ise gerek asıl mal gerekse artış, mukadder satım akdinin kapsamına dâhil olduğundan satım bedeli bu ikisine taksim edilir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: 'Bitişik gayr-i mütevellid'in -yani mala bitişik olan ancak ondan doğmamış olan artışın-, bu hüküm konusunda 'ayrı gayr-i mütevellid' gibi -yani maldan ayrı ve ondan doğmamış artış gibi- olması yani akde dâhil olmaması, dolayısıyla da satım bedelinde payının olmaması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu, Şeyh'in bitişik gayr-i mütevellidi ayrı gayr-i mütevellide kıyas ederek yaptığı bir fikhî çıkarımdır. Fakat *el-Bedâi*'de yer alan şu ifadeler bu çıkarımı reddetmektedir: "Bize göre mebdedeki artış, gerek ayrı gerekse bitişik [mütevellid veya gayr-i mütevellid] olsun mebdîdir. Hibe, sadaka ve kesb bu hükmün dışındadır."¹ *el-Bedâi*'in bu ifadesinden açıkça anlaşılan husus, hükümden sadece 'ayrı olan gayr-i mütevellid' artışın istisna edildiğidir. Geri kalan üç kısım ise bu hükme dâhildir. Buna göre kumaşın dikilmesi ve boyanması gibi bitişik gayr-i mütevellid artışlar da bu hükmün kapsamına dâhil olur. Yani mebdede meydana gelen artış, şayet kabzdan önce meydana gelmişse, satım bedeli asıl malın, akdin yapıldığı esnadaki kıymeti ile kabz anına kadar o malda meydana gelmiş olan artışın kıymetine bölüştürülür. Ayıp muhayyerliği konusunda geleceği üzere bitişik gayr-i mütevellid artış, ancak kabzdan sonra olabilir. Çünkü müşteri önce kabz edecek ki, kumaşı dikebilirsin veya boyayabilirsin. Bu durumda akla ilk gelen şey, bu hükmün bitişik gayr-i mütevellid için tasavvur edilememesidir. Çünkü zikredilen hüküm, az önce öğrenmiş olduğun üzere, artışın kabzdan önce olma kaydıyla kayıtlanmıştır.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, V, 256.

١١. هل للزائد المتّصل الغير المتولد حصّة من الثمن

[التسهيل] زوائد المبيع قبل القبض لا قسّط لها من الثمن عند الشافعي ونحن نقسّم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزائد يوم القبض لو زاد قبل القبض ولم يكن الزائد منفصلاً غير متولد بل كان متصلاً متولداً أو منفصلاً متولداً لدخول الأصل والزائد تحت عقدٍ مقدّرٍ عند القبض إذ العقد يفيد التصرف عند القبض فيكون العقد موجوداً حكماً عند القبض لاستحالة الإفادة بدون الوجود وعند القبض كل من الأصل والزائد داخل في البيع المقدر فينقسم الثمن عليهما كما مرّ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الزائد المتّصل الغير المتولد ينبغي أن يكون كمنفصلٍ غير متولد في هذا الحكم.

[فاضل أمير] نقول: هذا تفقه منه قائساً على منفصل غير متولد ولكنه يأباه ما في البدائع من قوله أن زوائد المبيع مبيعة عندنا سواء كانت منفصلة أو متصلة متولدة من الأصل، أو غير متولدة منه^١ إلا الهبة والصدقة والكسب انتهى. فالظاهر من هذا المنقول أن المنفصل الغير المتولد فقط مستثنى من هذا الحكم والأقسام الثلاثة الباقية داخله تحته فيلزم دخول المتصل الغير المتولد كالخياطة والصبغ تحت هذا الحكم يعني تقسيم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزائد يوم القبض لو زاد قبل القبض وسيأتي في باب خيار العيب أن المتصل الغير المتولد لا يكون إلا مسبوفاً بالقبض فإنه يقبض ثم يخيط أو يصبغ فالتبادر منه أن لا يتصور هذا الحكم في متصل غير متولد لأن الحكم المذكور هنا مقيد بكون الزيادة قبل القبض كما عرفت آنفاً

١ أج- منه؛ والمثبت من البدائع.

Şeyh'in nakilde bulunduğu kişinin, "Semende payının olabilmesi için artışın bitişik mütevellid ya da ayrı mütevellid olması gerekir." diyerek, bitişik gayr-i mütevellid artışa değinmemesi, belki de farz edilen bu durumun tasavvur edilmemesi sebebiyledir. Aynı şekilde *el-Bedâi* müellifinin bitişik gayr-i mütevellid artışı bu genel kuraldan istisna etmemesi, buna ihtiyaç bulunmaması sebebiyledir. Çünkü bu zaten müstesnâ minhe dâhil değildir. Böylece Şeyh'in yaptığı değerlendirmenin yersizliği açığa çıkmış olmaktadır.

12. Mebûin Kalıp Artışın Telef Olması

[Teshîl] Mebû'in aslı baki kalıp onda meydana gelen artış telef olsa, müşteri dilerse satım bedelinin tamamı karşılığında asıl mebûi alır. Çünkü artış kabzedilmemiş olduğundan yok hükmündedir. Aslın helak olup artışın baki kalması durumunda ise müşteri dilerse artışı satım bedelindeki payı karşılığında alır. Şâfiî'nin gerekçesi, mebûin semenin tamamı mukabilinde olması; bu sebeple de semenin bir kısmının artışa karşılık yapılmasının mümkün olmamasıdır. Bu yüzden artışın kabzdan önce telef olması hâlinde semenin bir kısmı düşmemektedir.

Bu prensip üzerine bina edilen meselelerden birisi şudur: Meyve karşılığında satın alınan meyve ağacı, kabzdan önce, satım bedeli olarak belirlenmiş olan meyveden daha fazla ürün verse yani sonradan oluşan meyvenin miktarı, toplam semenin sonradan oluşacak meyveye tekabül eden payından fazla olsa, Şâfiî'ye göre fazla çıkan meyve müşteriye helal olur; çünkü ona göre artışın satım bedeli içinde bir payı yoktur. Dolayısıyla burada karşılıksız bir fazlalık söz konusu olmadığından -fazla meyve açısından- herhangi bir kirlilik [ribâ şüphesi] yoktur. Bize göre ise bu fazlalığın tasadduk edilmesi gerekir. Şöyle ki: Akdın yapıldığı anda ağacın değeri bin dirhem, sonradan oluşan meyvenin değeri beş yüz dirhem olsa satım bedeli olan meyve üçe bölünür; üçte ikisi ağacın ve üçte biri de yeni oluşan meyvenin mukabili olur. Çıkan meyve, kendisi için belirlenen bu üçte birlik hisseden daha fazla olursa müşteri bu fazlalığı tasadduk eder; çünkü ribâ şüphesi sebebiyle bu fazla kısımda kirlilik meydana gelmiştir.

ولعل أن عدم تعرّض من روى الشيخ عنه بالمتصل الغير المتولد فيما سبق من قوله بل كان متصلاً متولداً أو منفصلاً متولداً لعدم تصور المفروض في المتصل الغير المتولد وكذلك عدم استثنائه صاحب البدائع من الضابطة المذكورة لعدم الاحتياج إليه لأنه غير داخل في المستثنى منه؛ وبهذا ظهر ما في تصرف الشيخ هنا من السخافة. ٥

١٢. هلاك الزائد مع بقاء المبيع

[التسهيل] فلو هلك الزائد أخذ الأصل بكل الثمن لو شاء لأنه كأن لم يكن لعدم القبض، وفي عكسه أخذ الزائد بحظه من الثمن لو شاء وله أن المبيع قوبل بكل الثمن فلا يمكن أن يجعل شيء منه بإزاء الزيادة ولذا لم يسقط شيء من الثمن بتلف الزائد قبل القبض. ١٠

وعلى هذا الأصل يترتب مسائل منها: لو اشترى شجراً بثمر فثمر قبل القبض ثمرأ أكثر من ثمر الثمن أي أكثر من الثمر الذي هو ثمن الثمر الحادث أي أكثر من الثمر الذي هو حصه الثمر الحادث من ثمن الكل، ويمكن أن يصحح بتقدير قوله من حصته أي أكثر من حصته من ثمر الثمن قال الشافعي الفضل حلال للمشتري إذ الزائد لا يقابله شيء من الثمن فلا يتحقق الزيادة فلا ١٥
خُبث، وعندنا يتصدق بالفضل حتى إذا كانت قيمة الشجر يوم العقد ألفاً وقيمة الثمر الحادث خمسمائة يقسم الثمر الثمن أثلاثاً فثلثاه ثمن الشجر وثلثه ثمن الثمر الحادث فإذا كان هذا الثلث أقل من الثمر الحادث تصدق المشتري بما زاد الثمر الحادث عليه لتمكّن الخُبث بشبهة الربا.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: “İlgili bölümde geçtiği üzere ribâ şüphesi, ribâ gibi olup akdi fâsit kılmaktadır. Bu olayda da ribâ şüphesinin akdi fâsit kılması gerekirdi.” denilecek olursa buna şu şekilde cevap vermek mümkündür: Burada akdin aslı ribâdan da ribâ şüphesinden de uzak olduğundan akit sahih olmuştur. Ribâ şüphesinin sonradan ortaya çıkması, fazla kısmın kirlenmesine yol açmış fakat akdin aslını fâsit kılmamıştır. Esasında bu cevap da tartışmaya açıktır. Zira âlimlerimiz ribâ konusunda hiçbir ayırım gözetmeksizin ribâ şüphesini gerçek ribâ gibi değerlendirmişlerdir. Bu, üzerinde durulması gereken bir noktadır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *el-Bedâi*'in sarf bölümünde bu konuda bir ilke zikredilmiştir. Bu ilkenin özü şudur: “Akdin hem sahih hem fâside şamil olması durumunda eğer fâsitlik sonradan olmuşsa, bu fâsitlik sadece fâsit olan kısma inhisar eder ve birlikte bulunduğu sahih kısma sirayet etmez.”¹ Bu ilkeye göre sonradan gerçekleşen fesâd, kendisine bitişik olan parçaya sirayet etmez. Fesâdın gerçekten varlığı durumunda hüküm böyle oluyorsa, yani diğer kısma sirayet etmiyorsa, fesâd şüphesi yani ribâ şüphesi olduğunda sirayet etmemesi evleviyetle gerekir.

Şeyh, fıkıh kitaplarına serpiştirilmiş incelikleri yeterince araştırmaması, üzerinde derinlemesine düşünmemesi ve zekasının sunduklarına aşırı güveni sebebiyle devamlı bu türden itirazlarda bulunmakta ve görüldüğü üzere kendi görüşüne göre tasarrufta bulunmaktadır. *el-Bedâi*'de zikredilen bu inceliğin farkında olmaksızın “Âlimlerimiz ribâ konusunda hiçbir ayırım gözetmeksizin ribâ şüphesini gerçek ribâ gibi değerlendirmişlerdir.” şeklindeki ifadesi de bu kabildendir. Şeyh'in alışıldık tasarruflarından biri de bu meselenin hemen devamında fihhi çıkarım olarak ya da mezkûr cevaba itiraz sadedinde zikrettiği şu husustur: “Bence buna göre bir kimse akit anındaki değeri iki bin dirhem olan bir câriyeyi bin dirheme satın alsa, sonra bu câriye kabzdan önce hataen öldürülse ve öldüren kişi, câriyenin kıymetini iki bin dirhem olarak ödese yukarıda belirtilen gerekçeyle ödenen iki bin dirhem bin dirhemlik kısmının [müşteriye] helal olmaması gerekir. Çünkü yukarıda belirtildiğine göre câriyenin değeri câriye yerine konulur.”

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi*, V, 217.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: شبهة الربا كحقيقة الربا تُفسدُ العقدَ كما عُرف في محلّه فيلزمُ أن يفسد هنا بيع الشجر، يمكن أن يجاب بأن أصل العقد هنا خالٍ عن الربا وشبهته فصَحَّ ثم طُرِّدُ الشبهةُ أثر في حُبثِ الفضلِ ولم يُفسدُ أصلَ العقدِ ويمكن المناقشةُ في هذا الجواب بأنهم جعلوا شبهة كحقيقة الربا بلا تفصيلٍ في باب الربا فليتأمل. ٥

[فاضل أمير] نقول: قد ذكر في كتاب الصرف من البدائع أصلاً في هذا الباب خلاصته أن الصفقة التي اشتملت على صحيح وفساد إذا كان فساد الفاسد طارياً يقتصر ولا يسري إلى الصحيح المجاور انتهى ملخصاً. فظهر منه أن الفساد الطاري لا يسري إلى الجزء المقارن بالفساد فإذا كان الحكم في حقيقة الفساد هذا فما ظنك بشبهة الفساد أعني شبهة الربا. ١٠

والشيخ رحمه الله لقلّة تتبعه و تعمقه في الأسرار المودعة في الكتب الشرعية ووفرة اعتماده على ما سمحت له القريحة كثيراً ما يورد ويتصرف على ما يرى كما يرى حيث قال جعلوا شبهة كحقيقة الربا بلا تفصيل ذاهلاً عن هذا التفصيل البديع الذي ذكر في البدائع ومن جملة تصرفاته المعهودة أيضاً ما سيورده بُعيد هذا إما تفقهاً منه أو اعتراضاً على الجواب المذكور وهو قوله فأقول على هذا لو شرى أمة بألف وقيمتها ألفان عند العقد إلى آخره ١٥

el-Bedâi'de mebiin hükmünün mebîde meydana gelen artışlarda da geçerli olduğu yerler sayılırken şu örneğe de yer verilir: Bir kimse kıymeti iki bin dirhem olan köleyi bin dirheme satın alsa ve teslim almadan önce köle öldürülse, müşteri akdi sürdürmeyi tercih etse ve katilin peşine düşüp ondan -kölenin kıymeti olan- iki bin dirhemi alsa, aldığı iki bin dirhem bin dirhemini tasadduk eder. Çünkü bu bin dirhem, tazmin sorumluluğunu taşımadığı bir malın kazancıdır.¹

13. Ayır Mütevellid Artışın Malın Ayıp Sebebiyle İadesini Engellemesi

[**Teshîl**] Kabzedilmesinden sonra maldan doğan/mütevellid ayırı/munfasıl artış [mesela hayvanın müşteri yanında yavrulaması], malın kusur sebebiyle geri verilmesini engeller; zira bu artış üzerinde akit yapılmamıştır. Bu artış hakikaten de hükmen de akdin kapsamına girmediği için; [1] mal artışla birlikte iade edilemez; çünkü akit ne üzerinde gerçekleşmişse fesih de sadece onun üzerinde gerçekleşir; başka bir şey üzerinde gerçekleşemez. [2] Malın, artış olmaksızın geri verilmesi de câiz değildir. Çünkü artışın verilmeyip sadece asıl malın iade edilmesi durumunda artış, karşılığında bir bedel olmaksızın müşteride kalmış olur; dolayısıyla da ribâ olur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Burada sözü edilen ribâ, fukahanın "Alım satım akdindeki fâsit şartlar ribâyâ yol açar." sözündeki 'karşılıksız fazlalık' anlamındaki ribâdır. Yoksa ki, 'aynı cinsten iki malın, biri miktar yönünden diğerinden fazla olacak şekilde birbiri mukabilinde satılması' anlamındaki ribâ değildir. Ben bu satırları yazdıktan sonra, yani fukahanın genel ifadelerinden hareketle ribânın bu anlamını yazdıktan sonra benim tereddüt ve endişem, mebîde meydana gelen yavru ve meyve gibi artışların malın ayıp sebebiyle iadesine engel olacağına ilişkin olarak *el-Bedâi*'deki şu ifadeyi görünceye kadar devam etti: "Eğer müşteri artışı yanında tutup mebiin aslını iade edecek olsa, tek başına akde konu edilebilecek olan bir şey (artış) bedelsiz bir mebî olarak kendisine kalmış olacaktı. İşte şerâtin örfünde ribânın tanımı budur."²

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi*, V, 257.

2 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi*, V, 289.

حيث قال في البدائع في عدّ المواضع التي يثبت حكم المبيع في زوائده فيها ومنها إذا اشترى عبداً بألف درهم يساوي ألفين فقتل قبل القبض فاختر البيع واتبع الجاني وأخذ قيمته ألفين يتصدق بالألف الزائد عندنا لأنه ربح ما لم يضمن.

١٣. الزائد المنفصل المتولّد يمنع الردّ بعيبٍ

[التسهيل] ونمنع الردّ بعيبٍ لأجل الزائد المنفصل المتولّد بعد القبض لخُلُوّ الزائد من العقد إذ لم يدخل في العقد لا حقيقةً ولا حكماً فلا يُردُّ مع الزائد إذ الفسخ يُردُّ على ما وَرَدَ عليه العقد لا على غيره ولا يجوز أن يُردَّ بدون الزائد إذ الزائد يبقى له بلا ثمن فيكون ربا.

١٠ [فاضل أمير] نقول: الربا بمعنى فضل خال عن العوض كما في قولهم إن الشروط الفاسدة في البيع يؤدي إلى الربا لا الربا المعروف الذي اعتبر فيه فضل أحد المتجانسين على الآخر قدرًا وبعد ما كتبتُ هذا يعني كون الربا بهذا المعنى أخذًا من إطلاقاتهم ما زال عني الاضطراب والقلق حتى أرى ما في البدائع في حدوث زيادة مانعة عن الرد في المبيع كالولد والثمر ١٥ من قوله إنه لو رد الأصل بدون الزيادة لبقيت الزيادة مبيعًا مقصودًا بلا ثمر، وهذا تفسير الربا في عرف الشرع.

14. Yol Hakkının Akde Dâhil Olması Bakımından Alım Satım ve Rehnin Farklı Oluşu

[**Teshîl**] Yol, sadece -akit yapılırken- 'bütün haklarıyla' veya buna benzer bir ifade kullanıldığında satıma dâhil olur. Müşterinin, yolun yokluğu gerekçesiyle mebbî iade hakkı vardır. Sulama ve yol irtifakının ancak özellikle belirtilme durumunda akde dâhil olması bakımından vasiyet ve 5 ikrar tıpkı alım satım gibidir. İrtifak haklarının özellikle belirtmeye gerek olmaksızın akde dâhil olması bakımından rehin ve vakıf, kira akdi gibidir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Rehnin de satım akdi gibi olması gerekir. 10 Çünkü rehinden amaç -kira akdinin aksine- maldan yararlanmak değildir ki yol hakkı zorunluluk sebebiyle akde dâhil olsun.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Rehin ve satım arasındaki farka ilişkin olarak *el-Bedâi'*de şunlar söylenmektedir: "Rehnin, rehne konu olmayan şeylerden iyice ayırt edilmesi, rehnin sıhhat şartıdır. Taraflar rehin akdi yapmaya 15 teşebbüs ettiklerinde akdin sahih olmasını kastederler. Rehnin sahih olması ise, ancak rehnedilen şeye bitişik olan şeylerin rehne dâhil olmasıyla mümkündür. Bunların rehne dâhil olması yapılan işlemin sahih hâle getirilebilmesi içindir. Hâlbuki alım satım akdi böyle değildir. Alım satım akdinde mebbîin temyizi, akdin sıhhati için şart değildir."¹ *el-Bedâi'*deki bu 20 açıklama, Şeyh'in kuruntularını gidermeye yeterlidir. Ayrıca şu da ortaya çıkıyor ki, âlimlerimizin göz ucuyla bakıp idrak ettikleri şeyler, onların usûl kulplarına yapışmayan, fûrû' eteklerine sımsıkı tutunmayan kimsele- 25 rin uzun incelemeleriyle bile ortaya çıkmaz. Allah onlardan razı olsun ve onların ilimlerinden faydalanmayı nasip etsin.

15. Hürriyet Allah Hakları Kapsamında mıdır?

[**Teshîl**] Hürriyete ve hürriyetin -müdebberlik, ümmüveledlik gibi-fürû'una hüküm vermek, herkes hakkında hüküm vermektir. Çünkü hürriyet Allah hakları kapsamındadır. Bu yüzdendir ki hür bir kimse kendi rızası olsa bile mülkiyete konu olmaz. Hürriyet Allah haklarından olduğu için Allah'ın bütün kulları bu konuda [Allah'a niyâbetle] hasımdır. Bu yüz- 30 den herhangi birinin hazır olması hepsinin hazır olması hükmündedir. Bu, mirasçıların durumu gibidir. Mülkiyet ise bundan farklı olup tamamen kul hakkı olduğundan hazır olan kişi gâip olan kimse adına hasım olamaz; çünkü -mirasçıların durumunun aksine- onun hasım olarak kabul edilme- 35 sini gerektiren bir durum yoktur.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, V, 165.

١٤. الفرق بين البيع والرهن في حق الطريق في العقد

[التسهيل] ولا يدخل الطريق في البيع إلا بذكر كل حق ونحوه فللمشتري أن يردّ لعدم الطريق والإقراض والوصية كالبيع في أنّ الشرب والطريق لا يدخلان إلا بالذكر. والرهن والوقف كالإجارة في دخولهما بلا ذكر.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون الرهن كالبيع إذ لا يُقصد به الانتفاع حتى يدخل الطريق^١ للضرورة بخلاف الإجارة.

[فاضل أمير] نقول: قال في البدائع: وجه الفرق بين البيع والرهن أن تمييز^٢ الرهن من غيره شرط صحة الرهن فمتى أقدمنا على عقد الرهن فقد قصدا صحته ولا صحة له إلا بدخول ما كان متصلاً بالمرهون فدخل فيه تصحيحاً للتصرف، بخلاف البيع فإن تمييز المبيع من غيره ليس بشرط لصحة البيع انتهى. فاندفع به ما تخيله الشيخ وظهر أن ما أدركه علماؤنا بألحاظ عيونهم لا يظهر بأنظار من لم يكن متشبهاً بعري أصولهم ومستمسكاً بأهداب فروعهم، رضي الله عنهم ونفعنا بعلومهم.

١٥. خول الحرية في حقوق الله

١٥ [التسهيل] كان الحكم بحُرِّيَّةٍ وفروعها كتدبيرٍ واستيلاءٍ حكماً على الكلّ لأنها حقّ الله تعالى حتى لا يُملَّك الحرُّ برضاه فتاب كلُّ عبيده تعالى خصماً فكان حضور أحدهم كحضور كلِّهم كالورثة ضدّ المملك فإنه حقّ العبد خالصاً فلا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب لعدم ما يوجب انتصابه خصماً بخلاف الورثة.

١ أ-ج- الطريق؛ والمثبت من التسهيل.
٢ أ: تميز.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Köle hakkında verilen hürriyet hükmünün herkes hakkında geçerli olması ve bunun hürriyetin Allah hakkı olduğuna dayandırılması Ebû Hanîfe'nin genel yaklaşımı ile çelişmektedir. Çünkü Ebû Hanîfe'ye göre hürriyet kul hakkıdır. Bu yüzdendir ki

5 Ebû Hanîfe kişinin azat edildiğine şahitlik etme konusunda davayı şart koşmuştur. 'Hürriyet hükmünün genelliği' rivâyeti, Ebû Hanîfe'nin değil, muhtemelen Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşlerine göredir. Ancak bu rivâyet, muttali olduğumuz kitaplarda herhangi bir görüş ayrılığından bahsedilmeksizin zikredilmektedir.

10 [**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *en-Nihâye*'de "Aslî hürriyet konusunda davanın şart olmadığına ittifak vardır."¹ şeklinde bir rivâyet bulunmaktadır. Şeyh'in metinde yer verdiği görüş, onun İmam-ı A'zam'dan gelen bir rivâyet olmasına nazaran olmalıdır. Bu durumda da Şeyh'in irat ettiği işkâl ortadan kalkmış olur. Zaten metindeki 'şahitliğin azat etmeye ilişkin olduğu'

15 ifadesi de bunu hissettirmektedir.

16. Tarafların Beyyine Tarihlerinin Davaya Etkisi

[**Teshîl**] Bir câriye Zer adlı kişinin kendisini temellük edip bir yıl önce azat ettiğine veya ümmüveled yaptığına dair beyyine getirirse ve Amr'ın câriyeyi [Bekir'den] satın aldığı tarih de bir yıl öncesi veya daha azı olsa, Amr, ödediği satım bedelini Bekir'den geri alır. Çünkü hür bir kimseyi satın almış olacağından bu akdi geçerli değildir. Amr'ın câriyeyi satın aldığı tarih bir yıldan daha eski ise ödediği satım bedelini Bekir'den geri alamaz ve câriye Amr'a teslim edilir. Çünkü Zer'in câriye üzerinde mülkiyeti olmadığından onu azat etmesi geçersiz olmuştur. Bu durumda Zer'in başkasına

20 ait bir câriyeyi azat ettiği ve bu azat etme işleminin geçersiz olduğu ortaya çıkmış olur. Bu durumda câriye Amr'a teslim edilir ve Zer, Bekir'den herhangi bir şey talep edemez.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Buradan açığa çıkmaktadır ki, bu bölümde daha önce zikredilen "Hürriyete dair verilen hüküm herkes hakkında geçerlidir." hükmünün, bu bölümün başlarında *el-Hulâsa*'dan aktardığım 'azat edilmeye hükmedilmesi sonrasında kölelik iddiasında bulunma' meselesine ilişkin hükmün ve dava bölümünde zikrettiğimiz "Bir köle, zilyede karşı hürriyet davası açarsa buna hükmedilir; daha sonra gâip şahıs geldiğinde o kölenin kendisine ait olduğunu iddia ederse bu iddia dinlenmez."

35 şeklindeki hükmün kayıtlanması gerekmektedir.

1 Sıgnâki, *en-Nihâye*, II, vr. 74a.

[الشيخ بدر الدين] أقول: مسألة عموم الحكم بالحرية بناءً على أنها حقُّه تعالى تُشكل على مذهب أبي حنيفة إذ الحريةُّ عنده حقُّ العبد ولذا شرط الدعوى في الشهادة بعقِّه، اللهم إلا أن يقال عمومُ حكم الحرية على قولهما لا على قول أبي حنيفة ولكن الرواية فيما اطلَّعنا عليه مذكورةٌ بلا ذكر الخلاف.

[فاضل أمير] نقول: ذكر في النهاية رواية أن الدعوى ليس بشرط في الحرية الأصلية اتفاقاً فيكون ما أخذ في المتن ناظرًا إلى هذه الرواية من الإمام فيندفع ما قاله وفي قوله «بعقِّه» إشعار بهذا.

١٦. أثر تاريخ البيئته في الدعوى

[التسهيل] ولو برهنت أن ذرًّا ملكها وحرَّرها أو استولدها مذ حولٍ وتاريخٍ شراءٍ عمرو ومثله أو أقلَّ رجع عمرو على بكرٍ لشرائه حُرًّا فلم يجز فيرجع بما أعطى ولو كان تاريخُ شرائه أكثرَ من حولٍ لا يرجع على بكرٍ وتسلمَّ الأمةُ لعمرو لبطلانِ عتقِ ذرٍّ لعدم ملكه فظهر أن ذرًّا حرَّز أمةً غيره فلم يصحَّ فسلمتِ الأمةُ لعمرو فلا يرجع على بكرٍ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ظهر بهذا أن ما مرَّ في هذا الفصل^١ من أنَّ الحكم بالحرية حكمٌ على الكل وكذا ما نقلته من الخلاصة في أوائلِ هذا الفصل من دعوى الرقِّ بعد الحكم بالعتق وكذا ما ذكرناه في كتاب الدعوى من أنه «لو ادعى القنُّ تحريراً على ذي اليد قضى به ثم لو حضر الغائب وادعاه لم يُسمع الخ» لا يصحُّ على إطلاقه فلا بد من التقييد.

١ أ.ج: في أوائل الفصل.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu konunun mahiyetini iyice anlamak istersen, dava bölümünde bu konuya ilişkin olarak yaptığımız ta'like bakmalısın. Oraya baktığında göreceksin ki, Şeyh'in "Hürriyete dair verilen hüküm herkes hakkında geçerlidir." sözü, 'aslî hürriyet' durumu ile kayıtlıdır, ki bu da Şeyh'in kastettiği takyîdden farklıdır. Dava bölümüne bakarsan meseledeki kapalılık senin için aydınlanmış olur.

17. Bâtil Teriminin Fâsit Anlamında Kullanılması

[**Teshîl**] Bir kimse [değeri iki dinar olan altın] bir ibriği iki dinara satın alıp teslim olsa ve bir dinarı ödese, akdin yarısı fâsit olur. İbriğin yarısında hak sahibi olan bir kişi ortaya çıksa bu hak sahipliği [ibriğin bütününde] şâyi olur ve müşteri -yarısı sahih yarısı fâsit olmak üzere- o malın bütününe mâlik olduğu için onun hasmı olur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu ifade, ibriğin yarısı üzerine yapılmış olan akdin bâtil değil fâsit olduğunu ve müşterinin ibriğin bütününe mâlik olacağını açıkça göstermektedir. Öte yandan sarf bölümünde bu akdin yarısının bâtil olduğunu ve ibriğin ikisi arasında ortak olacağını da açıkça belirtmişlerdir. Bu iki hüküm birbiriyle çelişmektedir. Bu meselede iki rivâyet olması mümkün olduğu gibi sarf meselesindeki ortaklığın mecâza yorulması da mümkündür. Çünkü satıcı malının yarısını geri alma hakkına sahip olduğundan bir anlamda alıcıya ortak gibi kabul edilmiş ve buradaki 'bâtil' nitelemesi, fâsit anlamında kullanılmış olur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Buradaki bâtilin fâsit anlamında kullanıldığına, *el-Kâfi*'nin sarf bölümünde geçen "Fesâd sonradan meydana gelmiştir."¹ sözünden hareketle ulaşmak da mümkündür.

18. Hür Kadın İçin İstibrânın Gerekli Olmaması

[**Teshîl**] Bize göre, câriyenin zina etmesi durumunda hamileliğin efendiden olma ihtimali bulunduğu ve mülkiyetin yenilenmesi de söz konusu olmadığından efendinin istibrâ yapması vâcip değildir. Bu durumda istibrâyı vâcip kabul eden Züfer'in delili şu hadistir: "Allah'a ve âhîret gününe inanan kişi suyu ile başkasının ekinini sulamasın."

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu durumda Züfer'e göre karısının zina etmesi durumunda kocanın istibrâ yapmasının da vâcip olması gerekir.

1 Neseî, *el-Kâfi*, II, vr. 293a.

[فاضل أمير] نقول: إن شئت أن تأخذ بناصية هذا البحث وتظفر بحقيقة المقام فانظر فيما علقناه على هذا في كتاب الدعوى ويظهر لك بالنظر فيه أنه قد يلزم في قوله الحكم بالحرية حكم على الكل التقييد بالحرية الأصلية غير ما أراه الشيخ من التقييد فراجع حتى ينكشف لك الغطاء.

١٧. استعمال لفظ الباطل في معنى الفاسد

[التسهيل] ولو باع إبريقاً بدينارين وقبض ونقدَ ديناراً فسد نصفه فلو استحق نصفه شاع الاستحقاق وخصم المشتري إذ ملك الكل نصفه صحيحاً ونصفه فاسداً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا تصريح بأن العقد في نصف الإبريق فاسد لا باطل حتى ملك الكل، وصرحوا في الصرف أن العقد في نصفه باطل حتى يبقى الإناء مشتركةً بينهما فتنافيا ويحتمل أن يكون في المسألة روايتان، ويمكن أن يُحمَل الاشتراك ثمة على التجوُّز فإن البائع لما كان له حق الاسترداد في نصفه جعل كأنه شريك فيكون الباطل بمعنى الفاسد.

[فاضل أمير] نقول: ولا يبعد أن يستدل على كونه بمعنى الفاسد بما في الكافي في كتاب الصرف في هذه المسألة في قوله «والفساد طار».

فصل الاستبراء

١٨. عدم لزوم الاستبراء في الحرة

[التسهيل] نفينا الاستبراء عن المولى لئنا أمته لتردُّ الحمل ولا تجدد للملك، وله الخبر «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقن ماء زرع غيره»

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن يجب الاستبراء على الزوج عنده لئنا امرأته.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in Züfer'in görüşünün mantıkî sonucuna ilişkin bu değerlendirmesi, istibrânın hür kadın hakkında da gerekli olduğunun varsayılması durumunda anlamlı olur. Hâlbuki Hanefî metin yazarlarının ibarelerinden hemen anlaşılan şey, istibrânın sadece câriyeler hakkında söz konusu olduğudur. Ben istibrânın hür kadın hakkında gerekli olduğuna dair bir rivâyete rastlamadım. Sadece *el-Fetâvâ'l-Hânîyye*'de şöyle bir ifade gördüm: "Bir kimse bir kadının zina ettiğini gördükten sonra onunla evlense, bu kadın zinadan hamile kalmışsa doğum yapınca değin onunla ilişkiye giremez. Kadın hamile değilse hayız görünceye değin ilişkiye girmemesi müstehaptır."¹ Bu ifadeden, hür hakkında istibrânın gerekli olduğu sonucuna ulaşılamaz. Ancak Şeyh, "Züfer'in istibrânın gerekliliğine dair getirdiği delil, bizim söylediğimiz şeyi söylemesini gerektirir." demek istiyorsa o başka.

19. Mükâteb Cârîye İçin Acziyetten Sonra İstibrâ

[**Teshîl**] Mülkiyetinde kendisine mahrem olan bir cârîye bulunan mükâteb köle, borcunu ödemekten âciz hâle gelse; cârîye, mükâteb kölenin âciz hâle gelmesinden önce onun yanında iken bir âdet görmüş olsa; mükâteb ile mahremi arasında doğuma bağlı bir ilişki bulunmasa Ebû Hanîfe'ye göre, efendi bu cârîye için istibrâ yapar. Ebû Hanîfe ile iki arkadaşı arasındaki görüş farklılığının sebebi, -daha önce geçtiği üzere- mülkiyetin yenilenmesinin dikkate alınıp alınmayacağıdır. Bu mesele şuna dayalıdır: Kişinin kız kardeşi ve halası gibi doğum yoluyla mahremi olmayan yakınları Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre tıpkı doğum yoluyla mahrem gibi onun kitabet akdinin kapsamına girer ve mükâtebin aczinden önce onun yanında bir kere âdet görmesiyle yetinilir. Ebû Hanîfe'ye göre ise bunlar kişinin kitabet akdinin kapsamına girmez ve mükâtebin âciz hâle gelmesiyle mülkiyet efendisi için yenilenmiş olur. Bu sebeple mükâtebin âciz hâle gelmesinden sonra istibrâ şarttır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: "Bu husus, Muhammed'in ilkesine göre tamam olmaz. Çünkü -teslim almadan önce cârîyenin bir defa âdet görmesiyle yetinme meselesinde geleceği üzere- Muhammed, -tıpkı Ebû Hanîfe gibi- cârîyenin, cinsel ilişki imkânı olmadan önceki âdet görmesine itibar etmemektedir. Şu hâlde bizim meselemizde mükâtebin kitabet bedelini ödemekten âciz hâle gelmesinden sonra Muhammed'e göre de istibrâ gerekli olmalıdır.

1 Kâdîhân, *el-Fetâvâ*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2009, II, 189.

[فاضل أمير] نقول: هذا إنما يتضح وروداً على تقدير لزوم الاستبراء في الحرة أيضاً على قول زفر والظاهر المتبادر من عبارات المصنفين اختصاص الاستبراء بالإماء ولم أظفر برواية لزومه على الحرة غير ما في الخانية من قوله: ولو رأى امرأة تزني ثم تزوجها إن حبلت من الزنا لا يطأها حتى تضع حملها وإن لم تحبل يستحب له أن لا يطأها حتى تحيض انتهى؛ وبهذا لا يعلم لزوم الاستبراء في الحرة إلا أن يكون مراد الشيخ أن على ما أورده زفر من الدليل على لزوم الاستبراء يلزم عليه ما قلنا.

١٩ . الاستبراء للمكاتبة بعد عجزها

[التسهيل] والمولى كذا يستبرئ عند أبي حنيفة رح في محرّم مكاتبٍ ملكها المكاتبُ فعَجَزَ وقد حاضت عند المكاتب قبل عجزه وليس بين المكاتب ومحرمه ولاً لما مرّ من التجدّد وعدمه وهذا بناءً على أنّ محرّمه بغير ولاد كأخته وعمّته ونحوها تدخل في كتابته عندهما كمحرم بولادٍ فيكتفى بحيضتها عند المكاتب قبل عجزه ولا تدخل عند أبي حنيفة فيتجدّد عند أبي حنيفة بعجزه فلا بد من الاستبراء بعد العجز.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: هذا لا يتم على أصل محمد فإنه لا يعتبر الحيض قبل التمكّن من الوطء كقول أبي حنيفة كما سيجيء في مسألة الاكتفاء بحيض قبل القبض، فينبغي أن يجب الاستبراء في مسألتنا بعد العجز عند محمد أيضاً

Çünkü efendi, -rakabesine mâlik olduğu hâlde zilyedliğine mâlik olmadığı için- mükâteb câriye ile cinsel ilişkide bulunma hakkına sahip değildir. Daha önce geçtiği üzere illet, cinsel ilişki imkânının olmasıyla birlikte mülkiyetin yenilenmesidir. Bu ise zilyedlikle tekit edilmiş mülkiyette söz konusudur. Kitabet akdi meselesi ise böyle değildir. Bu problem, doğum yoluyla mahrem olan câriye hakkında da söz konusudur. Çünkü bu câriye kitabet akdinin kapsamına girse bile efendi onların zilyedliğine sahip değildir ve onunla cinsel ilişkide bulunma hakkı da bulunmamaktadır.” denilecek olursa, derim ki: Buna şu şekilde cevap verilebilir: Cârîye, kitabet akdinin kapsamına girince mükâteb hükmünü almıştır. Mükâteb cârîyenin hükümlerinden biri ise, bedeli ödemekten âciz hâle geldiğinde efendinin istibrâ yapmasının gerekli olmamasıdır. Fakat acziyetin, âdet görmeden önce olması durumunda da istibrânın gerekli olmaması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Mükâteb cârîye için istibrânın gerekli olmaması hükmü, mülkiyet hükmü yenilenmemiş mükâteb cârîye hakkındadır. Mükâtebin mahremi olan cârîyeye gelince, hakkında mülkiyet hükmünün yenilendiği ve kendisi de mükâteb hükmünü aldığı için, [mükâtebin aczi sebebiyle yeniden] mülkiyete dâhil olmasından sonra hayız görmesi gerekir. Çünkü ma'lûlün, illetten geri kalması mümkün değildir. Sonuç itibarıyla mükâtebin aczinden önce olsa bile cârîyenin görmüş olduğu hayız Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre efendi için yeterlidir.

20. Kişinin Satın Aldığı Cârîye ile İhtiyâten Evlenmesi

[Teshîl] Bir kimse bir cârîye satın aldığı anda ihtiyâten onunla evlenir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Evlenilmesi haram olan kadınlar bahsinde kişinin, cârîyesi ile evlenmesinin haram olduğu zikredilmişti. O rivâyetle bu rivâyet arasında çelişki söz konusudur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Âlimlerimizin “İhtiyâten onunla evlenir.” sözü doğru değerlendirildiğinde ortada bir çelişki kalmaz. el-Mevlâ el-Allâme [İbn Kemâl] *el-Îzâh* adlı eserinde “Buna göre ihtiyat, satın almakla mülkiyet hükmünün ortaya çıkması sebebiyle bir kimsenin satın aldığı cârîye ile evlenmemesidir. Bu ise âlimlerimizin ‘Bir kimse bir cârîye satın aldığı anda ihtiyâten onunla evlenir.’ sözüyle problem oluşturur, denilemez.” dedikten sonra bunu şöyle gerekçelendirir:

لأن المولى لا يتمكن من وطء المكاتبه لأنه يملكها رقبه لا يداً وقد مر أن العلة تجدد الملك مع التمكن من الوطء وذا بالملك المؤكد باليد وليس كذلك مسألة الكتابة. ويرد هذا الإشكال في محرم الولاد أيضا فإن المولى لا يملكها يدا ولا يتمكّن من وطئها وإن دخلت في الكتابة. أقول: يمكن أن يجاب بأنها لما دخلت في الكتابة أخذت حكم المكاتبه ومن حكمها عدم وجوب الاستبراء بالعجز ٥ ولكن يلزم أن لا يجب إذا عجزت قبل الحيض.

[فاضل أمير] نقول: فيه أن كون حكم المكاتبه عدم وجوب الاستبراء في مكاتبه لم يتجدد عليها الملك وأما محرم المكاتب التي تجدد عليها الملك وأخذت حكم المكاتبه فلا بد فيها بعد دخولها في الملك من حيضه لعدم جواز تخلف المعلول عن علته التامة. غاية الأمر أن هذه الحيضة تكفي للمولى ولو كانت قبل عجز المكاتب عندهما. ١٠

٢٠. نكاح الأمة المشترية احتياطاً

[التسهيل] ولو شرى أمة يتزوجها احتياطاً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ذكر في محرمات النكاح أن الرجل يحرم عليه أن يتزوج بأتمته^١ فبين الروايتين تدافع. ١٥

[فاضل أمير] نقول: بملاحظة قولهم «يتزوجها احتياطاً» لا يبقى التدافع قال المولى العلامة في الإيضاح لا يقال فعلى هذا الاحتياط في عدم تزوج مَشْرِيَّتِه لظهور الملك فيشكل قولهم «لو اشترى أمة يتزوجها احتياطاً»

“Çünkü biz diyoruz ki, kişinin evlenmesi seçeneğinde, eğer kadın üzerindeki mülkiyet sahih olmuşsa, bu durumda kişinin işlemiş olacağı haram, ‘evlenme’ fiili olacaktır. Onun bu konuda bir mazereti bulunmaktadır ki o da [mülkiyetin sahih olmaması ihtimaline binaen] zinadan kaçınma düşüncesidir. Kişinin evlenmemesi seçeneğinde ise şayet mülkiyet sahih olmamışsa işlemiş olacağı haram, ‘zina’ fiili olacaktır. Onun bu konuda bir mazereti yoktur. Zira evlenmeyi terk etmesi, onun haram olması sebebiyle değildir. Evlenmeyi terk etmesinin evlenmenin haramlığı sebebiyle olduğunu farz etsek bile, zinanın haramlığı daha ağırdır. Bu durumda evlenmeyi terk etmek değil, evlenmek ihtiyattır.”¹ Çelişkili görünen iki rivâyetin anlamı Allâme'nin yaptığı bu değerlendirmeye açıklığa kavuşmuş olmaktadır. Buna göre satın aldığı câriye ile evlenme durumunda da evlenmeme durumunda da bir haram işlenmiş olmaktadır. Fakat ihtiyat evlenme haramının işlenmesindedir.

21. Şart Muhayyerliğinin Süresi

[**Teshîl**] Şart muhayyerliğinin üç günden fazla olması Ebû Hanîfe'ye göre akdi fâsit hâle getirir. Çünkü şart muhayyerliği hükmü, kıyasa aykırı olarak haberle sabit olduğu için haberde belirtilen sürenin dışına çıkılmaz. Üç günden az süreyi şart koşturmak ise ittifakla sahihtir. Ebû Yûsuf ve Muhammed ise süresi belirli olmak şartıyla muhayyerliğin üç günden fazla olmasını câiz görmüşlerdir. Bunların gerekçelerinden birisi, İbn Ömer'in iki aya kadar muhayyerlik şartını câiz görmesi, diğeri ise ihtiyattır. Bu bakımdan Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre sürenin muayyen olması şartıyla muhayyerlik bir ay, bir yıl hatta daha fazla olabilir...

Biz, müşterinin “Üç güne kadar malın satım bedelini vermezsem aramızda satım akdi olmamış olsun.”² şeklinde bir şart öne sürerek yaptığı akdi câiz görürüz. Bu tür muhayyerlik şartının câiz görülmesi, onun ‘şart muhayyerliği’ anlamını içermesinden dolayıdır. Züfer ve diğer üç imama göre ise böyle bir şart, ikâle yapmayı şart koşturmak anlamına geleceğinden, câiz değildir. Zira ikâlenin şart koşulması akdi fâsit kılar. Müşteri tarafından öne sürülen nakit muhayyerliği süresinin dört güne taşması durumunda Ebû Hanîfe'ye göre akit fâsit olur. Kendisinden gelen daha sahih rivâyette Ebû Yûsuf da bu konuda Ebû Hanîfe ile aynı görüştedir.

1 İbn Kemâl, *el-İzâb*, Nuruosmaniye Kütüphanesi, no: 384, vr. 103a-b.

2 Bu şekilde öne sürülen muhayyerlik şartı ‘nakit muhayyerliği’ olarak adlandırılır.

لأننا نقول لو صح الملك في صورة التزوج لكان الحرام الذي ارتكبه فعل التزوج وله عذر وهو التحرز عن الزنا ولو لم يصح الملك في صورة عدم التزوج لكان الحرام الذي ارتكبه فعل الزنا وليس له عذر إذ ليس تركه التزوج لأنه حرام وعلى تقدير أن يكون تركه لحرمة الزنا أشد فالاحتياط في التزوج لا في تركه انتهى. وبهذا التحقيق ظهر وجه الروایتين وإن في كل من تزوج المشرية وترك التزوج ارتكاب محظور ولكن الاحتياط في ارتكاب محظور التزوج.

٢١. مدة خيار الشرط

[التسهيل] والزيادة على الثلاثة تُفسد العقد عند أبي حنيفة لثبوته بخبر بضد القياس فاقْتَصَرَ. صح شرط الأقل من ثلاثة أيام للإجماع. وجوزها معلومة لابن عمر لأنه أجاز إلى شهرين وللحاجة إلى الزيادة على الثلاثة فتصح إذا عُيِّنَ مدة سواء كانت شهراً أو سنة أو أكثر...

وأجزنا البيع في «إن لم أنقُد الثمن إلى الثلاثة الأيام فلا بيع بيننا» لأنه بمعنى شرط الخيار، ولهم أنه شرط الإقالة والعقد يفسد بشرط الإقالة ولو إلى أربعة أيام فهو فاسد عند أبي حنيفة ويوافقه أبو يوسف في الأصح

Ebû Hanîfe'nin bu görüşü kendi ilkesine uygundur. Çünkü o zaten üç günden fazla şart muhayerliğini câiz görmemektedir. Şart muhayerliği anlamında olan nakit muhayerliğinin de üç günü aşamayacağını söylemekle Ebû Hanîfe -şart muhayerliği konusundaki- ilkesini sürdürmüş olmaktadır.

5 Muhammed de üç günden fazla muhayerlik şartını câiz gördüğünden, -şart muhayerliği konusundaki- bu ilkesini burada da uygulamış ve dört gün -ve daha fazla- süreli nakit muhayerliğini câiz görmüştür. Ebû Yûsuf ise şart muhayerliğinin süresi konusunda İbn Ömer'in -iki ay süreyle muhayerlik şartını câiz gören- ilgili rivâyetine dayanarak şart muhayerliğinin üç günden
10 fazla olmasını câiz görmüş, nakit muhayerliği konusunda ise [sahabeden] bir rivâyet olmadığı için kıyasa göre hareket etmiştir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: “Mademki Ebû Yûsuf şart muhayerliğinin süresi konusunda sahabe uygulamasına dayanmıştır, o hâlde ilgili uygulama sadece iki aya kadar muhayerlik şartına cevaz verdiği göre ve fazlası
15 için başka bir uygulama bulunmadığına göre Ebû Yûsuf'un iki aydan fazla muhayerlik süresini câiz görmemesi gerekirdi. Hâlbuki onun iki aydan fazla süre muhayerlik şartını câiz gördüğü kendisinden ihtilafsız bir şekilde nakledilmektedir. Muhammed'in iki aydan fazla muhayerlik şartına cevaz veren görüşü ise gerek kıyasa uygun olmaması gerekse bu yönde bir uygulama
20 örneği bulunmaması sebebiyle problemlidir. Ancak Muhammed'in görüşündeki problemin “Şart muhayerliğinin üç günden fazla olması istihsân yoluyla sabit olmuştur.” denilerek giderilmesi mümkündür. Muhammed'in bu konuda istihsândan hareket ettiği, -Ebû Yûsuf ve Muhammed adına- yukarıda ifade edilen “Muhayerlik süresinin üç günden fazla olması buna du-
25 yulan ihtiyaç sebebiyledir.” şeklindeki gerekçeden anlaşılacaktır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Allâme [İbn Kemâl] *el-İzâh* adlı eserinde şöyle der: “Ebû Yûsuf gerek şart muhayerliği gerekse nakit muhayerliği konusunda sahabe uygulamasına göre hareket etmiştir. Şöyle ki İbn Ömer'den şart muhayerliğinin üç günden fazla olabileceğine; nakit muhayerliğinin
30 ise en fazla üç gün olacağına dair rivâyet vardır. İbn Ömer'den iki farklı rivâyet olduğuna göre Ebû Yûsuf kıyas yoluyla idrak edilemeyen konularda sahabe uygulamasının dışına çıkmış olmaz. Bunu Fahrulislâm el-Pezdevî, *el-Câmi*'de zikretmektedir.”¹ İbn Kemâl'in Pezdevî'den naklettiği sözlerin zahirinden ilk bakışta anlaşıldığına göre İbn Ömer'den şart muhayerliği
35 konusunda rivâyet edilen görüş, başka bir rivâyette iki ayla sınırlı olmasının mutlak olarak üç günden fazla olabileceği şeklinde varid olmuştur.

1 İbn Kemâl, *el-İzâh*, vr. 233a-b.

ومرَّ أبو حنيفة على أصله لأنه لم يجوّز الزيادة على الثلاثة في خيارِ الشرطِ فكذا فيما في معناه، وكذا مرَّ محمد على أصله في تجويزِ الزيادة على الثلاثة فجوّزه إلى أربعة أيامٍ وأكثرَ، وأبو يوسف أخذَ في الأصلِ وهو خيارُ الشرطِ بأثرٍ وهو ما روي «أن ابنَ عمرَ أجاز الخيارَ إلى شهرين» وهنا بقياسٍ لعدم الأثر. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: يلزمُ أبا يوسف أن لا يُجوّزَ في الأصلِ الزيادة على شهرين لعدم الأثر في الزيادة مع أنها يجوزُ وفاقًا. ويُشكل قولُ محمد بتجويزِ الزيادة على شهرين في شرطِ الخيارِ لعدم القياس والأثر، ويمكنُ الجوابُ عن محمد بأن الزيادة على الثلاثِ في خيارِ الشرطِ ثَبَتَ استحسانًا على ما دلَّ عليه قولُهُما أن الزيادةَ يجوزُ للحاجة إلى الزيادة. ١٠

[فاضل أمير] نقول: قال العلامة في الإيضاح وأما أبو يوسف فإنه قد أخذ بالأثر في الموضوعين وذلك أنه روي عن ابن عمر رضي الله عنه في الخيارِ الزيادة على الثلاث وفي هذه ثلاثة أيام فلم يتجاوز حد الأثر فيما لا يدرك بالقياس ذكره فخر الإسلام في الجامع انتهى. فالمتبادر من ظاهر ما نقل عن فخر الإسلام أن الأثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما قد ورد في رواية أخرى عنه بجواز الزيادة على الثلاث مطلقًا من غير تقييد بالشهرين ١٥

Ayrıca *et-Tebyîn*'de zikredildiğine göre İbn Ömer'den şart muhayyerliğinin üst sınırının bir ay olduğuna dair de bir rivâyet bulunmaktadır.¹ Şart muhayyerliğinin üç günden fazla olabileceği konusunda İbn Ömer'den nakledilen görüş, mutlak olup herhangi bir üst süreyle sınırlanmadığına göre, Şeyh'in yaptığı

5 eleştiri yersiz olur ve Ebû Hanîfe'nin iki öğrencisi için öne sürdüğü tutarsızlık iddiası ortadan kalkmış olur. Öte yandan Şeyh'in, Ebû Yûsuf'un tutarsızlığını öne sürdüğü sözlerinin devamında "Hâlbuki onun iki aydan fazla süre muhayyerlik şartını câiz gördüğü kendisinden ihtilafsız bir şekilde nakledilmektedir." ifadesi, uygun değildir. Ancak bununla Ebû Yûsuf'tan rivâyette bulunan meşâ-

10 yihin ittifakını kastediyorsa o başka. Şeyh'in, Muhammed'in görüşüne ilişkin olarak öne sürdüğü itiraza kendisinin verdiği "Ancak Muhammed'in görüşündeki problemin 'Şart muhayyerliğinin üç günden fazla olması istihsân yoluyla sabit olmuştur.' denilerek giderilmesi mümkündür. Muhammed'in bu konuda istihsândan hareket ettiği, -Ebû Yûsuf ve Muhammed adına- yukarıda ifade

15 edilen 'Muhayyerlik süresinin üç günden fazla olması buna duyulan ihtiyaç sebebiyledir.' şeklindeki gerekçeden anlaşılmaktadır." şeklindeki cevap, eğer doğruysa, Ebû Yûsuf'a yöneltilen itiraz için de bir cevap teşkil eder. Çünkü her ikisinin görüşünü gerekçelendirmek üzere dayandığı "Muhayyerlik süresinin üç günden fazla olması buna duyulan ihtiyaç sebebiyledir." şeklindeki gerekçe,

20 mademki her ikisinin de görüşü oluyor, o hâlde bunun medlulü her ikisi içinde geçerli olmalıdır. Ancak bu cevabın doğruluğu tartışmaya açıktır. Çünkü "Şart muhayyerliğinin üç günden fazla olması istihsân yoluyla sabit olmuştur." ifadesinden maksat, bunun hafî kıyas yoluyla sabit olmasıdır. Bu durumda Şeyh'in verdiği cevabın nihayette varacağı nokta üç günden fazla muhayyerlik

25 şartının câizliğinin hafî kıyas yoluyla sabit olmasıdır. Nitekim bazı muteber metinlerde şart muhayyerliğinin, esasında akdin muktezasına -ki bu bağlayıcı olmaktır- aykırı olduğu, dolayısıyla bu şartın akdi ifsat edeceği, fakat alım satımda muhayyerlik şartının, bunun câizliğine delâlet eden nas sebebiyle -kıyasa aykırı olarak- câiz görüldüğü ve nasta öngörülen süre ile sınırlı olması gerektiği

30 açıkça dile getirilmektedir. *ed-Dürev*'de bu şekilde zikredilmektedir.² Bütün bunlardan anlaşılıyor ki, bu konuda kıyas geçerli değildir. Bu durumda Şeyh'in kıyasa aykırı bir nas ile sabit olan bir konuda, hafî kıyas ile tasarrufta bulunmanın câizliğini ispat etmesi gerekir. Oysa Fahrulislâm'ın yukarıda naklettiğimiz "Ebû Yûsuf sahabe uygulaması ile amel etmiş ve kıyas yoluyla anlaşılması

35 mümkün olmayan bir konuda sahabe uygulamasının dışına çıkmamıştır." şeklindeki sözleri Şeyh'in öne sürdüğü iddiayı çürütmektedir.

1 Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 14.

2 Molla Hüsrev, *Dürevü'l-Hükkâm*, II, 152.

كما روي عنه أيضا جواز الزيادة عليه مُعَيَّنًا بالشهر على ما ذكر في التبيين وإذا ثبت نقل الأثر بمطلق الزيادة على الثلاث من غير مغيٍّ بغاية لا يتجه ما ذكره الشيخ ويندفع الإشكال عن التلميذين رأسًا، ثم ما قاله في تقرير إيراده على أبي يوسف مع أنها تجوز وفاقًا فلا يستقيم إلا بأن يقال المراد من الوفاق وفاق المشايخ الذين رووا قول أبي يوسف وما ذكره في معرض ٥ الجواب عما أورده على محمد بقوله «ويمكن الجواب عن محمد بأن الزيادة على الثلاث في خيار الشرط ثبت استحسانا الخ» إن صح يكون جوابًا عن أبي يوسف أيضًا لأن ما استدل عليه من قولهما أن الزيادة تجوز للحاجة الى الزيادة لما كان قولهما كان المدلول عليه جوابًا عنهما ولكن في صحته بحث لأن المراد من قوله «ثبت استحسانًا» الثبوت بالقياس ١٠ الخفي فيكون مآل جوابه إلى أن الزيادة على الثلاث في خيار الشرط ثبتت بالقياس الخفي وقد صرح في بعض المعتمرات أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم فيكون مفسدًا لكنه جَوِّز بهذا النص الدال على الخيار في البيع والشراء على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكور فيه كذا في الدرر، فعلم منه أن لا جريان للقياس في هذا الباب فلا بد ١٥ للشيخ من إثبات أن ما ثبت بنص مخالف للقياس يجوز فيه تصرف ما للقائس بالقياس الخفي ولكن ما سبق من قوله فخر الإسلام أن أبا يوسف قد أخذ بالأثر ولم يتجاوز حد الأثر فيما لا يدرك بالقياس يأبى عما قال به الشيخ.

22. Şart Muhayyerliğin Üçüncü Kişiler Hakkında Câiz Olması

[**Teshîl**] Şart muhayyerliği bize göre akdi yapan taraflar dışındaki üçüncü kişiler için de câizdir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu mutlak ifade, üçüncü kişi için tanınan muhayyerlik şartının akdi yapan taraflardan sadece birinden veya her ikisinden gelmesi durumunda akdin câiz olacağı izlenimini vermektedir. *el-Mültekâ'nın el-Ferâid* adlı şerhinde şöyle denilmektedir: “Geriye bir kısım kalmaktadır ki o da her iki tarafın muhayyerlik şartını üçüncü bir kişi lehine tanımayı şart koşmasıdır. Elimin altında bulunan kitaplarda buna dair bir açıklama göremedim. Bunu araştı!”¹

Bunun hükmünün zikredilmemiş olmasının sebebi, üçüncü kişi lehine şart koşulan muhayyerliğin, taraflardan sadece biri veya her ikisi tarafından olması arasında bir fark bulunmamasıdır. Çünkü üçüncü kişiye devredilen yetki, zaten baştan belli olan iki seçenekten biri yani fesih veya icâzet yetkisinden biri ise, bu durumda yetki devrinde bulunan kişinin bir kişi veya iki kişi olması arasında bir fark yoktur. Bu husus, doğru düşünen kimseye kapalı değildir. Adı geçen şârih, derinlemesine araştırmadığı için böyle bir şüpheye düşmüştür. Bu durumda ayıplayan ayıplanmaz.

23. Muhayyerliğin Akdin Hükmü Hakkında İn'ikâd Etmesine Engel Olması

[**Teshîl**] Satıcı veya müşteriden birinin muhayyer olacağı şekilde gerçekleştirilen bir köle satımında müşteri satım bedelini ödemiş olsa bile -yukarıda geçen gerekçeden dolayı- satıcı mebii teslim etmeye zorlanamaz.

“Bin dirheme satın alınan iki köleden birinin müdebber veya mükâteb olduğunun ortaya çıkması durumunda, -her bir kölenin bedeli ayrı ayrı belirtilmemiş bile olsa- akit, -müdebber veya mükâteb olmayan- köle hususunda satım bedelindeki hissesi mukabilinde sahih olmaktadır.” denilecek olursa deriz ki: Meşâyih'ten bazısı burada zikredilene kıyasla bu meselede akdin köle hakkında da sahih olmayacağını söylemiştir. Böylece burada zikredilen görüş, bu meselede bir rivâyet olmaktadır. Meşâyih'ten bazısı ise şöyle bir ayırım yapmıştır: Muhayyerlik, akdin hüküm hakkında in'ikâd etmesine engel olur ve akdi, muhayyerlik hakkı bulunan kişi açısından yok hükmünde kılar. Akit şayet diğeri hakkında in'ikâd edecekse ilk başta hissesine göre in'ikâd etmiş olur ki bu câiz değildir.

1 Sivâsî, *el-Ferâid*, II, vr. 8a.

٢٢. جواز خيار الشرط لغير العاقدين

[التسهيل] أجزنا شرطه لغير العاقدين.

[فاضل أمير] نقول: هذا الإطلاق يشعر بأن شرط الخيار لغير العاقد جائز سواء شرطه له أحد العاقدين أو كلاهما، قال في شرح الملتقى المسمى بالفرائد: بقي قسم آخر وهو أن يشرط كلاهما الخيار لغيرهما ولم يذكر حكمه في الكتب التي عندنا، تتبّع انتهى.

ولعل عدم التعرض له بناء على أنه لا فرق بين كون شرط الخيار لغير العاقدين من أحد المتعاقدين أو منهما معاً لأن المفوض إلى الغير إذا كان اختيار أحد الأمرين المتعينين كالفسخ والإجازة فيما نحن فيه لا يتفاوت بين أن يكون المفوض واحداً وبين كونه اثنين وهو غير خاف على من له نظر صائب والشارح المذكور لعدم تعمقه في النظر وقع في هذه الشبهة ولا عيب فيه للعائب.

٢٣. منع الخيار الانعقاد في حق الحكم

[التسهيل] لو باع عبداً على أن البائع أو المشتري بالخيار لا يُجبر البائع على تسليم المبيع وإن نَقَدَ المشتري الثمنَ لما مرَّ.

فإن قيل: لو شرى عبدين بألفٍ فإذا أحدهما مدبّرٌ أو مُكاتبٌ فإنَّ العقد يصحُّ في القرنِ بحصّته من الثمنِ وإن لم يُفَضَّلِ الثمنَ؟ قلنا: قال بعض مشايخنا على قياس ما ذكر هنا لا يصحُّ العقدُ في القرنِ في تلك المسألة فصارَ ما ذكِرَ هنا رواية في تلك المسألة وبعضهم فرّقوا بأن الخيارَ يمنع انعقادَ العقدِ في حقِّ الحكم ويجعلُ العقدَ كالمعدوم في حقِّ الحكم فيمن فيه الخيارُ فلو انعقدَ العقدُ في الآخرِ ينعقدُ بحصّته ابتداءً وذا لا يجوز

Müdebber ve mükâteb meselesinde ise akit her ikisi hakkında da hüküm hakkında in'ikâd etmiştir. Çünkü akdin her ikisi hakkında in'ikâd etmesini engelleyen bir şey yoktur. Bunun içindir ki hâkimin, müdebber ve mükâtebin satımlarının sıhhatine dair hüküm vermesi sahih olmaktadır.

5 Fakat haklarını korumak için akdin hükmü sabit olmaz. Hakkın korunması yalnızca hükmün sübutuna engel olmakla gerçekleştiğine göre akdi hüküm hakkında in'ikâd etmemiş saymak için bir zaruret yoktur. Akit, tıpkı köle hakkında in'ikâd ettiği gibi müdebber ve mükâteb hakkında da hüküm açısından in'ikâd ettiğine göre satım bedeli, -akdin [müdebber veya mükâteb köle hakkında] feshedilmesi durumunda- hisseleri oranında 10 ikiye bölünür [ve diğer köle hakkında akit baki kalır]. Bu cevaza mâni değildir. Nitekim bir kimse iki köle satsa ve kabzdan önce biri ölse akit diğeri hakkında hissesi mukabilinde baki kalmaktadır.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: İcap ve kabul, mahallinde gerçekleştiği için muhayyerliğin -tıpkı müdebberde olduğu gibi hatta daha evla olarak- 15 hüküm hakkında in'ikâda engel olmaması niçin mümkün olmasın! Ayrıca -dediği gibi- muhayyerlik in'ikâda engel olsaydı -muhayyerliğin müşteriye ait olduğu durumda- mebî satıcının mülkiyetinden çıkmazdı. Demek ki bu durumda akit hüküm hakkında in'ikâd ediyor, fakat -muhayyer olanın 20 hakkını korumak amacıyla- bu hüküm sabit olmuyor. Muhayyer olanın hakkının korunması sadece hükmün sübutuna mâni olmakla hâsıl olduğuna göre ayrıca akdi hüküm hakkında in'ikâd etmemiş saymak için bir zaruret yoktur. Dolayısıyla satım bedeli ibtidaen değil bekâen taksim olunur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu değerlendirme Şeyh'in *el-Bedâi'*deki şu bilgileri gözden kaçırdığını göstermektedir. “Bizim bu konudaki gerekçemiz şudur: Kıyasa aykırı olmasına rağmen şart muhayyerliği bulunan bu satım akdinin câizliği, aldanmaya meydan vermemeye olan ihtiyaç sebebiyledir. Aldanmanın önüne geçilmesi de ancak mülkiyetin sübutunu -anında- engellemekle gerçekleşir.”¹ Buna göre Şeyh'in ilk itirazı ve “Muhayyerlik 25 in'ikâda mâni olsaydı -muhayyerliğin müşteriye ait olduğu durumda- mebî satıcının mülkiyetinden çıkmazdı.” sözüyle dile getirdiği ikinci itiraz 30 savuşturulmuş olmaktadır. Şöyle ki:

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, V, 264.

وفي المدبرِ والمكاتبِ البيعُ منعقدٌ فيهما في حقِّ الحكمِ إذ لم يوجد في حقِّهما ما يمنع الانعقادَ ولذا صحَّ القضاءُ بصحَّةِ بيعهما ولكن لم يثبت الحكمُ صيانةً لحقِّهما والصيانةُ تحضُّلٌ بمجردِ منعِ الحكمِ فلا ضرورةً إلى جعلِ العقدِ غيرَ منعقدٍ في حقِّ الحكمِ وإذ انعقدَ العقدُ في حقِّهما في حقِّ الحكمِ كما انعقدَ في حقِّ القرنِ كان انقسامُ الثمنِ عليهما في حالةِ البقاءِ عند فسخِ العقدِ وذا لا يمنع الجواز كما لو باع عبيدین وهلك أحدهما قبل قبضه فإنَّ العقدَ يبقى في الباقي بحصَّته.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لم لا يجوز أن لا يمنع الخيارُ الانعقادَ في حقِّ الحكمِ لتحققِ الإيجاب والقبول في محلِّه كما في المدبر بل أولى، وأيضاً لو منع الانعقادَ كما قال لما خرج من ملك البائع إذا كان الخيارُ للمشتري فينعقد في حقِّ الحكمِ ولكن لا يثبت الحكمُ صيانةً لحقِّ المخير والصيانةُ تحصل بمجردِ منعِ الحكمِ فلا ضرورةً إلى جعلِ العقدِ غيرَ منعقدٍ في حقِّ الحكمِ فينقسمُ الثمنُ بقاءً لا ابتداءً.

[فاضل أمير] نقول: هذا ذهول منه عمّا في البدائع من قوله: ولنا أن جواز هذا البيع مع أنه معدول به عن القياس للحاجة إلى دفع الغبن ولا اندفاع لهذه الحاجة إلا بامتناع ثبوت الملك للحال انتهى؛ وبهذا حصل الجواب عما أورده أولاً وثانياً بقوله «وأيضاً لو منع الانعقاد الخ»

Birincisi; muhayyerlik şartı bulunan akdin câiz olması, aldanmayı önlemeye duyulan ihtiyaç sebebiyle olduğuna göre bu akdi köle ile müdebberin birlikte satımına kıyas etmek sahih olmaz. Çünkü müdebberin satımında, mülkiyetin sübutunu engellemeye ihtiyaç olmamasından dolayı
5 onda in'ikâdın hüküm hakkında gerçekleşmeyeceğini söylememişlerdir.

İkincisinde ise in'ikâdın hüküm hakkında gerçekleşmemesinin sebebi, aldanmayı önlemek olduğuna göre in'ikâdın gerçekleşmemesi sadece aldanmaması istenilen kişi hakkında dikkate alınır. Bu da lehine muhayyerlik şartı koşulan kişidir. Buna göre muhayyerliğin sadece müşteriye ait olduğu bir akitte in'ikâdın gerçekleşmemesi sadece müşteri hakkında söz konusu olur. Kendisi için muhayyerlik şartı koşulmamış olan satıcı hakkında ise akit in'ikâd etmiştir. Bundan dolayı mebî satıcının mülkiyetinden çıkmaktadır. Mevlânâ Ahî'nin Sadruşşerâ hâşiyesindeki şu ifadeleri de buna delâlet etmektedir: "İşin özü şudur: Muhayyerlik, sadece kendisi için
10 muhayyerlik şartı öne sürülmüş olan kişinin mülkiyetinden bedelin çıkmasına engel olur. Çünkü muhayyerlik, özellikle onun hakkını gözetmek amacıyla meşru kılınmıştır."¹

24. Fesâd Sebebiyle Fesih Hakkı Güçlü Bir Haktır

[**Teshîl**] Görmeden satın aldığı bir düzine elbise içinden birini satan kişi, elbisenin geri kalanını görme muhayyerliği ve şart muhayyerliği sebebiyle iade edemez. Zira görme ve şart muhayyerliklerinden dolayı akit tamamlanmamıştır ve akit, tamam olmadan önce bölünmez. Şayet ikinci müşteriye satılan elbise akdin feshedilmesi sebebiyle kendisine iade edilirse, bu durumda Ebû Yûsuf'a göre muhayyerlik hakkı geri dönmez. Zira sakıt olan şey geri dönmez. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise mebîin
20 ilk satıcıya iade edilmesine mâni olan durumun ortadan kalkmasından dolayı muhayyerlik hakkı geri döner.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Fâsit akitle satın aldığı elbiseyi başkasına satan kimse [fesâdi gerekçe göstererek ilk] akdi feshedemez. Şayet -kıymetinin ilk satıcıya ödeneceğine dair bir mahkeme kararı verilmeden önce- mebîin, ikinci satıcıya geri dönmesi durumunda fesih engelinin kalkması sebebiyle fesih hakkı -ittifakla- geri döner. Elbise meselesinde düşen muhayyerliğin geri dönmeyeceğini söyleyip bu meselede fesih hakkının geri döneceğini söylemesi Ebû Yûsuf açısından problemlidir.
30

1 Ahî Çelebi, *Zehiretu'l-Ukbâ*, vr. 261b.

أما الأول فلأن جواز هذا البيع لما كان للحاجة إلى دفع الغبن لم يكن قياسه على بيع المدبر المضموم الى القن صحيحاً لأن في المدبر لما لم يكن احتياج إلى امتناع ثبوت الملك لم يقولوا فيه بعدم الانعقاد في حق الحكم.

وأما الثاني فلأن امتناع الانعقاد في حق الحكم لما كان لدفع الغبن فكان اعتبار هذا الامتناع في حق من يراد كونه غير مغبون وهو الذي شرط له الخيار ٥ دون الآخر فكان فيما كان الخيار للمشتري فقط امتناع الانعقاد في حقه لا في حق البائع الذي لم يشترط له الخيار بل كان منعقداً في حق البائع ولذا خرج المبيع عن ملكه ويدل على هذا ما في حاشية صدر الشريعة لمولانا أخي من قوله وتحقيقه أن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظراً له دون الآخر. ١٠

٢٤. حق الفسخ لفساد البيع قوياً

[التسهيل] ولو شرى عدلاً وباع منه ثوباً لم يردّ بخيار رؤية وشرط إذ لم يتم بسبب خيار الرؤية وكذا لم يتم بسبب خيار الشرط الصفقة فلا تفرق الصفقة قبل التمام، فلو عاد إليه الثوب بفسخ لم يعد أبو يوسف الخيار إذ الساقط لم يعد، لهما زوال المانع. ١٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو شراه فاسداً فباعه من آخر لا يفسخ فلو عاد إلى قديم ملك البائع الثاني قبل القضاء بقيمة المبيع للبائع الأول عاد حق الفسخ وفقاً لزوال المانع فأشكل مذهب أبي يوسف حيث أعاد الساقط ثمة لا هنا،

Bu problemi şu şekilde çözmek mümkündür: Burada fesih hakkı, alım satımın fâsit olması sebebiyle güçlü bir haktır. şer'an yapılması gereken şey, bu fâsit akdin feshedilmesidir. Fâsit akdi fesih hakkının düşmesi, ancak kuvvetli ve kesin bir engel sebebiyle mümkün olur. Dolayısıyla burada aslında fesih hakkı düşmüş değildir. Aksine mebûin kıymetinin ilk satıcıya ödeneceğine dair mahkeme kararı verilmeden önce satım akdi mevkûftur. Çünkü mebûin, [ikinci satıcıya] geri dönmesi sebebiyle fesih ihtimali mevcuttur.

Yine derim ki: Alacaklı kişiye borçlusu hibede bulursa borcu düşer. Hibe eden kişi daha sonra hibesinden rücû ederse bu durumda Ebû Yûsuf'a göre borç da geri döner; Muhammed'e göre ise düşen şey, geri dönmeyeceğinden dolayı borç geri dönmez. Ebû Yûsuf'un gerekçesi şudur: Borcun düşmesinin sebebi, alacaklının hibe edilen mala malik olmasıydı; hibeden rücû sebebiyle mülkiyet ortadan kalkacağı için borç da geri döner. Dolayısıyla iki durum arasına fark olması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *et-Tebyîn*'de ifade edildiği gibi, Ebû Yûsuf için gündeme getirilecek tek mazeret, görme muhayyerliğinin fesâddan daha zayıf olmasıdır¹.

25. Fuzûlînin Akdinin Hükmü

[Teshîl] Fuzûlînin satımı, 'delâleten izin'in varlığı sebebiyle bize göre bâtil olmaz. Fuzûlînin satımına delâleten izin vardır; çünkü her akıllı kimse, kendisi için faydalı olan tasarrufa rıza gösterir. Fuzûlînin yaptığı tasarrufta mal sahibi için müşteri arama külfetinden kurtulma ve malın fiyatının takarrur etmesi gibi faydalar; akdin tarafları açısından ise irade beyanlarının anlamsız (lağv) bir ifade niteliği taşımaktan korunmuş olması gibi bir fayda vardır.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: 'Delâleten izin' ve 'mal sahibinin faydası', ticaret mallarında söz konusu olabilir. Ama bir kimsenin istihdam ettiği kölelerde ve eti için beslenen koyunlarda ve benzeri mallarda ne delâleten izinden ne de mal sahibinin yararından söz edilebilir. Tam tersine böylesi bir durumda mal sahibi için zarar söz konusudur. Zira belki müşteri onu kaybedecek ve onu özel bir amaçla elinde tutan mal sahibi bu amacına ulaşamayacak ve bu sebeple zarara uğramış olacaktır. Veya müşterinin elinde durduğu müddetçe mal sahibi o kölenin hizmetinden mahrum kalmış olacak ve böyle bir zarara uğramış olacaktır. Bu bakımdan fuzûlînin satımının hükmünün değişik durumlar dikkate alınarak ayrı ayrı belirlenmesi gerekir. Ne var ki, [âlimlerimiz] bu ayrımlara ilişmeksizin fuzûlînin satımının mutlak olarak câiz olduğunu belirtmişlerdir.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 30-31.

ويمكن الجواب بأن حقّ الفسخ ثمة قويٌّ لفسادِ البيع والواجبُ الشرعيُّ فسخه فلا يسقطُ إلا بمانعٍ قويٍّ يقينيٍّ فلا يسقطُ ثمة بل يتوقَّف ما لم يُقضَ بالقيمة لاحتمالِ الفسخِ بالعود.

وأقول: لو وهب له مديونه يسقط دينه ثم إذا رجع الواهب في هبته يعود الدينُ عند أبي يوسف ولا يعود عند محمد إذ الساقط لا يعود ولأبي يوسف أنه سقط بسبب ملكه فعاد بانتقاضه فلا بد من الفرق.

[فاضل أمير] نقول: قال في التبيين والعدر لأبي يوسف أن خيار الرؤية أضعف منه.

فصل الفضولي

١٠ . ٢٥ . حكم عقد الفضولي

[التسهيل] لا يُبطلُ بيعُ الفضولي لإذنٍ دلالةً لأن كلَّ عاقلٍ راضٍ بالتصرُّفِ النافع له وفيه نفعٌ للمالك حيث يسقطُ عنه مؤنة طلبِ المشتري وقرارِ الثمن وفيه نفعٌ للعاقدين من حيث صيانتهُ كلاميهما عن الإلغاء.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ما ذكر من الإذن دلالةً ونفعِ المالك إنما يتأتى في أموال التجارة وأما عبيدُ الخدمة وغنمُ القنية ونحوها فلا إذنٌ فيه دلالةً ولا نفعٌ للمالك بل فيه ضررٌ له إذا المشتري قد يُغييه وللمالك غرضٌ في عينه فلا يصلُ إليه فيتضررُ أو كان له نفعٌ للمالكه فينقطعُ بقدر ما يبقى في يدِ المشتري فيتضرر به المالكُ فعلى هذا ينبغي أن يكونَ في بيعِ الفضولي تفصيلاً مع أنهم أطلقوه.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in söylediği şey, üzerine herhangi bir hü-
küm bina edilmeye elverişli olmayan mücerret ihtimaldir. Çünkü fuzûlî-
nin satımı son derece nadir olup, böyle bir tasarrufu sadece kişinin gü-
venilir yakın dostu yapabilir. Nitekim *et-Tebyîn*'de şöyle denilmektedir:
5 “Mal sahibinin gıyabında gerçekleşen böyle bir tasarruf, ancak kendisi için
istediğini kardeşi için de isteyen samimi, güvenilir ve bundan bir çıkar sağ-
lamayı düşünmeyecek denli erdemli bir arkadaş tarafından yapılır.”¹ Ma-
demki fuzûlînin satımının aslı, az önce belirttiğimiz şekilde olmaktadır,
10 bu durumda bu akdin satıcının en kıymetli malında yapılmış olacağı bir
vehimden ibarettir. Varsayalım ki böyle bir akit olsun, akdi yapan fuzûlî-
nin malı müşteriye teslim etmesi âdeten gerçekleşmesi imkânsıza yakın bir
şeydir. Vehmedilen böyle bir ihtimale dayanarak fuzûlînin akdini ‘tafsil’ e
tabi tutmaya gerek yoktur. Nitekim Kâsânî'nin *Bedâi'ûs-Sanâi*'deki “Alım
15 satım akdinin helalliği konusunda varit olan naslar mutlak olup bir delil ile
tahsis edilmediği sürece bunlarla mutlaklığı üzere amel edilmesi gerekir.”²
ifadesi Şeyh'in ‘tafsil’ önerisine engel teşkil etmektedir.

26. Fuzûlînin Trampa Akdi Yapması

[**Teshîl**] Fuzûlînin akdine icâzetin söz konusu olabilmesi için akdi yapan
 tarafların ve akdin konusu olan malın icâzet sırasında mevcut olması gere-
20 kir. Çünkü icâzet, ancak bunlarla varlık kazanabilen akit için söz konusu
 olmaktadır. Ayrıca -kendisi için akit yapılan- asıl mal sahibinin (malik) de
 mevcut olması gerekir. Zira akdin işlerlik kazanması bizzat malikin kendisi-
 ne bağlı olup, mirasçısına bağlı değildir. Dolayısıyla akdin kendine bağlı ol-
 duğu unsurun mevcudiyeti şarttır. [Akdin yapıldığı sırada malın sahibi olan
25 kişinin icâzet vermeden ölmesi durumunda] icâzet hakkı bir *araz* olduğu
 için [yani ancak bir asıla bağlı olarak varlık kazanabilen bir şey olduğu için]
 vârise intikal etmez. İcâzetin gerçekleşmesi durumunda satım bedeli, icâzet
 verene ait olur ve satıcının yanında emanet olur. Satım bedelinin, -nakit
30 para değil de- bir ticaret malı olması durumunda icâzet esnasında onun da
 mevcut olması gerekir. Çünkü bu durumda satım bedeli bir açıdan mebî
 olmakta ve fuzûlî -ticaret malı olan- satım bedelini satın almış olmaktadır.
 Böylesi bir durumda icâzet, mevkûf olan bir akdin işlerlik kazanmasına
 ilişkin bir icâzet değil, satım bedelinin ödenmesine ilişkin bir icâzet olur.

1 Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 104.

2 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi*, V, 148-149.

[فاضل أمير] نقول: هذا احتمال محض لا يصحّ أن يكون مدأراً لترتب حكم عليه لأن بيع الفضولي نادر في نفسه لا يباشر مثل هذا التصرف إلا صديق صدوق كما قال في التبيين لا يوجد مثل هذا التصرف حال غيبة صاحب المال إلا من صديق متفضل نصوح يرى لأخيه مثل ما يرى لنفسه انتهى. فلما كان أصل هذا العقد بهذه الصفة فلأن يوجد في أعز أموال الغائب أمر موهوم وعلى فرض وجوده تخلية العاقد بين المال وبين من اشتراه قريب من المحال لا يكاد أن يوجد عادة فبمجرد احتمال هذا الموهوم لا يلزم التفصيل في بيع الفضولي على أن ما قاله العلامة الكاشاني في بدائع الصنائع من «أن النصوص الواردة في حل البيع مطلقة يجب العمل بإطلاقها ما لم يخص بدليل» ناب عن التفصيل الذي قال به الشيخ.

٢٦. بيع الفضولي مقايضة

[التسهيل] ولا بدّ للإجازة من قيام العاقدين والمعقود عليه لقيام الإجازة بعقد يقوم بهم فلا بد من قيامهم ولا بد من قيام المعقود له وهو المالك لتوقّف العقد عليه لا على وارثه فلا بُدّ من قيام الموقوف عليه. ولا يورث حقّ الإجازة إذ لا ينتقل العرّض فيكون الثمن للمجيز وأمانة عند البائع ولا بد من قيام المعقود به لو كان عرضاً لأنه مبيع من وجه

Dolayısıyla fuzûlî -ticaret malı olan- satım bedeline -kendisi- malik olmuş olur ve eğer satılan mal mislî ise mislini, değilse kıymetini ödemesi lazım gelir. Çünkü fuzûlînin yaptığı bu akid bir açıdan satın almadır ve fuzûlînin satın alması ise mahcûr olmadığı takdirde başka birinin icâzetine bağlı olmaksızın kendisi hakkında nâfiz olur. Bunun için mahcûr olmama şartı yanında akdi başkasına izafe etmeme ve birine vekâlet etmeme şartları da bulunmaktadır. Bu üç durumdan birinin bulunması hâlinde akid kendisi hakkında işlerlik kazanmış olmaz. Bunun açıklaması şu şekildedir: Satım bedeli ticaret malı olunca, fuzûlî başkasının malını satan ve bir açıdan mukabilinde ticaret malı satın alan kimse gibi olur ve bu durumda satın alma işlemi mevkûf olmaz, yani bir kimsenin icâzetine bağlı olmadan gerçekleşmiş olur. Zira satın alma işleminde satım bedeli müşterinin zimmetine yüklenir. Satım bedelinin kendisi için lazım olması kendisinin bunu üstlenmiş olması sebebiyledir. Fakat satım akdi böyle değildir. Satım akdinin varlığı mebîe bağlı olduğu için ve mebîe de başkasının mülkü olduğu için satım akdinin işlerlik kazanması mal sahibinin icâzetine bağlıdır. Malın asıl sahibi, fuzûlînin ticaret malı mukabilinde yaptığı satıma icâzet verdiği için, kendi malının fuzûlînin satın aldığı şey mukabilinde semen olarak verilmesine icâzet vermiş olur ve fuzûlî sattığı şeyi, sahibinden karz olarak almış olur. Fuzûlînin sattığı şeyin, hayvan olması durumunda da hüküm böyledir. Çünkü her ne kadar hayvanın -ilk başta- kasden ödünç alınması sahih değilse de bir satın alma akdi çerçevesinde zımnen ödünç alınması sahihtir. Bu örnekte fuzûlînin yaptığı akdin, bir satın alma işlemi olarak değerlendirilmesi, bir satım işlemi olarak değerlendirilmesinden daha uygundur. Çünkü akdi yapan kimsenin tasarrufu kendisi hakkında işlerlik kazandığı için bu işlemin satın alma işlemi olarak değerlendirilmesi yerleşik kurala uygundur. Bu işlemi bir satım akdi olarak değerlendirmek ise akdin işlerliği başkasının icâzetine bağlı olacağı için, yerleşik kurala aykırıdır. Bütün bu söylenenler, mal sahibinin icâzet vermesi durumundadır. Mal sahibi fuzûlîye icâzet vermezse, fuzûlî şayet mal mislî mallardan (misliyyât) ise mislini, mislî mallardan değilse kıymetini müşteriye öder. *el-Mecma'* şerhinde böyle geçer.

فيكون الفضولي شارياً بالثمن العرض فكانت الإجازة إجازة نقد الثمن لا إجازة عقد موقوف فالفضولي ملك الثمن العرض ولزمه مثل المبيع في المثلي أو قيمته في غير المثلي لأنه شراء من وجهٍ وشراء الفضولي ينفذ عليه ولا يتوقف على إجازة الغير إذا لم يكن محجوراً ولم يُضف العقد إلى آخرٍ ولم يوكل فإن وُجد شيءٌ من هذه الثلاثة لا ينفذ عليه. ٥

وتحقيقه: أن الثمن إذا كان عرضاً كان الفضولي بائعاً مال الغير به مشترياً العرض به من وجهٍ والشراء لا يتوقف إذ الثمن يلزم في ذمة المشتري في الشراء فيلزمه بالتزامه بخلاف البيع لأن قيامه بالمبيع وهو ملك الغير فيتوقف، فإذا أجاز المالك البيع بالعرض كان مجيزاً نقداً ملكه ثمناً عما اشتراه وصار الفضولي مستقرضاً عن المالك ما باعه وإن كان حيواناً لأن ١٠

استقرضه يصح في ضمن الشراء وإن لم يصح قصداً، واعتبار جانب الشراء أحق من البيع لأنه يوافق الأصل لنفاذ تصرف العاقد عليه، واعتبار البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الأصل. هذا إذا أجازته أما إذا لم يجزه المالك يدفع الفضولي مثله إلى المشتري لو مثلياً وإلا فقيمته ١٥

كذا في شرح المجمع.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: *ez-Ziyâdât* ve başka eserlerde zikredildiğine göre tıpkı fâsit satımda mebîin mülkiyetinin kabzla intikal etmesi gibi, istihkak edilmiş şeyin bedeline de kabzetmekle malik olunur. Buna göre meselemizde müşterinin fuzûlîden, mebîin mislini veya kıymetini değil, ona verdiği alması gerekir. Sulh bahsinde anlatılan şu mesele bunu destekler: İkrara dayalı sulhun bedelinin istihkak edilmesi durumunda -tıpkı satım akdinde olduğu gibi- sulh yapılan taraf, sulha konu olan şey için rücû eder. Netice olarak trampa işleminde bedellerden birinin istihkak edilmesinin hükmü, akdin bozulması ve ilgilinin diğer bedeli almak için karşı tarafa rücû etmesidir. Ancak istihkak edilen malın mislini veya kıymetini almışsa artık rücû edemez. Bu mesele ile *el-Mecma'* şerhinde bahsedilen hüküm arasında zıtlık vardır. *el-Kunye'*de şöyle geçmektedir: Bir kişi, bir elbise karşılığında bir câriye satın alsa daha sonra elbise, satıcısının yanında helak olsa câriye hakkındaki akit bâtil olur. Bu kitabın 'kabzdan önce mebîde tasarruf' bahsinin son kısmında geleceği üzere trampa akdi iki bedelden birinin kabzdan önce helak olmasıyla bozulur. Bu durum tıpkı mebîin kabzdan önce helak olması gibidir. Nasıl ki [trampa işleminde] telef olan bedele mebî olarak itibar ediliyorsa istihkak edilen mala da mebî olarak itibar edilmesi ve satım akdinin feshedilmesi gerekir. Bu meselede iki farklı rivâyetin olması da mümkündür. Ben bu durumu alım satım bölümünün 'satılan malda tasarruf' bahsinin sonunda açıkladım oraya bakılsın!

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Elimizin altında mevcut olan kitaplarda trampa meselesi konusunda gördüğümüz şey şudur: Trampa akdinde bedellerden biri istihkak edilirse, istihkak sebebiyle elinden mal alınmış olan kişi, o mal karşılığında ödemiş olduğu bedeli geri alır; kendisine istihkak sebebiyle elinden alınmış olan malın misli veya kıymeti verilmez. Elimizin altındaki kitaplarda yer alan bu hüküm, *Mecma'* şerhinde nakledilenden farklıdır. *Mecma'* şerhinde nakledilen görüşün bir rivâyet olması sahîhse bu durumda Şeyh'in mebîde tasarruf bahsinde zikrettiği şu uzlaştırma güzel bir uzlaştırma olur. Şeyh orada "Trampanın iki bedelinden her biri, bir yönden mebî, bir yönden semendir. Bedellerden birisi istihkak edilirse veya telef olursa, onun mebî olma yönü dikkate alındığında alım satım akdi bozulur; semen olma yönü dikkate alındığında ise bozulmaz." şeklinde bir uzlaştırma yapmıştır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قد ذكر في الزيادات وغيره: أن بدل المستحق يُملك بالقبض كالمبيع فاسدًا فعلى هذا ينبغي في مسألتنا أن يكون للمشتري أن يأخذ من الفضولي ما دفعه إليه لا مثل المبيع ولا قيمته ويؤيده ما ذكر في الصلح من أنه لو استُحِقَّ بدل الصلح عن إقرار رجع بالمصالح عنه ٥
 كما في البيع. فالحاصل أن استحقاق أحد بدلي المقايضة حكّمه أن ينتقض العقد ويرجع بالبدل الآخر صاحبه لا أن يأخذ مثل المستحق أو قيمته فبين هذا وبين ما نُقل من شرح المجمع منافاةً وفي القنية: لو اشترى أمة بثوب ثم هلك الثوب عند بائعه بطل البيع في الجارية. ويجئ في أواخر فصل التصرف في المبيع قبل القبض من هذا الكتاب أن عقد المقايضة ينتقض بتلف أحد بدلي المقايضة قبل القبض لهلاك المبيع قبل قبضه فاعتبر الهالك ١٠
 مبيعاً فينبغي أن يعتبر المستحق كذلك مبيعاً فيفسخ البيع ويمكن أن يكون في المسألة روايتان. وقد ذكرتُ وجهه في أواخر فصل التصرف في المبيع من كتاب البيوع فليُنظر ثمة.

[فاضل أمير] نقول: ما وجدنا في الكتب الموجودة عندنا هو أن الحكم في مسألة المقايضة إذا استحق أحد البدلين أن يرجع المستحق عليه إلى بدله ١٥
 الذي دفعه إلى الآخر لا أن يدفع إليه مثل المستحق أو قيمته غير ما نقله عن شرح المجمع فإن صح هذا رواية فالتوفيق الذي ذكره الشيخ في فصل التصرف في المبيع بقوله «أن كل واحد من بدلي المقايضة مبيع من وجه وثمان من وجه فاذا استحق أحدهما أو تلف فبالنظر إلى أنه مبيع ينتقض البيع وبالنظر إلى أنه ثمن لا ينتقض البيع» فتوفيق حسن. ٢٠

27. Müşterek Malın Satımında Ortakların İcâzeti

[Teshîl] Kişi, kendisiyle birlikte üç kişiye ait olduğunu bildirerek bir köle satsa, diğer iki ortak bu satım akdine icâzet vermese, müşteri akdin bölünmesine -baştan- rıza göstermiş olduğundan muhayyerlik hakkına sahip olamaz. Ancak diğer iki ortaktan birinin akde onay vermesi durumunda Ebû Yûsuf, müşterinin malın tamamına rağbeti bulunduğu gerekçesiyle, icâzet verenin payı hakkında müşteriye muhayyerlik hakkı tanımaktadır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: İlk durum, yani her ikisinin de icâzet vermemesi durumu, Ebû Yûsuf'a karşı bir gerekçe olarak ileri sürülebilir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: İlk durumun Ebû Yûsuf'a karşı bir gerekçe olarak ileri sürülmesi mümkün değildir. Çünkü müşterinin rağbetinin, diğer ikisinin icâzet vermemesi durumunda kölenin üçte birine; icâzet vermesi durumunda kölenin tamamına olması, buna mukabil kölenin üçte ikilik kısmına rağbetinin olmaması mümkündür. Bir şeyin üçte birini veya tamamını mülk edinmeye razı olmak, o şeyin üçte ikisini mülk edinmeye razı olmayı gerektirmez.

28. Müşterinin Gasbedenden Satın Aldığı Köleyi Azat Etmesi

[Teshîl] Bil ki: İleride geleceği üzere, müşterinin gasbedenden satın aldığı köleyi hürriyetine kavuşturması işlemi, tazminle birlikte -tazminin kim (yani gâsıp mı müşteri mi) tarafından yapılmış olduğuna bakılmaksızın- bâtil olur. Ebû Hanîfe ve bir rivâyette Ebû Yûsuf'un bu konudaki görüşleri farklıdır. İcâzet durumunda söz konusu işlemin hükmünün ne olacağı ise -metinde geçtiği üzere- ihtilafıdır. Hürriyete kavuşturma işlemine [malik tarafından] icâzet verilmesi hâlinde müşterinin hürriyete kavuşturma işlemi nâfiz olur. Müşterinin gasbedenden satın aldığı köleyi satması işlemi ise tazminle birlikte mutlak olarak nâfiz olur. Müşterinin satımına icâzet verilmesi durumunda da hüküm böyledir. Gâsıbın satımına icâzet verilmesi durumunda ise [müşterinin satımı] bâtil olur. Gâsıbın satım ve hürriyete kavuşturma işlemlerinden her biri ya tazminle ya da icâzetle birlikte düşünölmek durumunda olduğundan -ki bunun hükmü metinde anlaşılıyor- toplam mesele sayısı on ikiye çıkmış olmaktadır.

٢٧. إجازة الشركاء في بيع المال المشترك

[التسهيل] ولو باع قنا معلماً أنه له ولرجلين فلم يُجيزا فلا خيارَ للمشتري لرضاه بالتفرُّق، ولو أجاز أحدهما يخيِّره أبو يوسف في حظِّ المَجيز لرغبته في كَلِّه.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يرد على أبي يوسف الوجهُ الأول وهو عدمُ إجازتهما.

[فاضل أمير] نقول: وروده ممنوع لأن من الجائز أن يكون رغبة المشتري في الثلث إن لم يجيزا وفي الكل أيضاً إن أجازا وأما الثلثان منه فلم يكن له رغبة فيه والرضا بتملك الثلث أو الكل لا يستدعي الرضى بتملك الثلثين.

٢٨. تحرير العبد المشتري من الغاصب

[التسهيل] واعلم أن تحرير المشتري منه يبطل مع الضمان مطلقاً أيُّهما ضمِن خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف في روايةٍ لما سيجيء وأما مع الإجازة فخلافِي كما هو مذكور في المتن ومع إجازة تحرير المشتري فنافذ تحريره.

١٥ وأما بيع المشتري فنافذ مع الضمان مطلقاً وكذا مع إجازة بيعه وباطل مع إجازة بيع الغاصب. وأما بيعُ الغاصبِ وتحريره فلا يخلو كلُّ منهما إما مع الضمان أو الإجازة ويُعرف حكمه من المتن فصارت المسائل اثني عشر.

Gâsıbın hürriyete kavuşturma işleminin, kendisinin tazmin etmesiyle nâfiz olacağı yönünde bir rivâyet vardır. Daha sahih sayılan rivâyette ise, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre, müşterinin hürriyete kavuşturma işleminin gâsıbın tazmin etmesi durumunda nâfiz olacağı söylenmiştir. Zira gâsıbın hürriyete kavuşturma işleminden farklı olarak müşterinin hürriyete kavuşturma işleminde mevkûf mülkiyet söz konusudur. Gâsıbın ise hürriyete kavuşturma işlemi esnasında mülkiyeti olmadığı için nefâz söz konusu olmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bana göre müşterinin tazmin etmesinin de mevkûf mülkiyet gerekçesiyle aynı hükümde olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Müşterinin gasbedenden satın aldığı köleyi hürriyetine kavuşturmasının nâfiz olmasının, tazminle birlikte onun mülkiyetine sahip olması durumunda olduğu hem *el-Kâff*'de¹ hem başka kitaplarda tasrihen belirtilmektedir. Şeyh'in az yukarıdaki "Müşterinin gasbedenden satın aldığı köleyi hürriyetine kavuşturması işlemi, tazminle birlikte -tazminin kim (yani gâsıp mı müşteri mi) tarafından yapılmış olduğuna bakılmaksızın- Ebû Hanîfe'ye ve Ebû Yûsuf'tan gelen diğer rivâyetin aksine bâtil olur." ifadesi de esasen buna işaret etmektedir. Bu hüküm kimi yerde açıkça kimi yerde dolaylı olarak belirtilmiş iken Şeyh'in bunu "Bana göre... olması gerekir." diyerek sanki kendisinin özgün bir değerlendirmesiymiş gibi sunması yersizdir.

29. Mutlak Mülkiyet Sebebi ile Zaruri Mülkiyet Sebebi Arasındaki Fark

[**Teshîl**] Ebû Hanîfe'den rivâyet edildiğine göre müşterinin gasbedenden satın almış olduğu köleyi satması, tıpkı hürriyete kavuşturması gibi mevkûf olur. Burada "Gasbeden (gâsıb), gasbettiği köleyi önce satıp sonra tazmin ettiğinde yapmış olduğu satım akdi nâfiz olmaktadır. Hâlbuki gasbeden için tazminle gerçekleşen kesin mülkiyet, müşterinin mevkûf mülkiyetinin üzerine gelmiş olmaktadır ve [yukarıda sözü edilen] ilke bozulmuş olmaktadır." şeklinde bir itiraz öne sürülecek olursa buna şöyle cevap verilir: Gâsıbın mülkiyeti -mutlak bir sebebe değil, zaruret kaynaklı bir sebebe dayalı olduğu için bir açıdan sabit, bir açıdan gayri sabit olduğundan- kesinlik taşımamaktadır. Gâsıbın mülkiyeti, tazmin yükümlülüğünün zorunlu sonucu olarak gerçekleşmektedir. Bu mülkiyet, zaruret olmayan durumlarda ortaya çıkmayacağı için mevkûf mülkiyetin iptalinde ortaya çıkmaz. Satın alma akdi mülkiyet ifade etmek için vaz olunmuş, zaruri olmayan mutlak bir sebeptir. Mutlak bir sebep olduğu için satın alma akdi mevkûf mülkiyetin iptalinde ortaya çıkabilir. Müellif de 'Gasbettiği malı tazmin etmesi hâlinde gasbedenin yaptığı satım akdi nâfiz olur.' sözüyle buna işaret etmiştir.

1 Nesefî, *el-Kâff*, II, vr. 272b-273b.

وقيل: نفذ تحريزُ الغاصبِ بضمانه ونفذ تحريزُ المشتري إذا ضمن الغاصب في الأصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف لما فيه من الملك الموقوف ضد تحريز الغاصب إذ لا ملك له أصلاً حين التحريز فلا ينفذ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يمثله ضمان المشتري لما فيه من الملك الموقوف أيضاً. ٥

[فاضل أمير] نقول: نفاذ تحريز المشتري فيما ضمنه وملكه بالضمان مصرح به في الكافي وغيره وقول الشيخ أنفاً «بيطل مع الضمان مطلقاً أيهما ضمن خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف في رواية» مشيراً إليه فمع كون هذا الحكم مصرحاً به ومدلولاً عليه لا وجه لإيراده على أنه دراية منه مقروناً بلفظ «ينبغي». ١٠

٢٩. الفرق بين السبب المطلق للملك وبين السبب الضروري

[التسهيل] وروي عن أبي حنيفة أن بيع المشتري يتوقف كما يتوقف تحريزه فإن قيل: الغاصب إذا باع ثم ضمن نفذ بيعه مع أن الملك الباتّ الحاصل له بالضمان طراً على الملك الموقوف للمشتري فانتقض الأصل؟ أجيب: بأن ملك الغاصب ليس بباتّ لثبوته من وجهٍ دون وجهٍ لأن سببه ضروري لا مطلق لأنه ملكه لضرورة وجوب الضمان عليه كما مرّ فلا يظهر فيما لا ضرورة فيه فلا يظهر في إبطال الموقوف والشراء موضوع لإفادة الملك، وهو سبب مطلق لا ضروري فجاز أن يظهر في إبطال الموقوف وإليه أشار بقوله «نفذ بيع الغاصب إلخ».

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Burası, Şeyh'in yukarıda [Teshîl'in başında] "Bu meselenin cevabı aşağıda gelecek olan 'Gasbettiği malı tazmin etmesi hâlinde gasbedenin yaptığı satım akdi nâfiz olur.' sözüyle açıklığa kavuşacaktır." şeklindeki vadinin gerçekleştiği yerdir. Yani gasbeden için tazminle
5 gerçekleşen mülkiyet, müşteri için sabit olan mevkûf mülkiyeti iptal etmediğine göre müşterinin yaptığı satım akdi de nâfiz olur. Şeyh'in "Satın alma akdi mülkiyet ifade etmek için vaz olunmuş zaruri olmayan mutlak bir sebeptir." sözü de "İlk satım akdine icâzet verildiğinde müşterinin yaptığı satım bâtil olur." şeklinde ifade edilen meselenin deliline işaret etmektedir.
10 Şöyle ki, mâlikin, gasbedenin yaptığı satıma, gasbedenden satın alan müşterinin başkasına yaptığı satımdan sonra icâzet vermesi durumunda, müşterinin yaptığı satım bâtil olur. Çünkü ilk müşteri için icâzetle hâsil olan mülkiyet kesin bir mülkiyettir. Çünkü bu mülkiyet, mülkiyet ifade etmek için konulmuş olan bir sebep ile yani satın alma akdiyle gerçekleşmiştir. Bu
15 durumda ikinci müşteri için sabit olan mevkûf mülkiyet bâtil olur.

30. Fuzûlîden Mal Satın Alanın Beyyinesi

[Teshîl] Bir kimsenin, maliki dışında birinden satın aldığı malı, malikin yetki vermediğine ilişkin olarak satıcının veya malikin ikrarının bulunduğu
20 çelişkiden dolayı bu beyyine getirerek iade etmek istemesi durumunda, davadaki çelişkiden dolayı bu beyyine kabul edilmez. Şöyle ki; bir malı satın almaya yeltenmek, o malın satımına ilişkin bir yetkilendirmenin bulunduğunu kabul etmek anlamına gelir ve bir yetkilendirmenin olmadığı iddiasıyla çelişir. Bu çelişkiden dolayı dava sahih olmaz. Beyyine, davanın sahihliği üzerine bina edilir. Diğer üç imama göre ise beyyine kabul edilir.

25 Satıcı, mal sahibinin kendisine yetki vermediğini hâkimin yanında ikrar ederse -müşteri de malı geri vermek isterse- satım akdi bâtil olur. Çelişki içerse de satıcının ikrarı sahihtir. Çünkü satıcı ikrar hususunda töhmet altında olmadığı için bu çelişki ikrarın sıhhatine engel olmaz. Dava hususundaki çelişki bundan farklıdır. Satıcı dava konusunda töhmet altında olduğu için
30 dava konusundaki çelişki davanın sıhhatine engel olur. Satıcının ikrarı sahih olunca hasmın bu konuda onu destekleme hakkı doğar ve nakz/bozma ikisi hakkında geçerli olur. Bozma için müşterinin talebinin şart koşulması ikisinin bu hususta ittifak etmesi ve bozmanın gerçekleşmesi içindir.

[فاضل أمير] نقول: هذا ما وعده بقوله جوابه يظهر يعني أن الملك الحاصل للغاصب بالضمان لما لم يبطل الملك الموقوف لمشتريه نفذ بيع مشتريه وقوله «والشري موضوع لإفادة الملك» إشارة إلى دليل المسألة القائلة يبطل بيع المشتري إذا أجزى البيع الأول يعني إذا أجاز المالك بيع الغاصب لمشتريه بعد بيع المشتري من آخر يبطل بيع المشتري لأن الملك الحاصل للمشتري الأول بالإجازة باتّ لحصوله بسبب موضوع لإفادة الملك يعنى الشري فيبطل الملك الموقوف للمشتري الثاني.

٣٠. بينة المشتري من الفضولي

[التسهيل] ولو شري من غير مالكة وأراد الردّ فبرهن على إقرار البائع أو المالك أن المالك لم يأمره بالبيع لا تُقبل للتناقض في الدعوى إذ الإقدام على الشراء إقراراً بالأمر فيصير متناقضاً في دعوى عدم الأمر فلم يصحّ الدعوى وتبنى البينة على صحة الدعوى وتُقبل عندهم.

ولو أقرّ البائع بعدم الأمر عند الحاكم بطل البيع لو أراد المشتري رده فقد صحّ إقرار البائع وإن تناقض في الإقرار لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار لأنه غير مُتَّهَم فيه بخلاف الدعوى لأنه متهم فيها فإذا صحّ الإقرار فللخصم أن يساعده على ذلك فينفذ النقص عليهما ولذلك شرط للنقض طلب المشتري حتى يصيرا متفقين على ذلك فيكون نقضاً.

Müşteri satın aldığı malın kendisine ait olduğunu iddia eden kişiyi doğrulayıp malı ona verse; daha sonra satıcının malın hak sahibi olan o şahsa ait olduğunu ikrar ettiğine dair beyyine getirirse -az önceki meseleden farklı olarak- kabul edilir. Çünkü mal müşterinin elinden çıktığı için semeni geri almak üzere -satıcıya- rücû şartı mevcuttur. Önceki meselede mebî müşterinin zilyedliğindeydi. Burada ise müşteri, mebîin kendisine ait olduğunu iddia eden kişiyi tasdik edip mebîi ona teslim etmiş, daha sonra satım bedelini geri almak üzere satıcıya rücû etmek için satıcının mebîin bu kişiye ait olduğunu ikrar ettiğine dair beyyine getirmiş ve bu beyyine, çelişki olmasına rağmen kabul edilmiştir. İki mesele arasındaki fark şöyle açıklanmıştır: Beyyinenin burada kabul edilmesinin sebebi, satım bedelini geri almak için rücû şartının varlığı olup, bu şart da müşterinin mebî üzerindeki zilyedliğinin zail olmasıdır. Böylece satım bedelini geri almak için rücû davası sahih olmaktadır. Beyyine de davanın sahihliği üzerine bina edilmektedir. Denildi ki: İlk mesele satıcının satım akdinden önceki ikrarı üzerine, buradaki mesele ise satıcının satım akdinden sonraki ikrarı üzerine kurulmuş olup çelişki -ikincide değil- birinci meselede söz konusudur. İki mesele arasındaki farkın sebebi budur.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: İki mesele arasındaki farkın şöyle olması da mümkündür: İlkinde müşteri mebîin satıcıdan başkasına ait olduğunu biliyordu. Bundan dolayı onun 'satıcının satıma yetkili olmadığı'na ilişkin iddiası tenakuz nedeniyle dinlenmedi. Zira müşterinin satın alma girişimi, satım yetkisinin varlığını ikrar anlamına gelmektedir. İkincisinde ise müşteri mebîin satıcıdan başkasına ait olduğunu baştan bilmiyor, mebîin başkasına ait olduğu daha sonra ortaya çıkıyor ve çelişki olmadığı için müşterinin, satıcının malın başkasına ait olduğunu ikrar ettiğine ilişkin beyyinesi kabul ediliyor. Nitekim istihkak meselesinde geçtiği üzere -müşterinin- mebîin başkasının mülkü olduğuna dair beyyinesi kabul edilmezken; satıcının daha önce bu durumu ikrar ettiğine dair beyyinesi kabul edilmektedir. Zira müşterinin malı satın almaya girişmesi, -yukarıda geçtiğinin aksine- satıcının ikrarda bulunmadığını ikrara delâlet etmez. Dolayısıyla ikrara dair [beyyinenin] satım akdinden önce veya sonra olması arasında herhangi bir fark yoktur. Doğrusunu Allah bilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Delâletin yokluğu iddiası tartışmaya açıktır. Çünkü akıllı kimse, "Bu mal bana ait değil ama onu ben satıyorum." diyen kimseden bir şey satın almaya rağbet etmez. Bu belli bir şeydir.

ولو اشتراه فادعاه رجل فصدّقه المشتري فدفعه إليه ثم برهن على إقرار البائع أنه للمستحق قبلت لوجود شرط الرجوع بالثمن لزوال يد المشتري ضد المسألة السابقة فإن المبيع في يد المشتري ثمة يعني أن المسألة السابقة أشكلت بأن المشتري إذا صدّق مدعيه بأن المبيع له وسلّمه إليه ثم أراد الرجوع بالثمن على البائع فبرهن على أنه أقر أنّ المبيع لهذا المدعي قبلت مع التناقض ٥ في الدعوى. وفرّقوا بأن قبولها هنا لوجود شرط الرجوع بالثمن وهو زوال يد المشتري فصحّ دعوى الرجوع به والبينة مبنية على صحة الدعوى، وقيل: إنها في السابقة أقيمت على إقرار البائع قبل البيع وهنا على إقراره بعد البيع فافترقتا للتناقض في الأولى دون الثانية.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: يمكن الفرق^١ بأن المشتري في الأولى كان عالمًا بأن المبيع لغير البائع فلم تُسمع دعواه أنه غير مأمورٍ للتناقض لأن إقدامه إقرارًا بالأمر وفي الثانية لم يكن عالمًا به ثم ظهر أنه للغير فيقبل على إقراره أنه للغير إذ لا تناقض كما مر في الاستحقاق أنه لو برهن على أنه ملك المستحق لا يقبل ولو على إقرار البائع قبل لأن إقدامه لا يدل على الإقرار أن البائع لم يُقرّ ضد ما مر في الأمر فلا فرق بين الإقامة على الإقرار قبل البيع أو بعده ١٥ والله أعلم.

[فاضل أمير] نقول: في عدم الدلالة بحث لأن العاقل لا يرغب في اشتراء شيء ممن يقول إنه ليس لي ولكن أبعه كما لا يخفى.

31. Aynı Anda İcâzet Verilen İki Akdin Hükümü

[**Teshîl**] Müşterek mülkiyetin mümkün olduğu durumlarda birlikte icâzet verilen iki akit de gerçekleşir. Bu, tıpkı şu şekilde gerçekleşen iki alım satım akdi gibidir: İki kişi, ikisi de fuzûlî olan iki kişiden bir köle satın alsalar ve asl malik tarafından akdin ikisine birlikte onay verilse bu iki müşteriden her biri kendi payına düşen yarı hisseyi alır veya terk eder. Müşterek mülkiyet mümkün değilse ve birlikte icâzet verilen iki akitten biri daha kuvvetli değilse her iki akit de -tıpkı bir kadın hakkında yapılan iki nikâh akdi gibi- bâtil olur. İki akitten birinin daha kuvvetli olması durumunda ise kuvvetli olan tercih edilir. Tıpkı bir evin [aynı anda] satım akdine ve hibe akdine konu edilmesi durumunda satım akdinin hibeye tercih edilmesinde olduğu gibi. Hibe -şüyû sebebiyle bâtil olan bir işlem olduğu için- satım akdi ondan daha güçlüdür. Taksim olunmayan şeyler ise farklı olup bunlarda satım ve hibe eşittir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: “Dava” bölümünde geçen “Satım akdi mutlak olarak hibeden daha kuvvetlidir. Çünkü satım akdinde mülkiyet -hibenin aksine- kabzdan önce sabit olur. Oysa hibede mülkiyetin sübutu kabza bağlıdır.” ifadesinin burada söylenenlere aykırı olduğu ileri sürülemez. Çünkü satım akdinin hibeden daha kuvvetli olduğu kabul edilen bir husustur. Fakat burada tercihe ihtiyaç duyulması, müşterek mülkiyetin mümkün olmaması durumundadır. Taksim edilemeyen şeylerde ise müşterek mülkiyet mümkün olduğu için, -taksim olunabilen şeylerden farklı olarak- bunlarda tercihe ihtiyaç yoktur. “Dava” bölümünde geçen meselede müşterek mülkiyet mümkün olsa bile mutlak olarak tercihle amel olunur. İki durum bu şekilde birbirinden ayrılmış oldu. Aradaki fark düşünülerek anlaşılabilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: ‘Müşterek mülkiyetin imkânı’ ifadesiyle şer‘î imkân kastedilmektedir. Şer‘î imkân, bölündüğünde yararlanma imkânının kalıp kalmaması durumunu anlatır. Şeyh’in farkın ne olduğuna dair izahı şudur: Mal sahibi ve satıcı orada hazır bulunmakta ve akit ilk baştan yapılmaktadır. Akdin konusu olan şey müşteri ile hibe lehtarları arasında müşterek mülkiyete konu olduğunda, müşteri bundan büyük bir zarar görmez. Çünkü müşteri yarıyı alıp diğer yarının satım bedelini geri almak için satıcıya rücû edebileceği gibi iade edip tamamının semenini geri almak üzere de satıcıya rücû edebilir. Dava konusunda ise durum böyle değildir. Çünkü satın aldığı iddia eden kişinin elinden mebûin yarısı alınsa, bu kişi satıcıyı bulup kendisine sattığı malın yarısının başkasına ait olduğunun ortaya çıktığını ve beyyine ve mahkeme kararıyla elinden alındığını ispat etmeye ihtiyaç duyar. Bunda müşteri için sıkıntı vardır. Bu konu müşterek mülkiyet yoluyla değil, ancak daha güçlü olan sebebi tercih yoluyla halledilebilir.

٣١. حكم عقدين المجازين معًا

[التسهيل] ثبت عقدان أجزا معًا لو أمكن التنصّف كبيعين اجتماعاً في عبدٍ من فضوليين وأجزا معًا أخذ كل واحد نصفه أو ترك وإن لم يمكن التنصّف بطلا لو لا أحدهما أقوى ككناحين وإن كان أحدهما أقوى رجّح الأقوى كبيع ٥
يرجّح على هبة في الدار لأن الهبة تبطل بشيوع ضد ما لا يقسم فاستوى فيه البيع والهبة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لا يقال: ينافيه ما في الدعوى من أن البيع أقوى من الهبة مطلقاً لثبوت الملك في البيع قبل القبض ضد الهبة، لأننا نقول: أن كون البيع أقوى من الهبة مسلّم ولكن الاحتياج إلى الترجيح إنما يثبت هنا إذا تعدّر التنصيفُ وفيما لا يقسم أمكن التنصيفُ فلا احتياج إلى الترجيح بخلاف ١٠
ما يقسم وفي الدعوى يُعمل بالترجيح مطلقاً وإن أمكن التنصيف فافترقا ووجه الفرق يُعرف بالتأمل.

[فاضل أمير] نقول: المراد بالإمكان وعدم الإمكان هنا هو الإمكان الشرعي يعني إذا قسم تبقى منفعتة أو لا تبقى ويريد بوجه الفرق هو أن المالك والبائع ١٥
حاضران هنا والعقد ابتداء عقد فإذا تنصف بين المشتري والموهوب له لا يلحق المشتري كثير ضرر لأنه إن شاء أخذ النصف ورجع بنصف الثمن على البائع وإن شاء رده ورجع بكل الثمن ولا كذلك في الدعوى لأن مدعي الشري لو أخذ نصف المبيع من يده يحتاج إلى أن يجد بائعه ويثبت عليه أن نصف ما باعه صار مستحقاً وأخذ من يده بإقامة البينة وحكم القاضي وفيه حرج عليه ٢٠
فلا يفصل بالتنصيف بل بترجيح السبب الأقوى.

32. Bir Kişiyeye Ait Olan İki Malı Gasbeden İki Farklı Kişinin Bunları Birbirlerine Satması

[Teshîl] Bir kişiyeye ait olan iki malın, bunları gasbeden iki ayrı kişi tarafından birbirlerine satılması hâlinde akit in'ikâd etmez. Çünkü satım akdinin anlamı mülkiyetin veya tasarruf hakkının sabit olmasıdır. Bu haklar -bu akit olmaksızın- her iki bedelde mal sahibi için zaten mevcuttur. Akit in'ikâd etmeyince icâzete de konu olmaz. Zira icâzet mevkuûf olarak kurulmuş olan akit için söz konusu olabilir. Burada ise mevkuûf bir akit yoktur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh, *el-Kâfi*¹ müellifine uyararak, bu meselede akdin butlanını alım satım akdinin amacının gerçekleşmemesiyle ta'lil etmiştir. Belki de evla olan, bu meselede akdin bâtil oluşunu, alım satım akdinin bir malike ait iki mal üzerinde vukuunun lüzumuyla ta'lil etmesiydi. Zira malik, bu akde icâzet verdiğinde bu bir icâzet-i nakd olur ve bir emtia olan semen, akdi yapan taraflara ait olur. Dolayısıyla da icâzet veren malik açısından rakabe mülkiyeti veya tasarruf mülkiyeti sabit olmaz. Bu ta'lil sayesinde bu mesele ile -metinde bundan sonra- zikredilen iki meselenin birbiriyle mukabelesi de açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Çünkü Şeyh son iki meselede akdin icâzetle nâfiz olmasını onlarda akdin aynı kişiyeye ait iki mal üzerinde vuku bulmamasıyla ta'lil etmiştir.

33. İki Kişiyeye Ait Olan Malın İki Kişi Tarafından Gasbedilip Birbirlerine Satılması

[Teshîl] İki farklı kişiyeye ait iki malın iki kişi tarafından gasbedilip birbirlerine satılmasının hükmü önceki meselenin [yani bir kişiyeye ait iki malın iki farklı kişi tarafından gasbedilip birbirlerine satılması meselesinin] hükmünden farklıdır. Bu mesele şöyledir: Bir kimse Zeyd'in kölesini, bir başkası da Bekir'in câriyesini gasbedip birbirlerine satsalar; Zeyd ve Bekir de icâzet verse bu akit nâfiz olur; câriye köleyi gasbedenin, köle de câriyeyi gasbedenin olur. Akdin sonrasındaki icâzet, akdin öncesindeki izin gibidir.

Kölenin sahibi onu gasbedene "Falanın câriyesini şu kölem mukabilinde satın al!" dese, câriyenin sahibi de câriyesini gasbedene "Falanın kölesini şu câriyem mukabilinde satın al!" dese buna verilecek olan cevap da aynı şekilde olur. Zira -bu durumda- satın alma akdi, başka birinin icâzetine bağlı olmaksızın nâfiz olur. Nitekim bu bölümün başlarında geçtiği gibi, her birinin satın alması kendisi için nâfiz olmuş ve her biri gasbetmiş olduğu şeyi karz olarak almış olur.

1 Neseî, *el-Kâfi*, II, vr. 275b.

٣٢. تباع غاصبي عرضين لرجل واحد

[التسهيل] ولا ينعقد تباع غاصبي عرضين لرجل واحد لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة أو التصرف وهما حاصلان للمغصوب منه في البديلين بدون هذا العقد وإذا لم ينعقد لا يلحقه الإجازة لأنها تلحق الموقوف ولا موقوف هنا.

٥ [فاضل أمير] نقول: علل بطلان العقد في هذه الصورة بفوات فائدة البيع مقتضيًا بصاحب الكافي ولعل الأولى أن يعلله بلزوم وقوع البيع على مالين لملك واحد إذ المالك إذا أجاز هذا العقد تكون إجازة نقد فيكون الثمن العرض للعاقدين فلا يثبت ملك الرقبة أو التصرف للمالك المجيز وبهذا التعليل تظهر المقابلة بين هذه الصورة وبين الصورتين التاليتين لها بطريق أوضح لأنه علل نفاذ العقد فيهما بالإجازة بأن لم يقع العقد فيهما على مالين لواحد.

٣٣. تباع غاصبي عرضين لاثنين

[التسهيل] وبخلاف عرضي اثنين فإنه لو غصب رجل عبد زيد والآخر أمة بكر وتباع الغاصبان فأجازا نفذ وصارت الأمة لغاصب العبد والعبد لغاصب الأمة إذ الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء.

١٥ ولو قال رب العبد لغاصبه: اشتر أمة فلان بعدي هذا. وقال رب الأمة لغاصبها: اشتر عبد فلان بأمتي هذه كان الجواب كذلك وهذا، لأن الشراء ينفذ ولا يتوقف فنفذ شري كل منهما على نفسه وصار كل منهما مستقرًا ما غصبه كما مر في أوائل هذا الفصل.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Söz konusu işlemin hükmünün bu şekilde olabilmesi için kölenin efendisinin ve câriyenin efendisinin mutlak olarak veya müşterisine ait olmak üzere satın almayı emretmiş olmaları ve “Benim için satın al!” dememiş olmaları gerekir ya da hangi köle olduğunu tayin etmeksizin “Falancanın kölesini satın al!”; yine tayin etmeksizin “Falancanın câriyesini satın al.” demiş olmaları gerekir. Çünkü ilk durumda câriyeye, ikinci durumda köleye işaret edilmemiş olması bunu göstermektedir. Şöyle ki “falancanın şu câriyesini” ve “falancanın şu kölesini” denilmemesi, âlimlerimizin “Bir kimse muayyen bir şeyi satın almak üzere birine vekâlet verdiğiğinde vekilin o şeyi kendisi için satın alma yetkisi yoktur.” şeklindeki sözleriyle yapılacak olan itirazın önünü kesmek içindir.

34. Semende Vasfın Payının Bulunmaması

[Teshîl] Satın almış olduğu mebdîde bir ayıp gören müşteri, dilerse mebdîi ödemiş olduğu satım bedelinin tamamına karşılık alır, dilerse iade eder. Zira; [1] müşterinin, mebdîi iade etmeyip noksan olan kısmının bedelini alması durumunda satıcı -mebdîin kendi mülkiyetinden çıkmasına, satım bedelinin tamamı karşılığında razı olmuş olduğundan- bundan zarar görür. Mebdîin -noksan olan kısmın bedeli alınmaksızın- müşterinin yanında kalması durumunda ise müşteri zarar görür. Mebdîin olduğu gibi iade edilmesiyle satıcı için bir zarar söz konusu olmadan müşterinin zararı giderilmiş olur. [2] Mücerret akitte satım bedeli, malın vasıflarının karşılığı değildir. Çünkü bir akitte satım bedeli üç şeye karşılık olabilir: Satım bedeli; [a] hem vasfın hem aslın karşılığı olabilir. Bu durumda asıl ile tâbi, birbirine eşit tutulmuş olur. [b] Sadece vasfın mukabili olabilir. Bu durumda tâbi, asıla tercih edilmiş olur. [c] Vasfın değil, aslın karşılığı olur ki amaçlanan budur. Ancak vasıf, satın alınan -hakikaten veya hükmen- amacı ise durum değildir. Nitekim müellif [metindeki] şu ifadesiyle buna işaret etmiştir: “Hakikaten veya hükmen amaçlanması durumunda vasıf, satım bedelinin mukabili olur. Vasfın hakikaten amaçlanmasının örneği, satıcının satmış olduğu kölenin elini teslimden önce kesmesidir. Kölenin eli kesildiğinde amaçlanan vasıf [köleden faydalanma] yok olmuş olduğundan bu durumda satım bedelinin yarısı düşer. Çünkü bu amaçlanmış bir vasıftır. Vasfın hükmen amaçlanmış olmasının örneği ise satıcının veya şer‘in bir hakkının ilişmesi sebebiyle malın iade edilmesinin imkânsız olmasıdır. Malın müşterinin yanındayken ayıplı hâle gelmesi, satıcının hakkının ilişmesine, satın alınan kumaştan elbise dikilmesi de şer‘in hakkının ilişmesine örnektir.

[فاضل أمير] نقول: لا بد من اعتبار أن رب العبد ورب الأمة أمرًا بالشري مطلقًا أو بالشري لمن اشترى ولم يقولوا «اشتر لي» أو من اعتبار أنه أمر بشري عبد فلان من غير أن يعين العبد وكذا بشري أمة فلان من غير أن يعينها على ما أفصح عنه ترك الإشارة إلى الأمة في الأولى وإلى العبد في الثانية حيث لم يقل أمة فلان هذه وعبد فلان هذا لثلا يرد عليه قولهم ولو وكله بشري شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه.

٣٤. عدم حصة الوصف من الثمن

[التسهيل] ولو وجد عيبًا في المبيع أخذ بكل الثمن أو ردّ لأنه لو أمسكته وأخذ النقصان لتضرّر به البائع لأنه لم يرض بزوال المبيع عن ملكه إلا بكلّ الثمن، ولو أمسكته ولا يأخذ النقصان لتضرّر به المشتري وبالردّ يندفع ضرره بلا تضرر البائع، ولأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لمجرد العقد إذ الثمن لا يخلو إما أن يقابل بالوصف والأصل وفيه تسوية بين التبّع والأصل أو بالوصف فقط وفيه ترجيح التبّع على الأصل أو بالأصل دون الوصف وهو المرام إلا إذا صارت مقصودةً بالتناول حقيقةً أو حكمًا وإليه أشار بقوله ولأنه إنما يقابل الوصف بالثمن إذا قصد بالتناول حقيقةً كقطع البائع يد المبيع قبل قبضه فإنه يسقط به نصف الثمن لأنه صار مقصوداً بالتناول أو حكمًا كامتناع الردّ لحق البائع بالتعيب عند المشتري أو لحق الشرع كما بالخياطة.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Burada söylenenler, bu faslın devamında 'çeşitli meseleler' başlığı altında söylenenlerle çelişmektedir. Zira orada "Ayıplı malın kabzdan sonra iade edilmeyip elde tutulmasıyla vasıf, kabz anında, satım bedelinden pay alır." denilmektedir. Çelişki şudur: Orada zikredilene göre mebûin kabzedilmesi satım bedelinden vasa bir pay düşmesini gerektirirken burada zikredilen bunun tam aksidir. Dolayısıyla bu iki mesele arasında bir çelişki vardır. Aynı şekilde şufa bölümünün tekmile kısmında "Aybın semende bir paya tekabül etmesi kabzdan sonradır." şeklindeki ifade de burada zikredilene aykırıdır. Aykırılık yönü az öncekiyle aynıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Burada Şeyh'in iddia ettiği gibi bir aykırılık yoktur. *et-Tebyîn*¹ ve diğer kitapların ifadelerinden anlaşıldığına göre bu konuda mezhebin yerleşik görüşü şudur: Müşteri malın sağlamlık vasfını hak etmektedir. Bu bakımdan müşteri malı bir vasfı eksik olarak kabzettiğinde bu vasfın satım bedelinde bir payı olur ve semenden payı olan bu vasfın müşterinin satım bedelinin bir kısmını geri almak üzere satıcıya rücû etmesini gerektirir. Fakat âlimlerimiz iade mümkün olduğu müddetçe semenin eksik vasa tekabül eden kısmı için rücûu gerekli görmemiş, aksine taraflar arasında adaleti sağlamak için mebûin iade edilmesi gerektiğini söylemişlerdir. Ancak mebûin iadesi -satıcının hakkı sebebiyle veya şer'in hakkı sebebiyle- mümkün olamıyorsa bu durumda mukteza ile amel etmişler ve eksik olan vasfın satım bedelindeki payını almak üzere müşterinin satıcıya rücû etmesini gerekli görmüşlerdir. Bu faslın devamındaki 'çeşitli meseleler' kısmının sonunda ve şufa bölümünün tekmile kısmında söylenenler "Vasfın semende payının bulunması, mebû kabzedildiğinde vasfın bulunmaması durumundadır. Fakat mebûi iade etme imkânı bulunduğundan vasfın eksikliği gerekçesiyle satım bedelinin bir kısmını almak için rücû edemez." noktası dikkate alınarak söylenmiştir. Burada söylenenler ise "Mebûin iade edilme imkânı olmadığı için vasfın yokluğu durumunda satım bedelinin bir kısmını almak için rücû edebilir." noktasına binaen söylenmiştir. Metinde geçen 'satın alınan kumaşın dikilmesi gibi şer'in hakkı sebebiyle...' ifadesinin anlamı, âlimlerimizin söylediği şu husustur: "Müşteri elbiseyi diktikten sonra aybına muttali olduğunda bu ayıptan dolayı eksilen satım bedelini almak için rücû eder. Bu durumda satıcının [aybın yol açtığı eksilmeyi telafi etmek yerine] elbiseyi alma hakkı yoktur. Çünkü burada iadenin imkânsız olması şer'in hakkı sebebiyledir. Çünkü bu iade ribâ olur."

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 34-35.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يخالف ما سيجيء في آخر متفرقة هذا الفصل حيث قال: أخذ الوصف بالإمساك قسطاً من الثمن عند القبض. ووجه المخالفة أن ما ذكر ثمة يقتضي أن يكون له حصة من الثمن عند قبض المبيع بخلاف ما ذكر هنا فيبينهما منافاةً. وكذا يخالف ما ذكر في تكملة الشفعة: من أن العيب إنما يأخذ حظاً من الثمن بعد القبض إلخ ه ووجه المخالفة ما مر.

[فاضل أمير] نقول: لا مخالفة على الوجه المذكور لأن المذهب على ما فهم من التبيين وغيره أن المشتري يستحق وصف السلامة فإذا قبضه وفات وصف يكون له حصة من الثمن ويقتضي أن يرجع على البائع ببعض الثمن لكن لم يوجبوا الرجوع بالبعض ما أمكن رد المبيع بل قالوا برد المبيع ١٠ تعادلاً بين الطرفين، وأما إذا لم يمكن رده لحق البائع أو لحق الشرع فعملوا بالمقتضى وأوجبوا الرجوع بنقصان الوصف الفات فكان ما في آخر متفرقة الفصل وما في تكملة الشفعة ناظرًا إلى أن الوصف إذا قبض المبيع يكون له حصة من الثمن إن فات ولكن لا يرجع ببعض الثمن لإمكان رد المبيع وما ذكر هنا كان بناء على أنه يرجع ببعض الثمن لفوات الوصف لعدم إمكان ١٥ الرد ومعنى قوله أو لحق الشرع كما بالخياطة ما قالوه من أن المشتري لو اطلع على عيب الثوب بعد أن خاطه رجع بنقصان العيب ولم يكن للبائع أخذه لأن امتناع الرد لحق الشرع لكونه ربا.

35. Gizli Aybın Tespiti

[**Teshîl**] Gizli ayıp, adil bir erkeğin şahitliğiyle bilinir. Bir görüşe göre erkeğin muttali olabileceği bir ayıp, uzmanlığı bulunan iki adil erkek tarafından tespit edilir. Erkeğin muttali olamayacağı -hamilelik ve kadının cinsel organındaki bir hastalık gibi- ayıplar adil bir kadının şahitliğiyle bilinir. Hayız görmemek gibi, başkasının muttali olamayacağı ve sadece kişinin kendisinin haber vermesiyle bilinebilecek bir ayıp, ancak [satın alınan] câriyenin kendi sözüyle bilinir. Cârîye aybın bulunduğunu kabul etmediğinde, husûmetin yokluğu sebebiyle satıcının yemin etmesi istenmez. *Zâhiru'r-rivâye*'ye göre câriyenin sözüne itibar edilmez ve hastalık konusunda doktora; hamilelik konusunda ise kadınlara başvurulur.¹

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Fukaha, câriyenin hayız görmediğini bilmemin onun söylemesinden başka bir yolu olmadığını söylemişlerdir. Cârîyenin sözüne itibar edilmezse hayzın yokluğu nasıl bilinebilir? Bu itiraza “[Satın alınan câriyenin] hayız görmediğine ilişkin iddiası sadece bunun hastalık veya hamilelik sebebiyle olduğunu iddia etmesi durumunda dinlenir. Bu iki durum da doktora ve kadınlara başvurularak bilinebilir.” denilerek cevap verilmiş olmaz. Çünkü fukahanın “Hayzın olmadığını bilmek için câriyenin sözüne başvurmadan başka yol yoktur.” sözleri bu cevabı reddetmektedir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Hamilelik veya hastalık bilindiğinde iade sebebi mevcut olmuş olacağından cârîye bu sebebe dayanılarak iade edilir. Artık hayız görmediğinin bilinmesine ihtiyaç kalmaz. Şeyh, cevap verenin maksadı üzerinde iyi düşünmemiştir.

36. Ayıp Sebebiyle Fesihte Mahkeme Kararı

[**Teshîl**] Erkeklerin şahitliğiyle sabit olan konularda aybın varlığı -yukarıda belirtilen yolla- kabzdan önce bilinirse akit mahkeme kararına ve karşılıklı rızaya gerek olmaksızın feshedilir. Fesih için kazaya ve rızaya gerek olmaması satım akdinin kabzdan önce zayıflığı sebebiyledir. Akit bu zayıflık sebebiyle kabzdan önce -müşteri için- tasarruf mülkiyeti ifade etmez. Aybın kabzdan sonra ortaya çıkması durumunda akit ancak mahkeme kararı veya karşılıklı rıza ile feshedilebilir. Cârîyenin veya hür kadınların sözleriyle sabit olan konularda ise gerek kabzdan önce gerekse kabzdan sonra husûmet ve istihlâf (yemin etmesini istemek) sahih olur.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 33-34.

٣٥. إثبات العيب الخفي

[التسهيل] عُرِفَ العيبُ الخفيُّ بَعْدَلٍ، وقيل: بعدلين من أهلِ الخِبرةِ لو
 مما يَطَّلَعُ عليه الرجلُ وإن لم يكن مما يَطَّلَعُ عليه الرجلُ فيُعرفُ بَعْدَلَةً
 كحَبَلٍ وعيوبِ فرجٍ، وإن لم يكن مما يُعرفُ بالغيرِ فيُعرفُ بقولِ الأمةِ كعدمِ
 الحيضِ. فلو نفتِ الأمةُ العيبَ فلا يمينَ على البائعِ لعدمِ الخصومةِ. ولا
 يُعتبرُ قولُ الأمةِ في ظاهرِ الروايةِ. فيُرجعُ في الداءِ إلى الطيبِ وفي الحَبَلِ
 إلى النساءِ،

[الشيخ بدر الدين] أقول: قالوا: لا طريقَ إلى معرفةِ عدمِ الحيضِ إلا قول
 الأمةِ فإذا لم يُعتبرِ قولُها فكيف يُعرفُ عدمُ الحيضِ؟ ولا يجابُ بأن دعوى
 عدمِ الحيضِ لا يُسمعُ إلا إذا ادعاه بَداءٍ أو حَبَلٍ وهما يعرفان بالطيبِ والنساءِ
 لأن قولهم لا طريقَ إلى معرفتهِ إلا قولها يأبى هذا الجوابُ.
 [فاضل أمير] نقول: إذا عرف الحبل أو الداء وُجد سبب الرد فترد به
 ولا يبقى الاحتياج إلى معرفة عدم الحيض فلم يدقق الشيخ النظر فيما أراد
 المجيب.

٣٦. القضاء بفسخ العقد بالعيب ١٥

[التسهيل] فإذا عُرِفَ العيبُ بما مرَّ فُسخَ بلا قضاءٍ ورضاءٍ فيما يثبت
 بالرجال قبل القبض لِضَعْفِ البعِ إذ لا يفيد ملكَ التصرفِ قبل القبضِ.
 ولا يُفسخُ بعد القبضِ إلا بقضاءٍ أو رضاءٍ وفيهما أي فيما ثبت بقول
 الأمةِ أو بقول النساءِ قبل القبضِ وبعده صحَّ الخصومةُ والاستحلافُ

Yani isterse kabzdan önce olsun satıcıya malın ayıplı olmadığına dair yemin ettirilir; bu durumda kadınların şahitliğinin zayıf olması sebebiyle onların sözlerine dayanılarak fesih yapılamaz. Muhammed'den gelen diğer bir rivâyete göre bu durumda kabzdan önce satıcının yeminine gerek olmadan akit fesh edilir. Çünkü kabzdan önce satım akdi zayıftır ve zayıf akdin zayıf bir hüccetle feshi sahih olur.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Erkeklerin muttali olacağı konularda mebiddeki ayıp adil bir erkeğin sözüyle sabit olduğunda bunun kabzdan sonraki hükmünün tıpkı kadınların muttali olacağı konularda mebiddeki aybın kabzdan sonraki hükmü gibi olması gerekir ve bununla fesih değil; husûmetin ve yemin talebinin sahih olması gerekir. Çünkü bir kişinin sözü kabzdan sonra fesih hakkında hüküm vermek için hüccet değildir; onunla kabzdan önce de fesh'e hüküm verilemez. Adil bir erkeğin sözüyle bilinen ile kadınların sözüyle bilinen arasındaki fark sadece kabz öncesi durumdadır. 'Ayba ilişkin husûmet, ancak aybın ortaya çıkması durumunda sahih olur.' şeklindeki ifade de buna delâlet etmektedir.

Aybın ortaya çıkması; [a] ya duvarın çatlaması, parmağın veya dişin fazla olması gibi ayan beyan olur; [b] ya iç hastalık gibi, adil bir doktorun sözüyle olur. Bu gibi durumlarda sayı -yani şahitliğin nısâbı olan iki erkek şahidin olması- ve şehadet lafzının zikredilmesi şart olmayıp adalet gereklidir. [c] Ya adil hür bir kadının sözüyle olabilir. Hamilelik ve kadının cinsel organındaki ayıp böyle bilinir. [d] Ya da -hırsızlık, kaçaklık, yatağı ıslatmak ve delilik gibi konularda- iki şahit getirmekle olur. Ayıp müşteri yanında meydana gelecek türden değilse, müşteri ayıp sabit olur olmaz malı iade edebilir. Ayıp müşteri yanında meydana gelecek türden ise bu durumda mal; ancak satıcının bu aybın kendi yanında iken de mevcut olduğunu ikrar etmesi hâlinde iade olunabilir. Satıcı kendi yanında iken böyle bir aybın bulunduğunu inkâr ederse, bu durumda -ayıp mesela delilik ise- satıcıya 'kölenin daha önce hiç delilik geçirmediğine' dair yemin ettirilir. Delilik dışındaki -hırsızlık, evden kaçma, yatağı ıslatma gibi ayıplar konusunda ise "Bu köle buluşa erdikten sonra çalmadı; evden kaçmadı; yatağını ıslatmadı." diye yemin ettirilir. Delilikle diğer kusurlar arasındaki fark şudur: Delilik hâli buluşdan önce ve sonra farklılık arz etmezken diğer kusurlar farklılık arz eder. Bu konu az yukarıda zikredilmişti. *Câmi'ül-Fusûleyn*'de şöyle yazmıştım: "Kadınların sözü erkeklerin muttali olamayacağı konularda hüccet olduğu için, bir rivâyette Ebû Yûsuf'a göre, mebî sırf bir kadının sözüyle iade edilebilir. Bazılarına göre ise erkeklerin muttali olabileceği konularda ayıp, bir adil erkeğin sözüyle bilinmişse, bir adil erkeğin sözüyle mebî iade olunabilir."

أي يحلف ولو قبل القبض أنه ليس به هذا العيب لا الفسخ لضعف قولهن وعن محمد ترد قبل القبض بلا يمين لما مر من ضعف البيع فيصح فسخ العقد الضعيف بالحجة الضعيفة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ما يطلع عليه الرجال إذا عرف بعدلٍ واحدٍ ينبغي أن يكون حكمه بعد القبض كحكم ما يُعرف بالنساء بعد القبض في أن تصح الخصومة والاستحلاف لا الفسخ لأن قول الواحد ليس بحجة للقضاء بالفسخ بعد القبض فلا يُقتضى به بالفسخ بعد القبض فلا فرق بين ما عُرف بعدلٍ واحدٍ وبين ما عُرف بالنساء إلا فيما قبل القبض، ويدل عليه ما ذكر أن الخصومة في العيب إنما تصح بظهوره

والظهور قد يكون عياناً كصدع الجدار والأصبع أو السن الزائدة وقد يكون بقول طبيبٍ عدلٍ كمرض باطنٍ ولا يشترط العدو ولفظة الشهادة ولا بد من العدالة، وقد يكون بقول حرة عدلة كالحبل وعيوب الفرج، وقد يكون بإقامة الشهود كالسرقة والإباق والبول في الفراش والجنون. فإن ثبت كونه في الحال رُد إن لم يحدث مثله وكذا فيما يحدث إن أقرَّ البائع بكونه عنده وإن أنكر خُلف في الجنون: أنه ما جُنَّ قط وفي غيره ما سرق وما أبق وما بال في الفراش مذ بَلَغَ إذ الجنون لا يختلف وغيره يختلف بالصغر والكبر كما مر. وكتبت في جامع الفصولين: وعن أبي يوسف أنه يرد بمجرد قولها لأن قولهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال وعند بعضهم يرد بقول الواحد العدل فيما يطلع عليه الرجال إذا عرف بعدلٍ واحد.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Kabzdan önce iki durum arasındaki fark şudur: Bir adil erkek şahidin sözüyle bilinen konularda, eğer bu şahitlik kabzdan önce ise müşterinin fesih hakkı vardır. Kadınlar tarafından bilinebilecek olan konularda ise kabzdan önce bile olsa sadece kadınların şahitliğine dayanılarak akit feshedilemez. Şeyh'in "Buna 'Ayba ilişkin husûmet, ancak aybın ortaya çıkması durumunda sahih olur.' şeklindeki ifade delâlet etmektedir." sözündeki delâlet, aybın ortaya çıkması noktasında adil bir doktorun sözüyle adil hür bir kadının sözünün eşit tutulmuş olmasıdır.

37. Mebîdeki Artışın Müşterinin Fiiliyle Helak Olması

[**Teshîl**] Mebîde meydana gelen -ayrı mütevellid ve bitişik gayr-i mütevellid- artışın helak olması, mebîin -önceki ayıp sebebiyle- iadesine engel olur. Mebîdeki bu artışın, kendi kendine yani semavi bir afetten dolayı helak olması durumunda iadenin önündeki engelin -ki bu engel, meydana gelen artış idi- ortadan kalkmasından dolayı- mebî iade edilebilir. Artışın taraflar dışında birinin müdahalesiyle helak olması durumunda ise mebî iade edilemez. Zira artışın üçüncü kişi tarafından tazmin ediliyor olması, bu helakin doğrudan müşteri tarafından gerçekleştirilmiş olması gibi olur. Çünkü bir şeyin bedelinin baki olması o şeyin aynının baki olması gibidir. Mebîdeki artışın, müşterinin fiiliyle helak olması durumunda ise satıcı muhayyer olur; dilerse mebîi kabul eder dilerse ayıptan kaynaklanan noksanlığı telafi eder.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bence bu hüküm tartışmaya açıktır. Zira müşteri, köle olan mebîi öldürdükten sonra aybına muttali olsa Ebû Hanîfe'ye göre satıcıya rücû edemez. Zira öldürme işi ancak mazmûn olarak gerçekleşir; [yani müşterinin köleyi öldürmesi onun tazmin sorumluluğunu üstlenmesi anlamına gelir.] Burada tazmin sorumluluğunun düşmesi, müşterinin kölenin maliki olması sebebiyledir. Müşteri bir bakıma -tazmin bedeli olan- ivazı kendisi almış gibi olur. Bundan dolayı tıpkı o köleyi yabancı birinin öldürmesi durumunda olduğu gibi noksanlığı almak üzere satıcıya rücû edemez. Bir rivâyette ise Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre rücû eder. Çünkü müşterinin onu öldürmesi, onun kendiliğinden ölmesi hükmündedir. Bu ise satıcının az önce zikredilen -mebîi kabul ile noksanlığı telafi arasındaki- muhayyerliğine aykırıdır.

[فاضل أمير] نقول: وجه الفرق بينهما قبل القبض هو أن فيما عرف
 برجل عدل له الفسخ إذا كان قبل القبض وفيما عرف بالنساء لا فسخ ولو
 قبل القبض، ووجه الدلالة فيما ذكر أنّ الخصومة في العيب إنما تصح
 بظهوره هو أنه سوى في الظهور بين ما كان بقول طيب عدل وبين ما كان
 ٥ بقول حرة عدل.

٣٧. هلاك الزائد بفعل المشتري

[التسهيل] فلو هلك زائدٌ مُنِعَ الرُّدُّ كمنفصلٍ تولَّدَ ومتصلٍ لم يتولد رُدُّ لو
 هلكت بنفسه أي بآفة سماوية لزوال المانع، ولا يُردُّ لو هلك بفعلٍ أجنبيٍّ لأن
 ضمانه كعينه فبقاء بدله كبقاء عينه وتخير البائع قبل المبيع أو جبر نقصان
 ١٠ عيبه لو هلك بفعل المشتري.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فيه نظرٌ لأن المشتري لو قتل المبيع ثم
 اطلع عيبه يمتنع الرجوع عند أبي حنيفة إذ القتل لا يوجد إلا مضموناً
 وإنما سقط هنا لأجل الملك فيكون كمستفيد عوضاً فلا يرجع كما إذا
 قتله الأجنبي وعندهما يرجع في رواية لأنه كموته وهذا يخالف ما ذكر
 ١٥ من خيار البائع.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Aybın meydana getirdiği noksanlığın bedelini almak için müşterinin satıcıya rücû etmesinin ancak malın iadesinin mümkün olmaması durumunda söz konusu olduğu dikkatli kimselerin gözünden kaçmaz. Mebûin iadesinin önünde bir engel olmamakla birlikte, müşterinin yanında mebûin başına bir iş gelirse -mesela müşteri kumaşı keserse- müşterinin kesimden sonra fark ettiği eski aybın yol açtığı noksanlığı almak üzere rücû hakkı vardır; malı iade hakkı yoktur. Fakat satıcı kumaşın kesilmesinden sonra mebûi o hâliyle geri almaya razı olursa buna bir engel yoktur. Metinde yer verilen “Mebûdeki artışın, müşterinin fiiliyle helak olması durumunda ise satıcı muhayyer olur; dilerse mebûi kabul eder dilerse ayıptan kaynaklanan noksanlığı telafi eder.” şeklindeki tasvir ise satıcının muhayyer olduğu durumlar kabilindedir.

Öte yandan Şeyh'in tartışmaya açık olduğunu iddia ettiği noktanın sahih bir gerekçesi yoktur. Çünkü metinde söz konusu edilen husus, bizzat mebûin helak olması değil, malın iade edilmesine engel olan artışın helak olmasıdır. Zira “Mebûdeki artışın, müşterinin fiiliyle helak olması durumunda satıcı muhayyer olur.” cümlesinde mebûin kendisinin helak olması kastediliyor olsaydı, devamında gelen “satıcı dilerse mebûi kabul eder.” cümlesi nasıl sahih olabilirdi?

38. Müşterinin Satım Bedelini Talep Hakkı

[Teshîl] Köle, satıcının yanındayken işlediği bir suç sebebiyle 'hadden' -yani had cezası olarak- müşterinin yanında öldürülse Ebû Hanîfe'ye göre müşteri -tıpkı kölenin istihkak edilmesi durumunda olduğu gibi- ödemiş olduğu satım bedelinin tamamını alır. Kölenin bir uzvu [mesela hırsızlıktan dolayı eli] satıcının yanında gerçekleşen bir sebepten dolayı müşterinin yanında kesilse Ebû Hanîfe'ye göre müşteri muhayyerdir: Dilerse köleyi iade edip satım bedelini alır, dilerse köleyi geri vermeyerek satım bedelinin yarısını alır. Çünkü satıcının yanındayken mevcut olan sebebe izafe edilen şey, satıcının yanında gerçekleşmiş gibidir. Her iki durumda da satıcı, adeta maktûl veya bir uzvu kesik köleyi satmış olmaktadır. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise müşteri sadece noksan olan kısmı almak için satıcıya rücû edebilir. Zira malın telef olması, müşterinin yanında meydana gelen bir ayıptır. Bunun hükmü de -tıpkı hamilelik ve hastalık durumunda olduğu gibi- noksan kısmı almak üzere satıcıya rücû etmektir. Nitekim câriye -satıcının yanındayken var olan- hamilelik veya hastalık sebebiyle ölürse, müşteri satım bedelinin tamamını almak için değil, sadece bunların yol açtığı noksanlığı almak üzere satıcıya rücû edebilir.

[فاضل أمير] نقول: لا يخفى على المتتبع أن الرجوع بالنقصان لا يكون إلا عند امتناع الرد وأما إذا لم يمتنع الرد ولكن عرض للمبيع عارض عند المشتري كقطع الثوب المشري له فله الرجوع بنقصان العيب القديم الذي اطلع عليه المشتري بعد القطع إلا أن يرضى البائع بأخذه كذلك ففي الصورة المأخوذة في المتن ما امتنع الرد بل زال مانع الرد بأن يهلك بفعل المشتري ٥ فكان المبيع قابلاً لأن يردّ على البائع وأن يأخذ منه ما يجبر به نقصان العيب إن شاء البائع فكانت مسألة المتن من قبيل ما تخيّر فيه البائع.

ثم ما أورده الشيخ من النظر هنا لا يظهر له وجه صحيح لأن ما في المتن هلاك الشيء الزائد المانع للرد لا هلاك المبيع إذ لو أريد بقوله لو هلك بفعل المشتري هلاك نفس المبيع كيف يصح أن يقال «قبل البائع المبيع».

٣٨. حق المشتري في طلب الثمن

[التسهيل] ولو قُتل عند المشتري بموجب البائع فله كل الثمن عند أبي حنيفة كاستحقاقه ولو قُطع بموجب ثبت عند البائع فالمشتري بالخيار عند أبي حنيفة ردّ العبد أو أخذ نصف ثمنه إذا المضأف إلى السبب الموجود عند البائع ١٥ كواقع لدى البائع فبان أنه باع مقتولاً وأقطع وقالوا يرجع بما نقص إذ التلف عيب حدث عند المشتري فحكمه الرجوع بالنقصان كما في حملٍ ومرضٍ فإنها لو ماتت بشيءٍ منهما وقد كان عند البائع يرجع بالنقصان لا بكل الثمن.

5 Ebû Hanîfe açısından bu konu hamilelik ve hastalıktan farklıdır. Şöyle ki hastalık ve hamilelik, bahsettiğimiz konunun aksine elden çıkmış olmayı gerektirmez. Bundan dolayı da ona kıyas olunmaz. Bunun kıyas edildiği örnek şudur: Gâsıbın yanındayken gerçekleşen bir sebebe binaen sahibinin yanında öldürülen kölenin kıymetinin tamamını gasbeden tazmin eder. Velhasıl bu, Ebû Hanîfe'ye göre istihkak; Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise ayıp konumundadır. Bundan dolayı da Ebû Hanîfe'ye göre satım akdi bozulur; Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise bozulmaz.

10 [Şeyh Bedreddin] Derim ki: "Ebû Hanîfe'ye göre; uzvun kesilmesi müşterinin yanında meydana gelen bir ayıp olmadığından, müşterinin mebî yanında tutup satım bedelinin yarısını alma hakkının olmaması gerekir, çünkü kusurlu mebîin hükmü iade etmek veya satım bedelinin tamamı mukabilinde almaktır." denilirse, buna şu şekilde cevap vermek mümkündür: Mebî iki ayrı şey gibidir. Çünkü her bir el, insanın yarısı gibi ve ellerin her biri, başlı başına bir şey olduğundan pazarlık (safka) kabzdan sonra bölünmüş olur ki bu da câizdir.

20 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in maksadı şudur: Sanki müşteri iki ayrı köle satın almış, teslimden sonra kölelerden birinin ayıplı olduğu ortaya çıkmıştır. Bu durumda müşterinin ayıplı olan köleyi iade edip sağlam olanı elde tutma hakkı vardır.

39. Kölenin Aybının Azattan Sonra Ortaya Çıkması

25 [Teshîl] Köle olan mebîin aybının, ölümünden veya azat edilmesinden veya müdebbir ya da ümmüveled kılınmasından sonra ortaya çıkması durumunda müşteri satıcıya rücû edebilir. Rücû hakkının doğması, iadenin -müşterinin tazmin sorumluluğu kendisine ait olan bir fiilinden kaynaklanmaksızın- imkânsız hâle gelmesinden dolayıdır. Bu konudaki genel ilke şudur: Mebîin iadesi -başkasının mülkü üzerinde müşterinin tazmin sorumluluğu kendine ait bir fiilinden dolayı [yani hasar sorumluluğunu kendine ait kılan öldürme veya temlik gibi bir fiilinden dolayı] imkânsız hâle gelirse bu durumda müşteri rücû edemez. Zira müşteri bu durumda mebîi manen elinde tutmuş gibidir. Rücû etmenin şartı ise mebîi elde tutmamaktır. Mebîin iadesi, kendisinden kaynaklanmayan bir fiilden dolayı veya kendisinin mazmûnu olmayan bir fiilinden dolayı imkânsız hâle gelmişse rücû eder. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise birinci aslın tafsile ihtiyacı vardır, yani ayrıntıları arasında bazı farklar vardır.

35 Şöyle ki mazmûn olan fiil -giymek ve yemek gibi- satın almanın amacı olan bir fiil ise bu fiil rücûa mâni değildir. Şâfiî'ye göre aybın azattan sonra ortaya çıkması durumunda rücû câiz değildir.

والفرق من جهة أبي حنيفة أن كلاً من الحمل والمرض لم يوجب الفوات ضد ما نحن بصدده فلا يقاس عليه بل مقيسه قنُّ قتل عند صاحبه بسبب عند غاصبه فإنه يضمن كلَّ قيمته. والحاصل: أن هذا بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما فينقض البيع عنده لا عندهما.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل لما لم يكن القطع عند أبي حنيفة عيباً حادثاً عند المشتري ينبغي أن لا يكون له الإمساك وأخذ النصف لأن حكم المعيب الردُّ أو الأخذ بكل الثمن؟ يمكن أن يجاب: بأنه كشيئان إذ كلُّ يدٍ نصفٌ آدميٌّ وكل من اليدين شيء برأسه فتفرق الصفقة بعد القبض وهو جائز.

١٠ [فاضل أمير] نقول: يريد أنه كان كعبدین مبيعين قُبضاً ثم ظهر أحدهما معيياً فله رد المعيب وإمساك السالم.

٣٩. ظهور عيب العبد بعد العتق

[التسهيل] ولو ظهر عيبه بعد موتٍ أو عتقٍ أو تدييرٍ أو استيلاذٍ رجع لتعدُّر الردِّ لا بفعلٍ مضمونٍ منه والأصل: أن الرد إذا امتنع بفعل مضمونٍ من المشتري في ملك الغير لا يرجع لأنه ممسكٌ للمبيع معنًى وشرط الرجوع أن لا يمسكه، وإذا امتنع لا بفعلٍ منه أو بفعلٍ غير مضمونٍ منه يرجع وعند أبي يوسف ومحمد تفصيلاً في الأصل الأول لأن الفعل المضمون لو كان مما يُقصد بالشراء كلبسٍ وأكلٍ لا يمنع الرجوع. وعند الشافعي لا يجوز الرجوع في العتق.

Ebû Hanîfe'ye göre aybın kitabet ve mal karşılığında azattan sonra ortaya çıkması durumunda rücû mümkün değildir. Zira bedelin elde tutulması mübdelin [yani bedelin tekabül ettiği şeyin] elde tutulması gibidir. Ebû Yûsuf'un görüşü bundan farklıdır. Zira bedel malike ait olduğundan hakiki manada bedel söz konusu değildir. Ebû Hanîfe'den de bu yönde bir rivâyet vardır.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Azat etme işini [müşteri] mala ta'lîk etmemişse [yani "Şu kadar mal getirdiğin takdirde hürsün." dememişse] Ebû Hanîfe'nin, kölenin mal karşılığında azat edilmesi hususundaki delili tam olmaz. Çünkü azadın mala ta'lîk edilmemesi hâlinde köle derhal azat olur ve borçlu olarak hür olmuş olur; kazancı da efendisine değil kendisine ait olur. Ancak elindeki bir mala karşılık olarak onu azat etmişse o zaman kazancı efendisine ait olur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Usûlde yerleşik anlayışa göre illetin yokluğu, ma'lûlün yokluğunu gerektirmez. Çünkü hükmün başka bir illetle sabit olması mümkündür. *et-Tabkik*'in kıyas bahsinde bu şekildedir. Sözü edilen örnekte rücû hükmü başka bir illetle sabit olmaktadır ve o illet de şudur: *et-Tebyîn* ve *el-Kâfi*'de geçtiği üzere müşterinin yaptığı azadın geçerli olması köleye malik olması sebebiyledir; iadenin -mazmûn bir fiil kaynaklı olarak- müşteri cihetinden imkânsızlığı, müşterinin rücû hakkını ortadan kaldırır.¹ Köle azadı ise -Allâme'nin *el-Îzâh*'ta belirttiği gibi- mazmûn bir fiil değildir.² Bu bakımdan Şeyh'in öne sürdüğü itiraz yersizdir.

40. Ayıp Sebebiyle İade İmkânını Ortadan Kaldıran Şeyler

[Teshîl] Ebû Hanîfe'ye göre kölenin kaçak olması durumunda rücû imkânsızdır. Çünkü rücû, iadenin halefi olup, iade imkânı varken rücû sabit olmaz. Ebû Yûsuf ise iadenin o anda imkânsız olması sebebiyle rücû hakkının sabit olduğunu öne sürer. Müşteri mebûi öldürdükten sonra aybı ortaya çıkarsa Ebû Hanîfe'ye göre rücû, bâtıl olur. Çünkü müşterinin tazmin borcu doğuran -yani hasar sorumluluğu kendisine ait olan- fiili sebebiyle iade imkânsız hâle gelmiştir. Tazmin sorumluluğunun düşmesi ivaz gibi, bedelin elde tutulması ise mübdelin elde tutulması gibidir. Bir rivâyette Ebû Yûsuf, bedelin sureten yokluğundan dolayı rücû hakkının bulunduğunu söyler. *el-Yenâbi*'de Muhammed'in Ebû Yûsuf ile aynı görüşte olduğu ifade edilmiştir.

1 Neseî, *el-Kaşı*, II, vr. 220b; Zeylâi, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 36-37.

2 İbn Kemâl, *el-Îzâh*, vr. 237b.

وهو يمتنع عند أبي حنيفة في كتابةٍ وعتقٍ على مالٍ إذ حبسُ البديل كحبس المبدلِ يخالفه أبو يوسف لأن البديل للمالك فلا بدل حقيقة وهو رواية عن أبي حنيفة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لا يتم دليله في العتق على مالٍ إذا لم يعلِّقه بالمال لعتقه في الحال فيكون حُرّاً مديوناً فكسبه له لا لمولاه إلا إذا حرره على مالٍ بيده فإنه لمولاه.

[فاضل أمير] نقول: قد تقرّر في الأصول أن عدم العلة لا يوجب عدم المعلول لجواز أن يثبت الحكم بعلة أخرى كذا في التحقيق في القياس ففي الصورة المذكورة يثبت حكم الرجوع بعلة أخرى وهي أن الإعتاق منه للملك كما في التبيين والكافي وأن امتناع الرد من جهة المشتري إذا كان بفعل مضمون يبطل حقه في الرجوع والعتق ليس بمضمون كما في الإيضاح للعلامة ولا ورود لما قاله الشيخ.

٤٠. ما يمنع الرد بالعيب

[التسهيل] وهو يمتنع عند أبي حنيفة في إباقٍ لأن الرجوع خلف عن الرد فلا يثبت بإمكان الرد يُثبته أبو يوسف لتعدُّر الردِّ في الحال ولو قتله ثم ظهر عيبه بطل الرجوع عند أبي حنيفة لامتناع الردِّ بفعلٍ مضمونٍ من المشتري فسقوط الضمان كعوضٍ وإمساكٍ البديل كإمساكٍ المبدلٍ ورجع عند أبي يوسف في روايةٍ لعدم البديل صورةً وفي الينابيع جعل محمد مع أبي يوسف

Ebû Hanîfe'ye göre elbisenin giymek sebebiyle yırtılması ve yemeğin yenmesi durumunda rücû, aynı gerekçeyle imkânsızdır. Derim ki: "Elbisenin yırtılması onu kesip biçmek gibi değil midir ki kesme durumunda rücû câiz oluyor da yırtılma durumunda olmuyor?" denilirse bu itiraza şu şekilde cevap verilebilir:

5 Kesmek, -yırtmaktan farklı olarak- ayn'ı baki kaldığı için kumaşın itlaf edilmesi değil, ayıplı hâle getirilmesidir. Yırtmak ise helak etmek ve telef etmektir. Çünkü yırtmaktan kasıt eskitmek ve yok etmektir. Rücû hakkı ise telefte değil, ayıplı hâle getirme durumunda mümkündür. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise müşteri, satın alma amacına uygun davranmış olacağı için satın

10 alıp yırttığı kumaşı artık iade edemez fakat -tıpkı kumaşın dikimi ve kölenin hürriyetine kavuşturulmasında olduğu gibi- ayıptan kaynaklanan noksanlığı almak için satıcıya rücû edebilir. Satın aldığı köleyi öldürmesi durumunda ise rücû edemez, çünkü öldürme satın alınanın amaçları içinde değildir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu durumda Ebû Yûsuf ve Muhammed'in buradaki görüşleri, satın alınan ayıplı malın satılması durumundaki görüşleriyle problem teşkil eder. Çünkü alınan malın satılması, satın alınanın amaçları arasında olmakla birlikte onlara göre rücûa manidir. Bu problemi gidermek için şöyle bir cevap verilebilir: Burada asıl maksat satmak değil, yararlanmaktır. Bundan dolayı iki mesele birbirinden farklıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Satın alınan şeylerde asıl amacın genel olarak 'yararlanma' olması müsellemler değildir. Rücûun imkânsızlığı konusunda her yerde uygulanabilen kural, Ebû Hanîfe'nin söylediğidir ki o da şudur: İadenin imkânsızlığı, müşterinin mazmûn bir fiilinden kaynaklanmıyorsa rücû hakkı ortadan kalkar.

41. Bir Kısmı Yenmiş Yiyekte Ayıp Sebebiyle İade ve Rücû Hakkı

[Teshîl] Mebîin bir kısmını yedikten sonra onda mevcut ayıp ortaya çıksa Ebû Hanîfe'ye göre müşterinin iade hakkı da rücû hakkı da bâtil olur. Çünkü esas olan mebîin tamamını geri vermektir ve o da müşterinin mazmûn fiilinden dolayı bâtil olmuştur. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise yukarıda belirtilen gerekçeden dolayı yiyecek maddesi olan mebîin tamamını yeme durumunda olduğu gibi bir kısmını yeme durumunda da müşteri rücû edebilir. Fetva da bu görüşle verilmektedir. Mebîin geri kalanını iade hususunda Ebû Yûsuf, hak kaybından dolayı satıcının muhayyer olduğunu söylemiştir. Çünkü müşterinin mebîi iade hakkı da malın bir kısmında değil, tamamında sabittir. Dolayısıyla malın bir kısmının iadesi satıcının rızasına bağlıdır. Muhammed ise mebîin geri kalanının [satıcının rızası aranmaksızın] mutlak olarak iade edilebileceği görüşündedir. Çünkü malın bölünmüş olması [satıcıya] zarar vermez. Bundan dolayı satıcı razı olsun veya olmasın müşteri mebîin geri kalanını iade edebilir.

وهو يمتنع عند أبي حنيفة في تمزُّق ثوبٍ بلبسٍ وأكلِ طعامٍ لما مر من فعله المضمون. أقول: فإن قيل أليس تمزُّق الثوبِ كقطعِه فلم جاز الرجوعُ ثمة لا هنا؟ يمكن أن يجاب: بأن القطع تعيبٌ لا إتلافٌ لبقاء العين بخلاف التمزق فإنه إهلاكٌ وإتلافٌ إذ المراد به البلاء والفناء ويصحُّ الرجوعُ في التعيبِ لا في الإتلافِ وقالوا صنع ما قصد بالشراء فتعذر ويرجع بنقصانه كما في الخياطة ٥ والتحرير ضد القتل فإنه لا يقصد بالشراء.

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا يُشكل مذهبهما بالبيع فإنه مما يقصد بالشراء أيضًا مع أنه يمنع الرجوعَ عندهما أيضًا ويمكن أن يجاب بأن المقصود الأصلي هو الانتفاع لا البيع فافترقا.

١٠ [فاضل أمير] نقول: كون المقصود الأصلي في الأشياء المشتراة على الإطلاق هو الانتفاع ليس بمسلم فالضابطة المطردة في امتناع الرجوع ما هي إلا ما قال به الإمام وهو أن امتناع الرد إذا كان بفعل مضمون من المشتري يبطل حقه في الرجوع.

٤١. حق الرجوع والرد في الطعام المأكول بعضه

١٥ [التسهيل] ولو أكل بعضه ثم ظهر عيبه فالردُّ والرجوعُ بطلا عند أبي حنيفة إذ الحقُّ ردُّ الكلِّ بطل بفعله المضمون وأمر أبو يوسف ومحمد بالرجوع فيما أكل لما مر لهما في الكل وبه يفتى ثم أبو يوسف يخيّر البائع فيما بقي لفوت الحق لأن استحقاق الردِّ ثابتٌ في الكل دون البعض فتوقف على رضاه أطلق محمد ردُّ الباقي إذ التبعض لا يضرُّ فيرده رضياً البائع أو لا.

Müşteri yiyecek maddesi olan mebîin bir kısmını satsa [daha sonra onda bir kusurun bulunduğu ortaya çıksa] bize göre satıcının muhayyerlik hakkı olmaksızın müşterinin malın geri kalan kısmını iade ve rüçü hakkı yoktur. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi müstehak olan, mebîin tamamının geri verilmesidir. Mebîin bir kısmının satılmasıyla bu hak ortadan kalkmıştır. Rüçü hakkına engel olan ise satım akdidir. Bu durumda malın geri kalanın iadesini câiz gören Züfer ise bunu mebîin tamamının iadesine kıyas etmiştir. Buna göre mebîin tamamı müşterinin yanında ise rüçü eder. Tamamı mülkiyetinden çıkmışsa rüçü edemez. Bir kısmı çıkıp da diğer kısmı kalmışsa mülkiyetinden çıkan değil de kalan kısımda rüçü edebilir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Yiyecek maddesi olan mebîin bir kısmının yenilmesi durumundaki görüşüne binaen Muhammed'in mebîin bir kısmının satılması durumunda da müşteri için geri kalanı iade etme hakkını tanıması gerekir. Çünkü mebîin bölünmesi [yarısının yenilmesi durumunda olduğu gibi yarısının satılması durumunda da] zarara yol açmaz.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Muhammed'e göre de yiyecek maddesi olan mebîin bir kısmını satan müşteri için kalan kısmı iade etme hakkı yoktur. Nitekim Şeyh'in kendisi de metinde "Müşteri yiyecek maddesi olan mebîin bir kısmını satsa bize göre satıcının muhayyerlik hakkı olmaksızın müşterinin malın geri kalan kısmını iade ve rüçü hakkı yoktur." diyerek bunu açıkça belirtmiştir. Bu husus *el-Bedâi'*de de tasrih edilmektedir.¹ Dolayısıyla Şeyh'in bu sözleri Muhammed'in dikkate aldığı ilkeye yönelik bir itiraz olmaktadır. Şeyh'in itirazına şu şekilde cevap vermek mümkündür: Mebîin kalanını iade etme hakkı ve helak olan kısımdaki noksanlığı telafi için rüçü etme hakkı konusunda salt mebîin bölünmesinin zarar vermemesi gerekçesi yeterli değildir. Buna ilaveten müşterinin satın alınan amaçları arasında yer alan bir fiilde bulunmuş olması da gerekir. Nitekim problemin ortaya konuluş biçimi de buna delâlet etmektedir. Şeyh'in kendisinin de ifade ettiği gibi malın satılması, satın alınan asıl amacı değildir. Dolayısıyla Şeyh'in Muhammed'in esas aldığı ilkeye yönelttiği itiraz yersizdir. Verdiğimiz bu cevap itiraz eden hasma karşı bir hüccet-i ilzamiyedir. Çünkü yerinde açıklandığı üzere hüccet-i ilzamiyyede gerekli olan şey, hüccetin -istidlal eden tarafından değil- hasım tarafından kabul ediliyor olmasıdır.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, V, 290.

ولو باع بعض الطعام منعنا الرد والرجوع فيما بقي بلا تخيير البائع لما مرّ من أن المستحق رد الكل وقد بطل ببيع البعض والبيع يمنع الرجوع وله عبرة الكل ولو كان الكل عنده لرجع ولو زال كله عن ملكه لم يرجع فإذا بقي البعض دون البعض يرجع في الباقي لا الزائل.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يلزم أن يكون له رد الباقي عند محمد على ما مرّ من مذهبه في أكل البعض إذ التبعض لا يضرّ.

[فاضل أمير] نقول: ليس للمشتري الذي باع بعض الطعام رد الباقي عند محمد أيضاً كما يفصح عنه قوله «منعنا» وقد صرح به في البدائع فكان هذا القول منه اعتراضاً على أصل محمد ويمكن أن يجاب عنه بأنه لا يكفي في رد الباقي والرجوع بالنقصان في البعض الهالك مجرد كون التبعض غير مضرّ بل لا بد معه أن يفعل المشتري ما قصد بالشري كما دل عليه وضع المسألة والبيع ليس بمقصود أصلي من الشري على ما قال به نفسه فلا يلزم ما أورده على أصل محمد ويكون هذا الجواب حجة إلزامية على الخصم المعترض لأن اللازم فيها أن تكون مسلمة عند الخصم لا عند المستدل كما تقرر في محله. ١٥

42. Satın Alınan Maldaki Bozukluğun Akde Zarar Vermeyecek Oranı

[**Teshîl**] Satın alınan malın bozuk kısmı -yüzde ikilik bir oran gibi- az ise bu durumda satım akdi sahihtir. Yüzde iki oranındaki bozukluğa göz yumulmaması, ceviz alım satımını imkânsız hâle getirebilir. Çünkü ceviz vb. şeylerin [bu kadarlık bir kısmının] içinin çürük çıkması her zaman mümkündür.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Âlimlerimizin oran belirlerken kullandıkları yüzde iki ifadesi yüzde üçün çok olduğuna delâlet eder ki bu uzak bir ihtimaldir. En iyisi bu konuda örfе itibar etmektir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Sadruşşerîa[nın *Şerhu'l-Vikâye'si*] üzerine yazdığı *el-Hâşiyе*'de Mevlânâ Yakup Paşa, satın alınan cevizdeki bozukluğun azlık oranını ifade ederken şunları söyler: "Az, -yüzde bir veya iki gibi- cevizin normal olarak kendisinden hali kalamayacağı miktardır. *el-Hidâye* ve *el-Kâfi*'de de böyledir.¹ Bu ifadelerle, azın yüzde birlik veya yüzde ikilik bir orana hasredilmesi kastedilmemiştir ki, bundan yüzde üçlük bir oranın -esasında çok olmadığı hâlde- çok sayılması lazım gelsin. Nitekim *ez-Zehîre*'de yüzde üçün de az olduğu açıkça belirtilmektedir. Aksine bu ifadelerden maksat, burada çok ifadesinden 'yarıdan fazla'nın, az derken de 'yarıdan az'ın kastedilmediğini ve bu konuda örfе itibar edileceğini beyandır. Yüzde bir, yüzde iki şeklinde bir oranın zikredilmesi örneklendirme kabilindedir."² Bu açıklamalardan bu konuda dikkate alınan şeyin ne olduğu ve fukahânın 'yüzde iki' ifadesinin Şeyh'in öne sürdüğü gibi bir delâletinin olmadığı ortaya çıkmaktadır.

43. Adedî Şeyin Bozuk Olan Kısmının Çok Olması Durumu

[**Teshîl**] Mebûin bozuk olan kısmı çok olursa Ebû Hanîfe'ye göre satım akdi mebûin tamamı hakkında bâtil olur. Çünkü bu, kıymeti olanla olmayı aynı akitte bir araya getirmek olduğundan hür ve köleyi birlikte akde konu etmek gibidir. Ebû Yûsuf ve Muhammed ise satım akdini mebûin sağlam kısmı hakkında câiz görmüştür. Bu görüş, Ebû Hanîfe'den de rivâyet edilmiştir. Bu görüşün gerekçesi, satım bedelinin manen ayrılabilir olmasıdır. Zira ceviz gibi şeylerde satım bedelinin taksimi, kıymete göre değil, cüzlere göre olur. Ceviz gibi şeylerin taneyle satıldığı dikkate alındığında satım bedeli sanki her bir tane için ayrı ayrı belirtilmiş gibi olur.

1 el-Merginânî, *el-Hidâye*, Daru ihyâ't-turâsî'l-arabî, Beyrut ty, III, 39; Nesefî, *el-Kâfi*, II, vr. 222a.

2 Yakup Paşa, *Hâşiyе alâ Şerhi'l-Vikâye*, vr. 122b.

٤٢. مقدار ما لا يضر العقد من الفساد في المبيع

[التسهيل] صحَّ البيعُ لو قلَّ فاسدُه كاثنين في مائةٍ لثلاثا ينسد بيعه إذ لا يخلو الجوزُ ونحوُه عن الفاسد.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قولهم كاثنين في مائةٍ يدلُّ على أنَّ الثلاثة في المائة كثيرٌ وهذا بعيدٌ والأولى أن يعتبر العرفُ. ٥

[فاضل أمير] نقول: في الحاشية المعلقة على صدر الشريعة لمولانا يعقوب باشا: القليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة كذا في الهداية والكافي وليس المراد حصر القليل في الواحد والاثنين حتى يلزم كون الثلاثة في المائة كثيرًا مع أنه ليس كذلك لأنه صرح في الذخيرة بكون الثلاثة في المائة قليلة بل المراد بيان عدم كون المراد من الكثير ما زاد على النصف وبالقليل ما قل منه مطلقًا وأن المعبر هو العرف وذكرهما للتنظير انتهى. وبهذا ظهر ما هو المعبر في الباب ودل أن لا دلالة لقولهم «كاثنين في مائة» على ما ذكره الشيخ. ١٠

٤٣. كون بعض الفاسد في العدييات أكثر

[التسهيل] ولو كثر فاسدُه فالبيعُ بطلٌ في الكل عند أبي حنيفة لأنه جمع بين ما له قيمة وبين ما لا قيمة له فصار كجمع خبزٍ وقرنٍ في البيع. وجوزا البيع فيما صحَّ وهو رواية عن أبي حنيفة لتفصيل الثمن معنى لأن تقسيم الثمن على نحو الجوز يكون بالأجزاء لا بالقيمة ألا يرى أن الجوز ونحوه يُباع عدًا فكأن الثمن فُصِّل صريحًا. ١٥

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu gerekçelendirme, Ebû Hanîfe'nin değil, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in ilkesine uygundur. Çünkü satım bedeli, ayrı ayrı belirtilmiş olsa bile pazarlığın tek olması durumunda Ebû Hanîfe'ye göre akit sahih olmaz. Çünkü bu durumda mebî olmayan şeyin kabulü, mebî olmaya elverişli olan şeyin kabulü için şart koşulmuş olmaktadır. Tıpkı satım akdinde satım bedeli ayrı ayrı belirlenmiş olan hür ve kölenin beraber satılmasında [akdin her ikisi hakkında bâtil olmasında] olduğu gibi. Allah bilir, belki de bu konuda Ebû Hanîfe'den iki rivâyet vardır. Öyleyse bu rivâyet, kendisinden aynı zamanda hür ve köleyi birlikte satmak meselesi için de yapılmış bir rivâyet olur. Bir görüşe göre Ebû Yûsuf ve Muhammed de -hür ve kölenin birlikte satımında olduğu gibi- satım bedelinin tafsil edilememesinden dolayı Ebû Hanîfe'ye muvafakat etmişlerdir. Derim ki: Anlaşıldığı kadarıyla Ebû Yûsuf ve Muhammed'in Ebû Hanîfe'ye muhalefetleri ceviz vb. şeylerde; karpuz vb. şeylerde değildir. Bunun delili, [yukarıda geçen] "... satım bedelinin ceviz gibi şeylerde taksimi, kıymete göre değil, cüzlere göre olur." ifadesidir. Çünkü satım bedelinin cüzlere göre tafsil ve taksimi karpuz gibi şeylerde sahih değildir. Karpuz gibi şeylerde bozuk olan kısım çok olursa -satım bedelinin gerek sarahaten gerekse manen tafsil edilememesinden dolayı- satım akdinin mebiin tamamı hakkında ittifakla bâtil olması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Zeylaî der ki: Mebîde ortaya çıkan bozukluk yüzde ikiden daha fazla ise akdin sıhhati konusunda ihtilaf edilmiştir. Bir rivâyete göre bu akit Ebû Hanîfe'ye göre bâtildir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise sağlam olanların hissesi oranında sahihtir. Çünkü adedî olarak satılan cevizin satım bedeli, kıymetine göre değil, tıpkı veznî ve keylî mallarda olduğu gibi, cüzlerine göre bölünebildiği için, bu işlem sağlam cevizle çürük cevizin satım bedelinin ayrı ayrı belirtilmesi mesabesindedir. Diğer bir rivâyette ise üç imama göre de akit, satım bedelleri tafsil edilmiş olmadıği için bâtildir. İmamların ilkeleri açısından ilk rivâyet daha sahihtir.¹ *el-Bedâi'*de denir ki: "Satın alınan cevizin bir kısmı sağlam bir kısmı çürük çıkarsa bakılır: Eğer bozuk kısım çoksa müşteri semenin tamamını almak için satıcıya rücû eder. Çünkü bozuk çıkan kısmın, esas itibarıyla mal olmadığı belli olduğu için akdin bozuk kısım hususunda bâtil olarak gerçekleştiği ortaya çıkmıştır. Bu kısım hususunda akit bâtil olunca kalanı hakkında da fâsit olur. Tıpkı hür ile köleyi aynı akitle satma durumunda olduğu gibi."²

1 Zeylaî, *Tebyinul-Hakâik*, IV, 37.

2 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, V, 284.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يتم على أصلهما لا على أصل أبي حنيفة لأن صريح التفصيل لا يفيد الصحة عنده عند اتحاد الصفقة لكون قبول غير المبيع شرطاً في قبول المبيع كما بُيِّنَ في حُرِّ وَقِنِ جُمعاً وفُضِّلَ ثمنها اللهم إلا أن يكون عن أبي حنيفة روايتان فحيثُذ ينبغي أن تكون هذه الرواية عنه في مسألة الجمع بين الحر والعبد أيضاً. وقيل: وافقاه لعدم تفصيل الثمن ٥ كما في حُرِّ وَقِنِ لم يُفْضَلْ ثمنها. أقول: الظاهر أن خلافهما لأبي حنيفة إنما يتأتى في نحو الجوز لا في نحو البطيخ بدليل قوله: لأنه بالأجزاء لا بالقيمة إذ تفصيل الثمن وتقسيمه بالأجزاء لا يصح في نحو البطيخ. فلو كثر فاسدٌ نحو البطيخ ينبغي أن يبطل البيع في الكل وفقاً لعدم تفصيل الثمن لا صريحاً ولا معنئى. ١٠

[فاضل أمير] نقول: قال الزيلعي وإن وجد البعض الفاسد كثيراً من ذلك اختلفوا فيه فقبل باطل عند أبي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لأنه بمنزلة ما لو فضّل ثمنه لأنه ينقسم ثمنه على أجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته وقيل العقد لا يجوز عند الكل لأنه لم يفصل الثمن والأول أصح لما عرف من قواعدهم انتهى. وقال في البدائع وإن وجد بعضه فاسداً دون ١٥ بعض ينظر إن كان الفاسد كثيراً يرجع على البائع بجميع الثمن؛ لأنه ظهر أن البيع في القدر الفاسد وقع باطلاً؛ لأنه تبين أنه ليس بمال، وإذا بطل في ذلك القدر يفسد في الباقي كما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة انتهى.

Bu iki nakilden anlaşılıyor ki, içi için satın alınan ve örfe göre çoğu yararlanılamayacak ölçüde bozuk çıkan mebî hakkında Ebû Hanîfe'den sahih olan rivâyet, akdin -tıpkı hür ile kölenin birlikte satılması durumunda olduğu gibi- mebîin tamamı hakkında bâtil olmasıdır. Şeyh'in Ebû Hanîfe'den naklettiği 'alım satımın -sağlam kısım hususunda- sahih olacağı' rivâyeti, nakil bakımından sahih bile olsa köle ile hür kimsenin birlikte satılmasının câizliği konusunda da Ebû Hanîfe'den bir rivâyet olduğuna istidlalde kullanılacak bir rivâyet değildir. İyi düşünölmeli!

Şeyh'in "Derim ki: Anlaşıldığı kadarıyla Ebû Yûsuf ve Muhammed'in Ebû Hanîfe'ye muhalefetleri ceviz vb. şeylerdedir; karpuz vb. şeylerde değildir. Bunun delili, "... satım bedelinin ceviz gibi şeylerde taksimi, kıymete göre değil, cüzlere göre olur." ifadesidir. Çünkü satım bedelinin cüzlere göre tafsil ve taksimi karpuz gibi şeylerde sahih değildir. Karpuz gibi şeylerde bozuk olan kısım çok olursa -satım bedelinin gerek sarıhen gerekse manen tafsil edilememesinden dolayı- satım akdinin mebîin tamamı hakkında ittifakla bâtil olması gerekir." şeklindeki değerlendirmesine gelince, onun bu tasarruf ve tafsili, zaten metinlerin genel ifadelerinden anlaşılana binaendir. Metinlerde söylenen şudur: Şu durumlarda 'mütekarib adedî' ile 'mütefavit adedî' arasında fark yoktur: Bir kısmının yararlanılamayacak biçimde bozuk çıkması durumunda eğer bozuk çıkan kısım -normal karşılanacak ölçüde- az ise akit mebîin tamamı hakkındaki sahihtir. Bozuk çıkan kısım çok ise Ebû Hanîfe'ye göre akit, tıpkı köle ve hürün beraber satılmasında olduğu gibi tamamı hakkında fâsit olur. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise akit sadece bozuk kısım hakkında fâsit olur. *el-Hâniyye*¹ ve *Müştemilü'l-Abkâm*'da Serahsî'nin *el-Muhîr*'inden ve diğer kitaplardan naklen zikredilen "Karpuz, nar ve kabak gibi mütefavit adedî mallar ceviz, badem gibi mütekarib adedî mallar gibi değildir. Aksine ceviz ve benzeri mütekarib adedî malların bir kısmının faydalanılamayacak derecede bozuk çıkması hâlinde tamamı iade edilirken, karpuz ve benzeri mütefavit malların bir kısmının faydalanılamayacak derecede bozuk çıkması hâlinde sadece bozuk olanlar iade edilir. Bir karpuzun başka bir karpuzla birlikte satılması, kölenin hür ile birlikte satılması gibi değildir." ifadesine göre Şeyh'in değerlendirmesi yersiz olmaktadır. Şeyh'in bu değerlendirmesi onun yeterince araştırma yapmamasından kaynaklanmıştır. Ayrıca Şeyh "Satım bedelinin tafsili ve cüzlere taksimi karpuz gibi şeylerde sahih değildir." ifadesiyle karpuzun mütefavit adedî olup, kıymet olacağını ve semenin bunun cüzlerine taksim edilemeyeceğini kastetmektedir.

1 Kâdihân, *el-Fetâvâ*, II, 87.

فظهر من هذين أن الرواية الصحيحة عن الإمام في المبيع الذي يتناع لبّته إذا ظهر بعضه الذي يعدّ في العرف كثيرًا فاسدًا لا ينتفع به أن يكون البيع باطلًا في الكل بعين ما قال به في العبد مع الحر فما نقله الشيخ من رواية صحة البيع في صحيحه عن الإمام وإن ثبت نقله ليس برواية مأخوذة يصح بها الاستدلال على رواية منه في جواز الجمع بين الحر والعبد، فليتذكر. ٥

قوله «أقول: الظاهر أن خلافهما لأبي حنيفة إنما يتأتى في نحو الجوز لا في نحو البطيخ بدليل قوله: لأنه بالأجزاء لا بالقيمة إذ تفصيل الثمن وتقسيمه بالأجزاء لا يصح في نحو البطيخ. فلو كثر فاسدٌ نحو البطيخ ينبغي أن يبطل البيع في الكل وفاقًا لعدم تفصيل الثمن لا صريحًا ولا معنى» نقول: هذا التصرف والتفصيل منه مبني على ما يفهم من ظاهر إطلاقات المتون من أنه لا فرق بين ١٠

العددي المتقارب والمتفاوت في أن بعضًا منهما إذا خرج فاسدًا لا ينتفع به إن كان قليلا بحيث لا يخلو عنه في العادة يصح البيع في الكل وإن كثيرا يفسد في الكل عند أبي حنيفة وكان كالجمع بين الحر والعبد وفي الفاسد فقط عندهما وأما على ما في الخانية ومشمتمل الأحكام نقلًا من المحيط السرخسي وغيرها من أن العددي المتفاوت كالبطيخ والرمان والدباء ليس كالجوز واللوز وغيرهما ١٥

من العددي المتقارب بل في الجوز وأمثاله من المتقارب إذا وجد بعضه فاسدًا لا ينتفع به يرد الكل وفي البطيخ وأمثاله من المتفاوت إذا وجد البعض كذلك يرد الفاسد فقط وليس الجمع بين بطيخ وبطيخ كالجمع بين عبد وحر فلا ورود لما أورده الشيخ ويكون هذا القول منه ناشئًا من قلة التبعية ثم ما ذكره من قوله «وتقسيمه بالأجزاء لا يصح في نحو البطيخ» يريد به أنه عددي متفاوت فيكون ٢٠

قيميًا لا يقسم الثمن على أجزائه.

44. Cinsel İlişkiden Sonra Cârîyede Eski Bir Aybın Çıkması

[**Teshîl**] Satın alıp cinsel ilişkiye girdiği dul cârîyede eski bir aybın olduğunu fark eden kimse bize göre onu ayıp nedeniyle iade edemez. Çünkü akit [cinsel ilişki üzerine] yapılmış olmadığı için cârîyeyi ukr¹ vererek iade etmesi mümkün değildir; ukr vermeksizin de iade edemez; çünkü bu takdirde de ribâ söz konusu olur.”

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu delil, cinsel ilişkinin iadeyi engellemesinin şer'in hakkından kaynaklandığına delâlet eder. Dolayısıyla satıcı razı olsa bile iadenin mümkün olmaması gerekir. Sonuç olarak cârîye, zikri geçen gerekçeden dolayı, iade edilemez. Ancak *Câmi'ul-Fusûleyn*'in yirmi beşinci faslında yazdıklarım buna aykırıdır. Orada “Bir kimse, satın aldığı cârîyeyle cinsel ilişkiye girse veya onu şehvetle öpse daha sonra onda bir ayıp görse onu iade edemez. Fakat ayıptan kaynaklanan eksikliği almak üzere satıcıya rücû eder. Ancak satıcı cârîyenin iadesine rıza gösterirse bu başka.” demiştim. Derim ki: Bu meselede iki rivâyetin bulunması ihtimali vardır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Mevlâ Ayasuluğî, *el-Mecma'* şerhinde² bu delili beğenmemiş ve satıcının razı olması durumunda bu meselede cârîyenin iadesini kesin olarak mümkün görmüştür. *el-Hulâsa*'da da aynı görüş vardır. Zeylâî der ki: “Ayrı artışın ikinci türü -kesb gibi- asıldan doğmayan artışlardır. Bu türden olan artışlar malın ayıp sebebiyle iadesine ve feshine engel değildir. Akit feshedildiğinde artış müşteriye meccânen teslim edilmiş olur. Çünkü kesp, menfaatlardan doğan bir şey olduğundan ve menfaat de malın bir cüz'ü olmadığından, kesp hiçbir şekilde mebî değildir. Menfaatin müşteri için meccânen husule gelmesi, ribâ olmasını gerektirmez. Çünkü menfaat, mebîin bir parçası değildir ve ona bir semen/bedel karşılığında da malik olunmamıştır. Aksine ona tazmin sorumluluğunu üstlenerek malik olunmuştur. Bu tür durumlarda yani tazmin sorumluluğunun üstlenildiği durumlarda kâr helaldir. Nitekim Hz. Peygamber, ‘Gelir risk karşılığındadır.’ diye hükmetmiştir.”³ Buradan anlaşılıyor ki, yukarıdaki meselede mezhebin görüşü, *Câmi'ul-Fusûleyn*'de zikredilendir. Şeyh'in *et-Teshîl*'de zikrettiği delile ve o delilden anladığına itibar edilmez.

1 Şüpheli cinsel ilişkinin mehir benzeri bedeli.

2 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr. 131a-b. Ayrıca bk. Efşencî, *Hakâiku'l-Manzûme*, vr. 189a-b.

3 Zeylâî, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 35.

٤٤. حدوث عيب قديم في الأمة المشترية بعد الوطاء

[التسهيل] نمنع الردَّ بوطء الثيب لتعذر الردِّ بعقْرِ إذ العقدُ لم يردِّ عليه ولا بدونه للربا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: دلَّ هذا الدليلُ على أن امتناع الردِّ بالوطء لحق الشرع فينبغي أن لا يجوزَ الردُّ وإن رضي البائعُ فلا يردُّ لما مرَّ وينافيه ما كتبتُ في الفصل الخامس والعشرين من جامع الفصولين: من أنه لو اشترى أمةً فوطئها أو قبَّلها بشهوةٍ ثم وجدَ بها عيباً لا يردُّها ولكنه يرجع بنقصانِ العيبِ إلا إذا رضي البائعُ أن يأخذها. أقول: يحتمل أن تكونَ في المسألة روايتان.

[فاضل أمير] نقول: لم يرتض المولى الأياثلوغي في شرح المجمع بهذا الدليل وجزم بجواز الرد في هذه الصورة إن رضي البائع بأخذه كذلك كما في الخلاصة وقال الزيلعي والنوع الثاني من الزيادة المنفصلة غير متولدة من الأصل كالكسب فإنه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فإذا فسخ يسلم للمشتري مجاناً؛ لأنه ليس بمبيعٍ بحال ما؛ لأنه متولد من المنافع والمنافع ليست بجزء للعين، ولا يلزم من حصولها للمشتري أن يكون مجاناً لأنه ليس بجزء للمبيع فلم يملكه بالثمن، وإنما ملكه بالضمان وبمثله يطيب الربح لما روي أنه ﷺ قضى أن الخراج بالضمان انتهى، فظهر من هذا أن المذهب ما ذكر في جامع الفصولين ولا اعتبار بهذا الدليل ولا بما فهم منه

Mevlâ Ayasuluğî zikri geçen “Akit ukr mukabilinde yapılmış olmadığı için cârîyeyi ukr vererek iade etmesi mümkün değildir; ukr vermeksizin de iade edemez; çünkü bu takdirde de ribâ söz konusu olur.” şeklindeki delili tezyif sadedinde menfaatin müşteriye meccânen teslim edilmesi hususunun tartışmaya açık olduğunu, çünkü menfaatten elde edilen ayrı artışı, daha önce ifade edildiği gibi, malın iade edilmesine engel olmadığını söyler. Bu durumda -dul/seyyip cârîye ile ilişkinin onun önceki aybı sebebiyle iadesine engel olduğu- iddiasının isbatı için Şeyh’in “Bir kimsenin kendi mülkiyetinde olmayan biriyle cinsel ilişkide bulunması onda bir ayıp meydana getirmek olur.” diyerek zikrettiği ikinci delile başvurmamız gerekir. Aslında bu gerekçe Hanefî imamların prensiplerine daha uygundur. Bu prensip şudur: “Müşterinin yanında bir ayıp ortaya çıksa veya kendisi bir ayıp meydana getirirse daha sonra önceki bir ayba muttali olsa aybın yol açtığı eksikliği satıcıdan alır, satıcının rızası olmadan malı geri veremez. Burada açıklanması gereken bir husus daha kaldı ki o da *el-Bedâi*’de, seyyiple cinsel ilişkide bulunmanın onun iade edilmesine engel olmasına dair delil zikredilirken söylenen şu sözlerdir: “Bizim bu konuda gerekçemiz şudur: Kadının cinsel organının menfaatleri, cüzler ve a’yan hükmündedir. Bunun delili, bu menfaatlerin aynî olarak tazmine konu olmasıdır. Hâlbuki ayn olmayan bir şey, aynî olarak tazmin edilmez ve aslanan budur. Zira menfaatlerin ayn olarak tazmin edilmeyeceğine dair delil vardır ve aslanan budur. Dolayısıyla cinsel organın menfaatlerinden yararlanılmış olması, cüz ve aynın tüketilmesi hükmünde olur ve iadenin şartı ortadan kalkmış olur. Tıpkı kadının bir uzvunun kesilmesi durumunda ve bakire cârîye ile ilişki kurulması durumunda olduğu gibi, iade mümkün olmaz.”¹ *et-Tebyîn*’de söylenen “Kesp, menfaatlerden doğan bir şey olduğundan ve menfaat de aynın bir cüz’ü olmadığından hiçbir şekilde mebî değildir.”² ifadesi, anlaşılacağı üzere *el-Bedâi*’de söylenenlerle uyuşmaz. Belki şu söylenebilir: “Cinsel organın menfaatlerinin iki boyutu vardır. Birincisi bu menfaatlerin gerçekten, ayn olmadığı gibi aynın bir cüz’ü de olmamasıdır. Diğer boyut ise bunların hükmen, ayn veya aynın bir cüz’ü olmasıdır. Bizim meseleimizde yani satın alınan cârîye ile cinsel ilişkiye girilmesinden sonra onda eski bir aybın ortaya çıkması durumunda iadenin mümkün olup olmadığı meselesinde iki ihtimal vardır. Birincisi, satıcının rızası olmadan iade etmek; ikincisi de satıcının rızasıyla iade etmektir.

1 Kâsânî, *Bedâi’us-Sanâi*, V, 283.

2 Zeylaî, *Tebyînu’l-Hakâik*, IV, 35.

وقال المولى الأياثلوغي في تزييف الدليل المذكور يعنى قوله الرد مع العقر متعذر لعدم ورود العقد عليه وبدونه للربا إذ يسلم للمشتري بلا عوض، فيه بحث إذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المنافع لا تمنع الرد على ما مر انتهى. فلزم أن نرجع في إثبات المدعى وهو منع الرد لوطء الثيب إلى الدليل الثاني المذكور بقوله ولكون الوطاء عيباً في غير الملك ولا يخفى أن هذا ٥ أوفق بأصلهم الذي ذكروه من أنه إذا حدث عند المشتري عيب أو أحدثه واطلع على عيب قديم أخذ النقصان ولا يرده إلا برضى البائع. بقي هنا كلام وهو أن ما ذكره في البدائع في إيراد الدليل على منع وطاء الثيب الرد على البائع من قوله ولنا أن منافع البضع لها حكم الأجزاء والأعيان بدليل أنها مضمونة بالعين وغير العين لا يضمن بالعين وهو الأصل أو قام الدليل على أن ١٠ المنافع لا تضمن بالعين هو الأصل فكان استيفاؤها في حكم إتلاف الأجزاء والأعيان وانعدم شرط الرد فيمتنع الرد كما إذا قطع طرفاً منها وكما إذا وطئ البكر انتهى لا يساعد ما سبق في التبيين من قوله لأنه ليس بمبيع بحال ما، لأنه متولد من المنافع والمنافع ليست بجزء للعين كما لا يخفى إلا أن يقال إن لمنافع البضع جهتين جهة كونها غير عين وغير جزء من عين حقيقة ١٥ وجهة كونها عيباً وجزءاً من الأعيان حكماً، وفي مسألتنا هذه يعنى وطاء الثيب المشتراة ثم الاطلاع بعينها القديم وجهان ردها بغير رضى البائع والرد برضاه

Birinci durumda yani satıcının rızası olmadan iade etme durumunda, ikinci yön, yani cinsel organın menfaatinin ayn gibi olması yönüne itibar edilmiş ve *el-Bedâi*'de geçtiği üzere malın cebren iade edilemeyeceğine hüküm verilmiştir. İkinci durumda yani satıcının malı geri almaya razı olması durumunda ise birinci yön, yani cinsel organın menfaatlerinin aynın bir cüz'ü sayılmaması yönü dikkate alınmış ve *et-Tebyîn*'de belirtildiği gibi satıcıya iadesi câiz görülmüştür. Bunlar zahiren birbirine aykırı görünen iki görüşü uzlaştırma noktasında Allah'ın bana ilham ettikleridir. Evvelde ahirde, batında zahirde hamd Allah'adır.

45. Malın Sonradan Ortaya Çıkması Mümkün Olmayan Bir Ayıp Sebebiyle İadesi

[**Teshîl**] Müşterinin yanında sonradan ortaya çıkamayacak türden bir ayıptan, mesela altıncı parmak gibi bir ayıptan dolayı iade, bir rivâyete göre mümkündür. Bu iadenin mahkeme kararıyla veya başka bir yolla olması, kabzdan önce veya sonra olması arasında fark yoktur. Çünkü malın iadesi, konu mahkemeye intikal etmişçesine, taayyün etmiştir. Tarafların fiili, hâkim beyyine ile hükmetmişçesine, hakim fiili gibi olmuştur. Ebû Yûsuf, [ayıplı malın] ilk satıcıya iade edileceğine hükmetmiştir. Ebû Hanîfe'den de bu yönde bir rivâyet vardır. Bu görüşün gerekçesi şudur: Rıza yokluğu sebebiyle fesih genel olmuş ve -aybı inkâr eden ilk müşteri- şer'an yalanlanmış ve sanki inkâr etmemiş gibi olmuştur. Bu durumda ilk müşterinin, önce inkâr etmiş olduğu aybı gerekçe göstererek bu malı [ilk] satıcıya iade iddiasında bulunmasında bir çelişki yoktur. Bunu bir çelişki olarak gören Muhammed'e göre ise birinci müşterinin iade hakkı yoktur. Diğer üç imamımıza göre ise ikinci satıcıya ister rızasıyla ister rızası olmaksızın iade edilmiş olsun, bu ayıplı mal ilk satıcıya iade edilemez.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Muhammed'in buradaki görüşüne, yeminden kaçınma konusundaki görüşünün farklı olduğu söylenilerek bir itiraz yöneltilebilir. Zira Muhammed'e göre yeminden kaçınan kişinin [burada ilk müşteri], aybı inkâr etmiş olduğu için, tıpkı malın beyyine ile iade edilmesi durumunda olduğu gibi, o ayıp sebebiyle malı [ilk satıcıya] iade edememesi gerekir[ken, nükûl durumunda ilk müşteri kendisine iade edilen malı ilk satıcıya iade edebilmektedir].

ففي الوجه الأول يعني فيما لا يرضى البائع بأخذها روعيت الجهة الثانية يعني كون منافع البضع كالجزم من العين فلم يحكم بردها جبراً كما في البدائع، وفي الوجه الثاني يعني فيما رضي البائع بأخذها روعيت الجهة الأولى يعني كون منافع البضع غير جزء من العين فجوز ردها على البائع كما في التبيين، هذا مما ألهمت به في التلفيق بين القولين المتنافيين ظاهراً ٥
ولله الحمد أولاً وآخراً وباطناً وظاهراً.

٤٥. رد المبيع بعيب لا يمكن أن يحدث مثله

[التسهيل] وقيل: رد فيما لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة أي له الرد على بائعه سواء كان الرد بقضاء أو بغيره قبل القبض أو بعده لتعنين الرد لو رفع الأمر إلى القاضي فجعل فعلهما كفعل القاضي ولو قضي بينة يحكم أبو يوسف بالرد على البائع الأول وهو رواية عن أبي حنيفة لما مر من أن الفسخ عمّ لعدم الرضا وكذب شرعاً المشتري الأول الذي أنكر العيب فصار كأنه لم ينكر فلا تناقض في دعواه على بائعه الرد بالعيب الذي أنكره أولاً ولهذا التناقض منع محمد الرد، وعندهم لا يرد على الأول سواء رد على الثاني برضاه أو بدونه. ١٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: يرد على مذهب محمد صورة النكول فإن الناكّل أنكر العيب فيلزم أن لا يجوز له الرد على البائع الأول عند محمد للتناقض كما في صورة البينة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in Muhammed'e yönelttiği eleştiriye şöyle cevap verilebilir: Muhammed'e göre yeminden kaçınmak bir ikrardır. Sattığı malda ayıp bulunmadığına dair yemin etmekten kaçınması durumunda müşteri, [aybı] inkâr etmiş durumuna düşmez ve buna dayandırılan problem ortadan kalkmış olur. Fakat Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf adına, 5 çelişkinin bulunmadığını göstermek üzere dile getirilen, "Şer'in ilk müşteriyi yalanlamış olduğu" gerekçesi, âlimlerimizin başka yerde söylediğiyle uyumlu değildir. Âlimlerimizin söylediği şudur: "Hasmın, daha önce -Şer'in yalanladığı- beyyine ile sabit olmuş konulardaki iddiası sahih olup 10 şer'in yalanlaması sebebiyle buradaki çelişki dikkate alınmaz. İkinci kez davaya ve beyyine ikamesine ihtiyaç duyulan konularda ise bu dava sahih olmaz." Bizim incelediğimiz meselede ise birinci müşteri, belirtildiği üzere, davaya ve beyyine ikamesine ihtiyaç duymaktadır. Bu kuralın gereğine göre ilk müşterinin iddiasının sahih olmaması gerekir. Evet, *el-Hakâik*'te 15 derinlemesine tahlil edildiğine göre¹ eğer ilk müşterinin ikinci defa dava ve beyyine ikamesine ihtiyacı yoktur, denilirse bu problem ortadan kalkar. Fakat bunu söylemek için sarih bir nakle ihtiyaç vardır.

46. Ayıptan Berâet Şartıyla Satım

[Teshîl] Satıcı bir köleyi, başında bir yarası bulunduğunu belirterek bu 20 yaradan berâet (beri olma) şartıyla satsa, hâlbuki kolenin başında iki yara bulursa [ve başka bir sebepten dolayı kolenin iadesi mümkün olmasa], bu durumda [akit yapılırken sözü edilen yaranın hangi yara olduğunu] belirleme hakkını Ebû Yûsuf, -berâet şartını koşan kişi olması sebebiyle- satıcıya; Muhammed ise -rıza gösterdiği şeyin ne olduğunu daha iyi bilecek 25 durumda olduğu gerekçesiyle- müşteriye tanımıştır. Satıcı şayet bütün ayıplardan berâet şartıyla satmış olsa, bize göre akit câiz olur. Çünkü berâet, -mebî ister sağlam ister ayıplı olsun- satım akdinin muktezasını yani satım akdinin sübutunu takrir etmektedir. Dolayısıyla ayıptan berâet şartı akde uygun olmuş olur ve bununla satım akdi fâsîd olmaz. Bu tıpkı ona ebedi 30 olarak malik olmasını şart koşması gibidir. Bu gerekçelendirmede Şâfi'nin şu görüşünün reddine bir işaret vardır: Ona göre sağlamlık -yani mebiin ayıptan berî olması- akdin muktezasından değil, bilakis müşterinin hâlinin muktezasındandır. Çünkü müşteri teslimle birlikte rıza göstermiş olup, iade hakkının ortadan kalkması, şartın uygunluğuna aykırı değildir.

1 Efsencî, *Hakâiku'l-Manzûme*, vr. 122b.

[فاضل أمير] نقول: يمكن الجواب بأن النكول إقرار عنده فيرتفع الإنكار وما يتني عليه من الإشكال ولكن ما ذكر من طرف الشيخين لدفع التناقض من تكذيب الشرع إياه لا يلائم ما قالوه من أن دعوى الخصم في الأمور التي تثبت أولاً بالبينه التي كذبه الشرع بذلك صحيحة لا يعتبر فيها التناقض لتكذيب الشرع وأما في الأمور التي يحتاج فيها ثانيًا إلى الدعوى وإقامة البينة فليست بصحيحة انتهى ما قالوه ففيما نحن فيه يحتاج المشتري الأول إلى الدعوى وإقامة البينة كما صرح به بمقتضى هذه الضابطة يلزم أن لا يصح دعوى المشتري الأول كما لا يخفى نعم بالنظر فيما حَقَّق في الحقائق إن قيل لا يحتاج المشتري الأول إلى الدعوى وإقامة البينة ثانيًا فقد يرتفع هذا الإشكال ولكن يحتاج إلى نقل صريح.

٤٦. البيع بشرط البراءة من العيب

[التسهيل] ولو برئ من شجّة وبه شجتان يجعل أبو يوسف التعيين له لأنه الشارط، جعله محمد للمشتري لأنه أعرف بما رضي. ولو برئ من كل عيبٍ نجيز البيع لأن البراءة تقرّر مقتضى البيع وهو ثبوت البيع سلّم المبيع أو لا فيكون الشرط ملائمًا للعقد فلا يفسد به كشرط أن يملكه أبدًا وفي هذا التعليل إشارة إلى الرد على الشافعي بأن السلامة ليست من مقتضى العقد بل من مقتضى حال المشتري فإنه لم يرض إلا بالتسليم فرفع حقّ الردّ لا ينافي الملائمة.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Ayıptan berâet şartıyla yapılan satımın câizliğine dair getirilen gerekçe *el-Kâfi* vb. kitaplarda ayıp muhayyerliği bahsinin başında zikredilen “Mutlak akit mebiin sağlamlığını iktiza eder.”¹ kuralına aykırıdır.

5 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: Onların “Sağlamlık, akdin muktezasından değildir.” sözlerinden maksatları şudur: Satım akdi, satıcının rızasıyla yapılan bir temlik olması itibarıyla selameti gerektirmezken, müşterinin rızasıyla temellük olması yönüyle bunu gerektirir. Dolayısıyla her iki söz de sahih olur ve çelişki ortadan kalkar.

10 47. Musarrât Hadisiyle Amel Edilmemesinin Gerekçesi

[Teshîl] Bize göre musarrât, yani satıcının, müşteri bol sütlü zannetsin diye sütünün birikmesi için memelerini bağladığı hayvan, -gerek sağılan miktardaki süt ile gerekse sütünün tüketilmesi durumunda bir sâ' hurma ile birlikte- iade edilemez. İadenin câiz görülmemesinin iki temel sebebi 15 vardır. Birincisi, ayrı mütevellid artışın oluşması; ikincisi tazminin ya misil ya kıymet üzerinden olmasının gerekliliğidir. Çıkan sütün kıymetinden fazla veya az olmasına bakılmaksızın, tazminin bir sâ' hurma olarak takdir edilmesi tazmin kuralına aykırıdır. Şâfiî'nin delili Hz. Peygamber'in “Kim bol sütlü görünsün diye memesindeki süt sağılmamış bir koyun satın alırsa 20 üç gün şu iki seçenek arasında muhayyerdir: İsterse onu elinde tutar, isterse beraberinde bir sâ' hurma vererek satıcısına iade eder.” Şâfiî'ye, “Bu hadisi, Ebu Hureyre kıyasa muhalif olarak rivâyet etmiştir ve Ebu Hureyre de fıkıhla meşhur biri değildir. Bundan dolayı onun rivâyetiyle amel terk edilip kıyasla amel edilmiştir.” şeklinde cevap verilmiştir.

25 [**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu hadisi İbn Mes'ûd da rivâyet etmiştir. İbn Mes'ûd fıkıh ve rivâyetle meşhur biridir. Dolayısıyla bütün kıyaslara muhalif bile olsa söz konusu haberin kabul edilmesi gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: İmamlarımızın musarrât hadisiyle amel etmeyişlerinin sebebi, [fakih olmayan ravinin kıyasa aykırı rivayeti olmasından do- 30 layı] onların kıyasla amel etmeleri değil, bu hadisin Kitap, meşhur Sünnet ve icmâa aykırı olmasıdır. Nitekim gerek Ahsikesî'nin şerhi *et-Tabkik*'te gerekse diğer kitaplarda bu husus derinlemesine incelenmiş ve İmamlarımızın musarrât ve benzeri hadislerle amel etmeyişlerine yönelik itirazlara cevap sadedinde şunlar söylenilmiştir: Ashabımızın musarrât hadisiyle 35 terk etmelerinin sebebi onun Kitab'a, Sünnet'e ve icmâa aykırı olmasıdır.

