

HÂŞİYE ALE'T-TESHÎL

Şeyh Bedreddîn'in
Mezhep İçi Eleştirilerine Cevaplar

FÂZIL EMÎR

2. 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
2. 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, Kismet, 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, Mûsâkat, 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, *Hâşiyeye Ale't-Teshil*

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

ISBN: 978-975-17-5837-8 (2.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)

2. 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

İÇİNDEKİLER

MUDÂREBE

1. Fuzûlînin Tasarrufunun Önce Reddedilip Sonra Onaylanması 954
2. Mudârebenin Fesâdını Gerektiren Şart, Gerektirmeyen Şart Ayrımı 956
3. Sözün İhbâr veya İnşâ Olmasının İtkin Nefâzı Üzerindeki Etkisi 964
4. Mudâribin, Mudârebe Malı Olan Cârîyeden Doğan Çocuğun Kendine Ait Olduğu İddiasının Geçerliliğinin Tazmin Açısından Sonucu 970
5. Mudârebe Sermayesi ile Satın Aldığı Malı Taşımak için Mudâribin Borçlanması 974
6. Mudâribin Borçlanması ile Vekilin Borçlanması Arasındaki Fark 980
7. İkinci Mudâribin Tazmin Sebebiyle Mudârebe Malına Malik Olması 986
8. Butlan Açısından Mudâribin Dârulharbe İlticâsı ile Vekilin İlticâsı Arasındaki Fark 992
9. Mudârebe Akdinde Mükâteb Kölenin Bedelin Tamamını Ödediğinde Hür Olması 994

VEKÂLET

1. Had ve Kısas Suçlarının İspatı Hususunda Vekâlet Verilmesinin Hükmü 1000
2. Husûmete Vekil Olan Kişinin Müvekkili Aleyhine İkrarı 1004
3. Husûmete Vekil Olan Kişinin Kabza da Vekil Olması 1012
4. Borçlunun Vekâlet İddiasında Bulunan Kimseye Ödeme Yapması 1018
5. Müvekkilin Gıyabında Hüküm Verilmesi 1024
6. Birine Ait Malı Başkası Adına Kabzetmeye İlişkin İkrar 1030
7. Borç İstemek İçin Vekâlet Vermek 1034
8. Vekâletle Alınan Karzın Telef Olması Hâlinde Müvekkile Rücû' Etmek Hükmi 1038
9. Vekâlet Konusu Olan Şeydeki Bilinmezlik Açısından Vekâletin Kısımları 1042
10. Satın Alınacak Malın Parasının Vekile İzafe Edilerek Vekâlet Verilmesi 1050
11. Mutlak Vekâletin Örf ile Kayıtlanması 1058
12. Satın Alınan Malın Kimin Olduğu Konusunda Vekil ile Müvekkil Arasında Anlaşmazlık 1060
13. Vekilin Aldığı Malın Kime Ait Olduğunu Tespit Yolları 1064

فهرس

كتاب المضاربة

- ٩٥٥ . ١ . حكم إجازة المالك بيع الفضولي بعد ردّه
- ٩٥٧ . ٢ . الفرق بين الشرط الذي يفسد المضاربة وبين لا يفسدها
- ٩٦٥ . ٣ . أثر كون الكلام إخباراً أو إنشاءً في نفاذ العتق
- ٩٧١ . ٤ . أثر نفوذ دعوى المضارب أنّ ولد الأمة ابن له من حيث الضمان
- ٥٧٩ . ٥ . استقراض المضارب مال المضاربة لحمل ما اشتراه
- ٩٨١ . ٦ . الفرق بين استدانة المضارب وبين استقراض الوكيل
- ٩٨٧ . ٧ . ملك المضارب الثاني مال المضاربة بالضمان
- ٩٩٣ . ٨ . الفرق بين لحقوق المضارب إلى دار الحرب وبين لحقوق الوكيل من حيث البطلان
- ٩٩٥ . ٩ . الخلاف في عتق العبد المكاتب في المضاربة إذا أدى بدل الكلّ

كتاب الوكالة

- ١٠٠١ . ١ . التوكيل بإثبات الحدود والقصاص
- ١٠٠٥ . ٢ . إقرار الوكيل بالخصومة على موكله
- ١٠١٣ . ٣ . كون الوكيل بالخصومة وكيلاً بالقبض
- ١٠١٩ . ٤ . دفع الغريم لمن ادعى الوكالة
- ١٠٢٥ . ٥ . القضاء في غيبة الموكل
- ١٠٣١ . ٦ . الإقرار بحق القبض للغير في مال الغير
- ١٠٣٥ . ٧ . التوكيل بالاستقراض
- ١٠٣٩ . ٨ . حكم الرجوع إلى الموكل عند هلاك المستقرض بالوكالة
- ١٠٤٣ . ٩ . أقسام الوكالة من حيث الجهالة في محل الوكالة
- ١٠٥١ . ١٠ . التوكيل بالشراء بدين على الوكيل
- ١٠٥٩ . ١١ . تقييد الوكالة المطلقة بالعرف
- ١٠٦١ . ١٢ . اختلاف الوكيل والموكل في المال المشتري لمن هو؟
- ١٠٦٥ . ١٣ . طرق تعيين من اشترى الوكيل له

14. Malın Müvekkilin Olması Şartıyla Bir Şeyi Satın Almak için Vekâlet	1068
15. Zımnî Vekâlet	1070
16. Vekilin, Müvekkilinin Vekâlet Verdiği Görevlerin Bir Kısımını Yerine Getirmesi	1074
17. Vekilin, Lehine Şahitlik Edemeyeceği Kimselerle Alım Satım Yapması	1080
18. Vekilin, Satmakla Yetkilendirildiği Malı Kendi Kölesine Satması	1082
19. Bir Şeyi Muhayyerlikle Satmaya Tevki Edilen Vekilin Muhayyerlik Süresini Azaltarak Satması (Mukayyet Vekâlet)	1086
20. Sulh Etme Vekâleti	1090
21. Vekilin İrtidat Etmesi hâlinde Vekâletin İptal Olması	1096
22. Sadaka Vekâletinde Vekilin Tasarruflarının Sınırı	1104
23. Vekilin Satın Aldığı Malın Bir Başkasına Ait Olduğunun Anlaşılması	1106
24. Emanet Yoluyla Yapılan Kabzın Satım Kabzı Yerine Geçmesi	1110
25. Vekilin Sattığı Malı Kabz Etmesi ile İlgili Hükümler	1112
26. Ücretli Vekâlette Yapılan İş Miktarındaki Bilinmezlik	1116
27. Hükmî Azilde Vekilin Azledildiğini Bilmeden Tasarrufta Bulunması	1118
28. Vekâlet Akdinde Paranın Taayyün Etmesi	1120
29. Satım Vekâletinde İşaret Edilenle Söylenenin Farklı Olması	1124
30. Mudârebe Akdinin Fâsit Olması Zımnında Yer Alan Vekâlet Akdinin Fâsit Olması	1128

KEFÂLET

1. Şartlı Kefâlette Şartın Yerine Gelmemesi	1134
2. “Had cezalarında şahsa kefâlet için icbar yoktur.” Sözüünün Kapsamı	1140
3. Diyet ve Yaralamalarda Kefâletin Hükmü	1146
4. Kefâletin Şarta Ta’lik Edilmesi	1146
5. Kefâlet Akdinin Şarta Ta’liki ile Tecili Arasındaki Fark	1164
6. Kefâlet Akdinin Fâsit Şartla Fâsit Olmaması	1168
7. Köle ile Efendisi Arasında Kefâlet	1168
8. Teslimi Mümkün Olmayan Şeylerde Yapılan Kefâlet	1172
9. Helal Olmayan Bir Mal Üzerine Yapılan Kefâlet Akdinin Tarafların Müslüman Olması ile Hükümsüz Olması	1174

- ١٠٦٩ .١٤ التوكيل بشراء شيء على أن يكون المبيع للموكل
- ١٠٧١ .١٥ الوكالة الضمنية
- ١٠٧٥ .١٦ إتيان الوكيل ببعض ما أمر به الموكل
- ١٠٨١ .١٧ عقد الوكيل مع من ترد شهادته له
- ١٠٨٣ .١٨ بيع الوكيل من قنه
- ١٠٨٧ .١٩ حكم بيع الوكيل بالخيار بمدة أقل مما عيّنه الموكل (الوكالة المقيدة)
- ١٠٩١ .٢٠ التوكيل على الصلح
- ١٠٩٧ .٢١ بطلان الوكالة برده الوكيل
- ١١٠٥ .٢٢ حد تصرف الوكيل بالتصدق
- ١١٠٧ .٢٣ استحقاق المال المشتري بالوكالة
- ١١١١ .٢٤ شراء المودع والوديعة في يده لا يعد قابضا للشراء
- ١١١٣ .٢٥ الأحكام في قبض الوكيل بالبيع
- ١١١٧ .٢٦ الجهالة بمقدار العمل في الوكالة بالأجرة
- ١١١٩ .٢٧ تصرف الوكيل من غير علم بعزله حكماً
- ١١٢١ .٢٨ تعيين النقود في الوكالة
- ١١٢٥ .٢٩ الفرق بين المشار إليه والمسمى في الوكالة بالبيع
- ١١٢٩ .٣٠ فساد الوكالة ضمن فساد المضاربة

كتاب الكفالة

- ١١٣٥ .١ عدم تحقق الشرك في الكفالة
- ١١٤١ .٢ تقييد لقول الفقهاء: لا جبر على الكفالة بالنفس في الحدود
- ١١٤٧ .٣ حكم الكفالة بالدية والشجاج
- ١١٤٧ .٤ تعليق الكفالة بالشرط
- ١١٦٥ .٥ الفرق بين تعليق الكفالة وتأجيلها
- ١١٦٩ .٦ عدم فساد الكفالة بالشروط الفاسدة
- ١١٦٩ .٧ الكفالة بين العبد ومولاه
- ١١٧٣ .٨ الكفالة بما لم يمكن تسليمه
- ١١٧٥ .٩ بطلان الكفالة على شيء حرام بعد إسلام الطرفين أو أحدهما

HAVÂLE

1. Alacaklının, Muhîli İbrâ Etmesi 1180
2. Borcun, Muhilin zimmetine dönmesi 1182
3. Havalenin Vekâlet Anlamında Kullanılması 1186
4. Şer'î Hükümleri Bilmemek Mazeret midir? 1192
5. Mükâtebin Kitabet Bedeline Havale 1198
6. Kefilin Alacaklıyı Başka Birine Havale Etmesi 1200
7. Borcun Farklı Cinsteki Alacağa Havale 1206
8. Kefilin İbrâsı ve İbrânın Türleri 1214
9. Yüksek Kalitedeki Dirhem Alacağı Yerine Düşük Kalitedekine Razi Olup Alacaklısına Havale Etme 1218

SULH

1. Sükût ve İnkâr Üzerine Yapılan Sulhun Cevazıyla İlgili Tartışmalar 1222
2. Bir Kısmı Alınan Hakkın Kalan Kısmı İçin Sulh Yapılması 1232
3. Sulhun Ta'lik ve Gelecek Zamana İzafe Edilmesi 1240
4. Bir Şey Bâtıl Oldukta Onun Zımınındaki Dahi Bâtıl Olur 1244
5. Müşterek Alacakta Ortaklardan Birinin Kendi Hissesi Karşılığında Borçlu ile Sulh Yapması 1248
6. Üzerinde Sulh Yapılan Bedelin Başkasına Ait Çıkması 1254

HİBE

1. Sahih Olup Olmama Açısından Hurmanın İçindeki Çekirdeğin Hibe Edilmesi ile Satılması Arasındaki Fark 1260
2. Bedel Olmama Kaydı ile Yapılan Hibede Rücû İmkânı 1266
3. Hibe Edilenin Hibe Edene Bir Şey Vermesi Rücûa Mâni midir? 1268
4. Muayyen Olmayan Bir Bedel Şartı ile Yapılan Hibe Sahih Olur mu? 1276
5. İbrânın Şarta Bağlanması Tasrîhen Olması ile Delâleten Olması Arasındaki Fark 1282
6. Sadakadan Rücû ile Hibeden Rücû Arasındaki Fark 1284
7. Rum Diyarında Kadının Mehrini Hibe Etmesi Şeklindeki Teamül 1288
8. Hibe Edilen Şeyin, Hibe Edenin Malı ile Meşgul Olması, Hibenin Sıhhatine Engel Olur mu? 1290
9. Hibe Edilen Şeyin Şâyi Olduğunun Anlaşılması 1300

كتاب الحوالة

- ١١٨١ .١ إبراء المحال دين المحيل
- ١١٨٣ .٢ عود الدين إلى ذمة المحيل
- ١١٨٧ .٣ استعمال الحوالة بمعنى الوكالة
- ١١٩٣ .٤ هل الجهل بأحكام الشرعية عذر؟
- ١١٩٩ .٥ إحالة الغريم على بدل الكتابة
- ١٢٠١ .٦ إحالة الكفيل غريمه على الغير
- ١٢٠٧ .٧ حوالة الدين على دين بجنس آخر
- ١٢١٥ .٨ إبراء الكفيل وأنواع الإبراء
- ١٢١٩ .٩ حوالة الجياد على النهج

كتاب الصلح

- ١٢٢٣ .١ الخلاف في جواز الصلح عن الإنكار والسكوت
- ١٢٣٣ .٢ الصلح على الحق المستوفى بعضه
- ١٢٤١ .٣ تعليق الصلح وإضافته إلى المستقبل
- ١٢٤٥ .٤ الأصل: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه
- ١٢٤٩ .٥ مصالحة أحد الشركاء في دين مشترك عن حصته
- ١٢٥٥ .٦ استحقاق بدل الصلح

كتاب الهبة

- ١٢٦١ .١ الفرق بين هبة التوى في التمر وبين بيعه من حيث الصحة وعدم الصحة
- ١٢٦٧ .٢ هل يمنع تقييد الهبة بنفي العوض الرجوع
- ١٢٦٩ .٣ هل يمنع إعطاء الموهوب له الواهب شيئاً الرجوع
- ١٢٧٧ .٤ هل تصح الهبة بشرط عوض بلا عينه
- ١٢٨٣ .٥ الفرق بين تعليق الإبراء بالشرط صريحاً وبين تعليقه دلالة
- ١٢٨٥ .٦ الفرق بين الرجوع في الصدقة وبين الرجوع في الهبة
- ١٢٨٩ .٧ تعامل أهل الرؤم في هبة العروس مهرها
- ١٢٩١ .٨ هل يمنع كون الموهوب مشغولاً بملك الواهب صحة الهبة
- ١٣٠١ .٩ ظهور الموهوب شائعاً

GASP

1. Mislî Olmayan Mallarda Kıymetin Belirlenme Zamanı 1306
2. Gâsıbın Gasbettiği Maldan Elde Ettiği Gelir 1312
3. Gasbedilen Malın Tazminden Sonra Ortaya Çıkması hâlinde Malik ve Gasbeden Açısından Muhayyerlik Hakkı 1318
4. Gasbedilmiş Malın Tazminden Sonra Ortaya Çıkması Durumu 1322
5. Maliklik Açısından Gasbedilen Koyunu Kesmekle Kavurmak Arasındaki Fark 1324
6. Şarabı İtlaf Edilen Zimmînin Müslüman Olması 1328
7. Gasbedenin Tuz Katıp Sirkeye Dönüştürdüğü Şarabı Malikin Hiçbir Şey Ödemeden Geri Alması 1330
8. Gaspedilip Hamile Kalan ve Malikine İade Edildikten Sonra Doğum Sırasında Ölen Cârîyenin Kıymetinin Ödenmesi 1334
9. Emredenin Tazminle Yükümlü Olduğu Durumlar 1338

VEDİA: EMANET

1. Emanetçinin Emanet Malı Kendi Malı ile Karıştırması 1340
2. Emanetçinin Emanetçisi Tazminle Sorumlu Mudur? 1344

ARİYET: KULLANIM ÖDÜNCÜ

1. Âriyet Sözcüğünün Kökü 1352
2. Kadri Şeylerin Âriyet Olarak Verilmesi Karz mıdır, Âriyet midir? 1354
3. Ödünç Alınan Arazide Belirlenen Sürenin Bitmesine Rağmen Ekinin Olgunlaşmaması 1356
4. Borç Ödemeye Vekil Olan Kişi, Müvekkilin Borcunu Ödemek Zorunda mıdır? 1358

LUKATA: BULUNTU MAL

- Meçhul Birine Temlik Mümkün mü? 1366

HÜNSÂ: ÇİFT CİNSİYETLİ

- Hünsâ-yı Müşkilin Avret Mahalli 1372

ÂBIK: KAÇMIŞ KÖLE

1. Kaçmış Kölenin Geri Getirilmesi Durumunda Ödül 1376
2. Kadı, Gaip Kişiye Ait Bir Malı Hangi Durumda Satabilir? 1378

كتاب الغصب

١. وقت تعين القيمة في غير المثلي ١٣٠٧
٢. استغلال الغاصب من المغصوب ١٣١٣
٣. حق الخيار للمالك أو الغاصب بظهور المغصوب بعد الضمان ١٣١٩
٤. ظهور المغصوب بعد الضمان ١٣٢٣
٥. الفرق بين ذبح الغاصب الشاة وبين شيه في تملكه المغصوب ١٣٢٥
٦. إسلام الذمي الذي أتلف خمرة ١٣٢٩
٧. أخذ المالك الخمر مجاناً بعد التخليل بإلقاء الغاصب الملح فيه ١٣٣١
٨. وجوب قيمة الأمة المغصوبة أحيلها الغاصب بعد ردها إلى المالك ١٣٣٥
٩. الصور التي يضمن الأمر بأمره ١٣٣٩

كتاب الوديعة

١. خلط المودع الوديعة بمال نفسه ١٣٤١
٢. هل يضمن مودع المودع ١٣٤٥

كتاب العارية

١. اشتقاق لفظ «العارية» ١٣٥٣
٢. إعارة القدر هل هو قرض أم عارية؟ ١٣٥٥
٣. انقضاء الوقت المضروب قبل إدراك الزرع في عارية الأرض ١٣٥٧
٤. هل يجبر الوكيل على قضاء دين موكله؟ ١٣٥٩

كتاب اللقطة

- هل يمكن التملك للمجهول؟ ١٣٦٧

كتاب الخنثى

- عورة الخنثى ١٣٧٣

كتاب اللأبق

١. الجعل لمن رد الأبق ١٣٧٧
٢. بيع القاضي مال الغائب ١٣٧٩

İHYÂ-İ MEVÂT: ÖLÜ ARAZİNİN İHYASI

Su Arkının Harimi Var mıdır? 1384

MÜSÂKAT: SULAMA ORTAKLIĞI

1. Ratbede Müsâkât Akdi 1390
2. Boş Bir Arazide Ağaç Dikmek Üzere Âmilin, Arazi Sahibi ile Ortak Olması 1394

NİKÂH: EVLENME

1. İki Zimmînin Şahitsiz Olarak Evlenmesi 1398
2. İki Kız Kardeşle Evlenilmesi ve Hangisinin Nikâhının Önce Olduğunun Bilinmemesi 1400
3. Kişinin Kendi Cârîyesi ile Evlenmesi 1404
4. Mahrem ve Namahrem Tek Bir Akitle Nikâhlanması 1406
5. Velinin, Küçük Çocuğa Ait Cârîyeyi Evlendirmesi 1408
6. Nikâh ve Alım Satım Akitlerinin Kuruluşu Arasındaki Fark 1412
7. Fuzûlînin İki Taraf Adına Akit Yapması 1416
8. Açıktan ve Gizliden İki Ayrı Nikâh Akdi Yapılması hâlinde Mehrin Durumu 1418
9. Mehrin Miktarı Konusunda Tarafların Anlaşmazlığı 1424
10. Miktarı Konusunda İhtilafa Düşülen ve Beyyine Bulunmayan Durumda Mehrin Tespiti 1430
11. Şarap ve Domuz Satmaları Câiz Olmasına Rağmen Zimmîlerin Bunları Mehir Olarak Verememelerinin Gerekçesi 1432
12. Domuz ve Şarabın Mehir Olarak Verilip Daha Sonra Karı-Kocadan Birinin Müslüman Olması hâlinde Mehrin Durumu 1436
13. Buluğ Muhayyerliği ile Itk Muhayyerliği Arasındaki Farklar 1440
14. Bir Şey Sabit Olduğunda Lâzımları ile Birlikte Sabit Olur 1442

RADÂ: SÜT EMME

Nesep İkrarı için, İkrarda Sebat Etmek Şart mıdır? 1450

TALÂK: BOŞAMA

1. Sarhoşun ve Mükrehin Talâkının Problemlili Oluşuna Verilen Cevap 1454
2. “Rahmini Temizle!” Sözü ile Talâkın Gerçekleşmesi için Niyete İhtiyaç Var mıdır? 1458
3. Kocanın “Enti Tâlikun Külle Yevm” Sözü ile “Enti Tâlikun fi Külli Yevm” Sözü Arasındaki Fark 1462

كتاب إحياء الموات

هل للنهر حریم؟ ١٣٨٥

كتاب المساقات

١. المساقاة في الرطبة ١٣٩١
٢. شركة العامل مع رب الأرض في الغرس ١٣٩٥

كتاب النكاح

١. نكاح الذميين بغير شهود ١٣٩٩
٢. نكاح الأختين ولم يدر الأول ١٤٠١
٣. هل يحرم نكاح المولى أمته؟ ١٤٠٥
٤. نكاح المحرم وغير المحرم في عقد واحد ١٤٠٧
٥. تزويج الولي أمة طفله ١٤٠٩
٦. الفرق بين إنشاء البيع وإنشاء النكاح ١٤١٣
٧. تولى الفضولي طرفي النكاح ١٤١٧
٨. إذا تزوجها في السر على مهر ثم تزوجها في العلانية بأكثر منه أيهما أعتبر؟ ١٤١٩
٩. اختلاف الطرفين في مقدار المهر ١٤٢٥
١٠. الاختلاف في مقدار المهر عند عدم البيئة ١٤٣١
١١. عدم جواز إهمار الذمي الخمر والخنزير مع جواز بيعهما له ١٤٣٣
١٢. إسلام أحد الزوجين بعد النكاح على خمر أو خنزير ١٤٣٧
١٣. الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق ١٤٤١
١٤. الشيء إذا ثبت ثبت بلوآزمه ١٤٤٣

كتاب الرضاع

هل الثبات في إقرار النسب شرط؟ ١٤٥١

كتاب الطلاق

١. الجواب عن إشكالية طلاق المكروه والسكران ١٤٥٥
٢. الطلاق بقول «استبرئي» هل يحتاج فيها إلى النية لوقوع الطلاق أم لا؟ ١٤٥٩
٣. الفرق بين قوله «أنت طالق كل يوم» وبين قوله «أنت طالق في كل يوم» ١٤٦٣

4. Ebû Hanîfe'ye göre Talâkın Ölûme Bağlanması ile Ömrün Uzun Olmasına Bağlanması Arasındaki Fark 1466
5. Kocanın "İ'teddî, i'teddî, i'teddî" Dedikten Sonra Talâkı Kastetmediğini Söylemesi 1472
6. "İ'teddî, i'teddî, i'teddî" Sözünde Kocanın "Birincisiyle Talâka, İkincisiyle Hayza Niyet Ettim, Üçüncüsüyle Hiçbir Şeye Niyet Etmedim." Demesi 1474
7. "İ'teddî, i'teddî, i'teddî" Sözünde Kocanın "Birincisiyle Talâka, Diğer İkişile Hiçbir Şeye Niyet Etmedim." Demesi 1476
8. Kışının Karısına "Bu Benim Kızımdır." Demesi ile Kölesine "Bu Benim Oğlumdur." Demesi Arasındaki Fark 1478
9. 'İhtârî' Sözünde Üç Talâka Niyet Edilmesinin Sahih Olmaması 1486
10. "İhtertü Nefsî bi Vâhide" Sözü ile Üç Talâkın Gerçekleşmesi 1490
11. Kocanın, Talâkı Üçüncü Bir Şahsın Fiiline Bağlaması Konusunda Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un Görüşünün Problemlili Olması 1494
12. Yemine Niyet Etmese de Kocanın 'Sana Yaklaşırsam Sen Bana Haramsın.' Sözü ile İlânın Gerçekleşmesi 1498
13. Hasta Kocanın İlâdan Sözlü Olarak Dönmesi Konusunda Ebû Yûsuf'un Görüşünün Problemlili Olması 1502
14. Tamamlanmış Nikâh Akdinin Feshi 1506
15. Babanın, Küçük Kızı Hakkında Onun Malı Karşılığında Muhâlea Yapması 1508
16. Bir ya da Daha Fazla Fakire Verilmesi Açısından Oruç ve Zihâr Keffâreti ile Sadaka-i Fıtır Arasındaki Fark 1510
17. Niyetin Tayini 1514
18. Farz ve Nafile Namaza Niyet Edenin Namaza Başlamasının Bâtıl Olması 1520
19. Farz ve Nafile Hacca Birlikte Niyet 1524
20. Liânda Şehadet Ehliyeti mi, Yoksa Yemin Ehliyeti mi Şarttır? 1526
21. Liân veya Haddin Geçerli Olduğu ve Olmadığı Durumlar 1528
22. Kör Karı ile Kocası ve Kör Koca ile Karısı Arasında Liânın Geçerli Olması 1530
23. Hizmetçilerinden Birini Karısına Vermesi, Kocadan Hizmetçi Nafakasını Düşürür mü? 1532
24. Peşin Verilen Nafakanın Kocanın veya Karının Ölümüyle Geri Alınması 1534
25. İddetten Sonra Annenin, Çocuğunu Emzirmesi için Kiralanması 1536

- ١٤٦٧ .٤ . الفرقُ بين تعليق الطَّلَاقِ بالموت وبين تعليقه بطولِ العمرِ عند أبي حنيفة
- ١٤٧٣ .٥ . قول الزوج «لم أُوِّ شَيْئًا مِنَ الطَّلَاقِ» بعد قول «اعتدِّي اعتدِّي»
- ١٤٧٥ .٦ . قول الزوج في قول «اعتدِّي اعتدِّي اعتدِّي»، «نويثُ بالأوَّلَى طلاقًا وبالثانية
حيضًا ولم أُوِّ الثالثة شيئًا»
- ١٤٧٧ .٧ . قول الزوج في قول «اعتدِّي اعتدِّي اعتدِّي»، «نويثُ بالأوَّلَى طلاقًا ولم أُوِّ
بالباقيتين شيئًا»
- ١٤٧٩ .٨ . الفرق بين قوله لامرأته «هَذِهِ بَيْتِي» وبين قوله لعبده «هَذَا ابْنِي»
- ١٤٨٧ .٩ . عدم صحَّة نيةِ الثَّلاثِ في قول «اختاري»
- ١٤٩١ .١٠ . وقوع الطَّلَاقِ الثَّلاثِ بقولها «اختزْتُ نفسي بواحدة»
- ١٤٩٥ .١١ . إشكالية رأى أبي حنيفة وأبي يوسف في تعليق الزوج طلاقها بفعل الأجنبيِّ
- ١٤٩٩ .١٢ . وقوع الإيلاء بقول الزوج «لو قربتك فأنت عليّ حرامٌ» وإن لم ينو
- ١٥٠٣ .١٣ . إشكالية رأى أبي يوسف في فَيء المريض بالقول
- ١٥٠٧ .١٤ . فسخ النكاح بعد تمامه
- ١٥٠٩ .١٥ . خلع الأبِ صغيرته بمالها
- ١٥١١ .١٦ . الفرق بين كَفَّارتي الصوم والظهار وبين صدقة الفطر من حيث دفعها إلى
مسكين واحدٍ فأكثر
- ١٥١٥ .١٧ . تعيين النية
- ١٥٢١ .١٨ . بطلان شروع من نوى ظهرًا ونفلاً معًا
- ١٥٢٥ .١٩ . نية حجِّ فرض وحجِّ نفلٍ معًا
- ١٥٢٧ .٢٠ . هل تشترط في اللعان أهلية الشهادة أم أهلية اليمين
- ١٥٢٩ .٢١ . الأحوال التي يجري فيها اللعان أو الحد
- ١٥٣١ .٢٢ . جريان اللعان بين العمياء وزوجها وبين الأعمى وزوجته
- ١٥٣٣ .٢٣ . إعطاء الزوج خادماً من خُدَمِهِ هل يسقط عنه نفقة خادِمِها
- ١٥٣٥ .٢٤ . استرداد النفقة المعجَّلة بموت الزوج أو موت الزوجة
- ١٥٣٧ .٢٥ . استجار الأم لإرضاع ولدها بعد العدة

ITK: KÖLE AZADI

1. “Enti Tâlikun an Vesâk” Sözü ile “Ente Hurrun min Hâze'l-Amel” Sözü Arasındaki Fark 1542
2. “Ey Mevlâm!” Sözü ile Azadın Gerçekleşmesi 1544
3. Kitabet Akdinden Sonra Satılan ve Efendisi Tarafından İkinci Kez Malik Olunan Kölenin Azadı 1546
4. Bir Kısmı Azat Edilen Kölenin, Azadın Bölünme Kabul Etmemesi Sebebiyle Çalıştırılması 1552
5. Baba, Oğlunun Cârîyesi ile İlişkide Bulduğunda Cârîye Doğurmasa Bile Baba, Cârîyeye Malik Olur mu? 1558
6. İki Efendinin Birlikte İddia Etmeleri hâlinde Çocuğun Nesebinin İkisinden de Sabit Olması ve Cârîyenin İkisinin de Ümmüveledi Olması 1560
7. Mükâtebe Ait Cârîyenin Çocuğunun Nesebinin Efendiden Sabit Olması ve Cârîyeye Malik Olması hâlinde Cârîyenin Ümmüveledi Olması 1564
8. İki Ortağın, Cârîyenin İkisinden Birinin Ümmüveledi Olduğunu İkrar Edip Ardından Birinin Ölmesi 1566
9. Mükâtebin Cârîye ile İlişkisinden Doğan Çocuğun Nesebinin Mükâtebden Sabit Olması 1568
10. Nefâz Bakımından Azat Kitabetten Hızlı Mıdır? 1570
11. Başkasına Ait Bir Malın Bedel Olması Şartıyla Yapılan Kitabet Akdinin Câiz Olup Olmaması 1574
12. Hür Babanın Köle Çocuğu Adına Kitabet Akdi Yapması 1578
13. Fakirin, Zekât Olarak Aldığı Şeyi Zengine İkram Etmesi 1582
14. Oğul ile Birlikte Bulunan Dedenin Veraset Durumu 1584

CİNÂYÂT: ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARI

1. Kısasın Uygulanmaması Durumunda Tazminat Yükümlülüğü 1588
2. Şüphenin Kısas Üzerindeki Etkisi 1590
3. Müessir Fiillerde Kısas Uygulanması 1592
4. Kısasın Sübut Yolu 1596

DİYETLER

1. Müessir Fiilin Sirayet Etmesi Durumunda Ödenecek Tazminat 1600
2. Zâhir Sebebin Dikkate Alınması 1604
3. Cârîyenin Ceninin Diyeti 1606

كتاب العتق

١. الفرق بين قول «أنت طالق عن وثاق» في الطلاق وبين قول «أنت حرٌّ من هذا العَمَلِ» في العتق ١٥٤٣
٢. العتق بقول «بِأَمْوَالِي» ١٥٤٥
٣. عتق العبد المكاتب الذي يبيع ثم ملكه سيده ثانيًا ١٥٤٧
٤. سعاية العبد المعتق بعضه بسبب عدم تجزئ العتق ١٥٥٣
٥. إذا وطئ الأبُّ أُمَّةَ ابنه هل يلزم أن يملكها وإن لم تلد ١٥٥٩
٦. ثبوت نسب الولد من السيدين إذا ادعياه وكون الأمة أم ولد لهما ١٥٦١
٧. ثبوت نسب ولد أمة مكاتبه من السيد وكونها أم ولد له إذا ملكها ١٥٦٥
٨. إقرار الشريكين بأن الأمة أم ولد أحدهما فموت أحدهما بعد إقرارهما ١٥٦٧
٩. إذا ولدت الأمة من المكاتب يثبت نسب الولد منه ١٥٦٩
١٠. هل العتق أسرع نفاذًا من الكتابة ١٥٧١
١١. جواز عقد الكتابة على عين غيره وعدم جوازه ١٥٧٥
١٢. جواز كتابة الأب الحر عن طفله القرن ١٥٧٩
١٣. إباحة الفقير الطعام المدفوع إليه صدقة للغني ١٥٨٣
١٤. كيفية وراثة الجد مع الابن ١٥٨٥

كتاب الجنائيات

١. الضمان عند عدم إيفاء القصاص ١٥٨٩
٢. أثر الشبهة في باب القصاص ١٥٩١
٣. القصاص فيما دون النفاس ١٥٩٣
٤. طريق ثبوت القصاص ١٥٩٧

كتاب الديات

١. الضمان عند سراية الجناية فيما دون النفس ١٦٠١
٢. اعتبار السبب الظاهر ١٦٠٥
٣. دية جنين الأمة ١٦٠٧

4. İhtimal Sebebiyle Tazminatın Yarıya İnmesi	1606
5. İşçinin Sorumluluğu	1608
6. Müteselsil Sebebiyet	1612
7. Aldatmanın Tazmin Yükümlülüğüne Etkisi	1614
8. Hayvan İdare Edenin Sorumluluğu	1618
9. Hayvanı Dürtmenin Tazminata Etkisi	1620
10. Kölenin Taksirle İşlediği Öldürme Eyleminin Diyeti	1622
11. Efendinin Cinayet İşleyen Cârîyeyle İlişki Kurması Fidyeyi Tercih Anlamına Gelir mi?	1624
12. Kölenin Azadının İşleyeceği Cinayete Bağlanması	1628
13. Mükâtebin Kasıtlı Öldürmesinin Müeyyidesi	1630
14. Müessir Fiillerde Sulh	1634
15. Cinayetin İşlendiği Vaktin Tespiti	1636
16. Çocuğun Cinayete Azmettirilmesi	1638
17. Gasbedilen Çocuğun Ölümü	1642
18. Kısıtlının Verdiği Zarar	1646
19. Kasâmede Âkilenin Sorumluluğu	1648
20. Kasâme Yükümlüsü Olan Kimseler	1650
21. Kendi Evinde Ölü Bulunan Kişinin Diyeti	1652
22. İş Yerinde Bulunan Maktûl	1654
23. Ordugâhta Bulunan Maktûl	1654

HADLER

1. Muhsanlığın Şartları	1658
2. Zaman Aşımı Sebebiyle Haddin Uygulanmaması	1660
3. Şahitlerin Beyanında Çelişki	1662
4. Muhsanlığın Şart ya da Alamet Oluşu	1666
5. Had Cezasının Uygulanamadığı Durumda Tazir Cezası Verilmesi	1668
6. Hamr Dışındaki İçkilerden Sarhoşluk	1670
7. Şahitlerin Zaman ve Mekan Konusunda İhtilafları	1674
8. Tazir ve Haddin İnfazı Sonucunda Gerçekleşen Ölümde Beytülmâlin Sorumluluğu	1676
9. Kahpe Lafzı ile Hakaret	1678
10. Hakaret Amaçlı Kullanılan İfadeler	1678
11. El Kesme Nisâbı	1680
12. Birden Fazla Hırsızlığa Uygulanan Müeyyide	1682
13. Çalınan Malın İadesinin Haddin Düşmesine Etkisi	1684

- ١٦٠٧ .٤ . تنصف الضمان بالاحتمال
- ١٦٠٩ .٥ . ضمان العامل في عمله
- ١٦١٣ .٦ . السببية المتسلسلة
- ١٦١٥ .٧ . أثر التغرير على الضمان
- ١٦١٩ .٨ . ضمان القائد
- ١٦٢١ .٩ . أثر نخس دابة على الضمان
- ١٦٢٣ .١٠ . دية جناية العبد خطأ
- ١٦٢٥ .١١ . وطء المولى الأمة الجانية هل هو اختيار للفداء؟
- ١٦٢٩ .١٢ . تعليق عتق العبد بجنابته
- ١٦٣١ .١٣ . ضمان المكاتب إذا قتل عمدا
- ١٦٣٥ .١٤ . الصلح عن الجناية فيما دون النفس
- ١٦٣٧ .١٥ . طريق معرفة وقت الجناية
- ١٦٣٩ .١٦ . جناية الصبي بأمر رجل حر
- ١٦٤٣ .١٧ . موت الصبي المغصوب
- ١٦٤٧ .١٨ . الضرر الواقع بفعل المحجور
- ١٦٤٩ .١٩ . ضمان العاقلة في القسامة
- ١٦٥١ .٢٠ . القسامة علة على من يلزم؟
- ١٦٥٣ .٢١ . دية من وجد في داره قتيلا
- ١٦٥٥ .٢٢ . وجود القتل في السوق
- ١٦٥٥ .٢٣ . وجود القتل في العسكر

كتاب الحدود

- ١٦٥٩ .١ . شرائط الإحصان
- ١٦٦١ .٢ . عدم إمضاء الحد بالتقادم
- ١٦٦٣ .٣ . اختلاف الشهود فيما شهدوا
- ١٦٦٧ .٤ . كون الإحصان شرطا أو علامة
- ١٦٦٩ .٥ . التعزير عند امتناع إقامة الحد
- ١٦٧١ .٦ . السكر بالأشربة الغير الخمر
- ١٦٧٥ .٧ . اختلاف الشهود في المكان والزمان
- ١٦٧٧ .٨ . تغريم بيت المال بسبب الموت من الحد أو التعزير
- ١٦٧٩ .٩ . الشتم بلفظ القحبة
- ١٦٧٩ .١٠ . الألفاظ الدالة على القبائح
- ١٦٨١ .١١ . مقدار المال الذي يقطع به اليد
- ١٦٨٣ .١٢ . قاطع الأيدي إذا قُطع لأحدهم هل يضمن للباقي؟
- ١٦٨٥ .١٣ . تأثير رد المسروق إلى صاحبه في إسقاط الحد

14. İnfaz Öncesinde Hırsızın Mala Malik Olması	1686
15. Çalındığında El Kesilen ve Kesilmeyen Şeyler	1688
16. Hırsızın Aşılması	1690

SAYD ve ZEBÂİH: AVLANMA VE HAYVAN KESİMİ

1. Hayvan Kesiminin Etin Temizliğine Etkisi	1694
2. Alacakarga Yemenin Hükümü	1696

KURBAN

Kurbanlık Hayvandaki Kusurun Oranı	1700
------------------------------------	------

YEMİN

1. Yemin-Nezir İlişkisi	1702
2. Yemin-İkrah İlişkisi	1706
3. Evden Çıkmak için Eşin İznini Almak	1710
4. Kölenin Mal Varlığı Kime Nispet Edilir?	1710
5. Yiyeceklerle İlgili Yeminler	1712
6. Yeminlerde Örf Dikkate Alınır	1714
7. Akitlerle İlgili Yeminler	1716
8. Yeminlerde 'Her Ne Zaman' Edatının Kullanımı	1718

KAZÂ: YARGILAMA USULÜ

1. Farklı Mezhebe Göre Amel	1722
2. Hâkimler Arası Yazışma	1724
3. Hâkime Verilen Hediyelerin Durumu	1728

ŞAHİTLİK

1. Şahitlerin Tezkiyesi	1732
2. Şahitlerin Güvenilirliğine Yönelik İddialar	1734
3. Şahitlerin Borcun Ödenip Ödenmediğinde İhtilaf Etmesi	1738
4. Şahitlerin Beyanındaki Çelişkinin Akdin İspatına Etkisi	1740
5. Davalının Teşhisi	1742
6. Muhsanlık Şart mıdır; Alamet midir?	1744
7. Asıl ve fer'î Şahitlerin Tazmin Yükümlülüğü	1744
8. Tarafların Beyanlarındaki Çelişki	1746

- ١٦٨٧ .١٤ . تملك السارق المسروق قبل الإمضاء
 ١٦٨٩ .١٥ . ما يقطع وما لا يقطع
 ١٦٩١ .١٦ . هتك الحرز

كتاب الذبائح

- ١٦٩٥ .١ . أثر الذبح في تطهير اللحم
 ١٦٩٧ .٢ . حكن أكل لحم الأبقع

كتاب الأضحية

- ١٧٠١ مقدار العيب في الأضحية

كتاب اليمين

- ١٧٠٣ .١ . العلاقة بين اليمين النذر.
 ١٧٠٧ .٢ . تأثير الإكراه في اليمين.
 ١٧١١ .٣ . استئذان الزوجة للخروج
 ١٧١١ .٤ . لمن يضاف مال العبد؟
 ١٧١٣ .٥ . لو حلف أن لا يأكل طبيخا فأكل طبخ بلا لحم.
 ١٧١٥ .٦ . الاعتبار في الأيمان العرف
 ١٧١٧ .٧ . العمل بالاحتياط أولى في حق الله
 ١٧١٩ .٨ . الفرق بين كلما الداخلة على المعرف وبين الداخلة على المنكر

كتاب القضاء

- ١٧٢٣ .١ . الأخذ من كل مذهب مباحه
 ١٧٢٥ .٢ . الحكم للغائب وعلى الغائب
 ١٧٢٩ .٣ . حكم ما دفع إلى القاضي من الهدية

كتاب الشهادة

- ١٧٣٣ .١ . حكم الاكتفاء بقول المعدل: هو عدل
 ١٧٣٥ .٢ . لا تقبل البينة على الجرح المجرد.
 ١٧٣٩ .٣ . شهدا بألف وقال أحدهما: قضى نصفه أو كله
 ١٧٤١ .٤ . اختلاف الشاهدين في مقدار المشهود عليه
 ١٧٤٣ .٥ . الشرط في التعريف ذكر الجد أو ما يقوم مقامه.
 ١٧٤٥ .٦ . إطلاق الشرط والعلامة للإحصان.
 ١٧٤٥ .٧ . كون رجوع الأصل سببا للضمان وعدمه.
 ١٧٤٧ .٨ . ضابط فيمن لحق إنكاره بالعدم بأن صار مكذبا شرعا.

DAVA

1. Hırsıza Yemin Ettirilmesi	1750
2. Malın Bir Kısmının Helakinden Sonra Satıcı ve Müşterinin İhtilafı	1752
3. Ev Eşyasının Eşler Arasında Paylaşımı	1756
4. Köle Azadına İlişkin Yargı Kararının Kapsayıcılığı	1758
5. Taraflardan Birinin Diğeri Aleyhine İddiada Bulunması	1762
6. Tarafların Mutlak Mülkiyete İlişkin Tarih Belirtmesi	1764
7. Malın Taraflardan Birinin Elinde Olması	1768
8. Cârîyenin Doğurduğu Çocukların Nesebi	1772
9. Varlık ve Yokluk Bakımından Hükmün Sübutu	1774

KISMET: ORTAK MALLARIN TAKSİMİ

Taksimden Sonra Ortaklardan Birinin Payını Eksik Aldığını İddia Etmesi	1778
--	------

İKRÂH: ZORLAMA VE TEHDİT

1. Mala El Koymak İkraha Sayılır mı?	1782
2. İkrahta Failin Alet Olarak Kabulü	1784
3. İhramsız Birinin Harem Bölgesinde Avlanmaya Zorlanması	1786
4. Bir Kişinin Öldürücü Eylemlere Zorlanması	1788
5. İkraha Allah'tan Başkasına Secde Etmek	1792

SİYER: SAVAŞ HUKUKU

1. Savaş Vergisi Koymak	1794
2. Esirlerin Karşılıksız Serbest Bırakılması veya Öldürülmesi	1796
3. Dâruharppte Müslüman Olan Kişinin Tebean Köleliği	1796
4. Savaşız Alınan Malların Hükmü	1798
5. Dâruharppten Getirilen Köleye Müessir Fiil Uygulanması	1802
6. Dâruharbe Kaçan Kölenin Mülkiyeti	1806
7. Devlet Başkanın Belirlediği Verginin Değiştirilmesi	1810
8. İrtidat Eden Kadının Kazancının Hükmü	1814
9. İrtidat Edip Dâruharbe İltihak Eden Mükâteb	1818
10. Bir İsyancının Diğeri Öldürmesi	1822

كتاب الدعوى

- ١٧٥١ . ١ . تحليف السارق
- ١٧٥٣ . ٢ . اختلاف البائع والمشتري بعد هلاك بعض المبيع
- ١٧٥٧ . ٣ . اختلاف الزوجين في تقسيم الأمتعة
- ١٧٥٩ . ٤ . الحكم بالحرية العارضة في الملك المؤرخ.
- ١٧٦٣ . ٥ . ادعاء أحد العاقدين على صاحبه
- ١٧٦٥ . ٦ . اختلاف الخارجين أو ذوي اليد على ملك مطلق
- ١٧٦٩ . ٧ . كون المال في يد أحد المدعين
- ١٧٧٣ . ٨ . نسب من ولدته الأمة
- ١٧٧٥ . ٩ . أحوال الثبوت حالة واحدة، أحوال الحرمان حالات

كتاب القسمة

- ١٧٧٩ . ادعاء الشريك عدم استيفاء حظه بعد القسمة

كتاب الإكراه

- ١٧٨٣ . ١ . الإكراه بأخذ المال
- ١٧٨٥ . ٢ . جعل الفاعل آلة في الإكراه
- ١٧٨٧ . ٣ . إكراه الحلال على قتل صيد الحرم
- ١٧٨٩ . ٤ . الإكراه بإهلاك نفسه.
- ١٧٩٣ . ٥ . السجود لغير الله تعالى للتعظيم كفر

كتاب السير

- ١٧٩٥ . ١ . حكم الجُغل
- ١٧٩٧ . ٢ . حكم المن والقتل
- ١٧٩٧ . ٣ . استرقاق المسلم تبعاً
- ١٧٩٩ . ٤ . حكم ما أخذ من غير قتال
- ١٨٠٣ . ٥ . حكم الجنابة فيما دون النفس على العبد المخرج من دار الحرب
- ١٨٠٧ . ٦ . حكم القن الأبق إلى دار الحرب
- ١٨١١ . ٧ . تغيير ما فيه توظيف الإمام
- ١٨١٥ . ٨ . حكم كسب المرتدة
- ١٨١٩ . ٩ . التحاق المكاتب المرتد إلى دار الحرب
- ١٨٢٣ . ١٠ . قتل الباغي باغياً آخر

HAZR ve İBÂHA:
GÜNDELİK HAYATTA HELALLER VE HARAMLAR

1. Tahrimen Mekruhun Anlamı	1834
2. Altın ve Gümüş Kap Kullanımı	1836
3. Diyânî Konularda Tek Kişinin Haberinin Değeri	1842
4. Zimmîlerin Harem Bölgesine Girmesi	1844
5. Kur'ân'ı Nağme ile Okumak	1846
6. Necis Yerlerde Kur'ân Okunması	1846
7. Vecd Esnasında Sesi Yükseltmek	1850

VASİYET

1. Vasiyette İstisna	1852
2. İki Vasînin Tasarrufları	1854
3. Vasînin Çocuğun Malında Ticaret Yapması	1858
4. İki Vasiyet Arasında Farklılık	1860
5. Malının Bir Kısmının Vasiyet Edilmesi	1864
6. Üçte Birin -Birisi Hayatta Olmayan- İki Kişiyeye Vasiyet Edilmesi	1864
7. Vârislerden Birinin Babanın Üçtebirlik Vasiyeti Bulduğuna Dair İkrarı	1870
8. Müşterek Lafzın Umumunun Olmaması	1872
9. Vasiyet ve İkrarın Farklı Olması	1876
10. Vasiyet Edilen Kölenin Öldürülmesi	1880
11. Vasînin Lehtarın Gıyabında Terekeyi Varislere Paylaşması	1880
12. Haraç ve Öşür Vergilerinin Mükellefe Bağışlanması	1882
DİZİN	1889
EKLER	1903

كتاب الحظر والإباحة

- ١٨٣٥ .١ معنى الكراهة تحريمًا
- ١٨٣٧ .٢ حكم استعمال الأنية من ذهب وفضة.
- ١٨٤٣ .٣ خبر الواحد في الديانات
- ١٨٤٥ .٤ دخول الذمي الحرم.
- ١٨٤٧ .٥ قراءة القرآن بالألحان
- ١٨٤٧ .٦ تلاوة القرآن في مواضع النجاسة
- ١٨٥١ .٧ رفع الصوت عند الوجد

كتاب الوصية

- ١٨٥٣ .١ الاستثناء في الوصية
- ١٨٥٥ .٢ تصرفات الوصيين
- ١٨٥٩ .٣ اتجار الوصي في مال اليتيم
- ١٨٦١ .٤ التنافي بين الوصيتين
- ١٨٦٥ .٥ وصية الجزء من المال
- ١٨٦٥ .٦ وصية الثلث لرجلين أحدهما ميت
- ١٨٧١ .٧ إقرار أحد الابنين بوصية أبيه بالثلث
- ١٨٧٣ .٨ عدم عموم المشترك
- ١٨٧٧ .٩ اختلاف الوصية والإقرار
- ١٨٨١ .١٠ قتل القن الموصى به
- ١٨٨١ .١١ مقاسمة الوصي التركة للورثة في غياب موصى له
- ١٨٨٣ .١٢ ترك الخراج أو العشر لصاحب الأرض

MUDÂREBE

1. Fuzûlînin Tasarrufunun Önce Reddedilip Sonra Onaylanması

[**Teshîl**] Mudâribin (işletmeci) önceki yasağa aykırı davranarak yaptığı bir akde sermaye sahibinin icâzet vermesi; Mâlik dışındaki cumhura göre o akdi câiz hâle getirmez. Buna göre mudâribin, yasaktan sonra yaptığı tasarruf, sermaye sahibinin iznine bağlı bir tasarruf olarak değerlendirilmez. Çünkü izne bağlı olan tasarruf, yasaklanmış olan değil, hakkında bir şey söylenmemiş olan tasarruftur. İcâzet ise başka bir tasarruf hakkında değil, izne bağlı olan tasarruf hakkında geçerlidir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu, fuzûlînin satımının, mal sahibinin önce reddedip sonra icâzet vermesi ile câiz bir akde dönüşmeyeceğini gösterir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: İmamların fuzûlînin satımına ilişkin olarak dile getirdikleri “Mal sahibinin bu akdi onaylama ya da feshetme hakkı vardır.” şeklindeki ifadelerinden anlaşılabilir budur. Çünkü iki şey arasında muhayyer bırakmak, bu bağlamda, bu iki şeyin bir arada olmamasını gerektirir. Zaten yukarıda alıntılanan cümlede yer alan “ya da” ifadesi, iki şeyin bir arada olmasının memnu olduğunu gösterir.

Mevsîlî'nin *el-İhtiyâr*'daki “İcâzet, mevkûf akde işlerlik kazandırılmasıdır.” şeklindeki sözü, buna işaret eder. Aynı şekilde *İmâdî*'nin *el-Fusûl*'ündeki ifade de buna işaret etmektedir ki, orada şöyle demiştir: “Semenin miktarını bilmek, icâzetin sahih olması için şart değildir. Dolayısıyla mal sahibi önce icâzet verse sonra semenin miktarını öğrense ve reddetse, bu şekilde reddetmekle akit reddedilmiş olmaz.”

Molla Hüsrev'in *ed-Dürrer*'de² *el-Hulâsa*'dan aktardığı “İcâzet vermiyorum” sözü, onu reddetmektir. Yani mevkûf alım satımı reddetmek anlamına gelir. Kiracının ‘İcâzet vermiyorum.’ demesi ise bundan farklıdır. Çünkü kiracı, ‘Ecîrin alım satımına icâzet vermiyorum.’ dedikten sonra icâzet verse bu, câizdir. Bunların hepsi *el-Hulâsa*'dan nakledilmiştir.” şeklindeki ifadesi, anlayan kimse açısından açık olduğu üzere malikin, reddettikten sonra fuzûlînin alım satımına icâzet vermesinin câiz olmadığını açıkça gösterir.

1 Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, II, 18.

2 Molla Hüsrev, *Dürrer'ül-Hükkâm*, II, 177.

كتاب المضاربة

١. حكم إجازة المالك بيع الفضولي بعد ردّه

[التسهيل] ولم يجوّزوا عقد المضاربة بإذنه بعد الخلافٍ لنهاه أولاً أي حال العقد نهى عما خالف به فلا توقّف إذ المتوقّف هو المسكوت عنه لا المنهي عنه والإجازة تلحق المتوقّف دون غيره. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: دل هذا على أن بيع الفضولي إذا ردّ لا يتقلب جائزاً بعده بالإجازة.

[فاضل أمير] نقول: هذا هو الظاهر من تعبيرهم في بيع الفضولي بقولهم «للمالك أن يجيزه أو يفسخه». لأن التخيير بين الأمرين في أمثال هذا المقام يقتضي عدم الجمع بين الأمرين المذكورين على أن «أو» لمنع الجمع. ١٠

ويشير إليه ما في الاختيار من قوله «إن الإجازة إنفاذ العقد الموقوف». وكذا فيما في العمادي رمز إليه حيث قال: إن العلم بمقدار الثمن لم يشترط لصحة الإجازة فلو أجاز ثم علم فردّ لم يرتدّ بالردّ انتهى.

وما نقله مولانا خسرو من الخلاصة في درره من قوله وقوله «لا أجزى ردّ له» أي للبيع الموقوف بخلاف المستأجر. فإنه إذا قال لا أجزى بيع الأجير^١ ثم أجاز جاز، كل ذلك من الخلاصة، انتهى، تنصيص على أن إجازة المالك بيع الفضولي بعد ردّه ليس بجائز كما لا يخفى على من له يد في فهم المعاني.

Semerkindî'nin *Hizânetü'l-Müftîn*'de fuzûlînin satımı konusunda bir mesele gördüm ve dikkate alınması gereken önemli bir mesele olduğu için de burada naklettim. Bu mesele şudur: Bir kimse, başkasına ait bir köleyi sahibinden izinsiz olarak bin dirheme satıyor ve müşteri bunu kabul ediyor. Başka biri de aynı köleyi yine sahibinden izinsiz olarak diğer birine bin dirheme satıyor ve o müşteri de bunu kabul ediyor. Bu durumda her iki akit de mevkûf olur. Kölenin sahibi bu akitlerden haberdar olup ikisine birden icâzet verdiğinde iki akit de ikiye bölünür ve iki müşteriden her birinin muhayerlik hakkı olur. Kölesini satmak üzere efendinin, iki kişiyi ayrı ayrı vekil tayin edip her biri köleyi farklı kişilere satsa ve iki satım da birlikte gerçekleşse bu akitler yine ikiye bölünür.

2. Mudârebenin Fesâdını Gerektiren Şart, Gerektirmeyen Şart Ayrımı

[**Teshîl**] Şirketin varlığını sürdürebilmesi için mudârebede kârın şâyi olması yani elde edilen kârın belli bir kısmının paylaşım harici tutulup ortaklardan birine tahsis edilmemesi şarttır. Kâr üzerine yapılan bir akitte kârın belirsizliğine yol açan her şart, akdi fâsit kıldığı gibi ortaklardan biri lehine muayyen miktarda dirhem şart koşulması da mudârebe akdini fâsit kılar. Akdin konusundaki cehalet de akdi fâsit kılar. Mesela mudâribin, sermaye sahibine kendisini bir yıl evinde oturtmasını şart koşması böyledir. Çünkü ortaklıktan elde edeceği kârın yarısını, emeğinin ve evin kirasının bedeli hâline getirmiş olur ki, bu durumda emeğine karşılık alacağı hisse belirsiz hâle gelir, dolayısıyla sahih olmaz. Bunların dışındaki fâsit şartlar ise mudârebe akdini fâsit kılmaz; sadece şart bâtil olur [akit geçerlidir]. Mesela zararına satımda (vadîa) zararın mudâribe ait olmasının şart koşulması böyledir. Çünkü zarar, malın helak olan bir parçası hükmünde olup sermaye sahibinden başkası bunu karşılamaz. Ancak böyle bir şart, zait bir şart olup kârda ortaklığın ortadan kalkmasını ve cehaleti gerektirmez, dolayısıyla mudârebe akdi fâsit olmaz. Çünkü vekâlet akdinde olduğu gibi mudârebe akdi de fâsit şart ile fâsit olmaz. *el-Letâif* metninde buna şu şekilde işaret edilmiştir: “Aksi takdirde...” yani ileri sürülen şart, kârın belirsizliğine yol açmıyorsa “...mudârebe akdi bâtil olmaz, zararına satımda zararın mudâribe yüklenmesinde olduğu gibi sadece şart geçersiz olur. Çünkü mudârebe akdi, şartın fâsit olması ile akdin fâsit olmaması noktasında vekâlet gibidir.”

ورأيت في خزنة المفتيين مسألة في بيع الفضولي ونقلتها هنا لكونها مهمة يعتنى بها. وهي رجل باع عبد غيره بغير أمره بألف درهم وقبله المشتري وباعه آخر أيضا من رجل آخر بألف درهم بغير أمر صاحب العبد وقبله المشتري الثاني يتوقف العقدان. فإذا بلغ المولى فأجازهما ينصف العقدان وكان لكل واحد منهما الخيار. وكذلك لو وكل المولى رجلين كل واحد منهما ببيع عبد فباعه كل واحد منهما من رجل على حدة ووقع البيعان معا يحكم بالتنصيف.

٢. الفرق بين الشرط الذي يفسد المضاربة وبين لا يفسدها

[التسهيل] وشرط شيوخ ربحه - وهو أن لا يخلو شيء من الربح من الشركة - لتبقى الشركة، فلو شرط لأحدهما دراهم مسمأة فسد العقد كما يفسد بكل شرط يوجب جهالة الربح لعقد على الربح وجهالة المقعود عليه تُفسد العقد وذلك نحو أن يشرط المضارب أن يسكن رب المال داره سنة لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وأجرة الدار فصارت حصّة العمل مجهولة فلم يصح، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا تُفسدها ويبطل الشرط كشرط الوضعية على المضارب لأنها جزء هالك من المال فلا يلزم غير رب المال إلا أن هذا شرط زائد لم يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا تفسد المضاربة لأنها لا تفسد بالشرط الفاسد كالوكالة، وإليه أشار بقوله «وإلا» أي إن لم يوجب جهالته «لا يبطل العقد وبطل الشرط كوضعية على المضارب لأن عقد المضاربة كوكالة» في عدم الفساد بفساد الشرط.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Sermaye sahibinin mudâribe birlikte çalışmasının şart koşulması hâlinde bu durum problem teşkil eder. Çünkü kârın belirsiz olmasını gerektirmeyen bir şart olmasına rağmen bu şart ile akit fâsit olmaktadır. Hâlbuki yapılan açıklamaya göre akdin değil, şartın fâsit olması gerekirdi.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Sadruşşerîa şöyle demiştir: “Kârda ortaklığı ortadan kaldıran veya kârda bir belirsizliğe yol açan her şart ortaklığı fâsit kılar. Bunun dışında, alım satım akdini fâsit kılan şartlar mudârebe akdini fâsit kılmaz, aksine sadece bu şart bâtil olur.”

Sadruşşerîa'nın bu açıklamasından anlaşılıyor ki, “kârdaki ortaklığı ortadan kaldıran veya kârda bir belirsizliğe yol açan şartların dışındaki şartlar” ifadesiyle kastedilen, alım satımı fâsit kılan şartlardır. Alım satım konusunda belirtildiği üzere alım satımı fâsit kılan şartın hakikati, akdin gerektirmediği ve akde uygun düşmeyen bir ziyade olmaktır.

Açıktır ki, “akdin gerektirmediği ziyade” diye açıklanan şart, mevcut olan veya rükünlerinin bulunması sebebiyle tamam olduktan sonra akde bitişen şarttır. Nitekim Kâsânî'nin *el-Bedâi'*deki şu ifadesi bunu göstermektedir: “Fâsit şartta kural şudur: Fâsit şart, akde dâhil olduğunda bakılır. Şayet bu şart, kârda bir belirsizliğe yol açıyorsa akdin fesâdını gerektirir.”¹

Şeyh'in söz konusu alt kurala aykırı olarak değerlendirdiği bu şart yani “sermaye sahibinin de mudâribe birlikte çalışması şartı”, akit tamam olduktan sonra akde bitişen bir şart değil, aksine akdin rükününün varlığına engel olan bir şarttır. Dolayısıyla mudârebede bu şart dikkate alınırsa akit varlık kazanmaz ve bu şart, akdin varlık kazanmasından sonra akde bitişen bir şart değildir. Çünkü mudârebeyi, “kâr aralarında -mudârebe olarak- ortak olmak üzere birine mal verilmesi” olarak görenlere göre mudârebenin rüknü malın verilmesidir; mâlik -yani ortaklık sermayesi yapılan malın sahibi- açısından sadece sermayenin verilmesi, mudârib açısından da sadece karz almak söz konusu olur. Bu durumda sözü edilen -sermaye sahibinin çalışması şeklindeki- şart sermayenin mudâribe verilmesine mâni olup akdin rükününün varlığına engel teşkil eder. Malın mudâribe verilmesini rükün değil, şart olarak görenlere göre de durum, Kâsânî'nin açıklamalarına göre, aynıdır.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, VI, 86.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يشكل بشرط العمل على رب المال مع المضارب. فإن العقد يفسد به مع أنه شرط لا يوجب جهالة الربح وكان ينبغي على ما مرّ أن يبطل الشرط ولا يفسد العقد.

[فاضل أمير] نقول: قال المولي التحرير صدر الشريعة: اعلم أن كل شرط يقطع الشركة في الربح أو يوجب جهالة الربح يفسدها وما عداها من الشروط الفاسدة التي يفسد البيع لا تفسد المضاربة بل يبطل ذلك الشرط، انتهى.

ظهر منه أن المراد من الشروط المعبر عنها بما عدا الشروط القاطعة الشركة في الربح أو الموجبة جهالة الربح الشروط الفاسدة التي يفسد البيع. وحقيقة الشروط التي تفسد البيع كما ذكر في كتاب البيع هي زيادة لا يقتضيها العقد ولا يلائمه.

فمن البيّن أن الشرط الذي فسر بزيادة لا يقتضيها العقد هو ما كان ولحق بالعقد بعد تمام العقد بوجود أركانه كما يدل عليه ما في البدائع من قوله: والأصل في الشرط الفاسد إذا دخل في هذا العقد أنه ينظر إن كان يؤدي إلى جهالة الربح يوجب فساد العقد، انتهى.^١

وهذا الشرط الذي جعله الشيخ مادة انتقاص كلية هذه الضابطة أعني شرط العمل على رب المال ليس من الشروط اللاحقة بعد تمام العقد بل هو شرط يمنع وجود ركن العقد. فإن اعتبر هذا الشرط ينعدم العقد ولا يكون

شرطاً بعد وجود العقد. لأن ركن المضاربة على قول من قال دفع المال إلى الغير ليعمل فيه ويكون الربح بينهما مضاربة وللمالك فقط بضاعة وللعامل فقط قرض يكون هو الدفع. والشرط المذكور يعني شرط العمل على رب

المال مانع عن وجود الدفع فيكون مانعاً عن وجود الركن. وكذلك على قول من قال إن الدفع ليس بركن ولكنه من شرائطه على ما قال في البدائع:

١ - كما يدل عليه ما في البدائع من قوله: والأصل في الشرط الفاسد إذا دخل في هذا العقد أنه ينظر إن كان يؤدي إلى جهالة الربح يوجب فساد العقد انتهى

Kâsânî *el-Bedâi'*de şunları söyler: “Rüknün şartlarından bazıları akdin taraflarına yani sermaye sahibi ve mudâribe, bazıları ise sermayeye ilişkindir.”¹ Kâsânî, rüknün sermayeye yönelik şartları arasında “sermayenin mudâribe teslim edilmesi” ni de sayar. Sermayenin mudâribe verilmesi anlamına gelen teslim, rüknün şartlarından sayıldığında teslimde engel olan şartın, rüknün varlığına da engel olacağı konusunda hiç şüphe yoktur. Buna göre söz konusu bu şart, rüknün varlığından sonra akde dâhil olan ve ahabımızın “kârdaki ortaklığı ortadan kaldıran ve kârda bir belirsizliğe yol açan şartların dışındaki şartlar” sözlerinin kapsamına giren bir şart olmaz.

Bu açıklama ile Şeyh'in “Sermaye sahibinin mudâribe birlikte çalışmasının şart koşulması hâlinde bu durum problem teşkil eder.” sözüyle ileri sürdüğü itiraz giderilmiş olur.

Şeyh'in itirazına Allah'ın bu âciz kuluna lütfettiği bu cevabı yazdıktan sonra *el-Înâye* isimli *el-Hidâye* şerhinde Ekmeleddîn Bâbertî tarafından verilen başka bir cevaba daha rastladım. Bâbertî orada şöyle demiştir: “Denildi ki, sermaye sahibinin mudârib ile birlikte çalışmasının şart koşulması, kârda cehaleti gerektirmez. Haddizatında bu şart bâtil olmaz, aksine mudârebe fâsit olur; dolayısıyla da söz konusu kural, her konuda geçerli bir kural olmaz. Bu itiraza verilecek cevap müellifin “Bunun dışındaki diğer şartlar mudârebeyi fâsit kılmaz.” sözüdür. Sermaye sahibinin çalışması şart koşulduğunda bu artık mudârebe ortaklığı değildir. “Var olmayan Zeyd, gören değildir.” sözünde olduğu gibi olmayan (ma'dûm) bir şeyden bir özelliğinin nefyedilmesi ise doğru bir şeydir.”²

İki cevap arasındaki fark açıktır: Çünkü bizim yaptığımız açıklama nihayetinde genel bir kuralın, tahsise delâlet eden bir karîne ile tahsis edilmesidir. Bâbertî'nin *Înâye*'de söylediği şey ise “sermaye sahibinin çalışması şartının” ahabın “Bunun dışındaki diğer şartlar, mudârebeyi fâsit kılmaz.” sözünün kapsamına dâhil edilmesinden ibarettir. Söz konusu şartın bu sözün kapsamına dâhil edilmesi ise şu anlamdadır: Bu durumda mudârebe ortaklığı söz konusu olmaz, dolayısıyla bu şarta göre mudârebenin fâsit olmayacağı doğru olur. Ancak bu cevaba göre *el-Hidâye* sahibinin “Sermaye sahibinin çalışmasının şart koşulması akdi fâsit kılar.”³ sözünün, “Bu şart, mudârebenin varlığına engel olur.” şeklinde te'vil edilmesine ihtiyaç vardır. Bunun bu şekilde anlaşılması gerekir.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, VI, 81-84.

2 Bâbertî, *el-Înâye*, VIII, 451.

3 Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 201.

وأما شرائط الركن فبعضها يرجع إلى العاقدين رب المال والمضارب وبعضها يرجع إلى رأس المال. ثم قال بعد عدّ بعض شرائط الركن الراجع إلى رأس المال: ومنها تسليم رأس المال إلى المضارب انتهى. فالتسليم الذي هو الدفع إذا كان من شرائط الركن لا ريب في أن الشرط المانع عن التسليم يكون مانعا عن وجود الركن فلا يكون شرطا بعد وجود الركن ولا يدخل تحت قولهم وما عداها من الشروط التي تفسد البيع، إلى آخره.

وبهذا اندفع الاعتراض الذي أورده الشيخ بقوله «يشكل بشرط العمل على رب المال».

وبعد ما كتبت ما فتح الله للعبد الفقير من الجواب عما اعترض به الشيخ ظفرت بجواب آخر للشيخ الأكمل في عناية الهداية حيث قال فيه: قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل تفسد المضاربة فلم تكن القاعدة مطردة. والجواب أنه قال وما عداه من الشروط لا يفسد المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة. وسلب الشيء عن المعدوم صحيح نحو زيد المعدوم ليس ببصير، انتهى.

والفرق بين الجوابين ظاهر. لأن مبنى ما قلناه على تخصيص الضابطة العامة بقريئة دالة عليه. وأما ما قاله في العناية فإدراج شرط العمل على رب المال تحت قولهم «وما عداه من الشروط لا تفسد المضاربة» على معنى أن في هذه الصورة لا توجد المضاربة فيصدق على هذا الشرط أنه لا يفسد المضاربة. وعلى هذا الجواب يحتاج إلى تأويل قول صاحب الهداية «وشرط العمل على رب المال مفسد» بأن معناه مانع عن وجود المضاربة فافهم.

Burada üzerinde durulması gereken bir nokta kaldı ki, bu da şudur: *İmâdî ve Câmi'ül-Fusûleyn*'de yer alan “Malın her gece mâlikin (sermaye sahibi) elinde bulunması şart koşulsa mudârebe fâsit olur.” şeklindeki ifade, şartlar konusunda yukarıda geçen kuralın genel geçer olması ile çelişen bir husustur. Hâlbuki onların belirttikleri bu husus, rüknün varlığına ya da rüknün varlığının şartına mâni olan şartlar cümlesinden değildir. Çünkü onların burada belirttikleri şart, sermayenin mudâribe teslim edilip verilmesinden sonra söz konusu olan bir şarttır. Şartlar konusunda yukarıda geçen kuralın gerektirdiğine göre ise “malın her gece mâlikin elinde bulunması” şeklindeki şartın bâtil olup bu şart sebebiyle mudârebenin fâsit olmaması gerekir.

Bu çelişkiyen kurtulmak için şöyle denilmesi mümkündür: Ashabın “batıl olup mudârebeyi fâsit kılmayan şartlar” diye ifade ettikleri şartlar ile kastedilen, rüknün şartının varlığına ve şartın tam olarak gerçekleşmesine mâni olmayan şartlardır. Burada söz konusu edilen “malın her gece mâlikin elinde bulunması” şeklindeki bu şart, her ne kadar rüknün şartının -ki, bu da malın mudâribe verilmesidir- varlığına mâni olmasa da bu şartın tam olarak gerçekleşmesine manidir. Çünkü malın her gece mâlikin elinde olması, malı mudâribe tam olarak vermeye aykırı bir durumdur.

Nitekim bu değerlendirmeyi, Kuhistânî, Sadruşşerâ'nın *Muhtasar-ru'l-Vikâye*'deki sözünün şerhinde şöyle diyerek açıkça dile getirmiştir: “Mudârebe, ancak ortaklığın sahih olduğu bir mal ile ve işletebilmesi için tam olarak mudâribe teslim edilmesiyle sahih olur. Şayet malın her gece mâlikin elinde olması şart koşulacak olursa -her ne kadar fâsit şartlar ile bâtil olmasa da- mudârebe fâsit olur.”¹

Bu açıklamadan ortaya çıkıyor ki, mudârebe her ne kadar fâsit şartlar ile fâsit olmazsa da bu şartla fâsit olur. Çünkü bu şart, mudârebenin rüknünün şartının -ki bu da malın tam anlamıyla (alâ vecih'l-kemâl) mudâribe teslimidir- varlığına mânidir. Buna göre sen de meseleyi bu şekilde düşünüp anla!

1 Kuhistânî, *Câmi'ül-Rumûz*, III, 502.

ولكن بقي كلام وهو أن ما في العمادي وجامع الفصولين من أنه لو شرط أن يكون المال كل ليلة في يد المالك فسدت المضاربة انتهى، مما يرد به النقض على كلية تلك الضابطة وليس هذا من مقولة الشرط الذي يمنع وجود الركن أو شرط وجوده. لأن هذا الشرط يكون بعد وجود التسليم والدفع إلى المضارب. فعلى ما اقتضته الضابطة المذكورة ينبغي أن يبطل هذا الشرط ولا تفسد به المضاربة.

ويمكن أن يقال في التفصي عنه إن المراد من الشروط التي قالوا بأنها تبطل ولا تفسد به المضاربة هي التي لم تكن مانعة عن وجود شرط الركن ولا عن كماله. وهذا الشرط وإن لم يكن مانعا عن وجود شرط الركن الذي هو الدفع إلى المضارب ولكنه يمنع عن كماله. لأن كون المال كل ليلة في يد المالك ينافي كمال الدفع.

وقد أفصح عن هذا التوجيه المولى القهستاني حيث قال في شرح قول صدر الشريعة في مختصر الوقاية: ولا تصح إلا بمال تصح فيه الشركة وبتسليمه إلى المضارب على وجه الكمال ليتمكن من العمل. فلو شرط أن يكون المال كل ليلة في يد المالك فسدت المضاربة وإن كانت لا تبطل بالشروط الفاسدة، انتهى.

فحصل منه أن المضاربة وإن كانت لا تفسد بالشروط الفاسدة لكنها فسدت بهذا الشرط. لأنه يمنع عن وجود شرط ركن المضاربة وهو التسليم على وجه الكمال فافهم المقال ولاحظ على وجه الكمال.

3. Sözün İhbâr veya İnşâ Olmasının İtkın Nefâzı Üzerindeki Etkisi

[Teshîl] Mudâribin elinde kârı yarı yarıya olmak üzere mudârebe ortaklığı şeklinde bin dirhem bulursa, bununla kıymeti bin dirhem olan bir câriye satın alsa, sonra câriye mudâribden -değeri bin dirhem olan- bir çocuk doğursa, mudârib, bu çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse ve mudârib zengin iken -mudârib, tazmin şüphesinin doğup tazmin etmeyeceğinin açıklanması için zengin olmakla kayıtlanmıştır- çocuk büyüyüp kıymeti bin beş yüz dirheme ulaşırsa bu durumda sermaye sahibi isterse, çocuk bin iki yüz elli dirhemi sermaye sahibine ödemek için çalışır ya da sermaye sahibi isterse onu azat eder. Şayet sermaye sahibi çocuktan bin dirhemi kabzetse, çocuğun babası olduğunu iddia eden mudârib, nesep iddiasının sahih olmasından dolayı câriyenin kıymetinin yarısını sermaye sahibine tazmin eder. Çünkü mudâribin bu çocuk hakkındaki nesep iddiası -yaptığı işi, ki bu nikâhtır, sıhate hamletmek suretiyle- zahiren sahih olarak mün'akit olmuştur. Şöyle ki; Mudârib câriyeyi satın almadan önce satıcı onu bu câriye ile evlendirmiş, câriye de mudâribden hamile kalmış, sonra da satıcı câriyeyi mudâribe satmış ve bir hak sebebiyle mudâribin nesep konusundaki iddiası nâfiz olmuştur. Bu hak, çocuğun azat olması ve câriyenin ümmüveled olması hakkında geçerli değildir. Çünkü yapılan işten kâr elde edilmediği için mudâribin bunlar üzerinde bir mülkiyeti söz konusu olmaz. Zira ikisinden yani çocuk ve annesinden her biri, sermaye kapsamında değerlendirilir, dolayısıyla kâr elde edilmiş olmaz. Çünkü bilindiği üzere Züfer'in aksine bize göre mudârebeye ilişkin sermaye, farklı cinslere dönüştüğünde her biri sermaye gibi değerlendirilir ve kâr elde edilmemiş olur. Çünkü sermaye olma noktasında ikisinden biri diğerinden daha uygun değildir. Durum böyle olunca mudâribin ne câriye üzerinde ne de çocuk üzerinde bir payı olmaz. Mudârib açısından sabit olan, sadece tasarruf hakkı olup nesep iddiası geçerli olmaz. Fakat çocuğun kıymeti, bin dirhemin üzerine çıkınca bu durumda kâr elde edilmiş olur ve mudârib bu fazlalığın yarısına malik olur ve köleyi azat etmesinin aksine önceki nesep iddiası geçerli olur. Çünkü mudârib şayet çocuğu hürriyetine kavuşturur, sonra da kâr elde edilirse mudâribin çocuğu hürriyetine kavuşturması sahih olmaz. Çünkü hürriyete kavuşturma bir inşâdır. Mudâribin mülkiyetinin bulunmaması sebebiyle azat işlemi bâtil olunca, daha sonra ona malik olmasının söz konusu olması ile de azat sahih olmaz. Fakat bu, ihbâr olup mülkiyet ortaya çıktığında bu [azat] da geçerli olur.

٣. أثر كون الكلام إخباراً أو إنشاءً في نفاذ العتق

[التسهيل] ولو كان معه ألفٌ مضاربةً بالنصفِ فشرى به أمةً قيمتها ألفٌ فولدت منه ولداً قيمته ألفٌ فادعاه المضاربُ أنه ابنه، وقيدَ بقوله «موسراً» ليتأتى شبهةُ الضمانِ فيبينَ أنه لا يضمنُ كما سيجيءُ - فبلغت قيمةُ الولدِ ألفاً وخمسمائةً والمضاربُ موسراً فإن شاء ربُّ المالِ سعى الولدُ لربِّ المالِ ٥ في ألفِ ورُبُعِ الألفِ وإن شاء حرَّره، فلو قبضَ ربُّ المالِ من الولدِ الألفَ ضمنَ المدعي نصفَ قيمةِ الأمةِ لصحةِ دعوته لأن دعوةَ المضاربِ انعقدت صحیحَةً ظاهراً حملاً لأمره على وجهِ الصحةِ وهو نكاحه بأن زوجهَا منه بائعها قبلَ شرائه وعلقت منه ثم باعها منه فنفذت دعوته في حقِّ النسبِ ١٠ لحقَّ لم ينفذ في حقِّ عتق الولدِ وفي حقِّ أموميةِ الولدِ إذ لا ملكَ له لعدم الربحِ. لأن كلَّ واحدٍ منهما أعني الولدَ وأمه مشغولٌ برأسِ المالِ فلا يظهر الربحُ لما عُرفَ أن مالَ المضاربةِ إذا صارَ أجناساً مختلفَةً كلَّ واحدٍ منهما مثلُ رأسِ المالِ لا يظهر الربحُ عندنا خلافاً لزفرٍ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخرِ وإذا كان كذلك فلم يكن للمضاربِ نصيبٌ في الأمة ولا في الولدِ ١٥ وإنما الثابتُ له مجردُ حقِّ التصرفِ فلا تنفذُ الدعوةُ. فلما زاد قيمةُ الولدِ على الألفِ ظهر الربحُ الآن فملكَ المضاربُ من الولدِ نصفَ الزيادةِ فنفذت دعوته السابقةً ضدَّ تحريره. فإن المضاربَ لو حرَّرَ الولدَ ثم ظهرت الزيادةُ لم يصحَّ التحريرُ. لأن التحريرَ إنشاءً. فإذا بطلَ لعدم الملكِ فلم ينفذ بعده بطرؤ ملكه. فأما هذا فإخبارٌ فينفذُ إذا حدث الملكُ.

Bir kimsenin, başkasının kölesine “Sen hürsün!” diyerek onu hürriyete kavuşturduğunu ikrar etmesi ve sonra onu satın alması, bu ikisi ile yani nesep iddiası ve azat işleminin gerçekleşmesi ile benzerlik arz eder. Buna göre bir kimse başkasının kölesini hürriyetine kavuşturduğunu ikrar edip sonra onu satın alsa satın alması ile azat işlemi gerçekleşmiş olur. Çünkü bu kimsenin “Sen hürsün!” sözü, ihbâr olup azadın geçerli olması mevkûf olur, dolayısıyla mudâribin câriyenin çocuğu hakkındaki nesep iddiasına benzer. Şayet bir kimse başkasının kölesine “Sen hürsün!” deyip sonra o köleyi satın alsa, bu durumda satın almakla kölenin azadı gerçekleşmez. Çünkü bu şekilde söylenen söz, bir inşâ olup mudâribin köleyi azat etmesine benzer.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: “Sen hürsün!” sözünün ihbâr ve inşâyâ hamledilme ihtimali olup verilen örneğin inşâyı kastettiğine hamledilmesi gerekir. Öyle ki, şayet bu söz ile ihbârı kastetmiş ise bu takdirde de mudâribin ona malik olduğunda azat olmaması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Başkasının kölesi için söylenen “Sen hürsün!” sözü ile verilen örnekten maksat, Şeyh’in zannettiği “bu söz ile bu sözü söyleyenin köleye malik olmasından sonra azadın gerçekleşmesinin, bu söz ile haber vermeyi kastetmesine, azadın gerçekleşmemesinin de inşâyı kastetmesine bağlı olduğu” değildir. Aksine bundan maksat şudur: Başkasının kölesi hakkında azadın inşâ yoluyla ifade edilmesi sahih de değildir; mevkûf da değildir. Öyle ki, kişi bu sözü söyledikten sonra köleye malik olacak olsa bu köle azat olmuş olmaz. Çünkü inşâ, kölenin hürriyetinden haber verme gibi işlemi mevkûf kılacak olsaydı, bir kimsenin başkasının kölesine “Sen hürsün!” demesi ve sonra da ona malik olması durumunda hüküm, bu sözü söyleyen kimsenin niyetinin sorgulanmasına gerek olmaksızın kölenin azat olması olurdu. Bir kimsenin, hakkında “Sen hürsün!” deyip sonra da kendisine malik olduğu başkasına ait kölenin azadına hükmedilmediğine, aksine bu söz ile neyi kastettiğine ilişkin niyetinin ne olduğunun bilinmesine ihtiyaç duyulduğuna göre, bundan kişinin malik olmadığı köle hakkında azadın inşâ şeklinde ifade edilmesinin, malik olduğu zaman kölenin azat olmasını gerektirmediği anlaşılır.