1 Neseî, *el-Kâfi*, II, vr. 217b.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا التعليل ينافي ما ذكر في الكافي ونحوه في أوائل خيار العيب: من أن مطلق العقد يقتضي سلامة المبيع. [فاضل أمير] نقول: المراد من قولهم السلامة ليست من مقتضى العقد أن البيع من حيث أنه تمليك برضى البائع لا يقتضيها ومن حيث أنه تملك برضى المشتري يقتضي السلامة فيصح القولان وتندفع المنافاة. ٥

٤٧. سبب ترك العمل بحديث المصرة

[التسهيل] ولا نرد المصرة وهي التي شد البائع ضرعها ليجتمع لبنها فيحسبها المشتري غزيرة اللبن مع لبنها ولا مع صاع تمر إذا تليف اللبن لتعذر الرد للزيادة المنفصلة المتولدة ولأن الضمان إنما يكون بالمثل أو بالقيمة وتقدير الضمان بصاع تمر سواء كان زائداً أو ناقصاً على قدر قيمة اللبن مخالف لقاعدة الضمان، وللشافعي قوله ﷺ «من اشترى شاةً محفلةً فهو بخير النظرين ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وردَّ صاعاً من تمر» وأجيب بأنه رواه أبو هريرة مخالفاً للقياس وهو غير مشهور بالفقهاء فترك العمل بروايته وعُمل بالقياس.

[الشيخ بدر الدين] أقول: رواه أيضاً ابن مسعود وهو مشهور بالفقهاء والرواية فينبغي أن يقبل ولو خالف جميع الأقيسة. ١٥

[فاضل أمير] نقول: إن أصحابنا رحمهم الله لم يأخذوا بحديث المصرة لا عملاً بالقياس بل لكونه مخالفاً للكتاب والسنة المشهورة والإجماع كما حَقَّق في التحقيق شرح الأخرسيكثي وغيره من كتب الأصول قال فيه: وأجاب عن حديث المصرة وأشباهه وقال إنما ترك أصحابنا العمل به لمخالفته الكتاب

Musarrât hadisinin muhalif olduğu âyet, “Size yapılan haksızlığa misliyle karşılık verin.” [Bakara 2/194] âyetidir. Muhalif olduğu meşhur Sünnet ise mislin iadesinin şeklen imkânsız olması durumunda kıymetinin verilmesini gerekli gören şu hadistir: “Bir kimse bir köledeki hissesini azat ettiğinde -eğer zengin ise- kölenin geri kalanının kıymetini diğer ortağa ödemek durumundadır.” Musarrât hadisinin muhalif olduğu icmâ ise malın telef olup aynının iadesinin imkânsız olması durumunda mislinin veya kıymetinin ödenmesinin gerekli olduğu konusundaki icmâdır. Dolayısıyla iadenin imkânsızlığının ravinin fakih olmamasıyla alakası yoktur.

48. Ayrı Mütevellid Artışın Duruyor Olması Hâli

[Teshîl] Bize göre musarrât, yani satıcının, müşteri bol sütlü zannetsin diye sütünün birikmesi için memelerini bağladığı hayvan, -gerek sağılan miktardaki süt ile gerekse sütünün tüketilmesi durumunda bir sâ' hurma ile birlikte- iade edilemez. İadenin câiz görülmemesinin iki temel sebebi vardır. Birincisi, ayrı mütevellid artışın oluşması; ikincisi tazminin ya misil ya kıymet üzerinden olmasının gerekliliğidir. Çıkan sütün kıymetinden fazla veya az olmasına bakılmaksızın, tazminin bir sâ' hurma olarak takdir edilmesi tazmin kuralına aykırıdır. Şâfiî'nin delili Hz. Peygamber'in “Kim bol sütlü görünsün diye memesindeki süt sağılmamış bir koyun satın alırsa üç gün şu iki seçenek arasında muhayyerdir: İsterse onu elinde tutar, isterse beraberinde bir sâ' hurma vererek satıcısına iade eder.” Şâfiî'ye, “Bu hadisi, Ebu Hureyre kıyasa muhalif olarak rivâyet etmiştir ve Ebu Hureyre de fıkıhla meşhur biri değildir. Bundan dolayı onun rivâyetiyle amel terk edilip kıyasla amel edilmiştir.” şeklinde cevap verilmiştir.

Daha sahih olan görüşe göre musarrât hayvanı satın alan müşterinin, aybın yol açtığı noksanlığı almak üzere satıcıya rüçû edebileceği, zararın giderilmesi gerekçesine bağlanarak mümkün görülürken, başka bir rivâyette ortada bir ayıp bulunmadığı -çünkü memede sütün toplanmasının ve biriktirilmesinin ayıp olmadığı- gerekçesiyle müşterinin rüçû edemeyeceği söylenmiştir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Daha önce geçen “İadenin, müşterinin mazmûn bir fiili sebebiyle imkânsız olduğu durumlarda rüçû hakkı yoktur.” şeklindeki kaideye göre burada da noksanlığı telafi için müşterinin rüçû edemesi gerekir. Zira hayvanı sağlamak mazmûn bir fiildir. Müşterinin malı elinde tutmasının, -ayrı mütevellid artış gibi- şer'in hakkı olan bir sebepten kaynaklandığını dikkate aldığımızda ise belirtilen gerekçeyle rüçû edebilmesi gerekir.

وهو قوله تعالى ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ والسنة المشهورة الموجبة لإيجاب القيمة عند تعذر المثل صورة وهي وقوله ﷺ «من أعتق شقصاً في عبد قوم عليه نصيب شريكه إن كان موسراً» ولمخالفته الإجماع المنعقد على وجوب المثل أو القيمة عند فوات العين وتعذر الرد لا لفوات فقه الراوي.

٤٨ . بقاء الزائد المنفصل المتولد

[التسهيل] لا نَرُدُّ المصراةَ وهي التي شدَّ البائعُ ضَرَعَهَا ليجتمعَ لبنُها فيحسبها المشتري غزيرةَ اللبن مع لبنها ولا مع صاعٍ تمرٍ إذا تليفَ اللبنُ لتعذرِ الردِّ للزيادة المنفصلة المتولدة ولأنَّ الضمان إنما يكون بالمثل أو بالقيمة وتقديرُ الضمان بصاعٍ تمرٍ سواءً كان زائداً أو ناقصاً على قدر قيمة اللبن مخالفاً لقاعدة الضمان، وللشافعي قوله ﷺ «من اشترى شاةً محفلةً فهو بخير النظرين ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردَّها وردَّ صاعاً من تمرٍ» وأجيب بأنه رواه أبو هريرة مخالفاً للقياس وهو غير مشهور بالفقه فترك العمل بروايته وعُمل بالقياس. أقول: رواه أيضاً ابنُ مسعود وهو مشهورٌ بالفقه والرواية فينبغي أن يُقبل ولو خالف جميع الأقيسة.

١٥ فيرجعُ بنقصه في الأصحِّ دفعَ الضَّرِّ عن المشتري لا في روايةٍ لعدم العيب لأن اجتماعَ اللبنِ في الضرعِ وجمعه فيه ليس بعيبٍ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن لا يرجع بالنقصان على ما أعطته القواعدُ السالفةُ من أنَّ الردَّ إذا امتنع بفعله المضمون لا يرجع وهنا كذلك إذ الحلب فعلٌ مضمونٌ ولو نظرنا إلى أن الحبس للشرع بسبب الزائد المنفصل المتولد يرجع لما مر في المتن

Ancak bunun mümkün olması, artışın [bu örnekte sütün] duruyor olmasına bağlıdır. Sütün helak olması durumunda ise eğer helak kendiliğinden olmuşsa -daha önce geçen "İadeye engel olan artış kendi kendine helak olduğunda rücû değil iade hakkı vardır." kabulüne göre iadenin imkânsız olmaması gerekir. Sütün müşterinin fiiliyle helak olması durumunda satıcı muhayyerdir; dilerse mebîi geri alır ve satım bedelinin tamamını verir, dilerse noksanlığı telafi eder. Sütün yabancı birinin itlafıyla helak olması durumunda ise iade imkânsız olur ve rücû taayyün eder. Metinde hiçbir ayrıntı verilmeksizin musarrât hayvanı satın alan kimsenin rücû edeceğinin söylenmesi, bu duyduklarına aykırıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Metindeki zikredilen ifadenin, artışın halen duruyor olması durumuna; Şeyh'in zikrettiği ayrıntılı açıklamanın ise artışın helak olması durumuna göre olması ihtimal dâhilindedir. Bu durumda *et-Teshîl* metnindeki "Bize göre musarrât iade edilmez" sözüyle nefyedilen iâde, hem artışın halen duruyor olması takdirıyla mutlak iade, hem de helak takdirıyla bir sa' hurma vererek iadedir. Bu takdire göre musarrâtın hurma verilmeksizin iade edilmesi, "Bize göre musarrât iade edilmez." sözünün kapsamına girmez. Öte yandan metinde yer alan 'müşterinin noksanı telafi etmek üzere satıcıya rücû edebileceği' ifadesi, iadenin mutlak olarak mümkün görülmediği duruma nazardır. Ki bu da artışın halen duruyor olması durumudur. Böylece [Şeyhin gündeme getirdiği] aykırılık iddiası giderilmiş olmaktadır. Aykırılığın bulunmadığı şu şekilde ifade edilebilir: Allah rahmet etsin, musannif [Şeyh] bu meselenin naklinde, *el-Kâfi* sahibine uymuş, onun yolunu izlemiştir. Her ikisi de noksanlık sebebiyle rücûu, artışın halen duruyor olması durumuyla açıklamıştır. Çünkü artışın halen duruyor olması durumunda hem rücûu gerektiren yön hem de rücûun olmamasını gerektiren yön birlikte bulunmaktadır. Rücûu gerektiren yön, malın şer'in hakkı sebebiyle elde tutulmasıdır. Rücûun olmamasını gerektiren yön ise müşterinin mazmûn fiili sebebiyle iadenin imkânsız hâle gelmesidir. Öyleyse bu durumda ağır basan ve daha sahih olan yönün rücû olduğunu açıklamak gerekir. Rücû yönünün ağır basması, rücûu iktiza eden aslın -hapsin şer'in hakkı olmaması sebebiyle- rücûun olmadığını iktiza eden aslı tahsis etmesine binaendir. Ancak musarrât meselesinde, satıcı tarafından gerçekleşen bir yanıltma olduğu için, yanıltılan müşteriden zararı def etmek için, satıcıya rücû edebilmesi gerekir. Artışın helak olması durumuna ilişkin şer'î hüküm daha önce zikredilmişti. Ayrı mütevellid artışın helak olması hâlinde bu mesele ile diğer meseleler arasında fark yoktur. Bu yüzden bu artışın helakini bu meselede ayrıca belirtmeye ihtiyaç yoktur.

وهذا إذا كان الزائد باقياً وأما إذا هلك اللبن بنفسه فينبغي أن لا يمتنع الردُّ لما تقدم من أن الزائد المانع من الردِّ إذا هلك بنفسه فله الردُّ، فلا رجوع، وبإتلاف المشتري يتخير البائع إن شاء أخذ المبيع وردَّ كل الثمن وإن شاء جبر النقصان، وبإتلاف الأجنبي يمتنع الردُّ ويتعين الرجوعُ وما ذكر في المتن من الرجوع بغير تفصيلٍ يخالف ما سمعت.

٥ [فاضل أمير] نقول: لا يبعد أن يقال ما ذكر في المتن على تقدير بقاء الزائد وما سمع من التفصيل على تقدير الهلاك فيكون المنفي بقول المصنف «ولا نرد الرد مطلقاً» على تقدير بقاء الزائد والرد مع صاع تمر على تقدير الهلاك وأما ردها بغير تمر على هذا التقدير فليس بداخل تحت هذا النفي ثم ما أثبتته من الرجوع بالنقصان فناظر إلى صورة انتفى فيها الرد مطلقاً وهي صورة بقاء الزائد وبهذا تندفع المخالفة وتحقيقه أن المصنف رحمه الله كان في نقل المسألة متبعا بصاحب الكافي مقتفياً أثره وهما خصصا بيان الرجوع بالنقصان بصورة بقاء الزائد لأن في هذه الصورة اجتمعت جهة تقتضي الرجوع وهي كون الحبس للشرع وجهة تقتضي عدم الرجوع وهي كون الرد ممتنعا بفعله المضمون فلزم بيان أن الراجح الأصح في هذه الصورة الرجوع بناء على أن الأصل المقتضي للرجوع مخصص للأصل الذي يقتضي عدمه بما لم يكن فيه الحبس حقاً للشرع وعلى أن في المصرة لما كان تزوير من قبل البائع لزم الرجوع عليه بالنقص دفعا للضرر عن المشتري المغبون وأما الحكم الشرعي على تقدير هلاك الزائد فقد بين فيما سبق ولا فرق فيما هلك الزائد المنفصل المتولد بين هذه الصورة وبين غيرها فلا حاجة إلى ذكر الهلاك في هذه الصورة على حدة.

49. Tenâkuzun Davaya Mani Olması

[**Teshîl**] Bir kimse [satın aldığı malı başka birine satmak üzere] “Bunu satın al! Bunda hiç bir ayıp yoktur.” dese fakat satmasa ve kendisi onda bir ayıp görse, bu durumda mebîi satıcıya iade edebilir. Çünkü mebîde herhangi bir ayıp bulunabileceği için müşterinin “Bunda hiç bir ayıp yoktur.” sözünün yalan olduğu ortaya çıkmıştır. Ancak müşteri, aybın ne olduğunu belirtse mesela “Şu köleyi satın al, onun gözü kör değildir.” dese ve satmasa, ardından kölenin bir gözünün kör olduğu ortaya çıksa onu ilk satıcısına iade hakkını kaybetmiş olur. Çünkü sözüyle gerçeklik arasında tenakuz vardır. Fakat kölede [fazla parmak gibi] sonradan oluşması mümkün olmayan bir aybın ortaya çıkması durumu bunun aksine olup bu durumda onu satıcısına iade edebilir. Çünkü müşterinin bu durumda yalan söylediği kesindir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu ifadelerden -ister ayıp ister başka bir hususta olsun- sözün yalan olduğunun kesin olarak ortaya çıkması durumunda tenâkuzun davaya mâni olmayacağı anlaşılmaktadır. Bu, kendisiyle birçok meselenin hükmünün bilineceği bir prensiptir. Akılda tutulsun!

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Evet, bu yararlı bir ilkedir. Fakat muttarid yani her durumda uygulanabilecek bir ilke olmayıp mesela fukahanın zikrettiği şu meselede uygulanmamıştır: Bir kimse birinden, onun falan câriyesini satın aldığını iddia etse, o da “Onu sana kesinlikle satmadım.” dese, câriyeyi satın aldığını iddia eden kişi onu [satmadım diyen kişinin] kendisine sattığına dair beyyine getirirse ve [sonrasında] câriyede bir ayıp bulunduğunu fark etse, bunun üzerine satıcı, câriyeyi ona bütün ayıplardan berî olmak şartıyla sattığına dair beyyine getirirse, satıcının berâete ilişkin beyyinesi, tenakuz sebebiyle kabul edilmez. Fukahanın ifadesi böyledir. Fukaha bu örnekte yalan söylediğinin kesin olarak ortaya çıkmasına rağmen tenakuzun satıcının iddiasına ve beyyinesine mâni olduğunu söylemişlerdir. Dolayısıyla nakzdan salim olabilmesi için fukahanın bu ilkeye ilişkin olarak söylediklerinin ayrıntısına dikkat çekmek gerekir. Bu ayrıntı şudur:

Önceden bir beyyine ile sabit olmuş ve şer‘in kendisini yalanladığı hususlarda hasmın iddiası sahih olup burada tenakuz dikkate alınmaz. *et-Teshîl*’deki mesele böyledir. Buna mukabil ikinci olarak davaya ve beyyine ikamesine ihtiyaç duyulan konularda ise hasmın iddiası sahih değildir. Yukarıdaki nakz örneği böyledir. Bizim burada dikkate aldığımız tafsil, yalanlığı yakinen ortaya çıkmış olan iddianın şer‘in yalanladığı iddiaya şamil olmasına ilişkindir. Ancak eğer iddia her iki yönden yalanlanmamışsa bu durumda bu tafsile gerek olmaz. Bu husus akılda tutulsun!

٤٩ . منع التناقض الدعوى

[التسهيل] قال المشتري لآخر «اشترِ فلا عيبَ به» ولم يبع فوجدَ عيبًا ردَّ لكذبه يقيئًا لأنه لا بد من عيبٍ ما، ولا يرد لو عيّن العيب وقال مثلاً: اشترِ لا عورَ به ولم يبع ثم وجد به عورًا لا يرد للتناقض بخلاف ما لا يحدث مثله فإنه كاذبٌ يقيئًا فله الردُّ. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: علم به أن التناقض لا يمنع الدعوى إذا ظهر كذبه يقيئًا سواء كان في العيب أو غيره وهذا أصلٌ يُعرف به مسائل كثيرة فليُحفظ.

[فاضل أمير] نقول: نعم أن هذا أصل نافع ولكن لا يطرد ويتنقض بما ذكره فيما ادعى على آخر أنه اشترى منه أمته هذه فقال لست أنا أباعك قط فبرهن عليه المدعي فوجد عيبا فبرهن البائع أنه باعه وبرئ من كل عيب لا تقبل بينة البراءة للتناقض كذا قالوا ففي هذه الصورة قالوا بأن التناقض يمنع دعوى البائع وبيئته مع ظهور كذبه يقيئًا فلا بد من تفصيل ذكره في هذا الأصل ليسلم عن الانتقاض. ١٠

فهو أن دعوى الخصم المكذب يقيئنا في الأمور التي ثبتت أولاً بالبينّة التي كذبه الشرع بذلك صحيحة لا يعتبر فيها التناقض كما في مسألة المتن وأما في الأمور التي يحتاج فيها ثانيًا إلى الدعوى وإقامة البينة فليست بصحيحة كما في صورة النقض هذا واعلم أن التفصيل الذي اعتبرناه هنا راجع إلى كون ما ظهر كذبه يقيئًا شاملًا على ما كذبه الشرع وأما إن لم يكونا متحدين فلا حاجة إلى هذا التفصيل هنا فليتذكر. ١٥

50. Malın Tayini ve Miktarı Konusunda Kimin Sözünün Dikkate Alınacağı

[**Teshîl**] Bir ayıp nedeniyle mebîi iade etmek isteyen müşteri ile satıcı arasında satım bedelinin dirhem mi dinar mı olduğu konusunda anlaşmazlık olduğunda müşterinin sözü tasdik olunur. Satılan şeyin ne olduğu konusundaki anlaşmazlıkta ise mebîin başka bir şey olduğunu söyleyen satıcının sözü tasdik olunur. Yani bir kimse bir köle satın alsa ve ayıp nedeniyle onu iade etmek istese, ancak satıcı sattığı kölenin o köle olmadığını söylese bu durumda satıcı tasdik edilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Denirse ki: Bir kimse [borcuna karşılık] birine bir câriye rehin bıraksa ve alacağın süresi geldiğinde rehin alan (mürtehin), “Rehin bıraktığın câriye bu!” dese, rehin bırakan ise rehin bıraktığı câriyenin o olmadığını söylese, bu durumda rehni kabzedenden mürtehinin sözü doğru kabul edilir. Hâlbuki yukarıdaki meselede malı veren satıcı tasdik edilmişti. Dolayısıyla iki mesele arasında çelişki bulunmaktadır. Oysaki -yerinde zikredildiği üzere- aslolan malın miktarı ve tayini konusunda kabzedenin sözünün tasdik edilmesi gerektiğidir. Buna şu şekilde cevap verilir: Tamlık varsa tamlıkte bulunanın sözü; tamlık yoksa kabzedenin sözü kabul edilir; tıpkı gasbedilen malın ve bal tulumunun tayininde olduğu gibi.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: “Aslolan kabzedilen malın miktarı ve tayini konusunda kabzedenin sözünün tasdik edilmesi gerektiğidir.” ifadesi, yukarıdaki ayıplı malın iadesi meselesinin vaz edilmesi konusunda ikinci bir itiraz olup şu anlama gelmektedir: Bu ilkenin gereğine göre mebîin tayini konusunda müşterinin sözünün tasdik edilmesi gerekir. Çünkü kabzedenden odur. Şeyh’in “Buna şöyle cevap verilebilir...” diyerek vermiş olduğu cevap her iki itiraza verilmiş bir cevap olur, fakat ibaresinde biraz kusur vardır. Çünkü kullandığı ibare, tamlığın bulunması hâlinde kabzedilen malın tayini konusunda olduğu gibi miktarı konusunda da tamlık eden kişinin sözüne itibar edileceğini hissettirmektedir. Hâlbuki durum böyle değildir. Aksine kabzedilen malın miktarı konusunda söz mutlak olarak kabzedene aittir. Nitekim *et-Teshîl* metninde hemen aşağıda gelecek olan şu mesele bunu açıkça ifade etmektedir. “Karşılıklı kabzdan sonra satıcı, ‘Bu ayıplı olan mebîi sana başka bir mebî ile birlikte satmıştım.’ dese, müşteri de ‘Hayır, sadece bunu bana satmıştın.’ dese müşteri tasdik olunur.”

٥٠. من يصدق قوله في تعيين المبيع ومقداره

[التسهيل] صدق مُشترٍ أراد الردَّ بعيب واختلفاً في كون الثمن دراهم أو دنانير وصدق بائع قال بعث غيره أي لو شري قنا وأراد رده بعيب وقال البائع: المبيع غير هذا صدق.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل لو رهن أمةً فحلَّ الأجل فقال المرتهن: هي هذه وقال الراهن: غيرها صدق المرتهن القابض وهنا البائع الدافع فتنافيا مع أن الأصل: أن القول للقابض في قدر المقبوض وتعيينه كما ذكر في محله؟ يجاب: بأن التملك إذا وجد يجعل القول للمملك وإن لم يوجد التملك يجعل القول للقابض كتعيين المغصوب وزق العسل.

١٠ [فاضل أمير] نقول: ما ذكره بقوله مع أن الأصل اعتراض ثان على وضع مسألة رد المعيب المذكورة هنا يريد أن مقتضى هذا الأصل أن يكون القول في تعيين المبيع هنا قول المشتري لأنه القابض ثم ما ذكره بقوله يجاب بأن التملك جواب عن الاعتراضين لكن في عبارته نوع قصور إذ هي تشعر بأن يكون القول للمملك إذا وجد التملك في قدر المقبوض أيضاً كما هو كذلك في تعيينه ١٥ وليس الأمر كذلك بل القول في قدر المقبوض للقابض مطلقاً كما تنطق به المسألة التالية القائلة ولو قال البائع بعد التقابض بعثك هذا المعيب مع آخر الخ

Bu husustaki güzel ibare, Şeyh'in *Câmi'ul-Fusûleyn*'inin dokuzuncu faslındaki şu sözleridir: "Doğrusu iki durum arasında ayırım yaparak, temlik olduğunda malın tayini konusunda sözün malike ait olduğunu, temlik olmadığına ise kabzedene ait olduğunu söylemektir; gasbedilen malın tayini konusunda ve fâsit akitte, satılan balın tulumunun darası konusunda ihtilaf çıktığında olduğu gibi." Bu ibare kabzedilen şeyin tayini konusunda söz hakkının malike ait olduğunu ifade etmekte, fakat miktarı konusundaki söz hakkının ona ait olduğu izlenimini uyandırmamaktadır. Dolayısıyla bu husus yukarıda geçen ilk ilkenin kapsamına girmektedir. O ilke de şudur: Kabzedilen malın miktarı konusunda kabzın temlik mukabilinde olup olmadığına bakılmaksızın kabzedenin sözü dikkate alınır.

51. Efendinin Me'zûn Kölesinden Satın Aldığı Malı Ayıp Sebebiyle İadesi

[**Teshîl**] Borçlu olan me'zûn kölesinden bir köle satın alıp kabzedenden efendi, deyn olan satım bedelini teslim etmişse satın aldığı köleyi ayıp sebebiyle iade edemez. Semeninin deyn olması ya zimmette sabit olan kadri (ölçülebilir-tartılabilir) bir borç olması ya da mal olup kölenin elinde helak olması sebebiyle deyne dönüşmesi durumunda olur. Bu örnekte iadenin yapılamamasının gerekçesi şudur: Efendi, bu durumda iade edecek olsa karşılıksız iade etmiş olur. Zira köle ister borçlu olsun ister olmasın efendisinin onun üzerinde bir alacağı olmaz. Ancak borçlu me'zûn kölesinden köle satın alıp kabzedenden efendi, satım bedelini teslim etmemişse veya teslim etmiş ve bu bedel bir mal olup halen kölenin elinde ise bu durumda satın almış olduğu ayıplı köleyi iade edebilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in *el-Kâfi* sahibine uyararak mutlak ifadeyle söylediklerinden anlaşılan şudur: Efendi satın aldığı köleyi kabzedip, mal olan semeni teslim etmemişse ayıp sebebiyle iade eder.¹ Bu görüş, *el-Hâniyye*, *el-Bezzâziyye* ve diğer kitaplarda yer alan bilgiye uymamaktadır. Bu kitaplarda bu durumda efendinin iade hakkının bulunmadığı zikredilmektedir. Araştırılmalı!

1 Neseî, *el-Kâfi*, II, vr. 234b.

فالعبرة الحسنة ما أوردها في الفصل التاسع من جامع الفصولين وهي قوله
 فالحق أن يفصل بأن القول للمالك في تعيينه إذا وجد التمليك وإلا فللقابض
 كتعيين المغصوب وزق العسل في مسألة الاختلاف في وزن الزق من البيع
 الفاسد انتهى فهذه العبارة تفيد أن القول للمملك في تعيين المقبوض ولم
 ٥ تشعر بكون القول له في قدر المقبوض فبقي هذا مندرجا تحت الأصل
 الأول وهو أن القول للقابض في قدر المقبوض سواء كان هذا القابض مقابلاً
 للمملك أو غيره.

٥١. رد المولى المال الذي اشتراه من عبده المأذون بالعيب

[التسهيل] ولو شرى عبداً من مأذونه المديون وقبض لا يزد بعيب لو سلم
 ١٠ الثمن وكان ديناً كقدري في الذمة أو كان عرضاً وهلك في يد العبد حتى
 صار ديناً لا يرده لأنه لو رده لردّه مجاناً إذ لا يجب للمولى على قبه دين
 سواء كان قبه مديوناً أو لا وإلا أي إن لم يسلم الثمن أو سلمه وهو عرض
 قائم في يد قنه رده.

[فاضل أمير] نقول: المفهوم من إطلاقه متبعاً بصاحب الكافي أن يكون له
 ١٥ الرد فيما قبض العبد ولم يسلم الثمن وكان عرضاً ولا يساعده ما في الخانية
 والبرازية وغيرهما فإن المذكور فيها أن لا يكون له الرد في هذه الصورة
 فليتبع.

52. Mebûin Kabzdan Önce veya Sonra İadesi

[**Teshîl**] Satım bedelinin kölenin elinde halen bulunan bir mal olması durumunda efendi o malı geri alabilir ve bunda köleye bir borç yükleme durumu yoktur.

5 [**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: “Semen bir mal olup kölenin yanındayken helak olması durumunda köleye bir borç yüklenmiş olmaktadır.” denilerek yapılacak itiraza şu şekilde cevap verilebilir: Mebûin kabzdan önce veya şart muhayyerliği ya da görme muhayyerliğine dayanılarak iadesi, mahkeme kararına ihtiyaç duymayan mahza fesihtir. Dolayısıyla bu durumlarda kölenin borçlandırılması gibi bir durum ortaya çıkmaz. Efendiye ait bir eşya onun kölesinin yanında bulunabilir ve bu da onun gibi bir şey olup sanki efendi kölesinin yanındaki eşyasını geri almış olur. Ancak yukarıdaki mesele bundan farklıdır. Çünkü o meselede [iade için] mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Dolayısıyla da kölenin borçlandırılması durumu 10 ortaya çıkar. Ancak bu cevap yine de tartışmaya açıktır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in tartışmaya açık dediği nokta, gerek akitlerde gerek fesihlerde borcun/deynin zimmette sübutu için yargı kararına ihtiyaç bulunmamasıdır. Bu mesele *el-Kâfi*'de de aynı ibareyle verilmiş ve şöyle denilmiştir: “Kabzdan sonra iade hususunda müşteri bağımsız hareket edemez ve mahkeme kararına ihtiyaç duyar. Kadı faydasız şeyle oyalanmaz. Kabzdan önce ise mahkeme kararına gerek olmadan müşteri bağımsızdır ve iade etmek istediğinde önünde bir engel yoktur.”¹ *el-Kâfi*'deki bilgiler özetle bu şekildedir. Buradan anlaşılıyor ki, nefyedilen iadede maksat hâkimin hükmüyle olan ve üzerine köleye satım bedeliyle rücûun terettüp ettiği 20 iadedir. Kabul edilen iade ise gerek iadeye gerekse köleye vâcip olan deyn için rücû konusunda mahkeme kararına gerek olmaksızın yapılan iadedir. Şeyh'in tuhaf olan tasarrufu ise, *el-Kâfi*'nin ibaresinden “Kadı faydasız şeyle oyalanmaz.” cümlesini -ki bu cümle iki örnek arasındaki farkın temelini teşkil eder- almamış olması ve bu yokmuş gibi itirazını dile getirmesidir.

1 Nesefî, *el-Kâfi*, II, vr. 235a.

٥٢. رد المبيع قبل القبض أو بعده

[التسهيل] وأما في العرض القائم في يده فإنه يسترد العينَ إلى يده وليس فيه إيجابٌ دينٍ على العبد.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: فيه إيجابٌ دينٍ على العبد لو كان الثمنُ عرضاً هلك عند العبد؟ يجاب بأن الرد قبل القبض أو بخيار شرط أو رؤية فسخٌ محضٌ لا يفتقر إلى القضاء فلا يظهر وجوب الدين على قته ويصح أن يكون له شيءٌ عند قنه فكأنه كان كذلك فأخذه ضد ما مر فإنه يحتاج إلى القضاء فيلزم وجوب الدين على قنه وفي هذا الجواب نظرٌ.

[فاضل أمير] نقول: وجه النظر أن وجوب الدين في الذمم لا يحتاج إلى القضاء في العقود والفسوخ واعلم أن المسألة أوردها في الكافي بهذه العبارة ١٠ قال أن في الرد بعد القبض لا يستبد المشتري في الرد ويحتاج إلى القضاء والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد وفي الرد قبل القبض يستبد به المشتري فإذا أراد الرد فلا مانع له منه انتهى ملخصاً فظهر منه أن المراد من الرد المنفي الرد الذي يكون بحكم من القاضي مترتباً عليه الرجوع بالثمن إلى العبد ومن ١٥ المثبت رد المولى بنفسه من غير أن يحكم به ولا بالرجوع بدين وجب له على العبد وعجيب من الشيخ أنه أسقط من عبارة الكافي قوله والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد وهو مدار الفرق بين الصورتين فأورد ما أورد.

53. Kabzdan Sonra Vasfın Semende Hissesinin Olması

[**Teshîl**] Vasfın semende bir hissesinin olması, müşterinin kabzdan önce değil de kabzla birlikte o vasa ilişkin bir kastının olması durumundadır. Zira satıcı mebîi sağlam bir şekilde satmıştır. Ayıplı olarak teslim edince
5 sağlamlık vasfını alıkoymuş sayılır. Dolayısıyla da vasıf bizzat elde edilmek istenen bir nitelik hâline gelir ve satım bedelinden bir payı olur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu ifadeler, bu faslın başında geçen “Me-
bîde bir ayıp bulan müşteri mebîi yanında tutarak noksan olan kısmı
almak için rücû edemez. Zira satım bedelinde vasfın mukabili olan her-
10 hangi bir şey yoktur...” ifadesine aykırıdır. Aykırılık yönü şudur: Orada zikredilenler, müşteri mebîi kabzetmiş olsa bile vasfın satım bedelinde bir hissesinin olmamasını gerektirir. Hatta fakihler, noksanlığı telafi için rücû edilemeyeceğini bu kaide üzerine bina etmişlerdir. Burada zikredilen şey ise mebîin kabzından sonra vasfın bir hissesinin olmasını gerektirir. Bu
15 durumda iki ifade arasında aykırılık olmaktadır. Doğrusunu Allah bilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu konuya ilişkin olarak Allah'ın bize ilham ettiği şeylere bu faslın başında vakıf olmuştun. Doğruyu Allah bilir.

54. Vekilin Ayba Razı Olması

[**Teshîl**] Kişi satın aldığı kölede bir ayıp görse ve kabzdan önce köledeki
20 bu ayıp mukabilinde bir câriye üzerine sulh yapsalar; câriye aybın bedeli olmayıp bilakis mebîin aslına eklenmiş olur. Böylece satım bedeli, köle ve câriyenin kıymetlerine göre taksim olunur. Öyle ki müşteri bunların birinde bir ayıp bulduğunda onu satım bedelindeki hissesi mukabilinde iade eder. Sulhun, kabzdan sonra olması durumunda ise câriye aybın bedeli
25 olur. Bu durumda câriyede bir ayıp bulduğunda onu aybın satım bedelindeki hissesi mukabilinde iade eder. Satın almak için vekil kılınan kimsenin, ayba kabzdan önce razı olmasının sahih olup müvekkili bağlaması ve kabzdan sonra razı olmasının ise sahih olmayıp vekili bağlaması da böyledir. Zira kabzdan önce aybın, satım bedelinde satıcı üzerine gereken bir hissesi
30 yoktur. Kabzdan sonra ise aybın hissesi satıcı üzerine gerekmiş ve dolayısıyla vekilin müvekkilin namına bu hisseyi iskât etmesi bâtil olmuştur.

٥٣. حصة الوصف من الثمن بعد القبض

[التسهيل] والوصف إنما يأخذ قسطاً من الثمن إذ صار مقصوداً بالإمسك عند قبض المشتري لا قبله لأنه باع سليماً فإذا سلّم معيماً أمسك وصف السلامة فكان الوصف مقصوداً بالتناول فأخذ حصةً من الثمن.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يخالف ما مر في أول هذا الفصل: من أنه لو وجد عيباً بالمبيع ليس له أن يُمسك المبيع ويرجع بنقصانه إذ الوصف لا يقابله شيء من الثمن إلخ. ووجه المخالفة أن ما ذكر ثمة يقتضي أن لا يكون له حصة من الثمن وإن كان المشتري قبض المبيع حتى بنوا عليه عدم الرجوع بالنقصان وما ذكر هنا يقتضي أن يكون له حصة بعد قبض المبيع فينبهنا منافاة والله أعلم.

١٠ [فاضل أمير] نقول: قد عرفت في أول الفصل ما ألهمنا الله عز وجل في هذا الباب والله أعلم بالصواب.

٥٤. رضا الوكيل بالعيب

[التسهيل] لو اشترى عبداً فوجد عيبه فصالح عن عيبه على أمة قبل القبض لم تكن الأمة عوضاً عن العيب بل كانت زيادةً في أصل المبيع حتى كان الثمن منقسماً على الأمة والعبد على قدر قيمتهما حتى لو وجد بأحدهما عيباً رده بحصته من الثمن، ولو كان الصلح بعد القبض كانت الأمة عوضاً عن العيب حتى لو وجد بها عيباً ردها بحصة العيب من الثمن وكذا الوكيل بالشراء إذا رضي بالعيب قبل القبض صحّ ولزم الموكل ولو رضي به بعد القبض لم يصح ولزم الوكيل إذ قبل القبض لم يجب للعيب حصة من الثمن على البائع وبعد القبض وجب حصة العيب على البائع فبطل إسقاطه في حق الموكل.

٢٠

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Vekilin kabzdan önce ayba razı olması durumunda bunun müvekkili bağlayacağı görüşünün Ebû Yûsuf ve Muhammed'e değil de sadece Ebû Hanîfe'ye ait olması gerekir. Zira satın alma vekâleti verilmiş birinin, -vekâlet kitabının felçli ve kör meselesinde zikredildiği gibi- ayıplı bir mal satın alması Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre değil, Ebû Hanîfe'ye göre câizdir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Satımın müvekkili bağlayıp bağlamaması konusunda durum Şeyh'in dediği gibidir. Fakat meselenin burada mutlak olarak [bütün imamların görüşüymüş gibi] zikredilmesi, vasfın -kabz esnasında müşterinin elde tutmaktaki amacı olmadıkça- semenden bir hissesinin olmadığını beyan etme amacına yöneliktir. Vekilin ayıplı malı satın alma konusundaki görüş ayrılığının açıklanacağı yer ise vekâlet kitabıdır.

55. Mal Olmanın Kriteri

[Teshîl] Bir şeyin mal olması noktasında insanların esirgeyip sakınmasına itibar edilirken, mütekavvim olmasında değerli ve faydalanılabilir bir şey olmasına itibar edilir. *el-Kâfi* adlı kitabın müellifi malı şöyle tanımlamıştır: “Mal, insanların mal edindikleri şeydir. Mütekavvim oluş ise faydalanmanın mubah kılınmış olmasıdır. Buna göre bir buğday tanesi [kendisinden istifade edilmesine izin verilmiş olmasına bakılarak] mütekavvim olsa da mal değildir.”

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: *el-Kâfi* müellifinin bu tanımı ayıp bahsinde ‘tek pazarlıkla iki kölenin birlikte satılması ve birinin ayıplı çıkması’ meselesinde söylediği “Tek bir buğday tanesi mütekavvim değildir.”¹ sözüyle çelişmektedir. Oysa *en-Nihâye* sahibi *-el-Hidâye'nin* selem akdi bölümünün çeşitli meseleler başlığı altında köpeğin satılması konusunu incelediğinde şöyle demiştir: “Bir şeyin mal olması mülk edinmekle; mütekavvim olması ise değer vermekle olur. Buna göre bir buğday tanesi maldır, ancak mütekavvim değildir.”² Görüldüğü gibi *el-Kâfi* ile *en-Nihâye'nin* ifadeleri arasında çelişki vardır.

1 Nesefti, *el-Kâfi*, II, vr. 236a.

2 Sığnâkı, *en-Nihâye*, vr. 92b-93a.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فيما رضي به قبل القبض ينبغي أن يلزم الموكل عند أبي حنيفة لا عندهما إذ الوكيل بالشراء يجوز له شراء المعيب عنده لا عندهما كما ذكر في مسألة الشلاء والعمياء من كتاب الوكالة.

[فاضل أمير] نقول: نعم أن الأمر كذلك في اللزوم وعدمه ولكن إيراده على صورة الإطلاق هنا بناء على أن المراد هنا بيان أن الوصف لا قسط له من الثمن ما لم يصير مقصوداً بالإمساك عند قبض المشتري وأما بيان الخلاف في شري المعيب فموضعه كتاب الوكالة.

٥٥. قسطاس المالية

[التسهيل] يعتبر المالية بالشح، والتقوُّم بعزّة وانتفاع قال صاحب الكافي: المال ما تموّل به البعض والتقوُّم ما أبيع نفعه، فيكون حَبَّةُ الحنطة متقومة لا مالاً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يُنافي قوله في شراء عبيدين صفقة واحدة ووجد أحدهما معيباً الخ من كتاب العيب إذ صرّح فيه بأن الحبة الواحدة ليست بمتقومة وقال صاحب النهاية في بيع الكلب من متفرقات سلّم الهداية: إن المالية بالملك والتقوُّم بالعزّة فالحبة مالٌ لا متقوم وبين القولين منافاة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Kâfi*'deki "Mütekavvim, faydalanılması mu-
bah kılınmış olan şeydir." sözünün anlamı, gayr-i mütekavvimin, faydala-
nılması mubah olmayan şey olmasıdır. Bu sözün doğruluğu, yararlanma-
nın mubah olmaması durumundadır. Kendisinde bir yararın bulunma-
ması durumu da böyledir. Tek bir buğday tanesinde zahiren bir fayda bu-
lunmamaktadır. Bir buğday tanesinin ağızda çiğnenmesi ve yutulmasının
mubahlığını dikkate alan kimse onun mütekavvim olduğunu; bunda bir
yarar bulunmadığı noktasını dikkate alan ise onun mütekavvim olmadığını
söyler. Dolayısıyla bu iki söz arasında gerçekte bir çelişki yoktur.

56. Fâsit Akitle Satın Alınan Malın Rehnedilmesi

[Teshîl] Müşteri fâsit bir akitle aldığı malı mülkiyetinden çıkarsa veya o
mal üzerinde bağlayıcı bir tasarrufta bulunsa -mesela köle ise onunla kitabet
anlaşması yapsa; mal ise onu bir başkasına rehin verse veya hibe etse- akdi
feshetme imkânı ortadan kalkar. Zira müşteri bu işlemleri satıcının verdiği
yetkiyle yapmış olduğu için satıcının fesih hakkı kalmaz. Çünkü [1] insanın
kendi sayesinde tamamlanmış bir şeyi bozmak için çalışması merduttur. [2]
Yapılan ikinci tasarrufa kul hakkı (üçüncü kişilerin hakkı) ilişmiştir. Fâsit
olan ilk akdin feshedilmesi ise Allah hakkı için gerekli görülmekteydi. Şimdi
ise devreye kul hakkı girmiştir. Allah hakkı ile kul hakkının çatışması du-
rumunda kul hakkı öncelenir [ve akit artık feshedilemez]. Başkasının şufa
hakkının bulunduğu bir akarı satın alıp onda tasarrufta bulunma durumu
ise -şufadarın, müşterinin tasarrufunu bozma hakkına sahip olması sebebiyle-
bundan farklıdır. Çünkü burada [Allah hakkı ile kul hakkı değil] bir kul
hakkı ile bir başka kul hakkı çatışmaktadır ve şufadar müşteriye öncelenir.
Onun yerine geçen kişi hakkında da aynı hüküm geçerlidir. Burada şufadar
kaynaklı bir yetkilendirme de yoktur. Fâsit bir akitle aldığı evi bir başka-
sına kiraya vermiş olmak veya fâsit bir akitle aldığı bir câriyeyi başkasıyla
evlendirmek ilk fâsit akdin feshine engel değildir. Bu durumda satıcı kendi
cihetinden tamamlanmış bir şeyi iptal etmiş olmaz. İlk fâsit akit feshedil-
diğinde nikâh akdi devam eder ama kira akdi devam etmeyebilir. Çünkü
kira akdi, [1] sonradan ortaya çıkan bir mazeret sebebiyle feshedilebildiği
için ve fesâdın kaldırılması da bir mazeret olduğu için feshedilebilir. Gö-
rülmez mi ki; müşteri satın aldığı evi kiraya verdikten sonra evde bir ku-
surun olduğunu görse kira akdini bozup evi tekrar satıcıya iade edebiliyor-
du. Fesâdı ortadan kaldırmak için kira akdinin feshedilmesi daha evlâdır.

[فاضل أمير] نقول: يكون معنى ما قاله في الكافي «والمتقوم ما أبيع نفعه» أنّ غير المتقوم ما لا يباح نفعه وصدق هذا الكلام يكون بعدم إباحة الانتفاع وكذا بعدم وجود النفع وفي الحجة الواحدة لا يوجد النفع ظاهرًا فمن نظر إلى إباحة مضغها وبلعها قال بتقومها ومن نظر إلى عدم النفع قال بعدم تقومها فلا منافاة في الحقيقة. ٥

٥٦. رهن المال المشتراة بعقد فاسد

[التسهيل] ولو أخرجته المشتري من ملكه أو تصرف تصرفًا لازمًا ككتابة ورهنٍ وهبةٍ لم يُفسخ لأنه حصل بتسليط من جهة البائع فلا يملك نقضه لأن سعي الإنسان في نقض ما تمّ به مردود، ولأن حق العبد تعلق بالتصرف الثاني ونقض الأول لحقّ الشرع فقُدّم حقّ العبد بخلاف تصرف المشتري في المشفوعة حيث يملك الشفيع نقضه إذ كلاهما حقّ العبد والشفيع مقدّم على المشتري فكذا على من قام مقامه ولا تسليط من الشفيع وبخلاف الإجارة والنكاح إذ لم يلزم نقض ما سلط بقي النكاح لا الإجارة فله نقضها لأنها تُفسخ بالأعذار ورفع الفساد عذرًا، ألا يرى أن المشتري إذا أجر المبيع ثم وجد عيبه فله نقض الإجارة ليرده فهنا أولى ١٥

[2] İkinci olarak kira akdi anbean kurulmaktadır. Dolayısıyla [kira akdini feshederek] evi ilk sahibine iade etmek, henüz meydana gelmemiş menfaati kiraya vermekten kaçınma anlamına gelir ve bunda kendisiyle tamam olan bir şeyi yıkmak anlamı yoktur. Buna mukabil fâsit bir akitle satın alınan evi bir borç sebebiyle ikinci bir şahsa rehin olarak verme durumunda rehin akdi lazımlı bir akit olduğu için akdin iptal edilmesine mâni olur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Müşterinin fâsit akitle satın aldığı evi borcu sebebiyle bir başkasına rehin olarak vermesi hâlinde borcun ödenip rehinin geri alınmasına kadar beklemeyi gerekli görüp ondan sonra fâsit satım akdinin feshinin câiz olduğunu söylemek hukuk mantığı açısından tutarlıdır. Çünkü bu durumda hem Allah hakkına hem kul hakkına beraberce riayet edilmiş olunur. Aynı şey kira akdinde de söylenebilir. Nitekim Rehin bölümünde geleceği üzere rehin olarak bırakılan şeyi, borcu ödeyerek rehni kurtarma zamanında teslim şartıyla satmak veya kiraya verilmiş evi kira süresi bittikten sonra teslim etmek şartıyla satmak câizdir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: [el-Haddâd el-Abbadî (ö. 800)] *es-Sirâcu'l-Vehhâc* adlı eserinde der ki: “Müşteri mebî rehin bıraksa rehin sahih olur; satıcının bu rehni iptal yetkisi yoktur. Müşteri rehnettiği malı, [fâsit akitle satın almış olduğu mebîin] kıymetini ödemesine mahkeme kararıyla hükmedilmeden önce rehinden kurtarsa, onu satıcıya iade eder. Ancak müşteri rehnettiği malı mahkemenin kıymete hükmetmesinden sonra rehinden kurtarsa bu durumda mebî satıcıya iade edemez.” Bu ifadelerden anlaşılıyor ki, fâsit akdi kesinleştirmenin bir yolu da mahkemenin kıymete [yani müşterinin fâsit akitte anlaştıkları semeni değil, malın kıymetini ödemesine] hükmetmesidir. Nitekim fâsit akitle satın aldığı malı artık ulaşılamayacak biçimde elinden çıkarması durumunda da hüküm böyledir. Hükmün bu şekilde verilmesinde kul hakkına -yani burada satıcının hakkına- riayet edilmiş olmaktadır. Çünkü Şeyh'in tercihi ettiği “fâsit akitle alınan malın başkasına rehnedilmesi durumunda başta fâsit alım satımı feshedip, satıcıya müşterinin malı rehinden kurtarmasına kadar sabretmesini emretmek” şeklindeki görüş, satıcının malının başkasının elinde tutulmasını gerektireceğinden ona zarar vermektedir. Ayrıca bunda başka bir sakınca daha vardır ki o da şudur: Rehin alanın elinde helak olması durumunda genelde rehnedilen malın kıymeti borçtan fazla olacağından, rehnedilen malın borçtan fazla olan kısmının, [a] satıcının malından bir emanet olarak helak olacağını söylersek, bu fazlalığın hasar sorumluluğunu rehin vermemiş olan kişiye yüklemiş oluruz.

ولأنها تنعقد ساعة فساعة فيكون الردُّ امتناعاً بالإضافة إلى المنافع التي لم يحدث فلم يلزم نقض ماتم به بخلاف الرهن.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو جُوز نقض البيع في صورة الرهن مع وجوب الصبر إلى انفكاك رعاية لحق الشرع والعبد لكان له وجهٌ وكذا في الإجارة كما جاز شراء الرهن والمستأجر مع الصبر إلى انفكاك ومضي مدة الإجارة على ما يجيء في كتاب الرهن.

[فاضل أمير] نقول: قال في السراج الوهاج ولو كان المشتري رهن المبيع صح الرهن وليس للبائع إبطاله فإن افتكه المشتري قبل أن يقضي عليه بالقيمة فإنه يرده على البائع وإن افتكه بعد ما قضي عليه بالقيمة فلا سبيل له على البائع انتهى. فعلم منه أن هنا طريقاً للقطع وهو القضاء بالقيمة على المشتري كما هو حكم المبيع فاسدًا إذا أخرجه المشتري عن يده بحيث تعذر الوصول إليه وفي هذا رعاية حق العبد يعني البائع لأن على ما اختاره الشيخ من نقض البيع بينهما والأمر للبائع بالصبر إلى أن يفتكه المشتري يلزم الضرر على البائع بحبس ماله في يد الغير على أن فيه محذوراً من جهة أخرى وهو أن على تقدير هلاك الرهن في يد المرتهن والغالب أن يكون قيمة الرهن أكثر من الدين فإن قلنا بفوات الزائد الهالك أمانة عن مال البائع يلزم غرامة هذه الزيادة على غير الراهن؛

[b] Bu fazlalığın müşterinin malından helak olduğunu söylersek, bu durumda da mal sahibi dışında birine hasar sorumluluğunu yüklemiş oluruz. Çünkü akdin feshedilmesiyle rehnedilen mal müşterinin mülkiyetinden çıkmış olacaktır. Sözü edilen iki hasar sorumluluğu yani râhin dışında birinin ve malik dışında birinin hasar sorumluluğunu yüklenmesi ise şeriatte 5 örneği görülmemiş bir uygulamadır. Bu noktayı iyi anla!

Ayrıca Şeyh'in, satıcının rehnin çözülmesine kadar bekletilmesini, merhûn malı satın alan kişinin rehnin çözülmesine kadar bekletilmesine kıyas etmesi de tam bir kıyas değildir. Çünkü kendisine kıyas yapılan 'bekleme' 10 (merhûnu satın alan kişinin bekletilmesi) kesin olmayıp; müşteri dilerse akdi fesheder, dilerse rehnin çözülmesine kadar bekler. Bizim meselemizde ise satıcının, akdin feshedilmesinden sonra rehnin çözülmesine kadar bekletilmesi zorunlu ve ne zamana kadar süreceği veya gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir bekletmedir. Bizim "Merhûnu satın alan 15 müşteri dilerse akdi fesheder, dilerse rehnin çözülmesine kadar bekler." sözümüz [Tarsûsî'ye (ö. 758) ait] *Enfau'l-Vesâil* adlı eserde açıkça belirtilmektedir. Orada şöyle denilmektedir: "Rehnedilmiş malı satın alan müşteri dilerse rehnin çözülmesine kadar bekler; dilerse durumu mahkemeye intikal ettirir ve kadı teslim gücü yetirilemediği gerekçesiyle akdi fesheder."¹ 20 Bu beyandan ortaya çıkmaktadır ki; şer'ın kurallarına en uygun olan ve birini zarar yüklenmeye mecbur etmekten uzak olan çözüm bizim âlimlerimizimizin söylediği "fâsit alım satımda tarafların arasını ayırmanın yolunun mahkemenin kıymete hükmetmesi ve rehnin rehin işlemini gerçekleştiren müşteriye ait olması" şeklindeki görüştür. Şeyh'in öne sürdüğü "fâsit akitle 25 alınan malın başkasına rehnedilmesi durumunda başta fâsit alım satımı feshedip, rehnedilen malı -rehin işlemini gerçekleştirmemiş olan- satıcıya ait kılıp ona müşterinin malı rehinden kurtarmasına kadar sabretmesini emretmek" şeklindeki görüş ise bu iki özellikten uzaktır.

57. Olmadığı Bilinen Bir Alacak Karşılığında Alım Satım Yapmak

[**Teshîl**] Satıcı ve müşteri aslında müşterinin bir alacağı olmadığını bildikleri hâlde bu alacak mukabilinde bir mal üzerinde alım satım akdi yaparsa, satım bedelinin yokluğu sebebiyle akit bâtil olur.

1 Tarsûsî, *Enfau'l-Vesâil*, Matbaatu'ş-Şuruk, 1926, s.141.

وإن قلنا بفوت^١ هذه الزيادة عن مال المشتري يلزم تغريم غير المالك لأن المبيع المرهون قد خرج عن ملك المشتري بنقض البيع وكل واحد من تغريم غير الراهن وتغريم غير المالك لم يعهد في الشرع فافهم،

ثم ما قاسه الشيخ من الصبر إلى الفكك في هذه الصورة على الصبر إليه
 ٥ فيمن اشترى المرهون ليس بتام لأن الصبر في المقيس عليه ليس بمتحتم بل المشتري فيه إن شاء ينقض البيع وإن شاء صبر إلى الفكك وأما فيما نحن فيه إذا أمر البائع بعد نقض البيع بالصبر إلى الفكك يلزم الصبر حتمًا إلى زمان لا يدري متى يجيء ويقع، وقولنا المشتري إن شاء ينقض البيع مصرح به في أنفع الوسائل قال في مسألة الراهن إذا وقف إن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي وللقاضي أن يفسخ ١٠ العقد لفوات القدرة على التسليم انتهى فحصل من هذا البيان أن الوجه الأنسب بقواعد الشرع والأسلم من الجبر على تحمل الضرر هو الذي قال به علماؤنا نور الله مراقدهم وهو أن يفصل بينهما بالقضاء على المشتري بالقيمة ويكون الرهن للمشتري الراهن لا ما قاله الشيخ وهو أن ينقض البيع بينهما ١٥ ويكون الرهن للبائع الغير الراهن ويلزمه الصبر إلى فك المشتري الرهن كما لا يخفى.

٥٧. البيع بدين يعلم عدمه

[التسهيل] بطل لو تبايعا عينًا بدين عالمين بعدم الدين لعدم الثمن.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Alım satım bölümünün başında geçtiği üzere “Nukûd (Para) kabilinden olan şeyler akitte taayyün etmez.” ve bu kısmın sonunda ‘önceden var olan bir alacağa karşılık fâsit akitle satın alma’ meselesinde geleceği üzere “Alacak, satım bedeli olarak taayyün etmez.” Bunun içindir ki, müşteri satıcıdaki alacağına karşılık ondan bir şey satın alsa ve sonra taraflar aslında aralarında önceden bir alacak verecek olmadığı konusunda birbirlerini tasdik etseler yapılan satım akdi sahih olur. Buna göre taraflar baştan itibaren bir alacak verecek olmadığını bilerek bir alım satım yaptıklarında da bu akdin sahih olması gerekir. Zira alım satım akdinde deyn [semen olarak] taayyün etmez; dolayısıyla müşterinin satıcıda alacağı olsun veya olmasın sözü edilen alacak miktarının misli mukabilinde satım akdi gerçekleşmiş olur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Baştan bir alacağın olmadığını bilerek akit yapma durumu ile alacağın olduğunu zannederek akit yapıp akitten sonra alacağın olmadığını ortaya çıkması ve alacağın olmadığı konusunda birbirlerini tasdik etmeleri durumu arasında fark gözetilmiştir. Bizim bu konudaki tam ve geniş açıklamamız bu kısmın sonunda gelecektir.

58. Tabaklanmamış Derinin Satımının Hükümü

[**Teshîl**] Murdar hayvanın (meyte) kendisi gibi, derisinin de satıma konu edilmesi durumunda akit bâtıldır. Çünkü Hz. Peygamber’in, “Meytenin derisinden bile istifade etmeyiniz!” sözü sebebiyle ondan yararlanmak haramdır. Ancak meytenin derisi tabaklanırsa, temiz hâle geleceği için yararlanılması ve satıma konu edilmesi câizdir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Meyte derisini satmanın hükmünün şarap satmanın hükmü gibi olması gerekir. Şöyle ki; biz meyte derisine değer vermemekle emrolunduk. Meyte derisini -kasden- satıma konu etmek ona değer vermek anlamına gelir. Buna göre meyte derisinin [zimmette sabit olan] deyn mukabilinde satılmasının bâtıl; somut eşya mukabilinde satılmasının ise fâsit olması ve [bu ikinci durumda] somut eşyanın, kıymeti mukabilinde mülk edinilmiş olması gerekir. *el-Gâye* müellifi meyte derisini faydalanılmadığı gerekçesiyle mal saymamıştır. Ancak bu görüş diğer kitaplarda gördüklerimize aykırıdır. Zira daha önce geçtiği üzere bir şeyin mal olması ondan faydalanılmasıyla değil insanların onu elde etmek ve korumak için çaba sarf etmeleri ve ona kıymet vermeleriyle olur.

[الشيخ بدر الدين] أقول: النقود لا تتعين في العقود كما مرّ في أوائل كتاب البيوع وكما سيجيء في شرح أواخر هذا الفصل في مسألة الشراء فاسداً بدين سابق عليه: أن الدين لا يتعين للثمنية ولذا لو اشترى بدين على البائع ثم تصادقا أن لا دين يصح البيع فينبغي أن يصح التبائع بدين عالمين بعدمه إذ الدين لا يتعين فينعقد بمثل الدين مطلقاً سواء كان عليه دينٌ أو لا.

[فاضل أمير] نقول: فرق بين أن يعلم عدم الدين ويعقدا مع العلم وبين أن يعقدا على زعم الوجود ثم يظهر عدمه ويتصادقا على عدمه بعد العقد وسيأتي ممّا البيان أتم من هذا قريباً من أواخر هذا الفصل.

٥٨. بيع الإهاب الغير المدبوغ

[التسهيل] بطل إهاب الميتة كالميتة لحرمة الانتفاع به لقوله ﷺ «لا تتفعدوا من الميتة بإهاب» ضد ما دُبغ فإنه يُباع ويُتفَع به لطهارته.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون بيع الإهاب كبيع الخمر لأننا أمرنا بإهانة الإهاب وفي بيعه مقصوداً إعزازه فينبغي أن يبطل لو قوبل بدين ويفسد لو قوبل بعين، فيملك العين بالقيمة وصاحب الغاية جعله غير مالٍ بناءً على عدم الانتفاع وهو مخالف لما رأيناه في سائر الكتب إذ المالية باعتبار الشح أو بغيره مما ذكر لا بالانتفاع.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Kâfi*¹de denilir ki bir şeyin mal olması, bütün insanların veya bir kısmının onu mal edinmesiyle olur.¹ Allâme-i Rûmî'nin *el-İzâh* adlı eserinde ise "...murdar hayvanın tabaklanmamış derisi [satıma konu edilemez]. Çünkü o mal değildir. Bir şeyin mal olması kesbî bir fiil sayesinde gerçekleşir."² denilmektedir. Bundan anlaşılıyor ki, tabaklanmamış derinin satımının bâtil olması, onda mal olma vasfının bulunmaması sebebiyledir. Bu bakımdan -kendisinde mal olma vasfı bulunan- şarabın satımı gibi kabul ederek tabaklanmamış derinin satımını bir takdire göre bâtil, diğer bir takdire göre fâsit saymak hukuk mantığı açısından tutarlı olmaz. Daha sonra *et-Tebyîn*'de konuya ilişkin şu değerlendirmeyi gördüm: "*el-Muhît* sahibinin [İbn Mâze] zikrettiğine göre tabaklanmamış murdar hayvan derisi şarap gibidir; çünkü tabaklanmamış deri de insanlar arasında rağbet görmekte ve şarap gibi bir açıdan mal olmaktadır. Pezdevî ise bir parçası olduğu gerekçesiyle murdar hayvanın derisini, murdar hayvanın kendisi gibi değerlendirmiştir."³ Bunlardan anlaşılıyor ki, meşâyihimizden bazıları tabaklanmamış meyte derisinin mal olduğunu, bazıları da mal olmadığını söylemişlerdir. Her iki görüş de meşâyih tarafından dile getirilmiş olduğuna göre *el-Gâye* sahibi meyte derisinin mal olmadığı görüşünde tek kalmış değildir. Bu bakımdan Şeyh'in öne sürdüğü "*el-Gâye* sahibinin tabaklanmamış meyte derisinin mal olmadığı şeklindeki görüşünü diğer kitaplarda bulamadım." sözü yersizdir. Evet, *el-Gâye* sahibinin tabaklanmamış meyte derisinin mal olmamasını, 'yararlanmanın yokluğu'na bağlaması, usûl ve fûrû' kitaplarındaki mal tariflerine aykırıdır. Kuhistânî der ki: "Bu konuda usûlde söylenenlerin özü şudur: Menfaat mal değildir. Çünkü mal, ihtiyaç zamanı için saklanan şeydir. Malın bu şekildeki tanımının kapsamına gerek yararlanılması mubah olan şeyler gerekse şarap ve domuz gibi yararlanılması mubah olmayan şeyler girerken; bir saç teli, bir avuç toprak ve bir yudum su gibi şeyler tanım dışında kalır. Kendisinden yararlanılması şer'an mubah olan mal, mütekavvim olurken; yararlanılması mubah olmayan mal ise gayr-i mütekavvimdir."⁴ Bundan anlaşılıyor ki, yararlanmanın yokluğu, mal olma vasfının yokluğunun değil, mütekavvim olma vasfının yokluğunun lâzımıdır.

1 Neseî, *el-Kâfi*, II, vr. 236a.

2 İbn Kemâl, *el-İzâh*, vr. 241b.

3 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 45.

4 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, Mazharu'l-Acaib, 1858, III, 375.

[فاضل أمير] نقول: قال في الكافي أن المالية تثبت للشيء بتمول كل الناس أو البعض إياه وفي الإيضاح للعلامة الرومي ولا جلد الميتة قبل دبعه لأنه ليس بمال وإنما تحصل المالية بصنع مكتسب انتهى، فعلم منه أن البطلان في بيع الإهاب إنما هو من انتفاء المالية فيه فلا يتجه جعل بيعه كبيع خمر فيه المالية وبطالان بيعه على تقدير وفساده على تقدير آخر من انتفاء وصف ٥

التقوم ثم رأيت في التبيين أنه قال وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره صاحب المحيط لأنه مرغوب فيه بين الناس فصار مالاً من وجه كالخمر ونحوها وجعله البزدوي كالميتة لأنه جزؤها انتهى فتبين منه أن كلاً من القول بمالية الإهاب وعدمها مما قال به بعض من مشايخنا وصاحب الغاية ليس بمتفرد ١٠

في القول بعدم ماليته فلا وجه لما قاله الشيخ من أنه مخالف لسائر الكتب نعم أن تعليل صاحب الغاية عدم كونه مالاً بعدم الانتفاع به مما يخالف تفسير المال في الأصول والفروع قال المولى القهستاني والتحقيق على ما في الأصول أن المنفعة ليست بمال فإنه ما يدخر لوقت الحاجة ويدخل في تعريف المال ما يكون مباح الانتفاع وما لا يكون كالخمر والخنزير ويخرج عنه نحو شعرة وكف تراب وشربة ماء فإن أبيع الانتفاع به شرعاً فمتقوم ١٥

-بالكسر- وإلا فغير متقوم انتهى؛ فظهر منه أن عدم الانتفاع لازم عدم التقوم لا عدم المالية.

59. Ümmüveledin Satımına İlişkin Mahkeme Kararı

[Teshîl] Ümmüveled câriyenin satılması -hürriyetine kavuşma hakkına riayet gerekçesiyle- bâtıldır. Muhammed, ümmüveledin satımının sahihliği yönündeki mahkeme kararının -ümmüveledin satımının yasaklığı konusunda gerçekleşmiş olan icmâa aykırılık nedeniyle- geçerli olmayacağını öne sürmüştür. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre ise ümmüveledin satımının câiz olup olmadığı icthadî bir konu olduğu için hâkimin bu konudaki hükmü geçerlidir. Nitekim Davud el-İsfahânî gibi Zâhirîler ümmüveledin satımının câiz olduğu fikrindedirler.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: İmamlarımız arasındaki bu görüş ayrılığı, ümmüveledin satımının hâkimin mezhebine göre câiz olması durumunda olmalıdır. Kendi mezhebine aykırı olarak ümmüveledin satımının sahihliğine hüküm vermesi hâlinde ise hâkimin verdiği bu hükmün Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre değil, Ebû Hanîfe'ye göre geçerli olması gerekir. Kazâ bölümünde bu konu açıklanacak.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Mevlâ Ayasuluğî, *el-Mecma'* şerhinde Muhammed'in delilini zikrederken şöyle der: "[Muhammed'e göre hâkimin bu konudaki hükmü geçerli olmaz.] Çünkü bu hüküm ümmüveledin satımının yasaklığı konusundaki icmâa aykırıdır. Ümmüveledin satımının sahihliği görüşünde olanlar da bu görüşlerinden vazgeçtikleri için ümmüveledin satımının yasaklığı konusunda icmâa oluşmuştur. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre ise ümmüveledin satımının hükmü icthadî bir konudur. Bu görüş farklılığı, tabiunun icmânının sahabe ihtilafını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı konusuna dayanır. Bu konuda fetvaya esas olan görüş şudur: Başka bir hâkimin tenfiz etmesi durumunda ümmüveledin satımı sahih olur."¹

Bundan anlaşılıyor ki, ümmüveledin satımının icthadî bir konu olmasının anlamı, bu satımın sahihliğinin sahabe arasında tartışma konusu olmasıdır. Yoksa ki, Zâhirîlerin bu satımı sahih görmeleri değildir. Açık olan husus budur. Çünkü ashabımız bir konunun hangi durumda icthadî olacağına farklı görüşlere sahiptir. Bazılarına göre bir konunun icthadî olması için onun sadr-ı evvelde yani sahabe ve tabiun döneminde ihtilafı olması gerekir. Bu yüzden bu görüş sahipleri derler ki, bir konu [hakkında sadr-ı evvelde bir ihtilaf yoksa] Mâlik ve Şâfi'nin o konuda farklı bir görüş öne sürmesiyle icthada açık hâle gelmez. *el-Hidâye* ve şerhlerinde böyle geçer.² Mâlik ve Şâfi'nin muhalefetinin bile bir konuyu icthada açık hâle getirip getirmeyeceği tartışılmalıysa Zâhirîlerce sahih görüldüğünden hareketle bir konunun icthada açık hâle geldiği nasıl söylenebilir?

1 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr. 123a.

2 Detay için bk. Merginânî, *el-Hidâye*, III, 107; Babertî, *el-İmâye*, Daru'l-Fikr, ts, VII, 305-306; el-Aynî, *el-Binâye Şerhu'l-Hidâye*, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 2000, IX, 51.

٥٩. حكم القاضي ببيع أم الولد

[التسهيل] بطل أم الولد رعايةً لِحَقِّ العِتق، ما نَفَذَ محمد الحكم بصحة بيعها لإبائِ الإجماع، ونَفَذاه لَأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ فَإِن بِيَعِ أمَ الولد صحَّ عند أصحابِ الظاهر كداود الأصفهاني.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون هذا الخلاف فيما كان بيعها جائزاً في مذهب الحاكم بصحة بيعها أما إذا لم يكن بيعها جائزاً في مذهب الحاكم بصحة بيعها ينبغي أن ينفذ حكمه بالصحة عند أبي حنيفة لا عندهما على ما يُبَيِّنُ في كتاب القضاء.

[فاضل أمير] نقول: قال المولى الأياثلوغي في شرح المجمع في بيان الدليل عن طرف محمد وله أنه يخالف الإجماع لرجوع القائلين بصحة بيعها؛ لهما أنه ١٠ مجتهد فيه وهو مبني على أن إجماع التابعين هل يرفع خلاف الصحابة رضي الله والفتوى على أنه يصح لو نفذه قاض آخر انتهى.

فعلم منه أن المراد من كون بيع أم الولد مجتهداً فيه أن يكون صحة بيعها مختلفاً فيه بين الصحابة رضي الله لا كونه صحيحاً عند أصحاب الظواهر وهذا ١٥ هو الظاهر لأن أصحابنا اختلفوا في كون المحل مجتهداً فيه فقال بعضهم لا بد فيه من كون المسألة مختلفاً فيها في الصدر الأول يعني بين الصحابة والتابعين حتى قالوا لا يكون المحل مجتهداً فيه بخلاف مالك والشافعي كما في الهداية وشروحها فإذا وقع مثل هذا الاختلاف في خلاف مالك والشافعي كيف يصح أن يقال إنه مجتهد فيه لأنه صح عند أصحاب الظاهر.

Şeyh'in "İmamlarımız arasındaki bu görüş ayrılığı, ümmüveledin satımının hâkimin mezhebine göre câiz olması durumunda olmalıdır." şeklindeki sözü zaten muteber kitaplarda açıkça belirtilen kesin bir husustur. Dolayısıyla Şeyh'in konuyu sanki ilk defa kendisi dile getiriyormuş gibi bir üslupla sunması yer-
sizedir. Üstâd Sadruşşerîa *el-Vikâye* sahibinin "Sadr-ı evvelde ictihada açık olan konularda başka bir hâkimin hükmü uygulanabilir." sözünü şerh ederken der ki:
"Bundan çıkan sonuç şudur: Bir hâkim ictihada açık olan bir konuda hüküm verdiği zaman o konu artık diğer hâkimin tenfiz etmesi gereken, icmâ edilmiş bir hüküm [gibi] olur. Bu söylenenler, hâkimin kendi mezhebine göre hüküm vermesi durumunda geçerlidir; kendi kanaatine aykırı hüküm vermesinin hükmü aşağıda gelecektir."¹ Sadruşşerîa'nın "...aşağıda gelecektir." dediği şey şudur: "İctihada açık olan bir konuda hâkimin kendi mezhebine aykırı olarak verdiği hüküm, bunu bilerek veya unutarak yapmış olmasına bakılmaksızın, İmâmeyn'e göre nâfiz değildir ve fetva bu görüş doğrultusunda verilmektedir."

60. Başkasına Ait Malı Kendi Malıyla Birlikte Satmak

[Teshîl] Bir kimse kendi kölesi ile bir başkasının kölesini aynı akitle satsa, fiyatlarını ayrı ayrı belirtmiş olmasa dahi akit, kendisine ait olan köle hakkında -toplam satım bedelinden tekabül ettiği miktar mukabilinde- sahih olur. Nitekim vakıf arazisi ile özel mülk aynı akitle birlikte satıldığında akit özel mülk hakkında sahih olurken vakıf arazisi hakkında bâtil olmaktadır. Mezhepte daha sahih sayılan görüş budur. Diğer bir görüşe göre ise aynı akitte hür ve kölenin beraberce satılması durumunda olduğu gibi burada da akit sahih değildir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in -vakfın tescil edilmiş olup olmaması, mescit olup olmaması, mescidin özel veya genel olup olmaması ve mamur veya harap olup olmaması arasında bir fark gözetmeksizin- konuyu mutlak ifadeyle sunması, özel mülke eklenerek birlikte satılan vakfın ne tür bir vakıf olduğu konusunda -daha sahih görüşe göre- bir ayırım gözetilmediği izlenimini uyandırmaktadır. Hâlbuki vakfedilmiş malın satımının fâsitliği hükmünün özel mülke sirayet etmemesi konusunda muhtâr olan râcih görüş, vakfın tescilli olmasıyla olmaması arasında bir farkın bulunmaması, [buna mukabil], vakfın bir mescit olmasıyla olmaması, genel olmasıyla özel olması arasında veya mamur olmasıyla harap olması arasında fark bulunmasıdır. Mısırlı İbn Nüceym *el-Bahrur-Râik* adlı eserinde şöyle demektedir:

1 Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, Müessesetu'l-verrak, Umman, 2006, IV, 119-120.

ثم ما ذكره بقوله «أقول ينبغي أن يكون هذا الخلاف فيما إذا كان بيعها جائزاً في مذهب الحاكم بصحة بيعها الخ» فهو أمر متحتم مصرح به في معتبرات الفن فلا ينبغي إيرادها على هذا الوجه مصدرًا بلفظ «ينبغي» قال المولى التحرير صدر الشريعة في قول صاحب الوقاية ويمضي حكم قاض آخر في مختلف فيه في الصدر الأول فحصل بهذا أن القاضي إذا قضى في مجتهد فيه يصير مجمعا عليه يجب على قاض آخر تنفيذه وهذا إذا حكم على وفق مذهبه أما إذا حكم على خلاف مذهبه فسيأتي، انتهى. يريد بما سيأتي ما قاله بعيد هذا والقضاء في المجتهد فيه بخلاف رأيه ناسيًا مذهبه أو عامدًا لا ينفذ عندهما وبه يفتى.

٦٠. بيع مال غيره مضمومًا إلى مال نفسه

١٠ [التسهيل] ولو جمع قنّه وقنّ غيره صحّ في قنّه بحصته وإن لم يُفصل وكذا صحّ في الملك دون الوقف في الأصح لو جُمعا، وقيل: لا يصحّ كحر وقن جُمعا.

[فاضل أمير] نقول: إطلاقه يشعر بأن لا يكون فرق بين وقف ووقف في جواز بيع الملك المضموم إليه على القول الأصح من غير أن لا يكون فرق بين كون ذلك الوقف وقفًا مسجلًا وغير مسجل ولا بين كونه مسجلًا وغير مسجل ولا بين كون المسجد خاصًا وعمامًا ولا بين كونه عامرًا وخرابًا ولكن القول الراجح المختار هو عدم الفرق بين المسجل وغيره في هذا الحكم يعني في عدم سراية الفساد من الوقف إلى الملك وأن يفرق بين كون الوقف مسجلًا وغيره وبين كونه للعمام أو عامرًا وبين أن يكون مسجد خاص أو خرابًا قال المولى ابن نجيم^١ المصري في البحر الرائق

“Kostantiniyye’de bir olay meydana geldi. Bir kimse vakıfla özel mülkü birlikte sattı. Kostantiniyye müftüsü, akdin vakıf hakkında sahih olmadığı gibi özel mülk hakkında da sahih olmadığına fetva verdi. Bu fetvanın mezhepte daha sahih olan görüşe aykırı olduğu söylenerek müftüye itiraz edildi. Müftü bu itiraza şu cevabı 5 verdi: ‘Mezhepte daha sahih olan görüş, mahkeme tarafından sıhhatine ve lüzumuna hükmedilmemiş olan vakfa ilişkindir. Böyle bir vakfın durumu, -tıpkı müdebber gibi- ictihada açıktır. Ancak mahkemenin sahihliğine ve lüzumuna hükmettiği vakıf, icmâen bağlayıcı olduğundan tıpkı hür insanın satımı gibi olur ve ondaki fesâd, özel mülke de sirayet eder.’¹ Fakat Kâdihân’ın *el-Fetâvâ*’sında dile 10 getirdiği şu husus, müftünün verdiği bu cevabın da problemliliğini göstermektedir: Bir yerin vakıf olduğuna dair mahkeme kararından sonra orası için açılan mülkiyet davası dinlenir ve bu vakıf hür [insan] gibi değerlendirilemez. Çünkü böyle bir vakıf özel mülkiyete eklenerek birlikte satıldığında akit özel mülk hakkında fâsit olmamaktadır. Benzer şeyler *ez-Zabîriyye*’de de geçmektedir. 15 Bunun tevili mümkün değildir. Dolayısıyla doğru neyse ona dönmek gerekir. Doğru olan görüş de vakfın mutlak olmasıdır. Çünkü mahkeme kararından sonra vakıf her ne kadar -icmâen- bağlayıcı olmakta ise de bazı durumlarda satılabilmektedir. Nitekim mahkeme kararıyla bağlayıcılık kazanmış olan vakıf; [1] istibdal şartıyla satılabilmektedir, ki bu işlem Ebû Yûsuf’un fetvaya esas olan gö- 20 rüşüne göre sahihtir. [2] Gelirinin azalması sebebiyle satılabilir, ki Ebû Hanîfe ve Muhammed’in görüşü budur. [3] Geri alınması mümkün olmayacak bir şekilde gasbedilmiş olması sebebiyle satılabilir. Bu durumlarda vakıf nâzırı vakfi satabilir. Kâdihân’da böyledir. [4] Ya da vakıf, Hanbelî bir hakimin hükmüyle satılabilir. Çünkü *Mirâcu’d-Dirâye*’de geçtiği gibi Hanbelîlere göre vakfın satılması ve be- 25 deliyle ondan daha hayırlı bir şeyin alınması câizdir. Vakfın satımını câiz hâle getiren bu sebepler varken vakıf, hür kişi gibi nasıl değerlendirilebilir?”

Çivizâde *ed-Dürrer*’e yaptığı ta’likte bu nakle yer vermiş ve bunun önde gelen ulema tarafından benimsenen görüş olduğunu belirtmiştir. Ayasuluğî *el-Mecma*’ şerhinde şöyle der: “Velvâlicî vakıf bölümünde şöyle der: 30 Bir kimse içerisinde mamur [yani halen kullanılmakta olan] bir mescit olan arazisini mescidi istisna etmeden satsa -kuvvetli olması sebebiyle- mescidin satımındaki fesâd arazinin satımına sirayet eder. Bu işlem tıpkı köle ile hür insanı birlikte satmak gibidir. Arazi içindeki mescidin mamur olmayıp harap durumda olması durumunda ise fesâd arazi satımına sirayet 35 etmez. Çünkü kimi âlimlere göre bu mescit satılabileceğinden bu durumda fesâd kuvvetli değildir ve tıpkı köle ile müdebberi birlikte satmak gibi olur.

1 İbn Nüceym, *el-Babru’r-raik*, Daru’l-kitabi’l-İslamî, ts, VI, 98.

وقعت حادثة في القسطنطينية وهي جمع بين وقف وملك وباعهما صفقة واحدة فأفتى مفتيها بعدم الصحة في الملك كالوقف فاعترض عليه بأنه مخالف للأصح فأجاب بأنه محمول على وقف لم يحكم بصحته ولزومه فيكون كالمدبر مجتهدا فيه أما ما قضى القاضي فهو كالحر للزومه إجماعاً فيسري الفساد إلى الملك، ولكن يرد عليه ما صرح به قاضيخان في فتاواه أن الوقف بعد القضاء تسمع دعوى الملك فيه وليس هو كالحر بدليل أنه لو ضم إلى ملك لا يفسد البيع في الملك وهكذا في الظهيرية، وهذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع إلى الحق وهو إطلاق الوقف لأنه بعد القضاء وإن صار لازماً بالإجماع لكنه يقبل البيع بعد لزوم الوقف إما بشرط الاستبدال وهو صحيح على قول أبي يوسف المفتى به أو بضعف غلته كما هو قولهما أو بورود غضب عليه ولا يمكن انتزاعه فللناظر بيعه كما في فتاوى قاضيخان أو بقضاء قاض حنبلي ببيعه فإن عنده يجوز بيع الوقف ويشترى ببدله ما هو خير منه كما في معراج الدراية فكيف يجعل الوقف كالحر مع وجود هذه الأسباب المجوزة لبيعه انتهى.

ورأيت أن المولى الفاضل الشهير بجوي زاده فيما علّقه على هامش درره قد نقل هذا المنقول وصرح بأنه الوجه المرضي عند العلماء الفحول وقال المولى الآياثلوغي في شرح المجمع وقال الولوالجي في الوقف لو باع أرضا فيه مسجد معمور ولم يستثنه يسري الفساد لقوته كبيع عبد وحر أو خراب لم يسر لقبوله البيع عند البعض فلم يكن قويا كبيع عبد ومدبر.

el-Münyeye sahibi [Fahredden el-Bedî' el-Kuzebnî] şöyle demiştir: [1] Bir kimsenin satın aldığı arazi içinde bir vakıf bulursa bir görüşe göre tıpkı hür ile kölenin aynı akde konu edilmesi durumunda olduğu gibi, akit hepsi hakkında bâtil olur. Daha sahih olan görüşe göre ise bu akit, köle ile müdebberin birlikte satılması örneğinde olduğu gibi, sadece mülk hakkında sahih olur. [2] Bir kimsenin satın aldığı arazi içinde özel bir mescit bulursa akit tamamı hakkında bâtil olur. [3] Bir kimsenin satın aldığı arazi içinde genel mescit bulursa, akit mülk hakkında câiz olur.”

Bu söylenenlerden mescidin mamur olması ile harap olması arasında ve mescidin özel olmasıyla genel olması arasında fark bulunduğu ortaya çıkmış oldu. Fakat Ayasuluğî'nin *Münye*'den naklettiği “arazi içinde özel mescit bulunması hâlinde akdin, tamamı hakkında bâtil olacağına; mescidin genel olması durumunda ise akdin mülk hakkında câiz olacağına dair” naklin sıhhati konusunda kalbim tatmin olmadı; aksine bende nüshanın sağlam olmadığı yönünde galip zan oluştu. Çünkü bu nakil, vakıf mescit konusunda zikredilmiş olan ilkeye uygun değildir. Vakıf mescit konusundaki ilke şudur: Mescit genele ait olup onun için ayrı bir yol tahsis edilmişse ve insanlara orada namaz kılma izni verilmişse mescidin vakıf olma yönü kuvvetli olur; aksi takdirde zayıf olur. Elimdeki *el-Münyeye* nüshasına müracaat edip burada da aynı nakli görünce şaşkınlığım ve tereddüdüm iyice arttı. Uzun araştırmalardan sonra *el-Fetâvâ'l-Hâniyye*'nin Fâsit Alım Satım Bölümünde, içerisindeki vakıfla birlikte satılan arazi meselesini tasviriden sonra şöyle dediğini gördüm: “Arazinin bir kısmının mescit olduğu ortaya çıkarsa, *el-Mübteğâ*'da geçtiğine göre eğer mescit cemaat mescidi ise akit, mescit dışındaki arazi hakkında da fâsit olur. Eğer özel mescit ise akit, arazi hakkında fâsit olmaz.¹ *Hâniyye*'nin alım satıma vekâlet konusunda da şöyle geçmektedir: “*el-Mübteğâ*'da geçtiğine göre bir kimse özel mülkü ile vakfı birlikte tek bir akitle satarsa özel mülkün satımı câizdir; mülk ve mescidi birlikte satarsa, eğer bu mescit genel mescit ise akit özel mülk hakkında da fâsit olur; eğer mescit özel ise bu takdirde akit fâsit olmaz.”

İmamların ve meşâyihin mertebelerine vakıf olan titiz kimseler, bu konuda racih, muhtâr ve şer'ın kurallarına uygun olan görüşün imam Kâdîhân'ın dile getirmiş olduğu görüş olduğunu gözden kaçırmaz. Çünkü Kâdîhân, Faziletli Molla Abdulhalîm Ahîzâde'nin belirttiği gibi, şer'î meseleler hususunda sözü tasdik edilen ve rivâyet edilen fetvalar hususunda mertebesi yüksek bir âlimdir.

1 Kâdîhân, *el-Fetâvâ*, II, 34. Kâdîhânda kitab ismi *el-Mübteğâ* yerine *el-Müntekâ* diye geçer.

وذكر صاحب المنية أنه لو وجد في الضيعة المشتراة وقف قيل يبطل في الكل كما لو جمع بين الحر والعبد وفي الأصح يجوز في الملك كما لو جمع بين عبد ومدبر أو مسجد خاصة بطل في الكل أو عامة جاز في الملك انتهى.

فظهر بهذا الفرق بين المسجد المعمور وبين الخراب وبين أن يكون للخاصة وبين كونه للعامة ولكن ما نقله من المنية من البطلان في الكل إن كان مسجد خاصة والجواز في الملك إن مسجد عامة لكونه غير ملائم للأصل المذكور في المسجد الوقف وهو أنه إذا كان للعامة وأفرز طريقه وأذن للناس بالصلوة فيه تكون جهة وقفه قويا وإلا فضعفًا لم يستقر قلبي بصحة هذا المنقول وغلب ظني على سقامة النسخة فلما راجعت نسخة المنية التي كانت عندي وصادفتها وفق المنقول فما زاد مراجعتي غير التحير والاضطراب وبعد طول التتبع رأيت في باب البيع الفاسد من الفتاوى الخانية أنه قال بعد تصوير مسألة بيع الأرض وفيها وقف وإن ظهر أن بعض الأرض كان مسجدًا ذكر في المبتغى أن المسجد إن كان مسجد جماعة فسد البيع في الباقي وإن كان مسجد خاص لا يفسد وفي باب التوكيل بالبيع والشري من خانية أيضا وذكر في المبتغى أنه لو جمع بين ملك ووقف وباعهما صفقة واحدة جاز بيع الملك ولو جمع بين ملك ومسجد إن كان مسجد عام فسد البيع في الملك وإن كان مسجد خاص لا يفسد انتهى.

ولا يذهب على المتتبع الواقف على مراتب الأئمة الأعلام والمشايخ الأجلة الفخام أن الراجح المختار الموافق للضابطة الشرعية ما هو إلا ما قال به الإمام قاضيخان إذ هو على ما قاله المولى الفاضل عبد الحليم المشتهر بأخي زاده مصدق القول في المسائل الشرعية له كعب شامخ وقدم راسخ في الفتاوى المروية.

61. Teslimi İmkânsız Olan Şeyin Satımı

[**Teshîl**] Akdin câizliği, satılan şeyin tesliminin mümkün olması şartına bağlı olduğundan; teslimi imkânsıza yakın derecede zor olan şeyin satımı câiz olmaz. Havadaki kuşun, kaçmış atın ve avlanmamış -veya [ağ atmak gibi] bir çareye başvurulmadıkça yakalanamayacak şekilde büyük bir havuzun içine bırakılmış- balığın satılması bu sebeple bâtıdır. Alışkın güvercinin durumu havadaki kuştan farklıdır. Sayısı biliniyor ve teslimine muktedir olunabiliyorsa havadaki güvercinlerin satımı câizdir. Yine havuza bırakılmış olmakla birlikte bir çareye başvurulmaksızın rahatlıkla yakalanabilen balık da satılabilir. Fakat balıklar kendiliğinden bir havuzda toplanmış olup, giriş yerleri kapatılmamışsa -ağ olmadan yakalanması mümkün olsun olmasın- satımı câiz olmaz. Çünkü onlar [giriş yerleri kapatılmadan] ele geçirilmiş olmayacağı için mülk edinilmiş de olmazlar. Balıkların havuza girdiği yer tıkanmış olup, avlanmaya gerek duyulmadan yakalanabiliyorsa ancak havuz, balık avlamak için hazırlanmış değilse, bir kısım âlimlere göre su içindeki balıklar kimsenin mülkiyetinde olmadığı için satımı yine bâtıdır. Diğer bir görüşe göre ise balıkların kaçmaması için havuz sahibinin, giriş yerlerini tıkaması ağ atmak gibi kabul edilebileceğinden balıklar ona ait sayılır ve suda iken satılabilir. Havuz sahibi havuzu balık avlamak için hazırlamışsa oraya giren balıkların maliki sayılacağına görüş birliği vardır. *el-Vikâye* şerhinde şöyle denilmektedir: “Yukarıda geçen meseleler birbiri ardına zikredilmiş ve akdin fâsit mi yoksa bâtil mı olduğu belirtilmeksizin bunların satımının câiz olmadığı ifade edilmiştir. Ben bunların hangisinin fâsit, hangisinin bâtil olduğunu açıklayacağım. Henüz avlanmamış balık, dinar veya dirhem [gibi para] karşılığında satılıyorsa akdin bâtil olması, bir mal karşılığında satılıyorsa akdin fâsit olması gerekir. Zira henüz avlanmamış olan balık mütekavvim değildir. Malın mütekavvim olması onun ihraz edilmesine, yani ele geçirilmesine bağlıdır ve burada henüz ihraz yoktur.”

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Akdin ikinci durumda da bâtil olması gerekir. Çünkü bu akit, yapıldığı sırada icâzet vereni bulunmayan bir akitir. Akde icâzet verecek kimse yoktur, çünkü balık kimsenin mülkiyetinde değildir. Alım satım akdi ancak mülkiyet altında olan şeylerin satımı hâlinde mün'akid olur; kişinin kendi mülkiyetinde olan şeyi satması durumunda akit nâfiz olurken başkasının mülkiyetinde olan bir şeyi satması durumunda mal sahibinin icâzetine bağlı olur. Kimsenin mülkiyetinde olmayan bir şeyin satılması durumunda ise akit in'ikâd etmeyip bâtil olur.

٦١. بيع ما تعذر تسليمه

[التسهيل] ولم يجز ما تعذر تسليمه لشرطية التسليم في الجواز كطير
 في الهواء ضدَّ الحَمَام لو عُذِّ وَقُدِرَ على تسليمه وكسَمَكٍ لم يُصَدَّ أو سُيِّبَ
 في حظيرةٍ لا يُسَلَّمُ إلا بحيلةٍ فإنه يبطل كفرس عائرٍ، وصَحَّ بيع السمك لو
 ٥ قدر على تسليمه بغير حيلة لا لو اجتمعت السمك في الحظيرة بأنفسها
 ولم يُسَدَّ المدخلُ سواء أمكن أخذها بغير حيلة أو لا إذ لم يحرزها فلم
 يملكها ولو سُدَّ المدخلُ بحيث تؤخذ بلا صيد ولم تُهَيَأَ الحظيرة للصيد
 لم يصح عند البعض لعدم الملك وهذا دليلٌ لغير المسدودة أيضًا قيل:
 صح لملكه بما فعل من السدِّ وهي تؤخذ بلا صيد فصارت كشبكةٍ ولو
 ١٠ هَيَّئَهَا للصيد مَلَكَ بالإجماع وفي شرح الوقاية: «اعلم أنه نَظَمَ كثيرًا من
 المسائل في سلك واحدٍ وقال لم يجز ولم يُبَيِّنْ أن البيع باطلٌ أو فاسدٌ،
 وأنا أُبين ذلك: ففي السمك الذي لم يُصَدَّ ينبغي أن يكون البيع باطلاً إذا
 كان بالدرهم والدنانير ويكونُ فاسدًا إذا كان بالعَرَضِ لأنه مال غيرُ متقوم
 إذ التقوم بالإحراز ولا إحراز».

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يبطل لأنه عقدٌ لا مجيز له
 حال العقد إذ لا ملك لأحدٍ فيه والبيع لا ينعقد إلا في الملك، فينفذ
 في ملكه ويتوقف في ملك غيره فلا ينعقد حيث لا ملك لأحد فيبطل

Mükâteb köle bölümünün “çeşitli meseleler” kısmında da geleceği üzere mükâteb köle kendi kölesini evlendirip hemen ardından azat edilse ve [evlenme akdine] icâzet verse akit câiz olmaz. Çünkü akit, icâzet verecek biri olmaksızın vaki olmuş bir akittir. Dolayısıyla akit hiç yapılmamış gibi olur.

5 *el-Vikâye* şerhinde şöyle devam edilir: “Avlandıktan sonra tekrar havuza atılan balığın su içindeyken satılması hâlinde akdin fâsit olması gerekir. Çünkü bu durumda balık onu avlayan kişinin mülkiyetine girmiştir, ancak su içinde iken teslimi zordur. Havadaki kuşun satılmasının hükmü, avlanmadan önce balığın satılmasının hükmü gibi olmalıdır.¹

10 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: *Fetâvâ'l-Asr*'da şöyle denilmektedir: “Dedim ki: Se-rahsî'nin zikrettiğine göre havadaki kuşun ve sudaki balığın satımı bâtildir.” [Allâme-i Rûmî'ye ait] *el-Îzâh* adlı eserde ise şu ifadeler yer alır: “Yakalandıktan sonra tekrar havaya salınan kuşun satımı, tıpkı kaçak kölenin satımı gibi fâsittir. Havadaki kuşun hiç yakalamadan baştan satılması ise bâtildir. Sudaki

15 balığın satımının hükmü de bu şekildedir.” Allâme-i Rûmî, “Avlanmamış balığın satımı câiz değildir.” ifadesindeki “câiz olmama”nın buradaki anlamının -mülkiyet yokluğu sebebiyle- butlân olduğunu, “Havadaki kuşun satımı câiz olmaz.” sözündeki câiz olmamanın anlamının da sudaki balığın satımının câiz olmamasının anlamı gibi olduğunu söylemiştir.² *Fetâvâ'l-Asr*'dan ve *el-Îzâh*'tan yapılan bu iki nakilde açıkça görülmektedir ki, Şeyh'in 'avlanmamış balığın satımının, bir eşya mukabilinde bile olsa -mülkiyet yokluğu sebebiyle- bâtil

20 olacağı' şeklindeki değerlendirmesi kendine ait bir çıkarım olmayıp, imamlardan yapılan bir rivâyettir. Nitekim Sadruşşerî'a [ait *el-Vikâye* şerhine) hâşiye yazan Yakup Paşa sudaki balığın ve havadaki kuşun satımının bâtil olduğunu

25 mutlak olarak yani herhangi bir ayrıma ve kayda değinmeden tasrih etmekte ve bu görüşü Kudûrî şârihi Zâhidî'ye nisbet etmektedir.³ Molla Hüsrev, bu açıklamayı gördükten ve deliline vakıf olduktan sonra *el-Gurer*'deki bazı ifadelerini *ed-Dürer*'de tashih etmeye çalışmıştır. Molla Hüsrev *el-Gurer*'de “Avlanmamış balığın satımı fâsit olur.” demiş ve bunu 'mülkiyet yokluğu' ile ta'lîl

30 etmiştir. Oysa doğrusu bu akdin bâtil olduğunun söylenmesidir. Molla Hüsrev sonradan “Havadaki kuşun satımı fâsit olur.” cümlesinden sonra [*el-Gurer* metnindeki] zühûlünü fark etmiş olmalı ki *ed-Dürer* şerhinde buradaki fesâdın butlan anlamına geldiğini söyleyerek⁴ durumu kurtarmaya çalışmıştır. Ama buradaki fesâdın butlan anlamına geldiğini söylemek pek uygun düşmez.

1 Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, IV, 31.

2 İbn Kemâl, *el-İslâh ve'l-Îzâh*, vr. 240b.

3 Yakup Paşa, *Hâşiye alâ Şerhi'l-Vikâye*, vr. 125b.

4 Molla Hüsrev, *Düreru'l-Hükkâm*, II, 170.

كما يجيء في متفرقة فصل الكتابة: أن المكاتب إذا زُوج قنه فعتق فأجاز لم يجز إذ بطل بلا توقُّف لوقوعه ولا مجيز فلغا، قال: «وأما السمك الذي صيد وأُلقي في حظيرة ينبغي أن يفسد بيعه لأنه مال مملوك لكن في تسليمه عسرٌ. وبيعُ الطير في الهواء ينبغي أن يكونَ كبيع الصيد قبل أن يصيد».

- ٥ [فاضل أمير] نقول: قال في فتاوى العصر: قلتُ ذكر السرخسي أن بيع الطير في الهواء والسمك في الماء بيع باطل وفي الإيضاح إن أخذ الطير ثم أرسله في الهواء ثم باعه فالبيع فاسد كما في الآبق وباعه ابتداء فالبيع باطل وكذلك بيع السمك في الماء على هذا وقال العلامة الرومي في قوله ولم يجز بيع سمك لم يصد عدم الجواز هنا بمعنى البطلان لعدم الملك وفي قوله ولا بيع طير في الهواء هذا نظير بيع السمك انتهى. فظهر من هذين المنقولين أن ما قاله الشيخ من كون البيع باطلا في السمك الذي لم يصد ولو بالعرض لعدم الملك ليس من درايته بل هو رواية عن الأئمة وقد صرح محشي صدر الشريعة يعقوب باشا بأن بيعه وبيع الطير في الهواء باطل مطلقاً وعزاه إلى الزاهدي شارح القدوري والمولى خسرو بعد أن رأى هذا البيان واطلع على البرهان قال في الغرر والدرر وفسد بيع سمك لم يصد وعلله بعدم الملك وكان اللائق التعبير بالبطلان ولا يحسن أن يقال أن الفساد بمعنى البطلان كما قال نفسه فيما يأتي من قوله وفسد بيع طير في الهواء متنبهاً هنا على ما وقع منه من الهفوة لأن ما عطف عليه قوله وبيع سمك وبيع طير هو قوله ما سكت عن الثمن والفعل العامل فيه هو قوله «فسد»
- ١٠
- ١٥
- ٢٠ المذكور في المتن وقد حَقَّق فيه أن الفساد فيه بمعناه لا بمعنى البطلان

Zira *Dürer*'deki "sudaki balığın ve havadaki kuşun satımı..." ifadesi, *el-Gur-rer* metninde daha önce geçen "Satım bedeli konuşulmaksızın yapılan satım fâsit olur."¹ cümlesine atıftır. Molla Hüsrev, bu cümlesini *ed-Dürer*'de şerh ederken buradaki fâsadin bâtil değil; kendi özel anlamında fâsit olduğunu tasrih etmiştir. Bütün bunlardan sonra fâsit lafzının mamûlüne atfedilen ifade hakkında, "Bu fâsit lafzıyla bâtil anlamı kastedilmiştir." şeklinde bir takdirde bulunmak tutarlı olmaz. Bu husus, sözün dizilimi konusunda az çok behresi olan kimselere kapalı değildir.

62. Gasbedilmiş Malın Satımı

[**Teshîl**] Teslimi imkânsız derecesinde zor olan şeyin satımı câiz olmaz... Mesela kaçan [ve nerede olduğu bilinmeyen] köle böyledir. Kaçmış köle için şu durumlar söz konusu olabilir: [1] Kaçmış köle onu satın almak isteyen müşterinin yanında değil de başka birinin yanında ise müşteri, "Köle filan kişinin yanındadır, onu bana sat!" dese ve sahibi de satsa bu akit sahih olmaz; fâsit olur. Çünkü burada mütekavim bir mal vardır ancak teslimine güç yetirilememektedir. [2] Köle ona talip olan müşterinin yanıdaysa ve müşteri, "Senin kölen benim yanımda, onu bana sat!" dese, efendisi de satsa, teslim mümkün olduğundan satım sahih olur. Kölenin müşterinin yanında olmadığı ortaya çıkarsa, teslim imkânının kaçırılması sebebiyle, satım sahih olmaz. Teslim edilmesi kölenin elde olmasına bağlıdır ve köle hâlihazırda ne satıcının ne de müşterinin elindedir. Köle kendisini satın almak isteyen müşterinin elinde -geri vermek üzere aldığına dair şahit gösterecek şekilde- emanet hükmünde olarak bulunuyorsa kabzın yenilenmesi gerekir. Çünkü bir şeyin emanet hükmüne tabi olarak kabzedilmesi satın alma hükmü gereğince kabzedilmesinin yerine geçemez. Köle kendisini satın almak isteyen müşterinin elinde tazmin sorumluluğu kendisine ait olacak bir şekilde bulunuyorsa kabzın yenilenmesine ihtiyaç yoktur.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Köle müşteriden başka birinin yanıdaysa ve nerede olduğu biliniyorsa, onu bulan kişi kölenin bizatihi sahibine ait olduğunu ikrar ediyor veya kölenin, kendisine ait olduğuna dair sahibinin beyyinesi varsa, bu durumda köle kendisine talip olan müşterinin yanında olmasa bile müşterinin onu satın alması câiz olmalıdır. Nitekim gasbeden elindeki malın, sahibine ait olduğunu ikrar ediyorsa veya mal sahibinin malın, kendisine ait olduğuna dair beyyinesi varsa, gâsıbın elinde olan malı, mal sahibinden satın almak câizdir.

1 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 169.

حيث قال فيفسد ولا يبطل فلا وجه بعد هذا لأن يقدر في المعطوف على معمول لفظ فسد هذا لفظ فسد ويراد به معنى البطلان كما لا يخفى على من له يد في صياغة الكلام، فافهم.

٦٢. بيع المال المغصوب

٥ [التسهيل] ولم يجز ما تعدّر تسليمه ... وكأبقي وهو عند غير المشتري فلو قال: هو عند فلان فيعنه مني فباعه لم يصح. وهذا البيع فاسد لوجود المال المتقوم إلا أنه لا قدرة على تسليمه. ولو كان عند المشتري وقال: هو عندي واشترى صح لوجود التسليم. ولو كان عند غيره لا يصح لفوت التسليم لأنه بالقبض وليس في قبض أحد من المتبايعين. ثم إنه لو كان عند المشتري على وجه الأمانة بأن أشهد أنه أخذه للرد احتاج إلى تجديد القبض لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع، وأما إذا كان على وجه الضمان بأن لم يشهد فلم يحتج إلى تجديد القبض.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو كان عند غير المشتري وعلم مكانه وأخذه مقرّ به للمالك أو له بينة أنه له ينبغي أن يجوز شراءه من المالك وإن لم يكن عند المشتري كما جاز شراء المغصوب من المالك إذا كان له بينة أو كان غاصبه مقرّاً به له ١٥

Ancak gasbenden, malın, sahibine ait olduğunu ikrar etmiyorsa veya mal sahibinin bu konuda bir beyyinesi yoksa anılan satım *Zâhirûr-rivâye'*ye göre câiz olmaz. Diğer bir rivâyete göre câiz olur; ancak bu durumda müşterinin gasp durumundan haberi yoksa satımı feshetme hakkı olur; gasp durumundan haberi varsa fesih hakkını kaybeder. Yukarıda kaçak köle ile ilgili geçen hükümler gaspla ilgili verilen hükümler gibi olmalıdır. Belki iki mesele arasında şöyle bir farktan söz edilebilir: Kaçmış kölenin satılması konusunda yasaklama varken -ki Hz. Peygamber kaçmış kölenin satılmasını yasaklamıştır-; gasbedilmiş bir malın satılması konusunda yasak yoktur. Ancak iki mesele arasında fark bulunduğu iddiasına, gasbedilen malın satımının nassın delâleti (delâletü'n-nass) yoluyla, firar etmiş kölenin satımı hükmünde olduğu söylenerek cevap verilebilir. Şöyle ki; kölenin, mal sahibine ait olduğunu ikrar ettiği hâlde onu elinde tutan kişinin yanında iken kölenin satılması durumunda müşteriye teslim edilmesi daha kolaydır. Ancak buna rağmen bu satım câiz olmuyorsa, alıkoyduğu için gâsıbın elinde iken teslimi daha zor olan malın satılması öncelikli olarak câiz olmamalıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Kaçak kölenin başkasının yanında olması ve birinin gelip “Falancanın elinde olan köleni bana sat!” demesinin hükmü ile gâsıbın malike ait olduğunu ikrar ettiği veya malikin kendine ait olduğuna dair beyyinesi bulunan malın malikten satın alınmasının hükmü *el-Bedâi'*de aynı sayılmış ve her ikisinin de nâfiz olmadığı, aksine malın teslim edilmesine bağlı olarak in'ikâd edeceği söylenmiştir.¹ Bu görüşe göre Şeyh'in dile getirdiği itiraz tamamen bertaraf edilmiş olmaktadır.

Şeyh'in *et-Teshîl*'de *-el-Hidâye*, *el-Kâfi* ve diğer kitaplarda² zikredilenlere uygun olarak dile getirdiği, köleyi elinde bulundurduğu iddia edilen kişinin ikrar veya inkâr etmesi arasında ve malikin bir beyyinesinin olması ile olmaması arasında bir ayırım gözetmeksizin “Kölen filan kişinin yanındadır, onu bana sat!” dese ve sahibi de satsa bu akit sahih olmaz, fâsit olur.” şeklindeki görüşle ilgili olarak da şunları söyleyebiliriz: Usûl bilginleri delâletü'n-nassı, ‘nassın manasından hareketle istinbât yoluyla değil, lügat yoluyla sabit olan şey’ şeklinde tefsir etmişlerdir. Yani nassın delâletiyle sabit olan şey, istinbât yoluyla elde edilen şer'î manasıyla değil, lügavi manasıyla sabit olmaktadır. Usûl bilginleri, Mâiz dışındaki birinin muhsan iken zina yapması hâlinde kendisine recmin gerekmesinin nassın delâleti yoluyla sabit olduğunu söylemişlerdir. Şöyle ki rivâyet edildiğine göre Mâiz, muhsan iken zina etmiş ve bundan dolayı da recmedilmişti.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, V, 147.

2 Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 46; Neseî, *el-Kâfi*, II, vr. 239a.

وإلا لم يجز في ظاهر الرواية، وروي جوازُه إلا أن للمشتري حقَّ الفسخ لو لم يعلم بالغصب لا لو علمَ فينبغي أن يكون الأبقُ كذلك. ويمكن الفرقُ بأن النهيَ ورد في الأبق لا في المغصوب فإنه عليه السلام نهى عن بيع الأبق ولكن يَرِدُ على هذا أن يكونَ المغصوبُ كالأبق بدلالة النص فإن الأبق الذي أَخَذَهُ مَقْرٌ بأنه له لما لم يجز بيعُه مع أن تسليمَه أسهلُّ لعدم منع الآخذِ فلأنَّ ٥ لا يجوزُ بيعُ المغصوبِ أولى لأن تسليمَه أصعبُ من تسليم الأبق المذكور لمنع غاصبه.

[فاضل أمير] نقول: جعل في البدائع حكم ما كان اللأبق عند فلان فقال رجل هو عند فلان فبعه مني وما كان المغصوب في يد غاصب مقر به للمالك أو له بينة فاشتره رجل من المالك متحدًا بأن قال فيهما لا ينفذ ١٠ ولكن ينعقد موقوفًا على التسليم فعلى هذا القول يندفع ما أورده الشيخ بحذافيره.

وأما على ما في الشرح موافقا لما في الهداية والكافي وغيرهما من قوله أنه لو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لم يصح من غير تفصيل بين أن يكون فلان مقرًا به له وبين كونه منكرًا وبين أن يكون للمالك بينة وبين أن لا ١٥ تكون. فتكلم^١ فيه بأن أئمة الأصول قالوا في تفسير دلالة النص هو ما ثبت بمعنى النص لغةً لا استنباطًا يعني ثبت بمعناه اللغوي دون معناه الشرعي المستخرج بالاستنباط وقالوا في إيجاب الرجم على غير ماعز ممن زنا في حالة الإحصان بدلالة النص قد روي أن ماعزًا زنى وهو محصن فرجم

Mâiz'in recmedilmesinin, Mâiz olması veya sahabe olması gibi özellikleri sebebiyle olmadığı, aksine bunun muhsanken zina fiilini işleymesinden kaynaklandığı malumdur. Bundan dolayı recm hükmü, nassın delâleti yoluyla muhsan iken zina fiilini işleyen başkası hakkında da sabit olur. Nassın delâleti hakkındaki bu bilgilerden anlaşılmış olacağı üzere, hükmün yani gasbedilmiş malın satımının mutlak olarak câiz olmadığı hükmünün, kaçak kölenin satımının câiz olmadığı konusunda varid olan nassın delâleti yoluyla ispat edilmesi doğru olmaz. Çünkü gasbedilen malın satılmasının câiz olmadığı hükmü, Hz. Peygamber'in "Kaçak köleyi satma!" sözünün lügavî manasından anlaşılmamaktadır. Bu açık bir durumdur. Ayrıca yine açıktır ki nehyin mücebi -ki bu şer'î hükümdür- müştak bir kelime [âbık] üzerine terettüp etmektedir. Bundan dolayı iştikakın mehazı [ibâk] hükmün illeti olmakta ve haramlığın illetinin kaçmak [ibâk] olduğu anlaşılmaktadır. Bu, Mâiz'in recmedilmesi kabilinden değildir. Çünkü Mâiz örneğinde Mâiz'in özel ismi açıkça zikredildiği için hükmün Mâiz'e terettüp etmesi mümkün olmamış ve hüküm, onunla birlikte zikredilen müştak kelime yani 'zenâ (zina etti)' kelimesi üzerine terettüp etmiş ve hükmün illeti 'zina etmek' olmuştur. Önceki meselede ise hükmün illeti 'kaçmaktır'. Bundan dolayı nasıl ki recm hükmünün sabit olması için muhsan iken zina fiilinin bulunması gerekiyorsa, aynı şekilde satımın yasak olması için de kaçma işinin bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla teslimi mümkün olsun veya olmasın gasbedilmiş bir malın satımının, -nassın delâleti yoluyla tarafların satılmasının kaçak olduğu sürece câiz olmadığı- kaçak kölenin satımına ilhak edilmesi doğru değildir. "O zaman -teslimi mümkün olsa bile- gasbedilmiş malın satılmasının câiz olmayışını, kaçak kölenin satılmasının câiz olmayışına kıyasla sabit olmuş sayalım." da denilemez. Çünkü biz diyoruz ki -Şeyh'in de ifade ettiği gibi- kıyasa göre esasında teslimi mümkün olan kaçak kölenin satılması câiz olduğu gibi teslimi mümkün olan gasbedilmiş malın satılması da câizdir. Fakat kıyasa aykırı olarak varid olan ve kaçak kölenin satımını mutlak olarak yasaklayan nas sebebiyle kaçak köle konusunda kıyastan vazgeçilmiş, buna mukabil gasbedilmiş mal ile ilgili bir yasak söz konusu olmadığı için teslimi mümkün olan gasbedilmiş malın satımı kıyasa göre düzenlenmeye devam etmiştir. Teslimi mümkün olan kaçak kölenin satılmasının câiz olmaması kıyasa aykırı olarak sabit olmuş bir hüküm olunca, bunun başka bir durum için asıl (makîsunaleyh) yapılması nasıl sahih olabilir? Bütün bu anlatılanlardan ortaya çıkıyor ki; tesliminin mümkün olması durumunda hem gasbedilmiş malın hem de kaçak kölenin satılmasının câizliği kıyastır. Fakat ilgili yasak sebebiyle kaçak kölenin satılması hususunda kıyas cari olmamıştır. Gasbedilmiş malın nassın delâleti yoluyla kaçak köleye ilhak edilmesi de sahih değildir. Bu durumda gasbedilmiş malın hükmü, kıyasın muktezasına göre devam ederken, kaçak kölede kıyastan vazgeçilmiştir.

ومعلوم أنه لم يرجم لأنه ماعز وصحابي بل لأنه زنى في حالة الإحصان
فيثبت هذا الحكم في حق غيره بدلالة النص انتهى. فظهر منه أن لا استقامة
في إثبات الحكم أعني عدم جواز البيع مطلقاً في المغصوب بدلالة نص ورد
في عدم جواز بيع الأبق لأن عدم جواز بيع المغصوب لا يفهم من المعنى
اللغوي لقوله ﷺ «لا تبع الأبق» وهو ظاهر وظاهر أن النهي وهو الحكم
الشرعي موجبا ترتب فيه على مشتق فيكون مأخذاً اشتقاقه علة للحكم ويفيد
أن علة الحرمة هو الإباق فلم يكن هذا من قبيل رجم ماعز إذ ذكر باسمه
العلم فلم يمكن ترتيب الحكم عليه فرتب على المشتق المذكور فيه وهو
لفظ زنى فكان علة الحكم فيه الزنا وفيما سبق الإباق فلزم حرمة البيع فيما
وجد فيه الإباق كما لزم الرجم فيما وجد الزنا حالة الإحصان فلم يستقم
إلحاق بيع المغصوب أمكن تسليمه أو لا ببيع الأبق الذي لم يجز ما دام أبقا
في حق المتعاقدين بدلالة النص لا يقال فليجعل عدم جواز بيع المغصوب
وإن كان مقدور التسليم ثابتا بالقياس على عدم الجواز في الأبق لأننا نقول
كان القياس جواز بيع الأبق مقدور التسليم كما جاز بيع مغصوب كان كذلك
كما ذكره الشيخ لكن عدل عن القياس في الأبق بنص مخالف للقياس ورد
بالنهي عن بيع الأبق مطلقا وبقي بيع المغصوب مقدور التسليم على أصل
القياس فإذا كان عدم جواز بيع أبق مقدور التسليم حكما ثابتا على خلاف
القياس كيف يصح أن يجعل مقيسا عليه؛ فحصل من هذا البيان أن القياس
كان جواز بيع مغصوب وأبق كانا مقدوري التسليم ولكن لم يجز في الأبق
نص ورد فيه ولم يصح إلحاق المغصوب بالأبق بدلالة النص فبقي هو على
مقتضى القياس وعدل في الأبق عنه.

63. Emanet Malın Satımı ve Hibe Edilmesi Arasındaki Fark

[**Teshîl**] Kaçmış kölenin satılmasına gelince; [1] efendisinden kaçmış olan köle onu satın almak isteyen müşterinin yanında değil, başka bir yerde ise bu satım akdi bâtil olur. [2] Bu köleyi satın almak isteyen kişi, “Köle filan kişinin yanındadır, onu bana sat!” dese ve sahibi de satsa bu akit sahih olmaz; fâsit olur. Çünkü burada mütekavvim bir mal vardır; ancak onu teslim etmeye satıcı muktedir değildir. [3] Köle ona talip olan müşterinin yanıdaysa ve müşteri, “Senin kölen benim yanımda, onu bana sat!” dese, efendisi de satsa, teslim mümkün olduğundan satım sahih olur. [4] Köle, satıcı ve alıcının dışında başka birinin yanında ise teslimi mümkün olmayacağından satım sahih olmaz. Çünkü teslim edilmesi kölenin elde olmasına bağlıdır ve köle hâlihazırda ne satıcının ne de müşterinin elindedir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Yukarıda geçen “Köle hâlihazırda ne satıcının ne de müşterinin elindedir.” cümlesi hakkında derim ki: Birinin yanına emanet bırakılan köle oradan kaçsa, ardından kölenin sahibi onu emanet bıraktığı şahsa hibe etse, köle hükmen kendisine hibe edilenin elinde olduğu için kabz gerçekleşmiş sayılır ve yapılan hibe sahih olur. Bu sahih olduğuna göre emanet bırakıldığı kişinin elinden kaçan kölenin, ona satılmasının da câiz olması gerekir. Buna şöyle cevap verilebilir: Kölenin, kendisine emanet bırakılmış kişiye veya kölenin yerini bilen kişiye satılması kıyasa göre sahihtir. Ancak bu kıyas, -kaçak kölenin satımına ilişkin- özel bir yasak sebebiyle terk edilmiştir. Selem bölümünün ‘çeşitli meseleler’ başlığı altında bunu zikrettim. Efendisinden kaçmış köle hükmen efendisinin elinde sayılır ve bu da -kölenin emanet bırakıldığı kişiye hibe edilmesi meselesinde olduğu gibi- efendinin onun üzerinde tasarrufta bulunması için yeterlidir. Bu açıklamalar gösteriyor ki; kaçmış kölenin satımının fesâd gerekçesine ilişkin olarak zikredilen “Köle hâlihazırda ne satıcının ne de müşterinin elindedir.” şeklindeki gerekçe tam değildir. Bu iki mesele arasında bir fark olabilir. İyi düşünmek gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Emanet bırakıldığı kişinin elinden kaçan kölenin ona satılması ile hibe edilmesi arasındaki fark *et-Tebyîn*'de işaret edilen şu husus olabilir: Kölenin hükmen emanet bırakılan kişinin elinde olması, hibe gibi tasarruflar için yeterli olsa da alım satım gibi tasarruflar için yeterli değildir.¹

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 269.

٦٣. الفرق بين بيع الوديعة وهبته

[التسهيل] وكأبَقٍ وهو عند غير المشتري فلو قال: هو عند فلان فبِعه مني فباعه لم يصحَّ. وهذا البيعُ فاسدٌ لوجود المال المتقوم إلا أنه لا قدرة على تسليمه. ولو كان عند المشتري وقال: هو عندي واشترى صحَّ لوجود التسليم. ولو كان عند غيره لا يصحُّ لفوت التسليم لأنه بالقبض وليس في قبض أحدٍ من المتبايعين.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو أودع قنّه رجلاً وأبق من المودع ثم وهبهُ من المودع يصحُّ ويصير قابضاً لأنه في يده حكماً ويلزم منه أن يصحَّ بيع الأبِق من المودع ويمكن الجواب: بأن بيع الأبِق من المودع أو ممن يعلم مكانه يصح قياساً لكن القياس تُرك بالنهي الوارد وقد ذكرته في منشورة السلم ويكون الأبِق من مولاه في يد مولاه حكماً وهو يكفي للتصرف فيه كما في مسألة هبته من المودع، فظهر بهذا أن ما ذكر في فساد بيع الأبِق من أنه ليس في قبض أحدهما لا يتم ويمكن الفرق فليتأمل.

[فاضل أمير] نقول: لعل الفرق بين بيع الأبِق من المودع وبين هبته منه ما أشار إليه في التبيين من أن كونه في يده حكماً يكفي لتصرف مثل الهبة لا لمثل البيع.

64. İpek Böceğinin İpeğe ve Bal Arısının Bala Tabi Olarak Satılması

[**Teshîl**] Muhammed, ele geçirilmiş bal arısının, -balıyla birlikte olmaksızın- müstakil olarak satımını, müstakbel fayda gerekçesiyle câiz görmüştür. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre ise bal arısının bal olmaksızın müstakil olarak satılması câiz değildir. Çünkü bal arısı haşerat kabilindedir ve balı olmaksızın kendisinden istifade edilemez. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre mütekavvim bir mal olmadığı için bal arısının satımının fâsit değil; bâtil olması gerekir. Arının bal ile birlikte bala tabi olarak satılması ise -sulama hakkının arazi ile birlikte satılması gibi- câizdir. Rivâyet edildiğine göre Kerhî arının bala tabi olarak satılmasının câiz görülmesine karşı çıkmıştır. Çünkü ona göre sulama hakkı arazinin haklarından olduğu için araziye bağlı olarak satılabilir; fakat arı böyle değildir. Yani arı balın haklarından olmadığı için ona tabi olarak satılamaz.

Faydalı bir şey olmadığı için ipek böceği yumurtasının satılması Ebû Hanîfe'ye göre câiz olmayıp bâtildir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise ipek böceğinin yumurtasının satımı, insanlar bunu alıp satmayı âdet hâline getirdikleri için ve -doğrudan kendisinden olmasa bile- kendisinden doğan şeyden faydalanıldığı için câizdir. Ebû Yûsuf'un bu konuda Ebû Hanîfe'ye muvafakat ettiği de rivâyet edilmiştir. Ebû Hanîfe'ye göre ipek böceğinin satılması da bâtildir. Çünkü ipek böceği haşerat kabilindedir. Ebû Yûsuf ipek böceğinin ipeğe tabi olarak satılmasını câiz görürken Muhammed fayda içerdiği gerekçesiyle ipek böceğinin satımını mutlak olarak câiz görmüştür.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Ebû Hanîfe'nin, bal arısının bala tabi olarak satımına cevaz verip; ipek böceğinin ipeğe bağlı olarak satımına cevaz vermemesi problemlidir. Bu durumda iki hüküm arasında fark olmasını gerektirecek bir sebep zikredilmeli veya ikisine de aynı hüküm verilmelidir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Ebû Hanîfe'nin ipek böceğinin ipekle beraber (ipeğe tabi olarak) satılmasını câiz gördüğü *el-Mecma'* ve *el-Musaffâ* adlı eserlerde açıkça belirtilmektedir.¹ Dolayısıyla bu konuda Ebû Hanîfe'den iki farklı rivâyet bulunmaktadır.

1 Bk. Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr. 234b.

٦٤. بيع الدود تبعاً للقرز والنحل تبعاً للعسل

[التسهيل] أجاز محمد بيع نحلٍ مُحْرَزٍ بلا عَسَلِهِ للنفع في المستقبل،
ولهما أنه من الهوامِّ ولا ينفع بلا عَسَلِهِ وينبغي أن يكون بيعُهُ باطلاً عندهما
لا فاسداً لعدم المال المتقوِّم. صحَّ بيعُ النحل مع العسل تبعاً كالشِّرب قيل:
أنكر الكرخيُّ جوازَ بيعه تبعاً للعسل إذ ليس النحل من حقوق العسلِ ضدَّ
الشرب فإنه من حقوق الأرض.

وبيضُ القَرزِ لم يجز عند أبي حنيفة وهو باطل عنده [إذ لم ينفع، ولهما
العادةُ ونفع ما تولد منه قيل: يُوافق أبو يوسف وكذا دودة لم يجز هو
باطل عند أبي حنيفة] لأنه من الهوام، يُجيزه أبو يوسف تبعاً للقرز، وأطلق
محمد جوازَه للنفع.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يُشكل مذهبُ أبي حنيفة بالنحل حيث جَوَّزَ
بيعه تبعاً للعسل ولم يُجِزْ بيعَ الدودِ تبعاً للقرزِ فَيُلزِمُهُ الفرقُ أو اتحادُ
الحكم.

[فاضل أمير] نقول: صرَّح في المجمع والمصنفى بجواز بيع دود القنز
مع القنز عند أبي حنيفة رحمه الله فيكون فيه روايتان عن الإمام.

65. Akdin Gereğini Pekiştiren Şart

[**Teshîl**] Satıcının “İlişkiye girmen şartıyla bu câriyeyi sana satıyorum.” diyerek satması Ebû Hanîfe’ye göre akdi fâsit kılar. Çünkü böyle bir şart öne sürmek müşteriyi akdin gerektirmediği bir şeyle ilzam etmek anlamına gelir. Ebû Yûsuf ve Muhammed’e göre ise bu şart akdin muktezası içinde yer alan bir husus olduğu için akit câzidir. Akdin, ilzamu değil; mutlak olarak yararlanmayı gerektirdiği söylenerek Ebû Yûsuf ve Muhammed’in gerekçesine itiraz edilebilir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: [Ebû Yûsuf ve Muhammed’e göre] bu şartla yapılan akdin câizliğinin şöyle gerekçelendirilmesi daha uygundur. Söz konusu şart, her ne kadar akdin muktezasından olmasa da akdin tekküd etmesine yani feshedilemeyecek denli sağlam hâle gelmesine uygundur. Nitekim müşterinin cinsel ilişkiye girmesi, câriyenin bir kusur sebebiyle satıcıya iade edilmesine mâni olmaktadır. Dolayısıyla mezkûr şartla yapılan akit fâsit olmaz.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Müşterinin satın aldığı câriyeyle cinsel ilişkiye girmesi câriyenin kusur sebebiyle iade edilmesine engel oluyorsa, bunun şart koşulması satıcıya fayda sağlayan bir şart olur ve tıpkı satıcının, câriyenin belli bir süre kendine hizmet etmesinin şart koşması gibi olur ve akdi ifsat eder. Dolayısıyla bu şartın, ifsat illeti yapılması uygun olmaz. Ayasuluğî’nin *el-Mecma’* şerhinde bu hususta şöyle bir açıklama yer almaktadır: “[Şeyh’in] ‘Bu şart akdin tekküd etmesine... uygundur.’ sözü, Sadruşşerîa hâşiyesinde *el-Muhîr*’ten nakledilen şu ifadelere uymamaktadır: Şartın birkaç çeşidi vardır: [1] akdin gerektirdiği şartlar, [2] akdin gerektirmediği fakat ona uygun olan şartlar. İkinci türden şartlar, akdin mucebini pekiştiren şartlardır. Mesela, bir malı müşterinin rehin bırakması veya kefil getirmesi şartıyla satmak böyledir.” *et-Tebyîn*’de ise gerek rehlin gerekse kefilin akdin mucebini yani semenin tastamam alınmasını pekiştirdiği açıkça ifade edilmektedir. Bu iki nakilden açıkça ortaya çıkıyor ki, onların akdin mucebini pekiştirmekten maksatları şudur: Kendisine ârız olması muhtemel fesih sebepleri dikkate alınmaksızın sahih olan bir akdin varlığını takrir eden şeyler, mesela kefil ve rehin gibi şartlar, akdin gereklerine uygun ve onu pekiştiren şeylerdir. Sahih olarak kurulmuş bir akdin, şer’an fesih sebebi bulunduğu hâlde feshini engelleyen şeyler ise böyle değildir. Dolayısıyla -anlaşılmış olacağı üzere- iadeyi gerektiren bir durum ortaya çıktığı hâlde mebiin iadesine engel olan bir şeyin akdin mucebine uygun ve onu pekiştirici olarak kabul edilmesi yersizdir.

٦٥. الشرط المؤكد لموجب العقد

[التسهيل] وبيعها بشرط وطء المشتري فاسدٌ عند أبي حنيفة إذ فيه إلزام لا يقتضيه العقد، لهما أن العقد يقتضيه ويُردُّ بأن العقد يقتضي إطلاق الانتفاع لا الإلزام.

٥ [الشيخ بدر الدين] فأقول: الأولى أن يعلل بأنه وإن لم يقتضيه العقد لكنه ملائم لتأكيد العقد به إذ الوطاء يمنع الردَّ بعيب فلا يفسد.

[فاضل أمير] نقول فيه أن الوطاء إذا كان مانعاً للرد بالعيب يكون شرطه شرطاً نافعاً للبائع فيكون كشرط أن يخدم له مدة فيكون مفسداً للبيع فلا ملائمة في جعله علة لعدم الإفساد وقد أفصح عن هذا في شرح المجمع للمولى الأياثلوغي على أن قوله «ملائم لتأكد العقد» لا يلائم ما نقله محشي ١٠ صدر الشريعة عن المحيط بقوله أن الشرط على وجوه ما يقتضيه العقد وثانيها ما لا يقتضيه العقد ولكن يلائمه وهو ما يؤكد موجب العقد كالبيع بشرط أن يرهن المشتري شيئاً بعينه أو يعطيه كفيلاً انتهى. ونص في التبيين على أن كلا من الرهن والكفيل يؤكد موجب العقد وهو استيفاء الثمن. فظهر ١٥ من هذين أن مرادهم من التأكيد لموجب العقد وهو أن العقد من حيث إنه عقد صحيح من غير اعتبار ما يعرضه شيء من موجبات الفسخ كان ما يقرّر بقاءه كالرهن والكفيل ملائماً ومؤكداً لموجبه، لا ما يمنع من فسخه إذا ظهر ما يوجب الفسخ شرعاً، فلا وجه لعدِّ ما يمنع الرد إذا ظهر ما أوجبه مؤكداً أو ملائماً لموجب العقد كما لا يخفى.

66. İyne Satımında Satın Alma Vekili İle Satma Vekili Arasındaki Fark

[**Teshîl**] Satıcının sattığı veya kendisi adına satılmış olan bir malı henüz beldelini kabzetmeden daha az bir fiyatla tekrar kendisinin veya kölesinin veya mükâtebinin satın alması [ribâ şüphesi sebebiyle] câiz değildir. Bir malın birisi adına satılması şu durumlarda söz konusu olabilir: [a] Emek sermaye ortaklığında (mudârebe) emek sahibinin (mudârib) yaptığı satım, sermaye sahibi tarafından yapılmış bir satım hükmündedir. [b] Mal sahibinin ortağının yaptığı satım, mal sahibinin yaptığı satım hükmündedir. [c] Bir kimsenin vekilinin yaptığı satım, vekâlet verenin yaptığı satım hükmündedir. Vekil bu satımı müvekkilin izniyle yaptığı için satımı yapan adeta müvekkilin kendisidir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Ebû Hanîfe, vekilin satın almasını müvekkilin satın alması gibi görmemiş ve buna bağlı olarak da birine satın alma vekâleti veren müvekkilin, satmış olduğu bir şeyi kendisinin daha az bir fiyatla tekrar satın almasını câiz görmezken; vekilin satın almasını câiz görmüştür. Buna mukabil Ebû Hanîfe bir şeyi satmaya vekil tayin edilen kişinin yaptığı satımı bizzat müvekkilin yaptığı satım gibi gördüğü için satım vekâleti veren müvekkilin, vekilin sattığı malı [daha ucuz bir fiyatla] satın almasını câiz görmemiştir. Ebû Hanîfe adına tutarlılığı sağlamak için bu iki mesele arasındaki farkın izah edilmesi gerekir. Aynı problem vekâleten şarap satma konusunda da söz konusudur. Nitekim Ebû Hanîfe vekilin satımını müvekkilin satımı gibi görmediğinden Müslüman bir kimsenin Hıristiyan vekili aracılığı ile şarap satmasını câiz saymıştır. Bu durumda Ebû Hanîfe'nin yukarıdaki iyne satımı meselesinde vekilin satımını nasıl müvekkilin satımı gibi gördüğünün izah edilmesi gerekir. Bu problemi halletmek için "Vekilin satmasında müvekkilin satmış olması şüphesi vardır; ve ribâ ile ilgili konularda şüphe hakikat gibi değerlendirilir. [Bu sebeple vekilin, müvekkilinin sattığı şeyi daha ucuza alması ribâ gibi değerlendirilir.]" denilirse buna şöyle cevap verilir: Bir şeyi satın almaya vekil tayin edilen kişinin yaptığı satın almada da vekâlet veren kişinin satın alması şüphesi vardır. O hâlde mal sahibinin sattığı bir şeyi daha ucuza alması câiz olmadığı gibi, satıcının, sattığı bir şeyi daha az bir fiyatla vekili eliyle geri alması da ribâ şüphesi sebebiyle câiz olmamalıdır. Vekilin satımı müvekkilin satımı gibi görüldüğünden, müvekkilin, vekilinin sattığı malı satın almasında ribâ şüphesi bulunduğu; vekilin, müvekkilinin sattığı malı daha ucuza almasında ise ribânın şüphesinin şüphesi olduğu söylenebilir. Bilindiği gibi ribâda yasak olan, akitte hakikaten ribâ veya ribâ şüphesi olmasıdır; yoksa şüphenin şüphesi akdi haram hâle getirmez.

٦٦. والفرق بين وكيل الشراء ووكيل البيع في بيع العينة

[التسهيل] يمنع البائع وقتنه ومكاتبه من شراء ما باع أو يبيع له بأقل قبل النقد وصورة ما بيع له: كبيع المضارب وشريك المالك ووكيله لأنه باع بإذنه فكأن الموكل باعه.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: لم يجعل أبو حنيفة شراء الوكيل كشراء الموكل حتى يجوز شراء الوكيل بالشراء دون الموكل وجعل بيع الوكيل بالبيع كبيع الموكل حتى لم يجوز شراء الموكل بالبيع فلا بد من الفرق. ويشكل أيضاً بيع الخمر وكالة فإنه لم يجعل بيع الوكيل كبيع الموكل حتى جوزه فكيف يجعل هنا كبيعه؟ فإن قيل: في بيع الوكيل شبهة بيع الموكل والشبهة في الربا كالحقيقة يجاب: بأن شراء الوكيل كذلك فيه شبهة شراء الموكل فيلزم أن لا يجوز مع أن يبيع المالك ثم شراءه بأقل لم يجر لشبهة الربا وفي بيع الوكيل شبهة بيع الموكل فاللازم فيه شبهة الشبهة ويجب الاحتراز في الربا عن الشبهة لا عن شبهة الشبهة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Bedâi'*nin ifadesine göre Ebû Hanîfe, satın almaya vekil olan kişinin satın almasının cevazı konusunda kendi ilkesine uygun hareket etmiştir. *el-Bedâi'*de denir ki: “Ebû Hanîfe'nin ilkesi; akdi yapan kimsenin dikkate alınıp onun ehliyetine itibar edilmesi; akdin hükmü kendisi için gerçekleşecek olan kişinin ehliyetine itibar edilmemesidir. Bunun içindir ki Ebû Hanîfe şöyle demiştir: Bir Müslümanın bir zimmîye şarap satın alma veya satma konusunda vekâlet vermesi câizdir.”¹ Bu izahla yukarıdaki meselede satın alma vekili ile satma vekili arasındaki fark ortaya çıkmış ve Şeyh'in birinci ve ikinci itirazı bertaraf edilmiş olmaktadır. Şeyh'in daha sonra “O hâlde mal sahibinin sattığı bir şeyi daha ucuza alması câiz olmadığı gibi, satıcının, sattığı bir şeyi daha az bir fiyatla vekili eliyle geri alması da ribâ şüphesi sebebiyle câiz olmamalıdır. Vekilin satımı müvekkilin satımı gibi görüldüğünden, müvekkilin, vekilinin sattığı malı satın almasında ribâ şüphesi bulunduğu; vekilin, müvekkilin sattığı malı daha ucuza almasında ise ribâ şüphesinin şüphesi bulunduğu söylenebilir. Bilindiği gibi ribâda yasak olan, akitte hakikaten ribâ veya ribâ şüphesi olmasıdır; yoksa şüphenin şüphesi akdi haram hâle getirmez.” diyerek öne sürdüğü itiraza da şöyle cevap verilebilir: Malikin satıp sonrasında daha ucuza satın almasının câiz olmaması iki illet ile mualleldir. Birincisi, Şeyh'in ifade ettiği gibi, ribâ şüphesinin bulunması; ikincisi ise birçok muteber kitapta da zikredildiği gibi tazmin sorumluluğu üstlenilmeyen bir şeyin kârının alınmasını gerektirmesidir. Malikin satıp, sonrasında daha ucuza aldığı şeyde hakikaten tazmin etmediği kâr söz konusu olunca bunu vekilinin satmasında bu hakikatin şüphesi söz konusu olur; şüphenin şüphesi söz konusu olmaz. *el-Kâfi* ve diğer kitaplarda dile getirilen “Haram konularında bir açıdan sabit olan şey her açıdan sabit olmuş gibidir.”² ifadesi gereğince haram konularında şüpheden kaçınmak gerekir.

67. İyne Yoluyla Yapılan Satımın Bâtıl Değil Fâsit Oluşu

[Teshîl] Satıcı sattığı şeyi başka bir şeyle birlikte müşteriden geri satın alsa, akit kendi sattığı şey hakkında bâtil; ondan satın aldığı şey hakkında ise -bunu fâsit kılacak bir sebep olmadığı için- sahih olur.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, V, 200.

2 Nesefî, *el-Kâfi*, II, vr. 241b.

[فاضل أمير] نقول: قال في البدائع أن في جواز شراء الوكيل بالشراء مرّ أبو حنيفة على أصله وهو أنه ينظر إلى العاقد ويعتبر أهليته ولا يعتبر أهلية من يقع له حكم العقد؛ ولهذا قال: إن المسلم إذا وكل ذميًا بشراء الخمر أو بيعها أنه يجوز انتهى. وبهذا ظهر الفرق بين الوكيل بالشراء والوكيل بالبيع ٥
 فيما نحن فيه واندفع ما أورده الشيخ أولاً وثانيًا ثم ما أورده بقوله مع أن يبيع المالك ثم شراءه بأقل لم يجز لشبهة الربا وفي بيع الوكيل شبهة يبيع الموكل فاللازم فيه شبهة الشبهة ويجب الاحتراز في الربا عن الشبهة لا عن شبهة الشبهة فنجيب عنه بأن عدم جواز بيع المالك ثم شراءه بأقل معلل بعليتين إحداهما ما ذكره الشيخ بقوله لشبهة الربا والثانية ما ذكر في كثير من المعتمرات من أن فيه لزوم ربح ما لم يضمن فإذا كان في بيع المالك ثم شراءه بأقل ربح ما لم يضمن حقيقة يكون في بيع الوكيل شبهة هذه الحقيقة لا شبهة الشبهة وفي المحرم يجتنب عن الشبهة على ما في الكافي وغيره من أن الثابت من وجه كالثابت من كل وجه في باب الحرمان.

٦٧. كون بيع العينة فاسدا لا باطلا

[التسهيل] ولو شراه مع شيءٍ آخر صحَّ فيما صمَّ لعدم المُفسدِ وبطل ١٥
 شراء المبيع.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu hüküm tartışmaya açıktır. Çünkü yine yoluyla yapılan satım bâtil değil fâsittir. Nitekim Muhammed'in "Satıcının sattığı malı, vekilinin daha düşük bir fiyatla alması hâlinde müvekkil mala fâsit bir mülkiyetle sahip olur; nitekim bizzat kendisi satın aldığı da böyledir." şeklindeki gerekçesi de buna delâlet etmektedir. Ancak burada "Akit kendi sattığı şey hakkında bâtil olur." derken kullanılan bâtil ifadesinin mecâzen fâsit yerine kullanıldığının söylenmesi durumunda bu problem çözülmüş olur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu ibarenin aslı *el-Kâfi*'de olup musannif bunu oradan almıştır. Fakat *el-Kâfi*'nin ifadesinde buradaki butlanın fesâd anlamında kullanıldığına delâlet eden şeyler vardır. Bunlar da "Bu bize göre fâsittir." ifadesi ile "Bunda akit fâsit olduğundan..."¹ ifadesidir.

68. Sattığı Malı Müşterinin Vekilinden Daha Ucuza Geri Satın Almak

[**Teshîl**] Bir şeyi satmak için vekil tayin edilen kişi, sattığı malı kendisi veya bir başkası için daha ucuz bir fiyata geri satın alamaz. Zira akdin [satım bedelinin teslim edilmesi ve satın alınan şeyin kabzedilmesi gibi] hakları kendisine dönmektedir. Dolayısıyla kendi adına satmış ve satın almış gibi olur. Satım gümüş paralarla yapılmış olsa, satıcının altın para ödeyerek o malı geri alması Züfer dışındaki Hanefî imamlara göre câiz değildir. Zira altın ve gümüş para, eşyanın değerini biçmek için kullanıldığından para olma yönüyle aynı cins sayılır. Züfer'e göre altın ve gümüş ayrı birer cins olduğundan akit câizdir. Bir şeyi satın almak için vekil tayin edilen kimse, müvekkilinin vadeli sattığı bir şeyi daha ucuza peşin olarak satın alsa, Ebû Hanîfe'ye göre vekil icra ettiği tasarrufta asıl sayıldığından yapılan akit sahihtir. Derim ki: İyne ile ilgili meselelerin başında bu konudaki şüpheye işaret etmiştim. Orada dediğim gibi Ebû Hanîfe, vekilin satın almasını müvekkilin satın alması gibi değerlendirmedeğinden bu şekildeki geri satın almayı câiz kabul etmiştir. Bu üzerinde düşünülmesi gereken bir noktadır. Muhammed'e göre satıcının sattığı malı kendisinin tekrar satın alması fâsit olduğu gibi vekilinin satın alması da fâsittir. Ebû Yûsuf ise bu konuda vekâlet vermeyi bâtil görmektedir. Çünkü müvekkil kendi adına yapmaya yetkili olmadığı bir konuda vekil atayamaz. Bu sebeple vekilin yaptığı satın alma, "Müslümanın yaptığı akit mümkün olduğu kadar sıhhate hamledilir." kaidesi gereğince kendi adına nâfiz olmuş olur.

1 Neseî, *el-Kâfi*, II, vr. 242b.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فيه نظر لأنه من قبيل الفاسد لا الباطل يدل عليه وجه محمد حيث قال: «إذا شرى وكيله بأقل مَلَكُهُ الموكِّل ملكًا فاسدًا كما إذا اشتراه بنفسه» اللهم إلا أن يُحمل البطلان على الفسادِ تجوُّزاً.

[فاضل أمير] نقول: أصل هذه العبارة في الكافي أخذه المصنف منه ولكن في عبارة الكافي ما يدل على كون البطلان بمعنى الفساد وهو قوله «وهو فاسد عندنا» ثم قوله «ولما فسد العقد في هذه».

٦٨. اشتراء ما باعه من وكيل المشتري بأقل

[التسهيل] ومنع الوكيل بالبيع من شرائه لنفسه أو لغيره لعود الحقوق إليه فكأنه باع وشرى لنفسه. منعنا شراءه ولو كان ثمنه دنائير والتمنُّ الأول دراهم لاتحادهما ثمنيةً، وله اختلافهما ظاهرًا. وشراء وكيل البائع بالشراء صحَّ عند أبي حنيفة لأنه أصل في التصرف أقول: قد نَبَّهْتُ على ما فيه من الشُّبهة فيما تقدم في أوائل هذه المسائل حيث قلت: لم يجعل أبو حنيفة شراء الوكيل كشراء الموكل حتى جوِّز الخ فليتأمل. وجعله محمد فاسدًا كشراء البائع ويُطل أبو يوسف التوكيل بالشراء إذ الموكِّل لم يملك الشراء فلا يملكه فينفذ الشراء على الوكيل بالشراء عند أبي يوسف تحريرًا للجواز.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Satıcının, sattığı malı daha ucuz bir fiyata [doğrudan müşteriden değil de] müşterinin vekilinden geri satın almasının hükmünün; satıcının sattığı malı vekilinin geri satın alması meselesine kıyasla imamlar arasında ihtilafı olması ve vekilinin sattığı şeyi bir kimsenin geri satın almasına kıyasla ittifakla sahih olmaması gerekir. Bu meseledeki hükmü mü-
5 talaa ettiğim kitaplarda bulamadım. Bu mesele üzerinde düşünmek gerekir...

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: En uygunu, satıcının, müşterinin vekilinden satın alması meselesinin, satıcının müşterinin vârisinden satın almasına kıyas edilmesi ve şöyle denilmesidir: İkinci durum, yani bir kimsenin sattığı
10 malı, daha düşük bir fiyata müşterinin vârisinden geri satın alması, malikin değişmesi ve mülkiyetin vârise intikal etmesine rağmen câiz olmadığına göre birinci durumda yani satıcının, sattığı malı müşterinin vekilinden geri satın alması durumunda malik değişmemişken ve mülkiyet intikal etmemişken, akdin câiz olmaması evleviyetle sabit olur. Şu var ki satıcının,
15 müşterinin vekilinden geri satın almasının câiz olmaması, Ebû Hanîfe'nin daha önce *el-Bedâi'*den naklettiğimiz "akdi yapan kişiyi ve onun ehliyetini dikkate alıp, akdin kendisi hakkında gerçekleşeceği kişinin ehliyetine bakmamak"¹ şeklindeki ilkesine daha uygundur.

69. Bâtil Akitte Ödediği Bedeli Alıncaya Kadar Malı Elde Tutma Hakkı

[Teshîl] Bir kimse fâsit bir akitle bir şey satın alsın veya kiralasa veya rehin alsın ve daha sonra bu akit fesâd sebebiyle feshedilse, söz konusu şeyler karşılığında verdiği bedeli geri alıncaya değin bu şeyleri elinde tutma hakkına sahiptir. Çünkü akdin aslı gerçekleşmiş ve bedel söz konusu şeyler karşılığında ödenmiştir. Ancak yaptığı rehin akdi fâsit değil de bâtil ise
25 rehni elinde tutma hakkı yoktur. Zira bâtil akit yok hükmündedir ve rehin mala tekabül eden bir karşılık yoktur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Aslında söz konusu hüküm sadece rehin akdi için geçerli olmayıp genel olduğu hâlde fakihler hükmü özellikle rehin akdine tahsis etmişlerdir. Dolayısıyla metinde hükmün rehne tahsis
30 edilmesi rastgele bir kayıttır.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, V, 200.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو شرى البائع من وكيل المشتري ينبغي أن يكون خلافاً كسواء وكيل البائع قياساً عليه وينبغي أن لا يصحّ وفقاً قياساً على من شرى ما باعه وكيله ولم أجد هذه المسألة فيما طالعْتُ من الكتب فليتأمل.

٥ [فاضل أمير] نقول: الأقرب أن يقاس شراء البائع من وكيل المشتري على شراء البائع من وارث المشتري وأن يقال أن في الثاني لما لم يجوز شراءه مع تبدل المالك وانتقال الملك إلى الوارث فلان لا يجوز في الأول مع عدم التبدل والانتقال يكون ثابتاً بالطريق الأولى على أن عدم الجواز فيما لو شرى البائع من وكيل المشتري هو الأوفق بأصل أبي حنيفة وهو أنه ينظر إلى العاقد ويعتبر أهليته ولا يعتبر أهلية من يقع له حكم العقد كما سبق ١٠ من البدائع.

٦٩. حق الحبس حتى يسترد ما أداه في البيع الباطل

[التسهيل] ولو شرى أو استأجر أو ارتهن فاسداً ثم نُقض العقد بحكم الفسادِ حبس المبيع والمستأجر والرهن بالبدل الذي دفعه إلى البائع والمؤجر ١٥ والراهن لمقابلته به لتحقق أصل العقد ودفع البدل لأجل العوض فله حبسه حتى يأخذَ البدل، ولا يحبسُه لو عقد الرهن باطلاً لعدم العقد فلم يقابل.

[الشيخ بدر الدين] أقول: خصصوا ذكر الرهن مع أن الدليل يقتضي العموم فكان وقوعه اتفاقياً.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Evet, akitlerin bâtil olması durumunda bu hükmü bu akitlerin hepsi hakkında geçerli olur. Yani verdikleri bedelleri geri alabilmek için müşterinin mebûi, kiracının mecuru ve rehin alanın rehni elinde tutma hakkı yoktur. Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinin istihkak faslında zikrettiği şu ifadeler buna delâlet etmektedir: “Bir kimse bir arazi sat-
5 sa ve daha sonra onu vakfettiğine dair beyyine getirse satım akdi bâtil olur. Ödemiş olduğu satım bedeli mukabilinde müşterinin araziyi elinde tutma hakkı yoktur. Beyyine getiremezse müşterinin yemin etmesi gerekmez.” Aynı şekilde âlimlerin zikrettikleri “Fâsit akit hükümler açısından sahih
10 akit gibidir.”¹ şeklindeki ilke de bu hususa delâlet etmektedir. Belki de bu hükmü bâtil rehin akdine tahsis edip; mürtehinin, verdiği borcu geri almak için rehni elinde tutamayacağının söylenmesindeki incelik, bâtil alım satımında ve icârede akit konusu olan şeylerin hapsedilemeyeceğinin bundan evleviyetle anlaşılmasıdır. Çünkü asıl maksadın hapis olduğu ve aslında bu
15 amaç için vaz' edilmiş olan bir akitte elde tutma (hapis) câiz olmayınca, konuluş ve yapılış amacı mülk edinme ve yararlanma olan akitlerde (satım ve icâre) hapsin câiz olmaması hükmü evleviyetle sabit olur.

70. Önceki Borç Karşılığında Fâsit Akitle Mal Satın Alınması

[Teshîl] Müşteri, daha önceden mevcut olan bir alacağı mukabilinde
20 fâsit akitle birinden bir şey satın alsa veya kiralasa veya alacağına karşılık bir rehin alsa ve ardından akit fesâd sebebiyle feshedilse, müşteri fâsit akitle almış olduğu malı alıkoyma hakkına sahip olmaz. Zira müşteri, bedeli ödemiş değildir. Çünkü bedel -akitten önce mevcut olan bir alacak olduğu için ve yapılan akit de fâsit olduğu için- akit sebebiyle verilmiş
25 sayılmaz. Önceki bir alacak mukabilinde yapılan bu akit sahih olsaydı bu takdirde sahih akdin takarruru sebebiyle bedel satıcıya verilmiş sayılırdı. Fâsit satım ile sahih satım arasındaki fark başka bir yoldan da gösterilebilir. Akit “Şu dirhemlerle satın alıyorum.” denilerek muayyen bir paraya nispet edilse, akit ister fâsit isterse sahih olsun gösterilen paraya değil,
30 zimmette aynı miktardaki bir paraya taalluk eder; şu farkla ki semendeki mülkiyet sahih akitte salt akitle meydana gelir. Borçlu lehine müşteri aleyhine önceki borca denk bir borç sabit olursa, [bu iki borç] miktar ve vasıf bakımından eşit oldukları için, satım bedeli takas (ödeşme) yoluyla ödenmiş olur ve satıcı sattığı malın bedelini takas yoluyla tahsil
35 etmiş olur. Bu da satım bedelini gerçekten tahsil etmiş gibi değerlendirilir.

1 Bu ilke için bk. İbn Maze, *el-Mubîtu'l-Burbani*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2004, VI, 427; Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 55.

[فاضل أمير] نقول: نعم، أن عموم هذا الحكم يعني عدم حبس المشتري المبيع والمستأجر المستأجر والمرتهن الرهن لأخذ ما دفعوه من البدل إلى البائع والموجر والراهن جار في كل منهم إذا كان عقد كل منهم باطلا، يدل عليه ما ذكره المولى الأياثلوغي في فصل الاستحقاق من شرح المجمع من قوله ولو باع أرضاً فإن برهن أنه وقفها بطل البيع ولو لم يكن للمشتري حبسها بالثمن وإلا فلا يمين على المشتري انتهى وكذا يدل عليه ما ذكره من أصل الفاسد من العقود كصحتها في حق الأحكام ولعل السر في تخصيصهم الذكر بالرهن الباطل بأنه لا يحبس المرتهن فيه الرهن لاسترداد ما أقرضه الراهن هو أن يعلم عدم حبس المبيع والمستأجر في البيع والإجارة الباطلين بطريق الأولوية لأن العقد الذي كان المقصود الأصلي فيه الحبس وكان أصل وضعه له لما لم يجز فيه الحبس كان عدم الجواز في عقد كان وضعه ومقصوده شيئاً غير الحبس كالتملك والانتفاع ثابتاً بالأولوية.

٧٠. شراء شيء بدين سابق بعقد فاسد

[التسهيل] وكذا لا يحبسه لو وقع العقد فاسداً فيما عُقد بدين سبق يعني لو كان له دين على آخر ثم اشترى أو استأجر أو ارتهن بذلك الدين فاسداً ثم نُقض العقد بحكم الفساد لا يحبسه إذ لم يدفع البدل لأجل الدين لأنه قبل العقد كان عليه ولم يجعل كالمدفوع لأجله للفساد بخلاف العقد الصحيح بدين سابق لأنه جعل كالمدفوع لأجله لتقرره. والفرق بين الفاسد والصحيح بطريق آخر: أن البيع إذا أضيف إلى الدراهم لا يتعلق بعين تلك الدراهم وإنما يتعلق بمثلها في الذمة جائزاً أو فاسداً إلا أن في الجائز يثبت الملك في الثمن بمجرد العقد فإذا وجب للمديون على المشتري مثل الدين صار الثمن قصاصاً لاستوائهما قدرًا ووصفًا فيصير البائع مستوفياً ثمنه بطريق المقاصة فاعتبر بما لو استوفاه حقيقة

Bu örnekte, [akdin ikâle yoluyla feshedilmesi durumunda] müşteri alacağını tahsil edinceye kadar malı elinde tutma hakkına sahip olur; semenin takas yoluyla alınması da bunun gibidir. Satım akdi fâsitse, satıcı malın müşteri tarafından kabzedilmesiyle satım anındaki fiyata değil malın kabz

5 sırasındaki kıymetine sahip olur. Fâsit akit taraflarca her an feshedilebileceğinden kabzedilmeden önce malın kıymeti tam manasıyla takarrur etmiş olmaz. Ayrıca satıcının fâsit alım satım akdiyle sattığı malın karşılığında hak ettiği kıymet müşteriye olan borcu ile aynı cinsten olabileceği gibi başka bir cinsten de olabilir. Müşterinin satıcıdan alacağı kesindir. Takas,

10 ancak zimmette olan borç ve alacağın her bakımdan eşit olması hâlinde yapılır. Bu gerekçe sebebiyle peşin alacak ile vadeli alacak arasında takas olamayacağı gibi, vasıf itibarıyla adi olanla kaliteli olan arasında da takas olmaz. Takas gerçekleşmeyince satıcı sattığı malın satım bedelini tahsil etmemiş sayılır ve müşteri için de akit feshedildikten sonra malı alıkoyma

15 hakkı olmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Sahih akitle fâsit arasındaki bu fark, metinde daha önce zikredilen farkın aksine daha önceki bir alacak mukabilinde rehin hususunda tutarlı değildir. Bu konunun düşünülmesi gerekir. Derim ki: Bu fark, tarafların aslında bir borcun olmadığını bildikleri hâlde,

20 bir malı borç karşılığında satmalarının sahih olduğunu da gösterir. Nitekim daha evvel geçtiği gibi, alım satım akdi 'şu para karşılığında' denilerek yapıldığında akit, gösterilen paranın bizzat kendisine değil zimmette ona denk bir paraya taalluk eder. Öyle ki müşteri satıcıda olan alacağına karşılık bir şey satın alsa satıcının, müşteriye olan borcu kadar bir miktarı müşteriden alma hakkı olur ve her birinin diğerinin zimmetinde olan alacağına karşılık taraflar arasında takas yapılabilir. Yine aynı kurala binaen taraflar aslında olmadığını bildikleri bir alacak karşılığında bir alım satım yapsalar, satıcının müşteri aleyhinde -satıcı üzerine olduğunu söyledikleri- borç kadar bir alacağı olması gerekir ve yapılan satım sahih olur. Çünkü burada

30 satıcının sattığı malın bedeli aslında olmayan borca değil müşterinin zimmetine taalluk etmiştir. Aynı meselede satıcının bir borcu olmadığından bir ödeşmenin olması da beklenemez. O hâlde satıcının, sattığı malı değil onun bedelini alma hakkı olur. Oysa fâsit alım satım konusunun başında geçtiği gibi tarafların aslında olmadığını bildikleri bir borç karşılığında

35 alım satım yapmaları bâtil hükmündeydi.

وثمة للمشتري حقُّ حبس المبيع إلى أن يستوفي ثمنه كذا هنا وفي الفاسد لم يملك الثمن بل يجب قيمة المبيع عند القبض والقيمة قبل القبض غير متقررة لاحتمالها السقوط كلِّ ساعةٍ بالفسخ ولأن القيمة قد تكون من جنس الدين وقد لا تكون ودينُ المشتري على البائع متقرر والمقاصةُ إنما تكون عند استواء الواجبين وصفًا ولهذا لا يقع المقاصةُ بين الحالِّ والمؤجلِّ والجيد والرديء ٥ وإذا لم تقع المقاصةُ لم يصر البائع مستوفياً ثمنه أصلاً فلا يكون للمشتري حقُّ حبس المبيع بعد فسخ البيع.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا الفرق لا يستقيم في الرهن بدين سابق بخلاف الفرق المتقدم المذكور في المتن فليتأمل. وأقول: هذا الفرق يقتضي أن يصحَّ تبايعهما عينًا بدين عالمين بعدم الدين لما مر أن البيع إذا أضيف إلى الدراهم يتعلق بمثلها لا بعينها حتى لو باع شيئًا بدينٍ على البائع يجب للبائع على المشتري مثل الدين فتقع المقاصة بين الدينين فعلى هذا فيما تبايعا عينًا بدين عالمين بعدمه يلزم أن يثبت للبائع على المشتري مثل الدين المسمى على البائع فيصح البيعُ لأن ثمنه شيءٌ تحقق في ذمة المشتري لا الدين المعدوم المسمى على البائع فلما لم يكن على البائع دين لم تقع المقاصة للبايع أن يأخذ ثمنه لا المبيع وقد مرَّ في أوائل هذا الفصل أن هذا باطلٌ. ١٥

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Rehin konusunda tutarlı olmamasının açıklaması şudur: Mürtehinin, rehni kabzetmesi ona semen veya kıymetin bir bölümünün ödenmesi borcunu yüklemeyiz. Bu bakımdan rehin meselesinde bir takas durumu tasavvur olunamaz. Öte yandan Şeyh, eğer sahih akit ile fâsit akit arasındaki farkı izah sadedinde söylediği ilk açıklamada metindeki ifadeye ‘ödemenin manen gerçekleştiği’ni anlatmak için ‘*li takarruribi*’ (takarrur etmiş olduğu için) ifadesini eklememiş olsaydı, ikisi arasındaki farka ilişkin olarak söylediği şey tutarlı olurdu. Fakat ‘*li takarruribi*’ ifadesini ekleyince anlatılması istenen şey doğru düzgün anlatılamamış oldu. Bunu anla! Şeyh’in “Yine aynı kurala binaen taraflar arasında bir borcun olmadığını bilerek güya bu borç karşılığında bir alım satım yapsalar, satıcının müşteri aleyhinde güya borç kadar bir alacağı olması gerekir ve yapılan satım sahih sayılır...” sözüne gelince; bu durumda akdin bâtil olacağını bu faslın başında ifade etmiştik. Şöyle ki: Taraflar satıcının müşteriye bir borcu olmadığını bildikleri hâlde satıcının borcuna karşılık satım akdi yapsalar bu akit satım bedeli olmaması şartıyla yapılan satım gibi olur ve böyle bir akdin hükmü bâtildir. Âlimlerimiz bunu tasrih etmişlerdir. Tarafların satıcının müşteriye borcu olmadığını bildikleri hâlde satıcının borcuna karşılık yapılan akdin, satım bedeli olmaması şartıyla yapılan satım gibi olduğuna *el-Hâniyye*’deki şu ifadeler de delâlet etmektedir: Bir kimse bir başkasından ondaki alacağına karşılık bir şey satın alsa fakat her ikisi de böyle bir alacağın olmadığını bilseler; akit tıpkı satım bedeli olmaması şartıyla bir mal satın alınmasında olduğu gibi bâtil olur.

71. Me’zûn Kölenin Efendisine Bir Şey Satması

[**Teshîl**] Mülkiyet yenilenmesi (teceddüt) olmayacağı için, köle ile efendisi arasında alım satımdan söz edilemez. Ancak tasarruf izinlisi borçlu kölenin durumu farklıdır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Tevliye satımı konusunda geleceği üzere ticaret yapmak için yetkilendirilmiş ve başkasına borçlanmış kölenin, efendisine bir şey satması yok hükmündedir. Yukarıdaki hüküm ile bu hüküm arasında bir çelişki vardır. Düşünülmeli! Bu çelişkiyi giderme adına verilecek cevap murâbaha bölümünde gelecek.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu çelişkiyi giderecek cevabı murâbaha bahsinde verdik. Oraya müracaat et!

[فاضل أمير] نقول: وجه عدم الاستقامة هو أن يقبض المرتهن الرهن لا يلزم عليه أداء شيء من الثمن أو القيمة حتى يتصور فيه المقاصة ثم أنه لو لم يزد على ما في المتن في وجه الفرق المتقدم من قوله للدفع معنى قوله لتقرره لاستقام ما قاله في الفرق المتقدم ولكن بزيادته اختل مقصوده فافهم وقوله فعلى هذا فيما تبايعا عيناً بدين الخ قد أشرنا إلى بيان البطلان في هذه الصورة فيما تقدم في أول الفصل وهو أنهما إذا تبايعا مع علمهما بأن لا دين على البائع بدين عليه يكون هذا في حكم البيع بنفي الثمن وحكمه البطلان كما صرحوا به ويدل عليه أي على أن تبايعهما بدين له على البائع مع علمهما بأن لا دين عليه في حكم البيع بنفي الثمن ما في الخانية من قوله وكذا لو اشترى بدين له عليه وهما يعلمان أنه لا دين عليه كان باطلاً ١٠ كما لو اشترى شيئاً على أنه لا ثمن له.

٧١. بيع العبد المأذون من مولاه

[التسهيل] ولا بيع بين العبد ومولاه لعدم تجدد الملك إلا مأذوناً مديوناً إذ يفيد ملك اليد.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يجئ في فصل التولية أن بيع المأذون المديون من مولاه كالعدم فيبينهما تنافٍ فليتأمل. جوابه فيما كتبنا في فصول المراجعة. [فاضل أمير] نقول: قد كتبنا في فصل المراجعة الجواب الدافع للمنافاة فراجع.

72. Telcie

[**Teshîl**] Satıcı elindeki malın gasbedilmesi veya el konulmasından korktuğu için bir başkasıyla göstermelik bir alım satım (telcie) yapmak üzere gizlice anlaşılıyor. Taraflar akdin göstermelik olduğuna vurgu yapmadan başka bir mecliste bir alım satım akdi daha yapıyor ve daha sonra aralarında bu akdin önceki gizli anlaşmaya binaen mi yoksa yeni bir akit olarak mı yapıldığı konusunda anlaşmazlığa düşüyorlar. Bu durumda Ebû Hanîfe'ye göre yapılan akdin sahih olduğunu iddia eden kimse bu sözünü yemini ile desteklerse onun sözüne itibar edilir. Zira akıl sahibi insandan beklenen, tasarruflarını ciddi olarak yapmasıdır. Bu nedenle burada ciddiyeti savunan tarafın sözüne itibar edilir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise taraflar -sahihliği hususunda ittifak etmedikleri sürece- bu akit bâtıldır. Zira tarafların önceden gizlice anlaşmış olmaları akdin önceki gizli anlaşmaya binaen yapıldığını göstermektedir. Dolayısıyla akdin bâtil olduğunu iddia eden tarafın sözüne itibar edilir.

Derim ki: Yapılan akdin sahih olduğunu iddia eden taraf akdin ibtidaen yapıldığına dair beyyine getirirse Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre onun sözünün kabul edilmesi gerekir. Zira beyyine getiren taraf, zahir durumun dışındaki bir şeyi ispat etmektedir. Hâlbuki evla olan *el-Letâif* metninin "Taraflardan biri akdin sahih olduğuna dair beyyine getirmediği veya taraflar akdin sahih olduğuna dair ittifak etmedikleri sürece Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre akit bâtil olur..." şeklinde düzenlenmesiydi. Fakat *el-Letâif* metninde 'biri akdin sahih olduğuna dair beyyine getirmediği' kaydına yer vermeyişimin sebebi, metni oluştururken esas aldığım kaynağa muvafakat etmek içindir. Sanırım bu husus açık olduğu için fakihler bu kaydı koymaya gerek duymamışlardır. En doğrusunu Allah bilir.

Telcieyi -yani bu satımın göstermelik olduğunu- iddia eden taraf iddiasını beyyine ile desteklerse iddiası kabul edilir. Nitekim Kâdihân'ın fetvasında da böyle denilmektedir.¹

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu görüş Ebû Hanîfe'ye ait olmalıdır. Zira yapılan akdin göstermelik olduğunu iddia eden şahıs Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre beyyine getirmek zorunda değildir; çünkü onlara göre bu noktada sözüne itibar edilecek olan taraf zaten akdin göstermelik olduğunu iddia eden taraftır. Taraflardan her birinin, iddiasını beyyine getirerek desteklemesi durumunda hangisinin sözüne itibar edileceği noktasında bir rivâyete rastlamadım.

1 Kâdihân, *el-Fetâvâ*, II, 55.

٧٢. التلجئة

[التسهيل] ولو اتفقا سرّاً على البيع تلجئةً لشيء كان البائع يخاف أن يُغصب منه ثم أطلقاه أي تبايعا في مجلسٍ آخر بلا ذكر التلجئة فاختلفا في البناء والابتداء فالقول لمُجيزه مع يمينه عند أبي حنيفة إذ الظاهر جدُّ العاقل،
 ه أبطلا البيع ما لم يتفقا على صحته لظهور البناء بقريئة المواضعة فيكون القول لمن يدعي بطلانه.

أقول: لو أقام مدعي الصحة بينةً على الابتداء ينبغي أن يُقبل لأنه يُثبت غير الظاهر عندهما فالأولى أن يقال: أبطلاه ما لم يبرهن على صحته أو لم يتفقا على صحته إلخ ولكني لم أذكره في المتن موافقة للأصل المأخذ
 ١٠ فكأنهم تركوه لظهوره، والله أعلم.

ولو أقام مدعي التلجئة بينةً على ما ادّعى يقبل كذا في فتاوى قاضيخان.
 [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون هذا على قول أبي حنيفة لأن مدعي التلجئة لا يحتاج عندهما إلى البينة إذا القول له عندهما، ولو برهنا فأبئهما يترجح لم أجد فيه روايةً

Ancak Ebû Hanîfe'ye göre satımın göstermelik olduğunu savunan tarafın, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise akdin sahih olduğunu savunan tarafın iddiasının kabul edileceğinin söylenmesi gerekir. Çünkü daha evvel söylendiği gibi, Ebû Hanîfe'ye göre zahir olan, "Akıllı insanlar tasarruflarını ciddi bir şekilde yapar." ilkesi gereği akdin göstermelik yapılmadığıdır. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise tarafların içinde bulunduğu duruma göre zahir olan, akdin göstermelik olarak yapılmış olmasıdır. O hâlde zahirin farklı olduğunu iddia eden taraf hangisi ise onun sözü kabul edilmelidir. Burada Ebû Hanîfe'ye göre zahirin aksine delil getiren, akdin göstermelik olduğunu iddia eden taraf iken; Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre akdin sahih olduğunu iddia eden taraftır. Bununla birlikte akdin sahih olduğuna dair beyyine getiren kimsenin sözünün mezhep âlimlerinin ittifakıyla muteber olacağını söylemek de ihtimal dâhilindedir. En doğrusunu Allah bilir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Evet, telcie iddiasında bulunan tarafın beyyine getirmesine gerek olmayıp, telcie olduğunu söylemesi yeterlidir. Fakat bu imamların hepsinin görüşü değil, sadece Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşüdür. Telcie iddiasında bulunan tarafın beyyine getirmesi durumunda ise bu telcie ittifakla sabit olur. Dolayısıyla metinde meselenin vaz'ı, imamların hepsine göre telcienin sübutunun beyanı içindir. Şu kadar ki [her ne kadar Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre telcie iddiasında bulunan kişinin sözü yeterli ise de] beyyine getirmesi durumunda ayrıca yemin etmesine gerek kalmamaktadır. Bu yüzden beyyinenin Ebû Yûsuf ve Muhammed açısından da bir faydası ortaya çıkmış olmaktadır. Zaten âlimler beyyinenin yemine gerek bırakmamak için kabul edileceğini açıkça söylemişlerdir. Nitekim kendisine emanet bırakılan kişi, emaneti iade ettiğine dair beyyine getirdiğinde yemin etmesine gerek kalmamaktadır. Bu konuyu Sadruş-şerîa mehir bahsinde zikretmektedir.¹

73. Vefâen Satım

[Teshîl] Vefâen satım (bey' bi'l-vefâ) konusunda sahih olan kanaat şudur: Akit taraflar arasında alım satım lafzıyla yapılmışsa rehin sayılmaz. Daha sonra bakılır: Eğer akitte [ileride] satımı feshetme şartını koşmuşlarsa satım fâsit olur. Satım esnasında feshetme şartını koşmamışlar bunun yerine "Vefa şartıyla bu malı sana satıyorum." veya "Bu satımı câiz bir satım olarak yapıyorum." demişlerse ve bu lafızlarla yapılan akit her iki taraf açısından da lazım olmayan akitten ibaret ise bu iki durumda yapılan akit, fâsit olur.

1 Sadruşşeria, *Şerhu'l-Vikâye*, III, 40; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkâm*, I, 347.

وينبغي أن يترجح بينة مدعي التلجئة عند أبي حنيفة وبينة مدعي الصحة عندهما لما مر من أن الظاهر عنده الجِدُّ وعنهما البناء فتقبل بينة من يدعي غير الظاهر وهو مدعي التلجئة عنده ومدعي الصحة عندهما ويحتمل أن تقبل بينة الصحة وفاقاً والله أعلم.

٥ [فاضل أمير] نقول: نعم لا يحتاج إلى البينة ويثبت مدعاه بقوله لكن لا وفاقاً وأما إذا أقام بينة يثبت بالاتفاق فيكون وضع المسألة لبيان ثبوت التلجئة على قول الكل على أن في إقامة البينة دفع اليمين عن مدعي التلجئة فتحصل فائدة البينة على قولهما أيضاً وقد صرحوا بأن البينة تقبل لدفع اليمين كما في المودع إذا أقام بينة على رد الوديعة وذكره صدر الشريعة في باب المهر.

١٠ .٧٣. البيع بالوفاء

[التسهيل] والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً، ثم يُنظر لو ذَكَرَا شرطَ الفسخ في البيع فسد البيع وإن لم يذكر ذلك في البيع وتلفظاً بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظاً بالبيع الجائز وعنهما هذا البيع عبارةً عن بيعٍ غيرٍ لازمٍ

Ancak herhangi bir şart koşmaksızın akdi yapsalar ve daha sonra âdet olduğu vecihle vefa şartını koşsalar satım câiz olur ve âdete göre koşulmuş olan vefa şartı bağlayıcı olur. Zira vaatler bazen bağlayıcı olur. İnsanların âdet hâline getirdikleri bu vaat [vefa şartı] ihtiyaç sebebiyle bağlayıcı kabul edilmiştir.

5 [Fâzıl Emîr] Dört duruma göre yani [a] tarafların baştan fesih şartını zikretmeleri, [b] akdi 'vefa şartı' lafzıyla yapmaları, [c] -akdin bağlayıcı olmadığını bilerek- akdi 'câiz akit' lafzıyla yapmaları ve [d] akit esnasında bir şart öne sürmeyip daha sonra vefa şartını öne sürmeleri durumlarında satıcının, müşteriden aldığı miktarı ödemek suretiyle dilediği zaman mebûi
10 geri alma hakkı vardır. İlk üç durumda mebûi geri alabilmesinin sebebi, akdin fâsit olmasıdır. Dördüncü durumda ise vaat edilen vefa şartının insanların ihtiyaç duyması sebebiyle bağlayıcı olmasıdır.

74. Şehirlinin Köylü Adına Satım Yapması

[Teshîl] Yerlinin kıtlık döneminde köylü/yabancı için mal satması mekruhtur. Yani kıtlık döneminde yerli, yabancı için simsarlık yapamaz.
15 Hz. Peygamber'in "Yerli yabancı için malını satmasın. Bırakın yüce Allah insanları birbirleri aracılığıyla rızıklandırsın." hadisinin son bölümü buna delâlet etmektedir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Buradan "bey'u hâdir li-bâd" hadisini
20 "yerlinin yabancıya satması" olarak anlayan *el-Hidâye* ve *el-Kâfi* müelliflerinin görüşlerinin zayıf olduğu ortaya çıkmış oldu.¹ Çünkü hadisin son bölümü alıcı ve satıcı arasına kimsenin girmemesi gerektiğini bildirmektedir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Rivâyete uygun olan doğru tasvir Şeyh'in metinde zikretmiş olduğu "Yerli yabancı için simsarlık yapamaz." şeklindeki tasvir
25 dir. Çünkü Allâme-i Rûmî şöyle demektedir: "Bu konudaki asıl Buhârî'nin *es-Sahih*'te isnadıyla Abdullah b. Tâvus'un babasından onun da İbn Abbas'tan rivâyet ettiği şu hadistir: 'Kervanı yolda karşılamayın. Yerli yabancı için satmasın.' İbn Abbas'a '*La yebîu hâdir li-bâd*' sözünün anlamının ne olduğunu sordum. İbn Abbas 'Ona simsar olmasın.' diye cevap verdi."² Şeyh'in iza-
30 hının rivâyete uygun olduğu görülmektedir. Şeyh'in "li-bâd" sözcüğündeki "lam" harfini bu şekilde tefsir etmesi, ona "min" anlamını vermekten -ki bu durumda hadisin anlamı "Yabancıya satmasın." olmaktadır- daha doğrudur.

1 Merginâni, *el-Hidâye*, III, 54; Neseî, *el-Kâfi*, II, vr. 250a.

2 İbn Kemâl, *el-İslâh ve'l-İzâh*, vr. 245b.

فكذلك وإن ذكرنا البيع من غير شرط ثم ذكرنا الشرط على الوجه المعتاد جاز البيع ولزم الوفاء المعتاد لأن المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا المعتاد لازماً لحاجة الناس إليه.

[فاضل أمير] نقول: وعلى التقادير الأربعة كلها للبائع أن يأخذ المبيع بأن يؤدي قدر ما أخذه من المشتري إليه متى شاء أما في الصور الثلاث الأول يعني ٥ فيما ذكرنا شرط الفسخ في البيع وفيما تلفظاً بلفظ البيع بشرط الوفاء وفيما تلفظاً بالمبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم ففساد البيع فيها وأما في الرابعة وهي ما ذكرنا البيع من غير شرط ثم ذكرنا الشرط على الوجه المعتاد فللزوم الوفاء بالوعد هنا لحاجة الناس إليه.

٧٤. بيع حاضر لبادٍ

[التسهيل] و[كره] بيع حاضر لبادٍ في قحط أي لا يكون سمساراً للبادي دلاً عليه آخر قوله ﷺ «لا يبيع حاضر لبادٍ وذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعضهم». [الشيخ بدر الدين] أقول: ظهر بهذا ضعف ما ذهب إليه صاحب الهداية والكافي: من أن معناه أن يبيع من أهل البدو فيكون البادي مشترياً على هذا وهو ضعيف لأن آخر الحديث دلاً على أن لا يدخل بين المتبايعين أحدٌ. ١٥

[فاضل أمير] نقول: التصوير الصحيح الذي وافق الأثر هو ما أخذه الشيخ في المتن من قوله أي لا يكون سمساراً للبادي إذ قال العلامة الرومي الأصل فيه ما حدّث البخاري في صحيحه بإسناده إلى عبد الله بن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله قال قال رسول الله ﷺ لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقلت لابن عباس ما قوله ﷺ ولا يبيع حاضر لباد قال: لا يكون سمساراً انتهى فظهر بهذا موافقته للأثر ٢٠ ولا يخفى أن التفسير الذي قال به الشيخ أسلم من جعل اللام في «الباد» بمعنى «من»

Molla Hüsrev, Şeyh'in kabul edilmeye layık olan bu değerlendirmesini gördükten sonra, *ed-Dürer* adlı eserinde¹ *el-Hidâye* sahibinin ve *el-Kâfi* sahibinin hadisin anlamına ilişkin yorumunu “daha üstün görüş” nitelemesiyle verirken, aslında hadisin devamındaki ifadeye ve sahabe uygulamasına daha uygun olan ve bir harfe başka bir harfin anlamını vermekten uzak olan görüşü [ki bu Şeyh'in görüşüdür] “pek kabul edilmeyen (mercûh) görüş” olarak vermiştir. Molla Hüsrev, muhtemelen bunu sırf Şeyh'e itiba etmiş olmaktan kaçınmak için yapmıştır. Çünkü Molla Hüsrev çoğunlukla Şeyh'i hatalı görmekte ve sahih bir şekilde anlaşılması mümkün olmasına rağmen onu ‘tasalluf’ ile -yani kuru gürlüğü çıkarmakla- nitelemektedir. Oysa ki tabi olunmaya layık olan şey, hakikattir.

75. “Diyânî Konularda Bir Kişinin Sözü Kabul Edilir.” Sözündeki Problemin Giderilmesi

[**Teshîl**] Diyânî konularda -özellikle de ihtiyat üzerine bina edilen konularda- tek kişinin sözü kabul edildiği için, esir alınan bir kadının, kendisiyle birlikte esir alınan bir çocuğun kendi çocuğu olduğunu iddia etmesi durumunda nesep sabit olmamakla birlikte çocuk kadından ayrılamaz.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: el-Hazr ve'l-İbâha bölümünde geçtiği üzere diyânî konularda ister köle ister kadın olsun, sadece adil bir Müslüman'ın sözü kabul edilir. Öyle ki bir çocuk veya zimmînin pis olduğunu söyledikleri suyla alınan abdest sahih olur. Bu yüzden kâfir bir kadının diyânî konulardaki sözünün de kabul edilmemesi gerekir. Dolayısıyla *et-Teshîl* metninde yer alan “diyânî konularda tek kişinin sözünün kabul edildiği” ifadesinin, -Hazr ve İbaha bölümünde belirtildiği gibi- mutlaklığı üzere alınması doğru olmaz ve o ifadenin mutlak olarak alınması durumunda çelişki söz konusu olur. Eğer metinde ‘diyânî konularda’ yerine ‘muamelât konularında’ denilseydi gerekçelendirme çelişkisiz olarak tamamlanmış olurdu. Çünkü ister Müslüman ister kâfir isterse çocuk olsun muamelat konularında tek kişinin sözü mutlak olarak kabul edilir. *et-Teshîl* metnindeki meselede kadının sözünün kabul edilmesi, satım ve benzeri yollarla çocukla annesinin arasının ayrılması hakkındadır. Satım ve benzeri işlemler muamelat kapsamında olduğu için problem yoktur.

1 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 177-178.

والمولى الفاضل ملا خسرو بعد أن رأى هذا التحقيق الحقيقي بالقبول من الشيخ المصنف قد أتى في الدرر بتصوير قال به صاحب الهداية والكافي على أنه هو الراجح وذكر ما هو الوجه الأوفق بآخر الحديث والأنسب بالأثر والأسلم عن جعل حرف بمعنى آخر على أنه هو الوجه المرجوح ولعل أنه فعل ما فعل مستنكفاً عن الاتباع بهذا الشيخ لأنه كثيراً ما يخطئه ٥ ويصفه بالتصلف مع إمكان حمل قوله على المحمل الصحيح ولكن الحق أحق أن يتبع.

٧٥. دفع الإشكال «لا يقبل في الديانات إلا قولٌ عدلٍ»

[التسهيل] ولو ادّعت امرأة صبياً سُبِي معها لا يثبت نسبه منها ولا يُفَرَّقُ

بينهما لقبول قول الواحد في الديانات خصوصاً فيما بُني على الاحتياط. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: لا يقبل في الديانات إلا قولٌ مسلمٍ عدلٍ ولو

قنا أو أنثى على ما ذكر في كتاب الحظر والإباحة حتى لو أخبره ذمي أو

صبي بنجاسة ماء صحّ له أن يتوضأ به فينبغي أن لا يقبل قول الكافرة في

الديانات فقوله: لقبول قول الواحد في الديانات لا يصحّ على إطلاقه على

ما ذكر ثمة فيبينهما منافاة، ولو ذكر المعاملات بدل قوله الديانات لتم ١٥

التعليل بدون المنافاة لأن قول الواحد يقبل في المعاملات مطلقاً سواء

كان مسلماً أو كافراً أو صغيراً. وإنما قيل قولها هنا في حق التفريق بينهما

بالبيع ونحوه والبيع ونحوه من قبيل المعاملات فلا إشكال.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu problemi ilk olarak Zeylaî, Hâfızuddîn Neseffî'nin *el-Kenz*'deki "Helal haram konularında kâfirin sözü kabul edilir."¹ ifadesine ilişkin yaptığı şu değerlendirmeye gündeme getirmiştir: "Bu bir yanılıdır. Çünkü helallik ve haramlık diyânî konular kapsamındadır ve diyânî konularda kâfirin sözü kabul edilmez. Kâfirin sözü sadece muamelat konularında ve hususen zaruret durumlarında kabul edilir." Zeylaî, Neseffî'yi bu şekilde eleştirdikten sonra *et-Tebîyîn*'de şöyle demiştir: "Diyânî konularda kâfirin sözü kabul edilmez. Ancak eğer kâfirin sözünün muamelat konusunda kabul edilmesi, onun sözünün diyânî konularda kabul edilmesini de içeriyorsa diyânî konular muamelat konularının kapsamına girmiş olur ve zaruret sebebiyle kâfirin sözü diyânî konularda kabul edilmiş olur. Mesela bir Müslüman'ın Mecusi bir hizmetçisi olsa, onu et almaya gönderse, hizmetçi 'Ben bu eti bir Yahudi'den satın aldım.' dese, Müslüman'ın o eti yemesi câiz olur. Eğer 'Eti bir Mecusi'den satın aldım.' derse yiyemez. Çünkü satın alma konusunda Mecusi hizmetçinin sözünün kabul edilmesi, zorunlu olarak onun sözünün helallik ve haramlık hususunda kabul edilmesini gerektirmiştir. Hâlbuki Mecusi'nin diyânî konulardaki sözleri, mesela 'Şu helaldir, şu haramdır.' gibi sözleri -doğrudan- kabul edilmemektedir."² Burada şöyle denilmesi mümkündür: "Esir kadının muamelat kapsamına giren bir konudaki sözü sebebiyle bir işlemin mekruh olduğu söylenebildiği için musannif [Şeyh Bedreddin], kadının sözü bu gibi diyânî konularda kabul edilir, demiştir. Yani esir kadının ['Bu çocuk benimdir.'] sözü, o çocukla kadının arasının satım yoluyla ayrılmasının mekruh olduğu hükmünün sübutu hususunda kabul edilmiştir. Metinde anne ile çocuğun arasının ayırlamayacağı hükmünün gerekçesi olarak zikredilen "Diyânî konularda bir kişinin sözü kabul edilir." ifadesindeki problemin cevabında dikkate aldığımız şeyleri, Molla Hüsrev de Hâfızuddîn Neseffî'nin *el-Kenz*'deki "Helal haram konularında kâfirin sözü kabul edilir." ifadesine ilişkin olarak Zeylaî'nin dile getirmiş olduğu probleme cevap verirken dikkate almıştır. Molla Hüsrev'in bu probleme *ed-Düer*'de verdiği cevap şudur: "Bana göre bu konuda yanılan *el-Kenz* sahibi değildir. Çünkü onun helal ve haram sözünden maksadı mutlak anlamda helal ve haram değil; muamelat işlemleri neticesinde ortaya çıkan helal ve haramdır."³ Molla Hüsrev *el-Kenz* sahibinin buradaki maksadının -mutlak helal haram değil- ilgili kayıtlı mukayyet helal haram olduğunu, *el-Kâfi* metninde zikredilen⁴ Mecusi hizmetçi meselesiyle delillendirmiştir. Aynı şekilde biz de maksadın burada mukayyet bir şekilde ifade edilen durum olduğuna aynı meselenin *et-Tebîyîn*'de zikredilen şeklini delil gösterdik.

1 Neseffî, *Kenzu'd-Dekaik*, Daru'l-beşairi'l-İslamiyye, Beyrut, 2011, s. 606.

2 Zeylaî, *Tebîyinu'l-Hakâik*, VI, 12.

3 Molla Hüsrev, *Düveru'l-Hükkâm*, I, 311.

4 Neseffî, *el-Kâfi*, III, vr. 212a.

[فاضل أمير] نقول: أصل هذا الإشكال للزيلعي على قول حافظ الدين النسفي في الكنز «ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة» بأن قال: هذا سهو لأن الحل والحرمة من الديانات، ولا يقبل قول الكافر في الديانات، وإنما يقبل في المعاملات خاصة للضرورة وبعد ما تعقب النسفي الزيلعي على هذا الوجه قال في التبيين ولا يقبل قول الكافر في الديانات إلا إذا كان ٥ قبوله في المعاملات يتضمن قبوله في الديانات فحيثُذ تدخل الديانات في ضمن المعاملات فيقبل قوله فيها ضرورة حتى إذا كان له خادم مجوسي فأرسله ليشتري له لحمًا فقال اشتريته من يهودي وسعه أكله وإن قال اشتريته من مجوسي لا يسعه أكله لأنه لما قبل في حق الشراء منه لزمه قبوله في ١٠ حق الحل والحرمة ضرورة وإن كان لا يقبل قوله فيه قصدًا بأن قال هذا حلال أو حرام انتهى. فلا يبعد أن يقال هنا لما كان قول المسيية بالكرهية في ضمن المعاملة قال المصنف يقبل قولها^١ في مثل هذه الديانة يعنى قبل قولها في ثبوت الكراهية الحاصلة من البيع والتفريق وبمثل ما اعتبرناه في الجواب عن الإشكال الوارد على قوله لقبول قول الواحد في الديانات لتعليل عدم التفريق هنا قد اعتبر المولى الفاضل ملا خسرو في الجواب عن ١٥ الإشكال الوارد على قول حافظ الدين في الكنز ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة حيث قال في درره: أقول ليس الساهي صاحب الكنز لأن مراده بالحل والحرمة ما يحصل في ضمن المعاملات لا مطلق الحل والحرمة إلخ واستدل على أن مراده هذا المقيّد بمسألة خادم مجوسي ذكرت في الكافي كما استدللنا على أن المراد هذه الصورة المقيدة هنا أيضا بتلك المسألة ٢٠ المذكورة في التبيين.

76. İkâlede Geçmiş Zaman Sığası Şart mı?

[**Teshîl**] İkâle, akit meclisinde icap ve kabul ile olur. Muhammed, icap ve kabulün -alım satım akdinde olduğu gibi- mazi sığasıyla olmasını şart koşmuştur. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ise -bir pazarlık durumunun söz konusu olmaması sebebiyle- icap ve kabulden birisinin gelecek zamana delâlet eden bir sığa olabileceği görüşündedir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Birinin “İkâle et!” sözünün, akdin bir yarısını meydana getirme talebi olma ihtimali, diğerinin “İkâle ediyorum.” sözünün de icap değil bir vaat olma ihtimali vardır. Dolayısıyla bu sözlerle akdin inşâsı taayyün etmiş olmaz.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un ikâle işleminde icap ve kabulden birisinin gelecek zaman sığasında olabileceği şeklindeki görüşü, onda pazarlığın olmamasıyla gerekçelendirilmiştir. Çünkü ikâle ancak enine boyuna düşünüldükten sonra yapılacağı için “İkâle et!” ve “İkâle ediyorum.” sözleri, -nikâh akdinde olduğu gibi- akdi var kılmaya ve gerçekleştirmeye yönelik olur. Şeyh'in, âlimlerimizin “İkâlede pazarlık söz konusu değildir.” ifadelerini gördüğü ve kendisi de metinde naklettiği hâlde bu gerekçeden nasıl gafil olduğuna ve söz konusu itirazını nasıl yaptığına şaşılır. Yaptığımız bu tahkik sayesinde Şeyh'in dile getirdiği, ikâle lafzının talep ve vaat içermesinin muhtemel olduğu şeklindeki itirazı bertaraf edilmiş ve Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un söylediklerinde bir problem olmadığı ortaya çıkmış olur. Fakat *el-Hulâsâ*'da belirtildiği üzere fetva Muhammed'in görüşüne göredir.

77. İkâle Fesih midir Yoksa Yeni bir Akit midir?

[**Teshîl**] İkâle, Ebû Hanîfe'ye göre, -üçüncü şahıslar hakkında değil- taraflar hakkında bir fesihdir. İkâle bir fesih olduğu için yeni bir alım satım akdi olarak değerlendirilemez. Çünkü fesih ile alım satım akdi birbirine zıttır. Şöyle ki; akit isbat ve tahkik, ikâle ise fesih ve kaldırma anlamına gelir. Fesih akdin yeniden yapılması anlamına muhtemel değildir ki gerçek anlam imkânsız olunca bu anlama hamledilsin. Dolayısıyla fesih ve akit birbirine zıttır ve bir şey zıddına muhtemel değildir. Bu bakımdan fesih sayılması mümkün olmadığında ikâle zorunlu olarak bâtil olur¹. Nitekim taraflar ikâle lafzı yerine fesih veya terk lafzlarını kullanarak bedelleri karşılıklı olarak iade ettiklerinde bu iade işlemi fesih; bunun mümkün olmadığı durumlarda ise bâtil olmaktadır. Terk ve fesih anlamına gelen kelimeler de böyledir.

1 Mesela müşterinin yanında iken doğuran mebi hakkındaki ikâle böyledir. Bu durumda, -ayıp bölümünde geçtiği üzere- ayrı artış feshine engel olduğu için ikâlenin fesih olması mümkün olmaz, dolayısıyla ikâle bâtil olur.

٧٦. هل يشترط صيغة الماضي في الإقالة

[التسهيل] تصحُ [الإقالة] بلفظين في المجلس. شرط محمد مضيئهما كبيع وجوزا ولو أحدهما مستقبلا إذ لا محلّ للسوم.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يحتمل أن يكون قوله: أفلني طلبا لإيجاد الشطر وقوله: أقيلك عدة لا إيجابا فلم يتعين الإنشاء. ٥

[فاضل أمير] نقول: قالوا في الاستدلال عن طرف الشيخين أن المساومة لا تجري فيها لأن الإقالة لا تكون إلا بعد تأمل فيحمل لفظا «أفلني» و«أقيلك» على الإيجاد والتحقيق كما في النكاح ويتعجب من الشيخ أنه بعد أن رأى قولهم إذ لا محلّ للسوم ورواه في المتن كيف يغفل عن هذا التعليل فيورد ما أورده وبهذا التحقيق يندفع ما أورده الشيخ من احتمال كون اللفظ طلبا أو عدة ١٠ ويسلم ما قال به الشيخان عن هذا الإشكال ولكن قال في الخلاصة الفتوى على قول محمد.

٧٧. هل الإقالة فسخ أم بيع جديد؟

[التسهيل] الإقالة لا بيع للتنافي بين البيع وبين الفسخ والرفع إذ لا يحتملُ الفسخُ والرفعُ معنى ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لأن العقد إثباتٌ وتحقق فكانت بينهما مضادةٌ والشيء لا يحتملُ ضده فإذا لم يُمكن أن يُجعلَ فسحا يطلُّ ضرورةً كما لو ترادا بلفظ الفسخ أو الترك بدل لفظ الإقالة لا تصير إلا فسحا أو باطلا فكذا ما معناهما. ١٥

Muhammed'e göre ikâlenin ilk satım bedeli ile veya ondan daha az bir bedel ile veya bedel konuşulmadan yapılması durumunda bu ikâle bir fesihtir. Çünkü ikâle -daha önce de zikredildiği gibi- fesih ve ref' anlamına gelmektedir. Eğer feshi mümkün değilse bu durumda Muhammed'e göre ikâle yeni bir alım satım akdidir. Mesela ilk satım bedelinden fazla bir bedel ile veya kabzdan sonra ilk satım bedelinden farklı bir bedel ile ikâle yapılırsa bu durumda ikâle yeni bir alım satım akdi olur. Çünkü ikâlenin alım satıma ihtimali vardır. Bu tıpkı bu işlemin üçüncü şahıs hakkında yeni bir akit olması gibidir. İkâlenin alım satım sayılma imkânı da yoksa bu durumda ikâle bâtil olur. Mesela kabzdan önce ilk satım bedelinin dışında satım bedeli olmayan farklı bir şey ile ikâle yapıldığında bunun yeni bir alım satım sayılması imkânı olmadığından bu ikâle bâtil olmaktadır. Çünkü ilk akdin yapıldığı bir satım bedeli üzerinde yapılmadığından bu işlemin fesih imkânı yoktur; kabz gerçekleşmediği için de yeni bir alım satım olma imkânı yoktur. Bundan dolayı da ikâle bâtil olur.

Şayet satıcı satım bedelini alıcıya hibe etse Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre artık ikâle sahih olmaz. Çünkü ikâle bir fesihtir ve burada bir satım bedeli olmadığından bir fesihten söz edilemez.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Eğer biri "Bu durumda ikâlenin bâtil olması Ebû Hanîfe'ye göre açıktır. Fakat Muhammed'e göre açık değildir. Çünkü ona göre ikâlenin yeni alım satım olma ihtimali vardır." diye bir itirazda bulunsa, ona şöyle cevap verilebilir: Muhammed'e göre ikâlenin ilk satım bedeli ile veya ondan daha az bir bedel ile veya bedel konuşulmadan yapılması durumunda bu ikâle bir fesih olup alım satıma hamledilmez.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Satım bedelinin yokluğu durumunda ikâlenin alım satıma ihtimali zahir olmadığı gibi, feshi ihtimali de zahir değildir. Çünkü satım bedelinin [müşteriye] hibe edilmiş olması ya satım bedelinin helak olması gibi ya da hiç satım bedeli konuşulmamış gibi değerlendirilir. Âlimlerimizin açıkça belirttikleri gibi hangi ihtimal alınırsa alınsın satım bedelinin hibe edilmesi ikâleye mâni olmadığı gibi ikâlenin fesih sayılmasına da mâni değildir. Satım bedelinin hibe edilmiş olmasının, alım satım olması yönüyle ikâleye değil de fesih anlamındaki ikâleye mani olması açık değildir.

جعلها محمد بالثمن الأول أو أقل أو ساكتاً عن الثمن فسحاً لما مرّ من
 أن معناها الرفع والفسخ وإلا أي إن استحال الفسخ كما بالأكثر من الثمن
 الأول أو بجنس آخر بعد القبض جعلها بيعاً لاحتماله كما في حق الثالث وإلا
 أي إن استحال جعلها بيعاً جَعَلَهَا باطلا كالإقالة بجنس آخر غير الثمن قبل
 القبض فإنها لا يمكن أن يُجعل فسحاً إذ لم يرد على ما ورد عليه العقد ولا
 ٥ يمكن أن يُجعل بيعاً جديداً لعدم القبض فتبطل.

فالبائع لو وهب الثمن للمشتري لا تصح الإقالة عند أبي حنيفة ومحمد
 لأنها فسحٌ ولا فسحٌ هنا لعدم الثمن.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل هذا ظاهر على قول أبي حنيفة وأما
 ١٠ على قول محمد فلا لاحتمال البيع يجاب: بأنها لا تحمل على البيع عند
 محمد فيما بالثمن الأول أو بأقل أو بسكوت.

[فاضل أمير] نقول: احتمال البيع مع عدم الثمن ليس بظاهر كما أن
 احتمال الفسخ ليس بظاهر مع عدم الثمن لأن كون الثمن موهوباً إما أن
 يجعل كهلاك الثمن أو السكوت عن الثمن وأياً ما كان لا يمنع الإقالة ولا
 ١٥ يمنع كونها فسحاً كما صرحوا به فمنع كون الثمن موهوباً عن الإقالة بمعنى
 الفسخ لا عنها بأن تكون بيعاً ليس بظاهر.

78. Trampada Bedellerden Birinin Helaki Durumunda İkâle

[**Teshîl**] Trampa akdinde bedellerden biri [helak olmuş, diğeri] duruyorsa ikâle yapılabilir. Çünkü bedellerden birinin helak olması durumunda kalan bedel, mebî olur. Zira trampada bedellerden her biri esasında mebîdir. İki bedelden birinin diğere öncelikli olarak mebî sayılması mümkün olmadığından her ikisi de mebî sayılma noktasında birbirine eşittir. Bedellerden birinin helak olması durumunda kalan bedel mebî olarak belirlenmiş olacağı için akdin fesh edilmesi tasavvur edilebilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bedellerden birinin helak olmasından sonra trampa akdinin ikâle edilmesi durumunda ikâlenin helak olan bedelin kıymeti mukabilinde olacağını düşünmüş, fakat bunu yazma konusunda tereddüt etmişim. Daha sonra *Tenvîru'l-Ebsâr*'da "bu durumda müşterinin, helak olan bedel kıymetini, mislî ise mislini vereceği"¹ ifadelerine rastladım ve bu konuda isabet ettiğim için Rabbime hamdettim.

79. Murâbaha ve Tevliyenin Sahih Olabilmesi İçin Kârın Belli Olması

[**Teshîl**] Tevliye, murâbaha ve vadîa câizdir. Tevliye, malın alındığı fiyatla satılması; murâbaha, malın kârlı olarak satılması; vadîa ise malın daha düşük bir fiyatla satılması demektir. Bu alım satımların câiz olmasının nedeni insanların bunlara ihtiyaç duymasıdır. Çünkü ticaret hususunda saf olan, o konuda zeki olana güvenmek ihtiyacı duyar ve aldanmamak için onun aldığı fiyattan veya bir miktar kâr ile satın alır. Bazen de bir şeyi satın almış olan kişi paraya ihtiyaç duyar ve bundan dolayı aldığından az fiyat ile satar. Bu akitler ancak, satım bedelinin mislî olması durumunda ya da mislî olmasa bile müşterinin mülkünde olan bir satım bedeli mukabilinde olması durumunda sahih olur. Ayrıca murâbaha akdinde bilinmezlik durumu oluşmaması için kârın da belli olması gerekir. Belli olmayan bir kâr oranıyla yapılan murâbaha akdi, -satım bedeli ister mislî olsun ister müşterinin mülkünde olup gayri mislî olsun- câiz değildir. Satım bedeli mislî değilse, mesela bir elbise karşılığında satın aldığı köleyi bu elbisenin sahibi olmayan birine murâbaha yoluyla satarsa bu akit bâtil olur. Çünkü satım bedelinin mislî olmadığı durumda şayet alım satım akdi kurulacak olsa, bu bedelin kıymeti mukabilinde kurulmuş olur.

1 Timurtâşî, *Tenvîru'l-Ebsâr*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2002, s. 424.

٧٨. الإقالة في المقايضة بعد هلاك أحد البديلين

[التسهيل] ولو تقايضا تصحُّ الإقالة ببقاء أحدهما إذ الباقي مبيعٌ لأن كلَّ واحدٍ منهما مبيعٌ إذ ليس أحدهما بأن يُجعلَ المبيعَ أولى من الآخر فجعل كلَّ منهما مبيعاً فكان البيعُ قائماً ببقاء أحدهما فيتصورُ رفعه.

٥ [فاضل أمير] نقول: لاح ببالي أن الإقالة في المقايضة بعد هلاك أحد البديلين إنما يكون بقيمة الهالك ولكن كنتُ متردداً في إملائه ثم ظفرت في تنوير الأبصار بما قال وعلى المشتري قيمة الهالك إن قيمياً ومثله إن مثلياً فحمدت الله سبحانه وتعالى على الإصابة.

٧٩. كون الربح معلوما لصحة التولية والمرابحة

١٠ [التسهيل] وجاز التولية وهي: البيع بما أخذ، والمرابحة وهي: البيع بما أخذ وزيادة، والوضيعة وهي: بيعٌ بنقص مما أخذ به من الثمن. وإنما جاز هذه البيوعُ للحاجة إليها إذ الغبِّي في التجارة يحتاجُ إلى أن يعتمدَ على فعلِ الذكي فيها فيشتري منه بمثل ما اشترى أو بربحٍ لئلا يُغبِن بأكثر من هذا لو لم يعتمد على فعله والمشتري قد يحتاج إلى الثمن فيبيع بأقل. ولا تصحُّ هذه البيوعُ إلا في ثمنٍ مثليٍّ أو في ثمنٍ ملكه المشتري ولو غير مثلي والربحُ معلوم حذرَ الجهل فإنه لو باع مرابحةً بربحٍ مجهولٍ لم يجز سواءً كان الثمنُ مثلياً أو غير مثلي ولكن ملكه المشتري. فإن لم يكن الثمنُ مثلياً بأن اشترى عبداً بثوبٍ فباعه مرابحةً ممن لا يملك ذلك الثوبَ بطل البيعُ لأنه إذا لم يكن مثلياً فلو انعقد البيعُ ينعقد بقيمة ذلك البدلِ

O kıymet de -bilinmesi tahmin ve zana kalacak şekilde- meçhul olur; satım bedelinin bilinmemesi ise alım satımın câiz olmasına engel olur. Şu var ki, şayet müşteri [misli olmayan] bu malı, bu bedele -yani elbiseye- evvelce sahip olan birine belli bir dirhem veya niteliği belirtilmiş ölçülebilir bir şeyi kâr olarak ekleyerek satarsa, üstlendiği şeyi teslim etmeye muktedir olduğundan, bu satım sahih olur. Eğer bunu elbisenin onda biri değerindeki bir kâr ile satarsa sahih olmaz. Zira bu onu elbise ve elbisenin kıymetinin bir kısmı ile satmış olur. Çünkü onda birin tesmiye edilmesi, kârın anamalın cinsinden olmasını gerektirir. Zira kârı semenin onda biri gibi kılmıştır. Bir şeyin onda biri ise kendi cinsinden olur.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Eğer onu aynı elbiseye malik olan birine o elbise karşılığında ve misli olmayan fakat muayyen olan bir kâr karşılığında mesela başka muayyen bir elbise karşılığında satarsa satım bedeli misli olmasa bile cehalet olmadığı için bu akdin de câiz olması gerekir. Buna göre alım satımın câiz olması, kârın misli olmasına değil, kârın belli olmasına bağlı olmuş olur. Dolayısıyla *Mecma'û'l-Bahreyn* ve benzeri kitaplarda zikredilen “Tevliye ve murâbahanın sahih olabilmesi için bedelin misli veya müşterinin mülkiyetinde olması ve kârın da misli olması gerekir.” ifadelerinden anlaşılan “Bu akitlerin câiz olabilmesi için kârın misli olması gerekir.” ifadesi sahih değildir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu değiştirme Şeyh'ten önce Zeylaî tarafından yapılmıştır. Zeylaî'nin bu konudaki ifadesi şöyledir: “Tevliye, ancak satın aldığı malı aynı bedele sahip olan birine aynı bedelle satma durumunda, murâbaha ise o bedel yanında malum bir kâr ekleyerek satma durumunda câiz olur.”¹

80. Köle ile Efendisi Arasında Murâbaha

[**Teshîl**] Ticaret izni bulunan (me'zûn) borçlu köle, -ister borcu kendi değerini kapsayacak şekilde olsun ister olmasın- on dirheme satın aldığı bir malı, efendisine on beş dirheme satarsa efendisine on dirhemlik murâbaha yapmış olur. Aksi de böyledir. Yani efendi on dirheme satın aldığı bir malı kölesine on beşe satarsa murâbaha ile on dirheme satmış olur. Kitabet akdi yapılan köle tasarruf izinli köle gibidir. Efendi, malı borçlu me'zûn kölesinden veya mükâteb kölesinden aldığını beyan ederse malı on beşe murâbaha yoluyla başka birine satabilir.

¹ Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 74.

وهي مجهولة تُعرف بالحرز والظن وجهالة الثمن يمنع جواز البيع حتى لو كان المشتري مرابحةً ممن يملك ذلك البدل أي الثوب وقد باعه بربح درهم أو شيء من المكيل موصوف صح لقدرته على تسليم ما التزم. وإن باعه بربح ده يزدده لا يصح لأنه باعه بالثوب وبيع قيمته لأن تسمية ربح ده يزدده تقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لأنه جعل الربح مثل عُشر الثمن وعشرُ الشيء يكون من جنسه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو باعه ممن يملك ذلك الثوب بذلك الثوب وربح شيء معين غير مثلي كثوب آخر معين ينبغي أن يجوز وإن كان الربح غير مثلي لعدم الجهالة فعلى هذا يتقيد الجواز بكون الربح معلومًا لا بكون الربح مثليًا فلا يصح تقييد الجواز بكون الربح مثليًا كما يفهم مما ذكر في المجمع ونحوه أنه لا يصح التولية والمرابحة حتى يكون العوض مثليًا أو مملوكًا للمشتري والربح مثلي.

[فاضل أمير] نقول: هذا التغيير مما سبقه فيه الزيلعي حيث قال فلا يجوز إلا إذا باعه بذلك البدل ممن يملكه أو به وبزيادة ربح معلوم.

٨٠. المرابحة بين العبد ومولاه

[التسهيل] ولو باع مأذونٌ مديونٌ سواء أحاطَ دينُه برقبته أو لا من مولاه بخمسة عشر ما ابتاعه بعشرة رباح مولاه بعشرة كعكسه أي لو شراه مولاه بعشرة وباعه من العبد بخمسة عشر رباح العبد بعشرة. والمكاتبُ كالمأذون. ولو بين أنه شراه من عبده المأذون المديون أو من مكاتبه له أن يُربح على خمسة عشر.

Bu meselenin ilkesi şudur: Murâbaha akdi güven esası ve hıyanetin gerçekten veya şüphe olarak yokluğu esası üzerine kurulur. Bu meselede bir hıyanet şüphesi vardır. Çünkü köle ile efendi arasında meydana gelen akit sahih olmakla beraber yokluk şüphesi taşımaktadır. Zira köle ve elindeki mal tümüyle efendiye aittir. Akdin sahih olması ise köle üzerinde borcun varlığından-
 5 dandır. Kölenin elde ettiği kazanç efendinin hakkından hali değildir. Çünkü mükâtebin ve borçlu me'zûn kölenin kazancı bir açıdan efendinin malıdır. Bundan dolayı da köle ile efendi arasında gerçekleşen akit murâbaha açısından yok hükmündedir. Dikkate alınacak olan akit [me'zûn kölenin yapmış
 10 olduğu] ilk akittir. Köle ilk etapta sanki malı vekâletle efendisi için on dirheme satın almış ve ikinci etapta efendisine sanki vekâletle satmış olur. Dolayısıyla muteber olan satım bedeli, ilk akitteki satım bedeli [olan on dirhem]dir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: “Neciş bahsinin az öncesinde borçlu me'zûn kölenin efendisine satmasının muteber olduğu geçmişti. Yine iler-
 15 de gelecek olan ribâ bahsinde kölenin efendisine satmasının, başkasının hakkının taalluku sebebiyle muteber olduğu söylenmektedir. Bu ifadeler borçlu me'zûn kölenin murâbaha konusunda da yabancı hükmünde olmasını gerektirir.” denilirse bunun cevabı meselenin gerekçelendirilmesi sırasında yukarıda verilmiştir. İyi düşünölmeli.

[Fâzıl Emîr] Derim ki: Şeyh demek istiyor ki; ‘neciş’ bölümünde zikredilen ve ribâ bölümünde zikredilecek olan şeylerin muktezası, borçlu kölenin murâbaha konusunda tıpkı yabancı biri gibi olmasıdır. Yani birinci
 20 durumda efendinin, ikinci durumda kölenin on beş dirheme murâbaha yoluyla birbirlerine satmaları -tıpkı bir yabancıya satmaları durumunda olduğu gibi- câizdir. Cevabın yukarıdaki meselenin ta'lîlinden anlaşılmasına gelince, kastettiği şey metindeki şu ifadedir: “Köle ile efendi arasında meydana gelen akit sahih olmakla beraber yokluk şüphesi taşımaktadır. Zira köle ve elindeki mal tümüyle efendiye aittir...” Buradan anlaşıl-
 25 şudur: Efendi ile köle arasındaki akit sahih ve muteberdir, fakat bunda yokluk şüphesi vardır. Emanet üzerine ve şüphenin yokluğu üzerine bina edilen bir konuda akdin varlığına itibar edilmez. Anlaşıyor ki; neciş ve ribâ bölümlerindeki ‘kölenin efendisine satmasının muteberliği’ne ilişkin ifade, yaptıkları akdin sahihliğine nazardır. Murâbaha konusunda geçen ‘kölenin efendisine satmasının muteber olmayacağı’na dair ifade ise akitteki şüpheye nazardır. Böylece işaret edilen çelişki giderilmiş olmaktadır.
 35

وأصله أن المرابحة بنيت على الأمانة ونُفِي الخيانة حقيقةً وشبهةً وقد تمكنت
 الشبهة هنا إذ العقد الذي جرى بين المولى وعبيده صحيح له شبهة العدم، إذ
 العبد وما في يده لمولاه وإنما صحَّ العقد لمكان الدين والحاصل للعبد لا تخلو
 عن حق المولى لأن مكاسب المكاتب والعبد المديون ملك المولى من وجهه
 فجعل العقد الجاري بين العبد ومولاه كالمعدوم في حق المرابحة وبقي الاعتبار
 للعقد الأوَّل وصار كأنَّ العبد شراه للمولى بالوكالة بعشرة في الفصل الأول وكأنَّ
 العبد يبيعه للمولى بالوكالة في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: مرَّ قُبيل فصل كراهة النجش: أن يبيع
 المأذون المديون من سيده معتبرٌ ويجيء في فصل الربا أن يبيعه من سيده معتبرٌ
 لتعلُّق حقِّ الغير وهذا يقتضي أن يكون العبد المديون كالأجنبي في المرابحة
 يقال: عُرف جوابه بما تقدم من تقديرٍ تعليل المسألة فليتأمل.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن مقتضى ما ذكر في الفصل السابق والآتي كون
 العبد المديون كالأجنبي في المرابحة يعني أن يجوز للمولى في الصورة الأولى
 وللعبد في الثانية أن يربحاً على خمسة عشر في غير صورة البيان أيضاً كما
 للأجنبي وأما انفهام الجواب من التعليل فمن قوله «إذ العقد الذي جرى بين
 المولى وعبيده صحَّ وله شبهة العدم إذ العبد وما في يده لمولاه الخ» لأن
 المستفاد منه أن العقد الجاري بينهما صحيح معتبر ولكن فيه شبهة العدم فلا
 اعتبار بوجوده فيما بني على الأمانة وعلى الخلو من الشبهة، وبهذا علم أن ما
 في الفصلين من اعتبار بيعه من سيده بالنظر إلى صحة العقد الجاري بينهما وما
 في باب المرابحة من عدم اعتبار بيعه من سيده بالنظر إلى ما في ذلك العقد من
 الشبهة، فاندفعت المنافاة.

81. Satılan İki Elbiseden Birinin Ayıp Sebebiyle İade Edilmesi

[**Teshîl**] Birisi, on dirhemlik bir elbiseyi on dirheme, başka birisi de yirmi dirhemlik bir elbiseyi on dirheme satın alsa ve ikisinden biri diğerine “Bu elbiseyi seninkiyle birlikte sat!” diyerek satım hususunda onu görevlendirirse bu durumda görevlendirilen kişi başka birine “Bu iki elbise bana yirmi dirheme mal oldu; sana on dirhem kâr ile ikisini de satarım.” dese müşteri de elbiseleri satın alıp teslim alsa, ancak elbiseleri satın alan kişi görevlendiren şahsın elbisesinde bir ayıp bulsa ve o elbiseyi geri vermek istese ve satıcıya “Sen bu iki elbiseyi tek pazarlıkta yirmi dirheme satın almıştın, bu durumda semen ve kâr üçe taksim olunur. Dolayısıyla ben bu ayıplı elbiseyi semenin üçte ikisi karşılığında iade edeceğim.” dese, satıcı da “Hayır, bunları iki ayrı pazarlık ile satın almıştım, dolayısıyla sen ayıplı elbiseyi bana semenin yarısı mukabilinde iade edebilirsin.” dese, bu durumda müşterinin sözü dikkate alınır. Çünkü ilk semen [yirmi dirhem] eğer iki ayrı pazarlıkla oluşmuşsa, ikinci semen [otuz dirhem], iki semenin miktarına bölünür. Eğer ilk semen tek pazarlıkta oluşmuşsa bu durumda ikinci semen [otuz dirhem] iki [elbisenin] kıymetine [otuz dirhem] bölünür.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Çünkü ilk semen bu durumda tek bir semen olur ve ikinci semenin birinci semene bölünmesi câiz olmaz. Çünkü bölünmesi hâlinde zahir olan bu bölünmenin yarı yarıya olmasıdır; bu ise câiz değildir. Çünkü genelde kalitesiz mal, kaliteli mala eklenerek birlikte satılır. Bu yüzden her ikisinin de kıymetinin bilinmesi ve adaleti sağlamak için ikisine bölünmesi zarureti vardır.

82. Mebûde ve Semende Artırım

[**Teshîl**] İster helak olsun ister halen duruyor olsun mebûde artırım yapmak sahihtir. Satım bedelinde yapılan artırım ise mebû akde mahal olmaya devam ettiği sürece sahihtir. Çünkü satım bedelindeki artırım, bir bedeldir ve bu bedel, -bedel olma durumunun o anda gerçekleşmesi, sonra da istinat etmesi için- kendisine mukabil, akde elverişli bir mahallî gerektirir. Semende indirim yapmak ise bundan farklı olup mebû helak olsa bile indirim sahih olur. Çünkü indirim yapmak mebûin değil semenin duruyor olmasını gerektirir ve semen de bakidir. Ebû Hanîfe'den gelen bir rivâyete göre semende artırım da tıpkı indirim gibi, mebû helak olsa bile sahihtir.

٨١. بيع الثوبين معاً ورد أحدهما بعيب

[التسهيل] ولو شرى ثوباً بعشرة يساوي عشرةً وشرى آخرُ ثوباً بعشرة يساوي
عشرين وأمره ببيعه مع ثوبه فقال المأمور لرجل: قام الثوبان عليّ بعشرين وأبيعك
بربح عشرةً وشراهما وقبضهما ووَجَدَ بثوب الأمر عيباً وأراد ردهُ فقال المشتري
للبائع: شريئهما صفقةً واحدةً بعشرين وانقسم الثمنُ والربحُ أثلاثاً فأرَّدهُ بثلثي
الثلثين وقال البائع: بصفقتين فَرُدَّ بالنصف فالقول للمشتري، لأن الثمنَ الأوَّلَ إن
كان متفرقاً أي في صفقتين فالثمنُ الثاني ينقسم بقدر الثمنين وإن كان مجتمعاً أي
في صفقةٍ فعلى القيمتين.

[فاضل أمير] نقول: لأن الثمن الأول حينئذ يكون واحداً ولا يجوز انقسام
الثلثين الثاني على الثمن الأول لأنه إذا انقسم عليه يكون الظاهر الانقسام عليه
بالتناصف ولا يجوز هذا لأن الغالب ضم الردي إلى الجيد فاضطر إلى معرفة
القيمتين والانقسام عليهما للتعادل.

٨٢. الزيادة في المبيع والثلث

[التسهيل] وصحَّ الزيادةُ في المبيع هلك المبيعُ أو لا. وصحَّ الزيادةُ في الثمن
لو بقي المبيعُ محلاً للعقد إذ الزيادةُ في الثمنِ عَوْضٌ يقتضي محلاً مقابلاً قابلاً
للعقد لِيُثْبِتَ الاعتياضُ في الحال ثم يستند ضدَّ حطِّه فإنه يصحُّ مع هلاكِ المبيعِ
لأن الحطَّ يقتضي قيامَ الثمنِ لا المبيعِ والثلثُ باقٍ. وزيادةُ الثمنِ تصحُّ مع هلاكِ
المبيعِ كحطِّ الثمنِ في روايةٍ عن أبي حنيفة.

Mebûin helak olması durumunda bile mebûde artırım yapmanın câiz olmasının sebebi, mebûin semen mukabilinde sabit olması ve semenin de halen duruyor olmasıdır. Mebûin helak olması durumunda semendeki artırım ise böyle değildir. Çünkü semendeki artırım mebû karşılığında sabit 5 olmaktadır ve mebû duruyor değildir. Muhammed şöyle demiştir: Bir kim- senin satın alıp kabzettiği câriye ölse, daha sonra satıcı müşteriye başka bir câriye daha vermek suretiyle mebûde artırım yapsa bu artırım câiz olur. Çünkü bu artırım semen karşılığında sabit olmuştur ve semen de halen mevcuttur. Aynı örnekte müşteri, satıcıya semende artırım yapsa bu artı- 10 rım câiz değildir. Çünkü müşteri tarafından yapılan artırım mebû karşılı- ğında olmaktadır; mebû ise helak olmuştur. *el-Kifâye* adlı eserde konu bu şekildedir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: *el-Kâfi*¹ ve *ez-Ziyâdât*'in ifadelerinin zahi- rinden anlaşıldığına göre malın telef olmasından sonraki artırım, bir rivâyete 15 göre ister semende isterse mebûde olsun câizdir. *Zâhiru'r-rivâye*'ye göre ise câiz değildir; çünkü artırım akdin bir vasıftan başka bir vafsa değiştirilmesi demektir ve akdin varlığını gerektirir. Akdin varlığı ise mebûin varlığına bağ- lıdır. *el-Câmi*'in bazı şerhlerinde zikredilen ise şudur: Mebûde ve semende artırım yapmak ancak mebûin mevcut olması durumunda câizdir. Mebû telef 20 olmuşsa artırım câiz değildir. Bununla *el-Kifâye*'de zikredilen arasında çelişki vardır. Ben [*el-Letâif*] metni[ni], *el-Kifâye*'de verilen bilgi üzerine bina ettim. İlke, mebûin telef olmasının semendeki artırımına engel olmasıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Kifâye*'deki ifadeler ile *el-Kâfi*, *ez-Ziyâdât* ve bazı *el-Câmi*' şerhlerindeki ifadeler arasındaki farklılık şu şekildedir: *el-Kifâye*'de 25 "Mebûde ziyade/artırım yapmak, mebûin helak olmasından sonra da câiz- dir." denilmiş, Şeyh de oradan alarak "İster helak olsun ister halen duruyor ol- sun mebûde artırım yapmak sahihtir." demiştir. *el-Kâfi*, *ez-Ziyâdât* ve *el-Câ- mi*' şerhinde zikredilen ise mebûin helak olmasından sonra mebûde artırım yapmanın câiz olmadığıdır. Ancak bu görüş *el-Kâfi* ve *ez-Ziyâdât*'ta *Zâhi- ru'r-rivâye*'ye atfen verilirken, *el-Câmi*' şerhinde mutlak rivâyet olarak veril- 30 mektedir. Satım bedelindeki artırım konusuna gelince; gerek *et-Tebyîn*'in gerekse Ayasuluğî'nin *el-Mecma*' şerhindeki ifadelerinden anlaşılan şudur:

1 Neseî, *el-Kâfi*, II, vr. 257b-258a.

وأما الزيادة في المبيع فجائزة مع هلاكه لأنها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بخلاف الزيادة في الثمن فإنها تثبت بمقابلة المبيع وليس بقائم. وقال محمد: لو شري أمة وقبضها فماتت في يده فزاد البائع المشتري أمة أخرى فالزيادة جائزة لأن هذه الزيادة تثبت بمقابلة الثمن والتمن قائم. ولو زاد المشتري البائع لم يجز إذ الزيادة من جانبه تثبت بمقابلة المبيع والمبيع هالك كذا في الكفاية. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: الظاهر من الكافي والزيادات: أن الزيادة بعد تلف المبيع سواء كانت في الثمن أو في المبيع تصح في رواية ولا تصح في ظاهر الرواية لأن الزيادة تغير العقد من وصف إلى وصف فيستدعي قيام العقد وقيامه بقيام المبيع. وذكر في بعض شروح الجامع: أن الزيادة في المبيع والثمن إنما يجوز إذا كان المبيع قائماً ولا يجوز لو كان المبيع هالكاً فبينه وبين ما ذكر في الكفاية منافاة. ونبئت المتن على ما في الكفاية فالأصل أن هلاك المبيع يمنع زيادة الثمن. ١٠

[فاضل أمير] نقول: أما وجه المخالفة بين ما في الكفاية وبين ما في الكافي والزيادات وبعض شروح الجامع فهو أن المذكور في الكفاية هو أن يجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع كما قال الشيخ أخذاً منه وصح الزيادة في المبيع هلك المبيع أولاً والمذكور في الكافي والزيادات وشرح الجامع أن لا يجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع في ظاهر الرواية على ما في الكافي والزيادات، وفي الرواية المطلقة على ما في شرح الجامع وأما الكلام في زيادة الثمن فالظاهر من عبارة التبيين وشرح المجمع للآياثلوغي ٢٠

Müşterinin mebîi azat etmesinden, müdebber yapmasından, onunla kitabet akdi yapmasından veya mebîi herhangi bir yolla mülkiyetinden çıkarmasından sonra satım bedelinde yapılan artırım Ebû Hanîfe'ye göre câiz iken İmâm-meyn'e göre câiz değildir.¹ Mebîin ölmesinden sonra satım bedelinde yapılan artırımın câiz olmadığına ise ittifak vardır. Şeyh'in mebîin mülkiyetten çıkarılması ile mebîin ölümünü aynı sayması bu iki kitapta yer alan bilgilere açıkça aykırıdır. Bu nakillerin arası şöyle uzlaştırılabilir: Mebîin telef olmasından sonra satım bedelinde yapılan artırım konusunda Şeyh'in *el-Kâfi*'den ve *ez-Ziyâdât*'tan naklettiği gibi, biri cevaz, diğeri adem-i cevaz olmak üzere iki görüş vardır. Şeyh bu hususta *Zâhiru'r-rivâye*'yi esas almıştır ki bu da mutlak olarak adem-i cevazdır. Bu rivâyete göre satım bedelinde artırımın cevazı için mebîin halen duruyor olması şarttır. *el-Kâfi* ve *ez-Ziyâdât*'ta belirtildiği gibi Ebû Hanîfe'den gelen zahir rivâyet budur. Zeylâi ve Ayasuluğî ise Ebû Hanîfe'den gelen diğer rivâyeti almıştır. Bu rivâyete göre ise mebîin telef olmasından sonra satım bedelinde yapılan artırım sahihtir. Bu suretle muteber metinler arasında uzlaştırma gerçekleşmiş olmaktadır.

Geriye üzerinde durulması gereken bir husus kalmaktadır. O da Ayasuluğî'nin mebîin ölmesi ile mülkiyetten çıkarılması arasında [satım bedelinde artırımın cevazı açısından] fark bulunduğu anlamına gelen ifadeleridir. Şöyle ki; ölüm ile mülkiyetten çıkarma arasındaki fark gözetmek iki rivâyetin hiçbirine uymaz. Çünkü satım bedelinde artırımın câizliği konusunda Ebû Hanîfe'den gelen zahir rivâyete göre, mebîin ölümünden ve mülkiyetten çıkarılmasından sonra, mebîin bekâsının yokluğu sebebiyle, satım bedelinde ziyadenin câiz olmaması gerekir. Ebû Hanîfe'den gelen diğer rivâyete göre ise mebîin helakinden sonra artırım sahih olduğu için, sözü edilen her iki durumda da satım bedelinde artırımın câiz olması gerekir. Ayasuluğî'nin, ölüm ve mülkiyetten çıkarma durumları arasında gündeme getirdiği farkın şu nokta üzerine bina edildiği söylenemez: "Mülkiyetten çıkarmakla mebî helak olmuş sayılmaz. Aksine mülkiyetten çıkmış olsa bile mebî halen bakidir. Bu bakımdan müşterinin mebîi mülkiyetten çıkarmasından sonra da -mebîin baki olduğu gerekçesiyle- satım bedelinde artırım yapmak câizdir; çünkü bekânın anlamı, müşterinin mülkiyetindeki bekâ değil, varlık anlamında bekâdır. Mebîin helakinden sonra ise satım bedelinde artırımın câiz olmamasının sebebi bu bekânın yokluğudur".

1 Zeylâi, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 84; Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr. 138b-139a.

فهو أن يجوز الزيادة في الثمن بعد إعتاق المشتري المبيع أو تدبيره أو كتابته أو إخراجه عن ملكه بوجه من الوجوه عند أبي حنيفة رحه الله لا عندهما وأن لا تجوز الزيادة فيه بعد موت المبيع وفاقاً، ففي جعل الشيخ الإخراج عن الملك والموت من باب واحد مخالفة ظاهرة لما في هذين الكتابين، وغاية التوفيق بين هذه المنقولات هو أن في زيادة الثمن بعد تلف المبيع ٥ قولان الجواز وعدمه كما نقله من الكافي والزيادات فالشيخ أخذ بظاهر الرواية فيه وهو عدم الجواز بعد تلف المبيع مطلقاً يعني برواية اشتراط بقاء المبيع في جواز زيادة الثمن وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة كما في الكافي والزيادات والزليعي والمولى الأياثلوغي أخذوا بالرواية الأخرى عنه وهو أن الزيادة في الثمن بعد تلف المبيع صحيحة وبهذا حصل التلقيق بين ما في ١٠ هذه الكتب المعتمدة.

لكن بقي الكلام فيما أفصح به عبارة الأياثلوغي من الفرق بين موت المبيع وبين الإخراج عن الملك من حيث أن الفرق بين الموت وبين الإخراج عن الملك لا يوافق واحدة من الروايتين لأن على الرواية الظاهرة ١٥ من أبي حنيفة في جواز زيادة الثمن يلزم عدم جواز الزيادة بعد موت المبيع وبعد إخراجه عن الملك لإنتفاء بقاء المبيع وعلى الرواية الأخرى منه يلزم جوازها بعدهما لصحة الزيادة بعد الهلاك على هذه الرواية لا يقال أن ما في شرح الأياثلوغي من الفرق بناء على أن بإخراج المبيع عن الملك لا يعدّ المبيع هالكاً بل يعد باقياً فيكون جواز الزيادة في الثمن بعد ٢٠ إخراجه المبيع عن ملكه لبقاء المبيع فيكون معنى البقاء الوجودي لا البقاء في ملك المشتري وعدم جوازها بعد موت المبيع لانتهاء هذا البقاء

Çünkü biz diyoruz ki *et-Tebyîn*'deki "Hükmî helak, gerçek helak gibi değerlendirilir. Şöyle ki; bir kimsenin mebûi satıp, sonra onu tekrar satın alması, sonra satım bedelinde artırım yapması câiz olmaz. Çünkü mülkiyet sebebinin değişmesiyle ilk akit ortadan kalkmış ve akdin konusu olan şey hükmen helak olmuştur."¹ ifadesi bu izahı desteklemez. Şu var ki Ayasuluğî'nin bu meseleyi ele aldığı sırada zikrettiği "Satın aldığı koyunu kestikten sonra satım bedelinde artırım yapsa câizdir." hükmü de bu ihtimali ortadan kaldırmaktadır. Özetle söylemek gerekirse Zeylaî ve Ayasuluğî'nin bu konudaki sözleri tereddüt ve karıştırmadan hali değildir. Ulemanın bu konudaki sözlerini araştırmamızın neticesinde ortaya çıkan şey şudur: Satım bedelinde artırım konusunda Ebû Hanîfe'den iki rivâyet vardır. Birisi mutlak cevaz, yani mebûin müşterinin mülkiyetinde kalıp kalmadığına bakılmaksızın satım bedelinde artırımın câizliği, diğeri ise mebûin müşterinin mülkiyetinde kalması durumunda satım bedelinde artırımın câiz olması; mebûin -ölüm, öldürme veya mülkiyetten çıkarma gibi sebeplerle- müşterinin mülkiyetinde kalmaması durumunda ise satım bedelinde artırımın câiz olmamasıdır. İşte kitaplarda görülen farklı görüşler, söz konusu rivâyet farklılığından kaynaklanmaktadır.

83. Mebûin Ayıp Sebebiyle İadesi Durumunda Satım Bedelindeki Artırım

[**Teshîl**] Bir kimse bir köleyi bin dirheme satın alıp sonra onu başkasına yüz dinara satsa; bu ikinci müşteri satım bedeline elli dinar artırımda bulursa [ve yüz elli dinara satın alsın], bir kusurdan dolayı mahkeme yoluyla köle geri iade edildiğinde ikinci müşteri hem [satıcının dile getirdiği] satım bedelini hem de kendinin sonradan yaptığı artırımını alır. Çünkü bu artırım akdin aslına katılınca tamamı satım bedeli olmuş ve akit sanki bu satım bedelinin tümü üzerine gerçekleşmiş olur. İkinci satıcı da [köleyi] birinci satıcıya iade eder. Çünkü mal her yönüyle fesih olan bir yolla kendisine geri dönmüştür. Zira malın bir kusurdan dolayı mahkeme kanalıyla iade edilmesi herkes hakkında fesihtir. Böylece sanki birinci müşteri ile ikinci müşteri arasında hiç akit gerçekleşmemiş gibi olur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Ayıp bölümünün başında bu asıl ile ilgili bir tartışmayı gündeme getirmiştik. Oraya müracaat edilebilir.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 84.

لأننا نقول لا يساعده ما في التبيين من قوله والهلاك الحكمي ملحق بالهلاك الحقيقي وذلك بأن يبيع المبيع ثم اشتراه ثم زاده في الثمن لا يجوز لأنه بتبدل سبب الملك ارتفع العقد الأول وصار المعقود عليه هالكا حكما انتهى على أن ما ذكره الأياثلوغي في أثناء المسألة ولو ذبح شاة فزاد في ثمنها جاز ينفي هذا الاحتمال وبالجملة لا يخلو كلام الزيلعي والأياثلوغي هنا عن الاضطراب والتخليط وحاصل ما حصل لنا هنا من تصفح كلامهم هو أن في الزيادة في الثمن روايتين عن أبي حنيفة رحه الله الجواز مطلقاً أي سواء بقي المبيع في ملك المشتري أو لم يبق والجواز إن بقي في ملكه وعدم الجواز إن لم يبق في ملكه إما بالموت أو القتل أو بالإخراج عن ملكه فما يرى في الكتب من الأقوال المتباينة فمن اختلاف الرواية. ١٠

٨٣. عند رد المبيع بعيب حكم الزيادة في الثمن

[التسهيل] ولو اشترى عبداً بألف فباعه من آخر بمائة دينار فزاد الآخر خمسين ديناراً وردَّ بعيبٍ بقضاءٍ رجع بالثمن والزيادة إذ الزيادة لما لحقت بأصل العقد صار الكل ثمناً كأنَّ العقدَ وردَّ على الكلِّ، وردَّ بئعه على بئعه إذ المبيع عاد إليه بما هو فسخٌ من كلِّ وجهٍ إذ الردُّ بالعيبِ بقضاءٍ فسخٌ في حقِّ الكلِّ كأنَّ العقدَ لم يجز بين المشتري الأول والمشتري الثاني.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قد ذكرنا في أوَّل فصل العيبِ بحثاً في هذا الفصل

فليُنظر .

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh bununla ayıp bölümünün başında söylediği şu sözü kastetmektedir: “Buna göre câriye satıcıya bir ayıptan ötürü mahkeme kararı ile iade edildiğinde satıcının istibrâ yapmasının vâcip olmaması gerekir. Çünkü iade edilen mal, satıcının eski mülkiyetine geri dönmüş olduğundan, satıcının o mal üzerindeki mülkiyeti yenilenmemiştir. Bununla birlikte bu durumda istibrâ satıcıya vâcip olmaktadır. Buna şu şekilde cevap verilebilir: Aralarında istibrâ hakkında değil, malı ilk satıcıya iade etmenin cevazı konusunda sanki alım satım akdi olmamış gibi kabul edilir. Çünkü satımla birlikte câriyenin mülkiyeti müşteriye intikal etmiş ve bir ayıptan ötürü satıcıya iade edilince mülkiyet tekrar satıcıya intikal etmiş ve onun açısından mülkiyet yenilenmiştir. Bundan dolayı da satıcıya istibrâ vâcip olmuştur. Fakat mebî, mahkeme kararı ile cebren geri verilince bu iade, akdin aslının feshedilmesi ve mebîin ilk mülkiyete dönmesi olarak kabul edildi. Mebîin ilk satıcıya iade edilmesi ilk satıcı açısından bir mülkiyet yenilenmesi olarak kabul edilmedi ki diğer satıcı bundan zarar görmesin.”

Bu ilimle biraz ilgilenmiş kimseye kapalı değildir ki âlimlerimizin “Adeta satıcı ile müşteri ve ilk müşteri ile ikinci müşteri arasında hiç akit yapılmamış gibidir.” sözleriyle kastedilen, onlar arasında baştan beri (re’sen) bir işlemin yapıldığını nefyetmek değildir. Çünkü her iki durumda da aralarında bir işlemin cereyan ettiği vakti olarak ortada iken böyle bir şey nasıl söylenebilir! Aksine onların bu sözleriyle kastedtikleri şudur: Akdin, satıcı ile müşteri arasında malın satıcıya iadesi konusunda gerçekleşmemiş olarak; ilk müşteri ile ikinci müşteri arasında ise ilk müşterinin, malı satıcıya herhangi bir sebeple iadesi konusunda gerçekleşmemiş olarak dikkate alınmasıdır. Bundan âlimlerimizin, akdi, istibrâ hususunda gerçekleşmiş kabul etmemeleri sonucu çıkmaz. Çünkü istibrâ, neseplerin karışmaması için son derece ihtiyatlı davranılması gereken bir konudur. Nitekim âlimlerimiz hamilelik vehminin bulunduğu durumlarda bile istibrâyı vâcip görmüşler ve kadına cinsel olarak yaklaşması tasavvur edilemeyen -çocuk, kadın ve câriyenin mahremi gibi- kimselerin câriyeyi mülk edinmeleri durumunda bile istibrânın vâcip olduğunu söylemişlerdir. Onların “Sanki aralarında hiç akit olmamış gibidir.” ifadesinde ‘sanki’ sözcüğünü kullanmış olmaları bizim söylediklerimize delâlet etmektedir. Bu suretle Şeyh’in gündeme getirmiş olduğu tartışma bertaraf edilmiş olmaktadır. Şeyh -Allah rahmet etsin- ayıp bölümünün başında söz konusu itiraza cevap verirken itinalı bir dil kullanmamıştır. Şöyle ki; orada bağlam satıcı ile müşteri arasında akdin cereyan etmediğini açıklamayı gerektirirken o bu konuda bir karıştırma yapmış ve akdin ilk müşteri ile ikinci müşteri arasında cereyan etmediğini de söylemiştir. Evet, sözün doğru anlaşılması, akdin iki müşteri arasında cereyan etmemiş olduğunun zikredilmesine bağlıdır. Fakat Şeyh, dikkatli gözlerden kaçmayacağı üzere anlatımda biraz müsamahalı davranmıştır.

[فاضل أمير] نقول: يريد به ما قاله هناك يلزم أن لا يجب الاستبراء على البائع إذا ردت إليه بحكم إذ ملك البائع لم يتجدد لعودها إلى قديم ملك البائع مع أنه يجب عليه. ويمكن أن يُجاب: بأنَّ البيع يُجعل كأن لم يجز بينهما في حق جواز الرد على البائع الأول لا في حق الاستبراء إذ الملك كان للمشتري فلما رُدَّت إلى البائع انتقل إليه الملك وتجدد فيجب الاستبراء ولكنَّ الردَّ لما كان بحكم جبراً اعتُبر فسحاً في الأصل وعوداً إلى قديم الملك ولم يعتبر تجديداً في حق الردِّ على البائع الأول لثلاثاً يتضرَّر البائع الأخير.

ولا يخفى على من له أدنى مساس بالفن أن المراد من قولهم كان العقد لم يجز بين البائع والمشتري ولا بين المشتري الأول والثاني ليس نفى الجريان رأساً كيف والجريان في صورتين أمر متحقق في الواقع بل المراد أنه اعتبر غير جار بين البائع والمشتري في حق الرد على البائع وكذا اعتبر غير جار بين المشتري الأول والمشتري الثاني في حق رد المشتري الأول على بائعه لأمر ما فلا يلزم منه أن لا يعتبر جارياً بينهما في حق الاستبراء الذي يحتاط فيه غاية الاحتياط كيلا يلزم اشتباه الأنساب ألا يرى أنهم أوجبوه فيما فيه توهم الشغل وقالوا بوجوبه فيما كان التملك ممن لا يتصور منه القربان كالصبي والمرأة ومحرم الأمة ويدل ١٥ على ما قلنا تعبيرهم بكلمة كأن في قولهم كأن العقد لم يجز وبهذا اندفع البحث والشيخ رحه الله لم يأت بكلام منقح فيما ذكره في أول فصل العيب في معرض الجواب حيث كان المقتضى بيان عدم جريان العقد بين البائع والمشتري وخلط فيه ذكر عدم جريانه بين المشتري الأول والثاني نعم قد توقف توجيه الكلام على ذكر عدم الجريان بين المشتريين ولكن سامح في التعبير كما لا يخفى على ٢٠ الناقد الخبير.

84. “Gıda Maddelerini, Birbirlerine Eşit Olmaları Hâli Dışında Satmayın.” Hadisinde Helalliğin Asıl Olduğuna Delâlet Olup Olmadığı

[**Teshîl**] [*el-Letâif* metnindeki] “Bir şeyi yasaklamak, onun zıddını emretmektir.” sözünde helalliğin asıl olduğunun ta’liline işaret vardır. Yani Hz. Peygamber’in “Gıda maddelerini, birbirlerine eşit olmaları hâli dışında satmayın.” sözü, bunları eşit olarak satmayı emretmek anlamına gelir. Zira bir şeyi yasaklamak, zıddını emretmektir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu hadis helalliğin asıl olduğuna delâlet etmez. Zira bu sözden en fazla, Hz. Peygamber’in gıda maddelerinin birbiri mukabilinde satılmaları hâlinde biri diğerinden fazla olarak satılmasını yasakladığı ve eşit olarak satılmasını emrettiği anlaşılabilir. Bu sözden helallik veya haramlığın asıl olduğu sonucu lazım gelmez.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Orada söylenenler alım satımın aslen helal oluşunun ta’liline bir işaret değil tam tersine, Hanefî meşâyihin değerlendirmelerinden anlaşılacağı üzere, Şâfiîlerin hadisin yasaklama ile başlamasını dikkate alarak aslolanın haramlık olduğuna istidlal etmelerine bir reddiyedir. *et-Tebyîn* ve *el-Bedâi*’de denilir ki: “Biz alım satımın haramlığının asıl olmasını kabul etmiyoruz. Aksine aslolan helalliktir. Haramlık sabit olacaksa bunu gerektiren bir delille sabit olur. Helalliğin aslî, haramlığın ârızî olmasının sebebi şudur: Mallar, kullanılıp tüketilmek için yaratılmış olduğundan onların elde edilme kapısı açık olup yasaklığına bir delil olmadıkça edinilmesi câizdir.”¹ Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere Şeyh’in “‘Bir şeyi yasaklamak, onun zıddını emretmektir.’ sözünde alım satımın helalliğinin asıl olduğunun ta’liline işaret vardır.” şeklindeki sözleri kendisine yakışmayan bir karıştırmadır. Şöyle ki; Şeyh, böyle diyerek Şâfiîlerin kendi iddialarına delil gösterdikleri şeyi bizim âlimlerimize nispet edip meşâyihimizin hasıma reddiye olarak söylediklerini de kendi mezhebinin âlimlerine itiraza dönüştürerek istidlal durumunu ters yüz etmiştir. Doğrusu Şeyh’in şöyle söylemesiydi: “‘Bir şeyi yasaklamak, onun zıddını emretmektir.’ sözünde Şâfiîlerin ‘haramlığın asıl olduğuna’ hadisin yasaklama ifadesiyle başlamasına tutunmalarına Hanefîlerin verdiği cevaba işaret vardır. Bu işaret de şudur: Bir şeyin yasaklanması o şeyin zıddının emredilmesi olunca emredilen ve yasaklanan birlikte zikredilmiş olur. Bu bakımdan hadiste bir takdim olmadığı gibi helalliğin mi yoksa haramlığın mı asıl olduğuna dair bir delâlet de yoktur.”

1 Kâsânî, *Bedâi’us-Sanâi*’, V, 183-184; Zeylaî, *Tebyînu’l-Hakâik*, IV, 87.

٨٤. كون الدلالة في أصالة الحل أو عدمها في حديث «لا تبيعوا الطعام

بالطعام إلا سواء بسواء»

[التسهيل] وقوله [في لطائف الإشارات] وكان النهي أمرًا بضدّ إشارة إلى

تعليل أصالة الحلّ أي قوله: «لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء» أمرٌ

بالبيع سواء إذ النهي عن الشيء أمرٌ بضدّه. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا لا يدلُّ على أصالة حلّ البيع إذ غايته أنه

عليه السلام نهى عن بيع متفاضلاً وأمر ببيع متساوياً ولا يلزم منه أصالة

أحدهما.

[فاضل أمير] نقول: فيه أنه ليس بإشارة إلى تعليل أصالة الحل بل هو

على ما استفاد من تقرير المشايخ الحنفية لرد استدلال الشافعية بهذا الحديث ١٠

على أصالة الحرمة من حيث إنه ابتدأ بالنهي قال في التبيين والبدائع ولا

نسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل هو الحل والحرمة إذا ثبتت إنما

ثبتت بالدليل الموجب لها وهذا؛ لأن الأموال خلقت للابتدال فيكون باب

تحصيلها مفتوحاً فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه انتهى. فظهر منه أن

ما ذكره الشيخ من أن قوله وكان النهي أمراً بالضد إشارة إلى تعليل أصالة ١٥

الحل تمويه لا يليق به حيث قلب أمر الاستدلال، وجعل ما ذكره الشافعية

للاستدلال على مدعاهم منسوبا إلى أصحابنا فجعل ما ذكره مشايخنا في

الرد على الخصم اعتراضاً على أصحاب مذهبه، وكان الحق أن يقول الشيخ

قوله وكان النهي أمراً بضده إشارة إلى الجواب عن استمسك الشافعية بتقديم

النهي في الحديث على أصالة الحرمة بأن قيل أن النهي عن الشيء لما كان ٢٠

أمراً بضده كان المأمور به والمنهي عنه مذكورين معاً فلا تقديم في الحديث

ولا دلالة على الأصالة.

Kimsenin sözünde rastlamaksızın idrakine muvaffak kılındığım bir husus şudur: “Allah alım satımı helal ve ribâyı haram kıldı. [Bakara 2/275]” âyetinde bütün alım satımlarda helalliğin asıl olduğuna, haramlığın ise sonradan meydana gelen bir nitelik yüzünden arız olduğuna açık bir delil vardır. Âyette alım satım anlamına gelen ‘bey’ sözcüğünün başına hakikate vurgu yapan harf-i tarifin getirilmesi [el-bey’] de bunu göstermektedir. İnsanı hayrete düşüren şeylerden biri de Şâfî ve takipçilerinin nasıl olup da bu apaçık delilin farkına varamayıp, haramlığın asıl olmasına hadiste nehyin önce zikredilmiş olmasıyla istidlal ettikleridir. Hâlbuki Allah’ın kelamı delil gösterilmeye ve öncelenmeye daha layıktır. Benim “Bütün alım satımlarda...” sözüm, başına harfi tarif getirilmiş “el-bey” sözcüğünün umum ifade ettiği düşüncesine dayanmaktadır. Usûl bilginleri “Mutlak emir tekrar ifade eder mi etmez mi?” tartışmasına ilişkin olarak derler ki, “*idrib*” (Vur!) sözü, “*etlubu minkê’d-darb*” (Senden vurmanı talep ediyorum.) cümlesinin kısaltılmış şeklidir. “ed-Darb” sözcüğü başına lâm getirilmiş cins isimdir; dolayısıyla umum ifade eder. “*Ehallelahu’l-bey*” âyetindeki, el-bey’ sözcüğünün ribâyı da içine alan genel bir ifade olduğuna dair iddiamıza delâlet eden bir şey de *et-Tavzih*’te yer alan şu ifadelerdir: “Söz ile tahsis edilmiş olan şey, Kerhî’ye göre ister malum isterse meçhul olsun artık hüccet olarak kalmaz. Tahsis edilen şeyin malum olmasının örneği ‘Müşrikleri öldürün!’ âyetinin umumundan [‘Müşriklerden biri senden sığınma talebinde bulunursa onun sığınmasına izin ver.’ âyetiyle] hariç tutulan müste’men; meçhul olmasının örneği ise ‘Allah alım satımı helal kıldı.’ âyetinin umumundan hariç tutulan ribâdır.”¹

85. Nesîe Ribâsının İlleti

[**Teshîl**] Birbiri mukabilinde satılan mallar arasında eğer [1] cinste birlik ve miktarda² eşitlik yoksa hem bu mallardan birinin diğerinden miktarda fazla olması (fazlalık) ve hem de nesâ yani bu alım satım işleminin vadeli olması helal olur. [2] Bu mallar aynı cinsten ve kadrî ise, ribâyı ve ribâ şüphesini yasaklayan hadis sebebiyle, hem fazlalık hem vade haram olur. Vadede ribâ şüphesi vardır ve bu reybedir. [3] Cins ve kadr illetlerinden tek birisi varsa sadece vade haram olur. Ancak bazı durumlarda vade de haram olmayabilir. Mesela pamuk ve zaferan gibi nakit olmayıp tartıyla alınıp satılan şeylerde nakit karşılığında selem yapılırsa bunda vade helal olur; burada söz konusu iki vasıftan birisi olan *kadr* bulunmakla birlikte vade haram olmamıştır. Çünkü bunların tartıları farklıdır;

1 Sadruşşeria, *et-Tavzih*, Daru’l-Kütübü’l-İlmiyye, Beyrut, ts, II, 78.

2 Mallar *kadrî* (miktarı kile veya kiloyla belirlenen şey) değilse.

ومما وُفِّقَتْ بدركه من غير أن أظفر به في كلام أحد هو أن قوله سبحانه وتعالى ﴿أحل الله البيع وحرم الربوا﴾ [البقرة ٢/٢٧٥] دليل واضح على أصالة الحل في البيوع كلها والحرمة إنما تعرض بوصف حادث فيه كما دل عليه تعريف البيع بلام الحقيقة ومما يقضى منه العجب كيف خفى على الشافعي وأصحابه مثل هذا البرهان الباهر واستدلوا على أصالة الحرمة بتقديم النهي ٥ في الحديث وكلام الله سبحانه وتعالى أخرى بالاستشهاد والتقديم وقولنا «في البيوع كلها» مبني على أن البيع المعرف باللام يفيد العموم على ما صرح به أئمة الأصول في أن الأمر المطلق هل يفيد التكرار أم لا من أن «اضرب» مختصر من «اطلب منك الضرب» والضرب اسم جنس عرّف باللام فأفاد العموم ويدل على ما ادعينا من أن البيع في «أحل الله البيع» ١٠ عام شامل للربوا وهو مخصوص منه بكلام مستقل ما في التوضيح من قوله وأما المخصوص بالكلام فعند الكرخي لا يبقى حجة أصلاً معلوماً ما كان المخصوص كالمُستأمن أو مجهولاً كالربا حيث خص من قوله تعالى «وأحل الله البيع».

١٥ .٨٥. علة ربا النساء

[التسهيل] فحلّ الفضل والنساء بعدم القدر والجنس، حُزماً بهما للنهي عن الربا والريبة وفي النساء شبهة الربا وهي الريبة وحرم النساء فقط بأحدهما إلا أن أسلم النقود في موزون غير النقود كقطن وزعفران فإن النساء حلّ فيه ولم يحرم مع أن أحدهما وهو القدر موجود لمغايرة وزنهما

nakit dışındaki pamuk ve benzeri nakit olmayan veznî şeyler, men ve kantar gibi tartı aletleri ile tartılırken nakitler sincât ile tartılır. Bu durumda [her ikisi de veznî olmasına rağmen] adeta kiloyla alınıp satılan bir şey kile ile alınıp satılan bir şey mukabilinde satılmış gibi olur. Böylece de nakit ile pamuk, kadr cihetiyle her bakımdan birlik arz etmiş olmazlar. Şayet bunlar her bakımdan kadr cihetiyle birlik arz etselerdi, bunların birbiri mukabilinde alınıp satılmalarında, fazlalık şüphesinden dolayı vade haram olurdu. Nakit ile pamuk, kadr cihetiyle bir bakımdan farklılık gösterince şüphe, şüphenin şüphesi durumuna düşer ki, bu da dikkate alınmaz. Vade bazen de münferiden cins sebebiyle haram olur. Mesela herevî cinsi bir kumaş (veya elbise) ile herevî cinsi bir kumaş mukabilinde selem yapılırsa; bu akit Şâfiî'ye göre helal olur ancak bize göre helal olmaz. Zira illet şüphesi -ki illet şüphesi burada yalnız başına cins birliği ya da yalnız başına kadr birliğidir- ma'lûl şüphesinin -yani fazlalık şüphesinin- illetidir; fazlalık şüphesi olan şey de nesâ yani vadedir. Cins ve kadr illetinin birlikte mevcut olmasından ötürü gerçek fazlalık haram oluyorsa ikisinden birinin bulunmasıyla da fazlalık şüphesi haram olur. Zira onda illet şüphesi vardır ve illette şüphe bulunması, ma'lûlün şüpheli olmasının illetidir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Vade, cins ve kadrin bulunmasıyla haram olmaktaydı. Çünkü vadede ribâ şüphesi vardı. O hâlde ikisinden birinin bulunmasıyla vadenin haram olmaması gerekir. Çünkü bu durumda şüphe, şüphenin şüphesi durumuna düşer ve dikkate alınmaz.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Burada öncelikle tartışmaya temel teşkil edecek bir ilkeyi açıklamak gerekir. Bu ilke şudur: "Fazlalık ribâsının haram olmasının illeti, kadr [yani kilo ile veya kile ile ölçülebilirlik] ile cins birliğidir. Vade ribâsının haram olmasının illeti ise sadece kadr veya sadece cins birliğidir." Bu bize göredir. Şâfiî'ye göre ise ribânın illeti mutlak biçimde ya tu'm yani yiyecek maddesi olmak ya da semeniyet -yani paralık- vasfını taşımaktır. Herevî kumaş üzerine herevî kumaş mukabilinde yapılan selem akdinin Şâfiî'ye göre helal olmasının gerekçesi, ribânın illetinin, yani tu'm veya semeniyetin yokluğu iken aynı akdin bize göre haram olmasının gerekçesi ribânın illetinin -yani cins birliğinin- varlığıdır. Cins birliği tek başına, vadenin haramlığının illetidir. İşte Şeyh'in içine düştüğü problem burasıdır. Şeyh'in kafasındaki kurgu şudur:

فإن الفُطْنَ ونحوه من موزونٍ غيرِ النقودِ يوزن بالأمناء والقناطير والنقودُ
توزن بالصنجاتِ فصار كوزنٍ مع كيلٍ فلم يتحدا قدرًا من كل وجهٍ. ولو
اتَّحدا من كل وجهٍ لحُرْمِ النِّسَاءِ لُشْبَهَةِ الْفَضْلِ فلَمَّا اختلفا قدرًا من وجهٍ
نزلت الشبهةُ إلى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ وهي غيرُ معتبرةٍ. ويحرم النِّسَاءُ بجنسٍ منفرداً
مثلاً لو أسلَمَ هروياً في هرويٍّ يحلُّ عند الشافعي لا عندنا إذ شُبْهَةُ الْعِلَّةِ ٥
-وهي الجنسُ وحده أو القدرُ وحده- عِلَّةٌ لَشُبْهَةِ الْمَعْلُولِ أي علةٌ لَشُبْهَةِ
الفضلِ وهي النِّسَاءُ فلما حُرِّمَ حَقِيقَةُ الْفَضْلِ بهما حُرِّمَ شِبْهُهُمَا بِأَحَدِهِمَا إذ فيه
شُبْهَةُ الْعِلَّةِ وهي عِلَّةٌ لَشُبْهَةِ الْمَعْلُولِ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: حُرْمُ النِّسَاءِ بهما لَشُبْهَةِ الرِّبَا فِي النِّسَاءِ فَيَنْبَغِي

١٠ أن لا يحُرِّمَ بِأَحَدِهِمَا لِتَنْزُلِ الشُّبْهَةِ إِلَى شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ فلا تعتبر.

[فاضل أمير] نقول: لا بدّ هنا من بيان أصل تمهد عليه البحث وهو أن علة

حرمة ربا الفضل القدر مع الجنس وعلة حرمة ربا النساء إما القدر وحده أو

الجنس وحده هذا عندنا وأما عند الشافعي فعلة حرمة الربا مطلقاً إما الطعام

وإما الثمنية فوجه كون إسلام ثوب هروي في هروي حلالاً عنده عدم وجود

١٥ العلة يعني الطعام والثمنية وحراماً عندنا وجود العلة يعني الجنسية فهي علة

وحدها لحرمة ربا النساء، وهذا هو موضع الإشكال الذي وقع الشيخ فيه

“Âlimlerimiz haramlık illetinin iki parçasından birini yani sadece cins birliği-
ni veya sadece kadri, fazlalık ribâsının haramlığı konusunda dikkate almamış
ve alim satım işleminde bedellerden birinin diğerinden fazla olmasını, sade-
ce cins birliğine veya kadrin bulunmasına dayanarak haram saymamışlardır.

5 Peki nasıl olmuş da illetin iki parçasından birini vade ribâsında dikkate almış
ve cins veya kadr'den sadece birinin bulunmasıyla vadenin haram olacağını
söyleyebilmişlerdir.” Şimdi sen eski âlimlerimizin sözlerinden nakledeceğim
şeyleri iyi dinle ki aydınlık sabah ortaya çıksın ve hilaf ortadan kalksın! Üstâd
Sadruşşerîa *Şerhu'l-Vikâye*'de şöyle demiştir: “Sadece cins birliğinin veya sa-
10 dece kadrin bulunması durumunda vadenin haramlığının sebebi şudur:
İlletin bir parçası her ne kadar tek başına [haramlık] hükmü gerektirme-
se de şüphe doğurur ve ribâ konusunda şüphe, hakikat gibi değerlendirir-
li. Fakat şüphe hakikatin altındadır. Bu bakımdan her iki tarafın dikkate
alınması gerekir. Nesîede bedellerden biri ma'dümdür ve ma'dûmun satımı
15 câiz değildir. İşte bu anlam, şüpheyi baskın hâle getirmekte ve vade haram
olmaktadır. Nesîe dışında ise ‘Şüphe hakikatin altındadır.’ şeklinde belirtti-
ğimiz gerekçeden dolayı bu şüphe dikkate alınmaz. Ayrıca ribâ konusundaki
meşhur haber bizim görüşümüzü teyit etmektedir. Bu meşhur haber, Hz.
Peygamber'in ‘Cinsler değişince yeden biyed olmak şartıyla istediğiniz gibi
20 satın.’ sözüdür.”¹ Molla Hüsrev bu hususta Sadruşşerîa'nın izinden gitmiş
ve fazlalık ribâsı konusunda haramlık illetinin iki parçasından birinin nesîe
ribâsı konusunda tam illet olduğu konusunda aynı tevcihte bulunmuş, sade-
ce Sadruşşerîa'nın meşhur haberin Hanefilerin görüşünü teyit ettiğine dair
ifadesine yer vermemiştir.² Molla Hüsrev'in bu hadisi niye zikretmediği de
25 anlaşılammıştır. Sonuç olarak söylemek gerekirse bu açıklamalar sayesinde
âlimlerimizin “İllet şüphesi, ma'lûlün şüphesinin illetidir.” sözlerinin anlamı
açığa çıkmış ve Şeyh'in şüphesi giderilmiş olmaktadır.

86. Hadisteki “Yeden biyed” İfadesinin Anlamı

[Teshîl] Ribevî, yani ribânın söz konusu olduğu mallar üzerinde yapılan
30 akitlerde - sarf akdi hariç tayin -yani akde konu edilen malların belirlen-
miş olması- bize göre yeterli olup ayrıca karşılıklı kabz şart değildir; isterse
akit, gıda maddesinin gıda maddesi mukabilinde satılmasını içeren bir akit
olsun. Gıda maddelerinin aynı cinsten olup olmamaları da bu hükmü et-
kilemez. Mesela buğdayın, buğday veya arpa veya başka bir gıda maddesi
35 mukabilinde satılması durumunda bedeller tayin edilmiş ve taraflar karşı-
lıklı kabz olmaksızın birbirlerinden ayrılmış olsa bile akit bize göre câizdir.

1 Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, IV, 55-56.

2 Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkâm*, II, 186.

بأن تخيل أن علمائنا لم يعتبروا أحد جزئي علة الحرمة أي الجنس وحده أو القدر في حرمة ربا الفضل ولم يجعلوا الفضل حراماً بالجنس وحده ولا بالقدر منفرداً فما بالهم اعتبروه في حرمة ربا النساء وقالوا بحرمة النساء بوجود الجنس أو القدر وحده فاستمع ما أسمعك من أقوال الأسلاف حتى يتبين الصبح المنير ٥ ويضمحل الخلاف؛ قال مولانا النحرير صدر الشريعة في شرح الوقاية وذلك لأن جزء العلة وإن كان لا يوجب الحكم لكنه يورث الشبهة والشبهة في باب الربا ملحقة بالحقيقة لكنها أدون من الحقيقة فلا بد من اعتبار الطرفين وفي النسيئة أحد البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز فصار هذا المعنى مرجحاً لتلك الشبهة فلا يحل وفي غير النسيئة لم تعتبر الشبهة لما قلنا أن الشبهة أدون من الحقيقة على أن الخبر المشهور وهو قوله ﷺ «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد» يؤيد ما قلنا انتهى. وقد اقتضى بهذا النحرير المولى الفاضل ملا خسرو حيث ذكر هذا التوجيه في كون أحد جزئي علة الحرمة في ربا الفضل علة تامة لحرمة ربا النساء غير أنه لم يذكر تأييد الخبر المشهور لما ذهب إليه أصحابنا ولا يظهر وجه الترك؛ وبالجملة ظهر بهذا البيان معنى قولهم ١٠ «شبهة العلة علة لشبهة المعلول» وانحلت شبهة الشيخ الشارح. ١٥

٨٦. المراد من قوله ﷺ «يداً بيد»

[التسهيل] نكتفي بالتعيين بلا تقابض في غير الصرف من الربويات ولو بيع طعام بطعام اتحدت جنساً أو اختلفا. فلو بيع بُرٌّ ببُرٍّ أو بشعير أو بغيره من جنس الطعام وعُتينا وافترقا من غير قبض جاز عندنا

Şâfiî'ye göre bu durumda akit câiz olmaz. Bizim gerekçemiz, bedellerin tayinle muayyen hâle gelmiş olmasıdır. Taayyün gerçekleştiği için tıpkı bir elbisenin başka bir elbise mukabilinde satılması durumunda olduğu gibi kabza ihtiyaç yoktur. Fakat sarf akdinin durumu farklıdır. Kendi özel bölümlerinde geleceği üzere sarf akdinde karşılıklı kabz şarttır.

Gıda maddelerinin birbirleri mukabilinde satılması durumunda da kabzı şart gören Şâfiî'nin gerekçesi, Hz. Peygamber'in "Yiyecek maddesinin yiyecek maddesi mukabilinde satımı, yeden biyed olacaktır." hadisidir. Ona göre hadisteki '*yeden bi yed*' ifadesinden kasıt kabzdır. Kabzın aleti olduğu için hadiste kabzdan kinaye olarak el (yed) sözcüğü kullanılmıştır. Ayrıca nakitlerde -yani altın ve gümüş paralarda- *yeden bi yed* ifadesinden maksat kabz olduğuna göre bunlar dışındaki şeylerde de böyle olması gerekir. Şâfiî'nin bu gerekçelendirmesine [Hanefî âlimler tarafından] şu şekilde cevap verilmiştir: Biz Hz. Peygamber'in hadisindeki "yeden bi yed" kelimesini '*aynen bi ayn*' (muayyen bir şeyin muayyen bir şey mukabilinde olması) şeklinde tevil ediyoruz. Zira 'el', kabzın aleti olduğu gibi belirlemenin de aletidir. Bu tevil konusundaki dayanağımız Ubâde b. Sâmit'in bu hadisi '*aynen bi ayn*' şeklinde de rivâyet etmiş olmasıdır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Ubâde bu hadisi '*aynen bi ayn yeden bi yed*' şeklinde de rivâyet etmiştir. Bu rivâyet delâlet ediyor ki, Hz. Peygamber '*yed*' kelimesi ile '*ayn*'ı murat etmemiştir. Nitekim Hz. Ömer de yiyecek maddeleri ilgili olarak bu hadisi "hâe ve 'hâe' [yani satıcı da diğeri de 'hâe' (al!) diyerek] şeklinde rivâyet etmiştir. Dolayısıyla '*yeden bi yed*' ifadesiyle sarf akdinde olduğu gibi bu akitlerde de 'karşılıklı kabz' kastedilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Kâsânî *el-Bedâi*'de Şâfiî'nin tuttuğu delilleri zikrettikten sonra şöyle der: "Bizim bu konudaki delilimiz naslarda alım satım akdi konusunda yer alan genel ifadelerdir. 'Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda bâtil yollarla yemeyin; karşılıklı rızaya dayalı ticaret yoluyla olması durumu ayrı.' (Nisâ 4/29), 'Allah alım satımı helal ribâyı haram kılmıştır.' (Bakara 2/275) vb. âyetlerde müminlerin birbirlerinin mallarını karşılıklı rızaya dayalı ticaret kaynaklı olmaksızın yemesi yasaklanmış ve karşılıklı rızayla ticaret bu yasaktan istisna edilmiştir. Bu da kabz şartı olmaksızın karşılıklı rızaya dayalı ticaret kapsamında yemenin mubahlığına delâlet etmektedir. Bu, mülkiyetin karşılıklı kabz olmaksızın sabit olacağına da delildir. Çünkü başkasının malını yemek mubah değildir. Hadise gelince; bu hadiste geçen '*yeden bi yed*' ifadesinin zahiriyle amel edilmiş değildir.

لا عند الشافعي للتعين بالتعيين فلا يشترط قبضه كبيع ثوب بثوبٍ ضدَّ الصرفِ
فإن التقابض شرط فيه لما سيأتي في كتابه.

وله قوله ﷺ «الطعام بالطعام يداً بيد» والمراد به القبض وإنما كنى عنه لأنها
آلته ولأنه المراد في النقدين فكذا في غيرها، أجيب: بأنا نؤول قوله ﷺ «يداً
بيد» بأن المراد به عيناً بعين إذ اليد آلة التعيين كما هو آلة القبض لما روى
عبادة بن الصامت «عيناً بعين»

[الشيخ بدر الدين] أقول: روى عبادة عيناً بعين يداً بيد فدل أنه عليه السلام
لم يُرد العين باليد وأيضاً روى عمر رضي الله عنه «هَاء وهَاء» في الطعام كما
في الصرف فيراد به التقابض كما في الصرف.

١٠ [فاضل أمير] نقول: قال في البدائع بعد ما أورد الأدلة التي تمسك بها الشافعي
ولنا عمومات البيع من نحو قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ
بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء ٢٩/٤] وقوله تعالى
﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة ٢/٢٧٥] وغير ذلك نهي عن الأكل بدون التجارة عن
تراض، واستثنى التجارة عن تراض فيدل على إباحة الأكل في التجارة عن
تراض من غير شرط القبض، وذلك دليل ثبوت الملك بدون التقابض؛ لأن أكل
١٥ مال الغير ليس بمباح. وأما الحديث فظاهر أن قوله «يداً بيد» غير معمول به

Çünkü hadiste geçen 'yed' kelimesiyle insanın uzvu olan elin kastedilmediğinde icmâ vardır. Bu bakımdan elin kabzetme aleti olduğu öne sürülerek, hadisteki 'el' sözcüğünün kabza hamledilmesi zorunlu değildir. Biz hadisteki 'el' sözcüğünü tayin yani belirli hâle getirme anlamına hamlediyoruz. Çünkü el ile işaret bir şeyin tayin edilmesinin sebebi olduğu için el, tayin aletidir. Dolayısıyla bize göre bedellerin [kabz edilmesi değil] tayin edilmesi şarttır. Allah'a hamdolsun böylelikle Şâfiî'nin bu hadisi hüccet olarak kullanmasının geçersiz olduğu ortaya çıkmış oldu. Hadisin bizim görüşümüze hamledilmesi daha uygundur. Çünkü bizim yorumumuz neticesinde Kitap ve Sünnet'in ifadeleri uzlaştırılmış olmaktadır." Kâsânî 'yeden bi yed' tabirinin anlamının sarf akdinde bile [kabz değil] tayin anlamına geldiğini ortaya koyduktan sonra sarf akdinde tayinin gerçekleşmesi karşılıklı kabza bağlı olduğu için orada karşılıklı kabzın şart koşulmasının tayinin gerçekleşmesini sağlamak amacıyla yönelik olduğunu belirtmiştir. Şâfiî'nin "Kabz edilen kabz edilmemiş olandan hayırlı olduğu için bu işlem ribâ olur." şeklindeki iddiasına cevaben de "Bu iddia, ancak bizim bedellerden sadece birinin tesliminin vâcip olduğunu söylememiz durumunda tutarlı olur. Biz de böyle bir şey söylemiyoruz."¹ demiştir.

Bütün bu söylenenler içerisinde Hanefî ulemanın gıda maddesinin gıda maddesi mukabilinde satımında karşılıklı kabzın değil, tayinin şart olduğu ve bu konudaki hadisi Kitap ve Sünnet'e uygun bir şekilde tevil etmenin gerekliliği konusunda tutunmuş oldukları şeyler -kalbi olan veya şahit olarak kulağını açan kişi için- apaçık ortaya çıkmış olmaktadır. Gıda maddesinin satımı konusunda Ubâde b. Sâmî'tin rivâyet ettiği hadiste yer alan 'aynen bi ayn yeden bi yed' ifadesine ve Hz. Ömer'in rivâyet ettiği hadiste yer alan 'hâe ve hâe' ifadesine ilişkin olarak da şunları söyleriz: Birinci hadisteki 'yeden bi yed' ifadesi ve ikinci hadisteki 'hâe ve hâe' ifadesiyle kastedilen şey satın alınan iki gıda maddesinden birinde vade ve tecilin yasaklanmasıdır. Taraflar belirledikleri yiyecek maddelerini -tecil şartı olmaksızın- birbirini mukabilinde satsalar, taraflardan her biri diğerine satın aldığı şeyi almasını söyleyerek kabzetme imkânı vermiş fakat taraflardan hiçbiri veya sadece biri satın aldığı şeyi mecliste kabzetmemişse ve dilediği zaman gelip malı almak üzere meclisten ayrılmışsa, böylesi bir durum için şunları söylemek sahihtir: Taraflar 'yeden bi yed' ve 'hâe ve hâe' olarak yani her biri diğerine 'al!' diyerek alım satım yapmışlardır. Bu örnekte kabz mevcut olmasa bile kabzetme imkânı mevcuttur.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, V, 219.

لأن اليد بمعنى الجارحة ليس بمراد بالإجماع وليس حملها على القبض واجباً لأنها آلة القبض فنحن نحملها على التعيين لأنها آلة التعيين لأن الإشارة باليد سبب التعيين وعندنا التعيين شرط فسقط احتجازه بالحديث نحمد الله تعالى
 ٥ على أن الحمل على ما قلناه أولى لأن فيه توفيقاً بين الكتاب والسنة. ثم قال بعد أن حقق أن معنى «يداً بيد» في الصرف أيضاً التعيين ولكن لما لم يحصل التعيين في الصرف بغير التقابض فشرط فيه التقابض ليحصل التعيين وقوله المقبوض خير من غير المقبوض فيتحقق الربا قلنا هذا إنما يستقيم أن لو قلنا بوجود تسليم أحدهما دون الآخر وليس كذلك انتهى.

١٠ فقد ظهر لمن له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد من هذا التحقيق ما به استمسك علماءنا في اشتراط التعيين في بيع طعام بطعام وعدم اشتراط القبض ولزوم تأويل الحديث الوارد في هذا الباب بما يوافق الكتاب فنقول فيما رواه عبادة من قوله عينا بعين يدأ وفيما رواه عمر رضي الله من قوله ﷺ «هاء وهاء» في الطعام المراد من قوله ﷺ يدأ بيد في الأول ومن هاء وهاء في الثاني هو النهي عن النساء والتأجيل في واحد من الطعامين المشتريين فإذا باع طعامه بطعام آخر وعيناهما ولم يكن فيه شرط التأجيل ومكّن كل واحد منهما صاحبه من أخذ مشريّه وأمر له بالأخذ ولكن لم يقبضه كل منهما أو أحدهما في هذا المجلس وافترق عن صاحبه على أن يجيئ ويأخذ متى شاء يصح أن يقال لمثل هذا أنهما باعا يدأ بيد وهاء وهاء بمعنى أن كلاً منهما قال لصاحبه «خذ» فقد وجد في هذه الصورة التمكين من القبض وإن لم يوجد القبض ٢٠

İşte hadisteki *'yeden bi yed'* ve *'hâe ve hâe'* ifadeleriyle kastedilen, bu temkin, yani kabz imkânının sağlanmasıdır, ki bu yorum sayesinde hadis, Kitâb'a [yani yukarıda sözü edilen âyetlerin genel ifadelerine] uygun hâle gelmiş olmaktadır. Meşâyihimizin aşağıda gelecek olan ifadeleri de bizim, sözü edilen ifadelerle kabzın imkân dâhilinde olmasının kastedildiği, kabzın imkân dâhilinde olmasının gerçek kabz mesabesinde olduğu ve imkân dâhilinde olduktan sonra kabzın gerçekleşmemesinde bir sakınca olmayacağı şeklindeki yorumumuza delâlet etmektedir. Şöyle ki; Şâfiî'nin "Karşılıklı kabz olmaksızın tarafların birbirinden ayrılması, kabz işinin birbiri ardına gerçekleşmesi yani birinin kabz edip diğerinin etmemesi sonucuna götürür ki bu da tecile yani bedellerden birinin vadeli kılınmasına benzer." şeklindeki gerekçesine cevaben meşâyihimiz "Kabz işinin birbiri ardına gerçekleşmesi, taayyün etmiş şeyler hususunda bir farklılık sayılmaz. Farklılık birinin peşin diğerinin vadeli olması durumunda söz konusu olur. Böylelikle şüphe giderilmiş olmaktadır." demiştir. Bu mesele Şeyh'in, kendisi için tutarlı çıkış yolu bulunmasına rağmen doğru çizgiden ayrıldığı yerler cümlesindedir.

87. Felslerin Birbiri Mukabilinde Satımı

[**Teshîl**] Taraflar, [birbirleri mukabilinde tebadül edilen felsleri] tayinle muayyen hâle getirselere bile Muhammed, bir felsin iki fels mukabilinde satımını câiz görmemiştir. Zira felsin semeniyet özelliği herkesin uzlaşımı yoluyla sabit olduğu için tekbaşına alıcı ve satıcının sözüyle ortadan kalkmaz. Dolayısıyla da semeniyet vasfı devamlılık arz ettiği için, altın ve gümüşten yapılan paralar [dinar ve dirhem] gibi felsler de tayinle taayyün etmez. Buna göre felslerin biri diğerinden fazla olacak şekilde birbirleri mukabilinde satılması da -tıpkı bir dirhem iki dirhem mukabilinde satılmasının câiz olmadığı gibi- câiz olmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Semeniyet özelliği kabul edilse bile felslerin birbirleri mukabilinde satımında fazlalığın yasak olmaması gerekir. Çünkü felsler adedî olup -kadrin (yani keylîlik, veznîlik vasfının) yokluğu sebebiyle- altın ve gümüşten yapılan paralardan farklı olarak bunlarda fazlalığın yasak olmaması gerekir. Şayet bu değerlendirmemize "Semeniyet özelliği baki olduğu müddetçe felslerin birbirleri mukabilinde değişimi sarf akdi olur ve bu durumda biri diğerinden fazla olacak şekilde mübâdele edilmeleri yasak olur." şeklinde bir cevap verilirse şöyle deriz: Sarf akdinde fazlalığın yasak oluşu, cins birliği ve kadr illetinin bulunmasından ötürüdür. Burada ise [cins birliği olsa bile] kadr yoktur.

والمراد من «يداً بيد» و«هاء وهاء» هو هذا التمكين ليحصل التوافق بالكتاب وهذا الوجه الذي قلنا به من أن المراد التمكين من القبض وهو بمثابة القبض الحقيقي وأن بعد التمكين من القبض لا يبقى المحذور وإن لم يوجد هنا القبض مما يدل عليه قول مشايخنا في الجواب عما قال الشافعي أن الافتراق بلا قبض يؤدي إلى تعاقب القبض بأن يقبض أحدهما دون الآخر فأشبهه ٥ التأجيل وتعاقب القبض لا يعدّ تفاوتاً في المتعين بخلاف الحال والمؤجل وبهذا اندفعت الشبهة وكان هذا المقام من جملة ما عدل فيه الشيخ عن المنهج القويم وكان له مخرج مستقيم.

٨٧. بيع الفلوس بالفلوس

١٠ [التسهيل] منع محمد فُلَسًا بفُلَسَيْنِ ولو عَيَّنَا إذ الثمنية لا تبطل بقولهما لأنها تثبت للفلوس باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاح العاقدين وحدهما فلم يتعين الفلوس بالتعيين كالنقدين لبقاء ثمنيهما فلم يجز البيع كبيع درهم بدرهمين.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن لا يمتنع التفاضل ولو سُئِلَتْ الثمنية لأنها تكون عديدة فلا يمتنع التفاضل لعدم القدر بخلاف ١٥ النقدين. ولو أُجِيبَ: بأنه إذا بقي ثمنيه كان صرفاً فامتنع التفاضل، يُرَدُّ بأن امتناع التفاضل في الصرف بعلة القدر والجنس ولا قدر هنا.

Şayet buna “Bunlarda her ne kadar kadr bulunmasa da bunlar kendilerinde kadr bulunan semene/paraya benzer. O yüzden bunlarda da fazlalık haram olur.” şeklinde bir mazeret ileri sürülecek olursa; buna da şöyle cevap veririz: Sarf kitabının sonunda açıkça belirtildiği gibi bu bir sarf işlemi değildir. Orada “Mislî olan bir şeyi satın alsa...” denilmektedir. Yine orada “Bir kimse kendi üzerindeki fels borcunu satın alsa ve semeni ödese, meclisten sonra da borç olmadığı hususunda birbirlerini tasdik etseler; bu akit fâsit olmaz. Çünkü bu bir sarf işlemi değildir. Zira fels, mutlak semen sayılmaz.” denilmektedir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu itiraz zahirde Muhammed’e yönelik olmakla birlikte, aynı zamanda Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’a yönelik bir suçlama da içermektedir. Çünkü onlar da felslerin biri diğerinden fazla olarak birbiri mukabilinde satılamayacağını bunların semeniyet özelliğinin devam etmesi takdirine göre söylemişlerdir. Bunun içindir ki bir felsin iki fels mukabilinde satılmasının câizliğine dair sözleri, muayyen olmaları durumunda felslerin semeniyet özelliğini yitirmiş olacakları kabulüne binaendir. Bu bakımdan her ikisi de semeniyet özelliğinin baki kalması hâlinde felslerde fazlalığın câiz olmayacağı görüşündedir.

Şeyh’in itirazına şöyle cevap verilebilir: Semeniyet özelliğinin baki kalması durumunda felsler tayinle taayyün etmezler ve sanki bir fels, muayyen olmayan iki fels mukabilinde satılmış olur ve fels üzerinde gerçekleşen satım ittifakla sahih olmaz. *el-Beyânîyye*’de şöyle denilmiştir: “Fels semen olarak kalmaya devam ettiği sürece tayinle taayyün etmez. Nitekim fels kendi cinsinin dışında bir şeyle mukabele edildiğinde mesela fels mukabilinde meyve satın alındığında fels taayyün etmez.” Gerek Zeylâî gerek diğer bilginlerin sözleri ve metinde Muhammed’in delilini takrir esnasında söylenen “Taayyün etmemiştir.” ifadesi, bizim söylediklerimize delâlet etmektedir.¹

88. Felslerin Birbiri Mukabilinde Tayinsiz Satımındaki Fesâd Karşılıklı Kabz ile Kalkar mı?

[Teshîl] [Tayin edilmeleri hâlinde bir felsin iki fels mukabilinde satımını câiz gören] Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf’un gerekçesi şudur: Birbiri mukabilinde mübâdele edilen felsler hakkında semeniyet (paralık vasfı), alıcı ve satıcının sözleriyle dir. Çünkü; başkalarının onlar üzerinde velâyeti yoktur. Dolayısıyla satıcı ve müşterinin anlaşması ile semeniyet bâtil olur; felsler taayyün eder, dolayısıyla burada bir sarf akdinden söz edilemez.

1 Zeylâî, *Tebyînu’l-Hakâik*, IV, 90.

فلو اعتُذِرَ بأنه وإن لم يكن قَدْرِيًّا لكنه شابه الثمنَ القَدْرِيَّ فيحزُم الفضلُ يقال: هذا ليس بصرفٍ كما صرح في آخر الصرف حيث قال: لو شرى مثلياً عليه الخ. فإنه صرح فيه أنه لو شرى فلوساً عليه فدفَع الثمن ثم تصادقا بعد المجلس أن لا دينَ لا يفسدُ العقدُ لأنه ليس بصرفٍ إذ الفلوس ليست بثمانٍ مطلقاً. ٥

[فاضل أمير] نقول: هذا اعتراض منه على مذهب محمد في الظاهر ويحصل منه الطعن على الشيخين أيضاً لأنهما يقولان بمنع التفاضل على تقدير بقاء الثمنية في الفلوس ولهذا قالوا في جواز بيع فلس بفلسين إذا كانت بعينه ببطان ثمنيتها فلم يجوزوا التفاضل فيها مع بقاء ثمنيتها.

ويمكن الجواب عنه بأن يقال إذا بقيت ثمنيتها تكون غير متعينة بالتعيين ١٠ فيصير كأن باع فلساً بفلسين بغير أعيانهما وفيه لا يصح البيع اتفاقاً قال في البيانية وإذا بقيت ثمناً لم يتعين بالتعيين ألا يرى أنه إذا قُوبل بغير جنسه لم يتعين كما إذا اشترى فاكهة بفلوس انتهى. ويدل على ما قلنا قول الزيلعي وغيره وما في المتن في تقريره دليل محمد من قوله فلم يتعين.

٨٨. هل يرفع الفساد بالتقايض في بيع الفلوس بالفلوس دون تعيين ١٥

[التسهيل] ولهما أن الثمنية في حقهما بقولهما إذ لا ولاية للغير عليهما فبطلت الثمنية باصطلاحهما فتعينت الفلوس فلا صرف

Felsler taayyün etmiş oldukları için veznîlik vasfına geri dönmüş olmazlar. Yani fels, -sarı madende olduğu gibi- semen/para olarak kullanımı üzerinde uzlaşmadan önce veznî iken, paralığı üzerinde ittifak edilmesiyle veznîlik özelliği ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla semeniyet vasfı ortadan kalkınca artık veznîliğe geri dönemez. Zira insanlar, onun semeniyet vasfında ve adedî olduğunda anlaşmışlardır. Bu niteliklerin birini göz ardı etmek, diğerini de göz ardı etmeyi gerektirmediği gibi, birinin yokluğu diğerinin de yokluğunu gerektirmez. Nitekim ceviz ve yumurta da semen/para olmayan adedî şeylerdir. İnsanlar [semeniyet vasfı ortadan kalktıktan sonra] felsin veznîlik vasfını iade etmemiş, aksine onu adedi olarak bırakmışlardır. Bu suretle yukarıda sözü edilen [bir felsin iki fels mukabilinde satımı şeklindeki] akit sahih olur. Şayet veznîlik vasfı iade edilmiş olsaydı, felsler ribevî mallara dönüşür ve ribevî mallarda mübâdelenin eşitlik esası üzere yapılması gerekeceğinden bir felsin iki fels mukabilinde satımı sahih olmazdı. Altın ve gümüş ise yaratılış itibarıyla semen olduğundan fels gibi değerlendirilemez ve alıcı ve satıcının herhangi bir şekilde anlaşmalarıyla altın ve gümüşün semeniyet vasfı ortadan kalkmaz. Bu bakımdan bir felsin iki fels karşılığında satılmasının bir dirhem iki dirhem karşılığında satılmasına kıyas edilmesi sahih olmaz. Ancak tayinin bulunmaması durumu bundan farklıdır. Yani herhangi bir tayin olmaksızın bir fels iki fels mukabilinde satılsa, vade söz konusu olacağından akit sahih olmaz. Çünkü bu, veresiyenin veresiye mukabilinde satımı olur ve Hz. Peygamber veresiyenin veresiyeyle satımını yasaklamıştır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Eğer, “Alıcı ve satıcı felsleri muayyen hâle getirmediklerinde akdin vade sebebiyle bâtil olacağına ittifak vardır. Bu görüş tartışmaya açıktır. Çünkü mecliste karşılıklı kabzın gerçekleşmesi durumunda vade ortadan kalkmış olacağından tayin olmaksızın yapılan alım satımın câiz olması gerekir.” denilirse buna şu şekilde cevap vermek mümkündür: “Kastedilen, mecliste kabzın gerçekleşmemesidir. Çünkü karşılıklı kabzın gerçekleşmesi tayindir. Zira semen, karşılıklı kabz ile taayyün eder. Dolayısıyla tayin olmaksızın alım satım yapmış olsalar dahi, kabzla birlikte satımın câiz olması gerekir.” Aslında bu cevap da tartışmaya açıktır. Çünkü âlimlerin bu makamdaki sözleri, taraflar kabz işini gerçekleştirmiş olsalar dahi semeniyet vasfının bekâsı durumunda bir felsin iki felse satılmasının fâsit olacağını bildirmektedir.

ولم تُعدِ الفلوسُ وزنيةً أي الفلوس كانت وزنيةً قبل الاصطلاح على الثمنية كالضفر فبطل الوزنُ بالاصطلاح على الثمنية فإذا بطلتِ الثمنية لا تعود إلى الوزنية لأنهم اصطَلحوا على صفةِ الثمنية والعدِّ للإعراض عن أحدهما لا يستلزمُ الإعراض عن الآخرِ ولا يلزمُ من عدم أحدهما عدم الآخر كالجوز والبيض فإنه عدديٌّ لا ثمنٌ ولم يعيدوا وزنيتهما أبقوا على عدديَّتها ليصحَّ ٥
العقدُ المذكورُ لأنه لو أعيد وزنيُّها لما صحَّ العقدُ لوجوب التساوي لأنها تصير من الأموال الربوية ضدَّ النقدين لثمنيتهما خِلقةً فلا تبطل باصطلاح فلا يصحُّ القياسُ على بيع درهمٍ بدرهمين وضدَّ عدم التعيين أي لو تبايعا فلسًا بفلسين بغير تعيينٍ فإنه لا يصحُّ للنساءِ لأنه كاليِّ بكاليِّ وقد نهى عليه السلام ١٠
عن الكاليِّ بالكاليِّ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: إذا لم يُعَيَّن الفلوس بطل العقدُ وفاقاً للنساء وفيه نظرٌ لارتفاع النساء بالتقايض في المجلس فيلزمُ أن يجوز التبايعُ مع عدم التعيين؟ يمكنُ أن يجاب: بأن المراد عدمُ التقايض في المجلس لأن التقايضَ تعيينٌ إذ الثمنُ يتعين بالتقايض فيلزم الجوازُ مع التقايض وإن تبايعا بلا تعيينٍ. وفي الجوابِ نظرٌ لأن كلامهم في هذا المقام يُشعر بفسادِ بيع ١٥
الفلسِ بفلسين مع بقاءِ الثمنية ولو تقايضا.

[Fâzil Emîr] Deriz ki: Bu itiraz ve tartışma Şeyh'in Hanefî mezhebinin mu-
teber kitaplarında karara bağlanmış olan 'fâsit olarak in'ikâd eden bir akdin fesâd
sebebinin akit meclisinde ortadan kalkması durumunda fesâdın ortadan kalkıp
kalkmayacağı' tartışmasından ve 'rayiç felsler birer semendir ve semen -tıpkı dir-
5 hem ve dinar gibi- tayinle taayyün etmez.' kabulünden gafil olduğunu göstermek-
tedir. *et-Tebyîn*'de denilir ki: "Bir kimse hasat vaktine veya öğütme vaktine veya
hacıların dönüş vaktine kadar vadeli olmak üzere bir şey satın alsa sonra müşteri
vadeyi, insanların hasada başlamasından, öğütme vaktinden veya hacıların dön-
mesinden önce kaldırsa akit câiz olur. Züfer ve Şâfiî bu akdin câiz olmayacağı
10 görüşündedir. Çünkü akit fâsit olarak in'ikâd etmiştir ve -tıpkı bir dirhemini iki
dirhem mukabilinde satılıp fazla dirhemini düşürülmesi ve bir kadınla on günlü-
ğüne evlenip sonra sürenin kaldırılması örneklerinde olduğu gibi- fesâd sebebinin
ortadan kaldırılmasıyla akit artık sahihe dönüşmez. Hanefî imamların gerekçesi
ise şudur: Akdi fâsit kılan şey, -akdin omurgası haricinde- bir şarttır ve basittir;
15 zaten sahabe arasında ihtilaf konusu olması da bundandır. Akit bu şartın izale edil-
mesiyle birlikte sahihe dönüşür. Bir dirhemini iki dirhem mukabilinde satılması
örneğindeki fazla dirhemini izalesi durumu bundan farklıdır. Çünkü bu örnekte
fesâd -iki bedelden birinde olduğu için- akdin omurgasındadır. Süreli nikâh örneği
ise daha farklıdır. Çünkü süre şartının koşulmasıyla nikâh akdinden başka bir akit
20 yani mut'a akdi yapılmış olur ve bir akit başka bir akde dönüşmez."¹ Bu ayrıntılı
açıklamadan anlaşılıyor ki felsler -aynları dışında- aynen dirhem gibi semendirler.
Bu bakımdan -tayin olmaksızın- bir fels iki fels mukabilinde satıldığında tıpkı bir
dirhemini iki dirhem mukabilinde satılması gibi olur ve fesâd akdin aslında olur.
Fesâd akdin aslında olunca da tayin yokluğunun karşılıklı kabz ile ortadan kaldırıl-
masıyla akit sahihe dönüşmez. Böylelikle Şeyh'in gündeme getirdiği husus bertaraf
25 edilmiş olmaktadır. Muhtemelen Şeyh'in böyle bir şüpheye düşmesi, bir felsini iki
fels mukabilinde 'muayyen hâle getirilmeksizin' satımının sahih olmamasını vade
ile ta'lîl etmesinden kaynaklanmış ve Şeyh, akdin fâsit olmasının sebebinin vade
olması durumunda bunun, -tıpkı bilinmeyen bir süre şartı gibi- akdin omurgası-
nın dışında olduğunu, dolayısıyla da bu türden olan fesâd sebebinin giderilmesiyle
30 akdin sahihe dönüşeceğini zannetmiştir. Şeyh, âlimlerimizin "Akit vade sebebiyle
sahihe olmaz." sözüyle kastedilen şeyin 'borcun borç mukabilinde satımı' oldu-
ğunu, bu satımın da yasaklanmış olduğunu, dolayısıyla da satılması yasaklanmış
bir şeyin satımı olduğunu, fesâd sebebinin, satılan şeyin satıma elverişli olmaması
35 olduğunu dolayısıyla da fesâd sebebinin akdin aslında olduğunu anlayamamıştır.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 60.

[فاضل أمير] نقول: هذا الرد والنظر غفول منه عما تقرر في معتبرات
الفن من المذهب في أن عقدا إذا انعقد على الفساد ثم ارتفع سبب الفساد
في المجلس هل يرتفع الفساد أم لا؟ ومن أن الفلوس الرائجة أثمان والثمن
لا يتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير قال في التبيين لو باع إلى هذه الآجال
ثم أسقط المشتري الآجال قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل
قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر والشافعي لا يجوز لأن العقد انعقد فاسدًا فلا
ينقلب صحيحًا بإسقاط المفسد كما إذا أسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم
بالدرهمين وكما إذا تزوج امرأة إلى عشرة أيام ثم أسقط الأجل ولنا أن المفسد
شروط خارج عن صلب العقد وهو يسير، ولهذا اختلقت الصحابة رضي الله
عنهم فينقلب صحيحًا عند إزالته بخلاف الدرهم الزائد لأن الفساد فيه في
صلب العقد لأنه في أحد العوضين وبخلاف الأجل في النكاح لأنه عقد غير
النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب عقدًا آخر انتهى. فعلم من هذا التفصيل أن
الفلوس بغير أعيانها أثمان كالدرهم وإذا بيع فلس بفلسين بغير تعيين كان كبيع
درهم بدرهمين ويكون الفساد في صلب العقد فلا ينقلب صحيحًا بإسقاط
عدم التعيين بالتقابض واندفع ما ذكره الشيخ ولعل أن الشيخ ما وقع في هذه
الشبهة إلا من تعليل عدم صحة بيع الفليس بالفلسين بغير أعيانها بالنساء وظن
أن المفسد لما كان النساء كان المفسد خارجًا عن صلب العقد فكان كشرط
الأجل المجهول فيصح العقد بإسقاط مثل هذا المفسد ولم يتفطن أن المراد
من قولهم لا يصح للنساء أنه كان بيع كاليء بكاليء وبيع كاليء بكاليء منهى عنه
فصار بيع ما نهى عن بيعه وكان المفسد عدم صلاحية ما باع للبيع فكان الفساد
في صلب العقد.

89. Un ile Kavutun Birbiri Mukabilinde Satımının Sahih Olmaması

[**Teshîl**] Buğdayın buğday unu, kavutu ve kepeği mukabilinde satımı sahih değildir. Çünkü un, kavut ve kepek, buğdayın cüzleri olup cüziyet bağından ötürü aralarındaki cins birliği devam etmektedir ve bunlar arasında eşitliği keyl olarak sağlamak mümkün değildir. Dolayısıyla bunların birbirleri mukabilinde satımı sahih olmaz. Ebû Hanîfe'ye göre unun kavut mukabilinde satımı, -tıpkı buğdayın un veya kavut mukabilinde satılmasının câiz olmaması gibi- mutlak olarak yani ister eşit ister fazla olsunlar, aralarındaki cüziyet bağından ötürü câiz olmaz. Çünkü un, buğdayın cüz'ü; kavut ise kavrulmuş buğdayın cüz'üdür. Buğdayın kavut mukabilinde satımı câiz olmadığı gibi, cüz'ünün de kavut mukabilinde satımı câiz olmaz. Kavrulmuş buğdayın un mukabilinde satımı câiz olmadığı gibi, cüz'ünün de onun mukabilinde satımı câiz olmaz. Yine kavrulmuş buğdayın kavrulmamış buğday mukabilinde satımı câiz olmadığı gibi, her ikisinin cüzlerinin de birbirleri mukabilinde satımı câiz olmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: “Buğday unu ve kavutu, cins birliği devam ettiği için buğday gibidir; bu nedenle de buğdayın, un ve kavut karşılığında satımı sahih değildir.” Buradan bunlar birbirine eşit olduklarında satımlarının sahih olması gerektiği sonucu çıkar. Çünkü buğdayın, un ve kavut mukabilinde satımının sahih olmaması, eşitlik sağlamanın mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır. Hâlbuki un ile kavutu eşitlemek mümkündür.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Sadruşşerî'a'ya hâşiye yazan Ahî Çelebi buna, un ile kavut arasında şer'î ölçüyle -yani keyl yoluyla- eşitlik sağlanmasının mümkün olmadığını söyleyerek cevap vermiştir.¹

90. Ribâ Konusunda Ebû Hanîfe'nin İlkesi

[**Teshîl**] Olgunlaşmış taze hurmanın (rutab), kuru hurma (temr) mukabilinde veya yaş üzümün kuru üzüm mukabilinde eşit olarak satılması Ebû Hanîfe'ye göre sahihtir. Ebû Hanîfe'nin bu konudaki gerekçelerinden birisi, Hz. Peygamber'e rutab hediye edildiğinde “Hayber'in tüm temrleri böyle midir?” diyerek, temr sözcüğünü mutlak olarak [yani hem rutabı hem de temri içine alacak şekilde] kullanmasıdır. Diğer gerekçesi de ister aynı cins kabul edilsin isterse farklı cins kabul edilsin, yaş hurma ile kuru hurmanın birbirleri mukabilinde satımının câiz olmasıdır. Aynı cins kabul edildiklerinde eşit olarak, farklı cins kabul edildiklerinde ise 'nasıl isteniyorsa öyle' satılırlar.

1 Ahî Çelebî, *Zehîretu'l-Ukbâ*, vr. 285a.

٨٩. عدم صحة بيع البُرِّ بسويقه

[التسهيل] ولم يصحَّ البُرُّ بدقيقِ البُرِّ وسويقه ونَخَالَته لبقاء الجنس للجزئية لأنها أجزاء البُرِّ وتعذر التسوية كيلاً فلم يصحَّ أصلاً. والدقيقُ بالسويق لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً أي متساوياً ومتفاضلاً كما لم يجز بُرُّ بدقيقِ ٥ وسويقٍ للجزئية لأن الدقيقَ جزءُ البُرِّ والسويقَ جزءُ البُرِّ المقلبي فكما لم يجز البُرُّ بالسويق لم يجز جزؤه به وكما لم يجز المقلبي بالدقيق فكذا جزؤه به وكما لم يجز المقلبي بغيره فكذا أجزاءهما.

[الشيخ بدر الدين] أقول: أنهما كالْبُرِّ لبقاءِ الجنسيةِ ولذا لم يصحَّ البُرُّ بهما فيلزم أن يصحَّ متساوياً لأن عدمَ صحةِ البُرِّ بهما أصلاً لتعذرِ التسوية ١٠ وهي بين الدقيق والسويق ممكنة.

[فاضل أمير] نقول: أجاب عنه المولى المحشي أخي في صدر الشريعة بمنع التسوية بين الدقيق والسويق بالمسوى الشرعي يعني الكيل.

٩٠. أصل أبي حنيفة في الربا

[التسهيل] ولو بيعَ رُطْبٌ بتمرٍ أو عنبٌ بزبيبٍ صحَّ عند أبي حنيفة سواءً لإطلاقِ التمرِ عليه في قوله عليه السلام حين أهدى رُطْبًا «أَوْ كُلُّ تَمْرٍ خَيْرٍ ١٥ هكذا» ولأنهما لو اتحدا جنساً أو اختلفا صحَّ في الأوَّلِ متساوياً وفي الثاني كيف كان.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu husus buğdayın, buğday unu mukabilinde satımı meselesiyle problem arz eder. Çünkü Ebû Hanîfe buğday ve ununu aynı cins kabul etmiş ve aralarında eşitliği sağlamanın mümkün olmayacağı gerekçesiyle bunların birbirleri mukabilinde satılmasını câiz görmemişti. Bu gerekçeye göre yaş hurmanın kuru hurma ve yaş üzümün kuru üzüm mukabilinde satılması da câiz olmamalıdır. [Zira bunların da yaş olanı ile kuru olanları arasında eşitliği sağlamak mümkün değildir.] Çünkü -Ebû Yûsuf ve Muhammed'in delilleri zikredilirken belirtildiği üzere- yaş hurma ve yaş üzüm daha dolgun iken kuru hurma ve kuru üzüm böyle değildir.

[Fâzil Emîr] Deriz ki: Ribâ konusunda Ebû Hanîfe'nin dikkat ettiği iki ilke vardır. Birinci ilke şudur: Bu alanın muteber kitaplarının birçoğunda zikredildiğine göre Ebû Hanîfe'ye göre alım satımın câizliği konusunda dikkate alınması gereken şey akdin yapıldığı andaki eşitliktir ve daha sonraki farklılık [alım satımın câizliğine] halel getirmez. İkinci ilke şudur: Farklılık, eğer tazminden sorumlu olacak birinin fiiliyle meydana gelmişse -ki buğday ile un ve kavrulmuş buğday ile kavrulmamış buğday arasındaki farklılık böyledir- cevaza mani olur; eğer Allah'ın fiili (sun') ile meydana gelmişse cevaza mani olmaz. Bu iki ilke takarrur edince sözün izahı ortaya çıkmış ve problem giderilmiş olur. Çünkü açıktır ki buğday ile unu arasında akit anında eşitlik yoktur ve ikisi arasındaki farklılık bizim fiilimizledir. Hâlbuki temr ile rutab arasındaki farklılık Allah'ın fiiliyledir.

91. Pamuğun Pamuk İpliği Mukabilinde Satımı

[Teshîl] Zeytinin içerisinde bulunan yağ oranı tam olarak bilinmediği müddetçe zeytinyağının zeytin mukabilinde satımı bize göre câiz değildir. Bilmiş ol ki zeytinyağının zeytin mukabilinde satımı dört şekilde olur: [1] Zeytin içinde bulunan yağ, dışarıda ayrıştırılmış olarak bulunan zeytinyağından fazla ise fazlalık tahakkuk ettiği için bu câiz değildir. [2] Zeytin içinde bulunan yağ, zeytinyağının miktarı ile aynı ise bu durumda da zeytin posası fazlalık olacağı için câiz olmaz. [3] Zeytinyağının, zeytin içindeki yağdan çok olması hâlinde birbirleriyle satımı câiz olur. Zira fazlalık posaya karşılık olur. Bu üç husus üzerinde icmâ bulunmaktadır. [4] Şayet zeytin içindeki yağ miktarının, zeytinyağının miktarına eşit olup olmadığı veya ondan fazla ya da az olduğu bilinmiyorsa bu husus ihtilafı olup Züfer'e göre sahihtir; bize göre ise ribâ ihtimali bulunduğu için sahih değildir. Züfer'in delili şudur: Eşyada aslanan mubahlıktır ve mücerret şüpheden dolayı akit fâsit olmaz. Diğer üç imamımıza göre ise bu satım sahih değildir. Susamın susam yağı, cevizin ceviz yağı, hurmanın hurma pekmezi, sütün yağ ve üzümün üzüm suyu mukabilinde satımı da bu değerlendirmeye tabidir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يُشكِل بِرِّ بَدِيقِهِ فَإِنَّ أبا حنيفة جعلهما جنسًا واحدًا حتى لم يجوّزه لتعذّر التسوية فكذا هذا لاكتناز أحدهما دون الآخر كما ذُكر في دليل أبي يوسف ومحمد.

[فاضل أمير] نقول: في الباب أصلان عن الإمام: الأوّل أنه قد ذكر في كثير من معتبرات الفن أن المعتبر عند أبي حنيفة رحمه الله في جواز البيع التساوي في الحال ولا يخل به التفاوت في المآل. والثاني أن التفاوت إذا كان بصنع مضمون من العبد كما في الحنطة ودقيقها والمقلية وغير المقلية يمنع الجواز ولو بصنع الله تعالى فلا يمنعه وإذا تقرر هذان الأصلان انكشف وجه الكلام واندفع الإشكال لأن من البين أن لا تساوي بين البر ودقيقه في الحال وأن التفاوت بينهما بصنع منا والتفاوت بين الرطب والتمر بصنع الله تعالى.

٩١. بيع قطن بغزله

[التسهيل] ومنعنا زيتًا بزيتونٍ إذا لم يُعلم قدرُ دهنِ الزيتون، اعلم [أن] بيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه: إن عُلم [أن الزيت الذي في الزيتون أكثر من الزيت المنفصل لم يصحّ لتحقّق الفضل وكذا إن عُلم أنه مثله لأن الثقل يكون فضلًا، وإن كان الزيت المنفصل أكثر جاز والفضل بالثقل وهذه الثلاثة بالإجماع، وإن لم يُعلم أنه مثله أو أكثر أو أقل منه صحّ عند زفر لا عندنا لاحتمال الربا، وله أن الجواز أصل فلم يفسد بشبهه، وعندهم لم يصحّ أصلًا وعلى هذا الاعتبار سمسم بشيرجه وجوز بدهنه وتمرّ بدبسه ولبنٌ بسمنه وعنبٌ بعصيره.

Pamuğun pamuk ipliği mukabilinde satılmasında ihtilaf edilmiştir. [1] Bir görüşe göre pamuk ile pamuk ipliği arasında hakikaten bir farklılık söz konusu olduğu için birbirleri mukabilinde satımları sahihtir. Bu ifade pamuğun pamuk ipliği mukabilinde birbirlerine eşit olarak ve biri diğerinden fazla olarak satımının sahih olacağını hissettirmektedir. [2] Bir görüşe göre ise her ikisi de veznî olduğu ve asılları aynı olduğu için sadece eşit miktarda olmaları hâlinde birbirleri mukabilinde satımları sahihtir. [3] Bir görüşe göre pamuk eğrilip ip yapıldığında eksildiği için bu satım sahih olmaz. [4] Bir görüşe göre ise tıpkı zeytinyağı ile zeytin gibi, itibar yoluyla [yani pamuk içindeki ipin, pamuktan fazla olması durumunda] sahih olur. Çünkü [nasıl ki zeytinde zeytinyağı varsa] pamukta da iplik vardır; ancak çok incedir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Yukarıda geçen “Her ikisi de veznî olduğu ve asılları aynı olduğu için sadece eşit miktarda olmaları hâlinde satımları sahihtir.” şeklindeki görüş ‘pişirilmiş buğday’ meselesinde zikrettiklerimize aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü burada ‘iş’ (fazlu'l-amel) [yani pamuğu ip yapmak için sarf edilen çaba] dikkate alınmamıştır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in ilk olarak zikrettiği [pamuk ile pamuk ipliği arasında hakikaten bir farklılık söz konusu olduğu için birbirleri mukabilinde satımlarının sahih olduğu şeklindeki] görüş Muhammed'in; ikinci olarak zikrettiği [her ikisi de veznî olduğu ve asılları aynı olduğu için sadece eşit miktarda olmaları hâlinde birbirleri mukabilinde satımlarının sahih olduğu şeklindeki] görüş ise Ebû Yûsuf'un görüşüdür. Meşâyihimiz Ebû Yûsuf'un görüşünü daha zahir bulmuşlardır. Çünkü pişirilmiş buğday ve pişirilmemiş buğday dikkate alındığında gerçekleşen farklılık kulların fiilleriyle olmuştur. Aynı ilişkinin pamuk ile pamuk ipliği (pamuğun eğirilmesi) arasında da dikkate alınması daha zahirdir. Şeyh'in ‘Derim ki’ diyerek kendi fikhî çıkarımı gibi söylediği şey ise âlimlerimizin Muhammed'in görüşünün tercihi hususunda söylediklerinin aynıdır. Burada pişirilmiş buğday ile çiğ buğday, kavrulmuş buğday ile kavrulmamış buğday ve pamuk ile pamuk ipliği konusunda bizim için şöyle bir süphe kalmaktadır: Bunlardan her biri kulların fiilleri ile değişikliğin gerçekleştiği şeylerden olduğu hâlde Muhammed'in, kendisinden gelen sahih rivâyete göre pamuğun pamuk ipliği mukabilinde satımını her hâlükârda câiz görürken, pişirilmiş buğdayın pişirilmemiş buğday mukabilinde satımını ve kavrulmuş buğdayın kavrulmamış buğday mukabilinde satımını câiz görmemesindeki incelik nedir? Ulemanın sözleri üzerinde yaptığımız araştırmalar neticesinde anladığımıza göre bu incelik, son ikisinde ismin baki kalıp gerçekten birliğin bulunması; ilkinde ise ismin değişmesi ve gerçekten farklılığın olmasıdır.

واختُلف في قُطنٍ بغزله قيل: صحَّ لاختلافهما حقيقةً فيشعر هذا بالصحة متساويًا ومتفاضلاً، وقيل: صحَّ متساويًا لاتحاد أصلهما وكونهما وزنين وقيل: لا يصحُّ أصلاً لأنه ينقضُّ إذا عُزل وقيل: يصحُّ بطريق الاعتبار كزيتِ وزيتونٍ لأنَّ في القطن غزلاً لكنه دقيقٌ.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: قوله «صح متساويًا» يُنافي ما أشرنا إليه في بُرِّ مطبوخٍ لأنه لم يعتبر فضل العمل.

[فاضل أمير] نقول: ما ذكره أولاً بقوله «قيل صح» قول محمد وثانيًا بقوله «وقيل «صح متساويًا» قول أبي يوسف وقال مشايخنا الأظهر قول محمد لأن التفاوت بعمل من العباد إذا اعتبر في بر مطبوخ وغير مطبوخ فاعتباره في الغزل مع القطن أظهر فما ذكره الشيخ على أنه تفقه منه بقوله «أقول» عين ما قاله مشايخنا في ترجيح قول محمد، هنا بقيت لنا شبهة في أن البر المطبوخ وزيته والبر المقلي وغير المقلي والقطن وغزله كل منه مما تفاوت بفعل العباد فما السر في أن محمدًا جوّز بيع قطن بغزله كيف ما كان ولم يجوز بيع البر المطبوخ وغير المطبوخ والمقلي وغير المقلي أصلاً على الرواية الصحيحة منه؟ وما ظهر لنا من تصفح كلامهم هو أن السر فيه بقاء الاسم والاتحاد حقيقة في الأخيرين وتبدل الاسم والاختلاف حقيقة في الأول.

92. Pamuğun Pamuklu Kumaş Mukabilinde Satımı

[**Teshîl**] Pamuğun, pamuklu kumaş mukabilinde satımı, ister eşit olsun ister olmasın mutlak olarak sahihtir. Çünkü pamuk ile pamuklu kumaş her açıdan yani hem *cins* hem de *kadr* açısından birbirinden farklıdır.

5 [Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu görüş Ebû Hanîfe'nin ilkesi açısından problem oluşturur. Şöyle ki, buğdayın buğday unu mukabilinde satımında söylediği gibi, bunların da aralarındaki cüziyet ilişkisinden dolayı bir açıdan aynı cinsten olduğunun kabul edilmesi gerekirdi. Zira pamuk, pamuklu kumaşın bir cüz'üdür ve aralarında hiç bir açıdan farklılık yoktur.

10 Buna göre de pamuğun pamuklu kumaş mukabilinde satılmasında fazlalığın sahih olması, vadenin ise sahih olmaması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Pamuğun pamuklu kumaş mukabilinde satılması meselesinin denk örneği, her birinde 'kadren' birlik olmaması yönüyle, ekmeğin buğday ve buğday unu mukabilinde satılmasıdır. Ekmeğin buğday mukabilinde satılması konusunda Ebû Hanîfe'den gelen fetvaya esas görüş bunun her hâlükârda câiz olmasıdır. Buna göre pamuğun pamuklu kumaş mukabilinde satılması konusundaki hüküm de mutlak cevaz olur ve buğdayın buğday unu mukabilinde satımının hükmü konusundaki görüş bir problem teşkil etmez. Çünkü buğday ve buğday unu 'kadr' açısından birdir, yani her ikisi de mekîlattandır. Şeyh'in "Pamuğun pamuklu kumaş mukabilinde satılması durumunda vadenin sahih olmaması gerekir." ifadesine gelince, Şeyh'in sözünün siyak ve sibakından ortaya çıkan şey, Ebû Hanîfe'ye göre pamuğun pamuklu kumaş mukabilinde satımında vadenin câizliğidir; hâlbuki onun genel çizgisine uygun olan, bunun câiz olmamasıdır. Bu hususta mezhep görüşü, Molla Hüsrev'in *el-Gurer*'de belirttiği gibi¹ pamuğun pamuklu kumaş mukabilinde satımında vadenin câiz olmamasıdır. Bu bakımdan Şeyh'in gündeme getirdiği problem yersizdir.

93. Boğazlanmış Hayvanın Canlı Hayvan Mukabilinde Satımı

[**Teshîl**] Boğazlanmış hayvanın, canlı hayvan mukabilinde veya boğazlanmış hayvanın yine boğazlanmış hayvan karşılığında satılması ittifakla mutlak olarak câizdir. Bu husus Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf'un kavline göre gayet açık olup izaha gerek yoktur. Muhammed'e göre ise her iki hayvanda da hem et hem de [sakatat ve deri gibi] etten başka şeyler birlikte bulunmaktadır. Bu durumda da 'bir dinar ve iki dirhem, iki dinar ve bir dirhem' karşılığı satımında olduğu gibi her bir cinsde, diğer cins karşılık olarak tutulur; böyle olunca da satım sahih olur.

1 Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkâm*, II, 187.

٩٢. بيع القطن بالكرباس

[التسهيل] صحَّ القطنُ بالكرباس مطلقاً أي تساويًا أو لا لاختلافهما من كلِّ وجهٍ أي جنسًا وقدرًا.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يُشكل على قول أبي حنيفة لأنه ينبغي أن يتحدًا جنسًا من وجه للجزئية كما قال في البُرِّ والدقيق إذ القطنُ جزءُ الكرباس فلم يختلفا من كل وجهٍ فينبغي أن يصحَّ التفاضلُ لا النساء.

[فاضل أمير] نقول: نظير القطن بالكرباس إنما هو الخبز بالبر أو الدقيق من جهة أن في كل منهما لا يوجد الاتحاد قدرًا والرواية المفتى بها في الخبز بالبر عن الإمام الجواز كيف ما كان فيكون الحكم في القطن بالكرباس الجواز مطلقًا ولا يرد عليه الإشكال بالبر بالدقيق لأنهما متحدان قدرًا أعني أنهما من المكيلات. وما قاله من عدم صحة النساء فالظاهر من سوق كلامه أن النساء جائز في بيع القطن بالكرباس عند أبي حنيفة رحمه الله واللائق أن لا يجوز فيه أن المذهب عدم جواز النساء في بيع القطن بالكرباس كما في الغرر الخسروي فلا وجه لما ذكره الشيخ هنا كما لا يخفى.

٩٣. بيع مذبوح بحي ١٥

[التسهيل] وصحَّ مذبوحٌ بحيٍّ أو بمذبوحٍ وفاقًا مطلقًا أما عندهما فظاهرٌ وأما عند محمد فلائناً كلاً منهما مختلطٌ بغير اللحم فصحَّ كبيع دينارٍ ودرهمين بدرهمٍ ودينارين يقابلُ كلُّ جنسٍ بخلافه،

Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf bu satımı, peşin olması durumunda mutlak olarak câiz görmüşlerdir. Zira yapılan işlem, adedi olanın veznî olan mukabilinde satımıdır. Zira canlı bir hayvan, bazen tartıda hafif bazen de ağır çekebildiği için veznî kabul edilmez. Yani canlı hayvan, veznî değil adedidir. Zira veznî, miktarı tartılarak bilinen şeydir. Bu da canlı hayvan için söz konusu olmaz. Çünkü hayvan, etinin sert ve sıkı oluşundan ötürü bazen hafif çeker, bazen de mafsallarının gevşemesinden ötürü ağır çeker. Ölü de bedeninin gevşemesinden ötürü diriden ağır çeker. Yine dişiler bedenlerinin gevşekliğinden ötürü erkeklerden daha ağır çeker. Zira erkeklerin bedeni sert ve sıkıdır. Cevizin ceviz yağı mukabilinde satımı bundan farklıdır. Çünkü yağ, posasından ayrıştırıldığı vakit posa tartılır ve bu tartım yağın ağırlığını da hemen ortaya çıkarır. Yukarıda zikredilen satımla ilgili başka bir açıklama ise şöyledir: Boğazlanmış hayvanın etiyle canlı hayvanın eti arasında cins birliğine itibar etmek, ancak canlı hayvandaki etin yegane maksat kabul edilmesi durumunda mümkün olur. Hâlbuki canlı hayvan üzerinde bulunan et, yegane maksat değildir. Zira canlı hayvanda yün, süt, yavru vb. başka maksatlar da vardır. O hâlde etin, hayvanla cins birliği oluşturduğu iddiası muteber olamaz. Zira et, hayvanda bulunan maksatlardan sadece birdir. Susamın, susam yağıyla olan durumu ise bunun aksinedir. Zira susamın içinde bulunan [yağ], yegane maksattır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu açıklama susam hususunda tamam olsa da cevizde tamam olmaz. Ancak bu açıklama cevizin içini yemenin değil de yağın elde etmenin asıl maksat olduğu bölgelerde ceviz için de geçerli kabul edilebilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu açıklama, -maksat içinin yenilmesi olsa bile ceviz konusunda da tamam olur. Çünkü ceviz, içindeki yağ için yenir; eğer içindeki yağ çıkarılırsa, ceviz artık hiçbir şey için amaçlanmaz. Oysa hayvan ile eti arasındaki ilişki böyle değildir.

94. Dârulharpte Müslüman Olan Kişinin Malının Dokunulmazlığı

[**Teshîl**] Ebû Yûsuf'a ve diğer üç mezhep imamına göre -tıpkı Müslümanla müste'men harbî arasında olduğu gibi- dârulharpte Müslümanla harbî arasında da ribâ cereyan eder. Dârulharpte Müslümanla harbî arasında ribâ cereyan etmeyeceğini söyleyen Ebû Hanîfe ve Muhammed'in bu konudaki gerekçeleri, Hz. Peygamber'in "Dârulharpte Müslümanla harbî arasında ribâ yoktur." hadisi ve gadretmek suretiyle olmadığı sürece dârulharpte harbîlerin malının, hangi yolla alınırsa alınsın mubah olmasıdır. Ülkemize emanla giren harbînin durumu ise böyle değildir, zira eman akdiyle müste'menin malı dokunulmazlık kazanır.

وأطلقا جوازَه نقدًا لأنه بيعٌ عدديٌّ بوزنيٍّ إذ الحيُّ لا يوزن لخِفِّه مرةً وثقله مرةً أخرى أي الحيوان عدديٌّ لا وزنيٌّ إذ الوزنيُّ ما يُعرف قدره بالوزن وذا لا يكون في الحيوان لأنه يخفُّ نفسه مرةً لصلابته ويثقلُ أخرى لاسترخاءِ مفاصله، فالميثُ لاسترخائه أثقلُ من الحي والنساءُ لاسترخائهنَّ أثقلُ من الرجال لصلابتهنَّ ضدَّ نحوِ جوزٍ بدهنه إذ الوزنُ في الحال يُعلم قدرَ الدهنِ إذا مُيزَ بينه وبين الثجير ويوزن الثجيرُ. ووجهٌ آخرُ: أنَّ اعتبارَ المجانسةِ بما في الضمَّنِ إنما يكون إذا كان هو تمامُ المقصودِ واللحمُ في الحيوانِ ليس تمامَ المقصودِ فتم إذ فيه مقاصدُ آخرُ كالصوفِ واللبنِ والتباجِ وغيرها فلا يعتبر المجانسةُ إذ اللحمُ بعضُ المقاصدِ بخلافِ السمسمِ مع الشيرج لأن ما في ضمن السمسمِ تمامُ المقصودِ. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا الوجهُ يتمُّ في السمسمِ لا في الجوزِ إلا في بلادٍ يُقصد فيها دهنُ الجوزِ لا أكلُ لُبِّه.

[فاضل أمير] نقول: يتم في الجوزِ أيضًا وإن قصد أكل لُبِّه لأنه يؤكل لدهنه فلو خلي عنه لا يقصد لشيءٍ ولا كذلك الحيوان مع اللحم.

١٥ . ٩٤ . عصمة مال من أسلم في دار الحرب

ووثبتُ أبو يوسف والأئمة الثلاثة الربا بين مسلمٍ وحربيٍّ في دارِ الحربِ كما يثبت بين مسلمٍ وحربيٍّ مستأمنٍ، لهما قولٌ ﷺ «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب» ولأنَّ مالهم مباحٌ ثمة بأيِّ طريقٍ أُخذَ إذا لم يكن بغدرٍ ضدَّ المستأمنِ فإنَّ ماله حُرْمٌ بعقدِ الأمانِ.

Ebû Hanîfe'ye göre İslam ülkesindeki bir Müslümanla, dâruharpde Müslüman olmuş [ama henüz o ülkenin vatandaşı olan] kişi arasında ribâ muamelesi câizdir. Zira orada Müslüman olan kişinin malının, tıpkı harbînin malı gibi- dokunulmazlığı yoktur. Ayrıca müslümanın bir harbînin malını rızasıyla alması câizdir. Ebû Yûsuf ile Muhammed'e göre bu işlem, iki Müslüman arasında icra edilen ribâlı bir işlem gibi olup haramdır.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Dâruharpde Müslüman olan kişinin malının dokunulmazlık kazanmayacağı söylenemez. Görülmez mi ki, Müslümanlar dâruharp olan bir yeri ele geçirdiklerinde orada Müslüman olmuş kimselerin ellerindeki mallara malik olamamaktadırlar.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu değerlendirmesi, hem Ebû Hanîfe'nin dâruharpde Müslüman olan kimselerin malları konusundaki görüşünden hem de Müslümanların kâfirlere galip gelip ülkelerini ele geçirmeleri ve oraya baskın yapıp yağmalamaları arasındaki farktan habersiz olmasından kaynaklanmıştır. Ebû Hanîfe'nin bu konudaki görüşünü anlamak istersen sana güzel bir şekilde sunacağımız şu bilgilere kulak ver! *et-Tebyîn*'de [Zeylâî], dâruharpde Müslüman olan kişinin kendi canını, küçük çocuğunun canını ve beraberindeki bütün malları koruma altına almış olduğunu "Müslümanlar kâfirlere üstün gelip topraklarını ele geçirdiğinde orada Müslüman olmuş bu kişinin malları fey olmaz." diyerek belirttikten sonra şöyle der: "Bütün bu hükümler Müslümanların kâfirlerin ülkelerini ele geçirmeleri durumundadır. Bir istila ve ele geçirme durumu olmayıp; Müslümanlar sadece baskın yapıp yağmalama yapıyorlarsa bu durumda imamlarımız farklı görüşlere sahiptirler. Muhammed bu durumda da orada Müslüman olmuş kişinin malının fey olmayacağı kanaatindedir. Ebû Hanîfe'ye göre ise bu durumda orada Müslüman olan kişinin bütün malları fey olur. Ancak kendisine ve küçük çocuklarına ilişilmez. Muhammed, mülkiyet sebebi olmak noktasında aynı oldukları gerekçesiyle baskın ve galibiyeti aynı kabul ederken, Ebû Hanîfe aralarında fark gözetmiştir. Ebû Hanîfe'nin gözettiği fark şudur: Müslümanların istilası sebebiyle kâfirlerin ülkesi dâruislâma dönüşmüş olacağından, orada Müslüman olan kişinin eli, elinde olan şeyler hususunda hakikaten ve hükmen devam eder; yani o kişinin mülkiyetinde olan şeyler onun mülkü olarak kalmaya devam eder. Çünkü orası artık Müslümanların koruması altına girmiştir ve Müslümanın eli, dokunulmaz bir eldir. Dolayısıyla o elin iptali câiz olmaz. Buna mukabil baskın durumunda orası dâruislâma dönüşmüş olmayacağından orada Müslüman olan kişinin eli, menkul eşya konusunda hükmen sabit olmamış olur. Çünkü -otorite ve güç içermesi itibarıyla- orada hâlâ ehl-i harbin eli sabit olup orayı korumakta ve müdafaa etmektedir.

وهو جائزٌ عند أبي حنيفة بين مسلمٍ ومَن آمن ثمة لعدم العصمة في مالٍ
مَن أسلمَ ثمة فصار كمال الحربي ويجوز للمسلم أخذُ مالِ الحربي برضاه،
ولهما أنه ربا أجري بين مسلمين فحرّم.

[الشيخ بدر الدين] أقول: عدمُ العصمة ممنوعٌ، ألا يرى أن الغانمين لم
يملكوا ما في يد مَن أسلم ثمة إذا ظهروا عليهم. ٥

[فاضل أمير] نقول: هذا القول منه بناء على غفوله عن مذهب أبي
حنيفة في أموال من أسلم ثمة وعن الفرق بين ظهور المسلمين عليهم
وبين إغارتهم فإن شئت العثور على مذهب أبي حنيفة رحمه الله في هذا

الباب حتى ينجلي لك وجه الصواب فاستمع لما سنورده على الوجه
المستطاب. قال في التبيين بعد أن بين أن من أسلم ثمة منهم أحرز نفسه ١٠

وظفله وكل مال معه بحيث إذا ظهر المسلمون عليهم لا يكون مال ذاك
المسلم ثمة فيئًا وهذا كله إذا ظهر المسلمون على دارهم وأما إذا أغاروا

عليها ولم يظهرها فكذلك الحكم عند محمد؛ وعند أبي حنيفة رحمه الله
يصير جميع ماله فيئًا إلا نفسه وأولاده الصغار فمحمد سوى بين الإغارة

والظهور لاستوائهما في السببية للملك وأبو حنيفة فرّق بينهما والفرق أنه ١٥
بالظهور صارت الدار دار الإسلام فكانت يده ثابتة على ما في يده حقيقة

وحكمًا باعتبار منعه المسلمين ويد المسلم يد محرمة^١ فلا يجوز إبطالها وأما
بالإغارة فلم تصر دار إسلام فلم تصر يده على المنقول ثابتة حكمًا لأن يد

أهل الحرب ثابتة حافظة دافعة لاشتمالها على الدار باعتبار المنعة والشوكة

Bu sebeple ganimet, dâruharp içinde kaldığı sürece gazilerin mülkü sayılmaz. Dokunulmazlık ancak hakikaten ve hükmen 'el' itibarıyla sabit olur. [Baskın durumunda] el mevcut olmadığından, oradaki mallar aslen mubahlık hükmü üzere kalır. Dâruharp'te Müslüman olup bizim ülkemize doğru yola çıkan kimsenin hükmü de bu ayrıntılara göredir. Bu bilgiler *el-Muhîr*'te zikredilmiştir.¹ Bu açıklamalardan sonra Ebû Hanîfe'nin görüşü ortaya çıktığına göre ve dâruharp'te Müslüman olan kişinin malının Ebû Hanîfe'ye göre dokunulmaz olmasının, Müslümanların orayı ele geçirmiş olmaları ve oranın dâruislâma dönüşmüş olması durumundan kaynaklandığı, Müslümanların ele geçirememeleri durumunda ise oranın dâruharp olarak kalmaya devam edeceği ve orada Müslüman olan kişinin malının muhrez ve masum olmayacağı hususu açıklığa kavuştuğuna göre Ebû Hanîfe'nin görüşünün gerekçesi olarak zikredilen 'dokunulmazlığın yokluğu' ifadesinin sahihliği ve Şeyh'in hatası anlaşılmış oldu. Ulemanın sözlerinin yeterince araştırılmamasının ve zihinlere ve görüşlere aşırı güvenmenin doğurduğu mefsedetler beyan imkânlarının ihata edemeyeceği kadar çaktır.

95. Selem Akdinde Sermayenin Mecliste Kabzının Şart Olup Olmadığı

[**Teshîl**] Mâlik dışındaki imamlar, Hz. Peygamber'in borcun borç mukabilinde değişimini yasakladığı gerekçesiyle, [selem akdinde] sermayenin akit meclisinde kabzedilmesini şart koşmuş ve kabzın bir iki gün ertelenmesine cevaz vermemişlerdir. Bu görüş, *el-Kâfi* ve benzeri kitaplarda şöyle ta'lîl edilmiştir: Selem vadelinin peşin mukabilinde alınmasıdır; sermayenin tesliminin bir iki gün sonraya ertelenmesi durumunda ise yapılan akit, vadelinin vadeli mukabilinde alınması olur ve sahih olmaz.² Mâlik ise sermayenin kabzının bir iki gün ertelenmesini bunun örfen peşin sayıldığı gerekçesiyle câiz görmüştür.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu gerekçelendirme yemin meselesinde söylenenlerle çelişkili gözükmektedir. Şöyle ki, bir kişi muhatabın hakkını peşin vereceğine dair yemin edip, içinde bulunulan ay tamamlanmadan verdiği yeminini yerine getirmiş olmaktadır.³ Çünkü ay tamamlanmadan yapılan ödeme burada peşin sayılmaktadır. [Yani yemin meselesinde bir aydan daha az süre peşin sayılırken selemde ödemenin bir iki gün sonraya bırakılmasının vade sayılması çelişkidir.]

1 Zeylai, *Tebînu'l-Hakâik*, III, 254-255.

2 Nesefti, *el-Kâfi*, II, vr. 276a; Zeylai, *Tebînu'l-Hakâik*, IV, 117.

3 Nesefti, *el-Kâfi*, II, vr. 279a; Zeylai, *Tebînu'l-Hakâik*, IV, 115.

ولهذا لا تصير الغنيمة ملكاً للغانمين في دار الحرب والعصمة إنما تثبت باعتبار اليد حقيقة وحكمًا ولم يوجد فبقيت على أصل الإباحة وحكم من أسلم في دار الحرب وخرج إلينا على هذا التفصيل ذكره في المحيط انتهى. فلما ظهر من هذا التفصيل مذهب الإمام وبان أن كون مال من أسلم ثمة معصومًا عنده إنما نشأ من ظهور المسلمين عليهم وكون الدار دار إسلام ٥ فما لم يظهر عليهم المسلمون تبقى الدار دار حرب ولا يكون مال من أسلم من بينهم محررًا معصومًا علم صحة قوله لعدم العصمة وظهر خطأ الشيخ الشارح ومفاسد قلة تصفح أقوال العلماء ووفرة الاعتماد على الأذهان والآراء مما لا يحيطها نطاق البيان.

١٠ . ٩٥ . قبض رأس مال السلم في المجلس هل هو شرط أم لا؟

[التسهيل] وشرطوا قبض رأس المال في المجلس ولم يُجيزوا تركه يومًا ويومين لأنه ﷺ نهى عن دَيْنٍ بَدَيْنٍ وَعَلَّلَ فِي الْكَافِي وَأَمْثَالِهِ بِأَنَّ السَّلْمَ أَحَدُ عَاجِلٍ بِأَجَلٍ وَهَذَا آجَلٌ بِأَجَلٍ فَلَمْ يَصَحَّ. وجاز عند مالك ترك القبض يومًا ويومين لأنه يُعَدُّ عَاجِلًا عَرَفًا.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل تعليلهم هذا بمسألة اليمين فإنه لو حَلَفَ: لِيَقْضِيَنَّ حَقَّهُ عَاجِلًا فَقَضَاهُ قَبْلَ تَمَامِ الشَّهْرِ بَرٌّ لِأَنَّهُ عَاجِلٌ

Öne sürdüğümüz çelişkiyi giderme noktasında “Yarım günden fazlasının vade olacağı konusunda bir rivâyet bulunmaktadır ve bu rivâyete göre bir gün peşin sayılmaz. Ancak konu yine de şüpheden hali değildir, dolayısıyla şüpheden sakınmak gerekir.” şeklinde cevap verilecek olsa bu cevap şu şekilde reddedilir:

5 O hâlde yarım gün vadeyle olması durumunda selem akdinin sahih olması gerekir. Çünkü yarım gün ittifakla kesin olarak peşin sayılmıştır. Benim aklıma daha evla olduğunu düşündüğüm şöyle bir ta'lil geliyor: Selem akdinde yaygın uygulama, akdin nakitle yapılmasıdır. Meclis şartı da zimmet borcunun zimmet borcu mukabilinde değişimi riskinden kaçınmak için konulmuş ve nadir/
10 az olan da yaygın olana itibarla onun hükmünü almıştır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in *el-Kâfi*'deki gerekçelendirmeye yönelttiği eleştirinin cevabı metnin devamında [Mâlik'in görüşünün gerekçesini zikrederken] söylediği 'bir iki günlük sürenin örfen peşin kabul edileceği' ifadesinden hareketle yeminler konusunda örfün esas olduğu söylenilerek verilebilir.
15 Yemin meselesinde söylenen “Bir aydan daha az süre ‘âcil/hemen’ olarak kabul edilir.” ifadesi örf itibarıyla; *el-Kâfi*'deki “Bir veya iki günlük süre, hatta kabzın meclis dışına taşması durumu vadeli sayılır.” ifadesi ise -akitlerde dikkate alınan- lügavî anlam itibarıyla. Dolayısıyla âlimlerin bu ta'llilleriyle yemin meselesindeki ta'llilleri arasında bir problem yoktur. Öte yandan Şeyh'in “Benim aklıma daha evla olduğunu düşündüğüm şöyle bir ta'lil geliyor: Selem akdinde yaygın uygulama, akdin nakitle yapılmasıdır. Meclis şartı da borcun borç (deynin deyn) mukabilinde değişimi riskinden kaçınmak için konulmuştur. Az olan, yaygın olana itibar sebebiyle onun hükmünü almıştır.” sözü âlimlerimizin sermayenin akit meclisinde kabzının terk edilmesinin câiz olmayışını Hz. Peygamber'in deynin deyn mukabili satımını yasaklayan hadisiyle ta'lil etmelerinin -sermayenin nakit olması durumu hariç, çünkü bu deynin deyn mukabilinde satımı olur- sahih olmadığına işaret etmektedir. Sermayenin mecliste taayyün etmiş bir ayn olması ve müslem_ileyh [selem akdinde vakti geldiğinde malı teslim edecek olan kişi] bu ayn'ı kabzetmeden önce tarafların
30 birbirlerinden ayrılmaları hâlinde bu akit deynin deyn mukabilinde satımı olmaz. Bu mukaddimenin bu ta'llile eklenmesi gerekir ki “Selem konusundaki yaygın uygulama akdin nakitle yapılması şeklinde cereyan ettiği için ve sözü edilen yasak bunda gerçekleştiği için yasaktan kaçınmak üzere -selem akdinde- mecliste kabz şart koşulmuştur.” ifadesinin anlamı tamam olabilsin. İşte az olanın -ki bu sermayenin taayyün etmiş bir ayn olmasıdır- mecliste kabzın şart olması hususunda bu yaygın uygulamaya itibar edilerek, bu yaygın uygulamanın hükmünü alması çoğun hükmünün bütüne uygulanması kabilindedir.

ولو أُجيبَ بأن القولَ بأكثرَ من نصفِ يومٍ روايةٌ في الأجل فلا يكون اليومُ عاجلاً على هذه الرواية فلا أقلُّ من الشبهة فلا بد من الاحتراز عنها يُردُّ بأنه يلزم صحته إلى نصف يوم فإنه عاجل وفقاً قطعاً. ويخطر ببالي أن الأولى أن يعلَّلَ بأن الأغلبَ أن العقد يجري بالنقد فشرط المجلس تحزُّراً عن دينٍ بدينٍ فأخذ القليل حكمه عبرةً للأغلب. ٥

[فاضل أمير] نقول: يحصل الجواب عما أورده على تعليل الكافي مما يأتي من قوله لأنه يعدّ عاجلاً عرفاً بأن يقال أن مبنى الأيمان على العرف فما قيل في مسألة اليمين من أن ما دون الشهر عاجل باعتبار العرف وما في الكافي من أن اليوم واليومين بل ما دون مجلس العقد آجل باعتبار المعنى اللغوي المعتبر في العقود فلا إشكال على تعليلهم هذا بمسألة اليمين ثم قوله «ويخطر لي بأن الأغلبَ أن العقد يجري بالنقد فشرط المجلس تحزُّراً عن دينٍ بدينٍ فأخذ القليل حكمه عبرةً للأغلب» إشارة إلى أن تعليلهم عدم جواز ترك قبض رأس المال في المجلس بأنه ﷺ نهى عن دينٍ بدينٍ لا يصح إلا فيما كان رأس المال نقدًا لأن دينًا بدينٍ يكون حينئذٍ وأما إذا كان رأس المال عينا متعينا في المجلس وافترقا من غير أن يقبض المسلم إليه ذاك العين في المجلس لا يكون ذلك العقد دينًا بدينٍ فلا بد من أن تضم هذه المقدمة إلى هذا التعليل حتى يتم معنى أن يقال أن الأغلبَ لما كان جريان العقد بالنقد وكان ذاك المخطور حاصلًا فيه شرط فيه القبض في المجلس تحزُّراً عنه فأخذ القليل وهو كون رأس المال عينا متعينا حكم ذلك الأغلب في اشتراط القبض في المجلس عبرة لما هو الأغلب غايته أن حكم الأكثر أجري على الكل. ١٠ ١٥ ٢٠

96. Tarafların Olmadığını Bildikleri Bir Alacağı Semen Kabul Ederek Satım Yapmaları

[**Teshîl**] Kişi “Şu yüz dirhem ve bana borcun olan yüz dirhem mukabilinde senden bir ton¹ buğday almak üzere selem yaptım.” diyerek kayıt koysa akit fâsit olmaz. Çünkü akitlerde para ister deyn ister ayn olsun taayyün etmez. Hatta bir kimse bir alacak mukabilinde bir ayn satsa, daha sonra taraflar alacağı olmadığına ittifak etseler, satım bâtil olmaz. Bu durumda takyîd, itlak gibi olur ve borç karşılığında takas gerçekleşir. Ve akit sahih olarak kurulmuş olur. Ancak şu durum böyle değildir: Taraflar [baştan] bir deyn/alacak olmadığını bildikleri hâlde deyn mukabilinde bir aynın satımını gerçekleştirirse akit bâtil olur. Çünkü bu takdirde yapılan işlem, semensiz satım akdi olmuş olur.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Nasıl ki bir deyn karşılığında bir ayn satılıp sonra deynin olmadığını tarafların kabul etmesi hâlinde akit bâtil olmuyorsa, burada da akdin bâtil olmaması gerekir. Zira yukarıda geçtiği üzere akitlerde para (nukûd) taayyün etmez. Akit mutlak olarak [şu ya da bu paraya değil] semene -yani satım bedeline- taalluk ettiği için onun deyne izafe edilmesi lağv olmuş olur. Bu yüzden -akit sırasında deynin mevcut olmadığı biliniyor olsa bile- akdin bâtil olmaması gerekir. Çünkü ‘semensiz satım’, ancak deynin, semen olma hususunda taayyün etmesi durumunda söz konusu olabilir. Burada ise yukarıda geçtiği gibi taayyün yoktur, dolayısıyla akit, semen mukabilinde yapılmış olacağı için sahih olur.

[**Fâzil Emîr**] Deriz ki: Şeyh bu iddiayı birkaç kez gündeme getirmiş ve muayyen bir şeyayı müşteride alacağı var zannıyla o alacağına karşılık satıp, sonra müşteride alacağının olmadığını ortaya çıkması ve daha sonra her ikisinin de alacağın olmadığını konusunda anlaşmaları durumu ile satıcı ve müşterinin baştan itibaren bir alacak olmadığını bildikleri hâlde alacak mukabilinde satım yapması durumunu aynı görmekte ısrar etmiştir. Fakat onun bu iddiası sahih değildir. Çünkü âlimlerimiz, deynin semeniyet için taayyün etmeyeceği, aksine akdin deynin misli mukabilinde in’ikâd edeceği konusunda ittifak etmişlerdir. Dolayısıyla akdin ‘deynin misli mukabilinde’ in’ikâdının tasavvur edilebilmesi için deynin hakikaten veya zannen varlığı gereklidir. Satıcı ve müşterinin borç olmadığını bilmeleri durumunda akdin in’ikâd etmesi tasavvur edilemez. Çünkü bu durumda akit, var olmayan bir şeyin misli mukabilinde yapılmış olmaktadır. Bu gibi sözler, adeta hâzilin sözü gibidir. Fâsit alım satım bölümünün sonlarında *el-Hâniyye*’den naklettiğimiz üzere böyle bir satım semenin olmaması şartıyla yapılan satım gibidir. Hatırda tutulsun!

1 Bir hacim ölçüsü olan kür sözcüğünü, tam ölçüsünü bilmenin özel bir önemi olmaması sebebiyle metin boyunca genelde ton olarak çevirdik.

٩٦. تباع عين بدين والعاقدان يعلمان أن لا دين

[التسهيل] وأما إذا قِيدَ بأن قال أسلمتُ إليك هذه المائة والمائة التي لي عليك في كُرْبٍ بُرِّ فكذلك أي لا يفسد إذ النقود لا تتعين في العقود دينًا كانت أو عينًا حتى لو باع عينًا بدين ثم تصادقا أن لا دين لم يبطل البيع فصار التقييد مثل الإطلاق ثم المقاضة بالدين فانعقد العقد صحيحًا بخلاف ما لو تباعا عينًا بدين وهما يعلمان أن لا دين حيث يبطل البيع لأنه بيع بلا ثمن.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن لا يبطل البيع هنا كما لم يبطل فيما باع عينًا بدين ثم تصادقا أن لا دين لما مر من أن النقود لا تتعين في العقود فيتعلق العقد بالثمن مطلقًا ويلغو الإضافة إلى الدين فينبغي أن لا يبطل البيع وإن كان عدم الدين معلومًا حال العقد إذ البيع بلا ثمن إنما يلزم لو تعين الدين للثمنية ولا تعين لما مر فيصح البيع لأنه بثمن.

[فاضل أمير] نقول: قد سبق هذا الادعاء من الشيخ في غير موضع وأصر على أن يكون بيع عين بدين على المشتري على ظن أن عليه دينًا ثم ظهر عدمه وتصادقا على العدم وبيعه بدين عليه مع علمهما بأنه لا دين عليه من باب واحد ولكن لا صحة لما ادعاه لأن علمائنا رضي الله عنهم قالوا بأن الدين لا يتعين للثمنية بل انعقد العقد بمثل الدين فلا بد من وجود الدين حقيقة أو ظنًا ليتصور الانعقاد بمثل الدين ففيما علما بأنه لا دين عليه لا يتصور الانعقاد بمثل المعدوم ويكون مثل هذا القول قريبًا من كلام الهازل وقد نقلنا في أواخر البيع الفاسد من الخانية كون هذا البيع كالبيع بنفي الثمن، فليتذكر.

97. Selem Akdinde Sermaye Miktarının Beyan Edilmemesi

[**Teshîl**] Bir kimse dirhem ve dinar gibi iki farklı türden para ile biri nakit (peşin) diğeri deyn (borç/vadeli) olarak selem akdi yapsa, mesela “Ayn olan bu on dirhemi ve senden alacaklı olduğum on dinarı, bir ton buğday almak üzere sana selem olarak verdim.” dese, akit hepsi hakkında bâtil olur. Akit, dinarların hissesi hakkında icmâen bâtil olur; çünkü akit meclisinde nakit olarak bulunmamaktadır. Dirhemlerin hissesi hakkında ise Ebû Hanîfe’ye göre bâtil olur. Çünkü cehalet vardır ve bu da anaparanın miktarının bildirilmesi meselesidir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Burada anaparanın miktarı bellidir. Belirsiz olan, müslüm fihte -yani üzerine selem yapılan malda- dirhem hissesinin ne olduğudur. Bunun beyan edilmesi de ittifakla şarttır. Buna göre akdin dirhem ile yapılan kısmının da [sadece Ebû Hanîfe’ye göre değil] ittifakla bâtil olması gerekir. Dolayısıyla [Ebû Hanîfe ile İmâmeyn arasındaki] bu ihtilâfı, anaparanın miktarının beyan edilmesinin vâcip olup olmadığı konusundaki ihtilâfa bağlamak eksik kalır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu, Şeyh’in âlimlerimizin cumhuruna muhalefet ederek tek kaldığı ve bir azınlığın peşine takıldığı bir meseledir. Hanefî ulema, her birinin müslüm fihteki hissesi beyan edilmeksizin iki nakitle yapılan selemin câiz olmamasını Ebû Hanîfe ile iki arkadaşı arasında anaparanın miktarına ilişkin cehalet konusundaki görüş ayrılığının fûrû’u yapmışlardır. *el-Kâfi*’de ve *et-Tebyîn*’de belirtildiğine göre¹ bir ton buğday hususunda borç olan on dirhem ve ayn/muayyen olan on dinar mukabilinde yapılan selem akdinin hükmü konusundaki ihtilaf, onların anaparanın miktarının beyanı konusundaki ihtilafına dayanmaktadır. Mevlâ Kuhistânî’nin *el-Muhtasar* şerhinde bu ihtilafın, sözü edilen konudaki ihtilafın uzantısı olduğuna delâlet eden ifadeler vardır. *el-Mültekâ*’nın *el-Ferâid* adlı şerhinde geçtiğine göre Köse Hüsâm [Çelebi] “*el-Vikâye* sahibinin ifadelerinden anlaşılan, borç on dirhem ve peşin on dinarla selem yapılması meselesinde beyan edilmemiş olan şeyin anaparanın miktarı değil, anaparanın müslüm fihteki hissesi olduğudur. Bu meselenin anaparanın beyanı meselesinin ayrıntılarından olması, bir tür kapalılıktan hali değildir.”² diyerek *el-Vikâye* müellifine itiraz etmiştir.

1 Neseî, *el-Kâfi*, II, vr. 279b-280a; Zeylaî, *Tebyînu’l-Hakâik*, IV, 116.

2 Sivasî, *el-Ferâid*, II, vr. 45a.

٩٧. عدم تسمية قدر رأس المال

[التسهيل] ولو أسلمَ عيناً وديناً نوعين كالدرهم والدنانير أي لو كان النقد والدين نوعين أي لو قال: أسلمتُ إليك هذه العشرة الدراهم العين والعشرة الدنانير التي عليك في كَرِّ بُرِّ بطل في الكل، أما في حصّة الدنانير فبالإجماع لعدم النقد في المجلس وأما في حصة الدراهم فعند أبي حنيفة للجهالة وهي مسألة إعلام قدر رأس المال.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قدر رأس المال هنا معلوم والمجهول هو حصّة الدراهم من المسلم فيه وبيانه شرطٌ وفاقاً فينبغي أن يبطل حصّة الدراهم وفاقاً أيضاً فبناءً الخلاف على الاختلاف في وجوب بيان قدر رأس المال لا يتم.

[فاضل أمير] نقول: هذا تفرد واتباع بشرذمة قليلة منه مخالفاً لما عليه الجمهور حيث جعلوا عدم جواز الإسلام بنقدين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه من فروع الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه -رحمهم الله- في جهالة قدر رأس المال وقد صرح في الكافي والتبيين بأن الخلاف في إسلام العشرة الدين من الدراهم والعشرة العين من الدنانير في كَرِّ بُرِّ مبني على اختلافهم في إعلام قدر رأس المال وفي شرح المختصر للمولى القهستاني ما يدل على أن هذا من فروع ذلك الاختلاف وقال في شرح الملتقى المسمى بالفرائد أن الحسام الكوسج قد اعترض على صاحب الوقاية بأن الظاهر من عبارته أن غير المبين في مسألة إسلام العشرة الدين من الدراهم والعشرة العين من الدنانير هو حصة رأس المال من المسلم فيه لا قدر رأس المال فكونها من تفاريع بيان رأس المال لا يخلو عن نوع خفاء

el-Mültekâ şârihi de Hüsâm'ın bu değerlendirmesini güzel bulmuştur. Eleştirel gözle bakan biri bu itirazın, ifadelerin zahirlerine eksik bakıştan ve basiret erbabına mahsus şeylerin idrakinden âciz kalmaktan kaynaklandığını anlar. Çünkü bir ton buğday üzerine eğer borç on dirhem ve peşin/ayn on dinar mukabilinde selem yapılıyorsa bu bir ton buğdayın biri dirhemler diğeri dinarlar için olmak üzere iki hisse olarak düşünülmesi gerektiğinde şüphe yoktur. Dirhemlerin müslem fihteki hissesinin beyan edilmemesi durumunda Hüsâm Çelebi'nin dediği gibi, anaparanın bir ton buğdaydaki hissesi beyan edilmemiş olur. Şeyh'in, şârih Hüsâm'ın ve bunlara tabi olanların bu mülâzemet ilişkisini gözden kaçırmaları şaşılacak bir şeydir. Şeyh'in "Burada anaparanın miktarı bellidir." sözüne ilişkin olarak da şunları söyleyebiliriz: Evet, selem yapılan buğday miktarının tamamına karşılık gelen anapara malumdur. Fakat -dirhem ve dinardan- her birinin bu buğdayın ne kadarına tekabül ettiği meçhuldür. Böyle olunca da mesele anaparanın miktarının beyan edilmediği mesele kapsamına girmiş olmaktadır. Bu açıklamalardan, cumhurun kabul ettiği görüşün sahih olduğu ve *el-Mültekâ* şârihinin güzel bulduğu şeyin pek de güzel olmadığı ortaya çıkmış olmaktadır.

98. Fesâdın Akdın Aslında Olup Olmaması

[**Teshîl**] Bir kimse bir ton buğdayı anapara olarak vererek bir ton arpa ve belli bir miktar zeytinyağı üzerine selem yapsa, akit arpa hakkında ittifakla bâtil olur. Çünkü buğday ve arpa, keylîlik yani hacim ölçüsü ile işlem görme hususunda ortaktır. Akit, Ebû Hanîfe'ye göre, zeytinyağındaki hissesi hususunda da bâtildir. Zira buğday cinsinden olan anaparanın, zeytinyağına tekabül eden hissesi bilinmemektedir. Çünkü anaparanın miktarının bilinmesi Ebû Hanîfe'ye göre şarttır ve anaparanın iki farklı mala karşılık olarak verilmiş olması durumunda taksim kıymet yoluyla olur. Bu da tahmin ve zanla bilinir. Bu durumda da [anapara], bilinmemiş olur. Bu iki farklı şeyden her birinin anaparaadaki hissesi beyan edilirse söz konusu bilinmezlik ortadan kalkacağı için akit sahih olur. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise miktarın [oran olarak] bilinmesi şart değildir.

واستحسنه منه شارح الملتقى ولا يخفى على الناقد البصير أن مبنى اعتراضه هذا هو قصور النظر في الظواهر والعجز عن إدراك ما هو المختص بدركه أرباب البصائر لأن من البين أن كراً من البر إذا كان مقابلاً بعشرة دين من الدراهم وعشرة عين من الدنانير فلا شك أن الكر يلزم أن يكون حصتين ٥
 حصة للدراهم وأخرى للدنانير فإذا لم يبين حصة الدراهم من المسلم فيه كما قال به المعترض لم يبين قدر رأس مال يصيب بحصة من الكر ويتعجب من الشيخ والشارح الحسام ومتبعيه كيف خفى عليهم مثل هذه الملازمة وما قاله الشيخ من أن قدر رأس المال هنا معلوم فنقول فيه نعم أن قدر رأس مال قوبل بمجموع الكر معلوم ولكن ما يقابل بحصة من الكر مجهول فتكون ١٠
 المسألة مما لم يبين قدر رأس المال فيه فظهر صحة ما أطبق عليه الجمهور وأن استحسان شارح الملتقى ليس بمستحسن.

٩٨. كون الفساد في صلب العقد أو لا

[التسهيل] ولو أسلم كُرَّ بُرِّ في كُرِّ شعيرٍ وكذا مَنَّا من الزيت بطلَ في حق الشعيرِ وفقاً إذ الكيلُ يجمعُهما وبطل في حصة الزيت عند أبي حنيفة ١٥
 أيضاً لجهالة قدر رأس مال الزيت من البُرِّ إذ معرفة قدر رأس المال شرطٌ عنده فإذا قوبل بشيئين مختلفين كان الانقسام بطريق القيمة وذا يُعرف بالحرز والظن فكان مجهولاً حتى لو يُبين حصة كل واحدٍ منهما يصحُّ لارتفاع الجهالة وعندهما معرفة القدر ليست بشرطٍ.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Ebû Hanîfe'nin bu konudaki görüşü şu açıdan problemlidir: Buradaki fesâd ya akdin aslında ya da değildir. Fesâd akdin aslında ise her birinin anaparadaki hissesi beyan edilse bile, hür ve kölenin beraber satımında olduğu gibi, fesâdın akdin tümüne yayılması gerekir. Burada ise yukarıda geçtiği üzere hisselerin beyan edilmesi hâlinde akdin sahih olacağı söylendiği için, fesâd akdin tamamına yayılmamaktadır. Fesâdın akdin aslında olmaması durumunda ise hisseler açıklanmasa da -tıpkı köle ile müdebberin birlikte satılması durumunda olduğu gibi- akdin sahih olması gerekir. *Mecma'û'l-Bahreyn* şârihinin belirttiğine göre bazı Hanefiler bu meseleyi imamlar arasında ihtilafı olan bir prensip üzerine bina etmişlerdir. İhtilafı prensip şudur: Fesâd akdin aslında olduğunda -tıpkı hür ve kölenin birlikte satılması durumunda olduğu gibi- akdin tamamına sirayet eder. Bence bu yaklaşım tartışmaya açıktır. Çünkü eğer mesele bu asıl üzerine bina edilmiş olsaydı, fesâdın bütün akde sirayet etmesi bizim örneğimizde ittifakla kabul edilirdi. Zira bu örnekte hisselerin beyan edilmediği var sayılmaktadır. Kıyas edilen örnekte ise hisseyi beyan etmeyince fesâd, icmâen akdin tümüne sirayet eder. Bunun da onun gibi olması gerekir. Ayrıca mesele söz konusu asıl üzerine bina edilmiş olsaydı Ebû Hanîfe'ye göre de fesâd, kıyas edilen örnekte olduğu gibi hisselerin beyan edilmesi hâlinde de akdin tümüne yayılırdı.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Biz fesâdın akdin aslında olup olmadığı sorusunda fesâdın akdin aslında olmadığı şikkını tercih ediyoruz. Ancak bu durumda beyan edilmese bile kölenin ve müdebberin satımında olduğu gibi, burada sahih olması gerekmez. Çünkü [1] Selem akdi, fukahanın dediği gibi, cevazını nefyeden kıyasa rağmen meşru bir akittir. Dolayısıyla bu akitte zan ve tahmine dayalı kıymet belirleme yoluyla olan bölünmeden kaynaklanan cehaletten kaçınılmaktadır. Oysa kendisine kıyas yapılan meselede [yani köle ve müdebberin birlikte satılması meselesinde] ise durum böyle değildir. [2] Ayrıca selem akdi ilkeye aykırı olarak câiz görülmüştür. İlkeye aykırı olarak sabit olan şeyin sınırlı tutulması da, Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinde dediği gibi,¹ bir ilkedir.

1 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr. 143a.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قول أبي حنيفة يشكّل بأن الفساد هنا لا يخلو من أن يكون في صلب العقد أو لا، فعلى الأول يلزم أن يشيع الفساد ولو بُيِّنَ حصّة كلٍّ منهما كما باع حُرّاً وقنا معاً وليس كذلك لأنه يصحُّ إذا بُيِّنَ كما مرّ، وعلى الثاني يلزم الصحة ولو لم يُبيِّن كما في بيع عبدٍ ومُدبّرٍ. وقال شارح المجمع: منهم من بنى الخلاف على أصلٍ مختلفٍ وهو أن الفساد ٥ الذي في صلب العقد يسري كحُرٍّ وقينٍ يباع معاً الخ. أقول: فيه نظرٌ لأنه لو كان بناءً عليه لكان شيوخُ الفسادِ وفاقياً هنا إذ التقديرُ أنه لم يبين الحصّة وإذا لم يبينها في المقيس عليه يشيع بالإجماع فيلزم أن يكونَ هذا مثله وأيضاً لو كان مبيئاً عليه لشاع الفسادُ عند أبي حنيفة ولو يُبين كما هو كذلك في المقيس عليه. ١٠

[فاضل أمير] نقول: نختار الشق الثاني من التريديد يعني كون الفساد لا في صلب العقد ولا يلزم هنا ما كان في بيع عبدٍ ومدبرٍ من الصحة ولو لم يبين لأن هذا العقد يعني عقد السلم على ما قالوا عقد مشروع مع المنافي فيحترز فيه عن الجهالة التي تلزم بالانقسام بطريق التقويم الذي يكون بالظن ١٥ والتخمين ولا كذلك الأمر فيما قيس عليه ولأن عقد السلم جوّز على خلاف الأصل وتقليل ما هو خلاف الأصل هو الأصل كما قال في شرح المجمع للمولى الأياثلوغوي.

99. Trampada İvazlardan Birinin Helâki Durumunda İcâzet ile İkâlenin Farkı

[**Teshîl**] Anaparası bir câriye olan selem akdinde anapara/câriye, müslem ileyh tarafından kabz edildikten sonra taraflar selem akdini ikâle etseler ve câriye ikâleden sonra ölse veya ikâleden önce ölmüş olsa ikâle sahihtir. Çünkü ikâlenin sıhhati, akdin mevcudiyetine bağlıdır. İkâle akdin feshi demektir ve akit mevcut değilse feshi de söz konusu olamaz. Akdin mevcudiyeti de akit konusunun yani seleme konu olan malın mevcudiyetine bağlıdır [semen hükmündeki câriyenin mevcudiyetine değil]. Selem konusu mal her ne kadar *deyn* ise de *ayn* hükmündedir. Çünkü o mebî'dir ve ikâlenin câriye öldükten sonra ona bağlanması -ibtidâen- sahihtir. Bu sebeple câriye öldükten sonra selem konusu mal üzerinde ikâle bâki kalır. Çünkü bekâ ibtidâdan [yani sürdürmek, başlamaktan] daha kolaydır. Akit selem konusu mal hakkında infisah ederse, buna bağlı olarak [semen konumunda olan] câriye hakkında da infisah eder. Câriyenin ikâle sonrasında ölmesi durumunda ikâle câriyenin aynen iadesini gerektirir. Ancak ölüm sebebiyle iadesi imkânsız hâle gelmiş olduğu için câriyenin -kabz günündeki- kıymetinin verilmesi gerekir. Trampa da selem gibi olup ikâlesi sahihtir. Bedellerden birinin helâki durumunda ikâle imkânı devam eder. Çünkü trampada bedellerin ikisi de mebî'dir ve akit ikisinden birinin varlığı ile varlığını sürdürür. Bu yüzden bedellerden birinin helaki durumunda ikâle sahihtir ve bakidir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: "Fuzûlînin satımındaki icâzetin geçerli olabilmesi için ikâlede olduğu gibi, akdin [icâzete kadar] var olmaya devam etmesi gerekir. İki arasındaki fark nedir ki trampada bedellerden birinin helâkenden sonra da ikâle sahihliğini korumaktadır? Hâlbuki [fuzûlînin satımında bedellerden birinin helâkenden] sonra icâzet sahih olmamaktadır." şeklinde yapılan itiraza şöyle cevap verilebilir: "İcâzet, bir şeyin varlığını ortaya koyucu özellik taşır ve akitte tayin edilen her şeyin varlığını gerektirir. Zira bütün parçaları var olmadıkça bir şey sabit/var olmaz. İkâle ise böyle değildir. Çünkü ikâle fesihtir. İnfisah, ortadan kalkmadır ve tamamı olmaksızın da gerçekleşir." Fakat bu cevap tartışmaya açıktır. Zira trampada iki karşılıktan birinin helâkenden sonra akit devam etmekte midir, etmemekte midir? Devam etmektedir dersen akdin varlığından dolayı ikâle gibi [fuzûlînin akdine] icâzetin de câiz ve mümkün olduğuna hükmetmek gerekir. Devam etmemektedir dersen, akdin yokluğundan dolayı [fuzûlînin akdine] icâzet gibi ikâlenin de câiz olmadığına hükmetmek gerekir. O hâlde [yukarıda] zikredilen cevap bir anlam ifade etmez.

٩٩. الفرق بين الإجازة والإقالة عند هلاك أحد عوضي المقايضة

[التسهيل] ولو أسلم أمةً وقُبِضت فتقايل السلم وماتت بعد التقايل أو قبله صحَّ لأن صحَّة الإقالة تعتمد قيام العقد لأنها فسخَّ العقد وفسخُّه لا يكون بدون قيامه وقيام العقد بقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه لأنه وإن كان ديناً فهو في حكم العين لأنه مبيعٌ فصحت إضافة الإقالة إليه بعد موت الأمة ابتداءً ٥ وبقي التقايل عليه بعد موت الأمة إذ البقاء أسهل من الابتداء وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه يفسخ في الأمة تبعاً وإن ماتت فيجب عليه ردُّها وهو عاجزٌ عن ردِّها بموتها فيجب عليه قيمتها يوم قبضها والتقايض كالسلم حتى تصحَّ الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأنَّ كلاً منهما مبيعٌ فيكون العقد قائماً ١٠ بقيام أحدهما فتصحُّ وتبقى.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الإجازة في بيع الفضولي لا بد لصحتها من قيام العقد وبقاؤه كالإقالة فما الفرق بينهما حتى صحَّت الإقالة في المقايضة بعد هلاك أحد العوضين ولم تصحَّ الإجازة فيها بعده كما مرَّ؟ ويمكن الجواب: بأن الإجازة إثباتٌ فيستدعي وجود كلِّ متعين في العقد إذ لا يثبت الشيء إلا بجميع أجزائه بخلاف الإقالة فإنها فسخَّ والإنفساخ انتفاءً فيتحقَّق بدون الكلِّ. ١٥ وفيه نظرٌ إذ العقد بعد هلاك أحد بدلي المقايضة باقٍ أو لا؟ فإن قلت باقٍ لزم جواز الإجازة كالإقالة لقيام العقد، وإن قلت غير باقٍ لزم أن لا تجوز الإقالة كالإجازة لعدم قيام العقد فلا يُفيد الجواب المذكور.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Biz birinci şıkkı tercih ediyor ve icâzetin câizliğinin lazım geleceğini kabul etmiyoruz. Çünkü icâzet hususunda akit konusu olan şeyin -mebî olması hasebiyle- olduğu hâl üzere kalması gerekir. Arz/eşya olan semenin bekâsı da aynı şekilde gereklidir. Çünkü daha önce geçtiği gibi, bu durumda semenin maliki olan kişinin icâzet vermesiyle fuzûlî, eşya olan semeni malikinden ödünç almış olur. Semeninin helak olması durumunda ise ödünç isteme tasavvur edilemez. İcâzet meselesinde bedellerden her birinin bekâsı gerektiğine göre icâzet ile ikâle arasındaki fark açığa çıkmış oldu. Fuzûlî'nin verdiği eşyanın -akdin rüknü olan- mebî sayılması uygun değildir. Çünkü fakihler bu akitte fuzûlîyi müşteri ve ödediği eşyayı da semen saymışlardır. Dolayısıyla bu akitte eşyanın mebî sayılması mümkün değildir.

100. Tarafların Selem Akdinin İfa Yeri Konusunda İhtilaf Etmesi

[Teshîl] Selem akdinin tarafları, ifa yerinin beyanı konusunda ihtilâf ederlerse Ebû Hanîfe'ye göre matlubun yani selem borçlusunun sözü geçerlidir. Tâlibin yani selem alacaklısının sözünün kabul edilebilmesi için beyine getirmesi gerekir. Çünkü ifa yerinin beyan edilmesi, şart muhayyerliği gibi bir şarttır ve şart muhayyerliğinde olduğu gibi bunda da inkâr edenin sözü esastır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Ebû Hanîfe'nin bu görüşü, onun ileride açıklanacak olan "Sahihliği iddia edenin sözü dikkate alınır." prensibi ile çelişki arz etmektedir. Bu prensibe göre -ifa yeriyle ilgili ihtilâfta- tâlibin sözünün esas olması gerekir. Çünkü o, ifa yerinin belirlenmiş olduğunu iddia etmektedir ve Ebû Hanîfe'ye göre ifa yerinin belirlenmesi selem akdinin sıhhat şartlarındandır. Selem borçlusu ise ifa yerinin belirlendiğini kabul etmemekle, [bu şartın yerine gelmeyip] akdin fâsit olduğunu iddia etmiş olmaktadır. O hâlde akdin sıhhatini iddia edenin sözünün esas olması gerekir. Burada olsa olsa şöyle bir yorum getirilebilir: Akdin tarafları aslında malın ifa yeri olarak bir yerin belirlendiği üzerinde fikir birliği içerisinde. Fakat birisi "Bu yeri belirlemiştik." derken diğeri başka bir yer için "Bu yeri belirlemiştik." demektedir. Eğer böyle olursa bir çelişki yok demektir. Zira bu durumda Ebû Hanîfe'nin görüşü ileride gelecek olan [sahihliği iddia edenin sözünün esas olduğu şeklindeki] prensibi ile çelişmiş olmaz. Fakat fukahânın sözlerinin zahirinden anlaşıldığına göre tarafların ihtilâfı, şartın kendisi hususundadır. Bunu düşünmek gerekir.

[فاضل أمير] نقول: نختار الأول ولا نسلم لزوم جواز الإجازة لأن بقاء المعقود عليه كما كان لازماً في الإجازة لأنه مبيع فكذلك بقاء الثمن العرض لأن بإجازة مالك الثمن يصير الفضولي مستقرض الثمن العرض من مالكة كما مر فبعد هلاك الثمن لا يتصور الاستقراض فلما لزم بقاء كل من البديلين في الإجازة ٥ ظهر الفرق بينه وبين الإقالة. ولا يلائم أن يعتبر ما دفعه الفضولي من العرض مبيعاً يقوم العقد بقيامه فقط لأنهم قد جعلوا الفضولي في هذا العقد شاريًا وما دفعه من العرض ثمنًا فلا يمكن أن يجعل العرض مبيعاً في هذا العقد.

١٠٠. اختلاف العاقدين في محل الإيفاء في السلم

[التسهيل] ولو اختلفا في بيان محل الإيفاء فالقول للمطلوب والبينة للطالب ١٠ عند أبي حنيفة وهو رب السلم لأنه شرط كشرط الخيار فكان القول للمُنكر كما في شرط الخيار.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يُشكل قول أبي حنيفة بما سيجيء من أصله وهو: أن القول لمدعي الصحة فعلى هذا ينبغي أن يكون القول هنا للطالب لأنه يدعي شرط محل الإيفاء وهو شرط صحة العقد عنده والمسلم إليه يدعي فساد العقد ١٥ بترك الشرط فيكون القول لمدعي الصحة. اللهم إلا أن يُحمّل على انهما اتفقا في أصل تعيين المكان لكن أحدهما يقول: شرطنا هذا المكان، ويقول الآخر: لا بل شرطنا مكانًا آخر هو ذا فعلى هذا لا إشكال لأنه لا يُنافى ما سيجيء من أصله ولكن الظاهر من كلامهم هو الاختلاف في أصل الشرط فليتأمل.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Biz fakihlerin sözlerinden Şeyh'in söylediği şeyin anlaşıldığını kabul etmiyoruz. Aksine fakihlerin bu meseledeki ibareleri her iki anlama da muhtemeldir. Şeyh'in dediğini doğru kabul etsek bile şöyle denilmesi mümkündür: Ebû Hanîfe'nin "Sahihliği iddia edenin sözü dikkate alınır." ilkesi akde dâhil olan şeylere mahsustur ve bunlar şer'ân akdin gereklerekindendir. [Selem akdinde] kalite ve süre gibi hususlar böyledir. Çünkü vasıf (kalite), mevzuftan (mal) ayrı olmaz ve yine fakihlerin selem akdini "peşinin vadedeli mukabilinde satımı" olarak tanımlamaları itibarıyla süre de selem akdinin mefhûmuna dâhildir. Buna mukabil ifa mekânının beyanı ise Ebû Hanîfe'ye göre selem akdinin mefhûmuna dâhil olmadığı gibi onun muktezasından da değildir. Ebû Hanîfe'nin ifa yerinin beyanını muhayyerlik şartına benzetmesi de bunu açıklamaktadır. Dolayısıyla iddia konusunun akde dâhil ve akdin muktezası olduğu durumlarda sıhhat iddia edenin sözüne itibar edilmesinden hareketle, böyle olmayıp aksine akdin haricinde olup ancak şart koşmakla sabit olan durumlarda da onun sözüne itibar edilmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz.

101. Kurdun Satımının Câizliği

[Teshîl] Kaplan, yırtıcı hayvan ve kuşların satımı, hem mal hem de mütekevîm oldukları için sahihtir. Kurdun satımı ise sahih değildir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Neceş bahsinden önceki kısımda geçen "Domuz dışında [yenilmesi] haram kılınmış bütün hayvanların satımı câizdir." ifadesi buna aykırıdır. Burada domuz kelimesi yerine sehven veya hataen kurt kelimesi yazılmış olabilir. Çünkü muteber kitapların genelinden anlaşılan husus, kurdun satımı[nın câizliği] konusunda bir görüş ayrılığının bulunmadığıdır. Nitekim [bazı metinlerde] köpek ve maymun konusunda da benzer bir hata gerçekleşmiştir. Ayrıca "Domuz dışında [yenilmesi] haram kılınmış bütün hayvanların satımı câizdir." sözü, Mevlâ Kuhistânî'nin *el-Muhît*'ten naklettiği "Satımı câiz olan hayvanların özellikle belirtilmesi akrep, yılan, zehirli kertenkele gibi kara hayvanlarıyla balık haricindeki -kurbağa ve yengeç gibi- deniz hayvanlarının satımının câiz olmadığını düşündürmektedir. Çünkü bir şeyin alım satımının câizliği o şeyden yararlanmanın helalliyi-haramlığı ekseninde döner."¹ sözüne uygun değildir. Konunun tamamı *el-Muhît*'te yer almaktadır.²

1 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, III, 413.

2 Muhît, VI, 347

[فاضل أمير] نقول: لا نسلم الظهور بل العبارات الواقعة في هذه المسألة
تحتمل كلاً من المعنيين ولو سلّم فيمكن أن يقال أن ما ثبت من أصل أبي
حنيفة رحه الله وهو أن القول لمدعي الصحة مختص بما كان داخلاً في العقد
وهو من مقتضياته شرعاً كالرداءة والأجل فإن الوصف لا ينفك عن الموصوف،
والأجل داخل في مفهوم عقد السلم حيث عرّفوه ببيع عاجل بأجل وبيان محل
الإيفاء ليس بداخل في مفهوم السلم ولا من مقتضياته شرعاً عند أبي حنيفة
رحمه الله على ما يفصح عنه تشبيهه بشرط الخيار فلا يلزم من أن يكون القول
لمدعي الصحة فيما كان مدعاه داخل العقد مقتضى له أن يكون القول له فيما
لم يكن كذلك بل كان خارجاً يثبت بالاشتراط.

١٠١. جواز بيع الذئب

[التسهيل] وصحّ بيع الفهد والسباع والطيور للمالية والتقوم لا يبيع الذئب.
[فاضل أمير] نقول: يخالفه ما سبق في فصل قبل فصل كره النجش من
قوله وكذا يبيع جميع الحيوانات المحرمة سوى الخنزير ولعل وقع لفظ الذئب
هنا سهواً أو غلطاً عن لفظ الخنزير لأن المفهوم من عامة المعتربات أن لا
يكون خلاف في الذئب كما وقع في الكلب والقرود ثم ما قاله الشيخ وكذا
بيع جميع الحيوانات المحرمة لا يلائم بما نقله المولى القهستاني عن المحيط
من أن في التخصيص إشعاراً بعدم جواز بيع هوام الأرض كالحية والعقرب
والوزغ ودواب البحر غير السمك كالضفدع والسرطان لأن جواز البيع يدور مع
حل الانتفاع وحرام الانتفاع بها، الكل في المحيط.

102. Satıcısının ve Müşterinin Elindeyken İki Ayrı Cinayet İşlemiş Olan Kölenin Davasında Satıcının Gaip, Müşterinin Hâzır Olması

[**Teshîl**] Bir köle önce satıcının elindeyken, sonra da müşterinin elindeyken iki ayrı cinayet işliyor. Bu olayda satıcı gaip iken, müşteri ve her iki cinayetin [mağdurlarının] velileri mahkemede hazır bulunuyor. Köle müşterinin mülkiyetinde olduğu için ve velilerin talep hakları bulunduğu için hâkim köleyi velilere vermek ya da iki diyet ödemek hususunda müşteriyi icbar eder. Müşteri [hâkimin sunduğu] bu iki şıktan hangisini yaparsa yapsın, ne diyeti ne de [kölenin satıcının yanındayken işlediği] ilk cinayetten kaynaklanan eksikliği almak üzere satıcıya rücû edebilir. Diyet ödeme seçeneğinde rücû edemez; çünkü bu durumda kölenin kendi mülkü olduğu ortaya çıkmıştır. Köleyi velilere verme seçeneğinde de rücû edemez; çünkü köleyi kendi isteğiyle mülkiyetinden çıkarmış olduğu için bu durumda adeta onu satmış gibi olmaktadır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu görüş tartışmaya açıktır. Çünkü kölenin her iki cinayetteki maktûllerin velilerine verilmeden önce satıcıya iade edilmesi imkânsızdır. Şöyleki; müşteri köleyi satıcıya iade edecek olursa diyet ödemesi gerekeceğinden zarara uğrar. Nitekim “Satıcısı razı olursa...” şeklindeki ifadeyle başlayan yerde bu nokta belirtilmişti. Müşterinin köleyi elinde tutması def yüzünden -yani işlediği cinayet yüzünden velilere iade gerekçesiyle- değildir. Aksine def durumundan önce de köle onun elindeydi. Dolayısıyla def durumunun, [önceki cinayetten kaynaklanan] noksanlığı talep etmek üzere müşterinin satıcıya rücû etmesine engel olmaması gerekir. Nitekim bir kimse satın aldığı kumaştan bir elbise diktikten sonra kumaşa önceden mevcut olan bir kusurun bulunduğunu fark etse, daha sonra diktığı elbiseyi satsa, bu satım onun rücû hakkını nasıl engellemiyorsa, burada da öyle olması gerekir. Kısacası “Satıcı razı olursa...” diye başlayan ifade ile buradaki “Köleyi velilere verdikten sonra satıcıya rücû edemez...” ifadesi arasında çelişki vardır. Buna verilecek en kolay cevap şudur: Kölenin velilere verilmeden önce satıcıya iadesi tarafların karşılıklı rızalarıyla mümkün iken, velilere verilmesi sebebiyle iade imkânı ortadan kalkmıştır. Bu cevaba da şöyle bir itiraz getirilebilir: Kitaplardaki ifadelere göre satıcıya rücûun imkânsız olmasının sebebi, bunun satıcının hakkının iptaline yol açmasıdır. Burada ise satıcının hakkı zaten kölenin velilere verilmesinden önce bâtil olduğundan kölenin velilere verilmesi sebebiyle bir iptal söz konusu olmaz. Öte yandan *Telhîsü'l-Câmi'* şerhlerinin birinde şöyle denilmektedir:

١٠٢. دعوى عبد يجني جناية عند بائعه وجناية عند مشتريه

[التسهيل] ولو غاب بائعه فيما جنى عند بائعه ثم عند مشتريه وحضر المشتري ووليّا الجنائيتين يُجبر القاضي المشتري على الدفع إليهما أو الفداء بديتين إذ العبدُ على ملكه ولأصحاب الجناية حقُّ المطالبة وأيّ ذلك فعل لا يرجع على البائع بشيءٍ لا بالفداء ولا بنقصان الجناية الأولى، أما إذا فدى ٥ فلأنه ظهر ملك نفسه وأما إذا دفع فلأنه أزال القن عن ملكه باختياره فصار كأنه باع.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فيه نظرٌ لامتناع الردِّ قبل الدفع لأنه لو ردَّ لتضرَّرَ بلزوم الفداء كما مرَّ في قوله «ولو رضي به بائعه الخ» فلم يحسه بالدفع بل كان محبوباً قبل الدفع فينبغي أن لا يمنع الدفع الرجوع بالنقصان كما لو خاط ثوباً فوجد به عيباً فباع فإن البيع لا يمنع الرجوع فكذا هذا. والحاصل: أن بين قوله ولو رضي به بائعه الخ وبين قوله فدفعت لا يرجع الخ تدافُعاً. وغاية ما تيسَّرَ من الجواب: أن الردَّ قبل الدفع لا يمتنع بتراضيهما فحصل هذا الامتناع بدفعه. ويُمكن أن يرد هذا الجواب: ١٠ بأن امتناع الرجوع على ما ذكروا يكون بسبب إبطال حقِّ البائع وههنا بطل حقه قبل الدفع فلا إبطال به مع أنه ذكر في بعض شروح تلخيص الجامع: ١٥

“Satıcı cinayetten doğan kusur sebebiyle geri almayı kabul ederse müşteri, köleyi satıcıya iade etmeye zorlanamaz. Çünkü köleyi satıcıya iade etmesi durumunda diyet ödeme seçeneğini seçmiş olur. Dolayısıyla satıcıya iadenin imkânsızlığı şer‘in hakkından dolayıdır. Bu sebeple müşteri noksanlık için satıcıya rüçü edilebilir.” Bu ifadeler gösteriyor ki taraflar karşılıklı olarak anlaşsalar dahi kölenin satıcıya iade edilmesinin imkânsızlığı şer‘in hakkından dolayıdır. Kısacası fakihlerin bu mesele hakkındaki ifadelerinde tutarsızlık vardır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh’in “Kısacası ‘Satıcı razı olursa...’ diye başlayan ifade ile buradaki ‘Köleyi velilere verdikten sonra satıcıya rüçü edemez...’ ifadesi arasında çelişki vardır.” sözünün anlamı şudur: “Satıcı razı olursa...müşteri iadeye icbar edilemez.” ifadesinin muktezası, müşterinin köleyi velilere vermeden önce kölenin onun elinde mahbus olmasıdır. Bu durumda müşteri noksanlık sebebiyle satıcıya rüçü edebilir. “Köleyi velilere verdikten sonra rüçü edemez...” şeklindeki ifadesinin anlamı ise artık müşterinin noksanlık sebebiyle satıcıya rüçü edemeyeceğidir. Şeyh’in gündeme getirdiği itiraza verdiği cevaba yine kendinin yapmış olduğu itirazda dile getirdiği “Burada ise satıcının hakkı zaten kölenin velilere verilmesinden önce bâtil olmuş olduğundan kölenin velilere verilmesi sebebiyle bir iptal söz konusu olmaz.” şeklindeki görüşe ilişkin olarak şöyle denilebilir: Kölenin velilere verilmesinden önce müşterinin hakkının bâtil olmasının anlamı, satıcının köleyi zorla geri alma hakkının kalmamasıdır. Yani şayet satıcı köleyi geri almak isterse bu durumda müşteri köleyi iade etmeye zorlanmaz. Çünkü bu zorlama müşterinin zarara uğramasına sebep olur. Tarafların karşılıklı anlaşmaları durumunda satıcının köleyi geri alma hakkı ise bakidir. Nitekim metindeki “ancak rızasıyla iade ederse” ifadesi bunu göstermektedir. Dolayısıyla müşteri köleyi velilere vermekle bu hakkı iptal etmiş olmaktadır. Bu suretle Şeyh’in “...kölenin velilere verilmesi sebebiyle bir iptal söz konusu olmaz.” sözü boşa çıkmış olmaktadır.

Ayrıca Şeyh’in, “*Telhisü'l-Câmi*’ şârihinin sözü taraflar anlaşsalar bile iadenin imkânsız olduğunu gösterir.” ifadesi kabul edilemez. Çünkü *Telhisü'l-Câmi*’ şârihinin sözünün siyakından ilk anlaşılan şey, iadenin imkânsızlığıyla kastedilenin, cebri iadenin imkânsızlığı olduğudur; yoksa ki karşılıklı rıza ile iadenin imkânsızlığı değildir. Nitekim iadenin imkânsızlığının cebrin yokluğu üzerine bina edilmesi bunu göstermektedir. Metinlerin bu şekilde uzlaştırılması sayesinde Şeyh’in burada ve bundan önceki konuda çözmekte zorlandığı problem ortadan kalkmış, âlimlerimizin -Allah onları cennetine yerleştirsin- sözlerindeki isabetlilik, Allah’ın yardımıyla ortaya çıkmış ve fettâh vehhâb sıfatını haiz olan Allah’ın tevfiği ile âlimlerimizin ifadelerinde herhangi bir tutarsızlık kalmamış oldu.

أن البائع إذا رضي بأخذه بعيب الجنابة لا يُجبر المشتري على الرد كيلا يصير مختاراً للفداء فامتنع الردُّ لحقِّ الشرع فيرجعُ بالنقصان. تم كلامُ الشارح فدلَّ على أن الردَّ يمتنع وإن تراضيا لحقِّ الشرع والحاصل أن في كلامهم في هذه المسألة اضطراباً.

٥ [فاضل أمير] نقول: معنى قوله والحاصل أن بين قوله ولو رضي به بايعه وبين قوله فدفع لا يرجع إلخ تدافعا لأن مقتضى قوله ولو رضي به بائعه لا يجبر أن يكون محبوباً قبل الدفع إلى ولي الجنابة وحكمه الرجوع بالنقصان ومفهوم قوله فدفع لا يرجع عدم الرجوع به ثم ما ذكره رداً على الجواب عن إيراد التدافع بقوله وهنا بطل حقه قبل الدفع فلا إبطال به فيمكن أن يقال فيه إن معنى بطلان حقه قبل الدفع أنه لم يبق له حق الاسترداد الجبري يعني أن البائع لو أراد أخذه لا يجبر المشتري على الدفع لئلا يلزم الجبر على تحمل الضرر وأما حق استرداده بالمرضاة فهو باق كما يدل عليه ما سبق من قوله إلا أنه لو رد برضاه إلخ فيكون بالدفع مبطلاً لهذا الحق فاندفع به قوله فلا إبطال به.

١٥ وأما ما قاله من أن قول شارح تلخيص الجامع دل على أن الرد يمتنع وإن تراضيا فممنوع لأن المتبادر من سوق كلام ذلك الشارح أن يكون المراد بامتناع الرد امتناعه على وجه الجبر لا الرد بالرضا على ما يدل عليه تفريع امتناع الرد على عدم الجبر وبهذا التلفيق اندفع الإشكال الذي استصعبه الشيخ هنا وقبل هذا وانكشف وجه الحق في كلام علمائنا الأعلام بؤأهم الله في دار السلام ولم يبق في كلامهم الاضطراب بتوفيق الله الفتاح الوهاب.

103. Muhayyerlik Şartıyla Satılan Kölenin Ne Zaman Öldüğü Konusundaki İhtilâf

[**Teshîl**] [Bir kişi kölesini muhayyerlik şartıyla satsa ve] muhayyerlik süresi dolduktan sonra akdin tarafları kölenin ölmüş olduğunda ittifak edip, bunun zamanı konusunda ihtilaf etseler; yani taraflardan biri kölenin muhayyerlik müddeti içinde, diğeri ise müddet dolduktan sonra öldüğünü iddia etse, ölümün muhayyerlik müddeti içinde gerçekleştiğini iddia eden tarafın sözü esas alınır. Zira aslanan, kıymetin bekasıdır ve hâl, daha önceki duruma [yani karşı tarafın kölenin muhayyerlik müddeti içinde öldüğünü ispat etmediği sürece kölenin kıymetle tazmin edileceğine¹] delâlet etmektedir. Dolayısıyla hâlin hakem kılınmasıyla [hâlin hükmünün geriye doğru işletilerek] kölenin muhayyerlik müddeti içerisinde öldüğünü iddia eden tarafın sözü kabul edilir. Beyyine getirecek olan taraf, diğere dir. Çünkü onun beyyinesi, sonradan olan bir şeyi, yani akdin bağlayıcılığını ve satım bedelinin tazmin edilmesi gerektiğini ispat etmektedir.

[a] Taraflardan biri, kölenin muhayyerlik müddeti dolduktan sonra öldüğünü ve satıcının da muhayyerlik müddeti içerisinde akde icâzet verdiği; diğere taraf ise kölenin muhayyerlik müddeti içerisinde öldüğünü ve kölenin ölümünden önce satıcının akdi nakz ettiğini iddia etse; [b] yahut bir taraf kölenin müddet içerisinde öldüğünü ve diğere tarafın, ölümünden önce akde icâzet verdiği iddia ederken; diğere taraf müddet dolduktan sonra öldüğünü ve kendisinin müddet dolmadan akdi nakz etmiş olduğunu iddia etse; [c] veyahut da iki taraf muhayyer iken müşteri köleyi teslim alsa ve aynı şekilde ihtilafa düşseler; bu üç durumda da akdin nakz edildiğini iddia edenin sözüne itibar edilir ve beyyine getirmek icâzet verdiği iddia edene düşer. Zira yukarıda geçtiği üzere aslanan, kıymetin baki olması olup, tazmin borcunun kıymetten semene dönüşmesi ârizî bir hâldir. Akdi bozan taraf, satım bedelini ödemenin sabit oluşunu ve akdin bağlayıcılığını inkâr ettiği için onun sözüne itibar edilir. İcâzet veren taraf ise akdin bağlayıcılığını ve satım bedelinin tazmin edilmesini ispat etmekte olup beyyine getirmek ona düşer.

1 Fâzıl Emîr'in kendi et-Teshil nüshasının kenarına düştüğü not. Esad Efendi, 878, 107b.

١٠٣. الاختلاف في وقت موت العبد المبيع بشرط الخيار

[التسهيل] ولو اتفقا بعد مدة الخيار على موته واختلفا في وقته بأن ادعى أحدهما أنه في المدة والآخر أنه بعدها كان القول لمُدعي الموت في المدة إذ الأصل بقاء القيمة والحال يدل على ما قبله فيكون القول لمُدعي الموت في المدة تحكيماً للحال والبينة للآخر لأنها تُثبت أمراً حادثاً وهو لزوم العقد وضمأن الثمن.

فلو ادعى أحدهما موته بعد المُدَّة وإجازة البائع في المدة والآخر موته في المدة ونقض البائع قبل موته أو ادعى أحدهما موته في المدة وإجازته قبل موته والآخر موته بعدها ونقضه فيها أو كانا بخيار وقبضه واختلفا هكذا كان القول للناقض وكانت البينة للمُجيز لما مرَّ من أن الأصل بقاء القيمة وتحوُّل الضمان منها إلى الثمن عارضٌ والناقض أنكر ثبوت ضمان الثمن ولزوم العقد فيكون القول له والمجيزُ أثبت لزوم العقد وضمأن الثمن فصارت البينة له.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “Neden burada da mevcut durumun hakem kabul edilmesi [tahkîmü'l-hâl] ilkesi işletilmiyor?” denilecek olursa şöyle cevap verilir: Burada mevcut durumu hakem kılmanın bir faydası yoktur. Çünkü hâl, satım akdinin butlanını gerektirmektedir. Kölenin muhayyerlik müddeti içerisinde öldüğünü iddia eden taraf ise kölenin ölümünden önce icâzet verildiğini iddia ederek satım akdinin bağlayıcılığını iddia etmiş olmaktadır. Daha önce geçen durum böyle değildi.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu cevap son iki durum için elverişlidir. Çünkü kölenin ölümünden önceki icâzet iddiasıyla beraber muhayyerlik müddeti içerisinde öldüğü iddiası ancak son iki durum için düşünülebilir. Ama zahir olan, bu meseleyi detaylandırıp şöyle demektir: Son iki durumda hâlin hakemliğine başvurulmaması bu illetten dolayıdır. Birinci durumda yani taraflardan birinin, kölenin, müddet dolduktan sonra öldüğünü ve satıcının da müddet içerisinde akde icâzet verdiğini; buna mukabil diğer tarafın, kölenin müddet içerisinde öldüğünü ve kölenin ölümünden önce satıcının akdi nakz ettiğini iddia etmesi durumunda hâlin hakemliğinin nazar-ı itibara alınmamasının sebebi ise buna ihtiyaç duyulmamasıdır. Çünkü akdi nakzedenin sözü gereğini ifade eder; sözün gereği de satım akdinin bâtil olup kıymetin gerekmesidir.

104. Ribânın Düşürülmesi için Yapılan Hile

[Teshîl] Gümüşün, gümüş karşılığı veya altının altın karşılığı satımında, az olan tarafta diğer taraftaki fazlalığa denk bir şey olsa; bu alım satım kerahetsiz olarak sahih olur. Şayet bu şey, diğer taraftaki fazlalığa denk değilse, hile [ihtimali] sebebiyle, akit kerahetle sahih olur. Bu da manen ribâdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu görüş, Kuhistânî'nin şuf'a bölümündeki ifadeye aykırıdır. Kuhistânî, *el-Vâkıât*, *el-Kübrâ*, *en-Nisâb* ve *el-Muzmerât* adlı kitaplardan nakille şuf'a konusundaki hilelere “Şuf'ayı ıskât hilesi, sübuttan sonra ittifakla mekruh iken, şuf'anın sübutundan önce bunda bir beis yoktur. Muhtâr olan görüş de budur.” diyerek değindikten sonra yine onlardaki şu bilgiyi nakleder: “Ribânın def'i konusundaki yüz dirhem ve bir miktar felsi yüz yirmi dirhem karşılığında satmak şeklindeki hile de böyledir.” Kuhistânî bu meseleyi Zeynulmille ve'd-Din [Ebu Bekr et-Tâibâdî]'nin, rüyasında Hz. Peygamber'in hilenin câizliği konusunda Ebû Yûsuf'u tasvip ettiğine ilişkin anekdotuyla bitirmektedir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: لم لم يحكم الحال هنا؟ يجاب: بأنه لا فائدة في تحكيمه لأنه يقتضي بطلان البيع والقائل بموته في المدة يدعي لزوم البيع بدعوى الإجازة قبل موته بخلاف ما مرّ.

[فاضل أمير] نقول: هذا الجواب إنما يصلح في الصورتين الأخيرتين لأن دعوى موته في المدة مع ادعاء الإجازة قبل موته إنما كان فيهما فالظاهر أن ٥
يفصل ويقول أما عدم اعتبار التحكيم في هاتين الصورتين فلهذه العلة، وأما عدم اعتباره في الصورة الأولى يعني فيما ادّعى أحدهما موته بعد المدة وإجازة البائع في المدة والآخر موته في المدة ونقض البائع قبل موته فلعدم الاحتياج إلى اعتباره لأن كون القول للناقض يؤدّي مؤداه وهو بطلان البيع ١٠
ولزوم القيمة.

١٠٤. الحيلة في دفع الربا

[التسهيل] ولو باع فضة بفضة أو ذهبًا بذهبٍ ومع أقلهما شيءٍ آخر يُساوي فضل الطرف الآخر صحّ البيع بلا كراهة، وإن لم يساوه صحّ مع الكراهة للحيلة فكان ربا معنًى.

[فاضل أمير] نقول: يخالفه ما ذكره المولى القهستاني في كتاب الشفعة ١٥
من قوله وذكر في الواقعات والكبرى والنصاب والمضمرات أنها تكره بعد الثبوت بالاتفاق وأما قبله فلا بأس وهو المختار وكذا الحيلة في دفع الربا بأن باع مائة درهم وفلسًا بمائة وعشرين درهمًا إلى آخر ما نقله من رؤيا زين الملة والدين وتصويب رسول الله ﷺ رأى أبو يوسف في تجويز الحيلة.

es-Sirâcu'l-Vehhâc'da ise şöyle denilmektedir: Ribânın düşürülmesi hususundaki hile mekruh olmadığı gibi, şufanın düşürülmesi konusundaki hile de mekruh değildir. *Tatarhâniyye*'nin hiyel bölümünün başında şu ifade bulunmaktadır: “Kişinin bir haramdan kurtulmak veya bir helale ulaşmak amacıyla başvurduğu bütün hileler güzeldir.”

Bütün bu rivâyetlerden ortaya çıkan şey şudur: Hile eğer, Kuhistânî'nin de ifade ettiği gibi ribânın sübutundan önce ise muhtâr olan görüğe göre bunda bir kerahet yoktur.

Şeyh'in “Gümüşün, gümüş karşılığı veya altının altın karşılığı satımında, az olan tarafta diğer taraftaki fazlalığa denk bir şey varsa; bu alım satım kerahetsiz olarak sahih olur. Şayet bu şey, diğer taraftaki fazlalığa denk değilse akit kerahetle sahih olur.” ifadeleriyle ele aldığı örnekte hilenin, ribânın henüz sübut bulmasından önce olduğu açıktır. Bu bakımdan sözü edilen örnekte kerahet bulunduğu iddiası adı geçen muteber kitaplardaki rivâyetlere uygun düşmez. Şeyh'in, az olan şeye diğer tarafın fazlalığına denk gelecek bir şey ilave edilmesi durumunda kerahetin söz konusu olmayacağı şeklindeki yaklaşımına gelince; ele alınan örnekten de anlaşılmalı olacağı üzere, ribânın def'i için böyle bir denkleğin dikkate alınmayacağı açıktır. Nitekim Kuhistânî, bu meseleyi “yüz dirhem ve bir miktar felse yüz yirmi dirhem karşılığında satmak” şeklinde tasvir etmektedir. Bir miktar felse yirmi dirheme eşit olmadığını aklı başında olan herkes bilir.

el-Kınye sahibi “Ribâyâ düşmekten kaçınmak için yapılan alım satımında bir beis yoktur.” dedikten sonra, Bakkâlî'nin tefsirinden, bunun diğer iki imamın aksine Muhammed'e göre mekruh olduğunu nakleder. Zerencerî'ye göre Muhammed'in iki imamdaki farklı görüşte olduğu nokta karzdan sonra yapılan akitle ilgilidir. Önce akit yapıp sonra dirhemler verilse bu işlem ittifakla mekruh değildir.

Buradan da anlaşılacağı üzere ribânın sübut bulmasından önceki hile, Şeyh'in dikkate aldığı eşitlik şartı aranmaksızın haramlığa engel olmaktadır.

Bu meseleyi biraz uzunca ele almamızın sebebi günümüzde bu meselede insanlar arasında büyük bir kafa karışıklığının olduğunu görmemizdir. Konuşma yetkisine sahip olmaları ile iri kavuk ve uzun yenleriyle hayvanlardan ve avamdan ayrılan birçok kişi şer'in kabul ettiği hiyeli inkâr etmek suretiyle bu vadede hem kendileri dalâlete düşmüş hem de başkalarını düşürmüşlerdir. Bunlar, ulemanın haramlığı def etmek amacıyla hile-i şer'iyyeye başvurarak câiz gördükleri aslî ve fer'î konuların hepsi için haram lafzını kullanmışlardır. Bunlar hakkındaki şikâyetimiz Allah'adır. Çünkü bunlar, bilmeden konuşuyor, Müslümanların itikatlarını ifsat ediyor ve buna aldırış etmiyorlar.

وقال في السراج الوهاج ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة كما لا تكره الحيلة في إسقاط الربا وفي التاتارخانية في أول كتاب الحيل كل حيلة يحتال بها الرجل ليتخلص بها عن حرام أو يستوصل بها إلى حلال فهي حسنة انتهى.

فالحاصل من هذه الروايات أن الحيلة إذا كانت قبل ثبوت الربا كما في الصورة المذكورة في شرح المولى القهستاني فلا كراهة فيها على القول المختار.

وظاهر أن في الصورة التي ذكرها الشيخ من قوله «ولو باع فضة بفضة أو ذهب بذهب ومع أقلهما شيء آخر يساوي فضل الطرف الآخر صح البيع بلا كراهة وإن كان لم يساوه صح مع الكراهة» قد كانت الحيلة قبل ثبوت الربا فإثبات الكراهة فيها لا يلائم بما عليه الروايات في هذه المعتمرات وما اعتبره في نفي الكراهة من مساواة قيمة ما انضم إلى القليل بفضل الطرف الآخر فالظاهر أن تلك المساواة ليست بمعتبرة في دفع الربا كما هو المفهوم من الصور الموردة فيه، ألا يرى أن المولى القهستاني ذكر في تصويره قوله بأن باع مائة درهم وفلسا بمائة وعشرين درهما ولا يظن عاقل بأن فلسا يساوي قيمة بعشرين درهماً.

وقال في القنية لا بأس بالبيع الذي يفعل للاحتراز عن الربا ونقل عن تفسير البقالي أنه يكره عند محمد خلافاً لهما وعن الزرنجيري أن خلافه في العقد بعد القرض أما إذا باع ثم دفع الدراهم فلا يكره بالاتفاق انتهى.

فالمتبادر منه أيضاً أن يكون الحيلة قبل ثبوت الربا دافعة للحرمة من غير اشتراط المساواة التي اعتبره الشيخ.

وإنما أطنبنا في تفصيل المقام لما شاهدنا أن في هذه المسألة كانت طامة كبرى بين الأنام في هذا الزمان لأن كثيراً ممن امتاز عن الأنعام وانفرد عن العوام بنطق اللسان وكبر العمائم وطول الأكمام قد ضلّوا في هذا الوادي وأضلوا بإنكار أصل الحيل الذي أثبتته الشرع وأطلقوا لفظ الحرام في كل ما قال العلماء بجوازه في الأصل والفرع بالحيل الشرعية لدفع الحرمة والرفع وإلى الله المشتكى منهم حيث يقولون ما لا يعلمون ويفسدون عقائد المسلمين ولا يبالون.

105. Semen Olarak Kullanılan Dinarın Değerinin Düşmesi

[**Teshîl**] İçerisindeki katkı maddesi daha fazla olan mağşuş veya tedavülde olan fels karşılığında bir şey satılsa -bunlar tayin edilip belirlenmemiş olsa bile- bu satım sahihtir. Çünkü bunlar, halk arasında semen [satım bedeli, para] olarak kabul edilmektedir. İnsanların bunlarla alım satım yapmayı terk etmelerinden dolayı bu paralar tedavülden kalksa; Ebû Hanîfe'ye göre alım satım bâtil olur. [Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise bâtil olmaz]. Ebû Yûsuf'a göre bu durumda alım satım bedeli olan mağşuş paranın satım günündeki kıymetini; Muhammed'e göre ise insanların bunlarla alım satım yapmayı terk ettikleri günkü kıymetini öder. Fetva Ebû Yûsuf'un görüşüne göredir.

Ebû Yûsuf ve Muhammed'in bu konudaki gerekçeleri şöyledir: Yapılan bu akit sahih olmuştur. Ancak tedavülden kalkması sebebiyle satım bedeli olarak konuşulan paranın teslimi imkânsız hâle gelmiştir. Bu durum akdin fâsit olmasını gerektirmez. Çünkü bir paranın tedavülden kalkması ârizî bir durum olup onun tekrar tedavüle girmesi ve bu ârizî durumun ortadan kalkması mümkündür. Nitekim bir kimse yaş hurma karşılığında bir şey satın alsa, ancak mevsimi geçtiği için onu verme imkânı ortadan kalksa, yine akit sahih olur ve müşteri bedel olarak ödenmesi kararlaştırılan yaş hurmanın kıymetini ödemek durumundadır. [Ebû Yûsuf ve Muhammed kıymetin ödenmesi gerektiğinde hemfikir olmakla birlikte kıymetin neye göre takdir edileceğinde farklı görüşlerdedir.] Ebû Yûsuf bu durumda alım satım günündeki kıymetin ödenmesi gerektiğini öne sürer. Çünkü nasıl ki, gasbedilen mallarda malın gasbedildiği günkü kıymetinin ödenmesi gerekiyorsa, aynı şekilde alım satımda da akdin yapıldığı gündeki kıymetin ödenmesi gerekir. Muhammed ise bu durumda paranın tedavülden kalktığı günü itibara alır. Çünkü alım satımda vâcip olan şey, satım bedeli olan paranın ödenmesidir. Semen yerine kıymetinin ödenmesi paranın tedavülden kalktığı zaman söz konusu olduğuna göre kıymetin belirlenmesinde o zamanın dikkate alınması gerekir.

Ebû Hanîfe'nin gerekçesi ise şöyledir: Felsin ve katkı maddeleri fazla olan mağşuş paranın 'semeniyet' niteliğini kazanmaları, insanların bunları para olarak kabul etme hususunda anlaşmış olmaları sebebiyledir. Tedavülden kalkmakla 'paralık niteliği' ortadan kalkınca da bu paralar mukabilinde yapılmış olan satım akdi, semen olmaksızın yapılmış olur. Dolayısıyla da bâtil olur. Bu durumda tıpkı fâsit alım satımlarda olduğu gibi, satılan mal mevcut ise bizzat kendisinin geri verilmesi gerekir. Mal eğer helak olmuşsa, kıyemî olması hâlinde kıymetinin; mislî olması hâlinde mislinin verilmesi vâcip olur.

١٠٥. انتقاص قيمة الدينار الذي كان ثمنًا

[التسهيل] ولو باع بغالب الغش أو بفلسٍ نافقٍ صحَّ وإن لم يُعَيَّن لأنه ثمنٌ بالاصطلاح فلو كَسَدَ وترك الناس المعاملة به بطل البيع عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف: عليه قيمةُ غالبِ الغش يومَ البيعِ وعليه الفتوى.

٥ وقال محمد: عليه قيمته آخر ما ترك الناس المعاملة به، لهما أن العقد صحَّ وإنما تعدَّر التسليم بالكسادِ وذا لا يوجب الفسادَ لأنه لعارضٍ يقبلُ الزوالَ ساعةً فساعةً بالرواجِ فصار كما لو شرى بالزُطْبِ فانقطع أوأنه وإذا بقي العقدُ عندهما وقد تعدَّر تسليمه فيجب القيمةُ لكن أبا يوسف اعتبر يومَ البيعِ لأنه المضمونُ بالبيعِ كالمغصوبِ فإنه يعتبرُ قيمته يوم الغصبِ لأنه مضمونٌ به واعتبر محمد يومَ الانقطاعِ إذ الواجبُ دفعُ الثمنِ والانتقالُ منه ١٠ إلى القيمةِ بالانقطاعِ [فيعتبرُ يومُ الانقطاعِ].

ولأبي حنيفة أن صفةَ الثمنيةِ للفلوسِ وغالبِ الغشِّ بالاصطلاح فإذا بطلت بالكسادِ بقي البيعُ بلا ثمنٍ فيبطلُ فيجبُ ردُّ المبيعِ قائمًا وردُّ قيمته هالكًا وردُّ مثله لو مثلياً كالمبيعِ فاسدًا.

Derim ki: Ebû Hanîfe'ye göre kıymetin belirlenmesinde akdin yapıldığı günün esas alınması gerekir. Çünkü Ebû Hanîfe gasbedilen malın tazmininde gasbın gerçekleştiği günü dikkate aldığı için, burada da akdin yapıldığı günü dikkate almalıdır¹. Nitekim *el-Hulâsa*'da şöyle denilmektedir: “Bir kimse bir beldede nakit olarak kullanılan dirhemlerle bir şey satın alsa ve semeni ödemesi; bir müddet sonra beldede kullanılan para değişse bu durumda şayet bu dirhem paralar büsbütün tedavülde kalkmışsa alım satım fâsit olur. Ancak eğer bu dirhem paralar revaçta yani tedavülde kalmakla birlikte bunların değeri düşmüş ise; alım satım bozulmaz ve satıcı bu paranın dışında bir talepte bulunamaz. Yine aynı eserde şöyle denilmektedir: “Adâlî paranın değeri düşse; bu değer düşmesi itibara alınmaz. Satıcı, alıcıdan alım satım vaktinde anlaşmalarını ister.” *el-Müntekâ*'da şöyle denilmektedir: “Teslimden önce felsin değeri düşse veya artsa, Ebû Yûsuf ‘Bu konuda benim görüşümle Ebû Hanîfe'nin görüşü aynıdır; satıcıya bu paradan başkası yoktur.’ demiştir. Ancak Ebû Yûsuf, daha sonra bu görüşünden dönmüş ve şöyle demiştir: ‘Bu durumda kişinin, akdin yapıldığı ve kabzın vaki olduğu gündeki kıymeti ödemesi gerekir.’ Fetva buna göredir.” *el-Hulâsa* adlı eserin nikâh bahsinde şöyle denilmektedir: “Bir kimse bir kadınla bin dirhem mehir karşılığında evlense ancak, mehri ödemedi beldenin tedavüldeki parası değişse; paranın tedavülde kaldığı gündeki kıymetinin ödenmesi gerekir. Muhtâr olan görüş de budur. Diğer bir kavilde ise “Mahkemeye müracaat edip meselenin hallini istedikleri günkü kıymeti ödemesi gerekir.” denilmiştir. Bir paranın piyasada bulunamaması, tedavülde kalkması hükmündedir. Para tedavülde olmasına ve piyasada bulunmasına rağmen fiyatı düşse veya artsa, buna itibar edilmez.”

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Memleketimizin dirhemleri gibi halis gümüş dirhemlerle bir şey satılsa ve daha sonraları da sikke değişse ve semen olarak kararlaştırılan bu dirhemlerin kıymetleri düşse; bunlarla yapılan alım satım fâsit olmaz. Dolayısıyla tedavüldeki yeni nakdi veya önceden kararlaştırılmış nakdi değil, önceden kararlaştırılmış nakdin kıymetini vermek gerekir. Yeni nakdin verilmemesinin sebebi şudur: Yeni nakit, alım satım vaktinde piyasada yoktu. Mâdûm olan bir şey mukabilinde alım satım yapılamaz. Kararlaştırılan nakdin verilmemesinin sebebi ise, *el-Hidâye*, *el-Kâfi* ve benzeri eserlerin şirket bölümlerinde zikredilene göre, şudur: Kararlaştırılmış olan nakit paranın sikkeliği iptal edilince, kıymetinin düşmesi sebebiyle ayıplı hâle gelmiş ve ticaret malına dönüşmüştür. Hâlbuki satıcı sağlam olan parayı hak etmişti. Bu durumda satıcı muhayyer bırakılır; dilerse kararlaştırılan nakdi alır, dilerse bunun kıymetince dinar alır.

1 Gasp edilen malın tazmin edilmesinin sebebi gasp; malın kıymetinin ödenmesinin sebebi ise alım satım akdidir.

أقول: إذا وجبت قيمته هالكاً عند أبي حنيفة ينبغي أن يجبَ قيمته يومَ البيعِ لأنه مضمونٌ بالبيعِ كالمغصوب. وفي الخلاصة: لو اشترى شيئاً بدراهم نقدِ البلدِ فلم ينقُده حتى تعَيَّرَ الثمنُ إن كان لا يروجُ في السوقِ فسَدَ البيعُ وإن كان يروجُ لكن انتَقَصَ أي رَخُصَ لا ينتَقِضُ البيعُ وليس للبائعِ إلا ذلك. وفيه لو رُخِصَ العدالي لا يُعتبر هذا ويطلبه ما عُقد عليه بذلك العيار الذي كان وقتَ البيع. وفي الممتقى: إذا غلتِ الفلوسُ أو رُخِصت قبل القبض قال أبو يوسف: قولي قولُ أبي حنيفة فيه سواءً وليس له غيرها ثم رجَعَ أبو يوسف وقال: عليه قيمتها من الدراهم يومَ وَقَعَ البيعُ ويومَ وَقَعَ القبضُ وعليه الفتوى. وفي نكاح الخلاصة: أنه لو تزوّجها على ألفِ درهمٍ فكسدت الدراهمُ وصار النقدُ غيرها يجبُ قيمةُ تلك الدراهم يومَ كسدت وهو المختار. وقيل: يُعتبر يومُ الخصومةِ والانقطاعِ كالكسادِ فلو لم يكسِدْ ولم ينقطع ولكن رُخِصَ أو غلا لا يُعتبر هذا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو بيعَ بدراهمَ خالصةٍ كدراهم بلادنا ثم تغيرتِ السِّكَّةُ حتى نقصت قيمةُ النقدِ المسمى ثمناً لا يفسدُ البيعُ وينبغي أن يجبَ قيمةُ النقدِ المسمى لا النقدُ الجديدُ ولا النقدُ المسمى، أما الجديدُ فلأنه كان معدوماً وقتَ البيعِ فلا يجوز البيعُ بالمعدومِ وأما النقدُ المسمى فلأنه تعَيَّبَ لانقاصِ قيمته بإبطالِ سِكِّته حتى صار سلعةً على ما ذكر في كتابِ الشركةِ في الهداية والكافي ونحوه والبائعُ قد استحق السليمَ فيتخيرُ إن شاء أخذَ النقدَ المسمى وإن شاء أخذَ قيمةَ ذلك دنائير.

Bu tespitlerimizin doğruluğuna *Uyûnu'l-Mesâil*'de yer alan şu husus delâlet etmektedir: “Paranın hiç bir beldede revaçta olmaması, alim satımın fesâdını gerektirir. Çünkü bu durumda para, helak olmuş kabul edilir; hâl böyle olunca da alım satım bedelsiz duruma düşer. Ancak para bir beldede revaçta 5 değilken, diğer beldede revaçta ise alım satım fâsit olmaz. Çünkü para helak olmamış sadece ayıplanmıştır. Bu durumda satıcı, muhayyer bırakılır; dilerse akdin üzerinde vaki olduğu parayı alır, dilerse de bunun kıymetince dinar alır.” *Uyûnu'l-Mesâil* müellifinin bu sözü, para ayıplı hâle geldiğinde satıcının muhayyer olacağına delâlet etmektedir. Bizim meselemizde de kararlaştırılan 10 paranın sikkeliğinin düşürülmesi sebebiyle kıymetinin düşmesi onu ayıplı hâle getirmiştir. Dolayısıyla satıcı burada da muhayyerdir.

Derim ki: Akit esnasında kararlaştırılmış olan nakit para terazinin bir kefesine; yeni nakit para da diğer kefesine konulsa ve onunla eşit olacak hâle getirilse ve eşitliği sağlanmış olan yeni parayı satıcıya verse; bu işlemin 15 sahih olması gerekir. Zira en başta kararlaştırılmış olan nakit paranın eksikliği, onun geçerli sikke olma özelliğini kaybetmiş olmasıdır. Bu kayıp da yeni ve muteber sikke verilmek suretiyle telafi edilmiştir. Çünkü yeni sikke ağırlık bakımından ilkinde eşit hâle getirilmiştir. Böylece önceden kararlaştırılmış olan semen hem vezin hem de vasıf itibarıyla satıcıya ulaşmış 20 olmaktadır. Bu sebeple bu alim satımın câiz olması gerekir.

Derim ki: Bu görüşe şöyle bir itiraz getirilebilir: “*el-Hidâye*’nin şirket bölümünde zikredilenler dikkate alındığında bu alim satımın, Ebû Hanîfe’ye göre bâtil olması gerekir. Zira orada şöyle denilmektedir: ‘Tibr [altın ve gümüş külçeleri], tayin ile muayyen hâle gelen bir ticari metadır; dolayısıyla 25 daha sahih olan görüşe göre bunlar, şirket akdinde sermaye olmaya uygun değillerdir. Altın ve gümüş, her ne kadar ticaret için yaratılmış olsalar da paralık vasfını kazanmaları sikke hâline dönüştürülmeleriyle olur. Bununla birlikte sikke hâline getirilmemiş külçe altın ve gümüş ile alım satım yapılması insanlar arasında teamül hâline gelirse; bu teamül onların sikke 30 hâline getirilmesi anlamına gelir ve bunlar bu suretle semen olurlar. Tibr, sikke hâline dönüştürülmemiş altın ve gümüşe denir. *el-Kâfi*’de şöyle denilmektedir: ‘Fakihler bu konuda örf muteberdir, demişlerdir. Bir beldede sikke hâlinde olmayan altın ve gümüş ile alım satım yapılması insanlar arasında teamül hâline gelmiş ise bunlar o beldede semen olarak kabul edilir. 35 Bir beldede sikke hâlinde olmayan altın ve gümüş ile alım satım yapılması insanlar arasında teamül hâline gelmemiş ise bunlar birer ticaret malı olup akitterde tayin ile muayyen hâle gelirler. Fukahamızın ifadeleri böyledir.’

ويدل على ما قرّرنا ما ذكر في عيون المسائل: «من أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان لأنه حينئذ يصير هالكاً ويبقى المبيع بلا ثمن فأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لأنه لم يهلك ولكنه تعيّب فيتخير البائع إن شاء أخذ مثل النقد الذي وقع عليه العقد وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنائير» هذا كلامه دل على أنه إذا تعيّب الثمن يتخير البائع وتعيّب في مسئلتنا لانتقاص قيمته بإسقاط اعتبار سكوته فيتخيّر.

أقول: لو جعل النقد المسمى في كفة الميزان وجعل من النقد الجديد في كفته الأخرى حتى يساوي النقد المسمى فيدفع النقد الجديد الذي صار وزنه مساوياً لوزن المسمى ينبغي أن يصح إذ الفائت عن النقد المسمى هو السكة المعتبرة وقد جبر بسكة النقد الجديد المعتبرة ووزنهما سواء فوصل إلى البائع الثمن قدرًا ووصفًا فينبغي أن يجوز.

أقول: فإن قيل: ينبغي أن يبطل البيع في هذه الصورة عند أبي حنيفة على ما ذكر في كتاب الشركة من الهداية حيث قال: التبر سلعة يتعيّن بالتعيين فلا يصلح رأس المال في الشركة وهو الأصح لأن الفضة والذهب وإن خلقا للتجارة لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص إلا أن يجري التعامل باستعمال التبر ثمنًا فيصير التعامل كالضرب فيكون ثمنًا. والتبر: ما كان غير مضروب من الذهب والفضة. وذكر في الكافي: قالوا المعتبر العرف ففي كل بلدة جرى التعامل بالمبايعه بالتبر فهو ثمن وفي كل بلدة لم يجر التعامل بالمبايعه بالتبر فهو كالعروض يتعيّن في العقود وهذا كلامهم،

Bu ifadelerle göre bu alım satımın Ebû Hanîfe'ye göre bâtil olması gerekir. Çünkü sikke olarak kullanılan bir para sikkelikten çıkarıldığında bunlar semen olarak kalmaz ve ticaret malına dönüşür. Dolayısıyla bu sikkeyle yapılmış olan akit semensiz olarak yapılmış olacağından tıpkı kendisi üzerine akit yapılan paranın tedavülden kalkması durumunda olduğu gibi bu akit de bâtil olur.

Bu itiraza şöyle cevap vermek mümkündür: Bu durumda onların paralık vasfı büsbütün ortadan kalkmaz. Nitekim fukaha şöyle demiştir: Bir kimse yanında olmayan bir külçe mukabilinde bir şey satın alsa, daha sonra o külçeyi birinden ödünç alarak borcunu ödese yapılmış olan alım satım akdi, tıpkı sikke mukabilinde yapılmış bir akit gibi sahih olur. Yukarıdaki meselede de akit başta sahih olarak mün'akid olmuştur. Dolayısıyla semeniyetin bir yönden ortadan kalkmasıyla akit bâtil olmaz. Fels mukabilinde yapılmış olan akdin hükmü bundan farklıdır. Fels ile yapılmış olan akit, her açıdan semensiz kalmış olacağı için bâtil olur. Çünkü fels tedavülden kalktığında semeniyet vasfı her açıdan bâtil olur. Çünkü bunlar semen olarak yaratılmamıştır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu itirazı *el-Hulâsa* adlı eserden naklettiği "...Ancak eğer bu dirhem paralar revaçta yani tedavülde kalmakla birlikte bunların değeri düşmüş ise; alım satım bozulmaz ve satıcı bu paranın dışında bir talepte bulunamaz." şeklindeki ifadelerden hareketle yapmıştır. Ancak Şeyh *el-Hulâsa*'nın metnindeki 'revaç' kaydını ihmal etmiştir. Hâlbuki Şeyh'in "...ve semen olarak kararlaştırılan bu dirhemlerin kıymetleri düşse" ifadesinden sonra "...fakat bu semen halen revaçtadır." demesi gerekirdi ki, "...akit fâsit olmaz." ifadesi bunun üzerine terettüp edebilsin. Sanki o bu revaç kaydını, bağlam yardımıyla anlaşıldığını düşündüğü için terk etmiş gibidir.

Şeyh'in itirazının özü, kıymeti eksilen semen-i müsemmanın ayıplı hâle geldiğini ve semeniyetten çıkarak adeta ticaret malına dönüştüğünü kabul etmektir. Sen âlimlerimizin değerlendirmelerine kulak ver ki Şeyh'in eleştirisindeki kusuru ve eksikliği anlayabilesin.

el-Fetâvâ'l-Hâniyye'nin icâre bölümünde şöyle denir: İmamlarımız arasındaki ihtilaf kesâd -yani paranın tedavülden kalkması- konusundadır. Fiyatın değişmesi meselesinde ise aralarında ihtilaf yoktur.

فعلى هذا ينبغي أن يبطل البيع عند أبي حنيفة لأن السكّة المخصوصة إذا سقط اعتبارها صارت الدراهم سلعة لا ثمناً فبقي البيع بلا ثمن فيبطل كما في الكساد؟

يمكن أن يجاب: بأن الثمنية يبقى من وجه حتى قالوا: لو اشترى بتبر ليس عنده ثم استقرضه وأداه يصح كالمضروبة والبيع قد انعقد صحيحاً ٥ بيقين فلا يبطل بزوال الثمنية من وجه بخلاف الفلوس فإن البيع بها يبقى بلا ثمن من كل الوجوه فيبطل لأنها إذا كسدت بطل ثمنيتها من كل الوجوه لأنها لم تُخلق ثمناً.

[فاضل أمير] نقول: كان هذا اعتراض منه على ما نقله من الخلاصة من قوله وإن كان يروج لكن انتقص أي رخص لا ينتقض البيع وليس للبائع إلا ١٠ ذلك وقد أهمل فيه قيد الرواج ولا بد منه بأن يقول ولكن كانت تروج بعد قوله حتى نقصت قيمة النقد المسمى ثمناً ليرتب عليه قوله ولا يفسد البيع فكأنه ترك هذا القيد لانفهامه بمعونة المقام

خلاصة ما أورده جعل الثمن المسمى الذي انتقصت قيمته معيياً ١٥ بالانتقاص وأن يكون كالسلعة خارجاً عن الثمنية فاستمع لما في الباب من تحقيقات علمائنا حتى يظهر لك ما في نقد الشيخ من التعيب والانتقاص. قال في الفتاوى الخانية في كتاب الإجارة والاختلاف بين الأئمة في الكساد وأما في تغيير السعر فلا خلاف بينهم.

*el-Bedâi'*de şöyle denilmektedir: Para tedavülden kalkmayıp değerinin düşmesi veya artması durumunda alım satımın infisah etmeyeceğinde imamlarımız ittifak etmiştir. Müşteri üzerinde anlaşılan semeni öder. Burada semenin kıymeti dikkate alınmaz. Çünkü değerinin düşmesi veya artması paranın semeniyet niteliğini ortadan kaldırmaz. Şahit olduğu üzere dirhemlerin değeri bazen artmakta bazen azalmakta ama semeniyet nitelikleri devam etmektedir.

*et-Tebyîn'*de şöyle geçer: Üzerinde anlaşılan semen bazı beldelerde hâlâ revaçta ise akit bâtil olmaz. Ancak kendi beldelerinde üzerinde anlaşılan semen tedavülden kalkmışsa ayıplı hâle gelmiş olur.

*Mecmau'l-Fetâvâ'*da mesele *el-Hulâsa* adlı eserde geçtiği şekliyle nakledildikten sonra şöyle denilir: “Kadı *ez-Zahir*'in fetvası, satıcının, akdin yapıldığı gündeki dirhemleri, -yani dirhemlerin o günkü değeriyle- talep edeceği yönündedir. Satıcı değer değişikliğini talep etmek üzere müşteriye rücû edemez.”

Meselenin aslı ortaya çıktığına göre Şeyh'in itirazına da cevap verilmiş olmaktadır. Çünkü paranın ayıplı hâle gelmesi, sikkeliğinin iptal edilmesi sebebiyle kıymetinin düşmesidir. Zira semen-i müsemmanın değerinin düşmesinin bir ayıp sayılmayacağı bilinmektedir. Çünkü akit esnasındaki semen-i müsemmanın değerine satıcı razı olmuştu. Ayıplanma ise onun razı olmadığı bir sebeple gerçekleşmiştir. Bu da paranın kendi beldesinde tedavülden kalkmasıdır. Nitekim *et-Tebyîn*'deki ifadeler de buna delâlet etmektedir.

Uyûnu'l-Mesâil'den naklettiği ifadeler Şeyh'in “*Uyûnu'l-Mesâil* müellifinin bu sözü, para ayıplı hâle geldiğinde satıcının muhayyer olacağına delâlet etmektedir. Bizim meselemizde de karşılaştırılan paranın sikkeliğinin düşürülmesi sebebiyle kıymetinin düşmesi onu ayıplı hâle getirmiştir. Dolayısıyla satıcı burada da muhayyerdir.” şeklindeki değerlendirmesini boşa çıkarmaktadır. Aynı şekilde Şeyh'in *el-Hidâye* ve *el-Kâfi*'deki bilgilerden hareketle söylediği “Karşılaştırılmış olan nakit paranın sikkeliği iptal edilince, kıymetinin düşmesi sebebiyle ayıplı hâle gelmiş ve ticaret malına dönüşmüştür.” sözü boşa çıkmıştır. Çünkü *el-Hidâye* ve *el-Kâfi* müelliflerinin sözleri, sikke iken kıymeti değişen para hakkında değil, basılmış olmayan ve sikke özelliği kal-
mayan para hakkındadır. Oysa bizim meselemizde eski sikke hâlâ tedavüldedir. Bu nokta *el-Kâfi*'deki şu ifadeden anlaşılmaktadır: “Fukahâ der ki; bu konuda örf dikkate alınır. Alım satımın basılı olmayan para ile yapıldığı beldelerde basılı olmayan para nakit hükmünde olup taayyün etmez.”

وفي البدائع ولو لم تكسد ولكنها رخصت أو غلّت لا ينفسخ البيع بالإجماع، وعلى المشتري أن ينقد مثلها عددًا، ولا يلتفت إلى القيمة ههنا؛ لأن الرخص أو الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية ألا ترى أن الدراهم قد ترخص وقد تغلو وهي على حالها أثمان.

٥ وفي التبيين وإن كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه تعيب^١ إذا لم يرج في بلدهم.

وفي مجمع الفتاوى بعد أن نقل المسألة على ما في الخلاصة وفتوى الإمام القاضي ظهير على أنه يطالب بالدراهم التي يوم البيع يعني بذلك العيار ولا يرجع عليه بالتفاوت انتهى.

١٠ إذا تقرر هذا حصل لك الجواب عما قاله فلأنه تعيب لانتقاص قيمته بإبطال سكوته^٢ إذ قد علم أن انتقاص قيمة^٣ الثمن المسمى يعنى كونه رخيصًا لا يعدّ تعيبًا لأن هذا العيار مما رضي به عند العقد والتعيب إنما كان بما لم يرض به وهو عدم الرواج في بلده كما دلت عليه ما في التبيين.

وما نقله من العيون فاضمحل به قوله هذا كلامه دل على أنه إذا تعيب الثمن يتخير البائع وتعيب في مسألتنا لانتقاص قيمته إلخ وكذا قوله حتى صار سلعة على ما ذكر في كتاب الشركة من الهداية والكافي إلخ لأنه ما قالاه فيما لم يكن مضروبًا ولم يوجد له سكة لا فيما تغيرت السكة وكانت السكة القديمة أيضا رائجة على ما هو موضوع مسألتنا ألا ترى ما في الكافي من قوله قالوا المعتبر فيه العرف ففي كل بلدة جرى التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالتقود لا يتعين في العقود انتهى.

٢٠

١ ج: يتعيب
٢ أ: سكوته.
٣ أ- قيمة.