يمثلهما أي الدعوة والتحرير إقراره بحرية عبد غيره وقوله لعبد غيره: «أنت حرٌّ» ثم شراءه فإنه لو أقرَّ بحريته ثم شراه يعتق عليه لأنه إخبارٌ فيتوقفُ نفاذه فمائل الدعوة، ولو قال لعبد غيره: أنت حرٌّ ثم شراه لا يعتق لأنه إنشاءٌ فمائل التحرير.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: قوله «أنت حرٌّ» يحتمل الإخبار والإنشاء والتمثيل ينبغي أن يحمل على إرادة الإنشاء حتى لو أراد به الإخبار ينبغي أن لا يعتق إذا ملكه.

[فاضل أمير] نقول: ليس المقصود من التمثيل بـ«أنت حرٌّ» مقولا لعبد الغير ما ظنه الشيخ من أن وقوع العتق بهذا اللفظ بعد ما ملك القائل العبد ناظرا إلى إرادته الإخبار وعدم الوقوع إلى إرادته الإنشاء، بل المقصود منه ١٠ هو أن إنشاء العتق في عبد الغير لا يصح ولا يتوقف، حتى لو ملكه بعد هذا القول لا يعتق هذا العبد. لأنه لو كان الإنشاء مما يتوقف كالإخبار عن حريته لكان الحكم فيما قال لعبد الغير «أنت حرٌّ» ثم ملكه أن يعتق من غير أن ينوي القائل يعنى من غير أن يحتاج إلى أن يطلب منه ما هو نيته. فلما لم ١٥ يحكم بعتق عبد للغير قال فيه «أنت حرٌّ» ثم ملكه بل احتيج إلى أن يعلم ما أراد به علم منه أن إنشاء العتق فيمن لا يملكه لا يوجب عتقه حين ملكه.

Bu açıklama ile anlaşılmaktadır ki, ikisinden her birinin, mülkiyetin gerçekleşmesi hâlinde azadı gerektirmediği noktasında köle olan çocuğun kıymetinin bin dirhemine üzerine çıkması sebebiyle kârın ortaya çıkmasından önce mudâribin çocuğu hürriyetine kavuşturma örneği, bir kimsenin başkasının kölesine “Sen hürsün!” demesi ile tamam olmaktadır. Çünkü hem mudâribin çocuğu hürriyetine kavuşturması hem de başkasının kölesine “Sen hürsün!” diyenin sözü, inşâ anlamına gelen bir sözdür ki, Şeyh'in bu konuda derinlemesine bir inceleme yapmadığı anlaşılmaktadır.

Özetle burada üzerinde durulması gereken iki nokta vardır:

Birincisi şudur: Başkasının kölesine “Sen hürsün!” deyip sonra o köleye malik olan kimse açısından bakıldığında köle, kişinin sırf bu sözle azat olmuş olmaz; sözü söyleyen kişinin niyetinin ne olduğunun bilinmesine ihtiyaç duyulur. İşte yukarıda verilen örnek ile kastedilen budur.

İkincisi de şudur: Başkasının kölesine “Sen hürsün!” diyen kimseye, köleye malik olduğunda niyetinin ne olduğu sorulur. Şayet o kimse, “Ben bu söz ile onun hür olduğunu haber vermeyi kastettim.” derse azadın gerçekleştiğine hükmedilir. Şayet “Ben bu söz ile azadı gerçekleştirmeyi (inşâ) kastettim.” derse -iradenin, kalbî amellerden olup şahitlerin buna muttali olması mümkün olmadığı için kölenin de bu sözü söyleyenin azadı haber vermeyi kastettiğine ilişkin bir beyyine sunması imkânsız olduğu için- azadın gerçekleştiğine hükmedilmez.

Niyetin belirlenmesine ihtiyaç duyulmasının bir sonucunun olduğunda hiç şüphe yoktur ki, bu sonuç da başkasının kölesi hakkında inşâ amacıyla söylenen sözün, söyleyen kimsenin o köleye malik olması durumunda sahih olmadığı ve azadı gerektirmediğidir. İnşânın, ihbâr gibi olmadığını gösteren hususlardan biri de *Şerhu'n-Nukâye*'deki şu ifadedir: “Bir kimse başkasının kölesine ‘Sen hürsün, benim malımdan!’ deyip o köleyi satın aldığında köle azat olmaz.”

وبهذا تمّ تمثيل تحرير المضارب الولد قبل ظهور الربح بزيادة قيمة الولد على الألف بقول من قال لعبد الغير «أنت حرّ» في عدم إيجاب كل منهما العتق عند التملك لما في كل من تحرير المضارب وقول هذا القائل من معنى الإنشاء. وظهر أن الشيخ رحمه الله لم يتعمق نظره في المقام.

٥ وخلاصة المقام أن هنا مقامين:

الأول أن من قال لعبد الغير «أنت حرّ» ثم ملكه لا يعتق عليه بمجرد صدور هذا القول منه ويحتاج إلى الكشف عن نيته. وهذا هو المراد من التمثيل.

والثاني هو أن قائل القول المذكور حين ما ملك العبد يسأل عن نيته. ١٠ فإن قال «أردت به الإخبار عن كونه حرّاً» يحكم بوقوع العتق. وإن قال «أردت به إنشاء العتق» -ولا مجال للعبد على إقامة البينة على أنه أراد به الإخبار لأن الإرادة من أعمال القلب لا يمكن اطلاع الشهود عليه- لا يحكم بوقوع العتق.

١٥ ولا شكّ في أن الاحتياج إلى استكشاف النية ثمرة أن إنشاء العتق في عبد الغير لا يصح ولا يستوجب العتق عند ملكه إياه. ومما يدل على أن الإنشاء ليس كالإخبار ما في شرح النقاية من أنه لو قال لعبد غيره «أنت حرّ من مالي» لا يعتق إذا اشتراه.

4. Mudâribin, Mudârebe Malı Olan Câriyeden Doğan Çocuğun Kendine Ait Olduğu İddiasının Geçerliliğinin Tazmin Açısından Sonucu

[Teshîl] Mudâribin çocuk hakkındaki nesep iddiası geçerli olunca Ebû Hanîfe'ye göre çocuk onun çocuğu olur; çocuk üzerindeki mülkiyeti miktarınca mudârib açısından azat olur ve çocuğun kalan kısmındaki mülkiyet fâsit olur. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise bu durumda çocuğun tamamı azat olmuş olur ve zengin olsa da mudârib, sermaye sahibinin çocuk üzerindeki payını tazmin etmez. Çünkü burada çocuğun azat olması, nesep ve mülkiyete bağlı olarak sabit olmuş olup azat, bunlardan sonuncusu olan mülkiyete izafe edilir. Çünkü kural şudur: Sarhoşluğun son kadehe izafe edilmesinde olduğu gibi illet iki vasa sahip olduğunda hüküm, bunlardan sonuncu vasa izafe edilir. Bunun delili, Ebû Bekir'den rivâyet edilen şu olaydır: "Zina ettiğini üç kere ikrar/itiraf eden adama Ebû Bekir şöyle dedi: Dördüncü ikrardan sakın! Çünkü dördüncü ikrar, haddi gerektirir." Dolayısıyla çocuk, mudâribin dahlinin olmadığı bir mülkiyet sebebiyle azat olmuştur. Çünkü çocuğun azat olması, fiyatının artması sebebiyle olup bunda mudâribin bir dahli söz konusu değildir. Kölenin bir kısmının azat edilmesinden doğan tazmin sorumluluğu ise kişinin dahli olmayan bir durum sebebiyle sabit olmaz. Bu, azattan kaynaklanan bir tazmin olup sebebi konusunda bir kusurun (teaddî) olması gerekir. Çünkü azattan kaynaklanan tazmin, kölenin azat olmasına sebep olmaktan kaynaklanan bir tazmindir. Çünkü mudâribin hissesinin azadı, sermaye sahibine ait diğer hissenin de azadına sebep olur. Azada sebep olmaktan kaynaklanan tazminde ise sebep olma noktasında bir kusurun (teaddî) olması gerekir ki, burada herhangi bir kusur bulunmamakta, dolayısıyla tazmin de söz konusu olmamaktadır. Mudârib açısından tazmin söz konusu olmadığı ve kölenin mâlî değeri dikkate alındığında bu durumda sermaye sahibinin hissesine düşen kısımda kölenin çalışması gerekir ki, bu hisse burada bin iki yüz elli dirhem olup bin dirhemi sermaye, iki yüz elli dirhemi de sermaye sahibine kârdan hissesine düşen miktardır. Bu durumda sermaye sahibi, çocuğu azat etmek durumundadır. Çünkü hürriyetini kazanması için çalışması istenen köle, Ebû Hanîfe'ye göre mükâteb köle gibi olup hürriyete kavuşturulmayı kabule elverişlidir. Sermaye sahibi bundan bin dirhemi aldığı bu sermayeye karşılık sayılır. Çünkü taksim konusunda sermaye önceliklidir. Bu durumda çocuğun annesinin tamamının kâr olduğu ortaya çıkar ve mudârib, onun yarısına malik olur.

٤. أثر نفوذ دعوى المضارب أنّ ولد الأمة ابن له من حيث الضمان

[التسهيل] وإذا نفذت الدعوة صار الولد ابناً له وعتق عليه بقدر ملكه
 وفسد الملك في الباقي عند أبي حنيفة وعتق كله عندهما ولم يضمن
 المضارب حظّ ربّ المال من الولد مع أنه موسرّ إذ عتقه هنا ثبت بنسب
 وملك فأضيف إلى آخرهما وجوداً وهو الملك إذ الأصل: أن الحكم يُضاف
 ٥ إلى الوصف الأخير إذا كانت العلة ذات وصفين كما في القَدَحِ الأخير في
 السكر ودليله ما روي عن الصديق أن رجلاً أقرّ عنده بالزنا ثلاث مرات
 فقال له: «إياك والرابعة فإنها الموجبة» فعتق بملك لا ضنع للمضارب فيه
 لأنه حصل له بتغيير السعر ولا ضنع له فيه وضمان العتق لا يثبت بغير ضنع
 ١٠ وهذا ضمان الإعتاق فلا بدّ من التعدي لأنه ضمان التسيب لأن عتق نصيبه
 يصير سبباً لعتق نصيب الآخر وفي ضمان التسيب لا بدّ من التعدي ولا
 تعدي هنا فلا ضمان وإذا لم يجب الضمان وقد احتسبت ماليته عنده وجب
 عليه السعاية في نصيب ربّ المال وهو ألف ورُبُع الألف والألف رأس
 المال وربّع الألف حصته من الربح وله أن يُعتقه إذ المستسعى كالمكاتب
 ١٥ عند أبي حنيفة فيكون قابلاً للتحرير. فإذا قبض ربّ المال من ذلك ألفا
 حسب من رأس المال لأنه مقدّم في القسمة فيظهر أن الأمّ كلها ربح فملك
 المضارب نصفها.

Niçin câriyenin, sermaye; çocuğun tamamının kâr sayılmadığı sorulacak olursa buna şu şekilde cevap verilir: “Çocuğa gerekli olan çalışma, sermaye cinsindedir. Cârîye ise sermaye cinsinden değildir. Dolayısıyla sermaye için çalışmadan elde edilecek bin dirhem belirlenmesi daha uygundur.”

5 **[Şeyh Bedreddin]** Derim ki: Denirse ki, “Şayet mudârib, önce cârîyenin tamamını tazmin eder ve cârîyenin bedeli, sermaye olursa -ki, bu durumda çocuğun tamamı, mudârib ve sermaye sahibi arasında paylaşıl-
mak üzere kâr olur- bu durumda cins birliği sermaye ile çocuğun değeri
10 arasında değil, cârîyenin bin dirhemlik değeri arasında sağlanmış olur, do-
layısıyla cins birliği konusunda bir tercih söz konusu olmaz.”

Derim ki, buna şu şekilde cevap verilmesi mümkündür: Tazmin, çocuktan annesi olan cârîyeye sirayet eder. Çünkü onun anneliği, çocuğa tabidir. Dolayısıyla gerek tazminin vâcipliği gerekse cins birliği öncelikle çocukta ortaya çıkar. Bununla birlikte kâr da çocukta ortaya çıkar. Dolayısıyla sermayenin de çocuğun değerinde dikkate alınması evlâdır.

15 **[Fâzıl Emîr]** Deriz ki: Bu sorunun aslını, Şeyh Ekmeleddin Bâbertî *el-İnâye*'de şu sözüyle dile getirmiştir: “Bu mesele tartışmaya açıktır. Çünkü biz, cârîyeyi sermaye saydığımızda -ki, cârîye, çocuk doğurması sebebiyle azat olmuştur- mudâribin cârîyenin kıymetini ödemesi vâcib olur ki, cârîyenin kıymeti, sermaye cinsindedir.”¹

Gençliğimde Kostantiniyye-i Mahrûsenin Sahn-ı Semân medreselerinin birinde çalışırken ders bu konuya geldiğinde Allah Teâlâ'nın bu fakir kuluna bahşettiği 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, bahşettiği bu nimetten dolayı Allah'a hamdederek kitabın kenarına düştüğüm notu burada naklettim:

“Derim ki; yukarıda geçtiği üzere nesep iddiasında asıl olan çocuktur. Annesi ise ona tabidir. Her ne kadar bu ikisi (çocuğun nesebinin sübutu ve annesinin ümmüveled olması) zaman bakımından birbirine bitişik olsa da çocuk hakkında nesebin sabit olması, azadın çocuğa arız olması ve çalışmayı tercih etmesi sebebiyle zimmetinin borç ile meşgul olması, tüm bu durumlar, annesinin ümmüveled olmasından ve mudâribin zimmetinin cârîye olan annenin kıymetini ödemekle meşgul olmasından önceliklidir. Bu yüzden çocuğun kıymetinin sermaye cinsinden olması, mudâribin zimmetinin cârîyenin kıymetini ödemekle meşgul olmasından öncedir. Dolayısıyla önceliği olan çocuğun kıymeti, sermaye olması bakımından belirgin hâle gelir.”

1 Bâbertî, *el-İnâye*, VIII, 461.

فإن قيل: لماذا لا تُجعل الأمة رأس المال وجميع الولد ربحًا؟ أجيب: بأن ما يجب على الولد من السعاية من جنس رأس المال والأمة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أولى.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل «لو ضمن الأمة كلها أولاً وصار بدلها لرأس المال حتى يبقى الولد كله ربحاً بينهما لكان الجنس بين رأس المال و ٥ بين ألف الأمة لا بين الولد فلا ترجيح».

أقول: يمكن أن يجاب بأن الضمان يسري من الولد إلى الأمة لأن أموميته تبع الولد فوجوب الضمان يظهر فيه أولى فيظهر فيه الجنس أولاً مع أن الربح ظهر في الولد فاعتبار رأس المال فيه أيضاً أولى.

[فاضل أمير] نقول: أصل هذا السؤال مما أورده الشيخ الأكمل في العناية بقوله «وفيه نظر لأننا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال» انتهى. ١٠

وكنت في عنفوان العمر وقت اشتغالي في إحدى المدارس الثمان بقسطنطينية المحروسة حين ما وقع الدرس من هذا المحل كتبت ما فتح الله سبحانه وتعالى على عبده الفقير وأثبتته في هامش الكتاب من الجواب الصواب فالآن لما ١٥ اطلعت على ما في الشرح هذا وصادفته مثل ما وفقني الله باستخراجه فنقلت هنا ما أثبتته في هامش الكتاب حامداً لله تعالى على نعمة التوارد.

وهو: أقول قد تقدم أن الأصل في الدعوة هو الولد، والأم تابعة له، فثبوت النسب في الولد و طرو العتق له و اشتغال ذمته باختيار سعائته مقدم بالذات على كون الأم أم ولد، و اشتغال ذمة المضارب بقيمتها وإن كانا متقارنين بحسب ٢٠ الزمان فكانت قيمة الولد من جنس رأس المال قبل اشتغال ذمة المضارب بقيمة الأم، فتعين المقدم لأن يكون رأس المال.

İşte geçmişte gençliğimde bu fakir kulun kalbine gelen şey budur. Bu izah, Şeyh Ekmeleddîn Bâbertî'nin çıkarımının aynısı olup bu fenle uğraşanlar açısından durum açıkça görülecektir. Evet, faziletin önce olana ait olduğu da doğrudur.

5. Mudârebe Sermayesi ile Satın Aldığı Malı Taşımak için Mudâribin Borçlanması

[Teshîl] Daha önce kendisine “Uygun gördüğün gibi işlet!” denilen mudârib, mudârebe sermayesiyle bin dirheme satın aldığı malın taşınması için de yüz dirhem borçlansa Ebû Hanîfe'ye göre mebî, semen ve taşıma masrafının tamamı karşılığında olması sebebiyle mudâribin, tamamında murâbaha yapma hakkı vardır ve Ebû Hanîfe'ye göre [elde edilen kârdan] yüz dirhemlik hisse mudârebe ait olur. Çünkü taşıma amacıyla aldığı yüz dirhemlik borç, mudârib adına geçerli olur. Şayet mudârib, bu malı iki bin dirheme satarsa bu durumda [iki bin dirhem on bir hisseye bölünür ve] bunun on hissesi aralarında anlaştıkları şarta göre mudârebe hissesi, bir hisse de münhasıran mudârebe ait olur. Çünkü mudârib, bu bir hisseyi kendi adına borçlanmış olup, nakliye ücreti de özellikle mudâribin malına ait olur. Çünkü borçlanması emredilen kişi, kendi adına borçlanmış olur. Dolayısıyla da semenden bu borçlanmaya düşen hisse, 10 15 20

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Şayet mudârib, satın aldığı malı bin yüz dirheme satsa aynı gerekçeden dolayı bin dirhemden mudârebe hissesi, yüz dirhemden de münhasıran mudâribin olması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh, Ebû Hanîfe'nin mudâribin bir miktar dirhemi borç alarak bunu mudârebe sermayesiyle satın aldığı malın taşınmasına harcaması konusunda “Mudâribin aldığı borç miktarı, özellikle mudârebe ait olmak üzere semene dâhil olur.” şeklinde söylediği sözün gereğinin, malı bin yüz dirheme satması durumunda yüz dirhemden mudâribin olması olduğunu kastetmektedir. Yani tıpkı kâr ile birlikte sermayede olduğu gibi (sermaye çıkarılmadıkça kâr hesaplanamayacağı gibi) mudâribin taşımaya yaptığı harcama çıkarılmadıkça da hiçbir şey kâr olarak hesaplanmaz. İmamların sözlerinin zahirinden anlaşılan ve akla ilk gelen budur.

هذا ما هو إلا ما سنع للعبد الفقير فيما مضى وهو عين ما استخرجه الشيخ كما لا يخفى على من هو المتدرب في الفن والمتوسم. نعم، قد كان الفضل للمتقدم.

٥. استقراض المضارب مأل المضاربة لحمل ما اشتراه

٥ [التسهيل] ولو شرى بألف المضاربة شيئاً واقترض مائةً لحمله وكان قيل له: اعمل برأيك أولاً فله المباحة على الكل عند أبي حنيفة لقيام المبيع بالكل وحظ المائة للمضارب عند أبي حنيفة إذ القرض نفذ عليه. فإن باعه بألفين كانت عشرة أسهم من ذلك حصّة المضاربة على شرطهما وسهم للمضارب خاصة لأنه استقرضه لنفسه والكراء في ماله خاصة إذ المأمور بالاستقراض يصير مستقرضاً لنفسه فكانت حصّة ذلك من الثمن له خاصة وهذا عند أبي حنيفة. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: فلو باعه بألف و مائة ينبغي أن يكون الألف حصّة المضاربة والمائة للمضارب خاصة لما مرّ.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن مقتضى ما قال به الإمام فيما استقرض المضارب دراهم و صرفها إلى حمل ما شراه بمال المضاربة من أن قدر ما استقرضه يكون من الثمن للمضارب خاصة أن يكون المائة فيما باع المتاع بألف ومائة للمضارب يعني ما لم يخرج ما صرفه إلى الكراء لا يجعل شيء للربح كما هو كذلك في رأس المال والربح فيقال هذا هو المتبادر الظاهر من سوق كلامهم. ١٥

Çünkü mudârebenin bu şekilde mudâribin taşıma için yaptığı masrafı sermayeye eklediğini ve tamamı üzerinden murâbaha yaptığını açıkça belirtmişlerdir. Buna göre taşıma için yapılan harcamanın, güvene ve hıyanet şaibesinden kaçınma konusunda tam bir ihtiyata dayanan murâbaha akdinde semene dâhil kılınmasına cevaz verildiğine göre bu harcamanın, malın (kârın) mudârib ve sermaye sahibi arasında taksim edilmesinde semene dâhil kılınmasının cevazı evleviyetle sabit olur.

Nitekim Molla Nizâm, *Letâifü'l-İşârât* üzerine yaptığı ta'likte şöyle demiştir: “Bu durum, mudâribin kendi malı ile bir meta satın alıp bunu mudârebe malıyla karıştırması gibi olur.”

Molla Nizâm, mudâribin borç alıp taşımaya yaptığı masraf ile kendi malını mudârebe malına karıştırmasını hüküm bakımından eşit saymıştır. Mudâribin kendi malını mudârebe malına karıştırmasının hükmü ise *el-Bedâi'*de açıklandığı üzere mudârib ve sermaye sahibinin, her iki şeyin (mudârebe sermayesi ve mudâribin kendi malı) semeniyle mudârebe yapmış olmalarıdır. Şöyle ki Kâsânî, elbisenin boyanması meselesini, mudâribin kendi malını mudârebe malına karıştırması gibi değerlendirdikten sonra şöyle demiştir: “Mudârib, kendi malını mudârebe malıyla karıştırdığında, sermaye sahibi kendisine ‘Uygun gördüğün gibi işlet!’ dememişse, bu durumda mudârib, sermaye sahibinin malını tazmin eder ve başkasının malına kendi malını karıştıran yabancı biri gibi olur. Yabancı biri başkasına ait elbiseyi boyarsa bu durumda elbise sahibi muhayyerdir. Dilerse elbisenin kıymetini tazmin ettirir, dilerse ortak olmak üzere boyayan kişiye bırakır ve ikisinin semeni ile aralarında mudârebe ortaklığı yaparlar. Mudâribin kendi malını, mudârebe malına karıştırması da böyledir. Şayet sermaye sahibi ‘Uygun gördüğün gibi işlet!’ demişse, bu durumda mudâribin tazmin etmesi gerekmez (ortak olmuş olurlar). Çünkü sermaye sahibi ‘Uygun gördüğün gibi işlet!’ dediğinde mudâribin kendi malını mudârebe malına karıştırmaya hakkı vardır ve bu durumda boyama mudâribin mülkü olur. Dolayısıyla malını karıştırmış olması sebebiyle bu malı tazmin etmez. Bu durumda meta, ikisi arasında ortak olur. Bu meta satıldığında semen, elbisenin beyaz olduğu kıymet üzerinden taksim edilir. Semenden elbisenin beyaz hâline karşılık gelen kısım mudârebe olarak, boyamaya karşılık gelen kısım ise mudâribin hakkı olarak değerlendirilir.”¹

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, VI, 92.

لأنهم صرحوا بأن المضارب في الصورة المذكورة يضم ما دفعه للكرأ إلى رأس المال ويرابح على المجموع. فإذا جوز جعل المدفوع للحمل من الثمن في عقد المرابحة المبني على الأمانة وعلى كمال الاحتياط في الاحتراز عن شائبة الخيانة فجواز اعتباره من الثمن عند قسمة المال بين المضارب وبين رب المال يثبت بالطريق الأولى. ٥

وقد قال المولى نظام فيما علّقه على لطائف الإشارات: فصار كما لو اشترى بماله متاعا فخلطه بمال المضاربة انتهى.

فقد جعل المولى المذكور ما استقرضه المضارب وصرفه إلى الكرا وما خلط ماله بمال المضاربة في الحكم سواء. وحكم خلط ماله بمال المضاربة هو أن يتضاربا بثمانهما على ما فضل في البدائع حيث قال بعد أن جعل صبغ ١٠

الثوب كالخلط بماله: والمضارب إذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له «اعمل برأيك» يضمن وصار كأجنبي خلط المال. ولو صبغ الثياب أجنبي كان للمالك الخيار، إن شاء ضمنه قيمتها وإن شاء تركها على الشركة و تضاربا بثمانهما كذا هذا. وإن كان قال له «اعمل برأيك» فلا ضمان عليه.

١٥ لأنه إذا قال له ذلك فله أن يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ملكه فلم يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما. فإذا بيع المتاع قسم الثمن على قدر الثوب أبيض فما أصاب ذلك كان في المضاربة وما أصاب الصبغ كان للمضارب، انتهى.

Bu açıklamadan açığa çıkan şudur: Ebû Hanîfe'ye göre mudâribin malı taşımak için borç alması ile boyacının birine ait elbiseyi boyaması ve mudâribin kendi malını mudârebe malına karıştırmaması arasında hiçbir fark yoktur.

- 5 Burada Şeyh'in "Derim ki: bu meselenin değil de yukarıda geçen karz meselesinin ihtilafı bir mesele olarak değerlendirilmesi, uygun değildir..." sözüyle belirttiği hususa ilişkin bir şüphe kaldı. Şöyle ki; metinlerin ve şerhlerin çoğunda elbisenin boyanması ve mudâribin kendi malını mudârebe malına karıştırmaması ile mudârebe malını kendine ait bir mal mu-
- 10 kabilinde taşıma ve elbiseyi yıkatma/ağartma arasında fark olduğu açıkça belirtilmiştir. Arada fark vardır, çünkü, boyama ve karıştırma meselesinde bunu yapan kişi teberruda bulunmuş olmaz ve bu iki işin semen olarak bir karşılığı vardır. Müellifler, taşıma ve yıkatma meselesinde bu hükmü, üzerinde ittifak bulunan bir hüküm sadedinde zikretmişlerdir. Bu durum,
- 15 mudârebe malını taşımak için yüz dirhem borçlanma meselesinde Ebû Hanîfe'den rivâyet edilen görüşle çelişmektedir ve burada, Şeyh'in, *Mecma'ül-Bahreyn* şârihinden -ki, şârih, *Mecma'ül-Bahreyn* metnini de yazmış olan Şeyh İbnu's-Sââtî'dir- naklettiğinin dışında bir uzlaştırma ihtiyacı yoktur. İbnu's-Sââtî, kendi yaptığı şerhte şöyle demiştir: "Yüz dirhem
- 20 hissesi, mudârebe aittir. Çünkü bu yüz dirhemi borçlanma konusunda kendisine izin verilmiş değildir. Bu yüzden yüz dirhemi borçlanması, mudâribin kendi hakkında geçerli olur ve onun mülkü olur. Dolayısıyla da yüz dirheme karşılık gelen hisse, mülkiyetinde bir artış olarak onun kârı olur. Bu durumda mudârib, tıpkı kendine ait dirhemler ile mudârebe ma-
- 25 lını taşımış gibi olur." İbnu's-Sââtî'nin "Tıpkı kendine ait dirhemler ile mudârebe malını taşımış gibi olur." sözü, yer verdiği bu meselenin aslında ihtilafı olduğu hâlde sanki ittifak edilen bir mesele gibi değerlendirildiğini gösterir. İki nakil arasındaki çelişkiyi gidermenin diğer bir yolu ise mudâribin, mudârebe malıyla satın aldığı malı taşımak için borçlanma mese-
- 30 lesinde Ebû Hanîfe'den iki rivâyet bulunduğunu düşünmektir. Allah, en iyisini bilir.

فظهر من هذا البيان أن استقراض المضارب للحمل كصبغه وخلطه من غير فرق عند أبي حنيفة رحمه الله.

وبقيت شبهة على ما ذكره الشيخ بقوله: أقول جعل المسألة السابقة وهي مسألة القرض خلافية دون هذه المسألة ليس كما ينبغي إلى آخره. ٥
لأن في عامة المتون والشروح صرح بالفرق بين صبغ الثوب وخلط ماله بمال المضاربة وبين حملة وقصره بماله بأن في صورة الصبغ والخلط لا يكون متبرعا ويجعل لهما حصة من الثمن^١ وأخرجوا هذا الحكم في الحمل والقصر مخرج الحكم الوفاقي فينافي ما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه في مسألة اقتراض مائة لحملة فلا مجال للتوفيق هنا غير ما نقله الشيخ من شارح المجمع وهو مصنف متن المجمع الشيخ ابن الساعاتي حيث قال في شرحه له: وإنما كانت حصة المائة له، لأنه غير مأذون في استقراضها فنفذ على نفسه فكانت ملكا له فصارت حصتها ربحا له ناميا على ملكه فصار كما لو اكرى لها بدراهم من عنده، انتهى. فدل قوله «كما لو اكرى بدراهم من عنده» على أن يكون هذه المسألة التي أوردها كأنها وفاقية خلافية أو أن يحمل على الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه في مسألة الاقتراض لحمل ١٥
ما اشتراه بمال المضاربة، والله أعلم.

١ ج* وفي الحمل والقصر يكون متبرعا ولا يجعل لهما حصة من الثمن.

6. Mudâribin Borçlanması ile Vekilin Borçlanması Arasındaki Fark

[Teshîl] Kendisine “Uygun gördüğün gibi işlet!” denilen mudârib, kendi malı ile mudârebe malını taşısaya veya kassâr/çamaşır yıkayıcısı, kumaşı ağartsa teberruda bulunmuş olur. Çünkü yaptığı bu masraf, mudârebe sermayesini tükettikten sonra mudâbere adına yaptığı bir borçlanma olup sermaye sahibinin açık talimatı olmadığında işletmecinin bu harcaması, sermaye sahibi hakkında geçerli olmaz; dolayısıyla işletmeci bu harcama konusunda teberruda bulunmuş olur.

Derim ki: Bu meselenin değil de önceki meselenin -ki, bu da mudâribin borç alma meselesidir- ihtilaflı bir mesele olarak değerlendirilmesi, uygun değildir. Çünkü orada belirtilen ihtilaflı meselenin delili burada da mevcuttur. Özetle hükmün, iki meselede de ihtilaf ve ittifak noktasında uyumlu olması gerekir. Dolayısıyla orada geçen delil sebebiyle Ebû Hanîfe'ye göre burada da mudâribin bu harcamasının teberru olmaması gerekir. Ya da Ebû Hanîfe'ye göre burada olduğu gibi orada da mudâribin harcamasının teberru olması gerekir. Aksi takdirde ikisi arasındaki farkın ne olduğunun açıklanması gerekir.

Nitekim *el-Mecma'* şârihi, murâbaha konusunda ikinci meselenin de bütünüyle birinci mesele gibi olduğuna işaret etmiştir. Zira birinci meselede Ebû Hanîfe'nin delilini izah ederken şöyle demiştir: “Yüz dirhem hissesi, işletmeciye aittir. Çünkü borçlanma konusunda kendisine izin verilmemiştir. Dolayısıyla borç, kendisi hakkında geçerli olur ve onun mülkü olur. Yüz dirheme ait [kâr] hissesi de onun mülkiyetine düşer. Bu durumda tıpkı kendisine ait dirhemlerle bir malı kiralamış gibi olur.”

Şârihin bu açıklaması, mudârebe malını taşımak ve ağartmak için kendi malından yaptığı harcamalar konusunda teberruda bulunmadığını gösterir. Fakat şârihin bu sözü, bize ulaşan diğer kitaplardaki bilgilere aykırı olup bu rivâyeti, bu şerhin dışında başka bir yerde görmedim. Bu konu üzerinde düşünülmesi gerekir. En iyisini Allah bilir.

Aynı şekilde işletmeci, mudârebe malıyla satın aldığı bir şeyin semenini kendi malıyla artırırsa, bu artış da onun tarafından yapılmış bir bağış sayılır ve fazlalığın mudârebe malına değil, işletmecinin kendi malına dâhil edilmesi gerekir. Çünkü fazlalığın mudârebe malına dâhil edilmesi gerekli olsa, bu takdirde işletmeci, sermaye sahibine karşı onun rızası olmadan borçlanmış olur ki, böyle bir yetkiye sahip değildir.

٦. الفرق بين استدانة المضارب وبين استقراض الوكيل

[التسهيل] ولو حمّله أو قصره بماله وقيل له «اعمل برأيك» تبرّع. لأنه استدان على المضاربة بعد استغراق رأس المال فلم ينفذ على ربّ المال إذا لم يصرح بالأمر، فصار به متبرّعاً.

٥ أقول: جعل المسألة السابقة - وهي مسألة القرض - خلافةً دون هذه المسألة ليس كما ينبغي. لأن دليل الخلاف المذكور ثمة قائم هنا أيضاً. والحاصل أنه ينبغي أن يطرد الحكم فيهما خلافاً ووفقاً. فينبغي أن لا يكون المضارب متبرّعاً هنا أيضاً عند أبي حنيفة لما مرّ من دليله أو يكون متبرّعاً عنده ثمة كما هنا. وإلا فلا بدّ من بيان الفرق.

١٠ وأشار شارح المجمع إلى الثانية كالأولى في المباحة على الكلّ، حيث قال في المسألة الأولى في تقرير دليل أبي حنيفة «إنما كانت حصة المائة له، لأنه غير مأذون في استقراضها فنقد على نفسه، فكانت ملكاً له، فصارت حصتها على ملكه، فصار كما لو اکتري بدراهم من عنده».

١٥ وقول الشارح هذا دلّ على أن المضارب ليس بمتبرّع فيما انفق من ماله لحمله وقصره. ولكن قول الشارح هذا يخالف سائر الكتب التي وصلت إلينا، ولم أجد هذه الرواية في غير هذا الشرح، فالتأمل. والله أعلم.

وكذا لو زاد المضارب من ماله في ثمن ما اشتراه بمال المضاربة فهو تطوُّع منه. ويلزمه الزيادة عليه في ماله دون مال المضاربة. لأنه لو لزم مال المضاربة لصار مُستديناً على ربّ المال بغير رضاه، وهو لا يملكه.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Müellifin “Mudârib, sermaye sahibinin rızası olmaksızın borçlanarak...” sözü, bundan birkaç satır öncesinde işletmecinin kendi malından harcayarak taşıması ve kassârın kumaşı ağartma meselesindeki “Çünkü işletmeci, mudârebe konusunda borçlanmıştır, dolayısıyla bu borçlanma sermaye sahibi hakkında geçerli olmaz. Zira sermaye sahibi, işletmeciye borçlanmayı açık bir şekilde emretmemiştir.” sözü ve “Kitâbu'l-Mudârebe”nin başlarındaki “İşletmeci, izin olmadıkça borç veremez ve borç alamaz.” şeklindeki sözünde geçen “izin olmadıkça” sözü, sermaye sahibinin, borçlanma konusunda işletmeciye açık talimat vermesi hâlinde borçlanmanın câiz olduğunu ve bu borçlanmanın sermaye sahibi hakkında geçerli olduğunu gösterir. Kaldı ki, bazı kitaplarda mesele bu şekilde açıklanmıştır.

Müellifin bu meselenin hemen öncesinde işletmecinin nakliye için yüz dirhem borç alması meselesinde söylediği “Borçlanması emredilen kişi, kendi adına borçlanmış olur...” sözü, işletmeci, sermaye sahibinin sarih emri ile borçlanmış olsa da borçlanmanın, sermaye sahibi hakkında değil, emrettiği işletmeci hakkında geçerli olduğunu gösterir. Bununla birlikte mesele vekâlet konusunda şöyle açıklanmıştır: Borçlanmaya vekil tayin etmek sahih olmayıp, borçlanma emreden hakkında değil, emredilen hakkında geçerli olur ki, bu durumda borç, müvekkilin değil, vekilin borcu olur. Dolayısıyla sanki mesele hakkında iki farklı rivâyet varmış gibi iki kavram (vekâlet ve mudârebe) arasında bir çelişki söz konusudur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Hâniyye*'de şöyle denilmiştir: “Borçlanmaya vekil olan kimse ‘Falanca senden şu kadar borç istiyor.’ ya da ‘Falancaya şu kadar borç ver.’ diyerek borçlanmayı müvekkile izafe ederse borç, müvekkilin olur. Şayet vekil, borçlanmayı müvekkile izafe etmezse borç, kendinin borcu olur.”¹

Bu ifadeden anlaşıldığına göre borçlanma vekâletinde iki şekil olup birinde borçlanma, müvekkil adına nâfiz olmakta ve borç müvekkile ait olmaktadır. Buna göre, metinlerde “vekilin yaptığı borçlanma müvekkil adına nâfiz olur ve borç ona ait olur.” şeklinde yer alan her ifadeyle, hükmün müvekkil adına nâfiz olacağı borçlanma şeklinin kastedildiği düşünülebilir. Ki bu borçlanma şeklinde vekil borcu müvekkile izafe etmektedir. Bu sebeple Şeyh'in “Derim ki: müelliflerin bu ifadeleri elçi olmayı değil, vekâleti îmâ etmektedir.” sözü dikkate alınamaz. Çünkü o ifadeleri hamlettiğimiz şekil, vekâlet bir kısmı olup bu ifadelerinin vekâleti îmâ etmesinde bir sakınca yoktur.

1 Kâdihân, II, 500.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قوله «مستدينا بغير رضاه»، وقوله قبل بهذا أسطر في مسألة الحمل والقصر بماله حيث قال: لأنه استدان على المضاربة فلم ينفذ على رب المال إذا لم يصرح بالأمر، وقوله في أوائل كتاب المضاربة «إلا بإذن» حيث قال «ولا يُقرض ولا يَستقرضُ إلى قوله إلا بإذن الخ» تدلُّ هذه الأقوال على أن ربَّ المالِ إذا صرَّح بالأمرِ بالاستقراضِ يجوزُ الاستقراضُ وينفذ على ربِّ المالِ على أن المسألةَ مصرَّحةً كذلك في بعض الكتب.

وقوله قُيِّل هذا في مسألة اقتراض المائة للحمل حيث قال «إذ المأمورُ بالاستقراضِ يصيِّرُ مستقرضاً لنفسه الخ» يدلُّ على أن الاستقراضَ وإن أمرَ به صريحاً ينفذُ على المأمورِ لا على ربِّ المالِ، مع أن المسألةَ مصرَّحةً في كتاب الوكالةِ بأن التوكيلَ بالاستقراضِ لا يصحُّ وينفذُ على المأمورِ لا على الأمرِ، ويكون القرضُ للوكيلِ لا للموكِّلِ. فبين المفهومين منافاةً وتدافعً، كأن في المسألةِ روايتين.

[فاضل أمير] نقول: قال في الخانية: إن الوكيل بالاستقراض إن أضاف الاستقراض إلى الموكل فقال «إن فلانا استقرض منك كذا» أو قال «أقرض فلانا كذا» كان القرض للموكل وإن لم يصف الاستقراض إلى الموكل يكون القرض للوكيل، انتهى.

علم منه أن في الوكيل بالاستقراض وجهين، وفي أحدهما ينفذ الاستقراض على الموكل ويكون القرض له فلا بعد في أن يراد في كل قول أفاد أن الاستقراض من الوكيل ينفذ على الموكل ويكون القرض له كون الاستقراض على الوجه الذي يكون الحكم فيه النفاذ على الموكل وهو ما أضاف الاستقراض إلى الموكل ولا اعتداد بقوله. أقول: عباراتهم تشعر بالوكالة لا بالرسالة. لأن الوجه الذي حملنا الأقوال عليه هو القسم من الوكالة فلا ضمير في إشعار عباراتهم بالوكالة.

Şöyle de denilebilir: *Bedâi'ûs-Sanâi'*, *el-Musaffâ* ve diğerlerinde “Sermaye sahibi, mudâribe mudârebe için borçlanmaya izin verdiğinde mudâribin borçlanması câizdir. Mudâribin aldığı bu borç, vücûh şirketi olarak ikisi arasında ortak olur. Bu borç ile satın alınan mal da ikisi arasında yarı yarıya ortak olur. Çünkü borç ile alınmış bir malın mudârebe olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.”¹ denilmektedir. Bu açıklamadan, borcun sermaye sahibi hakkında nâfiz olması konusunda başka bir şeklinin bulunduğu anlaşılmaktadır ki, bu geçerlilik mudârebede zımnen sabit olan vekâletin özelliklerindedir.

Molla Hüsrev, *Düveru'l-Hükkâm*'ın vekâlet bölümünde şöyle demiştir: “Borçlanmaya vekil tayin etmek bâtil olup bununla mülkiyet sabit olmaz. Çünkü başkasının mülkünde tasarrufta bulunmaya vekil tayini câiz değildir.”² Hâşiye yazarı Mehmed el-Vânî ise şöyle demiştir: “Onun bu ifadesine göre hibeyi kabzetmek için vekil tayin etmenin de sahih olmaması gerekir. Çünkü hibe, kabzedilmedikçe kişinin mülkiyetine girmez. Âriyet ve vedîanın kabzında da vekil tayini böyledir.”

Dikkatlice araştırıp düşünen bir kimsenin açıkça göreceği üzere el-Vânî'nin bu değerlendirmesi, meseleyi yeterince incelememesinden ve meseleye yüzeysel bakmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü açıktır ki hibe, âriyet ve vedîayı kabza vekil olan kimsenin, kabzı müvekkile izafe edip onun adına kabzemesi gerekir. Dolayısıyla bu konuda vekil, elçi ve sözcü konumunda olur. Vekilin ifadesi, bu şekilde olduğunda onun sözü, müvekkil hakkında geçerli olur.

Bunu açıkça belirtenlerden biri de Zeylâi olup *Tebyînu'l-Hakâik*'in vekâlet bölümünde şöyle demiştir: “Müvekkil adına geçerli olacak tasarruflar kapsamına bir mal karşılığında köle azadı, kitabet, hibe, tasadduk, ödünç verme, emanet verme, borç verme, rehin, şirket ve mudârebe de girer. Çünkü bu tür tasarruflarda hüküm, kabz ile sabit olur ve başkasının mülkiyetinde olan bir mahalle tesadüf eder. Dolayısıyla kabza vekil olan kimse, bu konuda asıl olarak değil, aksine elçi ve sözcü olarak kabul edilir. Vekil tayin etme, vekil olmasını isteyen kişi tarafından söz konusu olduğunda da belirttiğimiz sebepten dolayı durum aynıdır. Fakat borçlanmaya vekil tayin etmek bâtildir...”³

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, VI, 92.

2 Molla Hüsrev, *Düveru'l-Hükkâm*, II, 284.

3 Zeylâi, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 257.

وقد يقال إن في البدائع والمصفى وغيرهما قال: إذا أذن رب المال للمضارب أن يستدين على المضاربة جاز له الاستدانة، وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشتري بينهما نصفين. لأنه لا يمكن أن يجعل المشتري بالدين مضاربة، انتهى. فعلم منه وجه آخر في النفاذ على رب المال ويكون النفاذ من خواص الوكالة الثابتة في ضمن المضاربة. ٥

قال مولانا الفاضل ملا خسرو في كتاب الوكالة من الدرر والغرر: التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت به الملك. لأن تفويض التصرف في ملك الغير لا يجوز. وقال المولى المحشي محمد الواني: يلزم منه أن لا يصح التوكيل في قبض الهبة. لأنه لا يكون ملكا ما لم يقبض. وكذا في قبض العارية والوديعة، انتهى. ١٠

لا يخفى على المتتبع المتدبر أن هذا القول منه إنما نشأ من قلة تصفحه وتعمق نظره. لأن من البين أن الوكيل بقبض الهبة والعارية والوديعة لا بد وأن يضيف القبض إلى موكله ويقبض له فيكون سفيرا و معبرا. والوكيل إذا كان تعبيره على هذا الوجه ينفذ قوله على الموكل.

وممن صرح بهذا الإمام الزيلعي حيث قال في كتاب الوكالة من التبيين: ١٥
ومن أخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة والتصدق والإعارة والإيداع والإقراض والرهن والشركة والمضاربة. لأن الحكم فيها يثبت بالقبض وأنه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا فيه بل سفيرا و معبرا. وكذا إذا كان التوكيل من الملتمس لما ذكرنا. لكن التوكيل بالاستقراض باطل، إلى آخر ما حققه. ٢٠

Bu açıklamadan anlaşılıyor ki, hibe, âriyet ve vedîayı kabza vekil olan kimse, ancak elçi ve sözcü olur. Vekîlin asıl konumunda olmayıp elçi ve sözcü konumunda olması durumunda vekil tayin etmenin sahih olduğu konusunda ise herhangi bir tartışma yoktur. Bunu böylece bilesin!

5 Diğer yandan *Ferâidü'l-Leâlî*'de bir meseleye rastladım ki, ben bunun da *Tebyînu'l-Hakâik*'te belirtilen aslın kapsamına giren meselelerden olduğunu düşünüyorum. Bu mesele şöyle ifade edilmiştir: “Yirmi kişi gelip bir kişiden bir miktar borç istiyor ve parayı içlerinden birine vermelerini emrediyor. O kişi de borcu buna veriyor. Bu durumda borç verenin, borcu verdiği kişiden ancak onun hissesine düşen kısmı isteme hakkı vardır. 10 Bununla başka bir meselenin rivâyeti daha ortaya çıkmaktadır ki, bu da şudur: Ödünç para istemeye vekil tayin etmek sahih olmasa da istenilen borcu kabzetmeye vekil tayin etmek sahihtir.”¹

7. İkinci Mudâribin Tazmin Sebebiyle Mudârebe Malına Malik Olması

15 [Teshîl] Mudârib, mudârebe malını sermaye sahibine mudârebe olarak veya ticaret metaı olarak verse, bu durumda biz birinci mudârebe akdinin feshine değil, devam ettiğine hükmederiz. Zira mudârebe malında tasarrufta bulunmak, mudâribin hakkı olup bu konuda sermaye sahibini vekil tayin etmesi sahihtir. Bu konuda bizden farklı düşünen Züfer'in gerekçesi ise şudur: “Sermaye sahibinin tasarrufu, kendi malı üzerinde gerçekleşmektedir 20 ki, bu durumda vekâleten değil, asaleten tasarrufta bulunmuş olur. Buna göre sermaye sahibi, mudâribin vekili olarak değerlendirilemez, malını geri almış sayılır. Dolayısıyla birinci akit bâtil olur.” Bu durumda ittifakla ikinci mudârebe sahih olmaz. Çünkü akdin mevzuu ters yüz olmuştur. Zira artık 25 ne sermaye sahibinin malı ne de mudâribin emeği söz konusudur.

Mudârib, sermaye sahibinin izni olmaksızın sermayeyi bir başkasına mudârebe ortaklığı şeklinde verse bu durumda bize göre sırf vermesi sebebiyle tazmin söz konusu olmaz. Anlaşma şartlarına aykırı davrandığı için bir rivâyette Ebû Yûsuf, Züfer ile aynı görüştedir. Çünkü mudâribin, sermayeyi bir başkasına mudârebe ortaklığı şeklinde verme hakkı yoktur, fakat emanet olarak verme hakkı vardır. Ebû Yûsuf ve Züfer'e göre ise bu 30 durumda ikinci mudârib, tasarrufta bulunsun ya da bulunmasın birinci mudârib, sırf vermesi sebebiyle sermayeyi tazmin eder. Çünkü bu şekilde yapmakla akdin şartlarına aykırı davranmıştır.

1 Bk. İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, VI, 135.

فظهر منه أن الوكيل بقبض الهبة والعارية والوديعة لا يكون إلا سفيرا و
معبرا. ولا نزاع في صحة التوكيل إذا لم يجعل الوكيل أصيلا وجعل معبرا
وسفيرا، فاعرف هذا.

ثم رأيت في المؤلف المسمى بفرائد اللآلي مسألة أظن أنها من فروع
الأصل المذكور في التبيين. وهي قوله: عشرون رجلا جاؤوا واستقرضوا
من رجل دراهم. وأمروه أن يدفع الدراهم إلى واحد منهم فدفح ليس له أن
يطلب منه [إلا حصته]^١. وحصل بهذا رواية مسألة أخرى وهي أن التوكيل
بقبض القرض صحيح وإن لم يصح التوكيل بالاستقراض.

٧. ملك المضارب الثاني مال المضاربة بالضمان

[التسهيل] ولو دفع المضارب مال المضاربة إلى رب المال مضاربة أو
بضاعة حكمتنا ببقاء عقد المضاربة الأول لا بفسخه إذ التصرف حق المضارب
فصح توكيله، وله أن تصرف رب المال يقع في مال نفسه فيتصرف أصالة
لا وكالة فكان رب المال مسترداً لماله لا وكيلا عن المضارب فبطل العقد
الأول ولم تصح المضاربة الثانية وفقاً لقلب الموضوع إذ لا مال لأحدهما
ولا عمل وهو المضارب.

وما ضمناً بدفعه مضاربة بلا إذن يوافقه أبو يوسف في رواية للمخالفة.
إذ الدفع على وجه الإيداع مملوك له لا على وجه المضاربة فضمن عند أبي
يوسف وزفر بمجرد الدفع عمل أو لا إذ صار به مخالفاً.

5 Ebû Hanîfe'ye göre bu durumda tazmin, ikinci mudâribin kâr etmesiyle sabit olur. Çünkü kâr elde edilmesiyle birlikte birinciye aykırı olan bir ortaklık sabit olmuş olur. Zira sermaye sahibi, mudâribin dışında birisinin ortaklığına razı olmamıştır. Mudâribin mal üzerindeki mücerret tasarrufundan dolayı şartnameye aykırılık söz konusu olmaz. Çünkü mudâribin tıpkı ibdâ' işleminde olduğu gibi, çalıştırması için malı başkasına vermesi sahihtir.

10 Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise kâr elde etmese bile ikinci mudâribin sırf tasarrufta bulunması sebebiyle birinci mudârib tazmin eder ki, *Zâbirûr-rivâye'*ye göre Ebû Hanîfe de bu görüştedir. Çünkü tasarruf, kârın sebebi olup onun yerine konulur. Birinci mudâribin sırf vermesi sebebiyle tazmin söz konusu olmaz. Çünkü bu emanet olarak vermedir, mudâribin de bu yetkisi vardır. Mücerret verme ise kârın sebebi değildir; bu yüzden kâr yerine konulamaz.

15 Bir görüşe göre Ebû Hanîfe, emanetçinin başka birine emaneti (mûde'û'l-mûde': emanetçinin emanetçisi) meselesinde açıklanan sebepten dolayı ikinci mudâribin tazmin etmeyeceği görüşündedir.

20 Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise iki mudâribden hangisi isterse tazmin eder. Ebû Hanîfe'den de bu yönde bir rivâyet mevcuttur. Buna göre sermaye sahibi muhayyerdir. Dilerse sermayesini birinciye tazmin ettirir; çünkü birinci mudârib gasbeden konumundadır. Dilerse ikinci mudâribi tazmin ettirir; çünkü bu da gasbedenden gasbeden konumundadır. Bu görüş, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in kabul ettiği asıla göre açıktır. Çünkü bu iki imama göre *mûde'û'l-mûde'* tazmin ile yükümlüdür. Ebû Hanîfe'ye gelince bir görüşe göre kendi menfaati için kabzetmesi sebebiyle ikinci mudârib tazmin eder. Mûde'û'l-mûde' ise bundan farklıdır. Çünkü ikinci emanetçi kendi menfaati için değil, birincinin menfaati için emaneti kabzetmektedir, dolayısıyla tazminle yükümlü olmaz.

30 Mülkiyetin tazmine dayanması sebebiyle son ikisi (birinci ve ikinci mudârib) arasındaki mudârebe sahihtir. Zira tazmin eden mudârib, bu tazmin ile kabzettiği andan itibaren tazmin ettiği mala malik olur ve diğeri ile yaptığı mudârebe kendi mülkiyetindeki mal hakkında gerçekleşen bir akit olur. Birinci mudâribin tazmin etmesi hâlinde durum bu olup açıktır. İkinci mudâribin tazmin etmesi hâlinde de durum aynıdır. Çünkü bu durumda ikinci mudârib, kendisini aldatması sebebiyle birinci mudâribi rücû eder ve mülkiyet yine birinci mudârib üzerinde kalır, dolayısıyla mudârebesi sahih olur.

وهو أي الضمانُ ثبتَ عند أبي حنيفة بربحِ الثاني إذ به تثبتُ الشركةُ المخالفةُ لأنه لم يرضَ بشركةٍ غيرِ المضاربِ ولا مخالفةً لمجردِ العملِ لصحةِ دفعه للعمل كإبضاعه.

وقالا يضمنُ بعمَلِ الثاني وإن لم يربحِ الثاني وهو ظاهرُ الرواية عن أبي حنيفة لأن العملَ سببُ الربحِ فأقيمَ مقامه ولم يضمنَ لمجردِ الدفعِ لأنه إيداعٌ وله ولايةُ الإيداعِ وليس الدفعُ سببَ الربحِ فلم يُقَمِّ مقامه.

قيل الثاني لم يضمنَ عند أبي حنيفة لما ذكر في مودَعِ المودَعِ.

وضمنَا أيهما شاء وهو روايةٌ عن أبي حنيفة أي ربُّ المالِ بالخيارِ إن شاء ضمنَّ الأولُ رأسَ ماله لأنه صارَ غاصبًا وإن شاء ضمنَّ الثاني لأنه غاصبُ الغاصبِ وهذا ظاهرٌ على أصلهما لأنهما يُضمَّنانِ مودَعِ المودَعِ وأما عند أبي حنيفة فقليلُ ضمنَّ الثاني لقبضِ الثاني لنفعِ نفسه فضمنَ ضدَّ مودَعِ المودَعِ فإنه يقبضُه لمنفعةِ الأولِ لا لنفسه فلا يضمنُ.

وتصحُّ المضاربةُ بين الأَخِيرينِ للاستنادِ إذ الضامنُ يملكُ المالَ مُدَّ قبضٍ فيقعُ عقدُ المضاربةِ في ملكه أما إذا ضمنَّ الأولُ فظاهرٌ وكذا إذا ضمنَّ الثاني لأنه يرجعُ على الأولِ إذ غَرَّه فيقر عليه الملك فتصحُّ مضاربتُه

Kâr da koştukları şarta göre aralarında ortak olur. Bu durumda ikinci mudârib açısından elde ettiği kâr, emeğinden dolayı temiz/helal olup herhangi bir pislik (hubs) söz konusu olmaz. Birinci mudârib açısından ise elde ettiği kâr, temiz/helal bir kâr değildir. Çünkü o, elde ettiği bu kârı, pisliğin söz konusu olduğu bir mal sebebiyle elde etmiştir. Zira bu mala, mülkiyetin tazmine dayanması şeklinde tazmin sebebiyle malik olmuştur. Mülkiyetin bir açıdan sabit olup diğer açıdan sabit olmaması sebebiyle de elde ettiği kâr, bir tür pislikten uzak değildir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu durumda ikinci mudârib tazmin eder ve malın da kârın da kendisine kalması için birinci mudâribe rücû etmemeye razı olursa bunun kendisi açısından sahih olması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in sözündeki uyumsuzluk açıktır. Şöyle ki, meselenin başında "Sermaye sahibi dilerse ikinci mudâribe tazmin ettirir, çünkü bu da gasbedenden gasbeden konumundadır." demiştir. İkinci mudârib, gasbedenden gasbeden konumunda ise bu durum, nasıl "Çünkü ikinci mudârib sermaye sahibine tazmin etmesi sebebiyle birinci mudâribe rücû eder." ve "Birinci mudâribe rücû etmemeye razı olursa..." sözleriyle uyumlu olur?

Karara bağlanmış meselelerden biri şudur: Gâsıptan gasbeden kişi, malı sahibine tazmin ettiğinde gasbedilen mala malik olur ve Şeyh'in kendisinin "Kitâbu'l-Gasb" da belirttiği gibi ilk gasbedene rücû edemez.

Bu durumda en uygun olan, Zeylaî'nin *Tebyînu'l-Hakâik*'teki "Sermaye sahibi dilerse ikinci mudâribe tazmin ettirir, çünkü bu durumda o, başkasına ait malı sahibinin izni olmadan kabzetmiştir." şeklindeki açıklaması ile bundan birkaç satır sonra yaptığı şu açıklamadır: "Şayet ikinci mudârib, sermaye sahibine tazminde bulunursa tazmin ettiği mal konusunda birinci mudâribe rücû eder. Çünkü birinci mudârib, ikincisi için kabzedilen malın tazminden salim olmasını üstlenmiştir. Birinci mudârib, ikinciye malı bu şekilde teslim etmediğinde ikinci mudârib, ödediği tazminat sebebiyle birinciye rücû eder. Çünkü ikinci mudârib, gâsıbın emanet bıraktığı kişi[nin, mal sahibine tazmin etmesin]de olduğu gibi birinci mudârib tarafından aldatılmıştır."¹

Şayet Şeyh, ikincinin tazmin etmesini Zeylaî'nin gerekçelendirdiği gibi gerekçelendirseydi, bunun üzerine dayandırdığı mesele, rivâyet ve dirâyet açısından sahih olurdu. Çünkü "Kitâbu'l-Gasb" da açıkladığı üzere gâsıbın emanet bıraktığı kişi, mal sahibine ödediği tazminat sebebiyle gâsıba rücû eder.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 64.

والربحُ بينهما على ما شَرَطَا وطاب الربحُ للثاني لعمَلِهِ ولا خُبْتُ فيه لا للأوَّلِ إذ يستحقُّه بمالٍ فيه خُبْتُ لأنه يملكُ المالَ بأداءِ الضمانِ مستنَدًا فلا يخلو عن نوعِ خُبْتُ لكونه ثابتًا من وجهٍ دون وجهٍ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو ضمن الثاني ورضي بعدم الرجوع على الأول لبقى له المال والريح ينبغي أن يصح له ذلك.

[فاضل أمير] نقول: لا يخفى ما في قوله هنا من عدم الالتيام حيث قال في صدر المسألة «وإن شاء ضمّن الثاني لأنه غاصب الغاصب». فإذا كان الثاني غاصب الغاصب كيف ينتظمه قوله لأنه يرجع على الأول وقوله ورضي بعدم الرجوع.

ومن المسائل المقررة أن المالك إذا ضمن غاصب الغاصب فهو يملك المغصوب ولا يرجع على الغاصب كما ذكره الشيخ نفسه أيضا في كتاب الغصب.

فالأنسب ما ذكر في التبيين من قوله «وإن شاء ضمن الثاني لأنه قبض مال الغير بغير إذن صاحبه» وقوله بعد أسطر «وإن ضمن الثاني يرجع بما ضمن على الأول، لأنه التزم له سلامة المقبوض له عن الضمان فإذا لم يسلم له رجع عليه بما لحقه، إذ هو مغرور من جهته كمودع الغاصب»، انتهى.

فلو علل الشيخ تضمين الثاني بما علل به الزيلعي لصح ما بنى عليه من الرواية والدراية، لأن مودع الغاصب يرجع بما ضمن على الغاصب كما بين في كتاب الغصب.

8. Butlan Açısından Mudâribin Dârulharbe İlticâsı ile Vekilin İlticâsı Arasındaki Fark

[Teshîl] Vekâletin ölümle bâtil olması sebebiyle mudârebe, ikisinden birinin (mudârib veya sermaye sahibi) ölümü ile bâtil olur. Aynı şekilde mülîkin/sermaye sahibinin mürted olarak dârulharbe iltica etmesiyle de bâtil olur. Çünkü bu da onun ölmesi gibidir. Fakat mudâribin mürted olarak dârulharbe iltica etmesi sebebiyle mudârebe bâtil olmaz. Çünkü dârulharbe iltica etmenin, sadece iltica edenin mülkiyetine bir etkisi söz konusu olur. Burada ise ilticâ eden mudâribin mülkiyeti yoktur. Dolayısıyla bu durumda mudârebe akdi askıya da alınmaz. Yani irtidat eden mudârib olsa mudârebe akdi ittifakla önceki hâli üzere kalmaya devam eder. Çünkü irtidat edenin tasarrufu, Ebû Hanîfe'ye göre ancak irtidat edenin mallarının askıya alınması sebebiyle askıya alınır. Burada ise mudâribin mudârebe malı üzerinde herhangi bir mülkiyeti bulunmayıp sadece sahih ibaresi söz konusudur. Sermaye sahibinin mülkiyetinde ise askıya alınmayı gerektirecek herhangi bir durum söz konusu değildir, çünkü sermaye sahibi irtidat etmemiştir. Dolayısıyla mudârebe önceki hâli üzere kalır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “Kitâbü'l-Vekâle”de belirtilen “Müvekkil gibi vekilin de irtidat edip dârulharbe ilticâ etmesi sebebiyle vekâlet bâtil olur.” şeklindeki anlayış -ki, *el-Kâfi* ve benzeri eserlerde bu şekildedir-burada belirtilene aykırıdır. Dolayısıyla iki söz, birbiri ile çelişmektedir. Çünkü buradaki ifadeden anlaşılan şudur: Vekilin irtidat edip dârulharbe ilticâ etmesiyle vekâlet bâtil olmaz. Zira mudârebe önceki hâli üzere kaldığında bu, ancak vekâletin devam etmesi ile mümkün olur. Bu iki durum arasının nasıl uzlaştırılacağına ve bizim açımızdan zahir olan duruma “Kitâbu'l-Vekâle”de işaret etmiştik, oraya bakılabilir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Muteber şerh sahiplerinden birden fazla kişi, imamların “Mudârebe, ikisinden birinin dârulharbe ilticâ etmesiyle bâtil olur.” şeklindeki sözlerinin anlamının, “ikisinden birinin dârulharbe ilticâsının hâkimin hükmü ile sabit olması sebebiyle butlan” olduğunu tahkik ederek ortaya koymuştur. Bu izah ile iki söz arasındaki aykırılık giderilmiş olur. Allah Teâlâ'nın bu âciz kuluna anlamayı bahsettiği şeyleri “vekâlet” konusunda yazacağız.

Hayreti mucip olan şeylerden biri de *el-Ferâid* isimli şerhinde *el-Mültekâ* şârihinin, Şeyh'in mezhep imamlarının görüşlerini rivâyet eden meşâ-yihe yönelik eleştiri ve itirazlarını herhangi bir tenkit ve onaylamaya tabi tutmaksızın nakletmesidir. Bu nakilden amacının ne olduğunu bilemiyoruz. İlim, her şeyin maliki olan ve her şeyi en iyi bilen Allah katındadır.

٨. الفرق بين لحوق المضارب إلى دار الحرب وبين لحوق الوكيل من

حيث البطلان

[التسهيل] وتبطل المضاربة بموت أحدهما لبطلان الوكالة بلحوق المالك

مرتدًا لأنه كموته، ولا تبطل بلحوق المضارب لتأثير اللحوق في ملك اللاحق

٥ ولا ملك للاحق هنا فلا توقّف أي لو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على

حاليها وفاقًا لأن تصرّف المرتد إنما يتوقّف عند أبي حنيفة لمكان التوقّف في

أملكه ولا ملك له هنا في مال المضاربة وله عبارة صحيحة ولا توقّف في

ملك رب المال إذ لم يرتد فبقيت المضاربة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يخالفه ما ذكر في كتاب الوكالة من أنها تبطل

١٠ بلحاق الوكيل كالموكل كذا في الكافي ونحوه فبين الكلامين منافاة فإنه ظهر

هنا أن الوكالة لا تبطل بلحاق الوكيل إذ المضاربة إذا بقيت لا تبقى إلا بقاء

الوكالة وأشرنا إلى التوفيق بينهما وما ظهر لنا في كتاب الوكالة فليأمل ثمة.

[فاضل أمير] نقول: قد حقق غير واحد من أصحاب الشروح المعتمدة

أن معنى قولهم في الوكالة «وتبطل بلحوق أحدهما» البطلان بثبوت لحوق

١٥ أحدهما بحكم القاضي، وبهذا تندفع المخالفة بين القولين وسنكتب في الوكالة

ما فتح الله تعالى لعبده العاجز.

ومما يقضى منه العجب أن شارح الملتقى قد نقل في شرحه المسمى

بالفرائد إيراد الشيخ الشارح واعتراضه على المشايخ الرايين أقوال أصحاب

المذهب من غير نقض وإبرام ولا نعلم ما هو المقصود من هذا النقل والعلم

٢٠ عند الملك العلام.

9. Mudârebe Akdinde Mükâteb Kölenin Bedelin Tamamını Ödediğinde Hür Olması

[Teshîl] Kitabet akdi bir ticaret sayılmadığı için mudârib, kârın ortaya çıkmasından önce köle ile kitabet akdi yapamaz. Çünkü ticaret, malın mal karşılığında değişimidir; kitabet ise ticaret değil, kazançtır (kesb). Ticaret yapmasına izin verilmiş köle ve inân şirketinin ortağı, kesbe yetkili değildir. Mükâteb köle ise iktisapta bulunma yetkisi bulunması itibarıyla bunlardan farklıdır. Bu yüzden Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre mudârib, câriyeyi evlendiremezken, mükâteb evlendirebilir. Mal karşılığında köle azadı ise câriyeyi evlendirmekten farklı olup mükâteb köle buna yetkili değildir. Çünkü mal karşılığı köle azadı, kabul ile gerçekleşmesi açısından bir teberrudur.

Mudârib, kârın ortaya çıkmasından sonra bir köle ile kitabet akdi yapsa, -mesela yarı yarıya kârına ortak olmak üzere mudârebe ortaklığına ait mudâribin elinde bin dirhem bulunsa ve bununla değeri iki bin dirhem olan bir köle satın alıp o köle ile iki bin dirhem ödemesi üzere kitabet akdi yapsa- bu durumda akit, mudâribin kendi hissesinde geçerli olur ki, bu da kölenin dörtte biridir. Kalan dörtte üçlük kısımda ise kitabet akdi geçerli olmaz. Çünkü bu dörtte üçlük kısım mudârebe sermayesidir ve mudârib ise mudârebe sermayesinde kitabet akdi yapmaya yetkili değildir. Sermaye sahibi dilerse kendisinden zararı gidermek için akdi feshedebilir. Bu, tıpkı bir köleye ortak olan iki ortaktan birinin kendi hissesinde kitabet akdi yapması gibidir ki, diğer ortağın bu akdi feshetme hakkı vardır. Yine ticaret yapmasına izin verilmiş borçlu köle ile efendisinin kitabet akdi yapması hâlinde alacaklıların bu akdi feshetme hakları vardır. Şayet mudâribin yaptığı akdi, sermaye sahibi feshetmez ve mükâteb köle, kitabet bedelinin tamamı olan iki bin dirhemi mudârebe öderse azat şartının yerine gelmiş olmasından dolayı azat olmuş olur. Bedelden mudâribin payına düşen kendisinin olur, geri kalan ise mudârebe sermayesi olur. Çünkü bu durumda kitabet bedeli, mudârib ile mudârebe ortaklığı arasındaki müşterek köledir. Bu yüzden kölenin kazancı da ikisi arasında ortak olur.

٩. الخلاف في عتق العبد المكاتب في المضاربة إذا أدى بدل الكل

- [التسهيل] ولا يكتب المضارب قبل ظهور الربح لأنها ليست بتجارة فإن التجارة تصرف فيه مقابلة مال بمال فالكتابة كسب لا تجارة ولذا لا يملكها العبد المأذون وشريك العنان بخلاف المكاتب لأنه يملك الاكتساب ولذا لا يملك المضارب تزويج الأمة عند أبي حنيفة ومحمد ويملكه المكاتب ٥ بخلاف الإعتاق على مال لأنه تبرع من حيث إنه يعتق بالقبول.
- ولو كاتب بعد ظهور الربح بأن كان معه ألف مضاربة بالنصف فشرى به عبداً يساوي ألفين فكاتبه على ألفين نفذ في حظه وهو ربع العبد ولم ينفذ في الباقي وهو ثلاثة أرباعه لأنه على المضاربة والمضارب لا يملك الكتابة في المضاربة وفسخها المالك لو شاء دفعاً للضرر عن نفسه ١٠ كشريك في عبد إذا كاتب نصيبه فللشريك الآخر فسخه ومأذون مديون إذا كاتبه مولاه فللغرماء فسخه فلو لم يفسخ حتى أدى العبد الكل وهو أالفان إلى المضارب عتق لوجود الشرط وكان حظه له من البدل والباقي على المضاربة لأن بدل الكتابة كسب العبد المشترك بين المضارب والمضاربة ١٥ فكان كسبه مشتركاً كذلك.

Şayet köle iki bin dirhem olan kitabet bedelini ödemedi ve kölenin kazancından mudâribin hissesine düşen kısım kitabet bedeline ulaşır-
sa, mesela köle ölüp geride sekiz bin dirhem ya da daha fazlasını bırakırsa,
köle hür olarak ölmüş sayılır, aksi takdirde yani kölenin geride bıraktığı
5 miktar sekiz bin dirheme ulaşmazsa hür olarak değil, köle olarak ölmüş
sayılır. Bu durumda kazancının tamamı mudârebe sermayesi olur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “Köle, bedelin tamamını öderse, tıpkı iki
ortaktan birinin hissesini azat etme konusundaki meşhur ihtilafta olduğu
gibi, azadının ihtilaflı olması gerekir ki, bu durumda Ebû Hanîfe’ye göre
10 sadece mudâribin hissesine düşen kısmı azat olur, Ebû Yûsuf ve Muham-
med’e göre ise tamamı azat olur. Müellif niçin bu ihtilafa işaret etmemiş-
tir ve bu durumda bu ihtilafa değinmeksizin ‘Kitabet bedelinin tamamını
ödersen azat şartının yerine gelmiş olmasından dolayı azat olur.’ sözü ne
anlama gelir?” denilirse derim ki; bu sözün, Ebû Hanîfe’nin değil, Ebû Yû-
15 suf ve Muhammed’in görüşü doğrultusunda söylenmiş olması da hepsinin
görüşü doğrultusunda söylenmiş olması da ihtimal dâhilindedir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu konuda en uygun değerlendirme şöyle denil-
mesidir: Meselenin vaz’ edilmesi ve düzenlenmesi konusunda Şeyh, *el-Kâfi*
sahibini takip etmiştir. Çünkü konunun başında bir asıla yer vermiştir ki,
20 bu da şudur: Sermayesi bin dirhem ile mudârebe akdi yapan mudârib, bu
bin dirhem ile kıymeti bin dirhemden daha fazla olan bir cins mal satın al-
dığı anda kârın ortaya çıktığı kabul edilir. Fakat bu bin dirhem ile ikisinden
her birinin kıymeti bin dirheme eşit iki cins mal satın aldığı anda kârın orta-
ya çıktığı söylenemez. İşte Şeyh, belirtilen asıldan kaynaklanan bir mesele
25 olsun diye bu aslın peşinden bu meseleye yer vermiştir. Çünkü mudâribin,
köle ile yaptığı kitabet akdinin sahih olması ve bu kölenin, mudâribin his-
sesine düşen kısımda azadının geçerli olması, mudâribin bin dirhem ile
iki bin dirhem kıymetinde bir köle satın alıp onunla kitabet akdi yapma-
sı durumunda kârın ortaya çıktığının göstergelerindedir. Dolayısıyla bu
30 meselenin burada zikredilmesindeki asıl amaç, mudâribin yaptığı kitabet
akdinin ve bunun benzeri durumlarda ve kârın ortaya çıkmasına bağlı olan
diğer tasarruflarının sahih olduğunu açıklamaktır.

ولو مات العبد ولم يُؤدِّ البدل وهو ألفا درهم فلو بلغ حظه من كسبه بدل الكتابة بأن مات وترك ثمانية آلاف درهم أو أكثر مات حُرًّا وإلا لا أي إن لم يبلغ يموت عبداً لا حُرًّا وكان الكل من كسبه على المضاربة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل إذا أدى البدل كله ينبغي أن يكون عتقه على الخلاف يعتق حظه فقط عند أبي حنيفة ويعتق كله عندهما كالخلاف المشهور ٥ في إعتاق أحد الشريكين. فلم لم يُشر إلى هذا الخلاف فما وجه قوله «لو أذى الكل عُتق لوجود الشرط إلخ» من غير ذلك الخلاف. أقول: يحتمل أن يكون هو على قولهما لا على قول أبي حنيفة رضي الله عنه ويحتمل أن يكون على قول الكل.

[فاضل أمير] نقول: لعل التوجيه الوجيه في هذا المقام هو أن يقال إن صاحب الكافي وهو متبوع للشيخ^١ في وضع المسألة وترتيبها لما مهد في صدر الكلام أصلاً وهو أن المضارب بألف مثلاً إذا اشترى به جنساً واحداً تساوي قيمته أكثر من ألف يقال بظهور الربح وأما إذا اشترى به جنسين يساوي كل منهما بألف فلا يقال بظهور الربح فقد عقب هذا الأصل بذكر هذه المسألة تفريعاً على الأصل المذكور لأن صحة كتابة المضارب ونفاذ عتقه في حظه من هذا العبد ١٥ من ثمرات ظهور الربح فيما اشترى بالألف عبداً يساوي ألفين وكاتبه، فكان المقصود الأصلي من ذكر هذه المسألة هنا بيان صحة الكتابة وسائر تصرفات المضارب الموقوفة على ظهور الربح في أمثال هذه الصورة.

١ ج: وهو متبع به للشيخ.

İki ortaktan birinin kendi hissesini azat ettiği müşterek kölenin hükmünün açıklanmasına gelince bunun hükmü şudur: Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ortaklardan birinin köle üzerindeki hissesini azat etmesiyle, ortağın hissesi üzerinde azadın gerçekleştiği ilk andan itibaren kölenin tamamı azat olur. Önce kölenin bir kısmı azat olur ve hissesini azat edenin zengin olması hâlinde susan diğer ortak üç şey arasında, hissesini azat edenin fakir olması hâlinde ise susan ortak iki şey arasında muhayyer olur. Ebû Hanîfe'ye göre de sonuç itibarıyla kölenin tamamı azat olur. Bu mesele, "Kitâbu'l-Itâk"ın ilgili konusunda açıklanmış bir mesele olup burası, müşterek köledeki azadın hükmünün açıklanacağı ve ayrıntılarının ele alınacağı yer değildir. Çünkü bu konuda ittifak edilen ve ihtilaf edilen noktalar mevcuttur. Bu yüzden burada Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf ve Muhammed arasında vaki olan ihtilafın sonucuna işaret edilmekle yetinilmiştir ki, bu da hepsine göre kölenin tamamının azat olmasıdır.

وأما بيان حكم العبد المشترك الذي أعتق أحد الشريكين حصته منه وهو أن كله يعتق بإعتاق الشريك حصته من أول زمان وقوع العتق على حصة منه عند أبي يوسف ومحمد والبعض يعتق أولاً ويكون للساكت خيار بين الأمور الثلاثة إن كان المعتق موسراً وبين الأمرين إن كان معسراً ويؤول أمره بالآخرة إلى عتق الكل أيضا عند أبي حنيفة فهو أمر مبين في بابه من كتاب العتاق فليس هذا المقام مقام بيان حكم العتق في العبد المشترك والتفصيل لما وقع فيه من الوفاق والخلاف فاكتفي هنا بالإشارة إلى غاية ما وقع فيه من الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه وهي عتق الكل عند الكل.

VEKÂLET

1. Had ve Kısas Suçlarının İspatı Hususunda Vekâlet Verilmesinin Hükümü

[Teshîl] Müvekkilin gaip olması durumunda, hakların îfâsı (ödenmesi) ve istîfâsı¹ (alınması, uygulanması) için vekâlet vermek sahihtir; had ve kısas konusunda ise sahih değildir. Müvekkilin yokluğunda, şüphe sebebiyle, kısas hakkı kullanılamaz. Çünkü müvekkilin suçluyu affetme ihtimali vardır. Ancak müvekkilin mahkemede hazır bulunması durumunda vekil kısas ve had cezalarını tatbik ettirebilir. Bizden farklı düşünen diğer üç mezhep imamının gerekçesi şudur: Kısas kul hakkı olup diğer kul hakları gibidir.

Had ve kısas suçlarının ispatı için vekâlet vermeyi Ebû Yûsuf câiz görmez. Bir rivâyette Muhammed bu konuda Ebû Yûsuf'a katılmaktadır. Bu konuda Muhammed'in görüşü net değildir. Ebû Hanîfe ile aynı görüşte olduğu rivâyet edildiği gibi Ebû Yûsuf'la aynı görüşte olduğu da rivâyet edilmektedir. En zahir olan görüşe göre o, Ebû Hanîfe ile aynı görüştedir. Ebû Yûsuf'un gerekçesi şudur: Vekil, -şahitlik üstüne şahitlik ve bir erkek iki kadının şahitliği gibi- aslın bedelidir ve bu konularda aslın yerine bedel ikame edilemez. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise ispat had değildir ve had ona izafe edilmez. Çünkü had cezasının gerekmesi cinâyetle; ortaya çıkması ise şahitlikle olur. Dava ise mahza bir şart olup had ona izafe edilemez. O nedenle bu konuda vekâlet vermek sahihtir. Bir görüşe göre müvekkilin hazır bulunması durumunda had ve kısasın ispatı için vekâlet vermek sahihtir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: "Müvekkil hazır bulunuyorken vekilin had cezasının uygulanmasını talep etmesi (istîfâ), -farklı bir rivâyet olmaksızın- ittifakla sahihtir. Öyleyse müvekkil hazır bulunuyorken vekilin [haddi] ispatının evleviyetle sahih olması gerekir. Dolayısıyla imamlarımızın vekilin haddin istîfâsı -yani uygulanması- hususunda ittîfak edip ispatı hususunda ihtilaf ettiklerini, üstelik bunun bir görüşe göre sahih olduğunu söylemek anlamsızdır." denirse, derim ki, buna şöyle bir cevap verilebilir: Davayı bizzat müvekkilin savunması durumunda haddin düşme ihtimali vardır; çünkü davayı savunma konusunda insanlar birbirlerinden farklıdır. Haddin uygulanmasında ise böyle bir ihtimal söz konusu değildir. Böylece ispat ve istîfâ birbirinden ayrılmış olur.

1 İfâ, ödemek, yerine getirmek; istîfâ ise, haklar için kullanıldığında tastamam almak, kısas ve hadler söz konusu olduğunda uygulamak, uygulanmasını sağlamak anlamına gelir.

كتاب الوكالة

١. التوكيل بإثبات الحدود والقصاص

[التسهيل] وصح التوكيل بإيفاء الحقوق واستيفائها لا في حد وقودٍ بغيبةٍ

موكله. ولم يجز استيفاء القود مع غيبة موكله للشبهة لعل الموكل يعفو ضد

٥ حضوره. ولهم أن القود حق العبد فصار كسائر حقوقه.

ويمنع أبو يوسف التوكيل بإثبات الحد والقود، قيل: وافقه محمد وقول

محمد مضطرب؛ روي موافقته مع كل منهما والأظهر أنه مع أبي حنيفة وقيل:

مع أبي يوسف؛ إذ الوكيل كالبدل عن الأصل ولا مدخل للأبدال في هذا

الباب كشهادة على شهادة وشهادة رجل وامرأتين. ولهما أن الإثبات ليس

١٠ بحد ولا يضاف إليه الحد؛ فإن وجوبه بالجناية وظهوره بالشهادة والخصومة

شرط محض فلا يضاف إليه فصح التوكيل. قيل: صح التوكيل بإثباتهما

بحضرة الموكل.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: صح للوكيل استيفاء الحد بحضور

الموكل اتفاقاً من غير قيل فينبغي أن يصح إثبات الوكيل بحضرته بالطريق

١٥ الأولى فلا وجه لاتفاقهم في استيفائه واختلافهم في إثباته حتى يُقال قيل

صح، أقول: يمكن أن يجاب بأن الحدَّ يحتمل السقوط بخصومة الموكل

بنفسه لتفاوت الناس في الخصومة بخلاف الاستيفاء فافترقا.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Metnin [*Letâif* metninin] yazımında Şeyh'in kaynağı olan *el-Kâfi*'nin bu konudaki ibaresi şöyledir: "Hadlerin ve kısasın şahitlerle ispatı konusunda vekâlet vermek câizdir. Ebû Yûsuf'a göre hadler ve kısasın istîfâsında vekâlet sahih olmadığı gibi ispatında da sahih değildir. Bir görüşe göre buradaki ihtilaf, müvekkilin gaip olması hâlinedir. Şayet müvekkil hazır ise hadlerin ispatında vekâlet -icmâ ile- câiz olur."¹

Sözün üslubuna vakıf zeki kimselere aşikâr olduğu üzere 'İhtilaf, müvekkilin gaip olması hâlinedir.' ifadesi, Ebû Yûsuf'tan rivâyet edilen 'Hadlerin ve kısasın ispatı için vekâlet vermek sahih değildir.' sözünden kastedilenin beyanı hükmündedir. Bu mutlak sözle kastedilen, eğer bu mukayyed anlam ise yani had ve kısasın ispatı konusundaki vekâletin müvekkilin gıyabı hâlinde sahih olmayacağı ise Ebû Yûsuf'un müvekkilin hazır olması hâlinde ispat için vekâlet verilmesinin sahihliği konusunda tek bir görüşü var demektir. Buna göre kastedilen, ispat ister müvekkilin huzurunda isterse gıyabında olsun, hadlerin ve kısasın ispatına ilişkin vekâletin Ebû Yûsuf'a göre mutlak olarak geçerli olmayacağı değildir. Ondan gelen diğer rivâyete göre ise vekâlet müvekkilin gıyabında sahih değildir, hazır olması hâlinde sahihtir. Dolayısıyla Şeyh'in "Ebû Yûsuf'tan müvekkilin hazır bulunması durumunda had ve kısasın istîfâsına ilişkin vekâlet vermenin sahih olduğuna dair tek görüş nakledildiğine göre, müvekkilin hazır olması hâlinde had ve kısasın ispatı için vekâlet vermenin câiz olmadığını söylemesi uygun olmaz." şeklindeki itirazı ancak [ikinci bir rivâyetin olmaması durumunda] söz konusu olabilir.