Anlaşılmış olacağı üzere dirhemlerin sikkelik özelliğinin değişmesi, onların semeniyet özelliğini ortadan kaldırmaz. Nitekim daha önce *el-Bedâi*'den naklettiğimiz "...değerinin düşmesi veya artması paranın semeniyet niteliğini ortadan kaldırmaz." ifadesi ve Şeyh'in devamla dile getirdiği "Bu durumda onların paralık vasfı büsbütün ortadan kalkmaz. Nitekim fukaha şöyle demiştir: Bir kimse yanında olmayan bir külçe mukabilinde bir şey satın alsa, daha sonra o külçeyi birinden ödünç alarak borcunu ödese yapılmış olan alım satım akdi, tıpkı sikke mukabilinde yapılmış bir akit gibi sahih olur." ifadesi, Şeyh'in değerlendirmesini dayandırdığı şeyin çürüklüğünü haykırmaktadır. Çünkü basılmamış külçe ve sikke insanların bunlarla alım satım yapmayı örf hâline getirmeleri sebebiyle semen hâline geldiğinde, sikke olmaktan çıkmış ve değeri düşmüş olan tedavüldeki basılı dirhemlerle yapılmış olan akitlerin hükmü sence nedir? Dolayısıyla konu dönüp dolaşıp şuraya gelmektedir: "Bir kimse saf dirhemler mukabilinde bir şey satsa, sonra sikke değişse ve saf dirhemlerin değeri azalsa fakat hâlâ bunlar tedavülde olsa müşterinin sadece akitte kararlaştırmış oldukları dirhemi ödemesi gerekir. Bu dirhemler semeniyet vasfını kaybetmez ve kıymetinin azalmasıyla ayıplanmış olmaz." Dolayısıyla müşterinin akitte kararlaştırılan nakdin kıymetini ödemesi gerekmez. Bu detaylı açıklamadan sonra Şeyh'in "*el-Hidâye*'nin şirket bölümünde zikredilenler dikkate alındığında bu alım satımın, Ebû Hanîfe'ye göre bâtil olması gerekir..." şeklinde dile getirdiği problem kesin olarak çözülmüş olmaktadır.

106. Altın veya Gümüş Karışımı Paranın Mübâdelesı

[**Teshîl**] Bir kimse, bir miktar sarı madeni para ve bir miktar gümüşü bir başkasına borç olarak verse; bu işlem ancak tartı üzerinden câiz olur. Altın veya gümüş karışımı (mahlût) olup altın veya gümüş dışındaki madenin bunlara eşit olduğu madeni para da böyledir. Çünkü gümüş şer'an veznî kabul edilmektedir. Sarı madeni paranın da tartı yoluyla işlem görmesi câizdir. İki üzerinden yapılan akitte değişme kabul etmeyen şeyin (yani gümüşün) esas alınarak diğerinin buna tabi kılınması daha uygundur.

Sarf akdinde ise altın veya gümüş karışımı para, tıpkı gâlib-i gış [katkısı baskın] olan para gibidir. Yani mahlût para halis altın veya gümüş mukabilinde satılıyorsa mahlût olanın miktarca halisten fazla olması gerekir. Altın veya gümüş karışımı para kendi cinsinden bir para mukabilinde cüzâfen -yani götürü usulü- veya biri diğerinden fazla olarak satılırsa câizdir. Bu cevaz, mahlût olan bir paradaki gümüşün diğerindeki bakıra, bundaki bakırın diğerindeki gümüşe karşılık olduğu yorumuna dayanır. Nitekim bu işlem gâlib-i gış olan parada da câizdir.

فظهر منه أن بمجرد تغير سكة الدراهم لا تخرج الدرهم القديمة من
الثمانية على ما دل عليه ما سبق من البدائع من قوله لأن الرخص أو الغلاء
لا يوجب بطلان الثمنية على أن قوله الآتي يمكن أن يجاب بأن الثمنية
تبقى من وجه حتى قالوا لو اشترى بتبر ليس عنده ثم استقرضه وأداه يصح
كالمضروبة إلخ ينادي بأعلى صوت على وهن ما بنى عليه إيرادَه لأن
التبر الخالي عن الضرب والسكة إذا كان يعدّ ثمنًا بتعارف الناس التابع به
فما ظنك بالدراهم المضروبة الرائجة التي تغيرت سكوته ورخصت قيمته
فأل الأمر إلى أنه لو بيع بدراهم خالصة ثم تغيرت السكة ونقصت قيمتها
ولكن كانت تروج لا يلزم على المشتري إلا هذه الدراهم ولا تخرج هي
عن الثمنية ولا يتعيب بانتقاص القيمة فلا يلزم على المشتري قيمة النقد
المسمى، وبهذا التفصيل والبيان ظهر الجواب الحاسم لمادة الإشكال
الذي ذكره بقوله «أقول فإن قيل ينبغي أن يبطل البيع في هذه الصورة عند
أبي حنيفة رحمه الله إلى آخره».

١٠٦. مبادلة النقود المغشوشة

١٥ [التسهيل] ومن أقرض رجلاً صُفراً وفضةً لا يجوزُ إلا وزناً فكذا المخلوطُ
المتساوي لأن الفضة موزونة شرعاً والصفرة يجوز أن يوزنَ فاعتبارُ ما لا
يحتملُ التبديلَ عند المعاضةِ أولى.

وفي الصرف كغالب الغشّ أي لو بيع بخالصٍ لا يجوز إلا إذا زاد
الخالص. ولو بيع بجنسه جزافاً أو متفاضلاً يجوزُ صرفاً للجنس إلى خلافه
٢٠ كما في غالبِ الغش.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: “*el-Muhtâr* ve onun şerhinde zikrolunduğuna göre miktarı eşit olan karışımli para, sarf akdinde ihtiyaten yani harama düşmemek için yüksek ayarlı (ciyâd) hükmünde kabul edilir. Birinin diğerinden fazla olarak veya götürü usulü satılması câiz olur. Buna göre karışım miktarı eşit olan paranın halis altın veya gümüş karşılığında satılması, ancak eşit olmaları şartıyla câiz olur. Bu da *el-Kâfi*'den naklettiğimiz ‘Sarf akdinde ise mahlût para, tıpkı galib-i gış olan para gibidir.’ ifadesine aykırıdır. Aynı şekilde Hılâtî'nin ve Attâbî'nin *el-Câmi*'e yazdıkları telhîslerde yer alan ‘Karışım miktarları eşit olan para, sarf akdinde gümüşü galip olan hükmündedir.’ ifadesi de buna aykırıdır.” şeklinde bir itiraz serdedilirse buna şöyle cevap verilebilir: Gerçek şu ki, Hılâtî'nin ve Attâbî'nin telhîsleri üzerine yazılan şerhlerde zikrolunduğu gibi bu konuda bazı ayrıntılar vardır. Şayet bunlarda gümüş ile sarı madeni para miktarca birbirine eşitse yani yarısı gümüş diğer yarısı da madeni alaşım ise Muhammed burada şöyle demektedir: Bu durumda renk itibarıyla gümüş daha fazla ise yani madeni görünmeyip sadece gümüşü görünüyor veya maden yanıp sadece gümüş kalmışsa bu para halis gümüş hükmündedir. Zira itibar, galip olanadır. Şayet biri diğerinden fazla değil ise sarf akdinde, galib-i gış gibidir. Buna göre mütesâvî -yani karışımı miktarca eşit olan- paranın, buradaki anlamıyla mütesâvîye hamledilmesi gerekir. *el-Muhtâr*'da mütesâvîden kastedilen ise öyle anlaşılıyor ki, mutlak olarak miktar bakımından eşitliktir; ister gümüş renk bakımından daha baskın olsun isterse olmasın. “*el-Muhtâr*'daki “ihtiyaten yani harama düşmemek için” şeklindeki gerekçelendirme, bununla metinde yer alan ifade arasında çelişki bulunduğunu göstermektedir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Hılâtî ve Attâbî'nin *Telhîsu'l-Câmi*' şerhlerinde yer alan ifade ile Şeyh'in metinde Muhammed'den naklen zikrettiği ifade arasındaki çelişki, metindeki mütesâvî ifadesini ‘içindeki gümüşün renk açısından baskın olmadığı mütesâvî’ye; *et-Telhîs*'tekini ise ‘gümüş ve sarının miktarca eşit olup, renk bakımından gümüşün baskın olduğu mütesâvî’ye hamletmek suretiyle giderilebilir. *el-Muhtâr*'daki ifade ile metindeki ifadeyi bu yolla uzlaştırmak Şeyh için mümkün olmamıştır. Çünkü *el-Muhtâr*'ın şerhi olan *el-İhtiyâr*'da bu görüş için zikredilen gerekçe, mütesâvîyi “gümüş ve sarının miktarca eşit olup, renk bakımından gümüşün baskın olduğu mütesâvî”ye hamletmeye engel olmaktadır. Bu yüzden o, metinde geçen ifade ile *el-Muhtâr*'daki ifade arasında çelişki bulunduğuna kesin gözüyle bakmıştır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: ذكر في المختارِ وشرحه: «أن المتساوي كالجياذ في الصرفِ احتياطاً للحُرمة ويجوزُ بيعُ أحدهما بالآخر متفاضلاً وجزافاً» فعلى هذا لو باع المتساوي بالخالص لا يجوزُ إلا متساويا. وهذا يُنافي ما نقلناه من الكافي من أنه في الصرف كغالبِ الغش، وكذا يُنافيه ما ذكر في تلخيص الجامع للخلاطي والعتابي: من أن المتساوي كغالبِ الفضة في الصرف. يقال: ٥ الحقُّ أن فيه تفصيلاً كما ذكر في شرحي التلخيصين وهو أنه إن كانت الفضة والصفيرُ على السواء بأن كان نصفُها فضةً ونصفُها صفراً قال م: إن كانت الفضة هي الغالبة من حيث اللونُ أي يرى هي دون الصفيرِ أو يبقى هي ويحترقُ الصفيرُ فهي كالخالصِ إذ العبرة للغالب وإن لم يكن أحدهما غالباً فهو كغالبِ الغش في الصرفِ فينبغي أن يُحمل المتساوي المذكورُ في المتن على هذا المتساوي ١٠ وأما المتساوي المذكورُ في المختار فالظاهر أن المراد به هو المتساوي قدرًا مطلقاً سواءً كانت الفضةُ غالبيةً من حيث اللونُ أو لا إذ دليلاً وهو قوله «احتياطاً للحُرمة» يدلُّ عليه بينه وبين ما في المتن منافاةً.

[فاضل أمير] نقول: وجه التوفيق^١ بين ما في تلخيص الجامع للخلاطي والعتابي وبين ما ذكره في المتن بما نقله عن محمد فبأن يحمل^٢ ما في المتن من المتساوي على المتساوي الذي لم تكن الفضة فيه غالبية من حيث اللون وما في التلخيص على المتساوي الذي كان الفضة والصفير على السواء ولكن كانت الفضة هي الغالبة من حيث اللون ولم يمكن له التوفيق بين ما في المختار وبين ما في المتن بهذا الطريق لمنع التعليل المذكور في الاختيار عن حمل المتساوي على ما تساويا قدرًا ولكن كانت الفضة غالبية من حيث اللون فجزم بوقوع ٢٠ المنافاة بين ما في هذين الكتابين.

١ - ج- التوفيق.

٢ - ج: حمل.

Biz diyoruz ki, Şeyh'in *el-Kâfî*'den alarak metne koyduğu ifade ile *el-Muhtâr*'daki ifadenin birbirine muhalif olması, bu meselede iki farklı görüşün bulunması sebebiyledir. Nitekim *el-Mültekâ*'da şöyle geçmektedir: "İçindeki gümüş ve sarı madenin miktarca eşit (mütesâvî'l-ğış) olduğu para, alım satım ve karz işlemlerinde içindeki gümüşün daha az olduğu karışımli para gibidir. Aynı hüküm sarf işleminde de söz konusudur. Diğer görüşe göre ise "içindeki gümüş ve sarı madenin miktarca eşit olduğu para, içindeki gümüşün daha fazla olduğu karışımli para gibidir." Şârih Zeylaî, bu meseleyi *el-Kenz*'deki ifade üzerinden *el-Kâfî*'deki görüşe paralel olarak değerlendirdikten sonra *el-Fetâvâ'l-Hâniyye*'den *el-Muhtâr*'daki görüşe uygun nakilde bulunmuş ve aynen *el-İhtiyâr*'da zikredilen gerekçeye yer vermiştir.

107. Borç Alınıp Tedavülden Kalkan Felslerin Ayn'ının mı Kıymetinin mi Ödeneceği

[**Teshîl**] Bir kimse tedavülde olan *fels* mukabilinde bir şey satsa, felsleri tayin etmemiş bile olsa satım akdi sahih olur. Çünkü tedavüldeki felsler, insanların ortak kabulüyle semendir. Fakat tedavülden kalkmış olan fels mukabilinde bir şey satsa, bunları tayin etmediği sürece satım sahih olmaz. Çünkü bu durumda fels, ticaret malı gibi olduğundan mutlaka tayin edilip belirlenmesi gerekir.

Bir kimse birkaç fels ödünç (karz) alsın fakat [borcunu ödemedi] fels tedavülden kalksa; bu durumda karz olarak aldığı fels elinde duruyorsa, bunların kendilerini geri verir. Helak olmuş ise Ebû Hanîfe'ye göre mislini iade eder. Zira bu bir iâre akdidir ve iârenin gereği, alınan şeyin manen aynısını geri vermektir. Manen aynısını vermek ise mislini vermek ile olur. Felsteki semeniyet vasfı bir fazlalıktır. Zira karz almanın sahih olması, semeniyet vasfı itibarıyla değil, mislî olması itibarıyla. Felsin tedavülden kalkmasıyla mislî olma vasfı ortadan kalkmış olmaz. Bundan dolayı tedavülden kalktıktan sonra da karz olarak verilmesi sahihtir.

Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise karz olarak alınan felslerin helak olması durumunda kıymetinin verilmesi gerekir. Çünkü artık felslerin kabzedildiği şekilde iade edilmesi imkânsız hâle gelmiştir. Zira karz alınan fels, semen idi; tedavülden kalkmakla bu felsin semeniyet vasfı ortadan kalkmış oldu. Bundan dolayı kıymetinin verilmesi gerekir. Nitekim bir kimse mislî bir şeyi karz olarak alsın ve daha sonra o mislî mal, insanların elinde kalmayıp tükenmiş olsa bu durumda kıymeti ödenmektedir. Ancak daha önce geçtiği üzere Ebû Yûsuf'a göre felsin teslim alındığı gündeki kıymetinin ödenmesi gerekirken; Muhammed'e göre tedavülden kalktığı gündeki kıymetinin ödenmesi gerekir.

فنحن نقول إن ما في المتن مأخوذاً من الكافي مخالفاً لما في المختار وشرحه بناء على اختلاف القولين في المسألة حيث قال في الملتقى والمتساوي الغش كمغلوبه في التبايع والاستقراض وكذا في الصرف، وقيل كغالبه، والشارح الفاضل الزيلعي بعد ما قرّر المسألة على ما في الكنز على وفق ما في الكافي نقل عن الفتاوى الخانية على ما في المختار وأتى ٥ بالتعليل المورد في الاختيار.

١٠٧. بعد كساد الفلوس المستقرضة هل الأداء بعينها أو بقيمتها

[التسهيل] ولو باع بفلسٍ نافقٍ أي رائجٍ صحَّ وإن لم يعيّن لأنه ثمنٌ بالاصطلاح. ولو باع بفلسٍ هو كاسدٌ لم يجز البيع حتى يعيّنهُ لأنه سلعةٌ ١٠ فلا بد من تعيّنهُ.

ولو استقرضَ الفلُسَ فكسَدَ ردَّ عينه باقيا ولو هلك فعليه مثله عند أبي حنيفة لأنه إعارةٌ وموجبها ردُّ العين معنىً وذا بالمثلِ والتمنيةُ فضلٌ فيه إذ صحَّةُ استقراضِ الفلُسِ لم يكن باعتبارِ صفةِ التمنيةِ بل لأنه مثليٌّ وبالكسادِ لم يطلُّ مثليتهُ ولذا صحَّ استقراضُه بعد الكسادِ.

١٥ وأوجباً قيمتهُ لأنه تعدَّرَ ردُّه كما قبضَ إذ المقبوض فلُسٌ هو ثمنٌ وقد بطلت صفةُ التمنيةِ بالكسادِ فيجب ردُّ قيمتهُ كما لو استقرضَ مثلياً فانقطع المثلُّ من أيدي الناس لكن عند أبي يوسف يُعتبر يومُ القبضِ وعند محمد يومُ الكسادِ كما مر.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Ebû Yûsuf ve Muhammed'in bu delili, karz olarak alınan fels helak olmamış olsa bile kıymetinin verilmesini gerektirir. Çünkü bu durumda da felsin alındığı gibi iade edilmesi imkânsız hâle gelmiştir. Buna göre karz olarak alınan felsin ayn'ı duruyor olsa da kıymetini vermek
5 gerekir. Bununla birlikte *el-Muhtelif* ve benzeri kitaplarda burada geçtiği gibi, karz olarak alınan felsin ayn'ının baki olması durumunda bunların [kıymetlerinin değil] kendilerinin iade edileceği açıkça beyan edilmektedir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Hakâik*'te şöyle geçer: "Bir kimse bir miktar felsi karz olarak alsa sonra bunlar tedavülden kalksa bu durumda Ebû Hanîfe'ye
10 göre eğer aldığı fels aynen duruyorsa onları iade eder; helak olmuşsa mislini iade eder; bunların kıymetini veya ihdas ettikleri paradan mislini tazmin etmez. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise altın veya gümüş cinsinden kıymetini öder." *el-Musaffâ*'da da böyle geçer. Bu iki eserin ifadelerinin zahirinden ilk anlaşılan, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre felsin tedavülden kalkması
15 durumunda karz alan kişinin aldığı felslerin her hâlükârda -yani ister mevcut olsun ister helak olmuş olsun- kıymetini ödemesi gerektiğidir. Bu bakımdan Şeyh'in, felslerin aynen durması hâlinde Ebû Yûsuf ve Muhammed'in delillerinin görüşlerine uygun düşmediği şeklindeki itirazı yersizdir. Ancak Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşleri -Ebû Hanîfe'nin görüşü gibi- tedavülden
20 kalkmış olan felslerin aynen duruyor olması hâlinde, aynen iade edilmesi gerektiği şeklinde kabul edilecek olsa, Ebû Yûsuf ve Muhammed açısından bunun cevabı Ayasuluğî'nin *el-Mecma*' şerhindeki şu ifadelerde ortaya çıkar. Ayasuluğî bu durumda kıymetin ödenmesi gerektiği konusunda Ebû Yûsuf ve Muhammed'in delillerini takrir ederken şunları söylemektedir: "Karz alan kimse bunu semeniyet vasfı itibarıyla almıştır. Dolayısıyla [borç] zimmetinde bu vasıfla sabit olmuştur. Çünkü -borçların tanınması bu vasıflar sayesinde gerçekleştiği için- vasıflar, borçlarda itibara alınır. Tedavülden kalkması
25 durumunda ise felslerin kabz edildiği gibi iadesi imkânsız hâle gelir ve bu sebeple de kıymetinin ödenmesi gerekir. Muayyen mallarda (a'yan) ise durum farklı olup vasıflar dikkate alınmaz. Çünkü mal, zatı itibarıyla bilinmektedir. Bu yüzden iade bizzat kendilerinin verilmesi suretiyle gerçekleşmektedir." Dikkatli düşünen kimse için Şeyh'in, Ebû Yûsuf ve Muhammed açısından
30 gündeme getirdiği itirazın cevabı, onların görüşünün vasıfların eşyada dikkate alınmayacağı mülahazasına dayandığının söylenmesiyle açığa çıkmış olur.

[الشيخ بدر الدين] أقول: دليلهما هذا يقتضي وجوب القيمة وإن كان القرض بعينه باقياً لأنه تعدّر رده كما قبض الخ فيلزم قيمته وإن كان عين المأخوذ باقياً مع أنه صرح في المختلف ونحوه أنه يرد عينه لو باقياً كما أثبتنا هنا.

٥ [فاضل أمير] نقول: قال في الحقائق استقرض فلوساً رائجة ثم كسدت يرد عينها إن كانت قائمة أو مثلها إن هلكت ولا يضمن قيمتها ولا مثلها من الذي أحدثوه عنده وعندهما عليه رد قيمتها من الذهب أو الفضة انتهى، وكذا في المصنفى، فالمتبادر من ظاهر عبارتهما أن يكون قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسألة كساد الفلوس إيجاب القيمة على المستقرض مطلقاً يعني سواء كان العين الكاسدة قائمة أو هالكة، فعلى ١٠ هذا لا يرد اعتراض الشيخ عليهما بأن دليلهما لا يوافق مذهبهما فيما كانت العين قائمة، وأما إن كان قولهما أيضاً رد العين الكاسدة إن كانت قائمة فالجواب عن طرفهما يحصل بما قاله المولى الآيائلوغي في شرح المجمع حيث قال في تقرير دليلهما في إيجاب القيمة: لهما أنه أخذها بوصف ١٥ الثمنية فيجب في ذمته بذلك الوصف، إذ الأوصاف معتبرة في الديون لأن تعريفها بها يحصل وبالكساد تعدّر الرد كما قبض فتجب القيمة، لا في الأعيان المشار إليها لكونها معروفة بذواتها فيتعلق الرد بالعين انتهى؛ فلا يخفى على المتدبر ظهور الجواب عما قاله الشيخ بملاحظة قولهما الأوصاف لا تعتبر في الأعيان المشار إليها، فافهم.

108. Kişinin Ödünç Aldığı Buğdayı Ödünç Verene Satması veya Ondan Satın Alması

[**Teshîl**] Ebû Yûsuf'a göre bir kimsenin, birinden belirli bir ölçek buğdayı ödünç (karz) alıp kabzettikten sonra, ödünç veren kişiden (mukriz) satın alması câiz; fakat onu ödünç verene satması câiz değildir. Zira buğday, helak olmadığı için hâlâ ödünç verenin mülkiyetindedir. Ebû Hanîfe ve Muhammed ise aksi kanaattedirler. Yani kişinin ödünç almış olduğu buğdayı ödünç verene satımını câiz görürler fakat ondan satın almasını câiz görmezler.

Bir kimsenin, zimmetinde borç olan belirli bir ölçek buğdayı, kendisine ödünç veren kişiden satın alması câizdir. Çünkü zimmette sabit olduğu için buğdayın kabz edilme imkânı vardır. Ödünç olarak aldığı bu belirli ölçek buğday, hâlâ mevcut olsa da hüküm aynıdır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu son kayıt, Ebû Yûsuf'un kavline göre değil; Ebû Hanîfe ve Muhammed'in kavline göre olmalıdır. Çünkü -daha önce de geçtiği üzere- Ebû Yûsuf'a göre buğday halen elde mevcut olduğu sürece ödünç alan kişi buna malik olamamaktadır. Bundan dolayı Ebû Yûsuf'a göre ödünç alınan mal, ödünç alanın zimmetinde ancak helak olduktan sonra sabit olur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu meselede sözün özü şudur: Ödünç alan kişi, ödünç aldığı şeyi kabzettikten sonra, o şeyi ödünç verenden bi-aynîni satın alsa, bu satın alma işlemi Ebû Yûsuf'a göre câiz olur; Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre câiz olmaz. Çünkü bu işlem, Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre, bir kimsenin kendisine ait olan bir şeyi başkasından satın alma işlemi; Ebû Yûsuf'a göre ise başkasına ait olan bir şeyi ondan satın alma işlemidir.

١٠٨. بيع البر للمقرض أو اشتراؤه منه

[التسهيل] فيجيزُ أبو يوسف شراءَ بُرٍ قبضه من مقرضه لا بيعه من مقرضه إذ البُرُّ ملكُ المقرضِ بعدُ لعدمِ الهلاكِ وعكسًا أي جوزًا بيعه منه لا شرائه.

٥ فلو شرى ما عليه من الكُرِّ من مقرضه صحَّ لمُكَنَةِ القبضِ لأنه في ذمِّته وإن كان الكُرُّ المقرضُ موجوداً بعدُ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا القيد ينبغي أن يكون على قولهما لا على قول أبي يوسف لأنه ما دام باقياً لا يملكه المستقرضُ عند أبي يوسف كما مرَّ فلا يثبتُ في ذمِّته عند أبي يوسف إلا بعد الهلاك.

١٠ [فاضل أمير] نقول: خلاصة المقال في هذه المسألة هو أن المستقرض بعد أن قبض الكُرَّ من المستقرض إن اشترى هذا الكر بعينه من المقرض لم يجز شراؤه عندهما وجاز عند أبي يوسف، لأنه شراءٌ ملكه عن الغير عندهما، وشراءٌ ملك الغير عنه عنده.

Bir kimse ödünç aldığı şeyi, la-biaynihi, yani “Benim zimmetimde sana borç olarak sabit olan bir ölçek buğdayı satın alıyorum.” diyerek satın alsa, bu durumda eğer ödünç alınan buğday helak olmuş ise bu satın alma işlemi üç imama göre de câiz olur. Eğer ödünç alınan buğday ödünç alan yanında hâlâ mevcut ise Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre bu satın alma işlemi câizdir; Ebû Yûsuf’a göre ise câiz değildir. Muteber kitapların ifadelerinden anlaşılan budur. Nitekim *el-Bedâi*’in karz bölümünde denilen şudur: “Karzın hükmü, karz alan kimse için karz aldığı şeyde mülkiyetin derhal sabit olması ve müstakrizin zimmetinde de ödünç alınan şeyin mislinin -mukriz lehine alacak olarak- derhal sabit olmasıdır. *Zâhiru’r-rivâye*’nin cevabı budur. Nevâdir kitaplarında ise Ebû Yûsuf’tan şöyle bir rivâyet bulunmaktadır: ‘Ödünç alan kimse ödünç aldığı şeyi tüketmediği sürece sırf kabz etmekle ona malik olmaz. Öyle ki bir kimse bir ölçek buğdayı ödünç verse, ödünç alan kişi onu kabzetse sonra da zimmetinde olan bu ölçeği yüz dirheme satın alsa bu satın alma işlemi câizdir.’ Ebû Yûsuf’tan gelen diğer rivâyete göre bu satın alma işlemi câiz değildir. Çünkü ödünç veren ödünç alana zimmetinde olan bir şeyi satmıştır, ama zimmetinde bir şey yoktur. Bu ma’dûmun satımıdır ve câiz değildir. Tıpkı evde bir şey olmadığı hâlde ‘Evdeki on ölçek buğdayı sana sattım.’ demesi gibidir. *Zâhiru’r-rivâye*’ye göre ise bu akit sahihtir. Çünkü [ödünç veren], zimmetinde olan bir şeyi satmıştır. Bu işlem tıpkı evinde buğday varken, ‘Evdeki şu kadar ölçek buğdayı sana satıyorum.’ demesi gibidir.”

Anlaşılmış olacağı üzere *el-Bedâi*’de zikredilen husus ödünç alanın -ödünç aldığı şey halen mevcut iken- “Zimmetimde olan ölçeği satın alıyorum.” diyerek yaptığı satın alma işlemidir. Bu surette Ebû Yûsuf’a göre satın alma işlemi câiz olmadığına göre söz konusu kaydın yani “Ödünç olarak aldığı bu belirli ölçek buğday, hâlâ mevcut olsa da hüküm aynıdır.” kaydının Ebû Yûsuf’a göre değil Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre sahih olduğu zaten bellidir. Dolayısıyla Şeyh’in söz konusu kaydın, Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre olması gerektiğini, kendi fıkhi çıkarımı olarak ve kesin olmayan bir ifadeyle sunması onun yeteri kadar araştırmamış ve düşünmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

وأما لو اشترى الكرّ من المقرض لا بعينه^١ بأن يقول «اشترت ما عليّ من الكر» فإن كان الكرّ القرض هالكاً جاز شراؤه عند الكل، وإن كان قائماً موجوداً عنده جاز شراؤه عندهما ولم يجز عند أبي يوسف، هذا هو المفهوم من عبارات المعتمرات، قال في البدائع في كتاب القرض: وأما حكم القرض فهو ثبوت الملك للمستقرض في القرض للحال وثبوت مثله في ذمة المقرض للمقرض للحال وهو جواب ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف في بعض النواذر أن المقرض لا يملك القرض بالقبض ما لم يستهلكه حتى لو أقرض كراً من طعام وقبضه المقرض ثم أنه اشترى الكرّ الذي عليه بمائة درهم جاز البيع، وعلى رواية عن أبي يوسف لم يجز لأن المقرض باع المقرض الكر الذي عليه وليس عليه الكر فكان هذا بيع المعدوم فلم يجز، كما لو باعه الكر الذي في هذا البيت وليس في البيت كرّ، وجاز في ظاهر الرواية لأنه باع ما في ذمته فصار كما إذا باعه الكرّ الذي في هذا البيت، وفي البيت كرّ انتهى.

فلا يذهب عليك أن المذكور في البدائع هو الصورة التي اشترى المقرض الكرّ بأن يقول «اشترت ما عليّ من الكرّ» وكان الكرّ القرض قائماً موجوداً عنده ففي هذه الصورة لما لم يجز شراؤه عند أبي يوسف ظهر أن القيد المذكور في المتن يعني قوله وإن كان الكرّ القرض موجوداً بعد إنما يصح على قولهما لا على قول أبي يوسف فما ذكره الشيخ من كون هذا القيد على قول أبي حنيفة ومحمد على أنه تفقه منه من غير جزم فيه ناشئ من قلة التصفّح والتدبّر.

REHİN

1. Rehin Akdinin Rükünü

[**Teshîl**] Rehin, bir şeyi, ondan alınması mümkün olan bir hak mukabilinde elde tutmaktır. Rehinin rükünü sadece icaptır. Çünkü rehin, bir teberru işlemi olup, -tıpkı hibe gibi- teberruda bulunanın tek taraflı irade beyanı ile tamam olur. Bunun pratik sonuçları yemin konusunda ortaya çıkar. Kabul ise rehinin cevazının şartıdır. Bir görüşe göre kabul de rehinin rüknüdür.”

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in kastettiği şudur: Bir kimse hibe etmeyeceğine veya sadaka vermeyeceğine dair yemin etse ve daha sonra birine hibe veya sadaka verse ancak muhatap bunu kabul etmese -Haddâdî ve diğerlerinde belirtildiği üzere- yemini bozulmuş olur. Aynı şekilde filan kişiye rehin vermeyeceğine yemin eden kimse ona rehin olarak bir şey verse ancak karşı taraf kabz etmese -*el-Bedâi*'in rehin bölümünde geçtiği üzere- yemini bize göre bozulurken Züfer'e göre bozulmaz.¹ *Fethu'l-Kadîr*'in yemin bölümünün çeşitli meseleler başlığı altında şöyle denilmiştir: “Muâvazalı akitler deyimi, alım satım, icâre, sarf, selem, nikâh, rehin ve muhâleada icap ve kabule -birlikte- tekabül ederken, hibe, sadaka, âriyet, atiyye, vasiyet, umrâ, nuhlâ, ikrar ve hediye gibi teberru işlemlerinde ise sadece icaba tekabül eder.”²

Üzerinde düşünenlere kapalı kalmayacağı üzere *Fethu'l-Kadîr* müellifinin rehin akdini, teberru akitlerinin mukabili olan muâvazalı akitler kabilinden sayması, hem metin [*Letâif*] hem şerhte [*Teshîl*] söylenenlere ve *el-Bedâi*'de zikredilene muhaliftir. *Fethu'l-Kadîr*'deki bilgiye göre -*Bedâi*'de zikredilen şekliyle yapılan yemin- Züfer'e göre bozulmadığı gibi bize göre de bozulmaması gerekir. *Bez-zâziyye*'de yer alan şu ifadeler *Fethu'l-Kadîr*'i teyit etmektedir: “Mülkiyetin karşı tarafa intikal etmesi hususunda değil de yeminin bozulması hususunda tek taraf ile tamam olmak bakımından vasiyet, hibe gibidir. Rehin, nikâh ve muhâle ise alım satım gibidir.” Yine *el-Hulâsâ*'da zikredilen şu ifade *Fethu'l-Kadîr*'i desteklemektedir: “Muhammed'e göre karşı tarafın kabulü olmaksızın karz akdi sahih olmaz. Aynı şekilde icâre ve rehin de karşı tarafın kabulü olmaksızın gerçekleşmez. Velhasıl, bedelin mâlî olduğu akitlerde karşı tarafın kabulü olmaksızın yemin bozulmaz. Bedelin mâlî olmadığı akitlerde ise karşı taraf kabul etmese de Muhammed'e ve -bir rivâyette- Ebû Yûsuf'a göre yemin bozulur.”

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâ'*, VI, 137.

2 İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 189.

كتاب الرهن

١. ركن عقد الرهن

[التسهيل] حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه. وركنه الإيجاب وحده؛ لأنه

تبرع؛ فتم بالتبرع كالهبة وتظهر ثمرته في اليمين والقبول شرط جوازه وقيل:

٥ القبول ركنه أيضا.

[فاضل أمير] نقول: يعني لو حلف لا يهب أو لا يتصدق فوهب أو تصدق

ولم يقبل الآخر حنث كما في الحدادي وغيره. وكذا من حلف لا يرهن فلانا

شيئا فرهنه ولم يقبضه يحنث عندنا، وعند زفر لا يحنث كما في البدائع في كتاب

الرهن. وفي متفرقات الأيمان من فتح القدير: «الأصل: أن اسم عقد المعاوضة

١٠ كالبيع والإجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بإزاء الإيجاب والقبول

معًا، وفي عقود التبرعات بإزاء الإيجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية

والوصية والعمرى والنحلى والإقرار والهدية» انتهى.

ولا يخفى على الناظر فيه ما في عَدِّ الرهن من قبيل عقود المعاوضات

المقابلة للتبرعات من المخالفة لما في المتن والشرح وما في البدائع على ما

١٥ نقلناه؛ فعلى ما في فتح القدير يلزم أن لا يحنث في الصورة المذكورة في البدائع

عندنا كما عند زفر ويؤيد ما في الفتح ما قال في البزازية: والوصية كالهبة

في تمامها بالواحد في حق الحنث لا في حق الملك، والرهن والنكاح والخلع

كالبيع»، وما في الخلاصة من قوله: «أما القرض فليس بقرض بدون القبول

عند محمد، وكذا الإجارة والرهن بدونه. فالحاصل: أن كل عقد فيه بدل حالي

٢٠ فالحلف فيه لا يوجب الحنث بلا قبول، وما ليس فيه بدل حالي يوجبه بدونه عند

محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف» انتهى.

Muteber kitaplarda rehin konusunda görülen farklılık, -kimisi kitaplarda rehin vermeyeceğine yemin eden kimsenin yemininin, karşı tarafın kabulü olmaksızın bozulmaması açısından rehin alım satım akdi gibi değerlendirilirken kimilerinde karşı tarafın kabulü olmaksızın da yemin bozulması açısından hibe gibi değerlendirilmiştir- belki de rehin akdinin rüknünün -çoğunluğun dediği gibi- sadece icap mı yoksa -bazılarının dediği gibi- kabulle birlikte icap mı olduğu konusundaki ihtilaftan kaynaklanmaktadır. Allâme-i Rûmî *el-Îzâh*'ta bu noktaya değinmiş ve şunları söylemiştir: "Bazı fakihler rehin akdinde rüknün icaptan ibaret olduğunu söylemiştir. Zira rehin teberru akdi olup, -hibe gibi- sadece teberruda bulunanın icabı ile tamamlanır. *el-Muhîr*'te kabulün de rükne dâhil olduğuna delâlet eden ifadeler vardır."¹ Şeyh de "Bir görüşe göre kabul de rehın rüknüdür." diyerek bu ihtilafı zikretmiştir.

Rehin akdinde rüknün sadece icaptan ibaret olduğunu kabul edenler, filan kimseye rehin vermeyeceğine yemin eden kimsenin ona rehin verip onun kabul etmemesi durumunda yeminini bozmuş olacağını ve filana rehin vereceğine yemin eden kimsenin ona rehin verip onun da kabul etmemesi durumunda yeminini yerine getirmiş olacağını söylemişlerdir. Buna mukabil icap ve kabulün beraberce rehin akdinde rükün olduğunu benimseyenler ise birinci meselede yeminin bozulmuş olmayacağını; ikinci meselede ise yeminin yerine getirilmiş olmayacağını söylemişlerdir.

Filana rehin vereceğine yemin eden kimsenin ona rehin vermesi fakat onun kabul etmemesi durumunda yeminini yerine getirmiş olacağı hükmünü, fakihlerin rehin vermeyeceğine yemin örneğindeki -yani rehin vermeyeceğine yemin eden kimsenin rehin vermesi ancak karşı tarafın kabul etmemesi durumuna ilişkin- sözlerinin mefhûmundan ve Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinin hibe bölümündeki şu sözünden çıkardık: "*en-Nihâye*'de şöyle denilmiştir: "Hibe akdi teberru akdidir. Teberru akdi ise teberruda bulunan kimsenin sözü ile tamamlanır. Dolayısıyla hibe akdi hibe eden cihetiyle sadece icap ile mün'akid olur. Buna binaen kölesini filana hibe edeceğine dair yemin eden kimse köleyi ona verse ancak karşı taraf bu hibeyi kabul etmese Züfer'in aksine bize göre yeminini yerine getirmiş sayılır."²

1 İbn Kemâl, *el-Îzâh*, II,420.

2 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, I, 203.

فلعل أن ما يرى من مخالفة روايات المعثرات في الرهن حيث يفهم من بعضها كون الرهن كالبيع من حيث أن لا يحنث فيه ما لو يوجد القبول ومن البعض الآخر كونه كالهبة في الحنث بمجرد الإيجاب وإن لم يوجد القبول فما هو إلا ثمرة اختلافهم في أن الركن في الرهن هو الإيجاب وحده كما هو قول الأكثر أو مع القبول كما قال به البعض على ما ذكره العلامة الرومي ٥ في الإيضاح وقال: «قالوا: الركن هو الإيجاب بمجرد؛ لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة وذكر في المحيط ما يدل على أن القبول داخل فيه إلخ».

وذكره الشيخ بقوله: «وقيل: القبول ركنه أيضا»؛ فمن قال بكون الركن الإيجاب فقط قال بالحنث فيما حلف أن لا يرهن فرهن ولم يقبل، وبالبر ١٠ فيما حلف أن يرهن فلانا فرهن ولم يقبل. ومن قال بكون الركن الإيجاب مع القبول لم يقل بالحنث في الأولى ولا بالبر في الثانية هذا.

ثم ما ذكرناه من أن من حلف أن يرهن فلاناً فرهن ولم يقبل يكون باراً في يمينه فمما استفدناه من مفهوم كلامهم في صورة النفي يعني من قولهم: حلف أن لا يرهن فرهن ولم يقبل، ومما ذكره المولى الأياثلوغي في شرح المجمع في الهبة بقوله: وفي النهاية أنها تنعقد بالإيجاب وحده في حق الواهب؛ لأنها تبرع فيتم بالمتبرع، ولذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برّ في يمينه عندنا خلافاً لزرر.

Yapılan bu tahlilden de anlaşıldığı üzere muhakkik-i fâzıl İbnu'l-Hümâm'ın, rehni icap ve kabul ile kurulan akitler kapsamında değerlendirmesi -yukarıda Allâme'nin [İbn Kemâl] *el-Muhîr*'ten naklettiklerinde olduğu gibi- bazı fakihlerin benimsedikleri görüşe göre sahihtir. Buna mukabil rehin akdini teberru akitlerinin mukabili olan muâvazalı akitlerden birisi olarak değerlendirmesi ise önde gelen fakihlerin görüşlerine muhaliftir. Zira şerhlerde ve fetva kitaplarında gördüğümüz şey, rehin akdinin teberru akitlerinden sayıldığıdır. Ulaştığımız bu neticeyi teyit eden hususlardan birisi de Molla Kuhistânî'nin, *el-Vikâye* muhtasarı üzerine yazdığı şerhin rehin bahsinde söylediği şu sözlerdir: “Rehin akdinde kabul, icap gibi bir rükün olup fakihlerin pek çoğu bu görüşe meyletmiştir. Buna göre rehin akdi alım satım akdi gibidir. Bu sebeple bir kimse rehin vermeyeceğine yemin etse karşı taraf kabul etmediği sürece yeminini bozmuş olmaz. Bazı fakihlere göre ise rehin akdi bir teberru akdi olduğu için kabul, icabın illet olabilmesinin şartıdır. Bu yüzden rehin akdi ancak teslimle bağlayıcı hâle gelir. Kirmânî'de de olduğu gibi, rehin vermeyeceğine yemin eden kimse karşı taraf kabul etmese de yeminini bozmuş olur. Hibe akdi bir teberru akdi olduğundan ve kabul de bu akitte bir rükün olduğundan bunun tamamlanmış olmayacağı söylenebilir. Çünkü bu konu da aynı görüş farklılığına göre ele alınmaktadır.”¹ Zeylaî şöyle demiştir: Rehin bırakan kişi verdiği rehin mukabilinde karşı taraftan bir şey almayı hak etmemesi cihetiyle rehin akdi bir teberru akdidir. Bu sebeple de kişi buna zorlanamaz.²

Fıkıh kitaplarına aşına olan kimselerin anlayabileceği gibi ikinci gruptaki fakihlerin, rehin akdinin bir teberru akdi olduğunu istidlal ve ta'lil makamında söylemeleri, onun hasım nezdinde de bir teberru akdi olduğunu göstermektedir.

2. Rehin Akdinde Tahliyenin Kabz Sayılması

[**Teshîl**] Alım satım akdinde olduğu gibi rehin akdinde de tahliye kabz hususunda yeterlidir. Sarf akdinde ise tahliye kabz anlamına gelmez. Tahliye ile ilgili meseleler selem bahsinin 'çeşitli meseleler' başlığı altında geçmişti. Tahliye, kabzın önündeki engelin kaldırılması demektir. Başka bir tanıma göre ise tahliye, râhinin, rehin malı mürtehinin almasının mümkün olduğu bir yere koymasıdır.

1 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, s. 463.

2 Zeylaî, *et-Tebyîn*, VI, 63.

وبعد اللتيا والتي أن ما جعله المحقق الفاضل المولى ابن الهمام من أن
الرهن موضوع بإزاء الإيجاب والقبول فهو يصح على ما ذهب إليه بعض
المشايع كما أسلفناه من نقل العلامة من المحيط، وأما جعله ١ من عقود
المعاوضات المقابلة للتبرعات فمخالف لما أطبق عليه أصحاب الفن؛ لأن فيما
وقفنا عليه من الشروح والفتاوى ما رأينا إلا عددهم الرهن من التبرعات. ويدل ٥
على صحة ما قلنا ما في شرح مختصر الوقاية للمولى القهستاني في الرهن
من قوله: «القبول ركن كالإيجاب وإليه مال أكثر المشايخ فإنه كالبيع ولذا
لا يحنث من حلف أنه لا يرهن بدون القبول. وذهب بعضهم إلى أنه شرط
صيرورة الإيجاب علة؛ لأنه عقد تبرع ولذا لا يلزم إلا بالتسليم ويحنث من
حلف به بلا قبول كما في الكرمانى ومن الظن أنه غير تام لكون الهبة تبرعا ١٠
والقبول فيه ركن؛ لأنه على هذا الخلاف كما مر. وقال الزيلعي: ولأن الرهن
عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً ولهذا لا يجبر
عليه» انتهى.

ولا يخفى على المتدرب أن ذكر الفريق الثاني كونه من التبرعات في مقام
الاستدلال والتعليل يفيد كونه تبرعا عند الخصم أيضا. ١٥

٢. اعتبار التخلية قبضاً في الرهن

[التسهيل] وكفى التخلية في القبض كما في البيع بخلاف الصرف. وقد مر
مسائل التخلية في أوائل مشورة السلم. والتخلية: رفع المانع من القبض. وذكر
أن التخلية: أن يضعه الراهن في موضع ليتمكن المرتهن من أخذه.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Rehinde kabzın gerçekleşmesi için tek başına tahliyenin yeterli olmaması gerekir. Çünkü alım satımın aksine rehinde kabzın gerekliliği nas ile sabittir. Nitekim rehinde kabzın şart olduğuna “Ve eğer seferde olur da yazacak birini bulamazsanız, kabzedilmiş rehinler yeter.” (Bakara 2/283) âyetini delil getirmişlerdir. Aslolan, hakkında nas bulunan şeyin varlığının en mükemmel şekilde dikkate alınmasıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Molla Hüsrev *ed-Dürer*'de Şeyh'in bu itirazına şöyle cevap vermiştir: “Hakkında nas bulunan şeyin varlığının en mükemmel şekilde dikkate alınması, nassın sadece o konuyu düzenlemek üzere varit olması durumundadır. Hakkında nas bulunan şeye tabi olarak zikredilen bir şeyin varlığının en mükemmel şekilde dikkate alınması gerekmez. Nitekim alım satımda karşılıklı rıza ‘Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda bâtıl yollarla yemeyin; karşılıklı rızaya dayalı ticaret yoluyla olması durumu ayrı.’ (Nisâ 4/29) âyetiyle emredilmiştir. İtirazcının dediği doğru olsaydı, ikrah altında yapılan satım akdinin fâsit değil bâtıl olması gerekirdi. Demek ki iş itirazcının dediği gibi değildir.”¹

Bu faziletli kişi (Molla Hüsrev), bunları, sözüyle istişhad edilen birine nispet etmeksizin söylemiştir. Verdiği bu cevap benim hoşuma gitmedi. Şöyle ki: Hakkında nas bulunan şeyi müstakil ve tâbi olarak ikiye ayırması, âlimlerimizin ‘tahliyenin hibede kabz olduğu’ görüşleri açısından problemlidir. Nitekim Muhammed tahliyenin hibede kabz sayıldığını söylemiş, mezhebin önde gelen pek çok âlimi de ona tabi olmuştur. Şeyh'in hibe bahsinde belirttiği gibi, Hz. Peygamber'in “Hibe ancak kabzedildiğinde geçerli olur.” şeklinde bir sözü bulunduğu için, hibede kabzın nasla müstakil olarak düzenlendiği söylenmiştir. Buna göre hibede tahliyenin yeterli olmaması ve kabzın en mükemmel biçimde var olması gerekir. Zira tahliye, itiraza cevap veren Molla Hüsrev'e göre kâmil bir biçimde kabz değildir.

Şeyh'in gündeme getirdiği problemi çözecek en kesin cevap, tahliyenin hem hakikaten hem şer'an kâmil kabz olduğunun; dolayısıyla tahliyeye itibar etmenin, en mükemmel şekilde kabza itibar olacağının söylenmesidir. Nitekim *el-Bedâi*'de şöyle denilmektedir: “Kabzın tefsirine gelince kabz; tahliyeden ibarettir. Tahliye de zilyedlik tesis etmenin mümkün olmasıdır ve bu da engellerinin kalkmasıyla gerçekleşir. Râhin, rehin olarak verdiği mal ile mürtehini baş başa bırakmasıyla kabzın önündeki engeller kalkmış olur. Böyle olunca da râhin malı teslim etmiş, mürtehin de malı kabz etmiş olur.

1 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 248-249.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن لا يكفي التخلية في قبض الرهن؛ إذ القبض منصوص في الرهن بخلاف البيع حتى استدلوا على شرطية القبض في الرهن بقوله عز وجل: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة ٢/٢٨٣]. والأصل: أن المنصوص يراعى وجوده على أكمل الجهات.

٥ [فاضل أمير] نقول: أجاب عنه المولى الفاضل مولانا خسرو في الدرر بقوله: «أقول: المنصوص إنما يراعى وجوده على أكمل الجهات إذا نص عليه بالاستقلال وأما إذا ذكر تبعاً للمنصوص فلا يجب أن يراعى وجوده كما ذكر؛ فإن التراضي في البيع منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء ٤/٢٩] فلو صح ما قال المعترض لبطل بيع المكره ولم يفسد وليس كذلك» انتهى بعبارة.

١٠ كذا ذكره هذا الفاضل ولم يعزه إلى واحد ممن يستشهد بقوله ولكن لم يعجبني جوابه هذا؛ لأن على ما اعتبره من أن المنصوص يفرق بين أن يكون المذكور بالاستقلال وبين ذكره تبعاً يشكل ما ذكره من: أن التخلية قبض في الهبة على ما ذهب إليه محمد وأخذ به بعض المشايخ الأجلة الفحول كما قال به الشيخ في كتاب الهبة بأن قيل: إن القبض منصوص عليه بالاستقلال في الهبة حيث قال ﷺ: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة فلزم وجود القبض فيها على أكمل الجهات وأن لا يكتفى فيها بالتخلية؛ إذ هي على ما قال به المولى المجيب ليست بقبض على أكمل الجهات.

٢٠ ولعل الجواب الحاسم لمادة الإشكال الذي^١ أورده الشيخ هو أن يقال: إن التخلية قبض كامل حقيقة وشرعاً فاعتبار التخلية اعتبار القبض على أكمل الجهات قال في البدائع: وأما تفسير القبض: فالقبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من إثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وأنه يحصل بتخيلة الراهن بين المرهون وبين المرتهن فإذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً

١ المقصود به الشيخ بدر الدين.

٢ أ - الذي.

Yapılan bu açıklama *Zâhiru'r-rivâye'* nin cevabıdır. Bu cevabın mantığı şudur: Malın başka yere intikali ve yerinin değiştirilmesi söz konusu olmasa bile tahliye hem örfen hem şer'an kabz sayılır. Tahliyenin örf'e göre kabz sayılmasının sebebi şudur: Kabz ev veya arsa gibi nakli ve yerinden oynatılması mümkün olmayan mallar hakkında da söz konusudur. Nitekim "Şu arsa, şu köy veya şu vilâyet filanın elindedir." denilir ve bundan tahliyeden başka bir şey anlaşılmaz. O da tasarruf yetkisidir. Tahliye şer'an da kabzdır. Çünkü satım akdinde satın alınan mal, akit mahallinden nakledilmeyip müşterinin kabzedeceği şekilde tahliye edilse, bunun kabz yerine geçeceği konusunda icmâ vardır. Sonuç olarak tahliye; mal, akit mahallinden nakledilmese de hem şer'an hem de hakikaten kabzdır. O hâlde mürtehin fiili olarak rehni eline almasa da sadece tahliye kabz için yeterli olmalıdır."¹

Bu ifadelerden anlaşılmış olacağı üzere tahliye kâmil anlamda kabzdır ve rehin akdinde tahliye varsa, şeriâtın itibar ettiği kâmil kabz da var demektir. Burada şöyle bir soru akla gelebilir: Tahliye kâmil anlamda kabz sayılıyorsa, fakihler hibe konusunda neden tahliye ile yetinmeyip menkul olan şeylerin hibesinde kabzın kâmil bir şekilde tahakkuku için -çoğunluğun görüşü olduğu üzere- mutlaka el ile alınması şartını koymuşlardır? Bu soruya şöyle cevap verebiliriz: Fakihlerin, hibenin kabzında hibe edilen şeyin el ile tutulması gerektiğine dair sözleri, kabzın kâmil bir şekilde ancak bu yolla olabileceğini ifade etmediği gibi, tahliyenin kâmil bir kabz sayılmadığını ifade etmek için de söylenmemiştir. Bilakis el ile tutma ve alma olmasa da kabz meydana gelmiş olur. Hibenin kabzında hibe edilen şeyin parmaklarla tutulmasının muteber sayılması, hibe edilen şeyin, kendisine hibe edilenin mülkü hâline gelmesi için öngörülmüştür. Nitekim *el-İhtiyâr*'da şöyle denilmiştir: Hibede kabzın şart olmasının sebebi şudur: Hibe kendisine hibe edilenin kabzı olmadan da onun malı hâline gelseydi, teberruda bulunan kimsenin iltizam etmediği -ki o da malın karşı tarafa teslim edilmesidir- bir şeyle onu yükümlü kılmak durumu ortaya çıkardı. Ayrıca teberru yoluyla oluşan mülkiyet zayıf bir mülkiyet olup bağlayıcı değildir. Hibe edenin hibe edeceği mal üzerindeki mülkiyeti ise kuvvetli bir mülkiyet olup zayıf bir sebeple ortadan kalkmaz. Bir grup sahabeden merfû' ve mevkûf olarak rivâyet edildiğine göre hibe ve sadaka ancak kabz edildiğinde ve karşı tarafın tasarrufu altına girdiğinde câiz olur. Anılan rivâyette hibenin ve sadakanın câiz olmamasından maksat karşı tarafın mala malik olmamasıdır. Yoksa kabz olmasa da hibenin câizliğinde icmâ vardır."²

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, VI, 141.

2 Mevsilî, *el-İhtiyâr*, II, 534.

وهذا جواب ظاهر الرواية. ووجه هذه الرواية: أن التخلية بدون النقل والتحويل قبض في العرف والشرع؛ أما العرف فإن القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار ويقال: هذه الأرض أو هذه القرية أو هذه الولاية في يد فلان ولا يفهم منه إلا التخلية وهو التمكن من التصرف. وأما الشرع فإن التخلية في باب البيع قبض بالإجماع من غير نقل وتحويل ٥ دل على أن التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشرعية فيكتفى به، انتهى. فعلم منه أن التخلية قبض كامل وإذا وجدت التخلية في الرهن فقد وجد القبض الكامل على اعتبار الشرع.

فإن قيل: إذا كانت التخلية قبضا كاملا فما بالهم لم يكتفوا بها في الهبة وقالوا: لا بد في هبة المنقول من الأخذ بالبراجم ليحصل القبض على ١٠ أكمل الجهات كما هو قول الأكثر في قبض الهبة؟ قلنا: ليس اعتبارهم الأخذ المذكور في قبض الهبة لتحصيل كمال القبض ولا لأن التخلية ليست بقبض على أكمل الجهات بل الكمال حاصل بدون هذا الأخذ. وأما اعتبار الأخذ بالبراجم في قبض الهبة فإنما هو ليثبت الملك للموهوب له كما قال في الاختيار: «وأما القبض فلأن الملك لو ثبت بدونه للزم ١٥ المتبرع شيء لم يلتزمه وهو التسليم، ولأن الملك بالتبرع ضعيف لا يلزم وملك الواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف. وقد روي عن جماعة من الصحابة مرفوعا وموقوفا: لاتجوز الهبة والصدقة إلا مقبوضة محوزة والمراد نفي الملك؛ لأن الجواز ثابت بدونه إجماعا» انتهى.

Tebyînu'l-Hakâik'te ise şöyle denilmiştir: “[Hibede] kabz, mülkiyetin sabit olması için şarttır.”¹ Naklettiğimiz görüşlerden anlaşıldığı üzere hibe edilen şeyin parmaklarla kavranmasına dair sarf edilen söz, hibenin mutlaka bu şekilde olması gerektiğini ifade etmeyip, kendisine hibe edilen zat için mülkiyetin sabit olmasını ifade eder. Rehin bölümünde şöyle denilmektedir: Hibe edilen şeyin parmaklarla tutulup alınması hibenin tamamlanması için bizatihi maksat olmadığı için bu ifadenin kullanılmasına da ihtiyaç kalmamıştır. ‘Basiret sahipleri ibret alın!’

Şimdi de sıra Molla Hüsrev'in “Nitekim alım satımda karşılıklı rıza ‘Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda bâtil yollarla yemeyin; karşılıklı rızaya dayalı ticaret yoluyla olması durumu ayrı.’ (Nisâ 4/29) âyetiyle emredilmiştir. İtirazcının dediği doğru olsaydı, ikrah altında yapılan satım akdinin fâsit değil bâtil olması gerekirdi. Demek ki iş itirazcının dediği gibi değildir.” sözü hakkında bir değerlendirme yapmaya geldi. Molla Hüsrev şunu kastetmektedir: Tebean mansus aleyh olan bir şey, en kâmil şekilde dikkate alınmayı gerektiriyor olsaydı alım satım akdinde karşılıklı rıza da en kâmil bir şekilde dikkate alınır ve rızanın yokluğu durumunda alım satımın batıl olduğu -yani mükrehin alım satımının batıl olduğu- söylenirdi. Buna şöyle cevap verebiliriz: Mükrehin satımına fâsit denilmesi, bunu gerektiren bir ilke sebebiyledir ve o ilke şudur: “Mükrehin alım satımı bize göre fâsittir; çünkü akdin rüknu ehlinde ve yerinde sadır olmuştur. Fesâdın sebebi vasfın yokluğudur, bu vasf da rızadır. Rıza ‘Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda bâtil yollarla yemeyin; karşılıklı rızaya dayalı ticaret yoluyla olması durumu ayrı.’ (Nisâ 4/29) âyetiyle şart kılınmıştır. Şartın yokluğu akdin sadece fâsit olmasında etkilidir. Nitekim ribâ konusunda bedellerin eşitliği şartının yokluğunda da durum aynıdır. Şeyh-i Ekmel [Bâbertî] de *el-İnâye*'de² bu husus açıkça belirtmiştir.

3. Mürtehinin Elinde Telef Olan Rehin Tazmin Durumu

[**Teshîl**] On dirhemlik bir borca karşılık rehin bırakılan on dirhem değerindeki elbise mürtehinin elinde helak olsa bu durumda râhinin borcu düşer. Elbisenin değeri beş dirhem ise bu takdirde mürtehin diğer beş dirhem için râhine rücû eder. Elbisenin değeri on beş dirhem ise, beş dirhem fazlalık bize göre emanettir. Züfer'e göre ise rehin bırakan, beş dirhem için mürtehine rücû eder.

[**Şeyh Bedreddin**] Rehin bırakılan mal, mürtehinin elinde emanet hükmünde olduğu için, alacağın rehin bırakılan maldan tahsil etmesi *mâliyyet* (mal olma vasfı) üzerinden olur.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, V, 91.

2 Bâbertî, *el-İnâye*, IX, 240-241.

وفي التبيين: وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك» إلخ. فثبت بهذا أن اعتبار الأخذ بالبراجم لا لتوقف كمال القبض عليه بل لثبوت الملك للموهوب له، وفي باب الرهن لما لم يكن هذا الثبوت مقصودا لم يُحتجْ إلى هذا الاعتبار، فاعتبروا يا أولي الأبصار.

٥ بقي الكلام فيما قاله المولى المجيب: «فإن التراضي في البيع منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء ٢٩/٤] فلو صح ما قال المعترض لبطل بيع المكره ولم يفسد وليس كذلك» فإنه يريد أن يقول: لو كان المنصوص عليه تبعا مستوجبا لكونه مرعيا على أكمل الجهات لكان التراضي معتبرا في البيع على وجه الكمال ويقال ببطلان البيع على تقدير فوات الرضا يعني على بطلان بيع المكره. فنجيب عنه بأن قولهم بفساد بيع المكره لأصل ثابت استدعاه وهو ما قالوا: إن بيع المكره بيع فاسد عندنا؛ لأن ركن البيع صدر من أهله في محله، والفساد لفوت الوصف وهو الرضا وهو الشرط لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا وممن صرح به الشيخ الأكمل في العناية. ١٥

٣. ضمان المرهون الهالك في يد المرتهن

[التسهيل] إذا رهن ثوبًا قيمته عشرة عشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه. فإن كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى. وإن كان قيمته خمسة عشر فالفضل أمانة عندنا وعند زفر يرجع الراهن على المرتهن بخمسة. ٢٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: ويقع الاستفاء بالمالية؛ إذ العين أمانة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: ‘Rehin bırakılan malın mürtehinin elinde emanet olduğu’ ifadesiyle, “Rehnin hükmü; mürtehinin, alacağını rehin bırakılan maldan almasıdır. Bu yüzden rehin bırakılan malın telef olması hâlinde mürtehin, bize göre, tazminle yükümlü olur.” ifadesi arasında çelişki bulunduğu zannedilir. Fakat gerçekte bu ifadeler arasında çelişki yoktur. Şöyle ki; rehin bırakılan malın *mazmûn* (yani tazmin konusu) olmasından maksat *mâliyyet*inin tazmine konu olması; emanet hükmünde olmasından maksat ise *ayn*’ının emanet hükmünde olmasıdır. Nitekim Kuhistânî “Rehin bırakılan malın ayn’ı emanettir; tazmin konusu olan ise ‘*mâliyyet*’tir.” demiştir.¹

Rehin olarak bırakılan şeyin emanet hükmünde olmasının anlamı, mürtehinin elinde kaldığı sürece onda emanet hükümlerinin geçerli olmasıdır. Emanet hükümleri de mürtehinin maldan mutlak olarak -yani istihdam, mesken olarak kullanma, giyme, kiraya verme, ödünç olarak verme ve benzeri şekillerde- istifade edememesi; rehin bırakandan alacağını isteyebilmesi ve râhinin temerrüdü hâlinde hâkime başvurarak onun borç sebebiyle hapsedilmesini talep edebilmesi gibi hususlardır.

Rehin bırakılan malın ‘mâliyyet’inin tazmin konusu olmasının anlamı ise mürtehinin elinde telef olması hâlinde malın alacağı tekabül eden miktarının mürtehinin sorumluluğunda olması ve bu suretle mürtehinin alacağını tahsil etmiş sayılmasıdır.

Alanın muteber kitaplarında bu meseleyi Molla Hüsrev gibi hakkıyla anlatan birini görmedik. Molla Hüsrev *ed-Dürev*’de şöyle demiştir: “Şâfiî’ye göre rehin mürtehinin elinde sırf emanet olup helak olması hâlinde mürtehin hiçbir şekilde tazminle sorumlu değildir. Bize göre mal mürtehinin elinde emanet hükmündedir, ancak mürtehinin zilyedliği, ‘yed-i istifâ’dır (yani rehin bırakılan maldaki alacağını tahsil edebilme zilyedliğidir). Mal telef olunca ‘istifâ zilyedliği’ kesinleşmiş olur. Çünkü mürtehinin, alacağını rehin bırakılan maldan tahsil etmesi ‘ayn’dan değil ‘mâliyyet’ten olur. Tahsilin ayn’dan olması, ki Şâfiî’nin görüşüdür, ‘istibdâl’ (yani alacağın, rehin bırakılan malla değiştirilmesi) anlamına gelir. Hâlbuki mürtehin, ‘müstebdil’ (yani alacağını başka bir malla değiştiren) değil, ‘müstevfi’dir (yani alacağını tahsil edendir). Alacağın tahsili ancak alacağın cinsiyle gerçekleşir ve mallar arasındaki cinsdeşlik ise ayn itibarıyla değil mâliyyet vasfı itibarıyla. Dolayısıyla mürtehin [kendisine rehin bırakılan] ayn hususunda emanetçi konumundadır. Ayn maliyet ilişkisi, tıpkı kese ve içindeki para ilişkisi gibidir.”²

1 Kuhistânî, *Câmi’ü’r-Rumûz*, s. 464.

2 Molla Hüsrev, *Dürevü’l-Hükkâm*, II, 249.

[فاضل أمير] نقول: هذا مما يظن التنافي بينه وبين ما قالوا: «ونجعل حكمه استيفاء يدا فنغرم المرتهن بتلفه» ولكن لا منافاة بينهما حقيقة؛ لأن المراد من كونه مضمونا: أن يكون ماليته مضمونة، ومن كونه أمانة أن يكون عينه أمانة كما قال المولى القهستاني: «فإن العين أمانة والمضمون هو المالية» انتهى. ٥

ومعنى كون العين أمانة: أنها ما بقيت في يد المرتهن يجري عليها أحكام الأمانة؛ من منع تمتع المرتهن به مطلقا أي بالاستخدام والسكنى واللبس والإجارة والإعارة وغير ذلك ومن طلب دينه من الراهن ومن حبس الراهن بالدين إذا ظهر مطله عند القاضي.

١٠ ومعنى كون ماليته مضمونة: هو أنه إذا هلك في يد المرتهن يكون قدر الدين من ماليته مضمونا عليه فيكون المرتهن مستوفيا دينه.

ومما رأيناه من معتبرات الفن لم نر أحدا أوفى حق البيان في هذا المرام مثل الفاضل المحقق مولانا خسرو وحيث قال في الدرر: «واعلم أن الرهن أمانة محضة عند الشافعي حيث لم يجعله مضمونا، وعندنا أمانة لكن يد المرتهن يد استيفاء ويتقرر بالهلاك؛ لأن الاستيفاء يحصل من المالية دون العين. والاستيفاء بالعين كما ذهب إليه يكون استبدالا والمرتهن مستوف لا مستبدل وإنما يحصل الاستيفاء بجنس الحق والمجانسة بين الأموال باعتبار صفة المالية دون العين فكان هو أمينا في العين كالكيس في حقيقة الاستيفاء» انتهى. ١٥

4. Rehin Bırakılan Malın Mürtehinin Elinde Telef Olması

[**Teshîl**] Mürtehin, alacağına karşılık olmak üzere râhinden bir mal satın alsa veya bir şey üzerine sulh yapsa ya da râhin mürtehinine olan borcunu başka birine havale etse sonra da rehin, râhine iade edilmeden önce mürtehinin elinde helak olsa, bu durumda rehin, mürtehinin alacağına karşılık helak olmuş olur; mürtehin [satın alma veya sulh yoluyla alıp] kabzettiği şeyleri geri verir ve havale geçersiz olur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Mürtehinin, alacağı karşılığında satın aldığı malı geri vermemesi gerekir. Çünkü alım satım bölümünde geçtiği üzere borç semen olarak taayyün etmez. Dolayısıyla satın alınanın sahih olması, satın alan mürtehinin de üzerinde anlaşılmış borç miktarını ödemesi gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Mürtehinin akdi feshetme ve alacağına karşılık olarak satın aldığı şeyi râhine iade etme hakkına sahip olması da mümkündür. Bu imkân, -borcun, semen olarak taayyün etmesi sebebiyle değil- müşterinin yani mürtehinin bu akde rızasının semenin râhinin zimmetindeki alacak olmasına bağlı olması sebebiyledir. Çünkü râhindeki alacağını tahsil ederek onunla olan alacak davasından kurtulması bu sayede [yani semenin râhinin zimmetindeki alacak olması durumunda] gerçekleşebilecektir. Rehnin helak olması sebebiyle alacak düştüğünde mürtehinin amacı gerçekleşmemiş olmaktadır. Dolayısıyla mürtehinin râhin ile yaptığı akdi feshedip satın aldığı şeyi râhine geri vermesi mümkündür. Böylelikle bu mesele, Şeyh'in şufa bölümünün son faslında zikretmiş olduğu aslın bir fer'i olur. O asıl şudur: Bir amaçla girişilen tasarruf o amacın geçersiz olmasıyla geçersiz olur.

Bu aslın pek çok fer'i vardır. *el-Fetâvâ'l-Hâniyye*'nin 'Alım Satım Bölümü'nün vekilin tasarrufları kısmında zikredilen şu mesele bu asıl kapsamında yer alan fer'i bir meseledir: "Yanında insanlara ait emanetler ve ticaret malları bulunan bir tüccara emanet sahipleri kendilerine ait malları satması konusunda talimat veriyorlar. Tüccar da bu malları muayyen bir satım bedeli mukabilinde satıyor ve malı müşteriye teslim ederek, 'Ben sattığım malın parasını müşteriden sonra alırım.' diyor; satım bedelini de kendisine ait paradan mal sahiplerine hemen ödüyor. Ardından da malı sattığı müşteri parayı ödemediği önce satın aldığı malı tükettikten sonra iflas ediyor. Bu durumda tüccarın, kendi cebinden vererek mal sahiplerine ödediği parayı geri isteme hakkı vardır. Çünkü tüccar müşteriden tahsil edeceği paranın kendisine ait olması şartıyla mal sahiplerine kendi cebinden ödeme yapmıştı. Söz konusu şart gerçekleşmeyince ödediği parayı geri isteme hakkına sahip olur."¹

1 Kâdihân, *el-Fetâvâ*, Süleymaniye Ayasofya bl., nr. 1589, vr.180a.

٤. هلاك الرهن في يد المرتهن

[التسهيل] فلو شرى المرتهن بدينه عيناً أو صالحاً عنه على شيء أو أحال الراهن مرتهنه بدينه على آخر ثم هلك الرهن عند المرتهن قبل الرد هلك بالدين ورَدَّ المرتهن ما قبضه وبطلت الحوالة.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن لا يرد ما شراه بدينه؛ إذ الدين لا يتعين ثمناً على ما مر في كتاب البيع فينبغي أن يصح الشراء ويجب على المشتري المرتهن قدر الدين المسمى.

[فاضل أمير] نقول: يجوز أن يكون اقتدار المرتهن على فسخ البيع ورَدَّ ما شراه بدينه إلى الراهن بأن يكون رضا المشتري يعني المرتهن على هذا العقد منوطاً بكون الثمن هو الدين الذي في ذمة الراهن ليحصل له الاستيفاء رقبة ويتخلص من المعارضة مع الراهن لا^١ بأن يكون الدين متعيناً للثمنية، فإذا سقط الدين بهلاك الرهن لم يحصل غرض المرتهن فجاز له فسخ البيع في المبيع ورده إليه فتكون المسألة من فروع أصل ذكره الشيخ في الفصل الأخير من كتاب الشفعة وهو قوله: والأصل: أن من باشر التصرف لغرض يبطل ببطلان الغرض» انتهى.

١٥ ولهذا الأصل فروع كثيرة منها: ما في الخانية في تصرفات الوكيل من كتاب البيوع وهو قوله: «يتأخَّرُ عنده ودائع الناس وبضائعهم أمره ببيعها فباعها بثمن مسمى وسلَّم المبيع إلى المشتري وعجَّل الثمن لأرباب الأموال من مال نفسه ليأخذ الثمن بعد ذلك من المشتري ويكون له فأفلس المشتري قبل أداء الثمن وتوى ما عليه كان للبياع أن يسترد من أصحاب الأموال ما عجل من مال نفسه؛ لأنه إنما أعطاهم بشرط أن يكون الثمن له فإذا لم يسلم له الشرط ٢٠ كان له أن يسترده.

١ وفي هامش أ: عطف على قوله: بأن يكون رضا المشتري.

Mevlâ Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinin vekâlet bölümünde zikredilen şu mesele de yukarıdaki aslın bir fer'ididir: "Bir kimse, gâip birine ait bir alacağı tahsil etme konusunda kendisinin vekil olduğunu iddia ediyor. Borçlu da vekâlet iddiasını doğruluyor ve borcunu ödüyor. Alacaklı sonradan ortaya çıkıp vekâlet iddiasında bulunan kimseyi tasdik ederse problem yoktur. Ancak bu iddiayı doğrulamayıp, kendisinin bir vekil tayin etmediğini söylese, borçlu borcunu ikinci bir defa alacaklıya öder ve şayet vekâlet iddiasında bulunana ödediğini, -hala elinde ise- tahsil etmek için ona rücû eder. Çünkü borçlunun ödemedeki amacı zimmetini borçtan kurtarmak idi; bu gerçekleşmedi, dolayısıyla vekilin yaptığı kabzı iptal etme hakkına sahip olur."¹

Şeyh'e verilecek cevabın özü şudur: Mürtehinin bu akdi yapmaya girişmesinin sebebi, alacağına kolayca erişebilmek arzusudur. Rehnedilen mal kendi yanındayken helak olup da alacağı rehne karşılık düşünce, bu maksadı gerçekleşmemiş olur ve yaptığı akit bâtil olur.

5. Mürtehinin Rehin Malı Ailesinden Birinin Yanına Bırakması

[**Teshîl**] Mürtehinin; kendisi, karısı, 'kendisi ile birlikte yaşayan' çocuğu ve hizmetçisinin rehin olarak tutulan malı muhafaza etmesi aynı hükümdedir. Çünkü rehin bırakılan malın ayrı, emanet hükümündedir. Emanetin muhafazası bu kişilerle olur ve kişi, kendisine rehin bırakılan malı bunlara emanet olarak bırakabilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Vedâ bölümünde de geleceği üzere küçük çocuk ve kölenin mürtehin ile 'birlikte yaşıyor olmaları' şart değildir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Demek istiyor ki; 'birlikte yaşıyor olma' kaydı, vedîanın bırakılması hususunda muteber olmadığı gibi, aynı şekilde, rehin hususunda da muteber değildir. Bu, zaten, önde gelen meşâyihin tasrih ettiği bir husustur. Onlar vedîanın başkasına bırakılmasının câizliğinde muteber olanın, vedîanın bırakıldığı kişinin -birlikte yaşıyor olup olmamasına bakılmaksızın- emin/güvenilir biri olmasıdır. Hatta mûda', emin olup olmadığını bilmeden vedîayı kendisi ile birlikte yaşayan birine bıraksa ve vedîa telef olsa, *en-Nihâye*'de zikredildiği üzere, tazminle yükümlü olur.²

1 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, I, vr. 185b.

2 Sıgnâki, *en-Nihâye*, II, vr. 289b.

ومنها: ما في شرح المجمع للمولى الأياثلوغي في كتاب الوكالة وهو قوله: «ولو ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم في الوكالة أمر بالتسليم إليه، فإذا حضر فإن صدقه وإلا سلم ثانيا ورجع على الوكيل إن كان في يده؛ لأن الغرض من الدفع براءة الذمة ولم توجد له نقض قبضه» انتهى. ٥

فخلاصة الجواب: أن المرتهن إنما باشر هذا العقد ليخلص له دينه بسهولة، فإذا فات هذا الغرض بهلاك الرهن في يده وذهاب الدين بمقابلته بطل تصرفه.

٥. دفع المرتهن المرهون إلى أحد عياله

١٠ [التسهيل] حفظ هو وزوجته وولده وخادمه وهما في عياله؛ إذ عينه أمانة عنده، والحفظ يكون بهؤلاء فملك الدفع إليهم كالوديعة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: سيجيء في كتاب الوديعة: أن الولد الصغير والعبد لا يشترط أن يكونا في عياله.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن قيد الكينونة في العيال ليس بمعتبر في دفع الوديعة فكذا لا يعتبر في الرهن. فهذا مما صرح به فحول المشايخ وقالوا: ١٥

المعتبر في جواز دفع الوديعة إلى الغير كون المدفوع إليه أمينا من أمنائه سواء كان في عياله أو لم يكن حتى لو دفع إلى من في عياله من غير أن يعلم أمنته يلزمه الضمان كما في النهاية.

*el-Bedâi*¹ ve *et-Tebyîn*² müellifleri bu meseleyi geniş bir şekilde izah etmişlerdir. Burada zikredilenlerin özü, Allâme-i Rûmî'nin *el-Îzâh*'taki şu ifadeleridir: “[*el-Vikâye* sahibi], mûda‘ vedîayı bizzat kendisi koruyabildiği gibi güvenilir saydığı biri vasıtasıyla da koruyabilir.” demiş, ‘kendisiyle birlikte yaşayanlar’ dememiştir. Zira vedîayı aynı evde yaşayan birine vermek o kişinin güvenilir biri olması şartına bağlıdır. Güvenilir olduğu anlaşıldıktan sonra aynı evde yaşıyor olması şart değildir.”³ *ez-Zehîre*'de ise şöyle denilmiştir: Vedîayı kendisiyle birlikte yaşamayan emin saydığı birine vermesi câiz olup fetva buna göre verilmiştir.

Bu ifadelerden anlaşıldığı üzere pek çok fıkıh metninde bulunan kendisine vedîa bırakılan kimsenin, mûda‘ ile birlikte yaşıyor olması kaydı, aynı evde yaşamayan kimseleri hükmün dışına çıkartmak için konulmuş ihtirâzî bir kayıt olmayıp, yaygın uygulama dikkate alınarak konulmuştur. Şeyh'in aynı evde yaşamanın şart olmamasını küçük çocuk ve köleye tahsis etmesi, genel olması gereken bir yerde yapılmış bir tahsistir.

6. Başkasının Borcunu İzinsiz Ödemek

[**Teshîl**] Başkasına ait bir borcu onun talimatı olmadan ödeyen kişi teberra etmiş sayılır. Şayet bu ödemeyi hâkimin emriyle yapmışsa bunu geri almak üzere rücû edebilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Molla Hüsrev, *ed-Dürer*'in ‘Bulutlu çocuk’ bölümünde şöyle demiştir: “Metinde ‘en sahih görüşe göre’ kaydını konulmasının sebebi şudur: Hâkimin lakîte harcama yapılması konusunda verdiği talimat, Tahâvî'nin belirttiğine göre, harcanılan parayı tahsil etmek için lakîte rücû edebilme konusunda yeterlidir. Nitekim bir kimse başka birinin borcunu hâkimin emriyle ödemişse ödediği parayı almak için ona rücû edebilir. En sahih görüşe göre ise hâkim “Ödediğin para senin için onun zimmetinde borç olmak üzere onun borcunu öde!” şeklinde açıkça emretmemişse rücû edemez. Çünkü hâkimin bu şekilde ayrıntıya girmeden salt ‘Onun borcunu öde!’ demesi, teşvik ve yönlendirme anlamına gelebilir. Bu şekilde ihtimalli bir söz ile rücû olmaz.”⁴

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi*, VI, 208.

2 Zeylaî, *et-Tebyîn*, V, 77.

3 İbn Kemâl, *el-Îzâh*, II, 290.

4 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 129.

وبسط الكلام في هذه المسألة صاحب البدائع والتبيين. ومحصل ما ذكر هنا هو ما قاله العلامة الرومي في الإيضاح في شرح قوله: ^١ «وله حفظها بنفسه وأمينه» «لم يقل «وعياله» لأن الدفع إلى العيال إنما يجوز بشرط الأمانة وعند تحققه لا حاجة إلى كونه عيالا. وقال في الذخيرة: لو دفعها إلى أمين من أمنائه
٥ وليس في عياله يجوز وعليه الفتوى» انتهى.

فظهر بهذا أن قيد كون المدفوع إليه في عيال المودع الواقع في أكثر المتون خارج مخرج الغالب لا للاحتراز عن الكائن في غير عياله، وإن تخصيص الشيخ عدم اشتراط الكينونة في العيال بالولد الصغير والعبد تخصيص في مقام التعميم.

٦. قضاء دين الغير بلا أمره

١٠ [التسهيل] تبرع من أدى ما على الآخر بلا أمره، رجع لو أذاه بأمر الحاكم
[فاضل أمير] نقول: قال المولى الفاضل مولانا خسرو في كتاب اللقيط:
«وإنما قال في الأصح؛ لأن مجرد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي في الرجوع
على اللقيط فيما ذكره الطحاوي كما^٢ إذا قضى دينا على شخص بأمر القاضي
فإنه يرجع عليه، وفي الأصح لا يرجع إلا إذا صرح بقوله: ادفعه على أن يكون
١٥ دينا عليه؛ لأن مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال»
انتهى.

١ أي صاحب الوفاية.

٢ ح- وإنما قال في الأصح؛ لأن مجرد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي في الرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوي كما.

Dikkatlice düşünen kimseye aşikâr olacağı üzere, başkası üzerindeki bir borcu ödeyen kimsenin [ödediğini almak üzere] rücû edebilmesinde dikkate alınan şey, ödeyen kimsenin muztar olması -yani bu ödemeyi yapmak durumunda kalması- veya hâkimin ödemeyi emretmiş olmasıdır. Birinci durumda rücû hakkının bulunması, Allâme-i Rûmî'nin *el-Îzâh*'ın 'Alım Satım Bölümü'nün çeşitli meseleler başlığı altındaki şu ifadelerine göredir: "İki kişi bir şey satın aldıktan sonra biri ortadan kaybolsa orada hazır bulunan [ortak], parayı ödeyip malı kabzetme ve -ortadan kaybolan ortak gelip kendi payını alıncaya değin- malı alıkoyma hakkına sahiptir. Bu hakka sahiptir; çünkü, akit tek olduğu ve kendi payından yararlanması ancak satım bedelinin tamamını ödemesiyle mümkün olacağı için bu ödemeyi yapmak durumunda kalmıştır. Diğer adına ödediğinin tamamını almadıkça birlikte satın aldıkları malı alıkoyma hakkına sahiptir. Muztar -yani ödemek durumunda kalan- kişi rücû eder."¹ *Câmi'ü'l-Fusûleyn*'in otuz altıncı faslında şu bilgi vardır: Üst hakkı sahibi, -alt katın sahibi hazır olsun veya olmasın- [hakkı olan üst hakkına ulaşabilmek için] alt katı yapmak zorundadır. Zira hâkim, orada hazır bulunması durumunda alt katın sahibini alt katı yapması için icbar edemediği gibi gâip olduğunda bir başkasına [üst katın sahibine] bunu yapmasını emredemez. Böyle olunca üst hakkının sahibi olan kişi, [kendi katını yapabilmek için] alt katı yapmaya mecbur kalmaktadır. Bir işi mecbur/muztar olarak yapan ise teberru yapmış olmaz. [Yani alt katın sahibine rücû eder.]"

İkincisi, yani hâkimin mücerret emriyle emredilen şeyin yerine getirilmesi durumunda rücû hakkının sabit olması ise *el-Hidâye*'nin nafaka bölümünün sonundaki şu bilgiye göredir: "Hâkimin, nafaka yükümlüsü adına borçlanma (istidâne) izni vermesi hâlinde nafaka alacaklısı onun adına borç alabilir. Çünkü hâkim, 'velâyet-i âmme' -yani genel yetki- sahibi olduğu için onun izin vermesi, gâibin izin vermesi gibi olur ve nafaka alacaklısının aldığı borç, nafaka yükümlüsünün borcu olur."²

1 İbn Kemâl, *el-Îzâh*, II, 159.

2 Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 385.

لا يخفى على المتتبع أن المعتبر في رجوع من أدى ما على الآخر عليه كون ذلك المؤدي مضطرا في أدائه أو أمر القاضي بأدائه؛ أما الأول فلما قال العلامة الرومي في الإيضاح في مسائل شتى من كتاب البيوع «وإن شرى اثنان وغاب أحدهما فللحاضر دفع ثمنه وقبضه وحبسه إن حضر الغائب إلى أن يأخذ حصته؛ لأنه مضطر؛ إذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لأن البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي منه شيء، والمضطر يرجع». وفي الفصل السادس والثلاثين من جامع الفصولين «وأما ذو العلو فمضطر في بناء السفلى حضر صاحبه أو غاب إذ القاضي لا يجبره حاضرا فلا يأمر غيره بالبناء عليه غائبا فاضطر والمضطر ليس بمتبرع» انتهى. ١٠

وأما الثاني وهو بمجرد أمر القاضي يلزم عليه الائتمار فهو ما قال في الهداية في أواخر باب النفقة قال: «إلا أن يأذن القاضي في الاستدانة عليه؛ لأن القاضي له ولاية عامة فصار إذنه كأمر الغائب فيصير دينا في ذمته».

Câmi'ü'l-Fusûleyn'in mezkûr faslında şöyle denilmiştir: Köle sahibinin veya ekinin ortağı gâipse hâkim hazır olan kişiye daha sonra tahsil etmek üzere [köle ve tarla için] harcama yapmasını emreder. Zira hâkim, hazır olması hâlinde cebren yaptırma yetkisine sahip olduğu her hususta [onun adına] harcama yapmayı emretme yetkisine de sahiptir. Yine aynı fasılda şöyle denilmiştir: İki kişi aralarındaki duvarı [yeniden yapmak üzere] yıksalar ve ikisinden biri tekrar yapmaktan kaçınsa yapmaya icbar edilir. Duvarın kendiliğinden yıkılması durumunda ise icbar edilemez. Fakat duvarı birisinin yapması hâlinde, harcamanın hâkimin emriyle olması durumunda yaptığı harcamanın yarısını; harcamanın hâkimin emriyle olmaması durumunda ise binanın kıymetinin yarısını almadıkça diğerinin kullanmasına izin vermez.

Naklettiğimiz bütün bu rivâyetlerden anlaşıldığı üzere hâkimin emri, kocası gâip kadının kocası adına borçlanmasına ilişkindir. Yıkılan duvarın yapılması ve benzeri meselelerde ise 'hakimin emri' kaydı bulunmamaktadır. Lakît ve lukataya infakın emredilmesi meselesinde ise hâkimin, çocuğu bulup alan kişiye "Ödediğin para senin lehine onun zimmetinde borç olmak üzere onun nafakasını karşıla!" demesi şart koşulmuştur. Sonuçta [farklılık arz eden bu rivâyetler sebebiyle] bu konuda bizim için bir karmaşa oluştu. Etrafıca bir araştırmadan sonra Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinin lakît bölümünde şu ifadeleri gördüm: "Tahâvî, [buluntu çocuk için] hâkimin mücerret emriyle harcama yapan kişinin, -tıpkı birinin borcunu hâkimin emriyle veya bizzat kendisinin talimatıyla ödemiş gibi- ehliyet sıfatını kazanmasından sonra lakîte rücû edebileceğini söylemiştir. Şemsüleimme ise rücû şartı koşulmamışsa en sahih görüşe göre rücû edemeyeceğini söylemiştir. Çünkü mutlak izin, teberru'un ikmali yönünde bir teşvik olabilir. İşte bu ihtimal rücû'un baştan şart koşulmasıyla ortadan kalkar. Nitekim bir başkasına ait bir borcu hâkimin mutlak emriyle ödemesi meselesi ise "zekatımı benim adıma birine ver!" örneğinde olduğu gibi baştan [sonra geri ödeyeceğine dair] şart konuşulmamışsa, ödemeyi yapanın rücû hakkı doğmaz. Fakat birine olan borcunu ödemesini söylemesi bundan farklıdır. Zira başkasına ait bir borcun ödenmesi teberru değildir."¹

1 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, I, vr. 223a.

وقال في الفصل المذكور من جامع الفصولين «ولو كان شريك صاحب القن أو الزرع غائبا فيأمره القاضي بالإنفاق ليرجع على الآخر إذ للقاضي ولاية الأمر بالإنفاق في كل موضع له ولاية الجبر لو حاضراً». وفي هذا الفصل منه «ولو هدمما حائطا بينهما فأبى أحدهما عن بنائه يجبر، ولو انهدم لا يجبر ولكنه يبنى الآخر فيمنعه حتى يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضي ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضي» انتهى.

فظهر من هذه الروايات أن في أمر القاضي باستدانة الزوجة على زوج الغائب وفي مسألة الإنفاق على الحائط المنهدم وأمثاله لم يقيد أمر القاضي بالشرط وأما في مسألة الأمر بالإنفاق على اللقيط واللقطة فاشترط قول القاضي للملتقط: أنفق عليه على أن يكون دينا عليه. فحصل لنا اشتباه في الباب وبعد تصفح تام رأيت في شرح المجمع للمولى الأياثلوغي أنه قال في كتاب اللقيط: قال الطحاوي: يرجع بمجرد أمره كأن قضى حقا عليه بأمر القاضي أو أمره بنفسه بعد الأهلية وقال شمس الأئمة: الأصح أنه لا يرجع ما لم يشترط الرجوع لأن مطلق الإذن قد يكون للترغيب في إتمام تبرعه وهذا الاحتمال إنما يزول بشرط الرجوع فصار كقوله: أد عني زكاتي فإنه لا يرجع إلا بالشرط بخلاف الدين لأنه ليس بتبرع» انتهى.

Buradan, başkasına ait olan borcun, edası vâcip olan bir borç olması ile, böyle bir borç olmaması arasında fark bulunduğu anlaşılmaktadır. Buna göre söz konusu borç, gâip kocanın ödemesi gereken nafaka borcu gibi veya hâkimin çocuk, anne-baba, mahrem akrabalar için ödenmesine hükmettiği nafaka borcu gibi 'ödenmesi vâcip' bir borç ise ve hâkim birinci durumda gâip koca aleyhine borçlanmaya; ikinci durumda mahrem olan akraba lehine borçlanmaya izin vermişse, hakimin mücerret emriyle yetinilir. Böyle bir borç değilse, lakît veya lukatanın nafakası gibi ise bu durumda hâkimin mücerret emriyle yetinilmez. Ayrıca, en sahih görüşe göre, rücû şartının da konuşulmuş olması gerekir.

Bu suretle ortaya çıkan karışıklık giderilmiş ve Şemsüleimme'nin sözünün mefhûmunun ıtırâdı durumunda söz konusu olabilecek kuşku ortadan kalkmıştır.

7. Şâyi Hisseli Malların Rehnedilmesinin Hükümü

[**Teshîl**] Taksim edilebilir olsun veya olmasın, alacağın tahsiline mâni olduğu için şâyi hisseli bir şeyin rehnedilmesi, bize göre, câiz değildir. Şâfi'ye göre ise şâyi hisseli malın satımı câiz olduğu gibi rehin bırakılması da câizdir. Malın yarısı hususunda akdin feshedilmesi sebebiyle veya malın yarısının başkasına ait olduğunun anlaşılması sebebiyle sonradan gerçekleşen şüyû ile -az önceki gerekçeden [şüyû'un, alacağın tahsiline mâni olması] dolayı- rehin akdi fâsit olur. Ebû Yûsuf, bir rivâyette, tıpkı hibe gibi, rehin akdinin de sonradan gerçekleşen şüyû' sebebiyle fâsit olmayacağına ve devam edeceğine hükmetmiştir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Hibe bölümünün tekmile kısmının sonunda, hibenin sonradan meydana gelen şüyû ile bâtil olacağına delâlet eden bir ifade vardır, o da şudur: Bir kişi, araziyi üzerindeki ekini ile birlikte birine hibe etse, daha sonra ekinin başkasına ait olduğu anlaşılrsa, ekini ile arazi ittisâl yoluyla birleşmiş oldukları için, -tıpkı arazinin şâyi bir hissesinin başkasına ait olduğunun anlaşılması durumunda olduğu gibi- akid arazi hakkında bâtil olur. Yine orada şu da söylenmiştir: "Sadaka ve rehin, bu hususta, tıpkı hibe gibidir." Yani bunlar da hibe gibi sonradan gerçekleşen şüyû sebebiyle bâtil olurlar.

فالمستفاد منه أن يكون فرق بين كون ما على الآخر ديناً واجب الأداء وبين كونه غير دين؛ فإن كان ديناً عليه كالنفقة المفروضة على الزوج الغائب وكالنفقة التي قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الأرحام بها وأذن القاضي في الاستدانة على الزوج الغائب في الأولى وعلى ذي رحم محرم في الثانية ٥
يكتفى فيه بمجرد أمر القاضي، وإن لم يكن ديناً كذلك كنفقة اللقيط واللقطة فلا يكتفى فيه بأمر القاضي مجرداً بل لا بد فيه على القول الأصح من شرط الرجوع.

وبهذا تنحل الشبهة ولا تبقى فيه ريبة إن اطرده ما هو المفهوم من كلام شمس الأئمة.

١٠ .٧ حكم رهن المشاع

[التسهيل] لم نجز رهن المشاع لإبائه الاستيفاء سواء كان مما يقسم أو لا، وللشافعي جواز بيعه. ولو طرأ الشيوع يفسخ العقد في النصف أو استحقاقه مثلاً فسد لما مر من أن الاستيفاء ينافي الشيوع، يحكم أبو يوسف ببقائه في رواية كهبة تبقى ولا تفسد بطرو الشيوع.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ذكر في آخر تكملة كتاب الهبة ما يدل على أن الهبة تبطل بطرو الشيوع وهو قوله: أنه لو وهب أرضاً بزرعها ثم استحق الزرع تبطل الهبة في الأرض لاتحادهما بالاتصال فكأنه استحق البعض الشائع. وذكر ثمة أن الصدقة والرهن في هذا كالهبة أي تبطل بطرو الشيوع.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu konunun mahiyeti şudur: Hibe, akde mukârin şüyû ile fâsit olursa da sonradan olan şüyû ile fâsit olmaz. Rehin ise her iki durumda da fâsit olur. Rehin konusunda, sonradan ortaya çıkan şüyû ile akitle beraber var olan şüyü, sahih görüşe göre, aynı hükme tabidir. Ebû Yûsuf'tan bir rivâyette rehin akdi de -hibede olduğu gibi- sonradan meydana gelen şüyû ile fâsit olmaz. Bu husus anlaşıldığında metinde geçen 'Ebû Yûsuf, bir rivâyette, tıpkı hibe gibi, rehin akdinin de sonradan gerçekleşen şüyû' sebebiyle fâsit olmayacağına ve devam edeceğine hükmetmiştir.' ifadesinin anlamı ve Şeyh'in 'hibenin sonradan beklenmedik biçimde ortaya çıkan şüyû ile fâsit olmayacağı' rivâyetine, -hibe bölümünün sonunda yer alan- 'ekinin başkasına ait olduğunun ortaya çıkması durumunda hibenin fâsit olmasının, hibenin sonradan ortaya çıkan şüyû sebebiyle fâsit olacağını gösterdiğini' söyleyerek itiraz etmesinin, istihkâk sebebiyle gerçekleşen şüyû, şüyû-ı târi zannetmesinden kaynaklandığı da anlaşılmış olur. Molla Ahî Çelebi'nin Sadruşşerîa'nın *el-Vikâye* şerhi üzerine yazdığı hâşiyesindeki şu sözleriyle Şeyh'e cevap verilmiş olur: "*et-Tevfik* ve *el-Kâfi* adlı kitaplar da belirtildiğine göre, istihkak sebebiyle ortaya çıkan şüyû, akde mukârin -yani akdin yapıldığı esnada mevcut- şüyû olarak kabul edilmektedir. Bu görüş, beyyine ile ispatlanması durumunda istihkâkın, hibe akdinin öncesinde mevcut olacağı; dolayısıyla da *târi* değil *mukârin* olacağı kabulüne dayanır."

Ahî Çelebi'den naklettiğimiz bu ifadelerle Şeyh'in rivâyetler arasında çelişki bulunduğu iddiası giderilmiş oldu. Şöyle ki; tarlayla birlikte hibe edilen ekinin başkasına ait olduğunun ortaya çıkması durumunda hibenin fâsit olması, hibe akdinin öncesinde mevcut olan şüyû (mukârin şüyü) sebebiyledir. Yine 'Sadaka ve rehin, bu hususta, tıpkı hibe gibidir.' ifadesini, Şeyhin, 'Yani bunlar da hibe gibi sonradan gerçekleşen şüyû sebebiyle bâtil olurlar.' şeklinde tefsir etmesi de aynı yanlış zandan kaynaklanmıştır. O ifadenin doğru tefsiri şöyledir: Sadaka ve rehin; ekinin, tarlayla birlikte tasadduk edilmesinden veya rehnedilmesinden sonra istihkâkı sebebiyle batıl olur, tıpkı hibenin de [akitten sonra gerçekleşen] bu istihkâk sebebiyle bâtil olması gibi. Söz, Allah'ın tevfiğiyle, düzgünleşti ve ifadeler arasında uyum sağlanmış oldu.

[فاضل أمير] نقول: تحقيق المقام هو أن الهبة تفسد بالشيوع المقارن لا بالشيوع الطارئ، والرهنُ يفسد بهما والطارئ فيه كالمقارن على الصحيح. وفي رواية عن أبي يوسف أن الرهن لا يفسد بالشيوع الطارئ كما أن الهبة لا يفسد به. إذا تقرر هذا ظهر معنى ما في المتن من قوله: «ويحكم أبو يوسف ببقائه في رواية كهبة». وإيراد الشيخ على قولهم: الهبة لا تفسد بالشيوع الطارئ قائلاً بأن ما ذكر في تكملة كتاب الهبة من مسألة استحقاق الزرع يدل على فساد الهبة بالشيوع الطارئ على زعم أن الشيوع الحاصل بالاستحقاق شيوع طارئ. فالجواب عنه حاصل بما في حاشية صدر الشريعة لمولانا أخي [جلبي] من قوله: «وقد عد الشيوع الحاصل بالاستحقاق في التوفيق والكافي شيوعاً مقارناً بناء على أن الاستحقاق إذا ظهر بالبينه كان مستنداً إلى ما قبل الهبة فتكون مقارناً لا طارئاً» انتهى.

وبهذا اندفع ما أورده الشيخ؛ لأن القول بفساد هبة الأرض عند استحقاق الزرع من حصول الشيوع المقارن. ثم ما ذكره من تفسير قولهم: إن الصدقة والرهن في هذا كالهبة بقوله: «أي تبطل بطرو الشيوع» فمبني على زعمه الكاسد. والتفسير الصحيح أن يقول: أي يبطل كل منهما باستحقاق الزرع بعد ما تصدق بالأرض مع الزرع أو رهنها معه كما بطلت الهبة بذلك الاستحقاق فاستقام الكلام وحصل الالتيام بتوفيق الله العلام.

8. Rehin Akdinde İcâp ve Kabulün Tek Kişi Tarafından İcrası

[Teshîl] Baba, çocuğunun kendisine olan borcuna karşılık onun malını rehin olarak tutsa veya diğer bir çocuğuna ya da üzerinde borç bulunmayan tacir kölesine rehin bıraksa akit sahih olur. Çünkü baba çocuğuna olan kemâl-i şefkati ve tam velâyeti sebebiyle akdin iki tarafı yerine kaimdir ve ibaresi iki kişinin ibaresi gibi olup akdin her iki tarafını temsil edebilir. Nitekim çocuğun malını kendisine satın alması meselesi de böyledir. Vasînin ise böyle bir yetkisi yoktur... Çünkü vasî mahza vekildir ve satımda olduğu gibi, rehinde de akdin iki tarafını temsil edemez.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Vasînin, yetimin malını kendisi için satın almasının câiz olmamasına dair hükümde 'satımın yetim için hayırlı olmaması durumunda' kaydını mutlaka koymak gerekir. Zira vasînin kendi malını yetime satması veya yetimin malını kendisi için satın alması, akdin yetim için hayırlı olması durumunda Ebû Hanîfe'ye ve -son görüşünde- Ebû Yûsuf'a göre câizdir. Mevlâ Ayasuluğî *el-Mecma'* şerhinde şöyle demektedir: Ebû Hanîfe'ye göre vasî, -çocukları hususunda babanın halifesi olduğu için- baba gibidir. Ancak babanın, kendi nefsinin evladına tercih etmesine engel olacak ölçüde geniş şefkati sebebiyle tasarrufları kayda tabi tutulmadan mutlak olarak câiz görülürken, vasînin tasarrufları için faydalı olma şartı getirilmiştir. Bu bakımdan vasînin faydalı olduğu anlaşılan tasarrufu câiz olur. Zira ancak bu şekilde yapılan tasarruf, "Olgunluk çağına erinceye değin, yetimin malına, en güzel biçim dışında yaklaşmayın!" (En'âm 6/152) âyetine muvafık olarak yetimin malına en güzel bir şekilde yaklaşmak anlamına gelir. Bu meselede Ebû Yûsuf sonradan Ebû Hanîfe'nin görüşüne dönmüştür.

İmâdî'nin *el-Fusûl* adlı kitabında şöyle denilmiştir: Vasî yetimin malını kendisi için satın alırsa yapılan akit yetim için faydalı ise câiz olur. Akdin yetim için faydalı olması şöyle olur: Kıymeti on lira olan bir malı on beş liraya satın alır veya kıymeti on beş lira olan kendi malını yetime on liraya satar. Bu şekilde yapılan akit yetim için faydalıdır. Bunun ötesinde yetim için faydalı olmayan akitler ise câiz değildir. Bu kural hep akılda tutulmalıdır. Fetva da zaten buna göre verilmektedir. Mevlâ Ayasuluğî akdin yetim için faydalı olmasını vasînin, yetimin akarını iki katı ile; akar dışındaki eşyasını ise bir buçuk katı ile satın alması şeklinde tefsir etmiştir.

٨. تولي الواحد طرفي عقد الرهن

[التسهيل] ولو رهن الأب من نفسه أو من طفله أو من قن له تاجر لا دين عليه متاع الصبي صحَّ؛ إذ الأب لوفور شفقتة وكمال ولايته نُزِّل منزلة شخصين وقامت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصبي من نفسه فتولى طرفي العقد ضد الوصي... لأنه وكيلٌ محضٌ فلم يتولَّ طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع.

[فاضل أمير] نقول: لا بد هنا من قيد «ما لم يكن البيع خيرًا لليتيم» لأن بيع الوصي ماله من اليتيم أو شرائه مال اليتيم لنفس الوصي جائز عند أبي حنيفة -رحمه الله- إذا كان خيرًا لليتيم، وعند أبي يوسف أيضا في قوله المرجوع إليه. قال المولى الأياثلوغي في شرح المجمع: «وله^١ أن الوصي كالأب؛ لأنه خليفته على أولاده لكن الأب لوفور شفقتة المانع عن إيثار نفسه على ولده أطلق له التصرف واشترط في الوصي ظهور النفع فحينئذ يجوز؛ لأنه قربان مال اليتيم على وجه الأحسن قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام ١٥٢/٦] وأبو يوسف رجع إلى قول أبي حنيفة» انتهى.

وفي فصول العمادي «اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه يجوز إذا كان خيرا لليتيم. وتفسير الخيرية: أن يشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر أو يبيع مال نفسه منه ما يساوي خمسة عشر بعشرة فهو خير وبما فوقها لا، وهذا مما يحفظ وبه يفتى» انتهى. وقد فسّر المولى الأياثلوغي النفع لليتيم: بأن يشتري عقاره بضعف قيمته وعروضه بقيمة ونصف.

9. Rehin Bırakılan Malın Helak Olması

[**Teshîl**] Ağırılık ve kıymet bakımından alacağı denk malın rehin alanın elindeyken kırılıp değerinin düşmesi durumunda, Muhammed râhini, borcun tamamına karşılık rehni çözmek veya rehni borca karşılık saymak arasında muhayyer bırakmıştır. Çünkü rehin mal bir yönden 'bâki' bir yönden 'hâlik', yani telef olmuştur. Baki olması yönü dikkate alınarak borcun tamamına karşılık rehin çözülebildiği gibi, kırılma helak olarak dikkate alınarak rehnin tamamı borca mukabil sayılabilir.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ise râhini, borcun tamamına karşılık rehni çözmek veya mürtehinin, rehin bırakılan malın cinsinden veya farklı bir cinsten bir mal ile tazmin ettirilmesi arasında muhayyer bırakmışlardır. Bu durumda tazmin için bırakılan mal mürtehinin yanında rehin kalmış olur. Râhinin bıraktığı kırılan mal ise kıymetini tazmin ettiği için mürtehinin mülkiyetine geçer. Râhin rehni çözmeye icbar edilemez. Çünkü rehin malın kalite kaybından dolayı borcun bir kısmı düşecek olsaydı bu takdirde mürtehin salt kalite vasıtasıyla borcunun birkismini ödemiş olacaktı. Hâlbuki kalitenin tek başına bir kıymeti yoktur. Şayet râhini bu durumda borcun tamamı karşılığında rehni çözmeye icbar edecek olsaydık râhin, kalite kaybından dolayı bundan zarar görürdü. Bu yüzden râhini iki seçenek arasında muhayyer bıraktık.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bütün bu meselelerin tamamında Muhammed'in görüşünün tercih edilmesi mümkündür. Çünkü kırılma, helak olarak kabul edilirse rehnin borca karşılık helak olmuş sayılması gerekir. Nitekim Muhammed'in "Râhin dilerse onu borcuna karşılık mürtehine ait kılar." şeklindeki sözü bunu anlatmaktadır. Kırılma helak sayılmadığı takdirde ise -kırılan bu mal karşılığında mürtehinin kıymetini tazmin etmesi ve tazmin ettiği bu malı kendi yanında rehin olarak tutmasının bir izahı olamaz. Çünkü mürtehinin hukuka aykırı haksız bir davranışı olmadı ki tazminle sorumlu olsun.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Biz Şeyh'in zikrettiği ikinci şıkkı tercih ediyoruz ki o da kırılmanın helak sayılmamasıdır. Bu meselede rehin bırakılan şeyin kıymetinin tazmin edilmesi, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un bu konuda esas aldığı ilkeye mebnidir. Zeylâi et-Tebyîn'de şöyle demiştir: "Bu hususta Ebû Hanîfe'ye göre ilke şudur: Rehin bırakılan gümüş ibriğin helak olması durumunda itibar edilecek olan şey, ibrik üzerindeki işçilik/sanat ve kalite değil ibriğin ağırlığıdır. Çünkü vezin asıl, işçilik vasıftır.

٩. هلاك المال المرهون

[التسهيل] ولو ساوى وزناً وقيمةً فانكسر فنقصت قيمته خيّر محمد الراهن بين فكّه بكلّ الدين وجعله به لأنه باقٍ من وجهٍ فيفتكّه بكلّ الدين وهالكٌ من وجهٍ نظراً إلى الانكسار فيجعل بالدين كهلاكه اعتباراً لحالة الإنكسار بحالة الهالك، ٥

وخيّراه بين أن يفكّ بكلّ الدين وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه أو من خلافه ويكون الضمان رهناً عند المرتهن ويصيّر المضمون ملكاً للمرتهن بالضمان ولا يجبر الراهن على الفكّ لأنه إن ذهب شيءٌ من الدين بذهاب الجودة يصير قاضياً دينه بالجودة على الانفراد والجودة لا قيمة لها عند الانفراد ولو ألزمناه الفكّ بكل دينه يتضرر الراهن لفوت حقّه في الجودة فخيّرناه على الوجه المذكور. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: يمكن أن يرجح في هذه المسائل كلها قول محمد؛ لأن الانكسار لو اعتبر هلاكاً فلا بد أن يجعل الرهن هالكاً بالدين كما هو قول محمد إذا شاء الراهن، وإن لم يعتبر الانكسار هلاكاً فلا وجه إلى تضمين قيمته رهناً ليكون رهناً؛ إذ المرتهن لم يتعدّ فكيف يضمن. ١٥

[فاضل أمير] نقول: نختر الشق الثاني وهو عدم اعتبار الانكسار هلاكاً. ووجه تضمين القيمة عند الشيخين مبني على أصلهما الثابت في الباب قال في التبيين: ثم الأصل فيه عند أبي حنيفة -رحمه الله-: أن العبرة للوزن دون الجودة والصناعة؛ لأن الوزن أصل الجودة وصف

Dolayısıyla -vasiyet ve çocuklara ait mallarda icra edilen tasarruflar gibi zaruri hâller dışında- vasafta itibar edilmez. Rehin bırakılan işlenmiş bir şeyin kırılması hâlinde mürtehin, tazmin etmesi gereken miktar neye ulaşırsa ulaşsın onu tazmin etmekle yükümlü olur; [alacağıın ötesinde bir değer varsa emanet hükümünde olacağından] emanet olan kısmı tazmin etmez ve tazmin ettiği miktar mukabilinde kırılan ibriğe sahip olur. Tazmin edilen kısım rehin olmaktan çıkar ve mürtehinin tazmin edeceği miktar ilkinin yerine rehin olarak kalır.

Ebû Yûsuf'un esas aldığı ilke ise şudur: Tazmin açısından işçilik ve kalite, ibriğin ağırlığından bağımsız olarak bizatihi muteberdir. Zira ribâya götürmediği sürece işçilik ve kalite -kul hakkı olduğu için- mütekavim kabul edilir ve ağırlığa tabi kılınmaz. Nitekim vasiyet meselesinde ve çocukların malı konusunda da işçiliğe ve kaliteye itibar edilmektedir. Nitekim [işçilik ve kaliteyi haiz olan bir şey vasiyet edildiğinde], üçte birlik kısmına kalite ve işçiliğin kattığı değer de dâhil olur. Yine velinin, -cinsi ile kıymeti, ağırlığından daha az işçiliğin malını kendisi için alması câiz olmaz. İbrikte kaliteyi muteber sayınca vasıf olan kalite ayn gibi değerlendirilerek ağırlığa kıymet olarak ilave edilir ve mürtehin, ağırlık ve kalitenin birleşiminden borç miktarına tekabül eden kısmından [helak olması hâlinde] tazminle yükümlü olur. Borcun ötesinde kalan kısım ise mürtehinin yanında emanet hükmünde kalır.”

et-Tebyîn'den nakledildiği şekliyle Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un kabul ettikleri ilkeler anlaşıldıktan sonra onlara göre kırılma, helak kabul edilmeden mürtehinin kırılan ibriğin kıymetini ödeme gerekçesi de ortaya çıkmış olur. Şeyh'in bu gerekçe hakkındaki tereddüdü muteber kitaplara olan az müracaatından dolayı Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un ilkelerinden habersizliğinden ve tenkide düşkünlüğünden kaynaklanmıştır.

10. Rehin Malın İki Alacaklıya Bırakılması

[Teshîl] Bir kimse, bir malın kendisi ve filan kişi nezdinde rehin olarak bulunduğuna dair beyyine getirirse yani râhin tek kişi olup mürtehin iki kişi olsa ve mürtehinlerden biri, “Ben ve arkadaşım, sende olan yüz dirhem alacağımıza karşılık bu elbiseyi senden rehin aldık.” dese ve buna beyyine getirirse, elbise ikisinin elinde olduğu hâlde diğer mürtehin bunu inkâr etse, râhin de rehni inkâr etse, bu durum için Ebû Yûsuf, “Rehnin mürtehinlerden hiçbirinin yanında kalması için hükmedilmez. Rehin râhine geri verilir.” demiştir. Bu görüş Ebû Hanîfe'den de rivâyet edilmiştir. Muhammed ise “Rehnin, davacıya verilmesine hükmedilir ve onun ve güvenilir bir kişinin eline bırakılır.” demiştir.

فلا يعتبر الوصف إلا عند الضرورة كما في الوصايا والتصرف في أموال الصغار. وعند الانكسار فيما إذا كان الرهن مصوغاً يضمن المرتهن فيه المضمون منه بالعمّا ما بلغ ولا يضمن حصة الأمانة إن كان بعضه أمانة، ويملك المرتهن المنكسر بقدر ما ضمن وخرج ذلك من أن يكون رهناً، وجعل الضمان رهناً مكان الأول.

٥ والأصل عند أبي يوسف -رحمه الله-: أن الجودة والصناعة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن في حق الضمان؛ لأنها متقومة حقاً للعبد ولا تجعل تبعاً إذا لم يؤد إلى الربا كما يعتبر في الوصية وفي مال الصغير حتى^١ يعتبر خروج الجودة من الثلث ولا يجوز لولي الصغير أن يبيعه من نفسه وقيمته أنقص منه، فإذا اعتبرت الجودة صارت كأنها عين فتضم إلى الوزن مقدار الدين من المجموع فيصير مضموناً والباقي أمانة، انتهى. ١٠

فإذا تقرّر الأصلان ظهر وجه تضمين المرتهن قيمة المنكسر عند الشيخين من غير أن يعتبر الانكسار هلاكاً. وكان تردد الشيخ في وجه التضمين من ذهوله عن الأصلين المذكورين لقلّة تصحّفه وكثرة اعتماده على تنقده.

١٠. وضع المرهون عند الدائنين

١٥ [التسهيل] ولو برهن أنه وفلانا ارتهنا أي إذا كان الراهن واحداً والمرتهن اثنين فقال أحد المرتهنين: ارتهنت أنا وصاحبي هذا الثوب منك بمائة درهم، وبرهن على ذلك وجحد المرتهن الآخر والثوب في أيديهما والراهن يجحد الرهن قال أبو يوسف: لا يُقضى بالرهن لواحد منهما ويُرد الرهن على الراهن وهو رواية عن أبي حنيفة. وقال محمد: يُقضى بالرهن للمدعي ويوضع على يده ويَدِ عدل.

Râhin, davacı mürtehinine olan borcunu öderse rehni alır. Rehin olarak bırakılan mal mürtehinin yanında iken helak olsa, alacaklı olduğu miktara karşılık tutulur. Çünkü davacı mürtehin, söz konusu malın kendi ve ortağı nezdinde rehin olduğunu ispat etmiş ancak ortağı bunu inkâr ettiği için rehin sadece kendisi hakkında sabit olmuştur. Zaten inkâr eden kişinin bu inkârı, davacı ortağı hakkında değil sadece kendi hakkında geçerlidir. Buna binaen rehin tek bir kişiye bırakılmış sayılacağından şuyû da söz konusu olmaz ve rehin davacı nezdinde sabit olur. Zira davacı alacağına karşılık malın tamamını alıkoyma hakkına sahip olduğunu iddia ettiği için malın tamamı onun yanında rehin kalır. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un bu konudaki görüşlerinin gerekçesi şudur: Davacının davasının kabul edilmesi hâlinde, rehin malın yarısının ona bırakılacağı kabul edilmiş sayılır ki bu muşâ bir malın rehin bırakılması anlamına geleceğinden rehni, malın tamamı için geçerli saymak mümkün olmaz. Zira davacı malın tamamı hakkında bir iddiaya sahip değildir. Davacının diğer şahıs üzerinde bir velâyeti olmadığı ve bu kişi de rehni inkâr ettiği için onun hakkında rehni geçerli saymak da mümkün değildir ve kâdının da buna dair bir hüküm verme yetkisi yoktur. Nitekim râhinin iki, mürtehinin tek kişi olması ve râhinlerden birinin rehni iddia edip diğerinin inkâr ederek buna dair yemin etmesi durumu da böyledir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu mesele ile üzerinde durduğumuz mesele arasında bir farkın bulunması mümkündür. Şöyle ki; bu meselede sadece birisi hakkında beyyine bulunduğu için malın tamamının rehin olduğu sabit olmuştur. Dolayısıyla diğerinin hissesi rehin olmaz ve [malın bir kısmının rehin diğer kısmının ise rehin olmaması suretiyle] şuyû sabit olur ve akit -diğer meselelerin aksine- sahih olmaz. Diğer meselede ise mürtehinlerden biri malın her ikisi tarafından rehin alındığına dair beyyine getirdiği için şuyûdan söz edilemez. Çünkü yukarıda geçtiği üzere malın tamamı her biri için rehin olur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh bu sözleriyle Muhammed'in görüşünü tercih etmiş olmaktadır. Fakat fıkıh ilminin inceliklerinden haberdar olan kimselerin gözünden kaçmayacağı üzere Muhammed'in bu görüşünde, davacının beyyinesine aykırı bir şeyle amel etme durumu söz konusudur. Çünkü davacı olan mürtehinin getirdiği beyyinenin gereği, kumaşın iki mürtehinden her birinin alacağı mukabilinde alıkonulmuş olması ve rehnin ancak iki alacağın tahsil edilmesinden sonra serbest bırakılmasıdır. Muhammed'in dile getirdiği uygulama ise kumaşın sadece davacı olan mürtehinin yanında alıkonulması ve kendi alacağını tahsil ettikten sonra rehnin serbest bırakılması yani râhine teslim edilmesidir.

فإذا قضى الراهن يصيب المرتهن المدعى من الدين أخذ الرهن وإن هلك الثوب عنده هلك بنصيبه لأن هذا المرتهن المدعى أثبت الرهن بالبينة في حقه وفي حق شريكه ولم يثبت في حق شريكه لإنكاره وانكاره يصح في حقه لا في حق المدعى فيثبت الرهن في حق المدعى لعدم الشيوخ لأنه يدعى حق الحبس في الكل ويصير كله رهنا عنده. ولهما أنه لو صحَّ في حقه في النصف لكان مشاعا ولا يمكن تصحيحه في الكل لأنه لا يدعي الكل ولا يمكن تصحيحه في حق صاحبه لأنه لا ولاية له عليه فتعذر القضاء به. كما إذا كان المرتهن واحدا والراهن اثنين فبرهن على أحدهما وحلف الآخر.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يمكن الفرق بين هذه المسألة وبين ما نحن فيه بأنه لم يثبت رهنية الكل في هذه المسألة؛ لأنه برهن على أحدهما فلا يكون حصّة الآخر رهنا فيثبت الشيوخ فلم يصح بخلاف ما نحن فيه؛ لأنه برهن على أحدهما ارتهنا فلا شيوخ بالنسبة إليه؛ إذ الكل يصير رهنا لكل منهما كما مر.

[فاضل أمير] نقول: هذا ترجيح منه لمذهب محمد ولكن لا يذهب على الخبير بدقائق الفن أن فيما قاله محمد: العمل بما يخالف حجة المدعي؛ لأن موجب بينة المرتهن المدعي كون الثوب محبوسا بدين كل منهما وأن لا يكون الفكاك إلا بأداء الدينين. وأما العمل الذي قال به محمد: فهو كون الثوب محبوسا لدين هذا المدعي وحده وفكه الراهن بأداء دين هذا فقط

Dolayısıyla Muhammed'in bu görüşü davacının getirdiği beyyineye aykırı bir ameli yansıtmakta olup *et-Tebyîn* ve diğer fıkıh kitaplarında açıklandığı üzere imamlarımız bunu câiz görmemişlerdir. Ayrıca Muhammed'in, bu durumda davacı mürtehin için şüyû'un olmadığına ve rehnin mürtehinlerden her birinin alacağına karşılık rehin olarak kalacağına dair iddiası hakkında şöyle denilebilir: Bu meseleden önce zikredildiği üzere davacı mürtehinine nispetle şüyû'un olmaması, rehne konu olan malın iki mürtehinden her biri için rehin olduğunun sabit olması ve her birinin malı rehin olarak alıkoyma hakkına sahip olması hâlinde söz konusu olabilir. Bu da ya râhinin rehni ikisine olan borçları sebebiyle onlara bıraktığını ikrar etmesi ya da her iki mürtehinin ayrı ayrı beyyine getirmesi durumunda olabilir. Yoksa malın onun yanında da rehin olduğuna dair lehine şahitlik yapılan kimsenin malın rehin olduğunu reddetmesi dolayısıyla kendisi lehine malı hapsetme hakkının olmadığını söylemesi hâlinde değildir. Sonuç olarak meselenin bu şekildeki tasavvuru yukarıda geçen mesele kabilinden değildir.

11. Rehin Olarak Bırakılan Malın Bir Başkasına Ait Olduğunun Anlaşılması

[**Teshîl**] Adl -yani rehin malın yanına bırakıldığı güvenilir kişi- tarafından satıldıktan sonra başkasına ait olduğu ortaya çıkan rehin mal müşterinin elinde helak olmuşsa malın gerçek sahibi muhayyer olup malın kıymetini dilerse râhine, çünkü râhin gâsıp konumundadır; dilerse adl/güvenilir kişiye tazmin ettirir, çünkü o da malı satıp teslim etmek ve satım bedelini almak sebebiyle gâsıp konumuna düşmüştür. Dolayısıyla malın ayn'ını teslimden âciz kaldığında kıymetini ödemek durumundadır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Malın gerçek sahibinin, müşteriye tazmin ettirme hakkı da olmalıdır. Çünkü müşteri de satın almakla gâsıp konumuna düşmüştür. Dolayısıyla malın gerçek sahibi, bunlardan dilediğine tazmin ettirme hakkına sahiptir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Fakihlerimizin, hak sahibinin müşteriye de tazmin ettirme hakkının bulunduğuna değinmemeleri bu hükmün zaten açık olmasından kaynaklanmış olabilir. *Câmi'ü'l-Fusûleyn*'in üçüncü faslında şöyle denilmiştir: "Satılan mal, kabzedilmeden önce satıcı ve alıcı hazır olmadığı sürece malda hak iddia edenin davası dinlenmez. Müşteri malı kabzetmişse davanın dinlenmesi için onun hazır bulunması yeterlidir."

فكان فيه عمل بما يخالف الحجة وهذا مما لا يجوز عندهم كما بيّن في التبيين وغيره على أن ما ادعاه من «أنه لا شيوع بالنسبة إليه؛ إذ الكل يصير رهنا لكل منهما كما مر» فيقال فيه: إن انتفاء الشيوع بالنسبة إلى هذا المرتهن على ما ذكر قبل هذه المسألة إنما كان فيما إذا ثبت كونه رهنا في حق كل منهما وضرورة الكل مستحق الحبس لهما إما بإقرار الراهن أو بأن يقيم المرتهنان ٥ بينة لا فيما رد أحد المشهود لهما كونه رهنا بدينه ومستحقا؛ لأن يحبس له فلا تكون هذه الصورة من قبيل ما مر.

١١. استحقاق المرهون

[التسهيل] وحاصله: أن الرهن المبيع إذا استُحق فإن كان هالكًا في يد المشتري فالمستحق بالخيار إن شاء ضمّن الراهن قيمته؛ لأنه غاصب وإن شاء ضمّن العدل؛ لأنه بالبيع والتسليم والأخذ صار غاصبًا فيضمن قيمته إذا عجز عن تسليم عينه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون له تضمين المشتري أيضا؛ لأن المشتري بالأخذ يصير غاصبا أيضا فللمستحق أن يضمّن أيهم شاء.

[فاضل أمير] نقول: لعل عدم تعرضهم بتضمين المشتري بناء على ظهوره؛ لأن في الفصل الثالث من جامع الفصولين قال: «وفي المبيع قبل القبض لا تسمع بينة المستحق ما لم يحضر البائع والمشتري، وبعد قبضه يشترط حضرة المشتري فقط» انتهى.

Bu nakilden müşterinin malı kabzetmesinden sonra hak iddia edenin davasının dinlenmesi için müşterinin hazır olmasının yeterli olduğu anlaşılınca, malın hak iddia eden lehine hükmedilmesi ve müşterinin elinde helak olması durumunda sadece müşterinin tazminle yükümlü tutulmasından, hak sahibinin müşteriye tazmin ettirme hakkının bulunduğu anlaşılabilir olur. Yukarıdaki meselede ise kapalılık malın gerçek sahibinin, güvenilir satıcıya ve râhine tazmin ettirme yetkisinin olup olmadığı hususunda olduğu için [metin yazarları] özellikle bu ikisinin tazmin borcunu açıklamışlardır.

12. Rehin Bırakılan Kölenin Râhin Tarafından Azat Edilmesi

[Teshîl] Bize göre râhinin azat etmesi, köle üzerindeki mülkiyeti sebebiyle nâfizdir. Mürtehinin izni yok diye râhinin tasarrufu mülgâ olmaz. Şâfiî'ye göre bu tasarruf mürtehinin hakkı sebebiyle geçerli değildir. Bizim gerekçemiz şudur: İki ilkedden hangisinin esas alınacağına göre, mürtehinin, içinden hakkını almak üzere zilyedlik hakkı veya alacağına karşılık olarak rehni satma hakkı vardır. Ayn (rehin bırakılan mal) ise râhinin mülküdür. Azat etmek, zilyedliğe değil, ayn'ın mülkiyetine dayanmaktadır. Nitekim zilyedlik durumu olmadığı hâlde, kaçak kölenin ve gasbedilmiş kölenin azat edilmesi, yine müşterinin satın aldığı köleyi kabzdan önce azat etmesi sahih ve nâfizdir. Rehin de aynı şekildedir.

Eğer "Azadın nâfiz sayılmasında mürtehinin hakkını iptal söz konusu olur, dolayısıyla satım gibi bu da nâfiz olmaz." denilirse şöyle cevap verilir: Râhin için sabit olan 'mülkiyetin hakikati'dir; mürtehin için sadece 'mülkiyet hakkı' vardır. Hakikat nefâzı; hak ise adem-i nefâzı gerektirir. Hakikat, daha güçlü olduğu için, hakka tercih edilir. Satım ve hibenin nâfiz olmaması, teslim edilememesi sebebiyledir. Çünkü satılan veya hibe edilen malın mürtehinin elinde olması teslim manidir. Satım akdi, satının mülkiyetinde olmasına ihtiyaç duyduğu gibi teslim edebilir olmasına da ihtiyaç duyar. Bu sebeple kaçak kölenin ve kiraya verilmiş evin satımı nâfiz değildir. Rehin kölenin azadının teslimine ihtiyaç duymaması, kaçak kölenin azadının nâfiz olması deliline dayalıdır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Buna göre rehnin satımının mevkûf değil, fâsit olması gerekir. İki arasında fark vardır. Çünkü mevkûfun aksine fâsit akitte mülkiyetin müşteriye intikali kabz ile olur.

فلما علم منه أن في دعوى المستحق بعد أن قبض المشتري المبيع قد التزم حضور المشتري على وجه الكفاية فقد علم أن الحكم بالاستحقاق وبضمان القيمة على تقدير هلاك المبيع في يد المشتري لا يكون إلا على المشتري فقد ظهر منه تضمين المستحق المشتري وكان الخفاء في تضمين البائع العدل والراهن فلذا قصرُوا البيان على تضمينهما. ٥

١٢. إعتاق العبد المرهون من قبل الراهن

[التسهيل] نُفِذَ عَتَقَهُ لملكه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن، وللشافعي حق المرتهن وهذا؛ لأن للمرتهن يد الاستيفاء أو حق البيع بالدين على اختلاف الأصلين، والعين ملك الراهن والإعتاق يعتمد ملك العين دون اليد، ألا يرى أن إعتاق الأبى والمغصوب وإعتاق المشتري المبيع قبل قبضه يصح وينفذ مع عدم اليد فكذا الرهن. ١٠

فإن قيل: في تنفيذه إبطال حق المرتهن فلا ينفذ كالبيع، أجيب: بأن الثابت للراهن حقيقة الملك وللمرتهن حق الملك فالحقيقة تقتضي النفاذ والحق يقتضي عدم النفاذ فزَجَّحَ الحقيقة على الحق لأنها أقوى وعدم نفاذ البيع والهبة للعجز عن التسليم؛ لأن يده يمنع التسليم والبيع كما يفتقر إلى الملك يفتقر إلى التسليم ولهذا لا ينفذ بيع الأبى والمستأجر والإعتاق لا يفتقر إليه بدليل نفاذ إعتاق الأبى. ١٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف، وبينهما فرق؛ إذ الفاسد يملك بالقبض دون الموقوف.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu sözü fakihlerimizin "Satım teslimi ihtiyaç duyar. Bu sebeple kaçak kölenin satımı meselesi bir itiraz olarak öne sürülemez." şeklindeki sözlerine bir itirazdır. Şeyh şayet bu meseleye daha derinden bakabilseydi ve fakihlerimizin 'kiralanan şeyin satımı' sözlerini dikkate alsaydı bu hataya düşmeyecekti. Fakihlerimizin konu ile ilgili sözlerini tam olarak inceledikten sonra Şeyh'in bu itirazını tamamıyla ortadan kaldıracak hükmü şöyle açıklayabiliriz: Teslimden acizyet, şayet -müşterinin elinde olmayan kölenin satımı gibi- malın gerçek anlamda teslim edilmesine mâni olacak gerçek bir acizyet ise satım nâfiz olmaz, fâsit olur. Buna mukabil hakiki anlamda teslim mümkün olmakla beraber -bizim meselemizde olduğu gibi- bir başkasının hakkının taalluk etmesi durumunda olduğu üzere satıcının teslimden âciz kalması durumunda ise, akit nâfiz olmaz ve malda hakkı olduğu anlaşılın kimsenin iznine mevkûf olur. Fakihlerimizin "Kural şudur: Akdin icra edildiği anda akde icâzet vermeye yetkili birinin olduğu hâllerde akit, icâzet sahibinin iznine mevkûf olur." sözleri, malın teslimine mâni olan hakiki acizyet ile hakiki olmayan acizyet arasındaki farka işaret etmektedir. Fakihlerin söz konusu kurala binaen verdikleri hükümlerden birisi, teslimine güç yetirilemeyeceği için kaçak kölenin satımının fâsit sayılmasıdır. Zira satım akdinin yapıldığı anda bu akdi geçerli kılacak yetkili biri yoktur. Yine kiracının hakkı taalluk ettiğinden evi müşteriye teslim etme kudreti olmadığı için kiralanan evin satımını mevkûf saymaları aynı asıla mebnidir. Kiracının satım akdi yapıldığında kendi hakkından vazgeçerek bu akde onay vermesi mümkün olduğu için bu akit mevkûf sayılmıştır.

Yapmış olduğumuz bu açıklama ile râhinin satımının neden fâsit değil de mevkûf olduğu anlaşılış oldu.

13. Rehin Olarak Bırakılan Kölenin Müdebber Kılınması

[Teshîl] Rehin bırakılmış erkek kölenin müdebber kılınması, câriyeden çocuk edinilerek onun ümmüveled kılınması ittifakla sahihtir. Bu durumda şayet borcun ödenme zamanı gelmiş ve râhinin de eli genişlemişse borcunu ödemesi istenir. Aksi takdirde kölenin kıymetine tekabül edecek başka bir malı rehin bırakması istenir. Eğer râhinin eli darsa mürtehinin müdebber olsun ümmüveled olsun kendisine rehin bırakılmış olan köleyi alacağıının tamamı için çalıştırma hakkı vardır. Çünkü bunların kazançları efendilerine ait olup, râhinin onların kazancıyla borcunu ödemesi mümkündür.

[فاضل أمير] نقول: كان إيراده هذا على قول علمائنا: البيع يفتقر إلى التسليم ولهذا لا يندفع بيع الأبق. والشيخ -رحمه الله- لو عمق النظر فيه ولاحظ قولهم: «وبيع المستأجر» لما وقع فيما وقع. فالوجه القاطع لمادة إيراده على ما استفاد من تصفح كلامهم: هو أن العجز عن التسليم إن كان عجزا حقيقيا بأن لا يمكن تسليمه حقيقة وكان المانع عن النفاذ هو العجز الحقيقي كالأبق الذي ليس في يد المشتري لا ينفذ بيعه ويفسد. وأما إذا أمكن التسليم حقيقة ولكن عجز البائع عنه لمانع كتعلق حق الغير بالبيع كما فيما نحن فيه لا ينفذ بيعه ويتوقف على إجازة ذلك الغير ويشهد على هذا الفرق قولهم: الأصل: أن كل عقد له مجيز حالة العقد يتوقف على إجازته؛ ومن فروع هذا الأصل: جعلهم بيع الأبق فاسدا لعدم القدرة على التسليم وليس له مجيز حال العقد، وبيع المستأجر موقوفا لعدم القدرة على التسليم لتعلق حق المستأجر وله مجيز حال العقد وهو المستأجر. فظهر بهذا وجه كون بيع الراهن الرهن موقوفاً لا فاسداً.

١٣. تدبير العبد المرهون

[التسهيل] ولو دبَّره الراهن أو كان الرهن أمة فاستولدها الراهن صحا وفاقا، فإن كان الراهن موسرا طولب بدينه لو حالا وإلا أخذ قيمته رهنا كما مر. وإن كان الراهن معسرا فللمرتهن أن يستسعي المدبر وأم الولد في كل دينه؛ إذ كسبهما ملك المولى فقد قدر الراهن على أداء الدين بكسبهما،

Eğer başka bir malla borcunu ödemeye gücü varsa ona borcunu o maldan ödemesi emredilir. Bu ikisinin kazancı kendisiyle borcun ödenebilmesi konusunda aynı hükme tabidir. Rehin olarak bırakılmışken efendisi tarafından azat edilen kölenin durumu ise müdebber ve ümmüveleden farklıdır.

5 Çünkü kazancı kendi öz hakkı olduğu için azatlı köle, kendi kıymetiyle borçtan hangisi daha az ise sadece onun için çalışır, başkasının borcunu ödemeye icbar edilemez. Ancak kölenin 'mâliyet'i mürtehinin hakkıyla meşgul olduğu için bu oran için çalışması gerekir. Kazancı malike ait olduğundan köle ödemesi gereken borç hususunda malik hükmünde olur.

10 Müdebber veya ümmüveledin, [sonradan] maddi imkân bakımından eli genişleyen efendiye rüçû hakkı yoktur. Çünkü azatlı kölenin aksine bunların kazancı efendilerinin mülkü olduğundan ödeme efendinin mülkü üzerinden gerçekleşmiştir.

Bir görüşte şöyle denilmiştir: Eğer borç vadeliyse müdebber sadece kendi kıymeti oranında çalışır. Çünkü vadesi bulunan borcun, hemen ödenmesi gerekmez. Gereken şey, rehin yerine mürtehine [başka bir] bedel vermektir. Bedel olarak konulacak şey de yerine konulacağı şeyin miktarına göre belirlenir. Ancak borç peşin ise ödemenin râhinin malından yapılması gerekir; kölenin kazancı da onun mülkü olduğunda hepsi ondan tahsil edilir.

20 **[Şeyh Bedreddin]** Derim ki: Buna göre kıymeti borçtan ister çok olsun ister az olsun, müdebberin kendi kıymetinin tamamı hususunda çalışması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu değerlendirme "Bedel olarak konulacak şey de yerine konulacağı şeyin miktarına göre belirlenir." ifadesinin sahibine yönelik bir eleştiridir. Ancak Şeyh bu ifadenin sahibinin maksadı üzerinde derinlemesine düşünmemiştir. İfade sahibinin maksadı şudur: Borç vadeli olduğunda peşin olarak ödemek gerekli olmadığına göre ve aksine burada gerekli olan mürtehinin yanında alıkonulan rehin yerine başka bir şeyin rehin olarak verilmesi olduğuna göre, rehin iken efendisi tarafından müdebber kılınan ve kıymeti borç karşılığında rehin olan köleye düşen, kendi kıymeti yerine alıkonulması için kıymeti ne kadarsa onu mürtehine ödemesidir. Borcun vadesi gelmiş ve ödenmesi gerekiyorsa bu durumda -kıymeti yerine alıkoyduğu şey yetmiyorsa- borcun kalan kısmını ödemesi gerekir.

ولو كان قادرا على ذلك بمال آخر أمر بأداء الدين منه فكذا كسبهما بخلاف
 المعتق حيث يسعى في الأقل من القيمة والدين؛ لأن كسب المعتق خالص
 حقه فلا يجبر على أداء دين غيره ولكن كانت ماليته مشغولة بحق المرتهن
 فلزمه السعاية في ذلك القدر وكسب العبد لما كان للمالك كان حكمه حكم
 المالك فيما يلزمه من أداء الدين كله فلا رجوع للمدبر وأم الولد على المولى
 بعد يساره لوقوع المؤدى من ملك المولى؛ لأن كسبهما ملك المولى بخلاف
 كسب المعتق.

وقيل: لو كان الدين مؤجلا لم يسع المدبر إلا في مقدار قيمته؛ إذ الدين
 المؤجل لا يجب قضاؤه وإنما يجب رد عوض الرهن إلى يد المرتهن فيقدر
 بوجوب العوض بقدر ما فوت من المعوض فأما إذا كان الدين حالا فالقضاء
 واجب من مال الراهن وكسبه ملكه فيستوفى الكل منه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن يسعى المدبر في قيمته كلها
 سواء كانت أكثر من الدين أو أقل.

[فاضل أمير] نقول: كان هذا نقداً على قول القائل: فيقدر وجوب العوض
 بقدر ما فوت من المعوض، ولكن لم يعمق النظر فيما أراد هذا القائل؛ إذ هو
 يريد: أن فيما كان الدين مؤجلا لما لم يلزم الأداء حالا بل كان الواجب حبس
 ما يقوم مقام الرهن المحبوس عند المرتهن كان الواجب على المدبر الذي
 كانت قيمته محبوسة أن يؤدي قدر قيمته ليكون محبوساً مقام قيمته. وأما إذا
 حل الأجل ولزم أداء الدين فعليه أن يؤدي بقية الدين إن لم يف به ما جعله
 محبوساً مقام قيمته.

Bu hükme “Borç peşin ise ödemenin râhinin malından yapılması gerekir; kölenin kazancı da onun mülkü olduğunda hepsi ondan tahsil edilir.” ifadesi delâlet etmektedir. Verilen bilgilere dikkatlice bakıldığında Şeyh’in “Buna göre kıymeti borçtan ister çok olsun ister az olsun, müdebberin kendi kıymetinin tamamı hususunda çalışması gerekir.” sözünün sahih olmadığı anlaşıl-
 5 mış olur. Çünkü; o bu sözülle eğer müdebberin, mürtehin için alacağından daha fazla çalışması gerektiğini söylüyorsa bu sözün fâsîd olduğu zahirdir. Zira mürtehin alacağından fazlasını hak etmediği hâlde müdebberin ona hak ettiğinden fazla çalışacağını söylemek nasıl doğru olabilir? Eğer müdebberin
 10 alaktan fazla olarak kendi kıymeti için râhine çalışacağını söylüyorsa bu sözün de bir anlamı olmaz. Zira müdebberin kazancının tamamı efendisi olan râhine ait olduğu için borcun üstündeki kendi kıymeti için çalışacağını söylemenin de bir anlamı yoktur. Aynı şekilde “Kıymetinin borçtan az ol-
 15 ması hâlinde müdebberin kendi kıymeti hususunda çalışması gerekir.” sözü de sahih değildir. Çünkü müdebberin kazancının tamamının efendisine ait olduğunda görüş birliği vardır ve müdebber kendi kazancı ile efendisinin borcunu ödeyebilmektedir. Râhin şayet borcunu ödeyebilecek başka bir mala sahipse, borcunu bu maldan ödemesine hükmedilir. Yine râhin borcunu kendi kazancından ödeyebiliyorsa borcunu o şekilde öder. Dolayısıyla
 20 müdebberin kendi kıymeti miktarında çalışacağı ve şayet borç kıymetinden daha fazla ise borcun kalan kısmını ödemeyeceği nasıl söylenebilir?

14. Rehin Bırakılan Malın Değerinin Düşmesinin Borcun Düşmesine Etkisi

[Teshîl] Borcun vadesi varken mürtehin rehin bırakılan malı telef ederse,
 25 -tıpkı başkasının telef etmesi durumunda olduğu gibi- telef ettiği günkü kıymetini tazmin eder. Rehni başka birisi telef ederse mürtehin tazmin konusunda onun hasmı olur ve tazmin bedeli olarak aldığı kıymet rehin olur. Çünkü mürtehin, bedel verilen şeyde öncelikli hak sahibi olduğu gibi, bedel ve bedeli geri alım davası açma konusunda da öncelikli hak sahibidir. Rehni telef edenin
 30 tazmin etmesi vâcib olan miktar, malı helak ettiği zamanki kıymetidir. Mesela rehin gününde kıymeti bin, telef edildiği günde beş yüz ise, telef eden, kıymeti beş yüz olarak borçlanır ve bu, rehin olur. Diğer beş yüz, borçtan düşer. Rehin helak olduğunda fiyatın düşmesiyle borçtan eksilen kıymet kadarı düşer. Bu durum, fiyatın düşmesinden sonra helak olursa böyledir. Bize göre helak
 35 olmazsa borçtan herhangi bir şey düşmez. Sadece daha sonra helakin gerçekleşmesi hâlinde fiyatın düşmesi sebebiyle borç o oranda düşmüş sayılır. Çünkü bu durumda alacak önceki kabz sebebiyle tahsil edilmiş olur.

ويدل على هذا قول القائل: فأما إذا كان الدين حالا فالقضاء واجب من مال الراهن وكسبه ملكه فيستوفي الكل منه فافهم على أنه إذا نظرت هنا بالنظر الصحيح لا صحة لما قال: «ينبغي أن يسعى المدبر في قيمته كلها سواء كانت أكثر من الدين»؛ لأنه إن أراد به: يسعى في أكثر من الدين للمرتهن ففساده ظاهر؛ لأن المرتهن لا يستحق أكثر من الدين فكيف يسعى له فيما لا يستحقه، وإن أراد به: يسعى فيما زاد على الدين من قيمته للراهن فلا معنى له أيضا؛ لأن كل كسبه لما كان للمولى الراهن فما معنى يسعى له في هذا المقدار؟ وكذا لا صحة لقوله: ينبغي أن يسعى في قيمته إذا كانت أقل من الدين؛ إذ بعد اتفاهم على أن كسب المدبر يكون لمولاه وقد قدر على أداء الدين بكسبه ولو كان قادرا على أدائه بمال آخر أمر بقضائه كله منه فكذا إذا قدر عليه من كسبه كيف يصح أن يقال: يسعى في قدر قيمته ولا يؤدي بقية الدين إذا كان أكثر من القيمة.

١٤. إسقاط الدين بتراجع السعر

[التسهيل] ولو أتلفه المرتهن والدين مؤجل ضمن المرتهن قيمته يوم تلف كأجنبي، وإن أتلفه أجنبي كان المرتهن خصمه في تضمينه فتكون القيمة رهنا في يده؛ لأنه أحق بالمبدل فيكون أحق بالبدل وبالخصومة في استرداده والواجب على المستهلك قيمته يوم هلك، فإن كانت قيمته يوم الرهن ألفا ويوم الاستهلاك خمسمائة غرم المستهلك قيمته خمسمائة وكانت رهنا وسقط خمسمائة من الدين وإذا هلك سقط من الدين ما نقص من القيمة بتراجع السعر وهذا إذا هلك بعد التراجع، وأما إذا لم يهلك فلا يسقط شيء من الدين عندنا خلافاً لزفر أما إذا هلك سقط ما نقص بتراجع السعر لتقرر الاستيفاء بقبض سبق.

Bu açıklama akla gelebilecek şu problemin cevabıdır: Şayet eksilen kısım kadarı borçtan düşüyorsa, mürtehinin rehne ilişkin tazmin sorumluluğu fiyatın düşmesine göre olur; hâlbuki fiyatın düşmesinin borcun bir kısmını düşürmede etkisi yoktur. Nitekim fiyatın düşmesiyle kıymetinin eksilmesinden sonra râhine geri verilmesi durumunda da fiyat düşmesi sebebiyle boçtan bir şey düşmemektedir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in sözünü ettiği mesele şöyle tasavvur edilebilir: Bir kimse kıymeti bin lira olan bir köleyi bin liralık borcuna karşılık rehin veriyor. Sonra kölenin kıymeti -fiyat olarak- beş yüz liraya düşüyor, sonra da mürtehinin elinde helak oluyor. Bu durumda köle borcun tamamı mukabilinde helak olmuş sayılır ve râhin üzerinde herhangi bir borç kalmaz. Şöyle ki; borcun beş yüz liralık kısmı, helaktan önce kölenin fiyatının düşmesiyle; kalan kısmı ise kölenin mürtehinin yanında helak olmasıyla düşmüş olur. Bu mesele *el-Hidâye'de* böyle ele alınmıştır.¹ Zeylaî de der ki: Meselenin ortaya konuluş şekli problemlidir. Zira bu tasvire göre, fiyatın gerilemesiyle gerçekleşen eksilme sebebiyle borcun bir kısmının düşmesi lazım geliyor ki böyle bir şey mezhebe muhaliftir."²

Allah rahmet etsin Şeyh bu probleme "alacak önceki kabz sebebiyle tahsil edilmiş olur." sözüyle cevap vermiştir. Verdiği cevap, fakihlerimizin "Mürtehinin rehin üzerindeki zilyedliği, alacağını tahsil edebilme zilyedliğidir. Rehin onun elinde helak olmuşsa alacağını tahsil etmiş sayılır." sözleri üzerine bina edilmiştir. İş şuraya varmış oluyor: Mürtehin, alacağı olan bin lira karşılığında bin liralık bir köleyi rehin olarak aldığı anda alacağını -zilyedlik olarak- tahsil etmiş sayılır. Köle kendi elinde iken helak olduğunda ise alacağını -rakabe olarak da- tahsil etmiş olur ve önceki tahsil edilmiş sayılır. Bunun sonucunda râhin üzerindeki alacağı takas yoluyla düşmüş olur. Râhinden beş yüz liranın düşmesi ise helaktan önce kölenin fiyatının düşmesi sebebiyle değil, mürtehinin onu tahsil etmesi yoluyla olmuştur.

Yapılan bu açıklama ile *el-Hidâye* yazarının "Fiyatın düşmesiyle borcun bir kısmı düşmüştür." ibaresinde bağlam yardımıyla takdir edilecek bir hazif olduğu ve sözün aslının şu şekilde olacağı ortaya çıkmış olmaktadır: "Fiyatın gerilemesiyle borcun beş yüz liralık kısmı, helakle birlikte kesinleşen önceki kabz [istifâ bi'l-yed] sebebiyle tahsil gerçekleşmiş olduğu için düşmüştür. Dolayısıyla fiyatın gerilemesiyle eksilen beş yüz liranın borçtan düşmesi, kesinleşmiş tahsil sebebiyledir."

1 Merginâni, *el-Hidâye*, X, 208-209.

2 Zeylaî, *et-Tebyîn*, VI, 87.

هذا جوابٌ إشكالٍ مقدّرٌ وهو أن يُقال: لو سقط من الدين قدرٌ ما انتقصَ بصيرُ الرهنُ مضموناً على المرتهن بتراجعِ السعرِ وليس لتراجعِ السعرِ تأثيرٌ في إسقاطِ شيءٍ من الدين كما إذا رُدَّه إلى الراهن بعد انتقاصِ قيمته بتراجعِ السعرِ فإنه لا يسقطُ به شيءٌ.

٥ [فاضل أمير] نقول: صورته: رهن عبداً قيمته ألف بألف فتراجعت قيمته إلى خمسمائة سعراً ثم هلك في يد المرتهن يهلك بجميع الدين ولا يبقى على الراهن شيء من الدين؛ أما خمسمائة منه فيسقط بتراجع السعر قبل الهلاك وأما الباقية فبهلاكه عند المرتهن كذا ذكرت المسألة في الهداية. وقال الزيلعي: «في وضع المسألة إشكال إذ يلزم سقوط بعض الدين بنقصان بتراجع السعر وذا خلاف المذهب».

١٠ فالشيخ - رحمه الله - أجاب عن هذا الإشكال بقوله: «لتقرر الاستيفاء بقبض سبق». فكان مبنى الجواب على ما قالوه: من أن يد المرتهن يد استيفاء ويتقرر بالهلاك في يده، فأل الأمر إلى أن المرتهن حين قبض رهنا قيمته ألف بألف كان مستوفياً دينه الألف يداً وإذا هلك في يده كان مستوفياً دينه رقبةً وتقرر الاستيفاء السابق فسقط دينه الذي على الراهن بالمقاصة وكان سقوط خمسمائة من الراهن باستيفائها المرتهن لا بتراجع السعر قبل الهلاك.

١٥ فظهر منه أن فيما قال صاحب الهداية: «يسقط بتراجع السعر» محذوفاً يقدر بمعونة المقام وكان أصل الكلام: فيسقط خمسمائة بتراجع السعر للاستيفاء بقبض سابق تقرر بالهلاك فيكون سقوط خمسمائة الذي انتقص بتراجع السعر للاستيفاء المتقرر.

el-Hidâye sahibinin ve diğer müelliflerin fiyatın düşmesini borcun beş yüz liralık kısmının düşmesinin sebebi saymaları, hükmün görünür sebebine izafesi kabilindedir. Borcun düşmesinin gerçek sebebi ise helakiyle kesinleşen önceki tahsildir.

5 15. Rehnedilen Kölenin Birini Hata ile Öldürmesi

[**Teshîl**] Değeri borçtan fazla olan rehin köle, birini hataen öldürse ve mürtehin hem fazlalığı hem mazmûnu -fidye olarak- ödese, Ebû Hanîfe'ye göre -ödeme râhinin gıyabında yapılmışsa- fazlalık hissesini geri almak için mürtehinin râhine rücû hakkı vardır. Çünkü mürtehin muztardır, yani hakkını alabilmek amacıyla emaneti elinde tutma hakkı olduğu için [köleyi kurtarmak üzere] emanet olan kısmın hissesine düşen fidyeyi de ödemek zorunda kalmıştır. Râhin gâip değilse bir rivâyete göre mürtehinin rücû hakkı yoktur. Çünkü kölenin -borçtan fazla olan ve bu sebeple de- emanet hükmünde olan kısmını ödettirmek için durumu mahkemeye intikal ettirmek suretiyle râhinin muhatap alınması mümkündür. Râhine yargı yoluyla fidye ödettirilmesi, mürtehinin elinde olması sebebiyle kölenin emanet hissesini vermekten acziyeti sebebiyledir. Ancak fidye vererek köleyi kurtarma noktasında râhin, mürtehin gibi değildir. Çünkü râhin, mazmûnun hissesini verse, mürtehin gâip olsun veya olmasın mürtehinine rücû eder. Hâkim mürtehinine fidye vermesi yönünde bir emirde bulunamaz, aksine ona sadece rehni vermesini emredebilir. Dolayısıyla râhin, mazmûnun hissesinin fidyesini vermek zorunda kalmıştır ve verdiği fidye hususunda teberruda bulunmuş olmaz. *el-Mecma'* şerhinde¹ konu böyle açıklanmıştır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu husus tartışmaya açıktır. Çünkü ileride 'Bu durumda mürtehinine vâcip olan şey fidye vermektir. Yetkisi bulunmadığı için köleyi [maktûlün velilerine] verme hakkı yoktur. Dolayısıyla hâkimin ona köleyi vermeyi değil, fidye vermeyi emretmesi gerekir.' şeklinde bir ifade gelecektir. Buna göre *el-Mecma'* şârihinin "Hâkim mürtehinine fidye vermesi yönünde bir emirde bulunamaz." şeklindeki sözü sahih olamaz. Çünkü iki ifade arasında çelişki vardır.

1 İbnu's-Sââtî, Ebu'l-Abbâs Muzafferüddîn Ahmed b. Ali (ö. 694/1295), *Şerhu'l-Mecma'*, I, vr. 243a.

وجعل صاحب الهداية وغيره تراجع السعر سبباً لسقوط خمسمائة من قبيل إضافة الحكم إلى سببه الظاهر، والسبب الحقيقي هو الاستيفاء السابق المتقرر بالهلاك.

١٥. قتل العبد المرهون الغير خطأً

٥ [التسهيل] ولو قتل العبد الرهن رجلاً خطأً وفيه فضل ففداهما أي الفضل والمضمون مرتته فله الرجوع على الراهن بحصة الفضل عند أبي حنيفة لو فداهما بغية رهنه؛ لأنه مضطر في فداء حصة الأمان؛ إذ له حبس الأمانة لاستيفاء حقه ضد حضوره في رواية لإمكان خطابه برفع الأمر إلى القاضي لإلزامه بفداء حصة الأمانة لعجزه عن دفع حصة الأمانة لكونها في يد المرتهن بخلاف الراهن؛ فإنه لو فدى حصة المضمون يرجع على المرتهن غائباً كان المرتهن أو حاضراً؛ إذ القاضي لا يأمر المرتهن بشيء من الفداء بل يأمره بالدفع فكان الراهن مضطراً في فداء حصة المضمون فلم يكن متبرعاً كذا في شرح المجمع.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: فيه نظر لما سيجيئ من أن الواجب على المرتهن الفداء وليس للمرتهن الدفع؛ لأنه لا يملكه فينبغي أن يأمره القاضي بالفداء لا بالدفع فعلى هذا لا يصح قول شارح المجمع: إن القاضي لا يأمر بالدفع بشيء من الفداء للمنافاة بين القولين.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in ileride gelecek diyerek naklettiği bu ifadenin, mürtehinin fidye vermesinin vâcip olduğuna delâlet ettiğini kabul etmiyoruz. Aksine o ifade hâkimin, mürtehini icbar etmeden ona fidye verme seçeneğini sunabileceğine delâlet etmektedir. Zira rehlin mâliyeti -yani mal olarak değeri- mürtehine ait olup alacağına karşılık yanında tutuludur. Mürtehin fidye vermeye yanaşmazsa bu defa râhine “O hâlde fidyeyi sen ver veya mürtehinden izin alarak köleyi maktûlün yakınlarına teslim et!” denilir. Bu açıklamaya göre *el-Mecma'* şârihinin “Kadı, mürtehine rehni vermesini emreder.” sözünden maksat, mürtehinin, yanında tutulu kölenin maktûlün yakınlarına verilmesine razı olmak suretiyle râhine yardımcı olmasını söylemesi ve râhin ve mürtehin anlaşmaları durumunda da kölenin maktûl yakınlarına verilmesidir. Zeylaî'nin konuyu değerlendirirken söylediği “Râhin ve mürtehine ‘ya köleyi teslim edin veya fidye verin!’ denilir.”¹ ifadesinde de buna işaret vardır. Demek istiyor ki “Hâkim mürtehine fidye vermesi yönünde bir emirde bulunamaz.” ifadesindeki emirden maksat, -mürtehinin kesinlikle uymak zorunda kalacağı ‘zorlayıcı emir’dir.

Böylece *el-Mecma'* şârihinin iki ifadesi arasındaki çelişki giderilmiş oldu. Yine Şeyh'in ileride gündeme getireceği “Rehin mürtehinin elinde olduğu için râhin köleyi teslim etmekten âcizdir.” sözü ile “Râhinin teslim etmesi câizdir.” sözünün delâlet ettiği hüküm arasındaki çelişki de giderilmiş oldu. Zira hüküm burada meselenin râhin ile mürtehinin hazır buldukları varsayımı üzerine bina edilmiş; ikisi birlikte hazır bulununca onlara ‘Ya köle karşılığında fidye verin ya da köleyi teslim edin!’ denilmiştir. Buna göre ‘Râhin rehni teslim etmekten âcizdir.’ ifadesinden maksat, mürtehinin rızası olmadan tek başına teslim etmekten âciz olmasıdır. ‘Râhinin rehni teslim etmesi câizdir.’ sözündeki câizlik ise mürtehinin, kölenin teslimine rıza göstererek râhine yardım etmesi durumundaki câizliktir. Şeyh'in “Râhin ve mürtehin, kölenin teslim edilmesi konusunda ittifak ederlerse onu maktûlün yakınlarına verirler.” sözü ile “Ondan maksat, râhinin köleyi def etmesi ve mürtehinin de buna razı olmasıdır.” sözü, yaptığımız bu açıklamanın doğruluğunu adeta haykırmaktadır.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, VI, 92.

[فاضل أمير] نقول: لا نسلم أن ما سيجيء يدل على أن الفداء واجب على المرتهن بل هو يدل على أن القاضي يعرض الفداء على المرتهن من غير أن يجبره عليه لتسلم مالية الرهن له محبوسا عنده؛ فإن أبى المرتهن عن الفداء يقال للراهن: افده أنت أو ادفعه بإذن المرتهن فيكون المراد من قول شارح المجمع: «بل يأمر بالدفع»: أن يأمر للمرتهن بأن يساعد الراهن في الرضا بالدفع فيتفقا على الدفع فيدفع كما يشير إليه تقرير الزيلعي حيث قال: «قيل لهما ادفعاه أو افدياه». ويريد من قوله: لا يأمر المرتهن بشيء من الفداء الأمر الملجئ إلى الامتثال حتى يكون المرتهن مجبوراً مضطراً فيه.

وبهذا تندفع المنافاة بين قولي شارح المجمع، وكذا يندفع به ما سيورده ١٠ من أن بين قوله: «إن الراهن عاجز عن الدفع لكونها في يد المرتهن» وبين ما دل عليه قوله هنا: من «أن الدفع جائز له تدافعا»؛ لأن فرض المسألة على حضور الراهن والمرتهن فحينئذ يقال لهما: افدياه بها أو ادفعاه فيكون المراد من قوله: «الراهن عاجز عن الدفع»، الاستبداد بالدفع بغير رضا المرتهن ومن قوله: «جاز الدفع له» جوازه أن ساعده المرتهن ورضي ١٥ بدفعه. وينادي على صحة هذا التوجيه قوله الآتي: «وإن اجتمعا على الدفع دفعاه» وكذا قوله: «والمراد به أن الراهن دفع ورضي به المرتهن».

16. Hata ile Birini Öldüren Rehin Kölenin Kıymetinin Borçtan

Fazla Olması

[**Teshîl**] Değeri rehin bırakıldığı borçtan fazla olan -mesela borç miktarı bin kendi değeri iki bin olan- köle, hata ile bir kişiyi öldürse râhin ve mürtehinine “Fidyeyi verin!” denilir. Çünkü kölenin yarısı ‘mazmûn’ yani rehin alanın sorumluluğunda, diğer yarısı da ‘emanet’ olup mazmûnun fidyesi mürtehinine, emanetin fidyesi ise râhine aittir. Fidyeyi vermeleri durumunda rehin ve borç bulunduğu hâl üzere kalmaya devam eder. Köleyi vermek üzere anlaşmış vermeleri durumunda ise mürtehinin alacağı bâtil olur. Mürtehinin kendine düşen kısım için köleyi maktûlün yakınlarına teslim etmesi gerçekte teslim etme sayılmaz. Çünkü kölenin maktûlün yakınlarına verilmesi bir temlîktir ve mürtehinin temlîk yetkisi yoktur. O hâlde kastedilen, râhinin köleyi vermesi, mürtehinin de buna razı olmasıdır. Şayet mürtehin “Ben fidye vereceğim.”, râhin de “Ben cinâyetine mukabil köleyi teslim edeceğim.” der de tartışarlarsa, mürtehinin fidye verme hakkı vardır. Çünkü râhin köleyi vermekle mürtehinin hakkını ıskât etmiş olur; fakat mürtehin fidye verdiğinde râhinin hakkını ıskât etmiş olmaz; aksine râhine zarar vermeksizin kendi hakkını korumuş olur. Dolayısıyla mürtehinin seçimi daha uygundur. Mürtehin fidye verme hususunda emanet hissede teberruda bulunan kimse konumunda olur, dolayısıyla râhine rüçû edemez. Çünkü râhin mevcuttur ve emanet hissennin fidyelerini vermesi için hâkim tarafından muhatap alınır ve mesul tutulabilir. Durum böyleyken mürtehin bunu üstlenirse teberruda bulunmuş olur. Bu, Ebû Hanîfe’den nakledilen iki görüşten birine göredir. İlk rivâyete göre mürtehin, râhin hazır olduğu hâlde fidye öderse ödediğini almak için râhine rüçû edemez. Diğer rivâyete göre emanet hisse karşılığında ödediğini tahsil etmek için rüçû edebilir. Zira mürtehin, mazmûn olan kısımdaki hakkını muhafaza edebilmek için emanet kısmı da ıslâh ve muhafaza etmek durumundadır.

Zikredilen bu hüküm râhinin hazır olmasının hâlinde söz konusu olur. Gaib olması hâlinde Ebû Hanîfe’ye göre emanet kısım için ödediği miktarda teberru etmiş sayılmaz. Ebû Yûsuf, Muhammed ve Züfer’e göre ise râhin hazır bulunsun veya bulunması mürtehin teberru etmiş kabul edilmelidir. Çünkü emanet kısmı için yaptığı ödeme râhinin iznine binaen yapmamıştır ve bu yönüyle rehin ile alakası olmayan ve ödemede bulunan yabancı bir şahıs pozisyonundadır. Ebû Hanîfe’nin gerekçesi şudur: Râhin hazırsa, “fidye ver ya da köleyi teslim et” hitabına muhataptır. Buna rağmen mürtehin hem mazmûn hem de emanet kısmı için fidye vermişse emanet kısmı için verdiği miktarı teberru etmiştir. Buna mukabil râhin gaib ise bu emre muhatap olmaz. Mürtehin kendi hakkını korumaya mecbur olup bunu da ancak emanet kısım için ödeme yapmak suretiyle icra edebiliyorsa yaptığı ödemede teberru etmiş sayılmamalıdır.

١٦. كون قيمة عبد مرهون يقتل خطأ أكثر من الدين

[التسهيل] ولو قتل العبد المرهون رجلاً خطأ وفيه فضل على الدين بأن كان قيمته ألفين والدين ألفاً مثلاً يقال لهما: اfdيا؛ لأن نصفه مضمون ونصفه أمانة وفداء المضمون على المرتهن وفداء الأمانة على الراهن؛ فإن فدياه يبقى الرهن والدين بحالهما وإن اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن ٥ والدفع لا يكون من المرتهن لأنه تمليك وهو لا يملك التمليك. والمراد به أن الراهن دفع ورضي به المرتهن. فإن تشاحاً فقال المرتهن: أنا أفدي وقال الراهن: أنا أدفع فللمرتهن أن يفدي إذ الراهن بالدفع يسقط حق المرتهن والمرتهن لا يسقط حق الراهن بل يحفظ حق نفسه من غير إضرار بالراهن فكان اختياره أولى ويكون المرتهن في الفداء متبرعاً في حصة الأمانة حتى ١٠ لا يرجع على الراهن؛ لأنه كان يقدر أن لا يلتزم الفداء حتى يخاطب الراهن لأنه حاضر فلما التزمه والحال هذه صار متبرعاً. وهذا على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة فإنه إذا فدى مع حضوره لا يرجع في رواية عن أبي حنيفة، وفي رواية عنه يرجع بحصة الأمانة؛ لأنه لا يقدر على إصلاح حقه في المضمون إلا بعد إصلاح الأمانة. ١٥

هذا إذا كان الراهن حاضرًا، أما إذا كان غائبًا فلا يكون المرتهن متبرعاً عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد وزفر متبرع حاضرًا كان الراهن أو غائبًا؛ لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فصار كأجنبي، وله أنه إذا كان الراهن حاضرًا فقد أمكن مخاطبته فإذا فداه المرتهن فقد تبرع، وأما إذا كان غائبًا فقد تعذر مخاطبته والمرتهن محتاج إلى إصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعاً. ٢٠

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Geremediği hâlde fidye vermiş olacağı için mürtehinin, râhinin gaip olması durumunda da teberru etmiş sayılması gerekir. Zira amaç, emanetin mürtehinin elinde kalmasıdır ve mürtehin fidye vermese de emanet bu şekilde kalmaya devam etmektedir. Çünkü burada hasım, mürtehin değil, râhindir ve mürtehinin emanet kısım için fidye verme zorunluluğu olmadığı gibi bu kısmı maktûlün yakınlarına verme sorumluluğu da yoktur. Çünkü mürtehin, rehnin yarısında yed-i emindir ve fidyesini vermese de emanet onun elinde kalmaya devam eder. O hâlde ister hazır olsun ister gâip olsun, râhinin izni olmaksızın emanet için fidye vermesi durumunda mürtehinin teberruda bulunmuş sayılması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Amaç, cinayet işleyen kölenin, maktûlün yakınları tarafından talep ve dava edilmesinden salim olarak mürtehinin elinde kalmasıdır. Açıktır ki, kölenin mâliyetinin tamamı maktûl yakınlarının hakkı olarak görüldüğünde mürtehin kendi sorumluluğu altında bulunan mazmûn kısım için maktûlün yakınlarına ödeme yapmakla, onların kölenin diğer kısmını istemelerinden salim kalamaz. Sonuçta râhin gaip ise mürtehin kendi elinde emanet olan kısım için de fidye vermek zorunda kalır ve -tıpkı bir şeyi ödemeye mecbur kalanın rücû etmesi gibi- bunu tahsil etmek için râhine rücû eder. Nitekim Şeyh, Ebû Hanîfe'nin delilini ortaya koyarken “Çünkü mürtehin mazmûn kısımdaki hakkını ıslaha ancak emanet olan kısmın ıslahından sonra güç yetirebilir.” diyerek ve “Mürtehin rehnin mazmûn kısmını ıslaha muhtaçtır. Bu da ancak emanetin ıslahıyla mümkündür. Dolayısıyla [emanet olan kısım için verdiği fidye hususunda] teberru etmiş sayılmaz.” diyerek bunu açıklamıştır.

Bu mesele, Kâsânî'nin, *el-Bedâi'* adlı kitabında rehin bölümünün ‘rehnedilen malın hangi yolla çıkacağıнын beyanı’ başlığı altında zikrettiği aslın bir fer'idir. Kâsânî şöyle demektedir: “Bir kimse mecbur kaldığı için bir başkasının borcunu kendi malından ödemişse teberru etmiş sayılmaz ve ödediğini tahsil etmek için borç sahibine rücû eder. Mesela vâris, mûrisin borcunu kendi malından ödemişse bunu geri almak için terekeye rücû eder.”¹

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, VI, 172.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون متبرعاً؛ لأنه فدى بلا حاجة؛ إذ الغرض أن تبقى الأمانة في يد المرتهن وهي تبقى وإن لم يفدها المرتهن؛ إذ ليس عليه الفداء ولا الدفع في الأمانة إذ الخصم فيها الراهن لا المرتهن لأنه أمين في النصف فتبقى الأمانة في يد المرتهن وإن لم يفدها فينبغي أن يكون متبرعاً في فداء الأمانة بلا أمر الراهن سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً. ٥

[فاضل أمير] نقول: الغرض بقاء القن الجاني في يد المرتهن سالمًا عن مطالبة ولي المجني عليه وخصومته. ولا خفاء في أن القن إذا كان مستحق المالية كلها لولي المجني عليه لا يحصل للمرتهن السلامة عن مطالبته بأداء نصف ما استحقه ولي المجني عليه فكان المرتهن في أداء حصة الأمانة مضطراً إذا كان الراهن غائباً، والمضطر يرجع. وقد أفصح عن هذا الاضطرار ما في تقرير دليل الإمام من قوله: لأنه لا يقدر على إصلاح حقه في المضمون إلا بعد إصلاح الأمانة ومن قوله: والمرتهن محتاج إلى إصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعاً

١٥ فيكون هذا من فروع أصل قال به في البدائع في كتاب الرهن في فصل «وأما بيان ما يخرج به المرهون»: ومن قضى دين غيره مضطراً من مال نفسه لا يكون متبرعاً ويرجع عليه كالوارث إذا قضى دين الميت من مال نفسه أنه يرجع على التركة انتهى.

Şeyh'in burada Ebû Hanîfe'nin görüşünü tenkit ederken sarf ettiği "O hâlde râhin ister hazır olsun ister gâip olsun, onun izni olmaksızın emanet için fide vermesi konusunda mürtehinin teberruda bulunmuş sayılması gerekir." sözü, havale bölümündeki şu sözüyle uyuşmamaktadır: "Teberru eden kişi (müteberri'), esasen kendinden bir zararı giderme amacı olmaksızın başkasına iyilik etmeyi amaçlayan kişidir." Bizim meselemizde ise mürtehin, emanet olan kısım için fide vermekle esasen kendi nefsinden bir zararı gidermeyi amaçlamış olup, bu da maktûlün yakınlarının köleyi talep hakkını düşürmek ve râhinin fide vermektен âciz olması durumunda rehni elinde tutabilmektir. Bu yönüyle yabancı bir kimsenin râhin adına fide vermesi meselesinin aksine, mürtehin burada teberru etmiş sayılamaz.

Evet, Şeyh'in *Câmi'ül-Fusûleyn*'in otuz altıncı faslında üst hakkına sahip olan kimsenin alt katın sahibinin emri olmadan alt katı yapması durumunda teberruda bulunmuş sayılmaması ile köle veya ekinin iki ortağından birinin diğerinin emri olmadan köle ve ekin için harcama yapması hâlinde teberruda bulunmuş sayılması arasındaki farkı anlatırken söylediği "İki mesele arasındaki fark şudur: Köle ve ekin meselesinde harcamada bulunan ortak buna mecbur değildir. Şöyle ki; bu durumda diğer ortak ya hazır ya da gaiptir. Şayet diğer ortak orada ise hâkim kendi payında gerekli harcamayı yapması için onu icbar eder. Diğer ortak orada değilse hâkim hazır olan ortağa ödediğini daha sonra geri almak şartıyla ona harcama yapmasını emreder. Zira hâkimin, ilgilinin hazır olması durumunda icbar velâyetinin bulunduğu her durumda, [bir başkasına onun adına] infakta bulunmayı emretme yetkisi vardır." şeklindeki sözleri, mürtehinin rehni emanet kısmı için verdiği fidede teberruda bulunmuş sayılmayıp râhine rüçû edebilmesinin, ödemenin hâkimin emriyle olması şartına bağlı olmasını gerektirmektedir. Çünkü râhin orada olsaydı hâkim onu emanet hissesini ödemeye icbar edebilirdi. Orada olmadığına da hâkim-daha önce geçen- "Hâkim bir kimseye başka bir kimse için infak etmesini emretme yetkisine sahiptir." esasına binaen mürtehine ödemesini emreder.

Belki, bu kuralın [yapılan ödemeyi tahsil etmek için hâkimin emrinin gerektiğine dair kuralın] her meselede geçerli olmayıp, aksine, rüçû işinin salt kendi işinin düzeltilmesinin gâibin işinin düzeltilmesine bağlı olması durumuna terettüp ettiği söylenebilir. Nitekim *el-Bedâi*'den de naklettiğimiz ifadelerde geçtiği üzere fakihlerimiz rüçû'un söz konusu olduğu birçok konuda hazır olanın filinin hâkimin emriyle olması kaydını getirmeden -ve gâip, orada olsaydı hâkim onu ödemeye icbar ederdi demeden- saraheten rüçûdan bahsetmişlerdir. Ayrıca alım satım bölümünün 'çeşitli meseleler' başlığı altında şöyle denilmiştir: İki kişi ortaklaşa bir şeyi satın aldıktan sonra biri ortadan kaybolsa, hazır olan ortak satım bedelini ödeyip malı kabzetmek ve satım bedelinden hissesine düşeni diğer ortaktan alıncaya kadar malı elinde tutmak hakkına sahiptir. Bu türden pek çok örnek bulunmaktadır.

- على أن ما تعقب الشيخ الإمام الأعظم هنا بأن قال: ينبغي أن يكون المرتهن متبرعا في أداء حصة الأمانة لا يلائم ما يسذكره في كتاب الحوالة من قوله: «أجيب بأن المتبرع من يقصد الإحسان إلى الغير من غير أن يقصد دفع الضرر عن نفسه أصلا وهو بهذا الأداء قصد دفع الضرر عن نفسه أصلا حيث أسقط المطالبة والحبس حال إعساره فلم يكن متبرعا بخلاف الأجنبي» انتهى. ٥
- نعم أن ما ذكره في الفصل السادس والثلاثين من جامع الفصولين في الفرق بين رب العلو أنفق في بناء السفلى بغير أمر صاحبه لا يكون متبرعا وبين أحد شريكي القن أو الزرع إذا أنفق بغير أمر شريكه يكون متبرعا بقوله: «والفرق أن المنفق في باب القن والزرع غير مضطر في الإنفاق؛ إذ لا يخلو إما أن يكون شريكه حاضرا أو غائبا فلو حاضرا فالقاضي يجبره على أن ينفق في نصيبه ولو غائبا فيأمره القاضي بالإنفاق ليرجع على الآخر إذ للقاضي ولاية الأمر بالإنفاق في كل موضع له ولاية الجبر لو حاضرا» انتهى. يستدعي أن يكون رجوع المرتهن على الراهن وكونه غير متبرع مشروطا بأن يكون أدائه بأمر القاضي؛ لأن الراهن لو كان حاضرا لأجبره القاضي على أداء حصة الأمانة فإذا غاب يأمر القاضي المرتهن بالأداء بناء على ما سبق من قوله: إذ للقاضي ولاية الأمر بالإنفاق إلى آخره. ١٥
- ألهم إلا أن يقال: إن هذا ليس بمطرد بل أمر الرجوع مترتب على مجرد توقف إصلاح أمره على إصلاح أمر الغائب؛ لأن في كثير من مواضع الرجوع صرحوا بالرجوع من غير تقييد فعل الحاضر بكونه بأمر القاضي مع أن الغائب لو كان حاضرا فيه لأجبره على الأداء كما فيما نقلناه من البدائع آنفا، وكما قالوا في مسائل شتى من كتاب البيوع: إن شري اثنين وغاب أحدهما فللحاضر دفع ثمنه وقبضه وحبسه إلى أن يأخذ حصة الغائب منه وله نظائر كثيرة. ٢٥

Yaptığımız bu değerlendirme neticesinde Ebû Hanîfe'nin mesele hakkındaki hükmünde görünürdeki eksiklik giderilmiş olmakla beraber *Câmi'ül-Fusûl*'de iki mesele arasındaki farkla ilgili zikredilen kural bozulmuş olmaktadır.

Özetle fakihlerimizin bu konudaki sözleri, problem ve sıkıntıdan hali değildir. Söz konusu sıkıntının giderilmesi adına aklımıza gelen tek şey şudur: Şeyh'in iki mesele arasında zikretmiş olduğu fark, doğru olup her tarafta uygulanabilir bir niteliktedir. Şu an ele aldığımız ve benzeri meselelerde gâip râhinin -şayet hazır olsaydı- rehnin emanet kısmını ödemeye icbar edileceği durumda, mürtehinin, ödediğini tahsil etmek için rücû etmesinden maksat, hâkim emriyle ödemesi hâlindeki rücûdur. Söz konusu rücûnun hâkimin emriyle olan rücû gibi olduğu hükmü zaten açık ve biliniyor olduğu için fakihlerimiz, rehin meselesinde mürtehinin, ancak hâkim emriyle ödemesi hâlinde rücû edebileceği şartını zikretmemişlerdir. Dolayısıyla bu kayıt, sanki fakihlerimiz arasında genel kabul görmüş ve noktalanmış bir kayıttır.

Konu hakkında söylenenleri açıklama adına aklımıza gelen bundan ibarettir. Her kuvvet sahibinin üzerinde kuvvet sahibi başka biri vardır. Gerçek ve kâmil ilim, her şeyden hakkıyla haberdar olan ve en yüce olan Allah katındadır.

20 **17. Râhin ve Mürtehinin, Cinâyet İşleyen Rehin Köleye İlgili Dâvası**

[**Teshîl**] Râhin "Ben fidye veriyorum." dese, mürtehin de "Ben köleyi veriyorum." dese râhinin sözüne itibar edilir. Çünkü mürtehinin, köleyi vermeyi (def) seçmesinde bir fayda yoktur. Zira alacağı, fidye vermekle sakıt olduğu gibi köleyi vermekle de sakıt olur. Ayrıca kölenin verilmesinde râhinin rakabe üzerindeki hakkının düşürülmesi söz konusudur. Hâlbuki onun, fidye vermek suretiyle rakabeyi almak gibi sahih bir amacı vardır. Sonuç itibarıyla mürtehinin köleyi vermeyi seçmesi, râhinin maksadının faydasız bir şekilde, kaçırılmasına yol açar ve bu sebeple de mürtehinin seçimine itibar edilmez.

Mürtehin fidye vermekten geri durur da onu râhin öderse fidyenin yarısı mürtehinin alacağına mahsup edilir. Çünkü ister fidye versin, ister köleyi versin borç her iki hâlde de düşer. Neticede râhin fidye hususunda teberruda bulunmuş sayılmaz.

وبهذا تنسد ثلثة بناء كلام الإمام هنا ولكن ينتقض أمر الفرق المذكور في جامع الفصولين.

وبالجملّة: لا يخلو كلامهم في هذا الباب عن الغلق والاضطراب. ولا يحضر لنا غير أن يقال: إن ما ذكر من الفرق صحيح مطرد؛ والمراد برجوع المرتهن فيما نحن فيه وفي أمثاله مما كان الغائب يجبر على الفعل لو كان حاضرًا الرجوع لو أداه بأمر القاضي ولم يقيدوه به في تلك المواضع بناء على ظهوره فكأنه قيد مفروغ عنه.

هذا ما لاح لنا من توجيه المقال وفوق كل مجال مجال، والعلم عند الخبير المتعال.

١٠ ١٧. الدعاوى بين الراهن والمرتهن في قتل العبد المرهون

[التسهيل] ولو قال الراهن: أنا أفدي وقال المرتهن: أنا أدفع يعتبر قول الراهن؛ إذ لا فائدة لاختيار المرتهن الدفع؛ إذ يسقط دينه بالدفع كما يسقط بالفداء وفي الدفع إسقاط حق الراهن في الرقبة وله غرض صحيح في استفاء الرقبة بالفداء فكان في اختيار المرتهن الدفع تفويت غرض الراهن بلا فائدة فلا يُعتبر.

وإن أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه؛ لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متبرّعاً.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Mürtehinin fidye vermesi konusunda söylenenlere göre râhinin de teberruda bulunmuş sayılması gerekir. Çünkü mürtehinle konuşuncaya değin fidyeyi üstlenmemeye muktedirdir. Bu durumda üstlenirse -mürtehinin fidyesi konusunda zikredildiği gibi- teberruda bulunmuş olması gerekir. Ayrıca râhin, fidyeyi mürtehinin talimatı olmaksızın vermiştir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'in mürtehinin fidye vermesi konusundaki deliline göre de râhinin teberruda bulunmuş olması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu itirazı ve râhinin, mürtehinin hissesine karşılık fidye vermesini, mürtehinin, râhinin hissesi için fidye vermesine kıyas etmesi isabetli değildir, hatta kıyas mealfârıktır. Şöyle ki; hâkim, mürtehini fidye vermeye icbar edemediğinden râhin fidye vermeye mecbur kalır. Râhinin mürtehine rücû etmesi de yerleşik bir ilke ve yerleşik kural uyarınca olur. Yerleşik kural *Tenvîru'l-Besâir*'de dile getirilen şu husustur: "Halvânî bir kural zikretmiş ve şöyle demiştir: Ortağıyla birlikte bir şey yapmaya mecbur olan kimselerden biri diğer ortağın emri olmaksızın yaparsa, gönüllü yapmış sayılır ve onun payına düşen kısma ait ödediğini tahsil etmek için ona rücû edemez. Zira [icbar edildiği şeyi yapan ortağın], diğer ortağı -su arkları kazma, kusurlu gemiyi onarma ve cinâyet işleyen köle için fidye verme durumlarında olduğu gibi- icbar edebilirdi. Buna mukabil karşı tarafı icbâr etme imkânı yoksa, üst ve alt kat meselesi gibi, ödediği miktar hususunda teberru etmiş sayılmaz."

Aksi durum -yani mürtehinin fidye vermesi durumu- böyle değildir. Çünkü bu durumda râhin fidye vermesi için icbar edilebildiğinden mürtehin fidye vermek zorunda kalmaz ve vermesi dururunda, teberruda bulunmuş sayılır. Halvânî'den yukarıda nakledilen 'cinayet işleyen köle için fidye verme konusunda icbar edilme durumu' ile kastedilen budur.

Şeyh'in *Câmi'ül-Fusûleyn*'in otuz altıncı faslında doyurucu bir şekilde yaptığı açıklamalardan sonra yukarıda yaptığı itiraz, onun adına şaşılacak bir şeydir. Şeyh orada "Meselenin mahiyeti şudur: Başka birinin yerine ödeme yapmaya mecbur kalmak, borç sahibinin icbar edilebildiği durumlara değil, edilemediği durumlara mahsustur. Buna göre teberru veya rücû hükmünün, icbarın varlığına veya yokluğuna göre olması gerekir. Sonuçta ortağın ittifakla icbar edilebildiği durumlarda veya icbar edilebileceğine fetva verilen durumlarda, şayet diğer ortağın emri olmaksızın yapmışsa, bunun teberru olacağına fetva verilmelidir." demiştir. Şeyh, orada yapmış olduğu bu değerlendirmeyi burada hatırlamamış ve bu itirazını oradaki değerlendirmenin gerektirdiğine aykırı bir anlayış üzerine bina etmiştir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون متبرعاً على ما مر في فداء المرتهن؛ لأنه كان يقدر أن لا يلتزم الفداء حتى يخاطب المرتهن، فلما التزمه والحال هذه ينبغي أن يصير متبرعاً كما ذكر في فداء المرتهن؛ ولأن الراهن فدى بلا أمر المرتهن فينبغي أن يكون متبرعاً على ما هو دليل أبي يوسف ومحمد. ٥

[فاضل أمير] نقول: هذا الإيراد منه وقياس فداء الراهن في حصة المرتهن على فداء المرتهن في حصة الراهن ليس بمتجه بل هو قياس مع الفارق؛ لأن المرتهن لا يجبره القاضي على الفداء فيضطر الراهن إلى الفداء فيكون رجوعه على المرتهن على وفق أصل تقرر وعلى ضابط قرّر وهو ما قاله في تنوير البصائر: «وذكر الحلواني ضابطاً فقال: كل من أجبر أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لم يرجع؛ لأنه متطوع؛ إذ كان يمكنه أن يجبره مثل كرى الأنهار وإصلاح السفينة المعيبة وفداء العبد الجاني وإن لم يجبر لا يكون متطوعاً كمسألة العلو والسفل» انتهى. ١٠

ولا كذلك في العكس يعني فيما فدى المرتهن لأن الراهن يجبر على الفداء فلا يضطر المرتهن إليه فيكون متبرعاً. وهذه الصورة هو المراد من تمثيل ما يجبر بفداء العبد الجاني فيما نقل عن الحلواني. ١٥

ومما يتعجب من الشيخ هو أنه في الفصل السادس والثلاثين من جامع الفصولين بعد تفصيل مشبع قال: «والتحقيق أن الاضطرار يثبت فيما لا يجبر صاحبه لا فيما يجبر فينبغي أن يدور التبرع والرجوع على الجبر وعدمه؛ ففيما يجبر شريكه وفاقاً، وفيما يفتى بالجبر فينبغي أن يفتى بالتبرع لو فعله بلا أمره» ٢٠ انتهى، ولم يتذكر التحقيق الذي ذكره هناك وبني اعتراضه هذا على خلاف ما استدعاه تحقيقه.

Ayrıca Şeyh'e şöyle bir eleştiri de yöneltilebilir: Âlimlerimiz râhinin, ödediği fidyenin yarısını almak üzere mürtehin rücû edebilmesi hükmünü, 'İster fide versin ister köleyi teslim etsin, borcun düşmesi kaçınılmaz sonuçtur.' sözleriyle gerekçelendirmişlerdir. Kastettikleri şudur: Köle, cinâyeti, mürtehinin tazmin sorumluluğu altındayken işlediği için, maktûlün yakınlarına teslim edilmekle mürtehinin yanında gerçekleşen bir sebeple helak olmuş sayılır. Râhinin fide vermesi durumu da bu şekildedir, yani köle mürtehinin elinde helak olmuş sayılır. Çünkü o, *et-Tebyîn*'de geçtiği üzere¹ ivaz mukabilinde gerçekleşmiş gibi olur. Rehnin mürtehinin elinde helak olması, tazmin sorumluluğunun ona ait olmasını ve râhinden borcun düşmesini gerektirir. Zaten helakin mürtehin aleyhine hesap edilmesi rehnin gereklerindedir.

Bu bakımdan Şeyh'in [râhini teberruda bulunmuş saymak konusunda] söyledikleri tutarlı değildir. Zira onun sözünden, rehnin mürtehinin elinde helak olması ve rehnin borca tekabül eden miktarının mürtehinin hesabından tazmin edilmemesi lazım gelmektedir. Bu [lâzım] -mezhebe muhalefet sebebiyle- bâtil olduğundan bunun melzûmu yani sonucu da bâtildir. Yine Şeyh'in "Ayrıca râhin mürtehinin emri olmaksızın fide vermiştir." sözüyle zikrettiği husus, meselenin başıdır. Ortaklardan birinin diğerinin izni olmadan yaptığı ödemeyle ilgili kuralı ve hükmü açıkladıktan sonra bu ifadeyi kullanmış olması son derece yersizdir.

Şeyh'in meseleyi takririnden ve *el-Bedâi*'den "Kölenin cinâyeti esnasında hazır bulunan râhin ise ve kölenin yaralaması sebebiyle terettüp eden erşin tamamını ödemişse mürtehinin ödemesi gereken yarı bedel konusunda teberruda bulunmuş sayılmayacağına icmâ vardır. Bilakis ödediğinin yarısı ile de mürtehinin borcunu ödemiş olur. Nitekim râhinin mürtehinin hazır olduğu bir anda köle için fide vermesi de aynı hükme tabidir." sözüyle yaptığı tasrihten hemen akla geliveren şey, râhinin verdiği fidyenin mürtehinin borcuna mahsup edilmesi ve râhinden olan alacağının düşmesinin, üç imamımız arasında ihtilafı değil ittifaklı olmasıdır.

Böylece Ayasuluğ'nin *Mecma*'şerhindeki "Kıymeti borcun bir katı olan rehin köle, hatayla birini öldürse ve râhin gaip iken mürtehin maktûlün yakınlarına fide verse, verdiği fidyenin yarısını almak üzere râhine rücû edebilir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise mürtehin râhine rücû edemez. Hasan [b. Ziyad] ile Züfer de bu görüştedir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'in gerekçesi mürtehinin fidyeyi ödemek zorunda olmayışıdır. Zira râhinin [borcu aşan] hissesi mürtehinin elinde emanettir ve bunun zayi olmasıyla mürtehinin hakkı zayi olmaz.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, VI, 93.

وبعد هذا يرد عليه أن علماءنا قد عللوا رجوع الرهن على المرتهن بنصف الفداء بقولهم: لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع. ومرادهم: أن العبد قد جنى وهو في ضمان المرتهن فكان هالكًا بالدفع بسبب كان في يد المرتهن وكذا بالفداء أي فداء الرهن لأنه كالحاصل بعوض كما في التبيين فلزم من هلاك الرهن في يد المرتهن الضمان عليه وسقوط الدين من الرهن فكان الاحتساب على المرتهن من لوازم الرهنية

فلا استقامة لما ذكره الشيخ؛ لأن اللازم منه هلاك الرهن في يد المرتهن وعدم لزوم ضمان قدر الدين عليه وذا باطل إذ هو خلاف المذهب فالملزوم أيضا باطل. ثم ما ذكره بقوله: «ولأن الرهن فدى بلا أمر المرتهن» فهو أول المسألة، فبعد بيان الحكم والضابط فيما فعل أحد الشريكين بغير إذن الآخر يكون هذا القول منه في غاية السقوط.

ثم المتبادر من تقرير الشيخ ومن تصريح ما في البدائع بقوله: «وإن كان الحاضر هو الرهن ففداه بجميع الأرش لا يكون متبرعا بنصف الفداء إجماعا بل يكون قاضيا بنصف الفداء دين المرتهن كما لو فداه الرهن بحضرة المرتهن» انتهى أن يكون فداء الرهن محسوبًا على دين المرتهن ويسقط دينه عن الرهن وفاقيا لا خلاف فيه بين علمائنا الثلاثة.

وبهذا ظهر ما في شرح المجمع للمولى الأياثلوغي من قوله: «ولو قتل المرهون رجلا خطأ وقيمته ضعف الدين ففداه المرتهن والرهن غائب فله الرجوع بالنصف. وقالوا: لا يرجع بشيء وبه قال الحسن وزفر، لهما^٢ أنه غير مضطر فيه؛ لأن حصّة الرهن أمانة في يده لا يتوى حقه بتواها

١ خبر «ثم المتبادر».

٢ أي دليل الإمامين.

Bu nedenle de mürtehin, -tıpkı râhinin hazır olması veya fidyeyi rahinin ödemesi durumunda olduğu gibi- teberruda bulunmuş olur.”¹ sözleri[ndeki muğlaklık] de açığa çıkmış oldu. Ayasuluğî'nin son cümlesi, râhinin erşin tamamını ödemesi hâlinde teberruda bulunan konumunda olacağına ittifak bulunduğunu ifade etmektedir. Hâlbuki bu meselede en azından Ebû Yûsuf ve Muhammed'in muhalefeti vardır. Ayrıca Ayasuluğî bu ifadelerden birkaç satır sonra bu meselede sahih olan görüşü, Ebû Hanîfe'nin delilini açıklama sadedinde şöyle nakletmiştir: “...fidyeyi râhinin vermesi durumu ise farklıdır. Zira mürtehin fidye vermeye icbar edilemez ve râhin fidyeyi ödemek zorunda kalır. Bu nedenle râhin ödediği fidyenin yarısı için -ittifakla- rüçû edebilir.”

18. Rehnin Tayini Konusunda Râhin ile Mürtehin Arasındaki İhtilaf

[**Teshîl**] [Mürtehin, vadesi dolan ve ödenmeyen alacağını tahsil etmek üzere kendisine rehin bırakılan köleyi, satması için adil/güvenilir kişiye getirirse ve râhin ile mürtehin arasında rehin bırakılan kölenin bu olup olmadığında ihtilaf çıksa bu durumda adil kişiye yemin teklif edilir.] Adil kişi yemin etmekten kaçınırsa rehin köleyi satması için icbar edilir ve satım bedeli mürtehinine teslim edilir. Şayet yemin ederse, tıpkı güvenilir kişinin ölmesi durumunda olduğu gibi yemin etmesi durumunda da artık onun satım yapmasından ümit kesilmiş olacağı için, râhin rehni satmaya icbar edilir. Şayet râhin rehni satmak istemezse hâkim veya emîni, mürtehinin hakkını korumak için rehni satar. Çünkü râhin bu durumda üzerine düşen bir vazifeyi deruhte etmekten imtina etmiştir. Hâkim, mürtehinin hakkı olana kavuşabilmesi için köleyi râhin adına satar. Satımdan kaynaklanan yükümlülüklerle râhin mesuldür. Zira hâkim veya emîni sorumlu tutma imkânı yoktur. O hâlde akdın kendisi adına icra edildiği râhini sorumlu tutmaktan başka çare kalmaz.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu, şahitlik bölümünün çeşitli konular başlığı altında zikredilenlere aykırıdır. Orada “Hâkim veya emîni, alacaklılar için bir köle satın, satım bedelini alsa ve bu bedel zayi olsa ve kölenin başkasına ait olduğu ortaya çıksa veya kabzdan önce köle ölse müşteri borçluya değil, alacaklılara rüçû eder.” denilmişti. İki ifade arasındaki aykırılık yönü açıktır. Çünkü rüçû, burada, alacaklı olan mürtehinine değil, borçlu olan râhine; orada ise borçluya değil alacaklılardır. Dolayısıyla iki mesele arasında çelişki vardır. Ya iki meselenin hükmünün aynı olması ya da aradaki farkın gösterilmesi gerekir. Bana göre iki meselenin hükmü aynıdır.

1 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, I, vr. 153a.

فكان متبرعاً كما لو حضر الراهن أو فداه هو» انتهى. حيث أفاد آخر كلامه كون الراهن متبرعاً فيما فدى جميع الأرش وفاقاً ولا أقل من أن يكون فيه خلاف للإمامين. ثم المولى المذكور بعد أسطر نقل على ما هو الحق حيث قال في تقرير دليل الإمام: «وبخلاف ما إذا فداه الراهن؛ لأن المرتهن لا يجبر فيضطر الراهن إلى الفداء فيرجع بالنصف اتفاقاً.» ٥

١٨. الخلاف بين الراهن والمرتهن في تعيين الرهن

[التسهيل] فلو نكل العدل أجبر على بيعه وسلّم الثمن إلى المرتهن ولو حلف أجبر الراهن على البيع لليأس عن بيع العدل كموت العدل فيجبر الراهن كما لو مات العدل. ولو أبى الراهن باع الحاكم أو أمينه للنظر لأنه امتنع عما هو مستحق عليه وهو أمر يجري فيه النيابة فناب القاضي منابه ليصل الحق إلى المرتهن وتكون العهدة على الراهن لأنه تعذر إلحاق العهدة على القاضي أو أمينه فتلحق على من وقع العقد له وهو الراهن. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يُنافي ما ذكر في مُتفرقة كتابِ الشهادة: من أن القاضي أو أمينه إذا باع قنا للغرماء وأخذ ثمنه فضاءً الثمن واستحقَّ القن أو مات قبل قبضه يرجع المشتري على الغرماء لا على المديون. ووجه المنافاة ظاهرٌ لأن الرجوع هنا على الراهن المديون لا على المرتهن الغريم والرجوع ثمة على الغرماء لا على المديون فتنافيا ولا بد من الفرق أو الاتحاد والظاهر عندي هو الاتحاد حكماً ١٥

Her iki meselede sorumluluğun borçluya ait kılınmasının bir mantığı olduğu gibi alacaklıya ait kılınmasının da bir mantığı vardır. Çünkü hâkim her iki taraf açısından da nâzır ve emîndir. Malı kabzetmişse, borcunu ifâ edebilmesi için borçlu adına kabzetmiş olur. Buna binaen borcu ifâ etmeden önce satılan malın bedeli zayi olmuşsa sorumluluk borçluya aittir. Alacağını tahsil edebilmesi için hâkimin alacaklı adına yapacağı kabz da geçerlidir. Bu durumda akitten doğan mesuliyet alacaklıya aittir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh bu meseleye derinlemesine nüfuz edememiştir. Zira her iki mesele arasında gerçekte bir çelişki yoktur. Zira çeşitli meseleler başlığı altında anlatılan meselede sorumluluğun (garâ-me) borçluya ait olduğu takarrur etmiştir. Mezhebin muteber metinlerinin genelinde ‘Müşteri, alacaklılara rücû eder.’ denildikten sonra ‘Şayet ölen şahsın malının olduğu daha sonra anlaşılırsa, alacaklı alacağını o maldan tahsil etmek için rücû eder.’ denilmektedir. Buradan da anlaşılıyor ki, ‘Müşteri alacaklılara rücû eder.’ ifadesinin anlamı şudur: Müşterinin alacaklılara rücû etmesi [a] ya ölenin -satılıp [kabzdan önce] ölen köle dışında- zahir bir malının olmaması takdirine göredir, ki ‘ölünün sonradan bir malı olduğu anlaşılrsa’ ifadesi bunu açıklamaktadır; [b] ya da bu ifadeyle, müşterinin önce alacaklıya rücû etmesi, -çünkü kadı veya emîni, onun adına iş gören biridir-, sonra da alacaklının borçluya rücû etmesi, -ki hakkı henüz kendisine ulaşmamıştır-, kastedilmektedir. Her iki takdire göre de sonuç itibarıyla rücû borçluya olmaktadır. Sonuçta fakihlerin bu meseledeki ‘Müşteri, borçluya rücû eder.’ sözleriyle şahitlik bölümündeki ‘Müşteri alacaklıya rücû eder.’ sözleri arasında bir fark kalmamaktadır. Evet, kölenin satım bedelinin alacaklının alacağından daha fazla olması durumunda borçluya rücû ile alacaklıya rücû arasında fark olur. Çünkü bu surette müşteri ödediği satım bedelini geri almak için alacaklıya rücû ettiğinde, ki bu durumda alacaklı da alacağını tahsil etmek için borçluya rücû eder, alacaklının aldığı, tazmin ettiğinden daha az olur. Görünen o ki fakihler, alacaklının hakkı konusunda bu eksikliğe itibar etmemişlerdir. Hâkimin amelinin de alacaklı lehine olduğu göz önüne alınınca bu kadarlık külfete katlanılır.

فإن جعل العهدة في المحلين على المديون فله وجهٌ وإن جعل العهدة فيهما على الغريم فله وجهٌ. إذ القاضي ناظر وأمين من الجانبين، فإذا قبض يصح أن يعتبر قبضه واقعاً من جانب المديون لإيفاء دينه فتكون العهدة على المديون إذا ضاع الثمن قبل أداء دينه ويصح أن يعتبر قبضه واقعاً من جانب الغريم لاستيفاء دينه فتكون العهدة على الغريم. ٥

[فاضل أمير] نقول: ما تعمق نظر الشيخ هنا؛ إذ لا منافاة بين القولين حقيقة؛ لأن في مسألة المتفرقة أيضاً قرار الغرامة على المديون؛ لأن المذكور في عامة المعتمرات بعد أن قيل: ورجع المشتري على الغرماء هو أنه لو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه. فعلم منه أن معنى قولهم: يرجع المشتري على الغرماء إما على تقدير أن لا يكون للميت مال ظاهر غير القن المبيع الهالك على ما يفصح عنه قولهم: ولو ظهر للميت مال، وإما على إرادة أن المشتري يرجع على الغريم أولاً لأن القاضي أو أمينه عامل له ثم الغريم يرجع على المديون؛ لأنه لم يصل إليه حقه وعلى كلا التقديرين يكون الرجوع بالآخرة على المديون فلم يبق فرق بين قولهم: يرجع المشتري على المديون كما فيما نحن فيه وبين أن يقال: يرجع على الغريم كما في المتفرقة. نعم إذا كان ثمن القن أكثر من دين الغريم يكون فرق بين الرجوع على المديون وبين الرجوع على الغريم؛ لأن في هذه الصورة إذا رجع المشتري على الغريم بالثمن والغريم يرجع على المديون بدينه يكون ما أخذه الغريم أنقص مما ضمن. فالظاهر أنهم لم يعتبروا هذا النقصان في حق الغريم حيث كان عمل القاضي له فيتحمل لمثل هذا الغرم. ١٠ ١٥ ٢٠

Fakihlerimizin 'Müşteri, alacaklıya rüçû eder.' ifadesinin anlamı ortaya konulduğuna göre Şeyh [itirazında dile getirdiği] 'Her iki meselede sorumluluğun alacaklıya ait kılınmasının bir mantığı vardır.' sözüyle eğer sorumluluğun alacaklıya yüklenmesini, alacaklının da borçluya rüçû etmesini
5 kastetmişse bu kabul edilebilir. Yok, eğer sorumluluğun, daha sonra hiç bir şey için borçluya rüçû etme hakkı olmaksızın, alacaklıya yüklenmesini kastetmişse -anlaşılmış olacağı üzere- bunun kabul edilebilir yanı yoktur.

Ben Allah'ın tevfiği ile ulaştığım bu tahlili buraya yazdıktan sonra elimde bulunan *el-İhtiyâr* nüshasının kenarında *Tabâvî* şerhinden nakledilmiş
10 şu ifadeyi gördüm "Kadı veya emîni, alacaklıların lehine borçlunun malını sattıktan sonra malın başka birine ait olduğu anlaşılrsa, akdin sorumluluğu kadı veya emînine değil borçluya ait olur." *Tabâvî* şerhinden nakledilen bu ifade fakihlerin "Akdin sorumluluğu alacaklılara döner." sözlerinden maksadın, akdin neticesinden öncelikle alacaklıların sorumlu olacağı, sonrasında ise alacaklıların borçluya rüçû etmeleri olduğuna veya ölenin zahiri bir
15 malı yoksa akdin sorumluluğunun alacaklılara döneceğine en açık delildir.

Yaptığımız bu açıklama konu ile ilgili olarak aklımıza hemencecik geliverenden ibarettir. Sırları bilen ise yalnızca Allah'tır.

19. Rehnedilen Malın Değerinin Düşmesi Hususunda Râhin ile 20 Mürtehinin İhtilafı

[**Teshîl**] Mürtehin, [rehin üzerinden bir müddet geçtikten sonra] "Kölenin kıymeti -borç tutarı olan- bin dirhem iken, beş yüze düştü." dese, eğer bu müddet içerisinde köle fiyatlarının değişmesi olağan ve maruf ise mürtehin tasdik olunur. Çünkü zahir durum onun şahididir. Eğer böyle
25 değilse râhin tasdik olunur. Çünkü her ikisi de merhûnun bu sıfatın dışında olduğu üzerinde anlaşmışlardır. Zahir durum râhine şahitlik etmektedir. 'Zahirle amel ederek' ifadesi iki meseleye de delildir. Daha sonra adil kişiye müracaat edilir; adil kişi iddiası hususunda mürtehini tasdik ederse rehin malı satması ve satım bedelini mürtehine vermesi emredilir. Satım
30 bedelinin alacağı karşılamaması durumunda, alacağın kalanı için mürtehin râhine rüçû edemez.

وإذا تقرر معنى قولهم: يرجع المشتري على الغريم فما قاله الشيخ: «وإن جعل العهدة فيهما على الغريم فله وجه» إن أراد به أنه تجعل العهدة على الغريم ويرجع الغريم على المديون فله وجه، وإن أراد أن تجعل العهدة عليه من غير أن يرجع هو على المديون بشيء بعده فلا وجه له لما عرفت.

وبعد ما كتبت ما وفقت باستخراجه هنا رأيت في هامش نسخة الاختيار ٥ الموجودة عندي منقولاً من شرح الطحاوي ما نصه: «أن القاضي أو أمينه إذا باع مال المديون للغرماء واستحق المبيع كانت العهدة على المديون لا على القاضي أو أمينه» انتهى. فكان هذا أوضح دليل على أن مرادهم من أن العهدة على الغرماء كون العهدة عليهم أولاً ثم هم يرجعون على المديون، أو العهدة عليهم إن لم يكن للميت المديون مال ظاهر.

هذا هو المتبادر الظاهر والله عليم بالسرائر.

١٩. اختلاف الراهن والمرتهن في انتقاص قيمة الرهن

[التسهيل] ولو قال المرتهن: كان قيمته ألفاً كدين فتغيّر سعره إلى خمسمائة فلو كان تغيّر سعر العبيد معروفاً في تلك المدة صدّق المرتهن؛ إذ الظاهر شاهد له وإلا صدّق راهنه؛ لأنهما تصادقا على أن المرهون كان ١٥ على غير هذه الصفة وكان الظاهر شاهداً للراهن. قوله: عملاً بالظاهر دليل للمسألين ثم يرجع إلى العدل فلو صدّق العدل المرتهن فيما يدعي أمر بيعه ودفع ثمنه إلى مرتبه. لا يرجع المرتهن ببقية دينه على الراهن.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu ihtilafın aslı şudur: Köleyi rehin olarak alan mürtehin bir müddet sonra kölenin kıymetinin daha önce bin iken beş yüze düştüğünü söylese, râhin ise kölenin kıymetinin eksilmesinin fiyatın düşmesi sebebiyle değil mürtehinin eline geçmesinden sonra edinilme 5 amacı olan mergûp -yani rağbet edilen- bir niteliğinin yok olması -mesela genç iken yaşlanması- sebebiyle olduğunu söylese bakılır: Bu süre içinde köle fiyatlarının düştüğü bilinmiyorsa râhin doğru söylemiş kabul edilir. Adil kişi mürtehini tasdik ederse ona rehni satıp satım bedelini mürtehine 10 vermesi söylenir. Satım bedeli mürtehinin alacağını karşılamıyorsa, mürtehin kalan kısmı almak için râhine rücû edemez. Bilakis borcun kalan kısmı, rehni mürtehinin elinde iken yok olan mergûp niteliği mukabilinde düşer.

Ortadan kalkması mürtehinin sorumluluğunda olan niteliğin ne olduğu, "Gasbedilmesi durumunda tazmini gereken her şey... [rehin durumunda mürtehin tarafından tazmin edilir.]" kuralından anlaşılmaktadır. 15

[فاضل أمير] نقول: أصل هذا الخلاف: هو أن مرتهن العبد قال بعد برهة من الزمان: كان قيمته ألفا كدين وتغير سعره إلى خمسمائة، وقال الراهن: لم يكن انتقاص قيمته بتغير السعر بل بفوات الصفة المرغوبة المقصودة بالتناول في يدك كأن شابا فشاخ؛ فيُنظر إن لم يكن تغيراً سعر العبد معروفاً في تلك المدة صدّق الراهن، ثم العدل إذا صدّق المرتهن وأمر ببيعه ودفع ثمنه إلى المرتهن ولم يكن وافياً بالدين لا يرجع المرتهن ببقية دينه على الراهن بل تسقط بقية الدين بهلاك تلك الصفة في يد المرتهن.

ثم الصفة التي يكون فواتها مضموناً على المرتهن تعلم من الضابطة المذكورة بقوله: «وكل ما يضمن بالغصب».

HACİR

1. Efendisinden İzinsiz Olarak Sattığı veya Satın Aldığı Bir Şeyi Telef Eden Kölenin Tazmin Sorumluluğu Ne Zaman Başlar?

[**Teshîl**] Mahcur köle bir şey satsa veya satın alsın ve onu telef etse, efendisi de bu akde icâzet vermese, mahcur köle ancak hürriyetine kavuştuktan sonra tazminle sorumlu olur. Her ne kadar bu tazmin, bir fiilin tazmini de olsa ve fiilden kaynaklanan tazmin sorumluluğu için izne ihtiyaç olmasa da burada fiilin sebep hâline gelmesi, “söz” sebebiyle olduğu için fiil kaynaklı tazmin söz kaynaklı tazmine ilhak edilmiştir. Bu ilke, *el-Kâfi* adlı eserin kölenin nikâhıyla ilgili bölümünde zikredilmiştir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu hükmün Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre olması gerekir. Ebû Yûsuf’a göre ise azat olmaya bağlı olmaksızın, kölenin, derhal tazmin etmesi gerekir. Biz bunun gerekçesini cinâyât bölümünün memlûk faslında zikrettik.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh’in “Memlûk faslında zikrettik.” sözüyle kastettiği, kasâme faslından biraz önce geçen şu meseledir: “Kendisine emanet bırakılan malı telef eden köle; Ebû Yûsuf [ve diğer üç imama] göre, bu malı derhâl [yani azat olmayı beklemeksizin] tazmin eder. Çünkü bu izinsiz bir fiildir [ve köle fiillerinden sorumludur.] Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre ise telef edilen malın tazmini kölenin azadına kadar ertelenir. Çünkü malı köleye emanet eden mal sahibi, [malı köleye teslim etmek suretiyle] malın kullanımında özensiz davrandığı için efendiyi de tazminden sorumlu tutamaz. Ebû Yûsuf ile Ebû Hanîfe ve Muhammed arasındaki bu görüş ayrılığı çocuk ve kölenin borç vermesi (ikrâz), ödünç vermesi (iâre), alım satım yapması ve teslim etmesi hususlarında da söz konusudur.”

Belki de daha uygun olan, Şeyh’in memlûk konusunda Ebû Hanîfe ve Muhammed’in “Malı köleye emanet eden mal sahibi, malın kullanımında özensiz davrandığı için efendiyi de tazminden sorumlu tutamaz.” şeklindeki tazmin borcunu azat sonrasına erteleme gerekçesini hacr konusunda da sunmasıydı. Çünkü *el-Kâfi* müellifinin zikrettiği ilke, nikâh konusu için geçerlidir. [Konumuz ise alım satımla ilgilidir ve alım satımla nikâh bazı açılardan birbirinden farklıdır.] Şöyle ki; nikâh akdinin gerçekleşmesi için her iki tarafın sözlü beyanı gerekir. Ancak bu ilke [yani salt fiilin dikkate alınmaması] teâtî ile alım satımda geçerli olmadığı gibi vedîada da örfen geçerli değildir.

كتاب الحجر

١. إذا أتلّف العبد ما باعه أو اشتراه بغير إذن مولاه متى يضمّنه؟

[التسهيل] فلو باع القنّ المحجور أو اشترى شيئاً فأتلّفه ولم يُجزّز مولاه فلا ضمان عليه إلا بعد عتقه وإن كان ضمان الفعل وهو لا يفتقر إلى الإذن لكن الفعل إنما صار سبباً بالقول فألحق بضمان الأقوال، ذكر هذا الأصل في باب نكاح الرقيق من الكافي.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون هذا على قولهما، وأما على قول أبي يوسف فينبغي أن يضمّن في الحال ولا يتوقّف على عتقه لما ذكرنا في فصل المملوك من كتاب الجنابة.

١٠ [فاضل أمير] نقول: يريد به ما ذكره قريباً من فصل القسامة بقوله: ولو أودع قنّ حُجر مالا فأتلّفه يضمّنه أبو يوسف في الحال لما مرّ من الفعل بلا إذن، وأخراه إلى عتقه لأن ربّ المال تعدّى باستعماله فلا يلزم مولاه وعلى هذا الخلاف إقراض وإعارة وبيع وتسلّم في صبيّ وقنّ، انتهى.

١٥ ولعلّ الأنسب أن يعلّل تأخير الضمان هنا إلى ما بعد العتق عند الطرفين بما علّل هناك من قوله «لأن ربّ المال تعدّى باستعماله فلا يلزم مولاه»، لأن الأصل الذي ذكره صاحب الكافي متمشّ في النكاح لأنه لا يوجد إلا بقول من المتعاقدين وأما في أحد نوعي البيع وهو البيع بالتعاطي فلا يتمشى ذلك الأصل كما لا يجري في الوديعة عرفاً

Nitekim Molla Hüsrev *ed-Dürrer*'de şöyle demiştir: “Bir kimse elbisesini birinin yanına koysa ve ‘Bu elbisem sana emanettir.’ dese veya hiçbir şey demeden ayrılrsa daha sonra da emanet bıraktığı kişi, elbiseyi orada bırakarak ayrılıp gitse ve elbise zayi olsa tazmin etmek durumundadır. [Bu durum örfen emaneti kabul ettiği anlamına gelmektedir.] Zira bu örfen bir vedîadır.”¹ Kâdîhân da bu hususu açıkça ifade etmiştir. Ayrıca âriyetin sadece icap ile tamamlandığını, tamam olması için müsteîrin (ödünç alan kişi) kabulüne ihtiyaç olmadığını söyleyenlerin görüşüne göre bu ilke, âriyet için de geçerli değildir. Nitekim Mevlâ Kuhistânî şöyle demektedir: “[Âriyette, sözlü] icap ve kabul şart değildir. Nitekim müellifin [Sadruş-şerîa] ‘Âriyet, bunu sana iâre olarak verdim, demekle sahih olur.’ sözü de buna delâlet etmektedir.”²

Dolayısıyla bu üç durumda (vedîa, teâtî ve âriyet) “Tazmin sorumluluğu, her ne kadar mahcûrun fiili -ki bu itlaftır- ile olsa da bu fiil, söz yüzünden sebep hâline gelmiştir.” demek doğru değildir. Çünkü bu üç durumda mahcûrun bir sözü bulunmamaktadır. Buna mukabil memlûk konusunda zikredilen “Mal sahibi, malın kullanımında özensiz davranmıştır.” şeklindeki illet muttarid bir illettir ve herhangi bir durumda farklılık arz etmez [yani bütün bu konularda geçerli olan bir illettir, bu yüzden memlûk konusunda bu gerekçenin zikredilmesi daha doğrudur].