Ebû Yûsuf'un müvekkil hazır bulunsun veya bulunmasın, had ve kısasın vekâletle ispat edilmeyeceği görüşüne sahip olduğu kabul edilse onun adına şöyle bir mazeret beyan edilebilir: Müvekkilin bizzat kendisinin ispat etmesinin şart sayılması ve müvekkil hazır bulunsun bile vekilin ispatının geçerli olmamasının muhtemel nedeni şudur: Müvekkil dava ve ispat konusunda vekil gibi mahir olmayabilir ve buna binaen kısas ve had cezalarının düşme ihtimali ortaya çıkar. Vekâlet veren kişi, çoğunlukla, dava ve ispat konusunda kendinden daha mahir olan birine vekâlet vermektedir. Dolayısıyla kısas ve had cezalarının ispatıyla bizzat müvekkilin yükümlü tutulması, istîfâ hususunda da onu bulunmasını şart koşturur gibidir.

1 Neseî, *el-Kâfi*, II, vr. 366b.

[فاضل أمير] نقول: عبارة الكافي هنا وهو مأخذ الشيخ في ترتيب المتن: «ويجوز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود. وقال أبو يوسف: لا يصح التوكيل بإثبات الحدود والقصاص أيضا. وقيل: الخلاف في حال غيبة الموكل فأما عند حضرته فهو جائز إجماعا» انتهى.

ولا يخفى على الفطن الواقف على أسلوب الكلام أن ما قيل: الخلاف في ٥
حال غيبته يكون بيانا لما هو المراد من الكلام المروي عن أبي يوسف أعني من قوله: «لا يصح التوكيل بإثبات الحدود والقصاص». فإذا كان المراد من هذا الكلام المطلق هذا الوجه المقيد أعني عدم صحة التوكيل بإثباتهما في حال غيبة الموكل فقد كان قول أبي يوسف صحة التوكيل بالإثبات بحضرة الموكل قولاً واحداً، ولم يكن المراد أن التوكيل بإثبات الحدود والقصاص لا ١٠
يصح عند أبي يوسف مطلقاً سواء كان الإثبات بحضرة الموكل أو غيبته. وفي رواية أخرى عنه لا يصح بغيبته ويصح بحضرته حتى يرد عليه ما قاله الشيخ من أنه لا ينبغي لأبي يوسف أن يقول بعدم صحة التوكيل بإثبات الحدود والقصاص بحضرة الموكل مع كونه قائلاً بصحة التوكيل باستيفائهما بحضرة ١٥
الموكل قولاً واحداً.

ثم على تقدير تسليم كون خلاف أبي يوسف في مطلق التوكيل بإثباتهما فيقال في الاعتذار عنه: إنما شرط إثبات الموكل بنفسه ولم يجز إثبات الوكيل ولو بحضرة الموكل لاحتمال أن لا يهتدي الموكل من طرق الخصومة والإثبات إلى ما يهتدي إليه الوكيل فيسقط الحد أو القصاص؛ لأن الغالب أن من وكّل ٢٠
وكّل من هو أهدي منه إلى طرق الخصام فكان اشتراط نفس الموكل في الإثبات كاشتراط حضور الموكل في الاستيفاء.

Ebû Yûsuf adına dile getirilen bu açıklama, Şeyh'in az yukarıda "Davayı biz-zat müvekkilin savunması durumunda haddin düşme ihtimali vardır; çünkü davayı savunma konusunda insanlar birbirlerinden farklıdır. Haddin uygulanmasında ise böyle bir ihtimal söz konusu değildir. Böylece ispat ve istîfâ birbirinden ayrılmış olur." şeklindeki cevabını yararlı ilavelerle açıklamaktan ibarettir.

2. Husûmete Vekil Olan Kişinin Müvekkili Aleyhine İkrarı

[**Teshîl**] Husûmete vekil olan kişinin hâkim karşısında müvekkili aleyhine ikrarı, bize göre tevkîlin -yani vekâlet vermenin- sıhhati sebebiyle, geçerlidir. Çünkü kişi kendi gücü dâhilindeki bir konuda vekil olabilir. Bu da mukayyet değil, mutlak cevaptır.¹ Zira davacı haklı olabilir ve vekilin, şer'an bunu inkâr etme imkânı yoktur. Bu bakımdan mukayyet, şer'an vekilin gücü dâhilinde değildir. Gücü dâhilinde olmadığı için de vekâletin buna hamledilmesi sahih olmaz ve sahih olarak gerçekleşebilmesi için vekâlet -mecâzen- mutlak cevap hususunda vekâlete hamledilir. Bu mecâza hamletme işlemi sahihtir. Zira vekil olunan husûmet, mukayyet bir cevaptır. Husûmet ikrarla değil, inkârla gerçekleşir. Mutlak ile mukayyet arasında mecâzen birbirlerinin yerine kullanılmalarını mümkün kılan bir ilişki vardır. O hâlde burada mukayyet cevap -ki husûmettir- zikredilmiş ve onunla mutlak cevap kastedilmiştir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Hasım, bir hakkın iptaline çalışan [davasında haksız] biriye, inkâr vekilin gücü dâhilinde olur; öyleyse müvekkil, hasmının haksız olduğunu varsayarak vekil tayin etmişse, bu kişi inkâr hususunda vekil olmuş olacağından, bu konuda tevkîl sahih olmalıdır. Zira karîneler buna delâlet etmektedir. Hasım, vekilin zannınca haklı ise vekâleti kabulden kaçınmalıdır. Vekil, müvekkilin amacının kimin lehine olursa olsun, hakkın ortaya çıkması olduğunu doğrudan veya dolaylı bir şekilde biliyorsa, bu takdirde mutlak cevap yetkisiyle vekil olmuş olur. Meselenin bu tafsilata göre düzenlenmesi gerekir.

1 Şayet karşı taraf müvekkil aleyhine bir hakkı talep etmek için davalı olmuşsa, müvekkil kendisini bu iddiaya karşı savunması ve aleyhine iddia edilen hakkı inkâr ve iptal etmesi için vekil tayin eder. Dolayısıyla burada vekile düşen, müvekkilin aleyhine iddia edilen hakkı inkâr etmektir. Sadece aleyhte iddia edilen bir hakkı inkâr etmesi için verilen vekâlet mukayyet vekâlettir. Böyle bir amaçla (inkâr için) tutulan vekil, mahkemede müvekkili aleyhine karşı tarafın haklı olduğunu ikrar ederse kural gereği vekâletten kendisini azletmiş sayılır ve ikrarı da geçersiz olur. Züfer de bunu savunmaktadır. Ancak mezhepte istihşâna dayanan muteber görüşe göre, vekil hakim yanında müvekkili aleyhine bir hakkı itiraf etmişse bu itiraf geçerlidir. Zira müvekkil her ne kadar sadece inkâr etmesi için ona mukayyet bir vekâlet vermişse de mecâzen hem inkâr hem de ikrarı içine alacak şekilde mutlak vekâlet vermiş kabul edilir ve vekil de buna dayanarak karşı tarafın haklı olduğunu görünce müvekkili aleyhine bir hakkı itiraf edebilir.

وهذا الاعتذار من أبي يوسف توضيح لما ذكره الشيخ بقوله: «ويمكن أن يجاب» مع زيادة فائدة حري بالزيادة.

٢. إقرار الوكيل بالخصومة على موكله

[التسهيل] ولو أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند الحاكم أجزناه تحريماً
 ٥ لصحة التوكيل؛ إذ المرء يصير وكيلاً بما في وسعه وهو الجواب المطلق لا
 المقيد؛ إذ المدعي قد يكون محقاً فلا يسع الوكيل إنكاره شرعاً، فالمقيد لم يكن
 مقدورة شرعاً حيثنذ فلو حُمل عليه لم يصح لعدم قدرته فحُمل على التوكيل
 بجواب مطلق تجوّزاً تصحيحاً للتوكيل. وصح هذا التجوز؛ إذ الخصومة وهي
 التي وُكل بها جواب مقيد فإن الخصومة تتحقق بالإنكار لا بالإقرار فيبين المطلق
 ١٠ والمقيد اتصال يصحح التجوّز بأحدهما عن الآخر، فذكر الجواب المقيد وهو
 الخصومة وأريد الجواب المطلق.

[الشيخ بدر الدين] أقول: إذا كان الخصم مبطلاً يكون الإنكار مقدورةً فليصحّ
 التوكيلُ به مع أن زعم الموكّل أن خصمه مبطلٌ فوقّله على هذا الزعم فكان
 وكيلاً بالإنكار إذ القرائنُ دلّت عليه فإن كان الخصم محقاً في زعم الوكيل
 ١٥ فليمتنع عن قبول الوكالة، وأما لو علم من الموكّل صريحاً أو دلالةً أن غرضه
 ظهورُ الحقّ كيف كان لا ترجيحَ جانبه فحيثنذ يصير وكيلاً بجوابٍ مطلقٍ فينبغي
 أن تكون المسألة على هذا التفصيل، والله أعلم.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in "Hasım, bir hakkın iptaline çalışan [davasında haksız] biriye, inkâr vekilin gücü dâhilinde olur." ifadesinin, Ebû Hanîfe ve Muhammed'in [*Teshîl* metninde yer verilen] "Mukayyet, şer'an vekilin gücü dâhilinde değildir." ifadesini ispat için
 5 söylenenleri nakzettiğini¹ ve yine onun "hasmının haksız olduğunu zannetmiş ve bu zanna göre vekil tayin etmişse" ifadesinin, [*Teshîl*'de yer verilen] "vekâlet -mecâzen- mutlak cevap hususunda vekâlete hamledilir." şeklindeki ifadeyi nakzettiğini gözden kaçırma! Şeyh, vekilin, -husûmetin hakiki anlamı olan- mukayyet cevaba vekil olması için ka-
 10 rine bulunduğunu ve bu karinenin de 'müvekkilin hasmın haksız olduğunu zannedip bu zanna göre vekâlet vermesi' olduğunu; bir şeyin hakiki anlamını kastetmiş olmak için karîneye ihtiyaç bulunmazken, üstelik karîne bulunduğu hakiki anlamının kastedilmediğini söyleyip, hakiki anlamın mümkün olduğu bir yerde mecâza gitmenin doğru
 15 olmayacağını söylemek istiyor.

Şeyh'in daha sonraki "Hasım vekilin zannınca haklı ise vekâleti kabulden kaçınmalıdır." şeklindeki sözleri ise mezhep imamlarımızın tamamına karşı sergilediği bir cüretkârlıktır; Şeyh, yakışanın husûmete vekil kılma meselesinin kendisinin belirttiği şekilde olması olduğunu
 20 söyleyerek onlara ta'rîzde bulunmuş olmaktadır.

Bilesin ki; Şeyh'in, ilk dile getirdiği *nakz* tam değildir. Çünkü husûmete vekil kılınan kimsenin hareket alanı bundan daha geniştir. Zira vekil, hasmın haklı mı yoksa haksız mı olduğunu ya biliyordur ya da bilmiyordur. İnkârın, husûmete vekâletin bir türünde vekilin kudreti
 25 dâhilinde olması, husûmet konusunda alelîtlak vekilin yetkisi dâhilinde olmasını ve meselenin husûmete mutlak vekil üzerinden arz edilmesini gerektirmez. Dolayısıyla 'vekil, mukayyet vekâletle şer'an yetkili değildir.' ifadesiyle 'Zira davacı haklı olabilir ve vekilin, şer'an bunu inkâr etme imkânı yoktur.' ifadesi, bu anlattıklarımız dikkate alındı-
 30 ğında, birbirini nakzetmez.

1 Bir münazara terimi olarak nakz, delil ile birlikte zikredilen nazârî tasdîkî bir iddiayı, delilini iptal etmek suretiyle geçersiz kılmaktır.

[فاضل أمير] نقول: لا يذهب عليك أن قوله: «إذا كان الخصم مبطلا يكون الإنكار مقدوره» نقض على ما قيل لإثبات قول أبي حنيفة ومحمد من: أن المقيد لم يكن مقدوره شرعا. وقوله: «مع أن زعم الموكل أن خصمه مبطل» نقض على ما قالوا: «فحمل على التوكيل بجواب مطلق تجوزا» بأن قال: إن لكون الوكيل وكيلا بالجواب المقيد الذي هو المعنى الحقيقي للخصومة قرينة قائمة وهي ٥
توكيله مع زعم الموكل أن خصمه مبطل، فالمعنى الحقيقي مع كونه غير محتاج إلى القرينة في أن يراد فكيف يصح أن لا يراد هو مع قيام القرينة ويصار إلى المجاز ولم يتعذر الحقيقة؟

ثم ما قاله: «فإن كان الخصم محقا في زعم الوكيل» إلى آخره اجترأ منه ١٠
على الأئمة كافة بأن يعرض لهم أن اللائق في وضع مسألة التوكيل بالخصومة أن يضعها كما قلت.

إذا تقرر هذا فاعلم أن ما قاله أولا من النقض فليس بتام؛ لأن دائرة الوكيل بالخصومة أوسع من هذا؛ إذ هو إما عالم بأن الخصم محق أو عالم بأنه مبطل وإما غير عالم بواحد منهما. وبكون الإنكار مقدور الوكيل في واحد من أقسام نوع ١٥
التوكيل بالخصومة لا يكون الإنكار مقدور الوكيل بالخصومة على الإطلاق، ووضع المسألة في مطلق الوكيل بالخصومة فاستقام قولهم: «فالمقيد لم يكن مقدوره» وقولهم: «إذ المدعي قد يكون محقا فلا يسع الوكيل إنكاره» ناظر إلى ما قرناه.

Burada Şeyh'in, "Vekâletin, husûmete vekâlet türündeki bu kısım-
da, inkâr vekilin kudreti dâhilinde ise bu kısım anlatılırken vekilin sadece
inkârla vekil olduğunu söylemenin gerekli olduğunu ve müvekkili aleyhin-
de bir hak ikrarında bulunmasının câiz olmadığını" ifade etmesi yerinde
5 değildir. Zira fakihler nezdinde yerleşik kurallardan birisi şer'î meselele-
ri arz ederken meselenin tikeller düzeyinde değil tür (nev') düzeyinde ele
alınmasıdır. Şeyh-i Ekmel [el-Bâbertî] *el-Înâye*'nin me'zûn bölümünde
"Hibeyi kabul etmesi durumunda olduğu gibi, bir malı değerinin birkaç
katına satması durumunda da çocuk kendisine sırf yarar sağlayan bir işlem
10 yapmış olacağından bu akdin mevkûf değil nâfiz olması gerekir." şeklinde-
ki iddiaya cevaben, "Bu ve benzeri durumlarda aslanan, nadiren gerçekleş-
miş tikel durumlar değil vaz'-ı nev'î yani genel durumdur." demiştir.¹

Yine Şeyh'in, mecâz yoluyla mukayyet cevabın zikredilip, bununla mut-
lak cevabın kastedildiğine dair fakihlerin sözlerini inkâr etmek suretiyle
15 yaptığı itiraz geçerli değildir. Çünkü bir başkasını kendisi yerine hasım ol-
sun diye vekil tayin eden bir kimse, hasmının kendisi aleyhine ortaya koy-
duğu iddiada haksız olduğunu düşünmeyebilir. Belki de müvekkil, hasmı-
nın haklı olduğunu bilir ya da lehte veya aleyhte bir fikri olmaz. Böylelikle,
şeriat dâiresinde kendisi adına cevap vermesi için vekil tayin eder ve bu yol-
20 la şer-i şerîfin hükmü ne ise ortaya çıksın ister. Şayet farazî olarak müvekkil-
lin, karşı tarafın haksız olduğunu bildiği hâlde vekâlet verdiği ve vekilinden
hasmın iddiasını sadece inkâr etmesini talep ettiği kabul edilse, bu durum-
da vekilin, haklı veya haksız, müvekkilin düşüncesine göre hareket etme-
mesi gerektiği konusunda şüphe yoktur. Buna binaen vekili, her nasılsa
25 müvekkilin düşüncesine göre amel etmekle yükümlü kılmak, onu imkânı
olmayan bir şeyle mükellef kılmak anlamına gelir. Bu şekilde yükümlü kıl-
mak câiz olmadığı gibi, sadece müvekkilin düşüncesine göre hareket etmesi
için vekil kabul etmek ve mukayyet cevap vermektен ibaret olacak şekilde
30 buna götürecek bir şeyle vekil kılmak da câiz değildir. Sonuç olarak bu me-
seledeki vekâletin, hakiki anlamı olan mukayyet vekâlete hamledilmesinin
müteazzir² olduğu anlaşıldığına göre, husûmet için vekâlet vermek, mutlak
cevap vermeye hamledilmek suretiyle mecâz anlamıyla yorumlanmıştır.

1 Babertî, *el-Înâye*, IX, 317.

2 Müteazzir olmak, mümkün olmakla birlikte bir şeyin yapılmasının çok zor olmasıdır. Örnek olarak 'şu ağaçtan yemeyeceğim' diyen bir kimsenin, yeminin hakiki anlamı bizatihi ağacın kendisini yemektir. Bununla birlikte ağacın kendisini yemek mümkün olsa bile çok zor (müteazzir) olduğu için yemin ağacın kendisinden değil, meyvesinden yememe konusunda yapılmış olur. Bu hüküm "Lafzın hakiki anlamı müteazzir olduğundan mecâza hamledilir" kaidesiyle ifade edilir.

ولا يمكن أن يقول الشيخ: إذا كان الإنكار مقدور الوكيل في هذا القسم من نوع الوكيل بالخصومة فكان المناسب أن يقال: إن في هذا القسم يكون الوكيل وكيلا بالإنكار فقط ولا يجوز إقراره على الموكل فيه لما ثبت من الأصل المقرر عندهم وهو: أن المعتبر في المسائل الشرعية هو الوضع النوعي لا الجزئيات. قال الشيخ الأكملي في كتاب المأذون: «فإن قيل: إذا باع الصبي شيئا بأضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف. أوجب بأن المعتبر في ذلك هو الوضع النوعي لا الجزئيات الواقعة اتفاقا» انتهى.

وما ذكره ثانيا: من «إنكار ارتكاب التجوُّز» فلا يتم أيضا؛ لأننا لا نسلم أن كل من وُكِّلَ آخر بالخصومة يكون زعمه أن خصمه مبطل فيما ادعاه بل قد يزعم أن خصمه محق أو لا يكون له زعم أصلا، ويوكله ليجيب عنه بما يساعده الشرع ويحصل له الفصل الشرعي. ولو سلّم أن كل من وُكِّلَ يكون على هذا الزعم ويوكل الوكيل ليجيب بالإنكار لا غير فلا شك في أن لا يسع للوكيل أن يعمل بما زعم الموكل حقا أو غيره، فكان تكليف الوكيل بالعمل بما زعمه الموكل كيف ما كان تكليفا بما ليس في وسعه فلم يجز التكليف ولم يجز ما يفضي إليه وهو التوكيل على أن يعمل بما زعمه الموكل فحسب ويجيب بالجواب المقيد. فلما تعذر العمل بالحقيقة قد صير إلى المجاز بأن حمل التوكيل بالخصومة على التوكيل بجواب مطلق.

Fakihlerin “Vekil şayet hâkim karşısında davayı müvekkilin aleyhine ikrar ederse biz, tevkilin sıhhati için bunu geçerli sayarız.” sözlerinden kastedilen de budur. Çünkü vekil gücü dâhilinde olan bir şeye vekil olur ki bu meselede gücü dâhilinde olan şey mutlak vekâlettir.

5 *et-Tebyîn*'de mesele hakkında geniş bir açıklama yapıldıktan sonra şöyle denilmiştir: “Vekil, müvekkilin yerine kaim olup, müvekkil inkâra değil mutlak cevap vermeye maliktir. Bu da şayet hasmı haklı ise ‘evet’ demekle, haksız olup kendi hakkını iptal ediyorsa ‘hayır’ demekle olur. Vekilin yetki alanı da müvekkilin yetki alanını aşmaz.”¹ Zeylaî'nin yaptığı bu
10 açıklama ile mukayyet cevapla vekâlet vermenin câiz olmadığı başka bir gerekçeye daha dayandırılmış oldu. Bu cevaba göre müvekkil bu tasarrufa yetkili olmadığı için bir başkasını yetkili kılma hakkına da sahip değildir. Bu cevap ‘Kişi, bizatihi yapmaya yetkili olduğu her şeyde bir başkasını vekil kılmaya da yetkilidir.’ şeklinde bilinen alt kuralın aksi anlamının
15 fûrûâtındandır. Bu alt kuralın aksi ‘Kişinin, bizatihi yapmaya yetkili olmadığı konularda bir başkasını vekil kılmaya yetkisi yoktur.’ şeklindedir.

Fakihlerin, bu kaideyi izah sadedinde yaptıkları açıklamaların, kaidenin Ebû Hanîfe'ye göre mün'akis (câmi') olmadığını zannettirmesin. Şöyle ki: ‘Kuralda esas olan, onun muttarid (mânî') olduğu gibi mün'akis de olmasıdır.’ ilkesinden yola çıkılarak Ebû Hanîfe'nin, Müslüman'ın zimmîyi şarap
20 satmak hususunda vekil tayin etmesini câiz saydığı görüşüne itiraz edilemez. Çünkü Müslüman'ın şarap satması için zimmîyi vekil kılması meselesinde Müslüman bu tasarrufun aslını yapmaya maliktir, ancak şarapta tasarruf etmekten nehyedildiği için -konu ile ilgili yerde izah edildiği üzere- ârızî bir sebeple bu tasarruf yetkisine sahip olamamıştır. Dolayısıyla kaidenin işletilmesi hususunda Ebû Hanîfe'nin görüşleri arasında bir tutarsızlık yoktur. Bizim
25 meselemizde ise müvekkilin bizatihi inkâra yetkili olmaması ârızî olmayıp, hakkı inkâr etmekten nehyedilmesine binaen asıldır. Dolayısıyla bu mesele, Müslüman'ın şarap satması için zimmîyi vekil tayin etmesi meselesi gibi değildir ki, müvekkil inkâra bizatihi malik değilse de bir başkasını inkârla vekil
30 tayin etmeye yetkilidir, denilsin. Ayrıca fakihlerin “Vekâlet vereceği alanda müvekkilin kendisinin tasarruf etmeye yetkili olması gerekir.” sözünden sonra böyle bir şeyi söylemek nasıl doğru olabilir? Çünkü vekil tasarruf yetkisini müvekkilden almakta olup, tasarrufa onun cihetiyle muktedir olmaktadır.
35 Bir şeyi yapmaya muktedir olmayan kimsenin başkasını muktedir kılması mümkün müdür? Allâme'nin *el-İzâh* kitabında da aynı açıklama yapılmıştır.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, IV, 280.

وهذا هو المراد من قولهم: «أجزناه تحريا لصحة التوكيل؛ إذ المرء يصير وكيلًا لما في وسعه وهو الجواب المطلق» انتهى.

وقد قال في التبيين بعد بيان بسيط: «وهذا؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكل، والموكل لا يملك الإنكار عينا وإنما يملك مطلق الجواب وهو بـ«نعم» إذا كان خصمه محقا وبـ«لا» إن كان مبطلا فكذا لا يملك التوكيل بالإنكار عينا» انتهى. ٥

وبهذا تبين وجه آخر في عدم التوكيل بجواب مقيد وهو: أن الموكل لا يملك هذا التصرف فلا يقدر أن يملك الغير. وقد كان هذا الجواب من فروع عكس الضابطة المعروفة وهي: كل ما جاز أن يتصرف بنفسه جاز أن يوكل به غيره. وعكسها: كل ما لم يجز أن يتصرف بنفسه لم يجز أن يوكل به غيره.

ولا يتخالج في صدرك شيء بما ذكروا في بيان تلك الضابطة من أنها غير منعكسة عند أبي حنيفة فلا يرد على مذهبه توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر لأنه عكس؛ لأن الأصل في الضوابط وجود الانعكاس كالأطراد. وأما في مسألة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر فالمسلم مالك بأصل هذا التصرف ولكن لما نهى عن التصرف في الخمر لم يملك هذا التصرف بعارض النهي كما بُين في محله. وفي مسألتنا هذه لم يكن عدم مالكية الموكل بالإنكار عينا لأمر عارض بل هو ممنوع عن أصل إنكار الحق فلم تكن المسألة من قبيل توكيل المسلم الذمي حتى يقال: إن الموكل وإن لم يكن مالكا بالإنكار عينا جاز أن يملك التوكيل بالإنكار عينا. وكيف يصح هذا القول وقد قالوا: إن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف؛ لأن الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه غيره! كذا في الإيضاح للعلامة. ١٥ ٢٠

Sonra Şeyh'in "Hasım vekilin zannınca haklı ise vekâleti kabulden kaçınmalıdır." şeklinde meselenin ortaya konulmasında daha uygun olduğunu söylediği tasavvur, meselenin dört bir tarafını ihata edemeyecek şekilde dar olup, etrafını kuşatacak şekilde bir çerçeve çizmekten uzaktır. Şöyle ki bu tasavvurda, vekilin kanaatine göre hasım haklıysa ve vekil buna rağmen vekâleti kabul etmekten imtina etmemişse, müvekkili aleyhine yapacağı ikrarın hükmünün câiz olup olmadığını hükmü bilinmemektedir. Yani bu mesele Şeyh'in yaptığı tasavvurun dışına çıkmıştır. Yine hasmın haklı veya haksız olduğunu bilmeden vekâleti kabul ettikten sonra davalama esnasında veya öncesinde hasmın haklı olduğunu öğrenmesi hâlinde meselede fakihlerimizden nakledilen mezkûr rivâyetten anlaşıldığına göre bu ve önceki surette vekilin müvekkil aleyhine yaptığı ikrarın câiz olduğu anlaşılmaktadır. Oysa Şeyh'in zikrettiği tafsilata göre yukarıda zikredilen iki surette, ikrarın câiz olup olmadığını hükmü anlaşılamamaktadır.

Bu meselede sözü bu kadar uzatmamızın sebebi, geçmiş günlerde fıkıh ilmine müntesip olduğunu söyleyen bazı kimseler arasında bu konunun tartışma konusu edilmesidir. İlzam gayesi sözün uzamasına sebep olmuştur.

3. Husûmete Vekil Olan Kişinin Kabza da Vekil Olması

[Teshîl] Husûmet ve mahkemeleşme için vekil kılınan kimse bize göre dava konusu olan malı kabzetmeye de vekildir. Zira mal kabzedilmediği sürece dava tamamlanmış sayılmaz. Bu sebeple vekil kılma sebebi ortadan kalkmadığı için kabzetme işi de vekâletin içinde sayılır. Züfer ve diğer imamlara göre ise husûmete vekil kılmak ile malı kabzetme hususunda vekil kılmak ayrı şeylerdir. Her vekil aynı olmadığı için ve aralarında hıyanetin artması sebebiyle Züfer'in görüşüne göre fetva verilmiştir. Çünkü husûmet ve mahkemeleşme için kendisine güvenilen kişi, malı kabzetme konusunda güvenilir olmayabilir. Ebû Hanîfe'ye göre bir alacağı kabzetmeye vekil kılınan kimse aynı zamanda hasım olması için de vekil kılınmıştır.¹

1 Bu konuda Ebû Hanîfe'nin esas aldığı gerekçenin izahı şöyledir: Birinden para cinsinden alacağı olan kimse, karşı taraftan alacağının bizatihi aynısını değil sadece mislini alabilir. Zira borç insanın zimmetinde var olduğu kabul edilen bir vasıftan ibaret olup, borcun bizatihi aynısını ödemek/tahsil etmek mümkün değildir. Buna binaen Şâri, tahsil edilen alacağı, verilen borcun aynısı gibi kabul etmiştir. Bir alacağı tahsil etmesi için vekil tayin edilen kimse, müvekkilin alacağının mislini almak için vekil tayin edilmiştir. Tahsil edilen alacak, müvekkilin verdiği borcun aynısını olmayınca, vekil müvekkili adına borçludan karz istemiş gibi olacaktır. Kural gereği birinden karz istemesi için bir başkasını vekil etmek câiz olmadığı için, alacağı tahsil etmek için vekil kılınan kimse bu alacağı temellük etmek için vekil kılınmış kabul edilir. Bir şeyi temellük eden kimse de akdin neticelerinden doğrudan sorumludur. Buna binaen böyle bir vekil aynı zamanda hasım kabul edilir. Buna mukabil (kitap, defter, ev vb.) bir aynı tahsil etmek için vekil tayin edilen kimse, aynıın bizatihi kendisini kabzetme imkânına sahip olduğu için davada hasım olmaz. Vazifesi sadece aynı teslim almaktır.

ثم ما ذكره الشيخ على أنه الأنسب في وضع المسألة من قوله: «فإن كان الخصم محققاً في زع الوكيل فاليمتنع» إلى آخره نطاقاً قاصراً عن إحاطة أطراف المسألة، وبهذا التفصيل لا يتم المرام ولا يحصل الانبرام؛ لأنه يخرج منه ما لو زعم الوكيل أن الخصم محقق ولم يمتنع عن قبول الوكالة ولا يعلم أن إقراره على الموكل جائز في هذه الصورة أو غير جائز، وكذا لم يعلم الحكم فيما قبل الوكالة غير زاعم بأن الخصم محقق أو مبطل ثم ظهر وقت المرافعة أو قبله أن الخصم محقق ففي هذه الصورة والتي قبلها يجوز إقراره على الموكل على ما هو المفهوم من الرواية المذكورة في المسألة. وأما على ما ذكره الشيخ من التفصيل فلا يفهم الحكم من جواز الإقرار وعدمه في هاتين الصورتين. ١٠

وإنما أطيننا الكلام؛ لأنه قد كان هذا البحث في سواف الأيام من المباحث التي وقع فيها المباحثة بين بعض من المتتسبين إلى فن الفروع واستدعى الإلزام جر الكلام.

٣. كون الوكيل بالخصومة وكيلا بقبض

١٥ [التسهيل] جعلنا الوكيل بخصومة وتقاضٍ وكيلا بقبض للإتمام؛ إذ الخصومة قائمة لا تتم ما لم تقبض، ولهم المغايرة وبه يفتى^٢ لتفاوت الوكلاء وظهور الخيانة فيهم فليس كل من يؤتمن في الخصومة والتقاضي يؤتمن على المال. والوكيل بقبض الدين خصم عند أبي حنيفة؛

١ وفي هامش أوج: قوله: «فهو نطاق» فهو تشبيه بليغ لا استعارة؛ لأن الطرفين المذكوران وهو يمنع عن أن يكون استعارة لما بين في محله.

٢ أي الفتوى على قول زفر ومعه الأئمة الثلاثة.

Çünkü alacağın kabzedilmesi, misli olan borcun ödenmesi mukabilinde gerçekleşen bir mülk edinmedir (temellük) ve mülk edinmeyle ilgili haklar vekile döner. Şöyle ki; borcun ödenmesi misliyle olunca bu bir mübâdele-
 5 de vekil sayılır, böylece –içinde husûmetin de yer aldığı- haklar, mübâdele vekiline döner. Dolayısıyla vekil, hasım olmuş olur ve hatta davalı, mal sahibinin alacağını tahsil veya ibrâ etmiş olduğuna dair beyyine getirdiğinde Ebû Hanîfe'ye göre bu kabul edilir ve borçsuzluğuna hükmedilir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bunun Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre
 10 de vekilin zilyedliğinin eksik olması hususunda -istihsânen- kabul edilmesi gerekir. Nitekim ittifakla hasım kabul edilmemesine rağmen, muayyen bir malı kabz etmesi için vekil tayin edilen kimsenin zilyedliğinin eksikliği hususunda beyyine kabul edilmektedir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Metin yazarlarının dakik ifadelerinin işaretlerinden anlaşıldığı üzere Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre borçlu (ğarîm)¹ olan şahıs, bir alacağı tahsil etmek için vekil kılınan kimseye, müvekkilin alacağını bizatihi tahsil ettiğine veya borcunu almaktan vazgeçtiğine dair beyyine getirirse -ayn tahsil etme konusundaki vekâlette olduğu gibi- borçlunun beyyinesinin vekilin tasarrufunu bir alana özgülemesi noktasında kabul edilmesi
 15 gerekir.² Çünkü Zeylâi *et-Tebyîn*'de şöyle demiştir: “Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre bir alacağı kabzetmek için vekil tayin edilen kimse, hükmen, alacağı tahsil etmek için vekil tayin edilmiş gibidir. Buna binaen ortaklardan birisi alacağı tahsil etse diğeri tahsil edilen alacakta tahsil edene ortak olur.”³

1 Ayn cinsinden olan mallar kişinin bizatihi eli altında olduğu için malı elinden bulunduran borçlu için zilyed tabiri kullanılırken, deyn kabilinden olan alacak, el altında olmayıp sadece kişinin zimmetinde olan bir nitelik olduğundan borçlu için ğarîm tabiri kullanılmıştır. Deyn, zimmette bir hakkın sabit olmasıdır. Söz konusu hak, alım satım, icare, karz vb. şeyler sebebiyle oluşabilir. İbadet cinsinden yükümlülükler de zimmette bir borç olarak sabit olduğundan deyn kapsamına dâhildir. Ayn ise deynin mukabili olarak -ev, araba vb. gibi- müşahhas ve muayyen olarak el altında bulundurulmuş mallardır.

2 Vekilin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasından veya mutâlebe hakkının iptalinden kastedilen şudur: Aynı tahsil etmek için vekil kılınan kimse hasım olmadığı için, borçlunun ona karşı getireceği deliller geçerli değildir. Bu delillerin bizatihi müvekkil aleyhine getirilmesi gerekir. Bununla birlikte borçlu yukarıda zikredilen iddialarını ispatlamak için şahit getirdiğinde, müvekkil hazır olmadığı için bu şahitlere göre hükmedilmezse de en azından, müvekkil hazır oluncaya kadar vekile malın teslim edilmemesi konusunda işe yarar. Dolayısıyla malı kabzetmek için vekil tayin edilen kimse malı kabzedemez. Böylelikle de tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur.

3 Zeylâi, *et-Tebyîn*, IV, 279.

لأن قبض الدَّين تملك بقضاء الدَّين بمثله فعاد حقوق التملك إليه؛ لأن قضاء الدَّين لما كان بمثله صار مبادلة فصار وكيل القبض وكيلا بالمبادلة والتملك والتمليك ووكيل المبادلة يعود الحقوق إليه ومنها الخصومة فيصير خصمًا حتى لو برهن المدعى عليه على قبض رب المال أو إبراءه يُقبل ويُبرأ عنده. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يقبل عندهما في حق قصر يد الوكيل استحسانا كما في العين يقبل وفاقا في حق قصر يده مع أنه ليس بخصم وفاقا.

[فاضل أمير] نقول: قد أفادتنا أولاً إشارات عباراتهم الراتقة أن تقبل بينة الغريم على الوكيل بقبض الدين باستيفاء الموكل أو إبرائه في حق قصر يد الوكيل عنه عند أبي يوسف ومحمد كما هو كذلك في الوكيل بقبض العين؛ لأن الإمام الزيلعي قال في التبيين: «قال أبو يوسف ومحمد: الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض أحد الشريكين من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه» إلى آخره. ١٠

Yapılan bu nakilden borçlunun; müvekkilin, alacağını daha önceden tahsil ettiğine veya kendisini ibrâ ettiğine dair getireceği beyyinenin, bir alacağı tahsil etmek için vekil kılınan şahsın tasarruf yetkisinin kısıtlanması noktasında geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Zira Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre alacağı kabzetmek için vekil kılınan kimse, alacağının bizatihi kendisini tahsil etmek için vekil kılınmış olduğundan, bu husustaki hüküm, bir malı kabzetmek için vekil kılmanın hükmü gibidir. Bu da borçlunun getirdiği beyyinenin, vekilin mutâlebe hakkının def'i konusunda kabul edilmesidir.

Alacağı tahsil etmek için vekil kılınan kimse hakkındaki bu hükmü, fakihlerin zilyedin, bir aynı kabzetmek için vekil kılınan kimsenin aleyhine getirdiği, 'müvekkilin dava konusu olan malı kendisine sattığına dair beyyinenin vekilin tasarrufunun kısıtlanması hususunda kabul edileceği'ne ilişkin sözlerinden çıkarmamız da mümkündür. Şöyle ki; beyyine hem müvekkilin artık bu malda hakkının olmadığı konusunda yani bizatihi hakkın kendisinde hem de vekilin malı kabzetmesi konusunda yani tasarrufunun kısıtlanması konusunda getirilmiş olur. Vekil sadece kabzetme konusunda hasım olduğu için beyyine o hususta kabul edilir ve kabzetme konusunda vekilin eli mala uzanamaz. Nitekim borçlu olan hasım, müvekkilin vekili azlettiğine dair beyyine getirdiğinde bu beyyine vekilin malı kabz edememesi konusunda kabul edilir. Mesele, *et-Tebyîn* ve diğer kitaplarda da bu şekilde geçmektedir.

Söz konusu hükmü fakihlerin yukarıda nakledilen sözlerinden çıkartmamızın gerekçesi, aynı kabzetmek üzere vekil tayin edilen kimse aleyhine hasım tarafından getirilen beyyine sebebiyle verilen hükmün, bir alacağı tahsil etmek için vekil kılınan kimse aleyhine getirilen beyyine için de geçerli olmasıdır. Yani alacak hususunda hasım tarafından getirilen beyyinenin hem bizatihi hakkın kendisinde hem de vekilin malı kabzetmemesi konusunda yani tasarrufunun sınırlandırılması konusunda getirilmiş olduğu söylenir. Vekil sadece alacağı kabzetme konusunda yetkili kılındığı için beyyine, hakkın tamamen düşmesi konusunda değil sadece bu hususta kabul edilir ve vekil elini mala uzatamaz yani kabzedemez.

فاستفيد من هذا القول قبول بينة الغريم على الوكيل بقبض الدين بأن الموكل استوفاه أو أبرأه في حق قصر يد الوكيل عنه؛ لأنه لما كان الوكيل بقبض الدين وكيلا باستيفاء عين حق الموكل عندهما علم أن الوكيل بقبض الدين وكيل بقبض عين الحق عندهما فاستفيد منه أن الحكم فيه حكم الوكيل بقبض العين، والحكم فيه أن تقبل البينة في حق قصر اليد عندهما أيضا. ٥

وكذلك استفدنا هذا الحكم في الوكيل بقبض الدين مما قالوا في بيان قبول بينة ذي اليد على الوكيل بقبض العين بأن موكله باعه منه في حق قصر يد الوكيل عنه؛ لأن البينة قامت على نفس الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق اليد فقط فيقبل في حقه فيقصر يده عنه كما إذا أقام الخصم البينة بأن الموكل عزله عن الوكالة فإنها تقبل في حق قصر اليد كذا في التبيين وغيره. ١٠

ووجه استفادة الحكم المذكور من قولهم هذا هو صدق هذا الحكم المترتب على بينة قامت على الوكيل بقبض العين على بينة قامت على الوكيل بقبض الدين يعني يصدق على هذه البينة أن يقال: إنها قامت على نفس الحق وعلى قصر يد الوكيل والكيل خصم في حق اليد فقط فيقبل في حقه فتقصر يده عنه. ١٥

Bu hükmü fakihlerin ibarelerinden çıkardıktan sonra *et-Tatarhâniyye*'nin vekâlet bölümünün sekizinci faslında söz konusu hükmün açıkça şöyle ifade edildiğini gördüm: Borçlu, borcunu alacaklıya ödediğine dair beyyine getirirse Ebû Hanîfe'ye göre bu beyyine borcun ödenmiş olduğu hususunda kabul edilir ve borçlunun borçtan berâetine hükmedilir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise beyyine borcun düşmesi konusunda değil vekilin, alacağı mutâlebe hakkının def'i konusunda kabul edilir.¹

Özetle zilyed, bir malı kabzetmek için vekil kılınan şahsa karşı, müvekkilin bu malı kendisine sattığına dair beyyine getirdiğinde, beyyine müvekkil hakkında kabul edilmese de vekilin mutâlebe hakkının def edilmesi konusunda ittifakla kabul edilir. Borçlu olan şahıs bir deyni kabzetmek için vekil kılınan kimseye karşı müvekkilin, alacağını bizatihi tahsil ettiğine veya kendisini borçtan ibrâ ettiğine dair bir beyyine getirirse, Ebû Hanîfe'ye göre beyyine müvekkil hakkında da geçerli olur ve borçlunun borçtan berâetine hükmedilir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise bu durumda beyyine müvekkil hakkında geçerli olmayıp, borç olduğu gibi kalır ancak vekilin mutâlebe hakkı konusunda kabul edilir. Anılan hüküm borçlunun, müvekkilin alacağını tahsil ettiğine veya kendisini ibrâ ettiğine dair beyyine getirmesi hâlinde geçerlidir. Şayet beyyinesi yoksa ve "Müvekkil alacağını tahsil etmediğini veya beni ibrâ etmediğini söylüyorsa yemin etsin!" demek suretiyle müvekkile yemin ettirmek istiyorsa, müvekkilin o ortamda hazır olmaması durumunda malın vekile teslim edilmesi konusunda müvekkilin gelerek yemin etmesi beklenmez. Borçluya borcu vekile teslim etmesi söylenerek "İstersen alacaklının peşine düş ve ona yemin ettir!" denilir. *el-Bedâi*'de de bu şekilde geçmektedir.

4. Borçlunun Vekâlet İddiasında Bulunan Kimseye Ödeme Yapması

[**Teshîl**] Bir kimse gâibin alacağını kabzetmek üzere vekil olduğunu iddia eder ve borçlu da onu tasdik ederse, üzerindeki borcu ikrar ettiği için, ödemesi emredilir. Borç misliyle ödendiği için vekile verilen mal borçlunun malıdır. Borçlunun kendi aleyhindeki ikrarı geçerlidir ve müvekkilin kabzettiğini bildiğine dair vekil yemin etmez. Yani borçlu, müvekkilin kabzettiğini iddia etse, vekilin bunu bildiğine dair yemin etmesi istenmez.

1 el-Enderpetî, Feridüddin Âlim b. Alâ (ö. 786/1384), *el-Fetâvâ't-Tatarhâniyye*, nşr. Şebîr Ahmed el-Kâsimî, Hindistan 2010, XII, 293.

وبعد ما استنبطنا هذا الحكم من عين عبارات المشايخ الكرام اطلعنا عليه في كتاب الوكالة في الفصل الثامن منها من التاتارخانية قد صرح به حيث قال: «أقام الغريم بينة أنه قد أوفاه الطالب؛ فعلى قول أبي حنيفة قبلت بيته على الإيفاء وحكم ببراءة الغريم، وعلى قولهما قبلت بيته في دفع مطالبة الوكيل عنه» انتهى. فالحاصل: أن ذا اليد إذا أقام بينة على الوكيل بقبض العين بأن موكله باعه منه لا تقبل في حق الموكل وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنه اتفاقاً.

ولو أقام الغريم بينة على الوكيل بقبض الدين بأن موكله استوفاه منه أو أبرأه تقبل على الموكل ويبرأ الغريم عند أبي حنيفة ولا تقبل في حق الموكل وتقبل في حق قصر يد الوكيل عند أبي يوسف ومحمد. وهذا إذا ما أقام الغريم بينة على الإيفاء أو الإبراء وأما إذا لم يكن له بينة عليه ولكن أراد تحليف الموكل على أنه لم يستوفه أو لم يبرئه ولم يكن الموكل حاضراً لا يؤخر الدفع إلى حلف الموكل بل يقال للغريم: ادفع إلى الوكيل واتبع الطالب وحلفه إن أردت، كذا في البدائع.

١٥ ٤. دفع الغريم لمن ادعى الوكالة

[التسهيل] ولو ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه؛ إذ أقر على نفسه فإن المدفوع مال الغريم لقضاء الدين بمثله فنفذ إقراره على نفسه ولا حلف على الوكيل على علم قبض موكله أي لو ادعى المديون قبض الموكل لا يُحلف الوكيل على العلم؛

Çünkü yeminde niyâbet cârî değildir. Benzer bir durumda vâristen yemin istendiği söylenilerek bu gerekçeye itiraz edilemez; çünkü vâris [niyâbeten değil] kendisi adına asâleten talepte bulunmaktadır. Daha açık ifade edilecek olursa; “Vâris mûrisinin alacağını istediğinde, hasım mûrisin önceden
5 alacağını kabzettiğini iddia edip vârisin yemin etmesini talep etse, kendisi mûrisin nâibi olmasına rağmen vârise yemin ettirilir.” denilecek olursa buna şöyle cevap verilir: Vâris naip değil, asıldır; zira hak onundur.

Vekilin vekâlet iddiasını yalanlaması veya bu iddia karşısında susması hâlinde borçlu, kendi aleyhinde bir ikrarda bulunmuş olmayacağı için
10 borcunu vekile ödemesi emredilmez. Borçlu, yalanlamasına veya susmasına rağmen ödemeyi yaparsa ödediğini geri isteyemez. Çünkü kendisine ödeme yapılan kişinin vekil olması ihtimali yahut icâzet ihtimali sebebiyle malikin hakkı taalluk etmiştir. Nitekim asıl mal sahibinin icâzet vereceğini umarak fuzûlîye ödeme yapmak da bunun gibi olup müşteri ödediğini
15 geri alamaz. Fuzûlî'ye ödediğini geri alamıyorsa bu meselede evleviyetle alamaz. *Câmi'ül-Fusûleyn*'de fuzûlîye yapılan ödemeyi geri alma hakkı bulunduğunu yazmıştım. Zira fuzûlî borçlunun vekilidir ve borçlunun onu azletme yetkisi vardır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bence en doğru görüş budur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu konu Hanefî meşâyihin görüşlerinin ve ri-
vâyetlerinin farklılık gösterdiği bir konudur. *Câmi'ül-Fusûleyn*'in ‘vekil-
lerin hükümleri’ bölümünde şöyle denilmiştir: Vekâlet iddiasında bulun-
an kişiye yapılan ödeme, yaptığı işleme onay verilme ihtimali bulunan
fuzûlîye yapılan ödeme gibidir. Bu durumda ödeme yapan şahıs fuzûlînin
25 akdine onay verilmesi ihtimali sebebiyle yaptığı ödemeyi geri isteyemez. *Fetâvâ-yı Reşâdduddin*'de şöyle denilmiştir: Fuzûlî, borçluya gelip “Borcunu bana öde. Umarım ki alacak sahibi benim yaptığım işlemi onaylar.” dese ve borçlu ona ödeme yapsa, ödediğini geri isteyemez. Zira fuzûlî, borcu, alacak sahibi adına kabzemiş olduğundan bu durumda işleme, alacak
30 sahibinin hakkı girmiş olur ki alacak sahibi akde onay verebilir. Hakim eş-Şehîd'in *el-Müntekâ* adlı kitabında ise söz konusu durumda borçlunun, yaptığı ödemeyi geri isteme hakkının olduğu ifade edilmiştir. Aynı şekilde filan kişiye olan borcunu ödemesi için parayı birisine verse, verdiği adam kendisinin vekili olup onu azletme yetkisine sahip olduğundan verdiği pa-
35 rayı geri isteyebilir.

إذ النيابة لم تجر في الأيمان، ولا يرد الوارث لأصلته أي فإن قيل: إذا طلب الوارث دين مورثه وادعى الخصم أن مورثه كان قبضه وطلب يمين الوارث فإنه يحلف مع أنه نائب عن مورثه؟ أجيب: بأن الوارث أصيل لا نائب؛ إذ الحق له.

٥ ولا يؤمر الغريم بدفعه إلى الوكيل لو كذبه الغريم في الوكالة أو سكت إذ لم يقمّر. فلو كذبه أو سكت ثم دفع لا يسترد ما دفعه لتعلق حق المالك بما دفع لاحتمال التوكيل أو الإجازة كدفعه إلى فضولي على رجاء الإجازة فإنه لا يسترده وهنا بالطريق الأولى وكتبت في جامع الفصولين أن له الاسترداد من الفضولي؛ لأنه وكيل المديون فله أن يعزله.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: الأصح عندي هذا.

[فاضل أمير] نقول: هذا مما اختلف فيه أقوال المشايخ ورواياتهم. قال في أحكام الوكلاء من جامع الفصولين: «فصار كدفعه إلى فضولي على رجاء الإجازة فإنه لا يملك أن يسترده لاحتمال الإجازة. فتاوى رشيد الدين: فضولي قال: ادفعه إليّ لعل ربه يجيز فدفعه ليس له أن يسترده؛ إذ تعلق به حق رب الدين لقبضه له لعله يجيز. منتقى للحاكم الشهيد: له أن يسترده، وكذا لو دفع إلى رجل ليدفعه إلى رب دينه فله أن يسترده؛ لأنه وكيل المديون فله عزله» انتهى.

Nakledilen ibarelerde bir görüşün diğerine tercih edildiğine dair bir ifade yoktur. Bununla birlikte İbn Nüceym *el-Babru'r-Râik* adlı kitabında bu konuda fetvaya esas olan görüşün fuzûlîye yapılan ödemenin geri alınabileceğini savunan görüş olduğunu belirtmiştir.¹ Ahî Çelebi de hâşiyesinde *el-Kifâ-*
 5 *je*'den nakille bu konuda doğruya en yakın olan görüşün borçlunun, fuzûlîye yaptığı ödemeyi geri istemesinin câiz olduğu görüşü olduğunu söylemiştir.²

Yapılan bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere bu görüş Şeyh Bedreddin'den önce bir grup âlim tarafından daha sahih kabul edilmiş olup kendisi bu konuda ilk ve tek değildir. Molla Muhammed el-Vânî *ed-Dürer ve el-Gurer*
 10 üzerine yazdığı hâşiyesinde şöyle demektedir: “Ödeneni geri isteme hakkı konusunda bir fuzûlî ile diğer bir fuzûlî arasında fark gözetilmiş olması da mümkündür.”³ demiştir. el-Vânî bu sözüyle muhtemelen şunu kastetmektedir: Kendisine ödeme yapılan fuzûlî şayet “Borcunu bana öde, ben alacak sahibini razı ederim.” demişse ve bu fuzûlî alacak sahibinin tanıdıklarından
 15 biri olup alacak sahibinin onu kırmayacağı ve onun 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
 20 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 getirilmemişse el-Vânî'nin sözüne itibar olunmaz. Bu meselede kendisine itimat edilecek görüş şudur: Fuzûlîye yapılan ödeme, “Sen benim elçimsin. Bu malı al ve alacaklıya ver.” tarzında elçi
 25 aracılığıyla ise ödemeyi yapan kimsenin geri isteme hakkı vardır. Çünkü bu durumda verilen mal, sırf emanet hükmündedir. Nitekim üstâd Sadruşşeria *el-Vikâye* şerhinin kefâlet bölümünde şöyle demektedir: “Borçlu olan asil, vadeli olan borcunu kefile ödese verdiğini sonradan geri alamaz. Elçi aracılığıyla yapılan ödeme ise bunun aksinedir. Zira bu durumda verilen mal sırf
 30 emanet vasfıyla karşı tarafa teslim edilmiş olur.”⁴

1 İbn Nüceym, *el-Babru'r-Râik*, VII, 184.

2 Ahî Çelebi, *Zehiretu'l-Ukbâ*, vr. 330a-330b.

3 Vâni, *Nakdii'd-Dürer (Hâşiyeye al'e'd-Dürer)*, vr. 168a.

4 Sadruşşeria, *Şerhu'l-Vikâye*, IV, 95.

فلا ترجيح لأحد القولين على الآخر في هذا المنقول، ولكن قال المولى المحقق ابن النجيم في البحر الرائق: «إن القول المفتى به جواز الاسترداد فيما دفع إلى الفضولي». ونقل المولى المحشي أخي جلبي عن الكفاية «أن الأقرب إلى الحق جواز الاسترداد من الفضولي» انتهى.

٥ ومن هذا ظهر أن الشيخ ليس بسابق في هذا التصحيح ولا بمنفرد في أمر الترجيح. وقال المولى محمد الواني في حاشية الدرر والغرر: «ويمكن التوفيق بالفرق بين فضولي وفضولي» انتهى. ولعله يريد أن الفضولي الذي دفع ما دفعه إليه إن كان الدفع إليه بعد أن قال: ادفع إليّ وأنا أرضي رب الدين وكان من معارف رب الدين بحيث يعلم أن رب الدين لا يرد قوله ولا يخالف رأيه فلا يسترده منه؛ وإن كان على خلاف هذه الصفة يسترده. فهذا الفرق إن سبق إليه واحد أو أكثر ممن يثبت بقوله أو روايته الحكم الشرعي فقد تم الدست^١ واستحكم مقتضى الفرق وإلا فلا اعتداد به. والقول المعتد به في المسألة: هو أن الدفع إلى الفضولي إن كان على وجه الرسالة بأن يقول له: أنت رسولي خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب فله الاسترداد منه؛ لأنه يكون محض أمانة حينئذ كما قال المولى النحرير صدر الشريعة في ١٥ كتاب الكفالة من شرح الوقاية: «وهذا بخلاف ما إذا أداه على وجه الرسالة؛ لأنه حينئذ تمحض أمانة» انتهى.

١ وفي هامش أ ج: قوله: «تم الدست» قال العلامة ابن كمال باشا في رسالة المعربات: والدست في قول صاحب المواقف فإن صح لهم ذلك تم الدست أيضا بهذا المعنى. وأصله: تم له الدست على عكس تم عليه الدست وهو دست القمار في اصطلاحهم إذا خاب قرح أحدهم قيل: تم عليه الدست.

Yapılan alıntudan Sadruşşerîa'nın maksadının elçi aracılığıyla yapılan ödemeyi geri istemenin câiz olduğu hükmü anlaşıldıktan sonra Şerhu'l-Vikâye üzerine hâşiyesi olan Ahî Çelebi'nin, "Sadruşşerîa'nın 'Onunla beraber ödediğini geri isteyemez.' sözünü itibar almadan Sadruşşerîa'nın 'Ona sahip olur.' sözü işaret etmektedir, diyerek ödeneni geri isteyememe noktasında borcu normal bir şekilde ödemek ile elçi aracılığıyla ödeme arasında bir fark yoktur..." sözlerinde bir uyum ve intizamın olmadığı ortaya çıkmıştır. Sadruşşerîa'nın asilin kefile ödediğini geri istemesinin câiz olması hükmünü "Zira bu durumda verilen mal sırf emanet vasfıyla karşı tarafa teslim edilmiş olur." sözüyle gerekçelendirmesi, Ahî Çelebi'nin irtikâp ettiği hatanın pespayeliğini sözsüz haykırmaktadır. Gerçek ilim, her şeyi en ince ayrıntılarıyla bilen Allah'a mahsustur.

5. Müvekkilin Gıyabında Hüküm Verilmesi

[Teshîl] Emanetçi (mûda'), yanına emanet bırakılmış olan bir malı, kendisinin kabza vekil olduğunu yahut bunu sahibinden satın aldığını iddia eden kişiye vermekle emrolunmaz. Zilyed [konumunda olan emanetçi], söz konusu iddia sahibini doğrulasa bile böyledir. Çünkü vedîa kendisinin değil, başkasının malı olduğu için emanetçi tasdik durumunda başkası aleyhine ikrarda bulunmuş olur ve başkası aleyhindeki ikrarı sonuç doğurmaz. İddia sahibinin emaneti kabzetmeye vekil olduğuna dair beyyine getirmesi durumu bundan farklı olup beyyine kabul edilir ve emanetçinin, emaneti vekile vermesi emredilir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: 'Gâibin aleyhine olan yargı kararı da lehine olan yargı kararı de bağlayıcıdır. Burada ise müvekkil gaiptir ve vekâlet vermesine ilişkin hüküm, ya lehine ya da aleyhinedir ve her ikisi de câiz olmamaktadır.' denilecek olursa derim ki; buna şu şekilde cevap verilmesi mümkündür: Gâip hakkındaki iddia hazır hakkında yapılan iddianın sebebidir. O zaman hazır olan kişi, hasım olarak gâip olan kişinin yerine geçebilir. 'Bu ancak hazır bulunan davalının kendi adına hasım olması durumunda geçerlidir; burada ise durum böyle değildir. Zira emanetçi, -vekâletinin sabit olmasından sonra bile- vekilin hasmı değildir. Emanetçi, vekilin hasmı olmadığına göre tevkîl beyyinesinin dinlenmemesi gerekir.' denilecek olursa; derim ki; buna şöyle cevap verilmesi mümkündür: Vekil, kabz gibi kendine dönük hususlarda hasımdır. Dolayısıyla, emanetçi ve vekil arasında kabz ve zilyedliğin sınırına ilişkin konularda hasımlık olabilir. Nitekim emanetçinin satımına dair beyyinenin istihşânen kabulü konusunda benzer durum söz konusudur.

إذا عرفت أن مراد النحرير المذكور من قوله: «وهذا بخلاف ما إذا أداه» إلى آخره: جواز الاسترداد وقتئذ فقد ظهر لك ما في قول المحشي أخي جلبي «أن قول صدر الشريعة وهذا إشارة إلى قوله «وملكه» بدون اعتبار قوله «فلا يسترده معه» لأن الأدائين على وجه القضاء وعلى وجه الرسالة سواء في عدم الاسترداد» إلى آخره من عدم الملائمة والانتظام. وتعليل صدر الشريعة بقوله: «لأنه حينئذ تمحض أمانة» مما يتأدى على سخافة ما ارتكبه المحشي بغير كلام، والعلم عند الملك العلام.

٥. القضاء في غيبة الموكل

١٠ [التسهيل] ولم يؤمر بدفع الوديعة إلى المدعي سواء ادعى الوكالة بقبضها أو الشراء من مالها ولو صدقه ذو اليد؛ إذ أقر على غيره؛ إذ الوديعة مال الغير فلا يعمل إقراره في حق الغير ضد إقامة بينة على وكالة بقبض الوديعة فإنها تقبل ويؤمر المودع برد الوديعة إلى الوكيل.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل يلزم القضاء على الغائب أو للغائب فإن الموكل غائب فلا يخلو إما أن يكون الحكم بتوكيله حكماً له أو عليه ولا يجوز كلاهما؟ أقول: يمكن أن يجاب بأن ما يدعى على الغائب سبب لما يدعى على الحاضر فيقوم الحاضر خصماً عن الغائب. فإن قيل: هذا إنما يتم إذا كان المدعى عليه الحاضر خصماً في نفسه وهنا ليس كذلك إذ المودع ليس بخصم للوكيل بعد ثبوت وكالته وفضلاً عما قبله فإذا لم يكن خصماً ينبغي أن لا تسمع عليه بينة التوكيل، أقول: يمكن أن يجاب بأنه خصم فيما يعود إليه من القبض فتقوم الخصومة بين الوكيل والمودع فيما يتعلّق بالقبض وقصر اليد لا في غيره كما مرّ ٢٠ من الاستحسان في قبول البينة على بيع المودع.

[Fâzıl Emîr] Derim ki: Bedreddîn, metinde yer verdiği “İddia sahibinin emaneti kabzetmeye vekil olduğuna dair beyyine getirmesi durumu bundan farklı olup beyyine kabul edilir ve emanetçinin, emaneti vekile vermesi emredilir.” sözünden meselenin ‘birinin, yalnızca emanetçinin elindeki malı kabzetmeye vekil olması, emanetçinin bu vekâleti inkâr etmesi ve vekilin vekâlete dair beyyine getirmesi’ şeklinde tasvir edildiğini anlamış ve itirazını bu anlayış üzerine bina etmiş ve ‘Muayyen bir malı kabzetmeye vekil olan kişi zilyedin hasmı değildir; beyyine getirmesi nasıl sahih olabilir ve bu beyyinenin gereğiyle nasıl amel edilebilir?’ şeklinde ortaya koyduğu itiraza kendisi şöyle cevap vermiştir: ‘Vekil, kabza taalluk eden hususlarda zilyedin hasmıdır. Vekil, bu itibarla hasım kabul edilmiş ve vekil olduğuna ilişkin beyyine getirmesi sahih olmuştur.’

Aşikâr olduğu üzere Şeyh’in verdiği cevabın kabul edilmesi zordur. Çünkü emanetçinin vekile, vekilin de emanetçiye hasım olmasının sonucu, vekilin malı kabzetmedeki yetkisini kısıtlama konusunda emanetçinin, malın emanet veren kimseden satın alındığına dair ortaya konulan beyyineyi kabul etmesidir. Kabza taalluk eden konuda vekil ile emanet bırakan kimse arasındaki husûmeti itibara alarak vekilin beyyinesinin kabul edilmesine ve buna binaen de emanetçiye emaneti vekile teslim etmesi için emretmeye imkân yoktur. Zira *Bedâi* ve benzeri fıkıh kitaplarında zikredildiği üzere, bu hüküm imamlarımızın, bir malı kabzetmek üzere vekil kılınan kişinin hasım olamayacağına dair icmâ ile verdikleri hükme muhaliftir. Hatta malı elinde bulunduran kimse, vekâlet iddiasında bulunan kimsenin hasım olamayacağını ve vekâlet iddiası için beyyine getiremeyeceğini inkâr etse de durum böyledir.¹

Bu meselede hak olan ve Şeyh’in metinde “İddia sahibinin emaneti kabzetmeye vekil olduğuna dair beyyine getirmesi durumu bundan farklı olup beyyine kabul edilir.” şeklindeki sözünün açıklaması şöyledir: Serahsî’nin *el-Mebsût*’unda mesele şöyle ele alınmıştır: “Bir adam kendisini şu an gaip olan filanın alacağını kabzetmek üzere veya ondan olan emanetini kabzetmek ve kendisi adına hasım olmak üzere vekil tayin ettiğini iddia etse ve davalı kişi de hem kendisinde bir emanetin olduğunu hem de vekâlet iddiasını reddetse, sahih olan görüşe göre iddia sahibi vekil olduğuna dair beyyine getirmekle yükümlü kılınır.

1 el-Kâsânî, *Bedâi’us-Sanâi*, VI, 25.

[فاضل أمير] نقول: قد فهم الشيخ مما رواه في المتن بقوله: «ضد إقامة بينة على وكالة بقبض الوديعة» أن تصويره: ما كان رجل وكيلًا بقبض الوديعة فقط وأنكر المودع وكالته فأقام الوكيل بينة عليها. فبنى اعتراضه عليه بأن الوكيل بقبض العين ليس بخصم لذي اليد فكيف تصح إقامة البينة منه وكيف يعمل بموجبها؟ وأجاب عنه: بأن هذا الوكيل خصم لذي اليد فيما تعلق بالقبض فبهذا الاعتبار جعل خصما وصح أن يقيم بينة على وكالته.

ولا يخفى أن ما ذكره في معرض الجواب بعيد عن حيز القبول؛ لأن أثر كون المودع خصما للوكيل والوكيل خصما له إنما هو قبول بينة المودع على الشراء من المودع في حق قصر يد الوكيل عنه ولا مجال لأن تقبل بينة الوكيل باعتبار أن بين الوكيل والمودع خصومة فيما تعلق بالقبض ويؤمر المودع برد الوديعة إلى الوكيل؛ لأن هذا مخالف لما أجمع عليه أئمتنا من أن الوكيل بقبض العين لا يكون خصمًا حتى لو أنكر من في يده أنه لا يملك الخصومة ولا إقامة البينة على وكالته كما في البدائع وغيره.

فالحق الحقيقي بالقبول في توجيه ما في المتن من قوله: «ضد إقامة بينة على وكالة بقبض الوديعة» أن يقال: إن وضع المسألة على ما ذكر في مبسوط السرخسي: فيما إذا ادعى رجل على رجل أنه وكله فلان الغائب بقبض دينه منه أو وديعته عنده وبالخصومة فيه وأنكر المدعى عليه المال والوكالة فالصحيح أنه يكلف بإقامة البينة على الوكالة.

Şayet vekil olduğuna dair beyyine getirirse davada hasım olduğu sabit olur. Bundan sonra karşı tarafın elinde müvvekile ait bir malın olduğuna dair de beyyine getirirse kabul edilir ve bu hüküm, gaip olan müvekkil aleyhine verilmiş sayılır. Hatta sonraki süreçte müvekkil olduğu söylenen şahıs gelse ve kimseye vekâlet vermediğini söylese emanetçi aleyhine bir hüküm teretütüp etmez. Zira davalı burada onun aleyhine vekâleti ispat etmek hususunda hasım olmuştur. Çünkü gaip aleyhine iddia edilen şey, hazır olan için de iddia edilmeye sebep olduğundan davalı gaip yerine hasım olmuş sayılır.

Vekil hem kabz hem de husûmet konusunda vekil olduğundan Şeyh'in itirazı yerinde bir itiraz olarak görülmez ve sorduğu soru temelden sorulmaz. Bu meselenin tahkiki şöyle demeyi gerektirmektedir: Metinde zikredilen “Emaneti kabzetmek konusunda vekil olduğuna dair beyyine getirme meselesinin aksine...” sözünün asıl maksadı, emanetçinin vekâlet iddiasında bulunan kimsenin bu iddiasını ikrar etmesi ile vekâletin, vekilin, kendisinin gerek vekil olduğuna gerekse emaneti kabzetmeye yetkili kılındığına dair getirdiği beyyine ile sabit olması arasındaki farkı beyan etmektir. Birinci durumda yani emanetçinin iddiayı ikrar etmesi hâlinde ona elindeki emaneti davacıya teslim etmesi emredilmez. İkinci durumda ise yani iddianın beyyine ile ispatlanması hâlinde emaneti teslim etmesi hususunda ona emredilir.

Şeyh'in “...emaneti kabzetmeye vekil olduğuna dair beyyine getirmesi durumu bundan farklı olup beyyine kabul edilir...” sözünün anlamı ise şudur: Emaneti kabzetmekle yetkilendirilen vekil, aynı zamanda hasım olması için de memur olup, vekâlet iddiasına beyyine getirmeye uygun ise ve buna binaen beyyine getirmişse, vekâletin beyyine ile sabit olmasındaki hüküm, vekâletin emanetçinin ikrarıyla sabit olması hâlinde farklı olur. Şeyh metindeki aktarımında vekilin bir malı kabzetme konusunda kendisine vekâlet verildiğine dair beyyine getirmesini zikretmekle yetinmiş, ayrıca husûmetle memur olup, vekâleti için beyyine ikame etmeye muktedir olup olmadığına değinmemiş, önceki cümleden anlaşıldığı için bu cümleyi zikretme ihtiyacı duymamıştır. Zira fıkıh ilminden biraz haberdar olanlar Şeyh'in “vekil, malı kabzetmek hususunda vekil olduğuna dair beyyine getirirse” sözünden maksadın vekilin şer’an beyyine getirmeye muktedir olması ve fiilen getirmiş olması olduğunu anlar. Nitekim sözü dinleyen ve maksadı anlayanlar için bu gayet açıktır.

فيثبت كونه خصما بإقامة البينة على الوكالة فبعد ذلك إن أقام بينة على المال تقبل ويكون هذا قضاء على الغائب حتى لو حضر وأنكر ذلك لا شيء عليه؛ لأن المدعى عليه انتصب خصما عنه في إثبات الوكالة عليه؛ لأن ما يدعى على الغائب سبب لما يدعى على الحاضر فيتصب هو خصما عن الغائب، انتهى.

٥ فلما كان الوكيل وكيلا بالقبض والخصومة لم يرد ما أورده وسقط أصل السؤال رأسا. فتحقيق المقام قد آل إلى أن يقال: إن الغرض الأصلي من ذكر قوله: «ضد إقامة بينة على وكالة بقبض وديعة» بيان الفرق بين ثبوت وكالة الوكيل بإقرار المودع بوكالته وبين ثبوتها بإقامة البينة من وكيل له الإتيان بالبينة؛ بأن كان وكيلا بالقبض والخصومة بأن في الأول لا يؤمر بدفع الوديعة إلى من أقر بوكالته وفي الثاني يؤمر به. ١٠

فكان معنى قوله: «ضد إقامة بينة» إلى آخره: أن الوكيل بقبض الوديعة إذا كان ممن يصلح لإقامة البينة على وكالته بأن كان مأمورا بالخصومة فأقام بينة على وكالته وكان ثبوت الوكالة بإقامة البينة يكون الحكم ضد ما أقر المودع بالوكالة، وكان ثبوت الوكالة بالإقرار، واقتصر في رواية ما في المتن على ذكر إقامة الوكيل بقبض العين بينة على وكالته ولم يتعرض بكونه مأمورا بالخصومة قادرا ١٥ على إقامة البينة على الوكالة وطوى ذكر هذه الجملة لانفهامها مما ذكر؛ لأن من له أدنى مساس بالفن يفهم من قوله: إذا أقام الوكيل بقبض العين بينة على وكالته أن المراد منه أن هذا الوكيل إذا قدر على الإقامة شرعا فأقام كما لا يخفى على من هو ممن يسمع الكلام ويفهم المرام.

١ وفي هامش أ وح: قوله: بأن في الأول متعلق بقوله: بيان الفرق، منه.

İkrar ile sabit olan vekâlet üzerine hüküm bina edilmemesi noktasında bu meseleye benzer başka bir mesele de Molla Hüsrev'in *ed-Dürer* ve *el-Gurer*'de *el-Fetâvâ's-Suğrâ*'dan naklettiği ve fakihlerin "Mücerret vekâlet, hüküm altına girmez." şeklindeki kabul edilmiş aslın bir fer'i yaptığı şu meseledir: "5 *el-Fetâvâ's-Suğrâ*'da şöyle denilmiştir: Bir deyni kabzetmek hususunda vekil olan kimse hasmı getirirse ve hasım vekâleti ikrar ettiği hâlde kendisinin borçlu olduğunu kabul etmese vekâlet sabit olmaz. Hatta bu durumda vekil hasmın borçlu olduğuna dair ayrı bir beyyine getirirse beyyinesi kabul edilmez. Yine filan kişinin kendisini Kûfe'de olan tüm haklarını 10 talep etmesi için vekil kıldığını ve bu hususta hasım yaptığını iddia etse ve müvekkil gaip iken vekil olduğuna dair beyyine getirirse, vekil, müvekkilin kendisinde alacağı olan bir kimseyi mahkemeye getirmemişse kâdı onun şahitlerini dinlemez. Buna mukabil onun iddiasını inkâr eden veya ikrar eden bir kimseyi mahkemeye çıkarmışsa kâdı onun davasını ve şahitlerini 15 dinleyerek vekil olduğunu onaylar."¹

6. Birine Ait Malı Başkası Adına Kabzetmeye İlişkin İkrar

[**Teshîl**] Davacı emanet verenin öldüğünü ve kendinden başka mirasçısı olmadığını söylese ve emanetçi de onu doğrulasa, emanetin vârisin mülkü olduğunda ittifak etmiş oldukları için, emaneti ona verir.

20 [**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Burada gaip hakkında ölüm hükmü verilmesi durumu söz konusudur. Bu nedenle o kişinin ölümü mahkeme kararıyla sabit oluncaya değin emanetçiden emaneti vermesinin istenememesi gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Fakihlerimiz emanetçinin, emaneti kabzetmeye vekil olduğunu veya onu sahibinden satın aldığını iddia eden kimseyi 25 onaylamasına rağmen emaneti onlara teslim etmesinin istenemeyeceği hükmünü, bunun 'birine ait mal hususunda başka biri lehine kabz hakkı ikrar etmek' olmasıyla gerekçelendirmişlerdir. Bu mesele, emanetin sahibi olan kişinin vefat ederek ehliyet sahibi olmaktan çıkması ve emanetçinin elindeki malın artık iddia sahibi olan vârise intikal etmesi 30 meselesi gibi değildir. Sadruşşerîa *el-Vikâye* şerhinde emanet sahibinden malı satın aldığını söyleyen kimseyi tasdik etmekle emanet sahibinin öldüğüne dair iddianın tasdik edilmesi arasındaki farkı şöyle açıklamıştır:

1 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 293.

ويقرب من هذه المسألة في عدم ترتب الحكم على الوكالة الثابتة بالإقرار المسألة التي نقلها المولى خسرو في الدرر والغرر عن الفتاوى الصغرى وجعلها مما يتفرع على الأصل الثابت عندهم وهو الوكالة المجردة لم تدخل تحت الحكم حيث قال في الصغرى: الوكيل بقبض الدين إذا حضر خصما فأقر بالتوكيل وأنكر الدين لا يثبت الوكالة حتى لو أراد الوكيل إقامة البينة على الدين ٥ لا تقبل. وإذا ادعى أن فلاناً وكله بطلب كل حق له بالكوفة وبقضبه والخصومة فيه وجاء بالبينة على الوكالة والموكل غائب ولم يحضر الوكيل أحدًا للموكل قبله حق فإن القاضي لا يسمع من شهوده حتى يحضر خصما جاحدا ذلك أو مقرا به فحينئذ يسمع ويقرر الوكالة» انتهى.

١٠ .٦ الإقرار بحق القبض للغير في مال الغير

[التسهيل] ولو قال المدعي: أن المودع مات ولا وارث له غير المدعي فصدقه المودع دفع؛ إذ اتفقا أنه ملك الوارث.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فيه إقرار على الغير بالموت فينبغي أن لا يؤمر بالدفع حتى يثبت موته عند القاضي.

١٥ [فاضل أمير] نقول: قد قالوا في تعليل أنه لا يؤمر بدفع الوديعة إلى من ادعى أنه وكيل بقبضها أو أنه اشتراها من مالها وصدقه ذو اليد أنه إقرار بحق القبض للغير في مال الغير فلا يماثل الإقرار بخروج الغير عن الأهلية وصيرورة المال الذي في يده لهذا المقر له. وقد أوضح الفرق بين تصديق مدعي الشراء من المالك وبين تصديق مدعي موت المالك المولى النحرير صدر الشرعية حيث قال في شرح الوقاية:

“Bir kimse emanet sahibinden malı satın aldığını iddia etse ve emanetçi bu iddiayı tasdik etse, emanetçi malı ona teslim etmekle emrolunamaz. Çünkü iddia sahibi burada malın bir başkasına ait olduğunu ikrar etmektedir. Oysa mal sahibi hayatta olduğu için mülkiyet sahibi olmaya eildir. Bu nedenle davacının, henüz hayatta olan mülkiyet sahibinin malı kendisine sattığı iddiası doğrulanamaz. Miras meselesi ise bundan farklıdır. Çünkü bu meselede davacı ve emanetçi, emanet sahibinin ölmüş olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Bu ittifak aynı zamanda emanetin artık vârisin malı olduğuna da ittifak sayılır.”¹

Allâme *el-İzâh* adlı kitabında² Şeyh'in “Bu hükümde bir başkası lehine bir ikrar söz konusudur.” diyerek mezhep imamlarına yaptığı itirazı şöyle cevap vermiştir: “Davacının emanet malı sahibinden aldığına dair iddiası ve bu iddianın emanetçi tarafından ikrar edilmesinde bir başkası adına yapılmış bir ikrar söz konusudur. Dolayısıyla bu mesele miras meselesinden farklıdır.”

Bu meselde fakihlerimizin sözlerinden çıkarttığımız hüküm; aleyhine ikrarda bulunulan kişinin ehliyetinin devam etmesi ile bir şeye sahip olabilme ehliyetini kaybetmiş olması arasında farkın olduğudur. Molla Yakup Paşa, Sadruşşerîa'nın şerhi üzerine yazdığı hâşiyesinde mezhep imamlarından nakledilen esas rivâyetlere yaptığı itirazları genellikle Şeyh'ten almış ve ona tabi olmuştur. Bu meselede de onun buradaki sözlerini alarak şöyle demiştir: “Bu görüş tartışmaya açıktır. Çünkü burada gaip birinin öldüğüne dair hüküm verilmesi durumu vardır, dolayısıyla ölüm durumu mahkeme kararıyla sabit oluncaya değin emanetçiden emaneti teslim etmesi istenilemez.”³ Yakup Paşa, bu meselede Sadruşşerîa'nın iki mesele arasında fark bulunduğuna dair açıklamadan memnun ve ikna olmamış ki emaneti elinde bulunduran zilyedin, emanet sahibi mûrisin öldüğüne dair ihbarını, başkası aleyhine ikrar olarak değerlendirmiştir. Oysa daha önce Allâme'den naklettiğimiz üzere bunun böyle olmadığı ortaya konulmuştu.

1 Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, IV, 181.

2 İbn Kemâl, *el-İzâh*, II, 238-239.

3 Yakup Paşa, *Hâşiye alâ Şerhi'l-Vikâye*, vr. 161a.

«أي ادعى أنه اشترى من المودع وصدقه المودع لم يؤمر بدفع الوديعة إلى المدعي؛ لأن المدعي أقر بملك الغير والغير أهل للملك؛ لأنه حي فلا يصدق في دعوى البيع على ذلك الحي بخلاف مسألة الإرث؛ لأنهما اتفقا على موت المودع فكان هذا اتفاقاً على أنه ملك الوارث».

٥ وقد أفصح المولى العلامة عن رد ما قاله الشيخ معترضاً على الأئمة: «فيه إقرار على الغير حيث قال في صورة دعوى الشراء؛ لأنه إقرار على الغير بخلاف ما تقدم» إلى آخره.

فالحاصل المستفاد من كلاهما في هذا المبحث: هو الفرق بين الإقرار على الغير مع بقاء أهليته وبين الإقرار بأنه قد خرج عن أهلية الملك. ١٠ والمولى المحشي يعقوب باشا قال في حاشية صدر الشريعة آخذاً من كلام الشيخ مقتنياً به كما هو دأبه في هذه الحاشية في أكثر ما يورده على الأصول المروية عن أئمتنا: «هنا كلام وهو أن فيه إقراراً^١ على الغير بالموت فينبغي أن لا يؤمر بالدفع حتى يثبت موته عند القاضي» انتهى. فكان هذا المحشي لم يفتح ولم يرتض بما ذكره مولانا صدر الشريعة من الفرق المذكور وزعم أن إخبار صاحب اليد بموت المورث إقرار على الغير. وقد سبق من العلامة ١٥ أنه ليس كذلك.

١: أهليته.

٢ وفي هامش أ: وإنما قلنا من كلام الشيخ؛ لأن المولى يعقوب باشا نقل في أوائل كتاب الدعوى عن المولى خسرو وهو متأخر زماناً عن الشيخ، منه.

٣ أ: إقرار.

Fakihlerimizin bu meselede zilyedin, emaneti satın aldığını söyleyen kimsenin satın alma veya emaneti kabzetmeye dair vekâlet iddiasını tasdik etmesini, hükmü intaç edecek bir etken kabul etmemeleri ve emanetçiye, malı teslim etmesi hususunda emredilmesini gerektirecek bu durum olarak görmemeleri; buna mukabil emanetçinin, vârisin, mûrisin öldüğü ve emanetin kendisine miras olarak kaldığına dair iddiasını tasdik etmesini hükmü icap edecek bir amil görmeleri ve emanetçiye malı teslim etmesi konusunda emretmeye kabil görmeleri konusundaki gerekçe bana şöyle zahir oldu: Ölüm hadisesinin vukuunu ispat etme başka şeylerin tespit edilmesinden daha kolaydır. Zira ölüm, ispatı konusunda yaygın duyuma dayalı şahitliğin geçerli olduğu şeylerdendir. Ayrıca şehadet bölümünde açıklandığı üzere birisinin vefat ettiğine dair yapılan şahitlikte şahitlerin sayısı konusunda bir sınırlama olmadığı gibi bu tür şehadeti eda ederken “Şahit olurum ki...” lafzını telaffuz etmeye de gerek yoktur. Bilakis tek bir erkek veya kadının şahitliği yeterlidir. Birisinin verdiği ölüm haberi tek bir erkek veya kadının yaptığı ihbar ile kesin sayılıyorsa bizim meselemizde vâris, mûrisin öldüğünü iddia edip zilyed olan emanetçi de onun öldüğünü ihbar etmişse, onun bu haberi ile adamın öldüğü konusunda ilim hâsıl olur ve hâkimin de bu konuda oluşan bilgisi, emanetçiye, verdiği haberin icap ettirdiği şeyi yani emaneti vârise teslim etmeyi emretmesini gerektirir.

7. Borç İstemek İçin Vekâlet Vermek

[**Teshîl**] Borç istemek (istikrâz) üzere birine vekâlet vermek, dilenmeye (tekeddi) vekil tutmak gibi bâtıldır. Bu şekilde alınan borç para müvekkilin değil vekilin olur. Ancak “Beni filanca gönderdi, senden borç istiyor.” diyerek elçi sıfatıyla olursa o zaman mülkiyet talimat verene ait olur. Çünkü borç isteyen kişi borcun bedelini zimmetine iltizam etmiş olmaktadır.

Birine “Parası bana ait olmak üzere kendi malından bir şeyi sat!” demek sahih olmaz [yani ona vekâlet vermiş olmaz]. “Bedeli bana ait olmak üzere on dirhemi sen üstlen!” demesi durumu da aynıdır. Borç almak için vekâlet verme konusu, dilenmeye vekâlet vermek üzerinden ele alınmış olmaktadır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Borç istemek üzere vekâlet veren kimse, dilenmeye vekâlet vermektan farklı olarak bedeli kendi zimmetine üstlenmektedir. Dolayısıyla dilenme vekâletine kıyas edilecek şey, borç istemeye vekâlet değil, çalı çırpı toplama gibi şeylere ilişkin vekâlettir.