2. Sefihe Malının Verilmemesinin Sebebi

[**Teshîl**] Ebû Hanîfe'ye göre buluşa erdiği hâlde reşit olmayan, yani sefih olarak buluşa eren kimse, malını müsrifçe harcayan biri bile olsa yirmi beş yaşına geldiğinde malı kendisine teslim edilir. Çünkü çoğunlukla bu yaştan sonra insan, malından alıkonulsa bile artık uslanmaz. Bu yaşa kadar uslansın diye malı -ittifakla- kendisine teslim edilmez, ancak bu yaşa ulaştıktan sonra Ebû Hanîfe'ye göre artık uslanma ümidi kalmadığı için malı kendisine teslim edilir. Ebû Hanîfe'ye göre bu yaşa ulaşmadan önce yaptığı alım satım vb. tasarrufları geçerlidir. Çünkü ona göre sefihlik her ne kadar malın verilmesine engel olsa bile hacr sebebi değildir.

1 Molla Hüsrev, *Düveru'l-Hükkâm*, II, 244

2 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, s. 449.

حيث قال مولانا خسرو في الدرر: فَإِنَّ مَنْ وَضِعَ ثوبه بين يدي رجل سواء قال «هذا ودیعة عندك» أو سكت وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاغ صار ضامناً، لأن هذا إيداع عرفاً، صرح به قاضيخان، وكذا في العارية على قول مَنْ قال إنها تتم بالإيجاب وحده ولا يشترط في تمامها القبول من المستعير حيث قال المولى القهستاني: ولا يشترط الإيجاب والقبول ٥ جميعاً كما دل عليه قوله وتصح العارية بـ«أعزْتُكَ» انتهى.

ففي كل من هذه الثلاثة لا يصح أن يقال «إن الضمان فيها وإن كان بفعل من المحجور وهو الإتلاف لكن هذا الفعل إنما صار سبباً بالقول» إذ لم يوجد قول من المحجور فيها وأما العلة المذكورة في فصل المملوك وهي أن رب المال تعدى باستعمال القن المحجور فعلة مطردة لا تختلف في صورة من تلك الصور. ١٠

٢. علة منع دفع مال السفیه إليه

[التسهيل] والبالغ غير رشید أي سفیهاً دُفع إليه ماله عند أبي حنيفة بخمسين وعشرين سنةً ولو كان مفسداً لماله، إذ لا يتأدبُ بعده غالباً ومُنِعَ المالُ عنه إلى هذا السنِّ وفقاً للتأديب فإذا بلغ هذا السنُّ فقد انقطع رجاءُ ١٥ التأديبِ فلا يُمنع ماله عنه بعده عند أبي حنيفة وتصرفه قبل أن يبلغ هذا السنُّ بيعاً أو شراءً أو نحوهما نفذ عند أبي حنيفة لعدم الحجرِ عنده وإن كان ممنوعاً عنه المالُ.

Böyle birinin tasarrufu geçerli oluyorsa bu yaşa kadar malından alıkonulmasının nasıl bir anlamı ve faydası kalmaktadır? denilirse buna şöyle cevap verilir: Bu yaşa kadar malın kendisine verilmemesinin bir faydası vardır. Çünkü sefihler en çok mallarını hibe etmek yoluyla saçıp savurduklarından bu yaşa kadar mallarının kendilerine verilmemesi, hibe yolunu kapatmaktadır.

Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise sefih hacredilebilir ve reşit olduğuna dair bir kanaat oluşuncaya kadar malları kendisine teslim edilmez, yaptığı tasarruflar da hâkimin icâzetine bağlıdır. Mâlik, Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel de İmâmeyn ile aynı görüştedir.

Şâfiî'nin aksine bize göre sefihin köle azadı geçerlidir. Bu konudaki ihtilâf, hacrin keyfiyeti konusundaki ihtilafa binâendir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Yirmi beş yaşına kadar malın kendisine verilmemesinin faydası sadece hibe etmesine engel olmaya hasredilemez. Diğer bir faydası da günümüzde müşahede ettiğimiz gibi yanında malı olmadığına insanların sefihe bir şeyler satmak veya ondan bir şeyler satın almak için rağbet göstermemesidir.

Şeyh'in "...hacrin keyfiyeti konusundaki ihtilafa binaendir." şeklindeki ifadesinin anlamı şudur: "Sefihin tasarruflarının hâkimin iznine bağlı olduğu konusunda Şâfiî ve İmâmeyn ittifak etmiş olsa da [sefihin köle azadı konusunda] aralarında vaki olan ihtilaf, hacrin keyfiyeti konusundaki ihtilafa binaendir."

Ebû Yûsuf ve Muhammed'in mevkûf saydığı, sefih olarak buluğa ermiş ve henüz yirmi beş yaşına ulaşmamış veya yirmi beş yaşına ulaşmış olduğu hâlde hâkimin hacr altına aldığı kişinin tasarrufudur. Burada "sefihin hâkimin hacrinden sonraki tasarrufu" olduğunu söylememizin nedeni bu sözün, ileride gelecek olan "Ebû Yûsuf'a göre hâkimin hacrinden önce sefihin satımı geçerlidir." ifadesi ile uyumlu olmasıdır.

3. Buluğa Ulaşma Ewareleri

[Teshîl] Buluğ; inzâl, ihtilâm olma, hayız görme, hamile kalma ve hamile bırakmayla gerçekleşir. [İnzâl dışındaki alametler] inzâlin gerçekleştiğinin belirtileridir. Bu konuda ilke şudur: Buluğ, gerçekte, kişiden meni gelmesiyle gerçekleşir, fakat diğer sayılan belirtilerin hepsi ancak meninin gelmesiyle gerçekleştiği için onların her biri de buluğ alâmeti sayılmıştır.

فإن قيل: إذا نفذ تصرّفه لم يكن لمنع المال معنى وفائدة؟ يُجاب: بأن له فائدة لأن غالب تبذير السفهاء بالهبة فمنع المال يمنع الهبة. وحجّراه ولم يدفعاً إليه ماله أبداً حتى يؤنس رشده وأوقفنا تصرّفه على إجازة الحاكم ومعهما هم.^١

وَنُقِّدُ عَتَقَهُ، وهذا الاختلاف بناءً على كيفية الحجر.

[فاضل أمير] نقول: لا يقتصر فائدة منع المال على منع الهبة بل إذا لم يكن المال في يده لا يرغب الناس في بيع مالهم منه ولا في شري ماله الذي لم يكن في يده منه كما نشاهده في يومنا هذا.

ثم ما قاله من بناء الاختلاف على كيفية الحجر فمَعْنَاهُ أن الاختلاف الواقع بين الإمامين وبين الشافعي بعد اتفاقهم على إيقاف تصرّف السفیه على إجازة الحاكم.^٢

والمراد من جعل تصرّفه موقوفاً عند أبي يوسف [ومحمد] تصرّف مَنْ بلغ سفيهاً ولم يبلغ إلى خمس وعشرين سنةً أو بلغ ولكن حجّره القاضي عن التصرّف وإنما قلنا المراد تصرّفه بعد الحجر لئلاّم ما سيحي من قوله «ويجيز أبو يوسف بيع السفیه قبل حجر الحاكم».

٣. أمارات حد البلوغ

[التسهيل] حلّ البلوغُ بإنزال واحتلام وحيض وحبل وإحبال لأنها أماره الإنزال والأصل أن البلوغ يكون بالإنزال حقيقةً ولكن غيره مما ذكر لا يكون إلا مع الإنزال فجعل كل واحد علامةً على البلوغ.

١ أي مالك والشافعي وأحمد.

٢ أ: هو أن المراد من جعل.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: İhtilamdan kasıt, meni çıkararak gerçekleşen ihtilam olmalıdır. Bu durumda meninin gelmesi şartının zikredilmesi, ihtilamın ayrıca zikredilmesini gereksiz kılar.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Muteber metinlerin genelinde buluş alameti olarak inzalin yanında ihtilam ve hamile bırakma ayrıca zikredilmiştir. Şeyh'in de zikrettiği gerekçeler ile buna bazı itirazlar olmuş ve inzal zikredildikten sonra ihtilamı ayrıca zikretmenin gereksiz olduğu ifade edilmiştir. Dahası bazıları hamile bırakmayı zikretmenin de gereksiz olduğunu söylemiştir. Çünkü inzal olmaksızın hamile bırakmak mümkün değildir. Hatta hamile bırakmanın buluş delili sayılması, kesin olarak inzalin gerçekleşmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu yüzden hamile bırakma durumundan hareketle buluş sonucuna ulaşmak gerçekte inzalden hareketle yapılmış bir istidlal olmaktadır.

Bu itirazlara şöyle cevap verilmiştir: Eğer buluşun alameti olarak sadece inzal zikredilmiş olsaydı, belki de inzalin olup olmadığını gözle görmenin şart olduğu gibi bir sonuç çıkarılabilecekti. Oysa böyle bir şart olmayıp bu konuda ister gözle görme, ister [hamile bırakma gibi] delâlet yollarıyla inzâlin varlığı dikkate alınmıştır. Bu konuda söylenenler bunlardır. Derim ki: Bu cevabın sahih olduğuna *Fetavâ'da* geçen şu ifadeler de delâlet etmektedir: "Mürâhık biri 'İhtilam oldum, uyandıktan sonra elbisemde ıslaklık gördüm.' diye ikrarda bulunsa baliğ olduğuna hükmedilir." Bu ifadeler buluşa dair hüküm vermek için inzali gözle görmeye ihtiyaç olmadığına delâlet etmektedir.

Vezir İbn Kemal adıyla meşhur Allâme de *el-İslâh (Islâhu'l-Vikâye)* adlı eserinde buluş alameti olarak sadece inzali zikretmiş, *el-İzâh* adlı eserinde ise inzal ile yetinme gerekçesini "İnzalin zikredilmesi, ihtilam ve hamile bırakmayı zikretmeyi gereksiz kılmaktadır." şeklinde açıklamıştır. Doğru sözlü ve insaf sahibi olan kişiye açıktır ki, bu tür değişiklikler ne *el-Vikâye* sahibi için bir ıslah olarak addedilebilir ne de araştırmacı ve istifade edecek olan kişilere bir açıklık ve izah getirebilir.

4. On Sekiz Yaşın Buluş İçin Son Sınır Olması

[Teshîl] Bir kimsede inzal, ihtilam, hayız görme, hamile kalma ve hamile bırakma gibi vasıflardan biri bulunmazsa; Ebû Hanîfe'ye göre erkek on sekiz yaşını, kız ise on yedi yaşını tamamladığında buluşa ermiş sayılır. Zira âyette "Olgunluk çağına erinceye değin, yetimin malına, en güzel biçim dışında yaklaşmayın!" (En'âm 6/152) buyrulmuştur.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد بالاحتلام هو الاحتلام مع الإنزال فحيثئذ يُعني ذكر الإنزال عن ذكر الاحتلام.

[فاضل أمير] نقول: قد ذكر في عامة المتون المعتبرة الاحتلام والإحبال مع ذكر الإنزال. وأعترض عليه بما ذكره الشيخ من إغناء ذكر الإنزال عن ذكر الاحتلام وزيد على ما ذكره بأنه يعني أيضاً عن ذكر الإحبال لأنه لا يكون إلا بالإنزال بل كون الإحبال دليل البلوغ باعتبار وجود الإنزال فيه حتماً فالاستدلال بالإحبال على البلوغ استدلال بالإنزال حقيقةً.

وأجيب عنه بأنه لو اقتصر على ذكر الإنزال لربما أوهم أن الشرط معاينة إنزال المنى وليس كذلك بل المعتبر وجود الإنزال سواء علم وجوده بالمعاينة أو بالدلالة، هكذا قيل. وأقول يدل على صحة هذا الجواب ما ذكر في الفتاوى من أن مُراهقاً أقر بالاحتلام وقال «احتلمتُ فرأيتُ أثر الماء بعد التيقُّظ» يحكم ببلوغه انتهى. فدل هذا على أن في الحكم بالبلوغ لا يحتاج الي معاينة الإنزال. والمولي العلامة الشهير بابن كمال الوزير قد اقتصر في الإصلاح على ذكر الإنزال ويين في الإيضاح وجه الاقتصار بما ذكر من أن ذكره مغن عن ذكر الاحتلام والإحبال. ولا يخفي على المنصف المتصف بصدق المقال أن مثل هذا التغيير لا يكاد أن يعدّ على صاحب الوقاية إصلاحاً ولا على الناظرين المستفيدين إفصاحاً وإيضاحاً.

٤. كون ثمانية عشر سنة هو الحد النهائي للبلوغ

[التسهيل] وإن لم يوجد شيء من هذه العلامات المذكورة^١ فهو يبلغ بتمام ثمانى عشرة سنة وهي تبلغ بتمام سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة لقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام ١٥٢/٦]

١ أي الإنزال والاحتلام والحبض والحبل والإحبال.

Çocuğun olgunluk çağı ise on sekiz yaştır. İbn Abbas ve el-Kutbî de bu görüştedir. Bazıları olgunluk çağının yirmi iki, bazıları da yirmi beş yaş olduğunu söylemiştir. Bu konuda 'söylenilmiş olanın en azı', on sekiz olduğu için hükmün, bu yaş üzerine terettüp ettirilmesi gerekir. Çünkü hem ihtiyat bu yöndedir hem de yakîn olan budur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu konuda ihtiyatın on sekiz yaşta olduğu müselemeldir. Çünkü çocuğun hacr altına alınmasında, sırf zarar olması durumunda sözlü tasarruflarının tamamen engellenmesi, zarar ve yarara ihtimali olması durumunda ise nefâz (işlerlik kazanma) niteliğinin engellenmesi söz konusudur. Her iki durumda da çocuğun ehliyetine müdahale vardır. Baliğ olduğuna hükmedildiğinde ehliyeti işletilmiş olur, ki bu çocuğun yararına bir şeydir. Bu açıdan ihtiyat, menfaatinin mümkün olan en erken dönemde çocuğa verilmesinde ve elde edilmesi mümkün olan hakkının tehir edilmemesindedir.

Ancak Şeyh'in söylenilmiş olanın en azının 'yakîn' olduğu ifadesi açık değildir. Çünkü olgunluk yaşına ulaşmış olma konusundaki yakın ancak bu konuda dile getirilen görüşlerdeki en yüksek yaşın alınması ile gerçekleşir. Zira çoğun içinde az zaten vardır, ama azın içinde çok yoktur. On sekiz yaşın olgunluk yaşı olmama ihtimali vardır ancak yirmi beş yaşın olgunluk yaşı olmama ihtimali yoktur. Ben bu konu üzerinde düşünürken *el-İhtiyar* adlı eserin nüshalarından birinin hâmişinde *el-Kifâye*'den şu nakli gördüm: "Olgunluk çağına erinceye değin, yetimin malına, en güzel biçim dışında yaklaşmayın!" (En'âm 6/152) âyetinin baş kısmında Allah Teâlâ hükmü, olgunluk yaşının sınırına kadar uzatmaktadır. Olgunluk yaşı ile ilgili dile getirilen görüşlerden en azı on sekizdir ve yakîn olan da budur. Çünkü olgunluk yaşı için en geç yaş [yani yirmi beş yaş] esas alındığında on sekiz yaş zaten buna dâhil olacaktır. Oysa on sekiz yaş esas alındığında olgunluk yaşını yirmi beş olarak gösteren görüş buraya dâhil olamayacaktır. Bundan dolayı on sekiz yaş âyetteki olgunluk hükmüne dâhil olduğu yakinen bilinen yaş olmaktadır. Dolayısıyla hüküm bu yaş üzerine bina edilir.¹ Bu açıdan ele alındığında on sekiz yaş, olgunluk için yakîn olan yaş olmakta, yukarıda işaret edilen açıdan ele alındığında ise olgunluk yaşı için söylenenlerin en geç olanı (yirmi beş yaş) yakîn olmaktadır. Bu iki vecih çatışınca -yukarıda belirtildiği üzere- ihtiyat olduğu için en az olan yaş esas alınmıştır.

1 Bk. Kurlânî, Celâleddin (ö. 767/1366), *el-Kifâye*, III, 850.

وأشدُّ الصبا بثمان عشرة سنة كذا قال ابنُ عباسٍ والقُتبي وقيل: اثنان وعشرون سنةً وقيل: خمس وعشرون سنةً. وأقلُّ ما قالوا ثمانِي عشرة سنةً فوجب أن يُدار الحكمُ عليه للاحتياط ولأنه متيقِّنٌ به.

[فاضل أمير] نقول: أما الاحتياط فمُسلَّم لأن الحجرَ للصغير منع عن أصل التصرف القولي إن كان ضررًا محضًا وعن وصفٍ نفاذه إن كان دائرًا بين الضرر والنفع فعلى الوجهين إهداؤُ أهليته وبالحكم بالبلوغ إعمالُ الأهلية وهو مما كان نفعًا له فكان الاحتياط تحصيل هذه المنفعة له في أول مرتبة من مراتب الحصول وأن لا يؤخر حقه الذي أمكن تحصيله.

وأما كون الأقل متيقِّنًا به ففيه خفاء لأن وجود اليقين بحصول الأشد إنما كان بأخذ ما هو الأكثر في تفسيره، إذ الأقل يوجد مع الأكثر ولا عكس فثماني عشر يحتمل أن لا يكون الأشد وأما خمس وعشرون فلا يحتمل أن لا يكون أشد الصبي. فلم أكن خاليًا عن التفكُّر فيه حتى أظفر في هامش نسخة الاختيار بمنقول من الكفاية وهو قوله أول الآية ﴿ولا تقربوا مال اليتيم﴾ الله سبحانه وتعالى مدَّ الحكم إلى غاية الأشد وأقلُّ ما قيل^١ في تفسيره ثماني عشر فهو المتيقن إذ لو مدَّ إلى أقصاه لا بد أن^٢ يمتدَّ إلى ثماني عشر ولو مدَّ إليها لا يكون ممتدًا إلى أقصاه فكانت ثمانية عشر متيقِّنًا في كون الحكم ممتدًا إليه فيبنى الحكم عليه انتهى. وبهذا الاعتبار يكون المتيقِّنُ ثمانية عشر وكان بالاعتبار السابق المتيقن أقصى ما قيل في تفسير الأشد، فلما تعارض هذان الوجهان أُخذ بالأقل لكون الاحتياط فيه كما تقرَّر.

١ أج: فما قيل. والمثبت من كتاب الكفاية، ٣/٥٠٨.

٢ في الكفاية: وأن.

ME'ZÛN: TASARRUF İZİNLİSİ

1. Dolaylı İzin

[**Teshîl**] Sahibi tarafından genel bir izin verilmiş köle her türlü tasarrufa izinli sayılır. Bize göre bu genel izin delâlet yoluyla da sâbit olabilir ve tıpkı sarîh olarak verilmiş izin gibi değerlendirilir. Mesela bir kimse kölesinin alım satım yaptığını görse ve onu bundan men etmeyip sükût etse, bize göre o köle me'zûn sayılır. Fakat ilk olarak gerçekleştirdiği o tasarrufta değil, ondan sonraki tasarruflar konusunda me'zûn olur. Çünkü izin, o ilk tasarrufla sâbit olmuştur. Bu sebeple o konuda me'zûn sayılmaz. Zira illet, hükme takaddüm eder yani ondan önce var olur; o ilk tasarruf, iznin illetidir. Söz konusu köle efendisinin sükûtuyla me'zûn olmuştur. Çünkü âdeten efendinin, razı olmadığı bir tasarruftan kölesini men etmesi gerekir. Men etmeyip sükût etmesi rızası olduğuna delildir. Bunun izin sayılmasının temelinde insanları aldatılmaktan korumak vardır. Me'zûn kölenin sattığı malın efendisine ait olmasıyla başkasına ait olması, efendisinin [sarîh] izninin olup olmaması ve yaptığı akdin sahîh ya da fâsîd olması arasında [efendinin sükûtunun izin sayılması açısından] bir fark yoktur.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Burada zikredilenler, “efendinin kölesini muayyen bir malını satarken veya bir mal satın alırken gördüğü hâlde buna ses çıkarmaması hâlinde o kölenin me'zûn sayılacağını” haber vermektedir. Oysa ileride de anlatılacağı üzere efendi, kölesine muayyen bir malı satın alması için sarîh bir lafızla izin vermiş olsa o köle me'zûn sayılmaz. Bu iki husus arasında çelişki bulunmaktadır. Çünkü delâlet yoluyla anlaşılman mana, sarîh lafızdan anlaşılman manadan daha zayıftır. Köle, muayyen bir malın alım satımı konusundaki sarîh izinle me'zûn sayılmıyorsa, delâlet yoluyla anlaşılman izinle evla olarak me'zûn sayılmaması gerekir. Ancak iki durum arasında şöyle bir fark olduğu söylenebilir: Muayyen bir malın alımı konusunda sarîh iznin olması, kölenin açıkça o işle görevlendirilmesidir (istihdam). Oysa efendinin, kölesinin muayyen bir malı almasına veya satmasına ses çıkarmaması böyle değildir. Çünkü efendinin susması bir görevlendirme değildir. Zira görevlendirme çoğunlukla susmayla değil, lafızla yapılır. Efendinin susması bir görevlendirme olmaksızın rıza anlamına gelir. Dolayısıyla efendinin, kölesinin muayyen bir malın alım satımı durumunda susmuş olması köleyi me'zûn kılarken, muayyen bir malın alım satımı için verdiği açık izni onu me'zûn kılmaz.

كتاب المأذون

١. الإذن دلالة

[التسهيل] لو أُذِنَ عَامًّا عَمَّ تَصَرُّفَهُ، وَأَثْبَتْنَاهُ بِدَلَالَةِ كَصْرِيحِ أَيِّ الْمَوْلَى إِذْ رَأَى عَبْدَهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي فَسَكَتَ عَنِ النَّهْيِ يَصِيرُ مَأْذُونًا عِنْدَنَا وَلَكِنْ لَا يَصِيرُ مَأْذُونًا فِي هَذَا التَّصَرُّفِ الَّذِي بَاشَرَهُ أَوَّلًا بَلْ يَصِيرُ مَأْذُونًا فِي التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي بَعْدَ هَذَا التَّصَرُّفِ إِذِ الْإِذْنُ يَثْبُتُ بِهِ فَلَا يَصِيرُ مَأْذُونًا فِيهِ إِذِ الْعِلَّةُ مُتَقَدِّمَةٌ عَلَى الْحُكْمِ وَهَذَا التَّصَرُّفُ عِلَّةُ الْإِذْنِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَأْذُونًا بِسُكُوتِهِ إِذِ الْعَادَةُ نَهَى الْمَوْلَى عَبْدَهُ عَنِ التَّصَرُّفِ الْغَيْرِ الْمَرْضِيِّ فَسُكُوتُهُ عَنِ النَّهْيِ دَلِيلُ الرِّضَا؛ حَذَارَ غُرُورِ النَّاسِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَبِيعَ عَيْنًا مَمْلُوكًا لِلْمَوْلَى أَوْ لِلْأَجْنَبِيِّ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ بَيْعًا صَحِيحًا أَوْ فَاسِدًا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ما ذكر هنا يُنبئُ أنه لو رآه يبيع شيئًا بعينه أو يشتريه وسكت يصير مأذونًا وسيجيئ أنه لو أذن له صريحًا بشراء شيء بعينه لا يصير مأذونًا وبينهما تدافع إذ الدلالة أدنى من الصريح فإذا لم يصر مأذونًا بصريح الإذن في شيء بعينه فبالدلالة أولى، ويمكن الفرق بأن صريح الإذن في شيء بعينه استخدام ظاهرًا بخلاف سكوته عند بيعه شيئًا بعينه أو شراؤه فإن سكوته ليس باستخدام لأنه يتحقق باللفظ غالبًا لا بالسكوت فصار سكوته رضاءً من غير استخدام فيصير مأذونًا بسكوته لا بإذنه في شيء بعينه.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in "Delâlet yoluyla anlaşılman mana, sarîh lafızdan anlaşılman manadan daha zayıftır." sözünün mutlak olarak doğru kabul edilemeyeceğine Mevlâ el-Ayasuluğî'nin ifadeleriyle cevap verilebilir. Ayasuluğî *el-Mecma'* şerhinin görme muhayyerliği bahsinde musannifin "Başkası için bir hak doğuran tasarruf da görme muhayyerliğini iptal eder. Söz gelimi bir kimse-
5 nin görmeden satın almış olduğu malını, şart muhayyerliği olmaksızın mutlak olarak veya müşterinin muhayyer olması şartıyla satması veya malı rehin olarak bırakması veyahut kiraya vermesi, üçüncü şahıslar için hak doğuran işlemler-
10 dir. Üçüncü şahıslar için bir hakkın doğmuş olması akdin feshedilmesine engel olur ve dolayısıyla da görme muhayyerliği düşer." ifadelerine yapılan "Bu tür tasarruflar ya sarahaten ya da delâlet yoluyla akde rıza gösterildiğine delâlet etmektedir. Bunların her ikisi de malın görülmesinden önce görme muhayyerliğini iptal etmezken, söz konusu tasarruflar nasıl iptal edebilir?" şeklindeki itiraza şöyle cevap vermiştir: "Söz konusu tasarruflar rızanın delilidir. Delâlet,
15 -başka bir sarîh ifadenin sıhhatinin zorunlu sonucu değilse- sarîh lafızdan üstün değildir. Burada ise delâlet, söz konusu tasarrufların sıhhatinin zorunlu sonucudur." Ayasuluğî'de özetle böyle yer almaktadır.

Bu kural takarrur ettiyse deriz ki: Yukarıdaki mevzumuzda delâletten izin, muayyen bir şeyin alınması için verilen sarîh izinden daha aşağıda değil, aksine
20 bu yöndeki sarîh izinden daha üstte yer almaktadır. Çünkü bu izin, rızanın delili olarak kabul edilen susmadan sonra köleden sadır olmuş tasarrufların sıhhatinin zorunlu sonucudur. "Susmanın iznin delili sayılmasının temelinde, insanları aldatılmaktan korumak vardır." şeklindeki tâlîl de buna delâlet etmektedir. Efendinin, kölesine muayyen bir şeyi satın alması için izin vermesinde, başkaları
25 açısından bir aldanmanın söz konusu olmayacağı bellidir. Bu sebeple insanların aldanmasını engellemek için muayyen eşyanın satımı konsundaki izinden hareketle köleyi diğer tasarruflar konusunda izinli saymaya ihtiyaç yoktur.

Şimdi de Şeyh'in "Burada zikredilenler, 'efendinin kölesini muayyen bir malını satarken veya bir mal satın alırken gördüğü hâlde buna ses çıkarmaması hâlinde
30 o kölenin me'zûn sayılacağını' haber vermektedir." şeklinde zorlama olarak dile getirdiği itirazı ve bu iddiasını doğru kabul ederek buna vermiş olduğu cevabına gelelim. Molla Hüsrev *ed-Dürer*'de efendinin görüp susmasının köleyi me'zûn kılması için görme ve susmanın tekrarlanması gerektiğini açıkça söylemiştir.

[فاضل أمير] نقول: يمكن هنا أن يجاب بمنع إطلاق قوله «الدلالة أدنى من الصريح» بما قال المولى الأياثلوغي في شرح المجمع في باب خيار الرؤية مجيباً عما أورد على قول المصنف: «وكذا يُبطل خياره التصرف الذي يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار المشتري والرهن والإجارة لأن تعلق حقه يمنع الفسخ فيبطل الخيار» بأن قيل «إن هذه التصرفات إما صريحُ الرضا أو دلالتُه وكل منهما لا يُبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته»، وجوابه هو أن هذه دليل الرضا، والدلالة إنما لا تفوق الصريح إذا لم تكن من ضرورات صحة صريح آخر وهذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة، انتهى ملخصاً.

١٠ إذا تقرّر هذا الضابط فنقول إن دلالة الإذن فيما نحن فيه ليست بأدنى من صريح إذنه بشراء شيء بعينه بل هي تفوق على هذا الصريح لأن هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات الصادرة من العبد بعد هذا السكوت الذي جعل دليل الرضا ويدل على هذا تعليلهم كون السكوت دليل الإذن بحذار غرور الناس ولا يخفى عليك أنّ هذا الاغترار لا يكون فيما أذن المولى لعبده بشراء شيء معين فلا حاجة الى جعله مأذوناً بهذا حذار غرور الناس.

١٥ ثم ما استصعبه الشيخ هنا واحتاج الى الجواب عنه على تقدير وقوع ما قاله «إن ما ذكر هنا يُنبئ أنه لو رآه يبيع شيئاً بعينه أو يشتريه وسكت يصير مأذوناً» وأما على ما أفصح عنه قول مولانا خسرو في دُرره من أن في كون العبد مأذوناً بسكوت المولى لا بدّ من تكرار الرؤية والسكوت

Onun bu konudaki ifadeleri şöyledir: “Efendi, kölesinin yabancı birinin malını sattığını veya istediği bir şeyi satın aldığını görse ve sükût etse köle me’zûn olur.”¹ *el-Hâniyye*’de ise [mesele] şöyle dile getirilmiştir: “Efendi kendi dükkânında kölesini bir şey satarken görse ve sessiz kalsa böylece köle birçok eşya satsa, efendi ise tüm bunlara sessiz kalsa bu köleyi me’zûn kılmış olur.”² Buna göre Şeyh’in bu konuya itiraz etmesine ve buna cevap vermesine gerek yoktur.

Kâdîhân’ın *el-Fetâvâ*’sında bu konuyla ilgili yer alan iki ifade arasında çelişki olduğu görülmektedir. Çünkü Kâdîhân yukarıdaki meseleden önce “Efendinin, kölesinin bir başkasının muayyen bir malını sattığını görüp susması izin sayılmaz.”³ demiştir. Sadruşşerîa üzerine hâşiye yazan Ahî [Çelebî] bu iki ifadesini uzlaştırmaya teşebbüs etmiş ancak bu, sadra şifa bir uzlaştırma olmamıştır. *el-Hâniyye* ve *et-Tebyîn* adlı eserleri incelerken bu fakirin aklına şöyle bir izah geldi: Kâdîhân görme ve susmanın tekerrür etmesini sadece kölenin kendi efendisinin malında yaptığı tasarruf için gerekli görmüştür. Kölenin başka birinin malında yaptığı tasarrufun izin sayılması için bu görme ve susmanın tekrarlanmasını gerekli görmemiş aksine sadece bir kez gerçekleşen tasarrufu gördüğünde efendinin susmuş olmasını köleye verilen bir izin olarak değerlendirmiştir.

el-Hidâye ve başka kitaplarda ise efendinin susması konusunda kölenin tasarrufunun, efendinin malı üzerinde olması ile başkasının malı üzerinde olması arasında bir fark gözetilmemiştir. Belki de önde gelen ulemamızın, kölesinin tasarrufunu gördükten sonra efendinin izin olarak kabul ettikleri sükûtu ile kastettikleri, kişinin görüp de sessiz kaldığında izin sayılacak bir sükûttur. Buna göre mesela efendinin kölesini pırasa veya döküntü bir şeyler satarken görüp sükût etmesi kölenin me’zûn olmasını gerektirmez. Çünkü bu gibi şeyler kölenin tasarrufunu ve efendisinin sükûtunu gören kişinin aldanmasına yol açmaz. Vallahu a’lem.

1 Molla Hüseyin, *Düveru’l-Hükkâm*, II, 276.

2 Kâdîhân, *el-Fetâvâ*, III, 579

3 Kâdîhân, *el-Fetâvâ*, III, 579

حيث قال «إذا رأى المولى يبيع عبده مُلْكُ الأجنبي ويشتري ما أراد وسكت [المولى يكون إذناً له في التجارة]» انتهى. وعلى ما في الخانية «ولو رأى عبده في حانوته يبيع متاعه فسكت حتى باع متاعاً كثيراً من ذلك كان إذناً» انتهى فلا ورود لما أورده الشيخ ولا حاجة الى الجواب عنه.

٥ وقد وقع هنا في فتاوى قاضيخان التدافع بين قوليه إذ هو قال قبل هذه المسألة «فإذا رأى المولى عبده يبيع عيناً من أعيان المالك فسكت لم يكن إذناً» انتهى. وقد تصدى محشي صدر الشريعة مولانا أخي للتوفيق بينهما ولكن لم يأت بما يروي العليل؛ ولاح للعبد الفقير بالنظر في الخانية والتبيين أن الإمام قاضيخان قد قال بلزوم تكرار الرؤية والسكوت في تصرف العبد في مال مولاه لا في التصرف في مال الأجنبي بل جعل سكوته هنا إذناً ولو مرة واحدة. ١٠

وأما على ما في الهداية وغيره فلا فرق بين كون سكوته عند تصرفه في مال مولاه وبين كونه في مال الآخر، ولعل أن مراد علمائنا الأعلام من كون السكوت إذناً عند رؤية تصرفه التصرف الذي يورث رؤية من رآه به كونه مأذوناً حتى لو رآه مولاه أنه يشتري نقلاً أو كراًنا فسكت لا يلزم منه الإذن لأن مثله لا يكون وجه اغترار من رأى تصرفه وسكوت مولاه، والله أعلم. ١٥

2. Belli Bir Konuda Verilen İzin Mahcûru Her Konuda Me'zûn Yapar mı?

[**Teshîl**] Mahcûra belli bir konuda ya da belli bir süre için ticaret yapma izni verilse bize göre bu izin, her türlü ticaret ve bütün zamanlar için geçerli sayılır. Çünkü izin, hacri kaldırmak ve hakkı ıskât etmek demektir. Veli için [çocuk] üzerinde şer'î velâyet yoluyla sâbit olan tasarruf hakkı velinin izin vermesiyle düşer. Bu durum efendi köle ilişkisi hakkında da aynen geçerlidir. Hak düşürücü söz ve eylemler (ıskât tasarrufları) tahsis edilemeyeceği ve bir süreye bağlanamayacağı için me'zûn, ister köle olsun ister çocuk olsun verilen izin belirlenen tasarruf şekliyle sınırlanamaz ve belirli bir süreye bağlanamaz. Nasıl ki talâk ve köle azadı, belli bir mekânla tahsis edilemiyor ve belli zamanla kayıtlanamıyorsa hacr hakkının ıskâtı da böyledir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Burada “Tahsis olmaması noktasında köleye verilen izin, köle azadı gibiyse, efendi köleye muayyen bir mal satın alması için izin verdiğinde bu iznin de umumi bir izin kabul edilmesi gerekirdi.” denemez. Çünkü bize göre efendinin muayyen bir mal alması için vermiş olduğu izin, üzerine izin hükmünün terettüp ettiği şer'î bir izin değildir. Aksine bu tamamen bir görevlendirmedir. *et-Tebyîn* adlı eserde şöyle denilmektedir: “Bu bir görevlendirmedir. Eğer biz böyle bir görevlendirme ile kölenin me'zûn olacağını kabul edersek bu takdirde efendilerin kölelerine iş vermesinin yolu kapanmış olur.”¹

3. İzin Geçerli Olması için Mahcûrun Bundan Haberdar Olması Şart mıdır?

[**Teshîl**] Efendinin köleye elbise, yiyecek ve muayyen bir şeyi satın alması konusunda izin vermesiyle köle me'zûn olmaz. Mesela efendinin kölesine “Şu elbiseyi al!” veya “Şu köleyi satın al!” şeklinde emretmesiyle köle me'zûn olmaz. Çünkü bu emir, bir ticaret değil, efendi açısından yapılmış olan bir görevlendirme, köle açısından ise verilen hizmet görevini yerine getirmez. Ancak efendinin, kölesine “Bana bin dirhem öde, o zaman sen hürsün!” demesi hâlinde hüküm farklı olup bu izindir. Çünkü bu durumda kölenin bin dirhemi elde edip efendisine getirmesi, çalışmasıyla mümkün olacağı için köle me'zûn olur.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, V, 205

٢. الإذن في نوع من التصرف هل يجعل المحجور مأذوناً في كل التصرفات

[التسهيل] ولو سُمِّي نوعاً أو مدةً عَمَّمْنَا الإذن في سائر أنواع التجارات

وفي سائر الأوقات لأنَّ الإذن فكَّ حجرٍ وإسقاطُ حقٍّ وهذا لأنَّ الحقَّ في

التصرف يثبت للمولى عليه بولايةٍ شرعيةٍ فيسقط بإذنه وكذا المولى فلم

يتخصَّص الإذن بنوعٍ عيَّنه ولم يتوقَّف بمدةٍ عيَّنها سواءً كان المأذون عبداً أو

صبيّاً إذ الإسقاطات لا تختصُّ ولا تتوقَّف كتحرير وطلاق فإنه لا يتخصَّص

بمكان ولا يتوقَّف بزمان فكذا إسقاط حقِّ الحجر.

[فاضل أمير] نقول؟ لا يقال: إذا كان الإذن في عدم التخصَّص كالتحرير

ينبغي أن لا يتخصَّص فيما أذن له بشراء شيء بعينه، لأننا نقول هذا ليس

بإذن شرعي يترتب عليه حكمه بل هو استخدام محض، قال في التبيين: إنه

استخدام ولو صار مأذوناً به لأنسَدَّ على المولى باب الاستخدام.

٣. هل يلزم علم المأذون بكونه مأذوناً

[التسهيل] ولا يصيرُ مأذوناً بإذنه لشراء ثياب كسوة وطعام أكل وشيء

بعينه كأمره بشراء هذا الثوب أو هذا العبد مثلاً لأنه استخدامٌ من جهة المولى

وخدمةٌ من جهة العبد لا اتجارٌ ضدَّ نحو قوله لقيته «أدِّ إليَّ ألفاً فأنت حرٌّ»

فإنه إذنٌ لحصول الألف بكسب فكان إذنًا.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Efendi kölesine izin verse fakat kölenin bundan haberi olmasa -Şâfî'nin ve Züfer'in aksine- bize göre bu kölenin me'zûn sayılması gerekir. Çünkü yukarıda geçtiği üzere bize göre izin, bir hak iskâtıdır ve tıpkı köle azadı ve talâkta olduğu gibi bunu muhataba bildirilmeye gerek yoktur. Şâfî ve Züfer'e göre ise izin bir niyâbettir ve vekâlet-te olduğu gibi muhatabına bildirilmesi gerekir; bu sebeple kendisine izin bilgisi ulaşmadan önce köle me'zûn sayılmaz.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Kölenin me'zûn sayılması için verilen izni bilmesinin gerekli olması hususu mutlak değildir. Aksine iznin bilinmesi sadece özel izinlerde gereklidir. Özel izinde verilen izni bilmenin şart koşulması ise lafzın medlûlünü [yani izin kelimesinin delâlet ettiği anlamı] gerçekleştirmek içindir. Ancak bunu gerçekleştirmek için izni bilmenin gerekli görülmesi, iznin bir iskât işlemi olmasıyla çelişmez. Kâsânî, *el-Bedâi*'de bu hususu şöyle açıklar:

“İnsanlara izafetle izin ikiye ayrılır: Gizli izin (izn-i isrâr) ve açık izin (izn-i îlân). Kitapta (*et-Tuhfe*) bu, genel ve özel izin olarak isimlendirilmiştir. Özel izin, efendinin ‘Köleme sadece ticaret için izin verdim.’ demesidir. Bu tür izinde efendi esnafa ‘Bu köleme her şeyi satabilirsiniz; ben ona ticaret için izin verdim.’ demek suretiyle izin vermemiştir. Bu tür [özel] izinlerde kölenin me'zûn sayılabilmesi için kölenin, kendisine verilen izni bilmesi gerektiği konusunda imamlar arasında ihtilaf yoktur. Çünkü izin ‘bildirmek’ anlamına gelmektedir. Nitekim Allah Teâlâ, *‘Ezânun mine'l-İlah ve Resulih'* (Tevbe 9/3) buyurmaktadır ki buradaki ezan, bildirmek demektir. Bildirilen kişiye taalluk etmediği sürece bir söz, bildirme olmaz. Ayrıca kölenin izinlilik durumu şer'an izinlilik durumuna göre belirlenir. Şöyle ki; nasıl ki kul, şer'in bir konuda izin verdiğini bilmeden o konuda izinli sayılmıyorsa aynı şekilde efendisinin izin verdiğini bilmedikçe köle de izinli sayılmaz. şer'den gelen iznin hükmü me'zûn köle hakkında ancak köle bunu bildikten sonra sabit olur. Genel izne gelince, me'zûn bahsinde geçtiği üzere kölenin me'zûn sayılması için bu izni bilmesi şart değildir.”¹ Benzer şekilde *el-Hâniyye* adlı eserde genel izin için köleye bunu bildirmenin şart olmadığı, çarşı esnafına bunun duyurulmasının yeterli olduğu açıkça beyan edilmektedir.²

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, VII, 193.

2 Kâdihân, *el-Fetâvâ*, III, 580.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو أذن ولم يعلم به العبد يلزم أن يكون مأذوناً عندنا لا عند الشافعي والزفر على ما مرّ من أنّ الإذن إسقاطٌ عندنا فلا يُحتاج إلى الإعلام كالتحرير والطلاق وإنابةً عند الشافعي والزفر فيحتاج إليه كالوكالة مع أنه لا يصيرُ مأذوناً قبل علمه.

٥ [فاضل أمير] نقول: لزوم علم المأذون بكونه مأذوناً ليس بمطلق بل هو في الإذن الخاص فقط ووجه لزومه فيه تحصيل مدلول اللفظ وهذا اللزوم لهذا التحصيل لا ينافي كون الإذن إسقاطاً، قال في البدائع:

وبيان ذلك أن الإذن بالإضافة إلى الناس ضربان: إذن إسرار وإذن إعلان وهو المسمى بالخاص والعام في الكتاب، فالخاص أن يقول «أذنتُ لعبدي في التجارة» لا على وجه ينادي أهل السوق فيقول «بايعوا عبدي فلاناً فأني قد أذنت له في التجارة»، ولا خلاف في أن العلم بالإذن شرط لصحة الإذن في هذا النوع؛ لأن الإذن هو الإعلام قال الله تعالى ﴿وَأَذَانٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [التوبة ٣/٩] أي إعلام، والقول لا يعرف إعلاماً إلا بعد تعلقه بالمعلم، ولأن إذن العبد يعتبر بإذن الشرع ثم حكم الإذن من الشرع لا يثبت في حق المأذون إلا بعد علمه به، فعلى ذلك إذن العبد، وأما في الإذن العام فقد ذكر في كتاب المأذون أنه يصير مأذوناً وإن لم يعلم به العبد انتهى. وكذا في الخانية صرح بأن إعلام العبد ليس بلازم في الإذن العام ويكفي فيه إعلام أهل السوق.

Bu açıklamayla Şeyh'in "iznin ıskât olmasının, -tıpkı köle azadı ve boşamanın, köle ve kadının bunu bilmelerine gerek olmaksızın sahih olması gibi- kölenin kendisinin me'zûn olduğunu bilmesine gerek olmaksızın iznin sahih olmasını gerektirdiği" şeklindeki şüphesi ve daha sonra tasrihen ifade ettiği "kölenin me'zûn sayılabilmesi için bunun bildirilmesinin şart olduğu" şeklindeki iddiasının cevabı ortaya çıkmış olmaktadır. Bu cevap şudur: Özel izinde i'lâmın gerekli görülmesinin sebebi "izin" lafzının manasının -ki bu bildirmedi- gerçekleştirilmesidir. Çünkü şer'î hükümler, kelimelerin lügat anlamlarına uygun olur. Bu amaca binaen burada bildirilenin gerekli olması, iznin bir ıskât işlemi olmasıyla çelişmez. Köle azadı ve boşamada bildirilenin gerekli görülmemesi ise bildirilenin itibara alınmasının sebebinin yani lafzın manasının gerçekleştirilmesinin bu iki durumda mevcut olmamasından kaynaklanmaktadır.

4. Kölenin Kayırmalı Satım Yapması

[**Teshîl**] Me'zûn kölenin ölüm döşeginde iken yaptığı alım satımda kayırma (muhâbât) yapması hâlinde üzerinde borç yoksa bu tasarrufu malının tamamı üzerinde geçerli kabul edilir. Şayet borcu varsa borçtan artı kalan, yani borçlar ödendikten sonra geride kalan kısmın tamamı üzerinde geçerli kabul edilir. Zira hür bir kimsenin [ölüm döşegindeki] kayırmalı satımının, malının üçte biri üzerinden geçerli kabul edilmesi vârislerinin hakkı sebebiyledir; kölenin ise bir vârisi yoktur. Şayet "Efendisi onun vârisi konumundadır." şeklinde bir itiraz gelirse buna şöyle cevap verilir: Efendisi ona izin vermekle kendi hakkını ıskât etmiştir. Dolayısıyla bu, tıpkı hür kişinin vârislerinin, malın üçte ikilik bölümündeki haklarından vazgeçmeleri durumu gibidir. Zira vârislerin kendi hakları olan üçte ikilik kısımdan vazgeçmeleri durumunda ölüm döşegindeki hastanın tasarrufları, malının tamamı üzerinden geçerli olur. Köle de bunun gibidir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu görüşün ya Ebû Hanîfe'ye ait olması gerekir ya da efendinin köleye kayırmalı satım yapma izni verdiğine hamledilmesi gerekir. Çünkü Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre efendinin izni olmadan kölenin kayırmalı satım yapması sahih değildir.

وبهذا البيان قد تبين الجواب عن شبهة الشيخ بأن كون الإذن إسقاطاً يقتضي أن يصح الإذن بغير أن يعلم العبد كونه مأذوناً كما أن التحرير والطلاق يصحان من غير أن يعلم العبد والمرأة، ومقتضى ما سيصرح به كون الإعلام شرطاً في كونه مأذوناً والجواب هو أن الإعلام قد كان لازماً في الإذن الخاص ليحصل معنى اللفظ وهو الإعلام لأن الأحكام الشرعية يكون على وفق المعاني اللغوية ٥ ولزوم الإعلام لهذا الغرض لا ينافي كونه من الإسقاطات، وعدم لزوم الإعلام في التحرير والطلاق لانعدام ما هو سبب اعتبار الإعلام فيهما وهو تحصيل معنى اللفظ.

٤ . محاباة العبد في بيعه وشراؤه

١٠ [التسهيل] ولو حابى العبد المأذون في بيعه أو شراؤه في مرض موته يُعتبر من كل ماله إذا لم يكن عليه دين، ولو كان عليه دينٌ فمما بقي أي يُعتبر من جميع ما بقي بعد قضاء الدين إذ محاباة الحرِّ إنما تُعتبر من الثلث لحقِّ الورثة ولا وارث للعبد؛ فإن قيل: ربُّه كوارثه يقال: أسقطَ ربُّه حقه بإذنه فصار كوارث أسقطَ حقه في الثلثين فإنه ينفذُ تصرفُ المريض في الكلِّ فكذا العبد.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكونَ هذا على قولِ أبي حنيفة أو يُحمَل على أن المولى جوِّز المحاباة إذ المحاباة لا تصحُّ عندهما إلا بإذن المولى.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Zahire göre bu mesele, şu tartışmaya dayanmaktadır: Ebû Hanîfe'ye göre me'zûn kölenin gabn-i fâhiş ile satım yapması sahîh olup bu satım, efendinin mutlak olarak vermiş olduğu iznin kapsamına girer. Ona göre me'zûn köle, her türlü alım satımı yapabilme noktasında tıpkı hür kişi gibidir. Şu kadar var ki hür kişi, ölüm döşegindeyken vârislerin hakkı söz konusu olduğu için kayırmalı satım yapamaz. Me'zûn kölenin vârisi olmadığına göre kayırmalı satım yapmasının câiz olması konusunda bir engel kalmamaktadır. Bu ortaya çıktığına göre Şeyh'in söz konusu meselenin bu noktasında tereddüt etmesinin bir anlamı kalmamaktadır. Çünkü bu, Ebû Hanîfe'nin bu konuda söylediklerinin bir uzantısıdır.

5. Me'zûn Kölenin Bekâret İzalesi Konusundaki İkrarı

[Teshîl] Me'zûn köle, hür bir kadının veya câriyenin bekâretini parmağıyla izale ettiğini ikrar ederse; Ebû Yûsuf'a göre câriyede 'ukr'un, hür kadında 'mehr-i misl'in derhal ödenmesi gerekir. Çünkü bu [bir bakıma] malın tazmin edilmesidir. Nitekim böylesi bir durumda efendi, def' veya fidye ödemekle sorumlu tutulur. Kölenin bir malın tazminine ilişkin ikrarı sahihtir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Daha önce geçen "Me'zûn kölenin, -ticaret sebebiyle ödemek durumunda olduğunun dışında- bir mala ilişkin ikrarı sahîh değildir." şeklindeki görüşü dikkate alındığında Ebû Yûsuf'un bu konuda farklı görüşte olması gerekir. Çünkü kölenin buradaki ikrarı da ticaret sebebiyle gerekli olmayan bir mala ilişkin olduğu hâlde Ebû Yûsuf, bu ikrarı sahîh kabul etmiş ve kölenin derhal tazmin etmesi gerektiğini söylemiştir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: İyice inceledikten sonra bizde oluşan kanaat şu şekildedir: Ebû Hanîfe ve Muhammed'in ilkesine göre me'zûn kölenin mala ilişkin ikrarının sahîh olabilmesi için ikrar edilen malın ticaret sebebiyle gerekli olan bir mal olması gerekir; Ebû Yûsuf'un ilkesine göre ise ikrar edilen şeyin mal olması gerekir; def' ya da fidye gerektiren cinayete ilişkin ikrar bu kapsamda değildir. Bu, Allâme Kasâni'nin *el-Beddâi*'deki şu takririnden ortaya çıkmaktadır: "Kölenin, gasbettiği bir câriyenin bekâretini parmağıyla izale ettiğine dair ikrarı sahîh midir, değil midir? Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre bu ikrar sahîh değilken, Ebû Yûsuf'a göre -köle borçlu olsun olmasın- sahihtir. [Eğer köle borçlu ise] câriyenin efendisi, kölenin satım bedelinden payına düşeni almak üzere diğer alacaklılara dâhil olur. Bu ihtilafın sebebi, kölenin bu ikrarının cinayete mi yoksa mala mı ilişkin olduğu noktasına dayanmaktadır.

[فاضل أمير] نقول: الظاهر أن هذه المسألة مبنية على أن العبد المأذون يصح بيعه بعبء فاحش عند أبي حنيفة ويدخل هذا البيع تحت الإذن المطلق فكان المأذون كالحر في جواز بيعه مطلقاً غير أن الحر إذا كان مريضاً لم تجز محاباته لحق الورثة، ولما لم يكن للمأذون وارث بقي جواز محاباته على ما كان في صحته، إذا تبين هذا فلا وجه لتردد الشيخ في تفريع المسألة، إذ هي من فروع ما قال به الإمام في هذا الباب.

٥. إقرار المأذون بافتضاض المرأة

[التسهيل] ولو أقر المأذون بافتضاض حرة أو أمة بأصبعه لم يؤخره أبو يوسف بل يلزمه العقر في الأمة ومهر المثل في الحرة للحال لأنه ضمان المال ألا يرى أنه يؤمر بالدفع أو الفداء وإقراره بضمن الأموال يصح.

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن يكون لأبي يوسف خلاف فيما مر من مسألة أنه لا يصح إقراره بمال لا يجب بسبب التجارة فإن ما نحن فيه إقرار بمال لا يجب بسبب التجارة مع أنه صح في الحال عند أبي يوسف.

[فاضل أمير] نقول: الذي حصل لنا بعد تصفح تام أن يكون أصل الإمام أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في صحة إقرار المأذون بالمال أن يجب المال المقرب به بسبب التجارة وأصل أبي يوسف في صحة إقرار المأذون أن يكون المقرب به مالا لا جنائياً موجبة للدفع أو الفداء على ما يترأى من تقرير العلامة الكاشاني في البدائع حيث قال: وهل يصح إقراره بافتضاض أمة بأصبعه غاصباً قال أبو حنيفة ومحمد لا يصح وقال أبو يوسف يصح سواء كان عليه دين أو لا، ويضرب مولى الأمة مع الغرماء في ثمن العبد، وهذا الخلاف مبني على أن هذا إقرار بالجنائية أم بالمال،

Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre bu bir cinayet ikrarıdır; dolayısıyla efendisi tasdik etmeden bu ikrar sahih olamaz. Ebû Yûsuf'a göre ise bu, mala ilişkin bir ikrardır. Dolayısıyla efendinin tasdiki olmaksızın ikrarı sahihtir." Bu anlatıklarımız ile Ebû Yûsuf'un daha önce metinde nakledilen görüşü ile ondan nakledilen ve şu an üzerinde durduğumuz görüşü uzlaştırılmış olmaktadır.

Ancak burada bir mesele üzerinde daha durmak gerekmektedir, ki o da Şeyh'in Ebû Yûsuf'a atfettiği "Eğer me'zûn köle hür bir kadının bekâretini izale ettiğine dair ikrarda bulunsa Ebû Yûsuf'a göre kölenin mehr-i misil ödemesi gerekir." şeklindeki sözleridir. Her ne kadar Ebû Yûsuf'un ilkesine göre ikrar edilen şeyin mal olması durumunda kölenin ikrarı itibara alınsa da bu ilke, hür bir kadının bikrinin izalesi konusunda uygulanamaz. Çünkü bu konu, gasbın cereyan ettiği bir konu olmadığı gibi buna mal demek de mümkün değildir. Dolayısıyla nasıl alınırsa alınsın Şeyh'in Ebû Yûsuf'tan yaptığı bu nakil problemlidir. Her zaman bir meseleyi daha iyi araştıran biri vardır.

Muteber kaynaklara müracaatım sonucunda bende oluşan kanaate göre "hür kadının bekâretini izale durumunda mehr-i misil gerekeceği" şeklinde Ebû Yûsuf'a atfettiği görüşünde Şeyh ya kendisi hata yapmıştır ya da hata yapan birine uymuştur. Şeyh Kerekî, *Feyzu'l-Mevlâ* adlı eserinde şöyle demektedir: "Me'zûn kölenin; borç, gasp, vedîanın helaki, âriyetin helaki ve mal ile ilgili cinayet konularında yaptığı ikrar câiz olup bunları derhal tazmin etmekle sorumlu tutulur. Ancak eğer iadeyi veya fidye vermeyi gerektiren bir cinayeti ikrar ederse bu ikrar sahih değildir. Eğer bir câriyenin bekâretini parmağıyla izale ettiğine dair ikrarda bulunsa bu ikrarı ancak efendisinin tasdikiyle sahih olabilir."¹ *Hızânetu'l-Müftîn* adlı eserde de böyle geçmektedir. Fukahamızın "mal ile ilgili cinayet konuları" sözü durumu cinayetin malda olmasıyla kayıtlamaktadır. Yine onların ikrarda bekâretin izalesi konusunu sadece câriyeye hasretmeleri, bu konudaki iddiamızı desteklemektedir. Ben daha sonra *el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye*'de zikredilen şu meseleye rastladım: "Ticaret ile uğraşan bir köle hür bir kadın veya câriye ile evlendiğini ve bekâretini izale ettiğini ikrar etse Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre bir şey tazmin etmesi gerekmez. İkinci imama (Ebû Yûsuf'a) göre hür kadın için bir şey tazmin etmesi gerekmez, câriye konusunda ise eğer bekâretini izale etmemişse azat olana kadar bir şey ödemesi gerekmediği gibi mehir de ödemez [azat olunca mehir öder]; ama eğer câriyenin bekâretini izale etmişse mehr-i misil ödemesi gerekir."

1 el-Kerekî, Ebu'l-Vefâ Burhanuddin İbrahim (ö. 922/1516), *Feyzu'l-Mevlâ*, Süleymaniye Kütüphanesi, Carullah, no: 955, 268b.

فَعِنْدَهُمَا هَذَا إِقْرَارٌ بِالْجَنَائِيَةِ فَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ تَصْدِيقِ الْمَوْلَى وَعِنْدَهُ هَذَا إِقْرَارٌ بِالْمَالِ فَيَصِحُّ مِنْ غَيْرِ تَصْدِيقِهِ أَنْتَهَى. وَبِهَذَا يَحْصُلُ التَّوْفِيقُ بَيْنَ مَا نَقَلَهُ فِي الْمَتْنِ سَابِقًا وَبَيْنَ مَا نَقَلَهُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا نَحْنُ بِصَدَدِهِ.

وَلَكِنْ بَقِيَ الْكَلَامُ فِيمَا عَزَاهُ إِلَى أَبِي يُوسُفَ هُنَا مِنْ أَنَّهُ لَوْ كَانَ إِقْرَارُهُ بِاِفْتِضَاضِ حُرَّةِ يُلْزِمُهُ أَبُو يُوسُفَ مَهْرَ الْمِثْلِ فَإِنَّ أَصْلَهُ لَوْ كَانَ اعْتِبَارَ إِقْرَارِهِ بِمَجْرَدِ كَوْنِ الْمَقْرَبِ بِهِ مَالًا لَا يَتِمُّشَى فِي اِفْتِضَاضِ الْحُرَّةِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الْغَضَبُ وَلَا مِمَّا يُطْلَقُ عَلَيْهِ الْمَالُ فَلَا يَخْلُو هَذَا النِّقْلُ مِنْهُ عَنِ الْإِشْكَالِ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَفَوْقَ كُلِّ ذِي مَجَالٍ مَجَالٌ.

وَبِمَرَاةٍ مَعْتَبَرَاتِ الْفَنِّ قَدْ غَلَبَ ظَنِّي عَلَى أَنَّ الشَّيْخَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي زِيَادَةِ الْحُرَّةِ وَتَرْتِيبِ وَجُوبِ مَهْرِ الْمِثْلِ عَلَى اِفْتِضَاضِهَا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِمَّا مَخْطِئًا أَوْ مُتَّبِعًا بِالْمَخْطِئِ، حَيْثُ قَالَ فِي فَيْضِ الْمَوْلَى لِلشَّيْخِ الْكُرْكِيِّ: وَإِقْرَارُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ بِالذُّيُونِ وَالْغُصُوبِ وَاسْتِهْلَاكِ الْوَدَائِعِ وَالْعَوَارِي وَالْجَنَائِيَاتِ فِي الْأَمْوَالِ جَائِزٌ وَيُؤَاخَذُ بِهِ فِي الْحَالِ وَلَوْ أَقْرَبَ بِالْجَنَائِيَةِ الْمَوْجِبَةَ لِلدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ لَمْ يَصَحَّ وَلَوْ أَقْرَبَ بِاِفْتِضَاضِ أُمَّةٍ بِالْإِصْبَعِ لَا يَصَحُّ إِلَّا بِتَصْدِيقِ الْمَوْلَى أَنْتَهَى. وَكَذَا فِي خَزَانَةِ الْمُفْتِيِّينَ، فَقَوْلُهُمْ وَالْجَنَائِيَاتِ فِي الْأَمْوَالِ بِتَقْيِيدِ الْجَنَائِيَةِ بِكَوْنِهَا فِي الْمَالِ، وَتَخْصِيصِهِمُ الْأُمَّةَ بِالذِّكْرِ فِي الْإِقْرَارِ بِالْاِفْتِضَاضِ مِمَّا يَقْوِي الظَّنَّ فِيمَا قَلْنَا، ثُمَّ ظَفَرْتُ بِمَا ذَكَرْتُ فِي الْفَتَاوَى الْبِرَّازِيَّةِ بِقَوْلِهِ: أَقْرَبُ الْعَبْدُ التَّاجِرُ بِتَرْوِجِهِ حُرَّةً أَوْ أُمَّةً وَقَدْ اِفْتِضَاهَا قَالَا لَا يُلْزِمُهُ شَيْءٌ وَقَالَ الثَّانِي كَذَلِكَ فِي الْحُرَّةِ وَفِي الْأُمَّةِ إِنْ لَمْ يَفْتَضَّهَا لَا شَيْءٌ عَلَيْهِ حَتَّى يَعْتَقَ وَلَمْ يَجِبِ الْمَهْرُ وَإِنْ اِفْتَضَّهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ أَنْتَهَى.

Buradan ortaya çıkmaktadır ki, Ebû Yûsuf'un me'zûn kölenin hür kadının bekâretinin izalesi ile ilgili ikrarı konusundaki görüşü tıpkı Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşü gibi olup ona göre de bu ikrar sahih olmamaktadır. Dolayısıyla Şeyh'in, hür kadının bekâretinin izalesi konusunda mehr-i misil gerekeceği şeklinde Ebû Yûsuf'a atfettiği görüş Ebû Yûsuf'un görüşü değildir; aksine mehr-i mislin gerekeceği şeklindeki görüş, kölenin evlendiğine dair ikrarda bulunup bekâretini izale ettiği câriye için söz konusudur. Velhasıl Şeyh'in sözlerinde karışıklık ve problem bulunmaktadır. İlim, her şeyden haberdar olan ve tövbeleri kabul eden Allah katındadır.

6. İhtilafı Meseleyle İstişad

[**Teshîl**] Mükâteb bir köle, bir câriyenin bekâretini izale ettiğini ikrar etse ve taksitlerini ödemekten âciz kalsa Ebû Hanîfe'ye göre bu cinayetinin tazmini -tıpkı birinin elini kestiğini veya gözünü oyduğunu ikrar etmesi durumunda olduğu gibi- azat olmasından sonraya tehir edilir. Ebû Yûsuf'a göre ise yukarıda geçen gerekçeden dolayı derhal tazmin eder. Muhammed'in bu konudaki görüşü ise şöyledir: Mükâtebin taksitleri ödemekten âciz kalmasından önce mahkeme cinayete ilişkin hüküm verirse Ebû Yûsuf'un görüşünde olduğu gibi derhal tazminde bulunmak durumundadır. Çünkü üzerindeki borç [mahkeme kararıyla] takarrur etmiştir. Ancak henüz mahkeme kararı olmadan taksitleri ödemekten âciz kalırsa bu durumda Ebû Hanîfe'nin görüşünde olduğu gibi derhal değil, azat olduktan sonra tazmin eder.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Cinâyât kitabının memlûk faslının "mükâteb kölenin ikrarı" meselesinden de anlaşılacağı üzere mükâteb kölenin, el kestiğine veya göz oyduğuna dair ikrarı konusunda Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşünün Ebû Hanîfe'den farklı olması gerekmektedir. Orada şöyle denilmişti: "Mükâteb köle, birini kasden öldürse veya kasden öldürdüğünü ikrar etse ve ardından mal üzerine sulh yapsa ve [sulh bedelini ödemediği önce] taksitleri ödemekten âciz kalıp köleliğe dönse bu durumda Ebû Hanîfe'ye göre sulh bedeli ancak onun hürriyetine kavuşmasından sonra talep edilir. Çünkü sulh bedeli, onun kazancının bedeli olmadığı için efendisi aleyhine olacak şekilde nâfiz olmaz. Ebû Yûsuf ve Muhammed ise bu borcun efendinin velâyeti altındayken vâcip olmuş olmasından hareketle sulh bedelinin derhal talep edilebileceği görüşündedir. Sulh bedeli, mükâtebin tıpkı taksidi ödemekten âciz kalmasından önce ikrar ettiği borç gibi olup düşmez."

وبهذا حصل أن مذهب الإمام الثاني في الإقرار بافتضاض الحرة أن لا يصح إقراره كما هو قولهما وما نقله الشيخ عن أبي يوسف من وجوب مهر المثل في افتضاض الحرة ليس قول أبي يوسف بل ما قاله من وجوب مهر المثل ما كان إلا في أمة افتضها وأقر بتزوجها. ففي كلام الشيخ تخطيط واضطراب ٥ والعلم عند الخبير التواب.

٦. الاستشهاد بالمسألة المختلف فيها

[التسهيل] ولو أقرّ بالافتضاض مكاتبٌ فعجز فالضمانُ تأخر إلى عتقه عند أبي حنيفة كإقراره بقطع اليد وفقء العين ويلزمه أبو يوسف للحال لما مرّ وافقه محمد لو قُضي به قبل عجزه لتقرّره دينًا واجب الأداء في الحال وإلا ١٠ آخر محمد كأبي حنيفة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: مسألة إقراره بقطع اليد وفقء العين ينبغي أن يكون فيها خلاف أبي يوسف ومحمد على ما يفهم من مسألة إقرار المكاتب المذكورة في فصل المملوك من كتاب الجنائيات حيث قال: قتله مكاتب عمداً أو أقرّ به فصالح على مال فردّ بعجزه فهو يُطلب بعد عتقه عند أبي حنيفة إذ ١٥ ليس من الكسب فلم ينفذ على مولاه وأطلقاه لوجوبه عليه حال ولايته فلا يسقط كدين أقرّ به قبل عجزه.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in buradaki itirazı rivâyetin aslına yönelik olup şöyledir: Ebû Hanîfe için istişhad ettiği el kesmenin ve göz oymanın ikrarı meselesi imamlar arasında ihtilâfıdır. Nitekim memlûk bahsinde söylenenler de bunu hissettirmektedir. Bu açıdan Ebû Hanîfe'nin görüşüne bu mesele ile istişhâd edilmesi doğru değildir. Şeyh'in bu itirazına şöyle cevap verilebilir: İstişhad edilen konunun ittifak edilen bir konu olması lazım olmayıp, ihtilâflı bir meselede ihtilâflı bir mesele ile istişhâd edilebilir. Nitekim Mevlâ Kuhistânî itâk konusunda şöyle demektedir: "Birçok yerde Muhammed ihtilâflı bir meselede ihtilâflı bir mesele ile istişhâd etmiştir. Böyle yapılmasındaki maksat, sözün daha açık hâle getirilmesini sağlamaktır."¹ Bu şekildeki istişhâd câiz olduğuna göre Şeyh'in dile getirdiği itiraz yersizdir.

7. Alacaklının, Kendisine Borçlu Olan Kölenin Satıldığı Akdi Fesh Etme Hakkı

[Teshîl] Bir kimse borçlu olan me'zûn kölesini sattığında kölenin alacaklı -dilerse- bu satımı fesâd gerekçesiyle feshettirebilir. Akit fâsittir; çünkü kölenin sahibi, -alacaklının hakkı sebebiyle- teslim edemeyeceği bir şeyi satmıştır. Bu tıpkı bir evin çatısındaki bir ağacın veya kaçmış bir kölenin satılması gibidir. Alacaklının hakkı hem kölenin kazancında hem de satımında sabittir ve her birinin bir faydası vardır; kazancındaki fayda tam ve müeccel iken satımındaki fayda eksik ve muacceldir. Satımındaki faydanın eksik olması, satıldığında satım parasının alacaklının borcuna yetmemesi ihtimali sebebiyledir. Köle satılmakla alacaklının satma ve kazanç arasındaki muhayyerlik hakkı yok edilmiş olur. Fakihler demişlerdir ki, bu hükümler satım bedelinin alacaklıya ulaşmaması durumunda söz konusu olmaktadır. Eğer satılan kölenin satım bedeli alacaklıya ulaşıyorsa ve satımda da bir kayırma durumu (muhâbât) söz konusu değilse, alacaklının akdi feshettirme hakkı yoktur. Çünkü alacaklı bu durumda hakkını almış olmaktadır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Satılan kölenin satım bedelinin alacaklının alacağına yetmemesi durumunda alacaklının akdi feshetme ve satım bedelini alma konusunda muhayyer olması gerekir. Çünkü bu durumda da alacaklı için fesihle bir fayda söz konusudur. Çünkü köle satılmayıp çalıştırılrsa alacağın tamamını alma imkânı olacaktır. Nitekim yukarıda geçen "Köle satılmakla alacaklının satma ve kazanç arasındaki muhayyerlik hakkı yok edilmiş olur." şeklindeki ifade, söylediğimize işaret etmektedir. Eğer akitte kayırma varsa bu durumda ya kayırma kaldırılmalı ya da akit feshedilmelidir.

1 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, s. 330.

[فاضل أمير] نقول: كان هذا اعتراض منه على أصل الرواية من حيث إن ما ذكر مستشهداً به لأبي حنيفة رحمه الله من مسألة الإقرار بقطع اليد وفقاء العين مختلف فيها أيضاً كما يشعر به ما في فصل المملوك فلا يصح إيراده مستشهداً به، ويمكن أن يقال إن المستشهد به لا يلزم أن يكون متفقاً عليه بل يجوز أن يستشهد بالمختلف على المختلف قال المولى القهستاني في كتاب العتاق: ٥ «وكثيراً ما يستشهد محمد بالمختلف على المختلف والغرض نقل الكلام الى الأوضح» انتهى فلما جاز الإستشهاد على هذا الوجه لم يرد ما ذكره.

٧. حق الفسخ للدائن في بيع مديونه

[التسهيل] ولو باع مأذوناً مديوناً ردّه الغريم إن شاء للفساد لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه لحقّ الغريم كبيع الجذع في السقف والأبق وحقّ الغريم ثابت في السعاية والبيع وفي كلّ منهما فائدة فالأول تامّ مؤجل والثاني ناقص معجل على تقدير أن تكون قيمته أنقص من الدين وبالبيع فات خياره بين البيع والسعاية، وقالوا هذا إذا لم يصل إلى الغريم ثمّنه، فلو وصل إليه ثمّنه ولا محاباة في البيع فليس له أن يردّ البيع لوصول حقّه إليه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون له الخيار بين ردّه وأخذ ثمنه إذا لم يكن في ثمنه وفاءً لدينه لأن له فائدة في الفسخ فإنه يستوفي كلّ دينه باستساعائه، وفي قوله: وبالبيع فات خياره الخ إشارة إلى ما قلنا. وإن كانت محاباة في البيع فإما أن يرفع المحاباة أو ينقض البيع.

el-Hidâye, *el-Kâfi* ve diğer bazı eserlerde söz konusu satım akdi, “Efendi, müşteriye köleyi satarken borcu olduğunu bildirerek satarsa...” şeklinde “borcun müşteriye bildirilmesi” kaydı ile yer almaktadır. Bu müelliflerin “bildirme” kaydını koymalarının gerekçesi şudur: “Satıcı köleyi satarken bunu müşteriye bildirdiğinde ve müşteri de buna razı olduğunda her ikisi anlaşığı için akdin nâfız olduğu vehmedilir.” Bununla beraber yine de alacaklıların akdi feshetme hakları bulunduğu söylenir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu mesele bütün *el-Hidâye* şârihlerinin, *el-Hidâye* sahibinin takrir ve tevilinde tesamüh ve kusur olduğunu ittifakla kabul ettikleri bir meseledir. Bu yüzden şârihler, değiştirilmesini doğru bularak onun bu tabirini değiştirmişlerdir. *Fetâvâ* kitaplarının müelliflerinin geneli de şârihlerin sözünü esas almıştır, fakat Allâme-i Rûmî bu konuda farklı davranarak Mergînânî'nin tevilinin doğru olduğunu söylemiş ve Mergînânî'nin hata ettiğini söyleyenlerin hata ettiğini kesin bir dille belirtmiştir. Molla Hüsrev de konuyu ele aldığı yerde sözün başında genelin kanaatine uymuş, fakat sonrasında getirdiği zait bir kayıtle doğrudan uzaklaşmıştır. Şimdi büyük ulemanın zikredeceğimiz sözlerine kulak ver ki mesele kolayca anlaşılsın.

el-Hidâye sahibi borçlu kölenin alacaklıların haberi olmadan satılması durumunda akdin alacaklılar tarafından feshedileceği meselesini tasvir ettikten sonra şöyle der: “Meşâyihimiz bu meselesinin tevilinin şöyle olduğunu söylemiştir: Bu hüküm, satılan kölenin satım bedelinin alacaklılara ulaşmaması durumunda söz konusu olur. Eğer satım bedeli alacaklılara ulaşırsa ve satımda da bir muhâbât/kayırmaya söz konusu değilse hakları kendilerine ulaşmış olduğu için akdi feshetme hakları yoktur.”

el-İnâye müellifi şöyle der: “Bazıları Mergînânî'nin bu ifadelerinde tesamüh olduğunu söylemiştir. Çünkü muhâbât olmaksızın kölenin satılması ve satım bedelinin alacaklılara verilmesi, alacaklıların satımı fesih hakkını engellemeyi gerektirmez. Zira satım bedelinin alacaklılarına yetmemesi durumunda, alacaklıların köleyi çalıştırmak suretiyle haklarını almak için satımı fesih yetkileri devam etmektedir. Bu itiraza şöyle cevap verilmiştir: Alacaklılar satım bedelini teslim alarak fesih haklarını düşürmeye razı oldukları için onların artık fesih hakları söz konusu olamaz. Ancak bu itiraz tartışmaya açıktır. Çünkü bu durumda onların ‘satımda muhâbât söz konusu değilse’ sözlerinin bir anlamı kalmaz. Çünkü alacaklılar satım bedelini alıp razı olduktan sonra satımda muhâbât olsa bile fesih hakları düşer.”¹

1 Bâbertî, *el-İnâye*, IX, 307

وقيد البيع في الهداية والكافي ونحوه بالإعلام حيث قالوا «أنه لو باعه سيده مُعلِّماً دينه»، وإنما قالوا مُعلِّماً دينه لأن البائع إذا أعلم المشتري دينه ورضي به المشتري يتوهم نفاذ البيع لتراضيهما فيقال إن مع هذا ولاية ردّ البيع للغرماء.

٥ [فاضل أمير] نقول: هذه المسألة مما اتفق أصحاب الشروح على أن في تقرير صاحب الهداية هنا وتأويلها تسامحاً وقصوراً فغيروا تعبيره وصوبوا تغييره وعامة أصحاب الفتاوى أخذوا بما قال به الشراح، غير أن العلامة الرومي تفرّد بتصويب تأويل ذكره صاحب الهداية وجزم بأن المخطئين هم المخطئون، ومولانا الفاضل ملا خسرو سلك^١ مسلك الجماعة في أول الكلام ولكن أتى بقيد زائد ينبو عنه المقام، فاستمع ما أسمعناك من أقوال العلماء العظام حتى يكون البحث على طرف الثمام.

قال صاحب الهداية بعد تصوير المسألة قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن، فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم.

١٥ وقال صاحب العناية: قيل في عبارته تسامح لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد، وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله «ولا محاباة في البيع»، فإنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه محاباة، انتهى.

Zeylaî, *el-Hidâye*'deki ifadeleri aktardıktan sonra şöyle der: “Mergînânî'nin bu ifadeleri tartışmaya açıktır. Çünkü bu ifadelerinden anlaşıldığına göre alım satımda muhâbat yoksa satım bedeli haklarına yetmese bile alacaklılara teslim edildiğinde fesih hakları kalmamakta; satımda muhâbat varsa alacaklıların haklarına yetse bile fesih hakkı sabit kalmaktadır. Oysa durum Mergînânî'nin söylediği gibi değildir. Aksine eğer satım bedeli alacaklıların hakkına yetmiyorsa, muhâbat olmasa bile fesih muhayyerlikleri devam eder. Çünkü bu durumda haklarını tam olarak almış olmazlar. Eğer meselenin teviline 'kölenin borca yetmeyecek bir satım bedeli mukabilinde satılması' şeklinde olduğunu söylerse bu durumda bir problem kalmaz. Çünkü satım bedeli, alacaklarının alacağına yetmediğinde her hâlükârda fesih hakları söz konusu olur; eğer alacaklarının haklarına yetiyorsa hiçbir şekilde fesih hakları yoktur.”¹

el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye'de şöyle geçer: “Efendi, alacaklıların izni olmadan borçlu köleyi satarsa, alacaklıların fesih hakkı vardır. Fakat kölenin satım bedeli alacaklılara verilirse ve bu, alacaklılarını karşılamaya yeterse bu durumda fesih hakları söz konusu olmaz.” *e-Fetâvâ'l-Tatarhâniyye*'de ise şöyle geçer: “Bu meselenin tevili, satım bedelinin alacaklılara ulaştırılmaması durumundadır. Eğer satım bedeli alacaklılara verilmiş ve satımda da bir kayırma durumu yoksa alacaklıların fesih hakkı yoktur. Ancak sahih olan görüş yine de fesih haklarının olmasıdır.” *el-Feyz* adlı eserde *el-Bezzâziyye*'de yer alanların aynısı bulunmaktadır. Ayrıca yanımızda bulunan diğer şerh ve fetva kitaplarında da mesele bu şekilde geçmektedir.

Allâme ise *el-İslâh ve'l-İzâh* adlı eserinde şöyle demiştir: “Efendi alacaklılara haber vererek borçlu köleyi satmışsa, satım bedelinin kendilerine verilmemesi durumunda alacaklıların akdi feshetme hakkı vardır. Bu şart dikkate alınır; çünkü satım bedeli alacaklılara verildiğinde, -satım bedelini teslim almaları akde razı olduklarını göstereceğinden- akdi feshetme hakları kalmaz. Fakat söz konusu satımda bir kayırma durumu varsa alacaklı akdi feshedebilir; çünkü bu durumda alacaklının şöyle bir itirazı olabilir: “Ben satım bedelini teslim aldım, çünkü ben bunun kölenin kıymetinin tamamı olduğunu düşünüyordum.” Bundan dolayı [Mergînânî] “satım bedeli alacaklılara ulaşırsa ve satımda da bir kayırma söz konusu değilse...” demiştir; yani sadece satım bedelinin ulaşması dememiş buna bir de satımda kayırmanın olmaması şartını eklemiştir. Bu noktada [Mergînânî'nin] ifadelerini doğru anlamak ve şerh ve hâşiyelerdeki yersiz vehimlere iltifat etmemek gerekir.”²

1 Zeylaî, *Tebyinul-Hakâik*, V, 217.

2 İbn Kemâl, *el-İzâh*, vr. 365a.

وقال الزيلعي بعد نقل عبارة الهداية: وفيه نظر، لأنه يشير إلى أنهم لا يكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن إليهم إذا لم يكن في البيع محاباة وإن لم يف الثمن بحقهم، وإن كان فيه محاباة يثبت لهم خيار الفسخ وإن وفى الثمن بحقهم، وليس كذلك بل لهم خيار الفسخ إذا لم يف الثمن بحقهم وإن لم يكن فيه محاباة لعدم وصول حقهم إليهم؛ ولو قال تأويل المسألة فيما إذا باعه بثمان لا يفى بدينهم استقام وزال الإشكال؛ لأن الثمن إذا لم يف بدينهم لهم نقض البيع كيفما كان، وإذا وفى ليس لهم نقضه كيفما كان انتهى.

وفي البزازية: فإن باعه المولى بلا إذن الغرماء فلهم الفسخ إلا إذا وصل الثمن إليهم وبه وفاء بالدين. وفي التاتارخانية: وتأويله أنهم إذا كانوا لا يصلون إلى الثمن أمّا إذا وصل إليهم وليس في البيع محاباة ليس لهم أن يردوا البيع والصحيح أن لهم أن يردوا البيع. وفي الفيض عين ما في البزازية وكذا في سائر الشروح والفتاوى الموجودة عندنا.

وقال العلامة في الإصلاح والإيضاح: فإن باعه سيده معلّمًا بدينه فللغريم رد بيعه إن لم يصل ثمنه إليه إنما اعتبر هذا الشرط لأنه وصل إليه الثمن لا يكون له حق الرد للبيع لأن قبضه الثمن دليل الرضا للبيع إلا إذا كان فيه محاباة إذ حينئذ له أن يقول إنما قبضت الثمن لأن اعتقادي أنه تمام القيمة ولذلك قال وإن وصل ولا محاباة لا حيث لم يكتف بمجرد وصول الثمن بل ضم إليه عدم المحاباة في البيع هكذا ينبغي أن يلاحظ الكلام في هذا المقام ولا يلتفت الى ما في الشروح والحواشي من حشاي الأوهام انتهى.

İbn Kemâl'in *el-İslâh ve'l-Îzâh*'ta geçen "Fakat söz konusu satımda kayırma varsa alacaklı akdi feshedebilir; çünkü bu durumda alacaklının şöyle bir itirazı olabilir..." ifadesi, *el-Înâye*'de zikredilen "Ancak bu itiraz tartışmaya açıktır. Çünkü bu durumda onların 'satımda kayırma söz konusu değilse' sözlerinin bir anlamı kalmaz." şeklindeki söze cevaptır. Buradan anlaşıldığına göre Allâme, şerhlerde geçen görüş ve tercihi kabul etmemekte, aksine *el-Înâye* adlı eserde *el-Hidâye*'ye itiraz edenlere cevap veren görüşe tabi olmaktadır. Ancak Allâme'nin bu tasarrufu, sadece söz konusu cevaba getirilen itirazları bertaraf etmeye yöneliktir.

Molla Hüsrev, *el-Gurer* ve *ed-Dürer* adlı eserlerinde şöyle demektedir: "Efendi, kölenin borçlu olduğunu bildirerek satarsa, kölenin satım bedelinin kendi borcuna yetmemesi durumunda alacaklının akdi feshettirme hakkı vardır. Zira satım bedeli alacağına yetmediğinde her hâlükârda akdi bozma hakkı vardır. Eğer kölenin satım bedeli alacağına yetiyorsa ve satımda da kayırma yoksa alacaklının satımı feshetme hakkı yoktur. Çünkü bu durumda kendi hakkını almış olmakta ve bir engel söz konusu olmadığı için akit nâfiz olmaktadır."¹

Konuyu bilen araştırmacı biri hemen farkına varır ki, Molla Hüsrev, birinci kaydı yani "kölenin satım bedelinin kendi borcuna yetmemesi durumunda" şeklindeki kaydı itibara alırken ve devamında "Zira satım bedeli alacağına yetmediğinde her hâlükârda akdi bozma hakkı vardır." şeklinde bir gerekçe sunarken *el-Hidâye*'nin ibarelerini değiştiren şârihlerin izinden gitmiştir. Fakat Molla Hüsrev'in "eğer kölenin satım bedeli alacağına yetiyorsa" ibaresinden sonra kayırmanın olmaması gerektiği şeklinde getirdiği zait kayıt, onun, bu meselenin ince detaylarına tam anlamıyla vakif olmadığını göstermektedir. Çünkü onun bu kaydı, *el-Hidâye*'de zikredilenlere uygun değildir. Zira oradaki "kayırmanın olmaması" kaydı satım bedelinin alacaklının hakkına yetmesiyle değil, kayırmalı satım bedelinin alacaklıya ulaşmasıyla ilgilidir. Ayrıca Molla Hüsrev'in bu ifadeleri taklit etmiş olduğu şârihlerin tercihlerine de uygun değildir. Çünkü şârihlerin tercihlerine göre satım bedelinin alacaklıların haklarına yetmesi durumunda satımda kayırma olsa bile alacaklıların fesih hakları olmamaktadır. Nitekim *et-Tebyîn* adlı eserde bu açıkça belirtilmiştir. Çünkü bu durumda alacaklılar haklarını elde etmiş olduklarından itirazları için bir mahal kalmamaktadır.

1 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-Hükkâm*, Karaçi 1308, II, 280.

فقوله «إلا إذا كان فيه محاباة إذ حينئذ له أن يقول الى آخره» جواب عن النظر الذي ذكر في العناية بقوله «وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة الى آخره» فعلم منه أن العلامة ليس بمستبد بهذا الرأي والترجيح بل هو متبع المحجوب الذي ذكر جوابه في العناية وتصرف العلامة دفع ما أورد على هذا الجواب من النظر المذكور فيها فقط. ٥

وقال المولى الفاضل مولانا خسرو في الغرر والدرر وإن باعه معلماً دينه فللغريم رد بيعه إن لم يف بدينه ثمنه لأنه إذا لم يف به له نقض البيع كيف ما كان، وإن وفى ثمنه بدينه ولا محاباة في البيع لا، أي ليس للغريم أن يرد البيع لأن حقه قد وصل إليه فينفذ البيع لزوال المانع انتهى.

١٠ ولا يخفى على الناقد الخبير أن فيما اعتبره من القيد الأول وهو قوله «إن لم يف بدينه ثمنه» وفيما ذكره في تعليقه بقوله «لأنه إذا لم يف به له نقضه كيف ما كان» اقتفى أثر جمع غيروا عبارة الهداية ولكن فيما زاد من قيد نفي المحاباة بعد قوله «وإن وفى ثمنه بدينه» إنباء عن قصور نظره عن الوصول الى أقصى مدارج الدراية لأن تقييده هذا لا يوافق بما في الهداية لأن قيد نفي المحاباة لوصل الثمن إليهم فيها لا لوفاء الثمن بحقهم، ولا يناسب لما اختاره الشارحون الذين قلّد هو بهم لأنه على ما اختاروه إذا وفى الثمن بحقهم لا يبقى لهم حق الرد وإن كان في البيع محاباة كما صرح به في التبيين، لأن حقهم قد وصل إليهم فلم يبق لهم محل الاعتراض.

Molla Hüsrev'in daha da şaşılacak olan görüşü, satım bedelinin hakkını karşılama yetmesi hâlinde alacaklının akdi fesih hakkının olmayacağını, "hakkını almış olacağı"yla gerekçelendirdikten sonra buna bir de satımda kayırma olmaması şartını eklemesidir. Bu sözlerinden anlaşıldığına göre satım bedeli alacaklının hakkına yetse ama satımda kayırma olsa alacaklının satımı feshetme hakkı vardır. Oysa ne akıl ne de nakil onun bu görüşünü destekler. Hakkı kendisine ulaştıktan sonra alacaklının fesih hakkı nasıl olabilir? Bu konuyu ve Şeyh'in bu konudaki görüşlere ilişkin değerlendirmesini tam bir şekilde ihata ettiysen Molla Hüsrev'in konuyu bu şekilde zikretmesinin basiret sahiplerinin razı olmayacağı tarzda olduğunu anlarsın.

8. Borçlu Köleyi Satın Alan Müşterinin Hasım Kılınması

[**Teshîl**] Borçlu kölenin satılması ve satıcının gaip olması durumunda alacaklılar, Ebû Yûsuf'a göre müşteriyi davalı kılabilir. Yani [efendi, borçlu kölesini sattıktan ve müşteriye de teslim ettikten sonra gaip olursa ve] müşteri borcu inkâr ederse Ebû Yûsuf bu durumda satıcının gaipliği sebebiyle alacaklıların müşteri aleyhine dava açabileceği görüşündedir. Çünkü müşteri bu malda kendi lehine mülkiyet iddia ettiği için elindeki malın kendisine ait olduğunu iddia edenle hasım olur. Nitekim birileri kölenin doğrudan kendi mülkü olduğunu iddia etseydi, bu durumda köleyi satın alan müşteri onlara hasım olacaktı. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise bu durumda müşteri hasım kılınmaz. Çünkü bu dava, satım akdini fesih anlamı içermekte ve fesih de ancak satıcı ve müşterinin varlığı ile mümkün olabilmektedir. Akit müşteri ve satıcı ile kaim olduğu için de akdin feshi, gaip aleyhine hüküm verme anlamına gelir. Bu görüş ayrılığı, müşterinin borcu inkâr etmesi durumunda geçerlidir. Eğer müşteri borcu tasdik ederse akit ittifakla feshedilir. Çünkü bu durumda dava açmaya gerek olmadığı için gaip aleyhine hüküm verme durumu da söz konusu olmayacaktır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: İhtilafı meselede, bütün imamlara göre hazır müşterinin gaip satıcı yerine hasım olması gerekirdi. Çünkü gaip aleyhine iddia edilen şey, hazır olan üzerine iddia edilen şey için sebeptir. Dava birdir, o da akdin feshedilmesi veya alacağın alınmasıdır.

ومما يقضي منه العجب أن المولى المذكور يعلل عدم فسخ الغريم البيع إذا وفى الثمن بحقه بقوله «لأن حقه قد وصل إليه» ويفيد الشرطية المذكورة بأن لا يكون في البيع محاباة فيكون مفهوم كلامه إن وفى الثمن بدينه وفي البيع محاباة فللغريم رده، وهذا مما لا يساعده العقل والنقل لأن بعد وصول حقه إليه كيف يقدر على الفسخ! إذا أخطت بتفصيل المقام خبراً وأن ما أورده الشيخ هنا مما تعلق به الفحول طراً فذكره على هذا الوتيرة مما لا يرتضيه أصحاب البصيرة.

٨. جعل مشتري القرن المديون خصماً

[التسهيل] يجعل أبو يوسف مشتريه خصماً بغيبة بائعه يعني إذا أنكر مشتريه الدين قال أبو يوسف المشتري خصم ويقضي للغرماء بدينهم لأنه يدعي الملك لنفسه في هذا العين فكان خصماً لمن ينازعه فيما في يده كما لو ادّعوا ملك العبد لأنفسهم، لهما أن الدعوى يتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري فيلزم في الفسخ حكم على الغائب لقيام العقد بهما وهذا الخلاف يتحقق فيما إذا أنكر المشتري الدين وأما إذا صدّقه فيفسخ وفقاً إذ لا حاجة إلى الخصومة فلا يؤدي إلى القضاء على الغائب.

[الشيخ بدر الدين] أقول: في المسألة الخلافية ينبغي أن يكون المشتري الحاضر خصماً عن البائع الغائب وفقاً لأن ما يدعى على الغائب سبب لما يدعى على الحاضر والمدعى واحد وهو حق الفسخ أو الدين.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu ifadeleri Ebû Yûsuf'un görüşünü tercih, Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşlerine ise itirazdır. Buna göre hâzırın gaip yerine hasım olmasında bütün imamların kabul ettiği ilke, alacaklının davasının hazır müşteri aleyhine dinlenilmesini ve hazır müşterinin gaip satıcı yerine hasım olmasını gerektirmektedir. Şöyle de denilebilir: Birinin, satılan kölenin zimmetinde alacağı olduğu iddiası, ancak kölenin me'zûn olduğu ortaya çıktıktan sonra dinlenebilir. Kölenin me'zûn olmadığı konusunda efendinin sözü dikkate alınır. Kölenin me'zûn olduğuna dair beyyine getirmek alacaklının yükümlülüğündedir. Beyyine kölenin me'zûn olduğunu ikrar veya inkâr etmesi muhtemel olan gaip efendiye karşı olacağı için dinlenmez. Keza bu beyyine hazır olan müşteriye karşı da dinlenmez. Çünkü gaip aleyhine olan davanın konusu yani kölenin me'zûn olduğu iddiası her ne kadar hazır olan müşteri hakkındaki iddianın yani akdin feshedilmesi veya alacağın alınması konusu için bir sebep olsa da bu iki iddianın konusu aynı olmadığı için ve satıcı, kölenin me'zûn olduğunu inkâr edip etmeyeceği şüpheli olan bir gaip olduğu sürece, ardından inkârın gelebileceği beyyine dinlenmez. Kaldı ki müşterinin, gaip satıcı yerine hasım yapılmasının bir faydası yoktur. Kadı fayda içermeyen bir şeyle uğraşmaz. *et-Tebyîn* adlı eserde şöyle geçmektedir: "Biz müşteriye hasım yapsak da bunda bir fayda söz konusu olmaz. Çünkü bu, sonuç olarak yine müşterinin hasım olmamasını gerektirecektir. Zira alacaklılar, kölenin borçlu olduğunu ispat etse, kölenin bu borca karşılık satılması mümkün olmayacaktır. Çünkü köle satılsa, satım bedeli satıcının mülkiyetine dönecektir, satıcı da gaiptir. Ayrıca kölenin satılması gaip aleyhine hüküm vermektir ki bu câiz değildir."¹

Müşterinin borcu tasdik etmesi durumunda feshi câiz görmeleri, Ebû Hanîfe ve Muhammed aleyhine tutarsızlık iddiası olarak öne sürülemez. Çünkü müşteri alacaklıların alacağını tasdik etse davaya ihtiyaç olmaz; dolayısıyla fesih, gaip aleyhine verilmiş bir hüküm olmaz. Ayrıca bu durumda fesih sebebi, müşterinin ikrarı olmaktadır. Müşterinin ikrarı kendi hakkında hüccettir ve sadece hüccetin muktezasıyla, miktarı oranında amel edilir, bunun ötesine geçilmez.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 218.

[فاضل أمير] نقول: هذا ترجيحٌ منه لمذهب أبي يوسف واعتراضٌ على الإمامين بأن الأصل الاتفاقي فيما يكون الحاضر خصمًا عن الغائب يقتضي أن يكون دعوى الغريم مسموعةً على المشتري الحاضر ويكون هو خصمًا عن البائع الغائب ويمكن أن يقال إن دعوى الغريم على أن له دينًا في ذمة العبد المبيع إنما تُسمع بعد ثبوت كون العبد مأذونًا والقول في عدم الإذن للمولى وعلى الغريم إقامة البينة على الإذن وهي على المولى الغائب المحتمل إقراره بالإذن أو إنكاره لا تسمع، وكذلك لا تسمع على المشتري الحاضر لأن المدعي على الغائب يعني مأذونية العبد وإن كان سببًا لما يدعى على الحاضر وهو حق الفسخ أو الدين ولكن ليس المدعي واحدًا كما عرف فما دام البائع غائبًا مشكوك الإنكار لا تسمع البينة التي تعقب الإنكار على أن جعل المشتري خصمًا عن البائع الغائب لا يفيد فائدة والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد؛ قال في التبيين: ولأننا لو جعلناه خصمًا لا يفيد؛ لأنه يؤدي إلى أن لا يجعل خصمًا في الانتهاء؛ لأنهم إذا أثبتوا الدين لا يمكن بيعه بدينهم؛ لأنه يعود إلى ملك البائع، وهو غائب وفي بيعه قضاءً على الغائب، وهو لا يجوز انتهى. ١٥

ولا يلزم عليهما ما جوزا من الفسخ عند تصديق المشتري لأن المشتري إذا صدقهم لا تكون الحاجة إلى الخصومة فلا يؤدي الفسخ حينئذ إلى القضاء على الغائب ولأن سبب الفسخ حينئذ يكون إقرار المشتري وإقراره حجة على نفسه فيعمل بمقتضاها في مقدار حجيته لا يتجاوز عنها.

9. İzinlilik Bilgisi

[**Teshîl**] Çocuk ve köleye kasden izin verilse bilgileri olmadıkça me'zûn sayılmazlar. Bu sebeple izinden haberdar olmadan önce yaptıkları ikrar geçerli olmaz. Diğer bütün tasarruflar da aynıdır. Zımnî izin konusunda ise iki rivâyet bulunmaktadır. Buna göre izin, alım satım emrinin zımnında olursa bir rivâyete göre çocuğun ve kölenin haberi olmadan önce de tasarrufları sahih, diğer bir rivâyete göre sahih değildir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Daha önce geçtiği üzere belli bir malı satın alma talimatıyla köle veya çocuk me'zûn olmamaktadır. Dolayısıyla burada me'zûn sayılmaları için alım satım konusunda genel bir emrin verilmiş olması gerekir. Aksi takdirde muayyen bir şeyi satın almasına dair verilen emir konusunda çocuk ve köleyi biri me'zûn sayan, diğeri saymayan iki rivâyetin bulunması gerekir. Ayrıca biz me'zûn bölümünün başında köle ve çocuğun bilgisi olmaksızın da kasdî iznin sahih olmasının gerektiğini yazmıştık. Bu husus üzerinde düşünölmelidir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu söz Şeyh tarafından yeterince tahkik edilip, araştırılarak söylenmiş bir söz değildir. Çünkü onun “Buna göre eğer izin, alım satım emrinin zımnında olursa kölenin haberi olmadan önce de me'zûn olmaktadır.” cümlesinde dile getirdiği şartın baş tarafı, muayyen bir şeyin satın alınması hususundaki talimatı kapsamamaktadır ki, bir şeyin satımı için verilen emirle genel bir emrin kastedildiğinin söylenmesine ihtiyaç duyulsun.” Yani tekerrür eden bir tasarrufu emretmek, tekerrür etmeyen emri -mesela muayyen bir şeyin satılmasını emretmeyi- dışarda tutar. Çünkü “izin, alım satım emrinin zımnında olursa...” sözünün anlamı şudur: Kölenin me'zûn olması, bir şeyi satması emredildiğinde bunun zımnında şer'an ortaya çıkan bir izinlilik durumu ise, haberi olmaksızın da köle izinli olur. Buna göre hükmün taalluk ettiği şey, şer'î hüküm bakımından bir şeyi satmasının emredilmesinin zımnında var olan izinliliktir. Bu izinlilik ise ya *-el-Hâniyye'*de geçtiği üzere efendinin çarşı esnafına “Falanca kölemlle alım satım yapabilirsiniz.” demesi şeklinde olur ya da *-el-İnâye'*de geçtiği üzere efendinin alım satım yapması için kölesine mükerreren izin vermesiyle olabilir. Her iki takdirde de muayyen bir şeyin satılmasına izin verme durumunda bir izinlilik söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla muayyen bir şeyin satılmasının emredilmesi hususu, zımnında izinlilik bulunan satımın emredilmesi kapsamına dâhil olmamaktadır. Hâl böyle olunca Şeyh'in böyle bir tekellüfe girmesine de ihtiyaç yoktur. Bunu anla! Şeyh'in “Biz me'zûn bölümünün başında... yazdık.” şeklindeki cümlesinin içeriği ise yukarıda anlattıklarımızdan öğrenilmiş oldu.

٩. العلم بمأذونية العبد

- 5 [التسهيل] ولو أذن قصداً لم يجز الإذن بلا علم صبيّ وقن حتى لو أقرّ كل منهما بعد الإذن القصدّي قبل علمه بالإذن لا يصحّ إقراره وكذا سائر تصرفاته، وجاء روايتان في الإذن الضمنيّ فإذا كان الإذن في ضمن الأمر بالبيع أو الشراء يصير مأذوناً قبل علمه في رواية فيصحّ تصرّفه لا في رواية.
- 10 [الشيخ بدر الدين] أقول: قد مرّ أنه لا يصير مأذوناً بإذنه لشراء شيء بعينه فينبغي أن يعتمّ الأمر بالبيع والشراء هنا حتى يصير مأذوناً وإلا يلزم أن يكون في الأمر بشراء شيء بعينه روايتان يصير مأذوناً في رواية لا في رواية وقد كتبنا في أوّل كتاب المأذون أنه يلزم أن يصحّ الإذن القصدّي بدون العلم فليتأمل.
- 15 [فاضل أمير] نقول: ليس هذا القول منه قول محقق متبوع لأنّ صدر الشرطية من قوله «إذا كان الإذن في ضمن الأمر بالبيع والشراء يصير مأذوناً قبل علمه» لا يشمل على الأمر ببيع شيء بعينه حتى يحتاج إلى أن يقال المراد من الأمر بالبيع الأمر العامّ يعني الأمر بتصرف مكرّر ليخرج الأمر بتصرّف غير مكرّر كالأمر ببيع شيء بعينه لأنّ معنى قوله «إذا كان الإذن في ضمن الأمر بالبيع» أن مأذونية العبد إذا كانت مأذونية تحصل في ضمن الأمر بالبيع شرعاً يصير العبد بهذه المأذونية مأذوناً قبل العلم فيكون ما علّق عليه الحكم وجود مأذونية في ضمن الأمر بالبيع بحسب حكم الشرع وهذه المأذونية لا تحصل إلا بأن يقول المولى لأهل السوق «بايعوا عبدي فلاناً» على ما قاله في الخانية أو بأن يأمره المولى بتصرف مكرّر كما في العناية، وعلى كلا التقديرين لا توجد تلك المأذونية في الأمر ببيع شيء بعينه فلا يندرج هذا الأمر بالبيع تحت الأمر بالبيع الذي يوجد في ضمنه المأذونية ولا يحتاج إلى ما تمحل له الشيخ فافهم. ثم ما قاله «وقد كتبنا الى آخره» فقد عرفت ما فيه فيما تقدّم.

10. Vârislerden Birine Borçlu Olan Kölenin Miras Olarak Taksimi

[Teshîl] Bir kimse, üzerinde bin dirhem borç varken ölse ve geride bin dirhem değerinde bir köle bıraksa, bu kişinin iki de oğlu olsa ve oğullarından birinin köleden beş yüz dirhem alacağı bulunsa; bu durumda o köle satılır ve satım bedeliyle öncelikle kölenin kendi borcu ödenir. Ölenin borcunun terekenin tamamını kaplaması, tek köleden ibaret olan terekenin miras olarak intikaline engel olduğu için oğul terekeye/köleye malik olmayacağından [köledeki] alacağı düşmüş olmamaktadır. Bundan sonra terekeden geriye bir şey kalmışsa ölenin borçları için harcanır.

Şayet bu meselede ölenin borcu beş yüz dirhem olmuş olsaydı köle miras konusu olur ve alacaklı (oğul), miras yoluyla terekenin yarısına malik olduğu için borcun yarısı (iki yüz elli dirhem) düşerdi. Bu durumda köle satılır ve ödemeye öncelikle oğlun alacağının yarısı olan iki yüz elli dirhem ile başlanır, çünkü bu kölenin borcudur. Sonra efendinin borcu olan beş yüz dirhem ödenir. Geriye kalan iki yüz elli dirhem üç bölünerek iki oğul arasında -iki pay alacaklı olan oğula, bir pay diğer oğula olacak şekilde- ikili birli dağıtılır. Çünkü tereke, borç ödendikten sonra mirasçılar arasında hiç borç yokmuş hesabıyla taksim edilir. Zira terekeden borcu ödemek için yapılan harcama borcun önceden ödenmesi gibidir. Geri kalan tereke, borç öncesi paylara göre taksim edilir. Bu meselede şayet ölenin hiç borcu olmasaydı, köle [satılıp] semeni üç kısma bölünecek ve bu iki oğul arasında miras olarak ikili birli paylaşılacak idi. Çünkü alacaklı oğul, önce mirasçı olarak yarısını (beş yüz dirhem), sonra -mirasçılık sebebiyle değil- alacağından dolayı da toplam mirasın dörtte birini (iki yüz elli dirhem) alır. Diğer kardeş ise mirasçı olarak dörtte birini (iki yüz elli dirhem) alır. Böylece miras kardeşler arasında ikili birli paylaşılmış olur. Dolayısıyla [yukarıda mûrisin beş yüz dirhem borcunun olduğu meselede de] borçlar ödendikten sonra mirasın iki oğul arasında ikili birli şekilde dağıtılması gerekir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu görüş tartışmaya açıktır. Çünkü alacaklı oğula beş yüz dirhem verilmesi gerekecektir ki bu durumda diğer oğula bir şey kalmamaktadır. Ölenin borcu terekenin tamamını kaplamadığı için iki oğul, köleye [miras yoluyla] sahip olunca onların her biri miras gereği onun yarısına sahip olur. Sonra alacaklı oğulun, -tıpkı ölenin üzerinde hiç borç olmadığı zaman yapılan uygulama gibi- kardeşinin payından dörtte birlik bir pay alması gerekir. Köle bin dirheme satılır; iki oğuldan alacaklı olana, kardeşinin payı olan dörtte bir miktar, yani iki yüz elli dirhem ödenir.

١٠ . قسمة العبد المديون لأحد الورثة

[التسهيل] ولو مات وعليه ألف وترك قنا يساوي ألفا وابنين لأحدهما على القن خمسمائة بيع القنَّ وبُدئَ بدينه من ثمنه ولم يسقط شيءٌ من دين القن لأنه لم يملكه الابنُ لعدم الإرث إذ الدين وهو الألف أحاط التركة وهي قن قيمته ألف ثم الباقي يُصرف إلى دين الميت. ٥

فلو كان دين الميت خمسمائة والمسألة بحالها صار القن ميراثاً وسقط نصفُ دينه إذ الدائنُ ملكَ نصفه للإرث وبياع القن ويُقضى ما بقي من دين الابنِ أولاً وذلك مائتان وخمسون لأنه دين القنَّ ثم يُقضى دين الميت خمسمائة فيبقى من ثمن القنَّ مائتان وخمسون فيقسم بين الابنين أثلاثاً ثلثاه لربِّ الدين إرثاً وثلثه للآخر إذ التركة تقسم بين الورثة بعد قضاء الدين على حساب عدم الدين إذ المصروف إلى الدين كالتأدي فيقسم الباقي على السهام التي كانت قبل الدين، وهنا لو لم يكن على الميت دينٌ لكان القن بينهما أثلاثاً بجهة الإرث لأن ربَّ الدين أخذ النصف إرثاً والربع من نصيب أخيه لدينه لا لإرثه فبقي الربع له إرثاً والنصف لربِّ الدين إرثاً فصار إرثهما أثلاثاً فكذا يجب أن يقسم الباقي بعد الدين بينهما أثلاثاً. ١٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: فيه نظرٌ لأنه ينبغي أن يكون خمسمائة لربِّ الدين من الابنين ولا يبقى شيءٌ للابن الآخر فإنهما لما ملكا القنَّ لعدم إحاطة دين الميت صار لكل منهما نصفه بحكم الإرث ثم الربع ينبغي أن يكون لربِّ الدين من نصيب أخيه كما يفعل كذلك لولا دينٌ على الميت، فبياع القنُّ بألف ويعطى لربِّ الدين من الابنين ربعه وهو مائتان وخمسون من خمسمائة نصيب أخيه ٢٥

Sonra mirasta eşit oldukları için babalarının borcu kendi paylarından eşit olarak ödenir. Alacaklı kardeşe ödenen dörtte birlik pay, sanki kardeşinin elinde önceden mevcut gibidir. Çünkü kölesinin borcu onunla ödenmiştir. Bu sebeple onun elinde önceden mevcut veya onun diğer ihtiyaçları için harcanmış gibi kabul edilmiştir. Nitekim *ez-Ziyâdât*'ta bu şekilde geçmektedir. Dolayısıyla babanın beş yüz dirhem olan borcu iki oğula yarı yarıya paylaştırılır. Borç için alacaklı oğul iki yüz elli dirhem verir ve kendisine beş yüz dirhem kalır, diğer kardeş de iki yüz elli dirhem öder ve kendisine bir şey kalmaz. Çünkü o kölenin kıymetinin yarısı olan beş yüz dirheme malik olmuş, onun da yarısını kölenin borcu için kardeşine vermiş, diğer yarısını da babanın borcuna verince kendisine bir şey kalmamıştır. Bu şekilde ortaya çıkmış oldu ki iki oğul arasında paylaştırılan dörtte birlik kısım yani iki yüz elli dirhem, iki oğuldan birinin alacaklı olması sebebiyle malik olduğu paydandır. Zira diğer kardeşin payı olan beş yüz dirhemnin yarısı kölenin borcu için, diğer yarısı da babanın borcu için ödenmiştir ve geriye bir şey kalmamıştır. İki oğuldan alacaklı olanın payına gelince, onun yarısı ölenin borcu için ödendi ve geriye yarısı olan ve iki oğul arasında paylaştırılan iki yüz elli dirhem kaldı. Aslında bu taksimin bir anlamı yoktur. Çünkü köle, miras yoluyla mirasçılar arasında mülk edinilip vârislerden bazılarının alacaklarını hisseleri oranında düşürünce, onlardan birinin irs yoluyla, gerek mülk kılınan şeye gerekse diğerinin hissesine ortak olmaması gerekir. Aksi takdirde onun mülkü olmasının ve herkesin hissesi oranında borcununun düşürülmesinin bir anlamı olmaz. Buna şöyle itiraz edilebilir: Sanki ölenin malı, bu dörtte birlik kısım gibi olmuştur. Çünkü borç için ödenenler istihkak edilmiş konumdadır ve kalan da vârisler arasında ortaktır. Nitekim hibe meselesinde de bunu teyit edecek bilgiler yer almaktadır. Bence, buna göre dörtte birlik kısmın iki oğul arasında yarı yarıya taksim edilmesi gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Ölenin malı sadece dörtte bir olarak kabul edildiği takdirde dörtte birlik kısmın iki oğul arasında yarı yarıya taksim edilmesi gerektiği görüşünü kabul etmiyoruz. Çünkü mal iki oğul arasında eşit olarak ikiye bölündüğünde, borçlar ödendikten sonra terekenin vârisler arasındaki taksimi, hiç borç yokmuş hesabıyla taksim olunamaz. Oysa meselenin başında ifade edildiğine göre ilke, borç ödendikten sonra terekenin mirasçılar arasında hiç borç yokmuş hesabıyla taksim edilmesidir. Eğer tereke Şeyh'in dediği gibi iki oğul arasında eşit olarak taksim edilirse bu durumda onların "Bir kimse, kendisine borcu bulunan köleye malik olduğunda alacağı düşer." sözlerinin pratik bir sonucu ortaya çıkmazdı. Çünkü beş yüz dirhem, alacaklı olan oğula verildiği zaman almış olduğu şey, bütün alacağı olmuş olmakta ve bu durumda borcun düşmesinin bir anlamı kalmamaktadır.

ثم يقضى دينُ أبيهما من نصيبهما على السواء لتساوي إرثهما فإن الرُّبْع الذي دفع إليه من نصيب أخيه كأنه قائمٌ في يد أخيه لأنه قضى به دينَ عبده فيجعل كالقائم في يده أو كالمصروف إلى حاجة له أخرى كما ذكر في الزيادات فتناصفَ عليهما دينُ الأب وهو خمسمائة فدفع ربُّ الدين من الابنين مائتين وخمسين لدين الأب ويبقى له خمسمائة ويدفع الابنُ الآخرُ مائتين وخمسين لدين الأب فلا يبقى له شيءٌ لأنه ملكٌ نصف قيمة القرن وهو خمسمائة ودفعَ نصفُها إلى أخيه لدين القرن ونصفُها إلى دين الأب فلم يبقَ له شيءٌ، وقد ظهر بهذا أن الربعَ المقسومَ بين الابنين وهو مائتان وخمسون وهو من حصّة ما جعل ملكاً لربِّ الدين من الابنين لأن حصّة الابن الآخر وهي خمسمائة دُفع نصفُها لدين القرن ونصفُها لدين الأب فلم يبقَ شيءٌ منها وأما حصّة ربِّ الدين من الابنين فقد دُفع نصفُها لدين الميت وبقي نصفُها وهو مائتان وخمسون وهو الذي قُسم بين الابنين فلا معنى لهذه القسمة إذ القرنُ لما جعل ملكاً بين الورثة بطريق الإرث حتى أسقط دينَ بعضهم بقدر حصته ينبغي أن لا يشترك أحدهم بطريق الإرث فيما جعل ملكاً وحصّة الآخر وإلا فلا معنى لجعله ملكاً له ولا لإسقاط دينه بقدره. فإن قيل: كأن مال الميت لم يكن إلا ذلك الربع إذ المصروف إلى الدين بمنزلة المستحق فيكون الباقي مشتركاً بين الورثة كما سيجيئ في مسألة الهبة ما يؤيده. أقول: على هذا يلزم أن يُقسم الربع بين الابنين نصفين.

[فاضل أمير] نقول: لا نسلم لزوم قسمة الربع بين الابنين نصفين على تقدير أن مال الميت لم يكن إلا ذلك الربع إذ لو قسم الربع بينهما نصفين لم تكن قسمة التركة بين الورثة بعد قضاء الدين على حساب عدم الدين وقد بين في صدر المسألة أن الأصل تقسيم التركة بعد قضاء الدين على حساب عدم الدين على أنه لو قسم التركة بين الابنين على ما قاله الشيخ لما ظهرت ثمرة قولهم «لو ملك مديونه سقط دينه» لأن خمسمائة إذا سلم لرب الدين من الابنين كان مستوفى مجموع دينه فلا يظهر أثر السقوط.

11. Muhayyerliğin Geri Dönmesi ile Borcun Geri Dönmesi Arasındaki Fark

[**Teshîl**] Ölüm döşeğindeki biri, kölesini kölenin alacaklısına hibe edip teslim etse alacaklının alacağı düşer. Hibe edenin ölmesinden sonra vârisler bu hibeye icâzet vermezse Ebû Yûsuf'a göre hibe, kölenin üçte ikilik kısmında bozulmuş ve borcun üçte ikilik bölümü de geri dönmüş olur. Muhammed'e göre daha önce geçen ["Düşen geri dönmez." şeklindeki] gerekçeden dolayı borç geri dönmez.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşleri görme muhayyerliği faslında geçenlerle problem teşkil etmektedir. Orada şöyle geçmişti: "Bir kimse bir top kumaş satın alsın ve ondan bir elbiselik kumaş satsa; artık onu görme muhayyerliği veya şart muhayyerliği sebebiyle geri iade edemez. Şayet satılan bir elbiselik kumaş kendisine fesih yoluyla iade edilse Ebû Yûsuf'a göre muhayyerlik hakkı geri gelmez. Çünkü düşen geri dönmez. Ebû Hanîfe ve Muhammed bu görüşte değildir." Ebû Yûsuf ve Muhammed burada [görme muhayyerliğinden] farklı hüküm vermiş olup bu görüşleri arasında bir problem söz konusudur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: [Şeyh'e göre] Ebû Yûsuf'un görüşündeki problem, hibe meselesinde borcun geri döneceğini söylemesine rağmen muhayyerlikte muhayyerliğin geri dönmeyeceğini söylemesidir. Muhammed'in görüşündeki problem ise hibe meselesinde borcun geri dönmeyeceğini söylemesine rağmen muhayyerlik meselesinde muhayyerliğin döneceğini söylemesidir. Ebû Yûsuf açısından buna şöyle cevap verilmiştir: Görme muhayyerliği zayıf bir hak olduğu için bir defa düştükten sonra artık geri gelmez. *et-Tebyîn*'de böyle geçmektedir. Muhammed açısından buna verilecek cevap açık değildir. Çünkü onun, muhayyerliğin geri geleceği görüşü ile "Düşen geri dönmez." şeklinde gerekçelendirdiği borcun geri gelmeyeceği görüşünü telif etmek mümkün değildir. Dolayısıyla burada dikkate alınabilecek bir izah görülememektedir.

Ben *Tatarhâniyye*'nin hibe bölümünün beşinci faslında Ebû Yûsuf'un burada dile getirdiği görüşünün kuvvetli olduğuna delâlet eden ifadeler gördüm. *Tatarhâniyye*'de bu konudaki borcun geri dönmesi meselesinde Ebû Yûsuf ile Muhammed arasındaki ihtilaf nakledildikten sonra şöyle denilmektedir: "Belhî'den rivâyet edildiğine göre Ebû Yûsuf, Muhammed'in görüşünü güzel görmemiş ve şöyle demiştir:

١١. الفرق بين عود الدين وعود الخيار

[التسهيل] ولو وهب مريضٌ قته لغريم القن وسلّمه إليه سقط دينه فإذا مات ولم يُجز الورثة ينقض الهبة في الثلثين ويعود ثلثا الدين عند أبي يوسف لا عند محمد لما مرّ.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل مذهب أبي يوسف ومحمد بما مرّ في فصل خيار الرؤية من أنه إذا شرى عدلاً وباع منه ثوباً لا يُردُّ العدلُ بخيار رؤيةٍ وشرطٍ فلو عاد ذلك الثوبُ إلى المشتري بفسخ لم يعد الخيارُ عند أبي يوسف إذ الساقط لا يعودُ خلافاً لهما وعكس أبو يوسف ومحمد هنا فأشكّل قولهما.

[فاضل أمير] نقول: أما الإشكال على مذهب أبي يوسف فإنه قال في مسألة الهبة بعود الدين الساقط وفي مسألة الخيار لم يقل بعود الخيار وأما الإشكال على محمد فإنه قال بعدم عود الدين في مسألة الهبة وبالعود في الخيار الساقط. ويبيّن العذر من جانب أبي يوسف بأن خيار الرؤية حق ضعيف لا يعود بعد أن سقط مرّةً كذا في التبيين. وأما الاعتذار عن محمد فلا يظهر لأن قوله بعود الخيار مع القول بعدم العود في الدين معللاً بأن الساقط لا يعود لا يجتمعان ولا يرى فيه وجه يعتد به.

١٥ ثم رأيت في التاتارخانية في الفصل الخامس من كتاب الهبة ما يدل على قوة ما ذهب إليه أبو يوسف هنا قال بعد نقل ما في المسألة من اختلافهما في عود الدين حكى عن البلخي أن أبا يوسف ما استحسّن قول محمد فقال:

Ne dersin, alacak bir çocuğa ait olup çocuğun bu alacağı bir adamın kölesi üzerinde olsa, sonra efendisi borçlu köleyi çocuğa hibe etse, çocuğun vasîsi hibeyi kabul edip köleyi teslim alsa ve borç düşse, sonra da hibede bulunan kişi hibeden rüçû etse; bu durumda eğer borç geri dönmez dersek vasî, çocuğa zarar veren bir tasarrufta bulunmuş olur ki bu aşırı gitme olur.” Denirse ki “Ebû Yûsuf da muhayyerlik meselesinde muhayyerliğin geri dönmeyeceğini söylediği için Muhammed için dile getirilen itirazlarla Ebû Yûsuf’a da karşı çıkılmaz mı?” Derim ki: Ebû Yûsuf’a bu şekilde itiraz edilemez. Çünkü top kumaşın alınması zahire göre ancak ticaret amaçlıdır. Vasînin ise çocuğun malı ile çocuk için ticaret yapması câiz değildir. Nitekim Şeyh vasiyet bölümünde bunu açıkça dile getirmektedir. Vasî, ticaret amacıyla vesayeti altında bulunan çocuk için bir top kumaş satın alsa bu alım, çocuk hakkında değil, vasî hakkında geçerli olur. O top kumaştan satmış olduğu elbisenin [fesih yoluyla] kendi mülkiyetine dönmesi ile düşen muhayyerliği geri gelmiyorsa, zarar veren tasarruf da çocuk hakkında değil, vasî hakkında geçerli olur.

12. Me'zûn Müdebberin Başka Biri için Vekâleten Bir Şey Satın Alması

[**Teshîl**] Birisi, müdebber kölesine ticaret hususunda izin verse, başka birisi de ona kendisi için peşin parayla bir câriye satın almasını emretse o da peşin parayla alsa bu akit, istihsânen sahihtir. Kıyasa göre me'zûn köle, ister düz köle ister müdebber köle olsun bunun câiz olmaması gerekir. Zira her ne kadar emreden kişiye rüçû hakkı olsa da satın almak, semeni akit yapan kişinin zimmetinde sabit kılar. Dolayısıyla da tıpkı bir şeye kefil olma hükmünde olur. Oysa me'zûn köle kefil olamaz. Bu sebeple vadeli alıma vekil olmayacağı gibi peşin bir alıma da vekil olamaz. İstihsânın gerekçesi şudur: Bu uygulama ticaretin bir gereğidir. Çünkü me'zûn köle, kendi namına yaptığı gibi başkaları adına da alım satım yapmaktadır. Ayrıca me'zûn kölenin peşin parayla satın alması her açıdan teberru işlemi değildir. Çünkü satın almak, kişinin zimmetinde semeni ödeme sorumluluğu doğurduğu gibi satın aldığı malda zilyedlik hakkını da sabit kılar; öyle ki me'zûn köle semenin tamamını müvekkilden almak için malı elinde hapsedip müvekkile vermeyebilir. Ancak me'zûn kölenin vadeli olarak satın alması durumu böyle değildir. Vadeli alması durumunda malı hapis hakkı olmayıp onu kabzettığı gibi müvekkile teslim etmesi gerekir. Vekâlet işi istihsânen sahih sayılınca, akit yapan kişi olması sebebiyle satın aldığı câriyenin semeni müdebber köleden talep edilir. Müdebber, ödediği miktarı almak için kendisine emir veren kişiye rüçû eder.

أرأيت لو كان الدين لصبي على عبد رجلٍ وهَبَ مولى العبدِ العبدَ من الصبي وقبله الوصيُّ وقبض العبدَ وسقط الدين ثم رجع الواهبُ في هبته لو قلنا: لا يعود الدين ملك الوصي تصرفاً ضاراً بالصبي وإنه فاحش انتهى. فإن قيل هل لا يرد على أبي يوسف ما أورده على محمد حيث قال أبو يوسف بعدم عود الخيار في مسألة الخيار؟ قلت لا يرد عليه لأنَّ اشتراء العبد لا يكون ظاهراً إلا ٥ للإتجار واتجار الوصي بمال الصبي للصبي ليس بجائز كما صرح به الشيخ في كتاب الوصايا فالوصي إذا شرى عدلاً للصبي ليتجر فيه لا ينفذ هذا الشراء في حق الصبي بل ينفذ على الوصي فإذا لم يُعَدَّ خياره الساقطُ بعود ثوبٍ باعه إلى ملكه يكون التصرف الضارُّ على الوصي لا على الصبي.

١٢. توكيل المدبر المأذون بالشراء

[التسهيل] ولو أذن رجلٌ لمدبره في التجارة فأمر المدبرَ رجلٌ أن يشتري له أمةً بنقد فشرى بنقد صحَّ استحساناً والقياس أن لا يجوز قنا كان المأذونُ أو مدبراً إذ الشراء يوجب الثمنَ في ذمة العاقِدِ وإن كان له حقُّ الرجوع على الأمر فصار بمنزلة الكفالة بأمر والمأذونُ لا يملك الكفالةَ ولهذا لا يملكُ التوكُّلَ بالشراء مؤجلاً فكذلك بالنقد، وجه الاستحسان: أن هذا من صنيع التجارة فإنهم ١٥ يبيعون ويشترون لغيرهم كما لأنفسهم والشراء بالنقد ليس بتبرع من كل وجهٍ لأنه كما يوجبُ الثمنَ في ذمته يُثبت له اليدُ على المبيع حتى كان له حبسُ المبيع من الموكِّلِ لاستيفاءِ الثمنِ بخلاف الشراءِ بثمنٍ مؤجِّلٍ فإنه لا يُثبت له يدُ الحبس على المبيع بل كما يقبضُ يلزمه التسليمُ إلى الموكل فلما صحَّ التوكُّلُ استحساناً طوِّب المدبرُ بالثمنِ لأنه العاقِدُ ويرجع على الأمرِ بثمنه ٢٠

Şayet emreden kişinin ve müdebber kölenin ödeme imkânı yoksa ve bir köle, o müdebberin elini kesmiş ve kesilen organının diyet bedeli olarak o köle müdebberine verilmiş ya da müdebberine bir köle hibe edilmişse, bu durumda hibe edilen veya organ bedeli olarak verilen köle müdebberin borcu için satılır. Çünkü buna ihtiyacı vardır ki, bu ihtiyaç da aldığı câriyenin bedelini ödemektir. Ancak efendi, hibe edilen veya kesilen organın diyeti olarak alınan köleyi fidyeye vermişse o başka. Zira efendinin verdiği bu fidyeye, emri veren kişinin ödemesi gereken fidyenin tamamıdır. Dolayısıyla bu durumda emredene rüçû edecek olan kişi müdebber değil efendidir. Çünkü efendi, emredenin borcunu zorunlu olarak kendi malıyla ödemiştir. O bir bakıma emreden tarafından görevlendirilmiş gibi olur. Şayet efendi borcu ödemeye yanaşmazsa, organ bedeli olarak verilen veya hibe edilmiş köle satılır. Aslında organ bedeli olarak verilen kölenin, müdebberin borcu için satılmaması gerekirdi. Çünkü o, müdebberin kesilen elinin bedelidir. Müdebber köle ile cüzleri borç için satılamaz, dolayısıyla elin bedeli de satılamaz. Fakat biz diyoruz ki: Borç, kölenin zatıyla ilgili olduğu için bütün cüzlerine taalluk etmiştir. Müdebber köle, borcu için satılmaz; çünkü zatı satımı kabul etmez. Fakat cüzlerinin bedeli satımı kabul eder ve borcu için satılabilir. Nitekim hür kimsenin borcu nefisinden ödenmez, ama kendi borcundan ödenir. Hibe edilmiş veya kesilen organının bedeli olan köle satılsa ve bedeli alacaklılara verilse ve buna rağmen hâlâ müdebber üzerinde borç kalsa, bu durumda hibe edilen kölenin semenini almak için emredene rüçû edecek olan efendi değil, müdebberdir. Çünkü üzerinde kalan borçtan dolayı müdebberin buna ihtiyacı vardır. Ayrıca hibenin bedeli onun kazancıdır ve müdebber, kendi borcundan dolayı sorumludur. Borçtan kurtulmadıkça da efendiye teslimi söz konusu değildir. Çünkü hibe edilmiş olan köle, müdebberin kazancı olduğu için efendi ona müdebber sayesinde malik olmuştur. Emredeninde hibe edilen kölenin semeninden bedel olarak vâcip olan şey, müdebberin kazancı olur. Borçtan kurtulmadıkça da efendiye teslim edilmez. Bundan dolayı emredene rüçû edecek olan efendisi değil müdebberdir. Ancak kesilen organ için alınan kölenin semenini almak üzere emredene rüçû edecek olan efendidir. Çünkü bu bedel, efendinin mülküdür. Zira müdebber bütün cüzleriyle efendisinin mülküdür ve bu bedel müdebber tarafından gelmemiştir. Müdebberin kendisi efendiye ait olunca, organının bedeli de efendiye ait olmaktadır. Ayrıca organın bedeli, müdebber tarafından kazanılmış bir şey değildir. Şu kadar var ki alacaklıların hakkı o bedele taalluk etmiştir, bu hak da borcun ondan bir kere ödenmesiyle kalkmıştır. Dolayısıyla alacaklıların hakkı bu semenden bedel olarak emredene vâcip olan şeye taalluk etmez.

فإن لم يكن عند الأمر ولا عند المدبر شيء ففقطَّعَ عبدٌ يد المدبر ودفعَ به أو وهبَ للمدبر عبدٌ يبيع ما وهب له وبدل طرفه لدين المدبر لحاجته وهي ثمن الأمة إلا أن يفديهما المولى فإن فداهما كان جميع ما فدا به على الأمر ويرجع به المولى لا المدبر لأنه قضى بماله دين الأمر مضطراً ٥

فصار كالمأمور من قبله وإن أبى أن يفدي يبيع المدفوع والموهوب وكان ينبغي أن لا يباع بدل طرفه بدينه لأنه بدل عن اليد والمدبر وأجزائه لا يباع بالدين فكذا بدله لكننا نقول: إن الدين تعلق برقبته فيتعلق بجميع أجزائه وإنما لا يباع المدبر لأنه لا يقبل البيع وبدل أجزائه قابل فيباع فيه، ألا يرى أن دين الحر لا يقضى من نفسه ويقضى من دينه وإذا بيع وصرف الثمن إلى الغرماء فإن بقي على المدبر دين رجع المدبر على أمره بضمن الهبة ١٠

لا سيده لحاجة المدبر بدين عليه وهو أي ثمن الهبة كسبه أي بدل الثمن كسبه وهو مشغول بدينه فلا يسلم لسيدة ما لم يفرغ عن الدين وهذا لأن المولى يملك الهبة من جهة المدبر لأنها من كسبه فما يجب بدلاً عن ثمنها في ذمة الأمر يكون من كسبه فلا يسلم لمولاه ما لم يفرغ عن الدين ١٥

فلهذا رجع به المدبر على الأمر لا مولاه ورجع سيده على الأمر بضمن البدل عن طرفه لأنه بدل ملكه إذ المدبر بجميع أجزائه ملك لسيدة لا من جهة المدبر فكان البدل ملكاً للمولى لا من جهة كسب المدبر إلا أنه تعلق به حق الغرماء وحق الغرماء ينقطع بقضاء الدين منه مرة فلا يتعلق بما يجب على الأمر بدلاً عن ذلك الثمن.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bedelin kaim olması, mübdelin kaim olması gibidir. Müdebber emreden kişiye rücû ettiğinde, emreden kişi borcu kendisi ödemiş gibi olur. Kesilen organının bedeli ise müdebberin elinde kaim olduğuna göre alacaklıların ondaki hakkının ınkıtaya uğramaması gerekir. Bu durumda kesilen organın bedelinde de rücû hakkının -hibede olduğu gibi- efendinin değil, müdebberin olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bedelin alınması, mübdelin alınması gibidir. Efendi, emredenin zimmetinde bulunan şeyi kendi malından öderse yani müdebberin kesilen organının bedeli olarak alınan kölenin semeninden öderse sanki emredenin zimmetinde olan şeyi ödemiş olur. Bunu emredenden aldığı zaman ikinci defa ödemesi gerekmez. Oysa hibede durum böyle değildir. Çünkü hibe edilen kölenin bedeli ve mübdeli yani emredenin zimmetinde olan şeylerin her ikisi de müdebberin kazancıdır ve müdebberin kendi ihtiyacı ile meşguldür. Bu yüzden ikinci olarak ödenmesi gerekir. Çünkü kendi ihtiyacı ile meşgul olduğu sürece müdebberin kazancı, efendisine teslim edilmez. Buna göre ikisi arasındaki fark şudur: Hibede ödenen şey, müdebberin kazancıdır, âmirden alınan da keza müdebberin kazancıdır. Oysa organının bedeli olarak alınan kölenin semeni efendinin mülküdür ve emredenden alınan da efendinin mülkünün bedelidir.

Şeyh'in bu iki ifade arasındaki farkı bilmemesi bu şekildeki itiraz etmesine neden olmuştur. Zira hibede 'Hibenin semeni müdebberin kazancıdır.', organın bedelinde ise 'Bedelin semeni efendinin mülkünün bedelidir.' denilmişti. *ez-Ziyâdât*'tan ileride nakledeceği şu ifadeler ile de iki konu arasındaki fark ortaya çıkmaktadır: "Efendi, müdebber kölenin elinin kesilmesine bedel olarak verilen köleye, müdebber cihetinden sahip olamaz. Çünkü onun sağlam bir şekilde efendiye geçmesi, kölenin müdebberin borcuyla meşgul olmaması şartına bağlıdır. Fakat efendi, müdebber adına verilen kölenin satımı mukabilinde müdebber adına borcu üstlenebilir..."

13. Müdebberin, Organının Kesilmesine Karşılık Aldığı Bedeli, Borcuna Karşılık Satması

[**Teshîl**] Müdebber kölenin, kendisine hibe edilen bir şeyi borcunu ödemek için satmaya hakkı vardır. Çünkü bu, onun kazancıdır ve borcu o mala taalluk etmiştir. Efendinin ise o malda bir hakkı yoktur. Fakat müdebber kölenin bir organının telef edilmesine karşılık olarak aldığı bedel, kendisine hibe edilen maldan farklıdır. Çünkü bu mal, efendinin mülküne ait olan bir bedeldir, dolayısıyla müdebberin onu satma hakkı yoktur. *el-Kâfi* adlı eserde de böyle kayıtlıdır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قيامُ البدلِ كقيامِ المبدلِ فإذا رجع على الأمر يصيرُ كأن الأمرَ قضى الدينَ بنفسه وبدلُ الطرفِ قائمٌ في يد المدبرِ فينبغي أن لا ينقطعَ عنه حقُّ الغرماءِ فيكونَ حقُّ الرجوعِ في البدلِ للمدبرِ لا للمولى كما في الهبة.

٥ [فاضل أمير] نقول: إنَّ دفعَ البدلِ كدفعِ المبدلِ فإذا دفعَ المولى بدل ما في ذمة الأمر من ماله يعني ما أخذه من ثمن البدل عن طرف المدبر كان كما دفع ما في ذمة الأمر وحين ما أخذه من الأمر لا يلزم أن يدفعه ثانيًا وليس الأمر كذلك في الهبة لأن بدلها ومبدله يعني ما في ذمة الأمر كلاهما من كسب المدبر مشغولان بحاجته فيلزم دفعه ثانيًا لأن كسب المدبر ما دام مشغولًا بحاجته لا يسلم للمولى فكان حاصل الفرق أن ما دفعه في الهبة من كسب المدبر وما أخذه من الأمر كسبه أيضًا وأما ما دفعه من ثمن بدل الطرف فهو ملك المولى وما أخذه من الأمر فهو بدل ملكه.

فكان إيراد الشيخ من ذهوله عن الفرق بين العبارتين حيث قيل في الهبة ثمن الهبة بدل كسبه وفي بدل الطرف ثمن البدل بدل ملكه ويتضح هذا الفرق بما سينقله من الزيادات حيث قال فيه: أما العبدُ المدفوعُ باليدِ فلا يملكه المولى من جهة المدبر ليتعلق سلامته للمولى بشرط الفراغ عن الدين لكن المولى يتحمل عن المدبر بيع المدفوع الى آخره.

١٣. بيع المدبر بدل طرفه عن دينه

[التسهيل] فلو أراد المدبرُ أن يبيعَ لدينه ما وُهب له فله ذلك لأنه كسبه وقد تعلق به دينه ولا حقَّ لسيدِهِ فيه ضدَّ البدلِ عن طرفه لأنه بدلُ ملكِ سيده فليس للمدبرِ بيعه كذا في الكافي.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Müdebber kölenin, birinin emriyle [vekâleten] câriye satması meselesinde müdebberin organına karşılık aldığı bedel satılabilmekteydi. Nasıl oluyor da müdebberin borcu bütün cüzlerine taalluk etmiş olmasına rağmen ve yukarıdaki meselede satıldığı hâlde burada satılamayacağı söyleniyor. Buna “Oradaki ifadeler müdebberin azat olmasından önceydi, burada ise müdebberin azat olmasından sonradır. Müdebberin azat olmadan önce kendi organının bedelini satması sahihse de azat olduktan sonra satması sahih değildir.” şeklinde cevap verilse de bu cevaba “Müdebberin borcunun, organının bedeline taalluk etmesi noktasında iki durum arasında bir fark yoktur; bu yüzden söz konusu fark itiraza tam bir cevap olmamaktadır.” denilerek itiraz edilmiştir. Benim aklıma şu geldi: Hibe ile organ bedeli arasındaki fark, *el-Kâfi*’den nakledilenden anlaşılan değildir. Çünkü zahire göre müdebberin başka bir malı yoksa -ister azattan önce ister sonra olsun- borcuna karşılık organının bedelini satma hakkı vardır. Aksine aradaki fark şudur: Müdebber borcunu, azat olduktan sonra ve azat olduktan sonra kazanmış olduğu maldan ödediğinde, kendisine hibe edilen malı almak üzere rüçû hakkı varsa da organının bedelini almak üzere rüçû hakkı yoktur. Efendiye organın bedeli teslim edilir, hibe edilen mal edilmez. Aradaki fark budur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Esasında mesele kolay olmasına rağmen Şeyh konunun izahında zorlanmıştır. Çünkü *el-Kâfi* ve benzeri kitaplarda söylenen, -müdebber kölenin câriye satın alması meselesinde- organa karşılık alınan bedelin satılmasının câizliği, efendinin bedeli müdebber kölenin borcu için satmasıyla ilgilidir. Burada câiz olmadığı söylenen satım ise, başkasının -ki o efendidir- mülkü olması sebebiyle müdebberin satamamasıdır. Nitekim *el-Kâfi*’deki “Müdebber onu satamaz.” şeklindeki ibare de buna delâlet etmektedir. Böylece hibe ile kesilen organın bedeli arasındaki en açık farkın *el-Kâfi*’de şu şekilde yer alan fark olduğu ortaya çıkmış oldu: Hibe, müdebberin kazancıdır ve kölenin borcu bu kazanca taalluk eder ve dolayısıyla bunda efendinin hakkı söz konusu değildir. Organ bedeli ise efendinin mülkünün bedeli olduğundan onun mülküdür. “Kendi organının bedelini müdebber köle satamaz, müdebberin borcu için satılması lazım geliyorsa efendisi satar.” şeklindeki sözlerimizi Şeyh’in kendisinin *ez-Ziyâdât*’tan ilerde nakledeceği “Fakat efendi, ödenen bedeli satmak suretiyle müdebberin borcunu ödemeyi üstlenmiştir...” şeklindeki ifadeler desteklemektedir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قد مرّ في مسألة شراء المدبر أمة بأمر رجل إلخ أنّ بدل طرفه يُباع فكيف قال ههنا لا يباع مع أن الدين متعلّق بجميع أجزائه وبدل أجزائه يباع فيه كما مرّ؟ فإن أُجيب: بأن الكلام ثمة كان قبل عتق المدبر وههنا بعد عتق المدبر فصحّ له بيع بدل طرفه قبل عتقه لا بعد عتقه، يرد بأنه لا فرق في تعلّق الدين ببديل طرفه فلا يتمّ الفرق بهذا. ويخطر لي: أن الفرق بين الهبة وبدل الطرف ليس كما يُفهم مما نقلناه من الكافي إذ الظاهر أن المدبر إذا لم يكن له مال آخر فله أن يبيع بدل طرفه لدينه سواء كان قبل عتقه أو بعده بل الفرق بينهما هو أنه إذا كان المدبر قضي دينه بعد عتقه من مال اكتسبه بعد عتقه فله الرجوع فيما وُهب له لا في بدل طرفه فيسلّم بدل طرفه للمولى لا الهبة وهذا هو الفرق بينهما. ١٠

[فاضل أمير] نقول: قد استصعب الشيخ توجيه الكلام مع أنه على طرف الثّمّام لأن ما قال في الكافي وغيره من جواز بيع بدل طرفه في مسألة شرائه الأمة هو أن يبيعه المولى لدين المدبر وما قيل هنا من نفي البيع هو أن لا يبيعه المدبر لكونه ملك الغير وهو المولى؛ يدل على هذا ما في عبارة الكافي من قوله فليس للمدبر بيعه. وبهذا ظهر أن الفرق الأوضح بين الهبة وبدل الطرف هو ما في الكافي من أن الهبة كسب المدبر وتعلّق به دينه فلا حق لسيدته فيه وأما بدل الطرف فهو بدل ملك السيد فكان ملكاً له. وقد أفصح عما قلنا من أن بدل الطرف لا يبيعه المدبر وإذا لزم بيعه لدين المدبر يبيعه المولى ما سينقله عن الزيادات بقوله «لكن المولى يتحمل عن المدبر بيع المدفوع الى آخره».

٥

١٠

١٥

Ayrıca Şeyh'in hibe ile organ bedeli arasında kendince ortaya koymuş olduğu fark, her ne kadar ikisi arasındaki bir farka ilişkin ise de Şeyh'in zorlamayla ortaya koyduğu ve önce organ bedelinin satılabileceği, daha sonra ise satılamayacağı şeklinde dile getirdiği çelişkiyi gidermekte yetersizdir. Kitabın hâmişinde Şeyh'ten nakledilen “Müdebberin, birinin emriyle [vekâleten] bir cârîye satın alması durumunda, organının bedeli borcu için satılır, daha sonra efendi, müdebber emir veren kişiye rücû eder, böylece efendi çok zarar görmüş olmaz. Fakat müdebberin tasarrufu birinin emriyle olmamışsa organ bedeli borcu için satılamaz. Çünkü satılıp bununla müdebberin borcunun ödenmesi hâlinde efendinin mülkü zayi edilmiş olur.” şeklindeki ifadeler sahih değildir. Çünkü müdebberin borcu için organının bedelinin satılması, şer'î bir emirdir ve bu emir efendiye organın bedelinden bir karşılık verilmesi şartına bağlı değildir. Nitekim daha önceden geçen “Organının bedelinin satılmaması gerekir...” şeklindeki ifadeler ve daha sonra gelen ve *ez-Ziyâdât* adlı eserden nakledilen ““Efendi, müdebber kölenin elininin kesilmesine bedel olarak verilen köleye, müdebber cihetinden sahip olamaz. Çünkü onun sağlam bir şekilde efendiye geçmesi, kölenin müdebberin borcuyla meşgul olmaması şartına bağlıdır. Fakat efendi, müdebber adına verilen kölenin satımı mukabilinde müdebber adına borcu üstlenebilir...” şeklindeki ifadeler buna delâlet etmektedir.

ثم ما ذكره الشيخ من الفرق الذي خطر له وإن كان فرقاً بين الهبة وبدل الطرف لكن لا يحصل به الجواب عن استصعابه على زعم المنافاة بين ما قال أولاً ببيع بدل الطرف وثانياً بعدم البيع وما نقل عن الشيخ في هامش الكتاب من «أن في شراء المدبر أمة بأمر من الأمر يباع بدل طرفه لدينه ثم يرجع المولى على الأمر فلا يكون على المولى كثير ضرر وأما إذا لم يكن تصرف المدبر بأمر من الآخر فلا يباع بدل طرفه لدينه لأن ملك المولى يلزم أن يضيع لو يبيع وأدى به دين المدبر» فليس بصحيح لأن بيع بدل الطرف لدين المدبر أمر شرعي من غير اشتراط أن يحصل للمولى عوض من بدل الطرف على ما دل عليه قوله فيما سبق «وكان ينبغي أن لا يباع بدل طرفه إلى آخره» وما سيأتي نقلاً عن الزيادات من قوله «أما العبد المدفوع باليد» إلى قوله «فلا يملكه المولى من جهة المدبر ليتعلق سلامته للمولى بشرط الفراغ عن الدين لكن المولى يتحمل عن المدبر بيع المدفوع».

İKRAR

1. Ebû Hanîfe'ye Göre Sehim 'Altıda Bir' Anlamındadır

[Teshîl] Sehim sözcüğü Ebû Hanîfe'ye göre altıda bir (südüs) anlamındadır. Evinin bir sehminin birine ait olduğunu ikrar eden kimse Ebû Hanîfe'ye göre evinin altıda birini ikrarda bulunmuş olur. Çünkü rivâyete göre Hz. Peygamber, bir sehmin vasiyette bulunulduğu bir davada altıda bire hükmetmiştir. Aynı şekilde İbn Mes'ûd da "Bir kimsenin bir sehmi vasiyette bulunması hâlinde vasiyet lehtarını için altıda bir vardır." demiştir. Ayrıca altıda birin mahreci (paydasi) -ki, bu da altı sayıdır- tam sayıdır. Çünkü altı sayısının bölünenleri (parçaları) olan yarı (3), üçte bir (2) ve altıda birin (1) toplamı altıya eşittir. Altı sayısının dışındaki paylarda ise parçaları bütüne eşit olmaz.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Altı sayısının tam sayı olmasının, sehim ile kastedilenin altıda bir olmasında herhangi bir etkisi yoktur. Bu açıdan sehim kelimesi, cüz kelimesi gibidir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh bu sözüyle şunu kastetmektedir: Altı sayısının tam sayı olması, sehim kelimesinin altıda bir anlamında olmasını gerektirmez. Aksi takdirde muayyen bir anlam için konulmayan cüz, ba'z, şıks, hazz, nasîb gibi tüm sözcüklerde de durum aynı şekilde olurdu.

Bu itiraza şöyle cevap vermek mümkündür: "Ayrıca altıda birin mahreci tam sayıdır." sözüyle kastedilen, sehim ile altıda birin kastedilmesinin illetini açıklamak değildir. Aksine bu ifade, Hz. Peygamber'in, verdiği hükümde ve İbn Mes'ûd'dan nakledilen rivâyette vasiyetteki sehim ile altıda bire hükmetmesi konusundaki hikmeti açıklamak için sevk olunmuştur. Bu sözün sevk amacı, sehim ile altıda birin kastedilmesinin illeti olmadığına, aksine Hz. Peygamber ve fakih bir sahabîden bu anlamın kastedildiği sabit olduktan sonra bunun hikmetinin açıklanması olduğuna göre Şeyh'in, "Bu söz, kastedilen bu anlamın illeti olmak üzere sevk edilmiştir." şeklindeki zannına bağlı olarak düşündüğü itiraz söz konusu olmaz.

2. "Zeyd'den, Hayır, Bekir'den Gasbettim." Şeklindeki İkrarın Hükümü

[Teshîl] Bir kimse "Ben, bu malı Zeyd'den, hayır bilakis Bekir'den gasbettim." dese, bu ikrara göre mal, Zeyd'in olur; Bekir'e de bu malın kıymetini ödemesi gerekir.

كتاب الإقرار

١. السهم بمعنى السدس عند أبي حنيفة

[التسهيل] السهم سدس عند أبي حنيفة. إذا أقرّ بسهم من داره فهو إقرارٌ بسدسها عند أبي حنيفة بما روى أنه عليه السلام قَضَى بالسدس في الوصية بالسهم. وقال ابن مسعود «وله السدس فيمن أوصى بالسهم». ولأن مخرجه وهو الستة عدد تامّ. لأنّ أجزائها وهي النصف والثالث والسدس تساوى كلّها وغير الستة لا تساوى أجزاؤها كلّها.

[الشيخ بدر الدين] أقول: كون الستة عددا تاما لا دخل له في أن يكون المراد السدس بالسهم كالجزم.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن كون الستة عددا تاما لا يستدعي كون السهم بمعنى السدس. وإلا لكان الأمر كذلك في كل لفظ لم يوضع لمعين، كلفظ الجزء والبعض والشقص والحظ والنصيب.

يمكن أن يقال: ليس المراد من قوله «لأن مخرج السدس عدد تام» بيان علة لإرادة السدس من السهم، بل هو مسوق لبيان الحكمة في قضاء النبي ﷺ بالسدس في الوصية بالسهم وفي الأثر المنقول عن ابن مسعود رضى الله عنه. فإذا لم يكن سوق هذا الكلام لإفادة عليته لإرادة السدس بالسهم بل لإظهار الحكمة بعد ثبوت هذه الإرادة من النبي ﷺ ومن الصحابي الفقيه لم يرد عليه ما تخيّل الشيخ على زعم أن هذا الكلام مسوق على أنه علة هذه الإرادة.

٢. حكم إقرار المقرّ بقول «غصبته من زيد لا بل من بكر»

[التسهيل] فلو قال «غصبته من زيد لا بل من بكر» فهو لزيد وعليه قيمته لبكر.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: İkrarda bulunan kişi bu malı Zeyd'e hâkimin hükmü ile vermişse, ittifakla Bekir'e bu malın kıymetini tazmin etmemesi gerekir. Çünkü ikrarda bulunan kişi bu sözüyle Bekir'in kendisine vedîa olarak verdiğini değil, Bekir'den gasbettiğini ikrar etmektedir. Buna göre Zeyd lehine ikrarda bulunması ile vedâyı koruma işinin zıddını ikrar etmiş olmaz. Dolayısıyla Bekir'e tazminde bulunmaz.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu sözü şaşılacak bir şeydir. "Zeyd lehine ikrarda bulunması ile emaneti koruma emrinin zıddını ikrar etmiş olmaz. Dolayısıyla Bekir'e tazminde bulunmaz." denilmesi nasıl doğru olabilir? Hâlbuki ikrar konusunda tazminin sebebi, koruma emrinin zıddını ikrar etmeye münhasır değildir. Aksine gasp ikrarı, tazmini gerektiren sebeplerden biridir. Böyle bir durumda Bekir'den gasbettiğini ikrar eden birine, tazmin etmesinin gerekli olması, Şeyh gibi birine nasıl karışık gelebilir?

Nitekim Şeyh, vedîa meselesinde, tazminin gerekli olmadığını âlimlerin şu şekilde ta'lîl ettiklerini nakletmiştir: İkrarda bulunan, malı malikinin izni ile kabzetmiştir. Çünkü mal sahibi, ona bu malı vedîa olarak vermiştir. Buna göre tazmin sebebi mevcut değildir. Âlimlerin "Vedîa şeklinde olması hâlinde Ebû Yûsuf'a göre tazmin söz konusu olmaz, hüküm Zeyd'in lehinedir." şeklindeki sözleri, sonuç itibarıyla ikrarda bulunanın, bu malı Bekir'den onun izniyle kabzettiğini ikrar etmesinden kaynaklanmaktadır.

Burada tartışma konusu olan ikinci şekilde ise ikrarda bulunan, Bekir'den gasbettiğini ikrar etmekte, dolayısıyla kabzetmesi izinsiz olmaktadır. Hâl bu iken gasbettiğini ve malikinin izni olmaksızın kabzettiğini ikrar ettiği malı tazminden berî olduğunu söylemek nasıl doğru olabilir?

3. Kadrî Olmayan, Kadrî Olandan İstisna Edilmesinin Hükmü

[Teshîl] Bir kimse "Benim ona bin dirhem borcum vardır, bir dinar hariç." dese, bu istisna sahih olur ve bin dirhemden bir dinar düşülür. Bu, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşüdür. Kıyasa göre ise bu istisnanın sahih olmaması gerekir ki, bu da Muhammed, Züfer ve Ahmed b. Hanbel'in görüşüdür.

Bir kimse "Benim ona bin dirhem borcum vardır, bir fels hariç.", "Benim ona bin dirhem borcum vardır, bir ölçek buğday hariç." dese ya da ölçülebilen, tartılabilen veya sayılabilen bir şeyi istisna etse, bunlar da bu ihtilafa göre değerlendirilir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو دفعه إلى زيد بحكم ينبغي أن لا يضمن وفاقا. لأنه أقرّ بغضبه من بكر لا بإيداعه. فإقراره لزيد لم يكن مقرا بضد حفظ أمر، فلا يضمن.

[فاضل أمير] نقول: هذا مما يتعجب منه. كيف يصح أن يقال «لم يكن مقرا بضد حفظ أمر فلا يضمن». وسبب الضمان لا ينحصر في الإقرار بضد حفظ أمر، بل من الأسباب الموجبة للضمان الإقرار بالغضب. وكيف يشته لزوم الضمان على المقر بالغضب عن بكر على أمثال الشيخ.

وقد نقل عن العلماء في مسألة الوديعة تعليلهم لعدم الضمان فيها بأنه قبضه بإذن مالكة، لأنه أودعه، فانتفى سبب الضمان. وكان مآل قولهم «إن انتفاء الضمان عند أبي يوسف في صورة الوديعة والحكم لزيد» إنما كان من إقراره بأنه قبضه من بكر بإذنه.

ففي الصورة الثانية قد أقر بغضبه من بكر، فكان قبضه بغير إذن. فكيف يصح أن يقال بالبراءة عن ضمان ما أقر بغضبه وبالقبض من غير إذن مالكة.

٣. حكم استثناء القدرّي مما ليس بقدرّي

[التسهيل] ولو قال «له علي ألف درهمٍ إلا دينارًا» صحّ الاستثناء وي طرح من الألف قيمة الدينار. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. القياس أن لا يصحّ هذا الاستثناء، وهو قول محمد وزفر وأحمد.

وعلى هذا الخلاف لو قال: «إلا فلسا» و«إلا كَرَّ بَرٍّ» أو استثنى شيئا مما يكال أو يوزن أو يعدّ.

Şayet “Benim ona bin dirhem borcum vardır, bir koyun veya bir elbise veya bir ticaret malı hariç.” dese, bu durumda bize göre istisna bâtil olur. Mâlik ve Şâfiî ise bu istisnanın sahih olduğunu ve mâlî değer açısından bir ve aynı cins olduğu için istisna edilen şeyin kıymetinin miktarının, müstesnâ minhten düşüleceğini söylemiştir.

Züfer ve Muhammed'in bu konudaki gerekçesi ise şudur: İstisna, sözün başının içerdiği şeylerin bir kısmının çıkarılmasıdır. Şu anlamda ki, şayet istisna olmasaydı, çıkarılan bu şeyler, sözün başında söylenene dâhil olurdu. Bu şekilde bir çıkarma ise farklı cinslerde düşünülemez.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ise mesela elbisenin istisnası konusunda şöyle demiştir: Elbise ve benzeri şeylerin istisnası, ancak sözün başı, istisnayı içerdiğinde sahih olur. Sözün başı, istisnayı içermediğinde ise [illâ ile çıkarılan] istisna olmaz, aksine yeni bir söz olur. Çünkü bu söz, elbise türünden herhangi bir şeyi borçlu olmadığını açıklamak için söylenmiştir. İkrarda bulunan elbisenin vâcîp olmaması ise bin dirhemi ödemesinin gerekli olmasına aykırı değildir. Keylî, veznî veya adedî bir şeyin farklı bir cinsten [mesele dinar ve dirhemden] istisna edilmesi durumunda da kıyasa uygun olan hüküm budur. Çünkü farklı cinsten olduğu için sözün başı, istisna edileni içermektedir. Fakat Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf istihsân yaparak şöyle demişlerdir: Miktarları ölçü veya tartıyla belirlenen şeyler (mukadderât) şeklen farklı cinsler olsa da anlam açısından bir cins sayılır. Çünkü bu tür şeyler zimmette semen olarak sabit olur. Dolayısıyla zimmette sabit olması noktasında anlam açısından bir cins gibi olur. İstisna ise şekil açısından değil, fakat anlam açısından bazı şeylerin çıkarılarak kalan şeyin söylenmesidir. Çünkü ikrarda bulunan şeklen bin dirhem borcu olduğunu söylemiştir. Aralarında kayda değer farklılık bulunmayan tane hesabıyla alınıp satılan şeyler de (adediyât) bu konuda miktarı ölçü veya tartıyla belirlenen şeyler gibidir. Fakat elbise ve koyun gibi şeyler, anlam açısından da mukadderât cinsinden değildir. Çünkü bunlar, zimmette semen olmaya uygun değildir. Buna göre bunların dirhemlerden istisna edilmesi ne şekil ne de anlam açısından bir çıkarmadır; dolayısıyla istisna bâtil olur (yeni bir söz olarak değerlendirilir).

Denirse ki, mâlî değerleri açısından aralarında bir denkleğin bulunduğu dikkate alınarak bu tür bir istisna niçin sahih olmasın?

ولو قال: «إلا شاة أو ثوبا أو عرضا من العروض» بطل الاستثناء عندنا.
وقال مالك والشافعي: يصحّ ويطرح عنه قدر قيمة المستثنى للاتحاد
والمجانسة من حيث المالية.

لزفر ومحمد أن الاستثناء استخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على
معنى أنه لو لا الاستثناء لدخل تحت الصدر، وهذا لا يتصور في خلاف
الجنس.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف في استثناء نحو الثوب إنما يصحّ استثناء
الثوب أو نحوه إذا تناوَله صدرُ الكلام ولم يتناوله الصدرُ فلم يكن استثناءً
بل كلاماً مبتدأً لبيان أنه ليس عليه شيءٌ من الثوبِ وعدمِ وجوبِ الثوبِ
عليه لا يُنافي وجوب الألفِ عليه، والقياسُ كذلك فيما إذا استثنى كليا
أو وزنياً أو عددياً من خلافِ جنسه، إذ الصدرُ لم يتناوله. ولكن أبو حنيفة
وأبو يوسف استحسنا وقالوا: المقدراتُ جنسٌ واحدٌ معنى وإن كانت أجناساً
صورةً لأنها تثبتُ في الذمةِ ثمناً فكانت في حكم الثبوتِ في الذمةِ كجنسٍ
واحدٍ معنى والاستثناءُ استخراجٌ وتكلمٌ بالباقي معنى لا صورةً لأنه تكلم
بالألفِ صورةً. والعديّاتُ التي لا تتفاوتُ كالمقدراتِ في ذلك. أما الثوبُ
أو الشاةُ فليس من جنسِ المقدراتِ معنى، لأنه لا يصلحُ ثمناً في الذمة،
فلم يكن استثناءؤه استخراجاً صورةً ولا معنىً فيبطل.

فإن قيل: لمّ لم يصحّ الاستثناءُ باعتبارِ المماثلةِ ماليةً؟

Bu itiraza şu şekilde cevap verilmiştir: Eşyanın mâlî değerinin belirleyicisi semenlerdir. Çünkü bunların değeri bizatihi bellidir. Dolayısıyla istisna edilen dirhemlerin değerini belirlemeye uygundur. Değer belirleyici olanın değeri belirlenene delâlet etmesi sebebiyle sanki değer belirleyici olan zikredilmiş, değeri belirlenen terk edilmiş ve anlam açısından dirhem, dirhemden istisna edilmiş gibi olur. Semen olmaya uygun olmayan şeyler ise mukadderattan sayılmaz; dolayısıyla istisna edilen dirhemlerin değerini belirleyici olmaya uygun değildir. Çünkü değeri belirleyici olacak şeyin değerinin [bizatihi] malum olmaya ihtiyacı vardır. Bu durumda dirhemlerden istisna edilen şey mukadderattan olmadığı için istisna meçhul olarak kalır ve uygun olmaz.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Mesela keylî (miktarı hacim ölçüyle belirlenen) bir şey, kadrî olması yönüyle dirhemlerin değerini belirleyici olmaya uygun değildir. Çünkü bu ikisi -yani keylî ve veznî- arasında cins birliği yoktur. Zira biri dirhemlerin tartıldığı ağırlık ölçüsü birimi ile tartılan veznî bir şeydir, diğeri ise hacim ölçüsüyle ölçülen keylî bir şeydir. Dolayısıyla keylî olan bir şeyi veznî olan bir şeyden istisna etmek ancak kıymet açısından mümkün olabilir. Aynı şekilde kadrî olmayan [mesela adedî olan] bir şeyin kıymet açısından veznîden istisna edilmesi sahih olur. Bu durumda kıyasa uygun olan Muhammed'in görüşü; istihsâna uygun olan da Şâfiî'nin görüşü olup Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşü hem kıyas hem de istihsân açısından problemlidir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu itiraz, bu sözünden hemen önce “Denirse ki, niçin mâlî değerleri açısından aralarında bir denkleğin bulunduğu dikkate alınarak istisna sahih olmasın?” şeklindeki itirazın aynısıdır. Şeyh bu itiraza âlimlerin verdiği cevabı şu sözleriyle nakletmiştir: “Bu itiraza şu şekilde cevap verilmiştir: Semenler, eşyanın mâlî değerinin belirleyicisidir. Çünkü semenler, bizatihi değer belirleyicidir. Bu yüzden istisna edilen dirhemlerin değerini belirlemeye uygundur...”

Bu cevabın açıklaması şu şekildedir: “Benim ona -bir dinar veya miktarı bir dinar olan bir ölçek buğday hariç- bin dirhem borcum var.” sözü ve aynı şekilde “Bir ölçek buğdayın kıymetinin miktarı hariç bin dirhem borcum var.” sözünde istisna edilen kıymetin miktarı insanlar tarafından bilinmektedir. Buna göre bin dirhemden bir dinar miktarı ya da piyasada bilinen kıymeti üzerinden bir ölçek buğdayın kıymetinin miktarı çıkarıldığında bu bin dirhemden çıkan ve kalan malum olup sözde bir cehalet söz konusu değildir.

أجيب: بأن الأثمان مقدّرة لمالية الأشياء، لأنها مقدّرة بنفسها، فتصلح أن تكون مقدّرة للدراهم المستثناة، فكأنه ذكر المقدّر وترك المقدّر لدلالة المقدّر على المقدّر، فكان استثناء الدراهم من الدراهم معني. وما لا يصلح ثمنًا لا يكون من المقدّرات فلا يصلح مقدّرًا للدراهم المستثناة لافتقار المقدّر إلى كونه مقدّرًا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولًا فلا يصلح الاستثناء.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الكيلي مثلًا لا يصلح مقدّرًا للدراهم من حيث أنه قدرى لعدم المجانسة بينهما، لأن أحدهما وزنيّ بمثاقيل الدراهم والآخر كيلّي، فلا يصحّ الاستثناء به إلا من حيث القيمة. وغير القدرّي يصلح أيضًا من حيث القيمة فالقياس قول محمد والاستحسان قول الشافعي لا قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيشكل قول أبي حنيفة وأبي يوسف على القياس والاستحسان.

[فاضل أمير] نقول: هذا الإيراد منه عين ما نقله أنفا بقوله «فإن قيل لم لم يصحّ الاستثناء باعتبار المماثلة مالية». ونقل ما أجابوا عنه بقوله «أجيب بأن الأثمان مقدرة لمالية الأشياء لأنها مقدرة بنفسها فتصلح أن تكون مقدرة للدراهم المستثناة إلى آخره».

توضيحه أن في قولك «له علي ألف درهم إلا دينارًا أو كرّ برّ قدرًا لدينار» وكذا «مقدار كر بر من القيمة» معروف ومعين عند الناس. فإذا أخرج من ألف درهم مقدار دينار أو مقدار قيمة كر بر على سعره المعلوم عند الناس يكون ما خرج منها وما بقي معلومين، فلا تكون الجهالة في الكلام.

Ancak bir koyunun veya bir elbisenin bin dirhemden çıkarılması ise böyle değildir. Çünkü koyun ve elbisenin tekleri farklı farklı olup kıymetleri de değişiktir. Buna göre bir elbise veya koyun bin dirhemden istisna edilerek çıkarıldığında bunların bin dirhemden çıkarılması, ancak kıymetleri oranında mümkündür. Hâlbuki ne koyunun ne de elbisenin piyasada malum bir kıymeti vardır. Bu durumda çıkan ve kalan meçhul olur ve bu da anlaşmazlığa sürükler. Fakihlerin adedî olan şeyleri, farklılık göstermeyen şekilde kayıtlamaları da bunu gösterir.

Dolayısıyla Şeyh'in itirazı esnasında söylediği "Aynı şekilde kadri olmayan [mesela adedî olan] bir şeyin kıymet açısından veznîden istisna edilmesi sahih olur." şeklindeki sözü, ilzam açısından uygun bir söz olmayıp basiretli bir münekkit nazarında kıymeti yoktur. Bu açıklamadan sonra böyle bir sözün sarf edilmesinin, yeterince düşünmemekten kaynaklandığı söylenebilir.

Sonra bil ki; bu meselede Şâfiî'nin bizim âlimlerimize -Allah kabirlerini nurlandırın- muhalefeti, istisnanın anlamı konusunda onlardan farklı düşünmesine dayanır. Şöyle ki âlimlerimiz şöyle demiştir: İstisna, istisnadan sonra kalan kısmın ismidir. Bu durumda mesela Allah'ın "Nuh onların arasında elli yıl hariç, bin sene kaldı." (Ankebût 29/14) sözünün anlamı, "Nuh, onların arasında dokuz yüz elli sene kaldı." şeklindedir. Buna göre de "Benim ona beş hariç on dirhem borcum vardır." sözünün anlamı, "Benim ona beş dirhem borcum vardır." olur.

Şâfiî ise şöyle demiştir: İstisnanın anlamı ve hükmü, muarız bir delilin bulunması sebebiyle hükmün müstesnâda sabit olmasının mümkün olmamasıdır. Bu durumda bir kimse "Benim ona beş hariç on dirhem borcum vardır." dediğinde, sanki "Beş hariç, beş dirhem borcum yoktur." demiş olmaktadır.

Üzerinde durduğumuz meselede ise şöyle diyoruz: İstisnanın yolu, muaraza yolu ise muarız delille imkân ölçüsünde amel etmek gerekir. Muarız olan delil (müstesnâ), müstesnâ minh cinsinden ise istisna edilen miktarın çıkarılması gerekir. Müstesnâ, müstesnâ minh cinsinden değil de farklı bir cinsten ise bu durumda muarız olan delil ile amel edilmek suretiyle müstesnânın kıymetinin müstesnâ minhten çıkarılması gerekir. İşte, iki tarafın asıllarına ve fer'î meselelerine ilişkin olarak usûl kitaplarında zikredilenlerin özeti budur.

وليس كذلك استثناء الشاة أو الثوب من الألف، لأن أفرادهما متفاوتة مختلفة القيم. فإذا أخرج ثوب أو شاة من الألف لا يكون إخراجهما منها إلا بقدر قيمتهما. وليس لفرد منهما قيمة معلومة عند الناس، فيكون الخارج والباقي مجهولين ويفضي إلى النزاع. يدل عليه تقييدهم العدييات بالتالي لا تتفاوت.

٥ فقول الشيخ في أثناء اعتراضه «وغير القدري يصلح مقدرًا أيضًا من حيث القيمة» كلام غير صالح للإلزام، ولا قيمة له عند الناقد البصير. فمثل هذا المقال بعد هذا البيان من قلة التأمل والإمعان.

ثم اعلم أن مدار الخلاف الواقع من الشافعي في هذه المسألة لعلمائنا الثلاثة -نور الله مراقدهم- على خلافه لهم في بيان معنى الاستثناء. لأن علمائنا قالوا: الاستثناء اسم للباقي بعد الثبوت فمعنى قوله عز وجل ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت ١٤/٢٩] لبث فيهم تسعمائة وخمسين عامًا. ومعنى قولك «عليّ عشرة إلا خمسة» عليّ خمسة.

وقال الشافعي معنى الاستثناء وحكمه امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل المعارض. فإذا قال عليّ عشرة إلا خمسة يصير كأنه قال إلا خمسة فإنها ليست عليّ. ١٥

ففيما نحن فيه نقول إذا كان الاستثناء طريقه طريق المعارضة يجب العمل بالدليل المعارض بقدر الإمكان فإذا كان المعارض من جنسه يجب إخراج قدره وإن كان من خلاف جنسه يجب إخراج قيمته عملاً بالدليل المعارض. هذا خلاصة ما ذكر من أصلي الطرفين وفروعهما في الكتب الأصولية.

Zeylaî *Tebînu'l-Hakâik*'te mezkûr iki aslı ve üzerinde durduğumuz meselede iki tarafın bu asıllara göre görüşlerini ele alıp açıkladıktan sonra "Şâfiî'nin istisna konusunda söylediğinin bir anlamı yoktur." diyerek istisnanın muaraza olmaya elverişli olmadığını çeşitli yönlerden ortaya koymuştur. Bu yönlerden biriyle ilgili olarak şöyle demiştir: "Çünkü istisna şeklindeki ikrar, haberdir. Şayet istisnanın yolu, muaraza olmuş olsaydı, bu durumda ikisinden (müstesnâ ve müstesnâ minh) biri yalan olurdu ki, bu câiz değildir. Çünkü bu şekilde kullanım Kur'an'da mevcuttur. Allah, "Nuh onların arasında elli yıl hariç, bin sene kaldı." (Ankebût 29/14) buyurmaktadır. Şayet bu söz, Nuh'un onlar arasında bin sene kaldığını haber verme ve sonra da elli sene kalmadığını haber verme olsaydı, bu yalan olurdu ki, Allah böyle bir şeyden münezzehtir. Bu söz, ancak istisnadan sonra kalan kısmın ismidir. Bu durumda Allah, sanki bu söz ile "Nuh onların arasında dokuz yüz elli sene kalmıştır." demiştir. Çünkü "Benim ona beş hariç on dirhem borcum var." dediğinde bu beş dirhem borcun ismi olur ve sanki bu söz ile "Benim ona beş dirhem borcum vardır." demiş olursun. Yoksa ki, önce on dirhem borcun olduğunu ikrar edip sonra buna muarız olan bir söz (müstesnâ) ile beş dirhemi düşürmüş olmazsın."¹

Bu açıklamayı anladıysan Şeyh'in itirazını zayıf bir asıla dayandırmak suretiyle nasıl çürük bir iş yaptığını tam manasıyla kavramışsın demektir. Nitekim bir darbimeselde "Eğri değnek doğru gölge vermez." denilmiştir. Dolayısıyla Şeyh'in "İstihşân, Şâfiî'nin görüşüdür." sözü yerinde değildir. Şeyh'in böyle bir hataya düşmesi, ancak usûl konularıyla yeterince ilgilenmediğinden ve fîrû' konusunda gerekli araştırmayı yapmadığından kaynaklanmıştır. Bunda şaşılacak bir şey yoktur. Çünkü usta süvari bazen tökezler, keskin kılıç bazen ıskalar.

4. Gasp ve Vedâda Settûka ve Züyûfun Dirhemlerden İstisnası

[**Teshîl**] Bir kimse bir malı gasbettiğini veya o malın kendisine emanet bırakıldığını ikrar edip, daha sonra ayıplı bir mal getirirse tasdik edilir. Çünkü gasp ve emanet, kendilerine konu olan şeylerin kusurdan uzak olmasını gerektirmez. [Bir kimsenin birkaç dirhem gasbettiğini veya bunların kendine emanet bırakıldığını ikrar ettikten sonra] "Bunlar nebehre (düşük ayarlı) idi." demesi de -bunu ikrarına ister bitişik isterse ayrı söylesin- aynı şekilde tasdik edilir. Nebehre konuunu başka benzer bir meseleye işaret etmek amacıyla metne ilave ettim. Bu mesele de şudur:

1 Zeylaî, *Tebînu'l-Hakâik*, V, 15

والإمام الزيلعي بعد أن بين في التبيين الأصليين المذكورين وتفريع قول
 الجانبين في مسألتنا هذه على هذين الأصليين قال: «وما ذكره الشافعي لا معنى
 له» ونفى صلاحية كون الاستثناء معارضة بوجوه عديدة. ومن جملتها ما قاله:
 ولأن الإقرار خبر، ولو كان بطريق المعارضة لكان أحدهما كذبا وذلك لا
 يجوز. لأنه موجود في القرآن. قال الله سبحانه وتعالى ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ
 ٥ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت ١٤/٢٩]. ولو كان هذا إخبارًا عن لبثه فيهم ألف
 سنة ثم أخبر أنه لم يلبث فيهم خمسين عاما منها لكان كذبا، تعالى الله عن
 ذلك علوًا كبيرًا. وإنما هو اسم للباقي بعد الثنيا كأنه قال لبث فيهم تسعمائة
 وخمسين عاما. لأنك إذا قلت «عليّ عشرة إلا خمسة» كان اسمًا للخمسة
 ١٠ كأنك قلت «عليّ خمسة» لا أنك أقررت بالعشرة ثم أسقطت الخمسة بعد ذلك
 بكلام معارض انتهى.

فإذا عرفت هذا البيان حصل لك الشعور التام بوهن ما بنى الشيخ إيراده
 على الأصل المفلج كما قيل كيف يستقيم الظلّ والعود أعوج فلا يستحسن
 منه قوله والاستحسان قول الشافعي وما هذه الهفوة منه إلا من قلة التدرب في
 ١٥ الأصول والتصفح في الفروع ولا عجب فإن الجواد قد يكبو والصارم قد ينبو.

٤. استثناء الستّوقّة والزّيوف من الدراهم في الغصب والوديعة

[التسهيل] ولو أقرّ بغصبٍ أو وديعةٍ وجاء بمعيبٍ صدّق كقوله نهرجةٌ
 وصلّ أو لا. إذ الغصبُ أو الإيداعُ لا يقتضي السلامة وقوله: كقوله نهرجةٌ
 وصلّ أو لا إشارة إلى مسألةٍ أدرجتُ هنا للمناسبة.

Bir kimse birkaç dirhem gasbettiğini veya emanet olarak aldığını ikrar edip sonra “Bunlar züyük veya nebehrece idi.” dese, ister bu sözü gasp ve emaneti ikrarına bitişik olarak söylesin ister ayrı söylesin, doğru söylediği kabul edilir. Çünkü gasp ve emanet, aldığı dirhemlerin ayarının yüksek ol-
 5 masını gerektirmez. Dolayısıyla ikrardan sonra söylediği “Bunlar züyük idi.” sözü, sözünün baş tarafını değiştirmek anlamına değil gasp ve emanet olarak aldığı dirhemlerin türünü açıklamak anlamına gelir. Dolayısıyla ister bitişik ister ayrı olarak söylesin doğru kabul edilir. Bu yüzden gasbettiği ve emanet olarak aldığı şeyi ayarı düşük olarak geri verecek olsa, bu konuda onun sözü
 10 geçerli olur. Çünkü kabzedilen şeyin niteliğinde her ne zaman ihtilaf edilse, geçerli olan söz ister dâmin olsun ister emîn olsun kabzedenin sözüdür.

Fakat gasp ve vedâ konusunda ikrardan sonra “Ancak bunlar settûka (çok düşük ayarlı) veya kurşun (rasâs) idi.” dese, bunu ikrarına bitişik ola-
 15 rak söylemesi hâlinde doğru söylediği kabul edilir. Aksi takdirde yani ayrı söyleyecek olursa doğru söylediği kabul edilmez. Çünkü settûka, dirhemler ile aynı cinsten değildir. Bu yüzden sarf akdinde settûka ile mecâzen dirhem-
 20 in kastedilmesi câiz değildir. Ancak dirhem kelimesi, mecâzen settûkayı da kapsar. Çünkü şekil olarak dirhemdir. Dolayısıyla bu şekilde yapılan istisna, beyân-ı tağyîr (sözün başını değiştirme) olur ve ayrı olarak değil, bitişik ola-
 25 rak söylenmesi hâlinde sahih olur. Züyükta ise durum farklıdır. Çünkü züyük, hem şeklen hem de gerçekten dirhem olup gasbedilen veya emanet olarak alınan şeyin züyük olduğunun söylenmesi beyân-ı tağyîr sayılmaz. Ebû Yûsuf’un şöyle dediği rivâyet edilmiştir: Bir kimse “Bin dirhem gasbettim.”
 30 deyip sonra da “Bunlar züyükta.” dese, tıpkı borç verme meselesinde olduğu gibi bu sözü ayrı söylemesi hâlinde doğru söylediği kabul edilmez. Çünkü hem alınan borç hem de gasbedilen şey, kabz ile tazmine konu olur.

Bir kimse gasp, vedâ, karz ve kölenin semeni konusunda “Onun ben-
 35 de kölenin semeni olarak bin dirhem alacağı var.”, “Ondan bin dirhem gasbettim.”, “Bana bin dirhem emanet etti.” veya “Bana bin dirhem borç verdi.” deyip bundan sonra “Ancak şu kadarı noksan.” dese, bu sözü bitişik olarak söylemesi hâlinde doğru söylediği kabul edilir. Aksi takdirde doğru söylediği kabul edilmez. Çünkü bu sözü ile eksik olduğunu söylediği mik-
 40 tarı istisna etmiştir; dolayısıyla bitişik olarak istisna etmesi hâlinde sahih olur. Züyük olduğunu istisna etmesi durumunda ise tasdik edilmez. Çünkü züyükfluk, bir nitelik olup lafiz, niteliği değil, miktarı kapsar. İstisna ise lafzî bir tasarruf olup söylenmeyende değil, söylenen şey hakkında sahih
 45 olur [ki, burada sözün başında söylenen nitelik değil, miktardır].

وهي: أنه لو أقرّ بالدرهم غصباً أو وديعةً ثم قال: «هي زيوفٌ أو نبهرجةٌ»
 صدّق وصلّ أم فصلّ. إذ الغصبُ أو الإيداعُ لا يقتضي الجودةَ، فلم يكن قوله
 «هي زيوفٌ» تغييرًا لأوّل كلامه بل هو بيانُ النوعِ فصَحّ موصولاً ومفصلاً.
 ولهذا لو جاء رادّ المغصوبِ أو الوديعةِ بالمعيب كان القول له إذ الاختلافُ
 متى وقّع في صفةِ المقبوضِ فالقولُ للقابضِ ضميماً كان أو أميناً. ٥

ولو قال في الغصبِ والوديعةِ «إلا أنها ستوقّةٌ أو رصاصٌ» صدّق لو
 وصلّ وإلا لا. إذ الستوقّةُ ليست من جنسِ الدراهم. ولذا لا يجوزُ التجوزُ
 بها في الصرفِ. ولكن الاسمُ يتناولها مجازاً فإنها دراهمٌ صورةٌ فكان بيانُ
 تغييرِ فصَحّ موصولاً لا مفصلاً بخلافِ الزيوفِ، لأنها دراهمٌ حقيقةً وصورةً
 فلا يكون تغييرًا. وعن أبي يوسف أنه إذا قال «غصبتُ ألفاً» ثم قال «هي
 زيوفٌ» لم يصدّق. إذ فصل كما في القرضِ. إذ المستقرضُ والمغصوبُ
 مضمونان بالقبضِ.

ولو قال فيها أي في الغصبِ والوديعةِ والقرضِ وضمن العبدِ أي لو قال
 «له عليّ ألفٌ من ثمنِ عبدٍ» أو قال «غصبتُ منه ألفاً» أو قال «أودعني ألفاً»
 أو قال «أقرضني ألفاً إلا أنه ينقضُ كذا» صدّق لو وصلّ وإلا لا. لأنه استثنى
 المقدارَ فصَحّ موصولاً ضدّ الزيفِ. لأن الزيادةَ وصفً، واللفظُ تناول المقدارِ
 لا الوصفِ. والاستثناءُ تصرّفٌ لفظيٌّ فصَحّ في الملفوظِ لا في غيره.

٥

١٠

١٥

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Buna göre Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in gasp ve vedâda çok düşük ayarlı (settûka) olanın istisnasının sahih olması konusundaki görüşleri problemlidir. Karz ve semen gibi durumlarda settûka ve züyûfun istisnalarının Ebû Yûsuf ile Muhammed'e göre sahih olması, ikisinin görüşüne yöneltilebilecek itirazdır.

Bu itiraza şu şekilde cevap vermek mümkündür: İstisnanın lafzî ve maneî olmak üzere iki yönü vardır. Lafzî olan yönünde istisna sadece miktarda söz konusu olur. Manevî olan yönünde ise sözün başının anlamının değiştirilmesi söz konusudur; dolayısıyla miktara bağlı değildir. Buna göre şayet mana değiştirmeye uygun ise istisna sahih olur ve bu durumda vasıflar söz konusu olduğunda "illâ", "gayr" anlamına gelir. Şayet mana, değiştirmeye uygun değilse istisna bâtıl olur. Çünkü bu durumda istisna, ikrardan rücû anlamına gelir ki, ikrardan rücû bâtıldır. Bu, üzerinde ittifak edilmiş bir asıldır. Birtakım meseleler, bu asıla göre değerlendirilir (tahric). Mesela karz ve semende Ebû Hanîfe, akdın muktezasını göz önünde bulundurarak -ki, o da tam ayarlı olandır (ciyâd)- ikrar edenin sanki "tam ayarlı olanı" ikrar ettiğini, züyûf ve benzeri düşük ayarlı olan dirhemlerin istisnasının ifadeyi değiştirme değil de ikrardan rücû olduğunu ve dolayısıyla istisnanın mutlak olarak sahih olmadığını söyler. Ebû Yûsuf ve Muhammed ise tam ayarlı olanın asıl olduğunu göz önünde bulundurmuşlardır. Ancak züyûf, dirhem cinsindedir. Aynı şekilde settûka ve kurşun da mecâzen dirhem olarak isimlendirilir. Bu yüzden "dirhemler" sözcüğünün buna ihtimali vardır. İfadenin sonu, ikrar edenin dirhemden maksadının asıl olan (ciyâd) değil, aksine settûka vb. olduğunu beyan eder. Dolayısıyla bu, tam ayarlı olanın zikredilmesi gibi değildir. Çünkü tam ayarlı olanın zikredilmesinin değiştirilmeye ihtimali yoktur. Bu yüzden bundaki değiştirme ikrardan dönme anlamına gelir. Ancak yukarıdaki sözün değiştirilmeye ihtimali vardır. Zira akıl sahibi birinin kelamını geçersiz olmaktan korumak için [ancak çok düşük ayarlı vb. hariç] sözü, değiştirmeye hamledilmiştir. Bu yüzden bu söz ayrı değil de bitişik ise ikrar edenin doğru söylediği kabul edilir. Bununla gasp ve vedâda çok düşük ayarlı istisnasının sahih olduğu ortaya çıkar.

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا يشكل قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله في صحة استثناء الستوة في الغصب والوديعة، ويرد على أبي يوسف ومحمد صحة استثناء الستوة والزيوف في نحو القرض والثلث عندهما.

٥ ويمكن أن يجاب بأن الاستثناء له اعتباران لفظي ومعنوي. فالأول لا يتأتى إلا في المقدار. وأما الثاني وهو التغيير فلا يتوقف على المقدار. فلو كان المعنى قابلاً للتغيير صح الاستثناء فيكون إلا في الأوصاف بمعنى غير. وإن لم يكن قابلاً له بطل. لأنه رجوع والرجوع باطل. وهذا أصل متفق عليه. فيخرج عليه المسائل: ففي نحو القرض والثلث نظر أبو حنيفة إلى مقتضى العقد وهو الجياد فقال: كأنه أقرّ بجياد فيصير استثناء نحو الزيوف رجوعاً لا تغييراً فلم يصح مطلقاً. ونظر أصحابه إلى أن الأصل هو الجياد إلا أن الزيوف تجانس الدراهم. وكذا الستوة والرصاص سميان دراهم مجازاً. فكان لفظ الدراهم محتملاً إياها. وآخر الكلام بين أن مراده بها هو الستوة أو نحوها لا الأصل، فلا يكون كذلك الجياد. لأنه لا يحتمل التغيير فيكون رجوعاً. وهذا يحتمله فحمل على التغيير حذراً عن إلغاء كلام العاقل فصدّق متصلاً لا منفصلاً. فظهر منه صحة استثناء الستوة في الغصب والوديعة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: İmamların görüşlerinin problemlili olması şu şekildedir: Onların “İstisna, sözlü bir tasarruftur.” şeklindeki sözleri, lafzın kapsamına aldığı şey hakkında sahih olur. Müstesnâ minhin lafzı ise miktarı içermektedir. Züyûf olma ve benzeri nitelikler ise miktar değil, vasıf olup settûka ve züyûfun dirhemlerden istisnasının sahih olmamasını gerektirir. Çünkü settûka ve züyûfun dirhemlerden istisnası ile bazı dirhemlerin, cümlenin ifade ettiği hükümden çıkarılması söz konusu olmaz. Aksine bu istisna, miktar kendi hâli üzere kaldığı hâlde dirhemlerin vasfının değiştirilmesini ifade eder. Hâlbuki istisnanın anlamı, müstesnâ minhin vasfını değiştirmek değildir.

Şeyh'in bu probleme verdiği cevabın özü şudur: İstisna, çoğunlukla denildiği gibi olur. Yani istisna, müstesnâ minhin bir miktarını çıkarmayı ifade eder. Ancak bazen istisna, müstesnâ minhin anlamının tağyire ihtimali varsa tağyir anlamına gelir. Şu şekilde ki, müstesnâ minhin asıl olan hakikî bir anlamı, bir de ihtimal dâhilinde olan mecâzî bir anlamı vardır. Mecâzî anlamının istisnası ile istisna, kastedilenin mecâzî anlam olduğu konusunda beyan olur. Bu durumda istisna, beyân-ı tağyîr olur. Yani istisna, asıl olan hakikî anlamdan mecâzî anlama dönüşü beyan etmektedir.

Bu nokta açığa çıktığına göre Ebû Hanîfe şöyle demektedir: Bir kimse birkaç dirhem borcu olduğunu ikrar edip bunun da satın aldığı bir malın semeni ya da ödünç aldığı karz veya bir şeyin ücreti olduğunu açıkladığında bu dirhemler ile kastedilen yüksek ayarlı dirhemler olur; çünkü akdin muktezası ayıplardan uzak olmaktır ve yüksek ayarlı dirhemlerin, züyûf, settûka ve nebehreceye ihtimali yoktur. Buna göre bu dirhemleri ikrar ettikten sonra istisnada bulunarak “Ancak bunlar züyûftur, nebehrecedir, settûkadır veya rasâstır.” derse bu istisna sahih olmaz. Çünkü ciyâd olan dirhemlerin bunlara ihtimali olmadığına göre “Bu istisna, beyân-ı tağyîrdir.” denilemez. Çünkü yukarıdaki açıklamalardan beyân-ı tağyîrin ne anlama geldiğini öğrendin. Bu durumda ikrarda bulunanın “Dirhemler züyûftur, nebehrecedir, settûkadır veya rasâstır.” sözü, “Dirhemler, ciyâddir.” sözünden caymak olur ki, ikrardan caymak bâtıldır. Şayet ikrarda bulunan kişi, ikrar ettiği dirhemlerin borç oluş şeklini, “Bu dirhemler, gasbedilmiştir ya da vedîadır.” şeklinde açıklayıp ikrardan sonra istisna yoluyla “Ancak bunlar züyûftur ya da nebehrecedir.” derse, bu durumda istisna sahih olur. Çünkü bu durumda dirhemler, mutlak hâli üzere kalır ve bu dirhemler ile ciyâd kastedilmiş olmaz. Çünkü dirhemlerin ciyâd olması, gasp ve vedîanın gerektirdiği bir özellik olmayıp züyûf ve nebehrece de dirhem cinsindedir.

[فاضل أمير] نقول: وجه الإشكال هو أن قولهم الاستثناء تصرف لفظي يصح فيما تناوله اللفظ ولفظ المستثنى منه يتناول المقدار. والزيادة وأمثالها أوصاف لا مقادير يقتضي أن لا يصح استثناء الستوة والزيوف عن الدراهم. لأن باستثناءهما عنها لا يحصل إخراج بعض الدراهم عن الحكم بل هو يفيد تغيير وصف الدراهم والمقدار على حاله. وليس معنى الاستثناء تغيير وصف المستثنى منه.

وخالصة جوابه عنه هو أن الاستثناء يكون غالبا كما قلت يعني إخراج بعض مقادير المستثنى منه وقد يكون بمعنى التغيير إن احتمل معنى المستثنى منه التغيير بأن يكون للمستثنى منه معنى حقيقي أصل ومجازي محتمل فباستثناء معناه المجازي يكون بيانا بأن المراد منه معناه المجازي فيصير بيان تغيير معنى بيان كونه مغيرا من المعنى الحقيقي الأصل إلى المعنى المجازي.

إذا تقرر هذا فأبو حنيفة رضي الله عنه قال إذا أقرّ بدراهم وبين أنها ثمن مبيع أو قرض أو أجرة يكون المراد من الدراهم الجياد لأن مقتضى العقد السلامة عن العيوب والجياد لا يحتمل الزيوف والستوة والنهرجة. فإذا قال بعد ذلك «إلا أنها زيوف أو نهرجة أو ستوة أو رصاص» لا يصح الاستثناء. لأن الجياد إذا لم يحتملها لم يكن أن يقال «إن الاستثناء كان بيان تغيير». إذ قد عرفت معنى بيان التغيير فيكون قوله «الدراهم زيوف أو نهرجة أو ستوة أو رصاص» رجوعا عن إقراره بأنها جياد والرجوع عن الإقرار باطل. ولو بين جهة الدراهم المقر بها بأنها غضب أو ودعة فإذا قال بعد الإقرار «إلا أنها زيوف أو نهرجة» يصح الاستثناء. لأن الدراهم تبقى على إطلاقها ولا يراد بها الجياد حينئذ. لأن الجياد ليست من مقتضيات الغضب والودعة، والزيوف والنهرجة من جنس الدراهم.

Bu durumda züyûf veya nebehre, dirhemlerden istisna edildiğinde istisna, ikrar edilen dirhemlerin türünü beyan anlamına gelir ve istisna söze bitişik olmasa da sahih olur. Fakat ikrarda bulunan kişi, “Ancak bu dirhemler settûkadır veya rasâstır.” dediğinde bu durumda istisna, sözden ayrı olarak değil, söze (ikrara) bitişik olarak sahih olur. Çünkü “dirhemler” sözü hakikî anlamda ciyâd olanları ifade eder, bununla birlikte mecâzen settûka veya rasâsa da dirhem denilir. Buna göre settûka veya rasâs, dirhemlerden istisna edildiğinde bu istisna, kastedilenin mecâzî anlam olduğunu beyan anlamına gelir ve beyân-ı tağyîr olur ki, bu da söze bitişik bir istisna olduğunda sahih olur. İşte Ebû Hanîfe'nin görüşüne göre meselenin tahriri bu şekildedir.

Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşüne gelince onlar, ikrarın konusunun akit olup olmaması arasında fark gözetmemişlerdir. Buna göre borç ikrarında bulunan kişi, bu borcun, satın aldığı bir malın semeni veya karz olduğunu söyleyip sonra bu ikrarından züyûf, nebehre, settûka veya rasâsı istisna ettiğinde bu istisna, ikrara bitişik ise sahih olur. Çünkü dirhemler mutlaklığı üzere kaldığında yapılan istisna, beyân-ı tağyîr olur. Tıpkı gasp ve vedîa durumunda settûka ve rasâsın istisna edilmesi gibi.

“Dirhemler ifadesi, mutlak olarak kullanıldığında züyûf ve nebehre de dirhem türünden olur; dolayısıyla ikrarda bulunanın ‘Ancak bu dirhemler züyûftur.’ şeklindeki sözü, tür beyanı olup bu istisna söze bitişik olmasa da sahih olur.” şeklinde daha önce geçmiş olan ifadenin gereğinin, ikrarda bulunanın, borcun vücup sebebinin akit olduğunu belirttikten sonra “Bunlar züyûf ve nebehre idi.” demesi hâlinde tıpkı ikrar edenin borç sebebinin gasp veya vedîa olarak açıkladıktan sonra “Bunlar züyûf ve nebehre idi.” demesi durumunda olduğu gibi Ebû Yûsuf ve Muhammed'in “Bu istisna ayrı olsa bile sahihtir.” demeleri olduğu söylenemez.

Çünkü biz diyoruz ki, her ne kadar Ebû Yûsuf ve Muhammed, borcun şeklinin akit olması durumunda “Dirhemler ile kastedilen ciyâddır, dirhemler denilmesi ciyâd denilmesi anlamına gelir.” demeseler de şöyle demektedirler: “Zahir ve teamül uyarınca gereken şey, dirhemler ile kastedilenin ciyâd olmasıdır.” Bu durumda ikrarda bulunan kişi, “Ancak bu dirhemler züyûftur veya nebehrecidir.” dediğinde bu zahir durum ve teamül uyarınca gereken şeyden dolayı istisna, beyân-ı tağyîr olur ki, bu durumda ikrardan ayrı değil de ikrara bitişik olması hâlinde sahih olur. Gasp ve vedîa şeklinde ikrarda ise durum böyle değildir. Çünkü insan, ne bulursa onu gasb eder ve sahip olduğu şeyi vedîa olarak verir.

فإذا استثنى الزيوف أو النهرجة منها يكون الاستثناء بيان النوع فيصح وإن فصل.
 وأما إذا قال «إلا أنها ستوقه أو رصاص» فيصح الاستثناء موصولا لا مفصولا.
 لأن الدراهم معناها الحقيقية الجياد، ويطلق على الستوقه أو الرصاص مجازا. فإذا
 استثنى من الدراهم الستوقه أو الرصاص يكون بيان أن المراد المعنى المجازي
 فيكون بيان تغيير يصح موصولا. هذا هو التخريج على مذهب أبي حنيفة رضى
 ٥ الله عنه.

وأما على قول صاحبيه فهما لم يفرقا بين بيان جهة العقد وبين جهة غير
 العقد. ففيما قال «من ثمن أو قرض» ثم استثنى الزيوف أو النهرجة أو الستوقه أو
 الرصاص يصح موصولا. لأن الدراهم إذا بقيت على إطلاقها يكون الاستثناء بيان
 تغيير كاستثناء الستوقه والرصاص من الدراهم في صورتى الغصب والوديعة.
 ١٠ لا يقال كان مقتضى ما ذكر -من أن الدراهم إذا بقيت على إطلاقها يكون
 الزيوف والنهرجة من أنواعها، فيكون قوله إلا أنها زيوف بيانا للنوع فيصح وإن
 فصل- أن يقول أبو يوسف ومحمد فيما بين جهة الوجوب بالعقد ثم قال «إلا
 أنها زيوف أو نهرجة» أن الاستثناء يصح وإن مفصولا كما قالوا فيما بين كونه
 من جهة الغصب أو الوديعة وقال إلا أنها زيوف أو نهرجة.
 ١٥

لأننا نقول إنهما وإن لم يقولا في صورة العقد بأن المراد بالدراهم الجياد
 وذكرها ذكر الجياد لكنهما يقولان بأن المقتضى بحسب الظاهر والتعامل أن
 يكون المراد بالدراهم الجياد. فإذا قال «إلا أنها زيوف أو نهرجة» كان الاستثناء
 بيان تغيير لهذا المقتضى ظاهرا وتعاملا فيصح موصولا لا مفصولا. ولا كذلك
 في صورة الغصب أو الوديعة. لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك
 ٢٠

Dolayısıyla gasp ve vedîa söz konusu olduğunda bunların ne iktiza ne de teamül yoluyla ciyâd olması söz konusu değildir. Buna göre gasp ve vedîada züyük veya nebehrecenin dirhemlerden istisnası, zahir uyarınca gereken durumdan dolayı beyân-ı tağyîr değil, ikrar edilen dirhemlerin türünü beyan olur. Bu açıklamadan Allâme'nin *el-İzâh*'ındaki "İnsan, bulduğu şeyi gasbeder ve sahip olduğu şeyi vedîa olarak verir. Dolayısıyla gasp ve vedîa söz konusu olduğunda bunların ne iktiza ne de teamül yoluyla ciyâd olması söz konusu değildir. Buna göre istisna, ikrar edilen dirhemlerin türünü beyan olur ki, ikrara bitişik olmasa da sahih olur."¹ sözünün ne anlama geldiği de net olarak anlaşılır.

Bu açıklama ile hepsinin görüşleri konusundaki problem ortadan kalkar ve Şeyh'in istisnanın doğruluğunun ortaya çıkması hususunda gasp ve vedîa konusunda settûkanın istisnası ile yetinmesinin kendinden kaynaklanan bir kusur olduğu anlaşılır.

5. Kabzın, İktiza Yoluyla Sabit Olması

[**Teshîl**] Bir kimse "Senden bin dirhemi emanet olarak aldım ve helak oldu." dese sahibi de "Bunu gasbederek aldın." dese, bu durumda ikrarda bulunan kişi, bu bin dirhemi tazmin eder. Çünkü almak, malın sahibinin izni olmadığında tazmini gerektiren bir sebeptir. Kabzetmenin hükmü de aynıdır. Sahibi "gasbederek" dediğinde izninin bulunduğunu inkâr etmektedir. Almak ise bazen izinli bazen de izinsiz olur. İkrarda bulunan kişi, aldığını ikrar edip sahibinin izin verdiğini iddia ettiğinde beyyine getirmesi gerekir. Aksi takdirde hasmı izin vermediğine yemin ederse tazmin etmesi gerekir. Ancak aynı meselede mal sahibinin "gasbederek" sözü yerine "karz olarak" demesinde hüküm farklı olup bu durumda ikrarda bulunanın sözü geçerli olur. Zira malın alınmasının izin dâhilinde olduğu konusunda ittifak etmişlerdir; dolayısıyla tazmin sebebi bulunmamaktadır. Yine ikrarda bulunanın "verdin" demesi durumunda yani "Bana bin dirhemi vedîa olarak verdin." veya "Bana bin dirhemi vedîa olarak verdin ve o da helak oldu." deyip malikin de "Hayır! Bilakis onu gasbederek aldın." demesinde de durum farklı olup bu durumda ikrarda bulunan tazmin etmez. Çünkü ikrarda bulunan, tazmin sebebini ikrar etmemiş, aksine kendisine verildiğini veya sahibinin verdiğini ikrar etmiştir. Vermek, ikrar lehtarının yani lehine ikrarda bulunulan kişinin fiilidir, dolayısıyla onun fiili, ikrarda bulunan üzerine tazmin borcu yükleyen bir sebep olmaz. Ancak ikrar lehtarı, tazmin sebebini -ki, bu da gasptır- iddia etmektedir. Bu durumda [gasp iddiasında bulunan] malik beyyine getirmediğe veya ikrarda bulunan yeminden kaçınmadıkça, ikrarda bulunan tazmin ile yükümlü olmaz.

1 İbn Kemâl, *el-İzâh*, v. 315b.

فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل. فاستثناء الزيوف أو النهرجة من الدراهم فيها يكون بيان النوع لا بيان تغيير للمقتضى ظاهرا. وعنه يفصح ما في إيضاح العلامة من قوله «إن الإنسان يغضب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيانا للنوع فيصح وإن فصل» انتهى.

وبهذا اندفع الإشكال عن الكل وظهر أن اقتصار الشيخ في ظهور الصحة ٥ على استثناء الستوقة في الغضب والوديعة تقصير منه.

٥. ثبوت القبض بطريق الاقتضاء

[التسهيل] ولو قال «قبضتُ أو أخذتُ منك ألفا وديعةً فهلكت» وقال المالك «أخذتها غصبا» ضمن. إذ الأخذ سبب الضمان إذا لم يكن بإذن وكذا القبض ولما قال «غصبا» أنكر الإذن. والأخذ قد يكون بإذن وقد يكون بدونه. ١٠ فلما أقر بالأخذ وادعى الإذن فعليه البينة وإلا ضمن إن حلف خصمه ضد قوله «قرضا» مكان قوله «غصبا» والمسألة بحالها. فإن القول يكون للمقر، إذ اتفقا في الإذن فلم يوجد سبب الضمان وضد «دفعت» أي لو قال «دفعت إلي ألفا وديعة» أو قال «أعطينيه وديعةً فهلك» وقال المالك «لا، بل أخذته غصبا» لم يضمن المقر. لأنه ما أقر بسبب الضمان بل أقر بالدفع أو الإعطاء وهو فعل ١٥ المقر له فلا يكون سبب الضمان على المقر إلا أنه يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فلا يضمن إلا إذا برهن المالك أو نكل المقر.

“Bir şeyin ikrarda bulunana verilmesi, ancak ikrarda bulunanın onu kabzetmesi ile tamam olur. Dolayısıyla ikrar edenin kendine bir şeyin verildiğini söylemesi onu kabzettiğini ikrar anlamına gelir. Tazmin sorumluluğu kabzdan sonra söz konusu olabilir.” denirse buna şöyle cevap verilir:

5 “Verme (def ve i'tâ), bazen kişiyi o şey ile başbaşa bırakma (tahliye) ve önüne koymak suretiyle de olur. Verme işleminin ancak verilen kişinin onu kabzetmesiyle tamam olduğu kabul edilse bile kabz, sözü edilen durumlarda iktiza yoluyla sabit olur ve mukteza da zaruret miktarınca sabit olur. Dolayısıyla vermenin tamam olmasında tazmin sebebi açık değildir.

10 Zira zarureten sabit olan şey, zaruret mahallinin dışında bulunmaz.”

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu fasıldan hemen önce geçtiği gibi bu cevap, Ebû Yûsuf'un kabul ettiği ilkeye göre sahih değildir. Orada şöyle geçmişti: Bir kimse “Bana verdi.” sözüne bitişik olarak “...kabzetmedim” dese, bu durumda Ebû Yûsuf onu tazminle yükümlü tutar. Çünkü verme, alacaklının kabzetmesiyle tamam olur.

15

Problemin nedeni şudur: Orada da kabz, iktiza ile sabit olduğu hâlde Ebû Yûsuf tazmin hakkında ona itibar etmiştir. Dolayısıyla burada da tazmin hakkında ona itibar etmesi gerekir. Bu yüzden onun kabul ettiği asıla göre burada tazmin hakkında kabza itibar edilmemesi sahih değildir. Hâsılıkelam, kabz her iki meselede de iktiza ile sabit olmuştur ve dolayısıyla hükmün de aynı olması gerekir. Ancak iki mesele arasındaki farkın ortaya konulması derinlemesine düşünmekle mümkündür.

20

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Geçen meselede yani ikrarda bulunanın “Onu bana bin dirhem olarak verdi fakat ben kabzetmedim.” demesinde, Ebû Yûsuf'a göre ikrar edilen tazminin dayanağı, vermeyi ikrar etmenin kabzı gerektirdiği, dolayısıyla kabzı da ikrar ettiği değildir ki, “Kabz, vermeyi ikrar etmenin muktezasıdır.” denilsin. Burada ise Ebû Yûsuf, tazminin sebebi olarak kabul etmek suretiyle muktezayı dikkate almıştır. Daha doğrusu ikrarda bulunan kişinin, borçlunun kendisine verdiğini ikrar ettikten sonra “... kabzetmedim.” demesi durumunda bu sözü, ikrar ettiği şeyin bir kısmından rücû anlamına gelir. İşte bu yüzden ikrarda bulunanın bu cayması bâtil olur ve ikrarının gereği ile sorumlu tutulur. Ebû Yûsuf'un “Ben kabzetmedim demiş olsa bile...” ve “rücûdan dolayı” sözleri buna delâlet etmektedir.

25

30

فإن قيل: لا يتم الدفع إليه أو إعطاؤه إلا بقبضه فكان مقرراً بقبض وهو سبب الضمان. قيل: قد يكون الدفع والإعطاء بتخلية ووضع بين يديه ولئن سلم أنه لا يتم إلا بقبضه يكون القبض ثابتاً اقتضاءً ويثبت المقتضى على قدر الضرورة فلم يظهر في انعقاده سبب الضمان إذ الثابت ضرورة عدم في غير موضعها.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: هذا لا يصح على أصل أبي يوسف على ما مرَّ قبيل هذا الفصل من أنه لو قال «لم أقبض» متصلاً «بدفعه إليّ» يلزمه أبو يوسف إذ الدفع يتم بقبضه.

وجه الإشكال أن القبض ثمة ثبت اقتضاءً أيضاً مع أنه اعتبره في حق الضمان فينبغي أن يعتبر هنا أيضاً في حق الضمان فلا يصح عدم اعتباره هنا ١٠ عنده في حق الضمان على أصله ذلك. والحاصل أن القبض في المسألتين ثابت اقتضاءً فينبغي أن يتحد حكمهما ويمكن الفرق بالتأمل.

[فاضل أمير] نقول: ليس مدار الضمان المقر عند أبي يوسف في المسألة المتقدمة يعنى فيما قال «دفعه إليّ ألفاً فلم أقبض» على أن الإقرار بالدفع يقتضي القبض فيكون مقرراً بالقبض حتى يقال «إن القبض مقتضى» وقد أعمل أبو يوسف هنا المقتضى حيث جعله سبب الضمان بل على أنه قال بعد إقراره ١٥ بدفعه إليه «فلم أقبض» فصار قوله هذا رجوعاً عن بعض ما أقر به ولذا بطل رجوعه وصار مؤاخذاً بموجب إقراره يدل على هذا قوله «ولو قال لم أقبض» وقوله «لرجوع».

Burada üzerinde durduğumuz meselede ise ikrarda bulunan kişi, malikin verdiği ikrar etmesinin peşinden "...kabzetmedim." sözünü söylememiştir. Bu durumda sadece malikin kendisine verdiği şekilde kabzı gerektiren ikrarı mevcuttur. Dolayısıyla tazminin vâcip olması noktasında iktiza yoluyla sabit olan kabzın etkisi açık değildir.

Özetle bu konudaki açıklamalardan anlaşılan, ikrar eden kişinin tazminle yükümlü olmasını gerektiren şey, iki şeyden biridir. Bu da ya bu fasıldan önceki meselede geçtiği üzere, ikrarda bulunanın, ikrarının bir kısmından dönmesi ya da aldığı ve kabzettiğini açık bir şekilde ikrar etmesinde olduğu gibi tazmin için sebep teşkil eden bir fiili ikrar etmesidir. Buradaki şekilde ise bu iki sebepten hiçbiri mevcut değildir; dolayısıyla tazmin gerekli olmaz. Muhtemelen Şeyh'in işaret ettiği fark budur.

Ben daha sonra *el-Bedâi'*de tazmini gerektiren ikrara ilişkin bir asıl gördüm. Bu da *Kâsânî*'nin şu sözüdür: "İkrarda bulunan kişi, 'Elbiseni veya binitini bana ödünç olarak verdin ve bende iken helak oldu.' dese, lehine ikarda bulunulan kişi de "Hayır! Aksine sen onu benden gasbettin." dese, bu durumda bakılır: Şayet elbise giyilmeden, binit de binilmeden önce helak olmuşsa ikrarda bulunanın tazmin etmesi gerekmez. Çünkü ikrarın konusu iâredir ve iâre tazminin vâcip olmasının sebebi değildir. Giyildikten/binildikten sonra helak olmuşsa, bu durumda ikrarda bulunanın tazmin etmesi gerekir. Çünkü başkasının elbisesinin giyilmesi ve başkasının binitine binilmesi kural olarak tazminin vâcip olmasını gerektiren bir sebeptir. Dolayısıyla izin verildiğinin iddia edilmesi, tazminden berî olduğunun iddia edilmesi anlamına gelir ki, izin de ancak bir hüccet ile sabit olur."¹

Bu açıklamadan anlaşılıyor ki, ikrarda bulunanın ikrarında, malikin izin verdiği iddiası, tazminden berî olma iddiasını içeriyorsa tazminin nefyi konusunda ikrarda bulunanın sözü doğru kabul edilmez. Aksine malikin izin verdiği hüccet ile sabit olmadıkça ikrarda bulunan üzerine tazmin vâcip olur. Ancak eğer ikrarda bulunanın iddiası, mesela iâre iddiası gibi tazminden berî olduğu iddiasını içeren izin değilse, bu durumda onun sözü doğru kabul edilir ve üzerine tazmin vâcip olmaz.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, VII, 217.

وأما فيما نحن فيه فلم يعقب إقراره بالإعطاء أو الدفع إليه بقوله لم أقبض. فبقي مجرد إقراره بالدفع إليه المقتضى للقبض فلم يظهر أثر القبض المقتضى في إيجاب الضمان.

والحاصل أن المستفاد من تقريرهم في هذا الباب أن موجب الضمان على المقر أحد الأمرين: الرجوع عن بعض ما أقر به كما في المسألة المذكورة قبل الفصل أو الإقرار بفعل يكون سببا للضمان كالإقرار بالأخذ والقبض صريحا. وفي هذه الصورة لم يوجد واحد منهما فلم يلزم الضمان. لعل هذا هو الفرق الذي أشار إليه الشيخ.

ثم رأيت في البدائع ما يكون أصلا في الإقرار الذي يوجب الضمان وهو ما قال: ولو قال له «أعرتني ثوبك أو دابتك فهلكت عندي»، فقال المقر له «لا بل غصبتَه منِّي» ينظر في ذلك. إن هلك قبل اللبس أو الركوب فلا ضمان عليه، لأن المقرّ به الإعارة وأنها ليست بسبب وجوب الضمان، فإن هلك بعد اللبس أو الركوب فعليه الضمان، لأن لبس ثوب الغير وركوب دابة الغير سبب لوجوب الضمان في الأصل فكان دعوى الإذن دعوى البراءة عن الضمان فلا يثبت إلا بحجة. انتهى.

فعلم منه أن فيما أقر المقر إن كان دعوى إذن المالك متضمنا لدعوى البراءة عن الضمان فلا يصدق في نفي الضمان بل يجب عليه الضمان ما لم يثبت الإذن بحجة. وإن لم يكن دعوى المقر الإذن متضمنا لدعوى براءته عن الضمان كدعوى الإعارة يصدق في قوله ولا يجب عليه الضمان.

Hiç şüphe yok ki, bizim üzerinde durduğumuz mesele, buradaki ikinci türdendir. Çünkü verme veya emanet olarak verme iddiası, tazminden berî olma iddiasını içermez. Dolayısıyla bu da ikrarda bulunan üzerine tazminin vâcip olmadığı kısımdan olur. Ebû Yûsuf'un bu durumda tazminin vâcip olduğu konusundaki sözü, şu açıdan değerlendirilir: İkrarda bulunan kişi, bu ikrarının arkasında durmamış, aksine bu ikrarının ardından ikrarından rücu anlamına gelen bir şey söylemiştir ki, bu da "...kabzetmedim." sözüdür.

6. Vedâyı İkrarın Hükümü

[**Teshîl**] Bir kimse "Bu bin dirhem bana ait sende bulunan emanetti, onu aldım." dese, kendisinden alınan kişi de "Hayır! Yalan söylüyorsun, o bana aittir." dese, kendisinden alınan kişi, bu bin dirhemi diğerinden alır. Çünkü emanet olduğunu iddia eden kişi, kendisinden aldığı kişinin zilyedliğini ikrar etmiştir, dolayısıyla onu tekrar ona verir.