وقد لاح لي وجه غير ما ذكروه في توجيه أنهم لم يجعلوا تصديق ذي اليد مدعي الشراء أو التوكيل بالقبض عاملاً في إيجاب الحكم ولا مستدعيًا للأمر بالدفع وقد جعلوا تصديقه الوارث وإخباره بأن المالك قد مات وصار ما في يدي ملكاً لهذا الوارث عاملاً في الإيجاب ومستدعيًا للأمر بالدفع وهو أن الموت أوسع دائرة من جهة الثبوت؛ إذ هو بعد أن كان مما يجوز فيه الشهادة ٥ بالتسامع قد اختص بأن المخبر به لا يشترط فيه العدد ولا لفظ الشهادة بل يكتفى فيه بإخبار واحد عدل أو واحدة كما هو المصرح به في كتاب الشهادة. فإذا كان خبر الموت مما يفيد العلم ولو من واحد أو واحدة ففيما نحن فيه لما ادعى الوارث موت مورثه ووافقه صاحب اليد وأخبر بأن مورثه قد مات فقد أفاد خبره هذا العلم بوقوع الموت فاستدعى علم القاضي به الأمر على المخبر ١٠ بما هو موجب خبره.

٧. التوكيل بالاستقراض

[التسهيل] وبطل التوكيل باستقراض كتكدي فكان للوكيل إلا إذا طلب على وجه الرسالة فيقول: أرسلني فلان إليك ويستقرض كذا فحينئذ يثبت الملك للأمر وهذا؛ لأن المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته. ١٥ ولو قال: بع شيئاً من مالك على أن يكون ثمنه لي لا يصح فكذا إذا قال: التزم العشرة في ذمتك على أن يكون عوضه لي فكان التوكيل بالاستقراض قياس التوكيل بالتكدي.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الموكل بالاستقراض يلتزم العوض في ذمته بخلاف الموكل بالتكدي فقياس التكدي التوكيل بنحو الاحتطاب لا التوكيل بالاستقراض. ٢٠

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu değerlendirmesi, borç istemeye ilişkin vekâletin dilenmeye ilişkin vekâlete kıyas edilmesine yönelik bir eleştiridir. Eleştiri yönü, borç isteme vekâletinde müvekkil borcu üstlenmiş olurken dilenme örneğinde bu üstlenmenin olmayışıdır. Ancak basiret sahibi ilim ehline aşikâr olduğu üzere borç istemek için verilen vekâletin câiz olmaması konusunda en uygun gerekçelendirme, bu vekâletin dilenmek için verilen vekâlet gibi olmasıdır. Çünkü fakihlerimiz borç istemek için vekil tayin etmenin câiz olmamasını, bunun birinin başkasının malında tasarruf etmek için yetkilendirmek olmasıyla ta'lîl etmişlerdir. Bu illet, çalı çırpı toplamak için vekâlet vermede değil, dilenmek için vekâlet vermede mevcuttur. Çünkü çalı çırpı toplamak için vekil tayin etme, birinin mülkünde değil, mubah olan bir şeyde tasarrufa ilişkin bir talimattır. O hâlde borç isteme vekâleti ile dilenme vekâleti bir vadide, çalı çırpı toplama vekâleti ise ayrı bir vadidedir. Çünkü ilk ikisinin câiz olmamasının illeti, bunların her birinin bir başkasının mülkünde tasarruf etmeye yetkili kılınması anlamını içerirken, çalı çırpı toplama hususundaki vekâletin câiz olmamasının illeti, *el-Mustasfâ*'da belirtildiği üzere, bunun vekilin zaten kendisinin yapma yetkisi bulunan bir hususa ilişkin vekâlet verme oluşudur. Bir başka ifadeyle vekâlet; müvekkilin, kendisinin yetkili, vekilin ise yetkisiz olduğu bir hususta vekile tasarruf yetkisi vermektir. Vekil, müvekkilin yetkilendirmesine gerek olmaksızın zaten çalı çırpı toplama ve bu türden işleri yapmaya yetkilidir. Dolayısıyla vekâletin mahiyeti tahakkuk etmediği için bu gibi meselelerde vekâleti inşâ ve ispat etme tasavvur olunamaz.

Borç isteme vekâleti ve dilenme vekâleti, câiz olmayış illetinde ortak olunca ikisinin benzer kabul edilmesi uygun düşmüştür. Çünkü konu aynı illet sebebiyle vekâletin câiz olmayışının açıklanmasıdır. Kaldı ki bu ikisi arasındaki ortaklık, Şeyh'in 'dilenme vekâletine kıyas edilecek şey, borç istemeye vekâlet değil, çalı çırpı toplama gibi şeylere ilişkin vekâlettir.' diyerek itibar ettiği ortaklıktan daha kuvvetlidir. Fakihlerin kıyasta dikkate aldıkları şey hükümlerin illetleridir. Usûl âlimlerinin kıyası, ortak bir illet sebebiyle aslın hükmünü fer'e geçirmek şeklinde tarif etmeleri de bunu gösterir. Anlaşılmış olacağı üzere borç isteme vekâletinin dilenme vekâletiyle hükmün illetinde ortak oluşu, itibar edilmek açısından, dilenme vekâleti ile odun toplama vekâletinin hiçbirinde müvekkilin bedeli üstlenmemiş olması noktasındaki ortaklığından daha evladır.

[فاضل أمير] نقول: هذا نقد منه على جعلهم التوكيل بالاستقراض نظير التوكيل بالتكدي من جهة أن الموكل في الأول يلتزم بدل المأخوذ في ذمته لا في الثاني ولكن لا يخفى على الناقد البصير أن الأنسب بالتعليل الذي يدور عليه عدم جواز التوكيل كون التوكيل بالاستقراض نظير التوكيل بالتكدي؛ لأنهم عللوا عدم جواز التوكيل بالاستقراض بأنه تفويض التصرف في ملك الغير فهذه العلة موجودة في التوكيل بالتكدي لا في التوكيل بالاحتطاب؛ لأنه أمر بالتصرف في الشيء المباح لا في ملك مالك، فكان التوكيل بالاستقراض والتوكيل بالتكدي من واد غير واد^١ التوكيل بالاحتطاب؛ لأن علة منع الجواز في الأولين كون كل منهما مشتتلا على تفويض التصرف في ملك الغير، وعلة منع جواز التوكيل في الاحتطاب وأمثاله على ما في المستصفي هي «أنه توكيل بما يملكه الوكيل بنفسه، أي التوكيل إثبات^٢ ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل؛ والوكيل يملك الاحتطاب وأخواته بدون إذنه وتوكيله فلا يتصور منه إثبات الوكالة فيها لفقدان ماهيتها» انتهى.

فإذا كان الأولان مشتركين في علة عدم الجواز ناسب أن يجعلنا مماثلين؛ لأن المقام مقام بيان عدم جواز التوكيل لهذه العلة على أن اعتبار هذه المشاركة بينهما أشد مناسبة على اعتبار الشيخ حيث قال: «فقياس التكدي». ونظر العلماء في القياس ما هو إلا في علل الأحكام ألا يرى أن أئمة الأصول قالوا: القياس هو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة. فلا خفاء في أن مشاركة^٢ التوكيل بالاستقراض مع التوكيل بالتكدي في علة الحكم أولى بالاعتبار من مشاركة التوكيل بالتكدي مع التوكيل بالاحتطاب في أن في^٣ كل منهما لم يلتزم الموكل العوض في ذمته.

١ وفي هامش أ: لا يخفى فيه من اللطافة.

٢ -أ- مشاركة.

٣ -أ- في.

8. Vekâletle Alınan Karzın Telef Olması Hâlinde Müvekkile Rücû' Etmenin Hükümü

[**Teshîl**] Birinden borç istemek üzere vekil kılınan kimsenin aldığı borç kendisine ait olup, müvekkile vermeyebilir. Aldığı borcun telef olması kendi hesabından telef olur. *el-Kâfi* ve diğer eserlerde böyle geçmektedir.¹

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Satın alma vekâletinde olduğu gibi, alınan karzın telef olması hâlinde de vekilin müvekkiline rücû etmesi neden câiz olmuyor? Nitekim satın alma vekâletinde, satım bedeli mukabilinde alınan şey müvekkile aitken, semen (satım bedeli) müşterinin zimmetine vâcip olmakta ve bununla birlikte satım bedelini almak üzere vekilin müvekkile rücû etmesinin câiz görülmesiyle akit bâtil olmamaktadır. O hâlde akıllı kimsenin sözünü mümkün mertebe tashih adına borç isteme vekâleti de bunun gibi olsun' Eğer bu değerlendirmeye, "Satın alma vekâletinde bedel müvekkil adına sabit olmakta, hatta vekille müvekkil arasında ayrı bir akit varmış gibi değerlendirilmektedir. Oysa borcun borç mukabili satımına götüreceğinden borç alma vekâletinde başka bir akdin varlığı varsayılmaz." diye cevap verilirse ona şöyle cevap verilir: Karz, borç alan kimse nezdinde bir ödünçtür (*âriyet*). Bunun içindir ki karz işlemi, 'iâre' lafzıyla yapılabilmektedir. Geri verilen şey, alınmış olan şeyin aynısıdır. Nitekim *el-Hidâye*'de "selem akdinde malı verecek olan kişinin (*muslem_ileyh*) birinden bir ton [buğday] satın alıp, rabbusselem'e [parayı veren müşteriye] onu kabzetme talimatı vermesi" meselesinde bu husus belirtilmektedir.

Derim ki: Âriyette geri verilen şey, alınmış olan şeyin aynısı olunca bu işlem borcun borç mukabilinde satılmasına götürmez; çünkü ortada bir mübadele yoktur. Ayrıca *el-Hidâye*'deki rivâyete göre borç alan (müstakriz), ödünç alan (müstêir) olmuş olur. Ödünç almaya vekâlet ise -daha önce geçtiği üzere- câizdir. Öyleyse anlam dikkate alınarak borç almaya vekâlet de câiz olmalıdır. Borç almaya vekâletin câizliğine 'Mudârebe bölümü'nde işaret etmiş ve orada konuyu 'mudâribin semende artırım yapması' meselesinde ele almıştık, oraya bakılsın! Bana göre zahir olan, açıkladığımız gerekçeden dolayı borç almak için vekil tayin etmenin câiz oluşudur.

1 Nesefî, *el-Kâfi*, II, 347b.

٨. حكم الرجوع إلى الموكل عند هلاك المستقرض بالوكالة

[التسهيل] وما استقرضَ للوكيل وله أن يمنع من الأمر ولو هلك هلك من ماله كذا في الكافي وغيره.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: أقول: لم لا يصحُّ بتجويرِ الرجوعِ على موكله كما في التوكيلِ بالشراءِ فإن الثمنَ يجبُ في ذمة المشتري وبدلَه لموكله مع أنه لم يبطل بتجويرِ الرجوعِ في الثمنِ على موكله فليكن الاستقراضُ كذلك تصحيحًا لكلامِ العاقلِ مهما أمكن؟ فإن أُجيبَ بأن الثمنَ يجبُ على الموكلِ في مسألةِ الشراءِ حتى اعتُبرَ بينه وبين موكله عقدٌ آخرٌ ولا يصحُّ أن يعتبر عقدٌ آخرٌ في الاستقراضِ لأنه يُفضي إلى دينٍ بدينٍ. يُردُّ بأن القرضَ عاريةً عند المستقرضِ ولذا ينعقدُ بلفظِ الإعارةِ فكان المردودُ عينَ مأخوذٍ كما ذكر ١٠ في الهدايةِ في مسألةٍ ما شرى المسلمُ إليه كراً من رجلٍ وأمرَ ربَّ السلمِ بقبضه الخ.

فأقول: إذا كان المردودُ عينَ المأخوذِ لا يُفضي إلى دينٍ بدينٍ لعدمِ المبادلةِ وأيضاً على هذه الروايةِ من الهدايةِ يصيرُ المستقرضُ مستعيراً والتوكيلُ بالاستعارةِ يجوزُ كما مرَّ فليجُزِ التوكيلُ بالاستقراضِ أيضاً عبرةً للمعنى. وقد ١٥ أُشير إلى صحةِ التوكيلِ بالاستقراضِ في كتابِ المضاربةِ وقد تعرَّضنا لهذا البحثِ ثمة في مسألةِ زيادةِ المضاربِ في الثمنِ بعدَ مسألةِ اقتراضِ المائةِ للحملِ فليُنظر ثمة والظاهرُ عندي جوازُه لما قرناه، والله أعلم.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in, zikrettiği muhtemel soru ve ona "satın alma vekâletinde, satım bedeli mukabilinde alınan şey müvekkile aitken semen (satım bedeli) müşterinin zimmetine vâcip olmakta..." sözleriyle verdiği cevap, mezhebin muteber kitaplarında yer almaktadır. "Karz, borç alan kimse nezdinde bir ödünçtür (*âriyet*).” şeklindeki ifadesi ise fakihlerin verdiği cevabı çürütmek için onun yaptığı bir tasarruftur, ancak makbul bir tasarruf değildir. Çünkü bu görüşünün esasını karzın âriyet sayılması hükmü oluşturmaktadır. Şöyle ki karz alan kimse aldığı mala sahip olamaz ve aldığı mal, aldığı karzın misliyle zimmetinde borç olarak sabit olmaz. Bu kişinin, aldığı karzı müvekkiline verdiğinde verdiği, kabzettığının bizatihi kendisidir. Kabzın bu anlamı itibarıyla âriyet gibi olması mezhebin esas görüşü olmayıp *en-Nevâdir*'de Ebû Yûsuf'tan nakledilmiş bir rivâyettir. *Zâhiru'r-rivâye* buna muhaliftir. Kâsânî *el-Bedâi*'in karz bölümünde şöyle demiştir: "Karzın hükmü, karz isteyen kimse lehine karz alınan şeyde derhal mülkiyetin sabit olması ve borç alınan paranın mislinin karz veren lehine derhal müstakrizin zimmetinde sabit olmasıdır. Bu açıklama *Zâhiru'r-rivâye*'nin cevabıdır. *en-Nevâdir*'de Ebû Yûsuf'tan rivâyet edildiğine göre müstakriz karz aldığı şeyi tüketmedikçe sadece kabzetmiş olmakla ona sahip olamaz.”¹

Bütün bunlardan Şeyh'in, görüşünü bina ettiği esasın çürüklüğü ortaya çıkınca bu esas üzerine bina ettiği 'borcun borç karşılığında satımına götürmeyeceği' ve 'müstakrizin ödünç alan (müsteîr) gibi değerlendirilmesi gerektiği' iddiası da çökmüş oldu.

Molla Ayasuluğî'nin *el-Mecma*' şerhinde karz istemek için vekâlet verilmesinin bâtil olduğunu anlatırken, bu hükme "hibeyi kabul etme ve âriyet isteme konusunda vekâlet vermenin sahih olduğu, hâlbuki bu vekâlet verme işleminin, ödünç verilen mal ve hibe edilen mal dışında bir mahallinin bulunmadığı ve bu ikisinin -aynı zamanda- hibeyi kabul etme ve âriyet istemenin değil, âriyet verme ve hibe etmeye vekâlet vermenin mahalli olduğu" söylenilerek itiraz edildiğini ve buna "Her iki hususta vekâlet vermenin mahalli, müvekkilin ibaresidir ve istikraz meselesinde bu (müstakrizin ibaresi) mümkün değildir. Çünkü müstakrizin ibaresi istikraz hususunda mahal kabul edilecek olursa -ki bedel de onun içindedir- bu durumda asıl ile halefin aynı akit cihetinden aynı şahısta bir araya gelmesi gerekir ki bu bâtildir." denilerek cevap verildiğinden söz etmesi de gösteriyor ki; karz isteme (istikrâz), ödünç isteme (istâ-re) olmadığı gibi müstakriz de müsteîr değildir. Bu hüküm gayet açıktır.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi*, VII, 396.

[فاضل أمير] نقول: ما ذكره من السؤال مع الجواب الذي ذكره بقوله: «فإن أجب بأن الثمن يجب إلى آخره» مما ذكر في معتبرات الفن. وما ذكره بقوله: «يرد بأن القرض عارية عند المستقرض إلى آخره» تصرف منه على تزييف ما ذكره من الجواب ولكن ليس بتصرف مقبول؛ لأن مبناه كون القرض عارية بمعنى أن المستقرض لا يملكه ولا يلزم في ذمته مثل ما استقرضه وإذا دفعه إلى الموكل يكون المدفوع عين ما قبضه. وكون القرض عارية بهذا المعنى ليس بثابت بل هو رواية عن أبي يوسف في النوادر، وظاهر الرواية على خلاف ذلك قال في البدائع في كتاب القرض: وأما حكم القرض فهو ثبوت الملك للمستقرض في القرض للحال وثبوت مثله في ذمة المستقرض للمقرض للحال. وهذا جواب ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف في بعض النوادر أن المستقرض لا يملك القرض بالقبض ما لم يستهلكه» انتهى.

فإذا ظهر منه وهنٌ ما بنى عليه الكلام سقط ما بنى عليه من عدم الإفضاء إلى دين بدين ومن لزوم صيرورة المستقرض مستعيراً.

وما قاله المولى الآيائلوغي في شرح المجمع عند الكلام: «على كون التوكيل بالاستقراض باطلاً» من «أنه أورد عليه التوكيل بالانتهاب والاستعارة فإنه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب وهما محلاً للتوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والانتهاب. وأجب عنه بأن محل التوكيل فيهما عبارة الموكل ولا يمكن ذلك في الاستقراض؛ لأنه لو اعتبرت العبارة محلاً فيه وفيه بدل لزم اجتماع الأصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو باطل». فمما يدل^٢ على أن الاستقراض ليس باستعارة وليس المستقرض مستعيراً كما لا يخفى

١ وفي هامش أ: لا يخفى ما في لفظ «السقوط» هنا من اللطافة.

٢ وفي هامش أ: قوله: فمما يدل خير قوله: وما قاله.

Hatta karzın *el-Hidâye* ve *et-Tebyîn*'de¹ geçtiği üzere âriyet olduğunu kabul edecek olsak diğer fakihlerin de bu görüşe meylederek, karzı iade ederken, iade edilenin, alınanın aynısı olduğu esastan hareketle selem meselesinde malın tek bir defa tartılmasını yeterli görmeleri hükmü muteber görülse dahi bu görüş Şeyh'e fayda sağlamaz. Çünkü karz müstakrizin elinde âriyet gibi kabul edilse ve müvekkile teslim edilen, karz verenden (mukriz) alınanın aynısı kabul edilse bile müstakriz ile müvekkili arasında bir mübâdele yoktur. Müstakrizin müvekkili adına aldığı karz, bir adamın diğerine "Parasının benim olması şartıyla malından bir şeyi sat!" demesi gibi veya bir kimsenin diğerine "Bedelinin bana ait olması şartıyla zimmetinde benim için on lira borçlan!" demesi meselesinde söylendiği gibi olacaktır. Bu iki meselede taraflar arasında bir mübâdeleden söz edilemiyorsa, bir şeyi satın almakla vekil kılma meselesinde vekil ile müvekkili arasında bir mübâdelenin ve yeni bir akdin varlığına binaen malın helak olması hâlinde vekilin müvekkiline rücû edebileceği hükmünü bunlar için söylemek mümkün olmayacaktır.

Sonuç olarak Şeyh'in en baştaki "Satın alma vekâletinde olduğu gibi, alınan karzın telef olması hâlinde de vekilin müvekkiline rücû etmesi neden câiz olmuyor?" ifadesi düzgün değildir. Şeyh tenkide olan düşkünlüğü sebebiyle bu meselede iade edilenin, verilenin aynısı olmasından hareketle ortada bir mübâdele olmadığından borcun borca karşılık satılmasına götürmeyeceği tarafına bakıp bu durumda vekilin helak olan malın tazmini için müvekkile rücû edemeyeceğini görememiştir.

9. Vekâlet Konusu Olan Şeydeki Bilinmezlik Açısından Vekâletin Kısımları

[Teshîl] Köle, hayvan veya kumaş örneklerinde olduğu gibi belirsizliğin fazla olmasından dolayı, fiyat belirlenmiş olsa da cinsin belli olmadığı durumlarda satım vekâleti câiz değildir. Çünkü bunlar üst tür olup -mesela 'rakîk'in, köle ve câriye gibi- alt türleri bulunmaktadır²; at, katır, Hîre kumaşı, Merv kumaşı gibi.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, V, 187.

2 Mantık ve fıkıh/fıkıh usûlü ilminde cins ve nev terimleri farklılık arz etmektedir. Mantıkta cins, hakikatleri farklı olan pek çok şey için kullanılan külli kavrama; nev ise hakikatleri aynı olan pek çok şey için kullanılan külli kavrama verilen addır. Örneğin hayvan lafzı külli bir lafız olup, altında insan, at, kuş vb. gibi hakikatleri farklı pek çok canlı yer almaktadır. Buna göre insan bir cins değil sadece nevdir. Fıkıhta ise mantıkçıların nev dediğine cins denilmektedir. Örneğin insan mantıkçılara göre bir nev kabul edilirken, fıkıhçılara göre cins kabul edilmiştir. Özetle fakihlere göre hakikatleri ve kendilerinden beklenen faydaların aynı olduğu iki şey tek cins sayılırken, hakikatleri veya kendilerinden hedeflenen faydaların farklı olduğu iki şey ise iki ayrı cins sayılır.

على أنا لو سلمنا كون القرض عارية - كما في الهداية والتبيين وغيرهما مالوا إلى هذا القول وجعلوا المردود عين المأخوذ تقديرًا لبيان اكتفاء الكيل مرة في مسألة السلم - لما يجدي عنه أيضًا؛ لأن القرض إذا كان عارية في يد المستقرض وكان ما دفعه إلى الموكل عين ما أخذه من المقرض فلا يوجد بين المستقرض وموكله مبادلة ويؤول استقراضه للموكل إلى ما قيل ٥ إنه كما قال رجل لآخر: بعه من مالك شيئًا على أن يكون ثمنه لي أو كما قال: التزم العشرة في ذمتك على أن يكون عوضه لي. وإذا لم يجز بينهما مبادلة لا يجوز أن يقال: إنه يرجع على موكله كما قيل في التوكيل بالشراء بناء على أن بين الوكيل بالشراء وموكله مبادلة وعقد آخر فلا يستقيم قوله ١٠ في صدر الكلام: «لم لا يصح بتجوز الرجوع على موكله كما في التوكيل بالشراء إلى آخره».

فالشيخ - رحمه الله - من كمال حرصه على الانتقاد نظر في أنه إذا لم يتضمن المبادلة لا يفرضي إلى دين بدين ولم يتفطن بأنه لا يرجع على موكله حيثئذ.

١٥ . ٩ أقسام الوكالة من حيث الجهالة في محل الوكالة

[التسهيل] ولا يصح التوكيل بشراء لو جهل الجنس ولو سُوي الثمن لفحش الجهالة كرقيق ودابة وثوب؛ فإنها أجناس عالية تحتها أجناس وهي عبد وأمة وما مر من فرس وبغل وثوب هروي ومروي.

Mesela bir kimse birini bir kumaş satın almak üzere vekil tayin etse, maksadı belli olmadığı için fiyat belli olsa bile vekâlet sahih değildir. Çünkü cinsteki belirsizlik fâhiş/aşırı belirsizliktir. Bu aşırı belirsizlik, satım bedelinin belirlenmesiyle giderilmez. Çünkü belirlenen fiyata Hîre kumaşı, Merv kumaşı gibi her cinsten kumaş bulunabilir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Kapsamı altında pek çok tür bulunan bir malı satın almak için verilen vekâlette sadece satın alınması istenen malın fiyatının veya cinsinin belirtilmesi yeterli olmamalıdır. Örneğin: Bir kimse, 1000 dirheme bir köle satın alması için bir başkasına vekâlet verse, vekil bin dirhem ile Rum, Türk, Kıpçak veya başka millete müntesip bir köle satın alabilir. Örnekten anlaşıldığı üzere, satın alınması için vekâlet verilen malın sadece cinsi ve onun için ödenecek bedelin belirlenmesi var olan fâhiş cehâleti gidermediği gibi, vekil için bu tür bir vekâletin mücebince hareket etmek de mümkün olmaz.

Altında farklı türlerin bulunduğu bir malı satın almak için verilen vekâlette, malın türü ve ödenecek bedelin belirlenmesi hâlinde akit sahihtir. Köle, cârîye ya da ev satın almak için verilen vekâletlerde olduğu gibi, kölenin, cârîyenin veya evin türü belirlenmeden ya da ödenecek bedel tayin edilmeden verilen vekâlet sahih değildir. Zira sayılan şeyler, altlarında pek çok türün bulunduğu üst cinstir. Örneğin, köle; Rumî, Türk, Hintli, Sindli gibi pek çok türü altında barındıran kapsamlı bir cinstir. Dolayısıyla satın alınması istenen kölenin türü ve ödenecek bedeli belirtmeden verilen vekâlet geçersizdir. “Bir köle/cârîye/ev satın alman için seni vekil kıldım” demek suretiyle verilen vekâlet sahih değildir. Zira köle, ait olduğu millete göre değişkenlik gösterir. Ev de bulunduğu mekân, komşular ve irtifak haklarına göre ciddi bir farklılık arz eder. Evin bulunduğu mahal ve türü belirlenmişse vekâlet sahihtir. Ayrıca evin, üst kalite, orta kalite ve alt kalite gibi vasfının belirtilmemesi vekâlete zarar vermez. Çünkü vafsa yönelik bir bilinmezliği izale etmek mümkündür.

Velhâsıl, kapsamı altında az bir türün bulunduğu malın cinsi belirlenmişse, tür ve ödenecek bedel tayin edilmemişse dahi bir şeyi satın almak üzere verilen vekâlet geçerlidir. Malın cinsi altında pek çok tür bulunuyorsa, türün ve ödenecek bedelin belirlenmesi hâlinde vekâlet geçerli, aksi hâlde geçersizdir.

فلو وكل بشراء ثوب مثلاً لم يصح؛ لأنه يتناول أجناساً شتى من الأطلس إلى الكساء فلم يُعلم مراده فلم يصح وإن سُيِّي الثمن؛ لأن جهالة الجنس فاحشة ولا يزول فحش الجهالة بتسمية الثمن؛ إذ يمكن أن يوجد بالثمن المسمّى واحد من كل جنس كثوب هروي أو مروى.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي على هذا أن لا يصحّ فيما كثر نوعه إن سُمي الجنس والثمن لا النوع مثلاً لو وكَّلَ بشراء عبدٍ بألف درهمٍ يمكن أن يؤخذ بالألف عبدٌ روميّ أو تركيّ أو قبحاقيّ أو نحوه فلا تزول الجهالة الفاحشة بتسمية الجنس والثمن فتعدّر الامتثال.

١٠ وفي كثيرٍ النوع لو يُبين النوع أو الثمن صحَّ وإلا لا كقِنِّ وأمةٍ ودارٍ فإنها أجناسٌ تحتها أنواعٌ كثيرةٌ فإن القِنِّ مثلاً له أنواعٌ كثيرةٌ كعبدٍ روميّ وتركيٍّ وهنديٍّ وسنديٍّ ونحوه. فلو وكَّلَ بشراء عبدٍ ولم يُبين النوع ولا الثمن لا يصحُّ وإن بيّن الجنس وهو العبدُ وكذا الأمةُ وكذا الدارُ لأنه يختلِف باختلاف البلدان والحيرانِ والمرافقِ والمحالِّ اختلافاً فاحشاً. فلو بيّن نوعَ الدارِ والمحلّةِ صحَّ وإن لم يبيّن الصفةَ الجودةَ والرداءةَ والتوسطَ لأنها جهالةٌ مستدركةٌ.

١٥ والحاصل: أن الجنس إذا عُلِمَ فإن كان أنواعه قليلةً صحَّ التوكيلُ بالشراء سواء سُمّي الثمن أو النوع أو لم يُسمَّ شيئاً منها، ولو كان أنواعه كثيرةً يصحُّ لو سُيِّي النوع أو الثمن وإلا لا.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in *Letâifu'l-İşârât* metninde zikrettiği rivâyetin özeti şudur: Bir şeyi satın alma konusunda verilen vekâlet dokuz kısımdır. Buna göre bir şeyi satın almakla vekil kılınan kişi satın alacağı şeyin cinsini ya biliyor ya da bilmiyordur. Şayet bilmiyorsa vekâlet mutlak olarak sahih olmaz. Şayet cinsini biliyorsa bakılır; eğer bu cinsin altındaki türler az ise sadece fiyatı veya sadece türü belirlese veya ikisini de belirlese ya da ikisini de belirlemezse vekâlet sahihtir. Şayet cinsin altındaki türler çoksa sadece türü veya sadece fiyatı veya her ikisini de belirlerse vekâlet geçerlidir. Şayet tür ve fiyatın ikisini de belirlememişse vekâlet geçerli olmaz. Söz konusu taksimat anlaşıldıysa, Şeyh'in "Tür değil de cins ve fiyat belirlenmiş olsa bile türü çok olan şeylerde vekâletin sahih olmaması gerekir." diyerek yaptığı itirazın az önce zikredilen yedinci kısım hakkında olduğu görülecektir.

Fıkıh ilminde araştırma yapanlara aşikâr olduğu üzere Şeyh'in bu itirazının az kitap karıştırması ve itiraz ettiği konularda derinlik sahibi olmamasından kaynaklanmaktadır. Çünkü meşâyihimiz -Allah onlara rahmet eylesin- bu problemi göz ardı etmemişler; bu suretin de (yedinci kısım) içine gireceği temel bir kaide zikrederek sorunu çözmüşlerdir. Söz konusu kaideden Şeyh'in zikretmiş olduğu suretin hükmü anlaşılmıştır ki bu hüküm, bir şeyi satın almakla vekil kılınan kimsenin alacağı şeyin cinsini bilse de bu cinsin altında pek çok tür varsa sadece semenin belirlenip, hangi türün istendiği bilinmiyorsa vekâletin câiz olmamasıdır. Söz konusu kural şudur: "Cehalet, şayet vekilin kendisine verilen emri yerine getirmesine mâni olup, istenilen şeyden maksadın ne olduğunu bilmenin mümkün olmayacağı şekilde ise vekâletin sıhhatine mâni olur."

Fakihlerimizden bazıları bu kuralı tam olarak izah etmek istediklerinde imamlarımızın, "Vekil, altında pek çok türün bulunduğu cinsten maksadın ne olduğunu biliyorsa ve müvekkil sadece semenini/bedelini belirlemişse vekâlet sahihtir." sözlerinden maksadın ne olduğunu açıkça zikretmişlerdir. Bundan maksat şudur: Alınacak şeyin semeni söylendiğinde bununla satın alınmak istenen şeyin türü anlaşılıyorsa vekâlet sahihtir. Buna mukabil sadece semenin söylenmesi ile türün ne olduğu anlaşılmıyorsa vekâlet sahih olmaz. Bu hükmü açıkça ifade edenlerden bazıları *el-Vikâye* sahibi Tâcuşşerîa, *el-Vikâye* şârihi Sadruşşerîa ve *ed-Dürer* ve *el-Gurer* sahibi Molla Hüsrev'dir.¹

1 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 285.

[فاضل أمير] نقول: يعني حاصل ما ذكر في المتن من الرواية أن يكون التوكيل بالشراء على تسعة أقسام؛ لأن الوكيل بالشراء إما علم بجنس ما وكل بشرائه أو لم يعلم، فإن لم يعلم جنسه لا يصح التوكيل مطلقاً. وإن علم الجنس فإن كان أنواعه قليلة فيصح التوكيل بشرائه إن سمي الثمن وحده أو النوع وحده أو سمي كلاهما أو لم يسم شيء منهما، وإن كان أنواعه كثيرة يصح التوكيل إن سمي النوع وحده أو الثمن وحده أو سمي كليهما ولا يصح إن لم يسم شيئاً منهما.

إذا ثبت هذا فيراد الشيخ بقوله: «أقول ينبغي على هذا أن لا يصح فيما كثر نوعه إن سمي الجنس والثمن لا النوع» على القسم السابع من هذه الأقسام التسعة. ولا يخفى على المتفطن المتتبع أن إيراد هذا من قلة التصفح والتعمق؛ لأن المشايخ العظام -روح الله أرواحهم- لم يهملوا أمر هذا الإشكال بل تداركوا دفعه أولاً بتمهيد أصل يندرج تحته أمر هذه الصورة ويستفاد منه حكمها وهو عدم جواز التوكيل بشراء شيء علم جنسه الوكيل وكان أنواعه كثيرة وسمى الثمن فقط ولكن لا يعلم به أي نوع يراد، وذلك الأصل هو قولهم: الجهالة إذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن إدراك ما هو المراد تمنع صحة الوكالة.

ثم بعض المشايخ رحمهم الله لما أرادوا الإيضاح التام صرحوا ببيان أن المراد من قولهم: أن الجنس الذي له أنواع كثيرة إذا علمه الوكيل وسمى الموكل الثمن فقط يصح التوكيل هو أن ذكر الثمن يكفي إن كان بحيث يعلم منه النوع المراد حتى إذا كان بحيث لا يعلم من ذكر الثمن النوع المراد لا يصح التوكيل. ومن جملة من صرح به صاحب الوقاية وشارحه صدر الشريعة وصاحب الدرر والغرر.

Tâcuşşerîa şöyle demiştir: “Köle gibi bir açıdan cinsi bilinmeyen ancak Türk köle denilerek türü belirlenen veya türünü tayin edecek şekilde semeni belirlenen bir vekâlet sahihtir.” Sadruşşerîa ise şöyle demiştir: “Güzellik ve kendisinden beklenen faydanın farklı olması sebebiyle köleler birbirinden farklı cins gibidir. Bir köle satın alması için vekil tayin eden kimse, şayet Türk köle şeklinde kölenin türünü belirlemişse vekâlet geçerlidir. Aynı şekilde semeni belirlemişse ve semeni söylemekle hangi türün kastedildiği anlaşılıyorsa vekâlet yine sahih olur.”¹ Mesele *ed-Dürrer*'de de bu şekilde ele alınmıştır. *el-Vikâye* şerhi üzerine hâşiyesi olan Ahî Çelebi şöyle demiştir: “Sadruşşerîa'nın bu ifadesinden anlaşıldığına göre semenin söylenmesi ile tür anlaşılmıyorsa vekâlet sahih olmaz. Şöyle ki, zikredilen semenle örneğin farklı türlerden köle satın alma imkânı varsa genellikle vekâletten hangi türün kastedildiği anlaşılmaz. Böylelikle de vekilin kendisine verilen emri yerine getirmesi de mümkün olmaz.”²

el-İhtiyâr'da ise şöyle denilmiştir: “Semenin belirlenmesi durumunda türün bilinmemesi hâlindeki hükmü veririz. Buna mukabil semeni belirlenmemişse cinsi belirlenmemiş gibi değerlendiririz. Çünkü semeni belirlemekle genellikle hangi türün kastedildiği bilinmiş olur. Zira her bir türün kendisine göre malum bir fiyatı vardır.”³ Elimdeki *el-İhtiyâr* nüshasının kenarında Celaleddin el-Habbâzî'den nakledilmiş özetle şöyle bir not gördüm: Semenini açıklamak türü açıklamak gibidir. Hatta fakihlerimizden bazıları zikredilen semenle pek çok türden satın almak mümkün olup tür özellikle belirlemediyse vekâletin sahih olmadığını söylemişlerdir.

Yapılan açıklama ve tafsilattan anlaşıldığı üzere cinsi malum olup, altında pek çok tür bulunan bir şeyi satın almak için vekâlet verildiğinde semeni zikretmekle yetinilmesi, bu semenle alınacak türün malum olması hâlinde geçerlidir. Öyle ki bu durumda semeni zikretmek türü zikretmek gibidir. Söz konusu ifadeden fakihlerimizin tamamının kastı da budur. *el-Hidâye* sahibi ve onun gibi düşünen kimi fakihler, semenin zikredilmesiyle genellikle tür bilindiği için, semeni zikretmekle türü özel olarak zikretmeye gerek kalmadığını dikkate almış, bu nedenle de esas olan türü bilmek olduğu hâlde semenin bilinmesi ile türün bilinmiş olacağından hareketle semeni zikretmekle yetinmişlerdir.⁴

1 Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, IV, 168-169.

2 Ahî Çelebi, *Zehiretu'l-Ukbâ*, vr. 327a-327b.

3 Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, II, 386.

4 Mergînânî, *el-Hidâye*, VIII, 34.

حيث قال تاج الشريعة «أو ذكر ثمن عين نوعًا» وقال صدر الشريعة: «وكذا إذ بين ثمننا ويكون الثمن بحيث يُعلم منه النوع» كذا في الدرر والغرر. وقال المولى المحشي أخي جليبي: «يفهم منه أنه لو كان الثمن بحيث لا يعلم منه النوع لا يصح الوكالة كأن يكون الثمن بحيث يشتري به أي نوع كان من العبد فلا يصير النوع المراد معلومًا به عادة فيمتنع الامتثال» انتهى. ٥

وقال في الاختيار: «فإذا سمي الثمن ألحقناه بمجهول النوع وإن لم يسمه ألحقناه بجهالة الجنس؛ لأن بالتسمية يصير معلوم النوع عادة فإن ثمن كل نوع معلوم عادة». ورأيت في هامش نسخة الاختيار منقولاً من جلال الدين الخبازي ما ملخصه: «أن بيان الثمن صار كبيان النوع حتى قال بعض مشايخنا: إن كان يوجد بما سمي من الثمن من كل نوع لا يصح ما لم يبين النوع» انتهى. ١٠

فحصل من هذا البيان والتفصيل أن المراد من كفاية ذكر الثمن في التوكيل بشراء معلوم الجنس وتحت أنواع كثيرة هو أن الثمن الذي يعلم به ما هو النوع المراد يكفي ذكره فيكون ذكر الثمن ذكر النوع هذا هو مراد الكل. فبعض من المشايخ كصاحب الهداية وأحزابه كان نظرهم إلى أن بالثمن يعلم النوع عادة فيغني ذكره عن ذكر النوع فاكتفوا بذكر الثمن على أن المعتبر علم النوع وبعلم الثمن يعلم النوع. ١٥

el-Vikâye sahibi ve ona tabi diğer fakihler ise aynı semenle kimi zaman aynı cinsten pek çok türün alınabileceğini dikkate alarak semenin kimi zaman türü bilinir kılmayacağını belirtmişler ve semeni zikretmenin yeterli olmadığını, bilakis semeni zikretmekle yetinebilmek için semeni, satın alınmak istenen türü tayin edecek şekilde olması kaydıyla kayıtlamışlardır. Bu gruba giren fakihler öncekilerin maksat anlaşıldığı için açıkça zikretmedikleri bu kaydı açıklamışlar ve müçtehit imamların sözlerini rivâyet ederken layık olduğu şekliyle mutlak olarak zikredilen semenden maksadın ne olduğunu özellikle belirtmişlerdir.

Yapılan açıklamadan anlaşıldığı üzere Allâme İbn Kemâl'in, *el-İslâh* adlı kitabında semeni, türü tayin edecek şekilde olması şartıyla kayıtlamamayı tercih etmesi ve Tâcuşşerâ'yı "Nevi tayin edecek şekilde semenin zikredilmesiyle vekâlet sahih olur." sözünden dolayı -ibareyi kısa tutmak adına- "Semeni bu kayıtlı kayıtlamasına gerek yoktu." diyerek eleştirmesinin ve *el-Hidâye*'de yer aldığı şekliyle semeni bu kayıtlı kayıtlamamasının kabul görece bir gerekçesi olmayıp, bu kaydı atlamak ibareyi kısa tutmak adına manayı zedeleyecek şekilde olmuştur.¹ Nitekim semenin, "türü belirtecek şekilde" olması kaydıyla kayıtlanmasının, manayı izah etmesi ve faydalı bir kayıt olması açısından doğruluğu ortadadır. Bu kaydın faydalı olduğunu görenlerden birisi de İbrahim el-Halebî'dir. Halebî *el-Mültekâ* adlı kitabında muhtemelen İbn Kemâl'in *el-İslâh* ve *el-İzâh* adlı kitaplarını ve onun kenarında bulunan notaları gördükten sonra semeni bu şekilde kayıtlamayı tercih etmiştir.²

10. Satın Alınacak Malın Parasının Vekile İzafe Edilerek Vekâlet Verilmesi

[Teshîl] Müvekkilin vekile, "Bin dirhemle benim için satın al ve sat!" demesi, [tasarruf konusunda] bir yetkilendirmedir (tefvîz). "Bin dirhemle benim için satın al!" deyip başka bir şey dememesi de böyledir. Bu da genel bir yetkilendirme olduğundan istihsânen sahihtir. Çünkü "Uygun gördüğün şeyi al!" demiş gibi olur. "Şu parayla satın alman konusunda sana izin verdim." demesi de aynıdır.

1 İbn Kemâl, *el-İzâh*, II, 230.

2 el-Halebî, İbrâhîm b. Muhammed (ö. 956/1549), *Mültekâ'l-Ebbur*, thk. Vehbi el-Gâvicî, Beyrut, Müessesetür-Risâle, 1989, II, 100.

والآخرون منهم كصاحب الوقاية وأتباعه نظروا إلى أن الثمن قد لا يعين النوع المراد لاحتمال أن يشتري بهذا الثمن نوعان أو أكثر من هذا الجنس فلم يكتفوا بذكر الثمن بل قيده بكونه معيّنًا للنوع المراد إظهارًا لما أضمّره الأولون وتنصيصًا على ما هو المقصود من هذا الثمن المذكور مطلقًا كما هو اللائق برواية أقوال العلماء المجتهدين. ٥

فظهر منه أن ما اختاره المولى العلامة في الإصلاح من ترك تقييد الثمن بالتعيين وإيراده على تاج الشريعة بأنه لا حاجة إلى تقييد الثمن بقوله: «عين نوعًا» ولذلك أطلقه على وفق ما في الهداية فليس له وجه مستحسن بل هو إيجاز مخل؛ إذ قد تبين عندك حسن موقع هذا التقييد وفائدته. ومن الواقفين على حسن هذا التقييد المولى الفاضل إبراهيم الحلبي حيث أتى بقيد التعيين في الملتقى، والظاهر أنه بعد أن رأى ما في الإصلاح والإيضاح وما في هامشه. ١٠

١٠. التوكيل بالشراء بدين على الوكيل

[التسهيل] لو قال: اشتر لي بألف وبع فإنه تفويض وكذا لو قال: اشتر لي بألف ولم يزد عليه فإنه يصح استحسانًا؛ لأنه تفويض عام فكأنه قال: اشتر ما بدا لك، وكذا لو قال: أذنت لك أن تشتري به لما بينا، ١٥

Aynı şekilde “Kendi malından bin dirhemi *bidâ'a*¹ yap!” demesi de böyledir. Çünkü *bidâ'a* terimi genellemeye delâlet etmektedir. Bu durumda ondan bin dirhem borç almış olur. Satıcı karz hükmüyle önce emreden namına, bilahare de kendisi namına kabzetmiş olur.

5 [Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “Bu meselede problem vardır. Çünkü hem satıcı, hem de satıma konu olan şey meçhuldür. Bu durumda satıcının müvekkile niyâbeten kabz etmiş sayılmasının sahih olmaması gerekir. Çünkü meçhul birinin vekil tayin edilmesi, -vekildeki alacak mukabilinde satın alma vekâleti verme meselesinde geleceği üzere- câiz değildir.” denilecek olursa, buna “Müvekkil sanki bin dirhemi olan birine kendi adına, kabz konusunda satıcıyı vekil tutmaya vekâlet vermiş gibidir.” denilerek cevap verilemez. Çünkü buna da şöyle bir itiraz gelebilir: “O zaman orası da bunun gibi olsun ki vekildeki alacak mukabilinde satın alma vekâleti verilmesi de sahih olsun, satıcının kimliği bilinmese bile.” Bu konunun ayrıntısı, vekildeki alacak mukabilinde satın alma vekâleti verme meselesinde gelecektir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bedreddîn, Ebû Hanîfe'nin burada câiz saydığı meselenin vekildeki alacağına karşılık onu bir şeyi satın alma konusunda vekil kılma konusundaki görüşüyle tutarsız olduğunu ifade ederek Ebû Hanîfe'ye itiraz etmiştir. Ebû Hanîfe, bu meselede satıcı ve mebî' muayyen hâle getirilmedikçe vekâleti câiz görmemiştir. Burada ise satıcı ve mebî'nin belirli olmasını şart koşmadan memurun (vekil), kendi malıyla bir şeyi satın alma konusunda onu vekil kılmasını câiz kabul etmiştir. Fıkıh ilminden haberdar olanlara aşikâr olduğu üzere Şeyh'in buradaki sözü, Ebû Hanîfe'nin kabul ettiği asıla itiraz olamaz. Nitekim *el-Kâfi*'de geçtiği üzere Ebû Hanîfe'den rivâyet edilen asıl şudur: Bir şeyi satın alma hususunda vekil kılma, müvekkilin vekilde olan alacağına izafe edildiğinde satıcı ve mebî malum değilse ona göre vekâlet sahih olmaz.

1 Bidâa kâr başkasına ait olmak üzere ticaret yapmaktır. Örneğin bir kimse diğerine, “On bin liranla benim için ticaret yap kârı benim olsun.” diyerek bizatihi vekil tayin ettiği kimsenin sermayesi ile ticaret yapmasını isteyebileceği gibi; “Şu on bin lirayı al, ticaret yap ancak kâr sadece benim olsun.” demek suretiyle sermaye kendisine ait olmak üzere de onunla akit yapabilir.

وكذا لو قال: اجعل ألفاً من مالك بضاعة؛ لأن لفظ البضاعة يدل على التعميم ويصير مستقرضاً منه ألفاً ويصير البائع قابضاً للأمر بحكم القرض أولاً ثم يصير قابضاً لنفسه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: فيه إشكال لأن البائع مجهول وكذا المبيع ٥
فينبغي أن لا يصح جعله يقبضه نائباً عن الأمر لأن توكيل المجهول لا يجوز كما
سيجيئ في مسألة التوكيل بالشراء بدين على الوكيل؛ لا يجاب: بأن الأمر كأنه
وكّل ربّ الألف بأن يوكل عن الأمر بئعه في القبض، فإنه يُردُّ بأن يقال: فليكن
ثمة كذلك فليصحّ التوكيل بشراء بدين على الوكيل وإن جهل البائع وسيجيئ
الكلام في مسألة التوكيل بالشراء بدين على الوكيل.

[فاضل أمير] نقول: هذا الاعتراض منه على الإمام من جهة أن ما جوزه هنا ١٠
لا يلائم أصله المذكور في مسألة التوكيل بالشراء بدين على الوكيل؛ حيث لم
يجوز فيها التوكيل ما لم يكن البائع أو المبيع متعينا، وجوز هنا التوكيل بالشراء
بمال المأمور من غير اشتراط تعيين البائع ولا المبيع. ولا يخفى على الخبير أن لا
يرد على أصله المذكور في الباب ما أورده؛ لأن الأصل المروري كما في الكافي
هو: أن التوكيل بالشراء إذا أضيف إلى دين على الوكيل لا يصح عند أبي حنيفة ١٥
-رحمه الله- إذا لم يكن البائع أو المبيع متعينا انتهى.

Bu açıklamada görüldüğü üzere Ebû Hanîfe'ye göre satıcı ve mebiin malum olması müvekkilin, vekilin zimmetinde olan alacağına karşılık onu bir şeyi satın almakla vekil kılması hâlinde şart olmaktadır. Bidâa meselesinde ise müvekkil, vekilde olan alacağı ile ona bir şeyi satın almasını emretmemiş; bilakis vekilin kendi malıyla bir şey alması konusunda onu vekil kılmıştır. Dolayısıyla iki mesele arasındaki fark gayet açıktır. Çünkü birinci meselede memurun zimmetinde olan alacağını bir başkasına temlik etmesi için memura emretmektedir. İkinci meselede, yani bidâa meselesinde ise memura, başkasına borç vermesini emretmektedir.

Bu meselede şöyle demek de uzak görülmemelidir: Bir başkasına kendisi için bir mal almasını emretse ve aldığı şeyin bedelini de yine kendisinin cebinden ödemesini istese, bu tasarruf, vekâlet bölümünde zikredilen başka bir aslın fer'i olarak câiz görülmüştür. Şöyle ki bir kimse bir başkasına kendisine infak etmesi için emretse, vekil harcadıklarını tahsil etmek için ona rücû edebilme şartını koymasa dahi ona rücû edebilir. Aynı şekilde müvekkil “Benim borcumu öde!” dese, yine vekil, ödediğini almak için ona rücû eder. Bu meseledeki kural şudur: Kendisine bir şey verilen kimse (medfûun ileyh), ona kendi malı mukabilinde sahip oluyorsa, ödemeye memur edilen kimse yaptığı ödemeyi tahsil etmek için müvekkile rücû eder. Buna mukabil kendi malına karşılık olmadan sahip oluyorsa tazmin şartı koşulmamışsa ödediğini tahsil etmek için müvekkile rücû edemez.¹ Burada anlatılanlar fakihlerimizin konu hakkında zikrettikleridir. Konunun tahkikli bir şekilde tamamı *el-Bezzâziye*'de mevcuttur.

Ebû Hanîfe'nin, müvekkilin, memurun zimmetinde olan alacağına karşılık ona bir şeyi satın almasını söylemesi hâlinde tasarrufun sahih olması için satıcı veya mebiin malum olmasını şart koşma meselesindeki görüşü, ister vekilin elinde (ayn) olsun isterse zimmetinde deyn olarak sabit olsun, dirhem ve dinarın vekâlette taayyün etmesi esasına dayanmaktadır.²

1 Örnek olarak bir kimse diğerine “Benim adıma oruç keffâretimi öde; filana şu kadar hibe et veya malımın zekâtını öde!” dese hibe edilen, keffâreti alan ve zekâtın kendisine ödendiği kimse bu mala bir mal mukabilinde sahip olmadığı için vekil ancak şart koşması hâlinde bunları tahsil etmek için müvekkile rücû edebilir.

2 Hanefî mezhebinde bazı istisnalar hariç para (dirhem, dînâr) kural olarak taayyün etmez. Paranın taayyün edip etmemesinin en basit pratik sonucu şudur: Müşteri elindeki parayı göstererek “şu para ile satın aldım” dese ve satıcı kabul etse, müşteri cebinden başka bir para çıkartıp verebilir. Satıcının “Ben biraz önce gösterdiğin parayı istiyorum” deme hakkı olmaz. Buna mukabil satıcı örneğin “Şu arabayı sana sattım” deyip müşteri razı olduktan sonra başka bir araba teslim edemez. Malın taayyün edip paranın taayyün etmemesi bu anlama gelir. Vedia, şirket, vekâlet ve mudârebe akitleri paranın taayyün ettiği yerlerden bazılarıdır.

فظهر منه أن اعتبار أبي حنيفة تعيين البائع أو المبيع إنما كان فيما أمر بالشراء بدين على المأمور وفي مسألة البضاعة ما أمر بالشراء بماله على الوكيل بل أمر بالشراء بمال الوكيل. والفرق بين المسألتين ظاهر؛ لأن في الأولى أمر بتمليك ما في ذمة المأمور من الغير وفي الثانية يعني في مسألة البضاعة أمر بأن يدين المأمور الغير. ٥

ولا يبعد أن يقال: أمر أن يشتري له متاعا ويقضي دينه أي ثمنه من ماله فيكون جواز الأمر فيها من فروع أصل آخر ذكره في كتاب الوكالة بأنه: لو أمر غيره بأن ينفق عليه يرجع عليه وإن لم يشترط الرجوع، وكذا يرجع في قوله: اقض عني ديني. والأصل: أنه متى ملكه المدفوع إليه مقابلا بملك المال يرجع المأمور، وفيما ملكه غير مقابل به لا يرجع إلا بشرط الضمان هذا ما ذكره وتمام التحقيق في البزازية. ١٠

ثم مدار ما ذهب إليه أبو حنيفة من اشتراط تعيين البائع أو المبيع لصحة الأمر بالشراء بما على المأمور على أن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالات عينا كانت أو دينا عنده،

Memurun zimmetinde olan borç taayyün edince bizatihi bu deyn karşılığında bir şey satın alması için onu vekil kılmak, deyni, borçlu kimse dışında birine temlik etmek anlamına gelir ki bu da câiz değildir. Bu esas ortaya konulduktan sonra Ebû Hanîfe'nin bu görüşünün bidâa meselesinde verdiği hükümlerle çeliştiği söylenemez. Zira bidâa meselesinde ne deyn ne de deyni temlik vardır. Zira bidaâ; bir kimseden o kimsenin malı ile isteyene bir şey satın alması demek olup bu uygulama mezhep imamlarımızın ittifakıyla câizdir. Nitekim fıkıh kitaplarında kendisiyle istişhad edilen meseleler genellikle üzerinde ittifak edilen meselelerden olmaktadır. Muteber fıkıh metinlerinin pek çoğunda Ebû Yûsuf ve Muhammed'in, memurun zimmetinde olan alacağına karşılık ona bir şey satın alması için vekâlet vermesi meselesindeki görüşleri bağlamında kendisiyle istişhad etmek için şu mesele zikredilir: Bir kimse bir başkasının zimmetinde olan bin lira alacağına karşılık ondan kendisi için bir şey satın almak istese ve ne bin lirayı ne satıcıyı ne de satın alınacak şeyi tayin etse vekâlet câizdir. Bu mesele, bir şeyi satın almak için verilen vekâlet memurun zimmetindeki deyn ile kayıtlı değilse vekâletin, imamlarımızın ittifakıyla câiz olduğuna delâlet etmektedir.

Bu açıklama ile bir şeyi satın almak üzere verilen vekâlet ile bidâa meselesi arasındaki fark ortaya çıkmış oldu. Ancak burada üzerinde durulması gereken başka bir konu daha vardır. Şöyle ki, memurun malından bin lirayı müvekkil için bidâa yapmak, meçhulü vekil kılmak anlamına gelir ki bu, Şeyh'in de dediği gibi câiz olmaz. Bu meselede nihai olarak söylenecek şey şudur: Bir kimseye kendi malından bir şeyi bidâa yapması için emretmek konusundaki bu kadarlık bir cehalet, akdi fâsit kılacak kadar değildir. Çünkü örfte kârı başkasına ait olmak üzere kendi malında ticaret yapan kimse, genellikle zaman ve mekâna göre kâr etmeyi umduğu şeyleri satın alır. Ondan bunu isteyen kimse de onun satın almadaki gayesini bilir.

Zikredilen gerekçeleri itibar aldığımızda bidâa meselesi ile zimmette olan bir alacağına karşılık bir şeyi alması için vekâlet verme meselesi arasındaki benzerlik azalmış oldu ve satın alınacak şey ile satıcı malum ve tayin edilmiş mesabesinde kabul edilerek verilen vekâlet meçhul bir kimseye verilen vekâlet gibi sayılmadı.

Konuyla ilgili yukarıda yaptığımız açıklama, mesele hakkında bizim aklımıza gelen ve bize zahir olan şeylerden ibarettir. Hakiki ve en doğru ilim her şeyin sahibi ve sonsuz ilim sahibi Allah katındadır.

وإذا تعين ما في ذمة المأمور من الدين كان الأمر بالشراء بعين هذا الدين فيكون تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يجوز. وإذا تقرر هذا ظهر أنه لا يرد عليه نقض بمسألة البضاعة؛ إذ لا دين فيها ولا تمليك الدين؛ لأنه طلب من رجل أن يشتري بماله شيئاً للطالب وهو جائز وفاقاً؛ لأن الغالب أن تكون المسألة المستشهد بها وفاقياً. وقد ذكر في أكثر المعتمرات في الاستشهاد لما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد من جواز التوكيل بالشراء بدين على المأمور: أن رجلاً وكل من له عليه ألف بأن يشتري له ولم يعين الألف ولا البائع ولا المبيع جاز التوكيل فدل هذا على أن التوكيل بالشراء إذا لم يكن مقيداً بدين على المأمور جاز بلا خلاف.

وبهذا ظهر الفرق بين مسألة التوكيل بالشراء بالدين وبين مسألة البضاعة ولكن بقي الكلام في أن الأمر بجعل الألف من مال المأمور بضاعة للأمر توكيل المجهول وهو ليس بجائز كما قال الشيخ. وغاية ما يمكن أن يقال فيه: هو أن مثل هذه الجهالة تتحمل في الأمر بالبضاعة؛ لأن المتعارف أن المبضع يقصد شراء شيء يرجى من تجارته الربح بحسب الزمان والمكان ويعرف المستبضع ما هو مقصود شرائه.

فبهذا الاعتبار يقل الاشتراك ويكون المبيع والبائع بمنزلة المعلوم المتعين فلا يكون التوكيل توكيل المجهول.

هذا ما لاح لنا في توجيه المقام، والعلم عند الملك العلام.

11. Mutlak Vekâletin Örf ile Kayıtlanması

[**Teshîl**] Müvekkil, “Dirhem ile satın al!” demesine rağmen vekil dinarla satın almak suretiyle müvekkilin belirlediği para cinsinden farklı bir cinsle satın alsa veya belirlenenden fazla fiyata satın alsa veya müvekkil, 5 semeni “şu kadar dinar veya dirhem” şeklinde belirlememişse nukûd/para dışındaki bir şeyle satın alsa yahut birinci vekilin bulunmadığı bir ortamda vekilin vekili satın alsa, müvekkilin talimatına aykırı davrandığı için bu işlem kendi sorumluluğuna yüklenir ve mal birinci vekile ait olur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Müvekkil satıma konu olan şeyi belirlese 10 ancak mebûin bedelini belirlemezse, vekil de para dışındaki bir şeyle onu satın alsa Ebû Hanîfe’ye göre satıma konu olan şeyin müvekkile ait olması gerekir. Çünkü müvekkil “Para ile satın al!” şeklinde bir belirleme yapmamışsa örf bakımından satın almanın para ile yapılması gerekir...

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh bu sözüyle, yukarıdaki meselede müvekkilin satın alınacak şeyi tayin ettiği hâlde alacak bedeli belirlememesi durumunda vekil, para dışında bir şeyle malı alırsa alınan malın vekile ait olmasına hükmeden Ebû Hanîfe’ye itiraz etmektedir. Şeyh bu itirazını, Ebû Hanîfe’nin, bir şeyi satmak veya satın almakla vekil kılma meselesinde müvekkilin vekâleti verirken örfe değil de kullandığı mutlak lafza itibar 15 ettiği zannı üzerine bina etmiştir. Bu itiraz, Ebû Hanîfe’nin, bir şeyi satın alma ile ilgili görüşlerinden ve özellikle onun bir şeyi satmak ile almak arasında gözettiği farktan gafil olmaktan kaynaklanmıştır. *et-Tebyîn* ve diğer Hanefî metinlerinde şöyle denilmiştir: “Ebû Hanîfe, bir şeyi satma konusundaki vekâlette müvekkilin kullandığı mutlak lafza itibar ederken satın 20 alma konusunda lafzın mutlak oluşunu dikkate almamıştır. Zira müvekkil bir şeyi satma konusunda emrederken kendi mülkiyetindeki bir şeyde tasarruf etmiş olurken, bir şeyi satın almak için emrettiğinde ise başkasının mülkünde tasarruf etmiştir. Kişinin kendi mülkünde mutlak yetkisi olduğu için bu malı satarken emrettiğinde kullandığı mutlak ifadeye itibar olur. 25 Başkasının mülkünde yetkisi olmadığı için kullandığı ibarenin mutlak oluşuna itibar edilmez. Bu nedenle bir kimse “Para ile al!” diye bir kayıt koymadan mutlak olarak “Şu malı satın al!” demişse, bu sözü mala bedel olmada en hususi olan şeye yani paraya ve alınacak malın misli kıymetine hamledilerek müvekkilin mutlak ibaresi bu iki hususla kayıtlanır.¹

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, IV, 271.

١١ . تقييد الوكالة المطلقة بالعرف

[التسهيل] شراه بخلاف ما سُوي من الثمن جنسًا كما أمر بدراهم وهو شراه بدنانير أو بالعكس أو زيادة على الثمن المسمى أو شراه بغير النقود والحال أنه لم يسم الثمن أو شراه وكيل الوكيل بغية الوكيل الأول وقع المبيع للوكيل الأول؛ إذ خالف أمر أمره فنفذ عليه. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: الموكل لو عين المبيع ولم يسم الثمن ثم شراه الوكيل بغير النقود ينبغي أن يكون المبيع للموكل عند أبي حنيفة؛ لأنه إذا لم يسم النقد يتعين النقد للثمنية بالعرف إلخ.

[فاضل أمير] نقول: كان هذا اعتراض منه على أبي حنيفة -رحمه الله- في جعله المبيع للموكل فيما عين المبيع ولم يسم الثمن وشراه الوكيل بغير النقود زاعما أن أبا حنيفة يعتبر الإطلاق في الوكيل بالبيع، وكذا في الوكيل بالشراء وكان هذا غفولا^١ منه عن مذهب الإمام في الوكيل بالشراء وعن الفرق الذي قال به الإمام بين التوكيل بالبيع وبين التوكيل بالشراء حيث قال في التبيين وغيره: «إن أبا حنيفة يعتبر الإطلاق في التوكيل بالبيع لا بالشراء؛ لأن أمره بالبيع يلاقي ملك نفسه وفي الشراء ملك غيره وله في ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر إطلاقه وليس له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر، فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد وبمثل القيمة فيتقيد بهما» انتهى.

١ وفي هامش أ: غفول عظيم منه ولا عجب فإن الجواد قد يخبو، منه.

Yapılan bu açıklamadan anlaşıldığı üzere Bedreddin, bu hataya muteber fıkıh metinlerine olan az müracaatı sebebiyle düşmüştür. Bu meselede de Ebû Hanîfe'den satın hususunda müvekkilin mutlak ibaresine itibar edileceğine dair görüşü dikkatlice incelememiş ve satın alma hususunda da aynı 5 şeye itibar ettiğini zannetmiştir. Ona göre vekil, müvekkilin alınacak malı belirleyip, semeni belirlememesi hâlinde para dışında bir malla satın alırsa, mutlak bir ifadeyle bir şeyi satmakla vekil kılınan kimsenin satacağı malı başka bir mal karşılığında satması meselesinde olduğu gibi müvekkilin emrine muhalif olmaz; dolayısıyla alınan mal müvekkil için alınmış sayılır.

12. Satın Alınan Malın Kimin Olduğu Konusunda Vekil ile Müvekkil Arasında Anlaşmazlık

[Teshîl] Akdi yapan kişi satıma konu olan şeyi belirlemeyip “Bana satın talimatı verenin dirhemleri mukabilinde satın aldım.” veya “Şu dirhemler mukabilinde...” veya “Şu bin dirhem mukabilinde aldım.” demişse ve dirhemler de müvekkilin mülkü ise satımı talimat verenin (âmir) dirhemlerine nispet ederse, satıma konu olan şey, kendi parasından ödese bile satın talimatı verene ait olur. Esas itibarıyla dirhem taayyün etmez. Ancak zahir o ki Müslüman kimse kendisi için satın aldığı şeyi başkasının dirhemlerine izafe etmez. Çünkü bu hem şer'an hem de örfen hoş kabul edilmez. Buna mukabil şayet satımı kendi dirhemlerine nispet ederse, bedeli müvekkilin malından ödemiş olsa da âdet gereği aldığı şey kendisine aittir. 15

Vekil, müvekkilin parası olduğuna dair bir kayıt getirilmeden “bin”e satın almak suretiyle akdi mutlak paraya nispet ederse, satın alırken kime almayı niyet etmişse mal onun olur. Eğer satın alma talimatı verenin parasına niyetlenerek alım yaparsa, satın aldığı şey talimatı verene aittir. Kendi parasına niyet ederse kendisine ait olur. Şayet satın alma talimatı veren (müvekkil) ile alımı yapan (vekil), kime niyet edildiği konusunda birbirlerini yalanlarsa örf gereği satın alınan para kiminse mal da ona aittir. Yani malın kime ait olduğu konusunda para hakem kabul edilir. Eğer alım 25 satımı yapan kendi parasından öderse satın alınan mal kendisine; eğer müvekkilin parasından öderse müvekkile ait olur. 30

فظهر منه أن الشيخ -رحمه الله- ما أوقعه في هذه الورطة إلا قلة تتبعه في معتبرات الفن. وكان مقصور النظر فيما نقل من مذهب الإمام أبي حنيفة في التوكيل بالبيع وهو يعتبر فيه الإطلاق فظن أن المعتبر عنده في التوكيل بالشراء أيضا الإطلاق. والمأمور بالشراء إذا شرى ما عينه الموكل بغير النقود ولم يسم الثمن لم يكن مخالفاً بشرائه بغير النقد ويكون المشتري^١ للموكل كما نفذ بيع الوكيل بمطلق^٢ البيع بالعرض على الموكل.

١٢. اختلاف الوكيل والموكل في المال المشتري لمن هو؟

[التسهيل] لو أضاف العقد إلى دراهم الأمر بأن يقول: شريته بدراهم الأمر، أو يقول: شريته بهذه الدراهم، أو بهذه الألف والدراهم ملك للموكل كان للأمر. وإن نقدته من مال نفسه والدراهم وإن لم تتعين لكن الظاهر أن المسلم لا يضيف شراء الشيء لنفسه إلى دراهم الغير؛ لأنه مستنكر شرعاً وعرفاً. وإن أضافه إلى دراهم نفسه فهو لنفسه وإن نقده من مال الموكل جرياً على العادة.

ولو أضيف العقد إلى مطلق النقد بأن شرى بألف مطلق من غير أن يقيد بألف هو ملك الموكل فلمن نوى للاحتمال؛ فإن نوى نقد الأمر فالمبيع للأمر وإن نوى نقد نفسه فهو لنفسه. ولو تكاذباً فيمن نوى فلمن له النقد للعرف أي يحكم النقد فإن نقد من ماله فهو له وإن نقد من مال الموكل فهو للموكل.

١ ج: الفشري.

٢ وفي هامش أ: قوله: بمطلق البيع متعلق بالوكيل، وبالعرض متعلق ببيع الوكيل.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “Kime niyet edildiği konusunda birbirlerini yalanlarsa...” ifadesindeki “niyet” kelimesini müvekkilin, vekile “Satımı benim paramla yaptın.”; vekilin de “Kendi paramla yaptım.” demesi durumundaki paraya hamletmek -ki ifadenin bağlamı da buna delâlet ediyor- mümkün olduğu gibi, müvekkilin “Satımı benim için yaptın.” vekilin de “Kendim için yaptım.” demesi durumunda satımın kendisi için yapıldığı kişiye hamledilmesi de mümkündür. Her iki durumda da hükmün aynı olması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh buradaki “ibarenin sibakinin da delâlet ettiği gibi” ifadesiyle “niyet ettiği kimse hakkında birbirlerini yalanlarsa” sözünün anlamı konusunda birinci ihtimale delâlet eden cümlesini kastetmiştir. O da “Eğer satın alma talimatı verenin parasına niyetlenerek alım yaparsa, satın aldığı şey talimatı verene aittir. Kendi parasına niyet ederse kendisine ait olur.” cümlesidir. Ancak Şeyh’in her iki yerde de niyet fiiline bir mef’ul takdir ederek ifadeyi anlamlandırması ne rivâyet ne de dirâyet açısından isabetlidir. Rivâyet açısından isabetli değildir; çünkü muteber fıkıh metinlerinin tamamında bu mesele şöyle anlatılmıştır: Vekil semeni kendisine de müvekkile de nispet etmeden mutlak olarak satın alırsa, şayet kendisi için almaya niyet etmişse mal kendisinin olur. Buna mukabil müvekkil için almaya niyet etmişse mal müvekkilin olur. Bu açıklamadan anlaşıldığı gibi “kime niyet etmişse” ifadesinden maksat, ibarede ismi mev-sule dönecek bir âid takdir ederek “niyet ettiği kimseye” şeklindedir. Aynı durum “kime niyet edildiği hususunda” ifadesi için de geçerli olup burada da ism-i mev-sule dönecek bir zamir takdir edilir.

Dirâyet açısında da isabetli değildir çünkü bu gibi terkiplerde ilim ehli arasında yaygın olan kullanım, mef’ûl_bihin ismi mev-sule dönecek bir aid olarak takdir edilmesidir. Oysa Şeyh’in burada “kimin parasına niyet etmişse (fe limen neva’n-nakde min mâlihi) diyerek zamir yerine zahir isim (en-nakd) takdir etmesi, takdir edilenden maksadın bu olduğuna dair bir delilin olmaması cihetiyle isabetli olmadığı gibi, bu şekilde takdiri gerektirecek bir zaruret de yoktur. Ayrıca semenin vekil veya müvekkile izafe edilmeden mutlak olarak zikredilmesi hâlinde hükmün Şeyh’in dediği gibi olduğu, mezhep imamlarından veya sözü muteber olan bir fakihden nakledilecek bir rivâyete muhtaçtır. Zira fakihlerden sabit olarak nakledilen hüküm, semenin mutlak olarak bırakılması hâlinde vekil alım satım akdini kime niyet ederek yapmışsa malın da ona ait olacağıdır. Sözüne itibar edilecek bir fakihin, “Vekil kimin parasından ödemeye niyet etmişse mal da onundur.” dediğini duymadık.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قوله ولو تكاذبا فيمن نوى يحتمل أن يصرف النية إلى النقد بأن قال الموكل: نويت الإضافة إلى نقدي، وقال الوكيل: نويت الإضافة إلى نقدي يدل عليه السباق. ويحتمل أن تصرف النية إلى من وقع الشراء له وينبغي أن تتَّجَدَّ الصورتان في الحكم.

٥ [فاضل أمير] نقول: يريد بالسباق الذي جعله دالا على الاحتمال الأول في معنى قوله: «فيمن نوى» ما ذكره في قوله: «فلمن نوى» بقوله: «فإن نوى نقد الأمر وإن نوى نقد نفسه» ولكن ما قاله في تقدير مفعول لقوله: «نوى في السابق واللاحق» لا يساعده الرواية والدراية. أما الأولى فلأن في عامة المعتمرات وقع التعبير في هذه المسألة بأن يقال: وإن أطلق الثمن؛ فإن نوى الشراء لنفسه فله، وإن نوى للأمر فلأمر ومن هنا تبين أن المراد من قوله: ١٠ «فلمن نوى»: فلمن نواه بتقدير ضمير عائد إلى «من»، وكذا المراد من قوله: «فيمن نوى»: فيمن نواه.

وأما الثانية فلأن الشائع في أمثال هذا التركيب أن يقدر المفعول ضميراً راجعاً إلى «من». وما قدره الشيخ من قوله: «فلمن نوى النقد من ماله» ١٥ فليس له قرينة تدل عليه ولا ضرورة داعية إليه مع أن كون الحكم كذلك فيما أطلق الثمن يحتاج فيه إلى النقل ممن يؤخذ بقوله؛ لأن الثابت منهم أن يكون المبيع فيما أطلق لمن نوى شراءه له، ولم نر في كلام واحد كونه لمن نوى الأداء من ماله.

Sonuç olarak Şeyh Bedreddîn, çıkartmış olduğu bu hükümde tektir. Nitekim “Her iki hâlde de hükmün bir olması uygun olacaktır.” sözü de bu hükmün bir başkası tarafından dile getirilmediğine işaret etmektedir.

13. Vekilin Aldığı Malın Kime Ait Olduğunu Tespit Yolları

5 [Teshîl] Şayet herhangi bir kimseye niyet edilmediği konusunda vekil ve müvekkil uzlaşırlarsa Ebû Yûsuf’a göre para hakem kılınarak mal kimin parasıyla alınmışsa ona ait olur. Bunun bir diğer gerekçesi de tasarrufu salaha hamletme düşüncesidir. Yani şayet vekil satım bedelini müvekkilin parasından öderse, alınan şey müvekkile aittir. Çünkü normalde Müslüman kimse kendisi için yaptığı bir tasarrufta ödemeyi başkasının malından yapmaz. Zira böyle bir davranış haddi tecavüz ve hıyanettir. Muhammed ise alımın, akitte asıl olan vekil için gerçekleşeceğini söylemiştir. Zira aslo-
10 lan, kişinin kendi nefsi için çalışmasıdır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Denirse ki Muhammed’in bu görüşüne,
15 bir önceki meselede zikredilen, vekil ve müvekkilin satın almanın kime niyet edilerek yapıldığına dair birbirlerini yalanlamaları durumu gerekçe gösterilerek itiraz edilebilir. Çünkü orada da vekil, akitte asıl idi. Velhasıl para ve asalet her iki durumda da mevcuttur. O yüzden her iki durumda da ya asıl olma hükmü ya da para olma hükmü olarak hükmün aynı yön-
20 de olması gerekmektedir. Derim ki: Aradaki fark şöyle tespit edilebilir: Birbirlerini yalanlama durumunda her ikisi de niyetin varlığı konusunda ittifak hâlindeydiler. Niyet ise vekilin asaletinden önce gelir. Dolayısıyla paradan dolayı niyet tercih edilmiş oldu. Burada ele aldığımız meselede ise niyet olmadığı için bundan farklıdır. O yüzden Muhammed vekilin asaletini dikkate alarak hüküm vermiştir. Hâliyle tarafların birbirini yalanlama
25 meselesinde verdiği hüküm ile ona itiraz edilemez.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *et-Tebyîn*'de vekilin, parayı ne kendisine ne de müvekkile nispet etmeden mutlak semen ile satın alması meselesi geniş bir şekilde ele alındıktan sonra şöyle denilmiştir: “Buğdayda selem yapmak için verilen vekâlet de yukarıdaki tafsilata tabidir. Yani selem yapı-
30 lan buğdayın kime ait olacağı konusunda öncelikle paranın kime izafe edildiği dikkate alınır; buna göre selem akdi kimin parası ile yapılmışsa mal da onundur. Şayet para kimseye izafe edilmemişse niyete itibar edilir.

فالشيخ متفرد في هذا التخريج يشعر به قوله: «وينبغي أن تتحد الصورتان».

١٣. طرق تعيين من اشترى الوكيل له

[التسهيل] ولو اتفقا أن لا نية يحكم أبو يوسف النقد للترجُّح بالنقد فيصير لمن له النقد وللحمل على الصلاح أي إذا نقد الثمن من مال الموكل فهو للموكل؛ إذ الظاهر أن المسلم لا ينقد من مال غيره ثمن ما شراه لنفسه؛ لأنه تعدّ وخيانة، جعله محمد للوكيل لأصالته؛ إذ الأصل أن يكون الإنسان عاملا لنفسه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: يرد على محمد صورة التكاذب لتحقق الأصالة ثمة أيضًا في جانب الوكيل، والحاصل أن النقد والأصالة موجودان في الصورتين فينبغي أن يتحد الحكم في الصورتين إما حكم الأصالة وإما حكم النقد أقول: يمكن الفرق بأنهما اتفقا في صورة التكاذب على وجود النية وهي متقدّمة على أصالة الوكيل فترجّحت بالنقد بخلاف ما نحن فيه إذ لا نية فعمل محمد بأصالة الوكيل فلا يرد عليه التكاذب.

[فاضل أمير] نقول: قال في التبيين بعد ذكر اشتراء الوكيل بالثمن المطلق على التفصيل: «والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم أولا الإضافة فيكون المسلم فيه لمن أضيف عقد السلم إلى ماله،

Buna göre niyetin varlığı ve kimin için olduğu konusunda taraflar ittifak hâlinde ise akit yapılırken kime niyet edilmişse mal onundur. Kime niyet edildiği konusunda ittifak edemezlerse para hakem kabul edilir buna göre para kiminse mal da onundur. Şayet vekil ile müvekkil, akit yapılırken niyetin olmadığı konusunda ittifak ederlerse hüküm, Ebû Yûsuf ile Muhammed arasında var olan ihtilafa göre değerlendirilir.”¹

et-Tebyîn'den yaptığımız alıntıdan da anlaşıldığı üzere söz konusu mesele-
nin hükümleri arasında -zikredildiği üzere- sonrakinin öne geçmeyeceği
şekilde bir tertip vardır. Şöyle ki, birinci sırada akdin, paraya nispet edil-
mesi hâli gelir. Buna göre satın alma kimin malına izafe edilerek yapılmışsa
mal da onundur. Şayet nispet yoksa bu durumda niyete bakılır. Şayet niyet
varsa ve taraflar kime niyet edildiği konusunda ittifak etmişlerse mal onun
olur. Şayet kime niyet edildiği konusunda birbirlerini yalanlıyorlarsa ve
vekil ile müvekkilden her biri akdin kendisine niyet edilerek yapıldığını
iddia ediyorsa, para hakem kabul edilir. Yani vekil malın bedelini kendi pa-
rasından ödemişse mal onun; müvekkilin malından ödemişse müvekkilin
olur. Vekil malı alırken hiçbir şekilde niyet etmemişse ve taraflar niyetin ol-
madığı hususunda ittifak etmişlerse Ebû Yûsuf bu durumda parayı dikkate
alırken Muhammed akde bizatihi taraf olanı, yani asıl olanı dikkate al-
mıştır. Bu açıklamalara binaen Şeyh'in, Muhammed'e itiraz edebileceğini
söylediği gerekçe ile ona itiraz edilemez. Çünkü Muhammed'e göre akitte
asıl olan tarafa ancak vekil ile müvekkilin, niyetin olmadığına dair ittifak
etmeleri hâlinde itibar edilir. Hâlbuki yukarıdaki meselede taraflar kime
niyet edildiği hususunda birbirlerini yalanlarken niyetin varlığı konusun-
da ittifak etmişler, ancak her biri kendisine niyet edildiğini iddia etmiştir.
Niyet varsa akitte asıl olanın kim olduğuna bakılmaz.

Şeyh'in “Niyet ise vekilin asaletinden önce gelir.” sözü, bizim *et-Tebyîn*'den naklettiğimiz tafsilatlı cevaba işaret etmektedir. Dolayısıyla onun “Derim ki...” diye başlayarak yaptığı açıklama kendi tasarruflarından de-
ğildir. Ayrıca Muhammed'e yönelik itirazı farazî olarak sahih kabul edilse
aynı itiraz bazı fakihlerin tahricine göre Ebû Yûsuf'a yönelik de yapılabilir.
Zira bazı fakihler vekil ve müvekkilin akit esnasında niyetin olmadığı ko-
nusunda ittifak etmeleri hâlinde Ebû Yûsuf ile Muhammed arasında bir
ihtilafın olmadığını, malın fakihlerimizin icmâyla akdi bizzat yapan vekile
ait olacağını ifade etmişlerdir. *et-Tebyîn*'de de bu şekilde zikredilmiştir.²

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, IV, 265.

2 Zeylaî, *et-Tebyîn*, IV, 265.

ثم النية فيكون لمن نوى له بالعقد إن تصادقا على النية، وإن تكاذبا فيحكّم النقد، وإن تصادقا على أنه لم تحضره النية فعلى الخلاف الذي ذكرنا» انتهى.

فعلم منه أن الأحكام المذكورة في أقسام المسألة مرتبة لا يتقدم المؤخر ٥
منها على المقدم؛ فالمرتبة الأولى تحكيم الإضافة؛ فيكون المبيع لمن أضيف
العقد إلى ماله فإن لم توجد فالمعتبر النية فإن وجدت؛ فإما أن يتفقا على
أن النية كانت لواحد منهما فيكون له، وإما أن يتكاذبا فيدعي كل منهما أن
النية كانت له فيحكّم النقد، يعني إن أدى من ماله فهو له وإن أدى من مال
الموكل فهو له. وإن لم توجد النية واتفقا على أنه لم تحضره النية؛ فأبو
يوسف -رحمه الله- يعتبر النقد أيضا ومحمد يعتبر الأصالة حينئذ. فلا يرد ١٠
على محمد ما ذكره؛ لأن اعتبار الأصالة عنده ما كان إلا عند الاتفاق على
عدم حضور النية وفي صورة التكاذب قد اتفقا على حضور النية ولكن قال
كل منهما: إن النية كانت لي فلا رجوع إلى اعتبار الأصالة عند وجود النية.
وكان ما ذكره الشيخ بقوله: «وهي متقدمة على أصالة الوكيل» إشارة إلى هذا
الجواب التفصيلي الذي أخذناه من التبيين فليس الجواب الذي عوّنه بلفظة ١٥
«أقول» من تصرفاته.

ثم ما أورده معترضا على محمد لو صح وروده لورد على أبي يوسف
أيضا على تخريج بعض المشايخ؛ لأن منهم من قال: لا خلاف بين أبي
يوسف ومحمد في الشراء فيما تصادقا على أن النية لم تحضره بل بالإجماع
يكون للعاقد، كذا في التبيين. ٢٠

14. Malın Müvekkilin Olması Şartıyla Bir Şeyi Satın Almak için Vekâlet

[**Teshîl**] Kendisiyle selem yapılan kişiye (müslem_ileyh) vekâlet verilmesi geçersizdir. Çünkü bu durumda vekil, parası başkasına ait olmak üzere kendi zimmetinde olan bir yiyeceği satmaktadır ki bu câiz değildir.

5 [**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: “Vekilin semeni kendinden olmak üzere, müvekkili için bir şey satın alması sahihtir. Bu da ‘bedellerden biri birine ait, diğeri ise başka birinin zimmetinde borç olmak üzere.’ noktasında onun gibi olup sahih olmalıdır.” denilemez. Çünkü buna şöyle cevap verilir: Kendisine benzetilen meselede diğeri bir akdin olduğu tasavvur edilebilir ancak bizim meselemizde edilemez.

15 [**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Burada mebîn müvekkile ait olması, semenin ise vekilin zimmetinde borç olarak sabit olması konusunda verilen vekâletle, semenin müvekkile ait olması şartıyla bir adamın kendi zimmetinde borç olmak üzere buğday veya aynı bir şey satması için verilen vekâlet arasında şöyle bir fark daha vardır. Bu iki vekâletten her biri, celi kıyasa göre câiz olmama konusunda müşterektirler. Çünkü bunlardan her birinde akdin nimeti (gunm) bir adama, külfeti ise (gurm) başta bir adama ait kılınmıştır. Bu da “Gelir risk karşılığıdır.”, “Külfet nimete ve nimet külfete göredir.” kaideleri gereğince câiz değildir. Ancak *el-Bedâi*'de de ifade edildiği gibi birinci mesele zaruret ve ihtiyaç sebebiyle istihsânen câiz görülmüştür. Nitekim şer-i şerifte bu hükmün benzerleri vardır. Çünkü bu hüküm, “Kendisine verilen kimse (medfû'ileyh), verilene malı mukabilinde sahip oluyorsa, memur yaptığı ödemeyi tahsil etmek için müvekkile rücû eder.” kuralına mebnidir.

25 Selem meselesindeki vekâletin kıyasa muhalif olarak câizliğine dair bir delil sabit olmadığından hükmü kıyasa göre düzenlenmeye devam etmiştir. *Şerhu'l-Vikâye*'deki şu ifadelerle bu hükme şöyle işaret edilmiştir: “Müslem_ileyhe vekil olmak câiz değildir. Çünkü bu durumda vekil, kendi zimmetindeki buğdayı, semeni bir başkasına ait olmak üzere satmış olmaktadır ki şer-i şerifte buna benzer bir hüküm yoktur.”¹ Bu hükme gerekçe olarak şöyle de denilebilir: Birinci meselede vekâletin câiz olması, semenin, müvekkilin zimmetinde karar kılmasına mebni olup, bu durumda akdin nimeti kendisine döndüğü gibi külfeti de kendisine dönmektedir.

1 Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, IV; 173.

١٤. التوكيل بشراء شيء على أن يكون المبيع للموكل

[التسهيل] ولم يصح التوكيل من جهة المسلم إليه؛ لأن الوكيل حيثئذ يبيع طعاماً في ذمة نفسه على أن ثمنه لغيره وهذا لا يجوز.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لا يقال: صح أن يشتري الوكيل شيئاً لموكله ويكون الثمن على الوكيل فهذا مثله في أن أحد البدلين يكون لرجل والبدل الآخر في ذمة رجل آخر فاليصح؛ إذ يجاب بأنه يمكن أن يعتبر عقد آخر ثمة لا هنا.

[فاضل أمير] نقول: هنا فرق آخر بين التوكيل بشراء شيء على أن يكون المبيع للموكل والثمن على الوكيل وبين التوكيل بأن يبيع رجل طعاماً في ذمته أو عينا له على أن يكون الثمن للموكل وهو أن كلا من هذين التوكيلين مشتركان في عدم الجواز بالنظر إلى القياس الجلي؛ لأن في كل منهما جعل الغنم لرجل والغرم لآخر وذا ليس بجائز؛ لما ثبت أن الخراج بالضمان وأن الغنم بالغرم، ولكن جواز التوكيل الأول بالاستحسان الثابت بالضرورة والحاجة كما صرح به في البدائع. وقد ورد له نظير في الشرع؛ لأنه يرجع إلى ما قيل: الأصل: أنه متى ملكه المدفوع إليه مقابلاً بملك المال يرجع المأمور.

وأما التوكيل الثاني فلم يثبت جوازه بدليل مخالف للقياس فبقي على أصل القياس ويشير إليه ما في شرح الوقاية لصدر الشريعة من قوله: «لأن هذا لا يجوز؛ إذ الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره ولا نظير له في الشرع». أو يقال: جواز التوكيل الأول بناء على أن قرار الثمن فيه على الموكل فيكون الغرم عليه كما كان الغنم له.

١ وفي هامش أج: قوله: «أو يقال» معطوف على قوله: ولكن جواز على توهم وجود يقال فيه فكأنه قيل: ولكن يقال جواز فكان من قبيل قوله: بدا لي أن لست مدركاً ما مضى ولا سابق شيئاً إذا كان جانياً، منه.

Nitekim İmam Kâdîhân *el-Fetâvâ* kitabının “nikâhta vekâlet” başlığına yakın bir yerde şöyle demektedir: Bir adam bir başka adama kendisi için on dirhem karşılığında bir kumaş almasını emrediyor ve adam da satın alıyor. Sonra müvekkil/emreden, kumaşı satan adama on dirhem karşılığında bir dinar satıyor. Müvekkilin yaptığı bu akit câizdir. Şayet vekil bu durumda müvekkile hitaben “Sen, zorunlu olmadığın hâlde kendi gönlünden benim yerime kumaşın bedelini ödedin. Şimdi senin emrin ile satın aldığım kumaşın parası olan on dirhemi almak için benim sana rüçû hakkım vardır.” dese vekilin bu sözüne itibar edilmez. Çünkü kumaşın parası netice itibarıyla müvekkilin zimmetinde takarrur edecektir. Bu nedenle müvekkil kumaşın parasını bizatîhi ödemekle teberru etmiş veya mecbur olmadığı bir şeyi yapmış sayılmayıp ödemesi gerekeni ödemiş olur.

15. Zımnî Vekâlet

[**Teshîl**] Bir kimse, kendine borcu olan bir kimseyi ondaki alacağıyla bir şey satın alması için vekil tayin edip satın alınacak şeyi ya da satıcıyı belirlerse vekâlet geçerlidir. Tıpkı bir kimsenin, alacağını borçlu dışındaki birine hibe etmesi ve hibe lehtarını (mevhûb_leh) alacağı kabzetmeye vekil tayin edilmesi gibi. Çünkü şayet hibe eden, alacağını hibe edip hibe lehtarını bu borcu kabzetme konusunda vekil tayin etse, hibe sahihtir. İşte burada da satın alma konusunda verilen vekâlet her ne kadar borcun, borçlu olmayan kimseye -ki o da satıcıdır- temlîki söz konusu olsa da geçerlidir. Çünkü satıcı tayin edilince kabzetmeye vekil kılınmıştır veya satın alınan şey tayin edilince dolaylı olarak satıcı da tayin edilmiş sayılır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Burada şöyle bir farkın olduğu söylenebilir: Satım, bedel kabzedilmeden gerçekleşebilir ve bedelin peşin olarak mevcut olmasını gerektirmez. Satım bedel kabzedilmeden de icra edilebiliyorsa -hibenin aksine- alacağın kabzı için verilen vekâletin, delâleten bedelin kabzına da şâmil olması sahihtir. Hibe böyle değildir çünkü hibenin tahakkuku için hibe edilen şeyin o anda mevcut olması gerekir ve hibenin tamamlanması için de kabzın tahakkuku lazımdır. Buna binaen alacağın kabzından önce hibe ma'dûmdur, yani bir varlık kazanmamıştır. Ma'dûm olan, vekâleti tazammun etmez. O hâlde öncelikle kabzetmesi için müstakil bir biçimde vekâlet vermek suretiyle alacağın mevcut olması gerekir ki bundan sonra kabzetmek suretiyle hibe tahakkuk etsin. Bu açıdan satım ile hibe meselesi birbirinden farklıdır ancak bu fark tartışmaya açıktır.

حيث قال الإمام قاضيخان في كتاب الوكالة قريبا من فصل التوكيل بالنكاح من فتاواه: «رجل أمر رجلا أن يشتري له ثوبا بعشرة دراهم فاشترى ثم أن الأمر باع من بائع الثوب دينارا بتلك العشرة جاز ما فعل فإن قال الوكيل: إنك تطوعت عني بأداء الثمن فلي أن أرجع عليك بعشرة دراهم وجب لي عليك بشراء الثوب بأمرك لا يلتفت إليه؛ لأن قرار الثمن على الموكل فلا يكون الأمر في أداء الثمن متطوعا.

١٥. الوكالة الضمنية

[التسهيل] ولو وكل بالشراء بما له عليه من الدين فعين المبيع أو البائع صح كهبته دينه ممن ليس عليه الدين وتوكيل الموهوب له بقبضه؛ فإنه لو وهب دينه ووكل الموهوب له بقبض ذلك الدين تصح الهبة فكذا صح هذا التوكيل بالشراء وإن كان فيه تمليك الدين ممن ليس عليه الدين وهو البائع لكون البائع وكيلا بقبضه بتعيين البائع أو المبيع فإن في تعيين المبيع تعيين البائع.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يمكن أن يفرق بأن البيع يتحقق بدون قبض الثمن ولا يقتضي وجود الثمن في الحال، إلى قوله: وفي هذا الفرق إمكان المناقشة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bahsettiği tartışmaya açık alan şudur: Bir kimse konu ile ilgili şöyle itiraz edebilir: Satıcı veya hibe lehtarının tayin edilmesi aynı zamanda kabza vekâleti de tazammun ediyorsa, bu ve kabza sarahaten vekil kılma, her birinde kabza vekâletin var olması konusunda eşit olmalıdır. O hâlde bir kimsenin, borçlusunun zimmetinde olan alacağı muayyen bir adama hibe edip, onu kabz etmekle vekil kılması, alacağın tahakkuku (hibe edilen şeyi mevcut hâle getirmek) için öncelikle hibe lehtarının kabzetme konusunda vekâletine, ardından da hibenin ve kabzın sahih olması için kabzla vekil kılması şeklinde değerlendiriliyorsa, muayyen bir adama hibe edildiğinde zımnen ve delâleten kabza vekil kılma hâli de aynı şekilde değerlendirilmelidir. Şöyle ki; hibe lehtarı öncelikle hibe edilen malı müvekkili adına kabzetmekle ikinci olarak da hibe maksadıyla kabzetmekle vekil kılınmış olur. Çünkü her iki mesele de hibenin muayyen bir kişiye yapılmış olması ve kabza vekil kılınması açısından birdir. Bu itirazı şöyle cevap verilebilir: Kabza sarîh olarak vekil kılmada vekil kılma bir tasarruf, hibe ise ayrı bir tasarruf olarak görülebileceğinden kabza vekil kılma, hibenin kabzından önce gerçekleşmiş olur. Buna mukabil kabza vekil kılma, hibe lehtarının tayin edilmesinin içinde zımnî olarak gerçekleşmiş ise kabz için vekâleti hibe için vekâletten ayrı bir şekilde görmenin imkânı yoktur. Zira bir şeyin içinde ve onunla hâsıl olacak şeyi (mütedammen) onu ihtiva edip içine alacak şeyden (mütedammin) önce tasavvur etmek mümkün değildir.

Özü, alacağı kabzetmek için vekâlet vermenin yerine satıcı veya hibe lehtarını tayin etmekle iki meselenin bir olmasının gerektiği olan bu cevabın, *el-Hidâye*'nin *el-İnâye* şerhinin “kölenin cinâyeti” bahsinde zikredilen şu kurala yakın olduğunu söylemek uzak değildir: “Bir şeyin başka bir şeyin yerine konulması, bu iki şeyin hüküm bakımından bir olmasını gerektirmez. Nitekim maktûlün yakınlarının kısasın yerine talep ettikleri mal ile kısas, hüküm bakımından bir değildir. Zira maktûlün kendi lehine vasiyette bulunduğu kimsenin (mûsa leh), kısasta herhangi bir hakkı yoktur. Ancak kısasın yerine mal talep edilince hakkı olur.”¹

1 Bâbertî, *el-İnâye*, X, 368.

[فاضل أمير] نقول: وجه المناقشة هو أن لقائل أن يقول: لما كان تعيين البائع أو الموهوب له متضمنا التوكيل بالقبض فقد كان هذا وما وكله بالقبض صريحا متحدين في أن يوجد في كل منهما الوكالة بالقبض فحينئذ كما اعتبر فيما وهب رجل ما كان له في ذمة الآخر لرجل معين ووكله بالقبض قبض الموهوب له أولا بالوكالة حتى يتحقق الدين ثم اعتبر القبض ثانيا على أنه هبة له لتصحيح هبة والقبض لها فاليعتبر فيما وهبه لمعين ووجد فيه التوكيل بالقبض ضمنا ودلالة^١ القبض بالوكالة أولا والقبض ثانيا للهبة؛ إذ صورتان متحدتان في أن كلا منهما هبة الدين لمعين وكيل بالقبض. ويمكن أن يجاب عنه بأن فيما كان التوكيل بالقبض صريحا كان التوكيل تصرفا والهبة تصرفا آخر فأمكن اعتبار القبض بالوكالة قبل القبض للهبة، وأما فيما كان التوكيل بالقبض ضمنا حاصلا في ضمن تعيين الموهوب له فلا إمكان لهذا الاعتبار؛ لأن وجود المتضمن قبل وجود المتضمن لا يتصور.

ولا يبعد أن يقال: إن هذا الجواب الذي كان حاصله: أن من كون تعيين البائع أو الموهوب له بدلا عن التوكيل بالقبض لا يلزم أن يتحدا في الحكم قريب^٢ من الأصل الذي ذكر في عناية الهداية في باب جناية المملوك بقوله: «كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم؛ ألا يرى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدا في الحكم؛ فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالا تعلق به وغير ذلك» انتهى.

١ - ضمنا ودلالة.

٢ - خبر إن هذا الجواب.

Satıcının tayin edilmesi ile hibe lehtarının tayin edilmesi arasındaki farkı başka bir açıdan şöyle açıklayabiliriz: Şeyh hibe bölümünde şöyle demiştir: “Âyet-i kerimede (Bakara 2/283) özellikle emredildiği için hibede kabzın kâmil bir şekilde tahakkuk etmesi gerekir. Hakkında özel bir emir bulunan fiilin en kâmil bir şekilde tahakkuk ettirilmesi lazımdır.” Şeyh’in bu sözlerine binaen şöyle diyebiliriz: Satıcı veya mebüin tayin edilmesi ile hâsıl olan kabzla ilgili emir, iktiza yoluyla sabit olmuştur. Kural olarak iktiza ile sabit olan şey nâkıs olduğu için alım satımda bununla iktifa edilir. Hibenin kabzedilmesinin gereği hakkında özel bir nas olduğu için bu tür bir emre gerekli ihtimamın gösterilmesi ve en kâmil bir şekilde tahkik ettirilmesi bakımından müvekkil tarafından vekile kabz emrini sarih olarak vermesi gerekir. Yaptığımız bu açıklama ile hibe ile alım satım arasında diğer bir fark anlaşılmış oldu.

16. Vekilin, Müvekkilinin Vekâlet Verdiği Görevlerin Bir Kısmını Yerine Getirmesi

[**Teshîl**] Bir kimse belirli bir köleyi bin dirheme satın almak veya satmak üzere birisini vekil tayin etse, vekil de o köle ile birlikte değeri ona eşit başka bir köleyi iki bin dirheme alsa yahut satsa Ebû Hanîfe’ye göre bu alım veya satım müvekkili bağlamaz. Çünkü değerler genelde farklı olduğundan onların eşitliği zannîdir. Söz konusu şüpheden dolayı müvekkilin maksadına uygun davranılmış olmaz. Ebû Yûsuf ve Muhammed’e göre ise değerlerin eşitliğinden dolayı maksada aykırılık söz konusu değildir. Dolayısıyla bu iki köleden birinin alım yahut satımıyla ilgili işlem müvekkili bağlar.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu görüş daha önce Ebû Hanîfe’nin “Bir kimse fiyatlarını belirlemeden kıymetleri eşit muayyen iki köleyi satın alması için birini vekil tayin etse ve vekil, iki köleden sadece birini kendisine verilen paranın yarısı ya da daha aزیyla satın alsa akdın müvekkili bağlayacağına icmâ vardır.” şeklindeki görüşü ile problem teşkil ediyor... Bu sebeple cevaz ya da adem-i cevaz hususunda yukarıdaki mesele ile bu meselenin hükmü nefy veya isbat bakımından aynı olmalıdır. Aynı tutarlılık Ebû Yûsuf ve Muhammed için de aranmaktadır.

هذا كلام ورد في هذا المقام على توجيه ذكره الشيخ. ولنا بيان الفرق بين تعيين البائع وبين تعيين الموهوب له من وجه آخر وهو أن الشيخ -رحمه الله- قال في كتاب الهبة: «يجب كمال القبض في الهبة لنص على القبض والمنصوص يراعى وجوده على أكمل الجهات» انتهى. فنقول: الأمر بالقبض الحاصل بتعيين البائع أو المبيع إنما ثبت على وجه الاقتضاء والثابت اقتضاء ناقص يكتفى به في البيع لا في الهبة فلا بد فيه من الأمر بالقبض صريحا ليحصل الاهتمام بالقبض المنصوص عليه ويكون مرعيا على وجه أكمل فظهر فرق آخر بين الهبة والبيع.

١٦. إتيان الوكيل ببعض ما أمر به الموكل

[التسهيل] ولو وكله بشراء قن عين أو بيعه بألف فشري معه أو باع معه عبداً آخر بألفين وقيمتها سواء فهو أي البيع أو الشراء لم يلزم الأمر عند أبي حنيفة؛ إذ تساوي القِيم ظني لتفاوت القيم غالباً فلا وفاق بشك، ولهما تساويهما فلا مخالفة للتناصف فلزم الأمر ما أمر به من بيع أحد القنين أو شرائه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل قول أبي حنيفة بما تقدم من أنه لو وكل بشراء عبيدين عينين بألف وقيمتها سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل لزم الموكل إجماعاً، إلى قوله^١: فينبغي أن يتحد الحكم في الصورتين عند أبي حنيفة نفيًا أو إثباتًا كما عندهما.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in burada Ebû Hanîfe'ye yönelik zikrettiği itiraz, bu itiraza verdiği cevap ve ardından bu cevabı reddederek "Söz konusu problemin özü şudur: Yukarıdaki meselede müvekkilin iki köleden birini zikretmiş olduğu bedelin yarısına satın almasını emredip etmediği hususunda şüphe oluşmuştur. Bu meselede oluşan şüphe ise iki köleden birini müvekkilin zikretmiş olduğu bedelden yarısına satın alıp almadığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Dile getirilen her iki şüphe de vekilin müvekkilin verdiği yetkiye kesin bir şekilde muvafık hareket etmiş olma vasfını izâle eder. Buna binaen Ebû Hanîfe açısından her iki meselenin de nefy veya isbat noktasında aynı hükme tabi olması icap eder" diyerek problemlili noktayı açıklamasının temeli, birinci meseledeki "vifâk" kelimesini, ikinci meselede ise "fela vifâka" kelimesini vekilin, müvekkilin belirlediği fiyatın miktarı konusunda onun rızasına uygun hareket etmesi, vekilin müvekkile adem-i muvafakatını ise belirlenen fiyata göre alım satımı yapmamış olması yorumu oluşturmaktadır. Ancak anılan kelimelerden kastedilen bu değildir. Bilakis muvafakattan maksat, vekilin akdi müvekkilin istediği şekilde yerine getirmesidir. Muvafakat bu yorumuyla birinci meselede mevcuttur. Çünkü müvekkilin istediğinin bir kısmını yerine getirmekle onun verdiği emre uyulmuş olunur. İkinci meseledeki adem-i muvafakattan maksat ise vekilin, akdi icra etmede müvekkilin emrine uymamasıdır. Adem-i muvafakat bu yorumuyla ikinci meselede mevcuttur. Çünkü tek bir şeyi alması için emretmek, tek bir akit ve pazarlıkla o şeyle beraber başka bir şeyi almayı emretmek değildir. Yaptığımız bu açıklama ile Şeyh'in Ebû Hanîfe'ye yönelik itirazı temelden çökmüş olmaktadır.

"Müvekkilin emrettiğinin bir kısmını yapmak onun emrine muvafıktır." dememizin sebebi *el-Manzûme* şerhi *el-Hakâik*'in, vekâlet bölümünde Ebû Hanîfe'nin görüşlerini ihtiva eden şu ifadelerin şerhinde söyledikleridir: "Bir kimse vekiline 'Şu köleyi azat et!' dese ve vekil de kölenin yarısını azat etse, kölenin yarısı azat edilmiş olur. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise kölenin tamamı azat olur." Bir kimse kölesinin tamamını azat etmesi için birini vekil kılrsa, vekil de kölenin yarısını azat etse Ebû Hanîfe'ye göre kölenin yarısı hür olur. Zira vekil burada müvekkilin emrettiğinin bir kısmını yapmakla onun emrine muhalefet etmiş sayılmaz. Yarısı azat edilen kölenin, kıymetinin diğer yarısını da hürleştirmek için çalışması gerekir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise bu meselede kölenin tamamı azat olur ve kölenin çalışması gerekmez. Konunun geniş açıklaması *el-Mebsût*'ta zikredilmiştir."¹

1 Efsencî, *Hakâiku'l-Manzûme*, vr. 57a; Serahsî, *el-Mebsût*, XIX, 99.

[فاضل أمير] نقول: مبنى ما ذكره من الاعتراض على أبي حنيفة رحمه الله والجواب ثم رده وإظهار غاية الإشكال بأن قال «غاية الأمر إلى آخره» جعل قوله في المسألة الأولى للوفاق وفي المسألة الثانية فلا وفاق بمعنى موافقة المأمور الأمر في مقدار الثمن الذي سماه الأمر وعدم موافقته إياه في قدر الثمن. وليس المراد هذا بل يراد من الموافقة موافقة المأمور الأمر في إيقاع العقد على ما أمره الأمر بالإيقاع عليه. والموافقة بهذا المعنى موجودة في المسألة الأولى؛ لأن الإتيان ببعض ما أمر به ائتمار بالأمر المذكور وموافقة بالأمر. ويراد بعدم الموافقة في المسألة الثانية عدم موافقة المأمور الأمر في الإيقاع على ما أمر بالإيقاع عليه، وفي المسألة الثانية عدم الموافقة بهذا المعنى موجود؛ لأن الأمر بشراء شيء واحد لا يكون أمرا بشراء ذلك الشيء مع شيء آخر بصفقة واحدة فاندفع بهذا التوجيه ما أورده على الإمام رأسا.

وإنما قلنا: الإتيان ببعض ما أمره به موافقة بالأمر لما قال في حقائق المنظومة في كتاب الوكالة من مقالة النعمان عند شرح قوله: «لو قال: أعتقه وفي النصف فعَل فهو على النصف وقالوا: قد كمل»: «وكله بأن يعتق عبده كله فأعتق نصفه عتق النصف عنده؛ لأنه أتى ببعض ما أمر به فلم يكن مخالفاً وعلى العبد أن يسعى في نصف قيمته وعندهما كله يعتق ولا يسعى في شيء من المبسوط» انتهى.

el-Hakâik'ten yapılan bu alıntı ile iki mesele arasındaki fark anlaşılmış olmaktadır. Buna göre iki köleyi satın almakla vekil kılınan kimse, kölelerden birini zikredilen semenin yarısı ile satın aldığı anda satın alma sahih ve müvekkil adına geçerli olur. Ancak burada şu noktaya işaret edilmelidir:

5 Bahsedilen satın almanın sahih olması ve müvekkil adına geçerli olması iki köle, iki kumaş, iki kile buğday veya bölünmesi zarar vermeyen şeylerde geçerlidir. Buna mukabil tek bir köle veya tek bir elbiseyi satın alması için vekâlet verilmesi örneğinde olduğu gibi bölünmesi parçaların tamamına zarar veren ve aynı malda iki kişinin ortak olması gibi kusur sayılan şeylerde,

10 vekil yarısını satın alırsa, bu satın alma müvekkil adına sahih ve nâfiz olmayıp, kalan kısmının da satın alınmasına kadar mevkûf kalır. Şayet vekil, müvekkil akdi reddetmeden önce kalan kısmı da satın alırsa akit müvekkil adına nâfiz olur, yani işlerlik kazanır. Aksi hâlde vekil kendi adına satın almış sayılır. Dikkat çektiğimiz bu nokta pek çok muteber kitapta

15 açıkça ifade edilmiş olup metnin bir sonraki faslında ele alınacaktır.

el-Kâfi'de şöyle denilmektedir: “Bir kimse bir köle satın alması için birine vekâlet verse ve vekil, kölenin yarısını satın alsa -normalde satın alma mevkûf olmasa da- bu satın alma mevkûf olur. Zira satın alma, akdi yapan adına geçerlilik imkânı bulursa mevkûf olmaz. Buna mukabil kısıtlı köle ve

20 çocuğun, bir yetkilendirme olmadan başka birisi adına bir şey satın alması örneğinde akdin kendisi için satın alınan kimsenin onayına bağlı olması gibi, akit kendisini icra eden adına işlerlik kazanma imkânı yoksa mevkûf olur. Bizim meselemizde de durum böyledir. Çünkü vekilin, satın almak için vekil kılındığı şeyin yarısını satın almasında akit onun adına geçerli

25 olmaz. Zira akdin vekil adına geçerli olması, yaptığı akdin her açıdan müvekkilin emrine muhalif olması hâlinde söz konusu olabilir. Akit müvekkil adına da geçerli değildir zira vekil müvekkilin dediğine her açıdan uygun hareket etmemiştir. Bu nedenle akdin mevkûf olması gerektiğini söyledik. Konunun devamı *el-Kâfi*'de zikredilmiştir.

30 Yapılan bu ayrıntılı açıklama ile *el-Manzûme* ve şerhi *el-Hakâik*'te, bir köleyi azat etmesi için vekil kılınan kimsenin kölenin yarısını azat etmesi hâlinde kölenin ancak yarısının azat olacağı görüşü, bir şeyin bir kısmında tasarruf etmekle vekil kılınan kimsenin o şeyin tamamında tasarruf yapması için vekil kılınmasının câiz olduğu görüşüne itirazı da beraberinde getirmektedir.

وبهذا ظهر الفرق بين المسألتين وحصل منه أن المأمور بشراء عبدين إذا اشترى أحدهما بنصف الثمن المسمى يصح شراؤه وينفذ على الأمر، ولكن لا بد من التنبه على أن هذا النفاذ والصحة فيما لا يضر تبعضه كالأمر بشراء العبدین أو الثوبین أو المكيلین من البر أو غيره، وأما إذا كان الأمر بشراء شيء يضر تبعضه ويورث عيب الشركة فيه كالعبد الواحد أو الثوب الواحد واشترى المأمور بشراؤه بعضا منه فإن شراؤه لا يصح ولا ينفذ على الأمر بل هو يتوقف على شراء الباقي فإن اشترى باقيه قبل أن يرد الأمر البيع نفذ على الأمر وإن رد قبل شراء الباقي رد.

وهذا مما صرح به في أكثر المعتمرات وسيأتي في المتن أيضا في الفصل الآتي. وقال في الكافي: «ولو وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف وإن كان الشراء لا يتوقف؛ لأنه إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذا على العاقد أما إذا لم يجد نفاذا على العاقد فإنه يتوقف كالعبد والصبي المحجورين إذا اشترى شيئا لغيره بغير أمره فإنه يتوقف على إجازة المشتري له فكذا هنا؛ لأن شراء النصف الأول لم يجد نفاذا على الوكيل؛ لأنه إنما ينفذ عليه إذا كان مخالفاً فيه من كل وجه ولا على الموكل؛ لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف» إلى آخر ما في الكافي.

ومن هذا التفصيل وردّ الكلام على ما في المنظومة والحقائق حيث قالوا بصحة الإعتاق فيما وكل بإعتاق عبد فأعتق نصفه، وهذا قول بجواز تصرف الوكيل في البعض مأمورا بالتصرف في الكل

Zira tek köle, yarısında tasarrufta bulunulduğunda kalan kısmının zarar göreceği şeylerdendir. Kurala aykırı bu nakil ile ilgili tutarlılığı sağlamanın tek yolu, satın alma ile azat etmeyi emretme meselelerinin birbirinden farklı olduğunu söylemekten geçmektedir. Nitekim aşikâr olduğu üzere bir şeyi salimen satın almayı isteyen müvekkil aleyhine kusurlu olanı satın almanın nâfiz olmadığı hükmünün gerekçesi de bu iki şeyin birbirinden farklı olduğunu göstermektedir.

17. Vekilin, Lehine Şahitlik Edemeyeceği Kimselerle Alım Satım Yapması

[**Teshîl**] Ebû Hanîfe'ye göre alım satım konusunda vekil tayin edilen kişi, lehine şahitlik yapamayacağı kişilerle -töhmüt sebebiyle- akit yapamaz.¹ Ancak satımına vekil olduğu malı kıymetinden fazla bir bedelle satması, töhmüt ortadan kalkmış olacağı için câizdir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Böyle birisinden değerinden -aldanmış sayılmayacak ölçüde- daha az bir fiyata satın alması da Ebû Hanîfe'ye göre sahih olmalıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in yapmış olduğu bu çıkarım, kitaplarda rivâyet olarak sabit olmuştur, ancak zikrediliş tarzı onun sunduğu gibi değildir. Molla Ahî Çelebi, Sadruşşerîa'nın *el-Vikâye* şerhi üzerine yazdığı hâşiyesinde şöyle demiştir: "Bil ki vekilin, lehine şahitlik yapamayacağı kimselerle alım satım yapmasının sahih olmaması, müvekkilin vekâlet verirken 'Dilediğin kimselere satabilirsin.' dememesi hâlinde söz konusu olur. Müvekkil bu ifadeyi kullanmış olsa ve vekil satacağı malın kıymetinin misli ile veya daha fazla bir fiyatla satsa vekilin bahsedilen kimselere satması ittifakla câiz olur. Aynı şekilde bir şeyi satın almaka vekil olan kimse, malı kıymetinden daha az bir fiyatla almış olsa bu alım satımın câiz olduğu konusunda ihtilaf yoktur."² Diğer bir hâşiye yazarı Yakup Paşa ise şöyle demektedir: Bir şeyi satmaya vekil kılınan kimse, malı kıymetinden daha fazlaya; satın almaya vekil kılınan kimse de kıymetinden daha az bir fiyata satın almışsa yapılan akit ittifakla câizdir. *el-Hidâye* şerhlerinde de böyle denilmektedir.³

1 Lehine şahitliği kabul edilmeyen kimselerden maksat kişinin karısı, babası, annesi, evladı gibi kimselerdir.

2 Ahî Çelebi, *Zehiretu'l-Ukbâ*, vr. 328b.

3 Yakup Paşa, *Hâşiye alâ Şerhi'l-Vikâye*, vr. 158.

والحال أنه مما يضره التبعض فما عنه محيص إلا بأن يفرق بين الشراء والعتق في هذا الأمر على ما هو مقتضى تعليل عدم النفاذ في الشراء بلزوم نفاذ المعيب على الأمر الطالب للسالم كما لا يخفى.

١٧. عقد الوكيل مع من ترد شهادته له

٥ [التسهيل] الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له عند أبي حنيفة للتهمة كما في الشهادة إلا أن يبيعه بأكثر من قيمته.

[الشيخ بدر الدين] أقول: وكذا لو شرى منه بأقل من قيمته بما لا يتغابن فيه ينبغي أن يصح عنده أيضا.

١٠ [فاضل أمير] نقول: هذا مما ثبت بالرواية فليس طريق ذكره كما ذكره الشيخ قال مولانا أخي جلبي في حاشيته على صدر الشريعة: «واعلم أن الحكم بعدم

الصحة في البيع والشراء منهم مختص بما إذا لم يقل الموكل له: بع ممن شئت، حتى لو قال ذلك يجوز بيعه منهم اتفاقا، وبما إذا كان بمثل القيمة؛ فأما إذا كان

البيع بأكثر والشراء بأقل منها فلا خلاف في جوازهما». وقال المحشي يعقوب باشا: «وإن كان أكثر من القيمة في البيع وبأقل منها في الشراء جاز بلا خلاف كذا

١٥ في شروح الهداية» انتهى. فظهر منه أن ما أورده على أنه دراية منه ثابت رواية من أصحاب المذهب.

Yapılan bu alıntılardan anlaşılacağı üzere Şeyh'in kendi maharetiyle çıkartmış gibi sunduğu bu görüş, mezhep sahiplerinden rivâyet olarak sabit olmuştur. Ayrıca onun, satın almayı "aldanmış sayılmayacak ölçüde değerinin altında bir fiyata satın alması" şeklinde kayıtlaması şuna işaret etmektedir:

5 Bir şeyi satın almaya vekil kılınan kimse, bu malı lehine şahitlik yapamayacağı kimselerden satın alsa, verdiği para malın kıymetinden daha az olup söz konusu azlık insanların aldanacağı miktardaysa bu azlık malın kıymetinin misli hükmünde olur. Yani vekil malı kıymetiyle satın almış sayılır ve vekilin bu şartlarda onlardan satın alması câiz olmaz. Çünkü vekil malı bu durumda

10 lehine şahitliği kabul edilmeyecek kimselerden kıymeti ile satın almış olup böyle bir satım Ebû Hanîfe'ye göre câiz değildir. Sanırım Şeyh bu ayrıntıyı, fakihlerin "Az bir fiyatla aldanma *ez-Zehîre*'nin rivâyetine göre misli kıymetle yapılan muâmele ile aynı hükme tabidir." sözlerinden almıştır. Ancak fakihler nezdinde mutemet olan görüşe göre "kıymetinden daha az bir fiyata

15 alma" görüşü mutlak olup, vekilin anılan kimselerden malın değerinden daha aza alması, ister insanların aldanabilecekleri bir miktarda olsun isterse olmasın, her iki hâlde de câizdir. Nitekim Ahî Çelebi ve Yakup Paşa'nın hâşiyelerinde de bu hüküm bu şekilde açıklanmıştır.

Ebû Hanîfe ve öğrencileri arasında vekilin lehine şahitlik yapamayacağı kimselerle alım satım yapması konusundaki ihtilafın aynısı, mudâribin, lehine şahitlik yapamayacağı kimselerle alım satım yapması hakkında ve icâre bahsiyle sarf ve selem bahislerinde de caridir. Söz konusu meselelerin tamamı *Tebyînu'l-Hakâik*'te mezkûrdur.¹

18. Vekilin, Satmakla Yetkilendirildiği Malı Kendi Kölesine Satması

25 [Teshîl] Ebû Yûsuf ve Muhammed, vekil ile lehine şahitliğinin kabul edilmeyeceği kimseler arasında menfaatlerin kesilmesi ve mülklerin farklı olmasından dolayı değerinin dengiyle olması hâlinde vekilin, lehine şahitliğinin kabul edilmediği kişilerle yaptığı alım satıma cevaz vermişlerdir. Ancak vekil kendi kölesi ve mükâtebine satmışsa [menfaat birliği sebebiyle] yapılan akit câiz olmaz. Ebû Yûsuf ve Muhammed'den farklı olarak

30 Ebû Hanîfe'ye göre satın alma konusunda vekil olan kişi -mezkûr töhmet gerekçesiyle- beyan olmaksızın bu kimselerden murâbaha yoluyla bir şey satın alamaz.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, IV, 269-270.

ثم ما اعتبره من تقييد الأقل بما لا يتغابن إشارة منه إلى أن شراء الوكيل ممن ترد شهادته له إذا كان بأقل من قيمته ولكن كانت القلة يسيرة بحيث يتغابن فيها يكون مثل هذه القلة ملحقا بمثل القيمة ولا يجوز الشراء منهم؛ لأنه 'شرى بمثل القيمة وهو لا يجوز عنده وكأنه أخذه من قولهم: إن الغبن اليسير ملحق بمثل القيمة على رواية الذخيرة ولكن المعتمد الإطلاق في الأقل ٥ يعني أن يجوز الشراء منهم بأقل من قيمته سواء كان أقل يتغابن فيه أو لا يتغابن فيه على ما أفصح عنه ما في الحاشيتين المذكورتين.

ثم الاختلاف الواقع بين الإمام وبين صاحبيه في بيع الوكيل وشرائه ممن ترد شهادته له جار بعينه في بيع المضارب وشرائه ممن ترد شهادته له، وكذلك هذا الاختلاف الواقع في البيع والشراء جار في الإجارة ممن ترد شهادته له، وكذا عقد الصرف والسلم مع من ترد شهادته له والكل مذكور في التبيين. ١٠

١٨. بيع الوكيل من قنه

[التسهيل] وجوزاه بمثل القيمة لانقطاع المنافع وتباين الأملاك إلا في قنّه ومكاتبه، وكذا الشاري من هؤلاء لا يربح بلا بيان عند أبي حنيفة خلافاً لهما ١٥ لما مر من التهمة عنده لا عندهما.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Şahitlik konusundaki görüşleri Ebû Yûsuf ve Muhammed'in buradaki görüşleri açısından problem teşkil eder. Çünkü bu iki imam, bir kimsenin [baba, dede gibi yakınlarına] şahitlik etmesini reddederken menfaatlerinin birleşmesinden hareket ettiler ve orada Ebû Hanîfe ile aynı kanaati paylaştılar. Burada ise arada menfaat ilişkisi bulunmamasından hareket ettiler. Bu iki tutum arasında çelişki vardır. Buna şöyle cevap verilebilir: Şahitliğin reddi konusunda menfaatlerin birliği gerekçesi sadece Ebû Hanîfe'ye ait bir gerekçe olabilir; Ebû Yûsuf ve Muhammed'in gerekçesi ise menfaat birliğinin dışında bir şey olabilir. Belki de bu ikisinin gerekçesi, kendi çocuğuna veya başka bir yakınına menfaat sağlamayı amaçlama töhmetidir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in, ortaya koymuş olduğu probleme verdiği bu kadarlık bir cevapla Ebû Yûsuf ve Muhammed'in asıl kabul ettiği kuraldaki açık kapanmış olmaz. Çünkü bu cevaba şöyle itiraz edilebilir: Şayet şahitliğin kabul edilmesindeki mâni kişinin, kendi yakınlarına bir menfaat ulaştırma töhmeti ise buna münasip olan, lehine şahitlik yapamayacağı kimselerle yaptığı akdin câiz olmamasıdır. Zira oğlu ve benzeri yakınlarına menfaat sağlamayı amaçlama töhmeti, şahitte olduğu gibi vekilde de vardır. O hâlde şahitte var olduğu söylenen töhmet ile vekilde meydana gelecek töhmet arasındaki farkın ortaya konulması gerekir. Aslında ikisi arasındaki fark açıktır. Şöyle ki şahidin, yaptığı şهادetle kendi yakınlarına bir menfaat ulaştırma iradesi cihetinde varsayılan töhmet onun, aleyhine şahitlik yapacağı kimse hakkında yalan beyanda bulunduğu zannını oluşturur. Bu da söz konusu fihhi incelik sebebiyle şahitliğinin kabulüne mâni olur. Kâdîhân'ın, *el-Fetâvâ* adlı kitabının "töhmet sebebiyle şahitliği kabul edilmeyen kimseler"¹ başlığı altında rivâyet etmiş olduğu hadis de buna delâlet etmektedir.² Şهادet konusuna mukabil vekâlet meselesinde vekilin kendi oğlu ve benzeri yakınlarına menfaat sağlamayı amaçlamasının Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre akdin câiz olmamasını gerektirecek bir mahzuru yoktur. Çünkü vekilin bu yöndeki iradesi şayet satarken malın değerinden daha az satmakla veya satın alırken değerinden daha fazlasıyla satın almaya tesadüf etseydi yapılan akit müvekkile bir ihanet olarak değerlendirilebileceğinden mahzurlu olabilirdi.

1 Kâdîhân, *el-Fetâvâ*, vr. 234b.

2 Fâzıl Emîr'in Hz. Peygamber'den nakledildiğini ifade ettiği hadis şudur: "Babanın, evlad; kadının, kocası; kocanın, karısı; kölenin, efendisi; efendinin, kölesi; ortağın, ortağı, işçinin de işvereni lehine yaptığı şهادet makbul değildir."

[الشيخ بدر الدين] أقول: يرد عليهما الشهادة فإنهما قالوا: باتصال المنافع ثمة حيث اتفقا معه في رد الشهادة وبانقطاعها هنا وبينهما منافاة. ويمكن أن يجاب بأن القول باتصال المنافع ثمة يمكن أن يكون قول أبي حنيفة ويكون لهما دليل غيرهما كالتهمة بإرادة وصول المنفعة إلى ولده أو نحوه لا لاتصال المنافع بينهم. ٥

[فاضل أمير] نقول: بهذا المقدار من الكلام لا تنسد ثلثة أصل الإمامين؛ لأن لقائل أن يقول: إذا كان المانع من قبول الشهادة تهمة إرادة وصول المنفعة إلى ولده أو نحوه كان المناسب أن لا يجوز عقده مع من ترد شهادته له لهذه التهمة؛ لأن الاتهام بإرادة وصول المنفعة إلى ولده أو نحوه موجود في الوكيل كما وجد في الشاهد فلا بد من الفرق بين التهمة المذكورة كائنة في الشاهد وبينها حاصلة في الوكيل. والفرق بينهما بيّن؛ لأن اتهام الشاهد بهذه الإرادة يفضي إلى أن يظن بأنه أتى بقول كذب وغدر بالمشهود عليه وذا مانع عن القبول بهذا السر الفقهي. وبما ثبت عن رسول الله ﷺ من الحديث المروي عنه كما رواه الإمام قاضيخان في فصل من لا تقبل شهادته للتهمة. ١٠
وأما كون الوكيل متهما بإرادة وصول المنفعة إلى ولده أو نحوه فلا محذور فيه على ما ذهب إليه من الجواز؛ لأن تلك الإرادة لو اقترن بها البيع بأقل من القيمة أو الشراء بأكثر منها لكانت محظورة بأن تكون غدرا بالموكل ١٥

Yine burada oluşan töhmet akdin câiz olmasına mâni olurdu. Nitekim Ebû Yûsuf ve Muhammed de bu şekildeki bir akdin câiz olmadığını söylemektedir. Buna mukabil vekilin bu yöndeki iradesi, malı kıymeti ile satma ve satın alma şeklinde ortaya çıkmışsa, yabancı biri onunla akit yapmak isterken, onun kendi oğlu ve benzeri yakınları istifade etsin diye onunla ile akit yapmış olmasının bir sakıncası olmaz. Zira bu durumda müvekkile yönelik bir ihanet olmadığı için vekilin kendi yakınlarına fayda temin edeceği töhmeti akdin câiz olmasına mani olmamıştır. Yapılan bu açıklama ile Ebû Yûsuf ve Muhammed'in, söz konusu töhmeti, vekilin yaptığı akdin cevazına mâni saymamaları konusunda onlar lehine yapılan istidlal tamamlanmış oldu.

Ebû Hanîfe bu meselede evlat ile babası arasında mülkiyet her ne kadar ayrı olsa da birinin diğerinin malından yabancı birinin malına göre daha fazla faydalanması tarafını dikkate alarak vekilin, kıymetin misliyle de olsa lehine şahitlik yapamayacağı kimselere -vekil için hâsıl olan söz konusu fayda sebebiyle- satmasını câiz görmemiştir. *et-Tebyîn*'de Ebû Hanîfe'nin bu görüşüne "Evlat ile babanın mallarının ayrı olması bir başka açıdan aralarındaki menfaat birliğine mani değildir." denilerek işaret edilmiştir.¹

Bu meselede *el-Bedâi*'de zikredilen, pek az fakihin değindiği önemli bir nokta vardır. Kâsânî, vekilin, lehine şahitlik yapamayacağı kimselerle yaptığı akit konusunda imamlarımız arasındaki ihtilafı zikrettikten sonra bu noktaya şöyle değinmiştir: "Müvekkil vekâlet verirken 'Dilediğin gibi davranabilirsin.' veya 'Baban, evladın... gibi kimselere de satabilirsin.'" demiş olsa veya vekilin yaptığını onaylasa vekilin sözü edilen kimselere yaptığı satım ittifakla sahih olur. Vekilin, satmaya vekil kılındığı malı kendisi, küçük yaştaki evladı ve üzerinde başkalarına ait borç yoksa kölesi için satın alması ise câiz değildir."² Kâsânî bunları zikrettikten hemen sonra bir şeyi satın almak için vekil kılınan kimseler için de aynı hükmü ifade etmiştir.

19. Bir Şeyi Muhayyerlikle Satmaya Tevkîl Edilen Vekilin Muhayyerlik Süresini Azaltarak Satması (Mukayyet Vekâlet)

[**Teshîl**] Kendisine bir ay muhayyerlik şartıyla satma hususunda vekâlet verilen kimse, üç gün muhayyerlik şartıyla satım yapsa, satıcı için daha hayırlı olması sebebiyle bu akit câiz olur. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise bir aylık muhayyerliğin şart koşulması sahih olduğu için yapılan akit satıcı için hayırlı değildir; bu nedenle câiz değildir.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, IV, 270.

2 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, VI, 28.

وكان الاتهام مانعا عن جواز العقد وأبو يوسف ومحمد يقولان بعدم الجواز فيهما. وأما إذا كانت هذه الإرادة مفضية إلى العقد بمثل القيمة وكان عقده مع ولده أو نحوه بما أراد الأجنبي معاقده وقصد الوكيل تمتع ولده بالمبيع بما يتمتع به الأجنبي فلا بأس في هذه الإرادة؛ إذ لا غدر فيها بالموكل فلم يكن الاتهام بها مانعا عن جواز العقد. وبهذا تم الاستدلال من جانب الإمامين في جعلهما هذه التهمة غير مانعة عن الجواز في الوكيل.

وأما أبو حنيفة -رضي الله عنه- فقد نظر إلى أن الأملاك وإن كانت متباينة بين الولد والوالده ولكن كان تمتع أحدهما وانتفاعه بمال الآخر أكثر من انتفاعه بمال الأجنبي فقال بعدم جواز بيعه منه ولو بمثل القيمة اعتبارا بمجرد هذا النفع الحاصل للوكيل. ويشير إليه ما في التبيين من قوله: «وتباين الأملاك لا يمنع الاتصال من وجه آخر» انتهى.

وهنا مهمة قل من ذكرها وهي ما في البدائع حيث قال بعد تفصيل الاختلاف فيما عقد الوكيل مع من ترد شهادته له: «ولو عمم التوكيل فقال: اصنع ما شئت أو بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز بيعه منهم بالاتفاق. ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده إذا لم يكن عليه دين». وكذا قال في صورة الشراء بغير هذا.

١٩. حكم بيع الوكيل بالخيار بمدة أقل مما عينه الموكل (الوكالة المقيدة)

[التسهيل] وبيعه بخيار ثلاثة أيام وقد أمر بشهر جائز للخير، ولهما الشراء لصحة الشهر عندهما لا عنده.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre böyle bir satımın müvekkilin iznine bağlı, yani mevkûf sayılması uygun olacaktır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu hüküm hakkında “Mevkûf sayılması uygun olacaktır.” diyerek tereddüt etmeye gerek olmayıp akdin, mukayyet vekâlet konusunda sabit olan kural gereği Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre kesin olarak mevkûf olduğunu söylemek gerekir. Nitekim *el-Bedâi'*de şöyle denilmiştir: “Bir şeyi satmak maksadıyla verilen vekâlet ya mutlak vekâlettir ya da mukayyet vekâlettir. Şayet mukayyet vekâlet ise konulan kayıtlara icmâ ile riayet etmek gerekir. Hatta vekil, müvekkilin koyduğu kayda muhalefet ederse icra ettiği akit müvekkil adına nâfiz olmaz ve onun izni ve onayına bağlı olur.”¹ *Fusûlu'l-Îmâdi'*de ise şöyle denilmiştir: “Bize göre asıl şudur: İcra edildiği anda onay verme yetkisine sahip birisi varsa akit mevkûf olur. Buna mukabil onay verecek kimse yoksa akit, mevkûf değil bâtil olur.” *el-Bedâi'* ve *el-Fusûl*'de zikredilen bu iki kurala binaen, bu meselede akdin Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre müvekkilin onayına mevkûf olduğu anlaşılmıştır. Hatta zikredilen kurallardan sarfinazar ederek fakihlerin sadece “Bir kimse bir başkasının malını izni olmaksızın satsa, akdin geçerli olması için mal sahibinin onayı gerekir.” sözlerine bakılsa dahi yukarıdaki meselede hükmün, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre mal sahibinin iznine mevkûf olduğuna dair kesin kanaat hasil olur. Çünkü bu iki imama göre vekil, müvekkile yarar sağlamayacak şekilde onun emrine muhalefet etmişse yaptığı akit müvekkil lehine nâfiz olmaz. Hatta bu durumda vekilin, en azından fuzûlünün konumuna indigini söylemek mümkündür. Bilindiği gibi fuzûlünün yaptığı akit mevkûftur.

Yapılan bu tahlil ile anlaşıldığı üzere *Dürru'l-Bihâr* ve şerhinde “Bir kimse değerine ‘Bir ay muhayyer olmak şartıyla bu kölemi sat!’ dese ve vekil de sadece üç günlük muhayyerlik şartı ile satsa, akit Ebû Hanîfe'ye göre câiz; diğer iki imama göre ise câiz değildir. Zira buradaki vekâlet câiz bir satım için verilmiş olup, müvekkil mal üzerindeki mülkiyetinin bir ay boyunca zail olması şartıyla emretmişken vekil malı bir aydan önce elden gidecek biçimde satmak suretiyle müvekkilin emrine ona zarar verebilecek tarzda muhalefet etmiştir. Akdin geçerli olmaması bu sebeptedir. Hatta müvekkil üç gün muhayyer olması kaydıyla vekâlet verse ve vekil üç günden az muhayyerlik şartıyla satsa akit gerek Ebû Hanîfe gerekse diğer imamlar açısından câiz olmaz.”

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, VI, 27.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فينبغي أن يتوقف على إجازته عندهما.

[فاضل أمير] نقول: هذا مما لا ينبغي أن يتوقف فيه بل يجزم بالتوقف

عندهما بما ثبت من الأصل المقرر في الوكالة المقيدة حيث قال في البدائع:

«وأما الوكيل بالبيع؛ فالتوكيل بالبيع لا يخلو إما إن كان مطلقا وإما إن كان

مقيدا؛ فإن كان مقيدا يراعى فيه القيد بالإجماع حتى أنه إذا خالف قيده لا

ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على إجازته» إلى آخره. وبما قال في الفصول

العمادي: «الأصل عندنا: أن العقود تتوقف على الإجازة إذا كان له مجيز حال

العقد، وإن لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف وبطل» انتهى. فثبت بهذين

الأصلين كون الحكم التوقف على إجازة الموكل عندهما على أنا إذا قطعنا

النظر عن الأصلين المذكورين فبمجرد النظر فيما قالوا: ومن باع ملك غيره

بغير إذنه توقف على إجازته يحصل لنا الجزم بأن الحكم التوقف على إجازة

المالك عندهما؛ لأن هذا الوكيل إذا خالف إلى شر عندهما ولم ينفذ عقده

على الموكل فلا أقل من أن ينتزل هذا الوكيل إلى منزلة الفضولي والحكم في

الفضولي التوقف كما عرفت.

وبهذا ظهر أن ما قال في درر البحار وشرحه: «إذا قال له: يع عبدي هذا

على أني بالخيار شهرا فباعه على أن يكون له الخيار ثلاثة أيام جاز عند

أبي حنيفة وعندهما لا يجوز؛ لأنه توكيل ببيع جائز وقد أمره ببيع لا يزيل

ملكه إلى شهر وقد باعه بيعا يزيل ملكه قبل ذلك فقد خالف إلى شر فلا

يجوز حتى لو أمره بخيار ثلاثة أيام فشرط دونها لا يجوز عندهم» إلى آخره.

Bu alıntıda zikredilen akdin câiz olmamasından maksat, “Ebû Hanîfe’ye göre câizdir.” sözünün mukabilinden de anlaşıldığı üzere iki imama göre akdin müvekkil adına nâfiz olmamasıdır. Çünkü akdin müvekkil hakkında kati bir surette câiz olması, nâfiz olması anlamında gelip, müvekkil hakkında nâfiz olmaması onun icâzet ve onayına mevkûf olmasına mâni değildir.

Bir şeyi satmak üzere verilen mukayyet vekâlet hakkında *Kayduş-Şerâid ve Nazmu'l-Ferâid* adlı manzum fıkıh kitabının şerhinde gayet faydalı bir kural bulunmakta olup, fıkıh ilmi tahsil edenlere bir hatırlatma olması için onu burada zikretmek istiyorum. *Vasîtu'l-Muhît* adlı kitabın “bir şartla kayıtlanan vekâlet” bahsinde güzel bir kural gördüm ve *el-Mebsûr*’un telaffuz ettiğini musannifinin lafzıyla naklettim. Kuralın aslı şudur: Müvekkilin, satımda vekilin uyması için koyduğu şartlar şayet faydalı ise muteber olup, bunlara uyulması gerekir. Şayet faydalı değilse bu şartlara riayet etmek gerekmez. Bir açıdan faydalı olup başka bir açıdan faydalı değilse; müvekkil şartı nefyetmek suretiyle tekit etmişse muteberdir. Buna mukabil tekit etmemişse muteber olmaz. Zira müvekkilin tekit ederek şartı zikretmiş olması şartın mutlaka riayet edilmesi gerektiğine delâlet etmektedir.” Kitapta ayrıca bu kurala uygun örnekler verilmiştir.

20. Sulh Etme Vekâleti

[**Teshîl**] Şayet hata ile yaptığı müdiha¹ ve onun sirâyet edeceği yaralama sebebiyle beş yüz dirhemle sulh etmesi için birini vekil kılma ve ardından yara iyileşse Ebû Hanîfe’ye göre yaralı beş yüz dirhem yirmide birini -yani yirmi beş dirhemi- alır ve kalanını geri verir. Zira burada yapılan sulh, yaralama (şecce) ve cana karşılık yapılmıştır. Yaranın cana sirâyet edip ölümle sonuçlanmaması sebebiyle can için ayrılan pay düşer. Ebû Yûsuf ve Muhammed ise mağdurun beş yüz dirhem tamamlamayı alacağını söylemişlerdir. Çünkü yaralamadan sonra meydana gelebilecek sirâyetin zikredilmesiyle zikredilmemesi aynıdır. Nitekim vekâlet verirken “yaranın sirâyet etmesi” hususu zikredilmemiş olsaydı mağdur beş yüz dirhem hepsini alırdı; o hâlde zikredilmemesi hâlinde de hepsini almalıdır. Ayrıca bilindiği üzere şecceden dolayı sulh yapıp sessiz kalsa ve yaralı ölseydi bir şey gerekmecekti.

1 Şecce (çoğulu şicâc) yüz ve başa yönelik yapılan yaralamalar olup bıraktığı iz ve tesire göre on çeşit olarak değerlendirilmiştir. Bunlardan biri olan müdiha (الموضحة) yani kemiğin görüneceği şekilde yapılan yaralama olup, kasıt olması hâlinde mağdurun talep etmesi durumunda kısas, mağdurun kısastan vazgeçerek mâli tazminat (erş) istemesi hâlinde tam diyetin (yüz deve) yirmide biri gerekir.

المراد منه^١ لا ينفذ على الموكل عندهما بقرينة المقابلة بقوله: جاز عند أبي حنيفة؛ لأن الجواز فيه بمعنى النفاذ على الموكل قطعاً فلا ينافي عدم النفاذ على الموكل التوقف على إجازته.

ثم هنا ضابط مفيد في الوكيل بالبيع إذا كان مقيداً بقيد أوردته في شرح المنظومة المسماة بقيد الشرائد ونظم الفرائد أحببت ذكره هنا ليكون تذكرة ٥ لأرباب التحصيل وهو قوله: «ورأيت في وسيط المحيط في باب الوكالة بشرط ضابطاً حسناً ومن لفظ مصنّفه نقلت ما لفظه المبسوط أصله: أن شرط الموكل على الوكيل في البيع يعتبر إذا كان مفيداً ولا يعتبر إذا لم يكن مفيداً، وإن كان مفيداً نافعا من وجه ضاراً من وجه إن أكد بالنفي يعتبر وإن لم يؤكد لا يعتبر؛ لأن تأكّيده يدل على زيادة المبالغة في إيجاده» إلى آخر ما ذكره من الأمثلة. ١٠

٢٠. التوكيل على الصلح

[التسهيل] ولو وكله بالصلح عن موضحة خطأ وما يحدث منها بخمسمائة درهم فبرأت فله نصف عشر الخمسمائة وهو خمسة وعشرون درهماً ويروى الباقي عند أبي حنيفة؛ إذ قوبل الصلح بالشجّة والنفس فلما سلّمت النفس سقط حصتها، وقالوا: له كل الخمسمائة؛ إذ ذكر الحادّث وعدمه سواء ولو لم يُذكر الحادّث سلم له كل البدل فكذا إذا ذكر، ألا يرى أنه لو صلح عن الشجّة وسكت فمات لم يجب شيء.

١ وفي هامش أج: قوله: المراد منه لا ينفذ جملة اسمية وقعت خبر أن «في ظهر أن».

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Af meselesinde açıklandığı üzere Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre yaralının, kesilen elinden ötürü caniyi affetmesi yaranın sirâyetinden de affetmesi anlamına gelir. Bu sebeple yukarıdaki görüşün Ebû Hanîfe'ye göre değil bu iki imama göre sahih olması gerekir.

5 Ebû Yûsuf ve Muhammed'in burada verdikleri hükümlerle tutarsızlık arz eden "Kitâbu'l-Cinâyât" bölümünün "köle" bahsindeki hükmü orada zikrettik.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bedreddin, metinde geçen "Şecceden dolayı sulh yapıp sessiz kalsa..." şeklindeki Ebû Yûsuf ve Muhammed'e ait görüşleri desteklemek için sarf ettiği ifadeleriyle şecceden dolayı yapılan sulhun şecceden kaynaklanan ölüm gibi şeyler için de sulh olduğunu söylemek istemiştir. Bu tür sulhta "Şecceden kaynaklanan şeyler için de sulh ediyorum." demek ile bu ifadeyi kullanmamak arasında fark yoktur. Öyle ki şecceden dolayı sulh etse ve ardından yaralı kimse vefat etse Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre caninin diyet olarak ödemesi gereken başka bir şey

10 olmaz. Şecce ve onun sirâyet edeceği şeyler için sulh etse ve ardından yaralı iyileşse iki imama göre yaralıya ödenen bedelden bir şey istenmez. Bedreddin, söz konusu edilen bu hükmün Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre doğru olacağını ifade etmiş, Ebû Hanîfe'ye göre şecceden sulh edilmesi hâlinde "Şecce ve ondan kaynaklanacak şeyler için de sulh ediyorum." demekle

15 sadece "Şecce için sulh ediyorum." demenin eşit olmayacağını söylemiştir.

Sözü sevk ediş tarzından anlaşıldığı kadarıyla Şeyh metinde zikretmiş olduğu rivâyete itiraz etmektedir. Şöyle ki: Burada Ebû Yûsuf ve Muhammed'in vekâlet meselesinde verdikleri hükme istişhad için onlar adına zikredilen mesele, imamlarımız arasında ittifak edilen meselelerden olmadığı için bu görüş ile onlar adına istidlalde bulunmak uygun değildir. Şeyh'in itirazına karşılık şöyle demek mümkündür: Hakkında ihtilafın var olduğu bir meseleyi yine ihtilafı bir mesele için delil saymak ve onunla istişhad etmek, Hanefî mezhebini toparlayan Muhammed'in de yaptığı şeylerdendir. Molla Kuhistânî, kitabının azat bölümünde şöyle demektedir: "Muhammed, Ebû Hanîfe'ye karşı şöyle bir gerekçe zikretmiştir: Görülmez mi ki bir kimse erkek kölesine 'Bu benim kızımdır.' dese veya câriyesi için 'Bu benim oğlumdur.' dese köle ve câriye azat edilmiş olmaz. Bazı fakihler bu meselenin de imamlarımız arasında ihtilafı olduğunu söylemiştir. Muhammed pek çok defa sözü daha açık ve belirgin olan bir alana taşımak maksadıyla, kendisi ile diğer imamlar arasındaki ihtilafı bir konuyu yine

25

30

35

ihtilafı olan bir konu ile gerekçelendirmiştir."¹

1 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, s. 330.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يصح على قولهما لا على قول أبي حنيفة على ما يُبين في أن العفو عن نحو القطع عفو عى السراية عندهما لا عنده. وقد ذكرنا ما ينافيه في أواخر فصل المملوك من كتاب الجنائيات.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن ما ذكر في المتن من قوله: «ألا يرى أنه لو صالح عن الشجة» إلى آخره تنويرا لما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد من أن الصلح عن الشجة صلح عن موجبها، ولا فرق في الصلح عنها بين ذكر «وما يحدث منها» وبين عدم ذكره؛ حتى لو صالح عن الشجة ثم مات المشجوج لا يلزم على الشاج شيء من الدية عندهما. ولو صالح عن الشجة وما يحدث منها ثم برئت لا يلزم استرداد بعض البدل من المشجوج عندهما يصح^١ على قولهما لا على قول أبي حنيفة؛ لأن قوله: «فيما صالح عن الشجة» ليس التسوية بين ذكر «وما يحدث منها» وبين عدم ذكره.

فالظاهر من سوق كلام الشيخ الاعتراض على رواية المتن بأن ما ذكر من طرف الإمامين استشهدا به على قولهما في مسألة الوكالة ليس من المسائل الاتفاقية فلا يصلح أن يستشهد به. ويمكن أن يقال فيه: إن الاستشهاد بالمختلف على المختلف قد وقع عن جامع المذهب الإمام محمد. قال القهستاني في كتاب العتاق: «واحتج محمد على أبي حنيفة وقال: ألا يرى أنه لو قال لغلامه: هذه بنتي أو لجاريتته هذا ابني لم يعتق، قال بعض المشايخ: إنه على الخلاف أيضا وكثيرا ما استشهد محمد بالمختلف على المختلف والغرض نقل الكلام إلى الأوضح» انتهى.

١ وفي هامش أ: قوله: «يصح على قولهما» خبر أن في قوله: إن ما ذكر في المتن، منه.

Şeyh'in buradaki sözlerinde bir sertlik görülmektedir. Çünkü onun buradaki sözünün esası, Ebû Hanîfe'nin aksine Ebû Yûsuf ve Muhammed'in 'El kesmeden dolayı caniyi affetmek, kesmeden kaynaklanan sirâyeti -yani kesmenin ölümüne yol açması durumunu- affetmek anlamına gelir.' şeklinde
 5 verdikleri hükme itiraz etmek veya bu görüşü gerekçelendirmektir. Nitekim kendi sözlerinden de bu anlaşılmaktadır. Bizim şu an konuştuğumuz mesele ise şecceden dolayı sulh etmek olup caniyi affetmek değildir. Dolayısıyla Şeyh'in burada yapması gereken, şecceden dolayı sulh etmenin şecceyi affetmek gibi olduğunu, Ebû Hanîfe ile öğrencileri arasındaki şecceyi
 10 affetme konusundaki ihtilafın tüm ayrıntılarıyla şecceden dolayı sulhtaki afta da geçerli olduğunu beyan etmek, ardından da -aşikâr olduğu üzere- sonraki sözlerini bu beyan üzerine bina etmek olacaktır.

Şecceden dolayı sulh etmenin hükmü affetmenin hükmü gibidir. Nitekim Kâsânî *el-Bedâi'*de öldürme, yaralama, başa ve yüze yönelik yaralama
 15 ile diğer cinâyetleri affetme ile ilgili hükümleri, imamlarımız arasındaki ihtilafın ayrıntılarıyla birlikte açıkladıktan sonra şöyle demiştir: "Bu meselede affetmek yerine kesmeden veya yaralamadan dolayı bir mal üzerine sulh yapılırdı, yine affetme konusunda zikrettiğimiz hükümler geçerli olurdu. Yani sulh hangi lafızlarla yapılmış olursa olsun, yaralı daha sonra iyileşse sahihtir. Söz konusu kesme ve yaralamanın kasden olması ile
 20 hata yoluyla olması hüküm bakımından birdir. Çünkü sulh sabit olan bir hak sebebiyle yapılmıştır; bu sebeple de sahihtir. Şayet el kesme sebebiyle sulh yapıldıktan sonra yara vücuda sirâyet etse bakılır: Sulh şayet 'yaralama (جراحة)' ve 'yaralamadan kaynaklanan şeyler için' şeklindeki bir lafızla yapılmışsa yine sahihtir. Zira -denildiği gibi- sulh sabit olan bir hak sebebiyle
 25 yapılmış olup o hak da kısastır. Sadece 'yaralama' denilip 'Yaradan sirâyet edecek şeyler üzerine de sulh yapıyorum.' denilmeden yaralı ölmüşse, Ebû Hanîfe'ye göre sulh geçersiz olur ve yaralama kasıtlı olarak yapılmışsa caninin malından diyet verilmesine, şayet hata yoluyla olmuşsa sulh bedelinin geri iadesine ve diyetin tamamının âkile tarafından ödenmesine
 30 hükmedilir."¹ Kâsânî'nin bu konuda zikrettikleri bundan ibaret olup, yine aynı kitabın "kisasın kendisi ile düştüğü şeyler" başlığı altında da önemli açıklamalar yapmıştır. Affetme ve sulhun hükümleri konusunda ayrıntılı ve doyurucu malumat almayı istersen oraya müracaat edebilirsin.²

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, VII, 249.

2 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, VII, 246.

وفي كلام الشيخ نوع حزاظة؛ لأن مبنى كلامه هنا اعتراضاً أو توجيهها كون العفو عن نحو القطع عفواً عن السراية عندهما لا عنده كما رأيت في أثناء كلامه. والمسألة فيما نحن فيه مسألة الصلح عن الشجة لا العفو عنها فكان عليه أن يبين أن الصلح عن الشجة كالعفو عنها والخلاف الذي كان بينه وبين صاحبيه في العفو عن الشجة جارٍ بالتفصيل المذكور في العفو في الصلح عنها ثم يبيِّن ٥ كلامه المذكور عليه كما لا يخفى.

والصلح فيها كالعفو عنها لما قال في البدائع بعد بيان العفو عن القتل أو الجراحة أو الشجة أو الجنابة على تفصيل الخلاف الواقع في العفو: ولو كان مكان العفو صلح بأن صالح من القطع أو الجراحة على مال فهو على التفصيل الذي ذكرنا؛ أنه إن برئ المجرور فالصلح صحيح بأي لفظ كان وسواء كان ١٠ القطع عمداً أو خطأ؛ لأن الصلح وقع عن حق ثابت فيصح. وإن سرى إلى النفس؛ فإن كان الصلح بلفظ الجنابة أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها فالصلح صحيح أيضاً؛ لأنه صلح عن حق ثابت وهو القصاص، وإن كان بلفظ الجراحة ولم يذكر «وما يحدث منها» فعند أبي حنيفة -رضي الله عنه- لا يصح الصلح ١٥ وتؤخذ الدية من ماله في العمد، وإن كان خطأ يزُدُّ بدل الصلح ويجب جميع الدية على العاقلة. هذا ما ذكره في فصل: وأما بيان ما يسقط به القصاص في كتاب القصاص من بدائع الصنائع وإن شئت الاطلاع على التفصيل المشبع في العفو والصلح فراجع.

Şeyh “Buna aykırı olan hususları ‘Kitâbu’l-Cinâyât’ bölümündeki ‘köle’ bahsinde zikrettik, oraya bakılsın.” sözleriyle şunu kastetmektedir: Ebû Yûsuf ve Muhammed’in şecce sebebiyle sulh etmek, şeccenin sebep olduğu şeyler için de sulh etmektir. Öyle ki bir kimse şecce sebebiyle sulh edip “Şecce-
5 den kaynaklanacak şeyler için de sulh ediyorum.” demese dahi can için de sulh etmiş sayılır. Buna binaen “Yaralı vefat etse yapılan sulh bâtil olmaz ve caninin bir şey ödemesi gerekmez.” şeklindeki görüşleri, köle bahsinde zikredilen “bir kölenin hür bir insanın elini kasden kesmesi ve kölenin efendisinin, onu eli kesilene teslim ettikten sonra eli kesilen kimsenin köle-
10 yi özgürleştirmeden önce ölmesi” konusundaki görüşleriyle çelişmektedir. Çünkü iki imam bu meselede eli kesilenin ölmesi hâlinde kesilen el için yapılan sulhun bâtil olacağını söylemektedirler.

Bu meselenin ele alınacağı bölümde Allah’ın tevfiik ve inâyetiyle Şeyh’in Ebû Yûsuf ve Muhammed hakkında iddia ettiği çelişki ve tutarsızlığı gide-
15 recek açıklamalar yapacağız.

21. Vekilin İrtidat Etmesi hâlinde Vekâletin İptal Olması

[**Teshîl**] Müvekkilin dinden çıkmış olarak dârulharbe iltihak etmesi Ebû Hanîfe’ye göre vekâleti iptal eder. Ebû Yûsuf ve Muhammed, ileride mürtedin tasarrufları konusundaki ihtilaf ele alınırken açıklanacak gerek-
20 çelerden ötürü, mahkeme müvekkilin dârulharbe iltihak ettiğine dair karar vermişse vekâletin bâtil olacağını söylemişlerdir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Ebû Hanîfe’ye nispet edilen görüş tartışılabilir. Çünkü mürted dârulharbe iltihak edip hâkim henüz iltihakına karar vermeden Müslüman olarak geri dönerse Ebû Hanîfe’ye göre Müs-
25 lümanlığı devam eder. O hâlde ona göre mürtedin vekâleti ve diğer tasarrufları nasıl olur da iltihakına hükmedilmeden önce bâtil olur? Bana göre mudârebe akdi de vekâlet gibi bâtil olmalıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh’in burada yaptığı itiraz, kendisinin bazı kitaplardaki bir rivâyeti esas alarak metinde tercih ettiği görüşe yöneliktir.
30 Bu rivâyete göre vekâlet, müvekkil bakımından, müvekkilin mürted olarak dârulharbe iltihak etmesiyle bâtil olurken, vekil bakımından iltihaktan sonraki mahkeme kararına bağlıdır. Bundan anlaşıldığı üzere Ebû Hanîfe’ye göre vekâlet, müvekkilin dârulharbe iltihak etmesiyle -mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın- bâtil olmaktadır. Şeyh bu rivâyeti esas almış ve itirazını bu rivâyete yöneltmiştir.

ثم ما ذكره الشيخ بقوله: «وقد ذكرنا ما ينافيه» فيريد منه ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد من أن الصلح عن الشجة صلح عن موجبها حتى لو صلح عنها ولم يذكر «ما يحث منها» كان صلحا عن النفس؛ فلو مات المشجوع بعد هذا الصلح لا يبطل الصلح ولا يلزم الشاج شيء منتقض بما يأتي في أواخر فصل المملوك من مسألة قن قطع يد حر عمدا فدفع إلى المقطوع ولم يحرره المقطوع^٥ ومات؛ لأنهما قالوا في هذه المسألة ببطلان الصلح عن القطع بموت المقطوع. وقد نقلنا فيما يجيء في الفصل المذكور ما به يندفع المنافاة والانتقاض بتوفيق الله الملك الفياض.

٢١. بطلان الوكالة بردة الوكيل

[التسهيل] ولحقوق الموكل مرتدا مبطل عند أبي حنيفة، وقالوا: يبطل لو حكم بلحاظه لما يجيء في تصرفات المرتد من الخلاف.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فيما نسب إلى أبي حنيفة نظر؛ إذ المرتد إذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كان لم يزل مسلما عند أبي حنيفة أيضا فكيف يبطل عنده توكيله؟ إلى قوله: فأقول: الظاهر عندي أن المضاربة ينبغي أن يكون كالوكالة تبطل.^{١٥}

[فاضل أمير] نقول: هذا الإيراد منه متوجه على ما اختاره في المتن أخذنا من رواية بعض الكتب من أنه قال في الموكل: وتبطل الوكالة بلحاظه مرتدا وفي الوكيل: تبطل بحكم بلحاظه مرتدا ففهم منه أن بطلان الوكالة يكون بنفس لحاق الموكل عند أبي حنيفة - رحمه الله - بلا حكم باللحاق فأورد عليه ما أورده.

Muteber fıkıh kitaplarının konu ile ilgili ibarelerinden anlaşıldığına göre bu meseledeki problemi ortadan kaldıracak yaklaşım şudur: “Vekâlet müvekkilin dârulharbe iltihak etmesiyle bâtil olur.” diyenlerin bu sözden kasıtları, butlanın hâkimin iltihak kararıyla olmasıdır. Ebû Hanîfe, vekilin 5 iltihakı ile müvekkilin iltihakı arasında fark gözetmemiş, her ikisinde de vekâletin butlanının hâkimin iltihak kararıyla olacağını söylemiştir. Nitekim *et-Tebyîn*'de şöyle denilmektedir: “Müvekkilin irtidat ederek dârulharbe iltihak etmesi ifadesinden maksat, hâkimin bu iltihaka hükmetmiş olmasıdır. Zira iltihak ancak hâkimin hükmü ile sabit olabilir. Hâkim 10 buna dair hükmetmişse vekâleti icmâ ile bâtil olur.”¹ Allâme *el-Îzâh'ta* şöyle demektedir: “Müvekkilin dârulharbe iltihak etmesinden maksat, bu durumun hâkimin hükmü ile sabit olmasıdır.”²

İltihaktan maksadın hâkimin buna dair hükmetmesi olduğuna *el-Kenz*, *el-Vikâye*, *el-Kâfi* ve *el-İslâh* gibi muteber fıkıh metinleriyle şerhlerde zikredilen ibareler delâlet etmektedir. Fakihler şöyle demiştir: Vekâlet, vekil veya 15 müvekkilden birinin ölmesiyle, taraflardan birinin sürekli akıl kaybıyla ve vekil veya müvekkilden birinin irtidat ederek dârulharbe iltihak etmesiyle bâtil olur. Metinde geçen “lihâkihi (لحاقه)” kelimesindeki zamir, vekil veya müvekkilden birine dönmektedir. Ayrıca vekile izafe edilen iltihak, kat'î bir 20 surette hâkimin iltihaka hükmetmesi anlamındadır. Çünkü fakihler vekilin dârulharbe iltihak etmesiyle vekâletin bâtil olacağına dair hükmün, ancak hakimin buna dair kararından sonra olacağı hususunda ittifak etmişlerdir. O hâlde müvekkile izafe edilen iltihak da hâkimin buna dair hükmetmesi anlamındadır. Çünkü aşikâr olduğu üzere onlardan birine izafe edilen iltihaktan 25 maksadın, müvekkile nispeten iltihakın bizatihi kendisi, vekile nispeten de iltihaka hükmetme olduğunu söyleme imkânı yoktur. Zira usûlcü ve dilcilere göre tek bir lafızla tek bir kullanımda hem mecâz hem de hakiki anlamın kastedilmesi câiz değildir. Nitekim Sadruşşeria *et-Tavzîh* adlı eserinde “tek bir lafızda hem hakiki anlamın hem de mecâz anlamın kastedilmeyeceği 30 meselesi”³ diyerek bu hükme değinmiştir. Biz burada büyük fakihlerin ibarelerinde zikredilen ‘iltihâk’ kelimesinin mecâz anlamıyla, hâkimin iltihaka dair hükmetmesini kastediyoruz. Zira bu anlam Zeylaî'nin dediklerinden de anlaşıldığı üzere ‘lihâk’ lafzının vaz'î anlamının gereğidir. Çünkü kişinin dârulharbe iltihak etmesi ancak hâkimin hükmüyle sabit olmaktadır.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, IV, 288.

2 İbn Kemâl, *el-Îzâh*, II, 240.

3 Teftâzânî, Sa'düddin Mes'ûd b. Fahrüddin (ö. 792/1390), *et-Telvîh ale't-Tavzîh*, Beyrut ty., Dârul-Kütübü'l-İlmiyye, I, 122.

ولكن كان الوجه الظاهر القاطع لمادة الإشكال على ما يستفاد من عبارات
المعتبرات: هو أن المراد من قول من قال: وتبطل بلحاق الموكل البطلان بحكم
الحاكم بلحاظه فلم يفرق الإمام بين لحاق الوكيل وبين لحاق الموكل وكان
قوله فيهما بطلان الوكالة إن حكم باللحاق في كل منهما لما قال في التبيين:
والمراد «بلحاظه بدار الحرب مرتدا» أن يحكم الحاكم بلحاظه؛ لأن لحاقه لا يثبت
إلا بحكم الحاكم فإذا حكم به بطلت الوكالة بالإجماع انتهى. وقال العلامة في
الإيضاح: «والمراد بلحاظه ثبوته بحكم الحاكم» انتهى.

ويدل على أن المراد من اللحاق حكم الحاكم به ما وقع في المعبرات
من المتون والشروح من أن في الكنز والوقاية والكافي والإصلاح قالوا: وتبطل
الوكالة بموت أحدهما وجنونه مطبقا ولحاظه بدار الحرب مرتدا فلا شك في
أن ضمير «لحاظه» راجع إلى أحدهما وأن اللحاق المضاف إلى الوكيل بمعنى
الحكم باللحاق قطعاً؛ لأنهم متفقون على أن البطلان في لحاق الوكيل ما كان
إلا بأن يحكم بلحاظه فلزم منه أن يكون في اللحاق المضاف إلى الموكل بمعنى
الحكم بلحاظه أيضاً؛ لأن من البين أنه لا مجال لأن يراد باللحاق المضاف إلى
أحدهما نفس اللحاق بالنسبة إلى الموكل والحكم باللحاق بالنسبة إلى الوكيل؛
لأن إرادة المعنى الحقيقي والمعنى المجازي من لفظ واحد في إطلاق واحد
مما لا يجوز عند الأدباء وأئمة الأصول كما قال في التوضيح: «مسألة: لا يراد
من اللفظ الواحد معناه الحقيقي والمجازي معاً» إلى آخره. ونحن نريد بالمعنى
المجازي للفظ اللحاق الواقع في عبارات هؤلاء الفحول: كونه بمعنى حكم
الحاكم باللحاق؛ لأن هذا المعنى لازم المعنى الوضعي للفظ اللحاق على ما فهم
من قول الزيلعي؛ لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم إلى آخره.

Molla Hüsrev bu meseleyi gayet güzel bir şekilde ele alıp, fıkıh kitaplarının ibarelerinde zikredilen zamirden maksadın ne olduğunu *el-Gurer* ve *ed-Dürer* adlı kitabında şöyle ortaya koymuştur: “Vekil, dârulharbe iltihak ettiğine hükmedilmesiyle vekâletten azledilir. Yani vekil veya müvekkilden birisi dârulharbe iltihak eder ve buna dair hâkim hüküm verirse vekâlet bâtil olur.”¹ Yapılan bu açıklama ile Molla Kuhistânî'nin, *el-Vikâye*'nin muhtasarı olan *en-Nükâye*'ye yazdığı şerhteki ifadelerinde aynı basireti gösteremediği ortaya çıkmaktadır. Kuhistânî şöyle demiştir: “...Vekâlet, vekil veya müvekkilin dârulharbe iltihakı ile de bâtil olur. ‘Lihâk’, lam harfinin kesresi ile hâkimin hükmü olmasa bile vekil veya müvekkilden birinin irtidat ederek dârulharbe ulaşmasıdır. Ebû Yûsuf ve Muhammed’e göre ise vekâlet ancak hâkimin iltihaka dair hükmetmesiyle bâtil olur.”²

Yine Şeyh'in ikinci olarak vekilin dârulharbe iltihak edip, hâkimin buna hükmetmesiyle vekâletin bâtil olacağı hükmü ile, mudârebe bahsinde mudâribin irtidat ederek dârulharbe iltihak edip hâkimin buna hükmetmesiyle mudârebe akdinin bâtil olmadığı hükmü arasında çelişki bulunduğunu söyleyerek itiraz etmesi, bu konuda az düşünmesinden ve âlimlerin yazdıklarına vukufiyetinin azlığından kaynaklanmıştır. Zira fakihlerin mudârebe bahsinde söyledikleri irtidat eden mudâribin tasarruflarının mücerret iltihak ile bâtil olmayacağı iken, vekâlet bahsinde söyledikleri ise irtidat eden vekilin tasarruflarının dârulharbe iltihakına hükmedilmesinden sonra bâtil olacağıdır. Hatta mürted olan mudâribin dârulharbe iltihakına hükmedilmesi hâlinde vekâletin bâtil olması gibi mudârebe de bâtil olur. Dolayısıyla bu mesele, daha önce vekâletin ancak dârulharbe iltihaka hükmedilmesinden sonra bâtil olacağına dair söylediğimiz hükme raci olmaktadır. *el-Bedâi*'de şöyle denilmiştir: “Mudârib irtidat hâlinde iken ölse veya irtidat sebebiyle öldürülse mudârebe akdi bâtil olur. Çünkü irtidat sürecinde ölmesi irtidattan önce ölmesi gibidir. Aynı şekilde dârulharbe iltihak etse ve buna dair hükmedilse de durum aynıdır. Zira tasarruflarının geçersiz olması noktasında hâkimin buna dair hükmü, vekilin/müvekkilin ölmesi hükmündedir.”³

1 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 294.

2 Kuhistânî, *Câmi'ür-Rumûz*, s. 484.

3 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi*, VI, 112.

وقد أبدع مولانا الفاضل ملا خسرو حيث أبرز ما هو المضمير المراد في عبارات سائر المتون وقال في الغرر والدرر: «وينعزل بالحكم بلحوقه أي لحوق أحدهما بدار الحرب» إلى آخره. وبهذا البيان قد ظهر أن المولى الفاضل القهستاني لم يكن على بصيرة فيما ذكره في هذا المقام حيث قال في شرحه لمختصر الوقاية: «ولحاقه بالكسر أي وصول أحدهما بدار الحرب حال كونه مرتدا وإن لم يحكم القاضي باللحاق، وقالوا: يبطل به إن حكم به» انتهى.