Bir kimse "Ben ona elbisemi veya devemi kiraya verdim, sonra onu aldım." dese, kendisinden alınan kişi de "O benimdir." dese, Ebû Hanîfe'ye göre ikrarda bulunanın sözü geçerlidir. Çünkü kendisi açısından sabit olan eli -yani zilyedliğini- ikrar etmiştir; dolayısıyla bunun keyfiyeti konusunda ikrarda bulunanın sözü geçerlidir. Vedâ meselesinde ise durum bunun tersinedir. Zira orada ikrarda bulunan kişi, "emanet idi" demişti ki, emanet bazen mûrisinin emanet olarak bırakması veya rüzgârın esip evine bir şey atması şeklinde kendi dahil olmaksızın gerçekleşebilir. Hatta bu durumda kişi, "Onu vedâ olarak bıraktım." dese, bu da belirtilen ihtilafa göredir. "Elin sabit olmasından dolayı" sözü, Ebû Hanîfe açısından ileri sürülen ikinci gerekçedir. Yani mesela icârede el, menfaati eksiksiz elde etme zarureti sebebiyle sabit olur. Dolayısıyla kendisinden alınan kişinin zilyedliği, ikrarda bulunan aleyhine hak talep etmede açık değildir. Çünkü zarureten sabit olan şey, zaruret mahallinin dışında bulunmaz. Vedâ olarak vermek ise bilinçli olarak elin ispatı anlamına gelir, dolayısıyla vedâyı ikrar, ikrar lehtarları için yapılmış bir ikrar olur ve ikrarda bulunan aleyhine hak talebinde bulunması konusunda açık olur.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu delil, "Onu vedâ olarak bıraktım." sözünün, ihtilaf edilen değil ittifak edilen bir mesele olmasını gerektirir. Hâlbuki az önce şayet "Onu vedâ olarak bıraktım." demesi durumunun ihtilafı olduğu geçmişti.

فلا ريب أن ما نحن بصدده من قبيل الثاني لأن دعوى الدفع أو الإيداع لا يتضمن دعوى البراءة عن الضمان فكان هذا مما لا يجب الضمان على المقر وكان قول أبي يوسف بوجوب الضمان في هذه الصورة من جهة أن المقر ما استقر على إقراره هذا بل عقبه بما هو الرجوع عن إقراره وهو قوله «فلم أقبضه».

٥ . ٦ . حكم الإقرار بالوديعة

[التسهيل] ولو قال «كان هذا الألف وديعة لي عندك فأخذته» فقال المأخوذ منه: «كذبت بل هو لي» أَخَذَهُ الْمَأْخُودُ مِنْهُ لِإِقْرَارِ مَدْعِي الْوَدِيعَةِ بِيَدِ الْمَأْخُودِ مِنْهُ فِيرُدُّهُ إِلَى يَدِهِ.

ولو قال «آجرته ثوبي أو بعيري ثم أخذته» وقال المأخوذ منه «هو لي» فالقول للمقر عند أبي حنيفة لإقراره ببيد ثابتة من جهته فكان القول قوله في كفيته ضدّ الوديعة. إذ قال ثمة «كان وديعة» وقد يكون بلا صنعه بأن أودعه مورثه أو هبّت الریحُ وألقت في داره شيئاً حتى لو قال «أودعتها» فهو على الخلاف المذكور. قوله «ولثبوت اليد الخ» دليل ثانٍ من جهة أبي حنيفة أي ولأن اليد في نحو الإجارة ثبتت ضرورة استيفاء المنفعة فلم يظهر في حق الاستحقاق على المقر إذ الثابت ضرورة عدم فيما عداها أما الإيداع فإثبات لليد قصداً فكان الإقرار بالوديعة إقراراً للمقر له مطلقاً فيظهر في حق الاستحقاق على المقر.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا الدليل يقتضي أن يكون قوله «أودعتها» على

الوافق لا على الخلاف. وقد مر أنه لو قال «أودعتها» فهو على الخلاف.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu ikinci delilin, “Onu vedâ olarak bıraktım.” sözünün ittifaklı bir mesele olmasını gerektirdiği şeklindeki iddiası, Şeyh’in delilin izahındaki ifade biçiminden ve icâre ve benzerleri ile vedâ arasındaki zıtlığı bu delili dikkate alarak açıklamasından kaynaklanmıştır. Zira vedâanın, icârenin zıddı olduğunu açıklamak için şöyle demiştir: “Vedâ olarak vermek ise kasden elin ispatı anlamına gelir, dolayısıyla vedâyı ikrar, ikrar lehtarını için yapılmış bir ikrar olur ve ikrarda bulunan aleyhine hak talebinde bulunması konusunda açık olur.”

Buna göre Ebû Hanîfe’nin dayandığı ilkeye yönelik olarak ileri sürdüğü itirazın söz konusu olması, “Vedâyaya gelince bu, elin kasden ispat edilmesidir.” şeklindeki sözünden kaynaklanmıştır. Böyle demek yerine *et-Tebyîn*’deki açıklamaya uygun hareket ederek “Vedâ olduğunu ikrar etmesine gelince bu, elin kasden ispat edilmesidir. Dolayısıyla vedâyı ikrar, ikrar lehtarını için elin ikrarı anlamına gelir...” deseydi, bu problemten kurtulurdu ve söz şu şekilde düzgün olurdu: Zikredilen iki delilden her biri, kiraya vermeyi ikrar konusunda hüküm için tam illet olur ve “Bu, onun yanında bana ait emanetti.” demesi hâlinde de iki delilin ikisinin de bulunmaması ile ikrarda bulunanın sözünün geçerli olması şeklindeki icâre için söz konusu olan hüküm vedâ hakkında söz konusu olmazdı.

Diğer yandan tartışma konusu olan “Onu vedâ olarak bıraktım.” diyerek bir şeyi emanet olarak verdiğini ikrar etmesi meselesinde menfaati eksiksiz elde etmenin zorunlu sonucu olarak zilyedlik mevcut değildir. Dolayısıyla Ebû Hanîfe’ye göre bu konuda ikrarda bulunanın sözünün geçerli olmaması gerekirdi.

Buna cevap olarak şöyle denilir: İcâre meselesinde Ebû Hanîfe’ye göre ikrarda bulunanın sözünün geçerli olması, iki illete bağlıdır. Birincisi, -kendi cihetinden- sabit bir elin -yani zilyedliğin- ikrar edilmesi; ikincisi ise zilyedliğin menfaatten yararlanmanın zorunlu sonucu olarak sabit olmasıdır. İki tam illete bağlı olan hükmün varlığı, bu ikisinden birinin bulunmasıyla gerçekleşir, fakat yokluğu, ancak bu iki illetin yokluğu ile olur. Soruda ise hüküm, bu iki illetten birincisi ile mevcuttur ki, bu da -kendi cihetinden- sabit bir elin -yani zilyedliğin- ikrar edilmesidir. Bu açıklamayla İmam’ın (Ebû Hanîfe) sözündeki problem giderilmiş olur.

[فاضل أمير] نقول: أن ما ادعاه من المقتضى إنما نشأ عن تعبيره في تقرير الدليل وبيان المضادة بين الإجارة وأشباهاها وبين الوديعة على اعتبار هذا الدليل حيث قال لبيان كون الوديعة ضد الإجارة أما الإيداع فإثبات اليد قصدا - إلى آخره - [فكان الإقرار بالوديعة إقرارا للمقر له مطلقا فيظهر في حق الاستحقاق على المقر]. ٥

فورد^١ ما أورده من الاعتراض على أصل الإمام ما كان إلا من قوله «أما الإيداع». ولو قال «أما الإقرار بكونه وديعة فإثبات لليد قصداً فكان الإقرار بالوديعة إقراراً باليد للمقر له إلى آخره» على نوع موافقة لما في التبيين لسلم عن هذا الإشكال ولأستقام الكلام بأن يكون كل من الدليلين علة تامة للحكم في الإقرار بالإيجار فبانتفائهما معاً فيما قال «كان وديعة لي عنده» انتفى الحكم وهو أن يكون القول للمقر. ١٠

ثم إذا نوقش بأن فيما أقر بالإيداع بأن قال «أودعتها» لم يوجد ثبوت اليد ضرورة استيفاء المنفعة فكان ينبغي أن لا يكون القول فيه للمقر عنده.

فيقال في الجواب عنها: أن كون القول للمقر عنده معلول بعلتين. إحداهما الإقرار بيد ثابتة من جهته، والثانية ثبوت اليد لضرورة استيفاء المنفعة. والحكم المعلول بالعلتين التامتين يوجد بوجود إحداهما. ولكن لا ينتفي إلا بانتفائهما. ففي مادة السؤال وجد الحكم بوجود إحدى العلتين وهي الإقرار بيد ثابتة من جهته. وبهذا اندفع الإشكال عما قال به الإمام. ١٥

Burada konuyla ilgili olarak Zeylaî'nin ifadesine yönelik bir itiraz üzerinde durulması uygun olur. Şöyleki Zeylaî, ikrarda bulunanın "Falanca alacağım olan bin dirhemi ondan aldım." dediğini belirttiikten sonra "Bu konuda ikrar lehtarının sözü geçerlidir ve bin dirhemi ikrar edenden onu alma hakkı vardır." diyerek ikrarda bulunanın sözünün geçerli olmadığı durumu açıklayarak, ikrarda bulunanın sözünün geçerli olduğu durumun açıklaması konusunda şöyle demiştir: "İcare ve benzeri konulardaki iddialar bundan farklıdır. Çünkü bu tür konularda ikrarda bulunan kişi, ikrar lehtarı için mülkiyeti ve zilyedliği -amaçlanmış bir şey olarak- ikrar etmediği gibi kabzedilen şeyin tazmininin gerekliliğini ikrara delâlet eden, kendisinden sadır olmuş herhangi bir şey de mevcut değildir."¹

Burada üzerinde durulması gereken nokta şudur: "İkrarda bulunan kişi, ikrar lehtarı için zilyedliği -amaçlanmış bir şey olarak- ikrar etmemiştir." sözünden [mefhûm-ı muhâlefe yoluyla] anlaşılan şey, şayet ikrarda bulunan kişi ikrar lehtarı için amaç olan bir eli ikrar etmiş olsaydı, bu durumda ikrar lehtarının sözünün geçerli olacağı ve yukarıda geçen ikrarda bulunanın "Onu vedîa olarak bıraktım." sözüyle çelişeceği. Çünkü ikrarda bulunan, bu durumda ikrar lehtarı için amaç olan bir eli ikrar etmiştir ve Ebû Hanîfe'ye göre bu durumda ikrar lehtarının sözü geçerli değildir. Ancak Zeylaî'nin "İkrarda bulunanın ikrar lehtarı için amaç olan bir eli ikrar etmemesi" sözünden maksat, ikrarda bulunanın sadece "Bu, bana ait ondaki bir emanetti." demesinden kaçınmaktır denilmesi müstesnâ ki, bu söz ile ikrarının "Onu vedîa olarak bıraktım." şeklinde olmasından kaçınmak kastedilmez. Çünkü bu konudaki ikrar, her ne kadar amaç olan bir eli ikrar olsa da burada el, ikrarda bulunan tarafından sabit olan bir eldir. Daha önce açıklandığı üzere bu ikrarda hüküm, ikrarda bulunanın sözünün geçerli olmasıdır. Bu karînenin delâletiyle "ikrarda bulunanın ikrar lehtarı için amaç olan bir eli ikrar etmemesi" sözünden mefhûm-ı muhâlefe yoluyla anlaşılan, sadece amaçlanmış elin ikrar eden tarafından sabit olmamasına ait olur. Bunu bu şekilde anlamak gerekir.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 22.

بقي هنا بحث يرد على عبارة الزيلعي في هذا المقام حيث قال في بيان ما كان القول فيه للمقر وبيّن ما لم يكن بعد ذكر ما قال المقر «اقتضيت منه ألف درهم كانت لي عليه» بأن يقول «القول فيه للمقر له فله أن يأخذها منه» بخلاف دعوى الإجارة وأشباهاها، لأنه لم يقر له فيها بالملك ولا باليد له مقصودة ولا وجد منه ما يدل على الإقرار بوجوب ضمان المقبوض، انتهى.

وهو أن المفهوم من قوله «ولا باليد له مقصودة» أنه لو أقر بيد مقصودة للمقر له يكون القول للمقر له فينتقض بما قال «أودعتها». إذ أقر فيه بيد مقصودة له ولم يكن القول للمقر له عند الإمام إلا أن يقال المقصود من قوله «ولا باليد له مقصودة» الاحتراز عما قال كان ودیعة لي عنده فقط لا يراد به التحرز عما كان إقراره بلفظ «أودعتها». لأن الإقرار فيه وإن كان باليد مقصودة لكن اليد فيه كانت ثابتة من جهة المقر. وقد بين فيما سبق أن الحكم فيه كون القول للمقر فبدلالة هذه القرينة اختص المفهوم مخالفة من قوله «ولا باليد له مقصودة» بما كانت اليد المقصودة غير ثابتة من جهة المقر، فافهم.

7. Kardeşliği İkrar ile Zevciyeti İkrar Arasındaki Fark

[**Teshîl**] Bir kimse birine “Zevcem olan kız kardeşin öldü, bu mal benimle sana kalan mirastır.” dese, erkek kardeş de kız kardeşinin onun karısı olmadığını söylese, bu durumda Ebû Yûsuf, malın ikisi arasında miras olduğuna hükmetmiştir. Zira koca olduğunu iddia eden kişi, mirasın yarısının erkek kardeşe ait olduğunu ikrar etmiş, fazlalığı inkâr etmiştir. Ebû Hanîfe ve Muhammed ise mirasın sadece erkek kardeşe ait olduğuna hükmetmiştir. Çünkü ikisinin birbirini doğrulaması ile bu kişinin ölen kadının erkek kardeşi olduğu sabittir; dolayısıyla sonradan arız olan zevciyet ispat edilmedikçe erkek kardeş mirasın hepsine hak sahibi olur. Yani akrabalık mirasa hak sahibi olmanın aslî sebebidir; zevciyet ise sonradan arız olan sebeptir. Koca olduğunu iddia eden kişi, kardeşin mirasçılığının aslî sebebinin ikrar edip kendisi için de zevciyet sebebiyle sonradan arız olan bir hak iddia ettiğinde bu iddiası, ancak beyyine ile kabul edilir. Eşit olmaları sebebiyle kardeşlikte durum bunun aksinedir. Çünkü mesela ikarda bulunan kişi “Bu benimdir, bu kardeşimin de miras hakkı vardır.” dese, İkrar lehtarları da ikarda bulunanın, babasının oğlu olduğunu reddetse, bu durumda tereke ikisi arasında yarı yarıya taksim edilir. Çünkü ikisi de mirasçılık için aslî sebeptir. Zevciyet ise sonradan arız olan bir sebeptir. Dolayısıyla ikisi birbirinden ayrılır. Bu, tıpkı malın üçüncü bir şahıs elinde olup adamın biri ölenin kocası olduğunu diğeri de kardeşi olduğunu iddia etmesi ve bu ikisi birbirini yalanlasa, zilyed olan da bunların kocası ve kardeşi olduğunu tasdik etmesi durumlarında -kardeşliğin ağır basması sebebiyle- malın, kardeş olduğunu iddia edilen kimseye verilmesi gibidir. Şayet ikisi de kardeş olduklarını iddia ederse miras, aralarında taksim edilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Kardeş ve koca meselesinde de terekenin erkek kardeş ile koca arasında taksim edilmesi gerekir. Çünkü bu ikisi karşılıklı olarak birbirlerini yalanlayıp zilyed olan da ikisini tasdik ettiğinde, zilyedin iddiasına göre her biri vâris olur. Dolayısıyla her ikisinin de vâris olması gerekir ve birini diğere tercih etmenin bir anlamı yoktur. Çünkü ikrar ile sabit olan, müşahede ile sabit olan gibidir. Şayet biz, iki vâristen birinin zevciyetine, diğere kardeşliğine şahit olmuş olsak, bu durumda kardeşlik tercih sebebi olmaksızın ikisi de vâris olur. Dolayısıyla ikrar da böyledir. Bu tür bir durumda mirasçılık sebebinin aslî olması ile sonradan meydana gelmiş olmasının bir etkisi söz konusu olmaz.

٧. الفرق بين الإقرار بالأخوة وبين الإقرار بالزوجية

[التسهيل] ولو قال «ماتت أختك زوجتي وهذا ميراثها بيني وبينك» فنفى الأخ زوجيته يحكم أبو يوسف به أي بالمال بينهما. إذ أقر له بالنصف وأنكر الزيادة، وجعله للأخ وحده لثبوت الأخوة بتصادقهما فاستحق الكل ما لم يثبت الزوجية الطارئة أي القرابة سبب أصلي للاستحقاق والزوجية سبب طارئ. فإذا أقر بسبب أصلي وادعى لنفسه حقًا طارئًا لم يصدق إلا بينة، ضد الأخوة فإنه لو قال «هذا لي ولهذا أخي ميراث» فنفى المقر له بنوة المقر فإن التركة تصير بينهما نصفين كما سيجيء بعد أسطر للتساوي. فإن كليهما سببان أصليان. وأما الزوجية فطارئة فافترقا كما لو كان المال في يد ثالث فادعى رجل أنه زوج الميت والآخر أنه أخوها وتكاذبا وصدقهما ذو اليد فإنه يدفع المال إلى مدعي الأخوة لزوجانها. ولو ادعى الأخوة قسم بينهما.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يقسم بين الأخ والزوج. لأنهما لما تكاذبا وصدقهما ذو اليد كان كل واحد منهما وارثا على زعم ذي اليد فينبغي أن يرثا ولا معنى للترجيح إلخ. إذ الثابت بالإقرار كالثابت معاينة ولو عاينا زوجية أحدهما وأخوة الآخر لورثا بلا ترجيح بالأخوة فكذا الإقرار ولا دخل للأصالة والطريان في مثله.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu, Şeyh'in "Bu, tıpkı malın üçüncü bir şahıs elinde olup adamın biri ölenin kocası olduğunu diğeri de kardeşi olduğunu iddia ederek birbirlerini yalanlaması ve zilyed olan da bunların kocası ve kardeşi olduğunu tasdik etmesi durumlarında -kardeşliğin ağır basması sebebiyle- malın, kardeş olduğunu iddia edilen kimseye verilmesi gibidir. Şayet ikisi de kardeş olduklarını iddia ederse miras, aralarında taksim edilir." sözüyle naklettiği meseleye itirazıdır.

Bu itiraza Kâsânî'nin *el-Bedâi*'inde geçen şu açıklama ile cevap vermek mümkündür: "Ebû Hanîfe'nin gerekçesi şudur: Zevciyyet ölüm ile sona erer. Dolayısıyla zevciyyeti ikrar, inkıtaya uğramış olan ve bu yüzden sebep sübut ifade etmeyen bir sebebi ikrardır. Bu yüzden sebebin sabit olduğuna ilişkin beyyine gerekir."¹

Bu açıklamadan anlaşılan şudur: Ebû Hanîfe'nin bakışı, zevciyyetin mirasçılık için sebep olduğu, ancak bunun ölmeden önce ortadan kalkmayı kabule elverişli olduğu ve ölüm ile de ortadan kalkmış olduğudur. Dolayısıyla geçmişte sırf böyle bir sebebin varlığını ikrar etmekle, bu sebebin ölüm vaktine kadar var olduğuna kesin olarak hükmedilemez. Buna göre zevciyyet, ortadan kalkmayı kabul etmeyen kardeşlik gibi değildir. Dolayısıyla yukarıda kardeşliğin mirasçılığın aslî sebebi, zevciyyetin de sonradan arız olan bir sebep olduğunu söyleyen, muhtemelen bu anlamı kastetmiştir.

8. Kardeşliği İkrar ile Zevciyyeti İkrar Arasındaki Fark Konusunda Ebû Hanîfe ve Muhammed'in Görüşü

[Teshîl] İkrarda bulunan "Bu benimdir, bu kardeşimin de miras hakkı vardır." dese ve ikrar lehtarını ikrarda bulunanın babasının oğlu olduğunu reddetse, bize göre terekenin ikrar lehtarına ait olduğuna değil, ikisi arasında taksim edilmesine hükmedilir. Çünkü ikrarda bulunan, sadece terekenin yarısının ikrar lehtarına ait olduğunu ikrar etmiştir.

Züfer'in gerekçesi ise şudur: İkrar lehtarının babasının oğlu olduğu ikisinin ittifakı ile sabit olmuştur. Dolayısıyla ikrarda bulunanın, ölenin oğlu olduğu sabit olmadıkça ikrar lehtarını, mirasın tamamına hak kazanır.

1 Bu ifadeler *Bedâi*'de bulunamadı.

[فاضل أمير] نقول: هذا اعتراض منه على ما نقله بقوله «كما لو كان المال في يد ثالث فادعى رجل أنه زوج الميت إلى آخره [والآخر أنه أخوها وتكاذبا وصدّقهما ذو اليد فإنه يُدفع المال إلى مدعي الأخوة لرجحانها. ولو ادعى الأخوة فُسِمَ بينهما].

5 ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في البدائع بقوله: ولأبي حنيفة رحمه الله أن الزوجية تنقطع بالموت بالإقرار بها إقرار بسبب انقطاع فلا يفيد الثبوت ولا بد من البينة، انتهى.

فعلم منه أن نظر الإمام إلى أن الزوجية سبب للإرث ولكن قابل للانقطاع قبل الموت ومنقطع به فبمجرد الإقرار بوجود مثل هذا السبب في الماضي لا يحصل العزم باستمراره إلى وقت الموت، فلا تكون الزوجية كالأخوة التي لا 10 تقبل الانقطاع. فلعل أن من قال بكون الأخوة سببا أصليا وبكون الزوجية طارئاً فقد أراد هذا المعنى.

8. رأي أبي حنيفة ومحمد في الفرق بين الإقرار بالزوجية وبين الإقرار

بالأخوة

15 [التسهيل] ولو قال «هذا لي ولهذا أخي ميراث» فنفي المقر له بنوة المقرِّ حكمنا بالمال بينهما لا للمقرِّ له. إذ أقرَّ له بالنصف لا غير.

وله أنه ثبت بنوة المقرِّ له باتفاقهما فاستحق الكل ما لم يثبت بنوة المقرِّ.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Zevciyyet meselesinde geçen ifadeleri sebebiyle Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşü problemlidir. Şöyle ki orada koca, terekenin sadece yarısının kardeşe ait olduğunu ikrar etmesine rağmen malı ikisi arasında paylaştırmamışlardı. Dolayısıyla oradaki ile buradakinin hüküm bakımından aynı olması gerekir. Şayet buna orada koca ve kardeş olmaları bakımından eşit olmayıp burada ikisi de kardeş oldukları için eşit oldukları şeklinde cevap verilirse, bu cevap şu şekilde reddedilir: İkrarda bulunanın kardeşliği yalanlandığı için terekeden ancak kardeş olduğunun ispatı ile hak sahibi olur. Dolayısıyla kardeş olduğunun ispatından önce yaptığı ikrar, eşitliği ifade etmez. Bir şey inkâr edildiğinde ister üzerinde ittifak edilene eşit olsun ister eşit olmasın beyyineye ihtiyaç duyulur. Dolayısıyla buradaki meselede diğerinin akrabalığı ispat edilmedikçe malın tamamının ikrar lehtarına ait olması gerekir. Bu durum, daha önce geçen, malın üçüncü bir kimse elinde olması durumuna kıyas edilemez. Çünkü orada ikisi de birbirini yalanlamakta ve içlerinden birinin kardeş olduğu veya birinin zevciyyeti, diğerinin kardeş olduğu konusunda ittifak etmemektedirler. Diğer yandan orada zilyed ikisini de tasdik ettiği için kardeş ve koca meselesinde tercih ile, iki kardeş meselesinde ise eşitlik ile amel edilir. Nitekim orada da buna itiraz edilmişti.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in burada dile getirdiği problem, bu meselede kıyasın gereği olan hükümdür. Fakat Ebû Hanîfe ve Muhammed burada kardeş meselesinde kabul ettikleri istihsâna göre hareket etmişlerdir. Nitekim Kâsânî, *el-Bedâi'*de şöyle demiştir: "Erkek kardeşin ikrarı meselesinde kıyas, ikrarda bulunan nesep [yani kardeş olduğu] konusunda beyyine getirmediği malın tamamının ikrar lehtarına ait olmasıdır. Fakat istihsâna göre mal, aralarında yarı yarıya taksim edilir. İstihsânın vechi şudur: İkrar lehtarının mirasa hak kazanması ancak ikrarda bulunan tarafından mümkün olmaktadır. Şayet ikrarda bulunanın ikrarı bâtil olacak olursa vâris olması da bâtil olur. İkrarda bulunanın vâris olmasının bâtil olması durumunda ikrar lehtarının vâris olması da bâtil olur."¹

Kâsânî'nin bu açıklamasından kardeşliği ikrar ile zevciyyeti ikrar arasında nasıl bir fark olduğu anlaşılır ve Şeyh'in zorlandığı nokta da ortadan kalkar.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, VII, 230.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل قول أبي حنيفة ومحمد لما مر من قولهما في مسألة الزوجية حيث لم يجعلوا المال ثمة بينهما مع أن الزوج لم يقر إلا بالنصف ثمة أيضا، فينبغي أن يتحدا حكما. فإن أُجيبَ بالتساوي هنا لا ثمة يُرَدُّ بأنَّ أخوةَ المقرِّ لما كُذبت لم يستحق إلا بإثباتها فلا يفيدُ التساوي قبل الثبوت. والشيء إذا أنكر يحتاج إلى البينة سواء كان مساويا للمتفق عليه أولا فينبغي أن يكون المال للمقر له ما لم يثبت قرابة الآخر. ولا يُقاس على كون المال في يد الثالث لأنهما تكاذبا هناك ولم يتفقا على أخوة واحد منهما أو على زوجية أحدهما وأخوة الآخر ولما صدقهما ذو اليد عُمل بالترجيح والتساوي وقد مرَّ الاعتراض هناك أيضًا.

[فاضل أمير] نقول: ما أورده من الإشكال هو مقتضى القياس في المسألة. وأما ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد استحسانا قالوا به في مسألة الأخوة حيث قال في البدائع: القياس في مسألة الإقرار بالأخ أن يكون المال كله للمقر له ما لم يقر البينة على النسب ولكن نصف المال بينهما استحسانا. وجه الاستحسان أن المقر له إنما استفاد الميراث من جهة المقر. فلو بطل إقراره لبطل وراثته وفي بطلان وراثته بطلان وراثته المقر له، انتهى.

فعلم منه وجه الفرق بين الإقرار بالزوجية وبين الإقرار بالأخوة واطمحل ما استصعبه الشيخ.

9. Ortaklardan Birinin Evin Bir Odasının Başkasına Ait Olduğunu İkrar Etmesi Konusunda Muhammed'in Görüşü

[**Teshîl**] İki kişi yüz zirâ' olan bir eve yarı yarıya ortak olsa, ikisinden biri on zirâ' olan bir odanın Zeyd'e ait olduğunu ikrar etse ve aralarında evi bölüşseler ve oda da ikrarda bulunanın ortağına düşse, bu durumda Muhammed ikrarda bulunana düşen on hisseden birinin Zeyd'e ait olduğuna hükmetmiştir. Çünkü oda, evin tamamının onda biridir. Buna göre ikrar, ikrarda bulunanın hissesinde geçerli olur. Dolayısıyla evin yarısının bedeli ikrarda bulunanın eline geçince bunun onda birini Zeyd'e vermesi gerekir; çünkü bu onda bir kendi ikrarı sebebiyle Zeyd'in mülkiyetinin bedelidir. Dolayısıyla on sehimden biri Zeyd'in olur.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ise Zeyd'e on bir hisseden iki hisse verileceğine hükmetmiştir. Çünkü [evin tamamı göz önüne alındığında] ikrarda bulunan ortak, yüzden kırk beşinin kendisine onunun da Zeyd'e ait olduğunu ikrar etmiştir ki bunların toplamı elli beştir. Bu durumda [on bir hisse olarak düşünülen] elli beşin dokuz hissesi ikrarda bulunan ortağın, iki hissesi de Zeyd'indir. Adeta ikrarda bulunan, Zeyd'in iki hissesi olduğunu, kendisinin de dokuz hissesi olduğunu ikrar etmiş olur. Dolayısıyla diğer ortağın yalanlaması sebebiyle taksim ile kendisine düşen hissede Zeyd'in hissesini ödemekle sorumlu tutulmuştur. Şayet oda ortağın değil de ikrarda bulunanın hissesine düşseydi, ittifakla odanın ikrar lehtarına verilmesi gerekirdi.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: "Vasiyete ilişkin çeşitli konular" bahsinde geçtiği üzere ortak bir evdeki odanın vasiyeti meselesinde belirttiğimiz gerekçeden dolayı bu meselede bir çelişki söz konusudur. Daha doğru olan görüş, vasiyet meselesinin aksine ikrar meselesinde Muhammed'in Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ile aynı görüşte olmasıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in belirttiği çelişki şudur: Vasiyet meselesinden akla ilk gelen şey, [odanın ölenin ortağının hissesine düşmesi hâlinde] ölenin hissesinin Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre on bir hisse üzerinden değil, on hisse üzerinden taksim edilmesidir. Aynı şekilde ikrar meselesinde de zahir olan, [odanın ikrarda bulunanın ortağının hissesine düşmesi hâlinde] ikrarda bulunanın hissesinin, kendisi ile ikrar lehtarı arasında on bir hisse üzerinden değil, on hisse üzerinden taksim edilmesidir. Dolayısıyla bu şekilde bir taksim, burada Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'tan rivâyet edilen görüşe aykırı olur.

٩. رأي محمد في إقرار أحد الشريكين بيت في دار لشخص آخر

[التسهيل] ولو كان بينهما دارٌ مائة ذراعٍ فأقرَّ أحدهما لزيدٍ بيتٍ منه عشرةً أذرعٍ فاقْتسماه فوقَ البيتِ لشريكه جعل محمد لزيدٍ من حظِّ المقرِّ سهمًا من عشرةٍ أسهمٍ. إذ البيتُ عُشر الكلِّ فنفذ في حظه. فلما وقع له بدلُ نصفِ البيتِ يجبُ دفعُه إلى المقرِّ له لأنه بدلُ ملكه بإقراره فكان له سهمٌ من عشرةٍ.

وهما جعلًا لزيدٍ سهمين من أحد عشرٍ إذ أقرَّ أن له خمسةً وأربعين ولزيدٍ عشرةً والمجموعُ خمسةً وخمسون فيصيرُ للمقرِّ تسعةً أسهمٍ ولزيدٍ سهمانٍ فكأنه أقرَّ أن له سهمين ولي تسعةً فأخذَ به فيما وقع له بالقسمة لما كذب ولو وقع البيتُ في نصيبِ المقرِّ يجب دفعُه إلى المقرِّ له وفاقًا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: في هذه المسألة منافاة لما أوردناه في الوصية بيت في دار مشتركة من متفرقات الوصايا والأصح أن محمد معهما في مسألة الإقرار ضد الوصية.

[فاضل أمير] نقول: وجه المنافاة هو أن المتبادر من مسألة الوصية أن يقسم نصيب الميت عندهما على عشرة أسهم لا على أحد عشر فيما وقع البيت في نصيب الشريك وكذا الظاهر في مسألة الإقرار أن يقسم نصيب المقر بينه وبين المقر له على عشرة لا على أحد عشر إذا وقع البيت في حصة الشريك فيكون منافيا لما روى عن الشيخين هنا.

Vasiyet ve ikrar konusunda bu zikredilenlerin arasını uzlaştırmak için şöyle deriz: İkrar ve vasiyet meselelerinde muteber kitaplarda esas alınan görüş odanın, ortağın hissesine düşmesi hâlinde ikrarda bulunanın ya da vasiyette bulunanın payının on bir hisse üzerinden değil, on hisse üzerinden 5 taksim edilmesidir. Buna göre on hisseden ikisi ikrar lehtarının veya vasiyet lehtarının, sekiz hisse de ikrarda bulunanın veya vârislerinin olur. Ancak İbnu's-Sââtî, *Mecma'ül-Bahreyn*'de bu durumda ikrarda bulunanın payının on bir hisseye taksim edileceğini söylemiştir. İşte Şeyh, metinde İbnu's-Sââtî'nin tek kaldığı bu görüşü almış, metin ve şerh sahiplerinin üzerinde ittifak ettiği 10 görüşten vazgeçmiş ve bunun sonucunda belirttiği çelişkiyi iki imamın görüşüne yöneltilecek itiraz olarak ileri sürmüştür.

10. Üç Çocuğun, Babalarının Borcunu İkrarda İhtilaf Etmeleri Konusunda Muhammed'in Görüşü

[Teshîl] Geride üç erkek çocuk ve üç bin dirhem miras bırakarak ölen 15 kimsenin mirası çocukları tarafından paylaşıldıktan sonra [yabancı] bir kişi ortaya çıkıp babalarından üç bin dirhem alacağı olduğunu iddia etse, büyük çocuk borcun tamamı konusunda; ortanca çocuk iki bin dirhem, küçük çocuk ise sadece bin dirhem konusunda onu tasdik etse, ittifakla büyük çocuğun hissesine düşen bin dirhem tamamlanı, küçük çocuğun da hissesine 20 düşen bin dirhem üçte birini ona vermesi gerekir.

Ortanca çocuğa gelince, Ebû Yûsuf'a göre hissesine düşen bin dirhem tamamlanı değil, altıda beşini vermesi gerekir. Fetva Ebû Yûsuf'un görüşüne 25 göredir. Çünkü ödenmesi gerektiği konusunda ittifak ettikleri bin dirhemi hepsinin ortaklaşa ödemesi gerekir. Buna göre her biri bu bin dirhem üçte birini öder. Bunların her birinden bin dirhem üçte biri, davacı tarafından alındığında küçük çocuğun ikrar ettiği borcun tamamına ulaşılmış olur. İki büyük çocuk diğer bin dirhem de borç olduğu konusunda ittifak hâlinde olduğu için bunların da diğer bin dirhem yarısını ödemesi gerekir. Borcun bu kısmı da davacı tarafından alındığında ortancanın elinde miras olarak 30 aldığı bin dirhem altıda biri kalır. Büyüğün elinde de miras olarak aldığı bin dirhem altıda biri kalır. Sonra büyük çocuk üçüncü bir bin dirhem borç olduğu konusunda tek başına kaldığı ve elinde terekeden aldığı bin dirhem altıda birinden başka bir şey kalmadığı için bunu da davacıya verir. Sonuç olarak ikrarlarına göre büyük çocuk, miras olarak aldığı bin dirhem 35 tamamını, ortanca ise altıda beşi, küçük ise binin üçte birini vermiş olur.

فنعول في التوفيق بين المذكورين أن المأخوذ في المعترات في الإقرار والوصية أن يقسم نصيب المقر أو الموصي على عشرة لا على أحد عشر فيما وقع البيت في نصيب الشريك فيكون الاثنان منها للمقر له أو الموصى له والثمانية للمقر أو الورثة إلا أن في مجمع البحرين قال بأن يقسم نصيب المقر على أحد عشر سهما، فالشيخ أخذ في المتن ما تفرد به الشيخ ابن الساعاتي وسامح عما أطبق عليه أصحاب المتون والشروح فأورد ما ذكره على أنه يرد على مذهب الإمامين الأقدمين.

١٠. رأي محمد في اختلاف إقرار ثلاثة بنين في دين أبيهم

[التسهيل] ولو ترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف فادعيت الثلاثة الآلاف فصدقه الأكبر فيها كلها والأوسط بالفين والأصغر بالف دفع الأكبر ألفه والأصغر ثلث ألفه وفاقاً.

ويأمر أبو يوسف الأوسط بخمسة أسداس الألف لا بكلفه ويقول أبي يوسف يفتى إذ لزم الكل ألف. لأنهم أجمعوا على ألف فلزم كل واحد منهم ثلثه ومتى أخذ وصل إليه كل ما أقر به الأصغر ثم اتفق الكبيران على ألف أخرى فلزم كلاً منهما نصفه فإذا أخذ بقي في يد الأوسط سدس الألف فهو له وفي يد الأكبر سدس الألف ثم تفرد الأكبر بألف أخرى وليس في يده من التركة إلا سدس الألف فيدفعه دفع الأكبر حينئذ كل ألفه والأوسط خمسة أسداس ألفه والأصغر ثلث ألفه.

Muhammed'e göre ise ortanca çocuğun hissesine düşen bin dirhem tamamlaması gerekir... *el-Kâfi*'de Muhammed'in görüşü şu şekilde izah edilmiştir: Ortanca çocuk, payına düşen bin dirhem tamamlaması verir. Çünkü küçük çocuk, davacının kendisine ait olduğunu iddia ettiği üç bin dirhem bin dirhemini haklı, iki bin dirhemini haksız olarak iddia ettiğini ileri sürmektedir. Ona göre davacı, büyük çocuktan bin dirhem alınca, bu bin dirhem üçte birini haklı, üçte ikisini haksız olarak almıştır. Ortanca çocuk ise şöyle demektedir: Davacının iki bin dirhem iddiası haklı, bin dirhem iddiası haksızdır. Bu yüzden ona göre davacı, büyük çocuktan bin dirhem alınca, bu bin dirhem üçte ikisini haklı, üçte birini haksız olarak almıştır. Bu durumda küçük çocuğun iddiasına göre davacının iddiasından kalan alacak, bin dirhem üçte ikisi, ortanca çocuğun iddiasına göre de davacının iddiasından kalan alacak, bin dirhem ve bin dirhem üçte biridir. Buna göre ikisi, bin dirhem üçte ikisi konusunda birbirini doğrulamaktadır. Davacı, her birinden üzerinde ittifak ettikleri kısmın yarısını -ki, bu da bin dirhem üçte biridir- alır. Geriye ortanca çocuğun ikrarından bin dirhem üçte ikisi kalır ki, ortancanın elinde kalan da budur. Davacının bunu da alma hakkı vardır. Dolayısıyla ortancanın elinde bir şey kalmaz.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: bu izah da tartışmaya açıktır. Çünkü borcun kalanı, -ki ortanca çocuğun iddiasına göre bin dirhem üçte ikisidir-kendisi ile küçük kardeşi arasında -ortancanın iddiasına göre- eşit olarak taksim edilir. Buna göre ikisinden her birinin bin dirhem üçte birini ödemesi gerekir. Ortanca bin dirhem üçte birini davacıya vermiştir, diğer üçte biri ödemek de küçüğe kalmıştır. Küçük bunu inkâr ettiğine göre kalan bu borcun, büyük ve ortancaya taksim edilmesi gerekir. Çünkü ikisi de üçte ikilik kısmı ikrar etmiştir. Bu durumda ortancanın, kalan bu üçte birlik kısmın sadece yarısını davacıya vermesi gerekir ki, bu da bin dirhem altıda biridir. Sonuç olarak Ebû Yûsuf'un dediği gibi ortancanın elinde mirastan aldığı payın altıda biri kalır, zira altıda beşini davacıya vermiştir. Dolayısıyla bu meselede Muhammed'in değil, Ebû Yûsuf'un görüşü sahihtir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Muhammed de şöyle diyebilir: Büyük ve ortancanın ikrarının gereği, küçüğün inkâr ettiği üçte birin ikisine dağıtılmasıdır. Fakat taksim şekli, ortancanın iddiasına göredir. Onun iddiasına göre büyüğün ödemesi gereken, üçte ikilik kısımdır, bundan fazlası değildir. Küçüğün üçte biri inkâr etmesi ile ortancanın iddiası değişiklik göstermeyeceğine göre büyüğün [ortancanın iddiasından] daha fazla ödemesi gerekmez. Ortancanın ise her ne kadar iddia ettiğinin aksine olsa da ikrar ettiği borç sebebiyle elinde kalanı vermesi gerekir. Bunun bu şekilde anlaşılması gerekir.

وقال محمد: يدفعُ الأوسطُ كلَّ ألفِه ... وذكر في الكافي من جهة محمد: أن الأوسطَ يدفعُ كلَّ ألفِه إذ الأصغرُ زعم أن المدعي ادعى ثلاثة آلافٍ ألفاً بحقٍ وألفين بغير حقٍّ فإذا أخذَ من الأكبرِ ألفاً فقد أخذَ ثلثَ الألفِ بحقٍ والثلثين بغير حقٍّ، والأوسطُ يقولُ: إن دعوى المدعي في الألفين بحقٍ وفي الألفِ بغير حقٍّ فإذا أخذَ الألفَ من الأكبرِ فقد أخذَ ثلثيها بحقٍ وثلثها بغير حقٍّ، فزعم الأصغرُ أنه بقي من دعواه ثلثا الألفِ وزعم الأوسطُ أنه بقي من دعواه ألفٌ وثلثٌ فتصادقا على ثلثي الألفِ فيأخذُ من كلِّ واحدٍ نصفَ ما اتفقا عليه وهو ثلثُ الألفِ من إقرارِ الأوسطِ ثلثا الألفِ وفي يده ذلك فله أن يأخذ ذلك فلا يبقى في يده شيء.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: فيه نظر أيضاً. إذ الباقي من الدين وهو ثلثا الألفِ بزعم الأوسطِ ينقسم عليه وعلى الأصغرِ سواء بزعم الأوسطِ، فيلزم كلاً منهما ثلث الألفِ، فدفع الأوسطُ ثلثه وبقي الثلث على الأصغرِ. فلما أنكره الأصغرِ ينبغي أن ينقسم على الأكبرِ والأوسطِ لأنهما مقران به. فلا يلزم الأوسطِ إلا دفع نصف ذلك الثلث فهو سدس الألفِ فبقي له السدس فقد دفع خمسة الأسداس كما قال أبو يوسف فصَحَّ قوله لا قول محمد.

١٥ [فاضل أمير] نقول: لمحمد رحمه الله أن يقول: أن مقتضى إقرارهما توزيع الثلث الذي أنكره الأصغرِ عليهما، لكن توجيه التقسيم على زعم الأوسطِ وزعمه على أن الواجب على الأكبرِ هو الثلثان لا الزيادة. فيإنكار الأصغرِ الثلث لا يتبدل زعم الأوسطِ، فلا يلزم الزائد على الأكبرِ ويلزم الأوسطِ دفع ما في يده للدين الذي أقر به وإن كان خلاف ما زعمه أيضاً، فافهم.

11. Üç Çocuğun, Babalarının Borcunu İkrarda İhtilaf Etmeleri Konusunda Muhammed'in Görüşünün Diğer Bir İzahı

[Teshîl] Yukarıdaki meseleye ilişkin olarak denirse ki, büyüğün elinde terekeden bir şey kalmamıştır. Dolayısıyla bin dirhemin kalan üçte birinin tamamını ortancanın ödemesi gerekir. Çünkü terekeden elinde kalan kısım, bu kalan üçte biri ödemeye yetecek miktardır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: davacının bu üçte biri büyükten kabzetmesi, ortancanın iddiasına göre haksız yere olmuştur. Küçük, bin dirhemin kalan üçte birini inkâr ettiğine göre iki büyük kardeşin bin dirhemin kalan üçte birini ödemesi gerekir. Buna göre davacının büyükten bin dirhemin altıda birini haksız yere aldığı açıktır. Kalanı -ki, bu da altıda beştir- hakkı olarak almıştır. Dolayısıyla davacıya ödenecek iki bin dirhemin tamamlanması için ortancanın ödemesi gereken sadece kalan bu altıda birdir. Buna göre bunu da ödedikten sonra ortancanın elinde altıda bir kalır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Ortancanın iddiasına göre bunun açık olduğunu kabul etmiyoruz. Çünkü ortancanın iddiasına göre büyük ve küçük kardeşlerden her birinin üçte iki ödemesi gerekir. Küçüğün bin dirhemin üçte birini inkâr etmesi ile ortancanın iddiasında bir değişiklik olmaz. Dolayısıyla ortancanın iddiasına göre elinde kalandan bin dirhemin üçte birini ödemesi gerekir [ki, bu durumda elinde bir şey kalmaz].

12. Üç Çocuğun, Babalarının Borcunu İkrarda İhtilaf Etmeleri Konusunda Muhammed'in Görüşünün Başka Bir İzahı

[Teshîl] Küçük çocuk, bin dirhemin kalan üçte birini inkâr ettiğinde -çünkü ancak bin dirhemin borç olduğunu ikrar etmiştir- bu üçte birin tamamını yalnızca ortancanın ödemesi gerekir. Büyük çocuğun bu kalan üçte birlik kısımdan hiçbir şeyi ödemesi gerekmez. Çünkü büyük çocuk, esas itibarıyla mirası inkâr etmiştir. Borç ise ancak vâris olana gerekli olur. Büyük çocuk vâris değildir. Çünkü onun iddiasına göre borç mirasın tamamını kapsamaktadır. İki küçüğün durumu ise büyükten farklıdır. Çünkü bu ikisi, borcu ve mirası ikrar ettikleri için bir cins, büyük çocuk da mirası kesinlikle inkâr ettiği için ayrı bir cins olmuştur. İşte Muhammed aynı cinsten ikrar olması sebebiyle iki küçüğün ikrarını birlikte değerlendirmiştir. Buna göre büyük çocuk, bunlara yabancı gibi olur ve sanki başka bir adama borç ikrarında bulunan bir kimse konumunda olur ve diğer ikisinin ikrar ettiği borca ortak olmaz.

١١. وجه آخر لرأي محمّد في مسألة إقرار ثلاثة بنين في دين أبيهم

[التسهيل] فإن قيل: لم يبق في يد الأكبر شيء من التركة فيلزم الأوسط كل ذلك الثلث إذ في يده من التركة ما يوفيه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: أن قبض المدعي ذلك الثلث من الأكبر كان بغير حق بزعم الأوسط. فلما أنكر الأصغر ثلث الألف وجب على الكبيرين ٥ فظهر أن المدعي إنما أخذ من الأكبر بغير حق سدس الألف فقط والباقي وهو خمسة الأسداس قد أخذه بحق فلم يبق على الأوسط إلا السدس تكملة الألفين فبقي له السدس.

[فاضل أمير] نقول: لا نسلم ظهور هذا على زعم الأوسط. لأنه يزعم أن ١٠ على كل من الأكبر والأصغر الثلثين. فبإنكار الأصغر الثلث لا يتبدل زعم الأوسط. فعلى زعمه يجب عليه أداء الثلث مما في يده.

١٢. وجه آخر لرأي محمّد في مسألة إقرار ثلاثة بنين في دين أبيهم

[التسهيل] فلما أنكر الأصغر هذا الثلث الآخر - لأنه لم يقر إلا بالألف - لزم الأوسط وحده هذا الثلث كله ولم يجب شيء منه على الأكبر إذ الأكبر أنكر الإرث ١٥ أصلاً ولا يلزم الدين إلا الوارث والأكبر ليس بوارث إذ الدين مستغرق في زعمه ضد الصغيرين أي الصغيران لما أقرّا بدين وارث صاروا من نوع واحد والأكبر لما أنكر الإرث أصلاً صار نوعاً آخر فجمع بين إقرارَي الصغيرين فقط للجناس فكان الأكبر كأنه أجنبيّ عنهما وأقرّ بدين لرجلٍ آخر فلا يشاركهما فيما أقرّا به

Çünkü ortak olma, aynı cinsten olmayı gerektirir. Bu da burada mevcut değildir. Dolayısıyla kalan üçte birlik kısmı tek başına ortancanın ödemesi gerekir. Zira terekeden elinde kalan bin dirhemin üçte biridir. Küçük ise kalan bu üçte biri inkâr etmesi sebebiyle bunun ödenmesi konusunda ona ortak olmaz. İkrarlarının aynı cinsten olmaması sebebiyle büyük de bu kalan üçte birin ödenmesinde ortancaya ortak olmaz. Dolayısıyla bin dirhemin kalan üçte birini ortanca tek başına öder. Sonuç olarak büyük çocuk gibi ortancanın terekeden aldığı bin dirhemin tamamını davacıya vereceği açıktır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: bu açıklama da kusurdan uzak değildir. Zira büyük çocuk, bin dirhemin üçte ikisini küçüğün ödemesi gerektiği konusunda her hâlükârda ortanca ile hem fikirdir. Küçük çocuk bu kısmı inkâr ettiğinde, *el-Kâfi*'deki açıklamaya yapılan itirazda geçtiği şekilde bunu iki büyük kardeşin tazmin etmesi gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu itiraz, istidlalde bulunanın “Büyük çocuk, bunlara yabancı gibi olur.” sözünden gaffettir. Çünkü büyük çocuk yabancı gibi olunca, tereke hakkında sözünün hiçbir etkisi olmaz. Çünkü vâris olmayan bir kimsenin sözünün, miras yoluyla alınan terekede hiçbir geçerliliği olmaz.

13. Nesebin Meçhul Olmasının Anlamı

[Teshîl] Yabancı kölenin, nesebinin davacıdan sabit olması ancak bu kölenin doğduğu yerde nesebinin meçhul olması durumunda olur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Denirse ki, yabancı kölenin ilk doğduğu yerde nesebinin meçhul olduğu bilinmediğinde bu kölenin nesebi bunun kendi çocuğu olduğunu iddia eden efendiden sabit olur mu olmaz mı?

Derim ki: Bu durumda nesebin sabit olmaması gerekir. Çünkü zahir olan bu kölenin nesebinin doğduğu yerde sabit olmasıdır. Dolayısıyla bu köle, nesebi meçhul biri olmaz. Bu durumda efendisinin nesep iddiası ile bu kölenin azat olması gerekir. Bu kölenin efendisinden nesebinin sabit olması, ancak efendisinin “Bu, benim sulbümden oğlumdur.” veya “Benim onun hakkındaki nesep iddiam, sadece hürriyetini ispat etmek için değil, nesebini ispat etmek içindir.” ve benzeri şekilde bunu açıkça belirtmesi hâlinde olur. Bu takdirde şayet efendi, kölenin nesebinin başka birinden sabit olduğunu ikrar etmemişse kölenin nesebi efendiden sabit olur.

إذ المشاركة تقتضي المجانسة وقد عُدِمَتْ عنا فالثلثُ الباقي لزم الأوسطَ وحده إذ بقيَ في يده من التركة ثلثُ الألف ولم يشاركه الأصغرُ لإنكاره هذا الثلث الباقي ولا يشاركه الأكبرُ أيضًا لعدم الجنس فدفَع الأوسط وحده ثلثَ الألف الباقي فظهر أن الأوسطَ يدفع كلَّ ألفه كالأكبر.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: هذا الوجه أيضا لا يخلو من الخلل. إذ الأكبر على كل حال متفق مع الأوسط في وجوب ثلثي الألف على الأصغر فإذا أنكر ينبغي أن يضمه الكبيران على الوجه الذي مرّ تقريره في الاعتراض على كلام الكافي. [فاضل أمير] نقول: هذا ذهول عن قول المستدل فكان الأكبر كأنه أجنبيّ عنهما. لأن الأكبر لما كان كأجنبيّ فلم يكن لقوله تأثير في التركة. لأن من لم يكن وارثا لا يكون لقوله نفوذ في الموروث.

١٠

١٣. معني كون النسب مجهولا

[التسهيل] وفي الجليب إنما يثبت نسبه من المدعي لو جهل نسبه في موضع ولادته.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل إذا لم يعلم أن الجليب مجهول النسب في موضع ولادته أو لا فهل يثبت نسبه من المولى المدعي أو لا. أقول: ينبغي أن لا يثبت إذ الظاهر ثبوت نسبه في موضع ولادته فلا يكون مجهول النسب فينبغي أن يعتق بدعوة مولاه. ولا يثبت نسبه منه إلا إذا صرح وقال: إنه ابني من صليبي أو قال دعوتي إياه لإثبات نسبه لا لإثبات حرته فقط أو قال نحوه. فحينئذ يثبت نسبه منه إذا لم يقر المولى بنسبه من غيره.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Mevlâ Ayasuluğî, nesebi meçhul olanın tarifi konusunda *el-Mecma'* şerhinde şöyle demiştir: “Ekmeleddin Bâbertî'nin *Şerhu Telhîsi'l-Câmi'i'l-Kebîr*'de belirttiği gibi nesebi meçhul, beldede babası bilinmeyen kişi demektir. Bence, bununla kastedilen, *el-Kunye*'de belirtildiği üzere bazılarının zannettiği gibi doğduğu yer değil, bulunduğu beldedir. Çünkü mesela batıdan biri doğuya gidip burada başına bir olay geldiğinde batıda nesebinin araştırılması gerekir ki, açık olduğu üzere bunda bir sıkıntı söz konusu olur.”

Bu açıklamalardan anlaşılan şu ki, Mevlâ Ayasuluğî, “nesebi meçhul”ün tarifinde söylenen şeyi almıştır, ki, bu da kişinin bulunduğu beldede nesebinin biliniyor olmamasıdır. Fakat Molla Hüsrev *ed-Dürrer*'de şöyle demiştir: “*el-Hidâye*'nin muhakkik şârihlerinin ve diğerlerinin tercih ettiği görüş nesebi meçhulün, doğduğu ve dünyaya geldiği yerde nesebi bilinmeyen kimse olduğudur.”¹

Bu açıklamadan nesebi meçhul olanın tarifinde racih olan görüşün, Şeyh'in belirttiği görüş (kişinin doğduğu yer şeklindeki görüş) olduğu açıktır.

Molla Fâzıl Kuhistânî, nesebi meçhul olan konusunda iki görüşü, ikisinden birini tercih etmeksizin vermiştir. Şöyle ki musannifin (Ubeydullah b. Mes'ûd Sadruşşerîa) “nesebi bilinmeyen” ifadesi² hakkında Kuhistânî şöyle demiştir: “Nesebi bilinmeyen, bulunduğu beldede bilinmeyendir ki, *el-Münnye*'de olduğu gibi her yerde nesebi meçhul ile kastedilen budur. Fakat Kurlânî'nin *el-Kifâye*'sinin 'Itâk' bölümünde³ şöyle denilmiştir: “Nesebi bilinmeyen ile kastedilen doğduğu beldede nesebi bilinmeyendir. Şayet orada nesebi biliniyorsa bu, nesebi belli olandır.”⁴

14. İki Malikin Cârîyenin Durumu Konusunda İhtilaf Etmesi

[Teshîl] Cârîyenin iki sahibinden biri “Bu benim ümmüveledimdir.” dese, diğeri de “Sen ‘Bu benim ümmüveledimdir.’ demeden önce ben o cârîyeyi azat etmiştim.” dese, ümmüveledi olduğunu iddia eden de bunu yalanlasa, bu durumda ümmüveledi olduğunu iddia edenin, cârîyenin kıymetinin yarısını diğer ortağına tazmin etmesi gerekir. Çünkü daha önce söylendiği için ümmüveledlik ikrarı nâfiz olur ve ümmüveledliği ikrar eden ortak diğer ortağın hissesini tazmin karşılığında mülk edinmiş olur.

1 Molla Hüsrev, *Dürrerü'l-Hükkâm*, II, 4.

2 Sadruşşerîa, *Muhtasarü'l-Vikâye*, II, 291.

3 Kurlânî, *el-Kifâye*, II, 402.

4 Kuhistânî, *Câmi'ü'r-Rumûz*, IV, 612.

[فاضل أمير] نقول: قال المولى الأياثلوغي في شرح المجمع في تعريف مجهول النسب: وهو من لا يعلم له أب في بلده على ما ذكر في شرح تلخيص الجامع الكبير لأكمل الدين. أقول: المراد به بلد هو فيه كما ذكر في القنية لا مسقط رأسه كما ظنّ. لأن المغربي إذا انتقل إلى المشرق فوقع عليه حادثة يلزم أن يفتش عن نسبه في المغرب وفيه من الحرج ما لا يخفى،
٥ انتهى.

علم منه أن المولى المزبور أخذ بما قيل في تفسير مجهول النسب هو أن لا يعرف نسبه في بلد هو فيه. ولكن قال مولانا الفاضل ملا خسرو في الدرر: ومختار المحققين من شراح الهداية وغيرهم أنه الذي لا يعرف نسبه في مولده ومسقط رأسه.
١٠

فالظاهر منه كون الراجح في تفسيره ما ذكره الشيخ. والمولى الفاضل القهستاني قد ذكر القولين في تفسير مجهول النسب من غير ترجيح واحد منهما حيث قال في قول المصنف «جهل نسبه» في بلد هو فيها وهو المراد من مجهول النسب في كل موضع كما في المنية لكن في عتاق الكفاية أن المراد ما جهل نسبه في بلد يتولد فيه فإن عرف نسبه فيه فهو معروف النسب.
١٥

١٤. اختلاف المالكيين في شأن الجارية

[التسهيل] ولو قال أحد مالكيها «هي أم ولدي»، وقال الآخر «كنت حررتها أنا قبل قولك هي أم ولدي»، وكذّبه المستولد ضمن المستولد شريكه نصف قيمتها، لأن إقراره بأمية الولد نفذ للسبق وصار متملكا نصيب صاحبه
٢٠ بالضمان.

Derim ki: “Bu durumda câriyenin kendi ümmüveledi olduğunu iddia eden ortak, diğer ortağın hissesini tazmin etmez. Çünkü diğer ortağı, bu ortak câriyenin kendi ümmüveledi olduğunu ikrar etmeden önce azat ettiğini ikrar etmiş olup câriyedeki hakkını iptal etmiştir. Dolayısıyla ikrarının gereği ile sorumlu tutulur.” denildiğinde, buna şu şekilde cevap verilmektedir: Câriye, bu ortağın ümmüveledi yapılıncaya diğer ortak, azat etme iddiası konusunda yalanlanmış olur ve ikrarı keenlemyekün olur. Dolayısıyla bu ikrarı câriyeyi ümmüveled kılanın tazmin yükümlülüğünü kaldırmaz. Konuya ilişkin *ez-Ziyâdât*'ta verilen cevap bu şekildedir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Şahitlik bölümünün çeşitli konular başlığı altında zikredilenler bu cevap ile çelişmektedir. Şöyle ki; satıcı alım satım akdini inkâr etse, müşteri de akdin yapıldığını beyyine ile ispatlasa ve mebîi satıcıdan alsa ve mebîde bir kusur bulsa, bu durumda satıcı mebîin her türlü kusurdan uzak olduğuna beyyine sunsa, bu beyyinesi alım satımın olmadığı iddiası ile mebîin her türlü kusurdan uzak olduğu iddiasının birbiriyle çeliştiği gerekçesiyle kabul edilmemektedir. Hâlbuki satıcı, alım satımın olmadığı iddiası konusunda yalanlanmış ve aleyhine olarak alım satımın varlığına hükmedilmişti. İşte bu mesele ile yukarıda verilen cevap arasında bir çelişki söz konusudur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu itirazına kısaca cevap vermek gerekirse, alım satımın inkârı meselesinde satıcının, malın kusurdan berî olduğu iddiası söz konusu çelişki sebebiyle dinlenmez. Burada üzerinde durduğumuz meselede ise bir çelişki yoktur. Meseleyi ayrıntılı bir şekilde bilmek istersen şu söylediklerimize kulak ver!

Ümmüveled iddiasında bulunanın, ortağının hissesini tazmin etmesi, ümmüveled olduğunu iddia edenin ikrarı ile sabit bir hükümdür. Şayet diğer ortak daha önce azat ettiği iddiasında doğrulanmış olsaydı, tazmin hükmü kalkardı. Bu iddia tasdik edilmediğine göre tazmin de kalkmaz. Dolayısıyla ümmüveled olduğunu iddia edenin ikrarı ile sabit olan hüküm hâli üzere kalır. Malın her türlü kusurdan uzak olması iddiası ise böyle değildir. Çünkü bu, daha önce sabit olmuş bir hüküm olmayıp, aksine yalanlananın bunu iddia etmesine ve beyyine ile ispat etmesine muhtaçtır. Bu ise yalanlanan açısından mümkün değildir.

أقول: فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن، لأن شريكه لما أقرّ بتحريره قبل أن يقرّ صاحبه بأمية الولد أبطل حقه فيؤاخذ بإقراره. أجيب: بأنها لما جعلت أم ولد له صار شريكه مكذبا في دعوى التحرير فيلحق بالعدم فلا يبطل به ضمان الاستيلاء كذا الجواب في الزيادات.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يرد على الجواب ما ذكر في شتي الشهادات من أنه لو أنكر البيع فبرهن المشتري عليه وأخذ المبيع فوجد عيبا فبرهن البائع أنه برئ من كل عيب لم تقبل بينة البراءة اعتبارا للتناقض بين دعوى عدم البيع وبين دعوى البراءة مع أن البائع كذب في دعوى عدم البيع حيث قضى عليه بالبيع فيبينه وبين الجواب المذكور منافاة.

١٠ [فاضل أمير] نقول: الجواب الإجمالي هو أن في مسألة إنكار البيع لا تسمع دعوى البراءة للتناقض ولا تناقض فيما نحن فيه. وإن شئت تفصيل المقام فاستمع لما نتلو عليك.

وهو أن ضمان المستولد حصة شريكه حكم ثابت بإقرار المستولد. فلو كان الشريك مصدقا في دعوى التحرير السابق لرفع حكم الضمان. فإذا لم يصدق لم يرفع، فبقي الحكم الثابت بإقرار المستولد على حاله. ولا كذلك البراءة عن العيب لأنها ليست بثابتة سابقا بل هي محتاجة إلى أن يدعيها المكذب ويثبتها بالبينة وذا لا يجوز من المكذب.

Bunun izahı şu şekildedir: Alım satımın inkârı meselesinde satıcının, her türlü kusurdan uzak olduğu şeklindeki iddiası dikkate alınsaydı, yalanlananın çelişkili ifadesi dinlenilmiş olurdu. Ümmüveled meselesinde ise azat iddiasında bulunup da yalanlanan ortak, bunun dışında sonradan
5 bir başka iddiada bulunmamakta ve bunu da ispat etmek istememektedir. Aksine onun sözü, dikkate alınmayan geçersiz (lağv) bir söz olarak değerlendirilmekte ve ilk dikkate alınan hüküm -ki, bu da ümmüveled iddiasında bulunanın ikrarı ile sabit olan tazmin hükmüdür- baki kalmakta, dolayısıyla burada yalanlananın sözünün dinlenilmesi durumu söz konusu
10 olmamaktadır. İki mesele arasındaki fark böylece açıklığa kavuşmuş oldu.

Fukaha, yalanlananın sözünün dikkate alınıp alınmayacağı konusunda bu iki mesele arasındaki farkın ortaya çıkacağı bir kuralı da şu meselede zikretmiştir: “Bir kimse, falanca gâip kişinin emri/isteği üzerine şu miktar borca kefil olduğuna dair beyyine getirirse hakim asil ve kefilin o borcu ödemesine hükmeder. Hâkimin bu hükmü ile kefâlet emri sabit olur ve kefil
15 -mahkeme kararıyla sabit olan- kefâlet emrinden hareketle asile rücû eder.” Burada sözü edilen kural şudur: Yalanlananın tekzipten sonra iddia ettiği şey, şayet ilk beyyine ile sabit olur ve ikinci kere dava etmeye ve beyyine getirmeye ihtiyaç duymazsa, muteber olur ve ona sonuç bağlanır. Şayet ikinci
20 kere dava etmeye ve beyyine getirmeye ihtiyaç duyarsa bu durumda muteber olmaz.

Bu kaide ile Şeyh'in ileri sürdüğü itirazın söz konusu olmayacağı açığa çıkar. Çünkü şurası açıktır ki, birinci meselede satıcı, alım satımı yalanladıktan sonra malın ayıptan berî olduğunu iddia ediyor ve bu konuda
25 beyyine getirmeye muhtaç oluyor. İki malikten birinin câriyenin ümmüveled olduğunu iddia etmesi meselesinde ise bu iddiada bulunanın ortağı, yalanladıktan sonra ümmüveled iddiasında bulunanın tazmin etmesi gerektiğini iddia etmemektedir, dolayısıyla bu konuda beyyine getirmeye ihtiyaç duymaz. Aksine burada tazmin, câriyenin ümmüveledi olduğunu
30 iddia eden ortağın kendi aleyhine yaptığı ikrar ile sabittir.

Nitekim Şeyh'in kendisi de bu kaideyi kabul etmekte ve kefâlet konusunda bunu açıkça ifade etmektedir. Fakat imamlara itiraz etmeye aşırı meyli, doğru olan bu cevabı gözden kaçırmamasına yol açmıştır.

وتوضيحه: أن في إنكار البيع لو اعتبرت دعوى البائع البراءة للزم استماع قول المكذب المتناقض. وفي مسألة المستولد فالشريك المكذب لا يدعى أمرا حادثا ولا يريد إثباته بل جعل كلامه لغوا لا يعتبر وبقي الحكم المعتبر أولا وهو ضمان المستولد الثابت بإقراره فلم يلزم فيه استماع قول المكذب ٥ فاتضح الفرق.

وقد ذكروا ضابطة في اعتبار قول المكذب وعدم اعتباره يظهر منها فرق بين المسألتين أيضا في المسألة القائلة «لو برهن أنه كفل عن غائب بكذا بأمره قضى بالمال على الأصيل والكفيل وثبت أمره فيرجع الكفيل بحكم بالأمر إلي آخره». وهي أن ما ادعاه المكذب بعد التكذيب إن ثبت بالبينة الأولى ولم يحتج إلى الدعوى وإقامة البينة ثانيا يعتبر ويترتب عليه الأثر وإن ١٠ احتاج إلى الدعوى ثانيا وإقامة البينة عليها فلا يعتبر.

وبهذه الضابطة ظهر عدم ورود ما أورده الشيخ. لأن من البين أن البائع في المسألة الأولى بعد أن كذب يدعى البراءة عن العيب ويحتاج إلى إقامة البينة عليها. وأما في مسألة المستولد فشريك المستولد لا يدعى بعد تكذيبه ضمان المستولد ولا يحتاج إلى إقامة البينة عليه بل الضمان هو الثابت بإقرار ١٥ المستولد على نفسه.

والشيخ نفسه أيضا قائل بهذه الضابطة مصرح بها في كتاب الكفالة لكن لفرط ميله إلى الاعتراض على الأصحاب سامح عن مثل هذا الجواب الصواب.

15. İki Ortaktan Birinin Üçüncü Bir Kişi Lehine İkrarda Bulunması, Diğer Ortağın ise Onu Yalanlaması

[Teshîl] İçinde bin dirhem bulunan bir kesenin iki ortağından biri, bu bin dirhemini yarısının üçüncü bir kişiye ait olduğunu ikrar etse, diğer ortak da onu yalanlasa, lehine ikrarda bulunulan üçüncü kişi, ikrarda bulunanın elindeki keseden ikrarda bulunanın hissesine düşenin [yani beş yüz dirhemini] üçte ikisini alır. Zira ikrarda bulunan, lehine ikrarda bulunulan üçüncü kişinin hakkının, kendisine ve ortağına düşenin iki katı olduğunu ikrar etmiştir [Şöyle ki binin yarısı olan beş yüz üçüncü kişiye ait olunca geriye kalan beş yüzü 250'er paylaşacaklarından üçüncü kişinin hakkı ortakların payının iki katı olur]. Ancak ortağı inkâr ettiği için bu ikrar, ortağı hakkında değil, kendi hakkında geçerli olur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu durumda ikrar lehtarının alacağı miktar, ikrarda bulunanın hissesine düşenin yarısı (iki yüz elli dirhem) olur. Çünkü onun ikrarı sadece kendi hissesi ile ilgili olmayıp ortağının hissesine de sirayet etmekte ve kesede bulunanın dörtte birinin kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Bu durumda sanki açıkça şöyle demiş gibi olur: Kesedekinin yarısı ikrar lehtarının, dörtte biri benim, dörtte biri de ortağımıdır. Ortağımın elindekinin yarısı ile benim elimdekini yarısı, ikrar lehtarınıdır. Bu durumda ikrarda bulunan ortak malik olduğu ve malik olmadığı bir şey hakkında ikrarda bulunmuş olur. Buna göre başkasının mülkiyetinde olan bir şeyi üçüncü kişi lehine ikrar etmesi, o şeye malik olması durumu hariç, kendisini bağlamaz. Dolayısıyla ikrar edenin elinde bulunanın yarısının ikrar lehtarının olması gerekir. Çünkü mukirrin ikrarı, ortağının hakkında değil, kendi hakkında geçerli olur dolayısıyla, ikrarda bulunan kişi ortağının hissesinden bir şeyi yükümlenmiş olmaz. Fukahânın “Zira ikrarda bulunan, lehine ikrarda bulunulan üçüncü kişinin hakkının, kendisine ve ortağına düşenin iki katı olduğunu ikrar etmiştir.” şeklindeki ifadeleri, onların maksudını ifade etmeye yeterli değildir. Çünkü mukirrin bu şekildeki ikrarı, ancak ortağının elindekinin yarısının da ikrar lehtarına ait olduğu dikkate alınarak yapılmış bir ikrardır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Önceki fasılda geçen “Bir oğul ve kız, bir kimse- nin erkek kardeşleri olduğunu ikrar etse diğer oğul ve kız da bunu yalanlasa...” şeklindeki meselede Şeyh şöyle demiştir: “Âlimlerimiz, bu durumda ikrarda bulunan oğul ve kızın mirastan hisselerine düşen malın beşte ikisinin bu kardeşe verileceğine hükmetmiştir. Yani ikrarda bulunan oğul ve kızın hisseleri beş parçaya bölünür ve kız bu beş sehimden birini alır, oğullardan her biri de iki sehim alır. Çünkü ikrar, bu şekilde yapılmıştır.

١٥. إقرار أحد الشريكين لثالث وتكذيب شريكه الآخر إياه

[التسهيل] ولو كان بيدهما كيس فيه ألف درهم فأقر أحدهما لثالث بنصفه وكذبه شريكه أخذ ثلثي ما بيد المقر من الكيس إذ أقر أن حقه ضعف حقه وضعف حق شريكه إلا أنه لم يظهر في حق الشريك لإنكاره فيظهر في حقه. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون له نصف ما في يد المقر لأن إقراره شائع وهو يدعى لنفسه ربع الكيس فكأنه صرح بأن له نصف الكيس ولي ربه ولشريكي ربه فنصف ما في يدي مع نصف ما في يد شريكي للمقر له. فيكون مقراً بما يملكه وبما لا يملكه. فلا يلزمه إقراره له بملك الغير إلا إذا ملكه فينبغي أن يكون له نصف ما في يد المقر لأن إقراره نفذ في حقه لا في حق شريكه فلا يلزم المقر شيء من حصة شريكه وما ذكره من «أنه أقر أن حقه ضعف حقه الخ» لا يفيد مطلوبهم لأنه إنما أقر كذلك على اعتبار أن يكون له نصف ما في يد شريكه.

[فاضل أمير] نقول: قد قال الشيخ في الفصل المتقدم في المسألة القائلة ولو أقر ابن و بنت بأخ فكذبه ابن و بنت دفعوا إليه خمسي حظهما أي يقسم نصيب المقرين بينهم أخماسا فالبنت تأخذ سهما وكل منهما يأخذ سهمين إذ الإقرار كذلك. ١٥

Malik ise bu durumda oğul ve kızın, kardeşleri olduğunu ikrar ettikleri kişiye kendi hisselerine düşenin dörtte birini verecekleri görüşündedir. Çünkü ikrarda bulunan oğul ve kız malın tamamının dörtte birini ikrar ettiğinde -daha önce geçen ihtilafı meselede malum olduğu üzere- hisselerine düşenin dörtte birini ikrar etmiş olurlar. Bize göre kural şudur: İkrarda bulunanın hissesi, kendisinin ve ikrar lehtarının hissesine göre taksim edilir. Mâlik'e göre ise kural şudur: İkrarda bulunanın hissesi, ikisi arasında kendisinin ve ikrarda bulunanın hissesinden ikrar lehtarına düşecek hisseye göre taksim edilir. Çünkü ikrarda bulunan şunu iddia etmektedir: İkrar lehtarının hakkının bir kısmı benim hissemde, bir kısmı da ortaklarımızın hissesindedir. Dolayısıyla taksimin buna göre yapılması gerekir.”

Basiret sahibi münekkidin açıkça göreceği üzere Şeyh'in burada mezhep imamlarına itiraz ederek söylemiş olduğu şey, Mâlik'in kabul ettiği görüştür ki, Şeyh, bu görüşü şu şekilde ta'lîl etmektedir: Bu kişinin ikrarı, sadece kendi hissesi ile sınırlı kalmayıp ortağının hissesine de sirayet etmektedir. Hâlbuki Şeyh'in, kendiliğinden bir tasarrufta bulunarak ahabın benimsemediği kuralın aksine bir kuralı alması ve bu görüşünü muhalifin görüşünün illeti ile ta'lîl etmesi uygun değildir.

Allâme Kâsânî, bu konuda detaylı bir açıklama yaparak "bir vârisin başka bir vârisin bulunduğunu ikrar etmesi" meselesinde burada belirtilen kuralın âlimlerin genelinin üzerinde icmâ ettiği bir kural olduğunu açıkça belirtmiş ve İbn Ebî Leylâ dışında buna muhalif olan birini zikretmemiştir. Kâsânî şöyle demiştir: "Bir kimse vâris olarak iki oğul bıraksa, ikisinden biri üçüncü bir kardeşleri olduğunu ikrar etse, maruf olan kardeşi bu ikrar konusunda kendisini tasdik ederse, tıpkı ikisi birlikte ikrar etmiş gibi bu üçüncü kardeş mirasta diğer ikisine ortak olur. Şayet diğer kardeş ikrarda bulunan kardeşi tekzip ederse mal önce bilinen iki kardeş arasında ikiye bölünür ve yarısı inkâr eden kardeşe verilir. Diğer yarısı ise âlimlerin geneline göre ikrar eden kardeş ile ikrar lehtarı arasında yarı yarıya taksim edilir. İbn Ebî Leylâ'ya göre ise bu yarım üçe bölünür. Üçte ikisi ikrarda bulunanın, üçte biri de ikrar lehtarının olur."¹ Bunun ardından Kâsânî, İbn Ebî Leylâ'nın ve bizim ulemanın delillerini açıklamıştır.

Sonuç olarak Şeyh burada doğru olan yöntemden ayrılarak sağlam olmayan bir yola girmiştir.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, VII, 230.

ودفع مالك ربع حظهما إذ أقرّا بربع الكل فأقرّا بربع ما في يدهما لما عرف مما مرّ في الخلافة الأولى. فالأصل عندنا أن يقسم نصيب المقر على قدر نصيبه ونصيب المقر له. والأصل عند مالك أن يقسم نصيب المقر بينهما على قدر نصيبه وعلى ما يصيب المقر له من نصيب صاحبه لأن من زعم المقر أن حق المقر له بعضه في نصيبه وبعضه في نصيب شركائي فيقسم كذلك، انتهى.

فلا يخفى على الناقد البصير أن ما قال به الشيخ هنا معترضا على أصحاب مذهبه هو ما ذهب إليه مالك معللا بأن إقراره شائع فلا ينبغي له أن يأخذ بما هو خلاف أصل الأصحاب وتعليقه بما هو علة المخالف على أنه تصرف منه.

وقد بسط الكلام في هذا المقام العلامة الكاشاني في البدائع مصرحا بأن الأصل المذكور هنا في إقرار الوارث بوارث آخر مما أجمع عليه عامة العلماء رضى الله عنهم ولم يذكر فيه مخالفاً غير ابن أبي ليلى حيث قال: «فلو ترك ابنين وأقرّ أحدهما بأخ ثالث فإن صدقه الأخ المعروف في ذلك شاركهما في الميراث كما إذا أقرّا جميعا. وإن كذبه فيه فإنه يقسم المال بين الأخوين المعروفين أولاً نصفين فيدفع النصف إلى الأخ المنكر. وأما النصف الآخر فيقسم بين الأخ المقر وبين المقر له نصفين عند عامة العلماء رضى الله عنهم. وعند ابن أبي ليلى أثلاثا، ثلثاه للمقر وثلثه للمقر له» وبين الدليل من طرف ابن أبي ليلى ومن جانب علمائنا.

فالشخص سالك غير المسلك القويم عادلا عن المنهج المستقيم.

16. Hisselerinin Miktarı Konusunda İki Ortağın İkrarda Bulunması

[Teshîl] İkrarda bulunan, “Kese benimle onun arasında yarı yarıyadır.” dese, lehine ikrarda bulunmuş olan diğer kişi, ikrarda bulunanın elindeki yarısını alır. Çünkü ikrarda bulunan kişi hak ediş konusunda eşit olduklarını ikrar etmiştir.

İki ortaktan biri, “Yarısı onun, yarısı benimdir.” dese, diğeri de “Üçte biri onun, üçte ikisi benimdir.” dese, üçüncü bir kimse de birinciyi yani yarısının diğerine ait olduğunu ikrar edeni tasdik etse, üçte biri ikrar edeni de “Senin bir şeyin yok.” diyerek yalanlasa bu durumda Ebû Yûsuf’a göre ikrar lehtarını, üçte biri ikrar edenden elindeki üçte birini alır ve bunu yarısını ikrar edenin elinde bulunana ekler. Zira bu kimse üçte biri ikrar etmiş olup bu ikrar elindekinde gerçekleşir, dolayısıyla elindeki üçte birini verir. Bu yüzden bu ikrarı konusunda yalnız kalsa, ortağı kendisinin lehine hiçbir şeyi ikrar etmese, ikrarda bulunanın elindeki üçte biri ortağının olur. Çünkü bu, üçte birin ikrarıdır. Ortağının onun için yarısını ikrar etmesi de aynı şekildedir. Çünkü ikrar lehtarının hakkı, ortağının tasdik etmesiyle eksilmez.

Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre ise ikrar lehtarını, üçte biri ikrar edenden elindeki beşte birini alır ve bunu, yarısını ikrar edenin eline ekler. Çünkü bu ortak, kesenin tamamının üçte birini şayi olarak ikrar etmiştir ki, bu da üç sehimden bir sehim olup bunun yarısı ortağının elindedir. Hisse kesirli sayı olduğu için kesiri genişlettik ve hisse altı oldu. Bu durumda üçte biri ikrar eden, ikrar lehtarını için biri kendi payından diğeri ortağının payından olmak üzere altı hisseden iki hisse, kendi lehine de dört hisse ikrar etmiş olur. Ortağı da fazlalıkla birlikte üçte birin ikrarı konusunda kendisini tasdik etmiştir. Zira ortağı onun için yarısını ikrar etmiştir ki, bu üçte birden daha fazladır. Bu durumda üçte biri ikrar eden adına üçte birin yarısını ortağı üstlenir ki, bu da bir sehimdir. Çünkü ikrar lehtarına, ortaktan bir sehim ve fazlası ulaşmış olup bu sehim konusunda onun açısından bir husûmet kalmamıştır. Dolayısıyla ikrar lehtarının hakkı bir sehimde, üçte biri ikrar edenin hakkı da dört sehimde kalmıştır.

١٦ . اختلاف إقرار الشريكين بمقدار نصيبهما

[التسهيل] ولو قال «الكيس بيني وبينه نصفان» يأخذ نصف ما في يد

المقر. إذ أقرَّ بالمساواة في الاستحقاق.

ولو قال أحدهما «له نصفه ولي نصفه» وقال الآخر «له ثلثه ولي ثلثاه»

٥ وصدق الثالث الأول أي المقرَّ بالنصف وكذب المقرَّ بالثلث فقال «لا شيء

لك» يأمر أبو يوسف بأن المقرَّ له يأخذ من المقرَّ بالثلث ثلث ما في يده

ويضئه إلى ما في يد المقرَّ بالنصف. إذ أقرَّ بالثلث فنفذ فيما في يده فيدفع

ثلثه ولهذا لو انفرد بهذا الإقرار ولم يقرَّ شريكه له بشيء يكون له ثلث ما

في يده لأنه إقرار بالثلث. فكذا إذا أقرَّ شريكه له بالنصف. لأن حق المقرَّ له

١٠ لا ينتقص بتصديق شريكه.

وأمرًا بأن المقرَّ له يأخذ من المقرَّ بالثلث خمس ما في يده ويضئه

إلى ما في يد المقرَّ بالنصف. إذ أقرَّ بالثلث من جميع الكيس شائعاً وهو

سهم من ثلاثة نصفه في يد شريكه فانكسر فضعفنا الكسر فصار ستة. فقد

أقرَّ له بسهمين من ستة أسهم سهم في نصيبه وسهم في نصيب شريكه،

١٥ وأقرَّ لنفسه بأربعة أسهم. وقد صدقه شريكه في إقراره بالثلث مع زيادة.

لأنه أقرَّ له بالنصف، وهو أزيد من الثلث. فتحمل عن المقرَّ بالثلث شريكه

نصف الثلث وهو سهم لأنه وصل إلى المقرَّ له من الشريك سهم وزيادة

فلم يبق له خصومة في ذلك السهم فبقي حقه في سهم وحق المقرَّ بالثلث

في أربعة أسهم.

Şayet ortağı kendisini yalanlayacak olsa bu durumda, üçte biri ikrar edenin elinde bulunan, kendisi ile üçte birin lehine ikrarda bulunulduğu kişi arasında ikrar eden için iki sehim, ikrar lehtarları için de bir sehim olmak üzere üç sehim üzerinden taksim edilirdi. Fakat ortağı kendisini tasdik edince onun adına yarısını üstlenir. İkrar edene iki sehim düştüğüne göre ikrar lehtarına bir sehmin yarısı düşer. Buna göre elindekinin beşte biri ikrar edenin, beşte dördü ise ikrar lehtarının olur. Dolayısıyla ikrar edenin elindeki, ikisi arasında beş sehim olarak taksim edilir. Lehine üçte birin ikrar edildiği ikrar lehtarları aldığını, Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşüne göre üçte biri ikrar edenin elindeki beşte birden almıştır, Ebû Yûsuf'un görüşüne göre ise ikrar edenin elindeki üçte birden almıştır. Her iki görüşe göre de ikrar lehtarının aldığı, yarısını ikrar edenin eline eklenir ve bu eklemeyen sonra hâsıl olan miktar, yarısını ikrar eden ile ikrar lehtarları arasında ittifakla yarı yarıya taksim edilir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Beşte bir konusundaki görüş tartışmaya açıktır. Çünkü ikrarda bulunan kişi, kesenin tamamının üçte birini şayi olarak ikrarda bulunmuş olup ikisinden her birine hissesinin üçte biri düşer. Şayet ikrarda bulunanın ortağı, kendisini yalanlasaydı, yarısı ona teslim edilir ve ikrarda bulunana da hissesinin üçte biri verilirdi. Ortağının kendisini tasdik etmesi hâlinde ise ikrarda bulunan için gerekli olan hisseden hiçbir şeyin düşmemesi gerekir. Aksine onun tasdikinin sonucu, ikrar lehtarına bütünü üçte birinin ulaşmasıdır. Şayet ortağı onu tasdik etmeyecek olursa ikrar edenin payının sadece üçte biri ulaşır. Bu durumda ortağının tasdiki ile nasıl onun adına üstelenebilir? Bu itiraz, hastanın ikrarının konusunun hemen öncesinde geçen "ev meselesi"nde de söz konusudur ki, bu itirazın geleceğine orada dikkat çekmiştim.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şerhlerin birinde şârih, "Bu meseledeki ihtilaf, 'ev meselesi'ndeki ihtilafın bir uzantısıdır." demiştir.

Dolayısıyla Ebû Hanîfe ve Muhammed'in, "ev meselesi"nde ve buna bağlı meselelerde -ikrarının şayi [yani müşterek malın tamamına yaygın] kabul edilmesi suretiyle taksimde dengeyi sağlamak ve ikrarda bulunanın ikrar lehtarları için ikrar ettiği şeyin miktarını korumak için- ikrarda bulunanın ikrarını sadece kendi hissesinde değil de bütün hakkında şayi bir ikrar olarak değerlendirdikleri gözden kaçırılmamalıdır.

ولو كذَّبه شريكُه لُقسم ما في يد المقر بالثلث بينه وبين المقر له بالثلث
 أثلاثاً للمقر سهران وللمقر له سهم. فلما صدَّقه تحمَّل عنه نصفه. فإذا
 أصاب المقر سهران يصيب المقر له نصفُ سهم، فيكون له خمس ما في
 يده وللمقر له أربعة أخماسه. فيقسم ما في يده بينهما أخماساً. فما أخذه
 المقر له بالثلث من خمس ما في يد المقر بالثلث على قولهما ومن ثلث ما
 في يده على قول أبي يوسف. فعلى كلا المذهبين يضمُّ ما أخذه إلى ما في
 يد المقر بالنصف فيقسم الحاصل بعد الضمِّ بين المقر بالنصف وبين المقر
 له نصفين وفاقاً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: في القول بالخمسة نظر لأنه أقرَّ بثلاث الكل
 شائعاً فأصاب كلا منهما ثلث نصيبه. فلو كذبه شريكه سلم النصف له
 وأعطى المقر ثلث نصيبه. فتصديق شريكه ينبغي أن لا يسقط شيء مما لزم
 نصيب المقر. بل ثمرة تصديقه أن يصل إلى المقر له ثلث الكل. ولو لم
 يصدِّقه يصل ثلث نصيب المقر فقط. فكيف يتحمَّل عنه بتصديقه. ويردُّ هذا
 في مسألة الدار أيضاً التي مرت قبيل فصل إقرار المريض وقد نبهتُ ثمة
 على مجيء هذا الاعتراض.

[فاضل أمير] نقول: قال في بعض الشروح إن الاختلاف في هذه المسألة
 فرع الاختلاف في مسألة الدار انتهى.

فلا يذهب على أحد أن أبا حنيفة ومحمداً رضي الله عنهما جعلوا إقرار
 المقر شائعاً في المجموع لا في نصيب المقر فقط في مسألة الدار وفروعها
 للمعادلة في القسمة ولسلامة مقدار ما أقر به المقر للمقر له بأن يجعل
 إقراره شائعاً.

Bunun açıklaması şöyledir: “Ev meselesi”nde, mesela ev yirmi hisse olarak farz edildiğinde küçük kardeş, Zeyd için evin beş hissesini ikrarda bulunmuştur. Zeyd, küçük kardeşten iki sehim aldığı anda ki, bu onun elinde bulunanın beşte biridir ve bu iki hisseyi büyük kardeşin elinde olana yani on hisseye eklediğinde on iki hisse olur. Zeyd, bunun yarısını yani altı hisseyi aldığı anda Zeyd için küçük kardeşin ikrar ettiği miktar ve bir de fazlalık hâsıl olmaktadır. Küçük kardeşin ikrar ettiğinden fazla bir şey alacak olursa -ki, Ebû Yûsûf bu görüştedir- denge kaybolur ve hem küçük kardeşe hem de ikrar lehtarları olan Amr’a haksızlık yapılmış olur. İşte kese meselesinde de durum böyle olup, sözüne itibar edilen zeki kişi açısından bu açıktır.

Bu durumda “Mukirrin ikrarının şayi bir ikrar olarak değerlendirilmesi, daha önce izah edildiği üzere bizim kabul ettiğimiz kural değil, Mâlik ve İbn Ebî Leylâ'nın kabul ettiği kuraldır.” denilemez. Çünkü biz diyoruz ki, daha önce geçen ihtilaf ve iki tarafa ait açıklanan kural, diğer ortağın ikrarda bulunan ortağı ikrarı konusunda yalanlaması hâlinde söz konusudur. Bizim burada üzerinde durduğumuz meselede ve “ev meselesi”nde ise ikrarda bulunanın ortağı da aynı ikrarda bulunmakta olup inkâr eden, yalanlayan değildir.

Diğer yandan Ebû Yûsuf'un kabul ettiği görüş açısından “kese meselesi”nde taksimde denge ortadan kalkmasının açıklaması şöyledir: Ebû Yûsuf'un nihâi olarak söylediği şudur: Kesede bulunan miktar, ikrarda bulunan iki zilyed ortağa ve ikrar lehtarına altı sehim olarak taksim edilir, onlardan her birine iki sehim verilir. Buna göre ikrar lehtarları için üçte biri ikrar eden ile yarısını ikrar eden ortağın hisselerinin eşit olması gibi bir sonuç çıkar. Bu durumda ikrar lehtarları için üçte biri ikrar eden ortak açısından açık bir haksızlık söz konusudur. Çünkü denge gözetilerek yapılacak bir taksim, Ebû Hanîfe ve Muhammed'in kabul ettiği görüş açısından gereken şekilde ikrar lehtarına, yarısını ikrar edenin hissesinden, üçte birini ikrar edenin hissesinden verileden daha fazla verilmesini gerektirir. Çünkü Ebû Hanîfe ve Muhammed, on hisseden dört hisseden üçte biri ikrar edene, üç hisseden yarısını ikrar edene, üç hisseden de ikrar lehtarına verileceği görüşündedir.

Bu ayrıntı ve açıklama ile nazar ve yakîn sahibi olan bir kimse açısından Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşünün, Ebû Yûsuf'un görüşüne ağır bastığı ve Şeyh'in meseleye bakışındaki tutarsızlık ortaya çıkar.

بيانه: أن في مسألة الدار أقر الأصغر إذا فرضت الدار عشرين سهما مثلا بأن لزيد منها خمسة أسهم. فإذا أخذ زيد من الأصغر سهمين وهو خمس ما في يده وضمهما إلى ما في يد الأكبر يعنى العشرة يكون اثني عشر. وإذا أخذ نصفه يعنى الستة فقد حصل له قدر ما أقر به الأصغر وزيادة. ٥ فلو أخذ شيئا زائدا عليه كما قال به أبو يوسف لفاتت المعادلة وكان غدرا على الأصغر وعمرو المقر له. وهكذا في مسألة الكيس كما لا يخفى على المعبر الكيس.

لا يقال إن جعل إقرار المقر شائعا في المجموع المشترك أصل مالك وابن أبي ليلى لا أصلنا المتقرر سابقا. لأننا نقول أن الخلاف المتقدم والأصل المبين من الطرفين فيما كذب الشريك شريكه المقر في إقراره وفي مسألتنا ١٠ ومسألة الدار شريك المقر مقر لا منكر مكذب رأسا.

ثم بيان فوات المعادلة في القسمة على ما ذهب إليه أبو يوسف في مسألة الكيس هو أن غاية ما قال: أن يقسم ما في الكيس على ذي اليدين المقرين والمقر له علي ستة أسهم، ويدفع لكل منهم سهمان فيلزم استواء نصيب المقر بالثلث والمقر بالنصف ففيه غدر بين علي المقر بالثلث. لأن ١٥ القسمة بالمعادلة تقتضي أن يدفع للمقر له من حصة المقر بالنصف أكثر مما دفع له من حصة المقر بالثلث كما كانت على الوجه المقتضي فيما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد إذ هما قالوا بأن يدفع من العشرة أربعة للمقر بالثلث وثلاثة للمقر بالنصف وثلاثة للمقر له.

وبهذا التفصيل والبيان ظهر رجحان ما قال به الإمامان على ما قال به ٢٠ أبو يوسف رضوان الله عليهم أجمعين والاعوجاج في نظر الشيخ لأهل النظر واليقين.

17. Önceki Meselede Malın İki Ortak Arasında Beş Hisse Üzerinden mi Yoksa Altı Hisse Üzerinden mi Taksim Edileceği Konusundaki İhtilaf

[**Teshîl**] Derim ki: Denirse ki, Ebû Hanîfe ve Muhammed'in kabul ettiği kurala göre ikrarda bulunanın elindekinin beşte birinin değil; altıda birinin, lehine üçte birin ikrar edildiği ikrar lehtarının olması gerekir. Çünkü ortağı kendisini tasdik edince, ortağı onun adına elindekinin üçte birinin yarısını üstlenmiş olur ki, bu da elindekinin altıda biridir. Bu durumda ikrar lehtarının, ikrar edende kalan alacağı, ikrar edenin elindekinin altıda biridir. Dolayısıyla ikrar edenin elindekinin altıya taksim edilmesi gerekir.

Bu itiraz, hastanın ikrarı konusunun hemen öncesinde geçen “ev meselesi”nde de söz konusudur ki, bu itirazın geleceğine orada dikkat çekmiştim.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Buna şu şekilde cevap verilmesi mümkündür: İkrar lehtarı, altıda biri aldığı ikrar eden için altı hissenin dördü kalır. Diğer altıda bir ise elinde müşterek olarak kalır. Dolayısıyla taksimin sonuçlanması için hisselerin beş hisse üzerinden taksim edilmesi gerekir. Uzatmamak için mesele için başında beş hisse üzerinden ele alınır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Meselenin ferâizde kabul edilen kaide uyarınca iza-hı şu şekildedir: Üçte biri ikrar edenin ikrarının gereği, mukirrin elinde olan altı hisseden iki hissenin üçte birin ikrar edildiği ikrar lehtarına, dört hissenin de ikrarda bulunana ait olmasıdır. Fakat ikrarda bulunanın ortağı, onun adına yarısını üstlenince elinde olanın altıda biri ikrar lehtarının, dördü ise ikrarda bulunanın olur. Dolayısıyla kalan altıda bir müşterek olarak kalır ki, bunun da daha önce geçen şekilde taksim edilmesi gerekir. Buna göre mesele red ile ilgili bir mesele (reddiyye)¹ hâline gelir ve işin başında beş hisse üzerinden değerlendirilir. Nitekim ilgili yerde açıklandığı üzere bir meselede kendilerine reddin yapılacağı kişilerin bulunduğu iki durum söz konusu olduğunda mesele, onların hisselerinin tamamı üzerinden değerlendirilir.

Bizim burada üzerinde durduğumuz meselede de üçte iki ve altıda bir biraraya gelmiş olup meselenin beş hisse üzerinden değerlendirilmesi gerekir. Nitekim *es-Sirâciyye*'de şöyle denilmiştir: “Bir meselede üçte iki ve altıda bir söz konusu olduğunda mesele beş hisse üzerinden değerlendirilir.” Buna göre beş hisseden biri ikrar lehtarının, dördü mukirrin olur.

1 Red, miras hukukunda belirli hisse sahiplerinden artan payların yine hisse sahiplerine paylaştırılması olup bu tür durumların ortaya çıktığı miras meselelerine de reddiyye denilir.

١٧ . الاختلاف في تقسيم المال بين الشريكين من خمسة أو من ستة في

المسألة السابقة

[التسهيل] أقول: فإن قيل «على أصلهما يلزم أن يكون للمقر له بالثلث سدس ما في يد المقر لا خمسه. لأن شريكه لما صدقه تحمّل عنه نصف ثلث ما في يده وهو سدسه فبقي للمقر له عند المقر سدس ما في يده. فينبغي أن ينقسم ما في يده بينهما أسداسا».

ويرد هذا في مسألة الدار أيضًا التي مرت قبيل فصل إقرار المريض وقد نهت ثمة على مجيء هذا الاعتراض.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يمكن أن يجاب بأن المقر له إذا أخذ سدسا يبقى للمقر أربعة الأسداس ويبقى السدس الآخر في يده مشتركًا فلا بد أن ينقسم أخماسًا حتى تنتهي القسمة فيؤول الأمر بالآخرة إلى التخميس فخمس من أول الأمر حذرًا عن التطويل.

[فاضل أمير] نقول: تحقيق المقام على وفق القاعدة المقررة في الفرائض هو أن مقتضى إقرار المقر بالثلث أن يكون سهمان من ستة كانت في يد المقر للمقر له بالثلث وأربعة منها للمقر. لكن لما تحمّل شريك المقر النصف عنه كان سدس ما في يده للمقر له وأربعة للمقر فبقي السدس مشتركًا بينهما يلزم تقسيمه على الوجه السابق فكانت المسألة ردّية فجعلت من أول الأمر من خمسة على ما عرف في محله أن في المسألة إذا كان جنسان ممن يرد عليه يجعل المسألة من سهامهم.

٢٠ ففي مسألتنا اجتمع الثلثان والسدس فلزم أن تجعل من خمسة على ما قال في السراجية «ومن خمسة إذا كان فيها الثلثان والسدس» فكان واحد من الخمسة للمقر له وأربعة للمقر.

18. Üç Ortaktan İkisinin Farklı Miktarda İkrarda Bulunmasının Sonucu

[Teshîl] Üç ortağın elinde bir kese var. Bunlardan biri diğer iki ortağından biri için “Bu kesenin dörtte biri benimdir, geri kalan dörtte üç de senindir.” diyerek ikrarda bulunuyor. Diğer iki ortakdan diğeri ise “Bu kesenin altıda biri benimdir, geri kalan altıda beşi senindir.” diyerek bizzat bu ikrar lehtarını için ikrarda bulunuyor. İkrar lehtarını de kesenin tamamının kendisine ait olduğunu iddia ediyor. Bu durumda Ebû Yûsuf’a göre ikrarda bulunan her iki ortak, ikrar ettiği miktarını öder.

Bu, şu şekilde olur: Üç ortağın her birine ait üçte bir hissenin üçü de on iki hisse hâline getirilir ki, bu durumda hepsinin toplamı otuz altı hisse eder. Buna göre ikrar lehtarının hissesi kendine teslim edilir. İkrar lehtarını, dörtte üçün kendisine ait olduğunu ikrar eden ortağının hissesine düşenden dörtte üçü alır ki, bu dokuz hissedir. Yine ikrar lehtarını, altıda beşin kendisine ait olduğunu ikrar eden ortağının hissesine düşenden de altı da beşi alır ki, bu da on hissedir.

Muhammed’e göre ise bu durumda ikrar lehtarını, dörtte üçün kendisine ait olduğunu ikrar eden birinci ortağının elindekinin beşte birini, altıda beşin kendisine ait olduğunu ikrar eden ikinci ortağının elindekinin beşte üçünü alır.

Bu da şu şekilde olur: Taksim için dörtte bir ve altıda bir oranlarına ihtiyacımız olduğu için kese, on iki hisse hâline getirilir. Bu şekilde her bir ortağın elinde on iki hissenin dördü bulunur. Bu durumda birinci ikrarda bulunan şöyle demiş olur: “On iki hissenin üçü benim, dokuzu senindir. Ancak ikrarımın şayi bir ikrar olması sebebiyle senin dokuz hisseden üç hissen, ikinci ikrarda bulunan ortağın elindedir. Dolayısıyla her dört hisseden üçü senindir. İkincinin elinde olan üç hisse, fazlalık ile birlikte sana teslim edilir. Çünkü ikinci ikrarda bulunan, bundan daha fazla bir miktarın senin olduğunu ikrar etmiştir. Ayrıca sana ait olan dört hisse de sana teslim edilir ve toplam yedi hisse eder ki, bu sana teslim edilmiştir. Dokuza tamamlanması için senin iki hissede hakkın kalmıştır. Benim hakkım ise üç hissedir, çünkü bu üç hisse, on ikinin dörtte biridir ve ben de dörtte birin bana ait olduğunu söyledim. Buna göre benim elimde olan, beş hisseye ayrılır ve benim elimde olanın beşte ikisi senindir.”

١٨. أثر اختلاف إقرار الشريكين من ثلاثة شركاء بمقدار نصيبهم

[التسهيل] ولو كان كيس في أيدي ثلاثة فأقر أحدهم لأحد شريكه الباقيين وقال «لي رُبْع هذا الكيس ولك الباقي» وهو ثلاثة الأرباع، وأقر الآخر من الشريكين الباقيين لهذا المقر له بعينه وقال «لي سدس هذا الكيس ولك الباقي» وهو خمسة أسداسه، والمقر له يدعي الكيس كله، يأمر أبو يوسف كلاهما بما أقر.

ووجهه: أن يجعل كلُّ ثلثِ اثني عشر فجميعه ستة وثلاثون. فما في يده مسلم له ويأخذ ثلاثة أرباع ما في يد المقر بثلاثة أرباعه وهي تسعة ويأخذ خمسة أسداس ما في يد المقر بخمسة أسداسه وهي عشرة.

وأمر محمد بخمسي ما في يد الأول، وهو المقر بثلاثة الأرباع، وأمر محمد بثلاثة أخماس ما في يد الثاني وهو المقر بخمسة الأسداس.

ووجهه: أن يجعل الكيس اثني عشر سهمًا لحاجتنا إلى الربع والسدس، فصار في يد كل واحد أربعة من اثني عشر. فقال الأول لي ثلاثة ولك تسعة إلا أن ثلاثك من التسعة بيد الثاني لشيوع إقراره، فيكون لك الثلاثة في كل

أربعة، وقد سلم لك الثلاثة التي لك في يد الثاني مع الزيادة، لأنه أقر بأكثر منها، وسلم لك ما بيدك، وهو أربعة، فصار المجموع سبعة، وهي سالمة لك. فبقي حَقُّك في سهمين حتى يكمل التسعة. وحقِّي في ثلاثة لأنها ربع

اثني عشر، وقد قلتُ الربع لي، فقسَّم ما بيدي على خمسة لك خمسا ما في يدي.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Birinci ikrarda bulunanın “İkincinin elinde olan üç hisse, fazlalık ile birlikte sana teslim edilir.” sözü, tartışmaya açıktır. Çünkü üç hisseden fazlası ikrar lehtarına teslim edilmez.

Birinci ikrarda bulunanın iddiası açısından teslim edilmez; çünkü ikrar lehtarının elinde olan dört hisse, kendisine teslim edildiğinde geriye birinci ve ikinci ikrarda bulunanlar üzerinde eşit olmak üzere onun beş hissesi kalır ve bu ikisinden her birine iki buçuk hisseyi ödemek düşer. Dolayısıyla ikinci ikrarda bulunanın elindekinden ikrar lehtarına, fazlalık şöyle dursun üç hisse bile değil, iki buçuk hisse teslim edilir.

İkinci ikrarda bulunanın iddiası açısından da teslim edilmez; çünkü ikrar lehtarının elinde olan dört hisse, kendisine teslim edildiğinde geriye birinci ve ikinci ikrarda bulunanlar üzerinde eşit olmak üzere altı hissesi kalır ve her birine fazlalık söz konusu olmaksızın sadece üç hisseyi ödemek düşer.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in “Geriye beş hissesi kalır.” şeklindeki sözü tamam, fakat “birinci ve ikinci ikrarda bulunanlar üzerine eşit olmak üzere” sözü ise kabul edilebilir değildir. Çünkü birinci ikrarın sahibi şöyle demiş olmaktadır: “İkinci ikrarda bulunan, üç hissenin ve elinde bulunanın üçte birinin sana ait olduğunu ikrar etmiştir, ki buna ilişkin sözü ileride gelecektir. Dolayısıyla her birimizin elinde olandan üç hissenin ve üçte birin sana ait olması gerekir. Sen ikinci ikrarın sahibinden üç hisseden fazlasını almayıp üç hisse almakla yetindiğinde [senin elinde olan dört hisse ile birlikte] senin hissen toplam yedi olmaktadır. Benden de iki hisse aldığımda benim senin için ikrar ettiğim hisseler, yani dokuz hisse tamam olmaktadır.”

Bu açıklama ile Muhammed'in “Fazlalıkla birlikte sana üç hisse teslim edilir.” şeklindeki görüşünün gerekçesi anlaşılmış ve Şeyh'in tartışmaya açık olduğunu söylediği nokta giderilmiş olur.

Geriye ikrar lehtarına yedi hissenin ulaşmış birincinin ikrar ettiği dokuz hissenin tamamlanması için iki hissesinin kaldığı konusunun açıklığa kavuşturulması kalmıştır. Görünen o ki, ikrar lehtarı iki hisseyi, birinci ikrarda bulunanın elindeki dört hisseden alır, beşten almaz.

[الشيخ بدر الدين] أقول: في قوله «يسلم لك الثلاثة التي لك في يد الثاني مع الزيادة إلى آخره» نظر. إذ الزيادة على الثلاثة لا تسلم له. أما على زعم الأول فلأن الأربعة التي في يد المقر له لما سلمت له بقي له خمسة على الأول والثاني على السواء فيصيب كلا منهما اثنان ونصف فيسلم للمقر له مما في يد الثاني اثنان ونصف لا الثلاثة وفضلاً ٥ عن الزيادة.

وأما على زعم الثاني فلأن الأربعة التي في يد المقر له لما سلمت له بقي له ستة على الأول والثاني على السواء فيصيب كلاً منهما ثلاثة لا الزيادة.

[فاضل أمير] نقول: أما قوله بقي خمسة فمسلم. وأما قوله على الأول والثاني على السواء فلا. لأن الأول يقول إن الثاني أقر لك بثلاثة وثلاث مما في يده كما سيأتي من قوله فيجب أن يكون لك مما في كل يد ثلاثة وثلاث فأنت وإن لم تأخذ منه ما فوق الثلاثة واكتفيت بأخذ الثلاثة يحصل لك السبعة. فإذا أخذت مني سهمين يتم ما أقررت به لك يعني التسعة. وبهذا ظهر وجه قول محمد يسلم لك الثلاثة مع الزيادة واندفع نظر ١٥ الشيخ.

بقي الكلام في أن المقر له وصل إليه سبعة فبقي له اثنان ليكمل له التسعة الذي أقر به الأول. فكان الظاهر أن يأخذ المقر له اثنين^٢ من الأربعة الذي في يد المقر الأول لا من الخمسة.

١ ج-أما.

٢ ج: اثنان.

Muhtemelen ilk ikrarda bulunanın elinde olan dört hissenin beş hisse yapılıp sonra taksimün beş hisse üzerinden yapılmasının nedeni şudur: Belirtilen dört hisse, müşterek bir mal konumunda olup bunun beşte ikisi birincinin (ikrar lehtarının); beşte üçü ise diğerinin, yani birinci ikrarın sahibininidir. Çünkü metinde belirtildiği üzere birinci ikrarda bulunanın hakkı, üç hissededir. İkrar lehtarına kalan ise iki hissedir. Üç ve iki hisse bu müşterek malda toplanmış olup bu müşterek mal, beş hisse hâline getirilmiştir. Bunun üç hissesi, birinci ikrarın sahibine, iki hissesi de ikrar lehtarına aittir.

19. İkrar Eden ve İkrar Lehtarının, İkrar Edenin Elindeki Malın Vedâ ya da Gasp Olduğu Konusunda İhtilaf Etmeleri

[Teshîl] Bir kimse, birisine “Senden bin dirhemi emanet olarak aldım, bin dirhemi de gasbettim. Emanet olarak aldığım bin dirhem telef oldu, gasbettiğim bin dirhem duruyor.” dese, ikrar lehtarı da emanet olduğunu inkâr edip “İki bin dirhemün iki bini de gaptır.” dese veya emanet olarak alınanın telef olduğunu inkâr edip “Helak olan gasbedilendir, duran ise emanettir.” dese bu durumda mal sahibinin sözü geçerli olur ve ikrarda bulunan, aldığı- nı ikrar etmesi sebebiyle -ki, bu ikrarı, tazmin sebebidir- telef olanı tazmin eder. Bundan sonra ikrarda bulunan, mal sahibinin kendisini bu borçtan ibrâ ettiğini iddia etse, ancak bir hüccet -ki bu da beyyinedir- bulunması veya davalının kendisini tasdik etmesi hâlinde söylediği doğru kabul edilir.

İkrarda bulunan kişi, “Sen bana bin dirhem emanet bıraktın, ben de bin dirhem gasbettim.” dese ve meselenin geri kalanı aynı şekilde olsa tazmin etmez. Aksine bu durumda ikrarda bulunanın sözü geçerli olur. Çünkü o, iki binin bininde tazmin sebebinin inkâr etmiş olup sadece iki binin bininde tazmin sebebinin kapalı (mücmel) olarak ikrar etmiştir ki, bu da gasbettiği bin dirhemdir. Dolayısıyla ikrar edenin beyanı kabul edilir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Denirse ki, “Birinci meselenin iki şıkkından birinde, yani ikrar lehtarı ikrar edeni, bu iki bin dirhemden birinin emanet olduğu konusunda tasdik edip helak olanın emanet olan mı yoksa gasbedilen mi olduğu konusunda ihtilaf ettiklerinde problem söz konusudur. Bu durumda da ikrar eden, ikisinden biri konusunda tazmin sebebinin kapalı olarak ikrar etmiş olur. Dolayısıyla burada (ikinci meselede) olduğu gibi ikrarda bulunanın beyanının kabul edilmesi gerekir. Çünkü ikrar lehtarı tarafından emanet olduğu tasdik edildikten sonra iki mesele arasında bir fark kalmaz. Zira malın izinle alındığı sabit olmuştur; izinle almak da tazmin sebebi olmaz. Dolayısıyla iki mesele eşit olmuş olur.”

ولعل وجه جعل الأربعة الكائنة في يد الأول خمسة ثم التقسيم أخماساً هو أن الأربعة المذكورة كانت بمنزلة مال مشترك خمسه لواحد وثلاثة أخماسه لآخر، يعنى المقر الأول. لأن حقه في ثلاثة على ما ذكر في المتن. والحق الباقي للمقر له اثنان فاجتمع الثلاثة والاثنان في ذلك المشترك فجعل خمسة ودفع منه الثلاثة للمقر الأول والاثنان للمقر له. ٥

١٩. اختلاف المُقَرِّ والمُقَرَّر له في كون المال الذي في يد المُقَرِّ وديعةً

أو غضباً

[التسهيل] ولو قال «أخذت منك ألفاً وديعةً وألفاً غضباً وتلف ألفاً الوديعة وبقي ألف الغصب»، وأنكر المقر له الوديعة وقال «كلاهما غضب» ١٠ أو أنكّر تلف الوديعة وقال «الهالك هو الغضب والباقي الوديعة» فالقول للمالك، وضمن المقر لإقراره بالأخذ، وهو سبب الضمان. ثم ادعى ما يُبرئه فلا يصدّق إلا بحجة وهي البيّنة أو تصديق المدعى عليه.

ولا يضمن لو قال «أودعتني ألفاً وغصبت ألفاً» والمسألة بحالها، بل يكون القول للمقر. لأنه أنكّر سبب الضمان في إحدى الألفين، وإنما أقرّ بسبب الضمان في إحداهما وهي ألف الغضب مجملاً، فسمع بياؤه. ١٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل «يشكل بأحد شقي المسألة الأولى أي إذا صدقه بأن إحداهما وديعة واختلفا في أن الهالك هو الغضب أو الوديعة. ففي هذه الصورة يكون مقرراً بسبب الضمان في إحديهما مجملاً أيضاً فيلزم أن يُسمع بياؤه كما هنا. إذ لم يبقَ بينهما فرق بعد تصديق الوديعة إذ ثبت أن الأخذ كان بإذن وهو ليس بسبب الضمان فتساويا بالأخذ وهو سبب الضمان فافترقا». ٢٠

Derim ki: İkrar eden, orada (birinci meselede) tazmin sebebi olan almayı ikrar edince tazmin asıl olmuş olur. Fakat ikrar lehtarını, emanet olarak verdiği konusunda ikrar edenin tasdik edince sanki onu ibrâ etmiş ve iki binin bininden tazmini düşürmüş gibi olur. Dolayısıyla düşenin hangisi olduğunu tayin konusunda ibrâ edenin ve düşürenin beyanı kabul edilir. Çünkü burada kapalılık ibrâ eden ve düşürenin kendisinden kaynaklanmaktadır. Burada (ikinci meselede) ise tazmin, ta işin başında ikisi konusunda değil, ikisinden birinde kapalı olarak sabit olmuştur. Dolayısıyla ikrar edenin beyanı kabul edilir. Zira burada kapalılık ikrar edenden kaynaklanmaktadır.

Kanaatimce yukarıda zikrettiklerim bu mesele için de alternatif bir açıklama olabilir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu açıklamalardan burada başka bir kuralın mevcut olduğu anlaşılmaktadır ki, o da şudur: Dikkate alınacak beyan, kapalı şekilde beyanda bulunanın beyanıdır. Birinci meselenin ikinci şikkındaki mücmil, şeyhin ifadesine göre lehine ikrarda bulunulan kişi olduğuna göre, kapalı olarak beyan edilen şey konusunda, yani hangisinin düştüğü konusunda ikrar lehtarının beyanına itibar edilmiştir. İkrar sahibinin, iki binin birinde tazmin sebebiyle kapalı olarak ikrarının söz konusu olduğu ikinci meselede ise kapalılık ikrarda bulunandan kaynaklanmaktadır. Zira hangi binin gasbedildiğini, hangi binin de emanet olduğunu açıklamaksızın bin dirhem emanet olduğunu bin dirhem de gasp olduğunu ikrar etmiş, sonra da helak olan binin emanet olduğunu, kalan binin ise gasp olduğunu açıklamıştır. Dolayısıyla onun beyanı dikkate alınır ve sözü kabul edilir.

Bu açıklama ile ikrar sahibinin “Senden bin dirhem emanet olarak aldım, bin dirhem de gasbettim. Emanet olarak aldığım bin dirhem telef oldu.” deyip ikrar lehtarının bin dirhem emanet olduğu konusunda onu tasdik etmesi, fakat telef olanın emanet değil, gasbedilen bin dirhem olduğunu söylemesi ile ikrar sahibinin “Bana bin dirhem emanet ettin, ben de bin dirhem gasbettim. Emanet olan bin dirhem telef oldu.” deyip ikrar lehtarının da bin dirhem emanet olduğu konusunda onu tasdik etmesi fakat telef olan binin emanet olan değil, gasbedilen bin olduğunu söylemesi arasındaki fark açığa çıkar.

أقول لما أقر بسبب الضمان ثمة وهو الأخذ كان الضمان أصلا. ولكن المقر له لما صدقه في الإيداع صار كأنه أبراه وأسقط الضمان عن إحداهما، فيسمع بيان المبرئ والمسقط في تعيين الساقط إذ الإجمال من قبله. وهنا ثبت الضمان في إحداهما مجملا من أول الأمر لا فيهما. فيسمع بيان المقر. إذ الإجمال من قبله. ٥

والظاهر عندي أن ما ذكرته يجوز أن يكون وجها آخر في هذه المسألة.

[فاضل أمير] نقول: علم منه أن هنا أصلا آخر وهو أن المسموع ما هو إلا بيان المجمل ففي الشق الثاني من المسألة الأولى لما كان المجمل هو المقر له على ما قاله فقد اعتبر بيانه فيما أجمل يعني في تعيين الساقط. وأما في المسألة الثانية التي كان إقرار المقر فيها بسبب الضمان في إحدي الألفين ١٠ مجملا فقد كان الإجمال فيها من المقر حيث أقر بألف وديعة وألف غصب غير مبين ما هو ألف غصب وما هو ألف وديعة ثم بين أن الألف الهالك هو الوديعة وهذا الألف الباقي هو الغصب فاعتبر بيانه فكان القول له.

فبهذا ظهر الفرق بين ما قال «أخذت منك ألفا وديعة وألفا غصبا وتلف ألف الوديعة» وصدقه المقر له في كون الألف وديعة ولكن قال ١٥ تلف ألف غصب لا وديعة وبين ما قال «أودعتني ألفا وغصبت ألفا وتلف ألف الوديعة» وصدقه المقر له في كون الألف وديعة ولكن قال تلف ألف غصب لا ألف وديعة.

Sonra bilesin ki, iki meselenin, ikrar lehtarının, ikrar edeni bin dirhem in emanet olduğunda tasdiki ve helak olanın gasbedilen bin dirhem olduğunu iddia etmesi konusunda ortak olması ve Şeyh'in belirttiği farkın gözden kaçırılması, Osmanlı Devleti'nin büyük âlimlerinden birinin, müçtehit seleflerimizi hataya nispet vartasına düşmesine sebep olmuş ve üç imama göre de ikinci meselede olduğu gibi birinci meselede de ikrar sahibinin beyanının geçerli olduğunu zannetmiştir. Şöyle ki, Ahîzâde ismiyle meşhur olan Abdulhalîm Efendi (ö. 1013/1604) dava kitabı üzerine ta'lik olarak yazdığı risalesinde şöyle demiştir:

“Öteden beri kafamı kurcalayan bir husus mevcuttur ki, bu da *el-Fetâvâ'l-Hâniyye* gibi muteber kaynakların çoğunda yazılan ve izah edilen ve burada ele alınması uygun olan bir meseleye ilişkin problemin söz konusu olmasıdır. Ben burada bu meseleyi ayrıntılı bir şekilde ele aldım ve bu meseleye yönelik eleştirilere de işaret ettim. Bu da “Birisinin, diğerine ‘Senden bin dirhem emanet olarak aldım; bin dirhem de gasbettim; emanet olan bin dirhem kayboldu, bu bin dirhem ise gasbettiğimdir.’ şeklinde ifade ettikleri meseledir. Bu meseledeki problem şudur: Kendisi için aksi iddianın ikrar edildiği ikrar lehtarı, tazminin gerekli olduğunu iddia etmektedir. Sözü geçerli olan ise yemini ile birlikte inkâr edendir. Dolayısıyla burada yemini ile birlikte ikrar edenin sözünün geçerli olması gerekir.”

Abdulhalîm Efendi'nin söylediği budur. Sonra kendisi sorup cevap vermiştir ki, nihai olarak üzerinde karar kıldığı ve ilminin kuşattığı görüş, bu meselede ikrar edenin sözünün geçerli olduğu şeklindedir. Zahir olanın şu olduğu sana uzak değildir: Belirtilen meselede ikrar lehtarının sözünün geçerli olduğu şeklinde muteber kaynaklarda zikredilen görüş, üç imamın görüşüdür. Çünkü bu konuda herhangi bir ihtilaf zikredilmemiştir. Dolayısıyla Abdulhalîm Efendi'nin kabul edip özen gösterdiği görüş, aralarında herhangi bir ihtilaf olmaksızın ashabımızdan nakledilen görüşe aykırıdır. Bu tutum ise câiz olmayan ve seleflerimizin razı olmadığı bir tutumdur. Zira Kâdihân'ın *el-Fetâvâ*'sında ve diğerlerinde şöyle denilmiştir: “Bir kimse yetkin bir müçtehit olsa bile kendi görüşü ile imamlara muhalefet edemez. Çünkü zahir olan, doğrunun imamlarımız ile birlikte olması olup doğrunun onların gözünden kaçması düşünülemez. Kendisinin ictihadı ise onların ictihadının mertebesine ulaşamaz. Aynı şekilde onlara muhalefet edenin görüşüne bakmaması ve hüccetini kabul etmemesi gerekir. Çünkü imamlarımız, delilleri bilmekte olup bunlardan sahih ve sabit olanları, böyle olmayanlardan ayırmışlardır.”¹

1 Kâdihân, *el-Fetâvâ*, I, 9.

ثم اعلم أن اشتراك الصورتين في تصديق المقر له المقر في كون الألف وديعة وادعائه كون الهالك ألف غضب والذهول عن الفرق الذي ذكره الشيخ المصنف قد كان سببا لوقوع بعض من كبار علماء الدولة العثمانية في ورطة تخطئة الأسلاف المجتهدين فظن أن يكون القول للمقر في الصورة الأولى أيضا ٥ كما هو كذلك في الصورة الثانية عند علمائنا الثلاثة حيث قال المولى الفاضل عبد الحلیم الشهير بأخي زاده في رسالته المعلقة على كتاب الدعوى:

«ثم إنه كان قد ما يختلج ببالي شيء وهو أنه يرد الإشكال على مسألة مقررة محررة في أكثر الكتب المعتبرة منها الفتاوى الخانية مناسبة بهذا المقام. فأوردت تلك المسألة ههنا مع التفصيل والشرح وأشرت إلى ما يرد من الطعن والجرح وهي قولهم «رجل قال لرجل أخذت منك ألفا وديعة وألفا غضبا فضاعت الوديعة وهذا الألف غضب». والإشكال الوارد على هذه المسألة أن المقر له بدعوى العكس يدعي وجوب ضمانه والقول للمنكر مع يمينه فكان يجب أن يكون القول قول المقر مع يمينه.

هذا كلامه، ثم سأل وأجاب وكان مآل ما استقر عليه رأيه وأحاط به خبره أن يكون القول في هذه الصورة للمقر. فلا يذهب عليك أن الظاهر هو أن ما ذكر في المعتبرات من أن القول في الصورة المذكورة قول المقر له قول علمائنا الثلاثة رضی الله عنهم، إذ لم يرو خلاف. فكان ما قاله المولى الفاضل المذكور واعتنى به قولاً مخالفاً لما روي عن أصحابنا بلا خلاف بينهم. وذا مما لم يجز ولم يرض به الأسلاف حيث قال في الفتاوى الخانية وغيرها «ولا يخالفهم برأيه ولو مجتهدا متفتنا. إذ الظاهر أن الحق مع أصحابنا ولا يعدوهم واجتهاده لا يبلغ ٢٠ اجتهادهم ولا ينظر إلى من خالفهم ولا يقبل حجته. لأنهم عرفوا الأدلة وميزوا بينما صح وبين ضده».

20. Hastanın, Yabancı veya Vâris Lehine Vedâ İkrarı

[Teshîl] Hılâtî,¹ *Telhisü'l-Câmi'î'l-Kebîr*'de “Onun ya da kefilinin lehine yapılan vedâ ikrarı... yani vâris ya da kefil lehine yapılan vedâ ikrarı...” demiştir. Hılâtî'nin *et-Telhis*'inin şerhlerinden birinde de şöyle denilmiştir: “Müellif, bu ikrarı vâris ya da kefil lehine olmakla kayıtlamıştır; çünkü şayet borç, yabancı birinin olsa ve vâris de onun kefil olmuş olsa, bu durumda onun borçlu lehine vedâ ikrarında bulunması bâtil olmaz. Çünkü lehine ikrarda bulunduğu borçlu, yabancı biridir.”

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu ikrarın da bâtil olması gerekir. Çünkü asıl borçlu olan yabancının borçtan berî kılınması ve ertelenmesi, vâris olan kefilinin de borçtan berî kılınmasını ve ertelenmesini gerektirir. Bu ise vâris lehine bir faydadır. Dolayısıyla onun, tıpkı alacağını aldığı ikrar etmesinde olduğu gibi asıl borçlu olan yabancı lehine yaptığı vedâ ikrarının da bâtil olması gerekir.

el-Kâfi'de şöyle denilmiştir: “Şayet bir kimse iki kişiden birine ait vedâ-nın yanında olduğunu ikrar etse bu ikrar bâtildir.” Attâbî'nin *et-Telhis*'i ve benzeri kaynaklarda da aynı şekildedir. Bu da belirtilen ikrarın bâtil olması ihtimalini taşır. Aynı şekilde *Letâifü'l-İşârât* metninde “Şayet bir kimse ikisinden birine ait vedâyı ikrar etse...” şeklinde zikredilen ifadenin de şu anlamda olmak üzere buna ihtimali vardır: Şayet bir kimse, biri asıl diğeri de kefil olan vâris ya da yabancıya ait bir vedâ ikrarında bulursa, asıl olan ister vâris olsun ister yabancı olsun, bu ikrarı bâtildir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Kâfi* ve *Letâifü'l-İşârât* metnindeki ibarenin bu şekilde yorumlanması ile Şeyh'in gözettiği amaç, *Telhisü'l-Câmi'î'l-Kebîr* şârihinin söylediğine itiraz ederek kendisinin çıkarmış olduğu anlam ile ikisinin ibaresini uzlaştırmaktır.

el-Kâfi ve *Letâifü'l-İşârât* metninde söylenen şeyin hakikati şudur: Meselenin başında “Hastanın, vârisinde bir alacağı olsa ve o vârise de yabancı biri kefil olsa ya da bunun tersi olsa...” denilmiştir ki, bu durumda belirtilen kişi, asıl ya da kefil olmakla nitelenen vâris olur. Bu iki vasıftan biri ile nitelenen yabancı da aynı şekildedir. Bundan sonra da “Hasta, ikisinden birine ait bir vedâ ikrarında bulursa...” denilmiştir ki, bu durumda “iki-si” tesniye zamiri, iki vasıftan (asıl ve kefil) biri ile nitelenen mezkûr vârise ve yine bu iki vasıftan biri ile nitelenen yabancıya raci olur.

1 Ebû Abdillâh Sadruddîn Muhammed b. Abbâd el-Hılâtî (ö. 652/1254).

٢٠. إقرار المريض بالوديعة للوارث أو للأجنبي

[التسهيل] وذكر في تلخيص الجامع للخلاطي: أن الإقرار بالوديعة له أو لكفيله إلخ. أي للوارث أو لكفيله وذكر في بعض شروحه «إنما قيد هذا بكونه له أو لكفيله لأنه لو كان الدين على أجنبي والوارث كفيله فأقراره بالوديعة للغريم لا يكون باطلاً لأنه أجنبي».

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يبطل هذا أيضاً لأن براءة الأجنبي الأصيل وتأخيره يوجب براءة كفيله الوارث وتأخيره، وهذا نفع للوارث، فينبغي أن يبطل إقراره بالوديعة للأجنبي الأصيل أيضاً كما في الاستيفاء.

وذكر في الكافي «ولو أقر بوديعة أحدهما عنده بطل» وكذا في تلخيص العتّابي ونحوه، وهذا يحتمل أن يكون الإقرار المذكور باطلاً وكذا يحتمل ما في ذكر المتن من قوله «لو أقر بوديعة أحدهما إلخ» بأن يكون معناه: لو أقر بوديعة الوارث أو الأجنبي الذين أحدهما أصيل والآخر كفيل بطل إقراره سواء كان الأصيل وارثاً أو أجنبياً.

[فاضل أمير] نقول: المقصود من توجيه عبارة الكافي والمتن على هذا الوجه توفيق عبارتهما بما استخرجه معترضا على ما ذكره شارح تلخيص الجامع.

وحقيقة ما قاله في عبارة الكافي والمتن «هو أنه قيل في صدر الكلام ولو كان له دين على وارثه وبه كفيل أجنبي أو بعكسه». فكان المذكور الوارث المتصف بالأصالة أو الكفالة والأجنبي المتصف بأحد هذين الوصفين كذلك. ثم قيل «ولو أقر بوديعة أحدهما» فيكون ضمير التثنية راجعا إلى الوارث المذكور المتصف بأحد الوصفين وإلى الأجنبي المتصف بأحدهما كذلك.

Bu durumda sonuç itibarıyla anlam şöyle olur: Hasta olan kimse, asil ya da kefil olsun vârise ait bir vedâa ikrarında bulunursa ya da asil olsun kefil olsun yabancıya ait bir vedâa ikrarında bulunursa onun bu ikrarı bâtil olur. Hastanın, vârisin kendisine kefil olduğu asil yabancı biri lehine ikrarı da bu sözün kapsamına dâhil olur. Çünkü bu kısım, bu sözün kapsamına dâhil olan dört ihtimalden üçüncü kısım olmaktadır.

Bu açıklama ile Şeyh'in "Bu da belirtilen ikrarın bâtil olması ihtimalini taşır. Aynı şekilde metinde zikredilen ifadenin de buna ihtimali vardır." şeklindeki sözünün anlamı açığa çıkar ve *el-Kâfi* ve *Letâifü'l-İşârât* metninde söylenen ile Şeyh'in iddiasına iştişhadda bulunmak üzere bazı Câmî' metinlerden aktardığı ifade arasında örtüşme hâsil olur. Çünkü bazı metinlerde yer alan "Bu ikrar ister yabancı asil olsun ister vârisin kefil olsun bâtil olur." sözü, "İster yabancı asil, vâris kefil; ister yabancı kefil, vâris asil olsun." anlamındadır.

Bu iki durumdan ikrarın bâtil olduğu birinci şekil, Şeyh'in "Bunun da bâtil olması gerekir." dediği şekildir. Dolayısıyla bazı Câmî' metinlerde zikredilen ifade Şeyh'in iddiasına delil olur.

21. Efendinin, Sağlığında Gerçekleşen Kitabet Akdinin Bedelini Kabzettiğini Hastalığında İkrar Etmesi

[**Teshîl**] Şayet efendinin hem kitabet sözleşmesini yapması hem de kitabet bedelini kabzettiğini ikrar etmesi, -her ikisi de- hastalığı döneminde olmuş ise bu ikrar, efendinin malının üçte birinden olmak üzere sahihtir. Çünkü efendinin, azatlık bedelini [kabzettiğini] ikrar etmesi, akdin gerçekleşmesi demektir ki, bu tıpkı hastalığı sırasında efendinin köleyi azat etmesi (inşâ) gibidir. Bu da efendinin malının üçte birlik kısmında kabul edilir. Mesele *el-Kâfi*'de bu şekilde geçmektedir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu gerekçelendirme efendinin, sağlığında gerçekleşen kitabet akdinin bedelini hastalığı sırasında kabzettiğini ikrar etmesi durumunda bu ikrarının da malının üçte birlik kısmında kabul edilmesini gerektirir. Çünkü söz konusu ta'lîl sebebiyle bu ikrar, efendinin köleyi azat etmesi (inşâ) gibi olur. Dolayısıyla meselenin, sebebin vaktine dayanmakla ta'lîl edilmesi daha uygun olup şöyle denilir: Daha önce geçtiği üzere bedelin kabzedilmesini ikrar, sebebin (kitabet akdinin) gerçekleştiği vakte dayanır ve sanki ikrarda bulunan hasta, kitabet akdinin yapıldığı zamanda ikrarda bulunmuş olur.

فكان حاصل المعنى ولو أقرّ بوديعة الوارث أصيلا كان أو كفيلا أو بودية الأجنبي أصيلا أو كفيلا بطل إقراره فيندرج تحت هذا القول ما أقرّ بوديعة لأجنبي أصيل والوارث كفيل، لأنه هو القسم الثالث من الأقسام الأربعة المندرجة تحت هذا التريد.

وبهذا ظهر معنى قوله «وهذا يحتمل أن يكون الإقرار المذكور باطلا وكذا يحتمله ما ذكر في المتن» وحصل التوافق بين ما في الكافي والمتن وبين ما أورده مستشهدا به على ما ادعاه من بعض الجوامع. لأن معنى ما في البعض من قوله «يبطل سواء كان الأجنبي أصيلا أو كفيلا للوارث» سواء كان الأجنبي أصيلا والوارث كفيلا أو كان الأجنبي كفيلا والوارث أصيلا.

فالصورة الأولى التي صرح ببطلان الإقرار فيها من هاتين الصورتين فهي ما قال الشيخ «ينبغي أن يبطل هذا أيضا». فكان المذكور في بعض الجوامع دليلا لما ادعاه.

٢١. إقرار السيد في مرضه بقبض بدل كتابة وقعت في حال صحته

[التسهيل] ولو كان الكتابة وإقرار قبض البدل كلاهما في المرض صح من ثلثه. إذ الإقرار ببدل العتق تنفيذ العقد، فصار كإنشاء العتق في المرض. وذا يُعتبر من الثلث. كذا في الكافي.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا التعليل يقتضي أن يكون إقراره في مرضه بقبض بدل كتابة وقعت في حال صحته معتبرا من الثلث أيضا. لأنه يصير كإنشاء العتق بعين هذا التعليل. فالأولى أن يعلل بالاستناد ويقال «الإقرار بقبض البدل يستند إلى وقت السبب» كما مر، فكأنه أقرّ وقت عقد الكتابة.

Burada kitabet akdi, hastalık zamanında, orada ise sağlıklı iken yapılmıştır. Her iki durumda ikrar, akdin yapıldığı vakte istinad ettiğinde burada değil, orada sağlık zamanına dayanır. Orada sağlık zamanında inşâ gibi olur, burada ise hastalık zamanında inşâ gibi olur. Dolayısıyla iki mesele birbirinden bu şekilde ayrılmış olur ki, orada hastanın ikrarı, malının tamamından, burada ise üçte birlik kısmından sahih olur. Böylece *el-Kâfi*'de yapılan ta'lil istinadın eklenmesiyle tamamlanmış olur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Kâfi*'deki ifade kolay olmakla birlikte Şeyh, bu ifadeyi yorumlama konusunda zorlanmıştır. Çünkü yerleşik hükümlerden biri şudur: Azat edenin hastalığında gerçekleşen azat, malın üçte birlik kısmında geçerli olur ve kitabet bedelinin kabzının ikrarı, azadı gerçekleştirmek (inşâ) gibidir.

Efendinin, sağlığında kölesi ile kitabet akdi yapıp sonra hastalığı sırasında kitabet bedelini kabzettiğini ikrar etmesi durumunda yerleşik iki hükme nazaran efendinin bu azadı, malın üçte birlik kısmında geçerli olur. Fakat köle azadı, mendup işlerin başında geldiği için mümkün olduğunca gerçekleştirilmesine çalışılır. Dolayısıyla fakihler bu konuda azadın, akdin yapıldığı zamana dayanmasını muteber kabul ederler ki, bu şekilde azat etme, sıhhat zamanında gerçekleşmiş olur ve mükâteb köle, efendinin malının tamamından azat olmuş olur.

Fakat kitabet akdinin ve bedelin kabzının ikrarının ikisinin de hastalık zamanında olması hâlinde ise ikrarın, akdin yapıldığı zamana dayanmasında bir fayda bulunmadığı için bu meselede istinadı muteber kabul etmemişlerdir. Dolayısıyla bu meselede hüküm, yukarıda belirtilen “Hastalık zamanında yapılan azat, malın üçte birlik kısmında geçerli olur ve bedelin kabzının ikrarı, azadı inşâ etmek gibidir.” şeklindeki sabit iki hükmün gereği üzere kalır ve kölenin azadının malın üçte birlik kısmından gerçekleşmesi gerekir.

Burada üzerinde durulması gereken bir konu kalmıştır ki, o da şudur: Şeyhin *Câmi'ül-Fusûleyn*'de ikrar bölümünün hastaların ikrarına ilişkin hükümler konusundaki ifadelerinden ilk anda akla gelen şey, kitabet akdi hastalık zamanında yapılmış olsa da efendinin kitabet bedelini kabzettiğini ikrar etmesinin malın tamamından câiz olması olduğudur. Şeyh orada şöyle demiştir:

ووقع الكتابة هنا في المرض وثمة في الصحة. فإذا استند الإقرار فيهما يستند إلى وقت الصحة ثمة لا هنا فيصير كإنشاء في الصحة ثمة وفي المرض هنا. فافترقا، فصَحَّ إقراره من كلِّ المالِ ثمة، ومن الثلثِ هنا، ويتمُّ تعليلُ الكافي بضمِّ الاستنادِ.

٥ [فاضل أمير] نقول: قد استصعب توجيه الكلام في هذا المقام مع أن المقصود منه على طرف الثمام. لأن من الأحكام المقررة أن العتق في مرض المعتق يعتبر من الثلث وأن الإقرار بقبض بدل الكتابة كإنشاء العتق. ففيما كاتب عبده في صحته ثم أقرَّ في مرضه بقبض بدل الكتابة فبالنظر إلى الحكيمين المقررين يكون عتقه من الثلث ولكن لما كان الإعتاق من أحب المندوبات يبادر في تحصيله مهما أمكن فاعتبروا فيه الاستناد إلى ١٠ زمان العقد حتى يكون الإعتاق في الصحة فيعتق المكاتب من جميع المال. وأما إذا كانت الكتابة والإقرار بقبض البدل كلاهما في المرض فلما لم يكن في استناد الإقرار إلى زمان العقد فائدة لم يعتبروه في هذه الصورة فكان الحكم فيها على موجب الحكيمين الثابتين أعني قولهم إن العتق في المرض يعتبر من الثلث وإن الإقرار بقبض البدل كإنشاء العتق فلزم عتقه ١٥ من الثلث.

بقي كلام في أن المتبادر مما ذكره في جامع الفصولين في كتاب الإقرار من أحكام المرضى جواز إقراره بقبض بدل الكتابة من كل المال ولو كانت الكتابة في المرض حيث قال فيه

“Şayet borç, hastalığında gerekli olmuş bir borç ise ve üzerinde daha önce bilinen bir borç da varsa ya da borç, şahitlerin görmesiyle hastalığında gerekli olmuş bir borç ise bu durumda bu borç, mal olan bir şeyin bedeli olarak kabzettiğini ikrar ettiği bir borç ise bunu kabzettiğini ikrar etmesi
5 câiz değildir. Şayet bu borç, mal olmayan bir şeyin bedeli olarak kabzettiği bir borç ise üzerinde daha önce bilinen bir borç da olsa da bunu kabzettiğini ikrar etmesi câizdir.”

Bundan şöyle diyerek kurtulmak mümkündür: Şeyh'in “Bedel olarak kabzettiğini ikrar ettiği bir borç varsa...” sözündeki borç ile kastedilen,
10 sahih borçtur. Kitabet bedeli ise kefâlet konusunda bilindiği üzere sahih bir borç değildir. Dolayısıyla kitabet bedelinin kabzını ikrar, “Mal olmayan bir şeyin bedeli olarak kabzettiğini ikrar ettiği bir borç varsa...” sözünün kapsamına girmez ve bunun hükmünü almaz. Ya da şöyle diyerek bundan kurtulmak mümkündür: Şeyh'in “hastalığında gerekli olan
15 bir borç” sözü ile kastedilen, kabzedildiği ikrar edilen borcun, teberru kabilinden olmayan bir akit ile gerekli olduğudur ki, fakihlerin “Hastanın yöneldiği tasarrufta teberru anlamı varsa kesin olarak bu, malın üçte birlik kısmında muteberdir.” şeklindeki açıklaması bunu gösterir.

Allâme *el-İslâh ve'l-İzâh*'ın vasiyetler bölümünün hastalıkta azat konusunda şöyle demiştir: “Şarta ve zamana bağlı olmayan tasarrufta ak-
20 din durumu dikkate alınır. Şayet akit, sağlıklı iken yapılmış ise bu akit, yapan kişinin malının tamamında geçerli olur. Aksi takdirde üçte birlik kısmında geçerli olur. Burada tasarruf ile kastedilen, inşâ türünden olan ve kendisinde teberru anlamı bulunan tasarruflardır.” Muteber kaynakla-
25 rın tamamında bu şekilde ifade edilmiştir.

“Şayet hastalığında gerekli olan bir borç ise...” sözü, teberru anlamı olan bir akit ile gerekli olması sebebiyle hastalık hâlinde gerçekleşen kitabet bedeli borcunu kapsamadığına göre bu borç için hastalıkta gerekli olmasından kaynaklanan hüküm geçerli olmaz.

«فلو كان ديننا وجب في مرضه وعليه دين معروف أو دين وجب في مرضه بمعينة الشهود فلو كان دين أقرّ بقبضه بدلا عما هو مال لم يجز إقراره بقبضه ولو بدلا عما ليس بمال جاز إقراره بقبضه ولو عليه دين معروف» انتهى.

٥ ويمكن التفصي عنه بأن يقال المراد من الدين في قوله «فلو كان دين أقرّ بقبضه بدلا» الدين الصحيح وبدل الكتابة ليس بدين صحيح كما عرف في الكفالة فلم يندرج الإقرار بقبض بدل الكتابة تحت قوله «ولو كان دين أقرّ بقبضه بدلا عما ليس بمال» ولم يكن محكوما بحكمه، أو يقال المراد من قوله «فلو كان ديننا وجب في مرضه» كون الدين المقر بقبضه واجبا بعقد ليس بتبرع بدلالة أنهم صرحوا بأن التصرف الذي باشره المريض إن كان فيه معنى التبرع فهو يعتبر من الثلث حتمًا.

١٠ قال المولى العلامة في الإصلاح والإيضاح في باب العتق في المرض من كتاب الوصايا «العبرة بحال العقد في التصرف المنجز فإن كان في الصحة فمن كل ماله وإلا فمن ثلثه، والمراد بالتصرف^٢ الذي هو إنشاء ويكون فيه معنى التبرع». كذا في عامة المعتمرات.

فلما لم يشمل قوله «فلو كان ديننا وجب في مرضه» على دين بدل الكتابة الواقعة في المرض لكونه واجبا بعقد فيه معنى التبرع فلم يترتب عليه الحكم المتفرع على كونه واجبا في المرض.

١ - فلو كان.

٢ - من التصرف.

22. Hastanın, Yabancıdan Borcunu Tahsil Ettiğini İkrar Etmesinin Sahih Olması ile Vâristen Tahsil Ettiğini İkrar Etmesinin Sahih Olmaması Arasındaki Fark

[Teshîl] Bir kimse, sağlıklı iken yabancı birinde olan alacağını kabzettiğini, hastalığı sırasında ikrar etse ve üzerinde de yabancı birine bir borç olsa bu ikrarı, hepsi hakkında sahihtir. Çünkü hastanın, alacağını almaya hakkı vardır. Fakat hastalığı sırasındaki bir alacağını kabzettiğini ikrar etse, alacaklıların hakkının bu borç ile ilgili olmasından dolayı bu ikrarı sahih olmaz.

Kural şudur: Hastalık, hastanın aleyhine olan hakları değil, lehine olan hakları değiştirir. Çünkü hastalık, hacir sebebidir. Hacrin etkisi ise hacirden önce mahcûr aleyhine olan şeylerin iptalinde değil; lehine olan şeylerin iptalinde ortaya çıkar. Buna göre mesela sağlıklı olduğu zamanda yabancı birinden bin dirhem alacağı olsa sonra hastalansa, bundan başka malı olmasa ve üzerinde de borçlar olsa bu durumda hasta, alacağını aldığı ikrar etse, alacaklılar da onu yalanlasa, ikrarı mutlak olarak sahihtir. Çünkü alacağını kabzettiğini ikrar etmesi, üzerindeki borcu ikrar etmesi demektir. Zira borçlar misilleri ile ödenir.

Hastanın yabancı birine borcu olduğunu ikrar etmesi sahihtir. Aynı şekilde yabancıda olan alacağını aldığı ikrar etmesi de sahih olur. Bu ikrar, sağlıklı zamanındaki alacaklıları da bağlar. Çünkü bu ikrarın sebebi açıktır, bu da sağlığında yaptığı muameledir. Muamele ise tıpkı sağlıklı iken hakkın alındığını ikrar etmeyi gerekli kıldığı gibi hastalıktan sonra üzerinde borç bulunan kimse açısından hakkın alındığını ikrar etmeyi de gerektirir.

Bunun açıklaması şu şekildedir: Borçlu, alacaklı ile olan muamelesi sebebiyle alacaklının sağlıklı iken yaptığı ikrar ile borçtan berî olmaya hak kazanmıştır ki, bu, borçlunun alacaklı üzerindeki hakkıdır. Alacaklı hastalanıp alacağını aldığı ikrar ettiğinde bu ikrar ile borçlunun borçtan berî olmasının gerçekleşmesi gerekir. Çünkü hastalık, hastanın aleyhine olan hakkı değil, lehine olan hakkı değiştirir. Dolayısıyla hasta, borçlu hakkında sağlıklı olmaya devam ediyor gibi kabul edilir. Bunun böyle olmasının nedeni şudur: Hastanın [hukukî] durumu, izinli köleden daha aşağı değildir. Zira efendisi, izinli köleye hacir koyduğunda, köle de izin hâlinde kendisi için gerekli olan bir hakkı aldığı ikrarı câizdir. Hastanın ikrarı ise evleviyetle câiz olur. İzinli köleye hacir konulmasında durum böyledir.

٢٢. الفرق بين صحّة إقرار المريض باستيفاء الدين من الأجنبي وبين عدم

صحته من الوارث

[التسهيل] ولو أقرّ في مرضه بقبض دين صحته من الأجنبي وعليه دين للأجنبي صحّ في حقّ الكلّ. لأنه مسلّط على الاستيفاء. ولو أقرّ بقبض دين مرضه لا يصحّ لتعلّق حقّ الغرماء. ٥

والأصل: أن المرض يغتبر حقاً له لا حقاً عليه، لأنه سبب الحجر. وأثر الحجر في إبطال ما كان للمحجور قبل الحجر لا في إبطال ما كان عليه. فلو كان له على الأجنبي ألف درهم في الصحة فمرض، ولا مال له غيره، وعليه ديون، فأقرّ باستيفاء الدين وكذّبه الغرماء صحّ إقراره مطلقاً. إذ الإقرار بقبض الدين إقرار بالدين عليه. إذ الديون تُقضى بأمثالها. ١٠

وإقرار المريض بالدين للأجنبي صحيح. فكذا يصحّ إقراره باستيفاء دين على الأجنبي. وهذا الإقرار لزم غرماء الصحة لظهور سببه وهو المعاملة في الصحة. والمعاملة توجب الإقرار بالاستيفاء حقاً لمن عليه الدين بعد المرض كما كانت توجهه في حال الصحة.

١٥ بيانه: أن المديون استحقّ بمعاملته مع ربّ الدين براءته عن الدين بإقرار ربّ الدين في حال صحته. وكان هذا حقاً للمديون على ربّ الدين. فإذا مرض ربّ الدين وأقرّ بالاستيفاء وجب أن يحصل به براءة المديون. إذ المرض يغتبر حقاً للمريض لا حقاً عليه، فيجعل في حقّ المديون كأنه باقٍ على صحته. وهذا، لأن حال المريض لا يكون أدنى من حال العبد المأذون. فإنه إذا حَجَرَ عليه مولاه فأقرّ باستيفاء حقّ وجب له في حال الإذن جاز إقراره، فهذا أولى. ٢٠

Çünkü izinli köle ile yapılan muamele, borçlusu açısından izin hâlindeki hakkını aldığı ikrar etmesinin sahih olmasını gerektirir. Dolayısıyla hacir konulduktan sonra, izin hâlinde kendisine ait olan bir hakkı aldığı konusundaki ikrarı sahih olur. Zira hacir, aleyhine olan hakkı değil, lehine olan hakkı değiştirir. Hastalık da böyledir. Diğer yandan ikrarın sıhhatine engel olan, alacaklıların ve vârislerin hakkıdır. Kişinin sağlığındaki borca, alacaklıların hakkı ilişmez. Çünkü bu borç, alacaklıların hakkının ilişmediği bir malın bedeli olup bedelin hükmü, karşılık olduğu şeyin hükmüdür. Kişinin hastalık hâlinde [birisi lehine] bir aynı ikrar etmesi durumu ise bundan farklıdır. Çünkü bu durumda bu mala alacaklıların hakkı ilişir. Bu yüzden de birisinin lehine mal ikrarı sahih olmaz.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Hastanın, sağlığında vârisi üzerindeki alacağını aldığı ikrar etmesi de yukarıdaki durumdan farklıdır. Her ne kadar alacaklıların hakkının ilişmediği bir aynı bedeli olan bir alacak olsa da bu ikrar da sahih olmaz. Zira borcun kabzedildiğini ikrar, lafız açısından borcun alındığının, anlam açısından da borcun ikrarı demektir. Çünkü malum olduğu üzere borçlar, misilleri ile ödenir. Bu yüzden yabancı hakkında lafız ile; vâris hakkında da anlam ile amel ettik. Bunun tersi söz konusu değildir. Çünkü hastanın vâris ile durumu hastanın yabancı biri ile durumundan daha dardır. Zira hasta, malının üçte birlik kısmını yabancı birine teberruda bulunma hakkına sahiptir, fakat vârise teberruda bulunma hakkına sahip değildir. Şayet hastanın yabancından alacağını aldığı ikrar etmesinin sahih olmadığını kabul edecek olursak, vâris hakkındaki ikrarının bâtil olmasını evleviyetle kabul etmemiz gerekir ki, bu durumda iki delil ile de amel edilmemiş olur.

Derim ki: bu itiraz ve buna verilen cevabın zahiri, yabancı hakkında anlam ile değil, lafız ile amel edildiğini gösterir ki, bu doğru değildir. Çünkü bu konunun baş taraflarında geçtiği üzere fakihler, yabancı hakkında da anlam ile amel etmektedirler. Orada önce konuya ilişkin kuralı zikredip sonra şöyle demişti: “Hasta, alacağını aldığı ikrar etse, alacaklılar da onu yalanlasa, ikrarı mutlak olarak sahihtir. Çünkü alacağını kabzettiğini ikrar etmesi, üzerindeki borcu ikrar etmesi demektir...” Bu ise anlam ile amel etmektir.

وهذا، لأنَّ المعاملةَ مع العبدِ المأذونِ أوجبت صحةَ إقراره بالاستيفاءِ حالةَ الإذنِ حقًّا لمديونه. فصَحَّ إقراره بعدَ الحجرِ باستيفاءِ حقِّ وجب له في حالةِ الإذنِ. إذ الحجرُ يغيِّرُ حقًّا له لا حقًّا عليه، فكذا المرضُ. ولأنَّ المانعَ حقُّ الغرماءِ والورثةِ. ودينُ الصحةِ لم يتعلَّقْ به حقُّ الغرماءِ. لأنه بدلٌ عن عينٍ لم يتعلَّقْ به حقُّ الغرماءِ. وللبدلِ حكمُ المبدلِ، بخلافِ ما أقرَّ بالعينِ. لأنه تعلَّقْ حقُّ الغرماءِ، فلا يصحُّ إقراره.

[الشيخ بدر الدين] أقول: وبخلافِ ما لو أقرَّ باستيفاءِ دينٍ كان له على الوارثِ في الصحةِ، حيث لا يصحُّ وإن كان بدلًا عن عينٍ لم يتعلَّقْ به حقُّ الغرماءِ. إذ الإقرارُ بقبضِ الدينِ إقرارًا بالاستيفاءِ لفظًا وبالدينِ معنى، لما عُرف من أن الديونَ تُقضى بأمثالها. فعملنا باللفظِ في حقِّ الأجنبيِّ وبالمعنى في حقِّ الوارثِ، ولم يُعكس. لأنَّ حالَ المريضِ مع الوارثِ أضيَّقُ من حاله مع الأجنبيِّ، حتى يملكُ أن يتبرَّعَ بثلثه على الأجنبيِّ لا على الوارثِ. فلو قلنا بأنه لا يصحُّ إقراره بالاستيفاءِ من الأجنبيِّ يلزمنا أن يبطلَ إقراره في حقِّ الوارثِ بالطريقِ الأولى، فيتعطلُ العملُ بالدليلين.

أقول: ظاهرُ هذا الاعتراضِ وجوابه يدلُّ على أن العملَ في حقِّ الأجنبيِّ باللفظِ لا بالمعنى، وليس بصحيحٍ. لأنهم عملوا في حقِّ الأجنبيِّ بالمعنى أيضًا كما مرَّ في أوائلِ هذا البحثِ حيث ذكر الأصلُ ثم قال «فأقرَّ باستيفاءِ الدينِ وكذَّبه الغرماءُ صحَّ إقراره مطلقًا إذ الإقرارُ بقبضِ الدينِ إقرارًا بالدينِ عليه الخ». فهذا عملٌ بالمعنى.

Doğru cevap şöyle olmalıdır: Vâris ve yabancıнын her ikisi hakkında da alacağı alındığını ikrar, borcun ikrarı anlamına geldiği için, vâris hakkında değil, yabancı hakkında sahih olur. Çünkü borç ikrarı, vâris için değil, yabancı için sahih olur. Borcun tahsil edildiğini ikrar da bu şekilde olup iki mesele bu şekilde birbirinden ayrılmış olur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Burada meselenin değerlendirilmesi kolaydır. Şöyle denilir: Şeyh'in "Yabancı hakkında lafız ile; vâris hakkında da anlam ile amel ettik." sözü ile yabancından hakkını aldığını ikrar konusunda anlam tarafının dikkate alınmadığı kastedilmemektedir. Aksine bu söz ile kastedilen şudur: Hastanın, yabancından alacağını kabzettiğini ikrar etmesinin câiz oluşu, sırf lafız tarafının dikkate alınması ile gerçekleşir ve cevazın gerçekleşmesi noktasında anlam tarafının dikkate alınmasına ihtiyaç bulunmaz. Öyle ki, cevazın en belîğ şekilde ispatı kastedilse bile anlam tarafı da dikkate alınır. Dolayısıyla buradaki "Yabancı hakkında lafız ile amel ettik." sözü, "Asgarî olarak yetecek şey ile yetindik" anlamına gelir. Şeyh'in "Zira borcun kabzını ikrar, borcu ikrar demektir." şeklinde yukarıda geçen sözü ise meselenin ta'lîl yönünü derinleştirmek ve istenilen sonucu en belîğ ve kuvvetli şekilde ispat etmektir.

Fakihlerin "Hastanın, vâristen hakkını aldığını ikrar etmesi câiz değildir." şeklindeki sözlerine gelince, bunun câiz olmamasının ispatı, sözün sadece lafız tarafının dikkate alınıp "Borcun kabzedilmesini ikrar, borcun alındığını ikrardır." denilmesiyle gerçekleşmez, aksine "Borcun kabzedilmesini ikrar, anlam olarak borcu ikrardır." denilmesine ihtiyaç duyar. Vâris lehine yapılan borç ikrarı ise Hz. Peygamber'in "Vârise vasiyet olmadığı gibi vâris lehine borç ikrarı da yoktur." sözü sebebiyle câiz değildir. Nitekim Zeylaî, bu hadise hastanın ikrarı konusunda yer vermiştir.¹

Bu açıklama ile Şeyh'in "Bunun tersi söz konusu değildir. Çünkü hastanın vâris ile durumu hastanın yabancı biri ile durumundan daha dardır..." sözü ile ifade ettiği şey düşmüş olur. Çünkü durumun tersine çevrilmesi hâlinde ortaya çıkacak sonuç -ki, bu da "Şayet hastanın, yabancından alacağını aldığını ikrar etmesinin sahih olmadığını kabul edecek olsak..." sözü ile belirttiği şeydir- kesinlikle doğru değildir. Çünkü kabzın ikrarının, anlam açısından borcun ikrarı olması yönüyle vâristen borcun kabzedilmesini ikrar konusunda câiz olmadığını kabul etmek, belirtilen hadisin kapsamına girmesinden kaynaklanmıştır.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 25.

والجوابُ الصحيحُ أن يُقال: لما كان الإقرارُ بالاستيفاءِ في حقِّ الكلِّ من الوارثِ والأجنبيِّ إقرارًا بالدينِ صح في حقِّ الأجنبيِّ لا في حقِّ الوارثِ. إذ الإقرارُ بالدينِ يصحُّ للأجنبيِّ لا للوارثِ. فكذا الإقرارُ بالاستيفاءِ، فافترقا.

[فاضل أمير] نقول: الأمر هنا هين التوجيه بأن يقال: ليس المقصود من

قوله «فعملنا باللفظ في حق الأجنبي وبالمعنى في حق الوارث» نفي صلاحية ٥
اعتبار جانب المعنى في الإقرار بالاستيفاء من الأجنبي بل المراد منه أن جواز إقراره بقبض الدين من الأجنبي يحصل بمجرد اعتبار جانب اللفظ ولا يحتاج في تحصيل الجواز إلى اعتبار جانب المعنى حتى لو أريد إثبات الجواز على أبلغ وجه لاعتبر جانب المعنى أيضا. فكان معنى قوله هنا «فعملنا باللفظ في حق الأجنبي» اكتفينا بأدنى ما يكفي. وما سبق من قوله «إذ الإقرار بقبض الدين إقرار بالدين» استقصاء في أمر التعليل وإتيان بما يثبت المطلوب على أبلغ وجه وأكده.

وأما قولهم «إن الإقرار بالاستيفاء من الوارث لا يجوز» فإثبات عدم الجواز فيه لا يحصل بمجرد أن يعتبر جانب اللفظ ويقال «الإقرار بقبض الدين إقرار بالاستيفاء»، بل يحتاج إلى أن يقال «الإقرار بقبض الدين إقرار بالدين معنى». ١٥
والإقرار بالدين للوارث لا يجوز لقوله ﷺ «لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ وَلَا إِقْرَارَ لَهُ بِالَّذِينَ». أورده الزيلعي في باب إقرار المريض.

وبهذا التحقيق سقط ما ذكره بقوله «ولم يعكس لأن حال المريض مع الوارث أضييق من حاله مع الأجنبي إلى آخره». لأن ثمرة جعل الأمر على العكس وهي ٢٠
ما ذكره بقوله «فلو قلنا بأنه لا يصح إقراره بالاستيفاء من الأجنبي» لا استقامة لها قطعا. لأن القول بعدم الجواز في الإقرار بقبض الدين من الوارث باعتبار أن الإقرار بالقبض إقرار بالدين معنى إنما نشأ من الاندراج تحت الحديث المذكور.

Bu anlam, hastanın yabancından borcu kabzetmesini ikrar konusunda gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla ister bu konuda lafız dikkate alınarak “Yabancından borcun kabzedilmesini ikrar etmek, borcun alındığını ikrardır.” denilsin, ister anlam dikkate alınarak “Yabancından borcun kabzedilmesini ikrar etmek, üzerindeki borcu ikrardır.” denilsin, bu ikrarın câiz olmadığını kabul etmek düşünülemez. Dolayısıyla Şeyh’in “Şayet hastanın, yabancından alacağını aldığı ikrar etmesinin sahih olmadığını kabul edecek olsak...” sözünün doğru bir anlamı yoktur.

Burada, bir maksat sebebiyle imkânsız varsaymak câiz olur şeklindeki ifadeleri ve bunu da Allah Teâlâ’nın “Onlara (putlara) dua ederseniz, duanızı işitmezler. İşitseler bile size cevap veremezler.” (Fâtır 35/14) sözü ile örneklendirmeleri doğru olmaz. Çünkü bu tür itibarlar, şer’î hükümleri açıklamak için sevk edilmiş rivâyetlerde değil, sözleri türlü meziyet ve nüktelerle dolu olan belîğ kişilerin sözlerinde olur.

Geriyse Şeyh’in sahih cevap olarak ifade ettiği konuda bir husus üzerinde durmamız kaldı ki, bu da şudur: Bu cevaptan ortaya çıkan, -her ne kadar bu söz, vâristen borcu aldığı konusundaki ikrarının bâtil olduğuna delâlet etse de- vâristen borcun alındığını ikrarın, ilgili vârise borçlu olduğunu ikrar olduğudur. Fakat Şeyh’in daha önce geçen “Zira muamele, üzerinde borç bulunan kimse açısından hakkın alındığını ikrar etmeyi gerektirir...” sözü, vârisinden olsa bile hastanın, borcu aldığı konusundaki ikrarının sahih olduğuna delâlet eder. Dolayısıyla bu iki delilden birini diğerine tercih ettirecek sebebin açıklanması gerekir. Bu konuda şöyle denilmesi uzak bir ihtimal değildir: Birinci delil, câiz olmadığına ikinci delil ise câiz olduğuna delâlet eder. Dolayısıyla bir konuda mâni ve muktezî bir araya gelmiş olup, sabit ve yaygın kural gereği, mâni olan dikkate alınır. Ya da şöyle denilir: Birinci delil nass, ikincisi ise rey’ ile idrak olunan makul bir delildir. Kendisine tevfiğin ışıltısı parıldayan, kıvılcımı çakan kimse açısından açık olduğu üzere nass mukabilinde rey’e itibar edilmez.

Şeyh’in bundan birkaç satır sonraki “Borç olan dirhemlerden daha iyi dirhemlerin vedâ olduğunu ikrar edecek olsa aynı şekilde bu ikrar da sahih olur. Çünkü bu durumda borcun mislini ve bir fazlalığı ikrar etmiş olup borcun mislini ikrarı sahihtir. Çünkü bu, borcun tahsili anlamına gelir. Fazlalık olan kısımda ise ikrarı sahih olmaz. Çünkü bunun, borcu tahsil etmekle bir ilgisi yoktur.” sözüne gelince bu konuda deriz ki;

وهذا المعنى ليس بحاصل في الإقرار بقبضه من الأجنبي، فلا يتصور فيه أن يقال بعدم الجواز سواء اعتبر فيه اللفظ وقيل الإقرار بقبض الدين من الأجنبي إقرار بالاستيفاء أو اعتبر المعنى وقيل الإقرار بقبض الدين من الأجنبي إقرار بالدين عليه فلم يكن معنى صحيحا لقوله «فلو قلنا بأنه لا يصح إقراره بالاستيفاء من الأجنبي».

ولا يستقيم هنا ما ذكره من أنه يجوز فرض المحال لغرض ومثله بقوله سبحانه وتعالى ﴿إِنْ تَدْعُوهُمْ لَا يَسْمَعُوا دُعَاءَكُمْ وَلَوْ سَمِعُوا مَا اسْتَجَابُوا لَكُمْ﴾ [فاطر ٢٤/٣٥]. لأن أمثال هذه الاعتبارات إنما يكون في كلمات البلغاء المشحونة بأنواع المزايا والنكات لا في الروايات المسوقة لبيان الأحكام الشرعية.

بقي لنا كلام فيما ذكره من الجواب الصحيح وهو أن الحاصل منه هو أن الإقرار باستيفاء الدين من الوارث إقرار بالدين عليه وإن دل على بطلان إقراره بالاستيفاء من الوارث. لكن ما سبق من قوله «إذ المعاملة توجب الإقرار بالاستيفاء حقا لمن عليه الدين إلى آخره» يدل على صحة إقراره بالاستيفاء ولو من وارثه، فلا بد من بيان مرجح لأحد هذين الدليلين على الآخر. ولا يبعد أن يقال: الدليل الأول دال على منع الجواز والثاني على الجواز. فاجتمع المانع والمقتضي فاعتبر المانع كما هو الثابت الشائع، أو يقال: الأول النص والثاني هو المعقول المدرك بالرأي. ولا اعتبار بالرأي في مقابلة النص كما لا يخفى على من لمع له بريق التوفيق وبصَّ.

وقوله الآتي بعد أسطر «وكذا لو أقر بوديعة دراهم أجود من الدين يصح. لأنه أقر بمثل الدين وزيادة فصح إقراره بمثل الدين. لأنه إقرار بالاستيفاء ولا يصح بالزيادة. لأنه لا يتعلق بالاستيفاء».

bu söz *et-Tatarhâniyye*'de izah edilen bir kurala dayanmaktadır ki, bu kural şudur: Üzerinde sağlıklı iken borç olan hastanın, borç veya vedîa ikrarında bulunması sahih olmaz. Yani sağlıklı iken ki borcu, ikrar ettiği bu yeni borç ve vedîaya takdim olunur. Sağlıklı iken alacakları hakkında olsa bile
5 alacağını aldığını ikrar etmesi sahih olur.”

Bu açıklama ile Şeyh'in “Borcun mislini ikrar etmesi sahihtir. Çünkü bu borcu tahsil ettiğini ikrar anlamına gelir. Bundan fazlasını ikrar etmesi ise sahih olmaz. Çünkü bunun, borcu tahsil etme ile ilgisi yoktur.” sözünün anlamının düğümü çözülmüş olur.

23. Üzerinde Sağlıklı Zamanına Ait Borcu Bulunan Hastanın Takas İkrarı

[**Teshîl**] İkrar edenin, hakkı karşılığında borçludan aldığını ikrar ettiği bin dirhem, tür ve vasıf olarak hakkının misli ise ikrarı sahih olur ve bu durumda takas ve borcun tahsili gerçekleşmiş olur. Bu konuda borçlu, ikrar edeni ister tasdik etsin ister yalanlasın durum değişmez. Çünkü iki borç
15 arasında denklik mevcut olup bu durumda borçlunun rızasının bulunup bulunmaması arasında fark yoktur. Hüküm böyledir; çünkü ikrar eden, herhangi bir mala izafe etmeksizin borcunu aldığını ikrar etse bu sahih olur. Bir mala izafe etmesi durumunda ise evleviyetle sahih olur. Attâbî'nin
20 *et-Telhîs*'i ile bunun şerhinde ve Hılâtî'nin *et-Telhîs* şerhinde bu şekilde ifade edilmiştir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Tartışma, muâvazanın ikrar edilmesi konusundadır. İki borcun birbirine denk olması durumunda borçlu, ikrar edeni yalanladığında ikrar edilen şeyin, borcun tahsili söz konusu olmaksızın tereke olması ve ikrar lehtarının da borcunu ödemesi gerekir. Çünkü
25 “Borçlunun yalanlaması bunun aksinedir.” sözünün izahında geçen şu ta'lîl, umumîdir: Hastanın muâvazayı ikrar etmesi, ikrar lehtarı için mülkiyetin sabit olmasını içerir. İkrar lehtarı hastayı yalanladığında içerdiği şeyle birlikte içeren bâtil olur, geriye terekeden bir aynın ikrarı kalır. Hastanın sağlık zamanındaki borçları ise bu ikrara engel olur. Dolayısıyla ikrar
30 edilen mal, ikrar eden borcunu tahsil etmeksizin tereke olur ki, bu ta'lîl sebebiyle borçların eşit olması hâli de aynı şekildedir.

فنقول فيه إن هذا القول مبني على أصل قرر في التاتارخانية وهو «أن إقرار المريض الذي عليه دين الصحة بالدين أو الوديعة لا يصح، يعني يقدم دين الصحة عليهما وإقراره باستيفاء الدين يصح ولو في حق غرماء الصحة» انتهى.

٥ وبه انحَلَّ معنى قول الشيخ «فصح إقراره بمثل الدين لأنه إقرار بالاستيفاء ولا يصح بالزيادة. لأنه لا يتعلق بالاستيفاء».

٢٣. إقرار المريض الذي عليه دينُ الصَّحَّةِ بالمُقَاصَّةِ

[التسهيل] ولو كان الألف الذي أقرَّ بأخذه من المديون بحقه مثل حقه نوعاً ووصفاً صحَّ إقراره وتقع المقاصَّةُ والاستيفاءُ، سواء صدَّقه المديون في ذلك أو كذَّبه للماثلة بين الدينين، فيستوي فيه الرضاء وعدمه. وهذا، لأنه لو أقرَّ باستيفاء الدين من غير إضافةٍ إلى عينٍ يصحُّ، فعند الإضافة أولى. كذا في تلخيص العتابي وشرحه وشرح تلخيص الخلاطي.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الكلام في الإقرار بالمعاوضة. ففي صورة المماثلة إذا كذَّبه المديون ينبغي أن يكون المقرُّ به تركةً من غير استيفاء الدين ويكونُ على المقرِّ له أداء دينه لعموم ما مرَّ في تقرير قوله «ضدَّ التكذيب» من التعليل بأن إقرار المريض بالمعاوضة كان متضمناً بثبوت الملك للمقرِّ له فإذا كذَّبه بطل المتضمَّن مع ما تضمنه بقبي إقراراً بعين من التركة فيمنعه دين الصحة فيكون المقرُّ به تركةً من غير استيفاء دينه فكذا صورة المماثلة بعين ذلك التعليل.

Denirse ki, ikisi arasındaki farkı şu şekilde cevaplamak mümkündür: İkrar lehtarının, ikrar edeni yalanlaması ile takas bâtil olunca, bu ikrarın oradaki meselede (hastanın ikrarı) değil de buradaki meselede borcun tahsil edildiğine hamledilmesi mümkündür. Çünkü oradaki meselede değil, buradaki meselede borçlar arasında denklik bulunduğu için buradaki meselede değil, oradaki meselede bir kayırma söz konusudur.

Derim ki: bunu şu şekilde reddetmek mümkündür: Alacağın tahsili, takas ikrarında da zımnen sabit olur. Dolayısıyla takas bâtil olunca ikrarın da bâtil olması gerekir.

Aklıma bu cevap geldikten sonra *el-Câmi'* şerhlerinden birinde “Borç, ikrar lehtarı üzerinde kalmakla birlikte ikrar edilen şey (mukarr bih) tereke olur.” şeklindeki sözlerimi açıkça ifade eden bir metin gördüm. Burada müellif şöyle demektedir: “Şayet ikrar eden kişi ‘Ben bunu hakkıma karşılık satın alma yoluyla aldım.’ der, borçlu da bu konuda onu tasdik eder ve borçludan alınan şey, borcun misli ya da daha fazla olursa bu ikrar sahihtir. Borçlu, ‘Alacağı bendedir, aldığını ikrar ettiği şey ise benimdir.’ diyerek ikrar edeni yalanlayacak olursa bu durumda borç, bulunduğu hâl üzere kalır ve ikrar edenin aldığını söylediği şey, tereke olur. Çünkü bu durumda borcun tahsili gerçekleşmemiş olup yapılan ikrar, malın ikrarı olarak kalır.”

Derim ki: bu açıklama ile borçların birbirine denk olması meselesinde iki rivâyet olduğu açığa çıkar. Daha önce izah ettiğimiz üzere belirtilen ilkenin gerektirdiğine binaen sahih olan, bu durumda bu ikrar ile borcun tahsil edilmemiş olmasıdır.

Fakat Attâbi'nin *et-Telbîs'*inde ve benzeri eserlerde belirtildiği üzere bana göre doğru olan, bu ikrar ile borcun tahsil edilmiş olmasıdır. Çünkü ikrarda bulunan kişinin bu ikrarı, -muâvaza ister gerçekleşsin ister gerçekleşmesin- muâvazadan önce ikrar edilen malın (mukarr bih) borçlunun mülkü olduğunu gösterir. İkrar lehtarı ise ikrar edeni, aynı ken-disine ait olduğu konusunda değil, takas konusunda yalanlamaktadır. Borçlunun iddiası uyarınca muâvazanın bâtil olmasından, ikrarda bulunanın iddiası uyarınca malın borçluya ait olmasının bâtil olması gerekmez. Bu durumda bir kimsenin vadeli bir borcu ikrar edip ikrar lehtarının vadeli olduğu konusunda onu yalanlaması gibi olur [ki, vadenin yalanlanması, borcun yalanlanması anlamına gelmez]. Aksine bundan evladır.

فإن قيل: يمكنُ الجوابُ بالفرق بينهما بأن المعاوضةَ إذا بطلت بتكذيبه يمكن الحملُ على الاستيفاءِ هنا لا ثمة لوجودِ المحاباةِ ثمة لا هنا للمماثلةِ هنا لا ثمة.

أقول: يمكنُ ردهُ بأن الاستيفاءَ يثبتُ أيضًا في ضمنِ الإقرارِ بالمعاوضةِ
٥ فينبغي أن يبطلَ بطلانه.

ورأيتُ بعد ما خطرَ لي هذا في بعضِ الجوامعِ نصاباً على ما قلتُ من كونِ المقرِّ به تركةً مع بقاءِ الدينِ على المقرِّ له حيث قال: لو قال «أخذتُ هذا شراءً بحقي» فإن صدَّقه الغريمُ وكان المأخوذُ من غريمه مثلَ الدينِ أو أكثرَ فهو صحَّ وإن كذَّبه وقال «دينُهُ عليَّ وما أقرُّ به فهو لي» فالدينُ عليه على حاله، وما أقرُّ به فهو تركةٌ. إذ الاستيفاءُ لم يثبت فبقي إقراراً بالعين.

أقول: قد ظهر بهذا أن في مسألةِ المماثلةِ روايتين. والصحيحُ بناءً على ما يقتضيه أصلهم المذكورُ هو عدمُ الاستيفاءِ لما قررناه.

ولكن الحقُّ عندي هو الاستيفاءُ كما في تلخيصِ العتَّابي ونحوه. لأن إقراره دَلٌّ على أن المقرِّ به ملكٌ لمديونه قبل المعاوضةِ سواء وقعت المعاوضةُ أو لا، وكذَّبه المقرُّ له في المعاوضةِ لا في كونِ العينِ ملكاً له. ولا يلزمُ من بطلانِ المعاوضةِ على زعمِ المديونِ بطلانُ كونِ العينِ للمديونِ على زعمِ المقرِّ. فصار كما لو أقرَّ بدينٍ مؤجلٍ وكذَّبه المقرُّ له في الأجل، بل أولى منه.

Zira ikrar edenin iddiasına göre takas olmaksızın malın mülkiyetinin ikrar lehtarına ait olduğu sabittir. Borç ikrarında ise durum bundan farklıdır. Çünkü vade, bazen akdin kendisinde şart koşulur. Bu durumda ikrar edenin iddiasına göre borç, sahibi için ancak vade ile sabit olur. Dolayısıyla bu ikrar ile tıpkı vadeli borç ikrarında olduğu gibi muâvaza bâtil olsa da ikrar lehtarı için mülkiyet sabit olur. Hatta burada mülkiyet evleviyetle sabit olur. Ancak ikrar edenin, siyah dirhemler borçlu olduğunu ikrar edip ikrar lehtarının ona yalanlayarak beyaz dirhemleri talep etmesi durumu bundan farklıdır. Çünkü siyah olanların ikrarı, [bu ikrar geçersiz sayıldığında] beyazların ikrar edilmiş olmasını gerektirmez.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu tercihi, borcun tahsil edilmemiş olmasına ilişkin delilin izahı hakkında söylenenleri gözden kaçırmamasından kaynaklanmıştır. Şöyle ki, üzerinde sağlıklı olduğu zamana ait borç bulunan hastanın, muâvaza ikrarı sahih olup elindeki malın başkasına ait olduğunu ikrar etmesi ise ister ikrar lehtarı kendisini tasdik etsin ister tekzip etsin sahih değildir.

Üzerinde durduğumuz meselede muâvaza bâtil olunca geriye elindeki malın başkasına ait olduğu şeklindeki ikrarı kalır ki, bu ikrar kendisinden açık bir ifade ile sadır olduğunda sahih olmaz. Bu ikrar, bu ikrara delâlet eden söz bâtil olmuşken kendisine iltizâmî delâlet ile ulaşıldığı hâlde nasıl sahih olabilir ki? İkrarda bulunanın elinde bulunan malın kendisine (ikrar lehtarı) ait olduğu konusunda ikrar lehtarının, ikrarda bulunanı tasdik etmesinin, kendisine (ikrar lehtarı) de bir faydası yoktur. Çünkü daha önce geçtiği üzere ikrarda bulunanın bu ikrarı, ikrar lehtarı ister kendisini tasdik etsin ister tekzip etsin sahih olmaz. Bu konular hakkında bilgisi olan ve düşünen kimse açısından açıktır ki, Şeyh'in, Attâbî'nin *et-Telhis*'indeki "bu ikrar ile borcun tahsilinin gerçekleştiği" şeklinde almış olduğu tercihin dayandığı nokta, iki borcun tür ve vasfı olarak birbirinin misli olması olup bu durumda borçlular borcu takas etmeseler de takas gerçekleşir.

Bizim burada üzerinde durduğumuz meselede ise ikrar edilen şey (mukarr bih), mal olup deyn değildir. Dolayısıyla meselenin hükmünün buna dayandırılması doğru olmaz.

إذ الملك كان ثابتاً للمقر له بدون المعاوضة في زعم المقر، بخلاف الدين. فإن الأجل قد يُشترط في نفس العقد، فحينئذ لا يثبت الدين لرّبه إلا بالأجل في زعم المقر. فيثبت الملك للمقر له وإن بطلت المعاوضة، كما في الدين المؤجل، بل أولى، بخلاف ما أقرّ بسود وكذّبه المقر له وطلب البيض. إذ الإقرار بالسود لا يستلزم الإقرار بالبيض. ٥

[فاضل أمير] نقول: هذا الترجيح منه ذهول عما قيل في تقرير دليل عدم الاستيفاء من أن إقرار المريض الذي عليه دين الصحة بالمعاوضة صحيح وإقراره بعين في يده أنه لغيره لا يصح سواء صدقه المقر له أو كذبه.

ففيما نحن فيه إذا بطلت المعاوضة بقي الإقرار بعين في يده أنه لغيره.

وهذا الإقرار لا يصح إذا صدر عنه نصا وصريحا. فكيف، وهو مدلول عليه ١٠

بدلالة الالتزام وقد بطل ما هو الدال عليه ولا يجدي عن المقر له تصديقه

المقر في كون العين له لما سبق أن هذا الإقرار لا يصح صدقه المقر له أو

كذبه. ولا يخفى على المتدرب المتدبر أن ما أخذه من اختيار ما في تلخيص

العتابي من وقوع الاستيفاء فمبناه على كون الدينين مثلين نوعا ووصفا فتقع

المقاصة وإن لم يتقاصا. ١٥

وفي مسألتنا هذه أن المقر به عين لا دين. فلم يصح بناء الحكم في المسألة

على هذا.

Şeyh'in "Bu tıpkı bir kimsenin vadeli bir borcu ikrar etmesi gibidir." şeklinde verdiği örnek ise açık değildir. Çünkü "Benim ona vadeli bin dirhem borcum vardır." sözünde olduğu gibi borcun vadeli olduğunu ikrar etmek, borçlu tarafından -sözün baş tarafı ile üzerinde peşin bin dirhem zahiren sabit olduktan sonra- bir iddia ile [ki, o da borcun vadeli olduğudur] açıkça zikredilmiş olup bu ikrar, iltizam ve tazammun yoluyla sabit olan bir ikrar değildir.

Fakat bizim burada üzerinde durduğumuz meselede ikrar edilen şeyin, borçlunun mülkü olduğu, ikrar edenin muâvaza ikrarından iltizamî delâlet ile anlaşılmaktadır. Dolayısıyla iki mesele birbirinden farklıdır. Kaldı ki, fakihlerin "Bir şey bâtil olduğunda zımnındaki şey de bâtil olur." şeklinde ifade ettikleri ilke, birçok konuda kendisine başvurdukları yerleşik bir ilkedir.

Şeyh'in benimsemiş olduğu görüş ise bu kurala aykırıdır. Zira o, bu ikrar ile zımnen sabit olan borcun tahsilinin bâtil olmadığını kabul etmekte, bununla birlikte hastanın bunu (borcun tahsilini) içeren muâvaza ikrarını bâtil saymaktadır.

Sonuç olarak bu izahtan anlaşılan, hastanın "Bu elimdeki bin dirhemi, borçludan hakkıma karşılık olarak satın alma veya sulh yoluyla aldım." deyiş elindeki şeyin de cins ve vasıf olarak borcun misli olması ve borçlunun da bunun muâvazaa yoluyla alındığı konusunda ikrar edeni yalanlaması durumunda borcun tahsilinin sabit olmamasıdır.

24. İddetin Bittiği Konusunda Karı ve Koca Birbirini Doğruladıktan Sonra Kocanın Kadın Lehine Borç İkrarında Bulunması

[Teshîl] Mehrini aldığını ikrar eden kadın zifaktan sonra boşanır ve iddeti bittikten sonra ölürse ikrarı sahihtir. Çünkü kadının öldüğü sırada koca vâris değildir. İkrarın sahih olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinde ölüm vakti dikkate alınır.

İddet süresinde ölmesi hâlinde ise [a] eğer talâk rec'î ise kadının ikrarı bâtil olur ve kocadan alınan mehrin tamamı alacaklılar arasında taksim edilir. Çünkü rec'î talâk, nikâhı ortadan kaldırmadığı için bu durumda koca, kadının ölümü sırasında ona vâris olur. Hasta olan kadının, vâristeki alacağını kabzettiğini ikrar etmesi, -her ne kadar bu alacak mal olmayan bir şeyin bedeli olsa da- sahih olmaz. [b] Talâk bâin ise bu ikrar sağlıklı hâlindeki borçları oranında alacaklılar hakkında töhmet sebebiyle bâtil olur. Çünkü boşamamış olsaydı koca kadına vâris olacağı için kadının mehri kabzettiğini ikrar etmesi sahih olmazdı.

وما ذكره من التمثيل بما لو أقر بدين مؤجل فليس بظاهر. لأن الإقرار بكون الدين مؤجلاً في قوله «له علي ألف مؤجل» مصرح به مذكور على الادعاء منه بعد ثبوت الألف الحال عليه ظاهراً بصدر الكلام ليس بمدلول عليه بالالتزام والتضمن.

٥ وأما فيما نحن فيه كون المقر به ملكاً للمديون مما يفهم من إقراره بالمعاوضة بدلالة التزامية. وأين هذا من ذلك، على أن قولهم «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه» أصل مقرر عندهم يستدلون به في مواضع كثيرة. وفيما أخذه الشيخ تخلف هذا الأصل. إذ هو يقول بعدم بطلان الاستيفاء المتضمن مع بطلان إقرار المريض بالمعاوضة المتضمن.

١٠ فغاية ما تقرر من هذا التقرير هو أن لا يثبت الاستيفاء فيما قال المريض أخذت هذا الألف الذي في يدي من المديون بحقي شراء أو صلحا وكان ما في يده مثل الدين جنساً ووصفاً وكذبه المديون في كونه مأخوذاً بالمعاوضة.

٢٤. تصادق الزوجين على مضيّ العدة من الطلاق ثم إقرار الزوج بدين لها

[التسهيل] ولو أقرت بقبض مهرها ثم طلقت بعد الدخول، فإن ماتت بعد العدة صحّ إقرارها. لأنه عند الموت ليس بوارث. والمعتبر في صحة الإقرار وعدمها وقت الموت.

٢٠ وإن ماتت في العدة، فإن كان الطلاق رجعيّاً بطل إقرارها ويؤخذ من الزوج جميع المهر فيكون بين الغرماء. لأنه وارثها عند الموت. إذ الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح، وإقرار المريض بقبض دين الوارث لا يصحّ وإن كان بدلاً عما ليس بمال. ولو كان الطلاق بائناً، فكذلك يبطل إقرارها في حقّ الغرماء بقدر دين الصحة للثمة. وذلك، لأنه لو لم يطلّقها لم يصحّ إقرارها بقبض المهر، لأنه وارث.

Kadını boşadığında ise kocanın bu boşamayı, kadının alacağını aldığı konusunda kendisi (koca) lehine ikrarını sahih hâle getirmek için sebep hâline getirmesi ihtimali mevcuttur. Dolayısıyla alacaklıların hakkı konusunda bu ikrara töhmet ilişir. Bu durumda koca, alacaklılar hakkında vâris gibi kabul edilir, dolayısıyla sağlıklı hâlindeki borçları miktarınca kadının ikrarı sahih olmaz ve sağlıklı hâlindeki alacakların sahipleri alacaklarını kadının elinde olan mallardan ve mehirden alırlar. Sonra eğer bunlardan bir şey artarsa mehre ve kocanın kadından aldığı mirasa bakılır. İkisinden hangisi daha az ise o, kocaya teslim edilir. “Töhmetten dolayı” ifadesi, “Talâk bâin ise aynı şekilde sağlıklı hâlindeki borçları miktarınca alacaklılar hakkında bu ikrar bâtil olur.” sözünün delilidir.

Meşâyihimiz şöyle demiştir: Mehir ve mirastan daha az olanın kocaya verileceği görüşü Ebû Hanîfe'nin görüşüdür. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise kadının bu ikrarı, sağlıklı hâlindeki borçlarından sonra mal varlığının hepsi hakkında sahihtir. Yani kadının ikrar etmiş olduğu malların tamamında koca, diğer vârislere takdim edilir. Bu meselenin dayandığı kural şudur: Hasta koca, karısının isteği ile onu boşar da kadına bir borcu olduğunu ikrar ederse, Ebû Hanîfe'ye göre kadının mirastan hissesi ve kocasının, kendi lehine ikrar ettiği borçtan hangisi daha az ise kadın, ona sahip olur. Çünkü daha az olanda töhmet söz konusu olmaz. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise bu durumda kocanın ikrar ettiği borç miktarının tamamı, kadına ait olur. Çünkü bu durumda kadın yabancı biri olmuştur. *el-Câmi*'in bazı şerhlerinde, *el-Kâfi* ve benzeri eserlerde de bu şekilde geçmektedir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Kadının kocasından boşanmayı istediği meselenin hükmü ittifakla sabittir. Çünkü Züfer'in aksine bize göre kadın, ittifakla daha az olanı alır. İhtilaflı olan mesele ise koca sağlıklı olduğu zamanda talâkın gerçekleştiği konusunda karı ve koca birbirini doğruladıktan sonra kocanın, karısı lehine borç ikrarında bulunmasıdır. Bu durumda karı ve koca, kocanın sağlıklı olduğu zamandaki boşamanın iddetinin bittiği konusunda birbirini doğrulasa, sonra koca, karısı lehine borç ikrarında bulunsa ya da vasiyette bulunsa, bu durumda tıpkı kadının isteği ile kocasının hastalığında kendisini bâin talâkla boşamasında olduğu gibi Ebû Hanîfe'ye göre kadın, miras ve kocanın kendisi için ikrar ettiği borçtan daha az olanı alır. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise iddet bittiği için kadın, kocanın kendisi lehine ikrar ettiği borcu alır. Kadının, kocanın hastalığında kendisini bâin talâkla boşamasında ise durum bundan farklıdır. Zira kadının, kocasının boşamasını istediği meselede kocanın, kadın iddet beklerken ölümü farz edilmektedir. Burada üzerinde durduğumuz mesele ise boşamanın kadın tarafından istendiği mesele kabilindedir. Zira farz edilen durum, kocanın iddet süresinde ölmüş olmasıdır. Dolayısıyla *el-Câmi*'deki ifadenin zahirinden de anlaşıldığı üzere kadın, ittifakla miras ve ikrar edilen borçtan daha az olanı alır.

وإذا طَلَّقَهَا احتَمَل أن يجعلَ الطَّلَاقَ سَبَبًا لِتَصْحِيحِ إِقْرَارِهِ لَهُ بِالِاسْتِيفَاءِ، فَلِحَقِّهَا التَّهْمَةُ فِي حَقِّ الْغَرْمَاءِ، فَجُعِلَ الزَّوْجُ كَأَنَّهُ وَارِثٌ فِي حَقِّهِمْ، فَلَمْ يَصَحَّ إِقْرَارُهَا فِي قَدْرِ دَيْنِ الصَّحَّةِ، فَيَسْتَوْفِي أَصْحَابُ دِيُونِ الصَّحَّةِ دِيُونَهُمْ مِمَّا فِي يَدِهَا وَمِنَ الْمَهْرِ. ثُمَّ إِنْ فَضَّلَ شَيْءٌ يُنْظَرُ إِلَى الْمَهْرِ وَإِلَى مِيرَاثِهِ مِنْهَا فَيُسَلَّمُ لِلزَّوْجِ أَقْلُهُمَا. ٥ قوله «للتَّهْمَةُ» دَلِيلٌ لِقَوْلِهِ «وَفِي الْبَائِنِ بِقَدْرِ دَيْنِ الصَّحَّةِ إِخ.».

ثم قال مشايخنا: القولُ بالأقلِّ قولُ أبي حنيفة. وعندهما يصحُّ إقرارُها في الكلِّ بعد ديونِ الصَّحَّةِ أي يُقَدَّمُ الزَّوْجُ عَلَى الْوَرِثَةِ فِي جَمِيعِ مَا أَقَرَّتْ بِهِ. أَصْلُهُ أَنَّ الْمَرِيضَ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ بِسؤالِها ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنِ فَلِهَا الْأَقْلُ مِنْ نَصِيبِهَا مِنَ الْمِيرَاثِ وَمِمَّا أَقَرَّ بِهِ لَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. إِذْ لَا تَهْمَةُ فِي الْأَقْلِ. ١٠ وعندهما لها جميعُ ما أَقَرَّ بِهِ. لِأَنَّهَا صَارَتْ أَجْنَبِيَّةً. كَذَا فِي بَعْضِ شَرْحِ الْجَامِعِ وَفِي الْكَافِي وَنَحْوِهِ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: مسألةُ سؤالِها الطَّلَاقَ وَفَاقِيَّةً. لِأَنَّهَا تَأْخُذُ الْأَقْلَ عِنْدَنَا وَفَاقًا خِلَافًا لَزَفَرٍ. وَالْخِلَافِيَّةُ هِيَ مَسْأَلَةُ التَّصَادُقِ عَلَى الطَّلَاقِ فِي الصَّحَّةِ ثُمَّ الْإِقْرَارِ. فَإِنَّهُمَا لَوْ تَصَادَقَا عَلَى مُضَيِّ الْعِدَّةِ مِنَ الطَّلَاقِ فِي الصَّحَّةِ ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا أَوْ أَوْصَى فَلِهَا الْأَقْلُ مِنَ الْإِرْثِ وَمِمَّا أَقَرَّ بِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، كَمَا لَوْ بَانَهَا بِسؤالِها فِي مَرَضِهِ. وَعِنْدَهُمَا لَهَا مَا أَقَرَّ بِهِ إِذْ لَا عِدَّةَ بِخِلَافِ الْإِبَانَةِ بِسؤالِها فِي مَرَضِهِ فَإِنَّ الْفَرَضَ فِي صُورَةِ السُّؤَالِ مَوْتُهُ فِي الْعِدَّةِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ قَبِيلِ مَسْأَلَةِ السُّؤَالِ إِذْ الْفَرَضُ أَنَّهُ مَاتَ فِي الْعِدَّةِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لَهَا الْأَقْلُ وَفَاقًا كَمَا هُوَ ظَاهِرُ الْجَامِعِ.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu açıklaması, meşâyihe yönelik bir itirazdır. Zira onlar şöyle demişlerdir: “Kadın, mehrini kabzettiğini ikrar edip zifaktan sonra boşanarak iddet beklerken ölür ve talâk da bâin olursa bu durumda kadının bu ikrarı, alacaklılarının hakkı konusunda bâtil olur ve alacaklılar, alacaklarını kadının elindeki maldan ve mehirden alır. Eğer bir şey artacak olursa mehir ve kocaya kadından düşen mirasa bakılır. Bunlardan hangisi daha az ise o, kocaya teslim edilir.”

Onlar, bu meselede mehir ve mirasın az olanını kocaya vermeyi, Ebû Hanîfe'nin görüşü olarak kabul etmişler ve şöyle demişlerdir: Bu mesele, ihtilaflı bir asıldan kaynaklanan bir mesele olup bu da “kadının, hasta olan kocasından kendisini boşamasını isteyip kocasının da onu boşaması ve sonra da kocanın kadına borcu olduğunu ikrar etmesi” meselesidir. Durum şudur: “Kadının kocasından kendisini boşamasını istemesi” meselesinde koca, kadın iddet beklerken ölürse bu durumda üç imama göre de kadın, ikrar edilen borç ve mirastan hangisi daha az ise onu alır. Dolayısıyla hasta kadının mehrini kabzettiğine ilişkin ikrarının, kocasından kendisini boşamasını istemesi meselesinin fûrû'u olmasından çıkan sonuç, ikisinden daha az olanın kocaya verilmesinin üç imamın görüşü kabul edilmesidir.

Şeyh'in sunduğu açıklamanın özü budur. Dikkatle inceleyen kişi için açıktır ki, bu meşâyihiin anılan görüşü, muteber kitapların çoğundaki ifadelere aykırıdır. Zira Mergînânî, *el-Hidâye*'de şöyle demiştir: “Koca hastalığında, karısını onun isteği ile üç talâk ile boşar, sonra da kadın lehine bir borç ikrarında bulunur ya da onun lehine bir vasiyette bulunursa, bize göre kadın, bundan ve mirastan hangisi daha az ise onu alır.”¹ Diğer muteber kaynaklarda da bu şekilde geçmektedir.

“Kadının, kocasından kendisini boşamasını istemesi” meselesinde Ebû Yûsuf ve Muhammed'den başka bir görüş sabit olsaydı, meşâyihiin görüşünün bir açıklaması olurdu. Ebû Yûsuf ve Muhammed'den bu ilmin muteber kaynaklarında olanın dışında başka bir görüş rivâyet edilmediğine göre Şeyh'in, meşâyihten naklettiği görüşe bir açıklama getirmek yersizdir. Bu durumda ancak İbn Nüceym'in *el-Babru'r-Râik*'te “Fâsit Şartla Bâtil Olan ve Şarta Bağlanması Sahih Olmayan” başlığı altında söylediği şu söz söylenebilir: “Çokça vaki olmaktadır ki, bir müellif kitabında hatalı bir şey söyler, ondan sonra gelen meşâyihi de bu ibareyi değiştirmeksizin ve hatalı olduğuna dikkat çekmeksizin nakleder ki, bu ibarenin aslı, hata eden bir kişiye ait olduğu hâlde onu nakledenler çoğalır.”²

1 Mergînânî, *el-Hidâye*, II, 251.

2 İbn Nüceym, Zeynuddin b. İbrâhîm (ö. 970/1563), *el-Babru'r-Râik*, Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, Beyrut ty., VI, 201.

- [فاضل أمير] نقول: هذا اعتراض منه على المشايخ حيث قالوا فيما أقرت بقبض مهرها ثم طلقت بعد الدخول وماتت في العدة وكان الطلاق بائنا يبطل إقرارها في حق غرمائها ويستوفي أصحاب الديون ديونهم مما في يدها ومن المهر. وإذا فضل شيء ينظر إلى المهر وإلى ميراثه منها فيسلم للزوج أقلهما. ٥ وجعلوا دفع الأقل منهما إلى الزوج في هذه الصورة قول أبي حنيفة، وقالوا إن هذه المسألة من فروع أصل خلافي وهو مسألة سؤالها الطلاق من المريض وتطليقها ثم إقراره لها بالدين. والحال أن في مسألة السؤال إذا مات الزوج وهي في العدة فللمرأة الأقل من الدين المقر به ومن الميراث في قول علمائنا الثلاثة. فكان اللازم من كون إقرار المريضة بقبض مهرها إلى آخره، من فروع مسألة سؤالها الطلاق أن يجعل دفع الأقل إلى الزوج قول علمائنا الثلاثة. ١٠
- هذا تحقيق ما أورده الشيخ. ولا يخفى على المتتبع أن هذا القول من هؤلاء المشايخ مخالف لما في أكثر المعتمرات حيث قال في الهداية: «وإن طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا إلا على قول زفر». وكذا في سائر المعتمرات. ١٥
- فإن ثبت عن الإمامين قول آخر في مسألة سؤالها الطلاق فقد كان لقول المشايخ وجه وإن لم يرو عنهما غير ما كان في معتمرات الفن فلا مجال لتوجيه ما نقل عن المشايخ غير أن يقال مثل ما قاله المولى الفاضل ابن نجيم في البحر في بحث ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط: وقد يقع كثيرا أن مؤلفا يذكر شيئا خطأ في كتابه فيأتي من بعده من المشايخ فينقلون تلك العبارة من غير تغيير ولا تنبيه فيكثر الناقلون لها وأصلها لواحد مخطئ، انتهى. ٢٠

25. Kişinin, Sağlığında Sattığı Kölenin Semenini Kabzettiğini Hastalığında İkrar Etmesi

[Teshîl] Bir kimse, sağlığında sattığı kölenin semenini kabzettiğini hasta yatağında ikrar etse, doğru söylediği kabul edilir. Fakat hasta bir kimsenin birisine “Elindeki bu köle benimdi. Sana onu sağlığımda sattım ve semenini de kabzettim.” deyip zilyed olan kişinin de onu doğrulaması durumu bundan farklı olup bu durumda hastanın doğru söylediği kabul edilmez. Çünkü alım satım, birbirlerini doğrulamaları ile o anda (ikrar anında) ortaya çıkmıştır. Olaylar da ortaya çıktıkları vakte izafe edilir. Dolayısıyla akit o anda yapılmış (inşâ) gibi olur. Bu durumda alacaklıların hakkı, bu köleye ilişir ve hastanın alacağını tahsil ettiği ikrarı sahih olmaz ve ikrar lehtar (müşteri), köleyi ya da ikinci bir defa semenini iade eder. Ancak satıcının hastalığından önce kölenin öldüğü bilindiğinde ya da kölenin ona ait olduğu bilinmediğinde, hastalığı sırasında ikrar ettiğinde bu müstesnâdır, bu durumda ikrarı sahihtir ve köle ister satıcı elinde ister müşteri elinde iken ölsün müşteriye hiçbir şey lazım gelmez. Çünkü köle, ikrar edenin hastalığından önce öldüğünde alacaklıların hakkı bu köleye ilişmez. Şayet kölenin, ikrar edenin hastalığından önce mi, sonra mı olduğu bilinmez de ikrar zamanında ölmüş olursa bu durumda ikrarı sahih olmaz. Çünkü ölüm, sonradan meydana gelmiş (hâdis) olup en yakın zamana izafe edilir ve hastalandıktan sonra ölmüş gibi kabul edilir.

“Ya da kölenin ona ait olduğu bilinmediğinde” sözü, “kölenin öldüğü bilindiğinde” sözü üzerine atıftır ki, “ancak kölenin hastaya ait olduğu bilinmediğinde” anlamındadır. Çünkü yukarıda belirttiğimiz, satıcıya ait olduğu bilinen kölenin satımını ikrar etmesi durumunda söz konusu olur. Şayet köle, satıcıya ait olduğu bilinmeyecek şekilde meçhul ise ya da “Sağlığımda sana bir köleyi bin dirheme sattım ve sen de onu kabzettin, ben de semenini nakit olarak aldım.” demesi suretiyle satıcıya ait olmadığı bilinmeyecek şekilde meçhul ise bu durumda hasta, ikrarı konusunda tasdik edilir. Çünkü alacaklıların hakkı, hastaya ait olup olmadığı bilinmeyen meçhul bir şeye ilişmediği gibi aynı şekilde bunun bedeline de ilişmez. Dolayısıyla bu, hastanın malı olmayan bir şey karşılığında gerekli olan bir borç gibi olur.

٢٥. إقرار المريض بقبض ثمن العبد الذي باعه في صحته

[التسهيل] وإن أقرَّ بقبض ثمن عبدٍ باعه في صحته صدَّق، بخلاف ما لو قال المريض لرجلٍ «هذا العبدُ الذي في يدك كان لي بعته منك في صحتي وقبضتُ ثمنه» وصدَّقه ذو اليد فإنه لا يُصدَّق لظهور البيع في الحال بتصادقهما. والحوادثُ تضافُ إلى وقتِ ظهورها فصار كإنشائه في الحال، فيتعلَّقُ به حقُّ الغرماءِ، فلا يصحُّ إقراره بالاستيفاء، فيزُدُّ العبدُ أو الثمنَ مرةً أخرى إلا إذا عُلِمَ موتُ العبدِ قبلَ مرضِ البائعِ ثم أقرَّ في مرضه فإن إقراره يصحُّ، ولا يلزمه شيءٌ سواء مات في يد البائعِ أو المشتري. لأنه لما مات قبل مرضه لم يتعلَّقُ به حقُّ الغرماءِ. فلو جهل أنه مات قبل المرضِ أو بعده وهو ميتٌ وقتَ الإقرارِ لا يصحُّ. إذ الموتُ حادثٌ فيضافُ إلى أقربِ الأوقاتِ، فيجعلُ كموته بعد المرضِ.

قوله «أو جهل أنه له» عطَّفُ على قوله «عُلِمَ»، أي إلا إذا جهل أن العبدَ للمريض. فإن ما ذكرنا فيما إذا أقرَّ ببيعِ عبدٍ معروفٍ بأنه كان للبائعِ. فإن كان العبدُ مجهولاً بأن لا يُدرى أنه كان للبائعِ أو لا بأن قال «بعثُ في صحتي منك عبداً بألفٍ وقبضته وتقدتُ ثمنه» فإنه يصدَّق. إذ لا يتعلَّقُ حقُّ الغرماءِ بمجهولٍ لا يُدرى أنه للمريضِ أو لا، فكذا لا يتعلَّقُ ببديله، فصار كدينٍ وجبَ عما ليس بماله.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Fakihlerin “Kölenin hastaya ait olduğu bilinmiyor.” ve “Satıcıya ait olduğu bilinen kölenin...” şeklindeki sözleri, hasta ve müşterinin birbirini doğrulamaları bir yana bırakılırsa kölenin, hastaya ait olduğunun bilinmesini gerektirdiğini îmâ etmektedir. Buna göre hasta, müşterinin elinde olan ve kendisine ya da başkasına ait olduğu bilinmeyen bir köle hakkında “Sağlığımda elindeki bu köleyi sana satmış ve semenini kabzetmişim.” dese ve köleyi elinde bulunduran müşteri de onu doğrulasa bu durumda hastanın doğru söylediğinin kabul edilmesi ve semeni kabzettiği konusundaki ikrarının sahih olması gerekir. Çünkü hasta ve müşterinin birbirini doğrulaması bir yana bırakılırsa köle, hastanın olmakla maruf olmadığı gibi kölenin onun olduğu da bilinmemektedir.

Fakat bana göre zahir olan, bu tür bir durumda da hastanın ikrarının sahih olmamasıdır. Çünkü bu köle, hastaya ait olduğu konusunda hastanın ve müşterinin birbirini doğruladığı belirli bir köle olup alım satım da ikisinin birbirini doğrulaması ile ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla o anda yapılmış (inşâ) bir alım satım olarak değerlendirilir ve bu durumda da alacaklıların hakkı bu köleye ilişir. Muayyen olmayan kölede ise durum bundan farklıdır. Ya da şöyle denilir: Alacaklıların hakkı, muayyen olan köleye ilişir, meçhul olan köleye ilişmez. Meselenin “Hasta ‘Benden bir köle satın aldın.’ dese ikrarı sahihtir.” şeklinde tasvir edilmesinden akla ilk gelen şey, bizim bu söylediğimizdir. Çünkü alacaklıların hakkı meçhul olan köleye ilişmez.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu konuda imamlardan gelen rivâyetin aslından anlaşılan şudur: Hastanın sağlığında iken sattığını söylediği kölenin semenini aldığına ilişkin ikrarının sahih olmaması konusunda dikkate alınan, -hastanın bu ikrarı ve müşterinin de onu tasdik etmesi bir yana bırakılacak olursa- kölenin satıcıya ait olduğunun maruf olmasıdır. Birbirini doğrulamadan önce kölenin hastaya ait olduğu maruf olmasaydı, kölenin semenini kabzetme konusundaki ikrarı sahih olurdu.

Şeyh'in bu konudaki bakışı ise şöyledir: Her ne kadar söylediği bu sözden önce kölenin hastaya ait olduğu maruf olmayıp, bu sözü ve müşterinin de onu tasdik etmesi sebebiyle daha önceki günlerde ona ait olduğu bilirse de hastanın, semeni kabzettiği konusundaki ikrarı sahih değildir. Çünkü bu köle, hastaya ait olduğu konusunda ikisinin de birbirini tasdik ettiği muayyen bir köle olup, alım satım da ikisinin birbirini doğrulaması ile ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla bu alım satım o anda yapılmış (inşâ) kabul edilir ve alacaklıların hakkı bu köleye ilişir. Şeyh'in burada söylediği şeyin özü budur.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قولهم «لا يُدرى أنه للمريض» وقولهم «معروف» بأنه كان للبائع الخ» يُشعران بأن العبد ينبغي أن يكونَ معروفًا بأنه للمريض مع قطع النظر عن تصادقهما. فعلى هذا لو قال في حق عبدٍ في يد المشتري ولا يُعرف أنه للمريض أو لغيره «بعثك في صحتي هذا العبد الذي في يدك قبضتُ ثمنه» وصدّقه ذو اليد يلزم أن يصدّق المريض ويصحّ إقراره بقبض الثمن. إذ العبد ليس بمعروفٍ بأنه للمريض ولا يُدرى أنه له إذا قطع النظر عن تصادقهما.

ولكن الظاهر عندي أن لا يصحّ إقراره في مثله أيضًا لأنه عبدٌ معينٌ تصادقا على أنه كان للمريض وظهّر البيع بتصادقهما فيعتبر إنشاءً في الحال فيتعلّق به حقُّ الغرماء بخلاف غير المعين أو الحق يتعلّق بمتعين لا بمجهول. وما قلنا يتبادر إلى الفهم من تصوير المسألة بأنه لو قال «اشتريت مني عبداً» صحّ إقراره لأن حقّهم لا يتعلّق بعبدٍ مجهول.

[فاضل أمير] نقول: المفهوم من أصل الرواية أن المعتبر في عدم صحة إقرار المريض باستيفاء ثمن عبد قال ببيعه في صحته كون العبد معروفاً بأنه للبائع مع قطع النظر عن إقرار المريض هذا وتصديق المشتري إياه. فلو لم يكن كونه للمريض معروفاً قبل هذا التصديق صحّ إقراره بقبض الثمن.

وكان نظر الشيخ فيه هو أن لا يصحّ إقراره بقبض الثمن وإن لم يكن كون العبد للمريض معروفاً قبل هذا القول منه وعرف كونه له في الأيام السالفة بهذا القول والتصديق بناء على أنه عبد معين تصادقا على أنه كان للمريض وظهر البيع بتصادقهما فيعتبر إنشاءً في الحال فيتعلّق به حق الغرماء. هذا تحقيق ما ذكر هنا.

Burada doğru olan şudur: Şeyh'in söylediği, şayet mezhep imamlarından gelen bir rivâyet ise bu konuda söyleyeceğimiz bir şey yoktur. Bu durumda söylenen şey, bu mesele hakkında bir görüş olur. Böyle değil de aksine sözünün akışından anlaşıldığı üzere kendi görüşü ise bu durumda 5 şöyle denilir: Görünen o ki Şeyh, bu meselede fakihlerin meselenin başındaki sözlerine dayanarak zahir olanın ikrarın sahih olmaması olduğunu kabul etmiştir. Hastanın, birisine “Elindeki bu köle benimdi. Ben onu sana sağlığında satmış ve semenini de kabzetmişim.” demesi ve zilyed olan müşterinin de onu tasdik etmesi durumu bundan farklıdır. Çünkü bu 10 durumda hastanın doğru söylediği kabul edilmez. Zira ikisinin birbirini doğrulaması sebebiyle alım satım o anda ortaya çıkmış olur.

Bilen kimse açısından meselenin iki şekli arasında fark olduğu açıktır. Çünkü fakihlerin, alacağın tahsil edildiği konusundaki ikrarın sahih olmadığını söyledikleri birinci şekilde hastanın ikrarından ve zilyed olan müşteri- 15 rinin onu tasdik etmesinden önce kölenin hastaya ait olduğu bilinmektedir. Hasta ve müşterinin birbirini doğrulaması ile sabit olan ise sadece alım satımdır. Şeyh'in borcun tahsili konusundaki ikrarın sahih olmamasının zahir olduğunu kabul ettiği ikinci şekilde ise kölenin ikrar eden hastaya ait olduğu ve kölenin, ikisinin birbirini doğrulaması sebebiyle satıldığı açık 20 olup hastanın bu sözü söylemesinden ve zilyed olan müşterinin de onu tasdik etmesinden önce kölenin ikrarda bulunan hastaya ait olduğu bilinmemektedir. Dolayısıyla bu yönden iki mesele birbirinden farklıdır.

Fakihlerin ikinci şekilde borcun tahsili konusundaki ikrarı sahih kabul etmeleri, muhtemelen şundan kaynaklanmıştır: İkrardan önce 25 kölenin ikrarda bulunan hastaya ait olduğu bilinmediğinde alacaklıların hakkı, hastalığın başında bu köleye ilişmez. Diğer yandan hastanın, “Köle benimdi, onu sattım ve semenini de kabzettim.” demesi ve zilyed olan müşterinin de onu tasdik etmesi durumda kölenin, ikrarı sebebiyle ikrarda bulunan hastaya ait olduğunun sabit olduğunu ka- 30 bul edersek bunun bir anlamı yoktur. Şayet zilyed olan müşterinin hastayı tasdik etmesi sebebiyle kölenin hastaya ait olduğunun sabit olduğunu kabul edersek bu durumda da bir kapalılık söz konusudur.

فالحق هنا هو أن ما قال به الشيخ إن كان عن رواية من علماء المذهب فلا كلام لنا فيه ويكون هذا قولاً في هذه المسألة. وإن لم يكن كذلك بل كان عن رأي منه كما هو الظاهر من سوجه فيقال إن الظاهر أن الشيخ قال بظهور عدم صحة الإقرار في هذه الصورة آخذاً من قولهم في أول المسألة بخلاف ما لو قال المريض لرجل «هذا العبد الذي في يدك كان لي بعته منك في ٥ صحتي وقبضت ثمنه» وصدقه ذو اليد فإنه لا يصدق لظهور البيع في الحال بتصادقهما إلى آخره.

ولا يخفى على الخبير ما كان من الفرق بين الصورتين فإن في الصورة الأولى التي قالوا فيها بعدم صحة إقراره بالاستيفاء قد كان كون العبد للمريض معروفاً قبل إقرار المريض وتصديق ذي اليد وكان الثابت بتصادقهما ١٠ هو البيع فقط. وأما في الصورة الثانية التي قال الشيخ فيها بظهور عدم صحة إقراره بالاستيفاء فقد بان كون العبد فيها للمقر وبيعه بتصادقهما ولم يعرف كون العبد له قبل هذا القول منه والتصديق من صاحب اليد فافترقنا^١.