ثم ما أورده ثانيا بأن ما ذكر هنا من أن الوكيل إذا لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه تبطل وكالته مناف لما سبق في المضاربة من أن المضارب إذا لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه لا تبطل بالمضاربة فناشئ من قلة التأمل في هذا المقام وعدم التصفح في ركوزات العلماء العظام^١؛ لأن ما قالوا في المضاربة هو عدم بطلان تصرفات المضارب المرتد بنفس اللحاق، وما ذكر في الوكالة هو بطلان تصرفات الوكيل المرتد بالحكم باللحاق حتى لو قضي بلحاق المضارب المرتد تبطل المضاربة أيضا كبطلان الوكالة فآل الأمر إلى ما أسلفناه من أن الوكالة لا تبطل إلا بالحكم باللحاق حيث قال في البدائع: «وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة؛ لأن موته في الردة كموته قبل الردة، وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضي بلحاقه؛ لأن رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه» انتهى.

Şayet mudârebe akdi mudâribin irtidat ederek dârulharbe iltihak etmesiyle ve hâkimin buna dair hükmü ile bâtil oluyorsa, fakihlerin mudârebe bölümünde “Mudârebe akdi mal sahibinin mürted olarak dârulharbe iltihak etmesiyle bâtil olurken, mudâribin mürted olarak dârulharbe iltihak etmesiyle bâtil olmaz. Zira mudâribin geçerli olacak bir ibaresi vardır.” sözlerinin ne anlama geldiği sorusuna şöyle cevap verebiliriz: Bu ifade şu anlama gelmektedir: Sermaye sahibi irtidat ettikten sonra mudârib tasarruf etmiş olsa, Ebû Hanîfe'ye göre mudâribin tasarrufları mevkûf olur. Çünkü mudârib sermaye sahibi adına tasarruf ettiği için bu durumda sermaye sahibinin bizzat kendisi tasarruf etmiş hükmünde olur. Ebû Hanîfe'ye göre irtidat eden sermaye sahibinin tasarrufları mevkûf olduğu gibi onun adına tasarruf edenin tasarrufları da mevkûftur. Sermaye sahibi sonraki süreçte tekrar İslam'a dönerse mudârebe akdinde mevkûf olan tasarruflar nâfiz olur yani işlerlik kazanır.

Şayet mürted olarak ölürse veya dârulharbe iltihak edip hâkim de buna dair hüküm verirse, mevkûf tasarruflar bâtil hâle gelir. İrtidat eden kişi mudârib olursa, mudârebe akdi imamlarımızın ittifakıyla olduğu gibi kalır, yani mudâribin tasarrufları mevkûf olmaz. Öyle ki mudârip bir mal satın alsa ve kar veya zarar ederek bu malı satsa, sonra irtidat ettiği için öldürülse veya ölse ya da dârulharbe iltihak etse, yapmış olduğu tasarrufların tamamı câiz olur ve elde edilen kâr akitte kararlaştırılan şartlara göre aralarında pay edilir. Zira bu hâldeki mudârib sahih bir ibareye sahiptir. Zira ibaresinin geçerli sayılması, insan olması ve temyiz gücüne sahip olmasından neşet etmiş olup irtidat etmesiyle bu iki özelliği zail olmamıştır. Sahih bir ibareye sahip olmak, vekâlet akdinin sahih olabilmesinin esasıdır. Mürtedin tasarruflarının mevkûf olması, vârislerin hakkının bu mala taalluk etmesi sebebiyledir. Oysa mudâribin vârislerinin sermaye sahibinin malında bir hakları olmadığı için onun tasarrufları mevkûf olmaz ve mudârebe akdi devam eder.

Yaptığımız bu açıklama, fakihlerin “Mudârebe akdi sermaye sahibinin irtidat edip dârulharbe iltihak etmesiyle bâtil olur. Mudâribin mürted olarak dârulharbe iltihakı ile bâtil olmaz.” şeklindeki sözlerinin tahlili konusunda güzel bir gerekçelendirmedi.

Bu tahlil ve problemi çözmeye konusundaki fikir berraklığına, ancak muteber fıkıh kitaplarına kâmil bir şekilde muttali olup, özellikle de *el-Hidâye*'nin *el-İnâye*¹ şerhinin yardımıyla ulaştık.

1 Bâbertî, *el-İnâye*, VIII, 489-492.

فإن قلت: إذا كانت المضاربة باطلة بلحاق المضارب بدار الحرب مرتدا
 وحكم الحاكم باللحاق فما معنى قولهم في كتاب المضاربة: وتبطل بلحاق
 المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل
 المضاربة؛ لأن له عبارة صحيحة؟ قلنا: معناه أن رب المال إذا ارتد وتصرف
 مضاربه بعد ارتداد رب المال تتوقف تصرفات المضارب عند أبي حنيفة -رحمه
 الله-؛ لأن المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه
 موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له؛ فإن أسلم رب المال نفذت تصرفات
 المضارب^١ الموقوفة، وإن مات على رده أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه
 بطلت التصرفات الموقوفة.

وأما إذا ارتد المضارب فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا يعنى لا
 تتوقف تصرفاته حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على رده أو مات
 أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما
 شرطا؛ لأن له عبارة صحيحة؛ لأن صحتها بالأدمية والتمييز ولا خلل في ذلك
 والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة. وتوقف تصرف المرتد بتعلق حق الوارث
 ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة.

وهذا هو التوجيه البديع في حل ما قالوا: تبطل المضاربة بلحاق رب المال
 بدار الحرب مرتدا لا بلحاق المضارب بها مرتدا.

وما حصل لنا هذا الحل والانشراح إلا بالتصفح الكامل في معتبرات الفن
 خصوصا بمعونة بالغة من عناية الهداية.

22. Sadaka Vekâletinde Vekilin Tasarruflarının Sınırı

[**Teshîl**] Bir kimse diğerine “Malımın üçte birini dilediğin yere koy!” dese vekil vasiyet edilen bu malı kendisi için de alabilir. Zira “koyma” işi bir kişiyle gerçekleştirilebilir ve karşı tarafın kabulüne ihtiyaç göstermez. Buna mukabil vekâlet veren kimse “Dilediğin kişiye teslim (def) et!” veya “Ver!” veya “Sarf et!” dese, vekil bu malı kendisine tahsis edemez.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu hükmün, sadaka ve benzeri hususlarda da geçerli olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in burada söylediklerinin esasını, *Câmi'ül-Fusûleyn*'in onuncu faslında *el-İzâh* sahibi Ebu'l-Fadl el-Kirmânî'ye sorulan “Bir şeyi satmaya ikrah edilen şahıs, müşteri ile pazarlık yapsa, pazarlık yapması onun bu satıma onay verdiği delâlet eder mi?” sorusunu naklettikten sonra söylediği şu sözleri oluşturur: “Bu ifade, delil¹ ile amel etmenin câiz olduğuna delâlet etmektedir.” Şeyh bu sözleri ile şu meseleyi kastetmektedir: Bir kimse malının üçte birini dilediği veya sevdiği yere koyması veya dilediği ya da sevdiği yere ait kılması için birine vasiyet etse Ebû Hanîfe'den sabit olan rivâyete göre vekil dilerse bu malı kendisi için de alıkoyabilir. Buna mukabil malı dilediği kimseye teslim etmesi veya sarf etmesi ya da vermesi için vasiyette bulunsa o kişi bu malı kendisi için alamaz.

Muhammed, bir kimseye sadakalık mal verilip “Bunu dilediğin yere koy!” veya “İstedüğün yere koy!” denilmesi hâlinde Ebû Hanîfe'den vasiyet meselesinde nakledilen rivâyete binaen vekilin malı kendi şahsı için sarf etmesinin câiz olduğunu ifade etmiştir. Zira Ebû Hanîfe'den nakledildiğine göre koyma (الوضع) ve kılma (الجعل) fiillerini vekil kendi şahsı ile yapabilir ve bu fiiller bir başkasının kabulüne muhtaç olmadığından tek bir kimse ile meydana gelir. Buna göre Muhammed koyma ve kılma lafızları ile sadaka verilmesine dair vekâleti, câizlik delili noktasında müşterek oldukları için bu iki lafızdan biri ile olan vasiyet meselesi üzerine bina etmiş, sadakanın teslim etme, sarf etme ve verme fiilleri olması konusuna değinmemiştir. Buna binaen söz konusu lafızlarla vekâlet verilmesi hâlinde vekilin, malı kendi şahsı için almasının câiz olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.

1 Burada kastedilen delilden maksat karinedir. Yani malını satmaya zorlanan şahsın müşterileri pazarlık etmesi bu akde razı olduğuna dair bir karine teşkil etmektedir. Aynı şekilde bir araziye komşu olduğu için şuf'a hakkı olan şuf'adarın müşteri ile pazarlık etmesi şuf'a hakkından vazgeçmesine delâlet etmektedir.

٢٢. حد تصرف الوكيل بالتصدق

[التسهيل] وقال: ضَعْتُ ثَلَاثَ مَالِي حَيْثُ شِئْتُ صَحَّ وَضَعَهُ فِي نَفْسِهِ ضِدَّ الدَّفْعِ وَنَحْوَهُ أَي لَوْ قَالَ لِلْوَصِيِّ: ادْفَعْ الثَّلَاثَ إِلَيَّ مَنْ شِئْتُ أَوْ أَعْطِ أَوْ اصْرِفْ وَجَعَلَهُ لِنَفْسِهِ لَا يَصِحُّ.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يطرد في الصدقة حكم الدفع أيضا.

[فاضل أمير] نقول: مبني كلامه هذا هو ما قال في الفصل العاشر من جامع الفصولين بعد ذكر الاستفتاء عن صاحب الإيضاح أبي الفضل الكرمانى عمن أكره على البيع ثم ساوم المشتري هل يكون إجازة لذلك البيع: «دل هذا على أن العمل بالدليل يجوز» إلى آخره. فيريد أن فيمن أوصى إلى رجل في ثلثه بأن يضعه حيث شاء أو حيث أحب أو أن يجعله حيث شاء أو حيث أحب قد ثبت عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - جواز وضعه الموصى إليه في نفسه. وفيما أوصى إليه في ثلثه بأن يدفعه إلى من شاء أو أن يصرفه أو أن يعطيه إلى من شاء ثبت عن الإمام عدم جواز دفعه إلى نفسه.

١٠ وقد قال محمد فيمن دفع إلى رجل صدقة وقال: ضعها حيث شئت أو حيث أحببت: بجواز صرفها إلى نفسه بناء على ما ثبت عن الإمام في الوصية بدليل منقول عنه وهو أن «الوضع والجعل» مما يملكه الموصى بنفسه ويتم بالواحد ولا يحتاج إلى القبول فبنى ما كان في الصدقة بلفظ الوضع أو الجعل على ما كانت الوصية بأحد هذين اللفظين لاشتراكهما في دليل الجواز، ولم يتعرض [الإمام محمد] بما إذا كانت الصدقة مقرونة بلفظ الدفع أو الصرف أو الإعطاء هل يجوز صرفها إلى نفسه أم لا؟^٢

١ من هامش أ.

٢ ج- أم لا.

Vasiyet meselesinde nakledilen, verme, def etme ve sarf etme fillerinin tek bir kimse ile meydana gelmeyeceği, vekilin malı kendi şahsı için alması durumunda vermiş, def etmiş veya sarf etmiş sayılmayacağı deliline bakılırsa, vasiyetin def etme veya sarf etme ya da verme filleri ile yapılması hâlinde vekilin malı kendisi için alamayacağı anlaşılmaktadır. Buna binaen kendisine sadaka olarak dağıtması için mal verilen ve “Bu sadakayı dilediğin kimseye def et/sarf et/ver.” denilen kimsenin sadakayı kendi şahsı için alması câiz değildir.

[*el-Fetâva'l-Hâniyye*]'nin vekâlet bahsinde bir malı tasadduk etmesi için memur kılınan kimsenin, malı dilediği yere koyması için memur kılınan kimse gibi olduğuna dair bir ibareye rastladım. *Fetâvâ* sahibi “alım satım için vekil kılma” faslının hemen öncesinde şöyle demektedir: “Bir adam başka bir adama bir mal verip bu malı tasadduk etmesini söylese, vekil de bu malı yaşı büyük olan kendi oğluna sadaka olarak verse imamlarımıza göre câizdir. Nitekim kişi malını bir adama verse ve “Bunu dilediğin yere koy!” dese vekilin bu malı kendisi için alması câiz olur.”¹

Yapılan bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere tasadduk etmesi için emretmek veya malı bir yere koymasını söylemek, vekilin malı kendi şahsına sarf edebilmesi noktasında aynı hükme tabidir.

23. Vekilin Satın Aldığı Malın Bir Başkasına Ait Olduğunun Anlaşılması

[**Teshîl**] Köle vekilin elinden kaçtıktan sonra başkasına ait olduğu ortaya çıkarsa, müşteri değerini tazmin ederek ona malik olur. Satın alma gerçekleşmediğinden kölenin mülkiyeti müvekkile intikal etmez. Çünkü intikalın sebebi satın almadır. Kölenin gerçek sahibi olan bu kişi isterse, köleyi bir başkasına teslim etmek sebebiyle gasbeden durumuna düşen satıcıya tazmin ettirebilir. Kabz etmemiş olduğu için müvekkile tazmin ettiremez.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: “Müvekkili namına kabz etmiş olacağı için vekilin kabzı müvekkilin kabzı gibidir. Nitekim daha önce geçtiği gibi müvekkil, bedeli kabzettiğini ikrar edip malın telefını ve def edilmesini ikrar etmemişse vekilin bedel konusunda müvekkile rücû hakkı vardır. Çünkü müvekkilin malı kabzettiğini ikrar etmesi, kabzın onun için gerçekleştiğini kabul etmesi demektir. Bu sebeple vekilin satın aldığı şeye müvekkil baştan itibaren malik olur.

1 Kâdihân, *el-Fetâvâ*, vr. 247.

فبالنظر إلى الدليل المنقول في الوصية إذا اقترنت بلفظ الدفع أو الصرف أو الإعطاء وهو أن الإعطاء والدفع والصرف لا يتم بالواحد ولا يسمى معطيا نفسه ولا دافعا إلى نفسه أن لا يجوز صرف الصدقة إلى نفسه لمن دفع إليه صدقة وقيل له: ادفعها أو اصرفها أو أعطها من شئت.

- ٥ ورأيت في الوكالة من الخانية ما يدل على أن المأمور بالتصدق بمال الأمر كالمأمور بوضعه حيث شاء حيث قال فيها قبيل فصل التوكيل بالبيع والشراء: «رجل دفع مالا إلى رجل وأمره أن يتصدق بذلك المال فتصدق الوكيل على ابن كبير له جاز في قولهم» إلى قوله: «بدليل أنه لو دفع ماله إلى رجل وقال: ضع مالي حيث شئت كان له أن يضعه في نفسه» انتهى.
- ١٠ فظهر منه أن الأمر بالتصدق والوضع^١ سواء في جواز صرفه المأمور إلى نفسه.

٢٣. استحقاق المال المشتري بالوكالة

- [التسهيل] ولو كان العبد أبقاً من يد الوكيل ثم استُحِقَّ مَلَكُهُ المشتري بضممان القيمة ولا ينتقل إلى الأمر لعدم الشراء وسبب الانتقال إليه هو الشراء، وإن شاء المستحِقُّ ضَمَّنَ البائع لغضبه بتسليمه ولا يضمن أمره لعدم قبضه.
- ١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: قبض الوكيل كقبض موكله لوقوع قبضه لموكله كما مر من أن الأمر لو أقرَّ بقبض الثمن لا يتلفه ودفعه رجع الوكيل على موكله بالثمن لأن إقرار الأمر بقبضه إقراراً بوقوع القبض له ولذا ما يشتريه الوكيل يمكنه الأمر ابتداءً

Mal vekilin elinde telef olursa, müvekkilin elinde telef olmuş sayılır. İleride geleceği üzere vekilin zilyedliği müvekkilin zilyedliği gibidir. O hâlde bizim meselemizde de vekilin kabzetmesinin müvekkilin kabzetmesi gibi olması gerekir ve dolayısıyla müvekkil de tazminle sorumlu olmalıdır.” denilecek
 5 olursa buna şöyle cevap verilebilir: vekilin kabzının müvekkilin kabzı gibi kabul edilmesi, kabzın gasptan dolayı değil satın almadan dolayı olması hâlinde söz konusudur. Çünkü müvekkil vekile malı gasbetmesini değil, satın almasını söylemiştir. O sebeple vekilin kabzı istihkak konusunda değil, satın alma konusunda müvekkilin kabzı gibi kabul edilir. Mal telef
 10 olduğu takdirde müvekkilden gitmiş olur. Malın başkasına ait olduğunun ortaya çıkması durumunda ise hüküm böyle değildir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh bu sözüyle metinde zikrettiği “Kabzetmemiş olduğu için müvekkil tazmin etmez.” hükmüne itiraz etmektedir. Ancak bu meselenin sunulmuş tarzına dikkatlice bakıldığında benzer itirazın “Satın alma gerçekleşmediğinden onun mülkiyeti müvekkile intikal etmez.” hükmü için de geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Zira Şeyh meseleyi şöyle ele almıştır: “Vekil, bir köle satın alıyor ve köle onun elinde iken ölüyor. Ardından birisi ölen kölenin kendisine ait olduğunu iddia ediyor. Bu durumda kölenin asıl sahibi (müstehik), dilerse köleyi kabzetmekle
 15 gasbeden durumuna düşen vekile kölenin kıymetini tazmin ettirir. Vekil de köle için satıcıya ödediği parayı tahsil etmek için satıcıya rücû eder. Şayet kölenin bedelini müvekkilin parasından ödemişse bu parayı da tekrar müvekkile iade eder. Vekil, köle sahibine tazmin ettiği değeri alabilmek için müvekkile rücû edemez. Çünkü müvekkil vekili aldatmamış; ona alım satım akdinde köle için istenen fiyatı üstlenmesini emretmiş, kıymetini üstlenmesini söylememiştir.¹ Şayet köle vekilin elinden kaçtıktan sonra başkasına ait olduğu ortaya çıkarsa, müşteri kölenin kıymetini tazmin ettiği için ona malik olur. Satın alma gerçekleşmediğinden onun mülkiyeti müvekkile intikal etmez. Çünkü kölenin mülkiyetinin müvekkile intikalinin sebebi satın almadır. Müstehik dilerse de köleyi bir başkasına teslim etmekle gasbeden hükmünde olan satıcıyı tazmin ettirir. Kabzetmemiş olduğu için müvekkili tazmin ettiremez.

1 Kölenin semeni ile kıymeti arasında şöyle bir fark olabilir: Vekil köleyi satın almak istediğinde satıcı örneğin bin lira istese, bu bin lira kölenin semeni olur. Müvekkil de vekile bu bin lirayı kendi adına ödemesini istemiştir. Buna mukabil köle vefat ettiğinden artık köle için akitte biçilen bin lira değil köle için çarşıda pazarda tayin edilen kıymet ne kadarsa onun köle sahibine ödenmesi gerekir. Müvekkil “kıymetini öde” şeklinde bir vekâlet vermediği için vekilin yaptığı bu tasarruftan sorumlu olmaz.

وإذا هلك في يد الوكيل يهلك على الأمر إذ يده كيده كما سيجيء فينبغي في
مسألتنا أن يكون قبض الوكيل قبض الأمر فيضمن الأمر أيضًا. أقول: يمكن
الجواب بأن قبضه يجعل قبض الأمر إذا كان قبضه قبض الشراء لا قبض
الغصب لأنه أمر بالشراء لا بالغصب فيجعل قبضه قبض الأمر في حق الشراء
لا في حق الاستحقاق فإذا هلك يهلك على الأمر لا لو استحق.

[فاضل أمير] نقول: هذا السؤال إيراد منه على قوله: «ولا يضمن أمره لعدم
قبضه». ولكن إذا دقت النظر في وضع المسألة وجدت السؤال واردا أيضا
على قوله: «ولا ينتقل إلى الأمر لعدم الشراء» إلى آخره؛ لأن وضعها على
ما رواه هو: «أن الوكيل شري عبدا مثلا فمات في يد الوكيل فاستحق العبد
الهالك؛ يخير المستحق إن شاء ضمن الوكيل قيمته لغصب بقبضه ورجع على
بائعه بثمانه ورده على أمره لو نقد من مال الأمر. ولا يرجع الوكيل بما ضمن
من القيمة على الأمر؛ لأنه لم يغرره في شيء؛ لأنه أمره بالدخول في ضمان
الثلث لا بالدخول في ضمان القيمة. ولو كان العبد أبقا من يد الوكيل ثم
استحق ملكه المشتري بضمان القيمة ولا ينتقل إلى الأمر لعدم الشراء. وسبب
الانتقال إليه هو الشراء وإن شاء المستحق ضمن البائع لغصبه بتسليمه ولا
يضمن أمره لعدم قبضه» انتهى.

Şeyh'in meseleyi bu şekilde takdim etmesi durumunda "Kabzetmemiş olduğu için müvekkile tazmin ettiremez." hükmüne, vekilin kabzı müvekkilin kabzı gibiyse müvekkil tazmin etmeli, şeklinde itiraz edilebileceği gibi, kabz meselesindeki gerekçenin aynısı ile "Vekilin satın alması müvekkilin satın alması gibidir." denilerek "Satın alma gerçekleşmediğinden onun mülkiyeti müvekkile intikal etmez." hükmüne de itiraz edilebilir. Bedreddin'in "Buna şöyle cevap verilebilir..." diyerek birinci probleme verdiği cevap, az bir değişiklikle ikinci problem için de cevap olur. Şöyle ki: Vekilden sadır olan satın alma, bu tazminin sebebi ise vekilin satın alması müvekkilin satın alması gibi olmalıdır. Ancak burada kölenin kıymetini tazmin ettirmenin sebebi, satın alma değildir. Bilakis bunun sebebi, başkasının izni olmadan onun mülkünü kabzetmek suretiyle gasbetmektir. Dolayısıyla bu meselede kölenin semenini tazmin etmeye sebep olan satın alma yoktur.

Burada "satın alma işlemi olmaması sebebiyle" ifadesindeki satın almadan maksat, mutlak satın alma olmayıp, bu kayıtla mukayyet olmuş satın almadır. Şeyh'in vermiş olduğu bu cevaba, yukarıda vekilin, köle sahibine tazmin ettiği kıymeti tahsil edebilmek için müvekkile rücu edemeyeceğine dair sarf ettiği şu ifadeler delâlet etmektedir: "Çünkü müvekkil vekili aldatmamış; ona alım satım akdinde köle için istenen fiyatı üstlenmesini emretmiş, kıymetini üstlenmesini emretmemiştir." Çünkü onun buradaki meselede zikrettiği gerekçeden anlaşıldığı üzere vekilin kabzı müvekkilin kabzı değildir; yine vekilin satın alması müvekkilin satın alması gibi değildir. Söz konusu bu hüküm müvekkilin hakiki anlamda köleyi kabzetmemesi hâlinde geçerlidir. Müvekkil köleyi vekilden alıp kabzetmişse, kabzetmekle tazminin sebebi olan gasp fiilini işlemiş olduğu için artık tazminle yükümlü olur. Şeyh'in *el-Letâif*'te "müvekkilin kabzı olmadığı için" sözü hem hakikaten hem de hükmen müvekkilin kabzetmediğini beyan amacına yöneliktir.

24. Emanet Yoluyla Yapılan Kabzın Satım Kabzı Yerine Geçmesi

[**Teshîl**] Bir kimse, birine bir şey emanet etse ve emanetçi de emanet edilen malı satın alsa, emanet veren alacağını teslim alıncaya kadar emanetçiyi malı kabzetmekten nehyetse bu nehyin bir kıymeti olmaz. Çünkü emanet malın yanında olduğu kimsenin zilyedliği öncelikli olup bu öncelik kabzın sebebidir. Bu nedenle de kabzın sebebi olan zilyed önceliğinin varlığı, emanet verenin nehyini geçersiz kılmıştır.

فلا ريب في أن السؤال كما ورد على قوله: «ولا يضمن أمره لعدم قبضه» بأن قيل: إن قبض الوكيل كقبض الموكل إلى آخره فكذلك يرد على قوله: «ولا ينتقل إلى الأمر لعدم الشراء» بأن يقال: إن شراء الوكيل كشراء الموكل بعين التعليل الذي ذكر في كون القبض كالقبض. ويكون الجواب المذكور بقوله: «ويمكن الجواب» جوابا عن هذا الوارد أيضا بأدنى تصرف فيه وهو أن يقال: إن شراء الوكيل كشراء الموكل لو كان الشراء الموجود من الوكيل سبب هذا التبريم وليس تبريمه القيمة بسبب شرائه منه بل السبب غصبه بقبضه ملك الغير غير إذنه فانعدم الشراء الداعي إلى الغرامة المذكورة .

وكان المراد من قوله: «لعدم الشراء» هو الشراء المقيد بهذا القيد لا مطلق الشراء. ويدل على ما ذكره من الجواب ما تقدم في عدم تضمين الوكيل الأمر القيمة التي ضمنها من قوله: «لأنه لم يغيره في شيء؛ لأنه أمره بالدخول في ضمان الثمن لا بالدخول في ضمان القيمة» إلى آخره؛ لأنه قد يفهم من تعليقه هذا أنه لا يكون قبض الوكيل في هذه الصورة قبض الموكل ولا أن شراءه شراء الموكل وهذا إذا لم يوجد من الموكل القبض حقيقة وأما إذا قبضه الموكل عن الوكيل فقد توجه عليه الضمان بوجود سبب الضمان وهو غصبه الحاصل بالقبض فقوله في المتن: «لعدم قبضه» يكون بياناً لانتفاء القبض حقيقة وحكمًا.

٢٤. شراء المودع والوديعة في يده لا يعد قابضا للشراء

[التسهيل] بطل نهى مودعه عن قبضه بعد شراء المودع أي لو أودعه شيئاً فشره المودع من المودع ثم نهاه عن قبضه حتى يسلم الثمن بطل نهيه لتقدم يد من عنده الوديعة وهو سبب القبض فبطل النهي عنه مع قيام سببه.

١ وفي هامش أ: ما قال من أن قبض مال الغير بغير إذنه غصب مما ذكره في كتاب اللقطة من الكافي حيث قال: «ولو أقر أنه أخذ اللقطة لنفسه ضمن إجماعاً؛ لأنه أخذ مال الغير بلا إذن من المالك والشارع فكان متعدياً فيضمن كالغاصب»، منه.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “Emanetin kabzedilmesi selem bahsinde geçtiği gibi satımdaki kabz yerine geçmez.” denilemez. Buna binaen satın alma henüz tahakkuk etmediği için emanet sahibinin, müşteriye kabzetmekten nehyetmesi sahih olmalıdır. Bu itirazın cevabı daha önce dile getirilmiştir.

5 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in selem konusunda geçtiğini söylediği hüküm şudur: Elde bulunan mal vedâ veya rehin sıfatıyla kabzedilmişse, bu kabz satın alma yoluyla olan kabz yerine geçmez. Bu hükmün pratik sonucu malın telef olması, malın bedelini tahsil edinceye kadar alıkoyma imkânının olması ve sarf akdinde tarafların birbirlerinden ayrılması
10 konularında ortaya çıkmaktadır. Şeyh'in bu meseleyi açıklarken pratik sonuçlarını sayması, *Tenvîru'l-Ebsâr*'da da geçtiği üzere sonuçların sayılan kısımlara mahsus olduğuna delâlet etmektedir. Emanet verenin emaneti sattığı kimseyi malı satın alma cihetiyle kabzetmekten nehyetmesi bu sonuçlardan biri olsaydı bunu da selem bahsinde sayardı.

15 Sözün özü şudur: Emanetçi (mûda), emanet malı satın alsa mal sahibinin “Malı sattım.” diyerek icapta bulunmasından sonra sadece “Satın aldım.” sözüyle malı kabzetmiş olmaz. Dolayısıyla emanet sahibi emaneti onun elinden alıp parasını alıncaya kadar alıkoyma hakkına sahiptir. Ancak malı onun elinden almazsa ve müşteri olan emanetçi malı satın alma cihetiyle
20 kabzedecek bir imkânı bulursa, yani akitten sonra biraz da olsa elinde tutmaya devam ederse kabzetmiş sayılır. Çünkü -alım satım akdi bölümünde de geçtiği üzere- karşı tarafın kabz etmesine imkân verecek şekilde malı tahliye etmek kabz sayılır ve kabz edilmiş mebûin hükümlerine tabi olur. Buna binaen emanet sahibi satıcı, akitten sonra malı hemen müşterinin elinden almaz
25 ve sadece onu satın alma cihetiyle kabz etmekten nehyederse, nehyetmesinin bir faydası olmaz ve müşteri malı satın alma cihetiyle kabz etmiş olur.

25. Vekilin Sattığı Malı Kabz Etmesi ile İlgili Hükümler

[Teshîl] Şayet müvekkilin, kölesini satmasını mutlak biçimde vekile söylemesi üzerine o da satıp, izinsiz olarak müvekkilin evinden kabz ederse,
30 kölenin vekilin yanında ölmesi hâlinde müşteriye teslim etmek üzere kabz etmek yetkisi dâhilinde olduğundan vekil, tazmin etmez. Çünkü onun yaptığı bu akit, müşteri lehine kendi üzerinde bir hak, kendi lehine de müvekkil üzerinde bir hakkı gerektirdiği için iki akit mesabesindedir. Vekil, satımdan sonra köleyi kabzettğinde müvekkil üzerinde olan hakkını tas-
35 tamam almıştır. Teslim aldığı malda emin olduğu için de taksiri olmadan kölenin ölmesi hâlinde tazminle yükümlü olmaz.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لا يقال: قبض الوديعة لا ينوب عن قبض الشراء كما مر في منثورة السلم، إلى قوله: عرف جوابه بما مر.

[فاضل أمير] نقول: أي ما مرّ في منثورة السلم من قوله: «ولو كان وديعة أو رهنا لا يكون قابضا بالشراء وظهرت ثمرته في هلاك وحبس بثمان وافتراق في ٥ صرف» إلى آخره. ولعل أن مراده: التعداد في مقام البيان يفيد الحصر كما في تنوير البصائر. فلو كان صحة نهى المودع عن قبض الشراء من ثمرات: أن قبض الوديعة لا ينوب عن قبض الشراء لعدّه منها.

وخلاصة الكلام: أن المودع لو شرى الوديعة لا يكون قابضا بمجرد قوله: «اشترت» بعد إيجاب المودع فهو قادر على أن يأخذها من يد المودع ويحبسها للثمن ولكن لو لم يأخذها من يده وتمكن المودع المشتري من قبضها بحكم ١٠ الشراء، يعني أبقاها في يده بعد العقد ساعة من الزمان يعد قابضا؛ لأن التخلية قبض عند التمكن كما عرف في كتاب البيع، ويجري عليها حكم البيع المقبوض. وأما إذا لم يأخذها المودع من يد المودع بعد العقد ولكن نهاه عن القبض للشراء فلم يعمل نهيه ويعد قابضا للشراء.

٢٥. الأحكام في قبض الوكيل بالبيع

[التسهيل] ولو أمر ببيع عبده مطلقاً فباع ثم قبضه من بيت أمره بلا إذن فمات عند الوكيل لم يضمن؛ لأن القبض حق الوكيل ليسلمه إلى المشتري وهذا لأن عقده بمنزلة عقدين فإنه يوجب حقاً عليه للمشتري وحقاً له على الأمر فإذا قبضه بعد البيع فقد استوفى ما وجب له على الأمر وهو في حق العين أمين فلا ٢٠ يضمن.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: “Tazminat gerekmemesi Ebû Hanîfe ve Muhammed’in görüşleri açısından açıkça bellidir. Ebû Yûsuf ise teslim ve kabzı yasaklamaya cevaz verdiği için onun görüşü açısından böyle değildir. O nedenle teslimde olduğu gibi ona göre izinsiz kabz durumunda da tazminle yükümlü olması gerekir.” şeklinde bir itiraz gelebilir. Kanaatimce semeni kabzetmeden teslim etmek, satımdan sonra köleyi müvekkilin evinden kabzetmenin aksine hakka tecavüzdür. Çünkü satıcının sattığı malı kabzetmeye muktedir olması hakkıdır. Aksi hâlde akde konu olan malı satması sahih olmaz. Buna “o hâlde malı teslim etme de aynı hükme tabi olmalıdır. Zira satıcının teslim etmeye muktedir olmadığı bir malı satması da câiz değildir” denilecek olursa satıcının semeni kabzetmekle beraber malı teslim etmeye de muktedir olduğunu söylemek suretiyle cevap verilebilir... Bu da satımın sıhhati için yeterlidir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh’in “...denilecek olursa...” diyerek farazî olarak sorduğu bu soru yersizdir. Çünkü meselenin, mutlak alım satımı emretmek şeklinde arz edilmesi, vekilin malı kabzetmesi ve müşteriye teslim etmesi iznini içermektedir. Bu nedenle kabz ve teslim ile ilgili özel olarak bir yasak yoksa vekâlette kullanılan mutlak lafız ile amel edilir. Nitekim bu meselede müvekkilin kabzı nehyettiğine değinilmemiştir. Dolayısıyla Ebû Yûsuf’un, müvekkilin malı teslim etmemesi için özel bir nehyinin olması hâlinde vekilin tazminle yükümlü olacağı görüşünden hareketle bu meselede de onun tazmine hükmetmesi gerektiğini söylemek doğru değildir.

Bu meselede bilinmesi gereken önemli noktalar şunlardır:

1. Bir şeyi satmaya vekil kılınan kimse müvekkilin izni olmasa da malı onun evinden alabilir. Hatta bu durumda mal vekilin elinde telef olsa tazminle yükümlü olmaz.

2. Vekil sattığı malı müşteriye teslim edebilir. Ancak malın bedelini alması gerekir. Bedel telef olsa veya mebî vekilin elinde iken ölse vekil tazminle yükümlü olmaz.

3. Müvekkil, malı -şayet hâlâ duruyorsa- vekil veya müşterinin elinden geri alabilir.

4. İzinsiz kabz ve müşteriye teslim, bu konuda özel bir yasaklamanın olmaması hâlinindedir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: عدم الضمان ظاهر على قولهما لا على قول أبي يوسف؛ لأنه يجيز النهي عن التسليم والقبض لأجله فينبغي أن يضمن، إلى قوله: وهو يكفي لصحة البيع.

[فاضل أمير] نقول: لا يظهر لهذا السؤال وجه؛ لأن وضع المسألة على أنه أمر بالبيع مطلقاً وهو يتضمن الإذن بالقبض والتسليم إلى المشتري فيعمل به ما لم يعارضه النهي عنهما. وليس في وضع المسألة عروض النهي عن القبض فلا يلزم أبا يوسف أن يقول فيه بالضمان لقوله به في مسألة وقع فيها النهي عن التسليم.

ثم ههنا مسائل مهمة لا بد من المحافظة عليها وهي:

١٠ أن الوكيل بالبيع إذا باع ما أمر ببيعه يملك أن يأخذه من بيت أمره بلا إذنه منه حتى لو هلك في يد الوكيل لا يلزمه الضمان،

وأن للوكيل أن يسلم ما أخذه هذا إلى المشتري ويلزم عليه الثمن؛ ولو توى

الثمن عليه أو مات المبيع في يده لا يلزم الضمان على الوكيل البائع،

وأن للأمر أن يسترد هذا المبيع من يد الوكيل أو يد المشتري إن باقيا،

١٥ وأن هذا القبض بغير إذن والتسليم إلى المشتري فيما لم يكن نهى عنهما،

5. Müvekkil satım vekâleti verdiği malı vekile teslim ettikten sonra -satımın gerçekleşmesinden önce veya sonra- satım bedelini kabzetmedikçe malı müşteriye teslim etmemesini söylese, Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre bu nehyin bir tesiri olmaz. Hatta vekil satım bedelini almadan malı teslim etmiş olsa malın bedelini müşteriden tahsil etmek dışında bir şey gerekmez.

6. Müvekkil satım vekâleti verdiği malı vekile teslim etmese veya vekil elindeki malı geri müvekkile verse, daha sonra müvekkil satım bedelini kabzetmedikçe malı müşteriye teslim etmemesini söylese, bu durumda nehyin bir tesiri olur.

7. Buna binaen vekil, kabzetmekten men edildiği hâlde müvekkilin evinden malı alsa ve henüz satmadan veya satıp da müşteriye teslim etmeden önce mal onun elinde telef olsa malın kıymetini tazmin eder.

8. Kabzetmekten men edildiği malı satımdan önce kabzetse ve müşteriye teslim etse sonra da malı satsa vekil tazmin yükümlülüğünden kurtulur. Bu durumda ona düşen müşteriden malın bedelini tahsil etmektir.

9. Satmaya vekil kılınıp da kabzetmekten men edilen vekil, malı kabzetse ve müşteriye teslim etse müşterinin, malın bedelini ödemesi dışında gerekli bir şey kalmaz.

Yukarıda bir şeyi satmakla vekil kılınan kimsenin mebû müvekkilden kabzetmesi ve müşteriye teslim etmesi hakkında on beş mesele zikredilmiştir. Bu meselelerden her biri son mesele dışında Şeyh'in kullandığı lafızların zahirinden çıkartılmıştır. Son mesele ise delâlet yoluyla çıkarılmıştır.

26. Ücretli Vekâlette Yapılan İş Miktarındaki Bilinmezlik

[Teshîl] Birine “Bana bin dirheme bir câriye satın al, sana bir dirhem vereyim!” dersen o da alırsa, satın alınan câriye -vekâleti veren kişi olman bakımından- senindir. İcare işlemi, yapılacak işin içerdiği belirsizlik sebebiyle fâsit olacağından vekil emsal ücret alır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “İş bellidir; dolayısıyla akit fâsit değil câiz olmalıdır.” denilemez. Zira biz diyoruz ki, burada işten maksat, vekilin malı satın alması, çalışması, satın almak için gidip gelmesidir. Bu çalışmanın miktarı ise meçhuldür. Çünkü bazen çokça çaba harcamak defalarca gidip gelmek gerekirken bazen de az bir çabayla satın alma işi tamamlanır.

وأنه إذا أمره بالبيع وسلمه إليه ثم نهاه قبل البيع أو بعده عن أن يسلمه إلى المشتري ما لم يقبض الثمن فالنهي لا يعمل عند أبي حنيفة ومحمد حتى لو سلمه قبل أن يقبض الثمن لا يلزم إلا استيفاء الثمن من المشتري،

وأنه إذا وكله بالبيع ولم يسلم المبيع إلى الوكيل أو أعاده من يده إلى يده ثم نهاه عن التسليم إلى المشتري ما لم يقبض الثمن يعمل نهيه حيثئذ، ٥

وأن الوكيل إذا نهاه الموكل عن القبض ولكن قبضه من بيت الأمر قبل بيعه فمات المبيع في يده قبل أن باعه أو بعد البيع وقبل أن يسلمه إلى المشتري ضمن الوكيل قيمته،

وأنه لو سلم إلى المشتري هذا المبيع الذي كان منهيا عن قبضه ومع هذا قبضه قبل البيع ثم باعه برئ الوكيل عن ضمانه ولزم استيفاء الثمن عن المشتري، ١٠ وأنه لو باع ما وكل ببيعه ونهي عن قبضه ولكن قبضه وسلمه إلى المشتري لا يلزم غير وجوب الثمن على المشتري.

فهذه خمس عشرة مسألة في قبض الوكيل بالبيع المبيع من الموكل وتسليمه إلى المشتري، كل منها يستفاد من منطوق عبارة الشيخ ما سوى المسألة الأخيرة فإنها تفهم منها بالدلالة. ١٥

٢٦. الجهالة بمقدار العمل في الوكالة بالأجرة

[التسهيل] وكذا لو قال: اشتر لي بهذا الألف أمةً على أن أعطي لك درهماً فشرها فهي للأمر وعليه له أجر المثل لفساد الإجارة لجهالة قدر العمل.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لا يقال: إن العمل وهو الشراء معلوم؛ لأننا نقول: المراد بالعمل ههنا شراؤه وسعيه وتردده للشراء وقدر ذلك مجهول؛ لأنه قد يتم بسعي وتردد كثير وقد يتم بأدنى شيء منه. ٢٠

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: “İş bellidir; dolayısıyla akit fâsit değil câiz olmalıdır.” şeklindeki itiraz, metinde zikredilen “yapılacak işin içerdiği belirsizlik sebebiyle” ifadesine itiraz mahiyetindedir. Çünkü “Bana bin dirheme bir câriye satın al, sana bir dirhem vereyim!” demesi hâlinde vekil satın alırsa vekilden istenen amel satın alma olup, malumdur. Dolayısıyla vekilin akitte konuşulan bir dirhemi hak ettiğini söylemek gerekir. Şeyh bu soruya, akitte vekilden istenen amelin sadece satın alma olmadığını bunun yanında satın alma, bunun için çabalama ve gidip gelme gibi fiiller de olduğunu söyleyerek cevap vermiştir.

Yapılan bu açıklama ile Şeyh ve diğer fakihlerin, icare bölümünde “Bir belde halkı bir adamı padişaha gitmesi için kiralasa, icare ancak yapılacak amelin süresinin belirlenmesi hâlinde câiz olur.” şeklindeki sözlerinden maksat da izah edilmiş oldu.

27. Hükâmî Azilde Vekilin Azledildiğini Bilmeden Tasarrufta Bulunması

[Teshîl] Kârı bir başkasına ait olmak üzere ticaret yapan bir kimsenin elbiseyi bin dirhemin bir kısmı ile satın alıp, geri kalanını da taşıma ücreti olarak vermesi geçerlidir. Taşımaya harcadığı kısmı tazmin etmesi gerekmez. Ancak vekilin nakliye kiralamasından önce müvekkilin kiralamayı yasaklaması veya ölüp vekilin bu ölümden haberdar olması durumunda, ölüm sebebiyle azledilmiş olacağından taşımaya verdiği kısmı tazmin etmesi gerekir. Müvekkilin ölümünden haberdar olmasa bile kıyasa göre yine tazmin tazmin etmesi gerekir. Çünkü ölüm hükâmî azildir, bilmeye ihtiyaç yoktur. Ancak istihsânen tazmin etmez. Çünkü *ez-Ziyâdât*'ta geçtiği gibi tazminle yükümlü tutulması hâlinde, kendisini hâlâ vekil sayıp zararı ile sonuçlanacak bir tasarrufta bulunduğu için aldanmış olur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu meselede vekilin zarar görmesini önlemek için azledildiğini bilmesi şart sayıldığına göre hükâmî azlin diğer çeşitlerinde de vekilin bilmesi şart sayılmalıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şirket bölümünün tekmilesinde *el-Bedâi*'den bu problemi giderecek yeterli açıklama yapıldığı için burada tekrar etmiyoruz. Oraya müracaat edilsin!

[فاضل أمير] نقول: هذا السؤال وارد على قوله: «لجهالة قدر العمل»؛ لأن من قال: «اشتر لي بهذا الألف أمة على أن أعطي لك درهما» فشرها يكون العمل المطلوب منه الشراء وهو عمل معلوم فينبغي أن يستحق الأمور الأجر المسمى وهو درهم فأجاب عنه: «بأن العمل المطلوب ليس الشراء فقط بل هو الشراء وسعيه» إلى آخره. ٥

ومن هنا ظهر وجه ما قال الشيخ وغيره في كتاب الإجارة من أن أهل بلدة استأجروا رجلا ليذهب إلى السلطان لا تجوز الإجارة إلا موقتا.

٢٧. تصرف الوكيل من غير علم بعزله حكماً

[التسهيل] ولو شرى المستبضع الثياب ببعض الألف وحمل الثياب ببقية صح ولم يضمن إلا أن ينهائه أمره أو بموت أمره قبل استكراهه وقد علم المستبضع موته لعزل بموته أي إن علم بموته ضمن وإن لم يعلم بموته فالقياس أن يضمن؛ لأنه عزل حكمي فلا يفتقر إلى العلم وفي الاستحسان لا يضمن؛ لأنه لو ضمن يصير مغروراً كذا في الزيادات.

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن يشترط العلم في سائر أفراد العزل الحكمي؛ إذ العلم شرط في مسألتنا هنا دفعا للضرر عن الوكيل إلى آخره. ١٥

[فاضل أمير] نقول: قد تبين لك مما نقلناه عن البدائع في تكملة كتاب الشركة ما هو البيان الوافي والوجه الكافي لدفع هذه الشبهة فالتراجعه.

28. Vekâlet Akdinde Paranın Taayyün Etmesi

[**Teshîl**] Paranın taayyün etmesindeki kural şudur: Vekâlet, şirket ve mudârebe akitlerinde para; vekile, ortağa ve mudâribe teslim edildikten sonra taayyün eder. Zira bu durumda verilen para emanet hükmündedir. Teslimden
5 önce ise para, vekâlette taayyün etmez iken şirket ve mudârebede taayyün eder.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: *el-Kâfi*'nin ibaresi, teslimden önce şirket ve mudârebede de paranın taayyün etmediğini hissettirmektedir. Bunun üzerinde düşünmek gerekir. Belki de *el-Kâfi* sahibi sadece vekâleti kastetmiştir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh bu sözüyle *el-Kâfi* sahibinin, şirket, mudârebe ve vekâletten bahsettikten sonra paranın bu akitlerde karşı tarafa teslim edilmeden önce taayyün etmediğine dair zikrettiği sözlerini kastetmektedir. Bu ibareden anlaşıldığı kadarıyla para; şirket, mudârebe ve vekâlet akdinde diğer tarafa verilmeden önce taayyün etmez. Bu hüküm, metinde zikredilen ve paranın; vekâlette değil de şirket ve mudârebe akdinde ortak
10 ve mudâribe teslim edilmeden önce de taayyün edeceğine dair rivâyete muhaliftir. Para karşı tarafa teslim edilince artık sayılan bu üç akitte de para taayyün etmiş olur. Şirket ve mudârebe akdinde bu husus ittifakla kabul edilmişken vekâlette ise bu hüküm mezhepte en sahih görüşe göre kabul edilmiştir. *el-Kâfi*'de zikredilen ibare, mezhebin muteber kitaplarında zikredilen rivâyetlere muhalif olduğu için *el-Kâfi* sahibinin, “Teslim etmeden önce taayyün etmez.” sözüyle, fiildeki zamiri sadece vekâlet akdine
15 irca etmek suretiyle yalnızca vekâleti kastettiğini söylemek gerekir.

Câmi'ul-Fusûleyn'in on yedinci faslında vekâlet akdinde meşâyihin cumhuruna göre paranın karşı tarafa teslim edildikten sonra taayyün etmediği,
25 azınlıktaki fakihlere göre ise taayyün ettiğine dair görüşleri beyan ettikten sonra Şeyh şöyle demiştir: “Para vekilin elinden çalınsa vekil tazmin etmez. Zira vekil malı satın almadan önce kabzetmiş olduğu müvekkilin malı hususunda emindir.¹ Para çalındıktan sonra vekil bin liraya bir câriye satın alsa, akit kendi adına geçerli olur. Çünkü kendisine verilen vekâlet çalınan dirhemler üzerine olduğu için dirhemlerin çalınmasından
30 sonra vekil, azınlık sayılan ikinci görüşteki fakihlere göre vekil olmaktan çıkmış, fakihlerin cumhuruna göre ise vekâletin süresi bu paranın bekâsıyla sınırlanmış olduğundan akit vekil adına geçerli sayılmıştır. Derim ki: Her iki hâlde de akit vekil adına nâfiz oluyorsa, paranın vekile teslim edilmesinden sonra taayyün etmemesinin pratik bir faydası yoktur.”
35

1 Vekilin emin olması, kusur ve kastı olmadan mala zarar geldiğinde tazminden sorumlu olmamasıdır.

٢٨. تعيين النقود في الوكالة

[التسهيل] والأصل: أنه تتعين النقود في وكالة وشركة ومضاربة بعد الدفع إلى هؤلاء؛ لأنها أمانة. ولا تتعين قبل الدفع في الوكالة ضد الشركة والمضاربة. [الشيخ بدر الدين] أقول: عبارة الكافي تشعر بأنها لا تتعين قبل الدفع في الشركة والمضاربة فالتأمل لعله أراد الوكالة وحدها. ٥

[فاضل أمير] نقول: يريد أن صاحب الكافي قال بعد ذكر الشركة والمضاربة والوكالة: «لا تتعين قبل الدفع فيها» فكان الظاهر من هذه العبارة أن لا تتعين النقود في الشركة والمضاربة والوكالة قبل الدفع وهو لا يوافق رواية المتن حيث كان ما أخذه هنا هو أن النقود تتعين في الشركة والمضاربة قبل الدفع لا في الوكالة قبله، وأما بعد الدفع فتتبعين في كل من هذه الثلاث؛ أما في الشركة والمضاربة فبالاتفاق، وأما في الوكالة فعلى القول الأصح. فلما ورد على عبارة الكافي أنها تخالف ما هو الصحيح من روايات المعتمرات لزم أن يقال: إن صاحب الكافي قد أراد بقوله: «ولا تتعين قبل الدفع فيها» الوكالة وحدها بإرجاع ضمير «فيها» إليها فقط. ١٠

قال في الفصل السابع عشر من جامع الفصولين بعد بيان أن النقود لا تتعين في الوكالة بعد الدفع على قول عامة المشايخ: «وتتبعين عند بعض المشايخ؛ ولو سرق من يد الوكيل لم يضمن؛ لأنه أمين فيما قبض قبل الشراء فلو شرى الوكيل بعده أمة بألف نفذ عليه؛ لأنه لم يبق وكيلا بعد هلاك الدراهم لتعلق الوكالة بتلك الدراهم المنقودة عند بعض المشايخ ولتوقت بقاء الوكالة بقاء تلك الدراهم عند عامة المشايخ. أقول: على هذا لا ثمرة لعدم تعيينها بعد التسليم» انتهى. ٢٠

Şeyh bu sözleriyle, paranın vekile teslim edilmesinden sonra da taayyün etmeyeceğine hükmeden fukahanın cumhuruna itiraz etmiş olmaktadır. Zira paranın müvekkile teslim edilmesinden sonra taayyün etmemesinin tesiri, paranın vekilin elinde iken telef olması hâlinde vekâletin bâtil olma-
 5 ması anlamına geleceği gibi, paranın telef olmasından sonra vekilin emredildiği şeyi satın alması hâlinde akdin müvekkil adına geçerli olması ve satın alırken paranın mevcut olması ve olmaması durumunun eşit olduğu anlamına da gelmektedir. Söz konusu hükümler tezahür etmeyip buna binaen de para vekilin elinde iken telef olduktan sonra vekilin, malı alması
 10 hâlinde akit, fakihlerin cumhuruna göre aynı şekilde müvekkil adına değil de vekil adına nâfiz oluyorsa, parayı vekile teslim ettikten sonra paranın taayyün etmemesinin pratik bir sonucu tezahür etmez.

Fıkıh ilminden anlayan ve bu konularda düşünen ilim ehline aşikâr olduğu üzere fakihlerin bu sözlerinin pratik sonucu, her ne kadar sözle-
 15 rin sadece zahirine bakan mukallitler, meseleye bir defa bakmakla iktifa edenler ve serveti değerlendirme kudreti olmayanların razı olduğu şeye kanaat edenler için açık olmasa da istidlal yeteneğine sahip ilim ehli ile kemal düzeyinde usûlden fûrû' meseleleri istinbat konusunda zirveye ulaşmış kimseler için açıktır. Zira ilim ehli bilmektedir ki *Câmi'û'l-Fusûleyn*'de zikredilen meselede, vekilin câriyeyi satın aldığı akdin vekil adına nâfiz
 20 olması, fakihlerin cumhuruna göre vekâletin süresinin, müvekkilin verdiği paranın bekâsıyla sınırlı olması sebebiyledir.

Yapılan bu tahlil ile basiret ehli kimseler için zahir olduğu üzere câriye meselesi için verilen hüküm, mezkûr aslın fûrû'undan sayılmaktadır. Hatta bu asıl fakihlerin cumhuru nezdinde sabit olmasaydı onlar da mezkûr
 25 meselede câriyenin satın alındığı akdin, vekile verilen para taayyün etmediği için müvekkil adına geçerli olacağını söylerlerdi. *el-Fetâvâ'l-Hâniyye* ve *el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye*'de zikredilen şu mesele de bu asıla racidir: "Bir kimse kendisi için bir kumaş alması için bir adama vekâlet verse ancak vekil,
 30 kendi yanında olan bir dinarla kumaşı satın alsın, akit müvekkil için geçerli olur ve dinar da yine kendisine ait olarak kalır. Ancak vekil müvekkilin kendisine verdiği dinarı harcassa ve kumaşı kendi dinarı ile satın alsın kumaş müvekkile ait olmaz." Birinci meselede satın alınan müvekkil için geçerli olması ikinci meselede ise onun için geçerli olmaması, vekâletin, dinarın
 35 taayyün etmesi sebebiyle değil de dinarın mevcut olduğu zamanla sınırlanması sebebiyle olduğunu söyleyen fakihlerin cumhurunun görüşüdür.

هذا إيراد منه على قول العامة؛ لأن أثر عدم تعيين النقود بعد تسليمها إلى الوكيل أن لا تبطل الوكالة بهلاك الدراهم في يد الوكيل، وأن ينفذ شراء الوكيل ما أمر بشرائه بعد هلاك الدراهم على الموكل، وأن يكون وجود النقد وعدمه سواء فإذا لم تظهر الآثار المذكورة وكان مشري الوكيل بعد هلاك الدراهم في يده للوكيل ولم ينفذ عقده هذا على الموكل عند عامة المشايخ أيضا لم تظهر ٥
ثمرة قولهم بعدم تعيين النقود بعد التسليم.^٢

ولا يخفى على المتدبر المعتبر أن ثمرة قولهم هذا وإن لم تظهر للمقلد الناظر إلى الظواهر والمكتفي بالأولى من النظرة والقانع بما يرتضيه عديم القدرة في مقام الثروة ولكنها ظاهرة لمن هو من أصحاب الاستدلال ومن هو بالغ في استنباط الفروع عن الأصول إلى درجة الكمال؛ إذ هو يعلم أن نفاذ شراء الوكيل الأمة عليه في مسألة جامع الفصولين لتوقت بقاء الوكالة بقاء تلك الدراهم عند عامة المشايخ. ١٠

فبهذا ظهر عند المعتبر أن هذا الحكم في هذه الصورة من فروع الأصل المذكور حتى لو لم يثبت هذا الأصل من عامة المشايخ لقالوا بنفاذ شراء الأمة في المسألة المذكورة على الموكل لعدم تعيين الدراهم المدفوعة إلى الوكيل. ١٥
وكذلك فيما وقع في الخانية والبيزانية من أنه لو دفع إلى رجل ديناراً ليشتري له به ثوباً فاشترى بدينار من عند نفسه جاز شراؤه للآمر ويكون الدينار له، وأما لو أنفق المدفوعُ إليه الدينار واشترى له ثوباً بدينار من عنده فلا يكون للآمر» انتهى. فجواز الشراء للآمر في الأولى وعدم كونه للآمر في الثانية على قول عامة المشايخ لتوقت بقاء الوكالة بقاء ذلك الدينار لا لتعيينه. ٢٠

١ وفي هامش أ: قوله «بعد» ظرف لشراء الأول لا للثاني، منه.

٢ وفي هامش أ: إلى بناء بيان ما أوردوه عليهم في جامع الفصولين وقوله: ولا يخفى إلخ جواب عن إيراده هذا بتوفيق الله الفتاح، منه.

Sonuç olarak meseleye dikkatli bir şekilde bakan kimseler için hükmün, paranın taayyün edilmesine değil de vekâletin, paranın mevcut olduğu süreye sınırlanması cihetiyle vekile verilen paranın taayyün etmemesinin pratik sonucu ortaya çıkmış oldu. Anla! Yine vekâlet bölümünün sonunda gelecek olan şu mesele de bu kabildendir: Bir kimse “Şu bin lirayı tasadduk et!” diyerek birine emretse ve vekil kendi cebinden bin lirayı tasadduk etse istihşânen câiz olur. Ancak vekil müvekkilin verdiği bin lirayı önce kendisi için harcar sonra da onun adına kendi malından bin lirayı tasadduk ederse yaptığı câiz olmaz ve müvekkil adına sadaka vermiş sayılmaz.

29. Satım Vekâletinde İşaret Edilenle Söylenenin Farklı Olması

[Teshîl] Şayet vekilin önünde bin dirhemi tartsa ve ona gösterse ve “Benim için bu bin fels veya yüz dinar ile câriye satın al!” dese, dört bilginin meydana gelmesinden dolayı, vekâlet işaret edilen paraya taalluk eder. Çünkü her ikisi de paranın durumunu bilmekte ve her biri de diğerinin bildiğini bilmektedir. Dinar ifadesi övgüye, fels ifadesi ise yergiye hamledilir. Vekil müvekkilin verdiği bin dirhem yerine şayet yüz dinara câriye satın alsa, emre muhalefet ettiği için câriye vekile ait olur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “Burada sözü geçen asıl, tesmiye edilen ve işaret edilen şeyler farklı cinslerden olursa, -bilginin olması veya olmaması hususunda tafsilat bulunmaksızın- ‘Hüküm işaret edilene değil, tesmiye edilene taalluk eder.’ şeklinde imamlarımızın alım satım konusunda zikredilen asıllarıyla çelişmektedir.” şeklindeki itiraza karşı şu şekilde cevap verilebilir: Alım satım konusunda cinslerin farklı olması hâlinde hükmün işaret edilene taalluk etmeyip tesmiye edilene taalluk etmesi hükmünün burada sözü edilen tafsilata göre olması muhtemeldir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Sanırım Şeyh Bedreddîn, alım satımdaki meselenin de vekâlette zikredilen asıla tabi olduğuna dair rivâyeti görmemiştir. Söz konusu asıl onun da daha önce işaret ettiği gibi şudur: Müvekkil vekâlet verirken işaret etse ve vekâlet verdiği şeyi isim olarak da zikretse şayet kendisine işaret edilenle ismi söylenen farklı cinslerden ise ve vekil de işaret edilenin hâlini bilmiyorsa vekâlet, vekilin aldanmasını önlemek için ismi zikredilene müteallik olur. Buna mukabil vekil işaret edilenin ne olduğunu biliyorsa vekâlet işaret edilen hakkında verilmiş sayılır ve buna muhalif olan isimlendirme kendisine işaret edileni övme veya yerme maksadıyla mecâzen söylenmiş kabul edilir.

ويظهر للناظر فيهما ثمرة عدم تعيين النقد المدفوع إلى الوكيل من جهة أن الحكم كان مضافاً إلى التوقيت^١ لا إلى التعيين فافهم. ومن هذا القبيل ما سيأتي في آخر الكتاب من قوله: «ولو أمره بتصدق هذا الألف فتصدق بألف من ماله جاز استحساناً إلا إذا أنفق الوكيل الألف أولاً على نفسه ثم تصدق بماله».

٢٩. الفرق بين المشار إليه والمسمى في الوكالة بالبيع

[التسهيل] ولو وَزَنَ ألف درهم بين يديه وأراه وقال: اشتر لي أمة بهذا الألف الفلوس أو المائة الدينار تعلقت الوكالة بالمشار إليه لحصول العلوم الأربعة؛ لأنهما علماً بحالهما وعلم كل منهما بعلم صاحبه ويُجعل ذكر الدينار مجازاً عن المدح وذكر الفلوس مجازاً عن الذم، فلو اشترى أمة بمائة دينار لزم الوكيل؛ لأنه صار مخالفاً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: هذا الأصل المذكور هنا يشكل بأصلهم المذكور في البيع: من أن المسمى والمشار إليه إذا اختلفا جنساً تعلق الحكم بالمسمى من غير تفصيل بالعلم وعدمه أقول: يمكن أن يجاب بأن تعلق الحكم بالمسمى لا بالمشار عند الاختلاف جنساً في البيع يحتمل أن يكون على التفصيل المذكور هنا.

[فاضل أمير] نقول: الظاهر أن الشيخ - رحمه الله - لم يظفر برواية أن البيع أيضاً على الأصل المذكور في الوكالة وهو على ما قرره الشيخ سابقاً: «أن الموكل متى أشار في التوكيل وسمى؛ فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى ولم يعلم الوكيل بحال المشار إليه تعلق الوكالة بالمسمى نفيًا للغرور عن الوكيل، وإن علم الوكيل بالمشار إليه تعلق بالمشار إليه وتجعل التسمية بخلافه مجازاً عن المدح أو الذم» انتهى.

Alım satımın da vekâlette zikredilen bu kurala tabi olduğunu, yani kendisine işaret edilenin, ismi zikredilenden farklı bir cinsten olması hâlinde vekâletin, ismi zikredilene taalluk edeceğine dair hüküm, alıcı ve satıcının işaret edilenin ismi zikredilenden farklı bir cinsten olduğunu bilmemelerine bağlıdır. Şayet taraflar bunu biliyorsa akitte kendisine işaret edilen esas olur. Bu hususta Molla Kuhistânî, kitabının alım satım akdi bölümünde şöyle demektedir: “Alıcı ve satıcı akit esnasında kendisine işaret edilen malın ne olduğunu bilmiyorsa, mal akitte zikredilen şeyden farklı bir cinsten çıkarsa muteber olan, kendisine işaret edilen değil ismi zikredilendir. Buna mukabil taraflar malın ne olduğunu biliyorsa muteber olan kendisine işaret edilen olur. Şöyle ki: Satıcı ‘Sana bu merkebi sattım.’ diyerek eliyle yanında duran kölesini gösterse, akit köle hakkında geçerli olur. Yani satılan merkep değil köle olur. Nitekim *el-Muhîr*’te de böyle denilmiştir.”¹

Naklettiğimiz bu ibareden anlaşıldığı üzere tarafların bilgisinin olmasıyla kayıtlanması noktasında alım satım ile vekâlet müşterektir. Buna göre alım satım akdinde, işaret edilen köleye eşek denilmesi, vekâlet meselesinde tartılmış bin dirheme fels denilmesi gibi yergi amaçlı olur. Şeyh’in alım satımın da anılan ayrıntılarda vekâlet gibi olması gerektiğine dair tereddüdü *el-Muhîr*’te zikredilenlerden tam olarak haberdar olmamasından kaynaklanmıştır. Bazı fıkıh kitaplarında kendisine işaret edilenin akitte ismi zikredilenden farklı bir cinsten olması hâlinde hükmün ismi zikredilene ilişkin olacağına ve kendisine işaret edilenin muteber olmayacağına dair, tarafların işaret edilenin durumunu bilip bilmediklerine değinmeden mutlak kullandıkları tabir dakik olmayıp, zikredilen kuraldaki inceliği yok etmektedir.

Bu hataya düşenlerden birisi de İbn Melek’tir. İbn Melek *el-Menâr* üzerine yazdığı şerhinin ‘hakikat’ ile ilgili bölümünde şöyle demektedir: “Kendisine işaret edilen şayet tesmiye edilenle aynı cinstense hüküm kendisine işaret edilene ilişkin olur. Buna mukabil farklı bir cinstense hüküm tesmiye edilene bağlanır ve kendisine işaret edilene itibar edilmez. Örneğin bir kimse ‘kırmızı yakuttan’ diyerek bir yüzük kaşı satsa ancak yakutun sarı olduğu anlaşılrsa kendisine işaret edilen mevcut olduğu için akit mün’akid olur. Ancak kendisine işaret edilenin cam olduğu anlaşılırsa tesmiye edilen mevcut olmadığı için akit mün’akid olmaz.”²

1 Kuhistânî, *Câmi’ü’r-Rumûz*, 393.

2 İbn Melek, Abdullatif (ö. 821/1418), *Şerhu Menâri’l-Envâr*, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut ty., s. 126.

وإنما قلنا: إن البيع على هذا الأصل يعني أن كون العبرة للمسمى فيما خالف المشار إليه المسمى جنسا مشروط بأن لم يعلم المتبايعان أن المشار إليه من خلاف جنس المسمى حتى لو علما به فالعبرة للمشار إليه لما قال المولى القهستاني في كتاب البيع: «وإن العبرة للمسمى إذا لم يعلم أن المشار إليه من خلاف جنس المسمى؛ وأما إذا علما به فالعبرة للمشار إليه، فلو قال: ٥ بعث منك هذا الحمار وأشار إلى عبد قائم بينهما انعقد العقد على العبد كما في المحيط» انتهى.

فظهر منه أن الوكالة والبيع مشتركان في التقييد بقيد العلم وكانت تسمية العبد المشار إليه بالحمار في مسألة البيع للذم كتسمية ألف درهم موزون أراه بالفلوس في مسألة الوكالة. وفهم منه^١ أن تردد الشيخ في أن يكون البيع على التفصيل المذكور في الوكالة إنما كان من أنه لم يحط بما في المحيط خبرًا. وكان ما وقع في بعض الكتب من إطلاق: أن المشار إليه إذا كان من خلاف جنس المسمى يتعلق بالحكم بالمسمى ولا عبرة للمشار إليه غير موجه بل هو مما يخل بالمقصود ويذهب بلطف الضابط المعهود.

ومن جملة من وقع في هذه الورطة المولى ابن ملك حيث قال في بحث ١٥ الحقيقة من شرح المنار: «ولأن المشار إليه إذا كان من جنس المسمى يتعلق بالحكم بالمشار إليه وإذا كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى ولا عبرة للمشار إليه كما لو باع فصا على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أصفر ينعقد البيع لوجود المشار إليه، ولو ظهر أنه زجاج لا ينعقد لعدم المسمى» انتهى.

İbn Melek'in, 'kendisine işaret edilen, tesmiye edilenden farklı bir cinsten çıkarsa...' sözü ve buna bina ettiği, '...şayet yüzük kaşının cam olduğu ortaya çıkarsa akit mün'akid olmaz.' hükmünün gerek kural gerekse bu kurala bina edilen fer'î hüküm bakımından mutlak olarak kayda tabi tutulmadan verilmesinin isabetli olmadığını unutma! *el-Muhît*'ten nakledilen kuralın muktezasına göre şöyle denilmelidir: Kendisine işaret edilenle tesmiye edilen farklı cinslerdense ve satıcı ile alıcı bu durumu bilmiyorsa, akit tesmiye edilen üzerine kurulmuş olur. Yüzük kaşının cam olduğu anlaşılırsa ve satıcı ile alıcının bundan haberi yoksa akit mün'akid olmaz. Çünkü satıcı ve alıcı yüzük kaşının gerçekte cam olduğunu bildikleri hâlde onu kırmızı yakut diye tesmiye etmişse akit tesmiye edilen üzerine mün'akid olur. Bu durumda cama yakut denmesi, dirheme dinar denilmesi gibi methetmek maksadıyla söylenmiştir. Bu kuralın, tarafların işaret edilenin hâlini bilmesi kaydıyla mukayyet olduğunu devamlı hatırla ki, bazı kitaplarda bu kayda değinilmeden mutlak olarak zikredilmesi seni yanıltmasın.

Bilinmelidir ki işaret edilen ile tesmiye edilen yukarıda anlatıldığı şekliyle mudârebe akdinde sermaye konusunda vaki olsa, kuralın ne olacağı konusunda mudârebe bölümünde bir açıklama yapılmamıştır. Ancak Şeyh Bedreddîn, mudârebe akdi vekâlet akdini de tazammun ettiği için burada konuyu tafsilatıyla ele almıştır. İhtiyaç anında kolayca müracaat edebilmek için burada zikredilenleri iyice bellemelisin.

30. Mudârebe Akdinin Fâsit Olması Zımında Yer Alan Vekâlet Akdinin Fâsit Olması

[**Teshîl**] Mudârebe fâsit olunca onda vekâlet ve daha fazlası olduğu için [mudarib] vekil olarak kalmaya devam eder. Buna göre mudârebe fâsit olduğunda malın kabzedilmesi vekâletin sıhhat şartı olmadığı için vekâlet fâsit olmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Kural, bir şeyin zımında sabit olan şeyin, o şeyin yok olmasıyla yok olmasıdır. Buna göre vekâletin de ortadan kalkması gerekir. Zira vekâlet fâsit olan mudârebenin zımında sabit olmuştur.

ولا يذهب عليك أن قوله: وإذا كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وما فرّعه عليه من قوله: «ولو ظهر أنه زجاج لا ينعقد» مما لا يستقيم على إطلاقه أصلاً وفرعاً وكان مقتضى الأصل المنقول عن المحيط أن يقال: وإذا كان من خلاف جنسه ولم يعلم بحال المشار إليه يتعلق بالمسمى ولو ظهر أنه زجاج ولم يعلم به البائع ولا المشتري لا ينعقد؛ لأن المتبايعين إذا علما أنه زجاج ولكن سماه بالياقوت الأحمر ينعقد العقد على المشار إليه وكانت هذه التسمية مجازاً للمدح كما إذا سمي الدراهم الموزونة بالدينار فاليكن كون هذا الأصل مقيداً بهذا القيد على ذكر منك كيلا تقع في غلط الإطلاق اغتراباً بما وقع من الإطلاق في بعض الكتب.

وليعلم أن اجتماع الإشارة والتسمية على الوجه المذكور هنا إذا وقع في رأس مال المضاربة كيف يكون الضابط فيه لم يبين في كتاب المضاربة ولكن الشيخ -رحمه الله- أوردته هنا على التفصيل بملازمة أن المضاربة قد تضمنت الوكالة فالتكن عليه محافظاً حتى تيسر المراجعة عند الحاجة.

٣٠. فساد الوكالة ضمن فساد المضاربة

[التسهيل] وإذا فسدت بقي وكيلاً؛ لأن في المضاربة توكيلاً وزيادة فإن فسدت المضاربة لا يفسد التوكيل؛ لأن قبض المال ليس بشرط لصحة الوكالة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الأصل أن ما ثبت في ضمن الشيء ينتفي بانتفاء ذلك الشيء فعلى هذا ينبغي أن تنتفي الوكالة أيضاً؛ لأنها ثبتت في ضمن المضاربة التي قد فسدت.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in "Mudârebe akdi fâsit olunca mudârib vekil olarak kalır." sözünden maksat, mudârebe akdinin hüküm bakımından değişmesi ve mudâribin vekil olması yani -rabbulmal denilen- sermaye sahibinin malında şer'an mukadder olan ecr-i misil ile çalışmak üzere yetkilendirilmiş olmasıdır. Nitekim yukarıdaki hükümden sonra akdin fâsit olmasıyla mudâribin ecr-i misil alacağına dair sözü bu hükme delâlet etmektedir. Özet olarak mezkûr sözün anlamı, mudârebe akdi fâsit olunca mudârib işçi sayılır, olmaktadır. Mudârebe akdinin fâsit olması hâlinde mudâribin işçiye dönüşmesi mudârebe akdinin hususiyetlerindedir. Nitekim mezhebin muteber metinlerinde fakihler mudârebe akdini tarif ettikten sonra mudârebenin emanet bırakma (îda'), vekâlet verme (tevkîl), şirket, gasp ve fâsit icare vb. olduğunu söylemişlerdir.

Bu izahıtan anlaşıldığı üzere Şeyh'in, "Mudârebe fâsit olunca onda vekâlet ve daha fazlası olduğu için [mudârib] vekil olarak kalmaya devam eder." hükmüne yaptığı itiraz yerinde bir itiraz değildir. Çünkü vekâletin baki kalması hükmü, mudârebe akdine terettüp eden hükümlerindedir. Ancak "Mudârebe fâsit olunca onda vekâlet ve daha fazlası olduğu için [mudârib] vekil olarak kalmaya devam eder." demek yerine "Mudârebe akdi fâsit olunca mudârib fâsit bir icare akdiyle işçi olarak kalır." deseydi fakihlerin dediklerine daha uygun olurdu. Ayrıca bu sözün anlamı hakkında "Mudârebe akdinin hüküm bakımından değişmesi ve mudâribin vekil olması yani rabbulmalin malında şer'an mukadder olan ecr-i misil ile çalışmak üzere yetkilendirilmiş olmasıdır." şeklinde yaptığımız tevile gerek kalmazdı.

Fakihin biri metinlerde zikredilen mudârebenin; emanet bırakma (îda'), vekâlet verme (tevkîl), şirket, gasp ve fâsit bir icare vb. olduğu şeklindeki ibarede bir tesahül olduğunu iddia etmiştir. Buna gerekçe olarak da mudârebenin, rabbulmal ile mudârib arasında kârda ortaklık anlamına geldiğini söylemiş; buna göre bu akde îda', karz, icare ve ibdâ'¹ denilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Büyüyük fakih Sadruşşerîa söz konusu ifadelerin tağlib² yoluyla olduğunu ifade ederek bu problemi çözmeye çalışmıştır. Allâme İbn Kemâl, Sadruşşerîa'nın bu cevabına "Bu gibi yerlerde tağlibden bahsedilemez."³ sözleriyle itiraz etmiştir. Sadruşşerîa'nın, *el-Vikâye* sahibi Tâcuşşerîa'nın kullandığı ibareyi değiştirmesi bu probleme cevap vermeyi hedeflemektedir.

1 İbdâ', kârın tamamının mal sahibine ait olması şartıyla mudâribin amel etmesidir.

2 Tağlib: Anne ve babaya sözlük anlamıyla iki baba anlamına gelen ebeveyn, güneş ile aya iki ay anlamına gelen kamereyn denilmesi gibi birden fazla şey için onlardan birini ağır basturarak tamamı için onun ismini vermek anlamındadır. Yukarıdaki meselede mudârebe akdi, aslında birden fazla akit veya tasarrufu ihtiva etmesine rağmen mudârebe tarafı ağır bastığı için sadece bu isimle isimlendirilmiştir.

3 İbn Kemâl, *el-İzâh*, II, 281.

[فاضل أمير] نقول: المراد من قوله: «بقي وكيلا» ينقلب حكما ويصير وكيلا أي مأمورا مسلطا على العمل في مال رب المال بأجرة مقدرة شرعا أعني أجر مثله على ما ينبئ عنه قوله الآتي «وأخذ المضارب أجر مثله» فيرجع معنى الكلام إلى أنه يصير أجيرا، وهذه الصيرورة من خواص المضاربة؛ لأنهم قالوا في المتون المعتمدة بعد تعريف المضاربة: وهي إيداع وتوكيل وشركة ٥
وغصب وإجارة فاسدة إلى آخره.

فظهر منه أن لا يتجه ما قاله الشيخ معترضا على قوله: «وإذا فسدت بقي وكيلا»؛ لأن هذا البقاء من أحكامها المترتبة عليها إلا أنه لو قيل: وإذا فسدت بقي أجيرا بإجارة فاسدة لكان أوفق بما قالوا وأسلم عن ارتكاب ما ذكرناه من أن معناه بقي مأمورا مسلطا إلى آخره. ١٠

ثم إن بعضا من الفضلاء قد ادعى أن في العبارة المذكورة في المتون تساهلا؛ لأن المضاربة عقد شركة في الربح فكيف يكون إيداعا وقرضا وإجارة وإبضاعاً؛ وقد قال مولانا الفاضل صدر الشريعة في التفصي عنه: «أنه مقول بطريق التغليب» وقال العلامة: «لا يتمشى وجه التغليب في أمثال هذا» ردا لما قال به صدر الشريعة وتضمن تغييره^١ عبارة تاج الشريعة الجواب عن هذا الإشكال ١٥

Şöyle ki; Sadruşşerîa mudârebe akdinde bulunması mümkün olan tasarrufların bu akdin içinde olduğunu ifade etmiş, mudârebe akdinin, sermaye mudâribe teslim edildiğinde emanet verme (îdâ'), mudârib çalışmaya başladığında tevkiî, kâr elde etmeye başladığında şirket, fâsit olduğunda fâsit icare olduğunu söylemiştir. Bunlara ilaveten de mudârebe akdinin içinde olması mümkün olmayan şeyler için de; mudâribin, rabbulmalin koyduğu şartlara uymadığında gasbenden olacağını, kârın tamamının rabbulmale ait olmasını şart koştuğunda müstebdi', yine karın tamamı mudârib için şart koşulduğunda ise mudâribin müstakriz (karz almış) olacağını söylemiştir. Ardında da *el-Vikâye* metninde geçen "dönüşür" lafzının kullanılış gayesini de mudârebe akdinin esas itibarıyla gasp, bidâa ve karz olmadığını ancak bu tasarruflara dönüşebileceğini ifade etmek için kullanıldığını beyan etmiştir."¹

Yapılan alıntı Allâme İbn Kemâl'in *el-Vikâye* ve şerhinde geçen ibareleri ıslah etmek için söylediklerinin özüdür. Ancak burada Şeyh'in "İlke, bir şeyin zımnında sabit olan şeyin, o şeyin yok olmasıyla yok olmasıdır." sözüyle daha önce mudârebe akdi hakkında îdâ', tevkiî, şirket ve icare ile ilgili ortaya çıkan problemi çözmek için tercih ettiği görüşe itiraz edilebilir. Zira o, sayılan tasarruflardan her birinin mudârebe akdinin zımnında olduğunu açıkça beyan etmiştir. Daha önce zikrettiğimiz şekilde bu konuda yapılacak en güzel ve problemlerden en uzak gerekçelendirme Molla Kuhistânî'nin *en-Nükâye* yazarı Sadruşşerîa'nın mudârebe akdi ile ilgili yaptığı tariften sonra yaptığı şu açıklamadır: "Mudârebe, yani tariften anlaşılan 'karşılıklı alıp verme (müdâfaa)' (yani bir tarafın para, bir tarafın emek vermesi), hükmen îdâ' sayılır. Sadruşşerîa bundan sonra îdâ'ya atfederek saydığı tasarrufların her birinden sonra "hükmen" kelimesini ilave etmiştir. Buna göre söz şu anlama gelir: Rabbulmalden sâdır olan fiil için her bir hâlde ayrı bir hüküm söz konusu olur."² Şer-i şerifte bunun benzerleri vardır. Nitekim Molla Ayasuluğî *el-Mecma'* şerhinin ikâlê bölümünde bu hususa şöyle işaret etmiştir: "Şâri', akitlerin hakikatlerini değil de hükümlerini değiştirebilir."³

Yapılan bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere mudârebenin tarifi ve ihtiva ettiği tasarruflarla ilgili metinlerde zikredilen ifadelerde tesahül olduğunu söyleyenler mudârebenin hakikatinin değiştiğini zannedip; îdâ', tevkiî, şirket, gasp ve fâsit icare vb. şeylere dönüştüğünü düşünmüştür. Oysa gerçekte burada değişen sadece hükümlerden ibarettir. Dolayısıyla burada dile getirilen problem temelden izale edilmiştir.

1 Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, IV, 243-244.

2 Kuhistânî, *Câmi'ur-Rumûz*, s. 502.

3 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr. 137b.

حيث اعتبر فيما يمكن وجوده في ضمن المضاربة التضمن وقال: «وهي تتضمن إيداعا عند الدفع وتوكيلا عند العمل وشركة عند الربح وإجارة فاسدة عند الفساد» وزاد قوله ويصير فيما لم يمكن اعتباره في ضمن المضاربة وقال: «ويصير غاصبا إن خالف ومستبعضا إن شرط كل الربح للمالك ومستقرضا إن شرط للمضارب»، ثم بين فائدة قوله: «ويصير» بأنه لا احتمال لأن تكون المضاربة غصبا أو بضاعة ٥ أو قرضا.

هذا زبدة ما أتى به العلامة في إصلاح المقام ولكن يرد ما أورده الشيخ هنا بقوله: «الأصل أن ما ثبت في ضمن الشيء» إلى آخره على ما اختاره أولا في دفع الإشكال بالإيداع والتوكيل والشركة والإجارة؛ لأنه قد صرح بكون كل من هذه المذكورات في ضمن المضاربة، والتوجيه الأسلم الأعون لما ذكرناه سابقا ما ذكره المولى القهستاني حيث قال في قول المصنف وهي بعد تعريف المضاربة: «أي المدافعة المفهومة من التعريف إيداع حكما فزاد قوله حكما كذلك في كل ما عطف على قوله إيداع فيؤول معنى الكلام إلى أن الفعل الصادر من رب المال يكون له حكم من الأحكام في كل حال من الأحوال». ١٠
وذا مما وقع نظيره في الشرع. ألا يرى أن المولى الأياثلوغي في شرح المجمع قد استدل على هذا المطلوب في باب الإقالة بأن قال: «وللشارع تبديل الأحكام لا الحقائق».

فحصل منه أن من قال في العبارة تساهلا قاله ظنا منه أن حقيقة المضاربة تتبدل وتصير إيداعا وتوكيلا إلى آخره وليس المراد هذا بل التبديل حكما فاندفع الإشكال رأسا. ٢٠

KEFÂLET

1. Şartlı Kefâlette Şartın Yerine Gelmemesi

[**Teshîl**] Bir kimsenin diğerinde yüz dirhem alacağı olsa ve üçüncü bir kişi “Borçluyu yarın sana getirmezsem ondaki alacağına kefilim.” diyerek borçlunun şahsına kefil olsa ve dediği vakitte getiremese veya borçlu ölse bize göre kefil tazminle yükümlü olur. Zira kefil, kefâleti borçluyu alacaklarının huzuruna getirememe durumuna bağlamıştır. Kıyas, kefâletin bu tür bir şarta bağlanmasına aykırı olsa da teâmül sebebiyle bu uygulama fakihler tarafından sahih sayılmıştır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Yapılabilmenin tasavvur edilmesi, Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre, yeminde olduğu gibi kefâlette de şarttır; Ebû Yûsuf’a göre ise şart değildir. Buna göre, “Şu küpün suyunu bugün içmezsem...” diye yemin ettikten sonra küpün içindeki suyun geceden önce dökülmesi durumunda yemin eden kişi, Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre yeminini bozmuş olmaz. Bu bakımdan, getirilmesi taahhüt edilen borçlunun ölmesi örneğinde de kefilin mâlî olarak sorumlu olmasının bu iki imama göre değil, sadece Ebû Yûsuf’a göre olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh’in bu itirazı, ta’lîkin hem lügaten hem de şer’an yemin olduğu esasına mebnidir. Nitekim *el-Bedâi*’de şöyle denilmiştir: “Yeminin ikinci kısmının [şartlı yeminin] rüknü ise şart ve ceza ile bu ikisinin manasını bilecek miktarıyla şartın ve bu şarta bağlanmış cevabın zikredilmesidir. Şart dediğimiz şey önüne “in”, “izâ” “izâ mâ”, “metâ” “mâ”, “mehmâ” vb. nahiv ve lügat âlimlerinin zikretmiş oldukları şart edatlarının girdiği kelimedir. Şart harflerinde esas olan şeddetsiz “elif-nûn (in)” maddesidir. Diğer edatlar buna dâhildir. Zira “in” harfi yalnızca şart manasında kullanılır. Hâlbuki diğer edatlar hem şart hem de zaman zarfı gibi farklı anlamlarda kullanılır. Söz konusu kullanım farklılığı “in” harfinin şartiyet anlamı bakımından asıl diğerlerinin ise ona tabi olduğunu gösterir. Kerhî bunlara “küllemâ” edatını da ilave etmiştir. Aslında ‘küllemâ’ şart edatı olmadığı için lügat âlimleri bunu şart edatları arasında saymamıştır. Bununla birlikte bu edatta şart manası bulunmakta olup bu mana “küllemâ” edatının girdiği kelimenin bir başka şeyin mevcudiyetine bağlı olmasıdır. İşte bu noktaya binaen Kerhî ‘küllemâ’yı şart edatı olarak ilave etmiştir.

كتاب الكفالة

١. عدم تحقق الشرك في الكفالة

[التسهيل] ولو كان له على آخر مائة درهم وكفل بنفسه رجل وقال: على
أني لو لم أوف به غداً فأنا ضامن لما عليه، فلم يُوف به غداً أو مات المطلوب
نضّمته؛ لأنه علّق الكفالة بالمال بعدم الموافاة وهذا التعليق صحيح لتعامل الناس
به.

[الشيخ بدر الدين] أقول: التصور شرط عندهما في شرط اليمين لا عند أبي
يوسف كما قرر في قوله: إن لم أشرب ما هذا الكوز اليوم فكذا، فأهريق الماء
قبل الليل لا يحث عندهما، فعلى هذا ينبغي في صورة موت المطلوب أن يلزم
المال عند أبي يوسف لا عندهما.

[فاضل أمير] نقول: هذا الاعتراض منه مبني على أن التعليق يمين لغة وشرعا
على ما قال في البدائع: «وأما ركن القسم الثاني من اليمين فهو ذكر شرط وجزاء
مربوط بالشرط معلق به في قدر الحاجة إلى معرفة المسمى بالشرط والجزاء
ومعرفة معناهما، أما المسمى بالشرط فما دخل فيه حرف من حروف الشرط
وهي إن وإذا، وإذ ما، ومتى، ومتى ما ومهما وأشياء آخر ذكرها أهل النحو واللغة.
وأصل حروفه أن الخفيفة وغيرها داخل عليها لأنها لا تستعمل إلا في الشرط
وما سواها من الحروف يستعمل فيه وفي غيره وهو الوقت وهذا أمانة الأمانة
والتبعية. وذكر الكرخي مع هذه الحروف كلما وعدّها من حروف الشرط، وإنها
ليست بشرط في الحقيقة فإن أهل اللغة لم يعدوها من حروف الشرط لكن فيها
معنى الشرط وهو توقف الحكم على وجود ما دخلت عليه لذلك سماه شرطا،

Mesela: “külli imreetin etezvevecuhâ fehiye tâlikun (evleneceğim her kadın boştur.)” ve “külli abdin iştereytuhû fehuve hurrun (satın aldığım her köle hürdür.)” cümlelerinde boşama ve azat olma, evlenmeye ve satın almaya bağlanmıştır. Buradaki bağlılık, bir şeyin varlığını şart kılınan başka bir şeyin varlığına bağlama şeklinde olmayıp, kişinin, boşama fiilini “evleneceğim” diyerek nitelediği kadın için ve “satın alacağım” diyerek satın almakla nitelediği köle için kullanmış olmasıdır. Kadının bu vasfı kazanması evlenmekle, kölenin ise satın alınmış olmakla meydana geleceği açıktır. Şart sözcüğü alamet anlamına da gelir. Bu anlama binaen “eşrâtü's-sâa” terkibi “kıyamet alametleri” manasında kullanılır. “Şurtî”, “şirât” ve “mişrât” sözcükleri de alamet anlamı taşıdığı veya alamet bıraktığı için bu kökten türetilmiştir. Bu noktadan hareketle, yemin eden kimsenin, yapmayı istediği şeyi bir şeyin varlığına alamet kıldığı şeye şart denilmiştir. Nitekim alamet kılma niyetiyle değil de başka bir maksatla söylemişse -ileride izahı geleceği üzere- buna şart denilmez. Cezâ/cevap dediğimiz şey ise önüne ta'lik harfi olan “fâ” harfinin girdiği cümledir. “În dehalti'd-dâre fe enti tâlikun (eve girersen boşsun)” cümlesinde olduğu gibi şart önce ceza ise sonra zikredilmişse “fâ” harfine ihtiyaç duyulur. Cezanın önce şartın sonra geldiği cümlelerde ise bu harfe gerek yoktur, ta'lik harfi olmaksızın ceza şarta bağlanır. Zira “enti tâlikun (sen boşsun)” sözünden sonra telaffuz edilecek bir lafızla maksadın yemin olduğu ifade edilebilir. Böylelikle cümle boşama değil yemine dönüşür dolayısıyla ta'lik harfine gerek kalmaz. Şart edatları ise böyle değildir; şart cümlesi ceza cümlesinden önce veya sonra zikredilsin şart edatına daima ihtiyaç vardır. Ceza cümlesine yalnızca “fâ” harfinin girmesinin sırrı şudur: “fâ” harfi ara vermeksizin bir şeyin bir başka şeyi takip etmesi anlamını iktiza eder. Mesela: “câenî Zeydun fe Amrun” denildiğinde Amr'ın hemen Zeyd'in peşi sıra geldiği anlaşılır. Ceza da hemen şartın tahakkuk etmesinin akabinde terettüp eder. Cezanın anlamı ise şudur: Şartın cezası/cevabı: şarta bağlanan şeydir. Ceza bazen, şart olarak zikredilen şey çirkin olduğu için istenilmiyorsa şartın tahakkuk etmemesi için kullanılır. Bazen de güzel bir sonuç doğurduğu için şartın tahakkuk etmesini sağlamak için kullanılır. Tabi bir şeyi istemek veya istememek yemin etmenin saiki ve semeresidir. Bu yönüyle alışverişteki kâr, evlilikteki çocuk edinme gibidir.

وفي قوله كل امرأة أتزوجها فهي طالق، وقوله كل عبد اشتريته فهو حر إنما توقف الطلاق والعتاق على الزواج والشراء لا على طريق التعليق بالشرط بل لأنه أوقع الطلاق والعتاق على امرأة متصفة بأنه تزوجها وعلى عبد متصف بأنه اشتراه ويحصل الاتصاف بذلك عند التزوج والشراء. وأما معنى الشرط فهو العلامة ومنه أشراط الساعة أي علاماتها، ومنه الشرطي والشرائط والمشروط ٥ فسمي ما جعله الحالف علما لنزول الجزاء شرطا حتى لو ذكره لمقصود آخر لا يكون شرطا على ما نذكر - إن شاء الله تعالى - . وأما المسمى بالجزاء فما دخل فيه حرف التعليق وهي حرف الفاء إذا كان متأخرا في الذكر عن الشرط كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق. فأما إذا كان الجزاء متقدما فلا حاجة إلى ١٠ حرف الفاء بل يتعلق بالشرط بدون حرف التعليق لأنه قد يعقب قوله أنت طالق ما يبين أنه يمين فيخرج به من أن يكون تظليقا إلى كونه يمينا وتعليقا فلا حاجة في مثل هذا إلى حرف التعليق بخلاف حروف الشرط فإنها لازمة للشرط سواء تقدم ذكرها على الجزاء أو تأخر وإنما اختصت الفاء بالجزاء؛ لأنها حرف يقتضي التعقيب من غير تراخ كقول القائل جاءني زيد فعمرو ١٥ والجزاء يتعقب الشرط بلا تراخ وأما معنى الجزاء فجزاء الشرط ما علق بالشرط ثم قد يكون مانعا من تحصيل الشرط إذا كان الشرط مرغوبا عنه لوقاحة عاقبته، وقد يكون حاملا على تحصيله لحسن عاقبته لكن الحمل والمنع من الأغراض المطلوبة من اليمين ومن ثمراتها بمنزلة الربح بالبيع والولد بالنكاح

Evlilikte çocuk, alışverişte kâr elde edememe durumu gibi, istenilen şeyin hasıl olmaması veya istenilmeyen şeyin meydana gelmesinin söz konusu olmaması yapılan tasarrufu yemin olmaktan çıkarmaz. Kâr elde etmek alım satım akdinin, çocuk sahibi olmak evlenme akdinin amaçları arasında yer aldığı gibi, bir şeye teşvik etmek veya bir şeyden men etmek de yeminin amaç ve yararları arasında yer alır. Nasıl ki kârın veya çocuğun olmaması alım satım ve nikâhı birer hukuki tasarruf olmaktan çıkarmıyorsa, aynı şekilde teşvik veya men amaçlarının gerçekleşmemesi de yemini gerçekleştirmiş bir tasarruf olmaktan çıkarmaz. Ayrıca isimlerin anlamları konusunda merci, lügat ehlidir ve onlar da teşvik veya men durumunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaksızın şart ve cevap şeklinde kurulan cümleye yemin demişlerdir.”¹

Sonra Şeyh'in Ebû Hanîfe ve Muhammed'e yemin konusunda benimstedikleri ilke üzerinden yaptığı itiraz titiz değildir. Onların esas aldıkları ilke, Ebû Yûsuf'tan farklı olarak, şudur: Yemin konusu edilen şeyin yerine getirilmesinin imkân dâhilinde olması, yeminin mün'akid olmasının -yani sahih olarak gerçekleşmiş sayılabilmesinin- alelittak şartıdır. Buna göre, yemin 'bugün' veya 'yarın' gibi bir zamanla kayıtlanmışsa yemini yerine getirme imkânının bekâsı, yeminin bekâsının şartı olmaktadır. Bu husus anlaşıldıktan sonra şöyle denilebilir: Mala kefâletin, ifânın yarın veya yarının geçmesinden önce ifâ edilememesi durumuna ta'lik edilmesinden sonra mekfûl_anh'ın -yani kendisine kefil olunan borçlunun- ölmesi meselesinde ortadan kalkan şey, yerine getirme tasavvurunun kendisi değil bu tasavvurun bekâsıdır. Bu sebeple ibarenin hakkı, “Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre tasavvurun bekâsı, yeminin mün'akid olmasının şartıdır.” şeklinde olmaktadır.

Ebû Hanîfe ve Muhammed'in kabul ettikleri ilkeye yönelik itiraza onlardan sabit olan ve Şeyh'in de yukarıda naklettiği şekliyle şöyle cevap vermek de mümkündür: Yemini bu şekilde ta'lik etmek, kıyasa aykırı olsa da insanların teamülü sebebiyle câiz görülmüştür. Buna göre söz konusu hüküm zarurete binaen sabit olmuştur. Zarurete binaen sabit olan hükümler de zaruret miktarıyla sınırlandırılır. Dolayısıyla bu meseledeki ta'lik zaruret sebebiyle câiz görülmüşse zarureti giderecek oranla takdir edilir. Yani şart olan mekfûl_anhın getirilememesi tahakkuk etmişse, bu şartın cevabı olarak zikredilen malın tazmin edilmesinin lazım olacağını söylemek gerekir.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, III, 21-22.

فانعدامهما لا يخرج التصرف عن كونه يمينا كانعدام الربح في البيع والولد في النكاح لأن وجود التصرف بوجود ركنه، لا لحصول المقصود منه كوجود البيع والنكاح وغيرهما، وركن اليمين هما الشرط والجزاء فإذا وجد كان التصرف يمينا ولأن المرجع في معرفة الأسامي إلى أهل اللغة وأنهم يسمون الشرط والجزاء يمينا من غير مراعاة معنى المنع والحمل» انتهى. ٥

ثم في العبارة المسوقة هنا للاعتراض على أبي حنيفة ومحمد بناء على أصلهما الثابت في اليمين حزازه؛ لأن أصلهما أن إمكان البر شرط انعقاد الحلف مطلقا عندهما خلافا لأبي يوسف، ثم إذا كانت اليمين مقيدة باليوم أو الغد أو نحوه بقاء البر ممكنا شرط بقاء الحلف خلافا لأبي يوسف. إذا تقرر هذا فلا ريب في أن الفأنت في صورة موت المطلوب بعد تعليق ضمان المال بعدم الموافاة به غدا وقبل مضي الغد إنما كان بقاء تصور البر لا نفس تصور البر فكان حق العبارة أن يقول: بقاء التصور شرط عندهما في شرط اليمين إلى آخره. ١٠

ويمكن أن يجاب عن الاعتراض الوارد على أصل الإمام ومحمد بما ثبت عنهم ونقله الشيخ أنفا من أن تجويز هذا التعليق قد كان لتعامل الناس به مع أن القياس يأباه، فقد ثبت أنه جاز لضرورة، وما ثبت للضرورة يتقدر بقدر الضرورة فيقال: إن جواز هذا التعليق لما كان لضرورةٍ قدّر بقدر ما يندفع به الضرورة يعنى قيل بلزوم وجود المشروط وهو ضمان المال عند وجود الشرط وهو عدم الموافاة ١٥

Bu hüküm zarurete mebni olarak sabit olduğu için Ebû Hanîfe ve Muhammed'in, yeminin mün'akid olması için şart koştukları yemini yerine getirmenin mümkün olması noktasını aşmaz. Bir başka ifadeyle bu meseledeki cevaz, insanların teamülünden kaynaklanan zarurete mebni olduğu için fakihler, câiz olması için gerekli olan şartların var olup olmadığına bakmadan bunun câiz olduğuna hükmetmişlerdir. Dolayısıyla bu meseledeki hüküm fakihler nezdinde makbul bir kural olan 'zaruret yerlerinin şeriatın kaidelerinden istisna edileceği' kuralına racidir. *el-Mustasfâ*'nın hac bölümünde "Zaruret durumları şeriatın kurallarından istisna edilir; insanın ihtiyacı da zaruret kapsamındadır." diyerek bu hükme açıkça işaret edenlerden birisi de Allâme Neseî'dir.

2. "Had cezalarında şahsa kefâlet için icbar yoktur." Sözü'nün Kapsamı

[Teshîl] Bir kölenin kazif suçu işlediğine dair efendisinin huzurunda beyyine getirilse, Ebû Hanîfe'ye göre hüküm, töhmet sebebiyle şahitler tezkiye edilinceye kadar kölenin hapsedilmesi ve efendisinin şahsına kefil alınması şeklindedir. Kölenin kazif suçu işlediği şahitlikle sabit olduğundan temize çıkana kadar köle hapis cezasına çarptırılır. Ebû Hanîfe'ye göre kazif suçlusu kefil getirmeye zorlanamayacağı için -Ebû Yûsuf ve Muhammed'den farklı olarak- Ebû Hanîfe bu durumda kölenin hapsedilmesi gerektiğini söylemiştir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise suçlu hapsedilmeyip onun şahsına zorla kefil alınır. Ebû Hanîfe'ye göre efendinin şahsına kefil alınır. Çünkü had, köleye uygulanmaktadır. Köle, efendinin malı olduğundan cezanın uygulanması anında efendinin orada bulunması gerekir. Efendinin şahsına kefil tutulmasının nedeni ise onu mahkemeye getirmesidir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Daha önce zikredilen delil buna aykırıdır. Daha önce geçtiği üzere Ebû Hanîfe'ye göre kazif ve kısas konularında suçluyu kefil göstermeye icbar etmek -alelîtlak- câiz değildir. Ebû Hanîfe'nin bu konudaki bir gerekçesi "Had hususunda kefâlet olmaz." hadisidir. Diğer gerekçesi ise şudur: Kefâlet teminat içindir. Hâlbuki cezalar düşürülme esasına dayanmaktadır (imkân dâhilinde bunların düşürülmesi esastır).

ولم يتعد إلى ما اعتراه في الشرط من بقاء إمكان البر، أو يقال: إن هذا التجويز لما كان لضرورة التعامل به فقد قالوا بجوازه من غير مبالاة بوجود ما هو شرط الجواز وعدمه فرجع الأمر إلى ما تقرر عندهم: من أن مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع، وممن صرح به العلامة النسفي حيث قال في كتاب الحج من المستصفي: «إن مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع، وحاجة الإنسان من الضرورات».

٢. تقييد لقول الفقهاء: لا جبر على الكفالة بالنفس في الحدود

[التسهيل] ولو برهن على قن بحضرة مولاه بقذفه؛ فالأمر عند أبي حنيفة حبسه إلى التزكية للتهمة أي تهمة وجود القذف ثبتت بمجرد الشهادة فيعاقب بحبسه إلى التزكية وهذا؛ لأنه لا يُجبر على الكفالة عنده فاحتيج إلى الحبس عنده لا عندهما؛ إذ يؤخذ الكفيل بنفسه جبراً عندهما فلا يُحبس وأخذ كفيل بنفس المولى؛ إذ الحد يقام على عبده وهو ماله فلا بد من حضور مولاه لإقامة الحد فيؤخذ الكفيل لإحضاره.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينافيه ما مر من الدليل في أن الجبر على الكفالة بالنفس في حد القذف والقود لا يجوز عند أبي حنيفة لقوله ﷺ: «لا كفالة في حد»^١ مطلقاً؛ ولأن الكفالة للاستيثاق، ومبنى الحدود على الدرء.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Yakup Paşa, Sadruşşerîa'nın *el-Vikâye* şerhi üzerine yazmış olduğu hâşiyede Hanefî mezhebine yaptığı itirazlarda genel olarak Şeyh'e uyduğu gibi bu meselede de ondan istifade ederek şöyle demiştir: “Bu hüküm hakkında söylenecek sözümüz vardır. Zira *Mecma'ül-Bahreyn*'de zikredilen şu mesele yukarıda ele alınan -hiç kim-
 5 senin had cezalarında kefil getirmeye zorlanamayacağı şeklindeki- hük-
 mün deliline aykırıdır: Bir kimse, efendisinin huzurunda kölenin ken-
 disine namusa yönelik iftira attığını (kazifte bulunduğunu) iddia etse
 ve beyyine getirirse, Ebû Hanîfe'ye göre töhmet sebebiyle şahitler tezkiye
 10 edilinceye kadar köle hapsedilir ve efendisinin şahsına kefil alınır. Zira
 burada had cezası uygulanacak olan kişi köledir ve köle onun malıdır.
 Dolayısıyla ceza tatbik edilirken efendinin hazır bulunması şarttır.”¹

Yakup Paşa'nın itirazına şöyle cevap verilebilir: *el-Mecma'* sahibinin bu sözü, ‘şayet kefâlet, haddi gerektiren suçun ispatına dair beyyine getirilme-
 15 den önce ise haddi gerektiren suçlarda suçlunun nefsi için kefil vermeye zor-
 lanmayacağı’ hükmünden daha açıktır. Hz. Peygamber'in “Had cezalarında kefâlet yoktur.” hadisinden maksat da budur. Bu hadiste -yalnızca- beyyine-
 nin olmaması hâlinde mücerret had iddiasında kefil alınmayacağı söylenmiş
 olup, haddi gerektirecek şekilde beyyine getirilmesinden kefil alınmayaca-
 20 ğından ve hâkim tarafından verilecek hükmün şahitlerin tezkiye edilince-
 ye kadar bekletilmesinden bahsedilmemiştir. Nitekim Ayasuluğî'nin *Mec-
 ma'ül-Bahreyn* müellifi İbnu's-Sââtî'nin sözünü açıklarken söylediği şu sözler
 de hadisin maksadının ne olduğunu ortaya koymaktadır: “Namusa iftira
 suçunda şahsa kefâlet Ebû Hanîfe'ye göre câiz değildir. Hâfızuddîn en-Ne-
 25 sefi *el-Musaffâ* adlı kitabında Muhammed'in *el-Asl* kitabından meseleyi şöyle
 nakletmiştir: İddia sahibi, hâkime, ‘Benim şahitlerim şehirdedir; onları senin
 huzuruna çıkarıncaya kadar suçlunun şahsı için bir kefil al’ der.”²

Hadisteki yasağın, beyyine getirilmeden önceki kefâlete yöne-
 lik olduğuna dair sözümüz, fakihlerin, iki mestur şahidin veya bir
 30 adil şahidin şahitliğine dayanılarak hakkındaki had veya kısas da-
 vasıyla hapsedilmiş kişi hakkında söylediklerine benzemektedir.

1 Yakup Paşa, *Hâşiyeye alâ Şerhi'l-Vikâye*, vr. 138a

2 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr. 192b.

[فاضل أمير] نقول: قال المولى المحشي يعقوب باشا في حاشيته على صدر الشريعة آخذاً من الشيخ كما هو عادته في أكثر ما أورده اعتراضاً على أصحاب المذهب: «ههنا كلام وهو أن في المجمع مسألة تنافي هذا الدليل وهي: أنه لو برهن على عبد بحضرة مولاه بقذفه فالحكم عند أبي حنيفة حينئذ حسبه إلى التزكية للتهمة وأخذ الكفيل بنفس المولى؛ لأن الحد يقام على عبده وهو ماله ٥ فلا بد من حضوره إلى آخره.

ويمكن أن يجاب عنه بأن ما قاله أبو حنيفة من: أنه لا جبر على الكفالة بالنفس في الحدود فيما كان التكفيل قبل إقامة البينة على موجب الحد وكذلك المراد من قوله ﷺ: «لا كفالة في حد» نفي الكفالة في دعوى حد مجردة عن إقامة بينة لا النفي عنها فيما قامت على موجب الحد بينة وتوقف الحاكم في الحكم للتعديل. ويفصح عن أن المراد هذا ما قال الآياثلوغي في قول صاحب المجمع: «والجبر على الكفالة بالنفس في حد القذف نهي عند أبي حنيفة قال في المصنفى نقلاً عن الأصل: صورة المسألة أن يقول للقاضي: بيتي في المصر وكفّله حتى آتي بها» انتهى.

١٥ ويمائل ما ذكرناه هنا من تخصيص النفي الواقع في الحديث بما كان التكفيل قبل إقامة البينة ما ذكره في حسب من يدعى عليه الحد أو القود بشهادة مستورين أو واحد عدل

Şöyle ki; Ekmeleddin el-Bâbertî *el-Înâye*'de, mal davalarında sanığın, suçun ancak kâmil anlamda ispat edilmesi hâlinde hapsedileceği, had ve kısas davalarında ise ya sayı ya da adalet bakımından şahitliğin sadece bir kısmının bulunması hâlinde hapsedileceği şeklinde iki mesele arasındaki farkı zikrettikten sonra şöyle demiştir: “Mal davalarında cezanın en üst sınırı hapistir. Bu nedenle de sanığa bu cezayı vermek için suçun net bir şekilde ispat edilmesi lazımdır. Buna mukabil had ve kısasta hapsedme en üst ceza değildir. Çünkü bu iki suçta en üst ceza ya öldürmek ya kesmek veya sopa vurmaktır. Bu nedenle bu gibi suçlarda şahitliğin sadece sayı veya adalet gibi bir cüz'ü bile bulunsa sanığın hapsedilmesi câizdir. “İddia henüz delil ile sübut bulmadan önce töhmet sebebiyle hapis, hadlerin şüphe sebebiyle düşürülmesi kuralına aykırıdır. Bu kural da “Hadleri şüphe ile düşürün!” hadisi ve bu yönde oluşan icmâ ile sabittir. Dolayısıyla töhmet sebebiyle hapis cezasının verilmemesi gerekir.” şeklindeki itiraza şöyle cevap verilebilir: Fakihlerin ‘töhmet’ sözü, hakimin ‘cezayı uygulama konusunda gevşeklik gösteriyor’ ithamına hamledilebilir. Şöyle ki had cezalarının şüphe bulunduğu uygulanmaması Şâri tarafından emredilmiştir. Ancak had cezalarını uygulamayı terk etmek veya bu hususta gevşeklik göstermek, âlemin fesâdına sebep olacağı için haramdır. Nitekim had cezaları da bunu önlemek için konulmuştur. Buna binaen hâkim böyle bir suçun ispatı için getirilen şahitlerde şahitlikte şart olan iki husustan sadece birini tespit ettiği hâlde sanığı hapsedmezse, cezayı tatbik etme konusunda gevşeklik gösteriyor olma ithamına maruz kalabilir. Böyle bir itham da hâkimin adaletine zarar verir. Dolayısıyla hâkimin bu gibi şeylerden kaçınması gerektiğinden şehadetin sadece bir rüknünün bulunması hâlinde sanığı hapseder.”¹

Hz. Peygamber'in “Şüphe varsa hadleri gücünüz yettiğince uygulayın!” hadisi, hakimin cezayı tatbik etmediği veya bu konuda gevşek davrandığı ithamını def etmek için hakkında had veya kısası gerektirecek bir suç isnat edilen kimsenin hapsedilmesi konusunda iddia sahibinin şahitliğin bir cüz'ünü getirmeden önceki durum ile tahsis edilmişse, yine Hz. Peygamber'in kefâletle ilgili “Had cezalarında kefâlet yoktur.” hadisinin, beyyine getirilmeden önceki durum ile tahsis edilmesi hapsedme konusunda yukarıda zikredilen delilin aynısı ile yani hâkimin, cezayı tatbik etmemesi veya gevşeklik göstermesi ithamını önlemek için öncelikli olarak gerekmektedir.

1 Bâbertî, *el-Înâye*, VII, 169-170.

حيث قال الشيخ الأكمّل في العناية بعد بيان الفرق بين دعوى الأموال حيث لا يحبس فيها إلا بحجة كاملة وبين دعوى الحدود والقصاص حيث يحبس فيهما بأحد شطري الشهادة: إما العدد أو العدالة بأن الحبس أقصى عقوبة في الأموال فلا يحبس فيها إلا بحجة كاملة وليس الحبس بأقصى عقوبة في الحدود والقصاص؛ فإن الأقصى فيهما القتل أو القطع أو الجلد فجاز الحبس فيهما بأحد شطري الشهادة. ولقائل^١ أن يقول: الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله ﷺ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»^٢ وبالإجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمة. ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم «التهمة» على أن المراد اتهام الحاكم بالتهاون فيه. وبيانه: أن الدرء مأمور به والترك والتهاون حرام^٣ لإفضائه إلى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فإذا وجد أحد شطري الشهادة ولم يحبس الحاكم اتهم بأنه متهاون في ذلك وهو قاذح في عدالته والاتقاء عن أمثاله مأمور به فيحبس بأحد شطري الشهادة، انتهى.

فلما خص قوله ﷺ: «ادرؤوا الحدود» بما كان قبل أن يأتي المدعي بأحد شطري الشهادة فيما يتعلق بحبس من يدعى عليه الحد أو القود لنفي الاتهام عن القاضي بالترك والتهاون فقد كان تخصيص قوله ﷺ: «لا كفالة في حد» بالنفي عن التكفيل قبل إقامة البينة ثابتا بالطريق الأولى بعين الدليل المذكور في الحبس يعني لزوم اتهام القاضي بالترك والتهاون.

١ وفي هامش أ: قوله: ولقائل إلى آخره مقول قوله: قال الشيخ الأكمّل، منه.

٢ مصنف ابن أبي شيبة، ١١٥/٥.

٣ وفي هامش أ: لا يبعد أن يقال: إن المسألة كانت من فروع ما ثبت في الأصول من أن: إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم والآخر الإباحة قدم التحريم.

3. Diyet ve Yaralamalarda Kefâletin Hükümü

[**Teshîl**] “Fılanın hata yoluyla yaralamasından sana isabet edene kefilim.” denilerek yapılan kefâlet sahihtir. Yaralamanın ölümle sonuçlanıp sonuçlanmamasının bir önemi yoktur. Bu kefâlette kefilin taahhüt ettiği miktar belli değildir. Çünkü yaranın ne kadar iz bırakacağı ve o kişinin canına sirâyet edip etmeyeceği bilinmemektedir. Bu hüküm *el-Kâfi*’de de yer almaktadır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu hüküm, diyete kefâletin câiz olduğunu göstermektedir. Çünkü yaralama adamın canına sirâyet etse diyet gerekecektir. Sirâyet edip etmeme şartı koşulmaksızın kefâlet mutlak olarak sahih oluyorsa canına sirâyet etmesi hâlinde de sahih olmalıdır. Buna binaen diyete kefâletin sahih olması lazımdır. Hâlbuki daha önce diyete kefâletin sahih olmadığı ifade edilmişti.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *el-Kunye*’de şöyle denilmiştir: “Kudûrî’nin rivâyetine göre diyete kefâlet sahihtir. Muhammed’in *el-Asl* adlı kitabında bu hükme şöyle işaret edilmiştir: Diyet hususunda birbirine kefil olacak kimseler divandan maaş alıyorlarsa kefâlet geçerli olmaz. Çünkü bu durumda diyet bedeli üç yıla yayılmak suretiyle onların maaşlarından kesilir. Buna mukabil maaş almıyorlarsa diyete kefil olmaları câiz olur.”

el-Kunye’den yapılan bu nakil ile diyete kefil olmanın câiz olmadığına dair daha önce zikredilen hüküm ile yukarıdaki hükmün delâlet ettiği hüküm arasında bir uzlaştırma yapılmış oldu. Çünkü daha önce zikredilen hüküm diyete kefil olacak kimse ile kendisine kefil olunan kimsenin divandan maaş alıyor olmalarına göre verilmişken, buradaki hüküm ise maaş almıyor olmalarına göre verilmiştir.

4. Kefâletin Şarta Ta’lik Edilmesi

[**Teshîl**] Mala kefâlet, iltizam -yani bir şeyi kendine borç hâline getirme- olması yönüyle başlangıçta nezire; -kefil ödediğini almak için asıl borçluya rücû edeceğinden- muâvaza olması yönüyle ise sonuçta alım satıma benzer. Kefâletin şarta bağlanması ikinci yönden değil birinci yönden sahih olur. Biz iki benzerlik yönünüyle de amel etmiş olmaktadır. *en-Nihâye* müellifinin *Fetâvâ-yı Kâdihân* ve *el-Mebsût*’tan naklettiğine göre kefâletin uygun olmayan şarta değil de uygun şarta bağlanması sahihtir; uygun olmayan şarta bağlı olarak yapılan kefâlet ise bâtildir.¹ *el-Gâye* müellifi de bu görüşü *el-Ecnâs*’tan nakletmiştir. *el-Hidâye*² ve *el-Kâfi*³’de zikredilenlere göre ise şart bâtil, kefâlet sahih olur.

1 Sığnâki, *en-Nihâye*, II, vr. 107a-107b.

2 Merginâni, *el-Hidâye*, VII, 172-174.

3 Nesefi, *el-Kâfi*, II, vr. 298a.

٣. حكم الكفالة بالدية والشجاج

[التسهيل] لو قال: كفلت لك بما أصابك من هذه الشجة التي شجك فلان وهي خطأ يصح بلغت النفس أو لم تبلغ. ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول؛ لأنه لا يُدرى قدر ما يبقى من أثر الشجة وهل تسري إلى النفس أو لا تسري كذا في الكافي. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: دل هذا على أن الكفالة بالدية يجوز؛ إذ الشجة إذا سرت إلى النفس تجب الدية. فإذا صحت هذه الكفالة مطلقاً يلزم صحتها عند السراية فيلزم صحة الكفالة بالدية وقد مر أنها لا تصح.

[فاضل أمير] نقول: قال في القنية: «الكفالة بالدية على رواية القدوري تصح وعلى إشارة الأصل: إن كان لهم عطاء في الديوان لا تصح؛ لأنه يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين وإلا فتصح» انتهى. ١٠

ومن هنا ظهر التوفيق بين ما مر سابقاً وبين ما دل عليه هذا المذكور؛ لأن السابق يكون ناظرًا إلى ما كان لهم عطاء في الديوان، وما دل عليه يكون ناظرًا إلى ما لم يكن له عطاء في الديوان.

٤. تعليق الكفالة بالشرط

[التسهيل] وهذا لأن الكفالة بالمال تشبه النذر ابتداءً باعتبار الالتزام وتشبه البيع باعتبار المعاوضة انتهاءً؛ إذ الكفيل يرجع على الأصيل بما أدى عنه ويصح التعليق بالاعتبار الأول لا الثاني فعملنا بالشبهين فصح التعليق بشرط يلائم لا بما لا يلائم. فتبطل الكفالة فيما لا يلائم على ما نقله صاحب النهاية عن فتاوى قاضيخان والمبسوط وكذا نقله صاحب الغاية عن الأجناس، وتصح الكفالة لا الشرط على ما ذكره في الهداية والكافي. ٢٠

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Kanaatimce birinci görüş daha sahihtir. Şöyle ki; şartlı alım satım akdi sahih olmadığından, alım satıma benzeyen yönüyle amel etmek ancak kefâlet sahih olmadığına gerçekleşir. Nitekim kefâletin sahih, şartın bâtil olmasıyla, alım satıma benzerlik yönü gerçekleştirmemektedir. Çünkü bu tür şartlara bağlanması sahih olan akitlerin hepsinde akit sahih; şart bâtil olur. Sonuç itibarıyla uygun olmayan şarta bağlı olarak yapılan kefâletin sahih olmaması gerekir. Çünkü daha önce geçen gerekçeye ilaveten kefil, kefâleti şarta bağlı olarak üstlenmiştir. Şayet kefâletin ta'lik edildiği şart geçersiz sayılıp kefâlet geçerli sayılacak olursa kefil üstlenmediği şeyle yükümlü tutulmuş olur. İlke şudur: Teberru işlemlerinde kişi, üstlenmediği bir şeyle yükümlü tutulamaz.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu tashihi ilk yapan kişi Şeyh olmayıp, ondan önce bunu dile getiren pek çok müellif bulunmaktadır. Bu meselenin aslı şudur: *el-Hidâye* ve *el-Kâfi* müelliflerinin sözlerinin zahirleri, kefâletin örf hâline gelmemiş bir şarta bağlanması hâlinde akdin sahih, şartın fâsit olduğuna delâlet etmektedir. *en-Nihâye* müellifinin *Kâdihân* ve *el-Mebsûrât*'tan, *el-Gâye* müellifinin *Ecnâs*'tan naklettiği ifadeler ise örf hâline gelmemiş şarta bağlanan kefâletin bâtil olduğunu açıkça belirtmektedir. Bazı muteber metinler *el-Hidâye* yazarının sözlerinin zahirini esas almıştır. Örnek olarak her iki *el-Fusûl*, *Câmi'ül-Fusûleyn* ve *el-Bezzâziyye*'de örf hâline gelmemiş şarta bağlanan kefâlet akdinde kefâletin sahih, şartın ise bâtil olduğu ifade edilmiştir. Hatta İbrahim el-Halebî *el-Mültekkâ*¹ *el-Hâniyye*, *el-Mebsûrât* ve *el-Ecnâs* adlı kitaplara muhalif olarak bu görüşü zikretmiştir. *el-Kenz*'de ise şöyle denilmektedir: "Kefâlet akdi, 'Şayet rüzgâr eserse ben kefilim.' şeklinde bir şarta bağlanırsa şart geçersiz, kefâlet sahih olur ve mal, o anda vâcip olur." *el-Kenz* şârihi Zeylâî ise metinde geçen bu ifadeleri naklettikten sonra şöyle demiştir: "Bu hüküm *el-Hidâye* ve *el-Kâfi*'de de böyle geçmektedir. Ancak bu bir yanılıdır. Çünkü bu tür bir şarta bağlanan kefâlet akdinin hükmü, kefâletin bâtil olacağı ve bir yükümlülük doğurmayacağıdır. Zira 'Rüzgârın esmesi şartına bağlanan kefâlet, eve girme şartına bağlanan kefâlet gibi uygunsuz bir şarta bağlanmış olur. Bu gibi uygunsuz şartlara bağlanan kefâlet akdi *Kâdihân* ve diğer kitaplarda zikredildiği üzere sahih değildir."²

1 Halebî, *el-Mültekkâ*, s. 58-59.

2 Zeylâî, *et-Tebyîn*, IV, 154.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الأصحّ عندي هو الأول إذ البيع لا يصحّ بالشرط فالعمل بشبهه البيع لا يتحقّق إلا إذا لم تصحّ الكفالة فإن بطلان الشرط مع صحة الكفالة لا يتحقّق به شبه البيع لأن ما يصحّ تعليقه بالشرط كذلك كلّ يصحّ العقد ويبطل الشرط الفاسد فينبغي أن لا تصحّ الكفالة فيما لا يلائم لما مرّ، ولأنه لم يلتزم الكفالة إلا معلقة فلو جعل كفيلا في الحال يلزم أن يكلف بما لم يلتزمه. ٥ والأصل أن المتبرّع لا يلزمه ما لم يلتزمه.

[فاضل أمير] نقول: هذا التصحيح ليس مما تفرد به الشيخ بل هو مما سبقه جمع من فضلاء المتأخرين. وأصل الكلام هنا هو أن ظاهر كلام صاحب الهداية والكافي يفيدان: الكفالة إذا علق بشرط ليس بمتعارف تصحّ الكفالة ويبطل الشرط. ١٠ وفيما نقله صاحب النهاية عن فتاوى قاضيخان والمبسوط وصاحب الغاية عن الأجناس تنصيص على عدم صحة الكفالة المعلقة بشرط غير متعارف. وقد أخذ في بعض معتبرات الفن بما هو المستفاد من ظاهر كلام صاحب الهداية حيث قيل في الفصولين وجامعهما والفتاوى البرازية بصحة الكفالة وبطلان الشرط الغير المتعارف حتى قال به إبراهيم الحلبي في ملتقى الأبحر مخالفاً لما نقل عن الخانية والمبسوط والأجناس. وفي الكنز قال: «ولا يصح بنحو: إن هبت الريح، وتصح الكفالة وتجب المال حالاً» فقال شارحه الزيلعي: «هكذا ذكره في الهداية والكافي وهذا سهو؛ فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزمه المال؛ لأن الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضيخان وغيره» انتهى.

Molla Hüsrev ‘uygun olmayan şarta bağlanması durumunda kefâletin sahih olmayacağı’ şeklindeki sahih görüşü bulup metne koyduktan sonra *el-Gurer* ve *ed-Dürer*’de şöyle demiştir: “*el-Hidâye*’de belirtildiği gibi, kefâleti, ‘Rüzgâr eserse veya yağmur yağarsa kefilim.’ şeklinde mücerret şarta bağlamak sahih değildir. Aynı şekilde yağmurun yağmasını veya rüzgârın esmesini kefâletin süresi olarak belirlemek de böyledir. Ancak [bu durumda şart bâtil olsa da] kefâlet akdi sahih olur ve mal, o anda vâcib olur. Çünkü kefâlet akdinin şarta bağlanması sahih olunca -tıpkı şarta bağlanmış talâk ve köle azadında olduğu gibi- fâsit şartla bâtil olmaz. *el-Kâfi* sahibi de *el-Hidâye*’ye tâbi olmuştur. Zeylâ ise bunun bir yanılığ olduğunu ifade ederek bu konudaki hükmün, kefâletin sahih olmadığı şeklinde olması gerektiğini ifade etmiştir. Derim ki: Zeylâ’nın bu görüşün bir yanılığı olduğunu söylemesi yanlıştır. Çünkü *el-İmâdiyye* ve *el-Üsrûseniyye*’de kefâletin fâsit şartla bâtil olmayan akitlerden olduğu belirtilmektedir. Anlaşıldığı kadarıyla bu meselede imamlardan nakledilen iki rivâyet vardır. Sadruşşehîd’in naklettiği şu mesele de bunu desteklemektedir: Tasarruf izinlisi köle borçlansa ve alacaklı, efendinin bu köleyi azat etmesinden endişe etse, üçüncü bir kişi ‘Efendisi onu azat edecek olursa senin alacağına ben kefilim.’ dese kefâlet sahihtir. Deriz ki; Sadruşşehîd’in zikrettiği bu mesele örf hâline gelmemiş bir şarta ta’lik edilen kefâletin câiz olduğuna delildir.”¹

Molla Hüsrev’in *el-Hidâye* müellifi ve ona uyanlara nispet edilen yanılığı ithamını gidermek için yaptığı [pek de isabetli olmayan] değerlendirme şu noktalarda toparlanabilir: [1] [Şarta ta’lik edilen kefâlet konusunda iki rivâyet bulunmaktadır.] Bir rivâyet örfleşmemiş şarta bağlanan kefâletin sahih olmadığı yönündedir ve bu rivâyeti Kâdîhân ve onun çizgisinde gidenler almıştır. Diğer rivâyet kefâletin sahih, şartın bâtil olacağı yönündedir ve bu rivâyeti de *el-Hidâye* müellifi ve ona tabi olanlar almıştır. [2] Kendisinin de iddiası olan kefâletin sahihliği rivâyetini Sadruşşehîd’den -örfleşmemiş şarta bağlanan kefâletin sahih olduğuna delâlet ettiğini zannederek- naklettiği bir meseleyle desteklemeye çalışmıştır. [3] Metinlerde yer alan ‘fâsit şart’ ve ‘örfleşmemiş şart’ ifadelerinin aynı anlamda olduğunu düşünmüştür.

1 Molla Hüsrev, *Dürerü’l-Hükkâm*, II, 299.

وقال مولانا خسرو في الغرر والدرر بعد أن أصاب وأخذ في المتن بما هو القول الصحيح من عدم صحة الكفالة في التعليق بشرط لا يلائم: قال في الهداية: لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله: إن هبت الريح أو جاء المطر، وكذا إذا جعل واحدا منهما أجلا إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا؛ لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ٥ وتبعه صاحب الكافي وقال الزيلعي: هذا سهو فإن الحكم فيه إلى آخر ما قاله الزيلعي. أقول: ١ «قوله سهو» خطأ؛ لأن المذكور في العمادية والأستروشنية: أن الكفالة مما لا يبطل بالشروط الفاسدة. فالظاهر أن فيه روايتين يؤيده أن الصدر الشهيد نقل مسألة هي أن العبد المأذون إذا لحقه دين وخاف صاحب المال أن يعتقه المولى فقال رجل لصاحب المال: إن أعتقه المولى فأنا ضامن لدينك ١٠ عليه صحت الكفالة. ثم نقول: هذه المسألة دليل على أن تعليق الكفالة بشرط غير متعارف جائز إلى هنا عبارة الدرر.

فكان مآل ما ارتكبه لدفع السهو عن صاحب الهداية ومن تبعه إلى أن يكون في تعليق الكفالة بشرط غير متعارف رواية عدم صحة الكفالة أخذ بها الإمام قاضيخان ومن حذا حذوه، ورواية صحة الكفالة وبطلان الشرط ١٥ أخذ بها صاحب الهداية ومن تبعه ونحا نحوه وإلى تأييد ما ادعاه من رواية الصحة بما نقله الصدر الشهيد زاعماً أن المسألة المنقولة تدل على صحة تعليق الكفالة بشرط غير متعارف، وإلى ظن أن مؤدى قولهم «الشرط الفاسد» وقولهم «الشرط الغير المتعارف» واحد.

el-Mevlâ el-Allâme [İbn Kemâl Paşa] -Allah kabrini nurlandırısın- şanına layık bir şekilde bu meselede kabule şayan hak görüşü zikretmiş ve büyük fakihler nezdinde sahih kabul edilen görüşün hangisi olduğunu belirtmiştir, ki bu, örfleşmemiş şarta bağlanan kefâletin sahih olmadığı görüşüdür. 5 Satır aralarına Molla Hüsrev'in söylediklerine cevap olabilecek ifadeleri yerleştirerek şöyle demiştir: 'Kefâlet akdi mücerret şarta ta'lîk edilirse...' ifadesindeki 'mücerret şart'tan ve 'şart-ı mahz'dan maksat, örf hâline gelmemiş şart olup, 'rüzgar eserse' veya 'yağmur yağarsa' gibi şartlar değildir. Burada demek istediği; kefâletin, rüzgarın esmesi veya yağmurun yağması 10 gibi şartlara ta'lîk edilmesi durumunda şarta ta'lîkin sahih olmayıp, kefâletin sahih olacağı değil, rüzgarın esmesi veya yağmurun yağması gibi bir şartla yapılan kefâlet akdinin sahih olmayacağıdır. Aynı şekilde kefâletin süresinin rüzgarın esmesine veya yağmurun yağmasına tecil edilmesi durumunda tecilin sahih olmayıp, kefâletin sahih olacağını da söylemiyor. Kâdı 15 Ebu Zeyd ed-Debûsî *el-Esrâr* adlı kitabında mücerret şarta ta'lîk edilen kefâletin sahih olmadığı hususunda ihtilaf bulunmadığını ifade etmiştir. 'Kefâlet akdini şarta ta'lîk etmek câiz ise fâsit şartla da bâtil olmaması gerekir.' denilemez. Çünkü deriz ki; evet kefâlet akdi fâsit şartla bâtil olmaz ancak örf hâline gelmemiş şartlara ta'lîk edildiğinde fâsit olur. Anılan surette 20 kefâletin ve şartın bâtil olması mezkûr şartın fâsit olması sebebiyle değil örf hâline gelmemiş bir şarta ta'lîk edilmesi sebebiyle olmuştur. Bu bilgiler hamîşte [Debûsî'nin *el-Esrâr*'ından] nakledilmiştir.

Sadruşşehîd'in dile getirdiği *el-Câmi'* meselesine gelince; bu mesele 25 *ez-Zehîre* yazarının 'Efendinin, kölesini azat etmesi hâlinde kölenin kıymetini alacaklılara ödemesi gerekir.' şeklindeki sözleri için delil olmaya elverişli değildir. Zira bu, ödemenin, vücup sebebine izafe edilmesidir." Burada köle meselesi ile kastedilen, ticaret yapmaya me'zûn köleye kefil olmak isteyen kimsenin "Efendisi onu azat ederse senin alacağına ben kefilim." demesi hâlidir. Burada koşulan şart; daha önce ifade edildiği üzere 30 "Şart, malın vâcip olmasına sebep olursa örf hâline gelmiş sayılır." kuralına uygundur ve "Malın başkasına ait çıkması durumunda ödediğin bedele kefilim." denilmesi [*damânu'd-derek*] kabilinden olur.

والمولى العلامة 'نور الله مرقده قد أتى كما هو اللائق بجلالة شأنه بما هو الحق الحقيقي بالقبول وصحح ما هو القول المصحح عند العلماء الفحول وهو عدم صحة الكفالة إذا علقت بشرط غير متعارف. وأدرج في مطاوي كلامه ما به يحصل الجواب عما ذكره مولانا خسرو حيث قال: وإن علقت بمجرد الشرط - المراد بمجرد الشرط والشرط المحض ما ليس بمتعارف لا كأن هبت الريح أو جاء المطر - يعنى لا تصح الكفالة إن علقت بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر لا أنه لا يصح التعليق وتصح الكفالة كما أنه لا يصح التأجيل وتصح الكفالة إذا جعل الأجل فيها إلى هبوب الريح. قال القاضي أبو زيد في الأسرار: لا خلاف في الكفالات أنها تبطل بالشروط المحضة لا يقال: إن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ لأننا نقول: نعم لا تبطل بالشروط الفاسدة لكن تبطل بالشروط الغير المتعارفة، وبطلانها في الصورة المذكورة ليس لفساد الشرط المذكور بل لكونه غير متعارف. ونقل عنه في الهامش.

وأما ما قال الصدر الشهيد من مسألة الجامع فهي لا تصلح دليلاً لما قال^١ صاحب الذخيرة: إن المولى بإعتاق عبده يضمن قيمته للغرماء فهذا إضافة الضمان إلى سبب الوجوب» انتهى. يريد أن فيما قال: إن أعتقه المولى فأنا ضامن يكون الشرط شرطاً ملائماً لما تقرر أن الشرط إذا كان سبباً لوجوب المال يكون متعارفاً فيكون من قبيل: إن استحق المبيع فأنا ضامن للثمن.

١ أي ابن كمال باشا.

٢ وفي هامش أ: قوله «لما قال» متعلق بقوله «لا تصح» لا لقوله «دليلاً».

Yapılan bu açıklama ile Molla Hüsrev'in ortaya attığı şüphe izale edilmiş olmaktadır. Şöyle ki; Allâme'nin *el-Esrâr*'dan naklettikleriyle fâsîd şart ile örf hâline gelmemiş şart arasındaki fark ortaya çıkmış oldu. *ez-Zehîre* sahibinden naklettiğiyle de Sadruşşehîd'in zikrettiği meselenin Molla Hüsrev'in 'örf hâline gelmemiş şarta ta'lik edilen kefâletin sahih olacağı' şeklindeki iddiasını desteklemediği ortaya çıkmış oldu.

Bu konu hakkında bunları yazdıktan sonra Osmanlı Devleti âlimlerinden birinin yani Çivizâde diye bilinen fakihin, Molla Hüsrev'in *ed-Dürer* adlı kitabına yaptığı ta'likte gördüm ki; Çivizâde örf hâline gelmemiş şarta ta'lik edilen kefâlet akdinin sahih olmadığı görüşünün tashihi ve akdin sahih, şartın ise bâtıl olduğunu söyleyenlerin görüşünün tezyîfi hususunda Allâme'yi izlemiş ve *ed-Dürer* yazarını tenkitte aşırıya kaçmıştır. Fakat *el-Hidâye*'de zikredilen, şartın bâtıl; akdin ise sahih olduğu görüşünü *el-Hâniyye*'de zikredilen ile uzlaştırmaya çalışmış ve *el-Hidâye*'de benimsenen görüşün fakihler nezdinde sahih olan görüşe muvafık olabilmesi için tekellüfe girmiştir. Bunu yaparken de *el-Hidâye* yazarının "...ancak kefâlet sahihtir."¹ sözünü yalnızca "...aynı şekilde rüzgarın esmesini ve yağmurun yağmasını kefâlete vade olarak belirlerse" sözüne hamlederek *el-Hidâye* yazarının burada kefâletin mücerret şarta ta'lik edilmesi hâlinde sahih olup olmamasına değinmediğini ifade etmiştir. Aynı şekilde İbn Nüceym'de *el-Babru'r-Râik* adlı kitabında *el-Hidâye*'nin ibaresini diğer kitapların sahih saydığı görüşe yaklaştırmak için Çivizâde'nin yaptığı gibi tevil etmiştir. İbn Nüceym *el-Kenz*'in ibaresini gerekçelendirme sadedinde şöyle demiştir: "*el-Kenz*'in elimizdeki mutemet olan nüshalarında sadece 'Rüzgâr eserse sana kefilim, gibi bir sözün sarf edilmesi hâlinde kefâlet sahih değildir.' şeklindeki ibare vardır. 'Kefâlet sahih olup, borç hemen vâcip olur.' ifadesi ise yoktur."² Çivizâde ve İbn Nüceym'in ibarelerinde, öğrencilerin ellerinde dolaşan *el-Kenz* nüshalarında var olan açık ibareyi inkâr etme meylî aşikâr olarak görülmektedir.

1 Merginâni, *el-Hidâye*, VII, 172-173.

2 İbn Nüceym, *el-Babru'r-Râik*, VI, 241.

وبهذا اندفعت شبهة مولانا خسرو؛ لأن بما نقله العلامة من الأسرار ظهر الفرق بين الشرط الفاسد وبين الشرط الغير المتعارف وبما نقله من صاحب الذخيرة ظهر أن لا تأييد بما ذكره الصدر الشهيد من المسألة المذكورة لما ادعاه من صحة الكفالة المتعلقة بالشرط الغير المتعارف.

٥ ثم رأيت فيما علقه بعض من علماء الدولة العثمانية على الدرر الخسروي أعني به مولانا المدعو بجويي زاده قد اقتفى العلامة في تصحيح القول بعدم صحة الكفالة المتعلقة بشرط غير متعارف وتزييف قول من قال بصحة الكفالة وبطلان الشرط وبالغ في الرد على صاحب الدرر ولكن حاول تطبيق ما في الهداية بما في الخانية وتكلف في توجيه عبارة الهداية حتى يكون مؤداها على ما هو الصحيح عندهم بأن جعل قول صاحب الهداية: «إلا أنه تصح الكفالة» ١٠ مصروفا إلى قوله: «وكذا إذا جعل كل واحد منهما أجلا» فحسب فلا تعلق لصحة الكفالة بما كان تعليق الكفالة بمجرد الشرط. وكذلك أوّل الفاضل ابن نجيم المصري في البحر الرائق عبارة الهداية بمثل ما قاله المولى المذكور ليوافق الصحيح وقال في توجيه كلام الكنز: «أن الموجود في النسخ المعتمدة ١٥ الاقتصار على قوله: «ولا يصح بنحو إن هبت الريح» ولم يوجد فيها «فتصح الكفالة ويجب المال حالا» انتهى. ولا يخفى ما فيه من إنكار الواقع المثبت في نسخ الكنز المتداولة في أيدي الطلبة.

Yaptığımız bu ayrıntılı açıklamayla maksat hâsıl olmuş, hakkı örten bulutlar zail olmuş ve hak ortaya çıkmıştır. Bu meselede kendisini ulu ilim olan fıkha nispet eden birtakım kimselerden ilgili hükmün delilini nakzeden veya destekleyen görüşler sâdır olmuştur. Ben her ne kadar bu gibi sözleri zikretmekten kendimi müstağni görüyorsam da bunlardan bahsetmek fikhın faydalı birtakım malumatını aktarmaya vesile olduğu için bunların bir kısmına değinmeyi uygun görüyorum. Buna binaen bu meselede bana zahir olan ve karşıma çıkan görüşlerin arzı sadedinde şöyle derim: el-Vânî diye tanınan âlim, *ed-Dürer* üzerine yazdığı hâşiyesinde şöyle demiştir: “Bir hâşiyeci, Zeylaî'nin, mala kefâletin başlangıç itibarıyla bir şeyi iltizam etme noktasında nezre benzediğine, sonuç itibarıyla ise kefilin ödediği miktarı geri tahsil etmek için asıl borçluya rücû edebilmesi imkânına binaen muâvazalı olma noktasında alım satım akdine benzediğine dair görüşünü desteklemiştir. Bize göre kefâletin, rüzgarın esmesi gibi mutlak bir şarta ta'lîk edilmesi sahih değildir. Ancak nezir ve alım satıma olan benzerliklerle amel etmiş olmak için kefâlet akdinin yapısına uygun olan şarta ta'lîk edilmesi hâlinde akdin sahih olduğunu kabul ederiz.”¹ el-Vânî bunları söyledikten sonra şunu ilave etmiştir: “Yine aynı hâşiyeci, ‘Belli bir şarta binaen kefil olan kimse borcu ödemeyi şarta ta'lîk edilmiş olarak üstlenmiştir. Şayet şartı dikkate almadan borcu derhal ödemesi gerektiği söylenecek olursa üstlenmediği bir şeyle sorumlu tutulmuş olur.’ görüşünü de teyit etmiştir. Ancak her iki teyit de tartışılabilir. Öncelikle Zeylaî'nin kefâletin bir taraftan nezre diğer taraftan alım satıma benzediğine dair görüşü, kefâletin mala ve nefse diye kayıtlamadan verilmesi hâlinde mutlak kefâletle örtüşmez. Zira nefse kefâletin alım satıma benzer tarafı yoktur. Hatta bir benzerlik olduğu kabul edilse dahi bu benzerlik bir taraftan alım satıma diğer taraftan ise talâka olduğu için iki benzerlik arasında birini diğerine tercih değil teâruz söz konusu olur. Zira *el-Hidâye* yazarı ve onun görüşünde olanlar, şarta ta'lîk edilmesiyle fâsit olmaması noktasında kefâleti, talâk ve azat etmeye benzetmişler; diğer fakihler ise kefâleti kimi zaman nezre kimi zaman da alım satıma benzetmişlerdir. Dolayısıyla burada bir benzerliğin diğerine tercih edilmesinden bahsetmek mümkün değildir. İkinci teyit ise fâsit şartla bâtil olmayan diğer akitlerle bozulmaktadır. Zira bu akitlerde de akde taraf olan şahıs, akdin yükümlülüğünü ancak koştugu şarta binaen iltizam etmektedir. Hibe lehtarı hayatta olduğu sürece şahsi malından, hibe edene harcaması şartıyla hibe edilmesi gibi. Bu örnekte hibe akdi sahih; şart ise geçersizdir.”²

1 Vâni, *Nakdû'd-Dürer*, vr. 173b.

2 Vâni, *Nakdû'd-Dürer*, vr. 174a.

وبهذا البيان والتفصيل حصل المرام وثبت الحق وانكشف الغمام. وقد وقع هنا من بعض المنتسبين إلى الفن الجليل بعض من النقض والإبرام وإني وإن كنت أغنى من أن أذكر مثل هذا المقال ولكن لما استدعى ذكره ذكر بعض من فوائد الفن أردت أن أذكره ثم أقول: ما ظهر لي وعَنُّ فنقول:

٥ قال المحشي المعروف بالواني في حاشيته على الدرر: ثم بعض المحشين^١ أيد ما ذكره الزيلعي بأن الكفالة بالمال تشبه النذر ابتداء باعتبار الالتزام وتشبه البيع باعتبار المعاوضة انتهاء؛ إذ الكفيل يرجع على الأصيل بما أدى عنه فقلنا: لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط ملائم عملا بالشبهين. ثم قال: وأيضا أن الكفيل لم يلتزم الكفالة إلا معلقة

١٠ فلو جعل كفيلا في الحال يلزم أن يكلف بما لم يلتزمه انتهى. وفي كل من التأيدين؛ نظر أما في الأول فلأنه لا يتمشى في مطلق الكفالة فإن الكفالة بالنفس لا معنى لشبهه بالبيع على أن اللازم منه على تقدير صحته التعارض لا الرجحان؛ لأن صاحب الهداية وغيره شبهوها بالطلاق والعتاق في عدم فسادها بالشروط وغيرهم شبهوها تارة بالنذر وتارة بالبيع فمن أين يلزم الرجحان. وأما الثاني فإنه منقوض بسائر العقود التي لا تبطل بالشروط

١٥ مع أن العاقد فيها لا يلتزم إلا بالشروط كما إذا وهب بشرط أن ينفق عليه الموهوب له من مال نفسه ما دام حيا فإن الهبة في هذه الصورة صحيحة والشرط باطل، انتهى.

١ المقصود منه يعقوب باشا صاحب الحاشية على شرح الوقاية كما سيفصح عنه فاضل أمير.

Biraz dirâyete sahip olan kimseye dahi aşikâr olduğu üzere, Vâni'nin “Nefse veya mala diye kayda tabi tutulmadan kefâlet akdinin alım satıma benzediğini söylemek mutlak kefâletle örtüşmemektedir...” şeklindeki sözleri isabetsizdir. Zira kefâlet akdinin alım satıma benzediğini söyleyen kimse, sözlerine ‘mala yapılan kefâlet’ diye başlamıştır. Buna rağmen nasıl olur da bu sözün mutlak kefâletle örtüşmediği söylenebilir? Çünkü bu ifadeyi kullanan kimsenin sözü mutlak kefâlet hakkında olmayıp, mala yapılan kefâletin alım satıma benzediğini ispat etme hakkındadır. Nefse kefâletin örf hâline gelmemiş şarta ta’lik edilmesi hâlinde sahih olmamasının sebebi alım satıma benzemesi değil, gerek nefse gerekse mala kefâlette muttarid olarak bulunan başka bir illet sebebiyledir. Bu illete göre kefâlet akdi örf sebebiyle câiz olmuştur. Örf ise ancak bir hakkın doğması, hakkın tahsil edilmesini mümkün kılması veya hakkın tahsil edilmesindeki imkânsızlığı ortadan kaldıran şartlar hususunda var olup bunların dışındaki şartlar hususunda yoktur. İlet *el-Bedâi*’de de bu şekilde izah edilmiştir.¹ Sonra Vâni'nin, yukarıdaki sözlerine ilaveten “Hatta böyle bir benzerliğin olduğu kabul edilse dahi bunun gerektirdiği şey tercih değil teâruzdur.” demesi, fâsit şart ile örf hâline gelmemiş şart arasındaki farkı anlayamamış olmasından neşet etmiştir. Oysa Allâme'nin *el-Îzâh* adlı kitabından yaptığımız nakilde bu ikisi arasındaki fark ortaya konulmuştu.² Söz konusu iki şart birbirinden farklı ise kefâletin örflleşmemiş şarta ta’lik edilmesi hâlinde sahih olmamasının sebebini alım satıma benzemesine bağlamakla, fâsit şarta ta’lik edilmesi ve bu şartla bâtil olmamasının sebebini ise talâka benzemesine bağlamak arasında bir teâruz yoktur. Çünkü iki şey arasındaki teâruz iddia sahibinin tek olması hâlinde söz konusu olur. Burada kefâletin örflleşmemiş şarta ta’lik edilmesi hâlinde sahih olmadığını söyleyen, fâsit şarta ta’lik edilmesi hâlinde bâtil olmadığını söyleyendir. Ayrıca mala kefâletin alım satıma benzemesi, her ikisinin de temlik manası taşıması cihetiyle muâvazalı bir akit olması bakımından ârizî olmayıp, zâtî bir benzerliktir. Buna mukabil kefâletin talâka benzemesi; zâtî ve aslî olmayıp harici bir sebeple söz konusudur ki bu da mala kefâletin, en azından bazı türlerinde şarta ta’lik etmenin sahih olması yönüyle şarta ta’lik edilmeyi kabul eden talâka benzemesidir. Kural olarak harici bir sebeple sabit olan bir şey zâtî ve aslî olanla teâruz edemez.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi*, VI, 3-4.

2 İbn Kemâl, *el-Îzâh*, II, 170.

ولا يخفى على من له أدنى ذرية أن ما ذكره^١ أولاً من قوله: «فلأن شبه البيع لا يتمشى في مطلق الكفالة إلى آخره» ففي غاية السقوط؛ لأن المستدل بعد أن صدر كلامه بقوله: الكفالة بالمال كيف يستقيم أن يقال: إن هذا الوجه لا يتمشى في مطلق الكفالة، وكلام الخصم ليس على المطلق فكان المقصود إثبات شبه الكفالة بالمال بالبيع. وأما الكفالة بالنفس فليس عدم صحة تعليقه بشرط غير متعارف ناشئاً من الشبه بالبيع بل من علة أخرى تطرد فيها وفي الكفالة بالمال وهي أن الكفالة جوازها بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره كما صرح بهذه العلة في البدائع. ثم ما جعله علاوة لبحثه بأن قال: «على أن اللازم منه على تقدير صحته التعارض لا الرجحان» فمبناه على الغفول عن الفرق بين الشرط الفاسد وبين الشرط الغير المتعارف وقد تقرر الفرق بينهما بما نقلناه عن إيضاح العلامة فإذا افترقا لم يكن بين القول بعدم صحة تعليق الكفالة بشرط غير متعارف لشبهها بالبيع وبين القول بصحة تعليقها بشرط فاسد وعدم بطلانها بهذا الشرط لشبهها بالطلاق تعارضاً؛ لأن التعارض بين الشئيين إنما كان باتحاد المدعى، والقائل بعدم صحة تعليقها بشرط غير متعارف قائل بعدم بطلانها بالتعليق بشرط فاسد، على أن شبه الكفالة بالمال بالبيع شبه ذاتي من جهة أنها معاوضة فيها معنى التمليك، وشبهها بالطلاق ليس باعتبار معنى ذاتي بل باعتبار أمر خارج وهو أن الكفالة بالمال مما يصح تعليقها بشرط في الجملة فيشبهه الطلاق في قبول التعليق بالشرط وما كان ذاتياً لا يعارضه ما كان بأمر خارج.

Yine Vâni'nin "İkinci teyit ise fâsit şartla bâtl olmayan diğer akitlerle bozulmaktadır." sözü, Şeyh'in zikretmiş olduğu ilkeyi nakzetmektedir. Söz konusu ilke, fakihlerin "Teberruda bulunan kimse iltizam etmediği bir şeyle yükümlü tutulamaz." kuralıdır. Bu kuralı Vâni'nin "Hâşiyecilerden biri aldı." diyerek kastettiği Yakup Paşa, Şeyh'in sözlerinden alarak bu aslı nakzettığı söylenen gerekçeyi def etmiştir.¹

Bu fasılda hakkın net bir şekilde ortaya çıkması için fakihlerin hibenin şarta ta'lîk edilmesi konusunda benimsemiş oldukları aslı açıklamak gerekir. Bu aslı Şeyh hibe bölümünde şöyle zikretmiştir: "Asıl şudur: Hibede koşulan şart, malın mülkiyetinin karşı tarafa intikaline o anda engel oluyorsa, hibenin sahih olmasına mani olur. Buna mukabil mülkiyetin intikaline engel olmuyorsa hibe sahih, şart bâtl olur." Şeyh yine kefâletin mücerret şarta ta'lîk edilmesinin hemen peşi sıra ta'lîk ile tecil arasındaki farkı açıkladıktan sonra şöyle demiştir: "Şarta bağlı kefâlette kefil, borcu ancak şartlı olarak üstlenmiştir; öyleyse teberruda bulunana üstlenmediği bir şeyi yüklemekten kaçınma esasına göre burada kefil borçtan derhal sorumlu olmaz. Hâlbuki vade böyle değildir. Zira vadede kefil borcu derhal fakat vadeli olarak yerine getirmek üzere üstlenmiştir. Kefâletin sahih olduğu takarrur edince tüccar arasında bilinir olmayan vade geçersiz olmuştur."

Bu açıklamadan anlaşıldığı üzere hibe ve kefâlet meydana gelip tamamlandıktan sonra akde bir şart ilave edilse, tamamlanmış hibe ile iltizam edilmiş kefâlet böyle bir şart ile fâsit olmaz; şart bâtl olur. Vâni'nin, yukarıda zikredilen kuralı nakzettığını söylediği, kendisine infak edilme-si karşılığında hibe etme meselesi bu kabildendir. Zira bu meselede hibe hemen o anda hibe lehtarının mülkiyetine intikal etmiş; infak şartı daha sonra eklenmiştir. Bu nedenle hibe lehtarının infak etmemesi hâlinde hibeyi sahih kabul etmek, hibe edeni, iltizam etmediği bir şeyle ilzam etmek anlamına gelmez. Bilakis bu durumda hibe edenin iltizam etmiş olduğu, malın derhal hibe lehtarının mülkiyetine geçmesi yükümlülüğü ile onu ilzam etme söz konusu olmuştur.

1 Yakup Paşa, *Hâşîye alâ Şerhi'l-Vikâye*, vr. 139b-140a.

وما ذكره بقوله: «وأما الثاني فمناقض بسائر العقود التي لا تبطل إلى آخره» فهذا البحث منه نقض على الأصل الذي ذكره الشيخ وهو قولهم: إن المتبرع لا يلزمه ما لم يلتزمه وأخذه من أرادته بقوله: «ومن المحشين» وهو المولى يعقوب باشا من كلام الشيخ فدفع النقض عن هذا الأصل.

٥ وانجلاء وجه الحق في هذا الفصل موقوف على بيان أصلهم المقرر في تعليق الهبة بالشرط وهو ما قال الشيخ في كتاب الهبة: والأصل: أن الشرط في الهبة إن كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة، وإن كان لا يمنع تصح الهبة وتبطل الشرط. وقال الشيخ أيضا عقيب تعليق الكفالة بالشرط المحض في بيان الفرق بين التعليق والتأجيل: «إنه لم يلتزم الكفالة في التعليق إلا معلقة ١٠ فلا تلزمه منجزة بخلاف التأجيل؛ لأنه التزمها في الحال لكن مؤجلا. فلما تقرر صحة الكفالة بطل التأجيل الغير المتعارف» انتهى.

فظهر منه أن الهبة أو الكفالة إذا وجدت وتمت ثم لحق بها شرط لا يفسد الهبة التامة والكفالة الملتزمة بمثل هذا الشرط بل يبطل الشرط. فما جعله ناقضا للأصل المذكور من مسألة هبة ما وهب بشرط أن ينفق عليه من هذا القبيل؛ لأن وضع المسألة فيما وهب وملك للحال ثم ألحق بها شرط الإنفاق ١٥ فلم يكن تصحيح الهبة فيها بدون الإنفاق إلزاماً عليه بما لم يلتزمه بل إلزام ما التزمه وهو تملك الموهوب له في الحال.

Hibede temlik, kefâlette ise iltizam gelecek zamanda var olacak bir şartta ta'lik edilmişse, bu durumda hibe mutlak olarak; kefâlet de şartın örf hâline gelmemiş olması hâlinde bâtil olur. Bizim meselemiz olan kefâletin örf hâline gelmemiş şartta ta'lik edilmesi bu kabildendir. Zira burada kefil, borcu hemen o anda ödemeyi iltizam etmemiş; bilakis örneğin rüzgarın esiş zamanına ta'lik etmiştir. Yani gelecek bir zamanda rüzgar eserse kefil olmayı iltizam etmiştir. Ta'lik ettiği şart dikkate alınmayıp derhal kefil olduğunun söylenmesi hâlinde iltizam etmediği bir şeyle onu ilzam etmek sonucu doğar. Bu nedenle örfleşmemiş bir şartta ta'lik edilen kefâlet ile Vâni'nin “Teberruda bulunan kimseye iltizam etmediğini yüklemek câiz değildir.” şeklindeki kuralı nakzettğini söylediği meselenin birbirinden farklı olduğu anlaşıldığı gibi, bu konuda oluşan şüphe de giderilmiş oldu.

Aynı şekilde bir şartta ta'lik edilen hibe ile ilgili zikredilen ilke sayesinde muteber fıkıh metinlerinin ibareleri arasında var olduğu dile getirilen ihtilaf da giderilmiş oldu. Bu farklı ibareler şunlardır: Kâdîhân, hibe bölümünün pek çok yerinde “Hibe fâsit şartla bâtil olmaz.” derken, kadının, mehrini kocasına hibe etmesi meselesinde ise şöyle demiştir: “Üçüncü vecih: Kadının, kocasına hitaben ‘Şayet benimle kalırsan sana bahçemi hibe ettim.’ deyip kocasının da bu şartı kabul etmesi durumunda hibenin bâtil olmasıdır. Zira kadın yaptığı hibeyi bir şartta ta'lik etmiştir. Hibe akdi şartta ta'lik edilmeyi kabul etmeyen akitlerdendir.” Bizim hibe ilgili yukarıda zikrettiğimiz kuraldan hareketle Kâdîhân'ın “Hibe fâsit şartla bâtil olmaz.” sözünün, söz konusu şartın, hibe akdinin tamamlanmasından sonra ilave edilen ve hibe edilen malın derhal hibe lehtarının mülkiyetine intikal etmesine mani olmayan şart anlamına geldiği anlaşılmaktadır. Yine onun “Hibe akdi şartta ta'lik edilmeyi kabul etmeyen akitlerdendir.” sözünden maksat ise mülkiyetin intikalinin gelecek bir zamanda kendisine ta'lik edildiği şarttır. Böyle bir şart, hibe edilen malın mülkiyetinin hibe lehtarına hemen o anda intikal etmesine mani olan şarttır.

Anılan kuralı destekleyen şeylerden birisi de *el-Hâniyye*'nin mezkûr faslında zikredilen şu sözdür: “Şayet kadının, kocasına bahçesini hibe edeceğine dair sarf ettiği söz, gelecek zamanda vereceğine dair bir vaat olup o an için hibe değilse, bahçe kocanın mülkiyetine geçmez. Çünkü salt vaat ile mülkiyet intikal etmez. Buna mukabil kadın bahçeyi kocasına hibe etmiş ve ona teslim etmişse, koca da onunla kalacağına dair vaatte bulunmuşsa bahçe kocanın olur. Zira bu durumda kadın bahçeyi kocasına hemen o anda hibe etmiş ve hibeyi de bir şartta ta'lik etmemiştir. Onun koştuğu şart fâsit bir şarttan ibaret kalmıştır. Hibe de fâsit şartla bâtil olmayacağı için bu durumda yapılan hibe sahih olmuştur.”

وأما إذا كان وجود التملك في الهبة والالتزام في الكفالة معلقا بوجود الشرط في الزمان الآتي فلا تصح الهبة مطلقا ولا الكفالة إن كان ذلك الشرط غير متعارف. وما ذكر فيما نحن فيه من أن الكفالة إذا علق بشرط غير متعارف فمن هذا القبيل؛ لأن في هذه الصورة لم يلتزم الكفالة في الحال بل علقها بوجود الهبوب مثلا يعني إذا وجد الهبوب في الزمان الآتي وجدت الكفالة فلو ألزم عليه الكفالة حالا للزم إلزام ما لم يلتزمه فافتقرت الكفالة المعلقة بشرط غير متعارف ومسألة الهبة التي أوردتها نقضا واندفعت الشبهة.

وبهذا الأصل المقرر في الهبة المشروطة بشرط اندفع أيضا ما يرى من المخالفة بين الكلمات الواقعة في المعتبرات وهي قد قال الإمام قاضيخان في كتاب الهبة في مواضع عديدة منه: «الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد». وقال في فصل هبة المرأة مهرها: «والوجه الثالث أن تقول المرأة: وهبت منك الحائط إن مكثت معي فقبل الزوج ذلك كانت باطلة؛ لأنها علق الهبة بالشرط والهبة لا تحتمل التعليق بالشرط» انتهى. فدل ما ذكرنا من الأصل على أن ما قاله: الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد فيما كان الشرط بعد تمام الهبة غير مانع عن ثبوت الملك للحال. وما قاله: الهبة باطلة لا تحتمل التعليق بالشرط فيما كان ثبوت التملك مربوطا بوجود الشرط في الزمان الآتي وكان الشرط مانعا عن ثبوت التملك للحال.

ومما يعضد الأصل المذكور ما في الفصل المذكور من الخانية وهو قوله: «إن كان كلامها عدة منها لا هبة للحال لا يكون الحائط للزوج؛ لأن بالوعد لا يملك. وإن كانت وهبت منه وسلمت إليه والزوج وعدها أن يمكث معها يكون الحائط للزوج؛ لأنها وهبت للحال ولم يعلقها بالشرط وإنما شرطت عليه شرطا فاسدا، والهبة لا تبطل بالشرط الفاسد» انتهى.

Kuhistânî'nin, Sadruşşerâ'nın *el-Vikâye* muhtasarındaki “İvaz şartıyla yapılan hibe başlangıç itibarıyla hibedir.” sözünü ve bu hükme “Bu kumaşı veya şu kadar dirhemi bana hibe etmen mukabilinde ben de sana şu kumaşı hibe ettim.” şeklinde vermiş olduğu misali şerh ettikten sonra sarf etmiş olduğu şu sözleri hibe ile alakalı yukarıda verdiğimiz kurala benzemektedir: “Sadruşşerâ'nın bu sözlerinde şuna işaret vardır: Kullanılan şart edatı, ‘Şayet şöyle olursa sana şunu hibe ettim (*Vehebtüke kezâ in kâne kezâ*)’ cümlesinde olduğu gibi “in” edatı ise hibenin alım satımında olduğu gibi bâtil olması gerekir.”¹

5. Kefâlet Akdinin Şarta Ta'lîki ile Tecili Arasındaki Fark

[**Teshîl**] Kefâlet, şarta bağlanabilen akitlerdendir. Boşanma ve köle azadı gibi fâsî şartla bâtil olmaz. [‘Yağmurun yağmasına kadar vadeli’ kefâletten farklı olarak] “Bir aya kadar vadeli olmak üzere kefil oldum.” şeklindeki bir ifade ile yapılan kefâlette vade sahih olur. Çünkü ay [tüccar arasında] bilinen vade şekillerindedir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Denirse ki birinci görüşe göre kefâleti şarta bağlamakla vadeye bağlamak arasında ne fark vardır ki, vadeye bağlanınca kefâlet sahih olduğu hâlde şarta bağlanınca sahih olmasın. Bu soruya şöyle cevap verebilirim: Kefil, ta'lîk meselesinde, ancak şarta bağlı olarak kefil olmaya razı olmuştur. “Teberru edene teberru ettiğinden başkası yüklenemez” kaidesine binaen, kefaletin getirdiği yükümlülükle hemen mesul olmaz. Te'cîl meselesi ise böyle değildir. Zira kefil, müeccel de olsa prensip itibarıyla akit anında kefil olmaya razı olmuştur. Zikrettiğimiz bu kurala binaen kefâlet akdi sahih, örfleşmemiş bir zamana yapılan te'cîl ise geçersiz olmuştur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: İbn Nüceym *el-Babru'r-Râik*'te şöyle demiştir: “Kefâletin örfleşmemiş tecil ile sahih olup, örfleşmemiş şarta ta'lîk edilmesi hâlinde sahih olmamasının sebebi şudur: Usûl kitaplarında açıklandığı üzere ta'lîk, illeti illet olmaktan çıkarır. Tecil ise akitten sonra ârız olan bir şey olduğu için *-el-İnâye*'de işaret edildiği gibi- yokluğu ma'rûzun -yani ârız olduğu şeyin- yokluğunu gerektirmez.”² İbn Nüceym'in bu açıklaması şu soruya da cevap niteliği taşımaktadır: Kefâletin örfleşmemiş şarta ta'lîk edilmesinin sahih olmamasına binaen “Rüzgar eserse onun borcuna kefil oldum.” şeklindeki ifadeyle şahsın, rüzgarın esmesi anında kefil olacağını söylemenin imkânı yoktur. O hâlde fakihler, “Filanın borcuna rüzgarın esmesine kadar kefil oldum.” sözüyle onu derhal kefil saymalarına rağmen nasıl olur da burada şahsı hemen o anda kefil saymıyorlar?

1 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, s. 432.

2 İbn Nüceym, *el-Babru'r-Râik*, VI, 241.

وما ذكره الفاضل القهستاني بعد شرح قول صدر الشريعة في مختصر الوقاية: وهي بشرط العوض هبة ابتداء وبعد تمثيله بقوله: وهبت لك هذا الثوب على أن تعوضني هذا الثوب أو كذا درهما بقوله: «وفيه إشعار بأنه إذا كان حرف الشرط^١ «إن» بأن يقول: وهبتك كذا إن كان كذا ينبغي أن يكون الهبة باطلة كالبيع» انتهى فناظر أيضا إلى الأصل المقرر المذكور. ٥

٥. الفرق بين تعليق الكفالة وتأجيلها

[التسهيل] والكفالة مما يصح تعليقها بالشرط فلا تبطل بالشرط الفاسد كطلاق وعتاق بخلاف قوله: كفلت به مؤجلاً إلى شهر فإنه يصح التأجيل؛ إذ الشهر من الأجال المعروفة.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: ما الفرق على القول الأول بين التعليق والتأجيل حتى بطل الكفالة في التعليق لا في التأجيل؟ أقول: إنه لم يلتزم الكفالة في التعليق إلا معلقة فلا يلزمه منجزاً حذراً عن إلزام المتبرع ما لم يلتزمه بخلاف التأجيل لأنه التزمها في الحال لكن مؤجلاً فلما تقررت صحت الكفالة وبطل التأجيل الغير المتعارف.

[فاضل أمير] نقول: قال في البحر الرائق: «وإنما صحت مع الأجل الغير المتعارف ولم يصح مع التعليق بغير المتعارف؛ لأن التعليق يُخرج العلة عن العلية كما عرف في الأصول، والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء المعروض^٢ كما أشار إليه في العناية» انتهى. هذا إشعار بالجواب عما قيل: إن الكفالة لما لم يصح تعليقها بشرط غير متعارف ولم يمكن أن يقال فيما قال: كفلت بما عليه إن هبت الريح أنه يكون كفيلاً عند هبوب الريح فما بالهم لم يجوزوا أن يكون كفيلاً في الحال؟ كما قالوا فيما قال: كفلت بما عليه إلى هبوب الريح أنه يصير كفيلاً في الحال.