ولعل أن الفقه في تصحيحهم الإقرار بالاستيفاء في الصورة الثانية هو أن العبد إذا لم يعرف كونه للمقر قبل الإقرار لم يتعلق حق الغرماء به في أول المرض. ١٥ ثم فيما قال «كان العبد لي بعته وقبضت ثمنه» وصدقه ذو اليد إن قلنا بثبوت كون العبد للمقر بإقراره فلا وجه له. وإن قلنا بتصديق ذي اليد ففيه أيضاً خفاء.

Çünkü zilyed olan müşteri, kölenin, ikrarda bulunan hastanın mülkiyetinden çıktığı ve kendi mülkiyetine girdiği konusunda hastayı tasdik etmektedir ki, bu tür bir tasdik ile kölenin ikrar edenin mülkü kılınması ve alacaklıların hakkının bu köleye iliştiğini kabul etmek uygun olmaz. Dolayısıyla bu durumda kölenin semenini tahsil ettiğine ilişkin ikrarda bulunan hastanın ikrarının sahil olmaması sonucu çıkar ki, bunda bir sıkıntı ve darlık bulunduğu açıktır. Zira bundan şöyle bir sonuç çıkar: Bir kimse, bir köleyi ya da bir eşyayı satsa ve semenini kabzetse, sonra bundan mesela kırk yıl sonra hastalanıp hastalığı sırasında müşterinin yanında “Elindeki bu köleyi ya da bu eşyayı, sağlığında ben sana satmış ve semenini de kabzetmiştim.” diyerek ikrarda bulunsa, müşteri de “Evet, durum senin dediğin gibidir.” dese, bu durumda sağlıklı hâlindeki alacaklılarının hakkı konusunda bu kimsenin semeni kabzettiğine ilişkin ikrarı konusunda tasdik edilmemesi ve müşteriye de “Ya köleyi geri ver ya da semeni iade et.” denilmesi gerekir.

26. Hastanın Teberrua İlişkin İkrarının Bâtil Olması; Alacağını Aldığına İlişkin İkrarının Bâtil Olmaması

[Teshîl] Bir kimse, birisine “Ben sağlığında kıymeti bin dirhem olan bir köleyi sana hibe etmiştim veya sen kıymeti bin dirhem olan köleyi benden gasbetmiştin, köle senin elindeyken ölmüştü ve ben de sağlığında seni ibrâ etmiştim.” dese ve İkrar lehtari da onu doğrulasa, bu durumda ikrar lehtari kölenin kıymetini tazmin eder, ister kölenin ikrarda bulunana ait olduğu bilinsin ister bilinmesin, ister köle ikrarda bulunanın sağlığında isterse hastalığında ölmüş olsun tüm bu durumlarda ikrarda bulunan kimsenin ikrarı bâtil olur. Çünkü ikrarda bulunan, hastalığı sırasında hibe yapmaya (inşâ) ve ibrâyâ malik değildir. Çünkü bu şekilde bir tasarrufu teberru olur ki, bunu ikrar hakkı yoktur. Borcun tahsil edildiğini ikrar etmesi ise bundan farklıdır. Çünkü daha önceki bir alacağını hastalığı sırasında tahsil etme hakkı vardır ve aynı şekilde bunu ikrar etme hakkı da vardır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Denirse ki “Daha önce alacaklıların hakkının meçhul olan bir şeye ve bedeline ilişmediği geçmişti. ‘Sağlığında kıymeti bin dirhem olan bir köleyi sana hibe etmiştim.’ sözünde geçen köle, meçhul olup alacaklıların hakkı ne bu köleye ne de bedeline ilişir. Alacaklıların hakkı, kölenin bedeline ilişmediğinde de ikrar lehtarının hastayı doğrulamasında onların haklarını iptal etme gibi bir durum söz konusu olmaz. Dolayısıyla hastanın ikrarının sahil olması ve ikrar lehtarının da kölenin bedelini tazmin etmemesi gerekir.”

لأنه يصدقه في خروجه عن ملك المقر ودخوله في ملك نفسه فلا يناسب أن يجعل العبد بمثل هذا التصديق ملكا للمقر ويقال بتعلق حق الغرماء به فيترتب عليه عدم صحة إقرار المقر باستيفاء ثمنه مع أن فيه من الحرج والتضييق ما لا يخفى. إذ يلزم منه في أن رجلا إذا باع عبدا أو متاعا وقبض الثمن ثم مرض بعد أربعين سنة مثلا وأقر في مرضه في محضر من المشتري وقال إن هذا العبد أو هذا المتاع الذي في يدك بعته منك في صحتي وقبضت ثمنه وقال المشتري نعم أنه قد كان كما قلت أن لا يصدق الرجل في إقراره بقبض الثمن في حق غرماء الصحة وأن يقال للمشتري «رُدَّ العبدَ أو اذْفَعِ الثمنَ».

١٠ . ٢٦. بطلان إقرار المريض بالتبرع وعدم بطلان إقراره بالاستيفاء

[التسهيل] ولو قال «وهبُكُ قنا في صحتي قيمته ألف» أو قال «غصبتَه مني وماتَ في يدك فأبرأتك في صحتي» وصدَّقه المقرُّ له يضمنُ المقرُّ له ويبطلُ الإقرارُ في جميع الوجوه سواء كان العبدُ معروفاً أو مجهولاً مات في صحته أو مرضه. لأنه لا يملكُ إنشاءَ الهبةِ والإبراءِ في المرضِ. لأنه تبرُّعٌ، فلا يملكُ الإقرارَ به بخلافِ الاستيفاءِ. فإنه يملكُه في المرضِ، فكذا يملكُ الإقرارَ به.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل قد مرَّ أن المجهولَ لا يتعلَّقُ حقُّ الغرماءِ به ولا يبدلُه والقنُّ المذكورُ في قوله وهبُكُ قنا الخ مجهولٌ، فلا يتعلَّقُ حقُّهم به ولا يبدلُه. فإذا لم يتعلَّقُ حقُّهم ببدلِه لم يكن في تصديق المريضِ إبطالُ حقِّهم فيلزمُ أن يصحَّ إقرارُه ولا يضمنُ المقرُّ له.

Derim ki: fakihlerin “Alacaklıların hakları, bedele ilişmez.” derken kastettikleri şey, özel bir ilişmenin nefyedilmesi olup bu özel ilişme de alacaklıların bedelin mübdeline ilişkin haklarının bedele ilişmesidir. İşte nefyedilen özel ilişme, böyle bir ilişme olup mutlak anlamda ilişme değildir. Her ikisi de teberra mâni olmakla birlikte mukayyedin yokluğundan mutlakın da yokluğu gerekmez. İki ilişme arasındaki fark şudur: Özel ilişme, hastanın bedeli kabzettiği şeklindeki ikrarına engel olurken, mutlak anlamdaki ilişme, buna engel olmaz.

Çünkü bir kimse hastalığı sırasında bir şey satsa sonra da semenini kabzettiğini ikrar etse, bu ikrarı konusunda doğru söylediği kabul edilmez. Fakat sağlığında bir şey satıp bunun semenini hastalığı sırasında kabzettiğini ya da borçluyu ibrâ ettiğini ikrar etse, bu durumda bedeli kabzettiği konusundaki ikrarı sahih olur, fakat borçluyu ibrâ ettiği konusundaki ikrarı sahih olmaz. Çünkü alacaklıların hakkı, her ne kadar belirtilen semene, hastalığı sırasında sattığı şeyin semenine iliştiği gibi ilişmese de bu semene, ölenin terekesine dâhil olması açısından ilişir. Dolayısıyla bu şeyi teberra ettiği -ki, bu da borçluyu ibrâ etmesi ve bu şeyi hibe etmesidir- konusundaki ikrarı bâtil olur, fakat alacağını aldığı konusundaki ikrarı bâtil olmaz.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in verdiği cevabın özü şudur: Mukayyet olan ilişme, kuvvetli olması sebebiyle teberra ve alacağın tahsili konusundaki ikrara engel olur; mutlak olan ilişme ise zayıf olduğu için sadece teberra konusundaki ikrara engel olur, alacağın tahsili konusundaki ikrara engel olmaz.

27. Üç Oğlu Olan Hastanın, Elindeki Evi Oğlundan ve Yabancı Birinden Bin Dirheme Satın Alıp Semenini Ödemediğini İkrar Etmesi

[Teshîl] Üç oğlu olan hasta bir kimse, elinde bulunan evi oğlundan ve yabancı birinden bin dirheme satın aldığını, semenini ise ödemediğini ikrar etse ve oğlu ile o yabancı kişi onun doğru söylediğini, diğer iki oğlu da yalan söylediğini iddia etse bu durumda hastanın ikrarı bâtil olur. Çünkü bu, vâris lehine yapılmış bir ikrardır. Dolayısıyla evin semenini ödemesi gerekmez, ev de üç oğlu arasında her birinin hissesi, üçte bir olacak şekilde miras olur. Şuf'adar, babasını doğrulayan oğlun hissesini semenin üçte biri karşılığında alır. Babasını doğrulayan oğlun şuf'adardan aldığı semenin üçte birlik kısmı, kendisi ile yabancı arasında yarı yarıya ortak olur. Çünkü bu konuda ikisi birbirini doğrulamaktadır.

أقول: مرادهم بنفي التعلُّق بالبدلِ هو نفي التعلُّقِ المخصوصِ، وهو أن يتعلَّقَ حَقُّهم بالبدلِ الذي تعلَّقَ حَقُّهم بمبدله. والمنفِيُّ مثل هذا التعلُّقِ المخصوصِ لا التعلُّقِ المطلقِ. ولا يلزُمُ من انتفاءِ المقيدِ انتفاءُ المطلقِ وكلاهما يمنعان التبرعَ. والفرقُ بينهما أن التعلُّقَ المخصوصَ يمنع إقراره بقبضِ البدلِ، ولا يمنعه التعلُّقُ المطلقُ. ٥

فإنه لو باع شيئاً في مرضه ثم أقرَّ بقبضِ ثمنه لا يصدَّق. ولو باعه في صحته وأقرَّ في مرضه بقبضِ ثمنه أو بإبرائه فإنه يجوزُ إقراره بقبضه لا بإبرائه. لأن حَقَّهُم وإن لم يتعلَّقَ بالثمنِ المذكورِ كتعلُّقه بثمنِ شيءٍ باعه في مرضه لكن تعلَّقَ بذلك الثمنِ من حيث إنه من تركة الميت. فيبطل إقراره بالتبرع به وهو الإبراء والهبئة، ولا يبطل إقراره بالاستيفاء. ١٠

[فاضل أمير] نقول: خلاصة الجواب أن التعلُّقَ المقيدَ لقوته يمنع الإقرار بالتبرع والاستيفاء والتعلُّقَ المطلقَ لضعفه يمنع الإقرار بالتبرع فقط لا الإقرار بالاستيفاء.

٢٧. إقرار المريض وله ثلاثة بنين بشراء دار في يده بألف من ابنه ومن

أجنبي وعدم نقده الثمنَ

[التسهيل] ولو أقرَّ المريضُ بشراءِ دارٍ في يده بألفٍ من ابنه ومن أجنبيٍّ وبنوه ثلاثة ولم ينقُد الثمنَ وصدَّقه أي البائعان وكذَّبه الابنان بطلَّ الإقرارُ. لأنه لو ارث. فلا يلزُمُه ثمنُ الدار وكان الدارُ ميراثاً بين بنيه الثلاثة أثلاثاً. وأخذ الشفيعُ حظَّ الابنِ المصدِّقِ بثُلثِ الثمنِ، وكان ثلثُ الثمنِ الذي أخذه الابنُ المصدِّقُ من الشفيعِ مشتركاً بينه وبين الأجنبيِّ نصفين لتصادقهما على ذلك. ٢٠

Ölen adam geride bu evden başka bir mal daha bıraksa, bu mal da her birine üçte biri düşecek şekilde üç çocuğun olur. Bu maldan babasını doğrulayan çocuğun payına düşen üçte birlik kısım, ikisi evin semeninin tamamını alıncaya kadar kendisi ile yabancı arasında yarı yarıya taksim edilir.

5 Alacaklarından sonra bu maldan geriye bir şey kalırsa bu mal, miras hükmü gereğince babasını doğrulayan çocuğa teslim edilir. Müellif metinde bu noktaya “İkisi (doğrulayan oğul ve yabancı), oğlun vâris olduğu malda semen sebebiyle ortak olurlar.” sözüyle işaret etmiştir. Yani doğrulayan oğul, semenin, ölen üzerindeki alacakları olduğunu iddia ettiği için ortak olur. Borç ise

10 mirastan önceliklidir. Alacaklarının tamamı, kendilerine ulaşmadığı sürece doğrulayan oğula mirastan hiçbir şey verilmez. Bu hüküm, vâris olan oğlun ve yabancının hastayı ikrarı konusunda doğrulaması durumunda geçerlidir.

Yabancı, evde ortak olduklarını reddetse, bu durumda “hastanın ikrarı” konusunun başında geçen sebepten dolayı Muhammed’e göre hastanın

15 ikrarı sahihtir. Bunun özü şudur: Kural olarak hasta, vârisi ve yabancı biri lehine ortak bir borç veya mal ikrarında bulunduğu Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’a göre diğer vârisler onay vermediğinde hastanın bu ikrarı her hâlükârda bâtil olur. Muhammed’e göre ise ortak oldukları konusunda oğul ve yabancı birbirini doğrularsa ya da yabancı, ortaklık konusunda hastayı

20 doğrularsa, bu durumda Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’un dediği gibi hastanın ikrarı bâtil olur. Şayet oğul ve yabancı, ortaklık konusunda birbirini yalanlarsa ya da yabancı, ortak oldukları konusunda hastayı yalanlarsa, bu durumda Muhammed’e göre hastanın yabancı hakkındaki ikrarı sahih olur. Zira hastanın, yabancı hakkındaki ikrarının sıhhatine engel olan durum,

25 vârisin onunla ortak olmasıdır. Yabancı ortaklığı inkâr ettiğinde yabancıнын hissesinde ikrarın sıhhatine engel olan durum ortadan kalkar ve dolayısıyla hastanın, yabancı hakkındaki ikrarı sahih olur.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’un bu konudaki gerekçesi ise şudur: Hasta, bu ikisinin ortaklığını ikrar etmiştir. Dolayısıyla ortaklığın dışındaki durumlar

30 bağlayıcı olmaz. Yabancıнын ortaklığı inkâr ettiği durumlardan biri, yabancıнын “Ben ondan evin yarısını satın aldım, diğer yarısının kime ait olduğunu bilmiyorum.” deyip, lehine ikrarda bulunulan oğlun da bu konuda yabancıyı doğrulamasıdır. Yabancıнын “Diğer yarısının kime ait olduğunu bilmiyorum.” sözü, açık olarak ikrar lehtarları olan oğul ile ortaklığı nefyetmesi anlamına gelir. Dolayısıyla hastanın, yabancı hakkındaki ikrarı, Muhammed’e göre

35 sahihtir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’a göre ise sahih olmaz. İkisine göre hastanın, yabancı hakkındaki ikrarı bâtil olunca, birinci meselede söylediğimiz sebepten dolayı şüf’adar, semeninin üçte biri karşılığında evin üçte birini alır.

ولو ترك الميت مالا آخر يكون بين البنين أثلاثا. فما أصاب الابن المصدق يُقسم بينه وبين الأجنبي نصفين حتى يستوفيا تمام الثمن. فإن بقي شيء بعد دينهما سلّم ذلك للابن المصدق بحكم الأثر. وإليه أشار بقوله «وتضاربا بالثمن فيما يرث» أي الابن المصدق لزعمه أن الثمن دينٌ لهما على الميت. والدين مقدم على الإرث. فما لم يصل جميع الدين إليهما لا يسلم له شيء في الميراث. هذا إذا صدّقه الوارث والأجنبي.

ولو نفى الأجنبي الشركة صحّ محمد إقراره في حق الأجنبي، لما تقدّم في أوائل فصل إقرار المريض. وحاصله أن الأصل أن المريض إذا أقرّ لوارثه ولأجنبيّ بدينٍ مشتركٍ أو عينٍ بطل إقراره عندهما على كلّ حال إذا لم يُجزِ الورثة. وعند محمد إن تصادقا على الشركة أو صدّقه الأجنبي في الشركة بطل إقراره كما قالوا. وإن تكاذبا في الشركة أو كذبه الأجنبي في الشركة صحّ إقراره للأجنبي عنده. إذ المانع عن صحته في حق الأجنبي هو شركة الوارث. فلما أنكر الأجنبي الشركة ارتفع المانع في حصته فيصح.

ولهما أنه أقرّ بالشركة فلا يلزم غير الشركة ومن صور نفي الأجنبي الشركة أن يقول الأجنبي «بعثت منه نصف الدار ولا أدري أن النصف الآخر لمن كان» ويصدق الابن المقر له آياه. فجعل قوله لا أدري الخ بمنزلة نفي الشركة صريحا فصح إقراره في حق الأجنبي عند محمد لا عندهما فإذا بطل إقراره عندهما أخذ الشفيخ ثلث الدار بثلث الثمن لما قلنا في المسألة الأولى.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Birinci meselede geçtiği üzere Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre hastayı doğrulayan oğlun aldığı mirasta ikisinin semen sebebiyle ortak olması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh bu söylediğini sanki kendi dirâyeti gibi ifade etmiştir. Hâlbuki bu görüş, âlimlerimizden gelen bir rivâyettir.

et-Tatarhânîyye'de yabancının ikrar edeni ortaklık konusunda tasdik ettiği belirtildikten sonra şöyle denilmiştir: “Yabancı, ortaklık konusunda hastanın ikrarını ‘Evin yarısını ondan (ikrar eden hasta) beş yüz dirheme satın aldım. Fakat diğer yarısının kime ait olduğunu bilmiyorum.’ diyerek yalanlar, yabancı ile oğul arasında ortaklık bulunmaz ve oğul da ikrar ettiği ortaklık konusunda onu doğrularsa bu durumda Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre bu ve birinci durum eşit olup şufadar, evin üçte birini semeninin üçte biri karşılığında alır ve bu semen, oğul ile yabancı arasında ortak olur.”

Allah rahmet etsin Şeyh, birçok yerde mezhep imamlarından rivâyet edilen görüşleri, kendi görüşü olarak zikretmektedir. Bunun, fazla araştırma yapmamasından ve kaynaklara fazla müracaat etmemesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Aslında ehline malum olduğu üzere bu, değerli bir mertebe olup, ancak Allah Teâlâ'dan büyük bir lütfa mazhar olan kimselere müyesser olur. Lütuf O'nun elindedir, onu dilediğine verir.

Diğer yandan bu meseleye eserlerinde yer veren âlimler, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'tan yabancının, ortaklığın bulunduğunu söylemesi konusunda ikrar edeni doğrulaması ile ortaklığın olmadığını söylemesi arasında ayırım yapmadıklarını aktarmışlardır ki, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf, her iki durumda da şufadarın, doğrulayan oğlun hissesi olan evin üçte birini, semenin üçte biri karşılığında alacağını kabul etmişlerdir. Görebildiğimiz kadarıyla bu âlimlerden hiçbiri hem doğrulayan oğul hem de doğrulayan yabancı hakkında hastanın satın alma konusundaki ikrarı bâtil olmasına rağmen şufadarın, nasıl olup da doğrulayan oğlun payını aldığını ve yabancının payını alamadığını belirtmemişlerdir.

Bilen araştırmacılar açısından açık olduğu üzere şufadarın, oğlun ikrar edeni doğrulaması hâlinde -ki, bu durumda yabancı da ister ikrar edeni doğrulasın ister doğrulamasın fark etmez- oğlun hissesini alması, âlimlerin kabul ettikleri bir kurala dayanan fer'î meselelerden olup bu da *en-Nihâye*'de ifade edilen şu kuraldır: “İkrarın hükümlerinden biri de ikrarın ilkten bir temlik olmayıp, haber verilen şeyin başkasına ait olduğunu açığa çıkarmaktır. Öyle ki, bir kimse malik olmadığı bir şeyi ikrar etse, bu ikrarı sahih olup günün birinde bu şeye malik olduğunda bunu, ikrar lehtarına teslim etmesi emredilir.”

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يتضاربا عندهما بالثمن فيما يرث الابن المصدق على ما مرّ في المسألة الأولى.

[فاضل أمير] نقول: ذكره كأنه دراية منه وهو رواية عن علمائنا.

قال في التاتارخانية بعد ذكر تصديق الأجنبي المقر في الشركة: وإن كذبه الأجنبي في الشركة بأن قال الأجنبي «بعت نصف الدار منه بخمسمائة وأما النصف الآخر فلا أدري لمن كان» ولم يكن بينه وبين الابن شركة وصدق الابن إياه فيما أقر من الشركة فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف هذا والأول سواء ويأخذ الشفيع ثلث الدار بثلث الثمن ويكون الثمن بين الابن والأجنبي انتهى. فالشيخ المؤلف رحمه الله في كثير من المواضع يذكر ما هو المروي عن أصحاب المذهب على أنه رأي منه. والظاهر أن منشأه قلة التصفح والمراجعة على أنه مرتبة جليلة لا يتيسر إلا لمن اختص بفضل عظيم من الله سبحانه وتعالى كما لا يخفى على أهله. وإن الفضل بيد الله يؤتيه من يشاء.

ثم إن العلماء من المؤلفين الذين ذكروا هذه المسألة قد نقلوا عن الشيخين أنهما لم يفرقا بين تصديق الأجنبي المقر فيما قال من الشركة وبين نفيه الشركة. وقالوا في كلتا صورتين بأخذ الشفيع ثلث الدار الذي هو حظ الابن المصدق بثلث الثمن. ولم يذكر أحد منهم فيما رأينا وجه أخذ الشفيع حظ الابن المصدق وعدم أخذه حظ الأجنبي المصدق مع أن إقرار المريض بالشراء قد بطل في حق كل من الابن والأجنبي المصدقين.

ولا يخفى على المتتبع الخبير أن أخذ الشفيع فيما صدق الابن إياه سواء صدقه الأجنبي أيضا أو لا من فروع أصل مقرر عندهم وهو ما قال في النهاية «من حكم الإقرار إظهار أن المخبر به لغيره لا أنه تملك مبتدأ حتى لو أقر بشيء لا يملكه صح إقراره حتى لو ملكه يوما من الدهر يؤمر بتسليمه إلى المقر له» انتهى.

Bu açıklamadan şufadarın, doğrulayan oğlun, payını nasıl aldığı açığa çıkar. Çünkü oğul, evdeki hissesini babasına sattığını ikrar edip sonra evin üçte birine miras yoluyla malik olduğunda, önceki ikrarı devreye girer ve malik olduğu hisseyi şufadara vermesi emredilir. Zira evi sattığını ikrar etmesinin zımında şufadarın evi alma hakkı olduğunu ikrar etmiştir. Yabancı ise vâris değildir ve evden herhangi bir şeye de malik değildir. Dolayısıyla evi sattığını ikrar etmesinin devreye sokulması için bir alan yoktur.

Bizim anladığımız budur. Her alanı bilen üzerinde başka bir bilen vardır.

28. Hasta Mükâtebin, Efendisinden Sağlığı Zamanındaki Alacağını Kabzettiğini İkrar Etmesi

[Teshîl] Mükâteb, üzerinde sağlığı zamanında borç bulunduğu hâlde efendisinden sağlığı zamanındaki alacağını kabzettiğini ikrar edip borcu ödemekten âciz olarak ölse ikrarı bâtil olur ve bu borç efendisinden alınır. Çünkü mükâteb, borcunu ödemediğinde köle olarak ölmüş olur. Efendinin hakkının kölenin rakabesi ve kazancında olduğu ortaya çıkar. Bu durumda efendi ile ölen köle, vâris ve mûris gibi olur ki, tıpkı vârisin mûrise halef olması gibi efendi de kazançları konusunda köleye halef olur. Hasta kimsenin vârisinden borcu kabzettiği konusundaki ikrarı ise alacaklıların hakkı konusunda bâtil olur. Çünkü bu durumda mûrisin, vârisini diğer alacaklılara tercih etme töhmeti mevcuttur. Böyledir, çünkü borcun tahsil edildiğini ikrar, borcu ikrar etmektir. Zira borçlar, takas yoluyla misilleri ile ödenir. Vâris lehine ikrar sahih olmadığı gibi alacağın tahsil edildiğini ikrar da sahih olmaz.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Buna göre hasta mükâtebin, üzerinde sağlığı zamanına değil de hastalığı zamanına ait borç bulunduğu hâlde efendisinden sağlığı zamanındaki alacağını kabzettiğini ikrar etmesinin de sahih olmaması gerekir. Çünkü her ne kadar üzerinde sağlıklı zamanına değil de hastalığı zamanına ait borç olsa da hastanın, vâris lehine borç ikrarında bulunması sahih değildir. Çünkü böyle bir ikrar, vâris lehine bir menfaat sağlar ki, bu da ancak alacaklıların ve diğer vârislerin rızası ile câizdir. Dolayısıyla “üzerinde sağlığı zamanında borç bulunduğu hâlde” sözündeki “sağlık” ifadesinin, [bulduğunda hükmün bulunduğu, bulunmadığında hükmün bulunmadığı] bir kayıt olarak değil, sözgelisi olarak zikredilmiş olması gerekir.

فظهر منه وجه أخذ الشفيح حظ الابن المصدق لأن الابن لما أقر بيع حصته من الدار من أبيه ثم ملك من الدار الثلث بالإرث عمل إقراره السابق فكان مأموراً بدفع ما ملكه إلى الشفيح حيث أقر بأن للشفيح حق أخذ الدار بالشفعة في ضمن إقراره ببيع الدار والأجنبي لم يرث ولم يملك شيئاً من الدار فلم يكن لإعمال إقراره بالبيع مجال. ٥

هذا ما لاح لنا، وفوق كل ذي مجال مجال.

٢٨. إقراؤ المكاتب المريض باستيفاء دين الصحة من مولاه

[التسهيل] ولو أقرَّ بقبض دين الصحة من سيده وعليه دين الصحة فمات عاجزاً بطل إقراره ويؤخذ الدين من مولاه. لأنه لما مات عاجزاً مات قنأً. فظهر حق المولى في رقبته وكسبه، وصار بمنزلة الوارث مع مورثه. لأنه يخلفه في أكسابه كما يخلف الوارث مورثه. وإقراؤ المريض بقبض الدين من وارثه باطل في حق الغرماء لما فيه من تهمّة الإيثار. وهذا، لأن الإقرار بالاستيفاء إقراؤ بالدين. إذ الديون تُقضى بأمثالها بطريق المقاضاة. فكما لا يصح الإقرار بالدين للوارث لا يصح الإقرار بالاستيفاء.

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن لا يصح إقراؤ المكاتب المريض بقبض دين الصحة من سيده وإن كان عليه دين المرض لا الصحة. لأن إقرار المريض بالدين للوارث لا يصح وإن كان عليه دين المرض لا لصحة. لأن فيه نفعاً للوارث وهو لا يجوز إلا برضا الغرماء وبقية الورثة فينبغي أن يكون ذكر الصحة اتفاقياً لا قيداً.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu da fakihlerin, konuya ilişkin söylediklerinden anlaşılabilir bir husustur. Zira *et-Tatarhâniyye*'de hasta mükâtebin, efendisine ve yabancı birine borcu olduğu meselesi tasvir edildikten sonra şöyle denilmiştir: “Efendinin borcu, kölenin sağlıklı olduğu zamana, yabancının borcu da hastalıklı olduğu zamana ait olsa bile bin dirhem konusunda yabancı olan alacaklı, kölenin efendisinden daha fazla hak sahibidir.”

Bu açıklamadan fakihlerin “Borcun tahsil edildiğini ikrar, borcu ikrar etmektir.” sözlerinin bir gereği olarak anlaşılabilir husus şudur: Hasta mükâtebin üzerinde hastalığı sırasında yabancı birine borcu varsa, efendisi üzerindeki borçtan kendine ait olan alacağını aldığına ilişkin ikrarı sahih olmaz.

Diğer yandan Şeyh, bir kayıt olduğunun değil, sözgelişi olduğunun ortaya çıkmasına bağlı olarak meselede geçen birinci sihhatin de sözgelişi olduğuna değinmemiştir. Çünkü şurası açıktır: Alacaklıların hakkının ilişmemesine rağmen köle sağlıklı iken efendisinin kendisine borcu söz konusu olduğunda, yabancıya borçlu olan hasta mükâtebin, efendisinden alacağını aldığına ilişkin ikrarı sahih olmadığına göre, alacaklıların hakkının ilişmesi durumu söz konusu olduğunda kölenin hasta iken efendisinin kendisine olan borcunu ödediğine ilişkin ikrarının sahih olmaması, evleviyetle sabit olur.

Şöyle denilebilir: Ödendiği ikrar edilen efendinin borcunun, “kölenin sağlıklı zamanına ait bir alacak olması” ile kayıtlanması, hükmün -yani hastalık zamanına ait borcun ödendiğine ilişkin ikrarın, burhânî yolla sahih olmadığına- sabit olması içindir. Çünkü daha önce geçtiği üzere sağlıklı zamana ait borca alacaklıların hakkı ilişmez. Çünkü bu borç, alacaklıların hakkının ilişmediği muayyen bir malın bedelidir. Bedel mübdelin hükmünü alır ve hastalık dönemindeki borç alacaklıların hakkının iliştiği bir borçtur. Çünkü bu, alacaklıların hakkının iliştiği muayyen bir malın bedelidir. Dolayısıyla hasta mükâtebin, alacaklıların hakkının ilişmediği bir borcu tahsil ettiğine ilişkin ikrarı sahih olmadığına göre, alacaklıların hakkının iliştiği bir borcu tahsil ettiğine ilişkin ikrarının evleviyetle sahih olmaması gerekir.

[فاضل أمير] نقول: هذا أيضا مما يفهم من عباراتهم المسوقة في الباب حيث قال في التاتارخانية بعد تصوير إقرار المكاتب المريض بالدين للمولى ودين للأجنبي «فالأجنبي أحق بالألف من المولى وإن كان دين المولى دين الصحة ودين الأجنبي دين المرض» انتهى.

٥ فعلم منه بمقتضى قولهم «الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين» أن إقرار المكاتب المريض باستيفاء ما له على مولاه من الدين لا يصح إذا كان عليه دين المرض للأجنبي.

ثم إن الشيخ رحمه الله لم يتعرض لكون الصحة الأولى أيضا اتفاقا بناء على ظهور كونه اتفاقا لا قيدا لأن من البين أن دين الصحة للمولى مع عدم تعلق حق الغرماء به إذا لم يصح إقرار المكاتب المريض المديون للأجنبي ١٠ باستيفائه من مولاه فعدم صحة إقراره باستيفاء دين المرض للمولى وقد تعلق به حق الغرماء يثبت بالطريق الأولى.

ولا يبعد أن يقال إن تقييد دين المولى المقر باستيفائه بكونه دين الصحة ليثبت الحكم أعني عدم صحة الإقرار بالاستيفاء في دين المرض بالطريقة البرهانية لما تقدم أن دين الصحة لم يتعلق به حق الغرماء لأنه بدل عن عين ١٥ لم يتعلق به حق الغرماء وللبدل حكم المبدل وأن دين المرض مما تعلق به حق الغرماء لأنه بدل عن عين تعلق به حقهم فلما لم يصح إقرار المكاتب المريض باستيفاء دين لم يتعلق به حق الغرماء لزم أن لا يصح إقراره باستيفاء دين تعلق به حقهم بالطريق الأولى.

Az önce *et-Tatarhâniyye*'den “Her ne kadar efendinin borcu, kölenin sağlıklı olduğu zamana ait bir borç olsa bile...” şeklinde aktarılan ibare, bizim söylediğimizin doğruluğunu desteklemektedir. Çünkü bu ifadede geçen ‘in’ edatının kullanımı konusunda dilcilerden nakledilen ve sabit olan husus, bu edatın ancak belirtilen hükmün, belirtilenin zıddında evleviyet yoluyla sabit olduğu durumlarda kullanıldığıdır. Mesela “*Zeydun bahîlun ve in kâne zâ mâlin*: Malı olsa da Zeyd cimridir.” sözü böyledir. Dolayısıyla mezkûr ibarenin mefhûmu şöyle olur: Efendinin borcu, kölenin sağlıklı olduğu zamana ait bir borç değilse yabancı, evleviyet yoluyla daha fazla hak sahibidir.

29. İkrar Lehtarının, Mukirrin “Ben Senin Kölenim.” Şeklindeki İkrarını Önce Reddedip Sonra Tasdik Etmesi

[**Teshîl**] Bir kimse, birine “Ben senin kölenim.” der ve o kişi de bunu önce reddedip sonra doğrularsa *Câmi'us-Sağîr*'deki ifadenin aksine bu kimse o kişinin kölesidir. Çünkü kölelik, efendinin inkâr etmesiyle bâtil olmaz. Fakat borç ve mal, yalanlamakla bâtil olur. Buna göre zilyed olan “Bu, senin kölendir.” dese, diğeri de bunu önce reddedip sonra doğrularsa bunun üzeri- ne zilyed “Hayır, o benim kölemdir.” dese, köle zilyed olanındır.

Bir kimse birisinin köle olduğunu ikrar eder, sonra onu satar, sonra da azat edildiği ya da aslen hür olduğunu iddia ederse ifadelerindeki çelişki sebebiyle bu iddiası kabul edilmez. Şayet iddiasına delil getirecek olsa, -Ebû Hanîfe'ye göre dava, şart olsa da- ihtisansen kabul edilir. Zira azat, bozmayı kabul etmez.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Evla olan bu meselenin, tenakuzun, hürriyet iddiasına engel olmadığı ile ta'lîl edilmesidir. Çünkü hürriyet, kapalılığın söz konusu olduğu konulardan olup iddia sahibinin getirdiği delil kabul edilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu, detayları itibarıyla uzun bir mesele olup fakihler “haklar ve istihkak” konusunda buna “Bir şahıs, birine ‘Beni satın al, ben köleyim.’ dese, o da satın alsın ve ardından o şahsın hür olduğu açığa çıksa...” şeklinde yer vermişlerdir. Mergînânî ise *el-Hidâye*'de şöyle demiştir: “Meselenin bu şekilde vaz edilmesinde bir tür problem söz konusudur. Bu da şudur: Ebû Hanîfe'ye göre dava, kölenin hürriyeti için şarttır. Çelişki de davanın sıhhatine engel olur.”¹ Bu durumda şahsın hür olduğu nasıl ortaya çıkar?”

1 Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 67.

ويشهد على صحة ما قلنا العبارة المنقولة من التاتارخانية أنفا وهو قوله «وإن كان دين المولى دين الصحة»؛ لأن من الثابت المنقول عن الأدباء في استعمال كلمة «إن» هذه هو أنها لا تستعمل إلا فيما يكون ثبوت الحكم المذكور في ضد المذكور بالطريق الأولى، نحو قولك «زيد بخيل وإن كان ذا مال» فيكون مفهوم العبارة المذكورة أن الأجنبي أحق إن لم يكن دين المولى دين الصحة بل دين المرض بالطريق الأولى.

٢٩. ردّ المُقَرَّرِ له إقرارَ المُقَرَّرِ بقوله «أَنَا قَتُّكَ» ثمّ تصديقه

[التسهيل] ولو قال له «أنا قَتُّكَ» فردّه ثم صدّقه فإنه قَتُّه بخلاف الجامع الصغير إذ الرق لا يبطل بجحود المولى أما الدين والعين فيبطل بالتكذيب. فلو قال ذو اليد: هذا قَتُّكَ فردّه ثم صدّقه فقال ذو اليد: بل هو قني فهو لذي اليد. ولو أقرّ بالرقّ ثم باعه ثم ادّعى العتق أو حرّية الأصل لا يُقبل للتناقض ولو برهن يُقبل استحساناً وإن كان الدعوى شرطاً عند أبي حنيفة إذ العتق لا يُقبل النقض.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الأولى أن يُعلَّلَ بأن التناقض لا يمنع دعوى الحرية لأنها مما يجري فيه الخفاء فتقبل بينته.

[فاضل أمير] نقول: هذه مسألة طويل الذيل وأوردوها في باب الحقوق والاستحقاق بأن قالوا: شخص قال «اشترني فإني عبد» فاشترى فبان حراً. وقال صاحب الهداية: في وضع المسألة ضرب إشكال وهو أن الدعوى شرط عند أبي حنيفة رحمه الله لحرية العبد. والتناقض يمنع صحة الدعوى، فكيف يظهر أنه حر.

el-Hidâye'nin şârihlerinden muhakkik olanlar bu probleme “hür olduğu” ifadesindeki terdîd ile cevap vermişlerdir. Şöyle ki, bu ifade ile aslî hürriyet kastedilmiş ise buna iki şekilde cevap verilir. Yok, eğer bununla ârizî olan hürriyet kastedilmiş ise buna bir şekilde cevap verilir. Bu konuda detaylı bilgi için *el-Hidâye*'nin şerhlerine bakılabilir.

Allâme Nesefî, *el-Vâfi*'de şöyle demiştir: “Tenakuz, mülkiyet iddiasına engel teşkil eder; hürriyet, nesep ve talâk iddiasına engel teşkil etmez. Böyledir, çünkü hâkimin çelişkili söz ile hüküm vermesi mümkün olmaz. Zira çelişik iki sözden biri, diğerinden evlâ değildir. Dolayısıyla ikisi de düşer.”

Şöyle denilmesi uzak değildir: Tenakuzun davaya engel olması, iki sözün çelişik olup ikisinden birinde evleviyetin bulunmaması sebebiyle ikisinden birinin, diğerine tercihinin mümkün olmaması açısından olduğuna göre iki sözden biri nakz ve ilgayı kabul etmeyen bir kuvvete sahip olunca bu durum, bu sözün diğerine tercih edilme sebebi olur ve hâkim, ikrar edenin azat konusundaki sözünü ve buna ilişkin beyyinesini dinler. Bu durumda tıpkı azadın, kapalılığın söz konusu olduğu konulardan olmasının bir izah tarzı olması gibi bu izah da tenakuzun, azat iddiasını engellememesi konusunda başka bir izah tarzı olur ki, “Zira azat, bozmayı kabul etmez.” sözü, belirtilen bu izah tarzına işaret olur.

والمحققون من شراح الهداية أجابوا عن الإشكال بالترديد في قوله «حرا» بأنه إن أريد به الحرية الأصلية يتأتى عنه الجوابان. وإن أريد الحرية العارضة يتأتى عنه جواب واحد. ومن أراد الوقوف عليه فليراجع شروح الهداية.

وقال العلامة النسفي في الوافي: التناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق. وذلك لأن القاضي لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض إذ أحدهما ليس بأولى من الآخر فسقطا، انتهى.

فلا يعد أن يقال إن منع التناقض الدعوى لما كان من جهة أن الكلامين إذا تناقضا ولم يمكن^١ ترجيح أحدهما على الآخر بانعدام الأولوية في أحدهما فإذا كان أحد القولين ذا قوة لا تقبل النقض والإلغاء يكون هذا سبب ترجيح على القول الآخر فيسمع القاضي قوله بالعتق ويسمع بيته عليه فيكون هذا وجهاً آخر في عدم منع التناقض دعوى العتق كما كان كون العتق مما يجري فيه الخفاء وجهاً فيه فيكون قوله «إذ العتق لا يقبل النقض» إشارة إلى الوجه المذكور.

İCÂRE: KİRALAMA

1. İcârenin Kabzdan Sonra Ortaya Çıkan Kusur Sebebiyle Feshedilmesi

[Teshîl] Bilinmelidir ki, kira akdi, ayıp (kusur) muhayyerliği, şart muhayyerliği ve mazeret sebebiyle feshedilebilir. Ayıp muhayyerliği sebebiyle akdin feshedilebileceği hükmü icmâ ile sabittir. Kiraladığı evde oturmaya zarar verecek bir kusur tespit eden kiracı akdi feshedebilir. Zira kira akdinde akdin konusu menfaattir ve o da peyderpey ortaya çıkar. Bu sebeple tespit edilen kusur kabzdan önce ortaya çıkmış sayılır. Bu da tıpkı satın alınan malda kabzdan önce meydana gelen kusur gibi, kusur muhayyerliğini gerektirmektedir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Buna göre metinde geçen “Bir kusur tespit ederse...” ifadesi, sözü edilen kusurun hem eski kusuru hem kiralanan şeyin kabzedilmesinden sonra meydana gelmiş olan kusuru içine alacak şekilde genel olmasını gerektirir. Metinde kusur sebebiyle fesih muhayyerliğinin “Menfaat peyderpey ortaya çıkar...” ifadesiyle takrir edilmesi de sözü edilen kusurla kastedilenin kiracının elinde meydana gelen kusur olduğunu gösterir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh sözün sonunun, başından anlaşılana aykırı olduğunu söylemek istemektedir. Bu meseleyi şöyle ele almak mümkündür: [Menfaat peyderpey ortaya çıkar...” ifadesiyle yapılan] bu takririn Şeyh’in dediğini göstermesi kabul edilebilir. Ancak ilk anlaşılınan anlamla bunun arasında bir çelişki yoktur. Çünkü fesih gerekçesinin özellikle sözkonusu durumla ilgili olarak zikredilmesi, kusurun kabzdan önce gizli olması sebebiyledir. Kadim kusurun kabzdan önce olduğu ise zaten bellidir. Bu bakımdan böyle bir akdin feshinde sorun yoktur. Meselenin mahiyeti şudur: Şeyh’in [Teshîl metnindeki] “Kiraladığı evde oturmaya zarar verecek bir kusur tespit eden kiracı akdi feshedebilir.” ifadesinden anlaşıldığı üzere kiralanan şeyde bulunan kusur mutlak olup, bu kusur kabzdan önce bulunan eski bir kusur olabileceği gibi kabzdan sonra oluşmuş yeni bir kusur da olabilir. Her iki durumda da Şeyh’in dediği gibi kira akdi feshedilebilir. Onun bu sözüne şöyle bir itiraz gelebilir: Kabzdan önce var olan kusur şayet akdin feshedilmesine sebep oluyorsa bu anlaşılabilir bir şeydir. Ancak kabzdan sonra meydana gelen kusurun, bu kusurdan daha önce yapılmış olan akdin feshedilmesi için bir sebep teşkil etmesi izaha muhtaçtır. İşte *et-Teshîl* metninde Şeyh “Akdin konusu menfaattir ve o da peyderpey ortaya çıkar.” demek suretiyle buna cevap vermiş olmaktadır.

كتاب الإجارة

١. فسخ الإجارة بالعيب الحادث قبل القبض

- [التسهيل] اعلم أن الإجارة تُفسخ بخيار العيب والعدر والشرط؛ أما الأول فبالإجماع حتى لو استأجر دارًا فوجد بها عيبًا يضر بالسكنى فله الفسخ؛ إذ المعقود عليه هو المنافع وهي توجد شيئًا فشيئًا فما وجد من العيب يكون حادثًا قبل القبض فيوجب الخيار كما إذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض.
- ٥
- [الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا قوله: فوجد بها عيبًا، إلى آخره يقتضي أن يكون العيب المذكور فيه أعم من أن يكون قديمًا أو حادثًا بعد قبض العين المستأجرة، وتقديره بأنها توجد شيئًا شئًا، إلى آخره يدل على أن المراد بالعيب هو العيب الحادث في يد المستأجر.
- ١٠
- [فاضل أمير] نقول: يريد أن آخر كلامه يبين ما فهم من أوله. ويمكن أن يوجّه بأن دلالة هذا التقرير على ما قاله مسلمٌ ولكن لا منافاة فيه لما فهم أولًا؛ لأن تخصيص هذه الصورة بالتعليل لخفاء كون العيب فيها قبل القبض. وأما في العيب القديم فكونه قبل القبض ظاهر وأمر الفسخ فيه هيّن. وتحقيقه: أنه لما قال: «لو استأجر دارًا فوجد بها عيبًا يضر بالسكنى فله الفسخ» فهم منه أن وجود العيب في العين المستأجرة مطلقًا سواء كان عيبًا قديمًا موجودًا قبل قبض العين أو حادثًا بعد قبضها يكون سببًا لفسخ الإجارة كما قال به الشيخ. وكان يرد عليه أن العيب الموجود قبل قبض العين لو كان سببًا للفسخ فله وجه، وأما العيب الحادث بعد القبض فلا يرى له وجه في كونه سببًا لفسخ العقد المتقدم عليه فأشار إلى الجواب عنه بقوله: «إذ المعقود عليه هو المنافع وهي توجد شيئًا فشيئًا» إلى آخره.
- ٢٠

Sözün özü, burada kira akdinin gerek gizli gerekse açık kusur sebebiyle feshedilebileceği hükmü ifade edildikten sonra gizli kusur sebebiyle feshedilmesinin hükmü, delil zikredilerek özellikle ele alınmıştır.

2. Ücret ile Tazminin Bir Araya Gelmemesi

5 [Teshîl] Kiracı, filan yere gitmek üzere bir binek hayvanını on dirheme kiraladığını iddia etse ve henüz hayvana binmeden, kiraya veren de ücretin söz konusu mesafenin yarısına ait olduğunu söylese bu durumda ikisi de yemin eder ve kiracı hayvanı, kiraya veren de -şayet almışsa- ücreti geri verir. Taraflardan her biri iddialarını ispatlamak için beyyine getirirse, bize 10 göre söz konusu yere kadar kira ücretinin on dirhem olduğuna hükmedilir. Çünkü anlaşmazlık akdin on dirheme yapılmış olmasında değil mesafe konusundadır. Burada mesafenin fazlasını ortaya koyanın beyyinesi kabul edilir. [Mesafenin tamamı için on beş dirheme anlaşmış olurlar diyen] Züfer'in gerekçesi ise şudur: Kiraya verenin beyyinesi akdin, mesafenin 15 yarısına kadar on dirhem üzerinden yapıldığını ispatladığı için, -daha fazla olanı ispat edeni tercih kabilinden- onun beyyinesi kabul edilir. Çünkü bu beyyine ücretin fazlalığını ortaya koyuyor. Bu durumda mesafenin yarısına kadar olan on dirhem sabit olmuş olur. Diğer yandan kiraya veren, mesafenin yarısından ötesinin akde dâhil olduğunu inkâr ederken kirala- 20 yan -mesafenin yarısından ötesinin- beş dirhem olduğunu öne sürüyor. O hâlde bu konuda onun beyyinesi kabul edilir ve on beş dirhem mukabilinde o mesafeye kadar binme hakkı sabit olur. Bu görüş Ebû Hanîfe'nin ilk görüşü olarak da rivâyet edilmiştir. Belirlenen yeri aşması durumunda kiralayan, tazminle sorumlu olur. Mâlik dışındakiler, bu durumda kirala- 25 yanı, 'üzerinde anlaşılan ücret artı tazmin' ile 'üzerinde anlaşılan ücret artı aşılın mesafenin ücreti' arasında muhayyer bırakmamıştır. Çünkü tazmin gerçekleştirildikten sonraki menfaatler, tazmin edilmez. Mâlik'e göre ise kiraya veren muhayyerdir. İsterse tazmin ettirir ve fazla gittiği mesafenin ücretini almaz, isterse ücreti alır tazmin ettirmez. Çünkü tazminat konusunda 30 onun için iki seçenek ortaya çıkmıştır: Biri aynın tazmin ettirilmesi; diğeri de menfaatin tazmin ettirilmesidir. Bu durumda ikisinden birini seçer.

فغاية الكلام: خصّص الحكم الخفي بإيراد الدليل عليه بعد ترتيب الحكم على الخفي والجلبي.

٢. عدم اجتماع الأجر والضمان

[التسهيل] ولو ادعى إجارة دابة بعشرة إلى موضع كذا فقال المؤجر: إنما
 ٥ أجرتها إلى نصف ذلك الموضع مثلاً وهو لم يركب بعد تحالفاً وتراذلاً. ولو
 برهننا حكماً بعشرة إلى موضع كذا لا بخمسة عشر لاختلاف في المسافة لا في
 العقد بعشرة فالبينة لمن أثبت زيادة المسافة. وله^١ أن بينة المؤجر تُثبت العشرة
 إلى النصف فتقبل ترجيحاً لمثبت الأكثر؛ لأنها تُثبت زيادة الأجرة فتثبت العشرة
 إلى النصف ثم إنه يُنكر الإجارة فيما وراء النصف والمستأجر يُثبتها بخمسة فتقبل
 ١٠ بيته في ذلك فتثبت أن له الركوب إلى ذلك الموضع بخمسة عشر وهو رواية
 عن أبي حنيفة أولاً. وضمن لتعدي المكان المسمى. ولم يخيره بين الضمان
 مع الأجر المسمى وبين الأجر المسمى مع أجر ما زاد؛ إذ المنافع بعد أن صار
 ضامناً لا تضمن عندنا، ويتخير عن مالك إن شاء يضمّنه ولا يأخذ فضل الأجرة
 عما تجاوز وإن شاء أخذ فضل الأجرة ولم يضمّنه؛ لأنه قد اتجه له وجهان في
 ١٥ التضمين تضمين العين أو المنفعة فيختار أيهما شاء.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Fakihlerin: “Tazminle birlikte ücret olmaz.” sözleri ve bu meseleye ilişkin ifadeleri, “Belirlenen mesafenin ötesine geçtikten sonra telef olan hayvanı tazmin ederse, ücret tazminle bir araya gelemeyeceğinden, ücrete hiçbir surette hak kazanamaz.” anlamını vehm ettirmektedir. Oysa onların maksadı bu değildir. Bilakis bununla kast ettikleri şudur: Kiraya veren -anlaşılan yerden öte kısım için fazla olanı değil- belirlenen ücreti alır. Kiracı belirlenen mesafeyi geçtiği için de hayvanı tazmin eder ve belirlenen ücreti de verir. Çünkü belirlenen sınırı aştığı andan itibaren hayvanın kıymetini tazmin edince hayvanın sahibi kendisi olur; belirlenen mesafeden önceki kısımda ise akit mevcut olduğu için hayvan kiraya verenin mülkiyetindedir, dolayısıyla belirlenen ücreti alır. Bu durumda ücretin tazminle bir araya geldiği söylenemez. Çünkü ücret tazminden önce sabit olduğu için bir araya gelme söz konusu değildir. Bunun benzeri hususlar câizdir. Daha önce geçen “yolun bir kısmında akdi inkâr edip inkârdan önceki mesafenin ücretini, anlaşmaya uygun olarak, hak edeceği” meselesindeki ifadeler de bunu gösteriyor. Öyle ki akdi inkâr ettikten sonra hayvan telef olsa, kiraya veren hayvanın kıymetiyle birlikte, anlaşmaya uygun olarak, inkârdan önceki ücreti alır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Fakihlerimiz bu hükmü birçok yerde ifade etmişlerdir. Bu konuda sözün özü şudur: Bir kimsenin hem ücret hem de tazminle sorumlu olması, aynı cihetten olmayıp tazmin ayrı bir gerekçeyle, ücret de ayrı bir gerekçeyle olursa, haysiyetlerin değişmesi zatın değişmesi gibi kabul edildiğinden câiz olur. Söz konusu yerlerden birisinde Kâdîhân, *el-Fetâvâ* adlı eserinde kiracıya ücretin vâcip olduğu yerler başlığı altında şöyle demiştir: “Bir kimse bir seneliğine bir köleyi kiralayarak köleyi kabzediyor. Aradan altı ay geçtikten sonra kira akdini inkâr ederek kölenin, kendisine ait olduğunu iddia ediyor. Akdi inkâr ettiği gün kölenin kıymeti iki bin lira iken senenin sonunda bin liraya düşüyor ve köle, kıymeti bin lirayken kiracının elinde ölüyor. Hişâm'ın Muhammed'den naklettiğine göre bu durumda kiracı belirlenen ücreti öder ve kölenin bir yıldan sonraki kıymetini tazmin eder. Hişâm, naklettiği bu görüşe ilişkin olarak imamlarımız arasında bir görüş ayrılığından bahsetmemiştir. Kudûrî'nin zikrettiğine göre Ebû Yûsuf bu meselede inkârdan önceki altı aylık ücreti ödemesi gerektiğini, inkârdan sonraki süreç için bir şey ödemesinin vâcip olmadığını söylemiştir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قولهم: لا أجره مع الضمان وكذا عباراتهم في هذه المسألة قد توهم أنه إذا ضمن بتعدّي المكان المسمّى لا يكون له شيء من الأجرة أصلاً لأنها لا يجتمع مع الضمان وليس هذا مرادهم بل أرادوا أنه يأخذ الأجر المسمّى لا أجر ما زاد فيضمن لتعديه ويعطي الأجر المسمّى أيضاً لأنه لما ضمن ملك الدابة من حين التعديّ أما فيما قبل التعدي فهي في ملك الموجر والعقد قائم فيأخذ الأجر المسمّى، ولا يقال اجتمع الضمان مع الأجرة لأن الأجرة وجبت لما قبل الضمان فلا اجتماع ونحوه جائز كما يدل عليه ما مرّ في مسألة الإنكار في بعض الطريق من أنه يستحق أجر ما قبل الإنكار وفاقاً حتى لو تلفت ثمة بعد الإنكار أخذ أجر ما قبل الإنكار مع قيمة الدابة وفاقاً. ١٠

[فاضل أمير] نقول: هذا مما ذكره في مواضع عديدة. وخلاصة المقال في المقام: هو أن لزوم الضمان والأجر على واحد إذا لم يكن بجهة واحدة بل كان لزوم الضمان باعتبار حيثية ولزوم الأجر من حيثية أخرى فيجوز بناء على أن يجعل التغير بالحيثيات بمنزلة تغير الذات. ومن جملة تلك المواضع ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه في فصل «فيما يجب الأجر على المستأجر»: «ولو استأجر عبداً سنة وقبضه فلما مضى نصف السنة جحد الإجارة وادعاه لنفسه، وقيمة العبد يوم الجحود ألفان ومضت السنة وقيمته ألف درهم ثم مات العبد في يد المستأجر وقيمته ألف؛ روى هشام عن محمد: أن عليه الأجر ويضمن قيمة العبد بعد سنة ولم يذكر هشام فيه خلافاً. وذكر القدوري أن على قول أبي يوسف عليه أجر ما مضى قبل الجحود وليس عليه أجر ما بعد الجحود. ٢٠

Hişâm Muhammed'e tazmin ile ücretin bir arada nasıl olacağını sorduğunu, onun da burada bir araya gelme durumunun olmadığını söylediğini naklettikten sonra Muhammed'in, bu sözünüle kastının ne olduğunu şöyle açıklamıştır: Kiracı bir yıllık sürede köleyi icâre akdinin hükmüyle kullanmıştır. Bir yıldan sonra ise köle üzerindeki elin başkasının eli olduğunu inkâr etmiş [kölenin kendisine ait olduğunu iddia etmiş], kölenin sahibi de kiracının köle üzerindeki elinin kendi lehine olmadığını [yani kiracının gâsıp olduğunu] iddia etmiştir. Bu durumda kiracının köleyi iade etmesi, iade edemediğinde ise kölenin kıymetini tazmin etmesi gerekir.”¹

İmam el-Bezzâzî, Hişâm'ın Muhammed'den naklettiği bu ifadeyi şöyle açıklamıştır: Bu meselede ücret ile tazmin birleşmiş olmaz. Çünkü tazminin vâcip olmasının sebebi [kira süresi olan] bir yılın geçmesinden sonra kiracının, köleyi sahibine teslim etmemesidir. Ücret ise kölenin bir yıllık çalışması karşılığında sabit olmuştur. Bezzâzî'nin de dediği gibi tazminin gerekmesi, kiracının gasbenden olması itibarıyla. Zira kiracı, başkasından aldığı kölenin üzerindeki elinin, kendi eli (sahiplik) olduğunu iddia etmekle gasbenden olmuştur. Ücret vermesinin gerekmesinin sebebi ise icâre akdi ile köleyi bir yıl çalıştırmış olmasıdır.

Fâdıl-ı muhakkik Mısırlı İbn Nüceym'in *el-Babru'r-Râik'te el-Kenz* musannifinin [Nesefî] “Şahsen binmek üzere kiraladığı hayvana ikinci bir kişiyi bindirdiği için hayvan telef olursa, hayvanın kıymetinin yarısını öder.” sözünü şerh ederken söyledikleri, itibarlarının değişmesi durumunda tazmin ile ücretin bir arada olabileceğini göstermektedir: “Musannif (Nesefî), bu durumda ücretin vâcip olması hükmüne değinmemiştir. *en-Nihâye* ve *el-Muhit'te*, hayvan anlaşılan mesafeye ulaşıktan sonra telef olmuşsa, hayvanın yarısını tazmin etmekle beraber anlaşılan ücret de vâcip olur, denilmiştir. Bu meselede ‘Hem ücret hem de tazmin nasıl olur da beraber vâcip olur?’ denilemez. Çünkü biz tazminin ikinci bir kişinin binmesi sebebiyle; ücretin ise kendisinin binmesi ile vâcip olduğunu söylüyoruz.”² İbn Nüceym'in de dediği gibi ücretin gerekliliği, kiracının anlaşmaya uyması; tazminin gerekliliği ise bir başkasını da bindirmek suretiyle anlaşmaya muhalefet etmiş olması sebebiyledir.

1 Kâdihân, *el-Fetâvâ*, vr. 185b-186a.

2 İbn Nüceym, *el-Babru'r-Râik*, VIII, 15.

قال هشام: قلت لمحمد: كيف يجتمع الأجر والضمان؟ قال: لم يجتمعا. قال هشام: أراد بذلك أنه استعمله السنة بحكم الإجارة فلما مضت السنة ينكر أن يكون يده يد غيره وصاحب العبد لا يدعى يد المستأجر لنفسه فكان على المستأجر أن يرده فلما لم يرده فيضمن»، انتهى.

٥ وقد أوضح الإمام البزازي هذا القول من هشام توجيهها لما قاله محمد -رحمه الله- حيث قال: «ولا يلزم اجتماع الأجر مع الضمان؛ لأن الضمان يجب بعد السنة لعدم التسليم إلى المالك والأجر لعمله تمام السنة» انتهى. فكان وجوب الضمان عليه من حيث كونه غاصبا؛ إذ هو بادعاء كون يده يد نفسه فيما أخذه من غيره يصير غاصبا ووجوب الأجر عليه من حيث إعماله تمام السنة بعقد الإجارة. ١٠

ومنها ما ذكره الفاضل المحقق ابن نجيم^١ المصري في البحر الرائق في قول صاحب الكنز: «وإن عطبت بالإرداف ضمن النصف»: «ولم يتعرض المصنف لوجوب الأجر. والمنقول في النهاية والمحيط أنه يجب جميع الأجر إذا هلك بعد بلوغ المقصد مع تضمين النصف. ولا يقال: كيف اجتمع الأجر والضمان؟ لأننا نقول: إن الضمان لركوب غيره والأجر لركوبه بنفسه» انتهى. فكان وجوب الأجر عليه من حيث إنه وافق ووجوب الضمان من حيث إنه خالف. ١٥

İtibarları farklı olduğu zaman tazmin ile ücretin bir arada olacağına delâlet eden başka bir hüküm de yine İbn Nüceym'in, *el-Kenz* yazarının "Anlaşılan yükten daha fazlasını yüklemesi sebebiyle hayvan telef olmuşsa ilave yük miktarınca tazmin eder." sözüne binaen sarf ettiği şu ifadelerdir:

5 "Musannif [Nesefi], bu durumda hayvanın telef olmasıyla ücretin vâcip olması hükmüne değinmemiştir. *Gâyetü'l-Beyân*'da hayvanın telef olması hâlinde kira bedelinin tamamen vâcip olduğu ifade edilmiştir. Bu meselede 'Hem ücret hem de tazmin nasıl olur da beraber vâcip olur?' denilemez. Çünkü biz ücretin anlaşılan ücret mukabilinde vâcip olduğunu, tazminin

10 ise ilave yük sebebiyle gerektiğini söylüyoruz."

Özetle Şeyh'in "Derim ki" diyerek başladığı söz, zaten büyük fakihlerimiz söyleyedikleri bir hükümden ibarettir.

3. İcâre Akdinde Sürenin İşten Önce Zikredilmesiyle İşten Sonra Zikredilmesi Arasındaki Fark

15 [Teshîl] Bir kimse koyunlarını otlatmak üzere birini bir dirhem mukabilinde bir ay süreyle kiraladığında kiralanan kişi 'ecîr-i müşterek' (ortak işçi) olur. Önce ayı, sonra dirhemi zikretmek suretiyle "koyunlarını otlatmak üzere bir aylığı bir dirhem mukabilinde olmak üzere" birini kiraladığında ise kiralanan kişi 'ecîr-i hâs' (özel işçi) olur.

20 [Şeyh Bedreddin] Derim ki: İki mesele arasındaki farkı tespit etmenin zorluğu ortadadır. Ne var ki, böyle bir kiralama usulü kendi örflerine binaen yapılmışsa o başka. İki mesele arasındaki fark hususunda şöyle de denebilir: "İş'in zikredilmesi 'ecîr-i müşterek' olduğunun göstergesidir. Zamanın zikredilmesi ise ileride 'bir kimsenin terziyi, elbisesini bugün bir dirheme

25 dikmesi için kiralaması' meselesinde geleceği üzere, 'ecîr-i hâs' olduğunun göstergesidir. Burada tercih, vaktin önce zikredilmesi ve sonra zikredilmesine göre yapılmıştır. Çünkü bedellerin zikredilmesiyle tehir durumunda iş akdi tamam olmuştur. Vaktin zikredilmesi cehaletin izalesi amacına yöneliktir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in vaktin işten önce zikredilmesi ile işten sonra zikredilmesi arasındaki farkı tespit etmeyi zor bularak verdiği cevap hususundaki tereddüdünün dikkate değer bir gerekçesi görünmemektedir. Zira uzman olan ve kitap karıştıran kimselere aşıkâr olduğu üzere Hanefî mezhebinde yazılmış muteber metinlerin tamamı, iki mesele arasındaki farkın ne olduğu konusunda yapılan açıklamalarla doludur.

ومنها: ما ذكره الفاضل المذكور أيضا في قول المصنف «وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد» بقوله: «ولم يتعرض المصنف للأجر إذا هلكت وفي غاية البيان: أن عليه الكراء كاملا ولا يقال: كيف اجتمع الأجر والضمان؟ لأننا نقول: الأجر في مقابلة الحمل المسمى والضمان في مقابلة الزائد» انتهى.

وبالجملة أن ما عتونه الشيخ بلفظه «أقول» مما قال به العلماء الفحول. ٥

٣. الفرق بين ذكر الوقت قبل العمل وبين ذكره بعد العمل في الإجارة

[التسهيل] ولو استأجره لرعي غنمه بدرهم شهرا كان أجيرا مشتركا، ولو

استأجره لرعي غنمه شهرا بدرهم بأن قدم شهرا على درهم كان خاصا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الفرق بين المسألتين لا يخلو عن الصعوبة اللهم

١٠ إلا أن يكون ذلك بناء على عرفهم. ويمكن أن يقال: إن ذكر العمل دليل

الاشتراك وذكر الوقت دليل الخصوص كما يجيء فيما إذا استأجره ليخيط ثوبه

اليوم بدرهم فرجح بتقديم الوقت تأخيره لتمام العقد على العمل بذكر البدلين

في صورة التأخير فيبقى ذكر الوقت لإزالة الجهالة بخلاف تقديمه.

[فاضل أمير] نقول: استصعب الشيخ الفرق بين ذكر الوقت قبل العمل وبين

١٥ ذكره بعد العمل وتردده في الجواب مما لا يرى له وجه ظاهر؛ لأن عامة المعبريات

مشحونة ببيان الفرق بين الصورتين كما لا يخفى على من له خبرة وتصقح.

Şeyh -Allah ona rahmet etsin-, iki mesele arasındaki farkın bağlandığı noktayı sadece vaktin ücretten önceye alınması veya sonraya bırakılması olarak belirlemiştir. Oysa muteber fıkıh metinlerinde durum böyle olmayıp, farkın menşei ya vaktin hem iş hem ücrete birlikte takdim edilmesi veya sadece işe takdim edilmesi olarak ele alınmıştır. Nitekim Şeyh'in "İşin zikredilmesi, işçinin ecîr-i müşterek olduğuna; vaktin zikredilmesi ise ecîr-i hâs olduğuna delâlet etmektedir." şeklindeki sözü de dediğimize şahitlik etmektedir.

Gariptir ki Zeylaî,¹ Şeyh, Şeyh'in bu rivâyeti kendisinden aldığı kimse, *ed-Dürer* ve *el-Gurer*² müellifi ile *el-Kenz*'in bazı şârihleri, kiralanan kişinin ecîr-i hâs oluşuna, bir kimsenin, malum sayıdaki koyunlarını otlatması için bir adamı bir aylığına belirli bir ücretle tutması örneğini vermişlerdir. Kâdîhân *el-Fetâvâ*'sının fâsit icâreler bölümünde şöyle demektedir: "Ebû Hanîfe'den nakledilen sahih görüşe göre ücret, vakit ve amelden sonra zikrediliyorsa, amel önce veya sonra zikredilsin icâre fâsit olur. Buna mukabil önce vakit ardından ücret sonra da amel zikredilirse veya önce amel ardından ücret sonra da vakit zikredilirse akit fâsit olmaz."

el-Hakâik'te Kâdîhân'ın Ebû Hanîfe'ye nispet ederek tashih ettiği bu görüş *el-Fetâvâ'l-Hâniyye* ve *Câmi'ül-Mahbûbî*'den nakledilmiştir. Buna göre nasıl oluyor da mezhebin menkul sahih görüşü bu büyük âlimlere gizli kalıyor ve ecîr-i hâs için örnek verirken sahih olmayan bir görüşe göre örnek veriyorlar? Oysa onların şanına yakışan, ecîr-i hâssa örnek verirken "Bir kimse bir aylığına, bir dirhem karşılığında koyunlarını otlatması için bir adamı kiralasa..." diyerek verecekleri örneğin yerine Ebû Hanîfe'den sahih olarak nakledilen rivâyete uygun örnek vermeleri idi.

Molla Kuhistânî, *en-Nukâye* sahibi Sadruşşerîa'nın "Vakit ile ameli cem etmek sahih değildir." sözünü şöyle şerh etmektedir: "Bu sözde, ücretin amel ve vaktin arasında zikredilmesi hâlinde akdin sahih olacağına işaret vardır. Zira vakit veya ameli ücretle beraber zikretmekle akit tamam olur. Kalanı zikretmek ise [vakit zikrediliyorsa] kiraya konu olan amelin bir an önce yapılmasını temin etmek veya [amel zikrediliyorsa] ameli tayin etmek içindir. Bir kimsenin diğerine 'Seni bugün bir dirhem karşılığında şu kadarlık unu ekmek yapman için kiraladım.' demesi örneğinde olduğu gibi.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, V, 137.

2 Molla Hüseyin, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 236.

ثم إنه - رحمه الله - جعل مدار الفرق بينهما على تقديم الوقت على الأجر فقط وتأخير عنه وليس المذكور في أكثر المعتمرات هكذا بل منشأ الفرق بينهما إما تقديم الوقت على العمل والأجر معا أو على العمل وحده ويشهد عليه صدر كلام الشيخ أيضا حيث قال: «إن ذكر العمل دليل الاشتراك وذكر الوقت دليل الخصوص».

ومما يقضي منه العجب هو أن الزيلمي والشيخ المصنف ومن أخذ الشيخ هذا المروي عنه وصاحب الدرر والغرر وبعض شراح الكنز مثلوا لكون الأجير خاصا بنحو أن يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بأجر معلوم. وقد قال الإمام قاضيخان في الإجارة الفاسدة من فتاواه: «والصحيح من مذهب الإمام هو أن الإجارة فاسدة قدام العمل أو آخر إذا ذكر الأجر بعد الوقت والعمل، وأما إذا ذكر الوقت أولا ثم الأجر ثم العمل أو ذكر العمل أولا ثم الأجر ثم الوقت لا يفسد العقد» انتهى ملخصا.

وفي الحقائق ذكر هذا التصحيح ناقلا من الخانية وجامع المحبوبي فكيف خفي على هؤلاء الفحول ما هو الصحيح من المنقول فأتوا بمثال للأجير الخاص لا يكون صحيحا إلا على قول غير صحيح، فكان الأنسب بجلالة شأنهم أن يقولوا في تمثيله: «نحو أن يستأجر رجلا شهرا بدرهم لرعي غنمه» حتى يكون المثال على الوجه الصحيح عند الإمام.

وقال المولى القهستاني في قول المصنف: «ولا يصح الجمع بين الوقت والعمل»: وفيه إشارة إلى أن توسط الأجرة بينهما صح؛ لأنه بذكره أحدهما مع الأجرة تم العقد والباقي للتعجيل أو تعيين العمل كما إذا قال: استأجرتك اليوم بدرهم على أن تخبز لي هذا القفيز من الدقيق.

Ücreti zikretmek suretiyle akit tamamlanmadan önce amel ile vakit zikredilirse akit sahih olmaz. Çünkü bu durumda amel veya vakitten biri ücrete mukabil kılınmamıştır. Bir adamın diğerine 'Bu unu bana ekmek yapması için bugün bir dirheme bir adam kirala!' veya 'Seni bugün bana şu unu ekmek yapman için bir dirheme kiraladım.' demesi örneğinde olduğu gibi. Kirmâni de böyle demektedir. 'Seni bir dirheme bugün şu ekini istif etmen için kiraladım.' diyerek önce ücreti sonra ameli zikretse akit sahih olmaz. Çünkü *el-Münyê*'de de geçtiği üzere ücreti zikretmeye ancak ameli zikrettikten sonra ihtiyaç vardır."¹

Kuhistânî'nin ifadelerinden anlaşıldığı üzere ecâr-i hâssın kiralınması konusunda dört suret olup bunlardan ikisinde akit fâsit olur. Fâsit olan suretler, ücretin amel ve vakitten önce zikredilmesi veya ücretin hem amel hem de vakitten sonra zikredilmesidir. İki durumda ise akit câizdir. Bunlar, önce vaktin, sonra ücretin, sonra da amelin zikredilmesi veya önce amelin, sonra ücretin, sonra da vaktin zikredilmesidir.

4. Hacir Altına Alınmış Kölenin Çalışma Ücretini Hak Ediş Gereçesi

[**Teshîl**] Bir kimse mahcûr/kısıtlı bir köleyi bir aylığına kiralayıp bir ay çalıştırıp ücretini verse câiz olur. Kira akdi istihsânen sahih olduğu için kiracı ona verdiği ücreti geri alamaz. Çünkü köle, efendisine fayda getirecek tasarruflar bakımından değil zarar verecek tasarruflar bakımından hacredilmiştir. Kölenin işi bitirmesinden sonra kira akdi sahih olduğu için bu tasarruf, tıpkı kısıtlı köleye yapılan hibe gibi, efendi hakkında sırf menfaat sağlayan bir tasarrufa dönüşmüş olur. Zira icâre akdi sahih olunca, efendi açısından herhangi bir zarar söz konusu olmaksızın ücret efendi namına elde edilmiş olur. Şayet icâre akdi geçerli sayılmazsa ücret sabit olmaz ve bu, efendinin zararına olur. Bu yüzden yapılan akdin geçerli olduğuna hükmetmek gerekir. Kira akdi geçerli olunca kölenin ücreti kabz etmesi sahihtir. Çünkü akdi yapan odur. Ücreti kabzetmesi sahih olunca kiracının onu geri alma hakkı yoktur. İş yaparken kölenin ölmesi durumu ise böyle değildir. Bu durumda kiralayan onun kıymetini tazmin eder, yaptığı iş için ayrıca ücret ödemez. Zira kiralayan onu çalıştırmakla gasbetmiş gibi olur ve ölmesi durumunda kıymetini tazmin eder. Kıymetini tazmin edince de çalıştırmaya başladığı andan itibaren onun maliki olur ve böylece kendi kölesinin menfaatinden yararlanmış olacağından ücret ödemesi gerekmez.

1 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, s. 443.

فلو جمع بين العمل والمدة قبل تمام العقد بذكر الأجرة لم يصح؛ لأنه لم يتعين أحدهما للمقابلة بالأجرة كما قال: استأجرتك لتخبز لي هذا القفيز من الدقيق اليوم بدرهم أو استأجرتك اليوم لتخبز لي هذا الدقيق بدرهم كما في الكرمانى. وإن ذكر الأجرة أولاً ثم العمل بأن قال: استأجرتك بدرهم اليوم على أن تذري هذا الكدس لم يصح؛ لأن ذكر الأجرة إنما يحتاج إليه بعد العمل كما في المنية، انتهى.

ومن هنا ظهر أن هنا أربع صور ثنتان منها فسد العقد فيهما: ما ذكر فيها الأجر قبل العمل والوقت وما ذكر فيها بعد العمل والوقت، وثنتان منها جاز العقد فيهما: ما ذكر الوقت ثم الأجر ثم العمل وما ذكر فيها العمل ثم الأجر ثم الوقت.

٤. وجه استحقاق المحجور أجره عمله

[التسهيل] لو استأجر عبداً محجوراً شهراً فعمل فأعطاه الأجر جاز وليس له أن يأخذ منه أجراً دفعه لصحة الإجارة استحساناً؛ لأن العبد حُجر عن تصرف يضر بالمولى لا عن النافع، وصحة الإجارة بعد ما سلم العبد من العمل يتمحض نفعاً في حق المولى كالهبة من عبده المحجور؛ لأنها إذا صحت يحصل للمولى الأجر بغير ضرر يلحقه ولو لم تصح لا يجب الأجر ويتضرر المولى فوجب القول بالنفاذ، وإذا صحت الإجارة صح من العبد قبض الأجر؛ لأنه العاقد ومتى صح قبضه لم يكن للمستأجر أن يسترده منه ضد هلاك العبد في ذلك العمل فإنه يجب على المستأجر قيمته ولا أجر عليه فيما يعمل؛ إذ المستأجر صار غاصباً له باستعماله فيضمن قيمته عند هلاكه، وإذا ضمن قيمته صار مالكاً له من وقت الاستعمال فيصير مسوفياً منفعاً عبد نفسه فلا يجب عليه الأجر.

Kıyasa göre kısıtlı kölenin yaptığı kira akdinin câiz olmaması ve kirala-
yanın ona verdiği ücreti geri alması gerekir. Çünkü kısıtlının yaptığı akit
bâtıldır. Kiralanması da bâtil olacağından, kiralaayan kimse -tıpkı kısıtlı
kölenin iş esnasında ölmesi durumunda olduğu gibi- ücreti hak edemez.

5 **[Şeyh Bedreddin]** Derim ki: 'Kısıtlının akdi bâtildir' demek alelî-
lak sahih değildir. Çünkü akıllı kısıtlı kölenin fayda ve zarar ihtimali
bulunan tasarrufları bâtil olmayıp mevkûf, yani ilgilinin icâzetine kadar
askıdadır. Zahir olan 'Kısıtlının akdi bâtildir' sözünü, akıllıyı da içine al-
masıdır. Ancak bu sözdeki 'batıl' ifadesiyle, Allah bilir ya, akdin mevkûf
10 olmasının kastedilmiş olabileceği varsayılırsa o takdirde sırf yararına ol-
ması durumunda, zarar ihtimali ortadan kalkmış olacağından kısıtlının
yaptığı akdin, nâfiz olması gerekir. Nâfiz olunca da kıyasa göre, kiralaayan
kişinin ödediği ücreti geri alamaması gerekir.

Velhâsıl kıyas, akdin mevkûf olması durumunda kiralaayanın köleden
15 ücreti geri almasını gerektirir. Ücretin geri alınması akit mevkûf hâldey-
ken ücretin peşin ödenmesi durumunda tasavvur olunabilir. Fakat köle
iş yaptıktan sonra öderse, ne istihsâna ne de kıyasa göre ücreti ondan
geri alabilir. Dolayısıyla 'kısıtlının akdinin bâtil olduğu' şeklindeki mut-
lak ifade tam değildir. Doğrusunu Allah bilir.

20 **[Fâzıl Emîr]** Deriz ki: *en-Nihâye*'nin hacir bölümünde şöyle de-
nilmiştir: Mevkûf akdin câiz olup olmadığı sorulduğunda müftinin
-mevkûf olarak in'ikâd ettiğinden bahsetmeden- doğrudan câiz olma-
dığını söylemesi gerekir.¹ Nitekim *el-Hidâye* ve diğer bazı kitapların
hacir bölümlerinde, çocuk ve akıl hastasının (mecnûn) taraf oldukları
25 akitlerin sahih olmadığı söylenmiş, bu akitler gerçekte mevkûf olarak
in'ikâd etmesine rağmen buna değinilmemiştir.² *el-Hidâye* ve *en-Nihâ-
ye*'de geçen ifadelerden kısıtlı olan kişinin yaptığı akit için neden bâtil
tabirinin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Şeyh'in mezkûr ifade-
deki 'bâtıl' sözüyle 'mevkûf'un kastedilmiş olabileceğini 'Allah bilir ya'
30 ifadesiyle belirtmesi yersizdir.

1 Sığnâkî, *en-Nihâye*, II, vr. 365a.

2 Merginânî, *el-Hidâye*, IX, 263.

والقياس أن لا تجوز الإجارة وأن يكون للمستأجر أن يأخذ منه الأجر؛ لأن عقد المحجور عليه باطل فلا يستحق الأجر لبطلان الاستتجار كما لو هلك من العمل فإنه يضمّن المستأجر قيمته ولا يجب الأجر.

[الشيخ بدر الدين] أقول: القول بأن عقد المحجور باطل لا يصح على

٥ إطلاقه؛ إذ العبد المحجور العاقل يتوقف عقده المحتمل للنفع والضرر ولا يبطل. والظاهر أن كلامهم يتناول العاقل اللهم إلا أن يُراد بالبطلان التوقف فحينئذ ينبغي أن ينفذ عند تمخضه نفعًا بزوال احتمال الضرر فإذا نفذ ليس له أن يأخذ أجره قياسًا أيضًا.

والحاصل: أن القياس يقتضي أن يأخذ منه الأجر حال التوقف وهذا يُتصور

١٠ في تعجيل الأجر أما إذا دفعه بعد فراغه من العمل فلا يقتضي الاستحسان ولا القياس أن يأخذ منه الأجر فكلامهم على إطلاقه لا يتم والله أعلم.

[فاضل أمير] نقول: قال في كتاب الحجر من النهاية: ينبغي للمفتي إذا سئل

عن العقد الموقوف «أيجوز أم لا» أن يجيب بأنه لا يجوز، ولا يجيب بأنه ينعقد

موقوفًا حيث ذكر في كتاب الحجر من الهداية وغيرها: والصبي والمجنون لا

١٥ يصح عقودهما ولم يقل: ينعقد موقوفة مع أن الحكم كذلك، انتهى. ومن هنا

ظهر وجه إطلاق البطلان على عقد المحجور فلا وجه لذكر الشيخ هذه الإرادة

بكلمة «اللهم».

Yine onun “Fakat köle işi yaptıktan sonra ücreti öderse, ne istihsâna ne de kıyasa göre ücreti ondan alabilir.” şeklindeki mezhep imamlarına yönelik itirazına şöyle cevap vermek mümkündür: “Köle işi yaptıktan sonra ücreti almışsa, aldığı ücret konusunda iki farklı kıyas söz konusu olabilir. Şöyle ki; eğer, akdin esasen gayr-i nâfiz yani mevkûf olduğu, kiralayanın onu çalıştırmakla gasbeden konumuna düştüğü ve gasbedilen malın menfaatlerinin tazmin edilmeyeceği yönünden bakılırsa, kiracının köleye ödediği ücreti geri alabilmesi gerekir. Eğer kölenin yaptığı akdin yararlı olduğunun ortaya çıktığı ve yararlı olduğu ortaya çıkan akdin hükmünün de nefâz olduğu yönünden bakılırsa, ödediği parayı geri alamaması gerekir. Burada akdin nefâzını öngören bakış açısı istihsânen sahih kabul edilmiştir ki, ilk bakış açısının dikkate alınmasından efendi zarar görmesin ve böylelikle zararlı tasarrufları önlemek için meşru kılınan hacir işleminin, bu amaca aykırı bir sonuca yol açmasının önüne geçilmiş olsun. Ayrıca akit ilk icra edildiği zamanda faydalı bir tasarruf değildir ki Şeyh'in yaptığı itiraz yerinde olsun! Anla!

5. Kira Akdinde Tayin Muhayyerliği

[Teshîl] Kiraya verenin, kiracıyı dört seçenek arasında muhayyer bırakması câiz değildir. Elbisenin dikilmesi ve boyanması konusu da böyle olup en çok üç seçenek arasında muhayyer bırakırsa câiz olur. Üçten fazla zikrederse câiz değildir. Bütün bu hususlarda asıl, alım satım akdidir. Bu iki akdi birleştiren ortak vasıf ihtiyacın giderilmesidir. Şu var ki, bir kimse- nin müşteriye ‘Dilediğin birini seç!’ diyerek tayin muhayyerliği tanımadan ‘iki köleden birini satıyorum’ demesi durumunda akit sahih olmaz. Kira akdinde ise bu şart değildir. Çünkü kira akdinde ücret için yapılmasıyla tahakkuk eder. İki işten birisine başladığında bilinmezlik (cehâlet) ortadan kalkar. Bilinmezlik sırf teslim ve tesellümü engelleyen anlaşmazlığa götürdüğü için akdin sıhhatine mâni olmaktadır. Teslim ve tesellümün vakti, [ücretin] vücup vaktidir. Belirsizlik vücup zamanında mevcut değilse akde bir engel de yok demektir. Alım satımda ise satım bedeline akdin yapılmasıyla birlikte hak kazanılmaktadır. İki köleden birinin satılması durumunda taraflar arasında çekişmeye yol açan bilinmezlik ortaya çıkar. Bu bilinmezliğin kaldırılması ise ancak muhayyerliğin tanınmasıyla mümkündür.

ثم ما ذكره في معرض الاعتراض على الأصحاب بقوله: «أما إذا دفعه بعد فراغه من العمل فلا يقتضي الاستحسان ولا القياس أن يأخذ منه الأجر». فيمكن أن يجاب عنه: بأن العبد إذا أخذ الأجر بعد فراغه عن العمل كان فيما أخذه جهتها قياس؛ لأنه إن نظر إلى أن أصل العقد موقوف غير نافذ وباستعمال المستأجر إياه صار غاصبا ومنافع الغصب لا تضمن يلزم استرداد ما أخذه، وإن نظر إلى أن عقده ظهر أنه نافع والحكم فيه النفاذ يلزم عدم الاسترداد فاستحسن طرف النفوذ لئلا يلزم من اعتبار مقتضى الجهة الأولى الضرر بالمولى فيعود الحجر على موضوعه بالنقض وليس عقده في أول وقوعه تصرفا نافعا حتى يرد ما أورده الشيخ فافهم.

١٠ . ٥. خيار التعيين في الإجارة

[التسهيل] وإن خيَّره بين أربعة أشياء لم يجز، وكذا في الخياطة والصَّبغ إذا ذُكر ثلاثة أنواع جائز ولو زاد على الثلاثة لم يجز. والأصل في جميع ذلك البيع، والجامع بينهما دفع الحاجة غير أنه إذا باع أحد العبدین لم يصح إلا بشرط خيار التعيين بأن يقول: على أن يختار أيهما شاء، وفي الإجارة لا يشترط ذلك؛ إذ الأجرة إنما تجب بالعمل فإذا شرع في أحد العملين ارتفعت الجهالة والجهالة إنما تمنع العقد لإفضائها إلى النزاع المانع من التسليم والتسليم ووقت التسليم والتسليم وقت الوجوب فإذا لم تكن الجهالة ثابتة وقت الوجوب لم يكن المانع موجوداً وفي البيع يستحق الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة المفضية إلى النزاع على وجه لا ترتفع إلا بإثبات الخيار.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Ücret yönünden söz konusu olan bilinmezlik yukarıda belirtilen şekilde ortadan kalkar. Fakat belirsizlik kiralanana şeyde ise mesela kira akdi “Sana bu evi bir yıllığına beş dirheme veya şu evi on dirheme kiraladım.” denilerek yapılmışsa, bu belirsizlik sabittir ve teslim ve tesellüm konusunda anlaşmazlığa yol açar. Çünkü kiracı birini almak; kiralayan da diğerini vermek isteyebilir. Böylece anlaşmazlık çıkar. Bu yüzden -tıpkı alım satım gibi- tayin muhayyerliği olmaksızın yapıldığında icâre akdinin de sahih olmaması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Fıkıh ilminde uzmanlığı olanlara aşikâr olduğu üzere malikin iki evden birisini kiraya verirken “Sana bu evi bir yıllığına beş dirheme veya şu evi on dirheme kiraladım.” demesi durumunda tayin muhayyerliği şartına gerek yoktur. Çünkü tayin muhayyerliğinden maksat, müşterinin dilediğini alabilme konusunda muhayyer bırakılmasıdır ki icâre akdinde bu maksat zaten muhayyerlik tanıma anlamına gelen ‘veya’ edatıyla hâsıl olmaktadır. Nitekim *Câmi’ul-Fusûleyn*’in yirmi üçüncü faslında şöyle denilmiştir: “Muhayyerlik tanımak, ‘Bir dinar al veya bir kumaş al.’ sözlerinde olduğu gibi, bunlardan birisini seç; diğerini değil şeklindedir.” Bu nakilden anlaşıldığı üzere icâre meselesinde muhayyerlik tanımının ‘veya’ edatıyla ifade edildiği bilindikten sonra Şeyh’in yaptığı itirazın bir kıymetinin olmadığı anlaşılmış olur. Alım satımdaki durum ise icâreden farklıdır. *el-Bedâi*’de geçtiği üzere iki şeyden birini satmanın şekli, satıcının “İki kumaştan birini sana sattım.” veya “Bu üç kumaştan birini sana şu kadara sattım.” diyerek muhayyerlik hakkından bahsetmemesidir. Satım akdinde icârede olduğu gibi muhayyerlik hakkını ifade eden bir tabir olmadığı için “bunlardan dilediğini alma konusunda muhayyer olman şartıyla” demek suretiyle mutlaka tayin muhayyerliğini zikretmeye ihtiyaç duyulmuştur. Tayin muhayyerliği zikredilmeden satım yapılmışsa müşterinin dilediğini alma hakkı olmaz. Bu da malı teslim ederken taraflar arasında anlaşmazlığa yol açar.

Ayrıca fakihlerimizin açıkladıkları üzere burada alım satım ile icâre arasında bir fark daha vardır. Bu fark, Şeyh’in yapmış olduğu itiraza da cevap olmaktadır. *el-Bedâi*’in “iki iş veya iki mesafe arasında şunu veya bunu diyerek seçeneleştirmenin sahih olmasının beyanı” başlığı altında şöyle denilmiştir: Bu meselede tayin muhayyerliği kiracıya bırakılmıştır. Bu tür bir cehalet, câiz sayılan bir küme buğdaydan bir ölçüğün satılması örneğinde olduğu gibi taraflar arasında anlaşmazlığa yol açmaz.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الجهالة التي في طرف الأجرة ترتفع كما ذكر، وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله: آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تفضي إلى النزاع في تسليم العين وتسلمه؛ إذ المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فيه فينبغي أن لا يصح بدون شرط خيار التعيين كما في البيع. ٥

[فاضل أمير] نقول: لا يخفى على الخبير المتفنن أن لا حاجة في إجارة أحد الشئيين بأن قال: آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة إلى شرط خيار التعيين؛ لأن الغرض من شرط خيار التعيين أن يكون للمشتري خيار في أخذ ما شاء وهذا الغرض يحصل في صورة الاستئجار بكلمة «أو» التي هي للتخيير. ألا يرى أنه قال في الفصل الثاني والعشرين من جامع الفصولين: «وأما التخيير فكقولك: خذ ديناراً أو ثوباً أي اختر أحدهما دون الآخر» انتهى. فعلم منه أن لا وجه لما ذكره الشيخ بعد أن كان التعبير في مسألة الإجارة بلفظة «أو». ولا كذلك التصوير في بيع أحد الشئيين؛ لأن صورته على ما في البدائع هو قول البائع: «بعتك أحد هذين الثوبين أو بعتك أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار فلما لم يكن فيه كلمة التخيير احتيج إلى ذكر خيار التعيين بأن قيل: على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت؛ لأنه لما لم يكن فيه شرط الخيار فلم يكن للمشتري أن يأخذ ما شاء فيؤدي ذلك إلى النزاع وقت التسليم». ١٠

على أن هنا فرقاً بين البيع والإجارة صرحوا به يحصل منه الجواب عما أورده الشيخ. قال في البدائع في بيان الصحة في التردد بين العمليين أو المسافتين: «لكن فوّض خيار التعيين إلى المستأجر ومثل هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة كجهالة قفيز من الصبرة ٢٠

Böyle bir cehaletle yapılan alım satım akdi câiz oluyorsa, cehaletin bulunması noktasında alım satım akdinden daha müsamahalı olan icâre akdinin câiz olması öncelikli olarak gereklidir. İcâre akdi alım satımdan daha müsamahalıdır, çünkü icâre akdi risk içeren [yani olup olmayacağı tam olarak bilinmeyen] şeylerle câiz olurken alım satım akdi böyle bir şeyle câiz olmaz. Buna bağlı olarak da fakihler tayin muhayyerliği şartını koşmadan yapılan icâre akdini câiz sayarken, satılacak şeylerde tercih sunulacaksa alım satım akdinin mutlaka tayin muhayyerliği şartıyla olmasını gerekli görmüşlerdir.”

el-Fetâvâ'l-Hâniyye'de ise şöyle denilmektedir: İcâre ile alım satım akdi arasında fark gözetilmiştir. Şöyle ki, bir kimse fiyatlarını ayrı ayrı belirterek iki köleden birini satsa akit, satıcı veya alıcıdan biri için tayin muhayyerliği şart koşulmadan câiz olmaz. İki kumaşın satımı veya başka şeylerin satımı da böyledir. İcârede ise tayin muhayyerliği şartı koşulmadan yapılan akit sahihtir. Zira icâre akdinde alım satım akdinde olmadığı kadar tolerans gösterilmiştir.

Yapılan bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere Şeyh'in icâre konusunda söyledikleri, fıkıh kitaplarını az karıştırmamasından ve muteber kitaplara az müracaatından kaynaklanmıştır.

6. Farklı Seçeneklere Göre Kira Akdi Yapılması

[**Teshîl**] “Bu evi sana demircilik yaparsan on dirheme, terzilik yaparsan beş dirheme kiraya verdim.” diyerek ve yine Hîre'ye mal taşımak için “Bir ölçek arpa taşırса yarım dirhem, buğday taşırса bir dirhem...” olmak üzere yapılan kiralama akdi Ebû Hanîfe'ye göre câizdir. Çünkü her iki durumda da kiracı iki farklı sahih akit arasında muhayyer bırakılmıştır. Dolayısıyla bu akit, -tıpkı elbiseyi Fârisî model veya Rûmî modelde dikmek konusunda muhayyer bırakarak yapılan akit gibi- sahihtir. Bunun sebebi şudur: Kiralamada yararlanma yönü asıldır. Yararlanma gerçekleşince akdin konusundaki ve bedeldeki bilinmezlik ortadan kalkmış olur. Zira yararlanma o iki şeyden birisiyle gerçekleşir ve böylece akdin konusu belirli hâle gelir. Yararlanma olmaksızın akde konu olan şeyi kullanma imkânına sahip olmak asıl değil, ârizî bir durumdur ve ârizî durumlardan kaçınmak da vâcip değildir. Şayet kiracı yararlanmadığı hâlde sadece kullanma imkânına sahip olması sebebiyle ücretin vâcip kılınmasına ihtiyaç duyulduğunda, kiraya veren daha önce seçenekli olarak zikredilen iki bedelden en az olanını alır. Çünkü kesin olan budur. Şüpheli olduğu için fazla olan kısım düşer.

ولهذا جاز البيع فالإجارة أولى؛ لأنها أوسع باباً من البيع. ألا ترى أنها تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع ولهذا جَوَّزوا هذه الإجارة من غير شرط الخيار ولم يجوزوا البيع إلا بشرط الخيار» انتهى.

وفي الخانية: «وفرق بين الإجارة وبين البيع إذا باع أحد هذين العبدین ٥ وسمى لكل واحد منهما ثمناً لا يجوز إلا بشرط الخيار في ذلك للبائع أو المشتري وكذلك في الثوبين وغير ذلك، وفي الإجارة يجوز من غير خيار؛ لأن الإجارة تجري في أمرها المسامحة ما لا تجري في البيع» انتهى.

فظهر من هذا البيان أن ما قاله الشيخ في مسألة الإجارة من قلة التصحح ١٠ والمراجعة.

٦. التخيير في الإجارة بين الخيارين المختلفين

[التسهيل] ولو ردَّ الأجر بترديد العمل في الدارِ كقوله: آجرتك هذه الدار على أنك إن قعدت فيها حداً فالأجر عشرة ولو قعدت خياطاً فالأجر خمسة وصورة الحمل: أنه استأجر دابة إلى الحيرة على أنه لو حمل عليها كُرُّ شعير فأجره نصف درهم ولو حمل كُرُّ بُر فأجره درهم وإليه أشار بقوله: وفي دار وحمل دابة فهو جائز عند أبي حنيفة؛ لأن هذا تخيير بين عقدين مختلفين صحيحين فصح ١٥ كما خيّر بين الفارسي والرومي في الثوب وهذا لأن الغالب في الإجارة الانتفاع فإذا حصل الانتفاع زال الجهل عن المعقود عليه وبه؛ لأنه لا يُنتفع إلا بأحدهما فيتعين المعقود عليه وبه والتمكن من غير انتفاع ليس بأصل بل هو من العوارض والاحتراز عن العوارض غير واجب. ولو لم يَتَّفَع واحتيج إلى إيجاب الأجرة بمجرد التمكن أخذ الأقل من البدلين المذكورين المتيقن وسقط الفضل للشك. ٢٠

Bu konuda farklı görüşler de vardır. Bir görüşe göre kiraya veren en az olanın tamamını ve fazla olanın yarısını; diğer görüşe göre ise her bir ücretin yarısını alır. Görüldüğü gibi kira akdinde her hâlükârda, yani yararlanmanın gerçekleşmiş olması durumunda da olmaması durumunda da bir bilinmezlik söz konusu değildir. Ebû Hanîfe'ye göre ilke şudur: Akit belli bir şeye belli bir bedel karşılığında şamil olup, bedelde yapılacak bir ilaveye karşılık, akit konusu olan şeye de bir ilave yapılmışsa bu durumda akit en başta belirlenen mal ve bedel üzerine gerçekleşir ve müşterinin bedeldeki ilaveyi kabul etmesi akit konusundaki ilaveyi kabul etmesine bağlıdır.

Ebû Yûsuf ve Muhammed'in gerekçesi ise şudur: Kira akdinde ücret, kiralanan şeyin teslim edilmesiyle hak edilir. Kiralayan kişinin bundan yararlanması şartı yoktur. Bu meselede teslim anında ücret belirsizdir. Zira kiracı, kiraladığı evde demircilik yapacaksa on dirhem, terzilik yapacaksa beş dirhem ödeyecek olmasından dolayı teslim vaktinde hangi vasıfla oturulacağı bilinmemektedir. Bu durumda ücret teslim anında belli değildir. Elbiseyi Rûmî veya Fârisî modelde dikme konusu ise böyle değildir. Çünkü orada ücrete ancak işin yapılmasıyla hak kazanılmaktadır. Belirsizlik ise iş yapıldığında ortadan kalkar. Bu durumda Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ilke şu olur: Ücret, iş yapılmaksızın kira konusunun teslimi ile vâcip olduğunda, teslim anında ücretin iki seçenekten hangisi olduğu belirlenmemişse akit fâsit olur.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Ebû Yûsuf ve Muhammed adına zikredilen bu ilkeye yukarıda geçen iki farklı mesafe arasında muhayyer bırakılma meselesi itiraz olarak öne sürülebilir. Çünkü bu meselede ücret, işin yapılmasına gerek olmaksızın, kiraya konu olan şeyin teslimiyle gerekli olmaktadır. Dolayısıyla onlara göre bu meselede de icâre akdinin fâsit olması gerekirdi. Oysa bize göre bu tür bir kiralama ittifakla câizdir. Bu mesele daha önce bu itiraza dikkat çekilerek zikredilmişti. *el-Kâfi* adlı eserde zikredildiğine göre şayet bir kimse bir hayvanı Hîre'ye kadar yarım dirheme, orayı geçerek Kâdîsiye'ye kadar da bir dirheme kiralasa câizdir.¹ Muhammed bu meseleyi zikretmiş ve bu konuda bir ihtilaf nakletmemiştir. O yüzden bu görüşün mezhep imamlarının tamamının görüşü olma ihtimali bulunduğu gibi sadece Ebû Hanîfe'nin görüşü olma ihtimali de vardır. Buna göre Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre böyle bir akit câiz değildir.

1 Neseî, *el-Kâfi*, III, vr. 97a.

قيل: يجب الأقل ويتتصف الفضل. قيل: يتتصف كل واحد منهما فلا جهالة بكل حال أي حال الانتفاع وعدمه فصار الأصل عنده: أن العقد إذا اشتمل على شيء معلوم ببدل معلوم وضم إليه زيادة بزيادة في البدل فإن العقد يقع على الأصل المعلوم والفضل معلق باختيار الفضل في المعقود عليه.

٥ ولهما أن الأجر يجب بتسليم المستأجرة ولو لم يتتفع فجُهل الأجر وقت التسليم؛ إذ لا يُدرى وقت التسليم أنه سكن فيه حداً فيجب عشرة أو خياطاً فيجب خمسة فكان الأجر مجهولاً وقت التسليم بخلاف الخياطة الرومية والفارسية؛ لأن الأجر لا يجب ثمة إلا بالعمل والجهالة لا تبقى عند العمل فصار الأصل عندهما: أن الأجر متى وجب بالتسليم من غير عمل ولا يُدرى عند التسليم أيهما يجب يفسد العقد. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: يرد على أصلهما مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين؛ فإن الأجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم أن يفسد عقد الإجارة ثمة عندهما مع أنه جائز عند أصحابنا وفاقاً لا عند زفر وقد مرت المسألة في الصفحة السابقة مع التنبيه على هذا الوارد. ودُكر في الكافي: أنه لو استأجر دابةً إلى الحيرة بنصف درهم وإن جاوزَ بها إلى القادسية فبدرهم فهو جائز. ١٥ ذكر محمد هذه المسألة ولم يحك فيها خلافاً فاحتمل أن يكون هذا قول الكل واحتمل أن يكون قول أبي حنيفة وعنهما لا يجوز.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in, iki mesafe arasında tercihli olarak yapılan kira akdinin ittifakla câiz olduğuna dair sözü makbul değildir. Bilakis bu, Ebû Hanîfe ile öğrencileri arasında tartışmalı olması muhtemel bir meseledir. *el-Hidâye*'de attar ve demirci ile buğday ile arpa meselesinde Ebû Yûsuf ile Muhammed'in muhalefeti olduğu, hayvanı Kufe veya Vâsıt'a kiralama meselesinde imamlar arasında ihtilafın olabileceği, kumaşı Rûmî veya Fârisî modele göre dikme ile kumaşı sarı veya kırmızıya boyama meselesinin ise ihtilafsız olduğu ifade edilmiştir.

Sadrüşşerîa'nın *el-Vikâye* şerhi üzerine hâşiyesi olan Âhi Çelebi şöyle demiştir: “Musannifin, Kufe veya Vâsıt'a kiralama meselesinde imamlar arasında ihtilafın olabileceği ihtimalinden söz etmesinin sebebi, konunun Muhammed'in *el-Câmi'ûs-Sağîr* adlı kitabında mutlak olarak zikredilmesidir. Bu tür bir ifade, -benzer meselelerde de olduğu gibi- tüm imamların ittifakı olduğu ihtimalini taşıdığı gibi sadece Ebû Hanîfe'nin görüşü olma ihtimalini de taşımaktadır.”

Görüldüğü üzere Şeyh bu meseleyi Neseî'nin *el-Kâfi*'sinden nakletmiştir. *el-İhtiyâr*'da ise şöyle denilmiştir: “Bir kimsenin, Hîre'ye bir dirheme, Kâdisiye'ye ise iki dirheme bir hayvan kiralaması meselesi de aynı ihtilafa mebnidir.”¹ Zeylaî de mesafe meselesinin imamlar arasında ihtilafı olduğunu zikretmiştir.

Muteber metinlerden yapılan tüm bu nakillerden anlaşıldığı üzere mesafe meselesi ya imamlar arasında tartışmalı bir meseledir ya da tartışmalı olma ihtimali bulunan bir meseledir. Bu nedenle [önce] meselenin Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf ve Muhammed arasında ittifaklı olduğunu anlatıp, sonra da meseleyi rivâyet eden fakihlere veya Ebû Yûsuf ile Muhammed'e tekrar tekrar aynı gerekçeyle itiraz etmek yersizdir. Aslında Şeyh'e yakışan *el-Hidâye*'de geçtiği şekliyle iki ihtimali beraberce zikredip, itiraz sadedinde söylediklerini, bu meselenin ihtilafı olma ihtimalini destekleyecek şekilde dile getirmektir. Nitekim Allâme Kâsânî meseleyi derinlemesine inceleyip Ebû Yûsuf ve Muhammed'in ilkesi kapsamında bir kurala “Bu ihtilafa göre, ücreti teslimle birlikte vâcip olan ve vâcip olan ücret teslim anında bilinmeyen her kira akdi Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre bâtıldır.” diyerek açıkladıktan sonra “Aynı şekilde Hîre'ye bir dirheme, Kâdisiye'ye ise iki dirheme şeklinde yapılan kira akdi câizdir, [ancak] Ebû Yûsuf ve Muhammed'in kavline göre -zikrettiğimiz sebeple- câiz olmaması gerekir.” demiştir.²

1 Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, II, 136-137.

2 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, IV, 186.

[فاضل أمير] نقول: ما ذكره من أن مسألة التردد بين المسافتين جائزة وفاقا ليس بمسئم بل هي مما احتمل أن يكون خلافة بين الإمام وصاحبيه حيث قال في الهداية: في مسألة العطار والحداد وكُرِّ البر والشعير خلاف أبي يوسف ومحمد وفي الدابة إلى كوفة أو واسط احتمال الخلاف ومسألة الخياطة والصبغ متفق عليها. ٥

وقال المولى المحشي أخي جلبي في حاشية صدر الشريعة: «إنما قال ذلك؛ لأن هذه المسألة ذكرت في الجامع الصغير مطلقاً؛ يحتمل أن يكون هذا قول الكل وأن يكون قول الأعظم خاصة فكما في نظائرها،

والشيخ نقل هذا عن الكافي كما ترى. وفي الاختيار: «وعلى هذا الخلاف إن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإلى القادسية بدرهمين». وكذا قال الزيلعي: «بأن مسألة المسافة خلافة».

فلما تبين من هذه المذكورات في هذه المعبرات أن مسألة المسافة خلافة أو محتملة لأن تكون خلافة فلا وجه لأن يفهم كونها وفاقية بين الإمام وصاحبيه وأن يعترض على المشايخ الرواة أو على الإمامين بهذا الوجه مرة بعد أخرى.

وكان الأليق به أن يأتي بما في الهداية من الاحتمالين ويجعل ما ذكره في معرض

الاعتراض وجهها مؤيدا لإرادة احتمال الخلاف كما أن العلامة الكاشاني بعد أن ذكر تحقيق المقام في البدائع وبين ضابطة في أصل الإمامين بقوله: «وعلى هذا الخلاف: كل من كان يجب أجره بالتسليم ولا يعلم الواجب به وقت التسليم فهو باطل عندهما» قال: «وكذلك إن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإلى القادسية

بدرهمين فهو جائز وعلى قولهما ينبغي أن لا يجوز لما ذكرنا» انتهى. ٢٠

Bu meselede Şeyh'in niçin yanıldığını anlamak için konuyu genişçe ele almak gerekmektedir. Meselede iki nokta vardır:

Birincisi Züfer ve Şâfiî'nin aksine üç imamımızın ittifak ettiği noktadır. Buna göre dikiş, boyama ve mesafe meselesinde tercihlili bırakılan seçenek iki veya üç ile sınırlandırılırsa akit câizdir; seçenek üçten fazla olursa câiz değildir. Züfer ve Şâfiî'ye göre muhayyer bırakma iki şey arasında bile olsa akit câiz değildir.

İkincisi ise imamlarımızın ihtilaf ettiği noktadır. Fakihlerimiz sırf üç imam ile Züfer arasında ihtilafı göstermek üzere birçok örnek zikretmiş, fakat bu örneklerden bazılarında üç imamın kendi aralarında başka bir yönden görüş ayrılığı bulunup bulunmadığını göz önüne almamışlardır. Daha sonra da üç imam arasındaki görüş farklılığını açıklamak istediklerinde söz konusu örnekleri ayrı ayrı değerlendirmiş ve aralarında hangi yönden ihtilaf bulunduğunu tek tek bu örnekler üzerinden açıklamışlardır. *el-Hâniyye*, *el-Bedâi'* ve diğer kitaplarda zikredilen ibareler bu tespitimize delâlet etmektedir.

Şeyh sözün uzanımları üzerinde derinlemesine düşünmediği için bu itirazı yapmıştır. Gerçek ilim, her şeyden haberdar ve yüce olan Allah'a aittir.

7. Diyâneten Yükümlü Olunan Şeylerin Kira Akdine Konu Edilmesi

[**Teshîl**] Bir kimsenin, karısını kendinden olan çocuğunu emzirmek, ekmek pişirmek vb. işleri yapmak üzere kiralaması bize göre fâsit olur ve bir ücret gerekmez. Çünkü emzirmek, ekmek pişirmek, evi süpürmek vb. işler yargı kararıyla ve cebren olmasa da diyâneten onun görevidir. Nitekim Hz. Peygamber ev işlerini kızı Fâtıma'ya, dışarı işlerini ise Ali'ye yüklemiştir. Dolayısıyla görevi olan bir işi yapan kimseye herhangi bir ücret ödenmesi gerekmez.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bazen, kazâen -yani yargı kararıyla- vâcip olmayan şeyler, diyâneten vâcip olabilir. O hâlde bu meseleyi de böyle düşünmek mümkündür. Karının söz konusu işleri yapması kazâen zorunlu değilse, yaptığı işten dolayı ona ücret verilmesinin kazâen câiz olması gerekir. Ücret şüphe ile sâkit olan şeylerden değildir ki, söz konusu işlerin diyâneten gerekli olduğu şüphesinden dolayı düşün.

وكان معرفة وجه اغترار الشيخ هنا موقوفا إلى بعض البسط من الكلام وهو أن هنا مقامين:

الأول: ما اتفق فيه علمائنا الثلاثة خلافا لزفر والشافعي وهو ما كان التخيير بين اثنين أو ثلاثة من الخياطة أو الصبغ أو المسافة فجائز عند علمائنا وإن زاد على الثلاثة فلم يجز. وقال زفر والشافعي: لم يجز ولو كان التخيير بين اثنين ٥ منها.

والثاني: ما اختلف فيه علمائنا؛ فالمشايخ رحمهم الله قد أوردوا لمجرد بيان الخلافية الأولى صوراً عديدة من غير التفات إلى كون بعض هاتيك الصور مما وقع فيه الاختلاف بين علمائنا الثلاثة من وجه آخر، ثم لما أرادوا ذكر الخلاف الواقع بين علمائنا ميّزوا بعض الصور المذكورة عن بعض وفرقوا بين ما وقع ١٠ فيه الخلاف بذلك الوجه الآخر عما لم يقع. ويدل على ما قلنا عبارة الخانية والبدائع وغيرهما.

فالشيخ لما لم يتعمق نظره في أطراف الكلام قال ما قال. والعلم عند الخبير المتعال.

١٥ .٧ حكم الإجارة على ما هو واجب ديانة

[التسهيل] ولو استأجر زوجته لنحو الإرضاع لولدها منه والخبز تُفسد نحن الاستئجار ولا نوجب شيئاً؛ لأن نحو الإرضاع والخبز والكنس يجب عليها شرعاً ديانة لا حكماً وجبراً فإنه عليه السلام جعل أعمال داخل البيت على فاطمة وأعمال خارجه على علي ولا يجب الأجر لأحد بفعله ما عليه.

٢٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: قد يجب قضاء ما لا يجب ديانة فليكن هنا كذلك فلما لم يجب عليها العمل شرعاً قضاء ينبغي أن يجوز الأجر لعملها قضاءً، وليس الأجر مما يسقط بالشبهة حتى يسقط بشبهة الديانة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu itirazına şöyle cevap verilebilir: Buna takatinin bulunup bulunmadığı bilinmezden önce annenin çocuğunu emzirmesi kazâen vâcip olmasa da emzirebilecek durumda olduğunun anlaşılması ve ücret mukabilinde bunu yapmaya teşebbüs etmesi hâlinde emzirmenin kazâen de vâcip olduğu söylenebilir. Fakihlerin, emzirmenin kazâen vâcip olmadığını, kadının emzirmekten âciz olma ihtimali ve kişiyi takat getiremediği şeyle yükümlü kılmanın câiz olmadığı ifadeleriyle gerekçelendirmeleri, yukarıda dediğimize delâlet etmektedir. Çünkü illetin yokluğundan ma'lûlün yokluğuna istidlal edilebilir.

Muteber fıkıh metinlerinin ibarelerinden çıkararak bu cevabı verdikten sonra rivâyet olarak da bunun sarahaten zikredilmiş olduğunu gördüm. Ayasuluğî *el-Mecma'* şerhinde *el-Mecma'* müellifinin “Kadın, yemek pişirme ve ekmek yapma gibi işleri yapması için icbar edilemez.” sözünü şerh ederken şöyle demiştir: “Fakihler bu hükmün, kadının asil bir aileye mensup olması örneğinde olduğu gibi, bu tür işleri yapamaması hâlinde geçerli olduğunu ifade etmişlerdir. Buna göre eğer kadın ev işlerini yapıyorsa ve kendi kendine hizmet eden biri ise anılan işleri yapma konusunda tayin edilmiş olduğundan icbar edilebilir.”¹ *el-Bedâi'* de ise şöyle denilmiştir: “Fakih Ebu'l-Leys'in zikrettiğine göre kadının yemek yapma ve ekmek pişirmesine mani olacak bir hastalığı varsa veya kadın [baba evinde ev işlerini hizmetçilerin gördüğü] asil bir aileye mensupsa, ev işlerini yapmaya icbar edilemez. Ancak kadın söz konusu işleri yapıyorsa icbar edilebilir.”²

8. İcâre Akdinde Fâsit Şart

[Teshîl] Bir arazinin sulamak veya sürmek şartıyla kiralınması câizdir. Çünkü bunlar zaten akdin gereğidir. Ancak arazinin ikinci kez ekilmesi uygulamasına ihtiyaç duyulmayan ve kira süresinden sonra da yararı devam eden bir memlekette toprağı ikinci defa sürmek ve yararı akitten sonra devam eden gübreleme şartıyla kiralama câiz değildir. Çünkü bunlar akdin gereği değildir. Burada ilke şudur: Şart, akdin gereklerinden olduğu zaman onu fâsit kılmaz. Aksi hâlde fâsit kılar. Sulama ve sürme olmadan tarım yapılamayacağından bu ikisi akdin gereklerindedir.

1 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr. 295a.

2 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, IV, 24.

[فاضل أمير] نقول: يمكن أن يقال: إن الإرضاع على الأم وإن لم يجب قضاء قبل أن يعلم طاقتها وعجزها لكن بعد أن علم قدرتها على الإرضاع وإقدامها عليه بأجر يجوز أن يقال: وجب عليها الإرضاع قضاء أيضا كما يفصح عنه تعليلهم عدم الوجوب قضاء باحتمال عجزها عنه وبأن لا يلزم التكليف بما لا يطاق؛ لأن فوات العلة يستدل به على فوات المعلول. ٥

وبعد ما أجبت به مستخرجا من عبارات المعبرات ظفرت بما هو صريح الرواية في هذا الوجه حيث قال المولى الأياثلوغي في شرح قول صاحب المجمع: «ولا تجبر المرأة على الطبخ والخبز»: «قالوا: هذا إذا لم تقدر بأن كانت شريفة مثلا وإن قدرت وخدمت بنفسها أجبرت لتعينها. وفي البدائع: وذكر الفقيه أبو الليث: إن هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت من بنات الأشراف فأما إذا كانت تقدر على ذلك فتجبر على ذلك. ١٠

٨. الشرط المفسد في الإجارة

[التسهيل] وصح استئجار الأرض بشرط أن يكرّبها أو يسقيها؛ لأنه مقتضى العقد ضد تثنيها في بلد لم يحتج إلى التثنية وبقي نفعها بعد مدة الإجارة وضد السرقة لو بقي نفعها بعد المدة وضد الكري؛ لأنه ليس من مقتضى العقد فالأصل: أن الشرط متى كان من مقتضيات العقد لا يفسده وإلا فيفسده، ثم شرط السقي والكراب مما يقتضيه العقد؛ إذ الزراعة لا تتأتى إلا بهما، ١٥

Kira akdini fâsit kıldığı söylenen 'ikileme' (tekrar sürme) şartı, iki şekilde yorumlanmıştır. Birinci yoruma göre ikileme, tarlayı sahibine sürülmüş olarak teslim etmek; ikinci yoruma göre ise arazinin yılda bir defa sürülmekle verim elde edildiği bir yerde kira süresi bir yıl ise iki defa sürmektir. Her iki yoruma göre de bu şart, akdin muktezasına aykırı olup taraflardan birine akdin gerektirmediği ilave fayda sağlamaktadır. Birinci yoruma göre akdin fâsit olmasının sebebi, arazi sahibinin ondan özel olarak yararlanması; ikinci yoruma göre ise tarlanın iki kez sürülmesinden doğan yararın akdin süresinin bitiminden sonra da devam etmekte oluşudur. Öyle ki kira süresi -bittiğinde iki defa sürmenin yararının kalmayacağı şekilde- üç yıl olursa şart, akdi fâsit kılmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Yukarıda zikredilen mesele normalde bir defa sürülerek gelir elde edilen yerle ilgilidir. Bu durumda iki defa sürme şartının, -buradan kaynaklanan yarar süre bitiminden sonra devam etsin etmesin-, akdi fâsit kılması gerekir. Çünkü bu, akdin gerektirmediği bir şarttır. Zira irat bir defa sürmekle hâsil olmaktadır. Doğrusunu Allah bilir.

Tarlanın, irat alınabilmesi için iki defa sürmeyi gerektiren bir bölgede bulunması durumunda da ikinci defa sürülme şartından dolayı akit fâsit olmaz. Çünkü bu şart akdin gereğidir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Akit, salt şartın akdin muktezasına uygun olmaması sebebiyle fâsit olmaz. Bilakis akitte koşulan şart, akdin muktezasına uymasa da örf hâline gelmişse akit câiz olur. Nitekim Sadruşşerîa'nın *el-Vikâye* şerhi üzerine hâşiye yazmış olan Yakup Paşa, hâşiyesinin alım satım bölümünde *el-Muhîr*'ten böyle nakletmiştir.¹ Buna binaen böyle bir yerde toprağı ikinci defa sürmek örf hâline gelmiş olabileceğinden bu şart, akdi fâsit kılmaz. Akdin fâsit olması, akde taraf olanlardan birine dönecek şekilde menfaatin kira süresinin bitiminde kalmasıyla söz konusu olur.

İkileme, gerek birinci gerekse ikinci şekilde yorumlansın, arazinin yılda bir defa sürülmekle ürün vermesi ile toprağı ikinci defa sürmenin örf hâline gelmiş olması arasında bir çelişki yoktur. Ayrıca Şeyh'in "Tarlanın, irat alınabilmesi için iki defa sürmeyi gerektiren bir bölgede bulunması durumunda da ikinci defa sürülme şartından dolayı akit fâsit olmaz. Çünkü bu şart akdin gereğidir." sözü, "Öyle ki iki defa sürmenin kira süresi, -bittiğinde yararı kalmayacak şekilde- üç yıl olursa şart, akdi fâsit kılmaz." sözüne atfedilmiştir.

1 Yakup Paşa, *Hâşiye alâ Şerhi'l-Vikâye*, vr. 127b-128a.

وأما التثنية وهو أن يردَّ الأرض مكروبة أو يكرَّبها مرتين في موضع تخرج الأرض الرُّبَع بالكرب مرة والمدة سنة واحدة فشرط مخالفٍ لمقتضى العقد ولأحد العاقدين فيه منفعة، أما على التفسير الأول فلأن رب الأرض ينتفع به خاصةً وأما على الثاني فلأن منفعة الكراب مرتين يبقى بعد انقضاء المدة حتى لو كانت المدة ثلاث سنين بحيث لا يبقى منفعته لا يفسد العقد. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: الكلام في موضع تخرج الأرض الربيع بالكرب مرة فعلى هذا ينبغي أن يفسدَ العقدُ بشرطِ التثنية سواء بقي نفعها بعد المدة أو لا لأنه شرطٌ لا يقتضيه العقدُ إذ الربيع يحصل بالكرب مرةً، والله أعلم.

وكذا لو كانت الأرض في بلدةٍ تحتاجُ إلى تكرارِ الكرابِ لتُخرَجَ الربيعُ لا يفسدُ العقدُ بهذا الشرطِ لأنه يكونُ مما يقتضيه العقدُ. ١٠

[فاضل أمير] نقول: العقد بمجرد كون الشرط مما لا يقتضيه العقد لا يفسد بل الشرط إذا كان مما هو متعارف يجوز العقد كما نقله محشي صدر الشريعة يعقوب باشا عن المحيط في البيع. فجائز أن يكون التثنية في مثل هذه الأرض متعارفة فلا يكون شرطا مفسدا فيكون الفساد من بقاء المنفعة لأحد العاقدين

ولا منافاة بين كون الأرض مما تخرج الربيع بالكرب مرة وبين كون التثنية متعارفة سواء فسرت التثنية بالتفسير الأول أو بالثاني. ثم قوله: «وكذا لو كانت الأرض في بلدةٍ يحتاج إلى تكرار الكراب» إلى آخره معطوف على قوله: «حتى لو كانت المدة ثلاث سنين بحيث لا تبقى منفعته لا يفسد العقد».

9. Tarlayı Kanal Açma Şartıyla Kiraya Verme

[**Teshîl**] Kiraya verenin büyük kanallar açmayı şart koşması durumunda akit fâsit olur. Çünkü bu, akdin gereği olmayan bir şarttır. Ayrıca tarlayı sulayan büyük kanallar açılması, kiralanan tarladan yararlanmayı mümkün kılan şeylerden olduğu için bunu kiraya verenin sağlaması gerekir. Bunun kiracıya şart koşulması akdin gereğine aykırıdır. Büyük kanallar açılmasından maksat -sahih görüşe göre- küçük arklar açmak değildir; bunun şart koşulması câizdir. Çünkü ertesi seneye bunların izi kalmaz. Hâliyle ondan özel olarak yararlanan kiracı olmuş olur. Küçük arklar açmak kiracının görevidir. Bunun kiracıya şart koşulması akdin gereği olan bir şeyin şart koşulması olur. Dolayısıyla da bunun şart koşulmasıyla akit fâsit olmaz. Buradaki kanal açmaktan maksat ise [küçük arklar olmayıp] büyük kanallardır. Büyük kanal tabiri arkları kapsamaz. Çünkü büyük kanalların menfaati ertesi yıla kalmaktadır. Dolayısıyla bunun şart koşulması akdi fâsit kılar.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: "... 'tarlayı sulayan büyük kanallar açılması, kiralanan tarladan yararlanmayı mümkün kılan şeylerden olduğu için bunu kiraya verenin sağlaması gerekir.' ifadesine bakılırsa, küçük arkların açılmasının da kiralayana ait olması gerekir. O takdirde burada geçen, 'Küçük arklar açmak kiracının görevidir.' ifadesi nasıl doğru olabilir?" denilecek olursa bunun cevabının biraz düşünmekle bulunabileceği söylenebilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in, işaret ettiği cevap, muhtemelen büyük kanallar ile küçük arklar arasında fark bulunduğuna dair ifadesi ve sonrasında yaptığı şu açıklamadır: Büyük kanallar lafzı alelîtlak küçük kanalları içine almaz. Büyük kanallar açmak, arazi sahibinin görevi, küçük arklar açmak ise kiracının görevidir. Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere fakihlerin "Kanal açmak, tarladan faydalanma imkânı veren şeylerdendir." sözlerinden maksat, büyük kanallar açmak, "Kanal açmak, kiracının görevidir." sözlerinden maksat ise küçük arklar açmaktır. Dolayısıyla iki söz arasında bir çelişki yoktur.

٩. اشتراط كرى الأنهار فى إجاره الأرض

[التسهيل] وأما إذا شرط كرى الأنهار فىفسد العقد فلأنه شرط لا يقتضيه العقد فلأنه من جملة التمكين من الانتفاع وذلك يجب على المؤجر فاشتراطه على المستأجر مخالف لمقتضى العقد وليس المراد بكرى الأنهار الجداول فى الصحيح فإن اشتراط كرى الجداول صحيح؛ لأنه لا يبقى أثره إلى العام الثانى ٥ فكان المستأجر هو المنتفع به خاصة وهو واجب على المستأجر فإذا شرط على المستأجر فقد شرط ما يقتضيه العقد فلا يفسد العقد وإنما المراد بها الأنهار العظام فاسم الأنهار على الإطلاق لا يتناول الجداول؛ لأن منفعة كرىها يبقى إلى العام فشرط يفسد العقد.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: قد مر أن الكرى من جملة التمكين من الانتفاع وذلك يجب على المؤجر إلخ. يقتضى أن يجب كرى الجداول على المؤجر أيضا فكيف يصح قوله وهو واجب على المستأجر؟ يعرف جوابه بقليل من التأمل.

١٥ [فاضل أمير] نقول: لعل أن ما أشار إليه من الجواب هو أنه قد قال بالفرق بين الأنهار والجداول ويين أن لفظ الأنهار على إطلاقه لا يتناول الجداول وقال إن كرى الأنهار من جملة ما يجب على المؤجر وكرى الجداول مما يجب على المستأجر فعلم منه أن المراد من قولهم: إن الكرى من جملة التمكين من الانتفاع كرى الأنهار، ومن قولهم: الكرى واجب على المستأجر كرى الجداول فلا منافاة بين القولين المذكورين.

10. İbadet İçerikli Şeylerin Kira Akdine Konu Edilmesi

[Teshîl] Hac, ezan, kâmet, Kur'ân ve fıkıh öğretimi gibi taât cinsinden olan şeyler karşılığında ücret almak câiz değildir. Çünkü bunların sevabı başkasına değil, yapana aittir. Bu nedenledir ki bu işleri yapacak olan kim-
5 senin tâate ehil olması şart koşulmuştur. Ayrıca bu gibi tâatlerde yaptıranın değil, yapanın niyeti şarttır. Yapılan fiil -zekâtta olduğu gibi- şayet onu emredene intikal ediyorsa bu durumda emredenin niyeti ve ehliyetli olması şartı aranır. Sonuç olarak kişi, kendisi için ibadet yapmış sayıldığından oruç ve namazda olduğu gibi bunlar karşılığında ücret alması câiz olmaz.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu hüküm başkası yerine haccetme meselesi ile problem arz etmektedir. Çünkü sahih olan görüşe göre hac, yapan namına değil yaptırın namına sayıldığı hâlde hacı yaptıran kimsenin niyeti şart değildir. Başkası namına hac yapan kimse, hacı, kendisi adına değil, adına hac yapması için onu görevlendiren kimse adına yapmıştır. Hâlbuki
15 hac bir ibadettir. Bu problem, "Allah'a yaklaşmak/kurbiyet nev'inden bir iş yapıldığında, onun sevabı başkasına değil yapan kimseye aittir." ifadesine de aykırı gözükmektedir. Muhammed'e göre kendi yerine hac yapması için birini görevlendiren için haccın sadece sevabı vardır. Bu durumda kurbiyetin intikali açısından problem ortadan kalkmaktadır. Fakat geriye şöyle
20 bir problem kalmaktadır: Hac bir ibadet olduğu hâlde sevabı onu bizzat yapandan başkasına ait olmuş oluyor. Bu durumda âlimlerin "Kurbiyet yapıldığında sevabı başkasına değil, yapana aittir." şeklindeki ifadeleri müşkil hâle geliyor. Doğrusunu Allah bilir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu meselenin hakikatinin ortaya konulması, Şeyh'in ortaya attığı problemin giderilmesi ve âlimlerimizden yerleşik kullarının düzenliliğinin ortaya çıkması, *el-Bedâi*'in hac bölümünde söylediklerine bağlıdır: "Bu meselenin özü şudur: Şer-i şerîfte ibadetler üç kısımdır. Zekât, sadaka, keffâret ve öşür gibi sadece mal ile yapılan ibadetler; namaz, oruç ve cihad gibi sadece bedenle yapılan ibadetler; hac gibi hem
30 beden hem de mal ile yapılan ibadetler. Sadece mal ile yapılan ibadetlerde niyâbet, mükellefin bu ibadeti bizatihi yapabilmeye muktedir olup olmadığına bakılmadan, mutlak surette câizdir. Sadece bedenî olan ibadetlerde özel bir delil ile tahsis edilenler hariç 'İnsan için sadece çaba gösterdiği vardır.' (Necm 53/39) âyeti gereği niyâbet mutlak surette câiz değildir.

١٠. الإجارة على الطاعات

[التسهيل] ولا على الطاعات كحج وأذان وإمامة وتعليم قرآن وفقه؛ لأن ثوابها لفاعلها لا لغيره ولذا يشترط كون الفاعل أهلاً للطاعة ويشترب نيته لا نية الأمر ولو انتقل فعله إلى الأمر لشرب نية الأمر وأهليته كما في الزكاة فكان عاملاً لنفسه فلا يجوز أخذ الأجر كما في صوم وصلاة. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشرب بالحج على الغير؛ لأنه يقع عن الأمر لا عن الفاعل في الصحيح مع أن نية الأمر ليست بشرب وكان العامل عاملاً لأمره لا لنفسه مع أنه طاعة فورد هذا على ما ذكره من أن القربة متى وقعت تقع للفاعل لا لغيره إلى قوله: ولكن يبقى الإشكال بأن ثوابه وقع لغير الفاعل مع أنه قربة فيشكل به قولهم: إن القربة متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا لغيره إلخ والله أعلم. ١٠

[فاضل أمير] نقول: تحقيق الكلام في هذا المقام ودفع ما ذكره الشيخ وحصول الانتظام في الأصول الثابتة عن العلماء الأعلام موقوف على ما قال في البدائع في كتاب الحج. وجملة الكلام فيه: أن العبادات في الشرع أنواع ثلاثة: مالية محضة كالزكوات والصدقات والكفارات والعشور، وبدنية محضة كالصلاة والصوم والجهاد، ومشملة على البدن والمال كالحج. فالمالية المحضة: يجوز فيها النيابة على الإطلاق سواء كان من عليه قادراً على الأداء بنفسه أو لا. والبدنية المحضة لا يجوز فيه النيابة على الإطلاق لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [النجم ٣٩/٥٣] إلا ما خص بدليل.

Hiz. Peygamber'in 'Kimse bir başkasının yerine oruç tut[a]maz. Hiç kimse bir başkasının yerine namaz kıl[a]maz.' hadisi, sevap hakkında değil, bir başkasının yapması ile sorumluluğun düşmesi hakkındadır. Zira bir kimse oruç tutar, namaz kılar veya sadaka verir de sevabını ölü veya diri başkalarına

5 bağışlarsa, Ehl-i Sünnet ve'l-cemaate göre ibadetin sevabı onlara ulaşır. Sahih hadiste varit olduğu üzere Hiz. Peygamber beyazı fazla olan iki koç kurban etmiş ve bunlardan birini kendi adına, diğerini ise Allah'ın vahdaniyetini ve kendisinin nübüvvetini ikrar eden ümmeti adına kesmiştir. Hiz. Peygamber'den günümüze kadar kabir ziyareti, Kur'an okuma, sadaka, oruç tutma

10 ve sevabını ölümlere bağışlama noktasında Müslümanların uygulaması da bu yönde olmuştur. Bu uygulamanın aklen imkânsız bir yanı da yoktur.

Hem mâlî hem de bedenî olan ibadet ise hacdır. Hacda niyâbet, mükelleftin haccı bizatihi yapabildiği durumda câiz olmayıp, yapmaktan âciz olduğu durumda câizdir. Başkası adına hac yapma ile ilgili meseleler birkaç

15 başlık altında incelenebilir.

Hacda niyâbetin câiz olması: Hacda niyâbetin câiz olduğuna Has'amiyye hadisi delâlet etmektedir. Rivâyet edildiğine göre Has'am kabilesinden bir kadın Hiz. Peygamber'e gelip, "Ey Allah'ın elçisi! Haccın farz kılınması babamın binek üzerinde duramayacak denli ihtiyarladığı bir zamanda

20 oldu. Babamın yerine ben hac yapsam olur mu?" dedi. Hiz. Peygamber "Babanın yerine hac ve umre yap!" buyurdu. Bir başka rivâyette ise Hiz. Peygamber "Söyle bakalım babanın birine borcu olsa ve sen de onu ödesen, borç ödenmiş olur mu?" dedi. Kadın "Evet." deyince Hiz. Peygamber "Allah'a olan borç ödenmeye daha layıktır." buyurdu.

Niyâbetin keyfiyeti: Muhammed'in *el-Asl* kitabında geçtiğine göre hac, kendisi adına hac yapılan kimse için geçerli olur. Muhammed'den gelen diğer bir rivâyete göre ise hac, haccı yapan için geçerli olur; kendisi adına hac yapılan kimse hac yapana verdiği nafakanın sevabını alır.

Niyâbetin câiz olmasını şartları: Başkasına kendisi adına hac yaptırma zamanından ölene kadar bizatihi hac yapmaktan âciz olmak. Ölümünden önce acziyet zail olursa yapılan hac kendisi adına geçerli olmaz. Çünkü bir başkası adına hac yapmanın câiz olması, kalkması ümit edilmeyen acziyet zarureti sebebiyle genel kurala aykırı olarak sabit olmuştur. Bu nedenle bu şekilde yapılan haccın geçerli olması acziyetin varlığına bağlıdır.¹ *el-Bedâi'*de anlatılanlar özet olarak böyledir.

30

35

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, II, 212.

وقول النبي ﷺ: «لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد»^١ في حق الخروج عن العهدة لا في حق الثواب؛ فإن من صام أو صلى أو تصدق وجعل ثوابه لغيره من الأموات والأحياء جاز ويصل ثوابها إليهم عند أهل السنة والجماعة، وقد صح أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن أقر بوحداية الله تعالى وبرسالته^٢، وعليه عمل المسلمين من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من زيارة القبور وقراءة القرآن والصدقات والصوم وجعل ثوابها للأموات ولا امتناع في العقل أيضا.

وأما المشتملة على البدن والمال وهي الحج فلا يجوز النيابة فيها عند القدرة ويجوز عند العجز. والكلام فيه يقع في مواضع؛ في جواز النيابة في الحج في الجملة. والدليل على الجواز حديث الخثعمية وهو ما روي أن امرأة جاءت من خثعم إلى رسول الله ﷺ وقالت: يا رسول الله إن فريضة الحج أدركت أبي وإنه شيخ كبير لا يثبت على الراحلة أفيجزيني أن أحج عنه فقال النبي: «حجي عن أبيك واعتمري». وفي رواية قال لها: «أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أما كان تقبل منك» قالت: نعم فقال ﷺ: «دين الله أحق»^٣.

وأما كيفية النيابة فيه فذكر في الأصل: أن الحج يقع عن المحجوج عنه، وروي عن محمد أن نفس الحج يقع عن الحاج وإنما للمحجوج ثواب النفقة. وأما شرائط جواز النيابة فمنها العجز المستدام من وقت الإحجاج إلى وقت الموت فإن زال قبل الموت لا يجوز حج غيره؛ لأن جواز حج الغير عن الغير ثبت بخلاف القياس لضرورة العجز الذي لا يرجى زواله فيتقيد الجواز به، انتهى ما في البدائع ملخصا.

١ موطأ مالك، صيام ٣٤.

٢ سنن ابن ماجه، الأضاحي ١.

٣ صحيح البخاري، الحج ٤١؛ صحيح مسلم، الحج ٧٠٤.

Yukarıda yapılan açıklamalarla Şeyh'in "Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un, başkası adına hac yapma ile ilgili görüşleri, 'Kurbîyet yapıldığında sevabı başkasına değil, yapana aittir.' kuralı ile problemlî hâle geliyor." şeklindeki sözleriyle, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a yaptığı itiraz giderilmiş oldu. Çünkü

5 *el-Bedâi'*de de ifade edildiği gibi, başkası adına yapılan haccın ve kurbetin, faili dışındaki biri için geçerli olması, kıyasa aykırı olarak konu hakkındaki hadislerle sabit olmuştur. Usûl ve fîrû' konularından haberdar olan araştırmacıların benzer pek çok meselede de bildiği üzere bunun gibi, kıyasa muhalif olarak yerleşmiş hükümlerle, kıyasa sabit olmuş kurallar geçersiz kılınmaz.

Şeyh'in, "Fakihlerin 'Allah'a yaklaşmak nev'inden bir iş yapıldığında, onun sevabı başkasına değil yapan kimseye aittir.' sözleri, Muhammed'in görüşüyle problem arz eder." diyerek Muhammed'e yaptığı itiraza şöyle cevap verilebilir: Yukarıda geçen kuraldan anlaşıldığı üzere bir ibadeti yapanın, ibadetten hâsıl olan sevabı başkasına ait kılıp ona bağışlaması Ehl-i sünnete

15 göre câizdir. Dolayısıyla onların bu sözünden maksat, ibadetin faili, yaptığı ibadetin sevabını başkasına bağışlamamışsa sevabının kendisine ait olduğudur. Buna mukabil -bizim meselemizde olduğu gibi- hacının, yaptığı haccın sevabını hatta bizatihi haccı, kendisi için hac yaptığı kimseye bağışlamışsa, sevabın ona intikal etmesi Ehl-i sünnete göre câiz ve sabit olan şeylerdendir.

Son olarak Şeyh'in, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a yaptığı itiraza *el-Mustasfâ'*da da zikredildiği üzere zaruretlerin şer'îatın kurallarından istisna edileceği kuralı ile de bir başka açıdan cevap verilebilir. Nitekim *el-Mecma'* şerhinde Mevlâ Ayasuluğî de meseleyi bu şekilde ele almıştır.¹

11. Kiralama Konusunda Vekâlet ve Ücretin Tazmini

[**Teshîl**] Bir kimse kendisine bir ev kiralaması için birine vekâlet verse, o da evi kiralayıp teslim alsa sonra müvekkil evi vekilinden istese o da haksız yere -yani kira ücreti peşin değil vadeli iken- müvekkile teslim etmese ve kira müddeti tamamlansa bu durumda evin ücretini vekil ödemek durumundadır. Çünkü vekil, akdın hakları bakımından asildir. Vekil

30 -satın alma vekilinde olduğu gibi- ücret için müvekkiline rücû eder.

1 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr. 170a.

فظهر من هذا البيان اندفاع ما أورده على الشيخين بقوله: «يشكل على قولهما في الحج عن الغير ما ذكر من الأصل الثابت من أن القربة متى وقعت تقع عن فاعلها» إذ علم منه أن جواز الحج عن الغير ووقوع القربة عن غير فاعلها ثبت بنص معدول به عن القياس وبمثل هذا لا يرد الانتقاض على الأصول الثابتة بالقياس كما لا يخفى نظائره على المتتبع في الفروع وأصولها. ٥

واندفاع ما أورده على محمد بقوله «ويشكل على قوله ما ثبت من قولهم: إن القربة متى وقعت يقع ثوابها لفاعلها»؛ إذ علم منه أن جعل فاعل القربة ثوابها لغيره وهبته منه جائز عند أهل السنة والجماعة فكان المراد من قولهم: «يقع ثوابها لفاعلها» وقوعه له ما لم يجعله الفاعل لغيره ولم يهبه منه وأما إذا جعله لغيره كما يجعل الحاج فيما نحن فيه ثوابه بل حجه عن المحجوج عنه فانتقال الثواب إليه مما جاز وثبت عن أهل السنة والجماعة. ١٠

ثم ما أورده معترضاً به على قول الشيخين يجاب عنه بوجه آخر وهو ما ذكر في المستصفي: من أن مواضع الضرورة^١ مستثناة من قواعد الشرع كذا ذكره المولى الأياثلوغي في شرح المجمع.

١١. الوكالة في الإجارة وتضمين الأجرة

[التسهيل] ولو وكل رجلاً ليستأجر له داراً بعينه فاستأجر وقبض وطلبه الموكل فممنع ولم يسلم بغير حق بأن كان الأجر مؤجلاً لا معجلاً حتى تمت المدة فالأجر على الوكيل؛ لأنه أصيل في الحقوق ورجع الوكيل بالأجر على أمره كوكيل بشراء؛

١ وفي هامش أ: يريد به ما سبق نقله عن البدائع من قوله: الضرورة العجز الذي لا يرجى زواله إلخ، منه.

Zira haklı bir nedenle mâni olma söz konusu olmadıkça müvekkil niyâbetten dolayı hükmen kabzetmiş sayılır ve vekil müvekkile rücû eder. Nitekim müvekkili adına satın aldığı malı -bedelin vadeli olması gibi- haksız bir sebeple müvekkiline teslim etmeyip malın kendi elinde telef olması durumunda, müvekkil hükmen malı kabzetmiş sayıldığı için, vekil malın bedelini tahsil etmek için müvekkile rücû eder. Bu meselede sanki müvekkil malı kabzetmiş vekil de ondan gasbetmiş gibi olduğundan gasbenden konumunda olan vekil, müvekkiline malın kıymetini ödemek durumundadır. Şu durumda eğer malın satım bedeli ile kıymeti eşit ise takas etmiş sayılırlar. Kiralama meselesinde de durum aynı olup malı vekilin kabzetmesiyle müvekkil hükmen kabzetmiş, vekil de ondan menfaatleri gasbetmiş sayılır. Şu var ki, bize göre menfaatlerde gasbın gerçekleşmesi imkânsız olduğundan menfaatler tazmin edilmez. Çünkü menfaat birbirine ardışık iki zaman diliminde varlığını sürdüremez. Dolayısıyla akit zamanında kabzedilmiş ve ardından gasbedilmiş olması tasavvur olunamaz. Böylece menfaatler kabzedilir edilmez vekilin elinde telef olan ayn'a benzemektedir. Menfaatler tazmin sorumluluğu kapsamında olmadığından müvekkil vekil aleyhinde bir hakka sahip olmaz. Ücret vekil lehine müvekkil üzerinde bir hak olarak sabit olur. Satın alma vekilinin durumu böyle değildir. Çünkü orada vekil bedeli müvekkilden alır sonra da gasptan dolayı kıymetini müvekkile tazmin eder. Çünkü gasp menfaatte değil aynda söz konusu olur. Şu hâlde kiralama vekili meselesi ile satım vekili meselesi birbirinden farklıdır.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Haklı sebeple teslim etmeme durumunda olduğu gibi haksız yere teslim etmeme durumunda da vekilin ücret konusunda müvekkile rücû hakkının olmaması gerekir. Zira vekil ile müvekkil birbiriyle akit yapan iki kişi gibidir. Dolayısıyla vekil adeta doğrudan müvekkile kiralamış gibi olur. Vekil kiraladığı şeyi teslim etmekten haksız yere imtina ederse bu durumda adetâ kiraya veren engellemiş ve onu kiralayana teslim etmemiş gibi olur ve bu durumda ücret gerekmez. Aynı durum burada da söz konusudur.

“Vekilin zilyedliği bir cihetle müvekkilin zilyedliği gibidir. Buna binaen kiralanan şey sanki müvekkilin elinde gibi düşünölmeli ve ücret gerekmelidir.” şeklindeki bir iddiaya şöyle cevap verebilirim: Vekil, kiralanan şeyi haksız bir şekilde teslim etmemişse gâsıp addedilir ve vekil olmaktan çıkar hatta mal bu durumda iken vekilin elinde helak olsa müvekkilin değil vekilin hesabına helak olmuş sayılır. Gâsıbın zilyedliği, gasba uğrayan mağdurun değil kendi zilyedliğidir. Menfaatin iki ayrı zamanda kalmayacağı kaidesinden hareketle müvekkilin kabzedip sonra da vekilin kabzedilene gaspetmesi şeklinde tasavvur ederek menfaatler hakkında aynı durumdan söz etmek mümkün değildir.

إذ الأمر قابض حكماً للنيابة ما لم يظهر المنع بحق فيرجع عليه الوكيل كالوكيل بالشراء إذا حبس المشتري من موكله بغير حق بأن كان الثمن مؤجلاً فهلك المشتري في يده رجع على موكله بثمنه لقبضه حكماً فكأنه قبض ثم غصبه وكيّله فعليه قيمته للموكل فيتقاصان لو سواء فكذا هنا ٥ صار الموكل قابضاً حكماً بقبض الوكيل ثم صار الوكيل غاصباً منه للمنافع إلا أنه لا تُضمن المنافع بالغصب عندنا لتعذر الغصب في المنافع لعدم بقاء المنفعة زمانين فلا يتصور حدوثها مقبوضة بحق العقد ثم مغصوبة فأشبهت العين التي تهلك في يد الوكيل كما قبض فإذا لم تكن المنافع مضمونة لم يجب للموكل شيء على الوكيل وبقيت الأجرة للوكيل على الموكل ضد وكيله بشراء فإنه يرجع بالثمن لم يضمن القيمة للموكل لغصبه؛ إذ الغصب يجري في العين لا في المنفعة فافترقا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن لا يرجع الوكيل بالأجر على الموكل في صورة المنع بغير حق كما في صورة المنع بحق إذ الوكيل مع الموكل كالتعاقدين فصار الوكيل كأنه أجر من الموكل فإذا منعه الوكيل بغير حق يصير كأن الموجز منعه ولم يسلمه إلى المستأجر ولا يجب الأجرة ثمّة فكذا هنا. ١٥

فإن قيل: يد الوكيل كيد الموكل من وجه فصار كأنه كان في يد الموكل فيلزمه الأجرة؟ أقول: الوكيل لما منعه بغير حق صار غاصباً وخرج عن الوكالة حتى لو هلك في يد الوكيل بعد منعه هلك على الوكيل لا على الموكل ويد الغاصب يد نفسه لا يد المغصوب منه ولا يمكن أن يجعل في حق المنفعة كأن الموكل قبض ثم غصبه وكيّله لما مرّ من أن المنفعة لا تبقى زمانين إلخ. ٢٠

[**Teshîl**] Vekil kira ücretinin peşin olmasını şart koşmuş veya peşin şartı olmaksızın ücreti peşin olarak verip evi teslim almış, müvekkil ondan bu süre zarfında talepte bulunmamış ve süre bitmişse, bu durumda vekil ücreti almak için müvekkile rücû eder. Müvekkil sürenin bir kısmı geçtikten sonra evi talep etse ancak vekil ücreti peşin almak için evi teslimden kaçınsa ve süre böylelikle tamamlansa bu durumda vekil, evi teslimden kaçınmasından önceki sürenin ücretini tahsil etmek için müvekkile rücû eder. Çünkü teslimden kaçınma olmadığı sürece vekâlet devam ettiği için, müvekkil kabzetmiş sayılır. Teslimden kaçınmadan sonraki süre için rücû edemez. Zira vekil, bir hak sebebiyle, teslimden kaçınmakla vekil olmaksızın çıkmış sayılır. Çünkü bu durumda vekilin hapis hakkı bulunduğu için, vekilin eli kendi eli olur yani müvekkil adına değil kendi adına kabzetmiş olur. Bu sebeple müvekkil hükmen kabzetmiş olmaz ve yararlar da müvekkilin eline geçmiş olmaz, dolayısıyla da müvekkil ücret vermekle yükümlü olmayacağı için, vekil müvekkile rücû edemez. Ancak vekilin haksız yere teslimden kaçınması durumu bundan farklıdır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Teslimden haksız yere kaçınma durumunda da niyâbet ortadan kalkmıştır. Çünkü vekilin zilyedliği bu durumda da niyâbet zilyedliği değil kendi zilyedliğidir. Daha önce söylediğimiz gibi vekil bu durumda gasbeden konumundadır ve gasbedenin zilyedliği niyâbet zilyedliği değil kendi zilyedliğidir. Dolayısıyla iki durum arasındaki fark gösterilmiş olmaz. Doğrusu şu ki, bu açıdan haklı olarak teslimden kaçınmak ile haksız olarak teslimden kaçınmak arasında her iki durumda da vekilin zilyedliğinin kendi zilyedliği olduğu noktasında bir farklılık yoktur. Aradaki farkı şu şekilde göstermek mümkündür: Haksız yere teslimden kaçınma konusunda müvekkil adeta kira konusu olan şeyi teslim almış sonra vekil ondan gasbetmiş gibidir. Bu durumda müvekkilin ücreti ödemesi gerekir. Haklı yere teslimden kaçınma durumunda ise müvekkil hiçbir surette kira konusunu kabzetmiş gibi sayılmaz. Dolayısıyla ücreti ödemesi de gerekmez. İşte bu açıdan iki durum birbirinden ayrılır. Fakat bu cevap da problemden hâlî değildir. Nitekim konuya girerken “Haklı sebeple teslim etmeme durumunda olduğu gibi haksız yere teslim etmeme durumunda da vekilin ücret konusunda müvekkile rücû hakkının olmaması gerekir.” dediğimizi işitmiştin!

[التسهيل] ولو شَرَطَ الوكيلُ تعجيلَ الأجرةِ في عقدِ الإجارةِ أو عَجَّلَ الوكيلُ الأجرةَ بغيرِ شرطِ التعجيلِ وقَبَضَ الدارَ ومضتِ المدةُ ولم يطلبه الأمرُ منه رَجَعَ الوكيلُ عليه بالأجرِ إذ الأمرُ صار قابضاً بقبضه ما لم يظهر المنع ولو طلبه الأمر بعد مُضَيِّ بعضِ المدةِ فَمَنَعَ الوكيلُ لتعجيلِ الأجرِ حتى مضتِ المدةُ رجع الوكيلُ على الأمر بحصته ما قبل المنع لأنه يُعَدُّ قابضاً ما لم يمنع لبقاء النيابة ولا يرجع بحصته ما بعد المنع لزوال النيابة بالمنع بحقٍ إذ له حقُّ الحبسِ فصار يدُ الوكيلِ يدَ نفسه لا يدَ نيابةٍ فلم يصِر الموكَّلُ قابضاً حكماً ولم تصر المنافعُ حادثةً في يدِ الموكَّلِ حكماً فلم يجب الأجرُ على الموكَّلِ فلا يرجعُ به الوكيلُ على الموكَّلِ بخلافِ منعه بغيرِ حقِّ.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: في صورة المنع بغيرِ حقِّ يزولُ النيابةُ أيضاً لأن يدَ الوكيلِ يدُ نفسه أيضاً لا يدُ نيابةٍ لما قدَّمنا من أنه غاصبٌ ويدُ الغاصبِ يدُ نفسه لا يدُ نيابةٍ فلا يَتِمُّ الفرقُ بهذا الوجه، والحقُّ أنه لا فرقُ بهذا الوجهِ بين المنعِ بحقِّ وبين المنعِ بغيرِ حقِّ في أنَّ يدَ الوكيلِ في كلِّ منهما يدُ نفسه لا يدُ نيابةٍ، ويمكنُ الفرقُ بينهما بأن الموكَّلِ في صورة المنعِ بغيرِ حقِّ يُجعلُ كأنه قبضه ثم غصبه الوكيلُ فيجب الأجرُ على الموكَّلِ وفي صورة المنعِ بحقِّ لا يُجعلُ الموكَّلُ قابضاً أصلاً فلا يلزمه الأجرُ فيفترقان بهذا الوجهِ ولكن فيه ما فيه وقد سمعتُ آنفاً حيث قلنا: أقول: ينبغي أن لا يرجع الوكيلُ بالأجرِ على الموكَّلِ إلخ.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu konu en garip meselelerden biridir. Şöyle ki, fakihler, vekilin müvekkili için kiraladığı evi haksız yere müvekkiline teslim etmemesi hâlinde, ev, vekilin elinde olduğu hâlde kira süresi bitse, vekilin ücreti tahsil etmek için müvekkile rüçû edebileceğini söylemişlerdir. Buna mukabil evi haklı olarak teslim etmemesi hâlinde ev vekilin elinde olduğu hâlde süre bitse, ücreti tahsil etmek için müvekkile rüçû edemeyeceğine hükmetmişlerdir. Konu hakkında dikkatle düşünen kimseler için bu hükmün gerekçesi malumdur.

Şeyh'in mezhep imamlarına yaptığı itirazın esası, vekil ile müvekkil arasında var olduğu söylenen hükmî mübâdeledir. Ancak bu görüş Kerhî'nin tahrici olup tercih edilmemiştir. *el-Hidâye* ve *et-Tebyîn*'de şöyle denilmiştir: Mülkiyet akdin başından itibaren müvekkil adına sabit olur ki sahih olan görüş de budur.¹ Muteber fıkıh metinlerde de sahih kabul edilen bu görüş esas alınmıştır. Dolayısıyla Şeyh'in kendisine esas aldığı görüş, mezhepte mercûh -yani tercih edilmemiş- görüş olup, ulu imamlara ve büyük meşâyih'e itiraz etmek için mesnet olamaz. Evet, fakihler satın alma vekâletinde olduğu gibi bazı konularda Kerhî'nin görüşünü almışlar ve kendisine emredileni yapmış olması ve bedeli daha önce satıcıya ödemesi hâlinde vekilin malın bedelini tahsil etmek için müvekkile rüçû edebileceğini söylemişlerdir. Yine malın bedelini satıcıya ödememiş olsa da bedeli tahsil edene kadar malı müvekkile teslim etmeme hakkının olduğunu da söylemişler ve bu iki mesele hakkındaki hükmü, vekil ile müvekkilin, aralarında hükmî mübâdele gerçekleşen iki kişi (âkideyn) gibi olduğunu söylererek ta'lîl etmişlerdir.

Sözün özü, fûrû' meselelerin ayrıntılarındaki ihtilaf, esas alınan asıl hakkındaki ihtilaftan kaynaklanmaktadır.

12. Malları Taksim İşleminin Şarta Bağlanması

[Teshîl] Fâsit şartla fâsit olan ve şarta bağlanması sahih olmayan işlemlerden birisi de müşterek malın ortaklara paylaşılması işlemidir (kısmet). Kısmetin fâsit şartla fâsit olması şöyledir: Söz gelimi ölen birisinin başkalarından alacağı olsa, vârisler terekeyi taksim edip, alacağın vârislerden birine, mevcut eşyanın da ötekine kalmasını şart koşsalar bu geçersizdir. Zira kısmet, alım satım anlamındadır. Dolayısıyla alım satım gibi fâsit şartla fâsit olur. Kısmetin şarta bağlanması ise 'filanca razı olursa evi böleceklerini' söylemeleri şeklindedir. Kısmetin, şarta bağlanmasının câiz olmaması onun alım satım anlamında olması sebebiyledir.

1 Mergînânî, *el-Hidâye*, VIII, 18; Zeylâî, *Tebyîn*, IV, 256.

[فاضل أمير] نقول: هذا من أغرب المسائل حيث قالوا برجوع الوكيل على الموكل بأجر فيما منع الدار المستأجرة بالوكالة عن الموكل ولم يسلمها إليه بغير حق ومضت مدة الإجارة والدار في يد الوكيل، ولم يقولوا برجوع الوكيل على الموكل بأجر فيما منعها عن الموكل بحق ومضت المدة والدار في يد الوكيل والوجه فيه معلوم لمن هو يحقق المقام. ٥

ثم ما أورده الشيخ معترضا على أصحاب المذهب مبني على ما قيل: من أن بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية ولكن هذا هو القول المرجوح تخريج الكرخي؛ إذ قال في الهداية والتبيين: إن الملك يثبت للموكل ابتداء وهو الصحيح. وفي المتون المعتبرة أخذ بما صحح فيهما. فما بناه الشيخ كلامه عليه قول مرجوح لا يصلح مبني للاعتراض على الأئمة الأعلام والمشايخ الكرام، نعم ١٠ قد اعتبروا قول الكرخي في بعض المسائل كما في الوكيل بالشراء قالوا برجوعه بالثمن على الأمر؛ إذ فعل ما أمر به دفعه إلى بايعه أو لا، وكذا قالوا: له حبس المبيع من أمره لقبض ثمنه وإن لم يدفع وعللوا الحكم في هاتين المسألتين بأن الوكيل والموكل كالمتعاقدين جرى بينهما مبادلة حكمية.

فغاية ما يقال فيه: إن الاختلاف في تفریع الفروع ناشئ من اختلافهم في تخريج الأصل. ١٥

١٢. تعليق القسمة بالشرط

[التسهيل] والقسمة صورة فسادها بالشرط الفاسد: نحو أن يكون للميت دين على الناس فاققسموا التركة من الدين والعين وشرطوا أن يكون الدين لأحدهم والعين للآخر، وهذا لأن القسمة في معنى البيع فيفسد بالشرط الفاسد كالبيع، ٢٠ وصورة تعليقها بالشرط نحو أن يقتسموا الدار إن رضي فلان وإنما لم يصح؛ لأنها في معنى البيع.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu husus gösteriyor ki, “Fılanca kimse razı olursa şu evi şu kadara sana sattım.” denilmesi durumunda alım satım câiz olmamaktadır. *Câmi’ül-Fusûleyn*’de şarta bağlanması câiz olan ve olmayan hususlar bölümünde şöyle yazmıştım: “Eğer ‘Fılanca razı olursa evi
5 sana şu kadara sattım.’ derse alım satım câizdir.”

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *et-Tebyîn*’de şöyle denilmiştir: “Alım satım akdinin şarta bağlanması, şartın [Arapçada] ‘eğer ... ise’ anlamına gelen ‘in’ şart edatı kullanılarak ‘Eğer şöyle ise sana sattım.’ Örneğindeki gibi olması durumunda mutlak olarak câiz değildir. Şartın, taraflardan birine fayda veya
10 zarar vermesi durumunda da alım satım akdi -bir durum hariç- bâtil olur. İstisna edilen durum, ‘Fılan kimse razı olursa bunu sana sattım.’ ifadesidir. Eğer rızanın belirlenmesi için üç günlük bir süre tayin edilmişse akdin filancanın rızasına bağlanması câiz olur. Zira bu şekliyle yapılan satım, akde
15 taraf olmayan üçüncü bir şahıs için muhayyerlik şartını koşturmak anlamına gelir ki -daha önce açıkladığımız üzere- bu câizdir.”¹ Bu açıklamadan anlaşıldığı üzere anılan surette alım satımın şarta bağlanmasının câiz olması, koşulan şartın muhayyerlik şartı kapsamına dâhil olmasından dolayıdır. Söz konusu şartta muhayyerlik şartının geçerli olabilmesi için üç gün veya
20 daha azı ile sınırlandırma şartı tahakkuk etmişse akit câiz olur. Üç veya daha az günle sınırlandırılmamışsa muhayyerlik şartının sahih olması için gerekli olan şartı taşımamış olur ve kendisi ile akdin fâsit olduğu diğer şartlar kapsamına dâhil olarak akit fâsit olur. Sonuç olarak bu izaha binaen câiz olduğu söylenen suretin sahih sayılmasının gerekçesi ortaya çıkmış olmaktadır.

Kısmetin şarta bağlanması ise ‘filanca razı olursa evi böleceklerini’ söylemeleri şeklindedir. Kısmetin şarta bağlanmasının câiz olmaması onun alım satım anlamında olması sebebiyledir. Zira kısmet işlemi [Arapçada] ‘eğer ... ise’ anlamındaki ‘in’ şart edatını kullanmadan başkasının rızasına bağlamak üç veya daha az gün ile sınırlandırılınca, tıpkı alım satım akdinin
30 üç veya daha az gün ile sınırlandırılmadan başkasının rızasına bağlanması durumunda olduğu gibi onu fâsit kılar.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, IV, 131.

[الشيخ بدر الدين] أقول: دل هذا على أنه لو قال: بعته منك بكذا إن رضي فلان لا يجوز البيع، ولقد ذكرت في فصل ما يجوز تعليقه وما لا يجوز من جامع الفصولين أنه لو قال: بعته بكذا إن رضي فلان يصح البيع.

[فاضل أمير] نقول: قال في التبيين: «ولا يجوز تعليق البيع بالشرط مطلقا

٥ إن كان الشرط بكلمة «إن» بأن قال: بعته منك إن كان كذا، ويطل البيع به

إن كان الشرط ضارا أو نافعا إلا في صورة واحدة وهي أن يقول: بعته منك

إن رضي فلان به، فإنه يجوز إذا وقته بثلاثة أيام؛ لأنه اشتراط الخيار لأجنبي

وهو جائز على ما بيناه» انتهى. فعلم منه أن جواز تعليق البيع بالشرط في

الصورة المذكورة إنما نشأ من رجوع هذه الصورة إلى صورة شرط الخيار؛

١٠ فإن روعي فيها ما هو شرط صحة شرط الخيار وهو التقييد بثلاثة أيام أو ما

دونها يصح العقد، وإن لم يقيده بها لا يوجد شرط الصحة ولا يكون هذا

الشرط الذي لم يقيده بهذه المدة إلا كسائر الشروط التي يفسد بها البيع.

وظهر منه وجه الصحة فيما قيل:

وصورة تعليق القسمة بالشرط نحو أن يقتسموا الدار إن رضي فلان وإنما

١٥ لم يصح لأنها في معنى البيع؛ لأنه^١ يريد أن التعليق برضا الغير لما ذكره غير

«إن» يوقت بثلاثة أيام أو ما دونها كانت القسمة فاسدة كما لو علق البيع

برضا الغير ولم يوقته بذلك الوقت.

١ وفي هامش أ: متعلق بقوله: ظهر.

Muhayyerlik şartının sahih olabilmesi için üç veya daha az gün ile sınırlandırılması gerektiğini söylememizin sebebi *el-Gurer* şerhi *ed-Dürer*'de şöyle açıklanmıştır: “Şart muhayyerliği birkaç kısımdır: ‘Fılan şeyi birkaç gün muhayyer olmak şartıyla satın aldım.’ veya ‘Fılan şeyi ebediyen muhayyer olmak şartıyla satın aldım.’ örneklerinde akit ittifakla fâsittir.”¹ Yine *el-Bedâi*'de denildiğine göre “Bir kimse ‘ebediyen muhayyer olmak üzere’ veya ‘birkaç gün muhayyer olmam şartıyla’ diyerek kaç gün muhayyer olacağına dair belirli bir süre belirlemeden şart muhayyerliği ile bir şeyi satsa veya şart muhayyerliği ile satıp hiçbir şekilde süre belirlemezse akit -icmâ ile- fâsit olur.”²

Yapılan bu açıklama sayesinde Şeyh'in *Câmi'ül-Fusûleyn*'den naklettiği “Eğer filanca razı olursa evi sana şu kadara sattım.” şeklindeki ifadesindeki kusur da anlaşılmış oldu.

13. Ta'lîkî Şartın Akde Etkisi

[**Teshîl**] Vakfın şart ile fâsit olmasının örneği, kişinin “Falan kişi gelirse inşaallah şu evimi şuraya vakfettim.” demesidir. Akdin ta'lîk sebebiyle fâsit olmasının örneği ise “Ayın başı geldiğinde şu evimi şuraya vakfettim.” demesidir. *el-Kenz* şerhindeki açıklama böyledir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Buradaki bazı meselelerin ‘inşâallah’ ifadesiyle örneklendirilmesi maksadı ifade etmiyor. Çünkü bütün akitler, fesihsiler ve ıskâtlar Allah'ın dilemesine bağlanmakla bâtil olur. Bu durum sözü edilen hukuki işlemlerden birine mahsus değildir. Hatta fâsit şartla geçersiz olmayan ve şarta ta'lîk edilmesi sahih olan -boşama, köle azat etme gibi- tasarruflar için bile bu geçerlidir. Mesela bir kimse eşine “İnşâallah sen boşsun.” dese karısı boş olmaz. Burada söz konusu olan ise bazı muamelelerin geçersizliğine sebep olan şarttır. Vakıf, ikrar vb. tasarrufların genel anlamda sahih biçimleri vardır. Bunları görmek için vakıf ve ikrar bölümlerine bakılabilir. Vakfın, fâsit şartla bâtil olan ve şarta ta'lîk edilmesi sahih olmayan akitlerden olduğu konusunda iki rivâyet vardır. Bunları *Câmi'ül-Fusûleyn* adlı kitabımda zikrettim.

1 Molla Hüsrev, *Düverü'l-Hükkâm*, II, 151.

2 Kâsânî, *Bedâi'üs-Sanâi*, V, 178.

وإنما قلنا: إن شرط صحة شرط الخيار التوقيت بثلاثة أيام أو ما دونها لما قال في الدرر شرح الغرر «وخيار الشرط أنواع: فاسد وفاقا كما إذا قال: اشترت على أني بالخيار أو على أني بالخيار أياما أو على أني بالخيار أبدا» ولما قال في البدائع: «وعلى هذا إذا باع بشرط الخيار ولم يوقّت للخيار وقتا معلوما بأن قال: أبدا أو أياما أو لم يذكر الوقت حتى فسد البيع بالإجماع» انتهى.

فتبين بهذا البيان ما فيما نقله في جامع الفصولين^١ من قوله: «إنه لو قال بعته بكذا إن رضي فلان يصح البيع» من القصور.

١٣. أثر التعليق في العقد

[التسهيل] وصورة فساد الوقف بالشرط نحو قوله: وقفتُ داري هذه على كذا إن جاء فلان إن شاء الله تعالى، وصورة تعليقه نحو قوله: وقفتُ داري هذه على كذا إذا جاء رأس الشهر. كذا في شرح الكنز هذه الصور.

[الشيخ بدر الدين] أقول: تمثيل بعض الصور بذكر «إن شاء الله» لا يفيد المطلوب؛ لأن جميع العقود والفسوخ والإسقاطات يبطل كلها بالتعليق بمشيئة الله ولا يختص به نوع دون نوع حتى ما جعل من قبيل ما لا يبطل بالشروط الفاسدة ويصحُّ تعليقه بالشرط كالطلاق والعتاق وغيره يبطل بالتعليق بمشيئة الله تعالى حتى لو قال: أنتِ طالقٌ إن شاء الله لا تطلق، والكلام في شرط يبطل به البعض دون البعض ولكل واحدٍ من الوقف والإقرار ونحوه تُخرج صورةً صحيحةً من كتابه فليُنظر ثمة. وفي كون الوقف مما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصحُّ تعليقه بالشرط روايتان ذكرته في جامع الفصولين.

١ وفي هامش أ: نقد على قوله في جامع الفصولين، منه.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Evet, Şeyh'in dediği gibi söz konusu örneklerde 'inşâallah' denilmeseydi zikredilen örnekler daha sağlam olurdu. Bununla birlikte 'inşâallah' denilmiş olsa da bu örnekleri uygun bir şekilde açıklamak mümkündür. Şöyle ki; ikrar, vakıf ve bunların dışındaki meselelerde istisna anlamına gelen 'inşâallah' ifadesi, kendisinden önce zikredilen şartla hüküm cümlesinden ayrıldığı için istisna, mülga olur; yani amel etmez.¹ Bilindiği gibi ikrar, vakıf ve bunların dışındaki akitlerden, şart cümlesinden sonra zikredilen 'inşâallah' lafzının geçtiği akitlerin fâsit olmasının sebebi, istisnanın kendisi olmayıp önce zikredilen şarttır.

Sevk edilen cümleden ayrı bir şekilde zikredilen istisnanın mülga olduğunu söylememizin sebebini Mevlâ Ayasuluğu *el-Mecma'* şerhinde şöyle açıklamıştır: İstisna ile önceki cümle arasına başka bir söz girmişse istisna amel etmez." Yine *el-Hâniyye*'de "Bir kimse karısına 'Sen inşâallah rec'î olarak boşsun.' dese talâk vaki olur. Zira cümlede 'boşsun' ifadesi kullanıldığı için 'rec'î olarak' ifadesine gerek kalmamıştır. Ancak 'rec'î olarak' ifadesi, 'inşâallah' ifadesi ile 'boşsun' ifadesi arasında zikredildiği için inşâallah denilerek yapılan istisnanın talâka ulaşmasına mâni olmuştur." denilmektedir. *el-Kunye*'de de mesele aynı şekilde ele alınmıştır. Yine *el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye*'de şöyle denilmiştir: Bir kimse başka birine yemin ettirmeyi istese ancak onun, yemininin peşi sıra gizli olarak inşâallah diyerek istisna etmesinden korkarsa, ona yemininden hemen sonra subhanallah demesini veya başka bir kelime telaffuz etmesini emreder. Çünkü yemin ettirme hakkı olan kimsenin, karşı tarafın, yeminini iptal edecek bir şey yapmasına mâni olma hakkı vardır.

Yapılan bu açıklamalarla ikrar ve vakıf meselelerinde verilen örneklerin, sahih bir şekilde tevcihinin yapılması ile birlikte ikinci bir fayda da ortaya çıkmış oldu. Söz konusu fayda şudur: Fakihlerin "istisna ile önceki cümle arasına başka bir söz girmişse" ifadelerindeki 'söz'den maksat, sözlük anlamındaki, yani az veya çok olmasına bakılmaksızın dile getirilen sözdür. Bununla nahivcilerin ıstılahı olan ve aralarında bir nisbetin olduğu en az iki kelimedenden oluşan cümle kastedilmemektedir. Nitekim yukarıda *el-Hâniyye'den* yapılan nakilde "rec'î" sözcüğü, istisna ile önceki cümle arasında bağlantıyı engelleyen bir fasıla olarak kabul edilmiştir. Yaptığımız bu tahlil mezkûr itirazın karşılığı olsun.

1 Örnek olarak "Fılanın bende bin lirası var." cümlesi ikrar cümlesidir. Bu cümleden sonra şart cümlesi olarak "şayet rüzgâr erser" cümlesi zikredilmiş ve ardından "inşâallah" denilmiştir. Bu örnekte şart cümlesi, yargı cümlesi ile istisna olan "inşâallah" arasına girince ikrarın iptal edilmesine sebep olan istisna ilga edilmiş ve ikrar sahih bir şekilde gerçekleşmiş olur.

[فاضل أمير] نقول: نعم إن لو لم يذكر قوله «إن شاء الله» في هاتيك الصور لكان أسلم ولكن يمكن أن يوجه بذكره أيضا بأن قوله: «إن شاء الله» لما كان مفصولا عن الكلام المسوق للإقرار أو الوقف أو غيرهما بشرط مقدم عليه كان الاستثناء ممنوع العمل، وعلم أن العامل في إفساد الإقرار أو الوقف أو غيرهما مما ذكر فيه قوله «إن شاء الله» بعد جملة شرطية هو الشرط ٥ المقدم لا الاستثناء.

وإنما قلنا: إن الاستثناء كان ممنوع العمل بالانفصال لما قال المولى الأياثلوغي في شرح المجمع: «إن تخلل كلام آخر بين الكلام الأول وبين الاستثناء يمنع الاستثناء عن العمل» ولما في الخانية من قوله: «لو قال: أنت طالق رجعي إن شاء الله يقع الطلاق؛ لأن قوله «رجعي» مستغنى عنه بقوله «طالق» فيمنع وصول الاستثناء إلى الطلاق» كذا في القنية ولما في الفتاوى البزازية من قوله: «أراد أن يحلّف رجلا وخاف أن يستثني عقيبه سرّا يأمره أن يقول عقيب حلفه متصلا: سبحان الله أو كلاما آخر؛ لأن اليمين حقه فله المنع عن إبطاله» انتهى.

١٥ فهذا البيان بعد أن حصل توجيه صحيح للأمثلة الواقعة في كلام الممثل ظهرت فائدة أخرى يعتنى بها وهي أن المراد بالكلام في قولهم: إن تخلل كلام آخر هو الكلام اللغوي يعني ما يتكلم به قليلا كان أو كثيرا لا الكلام المصطلح عند النحاة يعني ما تضمن كلمتين بالإسناد؛ إذ قد رأيت أن في الخانية قد جعل قوله «رجعي» مما يمنع اتصال الاستثناء بالكلام السابق ٢٠ فليكن هذا على^١ ذكر منك.

14. Ortaklığın Şarta Bağlanması

[**Teshîl**] Fâsît şartla bâtil olmayan akitlerden biri olan ortaklığın şarta bağlanması şöyle olur: Akit ortaklardan birisinden bin dirhem, diğerinden iki bin dirhem olmak üzere kâr ve zararı eşit olarak bölme şartıyla kurulursa ortaklık geçerli, şart ise fâsittir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Kârı eşit paylaşma câiz ise de zararı eşit paylaşma şartının fâsît olması gerekir. Zira kârda fazlalık câizdir. Zararın ise mal miktarınca olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in burada kendi fikhi mahareti ile çıkarttığı izlenimini verdiği bu hüküm, *Hizânetü'l-Müftîn*'de malda eşit olmama durumu bağlamında şöyle ele alınmıştır: "Koydukları sermaye farklı olduğu hâlde ortaklar kâr ve zararda eşitlik şartı koşarlarsa, zarara eşit katlanma şartı fâsît olur, ancak şirket akdi fâsît şartla bâtil olmayacağından akit geçerlidir." Burada ayrıca şu da söylenebilir: Şeyh'in, malda eşit olunmamasına rağmen zararda eşit olma şartı şeklinde fâsît bir şartı ihtiva eden şirket akdi için verdiği misalin şirket akdinin fâsît şartla fâsît olmayacağına misal olabileceğini söylemek uzak değildir. Bununla birlikte maksat hâsıl olduktan sonra misaller üzerinde tartışmak ilim ehlinin âdetinden değildir.

Şeyh'in "Zira kârda fazlalık câizdir. Zararın ise mal miktarınca olması gerekir." sözünün, kârda fazlalık sahih ise malda eşitlik olmamasına rağmen kârı yarı yarıya paylaşmak da câizdir, şeklinde doğru bir anlamı varsa da malda eşitlik olmamasına rağmen kârda eşitlik sahihtir, demek ilim ehline aşikâr olduğu üzere daha uygundur.

15. Yargılamanın Fâsît Şartla Bâtil Olmaması

[**Teshîl**] [Fâsît şartla bâtil olmayan tasarruflardan birisi de yargılamadır.] Mesela hâkimin hak sahibine "Borcundan şu kadar düşmen ve şu zamana kadar ertelemen şartıyla Zeyd'e karşı senin lehine karar veriyorum." derse bu şart fâsittir. *el-Kenz* serhinde de böyle yer almıştır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu açıklama yerindedir. Fakat öyle anlaşılıyor ki, bu meselede söz konusu edilen yargı, bir kimsenin kadı olarak atanmasıdır. Nitekim emirlik ve devlet başkanlığı denildiğinde bundan maksat emir ve devlet başkanı olarak atanmak, bu görevleri üstlenmektir. Buna göre bir kimse fâsît bir şartla kadılık vazifesine getirilirse şart bâtil olur, ancak atama geçerlidir. Mesela bir kimse rüşvetle hükmetmesi şartıyla birisini kadı tayin etse atama değil şart bâtil olur.

١٤ . تعليق الشركة بالشرط

[التسهيل] والشركة نحو أن يعقدا الشركة ولأحدهما ألف درهم وللآخر ألفان وشرطا الربح والوضيعة نصفين صحت الشركة وفسد الشرط.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يفسد شرط التسوية في الوضيعة لا في الربح؛ إذ التفاضل يصح في الربح ويجب أن يكون الوضيعة على قدر المال. ٥
[فاضل أمير] نقول: ما ذكره هنا على أنه تفقه منه هو ما ذكره في خزانة المفتين في صورة عدم المساواة في المال: «وإن شرطا أن يكون الربح والوضيعة بينهما نصفين فشرط الوضيعة نصفين فاسد ولكن بهذا لا تبطل الشركة؛ لأن الشركة لا تبطل بالشرط الفاسدة» انتهى. فلا يبعد أن يقال: إن فيما أورد مثالا لعقد الشركة لما وجد فيه شرط فاسد وهو شرط التسوية في الوضيعة مع التفاضل في المال ١٠
صلح لأن يكون مثالا لعدم فساد الشركة بفساد الشرط، وبعد حصول المراد ليست المناقشة في المثال من دأب المحصلين.

ثم قوله: «إذ التفاضل في الربح» إلى آخره وإن كان له معنى صحيح بأن يقال: فلما صح التفاضل في الربح فجاز شرط التسوية في الربح مع عدم تساوي في المال ١٥
ولكن الأظهر أن يقال: إذ التسوية في الربح مع التفاضل في المال يصح كما لا يخفى.

١٥ . عدم فساد القضاء بالشرط الفاسد

[التسهيل] والقضاء، ونحو أن يقول القاضي لصاحب الحق: أقضي لأجلك على زيد بشرط أن تحطّ عن دينك وتؤخّره إلى وقت كذا، وهذا الشرط فاسد كذا في شرح الكنز.

[الشيخ بدر الدين] نقول: هذا له وجه ولكن الظاهر أن المراد بالقضاء المذكور ٢٠
في هذه المسائل هو تقلد منصب القضاء كما أن المراد بالإمارة والإمامة تقلدهما يعني إن وُلِّي القضاء بشرط فاسد يصير قاضيًا ويبطل الشرط مثلاً لو قلده القضاء بشرط أن يحكم بالرشوة يبطل الشرط لا القضاء.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in "öyle anlaşılıyor ki" diyerek yaptığı tasvirde kapalılık vardır. Bilakis kazâ lafzı, *el-Kenz* şârihinin dediğine daha uygundur; yani lafzın bu manaya delâleti daha zahirdir. Çünkü Şeyh'in dediği anlamın çıkması için cümlede ya hazif yoluyla îcâz olduğu kabul edilmeli ya da kazâ lafzını kullanıp bundan atanma anlamının kastedildiğini söylemek suretiyle mecâz olduğu kabul edilmelidir. Emâret ve imamet lafızlarına ise bu görevlere atanma manası dışında bir mana verilemez. Bu iki lafız kullanıldığında bundan o görevlere atanma anlamının anlaşılması zaruri olup, bunların başka bir anlama gelme ihtimali yoktur.

16. Kefâletin Fâsit Şartla Bâtıl Olmaması

[Teshîl] Bir kimsenin başkasına "Eğer rüzgar eserse veya yağmur yağarsa senin filancaya olan borcuna kefil olurum." diyerek kefil olması durumunda şart bâtil, kefâlet sahih olur. Çünkü ilke şudur: "Boşama ve köle azat etme gibi, şarta ta'lik edilmesi câiz olan hiçbir işlem fâsit şartla bâtil olmaz." Kefâlet de bu tür işlemlerdendir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Kefâlet bölümünde de belirttiğim gibi, bu konuda imamlar arasında görüş ayrılığı vardır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh bu sözleriyle kefâlet bahsinde şartın değil kefâletin fâsit olacağı görüşünü tercih ettiği ve bu görüşü tercih eden ilk kişinin kendisi olduğunu izhar ettiği yeri kastetmektedir. Biz kefâlet bahsinde lehte ve aleyhte olan yönleriyle birlikte konuyu ele aldık ve o konudaki sabit görüşün ne olduğunu beyan ettik. Dilersen oraya müracaat edebilirsiniz.

17. Kitabet Akdinin Fâsit Şartla Bâtıl Olmaması

[Teshîl] Efendinin, memleketi terk etmemesi şartıyla kölesiyle mükâtebe akdi yapması ve kölenin de bunu kabul etmesi durumunda şart fâsit, akit sahih olur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: *Câmi'ül-Fusûleyn*'in yirmi altıncı faslında her iki *Fusûl*'de gördüğüm şekilde kitabet akdinin şarta bağlanmasının câiz olmadığını ve fâsit şartla bâtil olduğunu yazmıştım. Fakat bu görüş tartışmaya açıktır.

[فاضل أمير] نقول: في الظهور خفاء بل لفظ القضاء ظاهر فيما قاله شارح الكنز؛ لأن على ما قاله الشيخ يحتاج إما إلى إيجاز الحذف أو إلى ارتكاب المجاز بإطلاق القضاء وإرادة التقليد، وأما الإمارة والإمامة فلا معنى لهما سوى تقلدهما بإرادة هذا المعنى فيهما متحتم لا احتمال للغير.

١٦. عدم بطلان الكفالة بالشرط الفاسد

[التسهيل] والكفالة، نحو أن يقول: تكفّلت بما لك على فلان إن هبت الريح أو إن جاء المطر؛ إذ الأصل: أن كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يُبطله الشروط الفاسدة كطلاق وعتاق والكفالة كذلك فصح الكفالة لا الشرط.

[الشيخ بدر الدين] نقول: فيه خلاف ذكرته في كتاب الكفالة.

[فاضل أمير] نقول: يريد به ما ذكره في الكفالة من ترجيح ما قيل فيه: إن الكفالة تفسد لا الشرط وهو يظهر أنه أول سابق في هذا الترجيح وقد بينا هناك القول الثابت فيها بما له وعليه إن شئت فراجع.

١٧. عدم بطلان الكتابة بالشرط الفاسد

[التسهيل] والكتابة، نحو أن يكاتب عبده على ألف درهم بشرط أن لا يخرج من البلد وقيل العبد كذلك تصح الكتابة لا الشرط.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قد ذكرت في جامع الفصولين: إن الكتابة لا يجوز تعليقها بالشرط وإنها تبطل بفاسده، وكذا وجدته في الفصولين ولكن فيه نظر.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Konu şu şekilde açıklığa kavuşturulabilir: Her iki *Fusûl*'ün müellifleri [İmâdi ve Üsrûşenî], kitabet akdinin şartla tâlik edilmesinin câiz olmadığını ve fâsit şartla bâtil olacağını belirtmişler; sonra da -örleşmiş veya örleşmemiş bir şartla yapılması hâlinde mükâtebe akdinin 5 sahih, şartın bâtil olduğunu söylemişlerdir. Şeyh *Câmi'ül-Fusûleyn*'de 'bir kimsenin şehirden çıkmamak şartıyla kölesiyle mükâtebe akdi yapması hâlinde akdin sahih, şartın ise bâtil olduğunu ve bu örnekte akdin fâsit şartla bâtil olmadığını' dile getirerek bu iki müellife itiraz etmiştir.

Molla Hüsrev, *ed-Dürrer*'inde Zeylaî'nin, şartın, akdin omurgasının dışında 10 olması hâlinde kitabet akdinin fâsit şartla fâsit olmayacağını, ama akdin omurgasında olması hâlinde fâsit olacağına dair ifadelerini nakletmiş¹ ve bu ayrımla Şeyh'in Üsrûşenî ve el-İmâdi'ye yönelik itirazına cevap vermiştir. Molla Hüsrev'in cevabının özü şudur: Kitabet akdinin fâsit şartla bâtil olmasından murat, akdin omurgasına dâhil olan fâsit şartla bâtil 15 olmasıdır. Fâsit şartın akdin omurgasının dışında olması durumunda ise akit değil şart bâtil olur. Şeyh'in, nakz amacıyla zikrettiği örnekte kitabet akdinin bu fâsit şartla -yani bir kimsenin, şehirden çıkmaması şartıyla- bâtil olmaması ise şartın, akdin omurgasının dışında olmasından ötürüdür. Molla Hüsrev'in cevabı bu şekildedir. Molla Hüsrev bu cevabı önem- 20 semiş ve itirazı sebebiyle Şeyh'i, kuru gürültü çıkarmakla itham etmiş ve onu kuru gürültücülerden saymıştır.²

İşini iyi yapan insaf sahibi kimselere aşikâr olduğu üzere Şeyh'in, [Üsrûşenî ve el-İmâdi'nin *Fusûl*'lerinde yer alan] 'kitabet akdinin fâsit şartla bâtil olacağı' şeklindeki ifadeye ilişkin itirazı, Molla Hüsrev'in mülhazalarıyla 25 giderilemeyen haklı bir itirazdır. Zira burada itirazcı konumunda olan Şeyh, fâsit şartın iki tür olduğunu ve biriyle akit bâtil olurken diğeriyle olmayacağını inkâr etmemektedir. Onun söylediği şudur: Kitabet akdi fâsit şartların bir türü ile bâtil olup diğeri ile bâtil olmuyorsa, hiçbir ayrıma gitmeden akdin mutlak bir şekilde fâsit şartla bâtil olacağını söylemek uygun düşmez. 30

1 Zeylaî, *et-Tebîyîn*, V, 156.

2 Molla Hüsrev, *Dürrer'ül-Hükkâm*, II, 201.

[فاضل أمير] نقول: تفصيل المقام هو أن في الفصولين قالاً: «وتعليق الكتابة بالشرط لا يجوز وإنها تبطل بالشرط الفاسد» ثم قالاً: «الكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح ويبطل الشرط». واعترض الشيخ عليهما في جامع الفصولين «بأنه لو كاتب عبده بشرط أن لا يخرج من المدينة صح الكتابة وبطل الشرط ففي هذه الصورة لم تبطل الكتابة بفساد الشرط».

٥ ثم المولى الفاضل ملا خسرو نقل في درره ما قاله الإمام الزليعي «من أن الكتابة لا تفسد بشرط فاسد؛ إذا كان الشرط خارجاً عن صلب العقد وتفسد به إذا كان في صلب العقد». وبهذا التفصيل أجاب عن اعتراض الشيخ على الأستروشنى والعمادى. وخلاصة ما أجاب به: هو أن المراد من أن الكتابة تبطل بالشرط الفاسد بطلانها بشرط فاسد داخل في صلب العقد وأما إذا كان خارجاً عن صلب العقد فلا تبطل الكتابة بل يبطل الشرط. ففي صورة النقض عدم بطلان الكتابة بهذا الشرط الفاسد يعني شرط عدم الخروج عن المدينة فلكون الشرط خارجاً عن صلب العقد هكذا أجاب المولى المذكور. وقد اعتنى^١ به حتى وصف الشيخ المعترض بالتصلف وعدّه من جملة المتصلفين.

١٥ ولا يخفى على المتقن المنصف أن اعتراض الشيخ على كلية قولهما: إن الكتابة تبطل بالشرط الفاسد اعتراض وارد لا يندفع بما لاحظته المولى المجيب؛ لأن المعترض لا ينكر كون الشرط الفاسد على نوعين وأن الكتابة تبطل بأحدهما لا بالآخر بل هو يقول: إن بطلان الكتابة لما كان بأحد نوعي الشرط الفاسد لا بالآخر لا يناسب ترتيب البطلان على مطلق الشرط الفاسد.

٢٠

Şeyh'e cevap veren Molla Hüsrev'in "Bunun içindir ki, şart birinci durumda 'fâsit' vasfıyla kayıtlanmış, ikincisinde bu kayıta yer verilmemiştir." sözü, ona bir fayda sağlamadığı gibi böyle bir sözün Molla Hüsrev gibi birinden sadır olması yakışık almaz. Çünkü örfleşmiş veya 5 örfleşmemiş şarttan maksat, 'fâsit' kaydı getirilsin veya getirilmesin, fâsit şarttır. Çünkü kural, fâsit şartla bâtil olmayan akitleri beyan etmek için konulmuştur. Kaldı ki, Molla Hüsrev'in itibar ettiği şey ancak iki *Fusûl'de* yer alan "Kitabet akdi fâsit şartla bâtil olur." ifadesindeki fâsit şartla akdin omurgasına dâhil fâsit şartın kastedilmesinden sonra sahih 10 olabilir ki bunun kastedilmiş olması hem doğru değildir hem de kısa yoldan fikhî çıkarım yapmaktır.

Kuralı nakzetmek üzere zikredilen örnekteki şart, yani şehirden çıkmama şartı, Molla Hüsrev'in ilgili kuralın öncesinde "Fâsit şartlar akdin gerektirmediği ve akde uygun olmayan şartlardır." şeklindeki tefsirine göre, fâsit şart kapsamına dâhildir. Bu konuda dikkate alınan fâsit şart bu manada ise ayrıntılara inildiğinde bununla kastedilenin, akdin omurgasına dâhil olan fâsit şart olduğu nasıl söylenebilir? Sözün özü şudur: Şeyh, kitabet akdinin -bir kayıt getirmeksizin alelittlak- fâsit şartla bâtil olduğunu söylemenin doğru olmadığını ve mutlak 'fâsit 20 şart' ifadesiyle akdin omurgasına dâhil olan fâsit şartın kastedilmesini aklın ve naklin desteklemediğini; çünkü bunun delilsiz bir kayıtlama olduğunu söylemektedir.

"Fâsit şartın fukaha tarafından, 'akdin omurgasına dâhil olan, akdin muktezasına aykırı şart' olarak tefsir edilmesine dayanarak -ki 25 fâsit şart *el-Bedâi'de* böyle tefsir edilmektedir- 'fâsit şart' ifadesiyle kastedilenin akdin omurgasına dâhil olan fâsit şart olması mümkün olamaz mı?" denilecek olursa buna şöyle cevap verebiliriz: Hayır bunun kastedilmiş olması mümkün değildir. Çünkü 'fâsit şart' muteber fıkıh kitaplarının büyük çoğunluğunda Molla Hüsrev'in dediği şekilde tefsir edilmektedir. Molla Hüsrev'in tefsiri şöyledir: 30 'Fâsit şart, akdin iktiza etmediği ve akde uygun olmayan şarttır.'

ثم ما قاله المولى المجيب: «ولذا قيد الشرط في الأول بالفساد دون الثاني» مما لا يجدي عنه بل لا ينبغي أن يصدر عن مثله؛ لأن المراد من قوله: «بشرط متعارف وغير متعارف» هو الشرط الفاسد قيد به أولاً؛ لأن وضع الضابطة لبيان العقود التي لا تبطل بالشرط الفاسد على أن صحة ما اعتبره إنما يكون بعد أن يراد بالشرط الفاسد في قولهما: «إن الكتابة تبطل بالشرط الفاسد» الشرط الفاسد ٥
الداخل في صلب العقد. وهذه الإرادة مما لا تصح وتفقه عن قريب
وإن الشرط المذكور في مادة الانتقاض يعني شرط عدم الخروج عن المدينة داخل في الشرط الفاسد على التفسير الذي قال به المولى المذكور في أول الضابطة حتى قال: «وحقيقة الشروط الفاسدة - كما مر - هي زيادة لا يقتضيه العقد ولا يلائمه» انتهى. فإذا كان الشرط الفاسد المعتبر في هذا الباب بهذا المعنى كيف يصح أن يقال في أثناء التفاريع: المراد به الشرط الفاسد الداخل في صلب العقد؟ فكان غاية الكلام: أن الشيخ يقول: إن القول ببطلان الكتابة بالشرط الفاسد على إطلاقه ليس بصحيح وإن إرادة الشرط الفاسد الداخل في صلب العقد من مطلق الشرط الفاسد مما لا يساعده العقل والنقل؛ لأن هذا تقييد لا يدل عليه دليل. ١٥

فإن قيل: هل يجوز أن يراد من الشرط الفاسد الداخل في صلب العقد بناء على أن الشرط الفاسد مفسر عندهم بالشرط المخالف لمقتضى العقد الداخل في صلب العقد كما فسر الشرط الفاسد بهذا التفسير في البدائع؟ قلنا: لا يجوز؛ لأن الشرط الفاسد في أكثر معتبرات الفن مفسر بما قاله المولى خسرو يعني^١ قوله: «وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة لا يقتضيه العقد ولا يلائمه» ٢٠

Allâme Kâsânî'nin *el-Bedâi*'de [fâsit şartın tefsiri mahiyetinde] söyledikleri, onun estetik tasarruflarından biridir ve [fâsit şart ifadesinden] bu kayıtla takyit edilmiş bu anlamın kastedilmesi [sözü] pek bilinmeyen gizli bir duruma irca etmek olur. Zira bir kayıt getirilmeksizin mutlak olarak kullanılan 'fâsit şart' ifadesinden, [Kâsânî'nin işaret ettiği] bu mukayyet anlamı anlamak, fıkıh ilmiyle uğraşmaya yeni başlayan ve delillerin ve medlûllerin inceliklerini çıkarma kudretinden yoksun kimseler şöyle dursun, fürû' konularıyla kâmil bir şekilde haşır neşir olan kimseler için bile mümkün değildir.

10 Yapılan tüm bu değerlendirmelerden sonra, iki *Fusûl*'ün müellifleri [Üsrûşenî ve İmâdî] için en uygun ve itirazdan en uzak olan şey, "Fâsit şartın akdin omurgasına dâhil olması durumunda kitabet akdi fâsit şartla bâtil olur." ve "Şartın akdin omurgası dışında olması durumunda kitabet akdi, örfleşmiş ve örfleşmemiş fâsit şartla sahih olur." demele-
15 riydi.

فما ذكره العلامة الكاشاني في البدائع من جملة تصرفاته البديعة بإرادة هذا المعنى المقيد بهذا القيد إرجاع إلى أمر خفي منكور؛ لأن من له ممارسة كاملة في الفروع لا يهتدي إلى أن يفهم هذا المعنى المقيد من مطلق الشرط الفاسد فضلا عن أن يفهمه المبتدي في مسالك المسائل وعديم القدرة في استخراج دقائق المدلولات والدلائل. ٥

وبعد اللتيا والتي كان الأسلم لصاحبي الفصولين أن يقولوا: ويبطل الكتابة بشرط فاسد إذا دخل في صلب العقد، والكتابة تصح بشرط متعارف، وغير متعارف فاسد إذا كان خارجا عن صلب العقد.

ŞUFA: ÖNCELİKLİ ALIM HAKKI

1. Şufa Talebinin İspatlanması

[**Teshîl**] Şufadar, şufa talebinde bulunduğunu hâkim önünde ispat etmek durumundadır. Bunun ispatı da ancak şufa talebinde bulunduğuna şahit getirmekle (işhâd) mümkündür ki bu taleb-i takrirdir. Talebi takrirden önce yapılacak işhâd ise taleb-i müvasebe içindir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Buna göre¹ işhâd ve takrir talebi olmasa da duyar duymaz alma isteğinin belirtildiği muvâsebe talebine şahit tutmak yeterli olmalıdır. Çünkü maksat yani [gayrimenkulün satıldığını] öğrendiği anda talebin ispat edilmesi bununla hâsıl olmaktadır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Allâme, *el-Îzâh* adlı eserinde takrir talebini beyan ederken şöyle der: “Takrir talebine gerek duyulması, muvâsebe talebinin satıcı ve müşteriden herhangi birinin yanında veya şufaya konu olan evin önünde olmaması durumundadır. Muvâsebe talebinin, taraflardan birinin veya şufaya konu olan evin yanında olması ve bu talebe şahit tutulması durumunda ayrıca takrir talebine gerek yoktur. Bu durumda muvâsebe talebi, her iki talep yerine geçer. Muteber şerhlerin çoğunda böyle geçmektedir.”²

Muvâsebe talebi bu şekilde [yani âkideyn veya akarın önünde ve şahitlerin huzurunda] olduğunda takrir talebine ihtiyaç olmadığı, meşâyih indinde sabit olan şeydir. Eğer Şeyh'in maksadı sadece bu hükmü beyan etmekse bu konuda tereddüt etmesinin ve söz konusu tavrı sergilemesinin bir anlamı yoktur. Yok, eğer Şeyh bu ifadeleri mezhep ashabının, “Şahit tutmak taraflardan birinin veya akarın yanında olmalıdır.” şeklinde kayıtlamasına “İşhâddan maksat, kadı'nın huzurunda akarı istediğini ispatsa nerede olursa olsun şahit getirmekle bu maksat hâsıl olur; dolayısıyla da âkideyn veya akarın yanında şahit tutmaya gerek yoktur.” demek suretiyle bir eleştiriyse bu eleştiriye şöyle cevap verilebilir: İşhâdda bazı faydalar söz konusudur.

1 Yani müvasebe talebinin hakim huzurunda ispat edilmesi gerektiği ve bunun da ancak şahitlerle yerine getirileceğine göre şufadarın, gayrimenkulü şuf'a hakkı ile almak istediğine şahit tutması durumunda.

2 İbn Kemâl, *el-Îzâh*, vr. 271b.

كتاب الشفعة

١. إثبات حق الشفعة

[التسهيل] فلا بد من إثبات طلبه عند الحاكم ولا يتمكن من ذلك إلا بالإشهاد وهذا طلب التقرير وقبله يكون طلب الموائبة.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا إذا أشهد على طلب الموائبة ينبغي أن يكفي وإن لم يطلب طلب التقرير والإشهاد لحصول الغرض وهو إثبات طلبه حال علمه.

[فاضل أمير] نقول: قال العلامة في الإيضاح في بيان طلب التقرير: «هذا إذا لم يكن طلب الموائبة عند أحد العاقدين ولا عند الدار وأما إذا كان عند أحدهما أو عند الدار وأشهد على ذلك فذلك يكفي ويقوم مقام الطلبيين وهكذا ١٠ في أكثر الشروح المعتمدة»

فلما كان إغناء طلب الموائبة إذا كان بهذه الصفة عن طلب التقرير مما ثبت عند المشايخ؛ فإن كان مقصودُ الشيخ مجرد بيان هذا الحكم فلا وجه للتردد فيه وإيراده على النمط المذكور وإن أراد بذكره على هذا الوجه الاعتراض على أصحاب المذهب في تقييدهم بالإشهاد بأن يكون عند أحد العاقدين أو عند العقار بأن قال «لما كان الغرض من الإشهاد إثبات طلبه عند القاضي فهو يحصل بالإشهاد أينما كان فلا حاجة إلى الإشهاد عند أحد العاقدين أو العقار» ١٥ فيمكن أن يجاب عنه بأن المقصود من الإشهاد ترتب فائدة عليه وهي:

İşhâdın ilk faydası müşterinin mebû şufadara rıza ile vermesidir. Allâme'nin *el-İzâh* adlı eserindeki şu sözü buna işaret etmektedir: “Çünkü müşteri mâlik, satıcı ise zilyedir. Bu yüzden şufadarın mülkiyet ve zilyedliğin kendisine intikal etmesi için her ikisiyle de davacı olması sahihtir. Mebû ise şufanın taalluk ettiği şey olduğu için mebûin yanında şufa talebinde bulunmak, -ihtiyaç dikkate alınarak- satıcı veya müşteriden talepte bulunmak gibi kabul edilmiştir.”¹ Keza Kuhistânî'nin şu ifadeleri de bunu açığa çıkarmaktadır: “Şufadar müşteriye ‘Ben senden falancadan satın aldığın şu kadar sınıra sahip akar için şufa talep ediyorum. Benim o akarda ortaklığım veya yol ortaklığım veya şu sınırdaki komşuluğum olduğu için ben o akarın şufadayım, onu bana teslim et.’ demelidir. Kâdihân'da da böyle geçmektedir.”²

İşhâdın bir diğer faydası ise mahkeme kararına ihtiyaç olduğunda kadının akarı şufadara teslimine hüküm vermesinde ortaya çıkar. Şöyle ki: Gerek rıza gerek yargı yoluyla akarın şufadara teslimi, ancak mal sahibi (müşteri) ve zilyed (satıcı) tarafından gerçekleştirilebilir. Şufadarın talep ettiğine vâkıf olmak ise ancak iki şahidin kâdıya mülk sahibi müşteriyi veya mebûin elinde bulunduğu satıcıyı bildirmekle mümkün olur. Eğer akarın yanında olmayan bir yerde ve üstelik satıcı ve müşterinin de bulunmaması hâlinde işhâd câiz olursa, bu durumda akarı ve âkideyni bilemeyecekleri için şahitler, kadının huzurunda şahitlik yaptıklarında “Şufadar, satılan akarda şufa talep etmiştir. Fakat biz satıcıyı da müşteriyi de satılan akarı da bilmemekteyiz.” demek durumunda kalacaklardır. Oysa bu tür bir şahitlik ile kadı için, satıcı veya müşteriden akarı alma konusunda şufa talebi olduğu bilgisi hâsil olmaz. Dolayısıyla da söz konusu şahsın kadı indinde şufa talebi sabit olamaz ve bu konuda bir hüküm verilemez. Bu yüzden de işhâddan beklenen fayda elde edilemez.

2. Akarın Paylarının İki Farklı Akitle Peşpeşe Satılması hâlinde Şufa Hakkı

[Teshîl] Bir kimse bir gayrimenkulün, önce bir payını, daha sonra da geri kalanını satın alsa bu durumda şufa, sadece ilk satılan payda komşuluk sebebiyle sabit olur; ikinci olarak satılan payda sabit olmaz. Çünkü ilk payı satın alan kişi artık o gayrimenkulün ortağıdır. Bu durumda şufadar gerek ilk payda gerekse ikinci olarak satılan payda sadece komşudur. İlk payı satın alan müşteri ise ikinci payda ortaktır ve ortak, şufa hakkı konusunda komşudan önceliklidir.

1 İbn Kemâl, *el-İzâh*, vr. 271b.

2 Kuhistânî, *Câmi'ur-Rumûz*, s. 418.

إمّا أن يسلم المبيع إليه بالرضا على ما دلّ عليه ما في إيضاح العلامة من قوله: لأن المشتري مالك والبائع صاحب يد فيصح من الشفيع المخاصمة معهما لينقل الملك واليد فأما المبيع يتعلق الشفعة به فيقوم الطلب عنده مقام الطلب منهما باعتبار الحاجة؛ وعلى ما أفصح عنه المولى القهستاني بقوله: بأن يقول له «أطلب منك الشفعة في دار اشتريتها من فلان حدودها كذا وأنا شفيعها بالشركة في الدار أو الطريق أو بالجوار بدار حدودها كذا فسلّمها إليّ» كما في قاضيخان انتهى.

وإما أن يحكم القاضي بالتسليم عند الاحتياج الى القضاء فلا ريب في أنّ التسليم بالرضا لا يتصور إلا ممن له ملك ويد وكذلك حكم القاضي ووقوفه على صدور الطلب من الشفيع لا يحصل إلا بأن يُعلم الشاهدان القاضي المشتري المالك أو البائع الذي في يده المبيع فإذا جوّز كون الإشهاد في مكان ليس فيه العقار المبيع وإن لم يكن أحد العاقدين حاضرًا فيه وقد كان الشاهدان اللذان أشهدهما لا يعرفان العاقدين ولا العقار فمثل هذين الشاهدين إذا شهدا عند القاضي فلا شك أنهما يقولان: «إن الشفيع طلب الشفعة في عقار مبيع ولكن لا نعرف البائع ولا المشتري ولا العقار المبيع» ومن البين أن بمثل هذه الشهادة لا يحصل علم القاضي بطلب الشفعة في هذا العقار من هذا المشتري أو البائع فلا يثبت طلبه عنده ولا يمكن القضاء ولا يكون الإشهاد مفيدًا فائده المطلوبة منه.

٢. حق الشفعة في حالة البيع سهما من العقار ثم الباقي ببيع آخر

[التسهيل] ولو ابتاع سهما ثم الباقي ثبتت الشفعة في السهم الأول للجوار فلا تثبت في الباقي للشركة إذ الشفيع جاز في الأول والباقي والمشتري شريك في حق الباقي والشريك مقدّم على الجار،

İlk payı komşuluk sebebiyle şufadar olan kişinin değil de müşterinin alabilmesi için şöyle bir çözüme (hîle) başvurulabilir: Bu ilk payı, malın tamamının fiyatından bir dirhem eksikle satın alır, sonra da geri kalan payı o bir dirhem mukabilinde satın alır. Böylece komşu, ilk fiyatı yüksek bulacağından bu ilk payı almaya yanaşmaz. Kalan payda müşteri ortak konumunda olup komşudan öncelikli olacağı için komşu bu paya şufadar olamayacaktır.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: *el-Mecma*'ın bazı nüshalarının hâşiyelerinde meselenin izahının şöyle olduğunu gördüm: Şufadara, şuf'a konusu malın bir kısmının satıldığı haberi ulaşsa ve o, bunu almayı reddetse, sonra da geri kalan kısmın satıldığını duysa onda şuf'a hakkı olmaz. Ancak her iki kısmın da satıldığını aynı anda öğrense her iki kısım için de şuf'a hakkı sabit olur. *el-Mecma*' hâşiyelerinde gördüğüm budur. Oysa yukarıda yapılan gerekçelendirme, her iki kısmın satıldığını aynı anda öğrenmesi hâlinde de ikinci kısım için şuf'a hakkının olmayacağına delâlet etmektedir. Kâdihân'ın *ez-Ziyâdât*'ında bazı meşâyihiin şöyle dediğini görmüştüm: "Bir kimse şuf'ayı bertaraf için hîle olarak önce evin bir kısmını, ardından da kalan kısmını alsın şufadarın, evin tamamını alma hakkı vardır."

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Görünen o ki Şeyh'in, Kâdihân'ın *ez-Ziyâdât*'ında geçenleri zikretmekteki amacı, bazı *el-Mecma*' hâşiyelerinde zikredilen görüşün sadece bazı meşâyihe ait olduğunu beyan etmektir. Fakat *ez-Ziyâdât*'ta zikredilenler, *el-Mecma*' hâşiyelerinde zikredilenlerden daha geniş çerçevededir. Şöyle ki *ez-Ziyâdât*'ta geçenlere göre bu şekildeki bir hîle, şuf'a hakkını düşürmez. Bunun için şufadara önce bir payın, ardından da diğer payın satıldığı haberinin ulaşması ile her iki payın aynı anda satıldığı haberinin ulaşması arasında bir fark olmadığı gibi, ilk payın satıldığı haberi kendisine ulaşan şufadarın bunu reddetmesi ile reddetmemesi arasında da bir fark yoktur. Oysa açıkça görüleceği üzere *el-Mecma*' hâşiyelerinde zikredilenler de Şeyh'in naklettiğinden ibaret değildir. Özetle söylemek gerekirse bu meselede Kâdihân'ın *ez-Ziyâdât*'i ile *el-Mecma*' hâşiyelerinde nakledilenler bu meseledeki görüşlerden biridir. Ancak muteber metin ve şerhlerde yer alan görüş, *et-Teshîl* metninde geçen "komşunun ikinci olarak satılan payda mutlak olarak şuf'a hakkı olmayacağı" şeklindeki görüştür.

وإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن كله إلا درهما ثم يشتري الباقي بالباقي من الثمن فلا يرغب الجار في الأول بكثرة الثمن ولا حق له فيما بقي لتقدم الشريك على الجار.

[الشيخ بدر الدين] أقول: رأيت في حواشي بعض نسخ المجمع أن تأويل المسألة أنه إذا بلغ الشفيع بيع سهم منها فردّه ثم سمع الباقي ليس له الشفعة في الباقي أما إذا بلغه البيعان فله الشفعة فيهما وهذا ما رأته في حواشيه وما قرّر من الدليل يدل على أن لا شفعة له في الباقي ولو بلغه البيعان معاً. ورأيت في زيادات قاضيخان أنه قد قال بعض مشايخنا إذا اشترى جزءً من دارٍ ثم اشترى الباقي احتيلاً للشفعة كان للشفيع أن يأخذ الكل.

[فاضل أمير] نقول: الظاهر أن المراد من نقل ما في الزيادات بيان أن ما ذكر في حواشي بعض نسخ المجمع قولاً لبعض المشايخ ولكن ما في الزيادات أوسع دائرة مما في الحواشي لأن المستفاد مما في الزيادات أن لا يكون هذه الحيلة مسقطاً للشفعة سواء بلغ الشفيع بيع سهم أو لا ثم بلغه بيع الباقي أو بلغه البيعان معاً وسواء ردّ حين ما سويح بيع سهم أو لا؛ ولا كذلك المستفاد مما في الحواشي كما لا يخفى، وبالجمله أن هذا المنقول من الزيادات والحواشي قولاً في المسألة ولكن المأخوذ في معتبرات الفن متوناً وشروحاً ما ذكر في المتن من أنه لا حق له فيما بقي مطلقاً.

3. Şufadarın Beyyine Getirememesi Durumunda Yemin Etmesi

[**Teshîl**] Şufadar, akarın satıldığını duyduğu mecliste talepte bulunur. Buna *muvâsebe talebi* denir. Bunun bu şekilde isimlendirilmesi, bu konuda son derece acele davranmanın gerekliliğini göstermek içindir. Sanki şufadar bunu duyar duymaz üzerine atlar ve talep eder. Şufadaki üç talepten biri işte budur. Muvâsebe talebinden sonra evla olan, mümkünse o mecliste bu talebine şahit tutmaktır ki daha sonra yemin etmek zorunda kalınmasın. Müşteri eğer şufadarın şufa talebinde bulunduğunu inkâr ediyorsa ve şufadarın da beyyinesi yoksa şufadar, yemin eder. Bilmiş ol ki zamanımızda bazı fakihler şufadarın muvâsebe talebine dair beyyine getirmekle mükellef olduğunu, hatta beyyine getiremezse kendisine yemin ettirilmeyeceğini ve dolayısıyla mebbî de şufa yoluyla alamayacağını düşünmektedirler.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Doğrusu, beyan ettiğim gibi, beyyine getirmesi evladır. Şufadar beyyine getiremezse yemin edip şufa yoluyla mebbî alır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in şufadarın muvâsebe talebine dair yemin etmesi durumunda yeminin tasdik edilerek şufadar olabileceği şeklinde zikrettiği görüş, Molla Hüsrev'in *el-Gurer* ve *ed-Dürer* adlı eserlerinde de yer almaktadır. Molla Hüsrev şöyle demektedir: "Şufadar 'Öğrendiğim anda şufa talebinde bulundum.' dese yemin etmesi hâlinde onun sözü kabul edilir. 'Onun sözü kabul edilir.' ifadesi, aslolanın müşterinin beyyine getirmesi olduğuna delâlet eder. Eğer müşteri beyyine getirirse, beyyinesi kabul edilir; beyyine getiremezse müşteri, şufa talebini terk etmediğine veya talep ettiğine dair [şufadara] yemin ettirir. Eğer şufadarın talebi terk ettiğine dair müşterinin beyyinesi yoksa ve şufadar, talep ettiğine dair beyyine getirirse bu durumda şufadarın beyyinesi kabul edilir. Şayet her ikisinin de beyyinesi varsa, [zahirin aksini ispat ettiği için] müşterinin beyyinesi tercih edilir. Çünkü şufadar zahire tutunmaktadır ve bundan dolayı onun sözü kabul edilmekte ve ondan beyyine getirmesi talep edilmemektedir."

Molla Hüsrev'in bu ayrımı güzeldir, fakat onun "müşterinin yemin ettireceğine" dair sözü Çivizade'nin de ifade ettiği gibi sehven söylenmiş bir sözdür. Doğrusu "Şufadar yemin eder." şeklinde olmalıdır.

٣. يمين الشفيح عند عدم إقامة البينة

[التسهيل] لو علم ببيعه طلب في مجلس علمه وهذا طلب الموائبة وسمي به ليدل على غاية التعجيل كأن الشفيح يثب ويطلب الشفعة وهذا هو الأول، والأولى أن يُشهد عليه في مجلسه لو تمكن من الإشهاد ليسقط عنه اليمين. وحلف الشفيح على أنه طلب الشفعة حين علم لو أنكر المشتري طلبه ولا بينة ٥ للشفيح. اعلم أن ما يتوهمه بعض فقهاء زماننا هو أن الشفيح يكلف بإقامة البينة على طلب الموائبة حتى لو لم يُقم بينة عليه ليس له أن يحلف عليه ويأخذ المبيع بالشفعة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الحق ما قدمته من أن البينة أولى فإن لم يكن له بينة يحلف ويأخذ بالشفعة. ١٠

[فاضل أمير] نقول: ما ذكره من أن الشفيح يصدق باليمين على طلب الموائبة مما أثبتته مولانا خسرو في الغرر والدرر حيث قال: قال الشفيح «طلبت حين علمت» فالقول له بيمينه، قوله «فالقول له» يدل على أن الأصل أن يقيم المشتري البينة فإن أقام البينة تقبل وإلا يحلف المشتري بأنه لم يترك أو طلب، وإن لم يكن له بينة على تركه وأقام الشفيح البينة على طلبه تقبل، ١٥ وإن كان لهما بينة ترجح بينة المشتري؛ لأن الشفيح متمسك بالظاهر ولهذا كان القول له ولم يكلف بإقامة البينة انتهى.

فهذا تفصيل حسن من المولى المذكور وإن كان قوله «المشتري» في «وإلا يحلف المشتري» من جملة ما طغى به قلمه كما قاله المولى الفاضل الشهير بجوي زاده وكان الصواب أن يقول ويحلف الشفيح. ٢٠

Şeyh'in "Şufadar beyyine getiremezse yemin edip şufa yoluyla mebü alır." şeklindeki sözü mutlak anlamda doğru değildir. Aksine şufadarın yemin ederek mebü alabildiği durum, şufadarın "Öğrendiğim anda talepte bulundum." deyip, müşterinin onun talepte bulunduğunu inkâr ettiği ve her ikisinin de beyyine getiremediği durumdur. Ayrıca *el-Gurer* ve *ed-Dürer*'de açıkça ifade edildiği üzere eğer şufadar söz gelimi "Dün öğrendim ve talep ettim." gibi bir ifadeyle talebinin geçmiş zamanda olduğunu söylerse bu durumda yemin etse bile sözü kabul edilmez; şufadar olabilmesi için mutlaka beyyine getirmesi gerekir. Zaten Şeyh de *et-Teshil* metnindeki bu ifadelerin devamında bu farkı ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Şeyh'in burada meseleyi mutlak ifadelerle zikretmesi, meselenin devamında yaptığı tafsile itimadı sebebiyledir. Onun bu sözlerinde genelleme yoluyla dile getirilen ifadelerde yer alan kusurlar bulunduğu gibi, daha önceki meseleyle ilgili "Doğrusu daha önce takdim ettiğim şeydir..." diye başlayan sözlerinde yani "Müşteri eğer şufadarın şufa talebinde bulunduğunu inkâr ediyorsa ve şufadarın da beyyinesi yoksa şufadar, şufayı öğrendiği anda talep ettiğine dair yemin eder." şeklindeki sözünde kısa yolla dile getirilen ifadelerde yer alan kusurlar bulunmaktadır. Çünkü uygun olan burada "Hem müşterinin hem de şufadarın beyyinesi yoksa..." demesiydi. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere şufadara yemin ettirme ve onun şufa sebebiyle akarı alması, ancak müşterinin ve şufadarın beyyine getirememesi durumunda söz konusu olur.

Burada bilinmesi gereken bir diğer konu ise takrir ve işhâd değil, sadece muvâsebe talebi konusunda şufadarın yeminiyle sözünün kabul edildiğidir. Takrir ve işhâd için mutlaka beyyine gerekmektedir. Nitekim fukahâ bunu açıkça ifade etmiştir. Şeyh'in de *et-Teshil*'de birkaç cümle sonraki takririnden bu husus anlaşılmaktadır.

Üzerinde duracağımız son konu ise şudur: Şufadar âkideyn veya akarın yanında muvâsebe talebinde bulunsa ve buna şahit de gösterse ve böylece bu, takrir talebine gerek bırakmayıp her iki talep (takrir ve işhâd) yerine de geçse; böyle bir durumda muvâsebe talebi dikkate alınarak şufadarın yemin etmesiyle sözü doğru kabul edilir mi? Yoksa takrir talebini içermesi yönü dikkate alınarak talepte bulunduğu dair beyyine getirmesi mi gerekir? Fakihlerimizin bu konuda söylemiş olduklarını iyice araştırıp inceledikten sonra bu fakirde oluşan kanaat, böyle bir durumda bu talebine yönelik beyyine getirmesinin şart olduğudur.

ثم ما ذكره الشيخ من «أن الشفيح إن لم يكن له بينة يحلف ويأخذ بالشفعة» لا يتم على إطلاقه بل الأخذ باليمين مختص بما إذا قال الشفيح «طلبتُ حين علمتُ» وأنكر المشتري طلبه ولم يأتِ واحد منهما بالبينة؛ وأما إذا أضاف الشفيح طلبه بزمان ماض بأن قال مثلاً «علمتُ أميس وطلبتُ» فلا يُصدَّق حينئذ باليمين ويكلفُ بإقامة البينة كما صرح به في الغرر والدرر والشيخ أيضاً سيصرح بهذا الفرق بإطلاقه هنا للاعتماد على التفصيل الآتي. وكما أن في قوله هذا من هجئة الإطلاق فكذلك في قوله المقدم الذي قال فيه «الحق ما قدمته» من هجئة الاقتصار أعني قوله وحلف الشفيح على أنه طلبَ الشفعةَ حين علم لو انكر المشتري طلبه ولا بينة للشفيح فإن الأنسب أن يقول ولا بينة للمشتري ولا للشفيح لأن تحليف الشفيح وأخذه بالشفعة إنما كان بعد أن لم يأت المشتري ولا الشفيح بالبينة كما عرفته آنفاً.

ومما يجب أن يعلم هنا أن الشفيح يصدق باليمين في طلب الموائبة لا في طلب التقرير والإشهاد فإنه لا بد فيه من إقامة البينة كما صرحوا به ويفهم من تقرير الشيخ أيضاً بعد سطور.

بقي هنا كلام في أن الشفيح إذا طلب طلبَ الموائبة عند أحد العاقلين أو عند العقار وأشهد على ذلك وأغنى هذا الطلب عن طلب التقرير وقام مقام الطلين فهل يصدق الشفيح في ادعائه الطلب على هذا الوجه باليمين نظراً إلى أنه طلب موائبة أو لا يصدق بها ويكلف بإقامة البينة على طلبه على هذا^١ الوجه المذكور نظراً إلى أنه اشتمل على طلب التقرير؟ وما تقرّر عند الفقير بالبحث عن كلماتهم الصادرة في هذا الباب والتنقير لزوم إقامة البينة على طلبه.

١ - ج - أيضاً.

٢ - ج - هذا.

Bu hüküm, fakihlerimizin muvâsebe talebinde beyyinenin gerekli olmadığı konusunda dile getirmiş oldukları gerekçeden ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki onlara göre “Muvâsebe talebinde beyyineye ihtiyaç duyulmamasının gerekçesi bunda beyyineyi şart koşmanın büyük bir zorluğa sebep olacağıdır. Çünkü muvâsebe talebi, akarın başka birine satıldığını haber aldığı anda kişinin hemen dile getirmesi gereken bir taleptir. Kişi bunu [mesela] evinde duyup muvâsebe talebinde bulunduğu anda bu talebini sadece ailesi ve köleleri duyacak; lehine şahitliği kabul olan biri duymayacaktır. Dolayısıyla eğer duyduğu anda bunu talep ettiğine dair şahit getirmek zorunlu olsaydı bu hem büyük bir sıkıntıya yol açardı, hem de güç yetiremeyeceği şey ile mükellef tutmak olurdu...”

Eğer muvâsebe talebi, âkideyn veya akarın yanında olursa beyyine getirme konusunda yukarıdaki gibi bir sıkıntı ve darlığın söz konusu olmayacağı açıktır. Bu durumda beyyinenin lazım olduğu iddiamıza, fakihlerin “Muvâsebe talebinin her iki talep yerine geçtiği durumda buna şahit getirirse...” şeklindeki sözleri delâlet etmektedir. Nitekim bazı şerh ve hâşiyelerde şöyle geçmektedir: “Şeyhülislâm şöyle demektedir: Şuf'adar akarın satıldığını duyduğunda eğer yanında satıcı ve müşteri yoksa ve akarın da yanında değilse bu durumda işhâd talebine ihtiyaç duyar. Ancak satımı bunların yanında duyarsa muvâsebe talebinde bulunur ve buna şahit de gösterirse bu yeterli olur ve iki talep yerine geçer.” Bunlar bu konuda aklımıza gelenlerdir. Doğruyu en iyi bilen Allah'tır.

4. Şuf'adarın Derhal Muvâsebe Talebinde Bulunduğuna Dair Sözü'nün Kabul Edilmesi

[Teshîl] Şuf'adar hâkime, “Mebûin satıldığını duyar duymaz şuf'a talebinde bulundum.” dese yeminiyle beraber söz onundur. Ama “Dün öğrendim ve talep ettim.” dese sözü tasdik edilmez ve beyyine getirmesi istenir; çünkü bu durumda şuf'a talebini geçmiş zamana izafe etmiş ve “şu anda yeniden yapma imkânına sahip olmadığı bir talebi” hikâye etmiştir. Bir kimse şu anda yeniden yapma imkânına sahip olmadığı bir şeyi talep ettiğinde sözü beyyine olmaksızın kabul edilmez. Geçmiş bir zamana izafe etmeden mutlak bir ifade kullanırsa o anda yeniden yapması mümkün olan bir talebi dile getirmiş olur. Zira biz bu durumda sanki şuf'adar satımı o anda yeni duymuş ve hemen şuf'a talebinde bulunmuş gibi değerlendiririz. Bu sebeple mutlak ifade kullandığında [beyyine getirmesi gerekli görülme] sözü tasdik edilir.

هذا على ما يستفاد من تعليلهم عدم التكليف بالبينة في طلب الموائبة بقولهم لأن في التكليف بالبينة حرجًا بينًا لأن طلب الموائبة يجب على فور علمه بالشري وقد يسمع في بيته من بعض أهله وعبيده ولا يتفق عنده من يصلح شاهدًا له عليه حين سمع فلو كلف بالبينة عليه حين سمع لزمه الحرج والتكليف بما ليس في وسعه إلى آخره. ٥

لأن طلب الموائبة إذا كان عند أحد العاقدين أو عند العقار فالظاهر أنه لا يكون في التكليف بالبينة مثل هذا الحرج والتضييق ويدل على ما ادعيناه من لزوم البينة في هذه الصورة قولهم «وأشهد على ذلك في صورة قيام طلب الموائبة مقام الطلبين» حيث قال في بعض الشروح والحواشي قال شيخ الإسلام: الشفيع إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد إذا سمع الشراء حال غيبته من المشتري والبائع والدار وأما إذا سمع الشراء بحضرة أحد هؤلاء فطلب طلب الموائبة وأشهد على ذلك فهو يكفيه ويقوم مقام الطلبين انتهى. هذا ما لاح لنا في هذا الباب والله أعلم بالصواب.

٤. تصديق قول الشفيع «طلبْتُ حين علمتُ» مع اليمين

١٥ [التسهيل] ولو قال الشفيع للقاضي: طلبْتُ حين علمتُ صُدِّقَ مع اليمين، ولو قال: «علمتُ أمس وطلبْتُ» لا يصدَّق ويكلف بالبينة وهذا لأنه أضاف الطلبَ إلى وقت ماضٍ فحكى ما لا يملك استثنائه في الحال ومن حكى ما لا يملك استثنائه في الحال لا يصدَّق فيه بلا بينة؛ وإذا لم يُضف الطلبَ إلى وقتٍ ماضٍ بل أطلق الكلام فقد حكى بما يملك استثنائه للحال لأننا نجعلُ الشفيعَ كأنه علمَ الآن بالشراء وطلبَ الشفعةَ الآن فلهذا صُدِّقَ إذا أطلق.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: “Hâkime ‘Mebî’in satıldığını duyar duymaz şufa talebinde bulundum.’ dese yeminiyle beraber söz şufadarındır.” şeklindeki ifade, şufadarın satımı o anda duymuş gibi kabul edilmediğine delâlet etmektedir. Aksi takdirde ona yemin ettirilmezdi. Çünkü bu durumda şufadar söylediği şeyi (talep) o anda yeniden yapabilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Konunun “Şufadar, satımı sanki o anda duymuştur ve o anda talepte bulunmaya maliktir; insanın yeniden yapma imkânına sahip olduğu bir konuda yemine ihtiyaç nasıl olabilir? Çünkü yemin, talep inşâ etmektir, bir akdın veya herhangi bir işin inşâsında ise yemine gerek yoktur.” şeklinde değerlendirilmesi mümkünse de şufadara yemin ettirmenin izahı şöyledir: Bu sözü, muvâsebe talebini dile getirdiği sözden fazla olunca, yani [sadece “Talep ettim.” demesi yeterli iken bununla yetinmeyip] buna “öğrendiğim anda” sözünü ekleyip “Öğrendiğim anda talep ettim.” deyince ve ayrıca müşteri şufadarın öğrendiği anda sustuğunu, şufadar ise susmadığını iddia edince bu durumda şufadarın, müşterinin iddia ettiğini reddettiğine dair yemin etmesi lazım gelir. İşte bu, Şeyh’in tercih etmiş olduğu talîle göre şufadarın “Öğrendiğim anda talep ettim.” ile “Dün öğrendim ve talep ettim.” sözleri arasındaki farktır.

İkisi arasında şöyle bir farkın olduğu da söylenebilir: “Öğrendiğim anda talep ettim.” sözü, olayı en yakın vakte izafe ederek zahire tutunmaktır ve zahire tutunanın sözü yeminle birlikte kabul edilir. “Dün öğrendim ve talep ettim.” ifadesi ise “dün” lafzıyla kayıtlı olduğu için bunun en yakın vakte izafesi tasavvur edilemez. Aksine burada şufadar kendi talebinin geçmiş zamanda olduğunu iddia etmektedir. Ehl-i şer’in kabul ettiği ilkeye göre bir kimse kendine fayda veren bir sözün geçmişte söylendiğini iddia ediyor ve hasmı da bunu inkâr ediyorsa bu durumda sözünün kabul edilmesi için beyyine getirmesi gerekir. Nitekim Molla Hüsrev *ed-Dürer*’de şu sözleriyle buna işaret etmektedir: “Şufadar zahire tutunmaktadır, bundan dolayı şufadarın sözü kabul edilir ve beyyine getirmeye zorlanmaz...” *ed-Dürer*’e hâşiye yazan Mehmed el-Vânî ise asıl ve fer’den habersiz olduğu için şunu söylemektedir: “Bu iki durumu zahire bağlamanın doğru olmayabileceği öne sürülebilir. Çünkü şufadarın sözünün kabul edilmesinin sebebi, muvâsebe talebinin sadece onun tarafından bilinen bir durum olmasıdır. Beyyine getirmesinin gerekli görülmemesi ise daha önce de ifade edildiği gibi duyduğu anda hemen şahit tutma (işhâd) imkânının genelde olmamasından kaynaklanmaktadır.”¹

1 Vâni, *Nakdû’l-Dürer*, vr. 132a.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قوله «طلبتُ حين علمتُ صدَّقَ مع اليمين» يدلُّ على أنه لا يُجعل كأنه علمَ الآن وإلا لما حلفَ لأنه حينئذٍ يملك استئنافه على ما مرَّ.

[فاضل أمير] نقول: الظاهر أن وجه التحليف مع جعله كأنه علمَ الآن وأنه يملكُ استئنافه للحال وفيما يملكُ الإنسان استئنافه للحال كيف يحتاج الى الحلف وأنه إنشاء للطلب ولا حلف في إنشاء عقد أو أمر من الأمور هو أنه لما كان قوله هذا زائداً على ما يطلب به طلب الموائبة يعني كان قوله «طلبْتُها حين علمتُ» مشتماً على قوله «حين علمتُ» والمشتري يدعي سكوته حين علم والشفيع ينكر السكوت فلزم تحليفه على نفي ما يدعيه المشتري هذا هو الفرق بين قول الشفيع «طلبْتُها حين علمتُ» وبين قوله «علمتُ أمس وطلبْتُ» على ما اختاره الشيخ من التعليل.

ولا يبعد أن يقال في الفرق بينهما أن في الأول كان متشبَّهاً بالظاهر الذي هو إضافة الحادث إلى أقرب الأوقات ومَن كان متمسكاً بالظاهر يكون القول له مع اليمين وأما في الثاني لما قيده بلفظ أمس أو ما شاكله لم يكن اعتبار هذه الإضافة فيه متصورًا بل كان الشفيع مدَّعيًا صدور الطلب منه في الزمان الماضي وكل من كان مدعيًا صدور قول نافع له في الزمان الماضي والخصم ينكره فلا بد له من إقامة البينة على مدعاه كما هو أصل المقرر عند أهل الشرع وكان المولى الفاضل مولانا خسرو مشيرًا في الدرر بقوله: إن الشفيع متمسك بالظاهر ولهذا كان القول له ولم يكلف بإقامة البينة إلى ما أسلفناه من الأصل ومُحشَّيه محمد الوائي لغفوله عن الأصل والفرع قال: لمانع أن يمنع كون هذين الأمرين مبنيين على الظاهر فإن سبب كون القول له هو أنه أمر يعلم من قبله وسبب عدم تكليف إقامة البينة ما مر من عدم إمكان الإشهاد على فور الاستماع غالبًا انتهى.

“Şuf'adların sözünün kabul edilmesi onun tarafından bilinen bir durum olması, beyyine getirmesinin gerekli görülmemesi ise duyduğu anda hemen şahit tutma (işhâd) imkânının genelde olmamasından kaynaklanmaktadır.” şeklindeki sözleri kabul edilse de Vâni, adeta bir müsebbeb için birden fazla sebebin olmasında bir engelin olmadığından habersiz gibidir. Nitekim usûl ve fûrû' kitapları, bir hükmün birden fazla illet ile ta'lil edilmesinin örnekleri ile doludur. Muhtemelen Vâni'ye bazı muhakkik fakihlerin sözleri ulaşmamıştır. Eğer usûl ve fûrû' eserlerini araştırır ve meseleleri fasıl ve bab olarak tek tek gözden geçirirsen şuf'adların sözünü yeminle beraber kabul eden herkesin zahir duruma tutunduğunu, şuf'adların beyyine getirmesini gerekli görenlerin ise bunun aksine tutunduklarını anlarsın.

5. Müşterinin Şuf'a Talebini İkrar Etmesi

[Teshîl] Muvâsebe talebi için şahit getirmek vâcip değilse de -mümkün olması sebebiyle- takrir talebine şahit getirmek vâciptir. Bunun sebebi şudur: Şuf'adar mahkemede davasını ispat için sözü edilen şahitliğe ihtiyaç duyar. Buna mukabil, muvâsebe talebi için şahit tutması, akarın satıldığı bilgisi kendisine ansızın geldiği için her zaman mümkün olmayabilir. Bu sebeple bu ilk talebinden sonra bu takrir ve işhâd talebine muhtaçtır. Öyle ki şuf'adar, satımı satıcının veya müşterinin veyahut satılan evin yanında duysa, hemen alma isteğini bildirirse ve buna dair de şahit tutsa bu yeterli olup her iki talep [muvâsebe ve takrir talebi] yerine geçer. Derim ki: “Ulemanın söylediği üzere şuf'adar satımı öğrendiği mecliste alma talebine dair şahit tutar, ancak bu şahit tutma vâcip olmayıp sadece müşterinin onun muvâsebe talebinde bulunduğunu inkâr etmesi endişesinden dolayıdır. Takrir talebi için şahit tutmanın gerekçesi de hâkim nezdinde inkâr edildiği takdirde şuf'a talebinin olduğunu ispat içindir. Öyleyse bu iki talebe şahit tutma hususunda ne fark vardır ki, her ikisi de inkâr edilme korkusu sebebiyle olduğu hâlde muvâsebe talebinde şahit getirmek gerekli görülmezken takrir talebinde gerekli görülmektedir?” şeklinde bir itiraz gelirse buna şöyle cevap veririm: İki talep arasındaki fark inkâr durumunda ortaya çıkar. Şöyle ki muvâsebe talebi inkâr edilirse ve şuf'adların beyyinesi de yoksa şuf'adar yemin eder ve yemin ile şuf'a hakkı kendisi için sabit olur. Dolayısıyla muvâsebe talebini ispat için şahit tutması vâcip olmamış olur. Takrir talebinde ise bunun aksine, inkâr edildiği takdirde şuf'adara yemin tevcih edilmez ve şuf'adların mahkemede hakkını ispat için şahit tutması gerekir. Buna göre şahit tutma açısından bu iki talep arasındaki fark ortaya çıkmıştır.

ولم يدر أنه لو سلم ما قاله من أن سبب كون القول له أنه أمر يعلم من قبله وسبب عدم كونه مكلفاً بإقامة البينة عدم إمكان الإشهاد على فور الاستماع فلا مانع في أن يكون لمسبب واحد أسباب عديدة كيف وكتب الأصول والفروع مشحونة بتعليل الحكم الواحد بعلة شتى ولعل أن المولى المحشي لم يصل إليه ما قاله بعض من الموالي المحققين فلو تتبعت هذا الفن فرعاً وأصلاً وتصفحتم المسائل باباً وفصلاً لأطلعت على أن كل من جعل القول قوله بيمينه متمسك بما هو الظاهر ومن أوجبوا عليه البينة متشبث بخلافه.

٥. إقرار المشتري طلب الشفعة

[التسهيل] ويجب هذا الإشهاد^١ لإمكانه ضد الأول^٢ وهذا لأن الشفيع يحتاج إلى هذا الإشهاد عند الخصومة لإثباته عند القاضي ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب الموائبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعده إلى طلب الإشهاد والتقارير حتى لو سمع الشراء بحضوره البائع أو المشتري أو الدار وطلب طلب الموائبة وأشهد على ذلك يكفيه ذلك ويقوم مقام الطلبين. أقول: فإن قيل: قالوا يُشهد على طلبه في مجلس علمه وهذا الإشهاد ليس بواجب بل هو لمخافة الجحود لطلب الموائبة والإشهاد على طلب التقرير كذلك إنما هو لإثباته عند القاضي لو جحد فما الفرق بين الإشهادين حتى وجب هذا الإشهاد لا الأول وكلاهما لمخافة الجحود؟ أقول: الفرق بينهما يظهر عند الجحود فإن طلب الموائبة إذا جحد للشفيع أن يحلف عليه إذا لم يكن له بينة فتثبت بحلفه فلم يكن الإشهاد واجباً في إثبات الموائبة بخلاف طلب التقرير فإنه إذا جحد ليس للشفيع أن يحلف عليه فصار الإشهاد واجباً لإثباته عند الخصومة بخلاف الموائبة فافترقا.

١ أي طلب الإقرار.
٢ أي طلب الموائبة.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Buna göre müşteri her iki talebi (muvâsebe ve takrir) ikrar ederse, artık inkâr söz konusu olmadığı için, müşterinin beyyine getirmesine ve yemin etmesine gerek kalmaz.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-İhtiyâr*'da şöyle geçmektedir: "Asıl itibar edilen, taleptir; işhâd değildir. İşhâd sadece ispat içindir. Bu yüzden eğer müşteri, şufadarın talebini tasdik ederse şahide gerek kalmaz." Buradan anlaşılmaktadır ki, müşteri şufadarın talebini kabul ettiğinde şufadarın talepte bulunduğu dair beyyine getirmesine gerek yoktur. Anlaşılmış olacağı üzere Şeyh'in zikrettikleri kendine ait bir fikhî çıkarım değildir.

6. İşhad Talebinde Bulunma Süresi

[Teshîl] İşhad talebinde bulunmanın süresi, mümkün olan en kısa süredir. Öyle ki şufadar, satıcının, müşterinin ya da mebûin yanında ikinci talepte (takrir) bulunma imkânını elde ettikten sonra talepte bulunmasa şufa hakkı kalmaz. Bu sürenin şart koşulmasının gerekçesi, müşteriye zarar gelmesini engellemektir. Zira sürenin uzun tutulması hâlinde belki de müşteri nasıl olsa şufadar talepte bulunmuyor düşüncesiyle aldığı mebdâde birtakım tasarruflarda bulunacak ve bir müddet geçip şufadar talebini iletince de tüm bu tasarruflarını bozmak zorunda kalacaktır.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Müşterinin zarara uğrama ihtimali husûmet davasının gecikmesinde de mevcut olduğu için husûmet talebinin de mümkün olan en kısa zaman olarak takdir edilmesi gerekirdi. Talebin geciktirilmesinin zarara yol açmaması için durumun mahkemeye iletilmesi [ve hâkimin şufa hakkını kullanıp kullanmama konusunda seçime zorlaması] şeklinde dile getirilen çözüm, burada da [takrir] mümkün gözükmektedir. Dolayısıyla her iki talepte de süre konusundaki hükmün aynı yönde olması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Üçüncü talep (husûmet talebi) için de belli bir sürenin takdir edilmesinin gerekliliğine dair bu açıklama, esasında Muhammed ve Züfer'in kendi görüşlerini desteklemek üzere söyledikleri şeydir. Ebû Hanîfe'nin görüşünü gerekçelendirirken ve işhâd talebi ile husûmet talebi arasındaki farkı izah ederken âlimlerimiz şu noktayı açıkça belirtmişlerdir: Şufa hakkı zayıf bir hak olup kıyasa aykırı olarak sabit olmuştur ve sallantıda bir haktır. Bu yüzden işhâd imkânı olduğu hâlde şufa talebine dair şahit tutmazsa sallantıdaki bu hak düşer.

[الشيخ بدر الدين] وأقول على هذا لو أقرَّ المشتري بالطلبين ينبغي أن لا يُحتاج إلى البينة ولا إلى اليمين لعدم الجحود.

[فاضل أمير] نقول: قال في الاختيار والمعتبر الطلب دون الإشهاد وإنما الإشهاد للإثبات حتى لو صدقه المشتري على الطلب لا يحتاج إلى الشهود انتهى. فالمفهوم منه عدم الاحتياج الى البينة في مطلق دعوى الطلب إذا أقر المشتري بطلب الشفيع فلا يكون ما ذكره الشيخ مما أخرجه تفقهاً.

٦. مدة طلب الإشهاد

[التسهيل] وقَدَّرَ مدةُ هذا الطلبِ بتمكُّنه منه حتى لو لم يطلب بعد ما تمكَّن من الطلبِ الثاني عند البائع أو المشتري أو المبيع بطلت شفَعته نفيًا لضررِ المشتري لأنه ربما يتصرَّف في الدارِ على تقدير أنه لا يطلبُ الشفَعَةَ ثم يطلبُ بعد زمانٍ فنَقَضَ تصرفاته.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا الضررُ يَلزَمُ في تأخيرِ طلبِ الخصومةِ أيضًا فيلزَمُ أن يُقدَّرَ ذلك بالتمكُّنِ أيضًا وما ذكر في دفعِ الضررِ ثمة برفعِ الأمرِ إلى القاضي إلخ فهو ممكنٌ هنا أيضًا فينبغي أن يستويا في الحكم.

[فاضل أمير] نقول: هذا الوجه في تقدير المدة للطلب الثالث أيضا ما أورده محمد و زفر رحمها الله لإثبات ما ذهبنا إليه وقد صرحوا في توجيه قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي الفرق بين طلب الإشهاد وبين طلب الخصومة بأن حق الشفعة حق ضعيف ثابت على خلاف القياس متزلزل فإذا تمكن من الإشهاد ولم يشهد على طلبه يسقط حقه المتزلزل

İşhâddan sonra ise bu hak kökleşip sağlamlaşır ve tıpkı diğer sabit haklar gibi tehirlenmez. Sadece kendisinin açıkça düşürmesiyle düşer. İki talep arasındaki fark ve İmâm'ın görüşünün açıklaması ortaya çıktıktan sonra Şeyh'in "Her iki talepte de süre konusundaki hükmün aynı yönde olması gerekir." şeklindeki açıklamasının bir anlamı olmadığı gibi bunu kendi dirâyetiymiş gibi sunması da yersizdir. Nitekim Muhammed ve Züfer'in 'Husûmet talebinin belli bir vakitle sınırlandırılmadan geciktirilmesini câiz görmek müşteriye zarar verir. Vaktin tayin edilmesi bu zararın önlenmesi içindir.' şeklindeki görüşüne ilişkin olarak *et-Tebyîn*'de gündeme getirilen "Bu husus, şufâdarın gaip olması durumuyla problem teşkil eder." şeklindeki ifade zararın her açıdan dikkate alınmadığını gösterir. Zira şufâdarın gaip olması durumunda talebin geciktirilse bile düşmeyeceğini Muhammed ve Züfer de kabul etmektedir. Eğer müşterinin zararı her yönden dikkate alınmış olsaydı, gaip olması durumunda da bu hakkın düşmesi gerekirdi. Çünkü [talebin geciktirilmesi hâlinde] müşterinin zarar görmesi noktasında şufâdarın gaip olması ile hazır olması arasında bir fark bulunmamaktadır.¹

Bu açıklamalardan ortaya çıkmaktadır ki şufâ talebi, takrir talebinden önce zayıf bir haktır. Bu talep geciktirildiğinde ve bu sebeple müşteriye zarar söz konusu olduğunda bu zayıf hakkın düşeceği kabul edilir; bu hakkın devam ettirilmesi suretiyle müşterinin zararı taşınması gerektiği söylenemez. Ancak takrir talebinden ve şufâdarın hakkının güçlenmesinden sonra artık bu güçlü hakkın [geciktirilmek suretiyle] düşeceği söylenemez ve müşterinin, şufâdarın üçüncü talebi [husûmet talebi] geciktirmesinden dolayı ortaya çıkan zararı yüklenmesi gerektiği söylenebilir. Velhasıl bir hak zayıf-
sa ve devam ettirilmesi karşı tarafa zarar veriyorsa bu hak düşer; zayıf bir hak sebebiyle başkasına zarar vermek câiz değildir. Fakat kuvvetli olması hâlinde hak, [gecikse bile] devam eder ve gecikmesinden dolayı başkasına zarar yüklenmesi de câiz olur. Nitekim bir kimse, başka birinin gayrimenkulünü onun rızası olmaksızın satsa ve mal sahibi bunu öğrendikten sonra buna razı olmasa, fakat kısa bir süre sussa ve dava açmasa bu durumda davayı geciktirmesi, gayrimenkulde sabit olan hakkını düşürmez. Her ne kadar davayı geciktirmesi gayrimenkulü alan müşteriye zarar verse de mal üzerindeki hakkı kuvvetli olduğundan bu hak, geciktirmekle düşmez. Zira hak sahibi gayrimenkulü müşteriden geri aldığı anda müşterinin o ana kadar yapmış olduğu tasarrufların boşa çıkmasıyla müşteri bundan zarar görür.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, V, 244.

وأما بعد الإشهاد فقد رسخ حقه وتقرر فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق الثابتة ما لم يسقطها بلسانه فبعد هذا الفرق بين الطلبين وانكشاف وجه مذهب الإمام لا وجه لقول الشيخ «فينبغي أن يستويا في الحكم» وإيراد هذا الوجه على أنه دراية منه على أن في التبيين قد قال بأن هذا الضرر ليس بمراعى من كل وجه حيث ٥
أورد على قول محمد وزفر أن في جواز تأخير الطلب بغير توقيت بمدة إضراراً بالمشتري فوقت بوقت ليندفع الضرر بقوله على أنه يشكل بما إذا كان الشفيع غائباً حيث لا تسقط بالتأخير، ولو [كان] ضرره مراعى لسقطت إذ لا فرق في لزوم الضرر في حقه بين أن يكون حاضراً أو غائباً انتهى.

فحصل من هذا البيان أن حق الشفعة قبل طلب التقرير حق ضعيف فإذا أحر هذا الطلب ولزم منه الإضرار بالمشتري فيقال بسقوط هذا الحق الضعيف ولا ١٠
يقال بتحمل الضرر على المشتري بإبقاء مثل هذا الحق وأما بعد وجود طلب التقرير وقوى حق الشفيع فلا يقال بسقوط الحق القوي ويقال بتحمل المشتري الضرر المترتب عليه من تأخير الشفيع الثالث والحاصل أن الحق متى كان ضعيفاً ولزم من إبقائه الضرر بالغير يسقط الحق ولا يجوز الضرر به ومتى ١٥
كان الحق قوياً يبقى الحق ويجوز تحميل الضرر على الغير ألا يرى أن من باع عقار غيره بغير رضاه والمالك علم به ولم يرض ولكن سكت برهة ولم يدع فلا يكون تأخيره الدعوى مسقطاً لحقه الثابت في هذا العقار لأن الحق قوي لا يسقط بالتأخير وإن كان فيه ضرر بالمشتري من حيث إنه ينقض تصرفه إذا أخذه المستحق

Kitaplarda [zayıf hakla ilgili] zikredilen şu örnek de bu söylediklerimizi izah eder: Bir kimse evinin içerisine küpçülük yapmak istese, fakat bu komşusuna açıkça zarar verse, yani taşın dönmesinin veya rüzgârının komşunun binasını zayıflatacağı bilirse bunun yapılması engellenebilir. Velhâsıl bu gibi meselelerde ilke “Bir kimse, tamamen kendisine ait olan bir mülkte tasarrufta bulunsa, bu tasarruf başkasına zarar verse bile engellenemez.” şeklindedir. Fakat bu ilke, başkasına açıkça zarar veren durumlarda terk edilir. Bazılarına göre başkasına zarar veriyorsa her hâlükârda tasarruf engellenmelidir. Birçok meşâyihimiz ilk görüşü almıştır. Fetva da buna göre verilmektedir. Birçok meşâyihimiz ilk görüşü almıştır. Fetva da buna göre verilmektedir. *Câmi'ül-Fusûleyn*'de de böyle geçmektedir. Çünkü sabit olmuş bütün kuvvetli haklar, sırf başkasına zarar verme ihtimalinden hareketle engellenemez; ancak zarar açık ve ortaya çıkacağı kesinse o zaman engellenebilir. Muhammed ve Züfer'in şufa hakkının düşmesine sebep gösterdikleri zarar, müşteri açısından gerçekleşmesi de gerçekleşmemesi de mümkün olan muhtemel bir zarardır. Çünkü müşterinin söz konusu akarda boşa gidecek bir tasarrufta bulunması muhtemel olduğu gibi böyle bir tasarrufta bulunmaması da muhtemeldir. Ayrıca şufadarın da belli bir zaman geçtikten sonra akarı alma ihtimali olduğu gibi almama ihtimali de var.

7. Şufa Yoluyla Alımda Sorumluluk

[**Teshîl**] Bize göre, şufadar, akarı doğrudan satıcının elinden aldığı anda *uhde* müşteriye değil satıcıya ait olur [yani akitle ilgili konuların muhatabı satıcı olur]. Çünkü müşteri açısından akit feshedilmiştir [ve dolayısıyla akdin onunla ilgisi kalmamıştır]. Ancak müşterinin akarı kabzetmiş olması durumu bundan farklıdır. Müşterinin kabzetmiş olması durumunda akit takarrur etmiş olacağından sanki şufadar mebü müşteriden satın almış gibi olur ve *uhde* satıcıya değil müşteriye ait olur. Zira satıcı artık üçüncü şahıs gibidir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu görüş, safkanın müşteriden [şufadara] dönmediğine delâlet etmektedir. İmamlardan bazıları safkanın döndüğü, bazıları da akdin feshedildiği görüşüne meyletmişlerdir. Kanaatimce evla olan görüş, şufadar akarı satıcıdan almışsa akdin [müşteriden şufadara] döndüğüne hamledilmesi, müşteriden almışsa akdin [müşteride] istikrar kazanmasına hamledilmesidir.

ويقرب من هذا القبيل ما قالوا أراد أن يتخذ خراساً في بيته ويضر ذلك بجاره ضرراً بيناً بأن علم أن دوران الرحي أو ريحه يوهن بناء جاره يمنع عنه والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه ولو أضر بغيره لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضرراً بيناً وقيل بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى وكذا في جامع الفصولين إذ قد ظهر منه أن كل ذي حق قوي ثابت لا يمنع من حقه بمجرد احتمال الإضرار بالغير ما لم يكن ضرراً بيناً مقرّر الوقوع ولا يخفى أن ما جعله محمد وزفر سبباً لإسقاط حق الشفعة من الضرر بالمشتري ضرر محتمل أن يقع وأن لا يقع لأن المشتري إما أن يتصرف في العقار تصرفاً يحتمل النقص أو لا يتصرف والشفيع إما أن يأخذه بعد زمان أو لا يأخذه. ١٠

٧. العهدة في أخذ المبيع بالشفعة

[التسهيل] فنجعل العهدة على البائع لو أخذ المبيع من يده لا على المشتري لفسخ في حق المشتري ضد القبض لتقرّر العقد فيصير كأن الشفيع شراه من المشتري فكانت العهدة عليه لا على البائع لأنه صار كأجنبي.
١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: دلّ هذا على عدم تحوّل الصفقة من المشتري وبعض الأئمة مال إلى تحوّل الصفقة وبعضهم مال إلى فسخها، والذي يخطئ لي أن الأولى أن يُحمل على التحوّل إذا أخذ من البائع وعلى تقرّر العقد إذ أخذ من المشتري.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in "kanaatimce" diyerek zikrettiği ayırım *et-Tebyîn* adlı eserde yer almaktadır. [Zeylâî] *el-Kenz* sahibinin sözünü şerh ederken şunları söylemektedir: "Şuf'adların görme ve ayıp muhayyerliği vardır. Çünkü şuf'adların akarı şuf'a yoluyla alması, eğer müşteri teslim aldıktan sonra ise müşteriden satın alma olmuş olur; eğer akar henüz müşteriye teslim edilmemişse satıcıdan satın alma olmuş olur. Çünkü satıcıdan alınması durumunda safka [şuf'adara] dönmüş olmaktadır." Buradan anlaşılmaktadır ki, safkanın [müşteriden şuf'adara] dönmesi sadece akarın müşteriye teslim edilmesinden önce alınması durumunda söz konusu olmaktadır.

8. Gaip Satıcıya Şuf'a Talebinde Bulunmak

[Teshîl] Müşteri satın aldığı akarı başka birine satmış veya hibe etmiş ve daha sonra gâip olmuşsa ve şuf'a davası hâlihazırda -yeni zilyed olan- ikinci müşteri veya hibe edilen kişiye karşı açılmış olsa; fakat bu kişi, satın aldığı veya kendisine hibe edildiğini inkâr etmişse; bu durumda Ebû Yûsuf'a göre malik olması sebebiyle yine de hasım o olur. Çünkü o akarın kendi mülkiyeti olduğunu iddia etmekte, fakat satın aldığı veya kendisine hibe edildiğini inkâr etmektedir. Bu sebeple karşı iddiada bulunan ile hasım olur ve satım veya hibeye dair aleyhine getirilen beyyine dinlenilir. Çünkü onun eli, mülkiyet elidir. Yeni zilyedin (ikinci müşteri veya hibe edilen) hasım olamayacağı görüşünde olan Ebû Hanîfe ve Muhammed'in bu konudaki delili şöyledir: Yeni zilyedin davada taraf kılınması, gâip olan birinci müşterinin yaptığı akdi kasden iptal etmeyi gerektirir, bu ise gaip aleyhine hüküm vermek olur ki câiz değildir. Yeni zilyedin satın alma veya hibeyi ikrar etmesi durumu ise farklıdır. Çünkü ikrar, hüccet-i kâsıra olduğundan gaip olanı bağlamaz [dolayısıyla da gaip aleyhine hüküm verilmiş olmaz].

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Burada gâip aleyhine iddia edilen şey, hâzır olan üzerine iddia edilen şeyler için sebeptir. Bu gibi durumlarda gâip aleyhinde hüküm vermek sahih olur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bilmiş ol ki meselenin bu şekilde mutlak bir vecihte verilmesinde bazı problemler ortaya çıkmaktadır. Nitekim Allâme Kâsânî'nin *el-Bedâi'*de konuyu tahkiki iyice incelendiğinde bu ortaya çıkmaktadır. Kâsânî şöyle demektedir:

[فاضل أمير] نقول: هذا التفصيل الذي ذكره على أنه يخطر له مما ذكر في التبيين بأن قال في شرح قول صاحب الكنز وللشفيع خيار الرؤية والعيب لأن الأخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض، وإن كان قبله ف شراء من البائع لتحويل الصفقة إليه انتهى. ففهم منه أن تحول الصفقة إنما يكون فيما أخذ قبل القبض. ٥

٨. طلب الشفعة على الغائب

[التسهيل] ولو باعه المشتري أو وهبه فغاب المشتري الأول فأدعت الشفعة على الحاضر ذي اليد وهو المشتري الثاني أو الموهوب له فأنكر الحاضر الشراء والهبة يجعله أبو يوسف خصماً لأنه مالك فإنه يدعي الملك لكنه ينكر الشراء والهبة فيكون خصماً لمن ينازعه ويسمع عليه البينة أنه شراه أو وهب له إذ يده يد ملك ولهما أن جعله خصماً مستلزم لإبطال ما عقده الغائب قصداً فيلزم الحكم على الغائب فلا يجوز بخلاف ما إذا صدقه إذ الإقرار حجة قاصرة فالقضاء به لا يظهر في حق الغائب. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: هنا ما يدعى على الغائب سبب لما يدعى على الحاضر وفي مثله يصح الحكم على الغائب. ١٥

[فاضل أمير] نقول: اعلم أن في وضع المسألة على هذا الوجه المطلق إشكالاً يظهر بالنظر إلى ما حققه العلامة الكاشاني في البدائع حيث قال:

“Bir kimse bir akarı bin dirheme satın alıp sonra başka birine iki bine satmışsa, bu durumda şuf'adar muhayerdir: Dilerse ikinci müşteriden ikinci akitle [bedeli] alır, bu durumda birinci müşterinin gaip olması ile hazır olması arasında bir fark yoktur. Dilerse ilk müşteriden birinci akitle [bedeli] alır, fakat bunun için, birinci ve ikinci müşterinin orada hazır bulunması gerekmektedir. Kadı İmam el-İsbicâbi *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*'de bunu bu şekilde zikretmiş ve herhangi bir görüş ayrılığı rivâyet etmemiştir. Kerhî ise bunun Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşü olduğunu, Ebû Yûsuf ise birinci müşterinin hazır olmasının şart olmadığını belirtmiştir.”

10 *el-Bedâi*'de geçenler özetle bu şekildedir.

İmamlar arasında ihtilaf olduğu belirtilen konu, şuf'adarın, akarı birinci akitle alması durumuyla ilgilidir. Nitekim *el-Hakâik li'l-Manzûme* adlı eserde de bu açıkça beyan edilmektedir. Buradan anlaşılmaktadır ki, Ebû Yûsuf'un bu meseledeki ihtilafı -böyle bir ihtilaf var olduğu takdirde- sadece ikinci durumdadır yani şuf'adarın, akarı ilk satım ile almak istemesi durumundadır. Dolayısıyla Şeyh'in, *el-Mecma'* sahibi İbnu's-Sââtî'ye uyararak konuyu bu şekilde mutlak olarak vermesi iltibas ve muğlaklıktan hâli değildir. Bu bakımdan o ikisi için (Şeyh Bedreddin ve İbnu's-Sââtî) uygun olan, meseleyi şuf'adarın birinci satımla almak istemesi olarak vermek ve

15 Ebû Yûsuf ile Ebû Hanîfe ve Muhammed arasındaki ihtilafı bunun üzerine bina etmektir. Çünkü müşteri mebbû ikinci satım ile almak istediğinde üç imama göre de birinci müşterinin hazır bulunmasına gerek yoktur. İmamlar arasındaki ihtilafın şuf'adarın birinci satımla almak istemesi durumunda olduğuna Ayasuluğî'nin ifadeleri de delâlet etmektedir. Ayasuluğî

20 *el-Mecma'* sahibinin “Ebû Yûsuf, ikinci müşteriyi hasım kılmıştır.” şeklindeki sözünü şerh ederken şöyle demektedir: “Şuf'adarın lehine hüküm verildiği zaman, sahibinin gaip olması dikkate alınarak, şuf'adardan semen için bir kefil alınır veyahut semen adil birinin yanına bırakılır.” Semen için kefil alınması veya semenin güvenilir birinin yanına bırakılması ancak

25 şuf'adarın akarı birinci satım ile alması ve semenin birinci müşteriye ulaşmasının gerektiği durumda söz konusu olabilir. Çünkü ikinci müşteriden satın alınması durumunda semen zaten hazır olan müşteriye verileceği için bunun için kefil veya adil birine ihtiyaç olmayacaktır.

ولو كان اشتراها بألف وباعها بألفين ثم الشفيع إن شاء أن يأخذها بالبيع الثاني بأخذها^١ من الثاني سواء كان المشتري الأول حاضرًا أو غائبًا وإن شاء أخذها بالبيع الأول فليس له ذلك حتى يحضر المشتري الأول والثاني، هكذا ذكره القاضي الإمام الإسبيجاني في شرحه مختصر الطحاوي ولم يحك خلافًا وذكر الكرخي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف حضرة الأول ليس بشرط انتهى ملخصًا.

وهذا الذي ذكر من الخلاف فيما أخذ الشفيع بالأول كما صرح به في الحقائق للمنظومة فظهر منه أن خلاف أبي يوسف في المسألة على تقدير ثبوته مختص بالصورة الثانية وهي ما أراد الشفيع أخذها بالبيع الأول بإطلاق الشيخ مقتفيًا بالشيخ ابن الساعاتي صاحب المجمع لا يخلو عن الالتباس والإغلاق وكان الأنسب بهما أن يضع المسألة فيما أراد الشفيع الأخذ بالبيع الأول وبيننا الخلاف بين الطرفين وبين أبي يوسف عليه لأن الشفيع إذا أراد أخذها بالبيع الثاني فلا حاجة حينئذ إلى حضور المشتري الأول بالاتفاق ويدل على ما قلنا من أن هذا الخلاف فيما أراد الشفيع أخذها بالبيع الأول ما ذكره المولى الآيائلوغي في شرح قول صاحب المجمع «ويجعل أبو يوسف المشتري الثاني خصمًا» بقوله: فإذا قضي للشفيع يؤخذ منه كفيل بالثمن أو يوضع الثمن عند عدلٍ نظرًا للغائب انتهى. فإن الاحتياج إلى أخذ الكفيل بالثمن أو إلى الوضع المذكور إنما كان فيما أخذ الشفيع العقار بالبيع الأول ولزم وصول الثمن إلى المشتري الأول إذ فيما أخذها بالبيع الثاني يؤدي الثمن إلى المشتري الثاني الحاضر.

Şeyh'in Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşlerine itiraz ederek "Burada gâip aleyhine iddia edilen şey, hâzır olan üzerine iddia edilen şeyler için sebeptir. Bu gibi durumlarda gâip aleyhinde hüküm vermek sahih olur." şeklinde sözler sarf etmesi, ulemanın bu konudaki ifadelerini az incelemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Zira *el-Bedâi*'de şöyle geçmektedir: "Şufanın vâcip olması şu üç sebepten biriyledir: Mebûin mülkiyetinde ortaklık, mebüin haklarında ortaklık ve komşuluk. Şufanın vâcip olmasının şartları ise çeşit çeşittir. Bunlardan biri akarın ivazlı bir akitle satılmasıdır yani satım akdidir." *et-Tebyîn* adlı eserde ise şöyle geçmektedir: "Şufanın sebebi satım akdi değil, bitişik olma durumudur (ittisâl). Bir görüşe göre sebep, satım akdidir. Sebebin satım olduğu görüşünde olanların gerekçesi şudur: Şufadar eğer akar satın alınmadan önce şufa hakkını düşürürse böyle bir ıskât işlemi, henüz sebep -yani alım satım- olmadan önce gerçekleşmiş olduğundan geçerli değildir. Eğer sebep ittisâl olmuş olsaydı, satımdan önce de şufa hakkının düşürülmesi sahih olurdu, çünkü o zaman sebep satımdan önce de mevcut olmuş olacaktı. Buna şöyle cevap verilebilir: Satımdan önce şufa hakkının düşürülmesinin sahih olmaması şartın -yani satımın- olmamasından kaynaklanmaktadır. Çünkü -tıpkı şarta bağlanan talâkta olduğu gibi- sebep, ancak şart mevcut olduğunda sebep olabilir." Buna göre Şeyh'in gâip aleyhine iddia edilen şeyi -ki bu satım akdidir- şufa için sebep kılmasını mezhepte yer alan nakiller desteklememektedir. Çünkü yukarıda anlatılanlardan ortaya çıktığı üzere satım akdi, sebep değil, şarttır.

Tartışma "gâip aleyhine iddia edilen şeyin, hâzır olan üzerine iddia edilen şeyler için şart" olması noktasına döner. Bu da şöyledir: Şayet bir kimse, gâip tarafından işlenen bir fiili ispat etmek suretiyle kendi hakkı ile ilgili bir şarta dair beyyine getirirse eğer bunda gâibin hakkını iptal etme söz konusu değilse beyyinesi kabul edilir. Ancak eğer talâk, azat, satım ve benzeri gibi gâibin bir hakkını iptal söz konusuysa bu durumda daha sahih olan görüşe göre beyyinesi kabul edilmez. İki *Fusûl*'de böyle geçmektedir.

Ayrıca bütün bunlardan sonra satım, şufanın sebebi kabul edilse bile Şeyh'in söyledikleri yine de tamam olmaz. Çünkü muteber kaynaklarda açıkça belirtildiğine göre eğer iddia edilen, iki şey olup gâip aleyhine iddia edilen şey sadece bekâ itibarıyla sebep oluyorsa bu durumda gâip aleyhine hüküm verilemez. Ve yine eğer sebep, belli bir vakitte sebebiyetin kendisinden ayrıldığı türden bir sebep ise gâip aleyhine hüküm vermek sahih olmaz. Açıkça görüleceği üzere bizim meselemizde sebep olarak düşünülen şey (satım akdi), sebebiyetin kendisinden ayrıldığı türdendir. Bunu anla!

ثم ما أورده الشيخ معترضاً على قول أبي حنيفة ومحمد من «أن ما يدعى على الغائب إذا كان سبباً لما يدعى على الحاضر يصح الحكم على الغائب» فهو ناشئ من قلة تصفحه أقوال العلماء إذ قال في البدائع: أن أسباب وجوب الشفعة أحد الأشياء الثلاثة الشركة في ملك المبيع والخلطة وهي الشركة في حق المبيع والجوار. ثم قال: وأما شرائط وجوب الشفعة فأنواع منها عقد المعاوضة وهو البيع انتهى. وقال في التبيين: السبب هو الاتصال لا البيع وقيل هو البيع بدليل أن الشفيع لو أسقط الشفعة قبل الشراء لا يصح لكونه إسقاطاً قبل وجود سببه وهو البيع، ولو كان السبب الاتصال لصح لكونه بعد وجود السبب. وجوابه أنه إنما لم يصح الإسقاط قبله لفقد شرطه وهو البيع لأن السبب لا يكون سبباً إلا عند وجود شرطه كما في الطلاق المعلق انتهى. فلا ريب في أن جعل الشيخ ما يدعى على الغائب وهو البيع سبباً للشفعة مما لا يساعده النقل لأن البيع شرط لا سبب كما عرفت.

ثم الكلام فيما كان المدعى على الغائب شرطاً لما يدعى على الحاضر هو أنه لو برهن على شرط حقه بإثبات فعل على الغائب فلو لم يكن فيه إبطال حق الغائب يقبل ولو فيه إبطال حق الغائب من طلاق أو عتاق أو بيع أو نحوه الأصح أنه لا يقبل كما في الفصولين.

وبعد اللتيا والتي لو سلم ما قاله من أن البيع سبب للشفعة لا يتم ما أورده أيضاً لأن المصرح في المعتمرات هو أن المدعى لو كان شيئين ونفس المدعى على الغائب لا يكون سبباً إلا باعتبار البقاء فلا يحكم وأن السبب لو كان مما ينفك عنه السببية حيناً ما فلا يصح فيه الحكم على الغائب وفيما نحن فيه قد ينفك ما ظنه سبباً عن السببية كما لا يخفى فافهم!

9. Bir Kimsenin Kendi Sebebiyle Tamam Olan Bir Şeyi Yıkması

[Teshîl] Şu durumlarda şuf'a hakkı kalmaz/düşer: [a] Bir gayrimenkulü -asaleten veya vekâleten- satan kişinin o gayrimenkulde şuf'a hakkı olmaz. [b] Gayrimenkulün kendisi için satıldığı müvekkil veya rabbulmal gibi kişilerin satılan gayrimenkulde şuf'a hakkı olmaz. c) Satıcı tarafından kendisine muhayyerlik hakkı tanınmış üçüncü bir şahıs, satılan gayrimenkule kendisi icâzet verirse [bu durumda satıcı gibi olacağından] o gayrimenkulde şuf'a hakkı olmaz. d) Bir kimse şuf'adar olduğu gayrimenkulü satın alan müşterinin bedeli ödememesi hâlinde bedeli ödeme-ye kefil olursa o gayrimenkulde şuf'a hakkı olmaz. Sözü edilen durumlarda şuf'a hakkının tanınması, birinin bizzat kendisi sebebiyle tamam olan bir şeyi yıkması anlamına gelir. Tamam olan şey, müşteri için mülkiyet ve zilyedliktir. İnsanın kendisi sebebiyle tamam olan bir şeyi yıkması kabul edilemez. Diğer üç mezhebe göre ise vekâlet yoluyla satımda vekil için ve *damânu'd-derek* -yani malın başkasına ait olduğunun ortaya çıkması hâlinde müşterinin ödemiş olduğu satım bedeline kefâlet- durumunda kefil için şuf'a hakkı sabittir.

Ancak şu durumlar farklı olup bunlarda şuf'a hakkı vardır. a) Bir akarı vekâleten satın alan kişi için o akarda şuf'a hakkı vardır. b) Bir kimse tarafından kendisi için bir akar satın alınsa, kendisi için satın alan kişinin o akarda şuf'a hakkı vardır. Mesela rabbulmâlin durumu ile me'zûn kölenin efendisi için akar satın alması durumu böyle olup bu durumda efendi için şuf'a hakkı vardır. c) Müşteri tarafından kendisine muhayyerlik hakkı tanınmış üçüncü bir şahıs, satın alınan gayrimenkule icâzet verse onun için şuf'a hakkı vardır. Çünkü şuf'a hakkının bâtil olması, meb'ie râğbetin olmadığı izhar etmesiyle olur, yoksa meb'ie râğbetin olduğunun izhar edilmesiyle şuf'a hakkı bâtil olmaz.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Müşteri tarafından kendisine muhayyerlik hakkı tanınmış üçüncü şahıs satılan gayrimenkule icâzet verdiği eğer kendisi için şuf'a hakkı sabit görülürse, -daha önce geçenlere göre- bu durumda kendisi sebebiyle tamam olan bir şeyi yıkmış olacağından bu durumda onun şuf'a hakkının olmaması gerekirdi.

٩. نقض الإنسان ما تم من جهته

[التسهيل] ولا شفعة لمن باع وكالةً أو أصالةً أو بيع له كالموكل ورب

المال أو أجاز أي أجنبيّ جعل له الخيار من جهة البائع فأجاز البيع فلا

شفعة له وكذا من ضمن الدرك عن البائع وهو شفيح فلا شفعة له لأن أخذه

بالشفعة يكون سعيًا في نقض ما تم به وهو الملك واليد للمشتري وسعي

الإنسان في نقض ما تم به مردودٌ، وعندهم تثبت لوكيل البائع ولمن ضمن

الدرك.

ضد من ابتاع وكالةً أو ابتاع له كرب المال وكمولاً شري عبده المأذون

دارًا فإن لمولاه الشفعة وكذا ثالثٌ جعل له الخيار من جهة المشتري وأجاز

١٠. فله الشفعة لأنها تبطل بإظهار الرغبة عن المبيع لا بإظهار الرغبة فيه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: في الثالث الذي جعل له الخيار من جهة

المشتري فأجاز إذا صح شفعتُهُ لزم النقص ما تم به فيلزم أن يكون مردودًا

على ما مرّ.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Konunun anlaşılması için bu konudaki ilkenin genişçe ele alınmasına ihtiyaç vardır. Şöyle ki: Kişinin kendi sebebiyle tamam olan bir şeyi yıkması sadece iki yerde câizdir. Birincisi şudur: Bir kimse bir köle satın alıp teslim alıyor, semenini ödüyor, ancak daha sonra satıcının köleyi kendisinden önce gaip birine sattığını iddia ediyor. Bu durumda [beyyine getirirse] beyyinesi kabul edilir. İkincisi ise şudur: Bir kimse câriyesini birine hibe ediyor, o adam da onu ümmüveled kılıyor, ancak daha sonra hibe eden kişi, câriyeyi müdebber veya ümmüveled kıldığına dair beyyine getiriyor. Bu durumda câriye hibe eden kişiye geri verilir. Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinin 'fâsit alım satım' kısmında *el-Hulâsa* adlı eserden nakille böyle geçmektedir.

Bu husus anlaşıldığına göre Şeyh'in ashâb-ı mezhebe yönelik eleştirisinin özü "Yukarıda bahsi geçen üçüncü şahıs, kendisi cihetiyle tamam olan bir şeyi yıkmıştır." şeklindedir ve bu husus istisna edilen iki konu arasında yer almamaktadır. Söz konusu problemten kurtulmak için, kendileri için şufa hakkı olmayan kişiler yani doğrudan satan, kendisi için satılan, malın başkasına ait olduğunun ortaya çıkması hâlinde satım bedelini ödemeyi üstlenen, satıcı tarafından kendisine muhayyerlik verilen üçüncü kişi ile kendileri için şufa hakkı söz konusu olan kişiler yani doğrudan satın alan, kendisi için satın alınan ve müşteri tarafından kendisine muhayyerlik verilen üçüncü kişi arasındaki farkı açıklayan şu iki ilkeye vakıf olunması gerekmektedir.

Birinci ilke, *et-Tebyîn* adlı eserde zikredildiği üzere şudur: Bir kimse akarını satsa veya bu akar kendisi için satılsa şufa hakkı söz konusu olmaz. Ancak bir akarı satın alsın veya biri kendisi için akar satın alsın şufa hakkı olur. Çünkü birinci durumda [yani satma durumunda] kendisi cihetinden tamam olan bir şeyi yani satımı yıkması lazım gelir. Çünkü satım, temliktir; şufa yoluyla almak ise temellüktür. Temlik ile temellük arasında ise zıtlık söz konusudur. Keza satım, teslim etmeyi gerektirirken, şufa ile almak tam tersini (teslim almayı) gerektirir. Çünkü şufa yoluyla bir akarın alınması durumunda onun ilk müşteriye teslimi mümkün olmaz. İkinci durumda [yani satın alma durumunda] ise burada kendi cihetinden tamamlanan bir şeyi yıkmak anlamı olmadığı gibi tam tersine bunda bir takrir yani sürdürme söz konusudur. Çünkü şufa ile almak da satın almak gibidir (her ikisi de "almak" olduğu için bir zıtlık söz konusu değildir). Bu konudaki ikinci ilke ise şudur: Şufadar mebîe râğbeti olmadığını izhar ettiğinde şufa hakkı bâtil olur; mebîe râğbeti olduğunu izhar ederse şufa hakkı bâtil olmaz. Bu ilkeyi Şeyh'in kendisi de bizzat zikretmiştir.

[فاضل أمير] نقول: لا بد هنا من تمهيد أصل لينكشف وجه الكلام وهو أن نقض ما تم من جهته لا يجوز إلا في موضعين أحدهما رجلٌ اشترى عبداً وقبضه ونقد الثمن ثم ادعى أن البائع باعه قبل ذلك من فلان الغائب فإنه تقبل بينته والثاني ما إذا وهب جاريته من رجل فاستولدها ثم برهن أنه كان دبرها أو استولدها فإنه يستردها كذا في شرح المجمع للمولى الأياثلوغي في البيع ٥ الفاسد نقلاً من الخلاصة.

إذا تقرر هذا فحاصل ما اعترض به الشيخ على أصحاب المذهب هو أن في الثالث المذكور قد لزم نقض ما تم من جهته وليس هذا من الموضعين المذكورين والتفصي عن هذا الإشكال لا يحصل إلا بالعشور على الأصلين المذكورين في الفرق بين من باع أو بيع له أو ضمن بالدرك عن البائع أو كان ثالثاً شرط له الخيار من جهة البائع وبين من اشترى أو اشترى له أو صار ثالثاً شرط له الخيار من جهة المشتري.

أما الأصل الأول فهو ما قال في التبيين والأصل فيه أن من باع أو بيع له لا شفعة له ومن اشترى أو اشترى له كان له الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة في الأول يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو البيع؛ لأن البيع تمليك والأخذ بالشفعة ١٥ تملك وبينهما منافاة وكذا البيع يوجب التسليم والأخذ ينافيه لأنه يمتنع به التسليم، وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقريره؛ لأن الأخذ بالشفعة مثل الشراء وأما الأصل الثاني فهو أن الشفعة تبطل بإظهار الرغبة عن المبيع لا بإظهار الرغبة فيه كما نقله الشيخ نفسه.

İki ilke üzerinde dikkatlice düşünüldüğünde Şeyh'in itirazının yerinde olmadığı görülür. Çünkü müşteri tarafından kendisine muhayyerlik hakkı verilen üçüncü şahsın, teslim alan kişi olduğu ve temellük içerikli bir iş yaptığı kabul edilmekte; buna mukabil onun teslim eden ve temlikte bulunan olduğu ise kabul edilmemektedir. Ayrıca açıkça görüleceği üzere onun mebbe rağbeti olduğu kabul edilmekte ve mebbe rağbeti olmadığı kabul edilmemektedir. *et-Tebyin*'de geçen şu ifadeler de bunu desteklemektedir: "Satıcı muhayyerlik hakkını üçüncü şahıs için şart koşarsa, üçüncü şahıs da akde icâzet verirse bu durumda üçüncü şahıs, tıpkı satıcı gibi olmuş olur. Ancak eğer müşteri muhayyerlik hakkını üçüncü şahıs için şart koşarsa ve o da buna icâzet verirse bu durumda o tıpkı müşteri gibi olur. Bunun anlamı izah ettiğimiz gibidir." *el-İhtiyar*'daki şu ifadeler de benzerdir: "Müşterinin vekilinin şufa hakkı vardır, çünkü o kendi fiilini bozmuş değildir. Zira onun fiili satın almanın aynısı olup o, satıcının mülkiyetini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır." Buna göre müşteri tarafından kendisine muhayyerlik hakkı tanınan üçüncü kişinin de akde icâzet vermesinin satın alma işlemi gibi kabul edileceği konusunda bir şüphe yoktur. Çünkü o da satıcının mülkiyetinin ortadan kalkması için çabalamıştır.

Öngörülü ve araştırmacı kimseler için Şeyh'in tasarruflarının kusurlu ve değersiz olduğu açıktır. Şöyle ki Şeyh'in müşteri tarafından kendisine muhayyerlik hakkı tanınan üçüncü kişi ile ilgili söyledikleri, satın almaya vekil kılınan birinin müvekkili için bir şey satın alması durumu için de söz konusudur. Hatta kendi cihetinden tamam olan bir şeyi yıkılmış olmasının gerekliliği açısından satın almaya vekil olan kişi, müşteri tarafından kendisine muhayyerlik hakkı tanınan üçüncü kişiden daha açık olmasına rağmen Şeyh, vekilin satın aldığı akarda şufadar olmasını kabul etmiş, ancak üçüncü kişinin satımına icâzet verdiği akarda şufadar olamayacağını söylemiştir. Doğru söze uyan ve bunu gören kimseler için bu yaklaşımın tutarlı olmadığı açıktır.

10. Müşterinin Tasarrufta Bulunmasından Sonra Arazinin Şufadara Verilmesi

[**Teshil**] Müşteri satın aldığı araziye bina yapsa yahut ağaç dikse şufadar arsanın semenini ve ayrıca evin ve ağaçların yıkık-sökük hâlindeki kıymetini vererek bunları alabilir. Şufadar [binayı ve ağaçları almak istemiyorsa] müşteriden bunları arsadan söküp kaldırmasını ister. Çünkü şufadarın hakkı önceliklidir ve şufadar müşteriye bina yapma ve ağaç dikme konusunda bir yetki vermemiştir. Nitekim gaspta da hüküm böyledir.

فإذا نظرت في الأصلين بنظر صائب تقف على أن ما أورده ليس بمتجه لأنَّ الثالث الذي جعل له الخيار من جهة المشتري يصدق عليه أنه متسلم وعمل عملاً يوجد به التملك ولا يصدق عليه أنه مسلم ومملك وكذا يصدق عليه أنه راغب في المبيع ولا يصدق عليه أنه راغب عن المبيع كما لا يخفى ومما يرشدك إلى هذا ما في التبيين من قوله قال: ولو شرط البائع الخيار لثالث فأجاز ٥ فهو كالبائع؛ وإن كان المشتري هو الذي فعل ذلك وأجاز كان فهو كالمشتري والمعنى ما بيناه انتهى. وكذا ما في الاختيار من قوله قال: ولو كيل المشتري الشفعة لأنه لا ينقض فعله لأنه مثل الشراء؛ لأنه سعى في زوال ملك البائع انتهى. فلا شك في أن الثالث الذي جعل له الخيار من جهة المشتري يصدق ١٠ عليه أن إجازته مثل الشرى لأنه سعى في زوال ملك البائع.

وظهر للناقد البصير ما في تصرف الشيخ من الكساد والتقصير من حيث إن ما قاله في الثالث الذي جعل له الخيار من جهة المشتري يرد على ما لو وكل رجلا بالشرى فاشترى لموكله بل لزوم ما زعم لزومه من نقض ما تم من جهته أظهر في الوكيل بالشرى من الثالث الذي جعل له الخيار من جهة المشتري ١٥ فتسليم الشيخ كون هذا الوكيل شفيعاً لما اشتراه بالوكالة ورد كون هذا الثالث شفيعاً لما أجاز شراه مما لا وجه له عند من يدعن للقول الحق ويراه.

١٠. تسليم العقار للشفيع بعد تصرف المشتري

[التسهيل] ولو بنى المشتري أو غرس أخذ الشفيع بثمنه وقيمتها مقلوعين أو كلفه قلعهما لحقه المقدم ولم يسأطه الشفيع كما في الغصب.

Ebû Yûsuf' ve diğer üç imama göre ise şuf'adar iki seçenek arasında muhayyerdir: İsterse arsanın semenini ve ayrıca ev/ağacın sökülmeden/yıkılmadan kıymetini ödeyerek arsa ve üstündekileri alır, isterse müşterinin kendi mülkiyetinde yaptığı bir tasarruf olması sebebiyle terk eder. Böylece müşterinin zarara uğramasının önüne geçilmiş olur. Çünkü müşteriyi bunları sökmekle yükümlü kılmak haksız fiilin (teaddi) bir hükmüdür, oysa burada haksız bir fiil söz konusu değildir. Nitekim [fâsit akitle satın aldığı] tarlaya ekin eken müşteri, ekin hasat edilene kadar, biçmekle emrolunmaz.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Yukarda geçen “terk eder” ifadesindeki terk etmekten maksat şuf'a hakkı ile arsayı almaktan vazgeçmek olabileceği gibi, arsayı kendisine alıp [müşterinin yapmış olduğu] bina ve ağaçları müşteriye terk etmek anlamına gelebilir. Zahir olan ikinci anlamdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Yakup Paşa da Sadruşşerîa üzerine yazdığı hâşiyede aynı şeyi söylemektedir. Ancak *en-Nihâye* ve *el-Beyânîyye*'ye bakıldığı zaman ilk akla gelen, bu ifadeyle kastın birinci mana olduğudur. Ayrıca “almak” fiilinin karşısı olarak “terk” lafzı kullanıldığında genellikle terk edilen şey, “alınan şeyin kendisi” olmaktadır. [Şeyh'in kuvvetli gördüğü ikinci ihtimal olan] “arsayı kendisine alıp bina ve ağaçları müşteriye terk etmesi”nin anlamı, şuf'adaların semen mukabilinde arsayı alıp, müşterinin ev ve ağaçlarına dokunmamasıdır. Bu durumda müşteriye şöyle denilir: “Dilersen ağaç ve evin şuf'adaların arazisinde kalabilir, dilersen kendi iradenle ağaç ve evini kaldırabilirsin.” Buna göre Ebû Yûsuf'un bakış açısına göre müşteri, satın alma yoluyla mülkiyetinin sabit olduğu bir arazi üzerine bina etmiş olduğu şeyleri kaldırmaya zorlanamaz. Müşterinin, satın almış olduğu şuf'alı arazide bir yapı inşâ etmesinin, kişinin kendisine hibe edilen bir arazide bir yapı inşâ etmesi ve yine kişinin fâsit bir akitle aldığı arazide yapı inşâ etmesi örneğine benzetilmesi, tüm bunlarda kişinin, herhangi bir sebeple malik olduğu araziye bir şey inşâ etmesi sebebiyledir; yoksa arazinin, binayı yapan veya ağacı diken kişinin elinden alınması açısından bir benzerlik kurulmamıştır. Zira bir arazi birine hibe edilse veya fâsit bir akitle satın alınsa, hibe edilen kişi veya fâsit akitle satın alan kişi arazi üzerinde bir yapı inşâ ettikten veya ağaç diktikten sonra artık arazi hibe edene veya satıcıya geri verilmez. Konuyu araştırıp inceleyene bu nokta kapalı değildir.

ويختيرُه أبو يوسف وهم 'أخذَه بالثمنِ والقيمة قائمين أو تَرَكَ لفعلِ المشتري في ملكه فدفعَ ضره إذ التكليفُ بالقلعِ من أحكامِ التعديِّ ولا تعديِّ هنا كما لو زرعَ المشتري فإنه لا يؤمر بالقلع حتى يحضدَ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قوله: «ترك إلخ» يحتمل أن يترك الأخذ بالشفعة ويحتمل أن يترك البناء والغرس للمشتري ويأخذ المبيع والظاهر هو الوجه الثاني.

[فاضل أمير] نقول: كذا قاله المولى يعقوب باشا في حاشيته على صدر الشريعة ولكن المتبادر مما في النهاية والبيان أن يكون المراد هو الوجه الأول وفي غالب مواد استعمال لفظ الترك المقابل بالأخذ يكون المتروك عين المأخوذ والمعنى المراد على أن يكون المراد من الترك ترك البناء والغرس للمشتري هو أن الشفيع يأخذ المبيع بالثمن ولا يتعرض بالبناء والغرس ويقال للمشتري بناؤك وغرسك إن شئت تبقى على دار الشفيع وأرضه وإن شئت ارفعهما باختيارك فيكون نظر أبي يوسف في أن لا يجبر على المشتري بقلع ما بناه فيما ثبت ملكه بالشرى وكان تمثله بناء المشتري في الأرض المشفوعة ببناء الموهوب له في الأرض الموهوبة وبناء المشتري فاسداً في الأرض المشتراة في أن تؤخذ الأرض من يد الباني أو الغارس لأن بسبب من أسباب الملك لا في أن تؤخذ الأرض من يد الباني أو الغارس لأن في كل من الأرض الموهوبة أو المشتراة فاسداً لا استرداد للواهب ولا للبائع بعد أن يبني فيها الموهوب له أو يغرس وبعد بناء المشتري فيها أو يغرس كما لا يخفى على المتتبع المتدرب.

Şu kadar var ki Ebû Yûsuf'un burada fâsit akitle istidlalde bulunması onun görüşü açısından uygun değildir. Çünkü bir kimse fâsit bir akitle bir şey satın alsa ve orada bir ev inşâ etse, Ebû Yûsuf'a göre müşterinin yapmış olduğu evi oradan kaldırması ve arsayı satıcıya teslim etmesi emrolunur. Denilebilir ki, bu en fazla bir hüccet-i ilzâmiyye olabilir ve hüccet-i ilzâmiyyede kullanılan hüccetin, istidlal eden kişi açısından değil, hasım açısından müsellemler olması gerekir.

11. Müşteri ve Şufadarın Yeminleşmesi

[**Teshîl**] Müşteri ve şufadar semen konusunda ihtilaf ederlerse ve mebî kabzedilmiş, semen de peşin olarak verilmişse, şufanın daha düşük bir semen ile lazım olduğunu inkâr ettiği için bu durumda sadece müşteri yemin ettirilir. Her ikisinin yeminleşmesine dair nass bulunmadığı için karşılıklı yeminleşmelerine gerek yoktur. Nass olmayan yerde yeminleşme sadece her iki tarafın da davacı olmaları ve birbirlerine karşı bir hak iddia etmeleri (davacı olmaları) durumunda söz konusu olur. İlke bu şekildedir. Oysa burada müşteri davacı konumunda değildir. Çünkü şufadardan farklı olarak müşteri, davayı terk etse de dava sona ermiş olmamakta, yani davadan vazgeçse bile hakkındaki dava bitmemektedir. Davacı, terk ettiğinde terk edilen kişidir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu görüş, dava bölümünün yeminleşme faslında anlatılanlara aykırıdır. Orada şöyle geçmişti: "Mebî satıcının elindeyken müşteri ve satıcı semende ihtilaf etseler kıyasa göre her ikisi de yemin eder. Çünkü her ikisi de bir diğerrinin iddiasını yalanlamaktadır." Oysa burada tasvir edilene göre orada da her ikisi davacı değildir, öyle ki birisi davadan vazgeçtiğinde dava sona ermemektedir. Şöyle ki satıcı vazgeçtiğinde dava sona ermez, çünkü müşteri ondan mebî teslim etmesini talep eder. Müşteri vazgeçse yine dava sona ermez, çünkü satıcı ondan semeni teslim etmesini talep eder.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in Hanefî fakihlere itirazı, müşterinin burada davacı olmadığı, zira müşteri davadan vazgeçse bile kendi hakkındaki davanın bitmeyeceği şeklindedir. Yani dava bölümünün yeminleşme faslında geçen konuda da müşteri ve satıcının davacı olmaması gerekir. Zira orada satıcı da müşteri de davadan vazgeçtiklerinde haklarındaki dava bitmemektedir.

ولكن استدلال أبي يوسف بالمشتراة فاسداً لا يصح على مذهبه لأن المشتري فاسداً إذا بنى في الدار المشتراة يؤمر بنقض البناء وردّ الدار إلى البائع عند أبي يوسف؛ اللهم إلا أن يقال إن هذه حجة إلزامية وفيها يلزم أن يكون ما استدل به مُسلماً عند الخصم لا عند المستدلّ.

١١. تحالف المشتري والشفيع

[التسهيل] ولو اختلفا في الثمن والمبيع مقبوض و الثمن منقود حلف الشاري لإنكاره لزوم الشفعة بالأقل ولا تحالف إذ لا نص هنا على التحالف والتحالّف في غير مورد النص لا يكون إلا إذا كان كل واحد من المتخاصمين مدّعياً على الآخر حقاً إذ القياس هكذا وليس المشتري هنا بمدّع إذ لو ترك لا يُترك بخلاف الشفيع، والمدعي هو الذي لو ترك ترك.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يُنافيه ما ذكر في فصل التحالف من كتاب الدعوى: من أن المبيع إذا كان بيد البائع واختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان على القياس إذ كل منهما ينكر ما يدعيه الآخر مع أن كلا منهما ليس بمدّع على ما ذكر هنا من أنه لو ترك لا يُترك فإن البائع لا يُترك إذ المشتري يطالبه بتسليم المبيع وكذا المشتري لا يُترك إذ البائع يطالبه بتسليم الثمن.

[فاضل أمير] نقول: هذا اعتراض منه على قولهم إن المشتري هنا ليس بمدّع إذ لو ترك لا يُترك بأن قال يلزم منه أن لا يكون البائع والمشتري مدعين في المادة التحالف الذي ذكر في كتاب الدعوى لأن البائع فيها لا يُترك إذا ترك وكذا المشتري.

Fıkıh ile uğraşanlar bilirler ki, karşılıklı yeminleşmenin şartı, her iki hasmın da davacı ve davalı olmasıdır. Nitekim bu husus, Şeyh'in [yukarıda geçen] "Yeminleşme sadece her iki tarafın da davacı konumunda olmaları durumunda söz konusu olur." şeklindeki ifadelerinden de anlaşılacaktır.

5 Yeminleşme faslında geçen konuda her iki tarafın, hem davacı hem de davalı olduğu basiret sahibi olan herkese açık bir durumdur. Şeyh'in yeminleşme faslında satıcı ve müşterinin bu tefsire yani "davadan vazgeçmesi durumunda hakkındaki davadan vazgeçileceği" tefsirine göre davacı olmadığı sözü, itiraz olmaya elverişli değildir. Çünkü yeminleşme faslında satıcı ve müşteri

10 davadan vazgeçseler de haklarındaki davadan vazgeçilmemesi onların davalı olmaları açısındandır, yoksa davacı olmaları açısından değildir. Hatta burada davalı olmaları göz ardı edilip meseleye davacı olmaları açısından bakılırsa "Davacı, terk ettiğinde terk edilen kişidir." sözü bunlar için doğru olacaktır.

Bu konu şu şekilde izah edilebilir: Müşteri, satıcı hakkındaki daha az olan

15 semen mukabilinde mebû teslim ettiği davasından vazgeçerse, satıcı da onun hakkındaki davasından vazgeçer ve "Mebû daha az olan semen mukabilinde al!" diye davasında ısrar etmez. Keza satıcı, şayet müşterinin daha fazla olan semen mukabilinde aldığı davasından vazgeçerse, müşteri de onun hakkındaki davasından vazgeçer ve "Mebû daha fazla olan semen mukabilinde bana

20 teslim et!" diye davasında ısrar etmez. Bu ince noktayı anladıysan, önde gelen ulemamızın bu konudaki görüşlerinin kabule şayan olduğunu ve Şeyh'in dile getirdiği çelişkinin bertaraf edilmiş olduğunu görürsün.

12. Şuf'a Konusu Malda Satıcının Semenle İlgili Beyanının Kabulü

[Teshîl] Satıcı semeni kabzettikten sonra müşteri semen konusunda bir

25 miktar, satıcı ise ondan daha az bir miktar söylese bu durumda, şuf'adar müşterinin sözüne göre gayrimenkulü alır. Çünkü satıcı, semeni teslim almış olduğu için bu durumda yabancı (üçüncü şahıs) konumundadır. Dolayısıyla artık fiyat anlaşmazlığı şuf'adarla müşteri arasında olur ve söz müşterinindir. Semen

30 ödendiğinin zahir olmadığı bir durumda satıcı "Gayrimenkulü bin dirheme sattım ve semeni teslim aldım." dese şuf'adar gayrimenkulü bin dirheme alır. Çünkü satıcı, açıklama yetkisinin olduğu bir durumda semeni açıklamaktadır. Bundan dolayı hüküm onun sözüne göre verilir. Fakat satıcı "Semeni teslim aldım, o bin dirhemdir." dese şuf'adar müşterinin sözüne göre gayrimenkulü alır. Çünkü satıcı önce semeni kabzedtiğini ikrar etmekle üçüncü şahıs konumuna

35 geçmiş olduğundan ikrardan sonraki beyanı kabul edilmez.

ولا يخفى على من له تدرب وممارسة أن شرط التحالف كون كل واحد من المتخاصمين مدعيًا ومدعى عليه كما يستفاد من قول الشيخ «إلا إذا كان كل واحد من المتخاصمين مدعيًا على الآخر» ففي مسألة فصل التحالف قد كان كل منهما مدعيًا ومدعى عليه على ما هو الظاهر عند أصحاب البصيرة وما أورده الشيخ من أن كلاً من البائع والمشتري في صورة التحالف ليس بمدع على هذا ٥ التفسير يعني قوله المدعي من إذا ترك ترك ليس بوارد لأن في مادة التحالف كون البائع والمشتري أنه لو ترك لا يترك من حيث كان كل منهما مدعى عليه لا من حيث إنهما مدعيان حتى لو جرد النظر عن كونه مدعى عليه ونظر الى كونه مدعيًا فحسب لصدق عليه أنه لو ترك ترك.

١٠ توضيحه أن المشتري لو ترك مطالبة البائع بتسليم المبيع بالثمن الأقل لتركه البائع ولا يقول له خذ المبيع بالثمن الأقل وكذلك البائع لو ترك مطالبة المشتري بالثمن الأكثر لتركه المشتري ولم يقل له سلم المبيع بأخذ الثمن الأكثر فإذا تقرر عندك هذا الاعتبار الدقيق قد بان لك وجه الحق الحقيقي بالقبول عند العلماء الفحول واندفع ما ادعاه الشيخ من المنافاة.

١٥ .١٢ . قبول بيان البائع بالثمن في المشفوع

[التسهيل] ولو قبض البائع ثمنه ثم ادعى المشتري ثمنًا والبائع أقل منه أخذ الشفيع بقول المشتري لكون البائع أجنبيًا بقبضه الثمن فبقي الخلاف بين الشفيع والمشتري فكان القول للمشتري. ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع: بعثها بألف وقبضت الثمن أخذ الشفيع بألف لأنه أخبر عن الثمن في حال له ولاية ٢٠ البيان فبني الحكم عليه ولو قال: قبضت الثمن وهو ألف أخذ الشفيع بقول المشتري إذ أقر بقبضه أولاً فصار أجنبيًا لم يقبل بعده بيانه.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: İlk durumda da ["Gayrimenkulü bin dirheme sattım ve semeni teslim aldım." sözünde] satıcının sözünün kabul edilmemesi gerekir. Çünkü müşteri, satıcının daha yüksek bir semen kabzettiğini iddia etmekte satıcı ise bunu inkâr etmektedir. -Semenin kabzedilmemesi durumundan farklı olarak- müşterinin bu sözünün indirime hamledilmesi de mümkün değildir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in zikretmiş olduğu müşterinin semen ile ilgili olarak bir rakam, satıcının ise ondan daha az bir rakam zikretmesi meselesindeki ilke şudur: "Eğer aralarındaki bu anlaşmazlık satıcının semeni teslim almasından önce ise bu durumda şufadar satıcının söylediği semene göre mebûi alır. Eğer semenin tesliminden sonra ise şufadar müşterinin söylediği semene göre mebûi alır." *et-Tebyîn* adlı eserde bunun sebebi detaylı olarak zikredilmiş ve bir de *en-Nihâye* adlı eserden benzer örnek nakledilmiştir. *et-Tebyîn*'de şöyle geçmektedir: "*en-Nihâye* adlı eserde bu meselenin örneğinin şöyle olduğu kaydedilmektedir: Vasî, 'Ölünün falanca borçlusu üzerindeki bütün alacağını aldım, alacak bin dirhemdi.' dese, borçlu olan kişi ise 'Hayır, ölünün bende iki bin dirhem alacağı vardı ve ben hepsini sana ödedim.' dese bu durumda vasînin bin dirhemi tazmin etmesi gerekir, borçluya ise bir şey gerekmez. Fakat vasî, 'Falanca borçludan bin dirhem aldım, o da ölünün onun üzerindeki bütün alacağıydı.' dese, borçlu olan şahıs ise 'Ölünün bende iki bin dirhem alacağı vardı ve ben sana tamamını ödedim.' dese bu durumda vasînin kalan bin dirhemi borçludan alma hakkı vardır. Bu meseledeki farklılığın özü şudur: Birinci durumda vasî, alacağın tamamını kabzettiğini söylemesiyle birlikte artık üçüncü bir şahıs gibi olmuştur, bu yüzden sonrasındaki miktar konusundaki beyanı kabul edilmez. Fakat ikinci durumdaki [ilk olarak] alacağın tamamını kabzettiğini söylememesi sebebiyle üçüncü şahıs gibi olmayacağı için miktar konusundaki beyanı kabul edilir. Bu yüzden birinci durumda inkâr eden olduğu için hasmın (borçlunun) sözü kabul edilirken, ikincisinde vasînin sözü kabul edilir." Bu mesele anlaşıldığına göre anlaşmazlığın semenin teslim alınmasından önce olması durumunda semenin miktarı konusunda satıcının sözünün itibara alınacağı ve şufadarın mebûi satıcının sözüne göre alacağı da anlaşılmış olur.

[الشيخ بدر الدين] أقول فينبغي أن لا يُقبل بيأنه في المسألة الأولى أيضاً إذ المشتري يدّعي أن البائع قبض الأكثر والبائع ينكر، ولا يمكن الحمل على الحط بخلاف عدم القبض.

[فاضل أمير] نقول: الأصل الذي ذكر فيما ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه هو أن هذا الاختلاف بينهما إن كان قبل قبض البائع الثمن ٥ فالشفيح يأخذ بقول البائع وإن كان بعده يأخذ بقول المشتري وقد بين في التبيين لمية هذا الأخذ على التفصيل ونقل له نظيراً نقلاً من النهاية بقوله: وقال في النهاية نظيره ما إذا قال الوصي «استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو ألف درهم» وقال الغريم «لا بل كان عليّ ألفي درهم وقد أوفيتك جميع ذلك» فالوصي ضامن الألف ولا شيء له على الغريم ولو قال ١٠ «استوفيت منه ألفاً وهو جميع ما للميت عليه» فقال فلان «كان للميت ألفاً درهمٍ عليّ وقد أوفيتك الكل» فللوصي أن يرجع عليه بألف أخرى؛ لأنه لما تبين قبض الجميع صار أجنياً فلا يقبل بيان قدره بعده، وما لم يبين أنه قبض الجميع لا يكون أجنياً فيقبل قوله في بيان قدره فيكون القول لخصمه ١٥ لإنكاره في الأولى دون الثانية انتهى. فلما تقرر هذا علم منه أن المعبر في الباب هو أن بيان البائع مقدار الثمن إذا كان قبل قبضه الثمن يعتبر به ويأخذ الشفيح بما قال به البائع.

Şeyh'in itiraz ettiği konuya gelince; semeni kabzettiğinin bilinmesinden önce -ki zaten aslanan, aksine bir delil olmadıkça kabzın olmamasıdır- satıcı "Onu bin dirheme sattım." sözünü söylediği için satıcının bu sözü, semenin kabzedilmeden önce söylendiği noktasında zahir olur. Şer' ise zahire göre hüküm verir; gizlilikleri Allah bilir. Bu yüzden bu söz üzerine daha önce bahsedilen hükümler icra edilir ki o da semenin kabzından önce olması durumunda satıcının sözünün kabul edilmesidir. Birinci meselede yani semeni ödediğinin açık olmadığı durumda satıcının "Ben bin dirheme sattım ve semeni kabzettim." demesi hâlinde beyanının kabul edilmesi, semeni kabzettiği bilinmeden önce bu beyanın kendisinden sadır olması sebebiyledir.

Şeyh'in "-Semenin kabzedilmemesi durumundan farklı olarak- müşterinin bu sözünün indirime hamledilmesi de mümkün değildir." şeklindeki sözüne ilişkin olarak şunu söyleriz: Evet, müşterinin bu sözünün indirime hamledilmesi mümkün değildir. Fakat bu imkânsızlık, semeni kabzemiş olduğunun bilinmesinden ve indirime hamledilmesinin muhtemel olmasından önce ondan sadır olan "Bin dirheme sattım." sözü üzerine hüküm icra edildikten sonradır. Bu hüküm de satıcının beyanının kabul edilmesidir. Dolayısıyla "Bin dirheme sattım." sözü üzerine terettüp eden hüküm, ondan ikinci olarak sadır olan ve muktezası birinci hükmün aksine olan "Semeni kabzettim." sözü ile değişikliğe uğramaz.

"Usûl kitaplarında zikredildiğine göre eğer kelamın sonu baştaki ifadeyi değiştirici ise kelam, sonuna bağlı olur. Kelamın sonunda değiştirici olduğu kabul edilmesine rağmen burada niye 'Semeni kabzettim.' sözü 'Bin dirheme sattım.' sözünün hükmünü değiştirmemiştir?" denilemez. Çünkü bize göre bu ilke, değiştiricinin müfred ve önceki cümleye bitişik olması durumuna özgüdür. Eğer değiştirici, müfred bir hükmü tazammun eden müstakil bir cümleyse, ilk cümlenin hükmünü değiştirmez. *et-Tavzîh* adlı eserde atıf harfleri konusunda şöyle geçmektedir: Hasîrî'nin *el-Câmi*'inde şöyle geçmektedir: Bazılarına göre iki câriye meselesi¹ ile iki kız kardeş meselesi² arasında bir fark yoktur. Aksine fark meselenin konuluğunun farklı olmasından doğmaktadır. Şöyle ki iki câriye meselesinde efendi "*hazihi hurretun ve hazihi hurretun* (Şu câriye hürdür ve şu câriye hürdür.)" demiş;

1 Bir erkeğin efendilerinden izin almaksızın iki câriye ile evlendikten sonra efendilerinin câriyeleri azat etmesi meselesi.

2 Fuzûlînin iki kız kardeşi bir adam ile evlendirmesi meselesi.

ففي مادة الاعتراض لما قال البائع قبل أن يعلم قبضه الثمن -والأصل عدم القبض وأن يبقى حتى يوجد ما يبطله- «بعثها بألف» فقد كان هذا القول من البائع قبل قبضه الثمن ظاهرًا والشرع يحكم بالظاهر والله سبحانه يتولى السرائر. فأجري على هذا القول حكمه الذي قد عرفته وهو الاعتبار به إذا كان قبل القبض فكان قبول بيان البائع في المسألة الأولى يعني فيما كان نقد الثمن ٥ غير ظاهر وقال البائع بعثها بألف وقبضت الثمن لصدور هذا البيان منه قبل أن يعلم قبضه الثمن.

وما قاله الشيخ من أنه «لا يمكن الحمل على الحط بخلاف عدم القبض» فنقول فيه: نعم لا يمكن الحمل على الحط ولكن عدم هذا الإمكان إنما كان بعد أن أجري على قوله «بعثها بألف» الصادر منه قبل أن يعلم قبضه الثمن والمحتمل لأن يحمل على الحط حكمه وهو قبول بيانه فلا يتغير الحكم المترتب على قوله «بعثها بألف» بقوله ثانيًا «وقبضت الثمن» المقتضي خلاف هذا الحكم.

لا يقال قد ذكر في الأصول أن الكلام يتوقف على آخره إذا كان آخره ١٥ مغيرًا فلم لم يغير هنا حكم قوله «بعثها بألف» بقوله «قبضت الثمن» مع أنه يصدق عليه أنه كلام في آخره مغير؛ لإنا نقول إن هذا الأصل مختص بما كان المغير مفردًا متصلًا بالجملة السابقة وأما إذا كان ذلك المغير جملة مستقلة متضمنة لحكم مفرد فلا يغير حكم الجملة الأولى. قال في التوضيح في بحث حروف العطف: وقد ذكر في الجامع الحصري وقد قيل لا فرق بين مسألة الأمتين ومسألة الأختين بل إنما جاء الفرق لاختلاف ٢٠ وضع المسألة وهو أن في مسألة الأمتين قال «هذه حرة وهذه حرة»

iki kız kardeş meselesinde ise adam “*eczetu nikâhe hazibi ve hazibi* (Şu kadının nikâhına icâzet verdim ve şununine...)” demiştir. İki câriye meselesinde azat ederken her bir câriyenin hür olması ayrı ayrı [yani “*hurretun*” lafzı her ikisi için de kullanılarak] belirtilmiş olduğu için burada kelamın başı sonuna bağlı değildir. Ancak iki kız kardeş meselesinde “icâzet” lafzı iki defa tekrar edilmemiştir, bu yüzden kelamın başı sonuna bağlı olmuştur. Hatta eğer iki kız kardeş meselesinde her ikisinde de icâzet lafzı ayrı ayrı kullanılmış olsa ilk olarak icâzet verdiği kız kardeşin nikâhı sahih olurdu. Ayrıca eğer iki câriyenin azadı konusunda “hür” lafzı ayrı ayrı kullanılmasaydı ve “*’ektu hazibi ve hazibi* (Şunu azat ettim ve şunu...)” demiş olsaydı bu durumda her ikisi de beraber azat olmuş olurdu ve her ikisinin nikâhı da sahih olurdu.”¹

Bu açıklamalarla Şeyh’in önde gelen ulemamıza karşı ileri sürdüğü itirazın geçersiz olduğu ortaya çıkmış ve ulemamızın bakış açısının son derece derin olduğu belirginleşmiş olmaktadır. Konuyu derinlemesine ve bütün yönleriyle anlamak gerekir.

13. Akdin Şufadara Dönmesi

[**Teshîl**] Müşteri gayrimenkulü vadeli olarak almışsa bize göre şufadar, gayrimenkulü müşterinin aldığı vade ile alamaz; bu durumda ya peşin alır ya da müşterinin borcunun vadesine kadar bekler. Çünkü vade, akdin iktiza etmediği bir şarttır ve ayrıca satıcının müşteri için bir şeye razı olması şufadar için de aynı şeye razı olduğu anlamına gelmez. Zira mal varlığı yönünden şufadar ile müşterinin durumları arasında farklılık olabilir. Züfer ve diğer üç imama göre ise müşteri nasıl aldıysa şufadar da öyle alır. Bu tıpkı züyûf para ile almaya benzemekte olup nasıl ki müşteri züyûf para ile aldığında şufadar da ondan o şekilde alıyorsa vade konusunda da aynı durum geçerlidir.

Şufadar gayrimenkulü satıcıdan peşin olarak aldığında [vadeli alan] müşterinin satıcıya olan borcu da düşer. Çünkü bu akit müşteri hakkında feshedilmiş olur. Şayet şufadar gayrimenkulü [satıcıdan değil de] müşteriden peşin olarak alacak olursa bu durumda müşteri semeni, ilk satıcıya vadesi geldiğinde öder. Çünkü satıcı ve müşteri arasındaki bu akit takarrur etmiştir. Bu durumda müşteri, âdeta vadeli olarak satın aldığı bir şeyi şufadara peşin olarak satmış gibi olur.

1 Sadruşşerîa, Ubeydullah b. Mes’ûd (ö. 747/1346), *et-Tavzîb*, I, 187-188.

وفي مسألة الأختين قال «أجزتُ نكاح هذه وهذه» فإنه أفرد لكل واحدة منهما تحريراً في مسألة الأمتين فلا يتوقف صدر الكلام على الآخر وفي مسألة الأختين لم يُفرد فيتوقف حتى لو أفرد هنا صح نكاح الأولى ولو لم يفرد في الأمتين بأن قال «أعتقت هذه وهذه» عتقاً معاً وصح نكاحهما انتهى.

ومن هذا التفصيل والبيان ظهر اندفاع ما أورده الشيخ على العلماء الأعيان وتبين أن مرمى أنظارهم الراتقة بعيد غوره لا بد فيه من الإمعان فوق الإمعان.

١٣. تحول الصفقة إلى الشفيع

[التسهيل] ولو كان الثمن مؤجلاً منعنا أخذه بمؤجل فأخذ بحال أو صبر إلى أجله لأن الأجل شرط لا يقتضيه العقد فلم يكن رضاه للشاري رضاً للشفيع للتفاوت في الملاءة، وله^١ ومعه هم^٢ أن له الأخذ بما تملك به بصفته كزيف فإن الثمن لو كان زيفاً يأخذه الشفيع بزيف مثله فكذا صفقة الأجل.

فلو أخذ الشفيع بثلث حال من البائع سقط الثمن عن الشاري لفسخ العقد في حق الشاري، ولو أخذه من الشاري كان الثمن للبائع عليه إلى أجله لتقرر العقد بين المشتري والبائع فكأنه باعه بحالٍ وقد شراه بمؤجلٍ.

١ أي زفر.
٢ أي الأئمة الثلاثة.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu durum göstermektedir ki müşterinin, kabz etmesinden sonra mebûin şufa yoluyla ondan alınması, akdin dönmesi sebebiyle değildir. Eğer böyle olmuş olsaydı bu durumda şufadarın, semeni müşteriye değil satıcıya ödemesi gerekirdi. Zira bu durumda taraflar değişmiş ve şufadar müşteri konumuna geçmiş olacaktı.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu ifadeler Şeyh'in birkaç sayfa önce "Kanaatimce evla olan görüş, şufadar akarı satıcıdan almışsa akdin [müşteriden şufadara] döndüğüne hamledilmesi, müşteriden almışsa akdin [müşteride] istikrar kazanmasına hamledilmesidir." sözleriyle dile getirdiği görüşün teyididir. Biz orada da bu ayrımın Zeylaî'nin değerlendirmesinden elde edilmiş olduğunu söylemiştik. Nitekim *et-Tebyîn* adlı eserinde Zeylaî, *el-Kenz* sahibinin sözünü şerh ederken şunları söylemektedir: "Şufadarın görme muhayyerliği vardır. Çünkü şufadarın şufa yoluyla alması, müşterinin akarı teslim almasından sonra ise, müşteriden satın alma olur. Eğer müşterinin teslim almasından önce ise satıcıdan satın alma olur; çünkü bu durumda akit [müşteriden, şufadara] dönmüş olmaktadır."

Bundan açığa çıkmaktadır ki müşterinin aralarında anlaştıkları süreç içerisinde semeni satıcıya vermesinin gerekli olduğu durum, müşterinin akarı satıcıdan satın alıp teslim aldığı ve şufadarın da müşterinin teslim almasından sonra şufa yoluyla ondan alması durumudur. Dolayısıyla daha uygun olan, söz konusu durumda müşterinin satıcıya vereceği semenin gerekli oluşunun, fukahamız indinde sabit olan şu ilkenin bir fer'i olduğunu zikretmektir: "Eğer şufadarın şufa yoluyla alması, müşterinin gayrimenkulü teslim almasından sonraysa bu, müşteriden satın alma olur ve satıcı ile müşteri arasındaki akit takarrur etmiş olur." Bu açık bir durumdur.

14. Şufadarlardan Birinin, Payının Bir Kısmından Vazgeçmesi

[Teshîl] Şufadar olan üç ortaktan biri mebûin tamamını aldıktan sonra diğer bir şufadar gelip onunla mebûin üçte birini ondan kendisi için alma hususunda sulh yapsa sahih olur. Çünkü [yeni gelen ikinci] şufadar hakkının bir kısmından vazgeçerken bir kısmını almıştır ki o da üçte birlik hisse olup malum bir kısımdır. Zira bu durumda şayi olan üçte birini alır ve bu malum olduğu gibi semeni de malumdur. Eğer üçüncü şufadar da gelirse bu durumda ikincisi yani sulh yapan şufadar, on sekiz payın dördünü alır. Diğer iki şufadardan her biri de on sekiz paydan yedisini alır. Çünkü ikinci şufadar üçte birlik paydan vazgeçmiştir. Bu durumda üçte birlik kısım fazla [yani ikinci şufadarın feragat ettiği pay] olmaktadır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: دلّ هذا على أن الأخذ بالشفعة بعد قبض المشتري ليس بطريق تحوّل الصفقة وإلا لكان الثمن يجب للبائع على الشفيع للتحوّل ونزوله منزلة المشتري.

[فاضل أمير] نقول: هذا تأييد منه لما ذكره قبل الأوراق بقوله «ويخطر لي أن الأولى أن يحمل على التحوّل إذا أخذ من البائع الى آخره» وقد قلنا هناك أن هذا التفصيل مما يستفاد من تقرير الزيلعي في التبيين حيث قال في قول صاحب الكنز: وللشفيع خيار الرؤية لأن الأخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض، وإن كان قبله فشراء من البائع لتحوّل الصفقة إليه انتهى.

فظهر منه أن وجوب الثمن للبائع على الشاري إلى أجله لاشرائه المشتري من البائع وقبضه وأخذه الشفيع من المشتري بعد القبض فكان الأنسب أن يذكر وجوب الثمن للبائع على الشاري في هذه الصورة على أنه من فروع أصل ثابت عندهم وهو أن الأخذ بالشفعة إن كان بعد قبض المشتري يكون شراء من المشتري ويتقرر العقد الواقع بين البائع والمشتري كما لا يخفى.

١٤. تسليم أحد الشفعاء بعد حقه

[التسهيل] ولو حضر أحد الشفعاء الثلاثة وأخذ كلّ ثم حضر الآخر فصالح مع الأول على أن يأخذ منه ثلثه صحّ إذ أسقط بعض حقه وأخذ بعضه وهو معلوم وهو الثلث فإنه أخذ ثلثه شائعاً وهو معلوم فكذا ثمنه؛ فلو حضر ثالثهم أخذ الثاني - وهو المصالح - أربعة من ثمانية عشر وكلّ من الآخرين سبعة إذ الثاني سلّم الشفعة في ثلثه لا في ثلثيه لأنه هو الزائد

Ancak ikinci şufadar, şufa hakkında feragat etmeden birinci şufadara bırakmış olduğu paydan ve kendi payı olarak aldığı paydan feragat etmiş değildir. Buna göre ikinci şufadar, sadece fazladan birinci şufadara bırakmış olduğu paydan vazgeçmiş olmaktadır. Dolayısıyla ikinci şufadara-
 5 rın feragat etmiş olduğu bu üçte birlik kısım birinci ve üçüncü şufadar arasında paylaştırılır. İkinci şufadarın feragat etmediği üçte ikilik pay, üçe bölünerek üçü arasında paylaştırılır. Durum böyle olunca birinci şufadarın sulhu için üçte bir ve üçte iki paya ihtiyaç vardır. Üçte birin yarısına da ihtiyaç vardır, çünkü bu pay, birinci şufadar ile üçüncüsü
 10 arasında eşit olarak yer almaktadır ve yarıya bölünür. Yine üçte ikinin üçte biri payına da ihtiyaç duyulur, çünkü bu, üç şufadar arasında eşittir. Buna göre toplam payda on sekiz olmaktadır. Bu on sekizlik paydan, ikinci şufadarın feragat etmiş olduğu altı pay, birinci ve üçüncü şufadar arasında eşit şekilde paylaştırılır, yani her birine üç pay verilir. Kalan on
 15 iki pay her üç şufadar arasında eşit olarak yani dörder pay verilmek suretiyle dağıtılır. Sonuç olarak birinci ve üçüncü şufadar yedişer pay, ikinci şufadar ise dört pay almış olur.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Burada başka bir izah daha olabilir. Şöyle ki, ikinci şufadar geldiğinde feragat etmeksizin mebûin yarısını birinci
 20 şufadara bırakır. Çünkü bu durumda iki kişi olduklarından mebûin aralarında iki yarıya bölünmesi gerekirdi. Dolayısıyla onun feragat ettiği oran, bu yarının üçte biri olmaktadır. Bu yüzden toplamın üçte birinden değil, yarısının üçte birinden feragat etmiş olmaktadır. Bu da on sekiz pay olarak düşündüğümüz zaman üç pay etmektedir. Bu üç pay birinci
 25 ve üçüncü şufadar arasında eşit olarak paylaştırılır, zira ikinci şufadar sadece bu kısımdan feragat etmiştir. Kalan on beş pay ise üçü arasında eşit olarak paylaştırılır. Buna göre sonuç olarak ikinci şufadar beş pay, birinci ve üçüncü şufadar ise altı buçuk pay almış olmaktadır. Küsüratı ortadan kaldırmak istersek otuz altı pay olarak ele alırız ve ikinci şufadara on,
 30 birinci ve üçüncüsüne ise on üçer pay verilir. *et-Teshîl* metninde geçen izaha göre üçüncü şufadar geldiğinde üçte birlik kısmın -tıpkı üçte ikilik kısım gibi- aralarında paylaşılması gerekir; fakat ikinci şufadar [feragat ettiği] üçte birlik kısmı, onlara teslim eder ve bu, diğer iki şufadar arasında eşit olarak paylaştırılır.

فإن مثل ما أخذ الثاني سالمٌ للأول بلا تسليم فلا يظهر أثرُ التسليم في مثل ما أخذ الثاني وإنما يظهرُ فيما زادَ على ذلك وهو الثلثُ فكان ما جرى فيه التسليمُ وهو الثلث بين الآخِرين أي الأولِ والثالثِ نصفين وما لم يجرِ فيه التسليمُ وهو ثلثاه بينهم أثلاثًا فيحتاج إلى ثلثٍ وثلثين لصلح الأولِ ويُحتاج إلى نصفِ ثلثٍ لأنه بين الأولِ والثالثِ سواءً فتتصرف ويحتاج إلى ثلثِ ثلثين ٥ لأنه بين الثلاثة سواء فيخرج من ثمانية عشرَ فالثلثُ الذي جرى فيه التسليمُ وهو ستة بين الأولِ والثالثِ نصفان لكل واحدٍ ثلاثة وبقي اثنا عشر بين الكلِّ أثلاثًا فيكون للثاني أربعةً ولكل واحد من الباقيين سبعةً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يمكن أن يكون هنا وجه آخر وهو أن النصف

١٠ سالمٌ للأول حين حضر الثاني بلا تسليمه إذ المبيعُ بينهما نصفان فلم يسلم الثاني إلا ثلثَ نصفه فما جرى فيه التسليمُ ثلثُ النصف لا ثلثُ الكلِّ فكان ثلثُ النصفِ وهو ثلاثة من ثمانية عشر بين الأولِ والثالثِ نصفين إذ الثاني أبطل حقه في ذلك القدر وما لم يجرِ فيه التسليمُ وهو خمسة عشر بينهم أثلاثًا فكان للثاني خمسةً ولكل واحدٍ من الآخِرين ستةً ونصفٌ فليضعف ١٥ للكسر فيخرجُ من ستةٍ وثلاثين فللثاني عشرةً ولكل واحدٍ من الآخِرين ثلاثة عشرَ ووجه ما في المتن أن الثالث إذا حضر ينبغي أن يكون الثلث بينهم أثلاثًا كالثلثين لكن الثاني سلمَ حظَّه من الثلث فصار الثلث بينهما نصفين.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: On sekiz pay olarak belirlenen meselede bu izaha göre bir kapalılık söz konusudur. Çünkü bu durumda kendisine ihtiyaç duyulan üçte bir, üçte iki ve yarımın üçte biri, küsurat olmaksızın ikiye bölünür. Bu da paydayı on ikiye çıkartır. İkinci şufadarın feragat ettiği yarımın üçte biri, ikiye bölünür ve bunlardan biri, birinci şufadara; diğeri ise ikinci şufadara verilir. Feragat edilmemiş kalan dört pay, kalanın yarısına eklendiğinde toplam on pay olmaktadır. Bu ise üç şufadara küsuratsız olarak eşit şekilde paylaştırılamaz. Bundan dolayı şufadarların sayısı, meselenin aslı (on iki) ile çarpılır ve sonuç olarak otuz altı çıkar. Birinci ve üçüncü şufadar on üç pay, ikinci şufadar ise toplamda on pay almaktadır. Bu tahrîc, kaideye daha uygun ve maslahatlar için daha faydalı olabilir. Bizim yaptığımızı göre ikinci şufadar otuz altı paydan on pay almakta, Şeyh'in yaptığı paya göre ise sekiz¹ pay almaktadır.

15. Âkideynin Muhayyerlik İddiasında Bulunup Şufadarın Bunu İnkâr Etmesi

[Teshîl] Alım satım akdinin tarafları, satıcının muhayyer olduğu konusunda ittifak etseler, şufadar ise bu muhayyerlik hakkını kabul etmese, bu durumda yemin etmeleri hâlinde akdin taraflarının sözü kabul edilir. Çünkü şufadar, satıcı ve müşterinin inkâr ettiği bir hakkı iddia etmektedir. Söz, inkâr edenindir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu ilkeye göre daha önceki bahsin başında geçen “iki safka meselesi”nde de müşterinin sözünün kabul edilmesi gerekirdi. Söz konusu mesele şöyleydi: “Müşteri arazi ve binayı iki ayrı safka ile satın aldığı ve binanın menkul olması ve menkulde de şufanın olmaması gerekçesiyle şufadarın binada şufa hakkı olmadığını söylese bu durumda tek bir akitle satın aldığı iddia eden şufadarın sözü kabul edilir. Çünkü hem şufadar hem de müşteri satım konusunda ittifak etmiş olduğundan şufadarın hakkı sabit olmuştur, dolayısıyla da binada şufa hakkı bâtil olmaz.” Burada şufadar müşterinin inkâr ettiği bir hakkı iddia etmektedir. İnkâr eden olduğu için müşterinin sözünün kabul edilmesi gerektiği hâlde şufadarın sözü kabul edilmişti.

1 Doğrusunun “beş” pay olması gerekir. Ancak elimizdeki her iki nüshada da sekiz olarak geçmektedir. Esasında Fâzıl Emîr'in burada yapmış olduğu şey, Şeyh'e bir cevap vermekten ziyade Şeyh'in paylaşımını küsuratsız olarak çıkarmak için meseleyi bir üst paydada birleştirmekten ibarettir. Ancak Şeyh Bedreddin'in kendisi zaten küsurat çıkmasını diye meselenin paydasını otuz altı olarak verip buna göre de paylaştırmıştı.

[فاضل أمير] نقول: في كون المسألة من ثمانية عشر على هذا التوجيه خفاء لأن الاحتياج الى ثلث وثلثين والى ثلث نصف ينقسم الى اثنين بلا كسر وهو يخرج من اثني عشر فثلث نصفه الذي سلمه اثنان وهو ينقسم على اثنين فواحد منهما للأول والآخر للثالث والأربعة الباقية التي لم يسلمها إذا ضمت الى النصف الباقي يصير المجموع عشرة وهو لا ينقسم على الشفعا الثلاثة من غير كسر فيضرب عدد رؤوسهم في أصل المسألة فيصير ستة وثلثين ويضرب ما في يد الأول وهو أربعة وثلث في المضروب يعني الثلاثة فيصير ثلاثة عشر وكذلك ما في يد الثالث وما في يد الثاني وهو ثلاثة وثلث يضرب في الثلاثة فيصير عشرة وصار المجموع ستة وثلثين ولعل أن هذا التخريج يكون أوفق بالقاعدة وأنفع للمصالح حيث كان له عشرة من ستة وثلثين على ما قلنا وثمانية منها على ما قاله الشيخ.

١٥. دعوى العاقدين بالخيار وإنكاره الشفيع

[التسهيل] ولو اتفق المتبايعان على خيار البائع وأنكر الشفيع صدقاً مع اليمين إذ الشفيع يدعي حقاً يُنكرانه والقول للمنكر.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا الأصل ينبغي أن يكون القول للمشتري في مسألة الصفقتين حيث قال في أول الفصل المتقدم على هذه التكملة: ولو قال: «شريتُ البناء والأرض في صفقتين الخ»^١ فإن الشفيع يدعي حقاً يُنكره المشتري فينبغي أن يُصدّق مع أن القول للشفيع ثمة كما مرّ.

١ لو قال: شريتُ البناء والأرض في صفقتين فلا حقّ لك في البناء لأنه منقول ولا شفعة في المنقول فُبل قول الشفيع صفقةً لثبوت حقه باتفاقهما على الشراء فلا يبطل في البناء.

Yine derim ki: Denirse ki: Burada geçenler, aşağıda şirket bölümünden hemen önce gelecek olan “Akdin her iki tarafı telcie, muhayyerlik ve fesih konusunda birbirlerini doğrulasa bu ittifakları kabul edilmeyip şufa hakkı sabit olur.” ifadelerine aykırıdır. Buna şöyle cevap verilebilir: Muhtemelen
5 ya bu meselede iki rivâyet var ya da bu, Ebû Yûsuf’tan rivâyet edilen diğer bir görüştür. Nitekim burada da -[akdin kesinlik ifade ettiğini iddia etmesi ve] kesinliğin asıl olması gerekçesiyle- sözün şufadara ait olduğuna dair Ebû Yûsuf’tan bir rivâyet bulunmaktadır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh’ten gelen bu itiraz metinde geçen “Çünkü şufadar, satıcı ve müşterinin inkâr ettiği bir hakkı iddia etmektedir.” sözüne
10 nazarandır. Şeyh’in itirazının yönü zahirdir, fakat durum onun tahayyül ettiği gibi değildir. Zira *el-Bedâi*’de ‘iki safka’ meselesinde sözün şufadara ait olmasının gerekçesi şöyle izah edilmektedir: “Çünkü birbirine bitişik olan arsa ve üzerindeki evin ayrı iki akitle satıldığını söylemek âdete uygun değildir.
15 dir. Aksine âdet olan, arsa ve evin tek bir akitle satılmış olmasıdır. Bu yüzden zahir durum şufadarı desteklemektedir ve onun sözü esas alınır.” Buradan ortaya çıkmaktadır ki, iki safka meselesinde şufadara sözünün esas alınması zahir olana tutunulması sebebiyledir. Daha önce de Osmanlı Devleti -Allah onların hilafetini kıyamete kadar daim eylesin- âlimlerinden birinin¹ şöyle
20 dediği geçmişti: “Eğer usûl ve fîrû’ eserlerini araştırır ve meseleleri fasıl ve bab olarak tek tek gözden geçirirsen şufadara sözünü yeminle beraber kabul eden herkesin zahir duruma tutunduğunu, şufadara beyyine getirmesini gerekli görenlerin ise zahir durumun aksine tutunduğunu anlarsın.”

Bu anlatılanlardan ‘iki safka’ meselesi ile Şeyh’in kıyaslamış olduğu ‘ak-
25 din her iki tarafının muhayyerlik konusunu ittifakla kabul edip şufadara bunu inkâr etmesi’ meselesi arasındaki fark ortaya çıkmış olmaktadır. Çünkü şufadar, [iki safka meselesinin aksine] bu meselede zâhir duruma tutunmamaktadır. Çünkü nasıl ki akitlerin kesin olması âdet ise aynı şekilde muhayyerlik şartıyla satım da âdet ve galip bir durumdur. İki mesele arasındaki farkın şu olduğu da söylenebilir: İki safka meselesinde müşteri, satılan
30 arazide şufa hakkının sabit olduğunu ikrar etmekte, ancak bunun satılan malın hepsinde değil, sadece bir kısmında olduğunu iddia etmektedir. Dolayısıyla müşteri orada bir konuda -ki bu safkanın bölündüğüdür- davacıdır.

1 Hâmişte bu kişinin Ahîzade olduğu kaydı yer almaktadır.

وأقول: فإن قيل هذا يخالف ما سيجيء قُبيل كتاب الشركة بأسطر: من أنهما إذا تصادقا على تلجئة أو خيار وفسخ لم يصدقا فيشفع، أقول يحتمل أن يكون في المسألة روايتان أو يكون ذلك على رواية عن أبي يوسف كما روي عن أبي يوسف هنا أن القول للشفيع لأصالة البت.

٥ [فاضل أمير] نقول: هذا الاعتراض منه بالنظر إلى قوله في المتن «إذ الشفيع يدعي حقا ينكرانه» ووجه الورود ظاهر ولكن ليس الأمر كما تخيله إذ قال في البدائع في تعليل كون القول للشفيع في مسألة الصفقتين لأن أفراد كل واحد منهما بالصفقة حالة الاتصال ليس بمعتاد بل العادة بيعهما صفقة واحدة فكان الظاهر شاهدا للشفيع فكان القول قوله انتهى. فظهر منه أن كون القول للشفيع في مسألة الصفقتين لكونه متمسكاً بما هو الظاهر وقد عرفت فيما تقدم ما قاله ١٠ بعض الموالي الكرام من علماء الدولة العثمانية - خلد الله خلافتهم إلى يوم القيام - من أنك لو تتبعت هذا الفن فرعاً وأصلاً وتصفححت المسائل باباً وفصلاً لأطلعت على أن كل من جعل القول قوله يمينه متمسكاً بما هو الظاهر ومن أوجبوا عليه البينة متشبّث بخلافه انتهى.

١٥ فحصل به ما هو الفرق بين هذه المسألة وبين ما قاسه الشيخ عليها من مسألة اتفاق المتبايعين على الخيار وإنكار الشفيع الخيار لأن في هذه المسألة ليس الشفيع متمسكاً بما هو الظاهر إذ البتُّ كما كان معتاداً في البياعات فكذلك شرط الخيار معتاد وغالب فيها، ولا يبعد أن يقال في الفرق بين المسألتين أن في مسألة الصفقتين أقرّ المشتري بثبوت الشفعة في الدار المبيعة وادعى ثبوتها في بعض مشتراه لا في البعض فكان المشتري فيها مدعي أمر وهو تفرّق الصفقة ٢٠

Bu yüzden Hz. Peygamber'in "Beyyine davacıya gerekir." sözünün gereği olarak müşterinin bu iddiasına dair beyyine getirmesi gerekir. Ancak muhayyerlik meselesinde müşteri şufanın sabit olduğunu kabul etmemekte, hatta şufadar şufa hakkının sabit olduğunu iddia ederken müşteri baştan itibaren bunu inkâr etmektedir. Dolayısıyla [Şeyh'in aynı zannettiği] iki mesele birbirinden farklıdır, bu yüzden hükümleri de farklıdır.

16. Semenın Kusurlu Çıkması Durumunda Şufadar, Akarı Ne Karşılığında Alır?

[Teshîl] Bir kimse bir akarı köle mukabilinde satsa, fakat karşılıklı kabz henüz gerçekleşmeden satıcı, kölenin tek gözünün kör olduğunu anlayıp köleyi iade etse veya o hâliyle razı olsa; bu durumda şufadar akarı kölenin sağlam hâli mukabilinde alır. Çünkü şufadarın, akit ne mukabilinde yapıldıysa onun misliyle alma hakkı vardır. Akit kölenin sağlam hâli esas alınarak yapılmıştır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: "Satıcının kölenin kör hâline razı olması durumunda şufadarın kölenin kör hâlindeki kıymetini ödemesi gerekir. Çünkü bu, semende yapılan bir indirim gibidir." şeklindeki itiraza şöyle cevap verilebilir: İndirim ancak miktarda olabilir, oysa "körlük" bir vasıftır ve vasfın, semenden bir karşılığı olmadığı için satıcının buna razı olması semende indirim yaptığı anlamına gelmez.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh "Karşılıklı kabzın gerçekleşmemiş olması" kaydının faydasına değinmemiştir. Ben başvurmakla müşerref olduğum kaynakların hiçbirinde bu kaydın faydasını açıkça veya işaretle değinen birine rastlamadım. Kanaatimce şufadarın, akarı şufa yoluyla alması eğer müşterinin, akarı; satıcının da kör olan köleyi kabzetmesinden sonraysa bu durumda şufadar akarı, müşteriden kölenin kör hâlindeki kıymeti karşılığında alır. Çünkü daha önce de anlatıldığı üzere, karşılıklı teslimden önce şufadar akarı aldığı zaman, akit şufadara döndüğü için, şufadar akarı satıcıdan almış olur. Dolayısıyla bu durumda şufadar bu akarı, daha önce satıcı ile müşteri arasında yapılan akitle, satıcıdan alan müşteri konumunda olur. Buna göre satıcı, sağlam bir köle karşılığında akit yaptığında şufadarın satıcıya sağlam kölenin kıymetini ödemesi gerekir. Satıcının, müşteriden kör köleyi almaya razı olması, şufadarın kör kölenin kıymetini vermesinin câiz olmasını gerektirmez. Çünkü satıcının kör köleyi almasında kendisi için bir amaç söz konusu olabilir, kölenin kendisine ulaşmak imkânsız olunca bu amaç da ortadan kalkmakta ve dolayısıyla da amacın üzerine terettüp ettiği şey de -ki bu nâkıs olanı almaktır- ortadan kalkmış olmaktadır.

فلزمه إقامة البينة على ما ادعاه على ما اقتضاه قوله الكريم ﷺ «البينة للمدعي»
وأما في مسألة دعوى الخيار فلم يقرّ المشتري بثبوت الشفعة بل يدعي الشفيع
ثبوتها والمشتري ينفيه وينكره من أول الأمر فافترقنا فافترق حكمهما.

١٦. بمقابلة أي شيء يأخذ الشفيع عند ظهور الثمن معيياً؟

- ٥ [التسهيل] ولو باعه بقرنٍ ولم يتقابض فوجده أعورَ فردّ أو رضي أخذَ بقيمته
سليماً إذ له الأخذُ بمثل ما عقد عليه وقد عقد على السليم.
- [الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: ينبغي أن يكون له الأخذ بقيمته أعور
في صورة الرضا لأنه كحطّ عن الثمن. أقول: يمكن أن يجاب بأن الحطّ
يظهر في المقدار والعورُ وصفٌ فلا يكون له قسط من الثمن فلا يكون الرضا
١٠ كحطّ الثمن.
- [فاضل أمير] نقول: لم يتعرض لفائدة قيد «عدم التقابض» ولم أظفر في
كلام من تشرفت بمطالعة كتابه بفائدة هذا القيد لا بالتصريح ولا بالإشارة
وأظنّ أن الأخذ بالشفعة إذا كان بعد قبض المشتري العقارَ والبائع العبدَ
الأعورَ يأخذها الشفيع من المشتري بقيمة العبد الأعور لأنّ أخذ الشفيع إذا
١٥ كان قبل التقابض يأخذها الشفيع من البائع بتحوّل الصفقة إلى الشفيع كما
سبق فكان الشفيع مشترياً من البائع بالعقد الذي جرى بين البائع والمشتري؛
وبالبيع إذا عقد عقد على قن سالم فلزم على الشفيع أن يدفع البائع قيمة
القن السالم ولا يلزم من رضاء البائع على أن يأخذ من المشتري القن الأعور
جواز أن يدفعه الشفيع قيمة هذا القن الأعور إذ يجوز أن يكون للبائع غرض
٢٠ في عين هذا الأعور فإذا لم ينل إلى نفس هذا القن الأعور فات الغرض
وفات ما ترتّب عليه وهو أخذ الناقص.

Karşılıklı kabızdan sonra şuf'a yoluyla alınması durumunda şuf'adar, müşterinin müşterisi olmaktadır. Zira daha önce de geçtiği üzere kabızdan sonra şuf'a yoluyla akarı almak, müşteriden satın almaktır. Müşteriden almak, ondan bir satın alma olduğuna göre şuf'adarın müşteriden alması-
 5 nın, müşteri satıcıdan neyin karşılığında almışsa ona göre olması gerekir. Müşteri akarı satıcıdan kör bir köle karşılığında almış olduğundan, bu akar ona o köleye mâl olmuş anlamına gelir. Dolayısıyla şuf'adar da müşteriye mâl olan kölenin kıymetini verir. Şuf'anın tanımında söylenenler de buna delâlet etmektedir. Şöyle ki, daha önce de açıklandığı üzere birçok muteber
 10 kitapta şuf'a "Gayrimenkulü, müşteriye mal olan fiyat üzerinden cebren temellük etmektir." şeklinde tarif edilmiştir. Allâme *el-Îzâh* adlı eserinde şöyle demektedir: "*el-Muhît* adlı eserde şöyle geçmektedir: Şuf'a vâcip olduğunda [müşterinin ödemiş olduğu] semen, eğer mislî ise mislinin verilmesi gerekir; köle ve elbise gibi mislî olmayan bir mal ise bu durumda
 15 onun kıymetinin verilmesi gerekir." Muvaffak olduğumuz bu çıkarımı, [*et-Teshîl*'de] daha sonra gelecek olan şu ifadeler de desteklemektedir: "İlkeye göre şufa kabızdan sonra olursa mebîdeki aybın, semenden bir payı vardır, ancak kabızdan önce olursa bir payı yoktur..." Bunu anla ve ileride zikredeceğimiz "Mezhebimize göre mebîde olması gereken ve olmadığı or-
 20 taya çıkan vasfın, ancak kabızdan sonra semenden bir payı vardır." şeklindeki ifadeleri de incele!

17. Satın Alınan Malın Kusurlu Çıkması Durumunda Müşterinin Hakları

[*Teshîl*] İlkeye göre mebîdeki aybın semende payı, kabızdan sonra var-
 25 dır; kabızdan önce ise yoktur. Çünkü vasfın semenden bir payının olması, ancak mebîn özellikle bu vasıf için alınmış olması durumunda söz konusu olur. Bu da ancak kabızdan sonra olur. Zira satıcı mebî ayıp ve kusurdan salim olarak satmıştır, ama ayıplı olarak teslim ederse malın ayıpsız olma vasfı elde edilmemiş olur. Bu durumda vasıf, elde edilmesi istenen bir mak-
 30 sat hâline gelir ve dolayısıyla vasfın semenden bir payı olur.

وأما إذا أخذه بعد التقابض يكون مشترياً من المشتري كما سبق أن الأخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض فلما كان الأخذ من المشتري شراء منه لزم أن يأخذه الشفيع من المشتري بما شراه من البائع وهو شراه منه بقن أعور بمعنى أنه قام عليه بهذا القن فيدفع الشفيع إلى المشتري قيمة ما قام به المبيع على المشتري. ويدل على هذا البيان ما قيل في تعريف الشفعة «تملك العقار جبراً على المشتري بما قام عليه» كما عرفت به في أكثر المتون المعتمدة؛ وقال العلامة في الإيضاح: قال في المحيط وإذا أوجبت الشفعة فإن كان الثمن من ذوات الأمثال وجبت بمثله وإن لم يكن منها كالعبد والثوب وجبت بقيمته انتهى. ومما يؤيد ما وقفنا بتخرجه ما سيأتي من قوله: والأصل أنه إنما يأخذ العيب حظاً من الثمن بعد القبض لا قبله إلى آخره. فافهم وانظر فيما سنذكره من أن المذهب أن يكون للوصف الفئات حصّة من الثمن بعد القبض المبيع.

١٧. حق المشتري عند ظهور العيب في المبيع

[التسهيل] والأصل أنه إنما يأخذ العيب حظاً من الثمن بعد القبض لا قبله لأن الوصف لا يأخذ حظاً من الثمن إلا إذا قصد بالتناول وذلك بعد القبض لأنه باع سليماً فإذا سلّمه معيياً أمسك وصف السلامة فصار الوصف مقصوداً بالتناول فأخذ حصته من الثمن.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu durum alım satım bölümünün ayıp faslının başındaki meseleyle çalışmaktadır. Orada şöyle geçmişti: “Müşteri mebûde bir ayıp bulsa mebûi elinde tutarak bu aybın semenden payını almak için satıcıya rüçû’ edemez. Çünkü vasfın semenden bir payı yoktur...” Çelişki şu noktadadır: Ayıp faslında geçenler, müşteri mebûi kabzetmiş olsa bile aybın semenden bir hissesinin olmamasını gerektirmektedir; öyle ki fakihler müşterinin mebûdeki eksikliği telafi için satıcıya rüçû edememesini buna dayandırmaktadırlar. Ancak burada ise mebû kabz edildikten sonra vasfın semenden bir payı olacağı belirtilmektedir. Bu iki durum tezat teşkil etmektedir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Daha önceki meseleden de anlaşılmış olacağı üzere bu konudaki doğru görüş, mezhebe göre, eksik vasfın, ancak kabzdan sonra semenden bir payı olacağı şeklindedir. Fakat müşteri için ayıplı malı geri verme imkânının tanındığı durumda müşteriye ayıplı malı alıp, ayıptan kaynaklanan eksikliği almak üzere satıcıya rüçû hakkı tanınmamıştır. Aksine şer’ her iki tarafı da dikkate alarak, müşteriye şu muhayyerliği tanımıştır: Dilerse ayıplı malı geri verir, dilerse eksikliğine razı olarak ayıplı malı kabul eder. Buradan ortaya çıkmaktadır ki, âlimlerimiz vasf eksikliğinden doğan fiyat farkını almak için müşterinin satıcıya rüçû etmesine imkân tanımaması, söz konusu eksik vasfın semenden bir payı olmamasına dayanmamaktadır. Aksine bu, her iki tarafı en iyi şekilde gözetleyerek aralarındaki sorunu çözmek içindir. Bu yol da yukarıda anlatıldığı üzere müşteriye tanınan muhayyerliklerdir. Nitekim malın müşteri tarafından başka bir ayıp ile ayıplanması gibi, satıcının hakkı sebebiyle veyahut müşterinin almış olduğu kumaşı dikmesi gibi şer’in hakkı sebebiyle taraflar arasındaki çözümün mümkün olmaması ve ayıplı malı iade etmenin imkânsız olması hâlinde fukahamız “Mebûin kabzından sonra eksik vasfın semenden payı vardır.” ilkesinin gereğine göre hareket etmiş ve müşteriye eksik vasfın noksanlığını almak üzere satıcıya rüçû hakkı tanımıştır. Nitekim daha önceki fasılda bunlar geçmişti. Böylece aradaki çelişki de giderilmiş oldu.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا ينافي ما تقدّم في أوّل فصل العيب من البيوع من «أنّ المشتري لو وجد عيبًا بالمبيع ليس له أن يُمسك المبيع ويرجع بنقصانه إذ الوصف لا يقابله شيء من الثمن إلخ» ووجه المنافاة أن ما ذكر ثمة يقتضي أن لا يكون حصّةً من الثمن وإن كان المشتري قبض المبيع حتى بنوا عليه عدم الرجوع بالنقصان وما ذكر هنا يقتضي أن يكون له حصّةً من الثمن بعد قبض المبيع وبينهما منافاة.

[فاضل أمير] نقول: قد عرفت ما هو الحقّ في الباب في الفصل المذكور من أن المذهب أن يكون للوصف الفئات حصّة من الثمن بعد قبض المبيع ولكن متى أمكن رد المبيع المعيب لم يتعين للمشتري إمساك المعيب والرجوع بالنقصان بل جعل الشرع له الخيار بين أن يرده وبين أن يمسه من غير أن يرجع بنقصانه للنظر إلى الطرفين فظهر منه أن قولهم بعدم الرجوع بالنقصان ليس مبنيًا على أن لا يكون للوصف الفئات حظّ من الثمن بل هو للفصل بين المتبايعين بطريق يكون أنظر لهما وهو أن يختير المشتري كما سبق ألا يرى أنه إذا امتنع هذا الفصل واستحال رد المشتري المبيع الذي وجد عيبًا فيه إما لحقّ البائع بالتعيب بعيب آخر عند المشتري أو لحقّ الشرع كما بالخياطة عملوا بمقتضى قولهم إن للوصف الفئات حظًا من الثمن بعد قبض المبيع وأوجبوا الرجوع بنقصان الوصف الفئات كما تقدم في الفصل المذكور وبهذا اندفعت المنافاة.

Hüküm, “Mebûin geri verilmesi imkânsız olmadıkça eksik vasıf karşılığında bir şey alınmaz.” şeklinde olunca, nasıl olur da bu ilkeye dayandırılan “Ayıp için sulh yapılır ve müşteri, eksik vasfa karşılık olarak evi alır.” meselesinde “Sulh ancak ayıplı malın satıcıya geri verilmesi imkânsız olduğunda 5 sahih olur.” şeklinde bir ifade yer almadığı senin zihnine takılmasın. Çünkü ayıplı mal için sulh yapılması için ayıplı malın geri verilmesinin imkânsız olmasına ihtiyaç yoktur. Nitekim *el-Bezzâziyye*'de şöyle ifade edilmektedir: “Bir kimse almış olduğu malda bir kusur görse, bunun üzerine mebûinin müşteride kalması ve satıcının bu kusura karşılık bir şeyler ödemesi üzerine sulh 10 yapılırsa bu sulh câizdir.” Belki de fukahamızın ayıplı malın geri verilmesinin imkânsız olup olmamasına bakmaksızın ayıptan dolayı sulhu câiz görmelerinin izahı şöyledir: “Müşterinin mebûi geri vermesi mümteni olmadıkça eksik vasıf karşılığında semenden bir şey alamaz.” şeklindeki sözlerinden kasıt, müşterinin satıcıdan zorla bunu almasını engellemektir. Ama eğer eksik 15 vasıf karşılığında satıcı kendi rızasıyla müşteriye bir ödeme yaparsa bunun câiz olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Bu durumda ister ayıplı malı geri vermenin imkânsız olmasından sonra olsun ister olmasın fark etmez.

18. Sulh Bedeli Olarak Alınan Akarın İade Edilmesi Durumunda Şuf'a Hakkı

[**Teshîl**] [Bir kimse, davacısıyla -başkasının şuf'a hakkı bulunan- bir ev karşılığında sulh yapsa] Sulh bedeli olan ev, şuf'adarın şuf'a hakkını kullanmasından önce bir ayıp sebebiyle iade edilse ve bu iade mahkeme kararıyla olsa şuf'a bâtil olur. Zira artık sulhun bir etkisi kalmamıştır. Müşteri ayıp konusunda hüccetine geri dönmüştür.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Anlatılanlardan ortaya çıktığına göre bu sulh, malî bir konuda bir mal karşılığında yapılmış (sulh bi-mâl 'an-mâl) olduğu için alım satım hükmündedir. Nitekim sulh bölümünde belirtildiği gibi mala karşılık maldan yapılan sulh, alım satım olarak itibara alınır. Buna göre mahkeme kararıyla bir ayıptan dolayı evin iadesi durumunda şuf'adar sulhtan sonra hakkından vazgeçmediği takdirde şuf'anın bâtil olmaması gerekir. Nasıl ki müşteri, aldığı malı ayıp sebebiyle mahkeme kararıyla iade ettiğinde, satımdan sonra şuf'adar vazgeçmediği takdirde şuf'a bâtil olmuyorsa benzer şekilde burada da şuf'anın bâtil olmaması gerekir. Mahkeme kararıyla yapılan iade, herkes açısından bir fesih olsa da bu fesihin etkisi, şuf'ada açığa çıkmaz. Nitekim [alım satım bölümünde geçtiği üzere] feshin sonucu istibrâ hakkında da açığa çıkmamaktadır.

ثم لا يختلج في قلبك أنه إذا كان الحكم أن لا يؤخذ شيء بمقابلة الوصف الفائت ما لم يمتنع الرد فكيف جاز في المسألة المفرعة على هذا الأصل أن يصلح عن العيب ويأخذ المشتري الدار بدلاً عن الوصف الفائت من غير أن يبين أن هذا الصلح إنما صح فيما امتنع رد المعيب إذ لا حاجة في صحة الصلح عن العيب إلى أن يكون الرد ممتنعاً حيث قال في البزازية وجد بالمبيع عيباً فاصطلحا على أن يدفع البائع شيئاً والمبيع للمشتري جاز. انتهى ولعل أن وجه تجويزهم الصلح عن العيب من غير أن ينظر إلى امتناع الرد وعدم امتناعه هو أن المراد من قولهم «لا يأخذ المشتري شيئاً بمقابلة الوصف الفائت ما لم يمتنع الرد» نفي الأخذ الجبري وأما إذا كان دفع البائع شيئاً بمقابلة الوصف الفائت برضاه فلا تردد في جوازه سواء كان بعد امتناع رد المعيب أو لا.

١٨. حق الشفعة عند رد العقار وهو بدل الصلح

[التسهيل] فلو ردّ الدار وهو بدل الصلح بعيب بحكم قبل أخذه بشفعة بطلت شفعتُهُ إذ لم يبقَ للصلح أثرٌ وعاد المشتري على حجته في العيب.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: هذا صلح بمال عن مال على ما تقرّر فيكون حكم هذا الصلح حكم البيع على ما عُرف في كتاب الصلح من أنّ الصلح بمال عن مال يُعتبر بيعاً، فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل الشفعة برّد الدار بعيب بحكم إذا لم يسلم الشفعة بعد الصلح، كما أن المشتري إذا ردّ المبيع بعيب بحكم لا تبطل الشفعة لو لم يسلمها بعد البيع كما مرّ والرد بحكم وإن كان فسحاً من كل وجه لكنه لا يظهر في حقّ الشفعة كما لا يظهر في حقّ الاستبراء.

٢٠

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh, bütün sulh çeşitlerini kapsayacak genel ifadeler kullanmıştır. Oysa fukahamızın bu konudaki yerleşik ilkesinden anlaşıldığına göre sükût ve inkâra dayalı sulhta böyle bir itiraz dile getirilemez. Şöyle ki, davalının sükûtu veya inkârıyla davacı, bir ev karşılığında bir sulh yapsa; bu durumda şuf'a sadece davacının zannına göre vâcip olur, davalının zannına göre ise vâcip olmaz. Nitekim sulh bölümünde bu konu beyan edilmişti. Bu meselemizde, ev davalıya (satıcı) verildikten sonra bunun şuf'a yoluyla elinden alınması münâsip olmaz, zira davalının zannına göre şuf'a sabit olmamıştır.

İkrara dayalı sulh konusuna geline bunun için şu söylenebilir: Fukahamız ücret, mehir, muhâlea bedeli veya kasden öldürmede sulh bedeli olarak verilen gayrimenkulde şuf'a hakkının vâcip olmayacağı ile ilgili şunu demiştir: Şuf'a ancak mutlak olarak bir malın bir mal karşılığında değişimi durumunda söz konusu olur. Oysa yukarıda söz konusu bedeller karşılığında elde edilen şeyler, gerçek anlamda mal değildir, sadece Şâri' öneminden ya da zaruretten dolayı bunları "mal ile tazmin edilebilen şeyler" kapsamında kabul etmiştir. Dolayısıyla da bu hüküm başka bir alana taşırılamaz. Ayrıca şuf'anın sübutu konusunda bir zaruret de söz konusu değildir. Bu, fukahamızın söylediklerinin özetidir.

"Sağlamlık vasfının olmayışı"nın [yani aybın] da mutlak anlamda bir mal olmadığı açık bir husustur. Tıpkı yukarıda zikredilen [ücret, mehir, muhâlea] şekillerde gayrimenkulün kendisi karşılığında verildiği şeylerin mal olmaması gibi. Ayrıca kişi şuf'aya, ancak müşterinin hem sûreten hem ma'nen malik olduğu veya -kiyemî bir mal karşılığında almasında olduğu gibi- sadece ma'nen malik olduğu şey karşılığında malik olabilir. Nasıl ki müşteri [yukarıda zikredilen] mal olmayan ivazlarla gayrimenkule malik olduğunda şuf'adar, şuf'a hakkıyla bu gayrimenkülü alamıyorsa, aynı şekilde "sağlamlık" vasfının eksik olması sebebiyle malik olduğu gayrimenkulde de şuf'a hakkı sabit olmamaktadır. Buradan sabit olmaktadır ki, kabzdan sonra aybın semendeki payı karşılığında bir gayrimenkul üzerine sulh yapılması durumunda şuf'anın sabit olması kıyasa aykırı olarak istihsânen verilmiş bir hükümdür. Nitekim bunu Şeyh de ifade etmektedir. Gayrimenkul, musâlihînin mülkiyetine intikal ettiği zamanda, şuf'adar burayı almamış ve gayrimenkul her açıdan fesih sayılan mahkeme kararıyla eski sahibine dönmüşse artık [istihsâna göre değil] kıyasın gereğine göre amel edilir ve eski sahibinin mülkiyetine dönen gayrimenkulde şuf'a hakkı söz konusu olmaz.

[فاضل أميراً] نقول: أطلق الكلام في مطلق الصلح ولا يرُدُّ في الصلح عن سكوت أو إنكار على ما يستفاد من أصلهم المقرّر وهو أن المدعي إذا صالح على دار مع سكوت المدعى عليه أو إنكاره إنما تجب الشفعة فيها على زعم المدعي لا على زعم المدعى عليه كما بين في كتاب الصلح ففي مسألتنا هذه بعد ردّ الدار إلى المدعى عليه لا يناسب أخذها بالشفعة من يده إذ لم تثبت الشفعة فيها على زعمه.

بقي الكلام فيما كان الصلح عن إقرار فيمكن أن يقال فيه: إنهم قد قالوا في عدم وجوب الشفعة في دار جعلت أجرّة أو مهراً أو بدل خلع أو بدل صلح عن دم عمد: إن الشفعة إنما وجبت فيما كان معاوضة مال بمال مطلق وما يستحق به هذه الأبدال ليست بأموال حقيقة غير أن الشارع جعلها مضمونة بالمال إما للخطر أو للضرورة فلا تتعدى موضعها ولا ضرورة في حق ثبوت الشفعة، هذا خلاصة ما قالوا.

فلا يذهب عليك أن وصف السلامة المعبر عنه بالفائت ليس بمال مطلق كالتى جعلت الدار بدلاً عنها في الصورة المذكورة وأن التملك بالشفعة لا يكون إلا بما تملك به المشتري صورة ومعنى أو معنى فقط كما إذا أخذه المشتري بالقيمي فكما لا يمكن ذلك التملك للشفيع إذا تملك المشتري العقار بهذه الأبدال فكذلك إذا كان التملك بالفائت فثبت أن الأخذ بالشفعة فيما وقع الصلح عن عيب على دار بعد قبض المبيع بحظ العيب من الثمن إنما كان بالاستحسان مخالفاً للقياس كما قال به الشيخ فلما لم يأخذها الشفيع عند انتقال الدار إلى ملك المصالح وردّت إلى مالكة القديم بالحكم الذي جعل فسحاً من كل وجه عومل بمقتضى القياس ولم يجعل فيها الشفعة أي في الدار التي عادت إلى ملك مالكة القديم.

19. Müşterinin Semende Artış Yaptığı Gayrimenkulün Şufadara Verilmesi hâlinde Bu Artışı Geri Alması

[**Teshîl**] Bir kimse bin dirhem karşılığı bir ev satın alsa sonra da semende artış yapsa veya söz konusu bu ev dava konusu olsa ve müşteri de inkâra dayalı olarak davacıyla [bir bedel karşılığında] sulh yapsa ve ardından şufadar evi mahkeme kararıyla bin dirheme alsın; bu durumda müşteri, semendeki artış kısmını almak üzere satıcıya, sulh bedelini almak üzere davacıya rücû eder. Çünkü şufadar, sulhtan ve semenin artışından önce sabit olan bedel (bin dirhem) karşılığında gayrimenkule hak kazanmıştır. Bu ise sulh ve artışın asıldan bâtil olmasını gerektirmiştir. Zira ilke, bir maksat için yapılan tasarrufun, o maksadın bâtil olmasıyla bâtil olmasıdır. Müşteri gerek sulh bedeli ödemeyi gerekse fiyatta artışı ancak evin kendisine teslim edilmesi için yapmıştır. Teslim alamadığına göre verdiklerini almak üzere rücû' eder. Ancak müşteri, mahkeme kararı olmadan evi şufadara teslim etmişse; bu durumda artış yaptığı durum için satıcıya rücû etme hakkı olsa da sulh bedeli için davacıya rücû etme hakkı yoktur. Bunun sebebi şudur: Semen artırılması durumunda satıcı, şufa hakkını ikrar etmiştir ve şufa hakkı müşterinin hakkından önceliklidir. Satıcı, "Evi müşteriye teslim etmesem müşteri bana evin bedeli olan artışlı miktarı ödemeyecektir." zannındadır. Ancak sulh meselesinde davacı şufadarın hakkını ikrar etmemektedir. Davacının zannına göre müşteri evi kendi isteği ile teslim etmiştir. Bu yüzden bu, davacı hakkında yeni bir satım akdi gibi olacağından sulhun butlanında etkili olmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu ilkenin muktezasına göre bu durumun satıcı hakkında da yeni bir satım akdi olarak değerlendirilmesi gerekir. Çünkü ilkeye göre mahkeme kararı olmadan rıza ile iade, üçüncü kişiler hakkında yeni bir satım akdi olarak değerlendirilir. Burada da satıcı üçüncü kişi durumundadır ve onun hakkında da yeni bir satım akdi olur. Dolayısıyla müşterinin artış yaptığı durumda müşterinin satıcıya rücû edememesi gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Burada müşterinin rızasının sahil bir rıza olmadığını söylemek mümkündür. Aksine müşterinin, durum mahkemeye intikal ettirildiğinde hâkimin kendi aleyhine hüküm vererek gayrimenkulü şufadara vereceğini bilmesi bunu ona mecbur etmiştir. Bu yüzden boşu boşuna kendini yormak yerine hâkimin yapacağı işi bizzat kendisi yapmıştır. Dolayısıyla bu mesele, söz konusu ilkenin [yani "mahkeme kararı olmadan rıza ile iade, üçüncü kişiler hakkında yeni bir satım akdi olarak değerlendirilir" ilkesinin] bir fer'i değildir.

١٩ . تزييد المشتري في الثمن ورجوع المشتري إلى الزيادة عند أخذ الشفيع

الدار

[التسهيل] فلو شرى دارًا بألف فزاد المشتري في الثمن أو ادّعت الدار فصالح

المشتري بإنكار فأخذها الشفيع بألف بحكم رجع المشتري على البائع بالزيادة

و على المدعي ببدل الصلح لأن الشفيع استحقّها بحق سابق على الصلح وعلى

الزيادة فأوجب بطلان الصلح والزيادة من الأصل ولأن الأصل من باشر التصرف

لغرض يبطل يبطلان الغرض والمشتري إنما دفع بدل الصلح أو زاد في الثمن

لتسلم له الدار فإذا لم تسلم يرجع بما دفع. ولو سلم المشتري الدار إلى الشفيع

بغير قضاء ففي الزيادة يرجع على البائع وفي بدل الصلح لا يرجع على المدعي

لإقرار البائع بحق الشفعة وهو حق سابق على حق المشتري فكان في زعم البائع

أنه لما لم يسلم له الدار لم يسلم له الزيادة التي هي بدل الدار وأما المدعي

فغير مقرّ بحق الشفيع وفي زعمه أن المشتري إنما سلم الدار إليه باختياره فصار

ذلك كبيع جديد في حق المدعي فلا يظهر في بطلان الصلح.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون كبيع جديد في حق البائع أيضًا على

ما هو مقتضى الأصل إذ الأصل: أن الدفع بالرضا بدون القضاء كبيع جديد في

حق الثالث والبائع ثالثهما فيكون بيعًا في حقه فلا يرجع عليه بالزيادة.

[فاضل أمير] نقول: يمكن أن يقال إن هذا الرضاء ليس برضاء صحيح بل

علم المشتري بأنه لو رفع الأمر إلى القاضي يحكم عليه بالتسليم إلى الشفيع

ألجأه إليه ففعل عين ما يفعله القاضي لئلا يتعب نفسه فيما لا طائل تحته فلم

تكن المسألة من فروع ذلك الأصل.

٥

١٠

١٥

٢٠

Bu ilimle biraz uğraşmış olanlar bilir ki, aleyhinde şuf'a sabit olan kişinin zannının, şuf'anın sübutu üzerinde etkisi vardır. Müşterinin semeni artırması meselesinde satıcı, şuf'a hakkını ikrar edince ve satıcının düşüncesi gayrimenkulü müşteriye vermedikçe müşterinin kendisine artışı miktarı vermeyeceği yönünde olunca, şuf'a hakkı satıcının zannına göre sabit olmaktadır. Bu yüzden şuf'a hakkıyla almanın etkisi kendisine de ulaşır ki o da söz konusu ziyadeyi alamamaktır.

20. İki Evde Ortak Olan İki Kişinin Paylarını Birbirlerine Satması

[**Teshîl**] İki kişi birbirine bitişik iki eve müştereken sahip olsa ve ortaklardan biri, bir evdeki ortağının payını, diğer evdeki kendi payına karşılık satın alsın ve böylece iki evden biri tamamen birine, diğer ev de tamamen ötekine ait olsa; bu durumda şuf'a, o iki evin diğer komşularına değil, kendilerine ait olur. Çünkü bu iki kişiden her biri, diğerindeki yarı paya ortak olduğu için satın aldığı yer hususunda şuf'adar olur ve dolayısıyla mevcut diğer komşulardan öncelikli olurlar. *el-Kâfi*'de bu husus şöyle geçer: İki ev, iki kişi arasında müşterek olsa, her biri bir evdeki payını diğer evdeki payına karşılık satsa, şuf'a hakkına komşular değil, bu ortaklar sahip olur. Çünkü her bir ortak, diğerinin satın aldığı yarıda, ortaklıktan dolayı şuf'adar olmaktadır. Ortak ise komşudan önceliklidir. *ez-Ziyâdât*'ta da benzer ifadeler yer almaktadır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Sözü edilen iki eserde (*el-Kâfi* ve *ez-Ziyâdât*) geçen ifadenin zahirinden anlaşılan şudur: Evlere müşterek sahip olan bu ortakların her biri, bir evdeki payını, diğerinin öteki evdeki payına karşılık satmaktadır. Her bir ortak bir evdeki kendi payını diğer ortağına sattığında, satılan evdeki eski payları artık kalmaz ve her birinin her iki evdeki payı karşılıklı değişmiş olur. Bu durumda önceki ortaklık zail olacağından başka bir ortaklık kurulmuş olur. Dolayısıyla bu mesele, "iki komşunun kendi evlerini trampa etmeleri meselesi" gibi değerlendirileceğinden şuf'anın ortaklar için değil, komşular için sabit olması gerekir. Satıcının satın aldığı yerde şuf'a hakkı olmaz, zira kendisine şuf'a hakkını sağlayan yarı paydaki mülkiyeti ortadan kalkmıştır. Satıcının sattığı yerde de şuf'a hakkı olmayacağı açıktır, zira bir yeri satan kimsenin sattığı yerde şuf'a hakkı olmaz. Ancak yine de *et-Teshîl* metninde yazmış olduğum ifadeler isabetli olan görüştür. En iyi bilen Allah'tır.

ولا يخفى على من له أدنى مساس بالفن أن لزعم المستحق عليه بالشفعة تأثيراً في ثبوت الشفعة فلما كان البائع في صورة زيادة المشتري على الثمن مقرراً بحق الشفعة وكان في زعمه أنه لو لم تسلم الدار للمشتري لا تسلم الزيادة له كان ثبوت الشفعة على ما زعمه البائع فسرى أثر الأخذ بالشفعة إليه وهو عدم سلامة الزيادة له. ٥

٢٠. تباع أحد الشركين في الدارين حصته للآخر

[التسهيل] ولو كانتا شركة أي لو كان كل واحد من الدارين مشتركاً بينهما فسرى أحدهما حظاً صاحبه في إحداهما بحظه من الدار الأخرى حتى صار إحدى الدارين كلها لأحدهما والدار الأخرى كلها للآخر كانت الشفعة لهما لا للجار إذ كل منهما شفيح فيما شرى لشركته بالنصف الآخر فقدم كل منهما على الجار وفي الكافي: أنه لو كان كل واحد من الدارين مشتركاً بينهما فباع كل واحد منهما حظاً من هذه الدار بحظ صاحبه من الدار الأخرى فالشفعة لهما دون الجيران لأن كل واحد منهما في النصف الذي اشترى شفيح بالنصف الآخر بالشركة والشريك مقدم على الجار، وفي الزيادات مثله. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: ظاهر عبارتهما أفاد أن كل واحد منهما باع حظاً من هذه الدار بحظ صاحبه من الأخرى فإذا باع كل منهما حظاً من هذه الدار لصاحبه يزول حظهما القديم ويتبدل حظ كل منهما من كل واحد من الدارين فتزول الشركة القديمة وتحدث الشركة الأخرى فتصير كمسألة مقايضة الجارين فينبغي على هذا أن تثبت الشفعة للجيران لا لهما. أما لا شفعة للبائع فيما شرى فلأنه زال ملكه من النصف الذي كان يستحق به الشفعة، وأما لا شفعة له فيما باع فظاهر إذ لا شفعة لمن باع. وأما ما قررته وأثبتته في المتن من الصورة فهو الصواب، والله أعلم. ٢٠

Görünüşte *el-Kâfi* ve *ez-Ziyâdât*'ta kastedilen mana, benim *et-Teshîl* metninde yazdıklarımıdır, fakat onların ifadesinde bir tesahül olduğundan tam olarak bu mana çıkmamaktadır. Bununla beraber *ez-Ziyâdât*'taki gerekçe *et-Teshîl*'de belirttiğim manaya işaret etmektedir. Zira *ez-Ziyâdât*'ta mesele

5 *el-Kâfi*'deki gibi zikredilmekte ve şöyle denilmektedir: “Ortaklardan her biri bu evdeki payını, diğer ortağının öteki evdeki payı karşılığında satmakta olduğundan komşuların şufa hakkı olmaz.” Sonra bu görüş şöyle gerekçelendirilmektedir: “Çünkü her bir ortak, satın aldığı yarı payda, diğer evin yarısına sahip olması sebebiyle şufadar olmaktadır. Ortakların burada şufa yoluyla hak kazandığı şey, zaten kendi mülkü olarak devam etmektedir. Ortak

10 varken komşu için şufa hakkı doğmaz.” *ez-Ziyâdât*'taki ifadeler böyledir. Bu gerekçe, *et-Teshîl* metninde söylediklerime delâlet etmektedir. Zira ortaklardan birinin mülkiyetinde olan yarı pay, mülkiyetinden çıkartmadığı sürece mülkü olmaya devam eder. Ortaklardan sadece biri payını ötekine satması ve

15 diğer ortağın da sadece kendi payını satması gerekir ki her bir ortağa diğer ev tek başına teslim edilmiş olsun. Bu durumda her bir ortak, diğerindeki yarı pay ortaklığı sebebiyle şufadar olacaktır ki zaten şufadar olduğu yer hâlihazırda kendi mülkünde olacaktır. Dolayısıyla sanki *el-Kâfi* ve *ez-Ziyâdât*'taki “bu evdeki payı” ifadesi söylediğimize işaret etmektedir. Yani ortaklardan

20 biri, öteki evdeki payını değil, bu evdeki payını satmakta; diğer ortak ise bu evdeki payını değil öteki evdeki payını satmaktadır. Fakat bu iki kaynaktan geçen “ortaklardan her birinin bu evdeki payını satması” ifadesindeki “her bir” ifadesi zahirde bu manaya ters düşmektedir. Allah en doğrusunu bilir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Maharetli ve edip kişinin, yukarıdaki meselede *el-Kâfi* ve *ez-Ziyâdât* müelliflerinin söz konusu tasvir ile kastettiklerinin, Şeyh'in anladığı şey olmadığı konusunda bir şüphesi olmaz. Çünkü Şeyh'in zikrettiklerine göre her iki ev, tıpkı son yaptıkları akitten önce olduğu gibi, iki ortak arasında yarı yarıya müşterek olmaktadır. Durum böyle olunca, nasıl olur da akıllı ve temyiz gücüne sahip olan birinin, faydadan yoksun ve sadece boş sözlerle gereksiz yere uğraşmak olan bu tür bir akit yaptığı tasavvur edilebilir?

30

والظاهر أن مرادَ الكافي والزياداتِ ما قررته وأثبتته في المتن ولكن في عبارتهما تساهلٌ فإنها لا تفيدهُ ولكن في تعليلِ الزياداتِ إشارة إلى ما ذكرته في المتن فإنه ذكر المسألة فيه كما ذكر الكافي حيث قال: فباع كل واحدٍ منهما نصيبه من هذه الدار بنصيبِ صاحبه من الدارِ الأخرى فلا شفعةٌ للجيرانِ ثم علَّل وقال: لأن كلَّ واحدٍ منهما في النصفِ الذي اشترى شفيعٌ بالنصفِ الذي كان له من هذه الدارِ فما استحق به الشفعةُ هنا باقٍ على ملكه ولا شفعةٌ للجارِ مع الشريكِ هذا كلامه، وهذا التعليلُ يدل على ما ذكرته في المتن فإن النصفَ الذي كان له لا يبقى على ملكه إلا إذا لم يُخرجه عن ملكه فلا بد أن يبيحَ أحدهما وحده حفظه من هذه الدارِ فقط والآخرُ وحده حفظه من الدارِ الأخرى فقط حتى تُسلمَ لهذا دارٌ برأسه وللآخر دار برأسه ويصير كلُّ منهما شفيعًا بالشركة بنصفه الذي كان له وهو باقٍ على ملكه الآن وكأن في قولهما «من هذه الدار» إشارة إلى ما قلنا أي باعَ أحدهما حفظه من هذه الدارِ لا من الأخرى والآخر باعَ حفظه من هذه الأخرى لا من الدارِ الأولى ولكن لفظة «كل» في قولهما «باع كلُّ منهما حفظه من هذه الدار» ياباه ظاهرًا والله أعلم. ١٥

[فاضل أمير] نقول: لا يشك أريب أديب في أن لا يكون مرادهما من هذا التصوير المعقدة على ما فهمه الشيخ لأن على ما ذكره يكون كل واحدة من الدارين مشتركة بينهما مناصفة كما كان كذلك قبل هذا التعاقد فكيف يتصور أن يصدر من عاقل مميّز مثل هذا العقد الخالي عن الفائدة والاشتغال بمحض عبث من الأقوال الزائدة ٢٠

Ve nasıl olur da *el-Kâfi* ve *ez-Ziyâdât* müellifleri, bu tür gereksiz tasarufları kitaplarına almakla nitelendirilebilir? *el-Kâfi* ve *ez-Ziyâdât* müellifinin bu tasvirdeki kasıtlarının, Şeyh'in *et-Teshîl* metninde zikrettiği şeyin aynısı olduğu konusunda bir şüphe yoktur. Yani onların kastı,

5 “İki kişi birbirine bitişik iki eve müştereken sahip olsalar ve biri ortağının bu iki evden birindeki payını, kendisinin diğer evdeki payı mukabilinde satın alsa...” şeklindeki *et-Teshîl* metninde geçenlerdir. Bazı büyük meşâyihimiz, “Kastedilen anlam anlaşıldıktan sonra bazı ibarelerin yanlış izlenim uyandırmasına aldırış edilmez.” demiştir. Çünkü

10 onların sözlerinin manasının ortaklardan her birinin, bu evdeki payını satmış olmaları olduğu söylenebilir. Şöyle ki mesela Zeyd, bu evdeki payını satıyor, ortağı Amr kendi payı karşılığında onu satın alıyor veya Amr bu evdeki payını, diğer evdeki pay karşılığında satıyor ve Zeyd de Amr'ın sattığına karşılık diğerindeki payını satın alıyor. Buradaki

15 kasıt, bir ortağın payını satması, diğerinin ise onu satın almasıdır, fakat aralarındaki akit trampa olunca her birinin “satıcı” olarak nitelendirilmesi mümkün olmaktadır. Onların “O ikisinden her biri sattı.” ifadesi, “Hangisi olursa olsun ikisinden biri sattı.” anlamındadır. Bu durumda onların her birinin fiilinin, o ikisinden birinin fiili anlamında olduğu,

20 musanniflerin ibarelerinde sabittir. Nitekim o ikisinden birinin fiilinin meydana gelmesi, o ikisinden her birinin fiilinin meydana gelmesi anlamındadır. *el-Mültekâ* şerhi *el-Ferâid*'de *Şerhu'l-Makâsıd*'dan nakille bu şekilde zikredilmektedir. Böylece söz konusu edilen problem baştan bertaraf edilmiş ve Şeyh'in ifadelerinin sonunda dile getirdiklerine cevap oluşmuş olur. Fakat “O ikisinden her biri, bu evdeki payını satmıştır.” sözündeki “her” lafzı bu cevabı reddetmektedir.

25

وكيف ينسب إلى مثل صاحب الكافي والزيادات أن يصور في كتابه مثل هذا اللغو من التصرفات فلا ريب في أن مقصودهما من هذا التصوير عين ما قاله الشيخ في المتن أعني قوله ولو كانتا شركة فشرى أحدهما حظ صاحبه في إحديهما بحظه من الأخرى وقد ثبت في بعض الروايات عن المشايخ السادات أن بعد ظهور المعنى المراد لا يبالى بإيهام بعض العبارات على أنه ٥ يمكن أن يقال أن معنى قولهما باع كل منهما حظّه من هذه الدار أن زيداً مثلاً باع حظّه من هذه الدار واشترى عمرو شريكه بحظّه من الأخرى أو باع عمرو حظّه من هذه الدار واشترى زيد بحظّه من الأخرى فكان المراد بيع أحدهما وشراء الآخر ولكن لما كان العقد الجاري بينهما مقايضة يمكن أن يتّصف كل منهما بالبايعية قالوا «باع كل منهما» على معنى باع واحد منهما ١٠ أي واحد منهما على أن كون فعل كل منهما بمعنى فعل أحدهما ثابت في عبارات المصنّفين كما ثبت وقوع فعل أحدهما بمعنى فعل كل واحد منهما ذكره في الفرائد شرح الملتقى نقلاً عن شرح المقاصد. وبهذا يندفع الإشكال رأساً ويحصل الجواب عما قاله في آخر الكلام ولكن لفظ «كل» في قولهما ١٥ «باع كل منهما حظّه من هذه الدار» يأباه.

ŞİRKET

1. Ortaklardan Birinin Diğerinin Rızası Olmadan Şirket Akdini Feshetmesi

[Teshîl] İki ortağa ait malın veya birine ait malın telef olmasıyla şirket akdi bâtil olur. Çünkü şirket akdinde kesinlik yoktur; yani şirket, bağlayıcı olmayan bir akittir. Zira ortakların ikisinden her birinin akdi feshetme ve ortaklığın gereğini sürdürmekten kaçınma hakkı vardır. Vekâlet akdinde olduğu gibi şirket akdinde de hâkim, kaçınan ortağı, ortaklığı sürdürmeye zorlayamaz.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in burada söylediği şey, *Fetâvâ-yı Kâdîhân* ve *Bedâi'ûs-Sanâi'*deki bilgilerle örtüşmektedir. Fakat Şeyh'in şirket bölümünün sonunda gelecek olan "İki ortaktan biri, diğerinin rızası olmaksızın şirket akdini feshetme hakkına sahip değildir." şeklindeki sözü, bununla çelişmektedir.

*el-Bedâi'*de yapılan açıklamaya bakılarak Şeyh'in bu iki sözünün arasını uzlaştırmak mümkündür. *el-Bedâi'*deki açıklama şudur: "Şirket akdi, câiz yani gayr-i lâzım bir akit olduğu için iki ortaktan her biri, tek taraflı olarak şirket akdini feshedebilir. Ancak feshin câiz olmasının şartı, fesheden ortağın bunu, diğer ortağının huzurunda yani onun bilgisi olacak şekilde yapmasıdır. Öyle ki ortağının huzurunda akdi feshetse bu fesih câizdir. Ortağı gâip olsa ve akdin feshedildiğini öğrense durum yine aynıdır. Şayet ortağı gaip olur ve akdin feshedildiği bilgisi kendisine ulaşmazsa bu durumda akdi feshetmek câiz olmaz, akit de feshedilmiş olmaz. Çünkü diğer ortağın bilgisi olmadan akdin feshedilmesi, ona zarar verme anlamına gelir. Aynı gerekçeden dolayı azl konusunda bilgisi olmaksızın vekilin vekâletten azli de sahih olmaz."¹

Bu açıklama ile fukahânın "İki ortaktan her birinin akdi feshetme hakkı vardır." sözleri ile kastedilenin şu olduğu anlaşılmaktadır: İki ortaktan her biri, diğerinin ihtiyarına bağlı olmaksızın akdi tek başına feshedebilir. Öyle ki şayet diğer ortak bu konuda ona katılmayıp feshe razı olmayacak olsa hâkim, fesih konusunda ona destek olamaz ve fesheden ortağı, akdi sürdürmeye zorlayamaz. Şeyh'in "İki ortaktan biri, diğerinin rızası olmadıkça şirket akdini feshe malik olamaz." sözü ile de iki ortaktan biri şirketi feshettiğinde diğerinin bunu bilmediği sürece akdin infisah etmeyeceğini kastettiği anlaşılır. Çünkü diğer ortağın bunu bilmesi, feshin cevazının şartıdır.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, VI, 77.

كتاب الشركة

١. فسخ أحد الشريكين عقد الشركة بدون رضی شريكه

[التسهيل] وتبطل الشركة بتلف المالين أو أحدهما إذ لا بت في عقد الشركة

أي العقد غير لازم، إذ لكل منهما فسخه والامتناع عن المضى على موجب

٥ الشركة، وليس للقاضي أن يجبره على المضى كما في الوكالة.

[فاضل أمير] نقول: هذا موافق لما في فتاوى قاضيخان وبدائع الصنائع ولكن

يخالفه ما سيأتي من الشيخ في آخر كتاب الشركة من قوله «وأحد الشريكين لا

يملك فسخ الشركة إلا برضى الآخر».

والتوفيق بين كلاميه يحصل لمن نظر في التفصيل المذكور في البدائع

١٠ وهو قوله: وأما صفة عقد الشركة فهي أنه عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل

واحد منهما بالفسخ إلا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه

أي بعلمه حتى لو فسخ بمحضر من صاحبه جاز الفسخ. وكذا لو كان صاحبه

غائبا وعلم بالفسخ، وإن كان غائبا ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم

ينفسخ العقد، لأن الفسخ من غير علم صاحبه إضرار لصاحبه، ولهذا لم

١٥ يصح عزل الوكيل من غير علمه، انتهى.

فتبين بهذا أن المراد من قولهم «لكل منهما فسخه» أن كلا منهما مستبد بالفسخ

بحيث لا يتوقف الانفساخ على اختيار الآخر، حتى لو لم يساعده الآخر ولم يرض

بالفسخ لا يساعده القاضي ولم يجبر من فسخها على المضي عليها. ومن قول

الشيخ «وأحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضى الآخر» أن أحد الشريكين

٢٠ إذا فسخ الشركة لا يفسخ ما لم يعلم الآخر به. لأن علم صاحبه شرط جواز الفسخ.

Bu açıklama ile Şeyh'in iki sözünün arası uzlaştırılmış olur. Fakat Şeyh'in "diğerin rızası olmadıkça..." şeklindeki ifadesi problemlidir. Çünkü fesih konusunda dikkate alınan husus, diğer ortağın buna rıza göstermesi değil, bunu bilmesidir. Bir şeyi bilmekle o şeye rıza göstermek arasında ise azımsanmayacak bir fark vardır. Dolayısıyla yerinde olan, Şeyh'in "diğerin bilgisi olmadıkça..." demesiydi.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer önemli nokta şudur: Şirket malı (sermaye), ticarî mal olduğunda fesih yukarıda belirtildiği şekilde sahih olur mu?

Bu konuda zikredilenlerin özeti şudur: Ashabımızdan konuya ilişkin bir rivâyet yoktur. Fakat Tahâvî, şirket malı, nakit olmadığı sürece feshin sahih olmadığını söyleyerek onu, mudârebe gibi değerlendirmiştir. Meşâyihimizden bazıları ise sermaye, ticarî mal olsa da şirkette feshin sahih olduğunu, mudârebenin feshinin ise sermaye nakit olmadığı sürece sahih olmadığını söylemiştir. İki mesele arasındaki fark, *el-Bedâi*'de açıklanmıştır.

2. Meyve Satımında Belli Bir Miktar Meyvenin İstisna Edilmesi

[**Teshîl**] Ortaklardan birisinin, -lehine olarak- kârdan belli bir miktarda dirhem alması şart koşulsa şirket fâsit olur. Çünkü kârın sadece şart koşulan miktar kadar olması mümkündür. Dolayısıyla bu şart meşru olan şeyin [yani ortaklığın gereği olan paylaşımın] değiştirilmesi anlamına geleceği için ortaklığın yokluğunu gerektirir ve ortaklık lağv olur. Nitekim müzâraa ortaklığında da ortaklardan biri lehine belli bir miktarda kafız (bir tür ölçek) belirlense bu, câiz olmaz. Çünkü topraktan sadece belirlenen bu miktar kadar ürün çıkması ihtimal dâhilindedir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu gerekçelendirmeye göre meyvenin satımında belli bir miktarda rıtılın istisna edilmesinin de akdi fâsit kılması gerekir. Çünkü sadece istisna edilen miktarda meyvenin çıkması ihtimal dâhilindedir. Dolayısıyla bu da meşru olanın değiştirilmesi anlamına gelir. İlkeye göre meşru olan şeyi değiştiren her şey geçersiz olur. Dolayısıyla iki meselenin hükmünün bir olması gerekir. Bu konu, alım satım bölümünün haklar faslında daha detaylı bir şekilde geçmişti. Oraya bakılabilir.

وبهذا حصل التوفيق، ولكن في قول الشيخ «إلا برضى الآخر» نوع تضيق. لأن المعبر حصول علم الآخر لا وجود رضاه. والفرق بين العلم بالشيء وبين الرضى عليه غير قليل. فالأولي أن يقول «إلا بعلم الآخر».

بقي هنا مهمّ لابدّ من التنبه عليه، وهو أن مال الشركة إذا كان عروضاً هل

٥ يصحّ الفسخ على الوجه المذكور؟

فخلاصة ما ذكر فيه أنه لا رواية فيه عن أصحابنا، ولكن قال الطحاوي «أنه لا يصحّ ما لم يكن مال الشركة نقداً»، فجعلها بمنزلة المضاربة. وقال بعض مشايخنا إن الفسخ في الشركة يصحّ وإن كان رأس المال عروضاً ولا يصحّ فسخ المضاربة ما لم يكن رأس المال نقداً. والفرق مبين في البدائع.

١٠ ٢. استثناء أرتال معلومة في بيع الثمر

[التسهيل] وتفسد الشركة لو شرط لأحدهما دراهم مسمأة في الربح لجواز حصولها فقط فتندم الشركة فيكون تغييراً للمشروع فيلغو كما لو سُبي في المزارعة ففزان مسمأة لأحدهما فإنه لا يجوز إذ الأرض ربما لا تُخرج إلا هذا القدر.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا التعليل يلزم أن يفسد استثناء أرتال

معلومة في بيع الثمر. لأنه ربما لا يحصل إلا المستثنى فيكون تغييراً للمشروع. والأصل أن كل ما يكون تغييراً للمشروع يلغو فينبغي أن تتحدّ المسألتان في الحكم وقد مرّ البحث بأوفر من هذا في فصل الحقوق من البيوع فليُنظر ثمة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Daha önce alım satım bölümünün “haklar” faslında meyvenin satımında meyveden belli bir miktarda rıtılın istisna edilmesi ile müzâraada belli bir miktar kafzin ve mudârebede belli bir miktar dirhem istisna edilmesi arasındaki farkı açıklamıştık. Şirket, mudârebe ve müzâraa'nın hepsinin aynı mantığa dayandığı açıktır. Dolayısıyla mudârebe ve müzâraa'nın fâsit sayılması noktasında açıklanan şekil, şirket konusunda da geçerlidir. Bununla şunu kastediyorum. Bu akitlerde istisna edilen miktar mevcut olmayıp duyu organlarından biri ile idrak söz konusu olmaz. Kendisinden belli miktarda rıtılın istisna edildiği satıma konu olan meyve ise böyle değildir.

3. Tekabul (İş) Şirketinde Ortaklardan Birinin İkrarının Diğeri Hakkında Geçerli Olması

[Teshîl] İşveren, işin ücretini ortaklardan birine vermek suretiyle borçtan berî olur. İş, ortaklardan sadece birisi yapmış olsa bile kazanç konusunda ortak olurlar. Çünkü işi yapmayan diğer ortak, işi kabul etmenin kendisi hakkında nâfiz olması sebebiyle ücrete hak kazanır ve işi yapan kişi ona yardımcı olmuş olur.

İki çamaşırcıdan biri, elbiseyi birlikte kabzettiklerini ikrar etse, diğeri de bunu inkâr etse Ebû Yûsuf'a göre elbiseyi ikisi tazmin eder. Çünkü ecîr-i müsterekin tazmin sorumluluğu vardır ve çamaşırcı ortaklar ortaklığın gereği olan tazmin sorumluluğu konusunda eşittirler. Muhammed'e göre ise inan şirketinin iki ortağından birinin bir borcu ikrar etmesi [ve bundan dolayı tazminle yükümlü olması] meselesinde olduğu gibi burada da sadece ikrar eden ortak tazmin ile yükümlü olur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Şayet bu iş ortaklığı (şirket-i tekabul), mufâvaza olsaydı Muhammed'in görüşünün de Ebû Yûsuf'un görüşü gibi olması gerekirdi. Yani ittifakla bu meselede her iki ortağın da tazmin ile sorumlu olması gerekirdi. Çünkü mufâvaza şirketinin gereği, ortaklardan birinin ikrarının ikisi hakkında da nâfiz olmasıdır. Şayet bu iş ortaklığı, mufâvazanın dışında bir ortaklık olsaydı, bu durumda Ebû Yûsuf'un görüşünün Muhammed'in görüşü gibi olması gerekirdi. Yani sadece ikrarda bulunan ortak tazmin ile yükümlü olurdu. Çünkü daha önce geçtiği üzere mufâvaza dışındaki ortaklık, işin tazmin edilmesi ve bedelin gerekmesi konusunda mufâvaza konumunda olup diğer hususlarda mufâvaza gibi değerlendirilmez. Öyle ki ortaklardan biri sabunun semenine ilişkin bir borç ikrarında bulunsa bunu, sadece ikarda bulunan ortağın tazmin etmesi gerekir. Dolayısıyla çamaşırcı meselesinde de ikrarın bu şekilde olması gerekir ya da Ebû Yûsuf'a göre o meselede (sabun meselesi) tazminin ortakların ikisine de vâcip olması gerekir. Özetle her iki meselede de hükmün aynı olması gerekir.

[فاضل أمير] نقول: قد بيّنا لك ما هو الفرق بين استثناء أرتال معلومة من الثمر في البيع وبين استثناء قفزان في المزارعة ودرهم مسماة في المضاربة في فصل الحقوق من البيوع. ولا يخفى أن الشركة والمضاربة والمزارعة كلها من واد واحد، فكان الوجه الذي بين في إفساد المضاربة والمزارعة متمشياً في باب الشركة أعني به كون المستثنى منه غير موجود لا يتعلق به الإدراك بإحدى الحواس الظاهرة ولا كذلك الثمر المبيع الذي استثنى منه أرتال معلومة.

٣. نفاذ إقرار أحد الشريكين على الآخر في شركة التقبل

[التسهيل] ويرأ بدفع الأجر إلى أيّهما كان، واشتركا في الكسب وإن عمل أحدهما وحده. لأن من لم يعمل يستحق الأجر بسبب نفاذ التقبل عليه ويصير العامل معيّنًا له.

ولو أقر أحد قصارين بقبضهما ثوبًا وأنكر الآخر يضمنهما أبو يوسف لضمّان الأجير المشترك واستوائهما في ضمان الشركة، وخصّه محمد بالضمّان إقرار أحد شريكي العنان بالدين.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو كانت شركة التقبل هذه مفاوضة ينبغي أن يكون قول محمد كقول أبي يوسف أي يلزمهما الضمان وفاقا. لأن موجب المفاوضة نفاذ إقراره عليهما ولو كانت غير المفاوضة ينبغي أن يكون قول أبي يوسف كقول محمد أي يضمّن المقرّ خاصة لما مرّ أن غير المفاوضة يجري مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل لا فيما عدا ذلك حتى لو أقر أحدهما بدين من ثمن صابون يلزمه الضمان خاصة الخ فينبغي أن يكون الإقرار في مسألة القصار كذلك أو يكون الضمان واجبا عليهما عند أبي يوسف ثمة أيضًا والحاصل أنه ينبغي أن يطرد الحكم في المسألتين.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Meseledeki problemlili noktanın açığa kavuşması ve doğru olan görüş hakkında konuşabilmemiz için öncelikle bu konuyla ilgili Ebû Yûsuf ve Muhammed'in dayandıkları asılların açıklanması gerekir.

5 Bil ki; ortaklık, mufâvaza türünden bir ortaklık olduğunda iki ortaktan her birinin ikrarı, diğer ortak hakkında da geçerli olur. Buna göre ortaklardan birinin tazmini gerektiren bir şeyi ikrar etmesi, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre hem kendisi hem de ortağı hakkında tazmin sorumluluğunu gerektirir. Fakat ortaklık, mufâvazanın dışında bir ortaklık olduğunda
10 ortaklardan birinin tazmini gerektiren bir şeyi ikrar etmesi durumunda tazmin sorumluluğu, sadece ikrarda bulunan ile ilgili olur, diğer ortak hakkında geçerli olmaz. Bu nokta üzerinde de Ebû Yûsuf ve Muhammed ittifak hâindedir.

Bu nokta tespit edildikten sonra Şeyh şöyle demektedir: İş yapan iki
15 kişi arasında gerçekleşen ve adına tekabül şirketi denen bu ortaklık, iki çamaşırcı arasında yapıldığında ve ikisinden biri, bir elbiseyi birlikte kabzettiklerini ikrar edip diğeri inkâr ettiğinde bu ortaklık mufâvaza ortaklığı ise bu durumda iki imamın ittifakı ile hem ikrarda bulunan ortağın hem de diğer ortağın birlikte tazmin etmesi gerekir. Çünkü yukarıda belirtildiği üzere mufâvaza ortaklığında iki imamın görüşü de bu doğrultudadır. Şayet bu iki kişi arasındaki ortaklık mufâvazanın dışında bir ortaklık ise bu durumda yine iki imamın ittifakı ile diğer ortakla birlikte değil, sadece ikrarda bulunan ortağın tazmin etmesi gerekir. Çünkü yine yukarıda belirtildiği üzere mufâvaza dışındaki ortaklıkta iki imamın görüşü bu doğrultudadır.
20 Dolayısıyla burada tartışma konusu olan meselede iki ayrı görüşe ayrılmasının izah edilebilir bir yönü yoktur.

Şeyh'in bu itirazına ikinci şikkî tercih etmek suretiyle şu şekilde cevap verebiliriz: Bu şirket, *el-Bedâi'* ve Mevlâ Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinde açıklandığı üzere mufâvaza şirketi değil, inan şirkettir. Böyle olduğu hâlde Ebû Yûsuf'a göre ikrarda bulunanın ikrarınının, diğer ortağı hakkında da geçerli olması, -hâlbuki Ebû Yûsuf'un kabul ettiği aslın kıyasına göre bu ikrarın diğer ortak hakkında geçerli olmayıp sadece ikrarda bulunan ile sınırlı olması gerekir- onun bu ortaklığı, istihsân yapmak suretiyle işin mahalli konusunda mufâvaza hükmünde değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Kâsânî *el-Bedâi'*de şöyle demiştir:
35

[فاضل أمير] نقول: لا بدّ من بيان الأصل عند أبي يوسف ومحمد في الباب حتى ينجلي وجه الإشكال ونتكلم عليه بما هو الرأي الصواب. فاعلم أن الشركة إذا كانت مفاوضة ينفذ إقرار كل من الشريكين على الآخر، فيإقرار أحدهما بما يوجب الضمان يلزم الضمان عليه وعلى شريكه أيضا عند أبي يوسف ومحمد. وأما إذا كانت الشركة غير مفاوضة فأقرّ أحد الشريكين ٥ بما يوجب الضمان يلزم الضمان عليه لا على شريكه. وهذا أيضا مما اتفق عليه الإمامان أبو يوسف ومحمد.

وإذا تقرر هذا فيقول الشيخ رحم الله أن هذه الشركة الواقعة بين الصانعين المسماة بشركة التقبل إذا وقعت بين قصارين وأقرّ أحدهما بقبضهما ثوبا وأنكر الآخر إن كانت شركة مفاوضة فالواجب فيها لزوم الضمان على المقرّ و ١٠ على شريكه باتفاق الإمامين لما عرفت قولهما في المفاوضة. وإن كانت غير مفاوضة فالواجب فيها لزوم الضمان على المقرّ فقط لا على شريكه باتفاق الإمامين أيضا لما عرفت قولهما في غير المفاوضة، فلا وجه لاختلافهما في هذه المسألة على الوجهين.

ونجيب عنه باختيار الشق الثاني ونقول إنّ هذه الشركة ليست بمفاوضة بل ١٥ هي شركة عنان كما صرح به في البدائع وشرح المجمع للآياثلوغي ونفاد إقرار المقرّ على شريكه عند أبي يوسف مع أن قياس أصله أن لا ينفذ بل يقتصر على المقرّ لجعلها في حكم المفاوضة في محل العمل استحسانا كما جعلت في حكمها وأجريت مجراها في ضمان العمل واقتضاء البدل حيث قال في البدائع

“Ebû Yûsuf demiştir ki: Davacı, iki ortakdan biri aleyhine ikisinin yanında kendine ait bir elbise olduğunu iddia etse ortaklardan biri bunu ikrar edip diğeri inkâr etse bu durumda kabul eden ortağın ikrarı diğerk ortak hakkında da geçerli olur ve elbiseyi verip ücretini alır. Ebû Yûsuf, bunun kıyas değil, 5 istihşân olduğunu söylemiştir. Çünkü bunların ortaklığı mufâvaza şeklinde değildir ki, ikisinden birinin ikrarı diğeri hakkında geçerli olsun! Aksine bunların ortaklığı inan şirketi olup inan şirketinin ortaklarından birisi, bir elbisenin ikisinin elinde bulunduğunu ikrar etse bu ikrar, diğerk ortağı hakkında geçerli olmaz. İbn Semâa, Muhammed'den onun bu meselede kıyası 10 esas aldığı rivâyet etmiştir. Ebû Yûsuf açısından istihşânın vechi ise şöyledir: Amelin tazmini konusunda mufâvaza şirketinin hükmü -ki, bu hüküm de işin yapılmasının vâcip oluşu olup iki ortakdan her birinin bu işi yapması gerekir- bu ortaklıkta zahir olduğuna göre ikrarda bulunan ortağın ücretin tamamını talep etme hakkı vardır. Buna karşılık işin tamamını yapması 15 gerekir ve aynı zamanda ortağının yaptığı işten dolayı meydana gelip de işin mahallinde ortaya çıkan kusuru tazmin etmesi gerekir. Dolayısıyla da onun işin mahalli konusunda ikrarı diğerk ortağı için de geçerli olur.”¹

Bu açıklama ile söz konusu problem giderilmiş olur ve Şeyh'in incelemesinin “Onlar, başka konularda değil, sadece işin tazmini ve bedelin 20 gerekmesi konusunda bu ortaklığı, mufâvaza gibi değerlendirmişlerdir.” şeklindeki sözlerinin ötesine gitmediği ve bu konuda meşâyihin önemli kitaplarını yeterince incelemeyeceği anlaşılır. Şayet incelemiş olsaydı, bu mesele hakkında Ebû Yûsuf'un kıyas ile amel ettikten sonra ihtihşana başvurduğunu görür ve karışıklık çukuruna düşmekten kurtulurdu.

25 4. Mufâvaza Ortaklığı Bozulduktan Sonra Vekilin Satın Aldığı Kölenin Mülkiyeti

[Teshîl] Mufâvaza ortaklarından biri, bir kimseye bir köle satın almasını emretse ve emrettiği kişiye kölenin semenini vermese bu durumda köle alması söylenen kişi iki ortağın da vekili olur. Çünkü vekâlet ticarete ait bir 30 yetkilendirme olup ticaretle ilgili konularda ortaklardan her biri diğerkinin vekilidir. Bu durumda sanki ortakların ikisi de o kişiyi köle satın almaya vekil tayin etmiş olur.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, VI, 76.

وقال أبو يوسف إذا ادعى على أحدهما ثوبا عندهما وأقرّ به أحدهما وجدد الآخر جاز إقراره على الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الأجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس. لأنهما ليسا بمتفاوضين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان وأحد شريكي العنان إذا أقرّ بثوب في أيديهما لا ينفذ على صاحبه. وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه أخذ بالقياس ٥ في هذه المسألة. وجه الاستحسان لأبي يوسف أنه لما ظهر حكم المفاوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وله المطالبة بكل الأجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث من عمل شريكه، فظهر في محل العمل أيضا فينفذ إقراره بمحل العمل على صاحبه، انتهى ملخصا. ١٠

وبهذا اندفع الإشكال وعلم أن منتهى نظر الشيخ ما كان إلا قولهم فأجروها مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل لا فيما عدا ذلك ولم يتصفح الكتب الكبار للمشايخ العظام - ضاعف الله أجورهم - حتى يظهر له^١ أن لأبي يوسف في هذه المسألة استحسانا بعد العمل بالقياس ويأمن من أن يقع في ورطة الاستشكال والالتباس. ١٥

٤. ملك العبد الذي اشتراه الوكيل بعد نقض المفاوضة بين الشريكين

[التسهيل] ولو أمر أحد المفاوضين رجلاً بشراء قنّ ولم ينقد الثمن إلى المأمور صار وكيلاً عنهما إذ الوكالة من التجارة وكل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما هو من التجارة فكأنهما وكّلاه بشراء القنّ.

Şayet bu ortaklar, mufâvaza ortaklığını bozup her biri başka biriyle mufâvaza ortaklığı yapsa ve vekil tayin edilen kimse -ikisi arasındaki mufâvaza ortaklığının bozulduğunu bilerek veya bilmeyerek- bundan sonra bir köle satın alsa bu durumda vekilin yaptığı akit câizdir. Bu durumda vekil, satın aldığı köleyi özellikle kendisine köleyi alma talimatı veren kişiye teslim eder ve [talimatı veren kişinin] ne birinci mufâvaza ortaklığındaki ortağı ne de ikinci mufâvaza ortaklığındaki ortağı ona [kölede] ortak olur.

Birinci ortağın kölede ortaklığının olmamasının sebebi şudur: Vekil birinci ortak hakkında vekâletten azledilmiş olacağından satın alma anında onun vekili değildir. Çünkü emredenin birinci ortak hakkında tasarrufunun geçerli olması -ki, bu durumda vekil, ikisi adına vekildi- ortaklık hükmüne bağlı idi. Ortaklık ise vekilin satın almasından önce ilk mufâvaza ortaklığının sona ermesi sebebiyle bâtil olmuştur. Dolayısıyla vekil, ortaklığın sona erdiğini bilsin ya da bilmesin, birinci ortak açısından vekâletten azledilmiş olur. Çünkü bu hükmî bir azildir. Fakat vekil, kendisine köle satın almayı emreden ortak hakkında azledilmiş olmaz. Çünkü vekilin tasarrufunun emreden hakkında geçerli olması, ortaklık hükmü sebebiyle değildir. Dolayısıyla köle almaya vekil tayin edilen kimse, satın alma vaktinde emreden kimsenin vekili olarak kalmaya devam eder ve köle -birinci ortağın ortaklığı olmaksızın- emredene ait olur.

İkinci ortağın bu kölede ortaklığının olmamasının sebebi ise şudur: Mebîde emreden için sabit olan mülkiyet, emredenin diğeri ile ortaklığından önceki bir sebebe dayalı olarak gerçekleşir ki, bu sebep de daha önce bu kişiyi satın almaya vekil tayin etmiş olmasıdır. Şayet bu vekâlet verme işi olmasaydı emredenin, bu kölede mülkiyeti gerçekleşmezdi. Mülkiyet, iki ortaktan birisi için ortaklıktan önceki bir sebep ile gerçekleştiğinde diğeri ortak bu konuda ona ortak olamaz. Nitekim bir kimse satıcı lehine muhayyerlik şartı ile bir köle satın alsa, sonra bu müşteri başka biri ile mufâvaza ortaklığı yapsa, sonra da satıcı muhayyerlik hakkını düşürse bu durumda müşterinin ortaklık yaptığı kişinin bu kölede ortaklığı olmaz. [*el-Letâif* metninde] bu duruma “Sebebe, ikinci mufâvaza ortaklığından öncedir.” sözüyle işaret edilmiştir.

فلو نَقَضَا مفاوضتهما وفاوَضَ كُلُّ منهما رجلاً آخَرَ على حدة فشرى الوكيل بعد ذلك فنا وهو يعلم بنقض المفاوضة أو لا يعلم جاز شراء الوكيل وسلمَ القِنَّ للآمر خاصةً ولم يشاركه شريكه الأول ولا الثاني.

أما لا شركة للأول فلأن الوكيل انعزل في حقِّ الشريك الأول ولم يبقَ ٥
وكيلاً عنه حالَ الشراءِ لأن نفاذَ تصرُّفِ الأمرِ عليه - حيث صار الوكيلُ وكيلاً
عنهما - كان بحكمِ الشركةِ والشركةُ بطلت لبطلانِ المفاوضةِ الأولى قبل شراءِ
الوكيلِ فينعزلُ الوكيلُ سواءً علِمَ به أو لا لأنه عزلٌ حكميٌّ ولكنه لم ينعزل
في حقِّ الأمرِ لأن نفاذَ تصرُّفه على نفسه لم يكن بحكمِ الشركةِ فبقي وكيلاً
عنه وقتَ الشراءِ فلزِمَه القِنُّ بلا شركةٍ للأول.

وأما لا شركةٍ للثاني فلأن الملكَ في المبيعِ إنما يقع للآمرِ بسببِ سابقِ ١٠
على شركةٍ [الآخر وهو التوكيلُ السابقُ ولولا ذلك التوكيلُ لما وَقَعَ الملكُ
في القِنِّ إذا وَقَعَ لأحدِ الشريكين بسببِ سابقِ على الشركة] لا يشاركهُ الآخرُ
فيه، كما لو اشترى عبداً بشرطِ الخيارِ للبائعِ ثم فاوَضَ المشتري رجلاً ثم
أسقطَ الخيارَ فإنه لا يكونُ لشريكه في العبدِ شركةٌ وإلى هذا أشارَ بقوله
١٥ وَسَبَقَ السببُ على الثانيةِ أي على المفاوضةِ الثانيةِ.

Bu durumda köle alması emredilen vekil, kölenin semenini almak üzere rücû konusunda muhayyerdir. Dilerse emreden kişiye rücû eder, çünkü onu köle almaya o vekil tayin etmiştir; dilerse kefil olmasından dolayı ikinci ortağa rücû eder. Yani vekil, kölenin semenini konusunda isterse emreden kişiye rücû eder, çünkü onun vekilidir; isterse ikinci ortağa rücû eder, çünkü semenin vâcip olması vaktinde ikinci ortak emredeninin ortağı olup semenin, emredene vâcip olması anında onun kefilidir. Bu durumda vekilin emredeninin birinci ortağından hiçbir şey alma hakkı yoktur. Çünkü birinci ortağın, emredene kefil olması, mufâvaza ortaklığının bozulması ile sona ermiştir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Diğer pek çok mesele gibi bu mesele de âdeti olduğu üzere Şeyh'in *el-Kâfi*'den aldığı bir meseledir. Bizim bu meselede şöyle bir tereddüdümüz vardır: Emreden kişinin köleye malik olmasının biri yakın diğeri uzak olmak üzere iki sebebi vardır. Yakın sebep, emredilen kişinin emreden için bu köleyi satın almasıdır. Uzak sebep ise emreden emredileni vekil tayin etmiş olmasıdır. Aynı şekilde semenin emreden üzerine vâcip olmasının da biri yakın diğeri uzak iki sebebi vardır. Yakın sebep satın alma, uzak sebep ise vekil tayin etmedir.

Buna göre ikinci ortağın köleye malik olmaması konusunda ashabımızın uzak sebebin bulunduğu vakti dikkate almayıp “Vekil tayin etme vaktinde o, ortak değildir.” demelerindeki ve üzerine tazminin vâcip olması konusunda ise yakın sebebin -yani satın almanın- bulunduğu vakti dikkate alarak “Semenin vâcip olması hâlinde emredeninin ortağıdır, dolayısıyla emredene semenin vâcip olması hâlinde ikinci ortak onun kefilidir.” demelerindeki sır nedir?

Bu konuda şöyle demeleri mümkündür: İkinci ortak, kölenin yarısına malik olur. Çünkü bu ortak, emreden için mülkiyetin sabit olması anında onun ortağıdır, dolayısıyla emreden ikinci ortağın vekili olur. Bu hususta düşün ve sen de anlayış sahibi biri gibi içtihat et. Ben, her bilenin üstünde bir bilen olduğunu itiraf etmekteyim.

وَيُحَيَّرُ الْمَأْمُورُ فِي الرَّجُوعِ بِالثَّمَنِ فَإِنْ شَاءَ تَبَعَ الْأَمْرَ إِذْ وَكَّلَهُ أَوْ تَبَعَ الْمَفَاوِضَ الثَّانِي لِكِفَالَتِهِ أَيَّ إِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الْأَمْرِ لِأَنَّهُ وَكَيْلُهُ أَوْ عَلَى شَرِيكِهِ الثَّانِي، لِأَنَّهُ شَرِيكُهُ حَالٌ وَجُوبِ الثَّمَنِ فَيَكُونُ كَفِيلاً عَنْهُ حَالٌ وَجُوبِ الثَّمَنِ عَلَى الْأَمْرِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ شَيْئاً مِنْ شَرِيكِهِ الْأَوَّلِ. لِأَنَّ كِفَالَتَهُ قَدْ انْتَهَتْ بِنَقْضِ الْمَفَاوِضَةِ. ٥

[فاضل أمير] نقول: هذه المسألة أخذها الشيخ من الكافي كما هو دأبه في أكثر المسائل. ولنا شبهة فيها، وهي أن تملك الأمر القن له سببان قريب وهو شراء المأمور للأمر وبعيد وهو توكيل الأمر إياه فكذلك لوجوب الثمن على الأمر هذان السببان الشراء القريب والتوكيل البعيد.

١٠ فما السرّ في أنهم اعتبروا في عدم تملك الشريك الثاني القن زمان السبب البعيد وقالوا إنه ليس بشريك وقت التوكيل وفي إيجاب الضمان عليه زمان السبب القريب أعني الشراء وقالوا إنه شريكه حال وجوب الثمن فيكون كفيلاً عنه حال وجوب الثمن على الأمر.

١٥ ويمكن لهم أن يقولوا يملك الشريك الثاني نصف القن لأنه شريكه حال ثبوت الملك للأمر فيكون الأمر وكيلاً عن الشريك الثاني فتأمل واجتهد اجتهاد فرد فهيم وأني معترف بأن فوق كل ذي علم عليم.

5. Vekilin Müvekkilin Fiili Sebebiyle Azledilmesi ile Semavî Bir Âfet Sebebiyle Azledilmesi Arasındaki Fark

[Teshîl] Ortaklardan biri, bir adama bir ton buğday verip bununla bir köle satın almasını emretse, vekil de emredenin kendisine verdiği buğday ile değil de onun misli olan vasat bir ton buğday mukabilinde bir köle satın alsa, fakat bu borç vekilin zimmetine taalluk etse [yani vekil, köleyi, borçlanarak satın alsın] istihşânen sahih olur. Çünkü emreden ona vasat bir ton buğday ile bir köle satın almasını emretmiştir, o da böyle bir buğday ile köleyi satın almıştır.

Kıyasa göre ise vekil, müvekkilin emrine aykırı hareket etmiş ve köleyi kendisi adına satın almış olur. Çünkü emreden ona, bizzat verdiği bir ton buğday ile bir köle satın almasını emretmiştir. Buğday ise tayin ile belirgin hâle gelir ve ticarî mal gibi olur. Vekil deyn mukabilinde köleyi satın aldığı anda müvekkilin emrine aykırı hareket etmiş olur.

Vekil, köleyi satın almasa ve bu durumda iken ortaklar arasındaki mufâvaza şirketi bozulup her biri başka biri ile mufâvaza ortaklığı yapsa, sonra vekil, aralarındaki mufâvaza ortaklığının bozulduğunu bilerek köleyi satın alsa bu durumda yukarıda geçtiği üzere ilk mufâvaza ortaklığının bâtil olmasından dolayı satın aldığı köleyi emredene teslim eder. Aksi takdirde yani vekil, ikisi arasındaki ortaklığın bozulduğunu bilmeyerek köleyi alacak olsa bu durumda emredenin ilk ortağı köle konusunda emredene ortak olur. Yani köle, emreden ile ilk ortağı arasında müşterek olur. Çünkü bu durumda ilk ortak hakkında da vekil olarak kabul edilir. Zira şayet ilk ortak hakkında vekil, azledilmiş kabul edilecek olursa bu durumda vekil, bir ton buğdayın yarısını ilk ortağa tazmin etmesi sebebiyle zarara uğramış olur. Vekil ancak müşterek olan nakdi tazmin eder. Şayet vekil, kendisine verilmiş olan bir ton buğdayı inkâr edecek olursa bu durumda bir ton buğday, emreden ile ilk ortağı arasında ortak olur. Emreden bunu peşin vermiş ise vekil bunu tazmin eder, peşin vermemişse tazmin etmez.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Vekilin tazminle yükümlü olması sebebiyle zarar görmesinden dolayı hükmî azli bilmesi burada şart koşulduğunda, kastî azilde olduğu gibi hükmî azil ile ilgili diğer meselelerde de vekilin azledildiğini bilmesinin şart olması gerekir. Çünkü kastî azilde bilmenin şart olmasında belirttikleri zarar, hükmî azil ile ilgili meselelerde de söz konusudur. Dolayısıyla iki meselenin hükmünün de aynı olması veya iki zararın arasının hükümde farklılığı gerektirecek bir şekilde ayrılması gerekir.

٥. الفرق بين عزل الوكيل بفعل من الموكل وبين انعزاله بسبب آفة سماوية

[التسهيل] ولو دفع أحدهما إلى رجل كُرِّ بُرِّ وأمره بشراء قن به فشرى

الوكيل قنا بكُرِّ بُرِّ وسطٍ مثله بغير عينه أي لم يشتريه بكُرِّ الأمر بل شره بكُرِّ

مثل كُرِّ الأمر في الوسطية ولكنه في الذمة صح استحساناً لأنه أمره بالشراء

٥ بكُرِّ وَسَطٍ وقد اشترى به.

والقياس أنه يصير مخالفاً مشترياً لنفسه لأنه أمره بالشراء بكُرِّ بعينه والبُرِّ

تعيّن فصار كالعرض فإذا اشترى بالدين صار مخالفاً.

فلو لم يشتر الوكيل حتى نقضا المفاوضة وفاوض كلُّ آخر ثم شره

الوكيل عالماً نقضهما المفاوضة سلمَّ القنَّ للأمر لما مرَّ من بطلان المفاوضة

١٠ الأولى وإلا أي لو شره غير عالمٍ نقضهما شركه الأول أي القنُّ بين الأمر

وشريكه الأول لأنه يُعتبر وكيلاً حيثُذ في حقِّ الأول أيضاً إذ لو انعزل في

حقِّه تضرَّر الوكيل بضمّان نصف الكُرِّ للأول وإنما يضمنُ للنقد من المشترك

فإن أنكر المدفوعُ إليه كان مشتركاً بين الأمر وشريكه الأول فإذا نقده يضمنُ

بخلاف ما إذا لم يتقد.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: لما شرط هذا العلم بالعزل الحكمي لتضرر

الوكيل بالضمّان ينبغي أن يشترط العلم في سائر أفراد العزل الحكمي

كالعزل القصدي. لأنه لا يخلو عن الضرر الذي ذكره لشرط العلم في

العزل القصدي، فينبغي أن يطرد الحكم أو يفرق بين الضررين بوجه يستدعي

اختلاف الحكم.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu itirazına hükmî azlin uygulandığı yerler arasındaki farkın açıklanması suretiyle cevap verilebilir.

Kâsânî, *el-Bedâi'*de vekâlet konusunun sonunda şöyle demiştir: “Diğer yandan azletme ve yasaklama dışında, vekâletin sona ermesi noktasında vekilin vekâleti sona erdiren şeyleri bilmesi ile bilmemesi arasında bir fark yoktur. Fakat bu tür konuların bir kısmı ile diğer kısmı arasında başka açıdan bir farklılık söz konusudur. O da şudur: Müvekkil, satılması konusunda başkasına vekâlet verdiği köleyi bizzat kendisi satar ve vekil de bunu bilmeden köleyi satar ve semeni kabzeder, semen de elinde iken helak olur ve köle de müşteriye teslimden önce ölür ve müşteri de teslim ettiği semen konusunda vekile rücû ederse bu durumda vekil de müvekkile rücû eder. Müvekkilin köleyi müdebber hâle getirmesi, azat etmesi, kölenin başkasına ait olduğunun ortaya çıkması ya da kölenin hür olduğunun anlaşılması durumları da böyledir. Müvekkilin ölmesi, aklını yitirmesi veya satılması konusunda birine vekâlet verilen kölenin ölmesi ve benzeri durumlarda ise vekil, müvekkile rücû edemez. Bu durumun diğerlerinden farkı şudur: Yukarıdaki meselelerde vekil, her ne kadar müvekkilin tasarrufu sebebiyle azledilmiş olsa da müvekkilin bunu kendisine bildirmemesi sebebiyle onun tarafından aldatılmış olur. Dolayısıyla söz konusu olabilecek tazmin konusunda ona kefil olmuş olur ve kefâletten dolayı söz konusu olan tazmin konusunda ona rücû eder. Zira aldatmadan kaynaklanan tazmin, gerçekte kefâletten kaynaklanan tazmindir. Müvekkilin ölümü, kölenin helak olması, müvekkilin aklını yitirmesi ve benzeri durumlarda ise aldatma sabit olmamıştır. İşte başka açıdan söz konusu olan fark budur.”¹

Bu açıklamadan farkın özetle şu olduğu ortaya çıkmaktadır: Vekilin, hükmî azil ile azledilmesi, hakikaten veya hükmen müvekkilden kaynaklanan bir fiil sebebiyle olur ve vekil de müvekkilin bunu kendisine bildirmemesi sebebiyle aldatılmış olursa bu durumda azledildiğini bilmeden önce yapmış olduğu tasarruf hakkında azledilmiş sayılmaz. Şayet vekilin azli, müvekkilden kaynaklanan bir fiil sebebiyle olmaz da müvekkilin ölmesi, aklını yitirmesi ve kölenin helak olması gibi semavî bir âfet sebebiyle olursa bu durumda vekil azledilmiş olur ve azledilmiş olduğunu öğrenmeden önce tasarrufta bulunmuş olsa bile azilden sonra yaptığı tasarruf konusunda müvekkile rücû edemez.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, VI, 39.

[فاضل أمير] نقول: الجواب عنه ببيان الفرق بين أفراد العزل الحكمي متفرقا بعضها عن بعض.

قال في البدائع في آخر كتاب الوكالة: ثم هذه الأشياء التي ذكرنا أنه يخرج به الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما إذا علم الوكيل بها أو إذا لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيها بين البعض والبعض من وجه آخر، وهو أن الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل فباعه وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري فرجع المشتري على الوكيل بالثمن يرجع الوكيل على الموكل. وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حرّ الأصل. وفيما إذا مات الموكل أو جنّ أو هلك العبد الذي وكل ببيعه أو نحو ذلك لا يرجع. والفرق أن الوكيل هناك وإن صار معزولا بتصرف الموكل لكنه صار مغرورا من جهته بترك إعلامه إياه، فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة. إذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة. ومعنى الغرور لا يتقرر في الموت وهلاك العبد والجنون وأخواتها. فهو الفرق، انتهى.

فظهر من هذا التفصيل أن حاصل الفرق هو أن عزل الوكيل بالعزل الحكمي إن كان بفعل من الموكل حقيقة أو حكما وكان مغرورا بترك إعلامه إياه لا يعزل في التصرف الذي فعله قبل أن يعلم بعزله. وإن لم يكن بفعل منه بل بآفة سماوية كموت الموكل وجنونه وهلاك العبد يعزل ولا يرجع في التصرف الذي كان بعد العزل على الموكل وإن تصرف قبل العلم بالعزل.

Bizim burada üzerinde durduğumuz meselede ise vekilin azli, müvekkilden kaynaklanan bir fiil -ki, bu da ilk mufâvaza ortaklığını bozması ve bunu vekile bildirmemesidir- sebebiyle olduğu için bu tasarruf konusunda vekil azledilmiş olmaz ve her iki ortağın vekili olarak iş yapmış olur.

5 Şöyle denilemez: “Vekilin azli konusunda açıklanan bu fark tam bir fark değildir. Çünkü bundan çıkan sonuç şudur: Ticaret yapmak üzere kendisine vekâlet verilen kişinin tasarrufu, -öldüğünü bilmeyerek emreden ölümünden sonra sermayenin bir kısmı ile satın aldığı ve kalan sermaye mukabilinde taşıdığı elbiseler konusunda- emreden hakkında sahih
10 olmaz. Çünkü vekilin azli, emreden ölmesi ile gerçekleşmiştir. Farkın açıklanması konusunda söylendiği gibi vekilin, emreden ölümünü bilip bilmemesi eşittir. Dolayısıyla ticaret yapan vekilin, taşıma giderlerini emreden öldükten sonra emreden malından tazmin edememesi, belirtilen farka uygun düşmez.”

15 Çünkü biz diyoruz ki, izah edilmeye çalışılan fark, kıyasın gereği olarak, özellikle hükmi azil ile ilgili cüz’î meselelere terettüp eden hükümler hakkındadır. Kıyasa dayalı bir ilkedden, -istihsân denilen- gizli bir delil sebebiyle hariç tutulan şey, söz konusu ilke hakkında bir kusur oluşturmaz. Yukarıda belirtilen mesele ticaret yapan vekilin tazminle yükümlü olma-
20 ması ve yaptığı tasarrufun emreden hakkında geçerli olması, Şeyh’in vekâlet konusunun tekmile kısmında *ez-Ziyâdât*’tan aktardığı gibi istihsânın gereği olan bir hükümdür.

Bu meselede istihsânın vechinin şöyle olması muhtemeldir: Bidâa akdi ile ticaret yapan vekil, malları alıp onları başka bir beldeye götürdüğünde
25 ve bunlarla birtakım elbiseler alıp ticaret yapmasına izin veren müvekkilin hayatta olduğu düşüncesiyle bunlardan bir kısmını taşımaya harcasa, bu durumda taşımaya yaptığı harcama konusunda yaptığı tasarruf, ticaret yapan vekilin emreden ölümünden sonra taşımaya harcama olması sebebiyle emreden adına geçerli olmasa ve ticaret yapan vekilin taşımaya
30 yaptığı harcamaları tazmin etmesi gerekli olsa bu durumda ticaret yapan vekil tamamen aldatılmış olur ve hakkında açık bir sıkıntı söz konusu olur. Zira mesafe uzak olduğunda onun, emreden öldüğünü bilmesi mümkün olmayabilir. Şeyh’in *ez-Ziyâdât*’tan naklettiği “İstihsâna göre ticaret yapan vekil bunu tazmin etmez, çünkü şayet tazmin edecek olsa aldatılmış olur.”
35 ifadeleri de bu duruma işaret etmektedir.

ففيما نحن فيه لما كان عزل الوكيل بفعل من الموكل وهو نقضه المفاوضة الأولى وأن لا يعلمه بالوكيل فلم ينعزل الوكيل في هذا التصرف، فكان عاملاً وهو وكيل عنهما.

لا يقال إن هذا الفرق ليس بتام، لأن اللازم منه أن لا يصح تصرف المستبضع في حق الأمر فيما شرى الثياب ببعض البضاعة وحملها ببقيته بعد أن مات أمره ولم يعلم بموته. لأن عزله كان بموت الأمر والعلم وعدمه فيه سواء كما قيل في بيان الفرق. فعدم ضمان المستبضع ما صرفه إلى الكرا من مال الأمر بعد موت الأمر لا يلائم الفرق المذكور.

لأننا نقول: إن الفرق الممهد إنما كان في الأحكام المترتبة على أفراد العزل الحكمي بموجب القياس. وما خرج من الأصل المقرر على القياس بدليل خفي يعبر عنه بالاستحسان لا يقدح في ذلك الأصل. وعدم ضمان المستبضع ونفاذ تصرفه على الأمر في الصورة المذكورة إنما كان بالاستحسان كما قاله الشيخ في تكملة كتاب الوكالة نقلاً عن الزيادات.

ولعل أن وجه الاستحسان في هذه الصورة هو أن المستبضع لما أخذ البضاعة وحملها إلى بلدة أخرى وشرى بها ثياباً ودفع بعضها إلى الكرا على زعم أن المبضع حي، فلو لم ينفذ ما دفعه إلى الكرا على الأمر بسبب أن المستبضع استكراه بعد موت الأمر ولزم على المستبضع ضمان ما دفعه إلى الكرا لكان المستبضع مغروراً تاماً ولزم عليه حرج بين. إذ المسافة إذا بعدت لا يتيسر له الوقوف على موت الأمر. ويشير إليه ما نقله عن الزيادات من قوله «وفي الاستحسان لا يضمن لأنه لو ضمن يصير مغروراً».