Şeyh bu soruya “Şarta bağlı kefâlette kefil, edimi ancak şartlı olarak üstlenmiştir; öyleyse teberruda bulunana üstlenmediği bir şeyi yüklemekten kaçınma ilkesine göre burada kefil edimden derhal sorumlu olmaz.” sözüyle cevap vermiştir. İbn Nüceym ise “Ta’lik, illeti illet olmaktan çıkarır.” sözüyle cevap vermiş, ta’lik ile tecil arasındaki farkı ise “Tecil, zâtı olmayıp akitten sonra zikredilen ârızî bir şeydir.” sözüyle açıklamıştır. İbn Nüceym’in bu ifadesi şöyle izah edilebilir: Kefil olmaya yeltenen kişinin “Onun borcuna kefil oldum.” sözü, kefâletin meydana gelmesinin illetidir. Bu sözünden sonra ‘eğer rüzgar eserse’ sözü ise ta’lik olup, kefâleti meydana getiren illeti, illet olmaktan çıkartır. Yani bu durumda “Sana kefil oldum.” sözü illet olma vasfını kaybettiğinden ne hemen ne de şart koşulan şeyin var olduğu anda [rüzgarın esmesi] tazmini gerekli kılacak bir özellikte kalmaz. Zira akdin ta’lik edildiği şart, tüccar nezdinde örf hâline gelmiş bir şart değildir. Ta’like mukabil tecil meselesinde ise yani kefil olacak şahsın “Filanın borcuna rüzgarın esmesine kadar kefil oldum.” sözü, kefil oldum ifadesini tazminin illeti olmaktan çıkarmaz ve bu söz delâlet ettiği işi yaparak, sonradan zikredilen tecil, ondan illet olma vasfını gidermez. Zira tecil, arz edilen şeyin tamamlanmasından sonra zikredilmiş ârızî bir kayıttır. Böyle bir kayıt ile önceki sözün başının delâlet ettiği mana ve icap ettirdiği hüküm ortadan kalkmaz. Yapılan bu izah İbn Nüceym’in sözlerinin özünü oluşturmaktadır.

Basiretli ve titiz bakan kimseye aşikâr olduğu üzere İbn Nüceym’in tecil ile ilgili söyledikleri, bizim daha önce geçen “Hibe ve kefâlet akitleri tamamlandıktan sonra bir şart ilave edilse akitler fâsit olmaz ve bu iki akdin gerektirdiği hüküm değişmez.” şeklindeki değerlendirmemizi desteklemektedir. Ancak ta’lik ile ilgili söyledikleri ve ta’liki, fakihlerin “Ta’lik, illeti illet olmaktan çıkarır.” sözlerinin hükmü altına koyması bizim yukarıda söylediğimiz sözle uyuşmamaktadır. Zira buna göre ardından bir şartın zikredildiği hibe akdinin sahih olmaması gerekir. Bu meselede itirazdan en uzak olan söz Şeyh’in “Öyleyse teberruda bulunana üstlenmediği bir şeyi yüklemekten kaçınma ilkesine göre burada kefil edimden derhal sorumlu olmaz.” sözüdür.

وقد أجاب عنه الشيخ بقوله: «يلتزم الكفالة معلقة فلا تلزمه منجزة حذرا عن إلزام المتبرع ما لم يلتزمه». والفاضل ابن نجيم أجاب بقوله: «لأن التعليق يخرج العلة عن العلية» ويبيّن الفرق بينه وبين التأجيل بقوله: «والأجل عارض بعد العقد». توضيحه: أن قوله: كفلت بما عليه علة لوقوع الكفالة، وقوله بعده: إن هبت الريح تعليق يخرج العلة عن العلية فخرج «كفلت» عن العلية فلم يمكن جعله موجبا للضمان لا في الحال لخروجه عن العلية ولا عند وجود الشرط لعدم صحة التعليق لكون الشرط غير متعارف. وأما في صورة التأجيل يعني فيما قال: ضمنت بما عليه إلى هبوب الريح فلم يخرج قوله «ضمنت» عن علية الضمان فعمل عمله ولم يخرج التأجيل اللاحق عن عليته؛ لأنه قيد عارض بعد تمام المعروض، وبمثله لا يخرج الكلام السابق عن موجه الوضعي. هذا زبدة ما قاله الفاضل المصري.

ولا يخفى على الناقد البصير أن ما ذكره في توجيه التأجيل يؤيد ما ذكرناه في القول المتقدم: من أن الهبة والكفالة إذا لحق بهما لاحق بعد التمام لا يفسدهما ولا يغيرهما عن موجههما، ولكن ما ذكره في التعليق وإدراجه تحت قولهم: التعليق يخرج العلة عن العلية لا يناسب ما أسلفناه في القول السابق ويقتضي أن لا تصح الهبة في كل ما وهب وجاء بعده بشرط، فالأسلم هنا ما ذكره الشيخ بقوله: «حذرا عن إلزام المتبرع ما لم يلتزمه».

6. Kefâlet Akdinin Fâsît Şartla Fâsît Olmaması

[**Teshîl**] Kefâlet sorumluluğundan berâeti şarta bağlamak bâtıldır. Mesela bir kimse, “Zeyd geldiği zaman kefâlet sorumluluğum bitmek üzere sana kefil oldum.” diyerek kefâlet akdi yapsa kefâlet câiz, şart bâtil olur. Çünkü berâette temlik anlamı vardır, kefâletle sabit olan şey ister borç, isterse talep hakkı olsun farketmez. Kefilin zimmetinde sabit olan şey borç olduğunda, ibrâdaki temlik anlamı açıktır. Kefilin borçla değil de talep sorumluluğu ile yükümlü olması durumunda temlik anlamının bulunması ise şöyledir: Talep sorumluluğu, borca vesile olduğu için borç gibidir. O zaman her iki takdirde de temlik anlamı ortaya çıkmış olur ve temlik ise şarta bağlanmaz.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: “Mademki kefâlet temlik olarak değerlendiriliyor, o zaman -alım satım gibi- onun da fâsît şartla fâsît olması gerekir.” denilecek olursa buna şöyle cevap verilir: Kefâlet fâsît şartla bâtil olmayan akitlerdendir; bu yüzden kefâlet sahih, şart bâtil olur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyhin bu sözleri büyük bir gaflettir. Meselenin başında söylediğini unutarak temlik anlamı ifade edenin kefâlet olduğunu sandı ve “Mademki kefâlet temlik olarak değerlendiriliyor, o zaman -alım satım gibi- onun da fâsît şartla fâsît olması gerekir. Kefâlet burada niçin fâsît sayılmamıştır.” şeklinde zikrettiği soruyu bu zan üzerine bina etti ve cevap vermeye çalıştı. Gayet açık olduğu üzere burada temlik olarak değerlendirilen şey [kefâlet değil] kefâletten ibrâdır. Şarta ta’lik edilen ibrâ bu sebeple fâsît olur. Dolayısıyla ‘kefâletin de fâsît olması gerekir.’ sözü anlamsızdır. Şeyh’in bu gafletinde şaşılacak bir şey yok. Zira denildiği gibi, kılıç ne kadar keskin olursa olsun bazen kesmez. Yine meşhur bir sözdür; insanların ilki, unutanların da ilkidir.

7. Köle ile Efendisi Arasında Kefâlet

[**Teshîl**] Bir köle, efendisinin talimatıyla ona kefil olsa, azat olduktan sonra da kefil olduğu borcu ödese veya tersi olsa, yani kölenin talebi üzerine efendisi ona kefil olsa ve azat ettikten sonra kefil olduğu borcu ödese, bize göre, ödediğini tahsil etmek için asıl borçluya rücû edemez. Çünkü bu kefâlette rücû gerektirecek bir durum (borç) yoktur. Zira köle ve efendiden birinin diğerine bağlayıcı borcu olması imkânsızdır. O zaman kefâlet yükümlülüğü (borcu) başka şeye dönüşmez. Bu, asıl borçlunun talebi olmadan yapılan kefâlete benzer; şayet asıl borçlu bu kefâletten haberdar olur ve onaylarsa bu durumda kefilin rücû hakkı olmaz. Burada da durum aynıdır. Züfer ise rücûa mani olan durumun, yani köleliğin ortadan kalkmış olduğu gerekçesiyle rücû hakkının bulunduğu söylemektedir.

٦. عدم فساد الكفالة بالشروط الفاسدة

[التسهيل] وبطل تعليق البراءة من الكفالة بشرط بأن قال: تكفَّلتُ على أنه إذا قدم زيد مثلاً فأنا بريءٌ من الكفالة فالكفالة جائزة والشرط باطل؛ إذ في البراءة معنى التمليك سواء كان ما ثبت بالكفالة ديناً أو مطالبة. أما إذا ثبت الدين في ذمة الكفيل فمعنى التمليك ظاهر في الإبراء، وأما إذا لزمه المطالبة لا الدين ٥ فلأن المطالبة كالدين؛ لأنها وسيلة إليه فثبت معنى التمليك على كلا التقديرين والتمليك لا يتعلق.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: لما اعتبر تمليكا ينبغي أن يفسد بالشرط الفاسد كالبيع. أقول: يمكن الجواب بأن الكفالة مما لا يبطل بالشروط الفاسدة ١٠ فيبطل الشرط وتصح الكفالة.^١

[فاضل أمير] نقول: هذه غفلة عظيمة منه وهو قد نسي صدر الكلام وظن أن المعتبر تمليكا هو الكفالة وبنى السؤال على هذا الظن بأن قال: «إن الكفالة لما اعتبر تمليكا كان كالبيع فينبغي أن تفسد الكفالة بالشرط الفاسد فلم لا تفسد؟» وأجاب بما أجاب. وظاهر أن المعتبر تمليكا هو الإبراء عن الكفالة والإبراء المعلق بالشرط قد فسد به فلا معنى لأن يقال: ينبغي أن يفسد. ولا عجب فيها فإن الصارم ١٥ قد ينبو. ومن المشاهير بلا التباس قول من قال: أول الناس أول الناس.

٧. الكفالة بين العبد ومولاه

[التسهيل] ولو كفَّل عن مولاه بأمره فعتق فأدَّاه أو عكس أي كفَّل عنه مولاه بأمره فأدَّاه بعد عتقه منعنا الرجوع لوقوع الكفالة غير موجبة للرجوع لاستحالة أن يجب لأحدهما دين على الآخر فلا ينقلب موجبه ككفالة بلا أمر الأصيل فبلغه ٢٠ فأجاز فإنه لا رجوع ثمة فكذا هنا، وله^٢ زوال المانع عن الرجوع وهو الرق.

١ التسهيل، ٦٩١ و.

٢ أي لزفر.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Cenâze bahsinin sonlarında geçen şu meselede tam tersi bir hüküm vermiştik: Gayrimüslim birisi, Müslüman olsa ve ölse, karısı da [o öldükten sonra] Müslüman olsa, bize göre, bu kadının kocasını yıkaması câizdir. Züfer aksi görüştedir. Biz orada son durumu dikkate alırken Züfer başlangıç durumunu dikkate almıştı. Burada ise tam tersi oldu. Her iki tarafın –yani bizim ve Züfer’in- da bu farklılığın bir gerekçesi olmalı; eğer yoksa her iki meselede de aynı hükmü vermelidirler.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Musaffâ* adlı kitabın namaz bölümünün “Züfer’in farklı görüşte olduğu meseleler” başlığı altında şöyle denilmektedir: Bu konuda asıl şudur: “Cenazeyi yıkamanın helal olması için bize göre yıkama anı esas alınır. Çünkü bir fiili yapma ehliyeti, daha öncesinde değil fiilin icra edileceği anda şarttır. Züfer’e göre ise ölüm anı esas alınır. Çünkü kadının, kocasını yıkama hakkı ölümle birlikte sabit olmaktadır. Bu nedenle yıkama ehliyeti için kocanın ölüm vakti muteberdir. Nitekim mirasçılık için de ölüm anındaki durum esas alınmaktadır. Aynı kitabın kefâlet bölümünün “Züfer’in farklı görüşte olduğu meseleler” başlığı altında ise şöyle denilmektedir: Kefâlet, -bir başkasının emri olmaksızın ona kefil olan ve kefâleti daha sonra asıl borçlu tarafından onaylanan kimsenin kefâletinde olduğu gibi- asıl borçluya rücûu gerektirmeyecek şekilde meydana geldiğinde bir daha asla rücûu gerektirecek hâle dönüşmez. Züfer’e göre ise kölenin, efendisine kefil olması efendinin emri ile olduğundan rücû etmeyi gerektirir. Ancak henüz azat olmadan rücûya mani olan şey köleliktir; kölelik de azatla beraber zail olmuştur. Çünkü efendinin, kölesinde alacağının olması mümkün olmaz, ancak azat ettikten sonra onda alacağı olabilir.”¹

el-Musaffâ’dan nakledilen bu malumattan anlaşıldığı üzere cenazeyi yıkama meselesinde imamlarımızın esas aldığı bir asıl olduğu gibi, Züfer’in de mucibince hareket ettiği başka bir aslı vardır. Kefâlet meselesinde ise hem imamlarımızın hem de Züfer’in kabul ettiği asıl aynıdır. Dolayısıyla Züfer’in, bu meselede imamlarımıza muhalefet etmesinin sebebi, kabul edilen asıldan kaynaklanan bir ihtilaf olmayıp, gerek kölenin efendisine kefil olması gerekse efendinin kölesine kefil olması meselesinde kefâletin, rücû etmeyi gerektirecek şekilde meydana geldiğini, ancak kölelik devam ettiği sürece rücûun geçici olarak mümkün olmadığını kabul etmesinden kaynaklanmıştır. Bu izahla Şeyh’in gerek üç imama gerekse Züfer’e yönelik itirazı giderilmiş oldu. Buna göre imamlarımız bu meselede Şeyh’in dediği gibi bitiş durumu-na itibar etmedikleri gibi, başlangıç hâline de itibar etmemişlerdir.

1 Nesefti, Ebu'l-Berekât Hâfizuddîn Abdullah b. Ahmed (ö. 710/1310, *el-Musaffâ*, Süleymaniye Ktp., Y. Ağa bölümü, nr. 7513, vr. 233ab.

[الشيخ بدر الدين] أقول: عاكسنا فيما أسلم فمات فأسلمت امرأته أجزنا لها أن تغسل زوجها خلافا لزفر كما مر في أواخر الفصل من باب الجنابة فاعتبرنا ثمة حالة الانتهاء وزفر حالة الابتداء وعاكسنا هنا فلا بد للطرفين من وجه الافتراق وإلا يلزم الاتفاق.^١

٥ [فاضل أمير] نقول: قال في المصنف في كتاب الصلاة من باب اختلاف زفر: «والأصل فيه: أن المعتبر في حل الغسل حالة الغسل عندنا؛ لأن أهلية الفعل تشترط عند الفعل لا قبله، وعنده حالة الموت؛ لأن استحقاق الغسل يثبت بالموت فيعتبر أهلية الغسل عند الموت كالإرث». وقال في كتاب الكفالة من هذا الباب: «والأصل فيه: أن الكفالة متى وقعت غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفّل عن غيره بغير أمره ثم أجازته، وقال زفر: إنها وقعت موجبة للرجوع؛ لأنها بالأمر لكن عدم الرجوع قبل العتق لمانع وهو الرق وقد زال؛ وهذا لأنه لا يجوز أن يجب للمولى على عبده دين ويجوز أن يجب على معتقه دين» انتهى.

١٥ فقد ظهر بهذا أن كان في مسألة الغسل لعلمائنا أصل ولزفر أصل فمشى كل على أصله فيها، وفي مسألة الكفالة كان الأصل متحدا وكان خلاف زفر فيها لا للاختلاف في الأصل بل لاعتباره انعقاد الكفالة في هاتين المسألتين موجبة للرجوع وانعدام الرجوع لمانع. فاندفع الاعتراض الذي أورده على العلماء الثلاثة وعلى الإمام زفر. وقد تبين أن ليس عملهم على اعتبار حالة الانتهاء ولا على اعتبار حالة الابتداء.

Şeyh'in bu meselede imamlarımızın ihtilaf sebebini yukarıdaki gibi açıklaması, onun seçkin fakihlerimizin sözlerini yeterince araştırmamış ve onların bakış açısını anlamak için derinleşmemiş olmasından kaynaklanmıştır. Zira *el-Letâif*'te naklettiği rivâyet dahi bu meselede imamlarımız tarafından esas alınan asıla işaret etmektedir.

8. Teslimi Mümkün Olmayan Şeylerde Yapılan Kefâlet

[**Teshîl**] Satın alınan malın bedeline kefil olmak sahihtir; çünkü satın alınan malın bedeli bir borçtur [ve borca kefalet sahihtir]. Emanet bırakılan bir mala kefâlet ise sahih değildir. Zira emanet bırakılan mal tazmine konu olmaz; tazmin konusu olmayan bir şey için kefâlet olmaz. Yine bir yükü taşımak üzere kiralanan muayyen bir hayvana ve hizmet için kiralanan [muayyen] bir kölenin hizmetine kefil olmak da sahih değildir. Çünkü kefil olunan bu şeylerin teslimi mümkün değildir. Burada hak konusu (edim), tayin edilen şeyi teslim etmektir. Kefil ise -hayvan ve köle başkasının malı olduğundan- teslimden âcizdir. Şayet taşınan yük ve hizmet edecek köle belirlenmiş değilse kefâlet sahih olur. Çünkü bu durumda hak konusu (edim) kayıtsız olarak 'taşımak' olur ve kefil bunu [mesela] kendi hayvanıyla taşıyarak da yerine getirebilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Denirse ki, bir hizmet için kiralanan belirli bir hayvanın teslimine kefil olmak sahihtir. Çünkü onu teslim borcu kiraya verene aittir. O zaman yükü bizatihi o hayvana taşıtmak için kefil olmanın da sahih olması gerekir. Çünkü hayvanı teslim etmek hayvan sahibinin uhdesindedir. Nitekim hayvanı yük taşıması için kiralayan o dur. Buna binaen herhangi gibi acziyet söz konusu olmaksızın kefilin hayvanı teslim etmesi mümkündür.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Kiralanan muayyen bir hayvana yük taşıtmaya kefil olmanın sahih olmaması hükmünü, fakihlerin 'kefilin bizatihi bu hayvanı teslim etmekten âciz olması' gerekçesiyle ta'lîl etmelerine yönelik itirazında Şeyh tek değildir. Nitekim *el-Îzâh* adlı kitabında Allâme¹ *el-Vikâye* metninde yer alan "Kiralanan muayyen bir hayvana yük taşıtmaya kefil olmak sahih değildir. Çünkü kefil başkasının hayvanını teslim etmeye muktedir değildir." şeklindeki gerekçe hakkında şöyle demiştir:

1 İbn Kemâl, *el-Îzâh*, II, 174.

وما مثل هذا الاعتبار^١ إلا من قلة تصفحه أقوال العلماء الأخيار ومن عدم تعمق الأنظار؛ إذ فيما نقله في المتن من الراوية إشارة إلى الأصل المذكور.

٨. الكفالة بما لم يمكن تسليمه

٥ [التسهيل] وتصح الكفالة بئمن المبيع؛ لأنه دين، لا بأمانة لعدم الضمان في الأمانة فلا دين فلا كفالة ولا بحمل على دابة معينة مستأجرة وخدمة عبد بعينه يوجر للخدمة للعجز عن التسليم؛ إذ المستحق تسليم المعين وهو عاجز عنه؛ لأنه مال الغير ولو لم يُعَيَّن صح؛ إذ المستحق حينئذ هو الحمل مطلقاً ويمكنه الحمل على دابة نفسه.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: تصح الكفالة بتسليم دابة معينة مستأجرة؛ لأنه مستحق على المؤجر فينبغي أن تصح الكفالة بالحمل عليها، إلى قوله: فليكن هنا كذلك.^٢

[فاضل أمير] نقول: هذا الإشكال الذي أورده على تعليل عدم صحة الكفالة بالحمل على دابة معينة مستأجرة بقولهم: للعجز عن التسليم ليس مما تفرد به الشيخ بل مما ذكره العلامة في الإيضاح بعد أن قال في تعليل قوله في المتن: «وبالحمل على دابة مستأجرة معينة؛ إذ لا قدرة له على تسليم دابة الغير» بقوله: ١٥

١ وفي هامش ج أ: لا يخفى حسن موقع لفظ الاعتبار على أصحاب الاعتبار، منه.

٢ التسهيل، ٧٩١ ط.

“Bu gerekçeye şöyle itiraz edilebilir: Bu gerekçenin gereğine göre bir hizmet için kiralanmış belirli bir hayvanın teslimine kefâletin de sahih olması gerekir, oysa -daha önce zikredildiği üzere- böyle bir kefâlet sahihtir.” Bu hükmün itiraza yer bırakmayacak gerekçesi *el-Bedâi*’de şöyle ifade edilmiştir: ‘Birinci meselede -yani muayyen bir hayvanla taşıma meselesinde- hayvan sahibine gereken taşıma değil hayvanı kiracıya teslim etme fiilidir. Bu sebeple taşıma üzerine yapılan kefâlet, asilin tazmin etmesini gerektiren bir kefâlet olmadığından câiz değildir. İkinci meselede -yani muayyen olmayan bir hayvanı kiralama meselesinde- ise kiralayana gereken, hayvanı teslim etmek değil [yükü] taşımaktır. Bu nedenle icra edilen kefâlet asilin tazmin etmesini gerektiren bir fiil üzerine yapıldığından câizdir.’”¹

Yapılan bu açıklamalardan Şeyh’in yöneltmiş olduğu itiraz giderilmiş oldu. Ayrıca meselenin ortaya konuluş biçimine yöneltililebilecek bir itiraz bulunmadığı, itirazın belki gerekçelendirilme biçimine ilişkin olabileceği açığa çıkmış oldu.

9. Helal Olmayan Bir Mal Üzerine Yapılan Kefâlet Akdinin Tarafların Müslüman Olması ile Hükümsüz Olması

[**Teshîl**] Hıristiyan bir koca, iki Hıristiyan karısıyla şarap karşılığında muhâlea yapsa ve iki kadın birbirlerine kefil olsa daha sonra sadece erkek veya hepsi birlikte Müslüman olsalar, kadınlar kefâletten kurtulurlar ve üzerlerindeki şarap borcu kıymete dönüşür. Çünkü borcun sebebi olan muhâlea işlemi varlığını devam ettirmektedir, ancak Müslüman olmaları sebebiyle şarabın teslimi imkânsız olduğundan şarap borcu kıymete dönüşmüştür.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Borç verme meselesi de böyledir. Çünkü sebep, yani borç vermiş olma durumu, varlığını devam ettirmektedir. Buna “Borç verme, mevkûf değildir; aksine sona ermiş ve ortadan kalkmıştır ve artık baki değildir. Fakat muhâlea bir bedele bağlı olduğu için, böyle değildir. Borç vermeden farklı olarak, sebep burada devam etmektedir.” şeklinde cevap verilirse, bu cevap şu şekilde reddedilir: Bir mal karşılığı yapılan muhâleada talâk müneccez olarak yani derhal gerçekleşir ve mal karşılığı azatta olduğu gibi, mal vâcip olur. Ancak muhâlea bir şarta ta’lik edilmişse bu takdirde müneccez değil mevkûf olur. Dolayısıyla yukarıda verilen cevap tamam olmaz. Zira metinde zikredilen muhâlea, muallak değil müneccez muhâleadır.

1 Kâsânî, *Bedâi’us-Sanâi*, VI, 7.

«ويرد على هذا التعليل أن موجهه أن لا تصح الكفالة بتسليم دابة معينة مستأجرة مع أنها صحيحة على ما مر آنفاً». فالوجه ما في البدائع وهو «أن في الأول الواجب على الأجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الأصيل فلم تجز. وفي الثاني^١ الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الأصيل فجازت» انتهى.

وبهذا ظهر اندفاع ما أورده وتبين أنه لا يرد على وضع المسألة شيء ولا فيه شين وإنما الوارد على التعليل الذي أخرج من البين.

٩. بطلان الكفالة على شيء حرام بعد إسلام الطرفين أو أحدهما

١٠ [التسهيل] فلو خالغ نصراني نصرانيتين على خمر وتكافلتا فأسلم أو أسلموا معاً برئتا عن الكفالة ويتحول ما عليهما قيمة لبقاء السبب وهو الخلع وتعذر تسليم الخمر فتحول إلى القيمة.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: مسألة الإقراض كذلك إذ السبب - وهو الإقراض - باقٍ ثمة أيضاً. فإن أُجيب: بأن الإقراض ليس بموقوف بل انقضى وتلاشى فليس بباقي بخلاف طلاق الخلع فإنه موقوف على البدل فيكون السبب باقياً هنا لا ثمة، فيرد بأن الخلع على مال يقع الطلاق به مُنَجَّزاً ويجبُ المال كما في العتق على مال إلا إذا كان الخلع معلقاً بشرطٍ فحيثُ يَصِيرُ موقوفاً لا مُنَجَّزاً فلا يتم الجواب إذ الخلع المذكور في المتن خلع منجَّز لا معلق.

١ وفي هامش أ: قوله وفي الثاني يعني فيما كفل بالحمل على دابة غير معينة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyhin burada yaptığı şey, *el-Kâfi* sahibinin zikrettiği ilkenin muttarid uygulamasının bu muhâlea meselesiyle kesintiye uğramış olduğunu göstermektir. O ilke şudur: “Alacaklının Müslüman olması şarabı temelden iptal eder. Zira teslimin imkânsızlığı, Müslüman olması sebebiyle, onun cihetinden kaynaklanmıştır. Borçlunun Müslüman olması durumunda da hüküm Ebû Yûsuf’a göre aynıdır. Muhammed’e göre borçlunun Müslüman olması alacağı iptal etmez, şarabın kıymeti ne kadarsa ona döner.”¹ Fakihlerin “Alacağın vâcip olmasını gerektiren sebebin bekâsı nedeniyle -ki o sebep muhâleadır-” sözlerine Şeyh, şöyle diyerek itiraz etmektedir: Hıristiyan biri kendi gibi birisine şarabı karz olarak verse ve sonradan karz veren veya her ikisi birden Müslüman olsa şarap alacağı bâtil olur. Muhâlea meselesinde ise koca Müslüman olsa veya karı koca birlikte Müslüman olsalar şarabın kıymetinin ödenmesi gerekir. Fakihler bu hükmü bedelin vâcip olmasına sebep olan şeyin -yani muhâleanın- bekâsı ile tâlîl etmişlerdir. Karz meselesinde de sebep -yani alacağın vucubuna sebep olan unsur ki o da karz vermedir-, baki olmasına rağmen şarap alacağının kıymete dönüşeceğine neden hükmetmediler? Sonuç itibarıyla Şeyh, fakihlerden, şarabın karz sebebiyle vâcip olması ile muhâlea sebebiyle vâcip olması arasındaki farkı izah etmelerini istemektedir.

el-Kâfi’de geçtiği üzere, şarabın Hıristiyan’a karz sebebiyle veya *et-Tâtar-hâniyye*’de geçtiği üzere gasp sebebiyle vâcip olmasıyla muhâlea sebebiyle vâcip olması arasındaki fark şu şekilde gösterilebilir: İlk iki meselede bedel ile mübdel -yani karşılığında bedel belirlenen şey aynıdır; bu da şaraptır. Karz olarak verilen veya gasbedilen şarap [alacaklının Müslüman olmasıyla onun açısından] mütekavvim mal olmaktan çıktığında, onun yerine mütekavvim bir bedel ikame edilmesi mümkün değildir. Muhâlea meselesinde ise şarabın bedel kılındığı şey muhâlea işlemidir ve üzerinde anlaşılmış olan muhâlea bedelinin mütekavvimlik ve elverişlilik niteliğini kaybetmesi durumunda mübdel yani muhâlea işlemi bedel gerektirme vasfını kaybetmiş olmaz ve şarap yerine şarabın kıymeti geçer.

1 Neseî, *el-Kâfi*, II, vr. 312b.

[فاضل أمير] نقول: ويختل بمسألة الخلع، هذه طردُ أصلٍ ذكره صاحب الكافي بقوله: «الأصل أن إسلام الطالب يبطل الخمر أصلاً؛ لأن امتناع التسليم جاء من قبله لإسلامه وإسلام المطلوب كذلك عند أبي يوسف لتعذر التسليم وعند محمد لا يبطله بل يحوله إلى القيمة» إلى آخره. وكان ٥
اعتراض الشيخ على قولهم: لبقاء السبب وهو الخلع بأن يقول: إن فيما أقرض نصراني مثله خمراً فأسلم المقرض أو أسلماً معاً قالوا يبطلان الخمر أصلاً. وفي مسألة الخلع إذا أسلم الزوج أو أسلماً معاً قالوا بتحول الخمر قيمة وعلوه ببقاء سبب وجوب البدل يعني الخلع، فما بالهم لم يقولوا في مسألة الإقراض بتحول الخمر قيمة أيضاً؟ مع أن سبب الوجوب باق فيها ١٠
أيضاً وهو الإقراض. فغاية ما قال: مطالبتهم بالفرق بين وجوب الخمر بسبب الإقراض وبين وجوبها بسبب الخلع.

ويمكن أن يقال في الفرق بين كون وجوب الخمر على نصراني بسبب القرض على ما في الكافي أو بسبب الغصب كما في التاتارخانية وبين كون وجوبها على النصرانية بسبب الخلع: إن في الأولين قد كان البدل والمبدل شيئاً واحداً وهو الخمر فلما خرجت عن أن يكون مالا متقوماً عند الطالب ١٥
لم يمكن أن يقام مقامه بدل متقوم. وأما في الخلع فقد كان المبدل فعل الخلع وبخروج بدله المسمى عن التقوم والصلاحية لم يخرج المبدل عن استدعاء البدل فقامت القيمة مقامه.

Muvaffak kılındığımız bu çıkarımın isabetli olduğuna fakihlerin şu sözleri delâlet etmektedir: “Zimmî bir erkek zimmî bir kadınla muayyen olmayan bir şarap karşılığında evlense, ardından her ikisi veya sadece birisi Müslüman olsa, kadın mehir olarak belirlenen şarabın kıymetini hak eder.” Bu hüküm, kararlaştırılan bedelin mütekavimlik niteliğini kaybetmesi durumunda mübdelin önceki bedelin yerine geçecek bir şeyi gerektiriyor olmaktan çıkmayacağını en güçlü delildir.

Nikâh meselesinde şarabın, ‘muayyen olmayan’ kaydıyla kayıtlanması Ebû Hanîfe’nin mezhebine göredir. Ebû Yûsuf’a göre şarap ister muayyen olsun isterse olmasın kadın her iki durumda da mehr-i misil alır. Muhammed’e göre ise her iki durumda da kadın şarabın kıymetini hak eder. Bu konunun ayrıntıları ve delilleri *et-Tebyîn* ve diğer fıkıh kitaplarının mehir bölümünde yer almaktadır.

ومما يدل على ما وُفقنا باستخراجه ما ذكروه فيما نكح ذمي ذمية بخمر غير عين فأسلما أو أسلم أحدهما فلها قيمة الخمر، انتهى. فهذا أقوى دليل على أن البذل المسمى إذا خرج عن التقوم لا يخرج البذل عن استدعاء ما يقوم مقام البذل.

٥ وتقييد الخمر بغير عين في المهر على قول أبي حنيفة -رضي الله عنه- وأما عند أبي يوسف -رحمه الله- فلها مهر المثل في المعين وغير المعين وعند محمد -رحمه الله- لها قيمتها في الوجهين وتفصيل الأدلة في التبيين وغيره في باب المهر.

HAVÂLE

1. Alacaklının, Muhîli İbrâ Etmesi

[**Teshîl**] Alacaklı, muhîli ibrâ etse Ebû Yûsuf'a göre bu ibrâ geçersizdir. Çünkü borç muhâl_aleyhe intikal ettiği için muhîl borçlu olmaktan çıkmıştır. Muhammed'e göre ise bu ibrâ geçerlidir. Çünkü tıpkı kefâlette olduğu gibi intikal eden borç değil talep sorumluluğudur.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu ifade Muhammed'e göre havâle işlemi sonucunda muhâl_aleyhe intikal eden şeyin borç değil talep sorumluluğu olduğunu açıkça belirtmektedir. Dolayısıyla bu mesele ihtilaflı meselelerden olur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Meselenin Ebû Yûsuf ile Muhammed arasında ihtilaflı olduğu zaten birçok muteber kaynakta açıkça dile getirilmiştir. Mesela *et-Tebyîn* adlı eserde şöyle denilmektedir: "İbrâ konusunda imamlarımız ihtilaf etmiştir. Ebû Yûsuf'a göre ibrâda muhîlin hem borcu hem de talep sorumluluğu; Muhammed'e göre ise borç değil sadece talep sorumluluğu ibra edilir. Bu ihtilafın pratik sonucu iki konuda ortaya çıkmaktadır. Birincisi şudur: Alacaklı, muhîli ibrâ etse Ebû Yûsuf'a göre bu ibrâ sahih değildir; Muhammed'e göre sahihtir. İkinci konu ise şudur: Râhin mürteherine olan borcunu birine havale ettiğinde Ebû Yûsuf'a göre -tıpkı mürtehinin, râhini ibrâ etmesi durumunda olduğu gibi- rehni geri alır. Muhammed'e göre ise -tıpkı mürtehinin borcu ertelemesi durumunda olduğu gibi- râhinin mürtehindeki rehni alma hakkı yoktur.

Anlaşılmış olacağı üzere Şeyh'in meselenin ihtilaflı olduğunu belirtmesi yersizdir. Ben daha sonra *Şerhu Muhtasari'l-Vikâye*'de Mevlâ Kuhistânî'nin, musannifin "Havale, muhilde bir borç bırakmayarak bir borcu başkası üzerine ispat etmektir." ifadelerinden sonra şu açıklamalarına rastladım: "Bu ifadeler, havaleden sonra muhîlin zimmetinde borcun sabit olduğu ve havalenin talep sorumluluğunu ispat ettiği vehmini defeder. Şeyhülislâm bu görüşün Muhammed'e ait olduğunu, birinci görüşün [yani havale işleminden sonra muhilde bir borç kalmadığı görüşünün] ise Ebû Yûsuf'a ait olup sahih olan görüşün bu olduğunu zikretmiştir. Bazıları ise havalenin borç mu yoksa talep sorumluluğu mu ispat ettiği hususunda Ebû Yûsuf ve Muhammed'den gelen açık bir görüş olmadığını söylemektedir ki, *en-Nihâye* adlı eserde böyle geçmektedir. Ancak *el-Hulâsa* adlı eserde belirttiği üzere üç imamımız Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre borç havale işlemiyle muhâl_aleyhe intikal eder ve muhîl borçtan kurtulmuş olur." Bu zikredilenlerden Şeyh'in "Bu mesele ihtilaflı meselelerden olur." şeklindeki sözünün izahı ortaya çıkmış olmaktadır.

كتاب الحوالة

١. إبراء المحال دين المحيل

[التسهيل] ولو أبرأ المحال محيله يُبطلُ أبو يوسف إبراءه إذ لا دينَ على المحيلٍ لانتقاله إلى المحالِ عليه، أجازَه محمد لنقل المُطالبَةِ لا الدينِ كما في الكفالة. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا تصريحٌ بأن المنتقلَ إلى المحالِ عليه هو المطالبةُ لا الدينُ عند محمد فتكون المسألةُ خلافيةً.

[فاضل أمير] نقول: كون هذه المسألة خلافية بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله مما صرح به في كثير من المعبرَات حيث قال في التبيين ثم اختلفوا في البراءة فقال أبو يوسف رحمه الله يبرأ عن الدين والمطالبة وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين وثمره الخلاف تظهر في موضعين: أحدهما إذا أبرأ المحتال المحيل من الدين قال أبو يوسف لا يصح وقال محمد يصح. والثاني أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبي يوسف كما لو أبرأه عن الدين وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجل الدين انتهى.

١٥ فظهر منه أن لا يرى وجه لذكر كون المسألة خلافية على الوجه المذكور. ثم رأيت في شرح مختصر الوقاية أنه قال المولى القهستاني بعد قول المصنف «الحوالة إثبات دين على آخر مع عدم بقاء الدين على المحيل بعده»: وهذا دفع لتوهم أن الدين ثابت في ذمة المحيل وأنها إثبات المطالبة وذكر شيخ الإسلام أنه قول محمد والأول قول أبي يوسف وهو الصحيح وقال بعضهم لم يثبت نصاً منهما أنها إثبات المطالبة أو الدين كما في النهاية لكن في الخلاصة أن الدين بالحوالة انتقل إلى المحال عليه وبرئ المحيل عند العلماء الثلاثة انتهى. ومن هذا يظهر وجه قول الشيخ فتكون المسألة خلافية.

2. Borcun, Muhilin zimmetine dönmesi

[**Teshîl**] Muhâl_aleyh, birisinin kendisi adına alacaklıya (muhâl) rehin bırakmasından sonra -ki, eğer bu rehin muhâl_aleyhin talimatıyla olmuşsa iâre, talimatsız olmuşsa teberru olur- ölse, muhâl_aleyh ister rehnin satımına yetki vermiş olsun isterse olmasın, borç muhîle döner. Çünkü muhâl_aleyhin müflis olarak ölmesinden sonra rehin akdi kalmamıştır. Zira müflisin ölümüyle borcu bâtil olduğundan rehin de bâtil olmuştur. Rehın borca karşılıktır, burada ise hiçbir şekilde borç yoktur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Rehın bölümünün rehinde tasarruf başlığında şöyle denilmişti: “Rehin malı ödünç alan kişi, müflis olarak ölse, bırakmış olduğu rehin baki kalır...” Bu ifade göstermektedir ki, rehin başkasının mülkü olsa da borçlunun müflis olarak ölmesiyle rehin akdi bâtil olmaz. Burada zikredilenler ise rehnin bâtil olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla iki ifade arasında çelişki bulunmaktadır. Bunun üzerinde düşünülmelidir! Belki de bu meselede iki rivâyet vardır. Ayrıca borçlunun müflis olarak ölmesiyle borcun ortadan kalkması Ebû Hanîfe'nin görüşüdür. İmâmeyn'e göre ise bu durumda borç ortadan kalkmaz. Nitekim kefâlet konusunda “müflis olarak ölen kimseye kefil olma” meselesinde de hüküm böyle idi. Dolayısıyla imâmeyne göre değil de Ebû Hanîfe'ye göre borcun muhîle dönmesi gerekir. Rehinde tasarruf başlığı altında geçen hükmün imâmeynin görüşü, burada rehnin geçersiz olduğu şeklinde zikredilen hükmün ise Ebû Hanîfe'nin görüşü olması da mümkündür. Allah en iyisini bilir!

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *el-Bezzâziyye*'de şöyle geçmektedir: “Muhâl_aleyh, hiçbir tereke bırakmadan ölse, fakat geride bir kefil bırakmış olsa, borç muhîlin zimmetine dönmez. Bu durumda ister kendi emri ile kefil olmuş olsun, ister emri dışında olmuş olsun; ister kefâlet peşin olsun, ister müeccel olsun veya başta peşin olup sonra kendisi için kefil olunan tarafından müeccele çevrilmiş olsun fark etmeyip hepsinde hüküm aynıdır. Ancak eğer muhâl_aleyh bir kefil bırakmadan ölmüşse, fakat birisi kendisi adına teber-ruda bulunup onun için muhâl_leye bir rehin bırakmışsa ve muhâl_aleyh de müflis olarak ölmüşse bu durumda borç muhîlin zimmetine döner. Eğer söz konusu rehni satmak için yetki verilmiş ve de satılmışsa fakat muhâl_aleyh müflis olarak ölene kadar satım bedeli teslim alınmamışsa bu durumda ha-vale bâtil olur ve satım bedeli rehnin sahibine ait olur.”

٢. عود الدين إلى ذمة المحيل

[التسهيل] ولو ترك رهناً عند المحال رَهَنَهُ غَيْرُهُ بِأَمْرِهِ إِعَارَةً أَوْ بغير أمره تبرُّعًا وسلَّطه على البيع أو لم يسَلِّطه يعود الدين إلى المحيل لأن عقد الرهن لم يبقَ بعد موت المحال عليه مُفْلَسًا لِأَنَّ دِينَ الْمَفْلَسِ يَبْطُلُ بِمَوْتِهِ فَيَبْطُلُ الرَّهْنُ إِذِ الرَّهْنُ بِالذَّيْنِ وَلَا دِينَ مَحَالٍ. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: مرّ في فصل التصرّف في الرهن من كتاب الرهن: أن مستعير الرهن لو مات مُفْلَسًا بقي رهنه إلخ وهذا يدلُّ على أن عقد الرهن لا يبطل بموت المديون مُفْلَسًا وإن كان الرهن ملكًا لغيره، وما ذكر هنا دلٌّ على بطلانه فيبينهما منافاة فليتأمل لعلّ في المسألة روايتين. وأيضًا زوال الدين بموته مُفْلَسًا مذهبُ أبي حنيفة، وأما عندهما فلا يزول كما مرّ في الكفالة عن ميت مُفْلَسٍ فينبغي أن يكون العودُ عنده لا عندهما ويمكن أن يكون ما مرّ في فصل التصرّف في الرهن على مذهبيهما وما ذكر هنا من بطلان الرهن فهو على مذهب أبي حنيفة والله أعلم. ١٠

[فاضل أمير] نقول: قال في البزازية وإن مات المحتال عليه بلا تركة ولكن كان له كفيل بالمال لا يعود الدين إلى ذمة المحيل، سواء كفّل بأمره أو بغير أمره، والكفالة حالة أو مؤجلة، أو كفّل حالاً ثم أجله المكفول له، وإن لم يكن به كفيل ولكن تبرع رجل ورهن به رهنا ثم مات المحتال عليه مفلسًا عاد الدين إلى ذمة المحيل ولو كان مسلطاً على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحتال عليه مفلسًا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن انتهى. ١٥

Bu konu kesinleştiğine göre bilinmiş olur ki fakihlerimiz tevânın yokluğuyla -ki tevâ muhal aleyhin müflis olarak ölmesinin bir sonucudur- muhâl_aleyhin müflis olarak ölmesi durumunda muhâl_lehin elinde rehnin kalacağını söylememişlerdir. Aksine bu durumda tevanın gerçekleşeceğini ve borcun muhîle döneceğini kabul etmişlerdir. Tıpkı muhâl_aleyhin hiç rehin bırakmadan müflis olarak ölmesi durumunda teva gerçekleştiği gibi, iâre yoluyla muhâl_lehe rehin bırakılması durumunda da tevâ gerçekleşir. Dolayısıyla “rehin bırakan müsteîrin, muhâl_aleyh olup müflis olarak ölmesi” ile “rehin bırakan müsteîrin, muhâl_aleyh değil borçlu olması ve müflis olarak ölmesi” arasında fark olduğu ortaya çıkmaktadır. Birinci durumda rehin akdi bâtil olup borç muhîle dönerken, ikinci durumda ise rehin akdi bâtil olmaz ve mürtehin, alacağını rehnin parasından alır. Çünkü ikinci durumda rehin akdinin bâtil sayılması durumunda mürtehinin hakkı tamamen bâtil olmuş olacaktır. Oysa birincide durum böyle olmayıp alacaklının hakkını muhîlden talep edip alma hakkı vardır. Buradan Şeyh'in itirazı bertaraf edilmiş olmaktadır. Şeyh'i yanıtlan şey âlimlerimizin “Rehin bırakan müsteîrin, müflis olarak ölmesi durumunda rehni baki kalır.” şeklindeki mutlak ifadeleridir. Şayet âlimlerimiz bu ifadeden sonra “muhâl_aleyh için rehin bırakan müsteîr”i istisna etmiş olsalardı sonra gelenler böyle bir karışıklığa düşmeyeceklerdi. Fakat onlar bu konunun hükmünü istisna etmek suretiyle belirtmeyip havale konusunda ele almışlardır. Şeyh'in “Borçlunun müflis olarak ölmesiyle borcun ortadan kalkması, Ebû Hanîfe'nin görüşüdür.” ifadeleri de yersizdir. Çünkü kefâlet konusunda borcun ortadan kalkması ile ilgili zikredilen [imamlar arasındaki] ihtilaf, başkasına dönmeden borçludan borcun kalkması meselesidir. Borcun başkasına dönmesi hâlinde kalması konusunda ise bir ihtilaf bulunmamakta, aksine ittifakla bunu kabul etmektedirler. Nitekim fakihlerimiz şöyle demiştir: Muhâl_aleyh müflis olarak ölse ve geride bir kefil de yoksa borcu zail olur ve muhîle döner.

فلما تقرر هذا عُلم أنهم لم يقولوا ببقاء مثل هذا الرهن في يد المحتال عند موت المحتال عليه مفلساً بانتفاء التوى الذي هو لازم موت المحتال عليه مفلساً بل قالوا بالتوى وعود الدين الى المحيل عند وجود مثل هذا الرهن كما لم يكن رهن أصلاً وكذلك اذا كان الرهن المدفوع الى المحتال بطريق الاستعارة وظهر أن بين كون مستعير الرهن محالاً عليه مات مفلساً ٥ وبين كونه مديوناً غير محال عليه مات مفلساً فرق وهو أن في الأول يبطل عقد الرهن ويعود الدين الى المحيل وفي الثاني لا يبطل ويستوفي المرتهن دينه من مالية الرهن إذ لو بطل العقد هنا لبطل على وجه يبطل به حق المرتهن قطعاً ولا كذلك في الأول لأنه يطلب حقه من المحيل ويأخذه منه وبهذا اندفع اعتراضه الأول وكان اغترار الشيخ بإطلاق قولهم في كتاب الرهن إن مستعير الرهن لو مات مفلساً بقي رهنه الى آخره وانهم رحمهم الله لو استثنوا ما كان مستعيراً لرهن المحال عليه من هذا اللفظ العام لما وقع الناظر في هذا الاشتباه ولكنهم أحالوا بيان الحكم في المحال عليه الى كتاب الحوالة ثم ما ذكره بقوله وأيضاً زوال الدين بموته مفلساً مذهب أبي حنيفة الى آخره فلا يخفى أن هذا مما لا يرى له وجه أيضاً لأن الخلاف ١٥ المذكور في كتاب الكفالة في الزوال الذي كان بمعنى أن يزول عن المديون من غير أن يعود الى آخر وأما بمعنى زوال الدين والعود الى الغير فلا خلاف فيه بل هو مما ثبت باتفاقهم كما قالوا إن المحال عليه إذا مات مفلساً ولا كفيلاً عنه يزول الدين عنه ويعود إلى المحيل.

3. Havalenin Vekâlet Anlamında Kullanılması

[**Teshîl**] [Muhâl_aleyh havale sebebiyle ödemiş olduğunu almak üzere muhilden talepte bulunduğu] muhîl, muhâl_aleyhe “Sende olan alacağı-mı havale etmişim.” dese, muhâl_aleyh bunu inkâr etse [muhîlin sözü kabul edilmez ve] muhâl_aleyh ödediğini almak üzere muhîle rücû eder. Çünkü rücû sebebi olan ‘ödemenin muhîlin emriyle yapılmış olması’ durumu sabittir. Muhîl, [benim adıma malı kabzetmen için sana havale etmişim, diyerek] muhâl_lehten teslim almış olduğu şeyi talep etse muhâl_leh ise “Sende olan alacağıma karşılık teslim almışım.” dese bize göre [muhîlin sözü kabul edilir], muhâl_lehin sözü kabul edilmez. Çünkü aslolan zimmetin borçsuz olmasıdır ve ayrıca havale, malı teslim almaya vekil kılma işlemi için de kullanıldığından, muhîl hakkında baştan borcun bağlayıcı olmasını gerekli kılmaz. Diğer üç mezhep imamına göre havale, borcu nakil işlemi olduğundan, borç öncelikle muhîl hakkında bağlayıcı olur ve muhâl_lehin sözü tasdik edilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bana göre zahir olan, diğer üç imamın görüşüdür. Çünkü havalenin hakiki anlamı, borcun nakli olduğu için bu, muhîl hakkında borcun bağlayıcı olmasını gerektirir. Ayrıca bu, zahir bir durum olduğu için hakikatın mecâza tercih edilmesi gerekir. Zira zahire aykırı olduğu zaman hakikat iddiasında bulunanın iddiası doğru kabul edilmez. Bu konu daha önce “yemine girme ve yeminden çıkma” başlığı altında “Gücü yeterse ona geleceğine yemin etse...” şeklinde ifade edilen meselede takrir edilmişti. Zahire aykırı olan hakikat kabul edilmiyorsa, zahire aykırı olan mecâz hiç kabul edilemez. Bizim meselemizde muhîlin kullanmış olduğu “Havale ettim.” sözündeki havalenin hakiki anlamı, muhîl üzerinde borcun bağlayıcı olmasını gerektirir. Çünkü havale nakletmekten ibaret bir işlemdir. Eğer “Zimmetin borçtan berî olması da zahiridir.” şeklinde bir itiraz gelirse buna karşılık şöyle denilir: İki zahir çatıştığında hakikati tercih etmek evladır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Muhâlin sözünün kabul edilmesini gerektiren zâhire itibar edilecek olursa, zahirin istihkak için de hüccet kabul edilmesi gerekir. Oysa açıklayacağımız üzere zahir, istihkak için hüccet olmaya elverişli değildir. Dolayısıyla söz konusu zahir duruma itibar edilmesi şeklindeki gerekçe sâkit olmuş olmaktadır. Geriye ise muhîli destekleyen ve muarızı olmayan zahir durum kalmaktadır ki, zahir durum onun borcunu def’ konusunda hüccet olup itibara alınır. Bunu itibara al!

٣. استعمال الحوالة بمعنى الوكالة

[التسهيل] ولو قال المحيل «أحلتُ بدين لي عليك» وأنكر المحال عليه رَجَعَ المحال عليه على المحيل بما دفع لثبوت سبب الرجوع وهو الأداء بأمرٍ. والمحيل لو طلب المحال بما قبضه فقال المحال قبضته بدين لي عليك لم يقبلوا قولَ المحال إذ الأصل فراغُ الذِّمِّ وتُطلق الحوالةُ على الوكالةِ بالقبض ٥ ولا يلزم من الحوالة وجوبُ الدين على المحيل أولاً، ولهم أن الحوالة نقلُ الدين فيجب على المحيل أولاً فيصدق المحال.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الظاهرُ عندي قولُهم لأنَّ حقيقة الحوالة تقتضي الدينَ على المحيلِ لمكان الانتقال وهو الظاهرُ فينبغي أن ترجَّح الحقيقةُ على المجاز لأن مدعي الحقيقة لا يصدِّق إذا خالفها الظاهرُ كما قرَّر في بابِ الدخولِ والخروجِ من الأيمان حيث حَلَفَ «ليأتيته إن استطاع الخ» فضلاً عن المجازِ المخالفِ للظاهر وهو أن حقيقة الحوالة تستلزم الدينَ على المحيل لأنها عبارةٌ عن النقلِ. فإن قيل: براءةُ الذمة أيضاً ظاهرة؟ يقال: إذا تعارضَ الظاهران فترجيحُ الحقيقةِ أولى.

[فاضل أمير] نقول: لو اعتبر الظاهر الذي يستدعي قبول قول المحال للزم جعل الظاهر حجة للاستحقاق وهو على ما سنبينه لا يصلح أن يكون حجة للاستحقاق فسقط اعتبار هذا الظاهر. وبقي الظاهر الذي في جانب المحيل بلا معارض وهو حجة لدفع الدين عنه فاعتبر، فاعتبر!

el-Kâfi adlı eserde şöyle geçmektedir: “Muhîl havale ettiğinde borcunu ikrar etmiş olmaktadır, çünkü havale borcun bir zimmetten başka bir zimmete nakledilmesidir.’ denilirse deriz ki: Havale vekâlet verme yoluyla tasarrufun nakledilmesi anlamında da kullanılmaktadır. Bundan dolayı Muhammed şöyle demiştir: Mudârebe malı, insanlar üzerindeki bir alacağa dönüşürse ve mudârib de bunu ödemekten imtina ederse, ona ‘Rabbul-mâlî alacaklılara havale et!’ denir. Buradaki ‘Havale et!’, ‘Onu vekil yap!’ anlamındadır. Görüldüğü üzere havale lafzı borcun nakli anlamında da kullanılmaktadır. Bu yüzden muhîlin kullanmış olduğu ‘Havale ettim.’ ifadesi onun borcunu itiraf ettiği konusunda muhâl_Lehin lehine bir hüccet olmaz. Aksine kullanılan bu kelime iki anlama da muhtemel olduğu için, kelimeyi kapalı olarak kullanan kişinin sözüne -yemin etmesi şartıyla- itibar edilir ve sözün daha az sorumluluk yükleyen anlama yani vekâlete hamledilmesi gerekir.”

el-Kâfi’deki ifadelerle bakıldığında ilk akla gelen, havalenin vekâlet anlamında kullanılmasının da hakikat olduğudur. Çünkü vekâlette de nakil anlamı bulunmaktadır. Ayrıca mezhebi toparlamış olan Muhammed -Allah ondan razı olsun- dil konularında da kendisine başvuru biriydi. Molla Hüsrev *el-Mirkât* ve *el-Mir’ât*’ta bunu ifade etmiştir. Abdulaziz el-Buhâri, *el-Keşfu’l-Kebîr* adlı eserinde ‘hattâ’ lafzının -içerdiği ‘gâye’ anlamını dikkate almaksızın- istiâre yoluyla salt ‘atıf’ anlamında kullanılması konusunda şöyle demiştir: “Bu, İmam Muhammed’in ürettiği bir kullanımdır, yani Muhammed bu kullanımı, dilcilerin istiâre yöntemlerini kullanarak kendi zihni melekesiyle çıkarmıştır. Kaldı ki İmam Muhammed’in sözünün deli- le ihtiyacı yoktur. Çünkü Ebu Ubeyd ve başka dil imamları onun sözünü hüccet olarak kabul etmişlerdir. Bu yüzden sözünün kabul edilmesi için ayrı bir delil getirmeye gerek yoktur. Şairin dediği gibi: Hazâmi bir şey söylüyorsa onu kabul edin, çünkü söz, Hazâmi’nin dediği sözdür.”

el-Kâfi’deki ifadelerden ilk akla gelenin havalenin vekâlet anlamında kullanılmasının hakikat olduğu sabit olduğuna göre Şeyh’in iddiasının dayanağı yıkılmış ve itirazının mukaddimelerinin neticesi kıldığı şey yani ‘hakikatin tercih edilmesinin evla olduğu’ görüşü de bertaraf edilmiş olmaktadır.

قال في الكافي فإن قيل إذا أحاله فقد أقر بالدين لأن الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة قلنا الحوالة تستعمل في نقل التصرف على طريق التوكيل ولهذا قال محمد رحمه الله إذا صار مال المضاربة دينا على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له «أجل رب المال على الغرماء» أي وكله وتستعمل في نقل الديون فلم يكن حجة للمحتال على أن المحيل صار معترفا بالدين بل لما كان ٥ محتملاً كان القول قول من أبهمه مع يمينه ووجب القول بالأدنى وهو التوكيل انتهى.

فالظاهر المتبادر من عبارة الكافي أن يكون الحوالة في استعمالها بمعنى الوكالة حقيقة أيضا لما فيها معنى النقل والإمام محمد جامع المذهب قد كان رضي الله عنه ممن يؤخذ منه اللغة قال به مولانا خسرو في المرآة والمرقاة ١٠ وقال في الكشف الكبير للمولى الأجل عبد العزيز البخاري في استعارة «حتى» لمعنى العطف المحض من غير اعتبار معنى الغاية فيه: هذه لغة اقترحها محمد أي استخرجها بقريحته على طريق استعاراتهم مع أن قوله مستغن عن الدليل فإن أئمة اللغة مثل أبي عبيد وغيره كانوا يحتجون بقوله فكان مستغنيا عن الدليل، إذا ١٥ قالت حذام فصدقوها فإن القول ما قالت حذام. انتهى.

فان ثبت بما هو المتبادر من عبارة الكافي كون الحوالة المستعملة في الوكالة حقيقة ينهدم مبنى ما ذكره الشيخ ويندفع ما جعله نتيجة مقدمات الاعتراض أعني قوله «فترجيحُ الحقيقةِ أولى».

Biz, her ikisindeki nakil anlamı ile alakası sebebiyle havalenin vekâlet anlamında kullanımının mecâz olduğunu söyleyerek -ki bunu Kuhistânî, Kirmânî'den açıkça nakletmiştir- havalenin hakikat anlamında kullanıldığı görüşünden vazgeçsek bile şöyle diyebiliriz. Şeyh'in "Zahire aykırı olduğu zaman hakikat iddiasında bulunanın iddiası doğru kabul edilmez." sözünün muktezasına göre bizim meselemizdeki hakikat iddiasında bulunan kişi, ancak muhâl_Lehtir. Dolayısıyla sözünün kabul edilmeyip beyyine getirmesinin talep edilmesi gerekir.

Ayrıca konunun başında da ifade ettiğimiz üzere istihkak için zahir durum hüccet olmaz. usûl ve fûrû' imamları bunu kitaplarında birçok yerde açıkça ifade etmişlerdir. Mefkûdun başka birine mirasçı olmaya müstehak olmadığı, ancak mirasının vârislerine de dağıtılamayacağı ile istidlal ederken şöyle demişlerdir: Çünkü onun hayatta olması zahire göredir ve bu, istihkakı defetme konusunda hüccet olsa da bir şeye hak kazanma konusunda hüccet olmaz. Bu yüzden de başka birinin mirasını almaya hak kazanamamakta, vârislerinin onun malını istihkak etmesini defetmektedir. Konu Allâme'nin [İbn Kemal Paşa] *el-İzâh* adlı eserinde *el-Mebsûrât*tan nakille böyle anlatılmaktadır. Ahîzâde olarak meşhur olmuş Abdulhalîm dava konusunda kendisine başvuru olan ve amel edilen risalesinde şöyle demektedir: "Aynı bu mesele kabilinden olan bir diğer konu ise elinde evi bulundurma konusudur. Çünkü zahire göre ev, zilyedir. Bu yüzden hâriç, zilyedin elinde bulunan evin kendisine ait olduğunu iddia etse beyyine getirmedikçe lehine hüküm verilmez. Ancak bir zilyed, bir evin elinde bulunması sebebine dayanarak şuf'a talebinde bulunsa, müşteri ise zilyedin elindeki evin onun mülkü olduğunu inkâr etse bu durumda beyyine getirmedikçe davacının (zilyed) sözü kabul edilmez ve lehine şuf'aya hükmedilmez. Birinci durumda (zilyedin evin kendisine ait olduğunu iddia etmesi durumunda) zilyed, davayı def eden bir konumda iken, ikinci durumda (şuf'a talebinde bulunması durumunda) istihkak iddiasında bulunmaktadır." Ahîzâde mezkûr risalesinde zahirin istihkak konusundaki hücciyeti konusunda İbnu'l-Hümâm'ın "Doğru olan, zâhirin, istihkakı gerektirmesidir. Kendisiyle istihkakın sabit olmadığı zahir ise ıstihâbdır." iddiasında bulunduğunu kaydetmektedir. Ancak İbnu'l-Hümâm'ın bu iddiası tartışmaya açık ve üzerinde konuşmaya muhtaçtır. Çünkü muteber kitapların birçok yerinde güvenilir fakihlerimizin ifadelerden anlaşıldığına göre zahirin kısımları da ispat ve istihkak konusunda hüccet olmaya elverişli değildir.

وإن تنزلنا عن دعوى الحقيقة وقلنا بكون الحوالة مجازاً في معنى الوكالة بعلاقة أن في كل منهما معنى النقل كما أفصح عنه ما نقله المولى القهستاني عن الكرمانى فنقول على مقتضى قوله «أن مدعى الحقيقة لا يصدق إذا خالفها الظاهر» أن مدعى الحقيقة في مسألتنا ما كان إلا المحال فلزم أن يصدق ويطلب بالبينة. ٥

هذا وإنما قلنا في صدر الكلام أن الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق لأن أئمة الأصول والفروع قد صرحوا به في غير موضع من كتبهم وقالوا في الاستدلال على أن المفقود لا يستحق ميراث غيره ويدفع استحقاق ورثته: ولإن حياته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة لدفع الاستحقاق، لا للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويدفع استحقاق ورثته لماله كذا في إيضاح العلامة نقلاً عن المبسوط. وقال المولى الفاضل عبد الحليم الشهير بأخي زاده في رسالته المعمولة في الدعوى: ومن هذا القبيل بعينه أن الدار لمن بيده لكونها له ظاهراً فإذا ادعى الخارج لا يقضى له إلا ببينة، أما لو طلب ذو اليد الشفعة بسبب ما بيده من الدار فجحد المشتري كون الدار ملكاً لذي اليد لا يقبل قول المدعى ولا يقضى له بالشفعة إلا بالبينة لكونه دافعاً في الصورة الأولى ومدعى للاستحقاق في الصورة الثانية. وقال المولى المذكور في رسالته في حجية الظاهر للاستحقاق أن الفاضل ابن الهمام ادعى أن الحق هو أن الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب، ولكن ما ادعاه هذا محل بحث وكلام فان المفهوم من كلمات الثقات في مواضع عديدة من المعبرات أن يكون أقسام الظاهر أيضاً مما لا يصلح حجة للاستحقاق والإثبات. ٢٠

4. Şer'î Hükümleri Bilmemek Mazeret midir?

[**Teshîl**] Havale [muhâl_aleyh üzerindeki] borçla kayıtlı olur ve muhîl ölüm hastalığındayken muhâl_aleyh, muhâl_lehe ödeme yaparsa ödenen bu şey, muhâl_lehe ait olur. Çünkü muhâl_aleyh bu ödemeyi muhîlin malından değil, kendi malından yapmıştır. Zira borç kendi misliyle ödenir. Ancak muhîlin diğer alacaklılardan zararı def etmek için muhîl ile muhâl_aleyhin borçları arasında takas meydana gelmez [yani muhâl_aleyh muhîlin hastalığı esnasında ödeme yaptığı için muhîle olan borcu yerine geçmez]. Bu durumda muhâl_aleyhin üzerindeki borç, kendisiyle muhîlin diğer alacaklıları arasında pay edilir. Zira onun üzerinde borç, muhîlin terekesidir ve bu tereke, muhîlin alacaklıları arasında paylaşılır. Muhâl_aleyh de bu alacaklılardan biridir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: “Muhâl_aleyh, ödemeyi zimmetini muhîlin borcundan temizlemek için yapmıştır. Zimmeti temizlenmiyorsa, amacı gerçekleşmediği için ödediğini almak için muhîle rüçü etmesinin sahih olması gerekir.” şeklindeki itiraza şöyle cevap verilebilir: Muhâl_aleyhin, ödemeyi muhîlin hastalığı sırasında yapması, zimmetinin borçtan temizlenmeyeceğine razı olduğunu göstermektedir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu sorunun dayanağı, fakihlerimizden sabit olan ve Şeyh'in de şüfa konusunun son faslında zikretmiş olduğu şu asıldır: “Bir kimse bir amaç için bir tasarruf yaptığında amaç ortadan kalkarsa tasarrufu da bâtil olur.” İtirazcının “Muhâl_aleyh, ödemeyi zimmetini muhîlin borcundan temizlemek için yapmıştır.” şeklindeki itirazına Şeyh, “Muhâl_aleyhin borcu ödeme amacı zimmetini temizlemek değildir, aksine o borcu ödediğinde zimmetinin temizlenmeyeceğine razı olmuştur.” şeklinde cevap vererek karşı çıkmıştır ki, esasında Şeyh'in itiraza vermiş olduğu cevabın dayanağı “Dârulislâm'da bilmemenin bir mazereti olamaz.” şeklindeki başka bir ilkedir. Bu cevabın izahı şöyledir: Şayet muhâl_aleyh, muhîl ölüm hastalığında iken alacaklıya borcu ödese, bu durumda a) eğer zimmetinin şer'an temizlenmeyeceğini bildiği hâlde borcu ödemişse, zimmetinin temizlenmediğine zaten kendisi razı olmuştur. Bundan dolayı da itirazcının “Onun amacı, zimmetinin temizlenmesiydi.” şeklindeki itirazının doğruluk payı kalmaz. b) Eğer zimmetinin temizlenmeyeceğini bilmeden ve muhîlin alacağından kurtulacağı zannıyla ödemeyi yapmışsa, bu amaçla ödemiş olması şer'î hükümleri bilmemesinden kaynaklanmış olur ve dârulislâm'da olan birinin hükümleri bilmemesi mazeret olarak kabul edilmez.

٤ . هل الجهل بأحكام الشرعية عذر؟

[التسهيل] ولو مقيدةً بدين فأدى في مرض المحيل اختص به المحال لأداء المحال عليه من مال نفسه لا من مال المحيل إذ الدين يُقضى بمثله ولا تقع المقاصةُ بين المحيل والمحال عليه لدفع الضرر عن الغرماء فصار ما على المحال عليه بينه وبين سائر غرماء المحيل لأن ما عليه من تركة المحيل فيقسم ٥ بين غرمائه والمحال عليه منهم.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: المحال عليه لم يؤد إلا ليبرئ ذمته عن دين المحيل فلما لم يبرأ ينبغي أن يصح له الرجوعُ على المحال بما أدى لعدم حصول غرضه؟ أقول: يمكن أن يجاب: بأن أداء المحال عليه في حالة مرض المحيل يدل على رضاه بعدم البراءة. ١٠

[فاضل أمير] نقول: مبني هذا السؤال على الأصل الذي ثبت عنهم وهو ما ذكره الشيخ في الفصل الآخر من كتاب الشفعة بقوله «والأصل أن من باشر التصرف لغرض يبطل ببطلان الغرض» ومبني الجواب المذكور على أصل آخر وهو أن «لا يعذر بالجهل في دار الإسلام» بعد أن منع قول السائل المحال عليه ١٥ لم يؤد إلا لبراءة ذمته بأن قال لا نسلم أن غرضه من الدفع هو البراءة بل هو راض حين الدفع بعدم براءة ذمته وتوضيحه هو أن المحال عليه اذا دفع في حال مرض المحيل فان علم بعدم براءته شرعا ومع هذا دفعه فقد رضي بعدم البراءة ولم يصدق قول السائل أن غرضه كان براءته وان لم يكن عالما بعدم براءته ودفعه على زعم أنه يبرأ من دين المحيل فقد كان دفعه بهذا الغرض من جهله ٢٠ بحكم الشرع فهو لا يعذر بالجهل في دار الإسلام.

Burada dârulislâmda cehaletin mazeret olmadığı konusu üzerinde durmak gerekir. usûl imamları müktesep arızalar konusunu işlerken şunu dile getirmişlerdir: “Baba veya dede dışındaki başka biri tarafından evlendirilmiş bakire kız, buluğ yaşına ulaştığında eğer buluğ muhayyerliği hakkını bilmiyorsa, bunu bilmemesi kendisi için mazeret olmaz. Bundan dolayı, buluğa erdiğinde evliliği reddetmeyip susması bu evliliğe rıza gösterdiği anlamına gelir. Çünkü öğrenmek için çaba göstermek ve ilim talep etmek Müslüman erkek ve kadın herkese farzdır. Bu konuda kusurlu davranıp öğrenmemek mazeret değildir. *et-Telvîh* adlı eserde şöyle geçmektedir: “Ulemânın bu konudaki takriri şöyledir: Bakire kızın buluğ muhayyerliğini bilmemesi mazeret değildir. Çünkü dârulislâmda ilim yayılmıştır ve ayrıca kız açısından ilim öğrenmeye bir engel söz konusu değildir. Ancak câriyede hüküm farklıdır. Çünkü câriyenin sürekli efendisinin hizmetiyle uğraşması ilim öğrenmesi için bir engeldir. Buna ‘Bâkire, buluğdan önce şer’î hükümlerle, özellikle de kapalı konularla mükellef değildir.’ şeklinde bir itiraz ileri sürülemez.” usûl ve fûrû’ kitaplarında yer alan takrirlerden hemen akla gelen zahir anlam şudur: Dârulislâmda yaşayan kişilerin, şer’î hükümlerini bilmedikleri şeyleri yapmaları, onlar için bir mazeret olamaz. Dolayısıyla hükümleri bilmeseler de şer’î hüküm onlar için uygulanır. Ancak bu ilke genel değildir, bazı hükümlerin uygulanmasında fukahâ cehaleti bir özür olarak kabul etmiştir. Örneğin cehaletin bir özür olarak kabul edildiği konulardan biri Ayasuluğî’nin *el-Mecma*’ şerhinin selem konusunda zikrettiği şu meseledir: “Ebû Yûsuf’tan rivâyet edildiğine göre ıstısnâ’ akdinde ısmarlayan kişinin (mustasni’) muhayyerlik hakkı yoktur. Çünkü onu muhayyer kabul etmemiz durumunda belki de başkası almayacak ve eseri yapan satıcı (sâni’) bundan zarar görecektir. ‘Buradaki zarar [eseri yapan kişinin] kendi rızasıyla olduğu için buna buna itibar edilmez.’ şeklindeki itiraza ‘Belki de eseri yapan kişi, ısmarlayanın bunu kabul etmek zorunda olduğu düşüncesiyle buna razı olmuştur.’ şeklinde cevap veririz. Bu defa da ‘Eseri yapanın bu zannı, cehaletinden kaynaklanmaktadır; oysa bizim vatanımızda cehalet itibara alınmaz.’ şeklinde bir itiraz gelecek olsa buna karşılık deriz ki: ‘İsmarlayanın muhayyer olduğu görüşü sadece bazı âlimlerimize aittir. Bir Müslümanın müçtehitlere ait bütün görüşleri bilmesi farz değildir.’ Fukahanın ‘Dârulislâmda cehalet mazeret değildir.’ sözlerinin anlamı, dinin ikamesi noktasında mutlaka yapılması gereken farzları bilmemenin mazeret olmadığıdır. *el-İnâye*’de de böyle geçmektedir.”

بقي الكلام في تحقيق بالجهل لا يعذر في دار الإسلام وهو أن أئمة الأصول قد ذكروا في بحث العوارض المكتسبة بالجهل بالخيار في البكر إذا زوجها غير الأب والجد بانها اذا بلغت ولم تعلم بأن لها الخيار لم تعذر بالجهل حتى لو سكتت يكون ذلك رضى بالنكاح لأنها تتفرغ للتعلم وطلب العلم فرض على كل مسلم ومسلمة وبالتقصير لا تعذر. قال في التلويح وتقرير القوم أن ٥ جهل البكر بالخيار ليس بعذر لاشتغال العلم في دار الإسلام، وعدم المانع من التعلم في جانبها بخلاف الأمة فإن اشتغالها بخدمة السيد مانع، وعلى هذا لا يرد الاعتراض بأن البكر قبل البلوغ لم تكلف بالشرائع لا سيما المسائل الخفية انتهى. فالظاهر المتبادر من تقريراتهم الواقعة في الأصول والفروع هو أن من كان من أهل دار الإسلام وعمل عملا غير عالم بحكم الشرع فيه لا يعذر ١٠ بالجهل فيجري عليه حكم الشرع ولكن ليس هذا الأصل بمُجرى على عمومه فان في بعض من الأحكام جعلوا الجهل عذراً ومن جملة ما جعل معذوراً بالجهل ما وقع في شرح المجمع للآياثلوغي في باب السلم حيث قال: وعن أبي يوسف أنه لا خيار للمستصنع أيضا إذ لو تخير فربما لا يشتريه غيره ١٥ فيتضرر الصانع فان قيل الضرر برضاه فلا يعتبر قلنا لعله رضي على ظن أنه مجبور على القبول فإن قيل ذلك لجهله فلا يعتبر بدارنا قلنا خيار المستصنع قول بعض علماءنا ولا يجب على كل مسلم أن يعرف قول جميع المجتهدين ومعنى قولهم «بالجهل لا يعذر بدارنا» أن الجهل بالفرائض التي لا بد منها في إقامة الدين لا يعذر كما ذكر في العناية انتهى.

‘Dârulislâmda hükümleri bilmemek mazeret değildir.’ ifadesindeki ‘hükümler’ ile kastın, mutlak anlamda bütün hükümler olmadığına usûl imamlarının ikrah bahsinde zikrettikleri de delâlet etmektedir. Mesela Ah-sikesî, musannifin ‘İkrah kâmil olduğunda meyte, domuz eti yemekte ve şarap içmekte bir mahzur yoktur.’ sözlerini şerh ederken şunları ifade etmektedir: Yani kâmil ikrah -ki bu ikrah-ı mülcîdir- söz konusu olduğunda bunları yiyip içmekte haramlık kalmaz. Çünkü söz konusu şeylerin haram olarak sabit olması ihtiyar durumu içindir. Zira Allah Teâlâ, ‘Allah size haram olan şeyleri açıkladı, ancak bunları yemek/içmek zorunda kalmanız durumu hariç...’ demektedir. Bu âyette Allah, zaruret hâlini istisna etmektedir. Yasaktan yapılan istisna ibâha ifade eder. Dolayısıyla bu eşyalar zaruret durumunda mutlak olarak mubahtır. Bu yüzdendir ki, zaruret hâlinde olan biri, zaruretin haramlığı düşürdüğünü bildiği hâlde ismi geçen maddeleri yiyip içmemesi durumunda kanını zayi etmiş ve günahkâr olmuştur. Bu tıpkı zaruret durumunda koyun eti gibi helal bir yiyeceği yememesi veya su içmemesi gibidir. Ancak eğer zaruret hâlinin haram şeylerin haramlığını düşürdüğünü bilmiyorsa günahkâr olmaması umulur. Çünkü bu durumda o kendi zannınca haram olan şeyleri yapmaktan kaçınmak suretiyle şer‘in hakkını yerine getirmeyi kastetmiştir. Zira zaruret hâlinde haramlığın düşmesinin delili gizlidir ve bu konuda cehalet mazerettir. Bu tıpkı şer‘î bir hitabın yaygınlaşmadığı bir dönemde kişiye ulaşmaması gibidir. Bu durumda şer‘î hitap ile sabit olan hükmü terk etmek mazerettir. Nitekim dârulharpte Müslüman olup namazın farz olduğunu bilmeyen biri için namaz farz değildir. *el-Mebsûr*ta böyle geçmektedir.”

Bu tahkikten ve *et-Telvîh*’ten naklettiğimizden hâsıl olmaktadır ki, bilmemenin mazeret olmadığı hükümler, yaygınlık kazanan ve gizli olmayan hükümlerdir. Hatta eğer bir hüküm sadece bazı insanların bilebildiği bir hükümse bunu bilmemek mazerettir ve böyle bir gizli hükmün aksine amel etmekle kişi şer‘ ehlince sorumlu tutulamaz. Açıktır ki [bilmemenin mazeret sayılmadığı hususunu] usûl âlimlerinin takrirlerinden anlaşıldığı şekle tahsis etmek [yani gizli olmayan açık hüküm olduğunu söylemek], Ayasuluğ’ın *el-İnâye*’den naklettiği gibi farz olmasıyla tahsis etmekten evladır.

ومما يدل على أن المراد بالأحكام في قولهم بالجهل بالأحكام لا يعذر في دار الإسلام ليس الأحكام المطلقة ما ذكره أئمة الأصول في بحث الإكراه قال في تحقيق الأخصيكي في شرح قول المصنف ولا خطر مع الكامل منه في الميتة والخمر والخنزير أي لا تبقى الحرمة مع الإكراه الكامل وهو الإكراه الملجئ في هذه الأشياء لأن حرمة هذه الأشياء لم يثبت بالنص إلا عند الاختيار ٥
 فان الله تعالى قال ﴿وقد فضّل لكم ما حرّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ [الأنعام ١١٩/٦] استثنى حالة الضرورة والاستثناء من الحظر إباحتها فبقيت هذه الأشياء حالة الضرورة على الإباحة المطلقة فكان الممتنع من تناولها مضيئاً دمه فصار آثمًا إن كان عالمًا بسقوط الحرمة كما لو امتنع عن أكل لحم الشاة وأكل طعام المباح وشرب الماء في هذه الحالة وإن لم يعلم سقوطها يرجى ١٠
 أن لا يكون آثمًا لأنه قصد إقامة حق الشرع في التحرز عن ارتكاب المحرم في زعمه وهذا لأن دليل انكشاف الحرمة عند الضرورة خفي فيعذر بالجهل كما أن عدم وصول الخطاب إليه قبل أن يشتهر يجعل عذرًا في ترك ما ثبت بخطاب الشرع كالصلاة في حق من أسلم في دار الحرب ولم يعلم بوجوبها عليه كذا في المبسوط انتهى. ١٥

فحصل من هذا التحقيق ومما نقلناه من التلويح أنّنا أن المعتبر في عدم العذر بالجهل بالأحكام هو كون الحكم شائعًا منتشرًا ليس بخفي حتى لو كان الحكم خفيًا لا يعرفه إلا أفراد من الناس فالجهل به يكون عذرًا وبالعامل بخلاف مثل هذا الحكم الخفي لا يصير مؤاخذًا عند أهل الشرع ولا يخفى ٢٠
 أن تخصيص الحكم بما يفهم من تقرير علماء الأصول أولى من التخصيص بالفرائض كما نقله المولى الآبائلوغي عن العناية.

5. Mükâtebin Kitabet Bedeline Havale

[**Teshîl**] Efendi alacaklısını, kitabet bedeli ile kayıtlamadan mutlak anlamda mükâteb kölesine havale etse bu havale sahih olmaz. Çünkü mükâtebin tazmin etmesi bâttır. Hatta bu sebeple mükâtebin kefil olması sahih olmamaktadır. Ancak efendi, alacaklısını, kölesindeki kitabet bedeline havale etse bu havale sahih olur. Bu durumda mükâteb köle, alacaklısına kitabet bedelini ödeme hususunda efendisinin vekili olur. Mükâteb köle, bu ödemeyi yapmadan da hürriyetine kavuşmaz. Havale işleminden sonra [mükâteb henüz borcu ödememişken] efendi, köledeki kitabet alacağını ibrâ etse, köle borçtan kurtulur ve azat olur. Ancak bize göre efendinin ibrâsından sonra da havale devam eder. Züfer havalenin de biteceğini söylemektedir. Bunun gerekçesi daha önce “tekmile” başlığının hemen öncesinde geçen “satıcının borçlusunu müşteriye havale etmesi” meselesinde her iki tarafının delilleri zikredilirken geçmişti.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Efendinin yaptığı ibrânın sahih olmaması gerekir. Çünkü o, havaleyi kitabet bedeliyle kayıtlı olarak yapmış ve alacaklının hakkı bu bedelle ilişkili hâle gelmiştir. Dolayısıyla muhîlin ibrânının sahih olmaması gerekir. Nitekim bu konu daha önce borcun havalesi meselesinde “Bundan dolayı muhîlin ibrâsı câiz olmaz.” şeklindeki gerekçe ile geçmişti. Bu itiraza “Efendisinin mükâteb köleye havalesi, havale olarak değil de vekâlet olarak sahihtir. Vekâlet işlemi olduğu için müvekkilin ibrâ yoluyla vekili azletme hakkı vardır. Zira vekil, müvekkilin kendisinden önce tasarrufta bulunmasıyla azlolunur.” şeklinde cevap verilirse buna şöyle karşılık verilir: Öyleyse bu durumda Züfer’in dediği gibi, havalenin de bâtil olması gerekirdi. Hâlbuki mezhep imamlarımıza göre havale bâtil olmamaktadır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *et-Tatarhâniyye*'de bizim meselemizle ilgili olarak zikredilenlerin mefhûmu şudur: Bizim meselemizde mükâteb köle, kitabet bedelini alacaklıya ödeme konusunda efendisinin vekili olmaktadır, fakat havalenin hükmü olan tazmin sorumluluğu kendisinden kalkmamaktadır. Hatta köle azat olsa ve havalenin hükmünün mükâteb hakkında uygulanma imkânı olsa, havalenin etkisinin tamamında devam ettirilmesi için havale hükmü uygulanmaya devam edilir.

٥ . إحالة الغريم على بدل الكتابة

[التسهيل] ولو أحال سيده غريمه على مكاتبه مطلقاً أي لم يقيد به بدل الكتابة لا تصح لأن ضمان المكاتب باطل حتى لا تصح كفالته. ولو قيد الحوالة ببديل كتابته تصح ويصير المكاتب وكيلا عن سيده بأداء بدل الكتابة إلى غريمه ولم يعتق ما لم يؤد. فلو أبرأ السيد المكاتب بعد الحوالة عليه برئ وعُتق، وأبقينا الحوالة خلافاً لزفر لما مرّ فُييل التكملة في مسألة إحالة البائع غريمه على المشتري من دليل الطرفين.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن لا يصح إبراء السيد لأنه أحال مُقيداً ببديل الكتابة فتعلق به حق المحال فلا يصح إبراء المحيل كما مرّ في الإحالة بدينه حيث قال «ولذا لم يجز للمُحيل إبراءه». فإن أُجيب: بأن إحالة السيد على مكاتبه يصح وكالة لا حوالة فللموكل أن يعزل الوكيل بإبراءه إذ الوكيل يعزل بتصرف الموكل قبله. يُردُّ: بأنه حيثنذ يلزم أن تبطل الحوالة كما هو قول زفر وليس كذلك.

[فاضل أمير] نقول: المفهوم مما في التاتارخانية من سرد المسائل المتعلقة بهذا هو أن في الصورة التي نحن بصددتها يكون المكاتب وكيلا من مولاه في دفع بدل الكتابة ولكن لا يفوت الضمان الذي هو حكم الحوالة عنه حتى إذا عتق وأمكن إجراء حكم الحوالة عليه يجري عليه هذا الحكم إبقاءً لأثر الحوالة في الجملة

Konunun tahkiki şöyledir: Kitabet bedeli, kıyasa aykırı olarak sabit olan bir borç olunca ve havalenin sahih olması konusunda da açığa çıkmayınca ve ayrıca az önce de zikredildiği üzere mükâtebin tazmin sorumluluğu bâtil olunca bizim bu meselemizde yani efendinin alacaklısını mükâtebe havale etmesi ve
 5 bunu kitabet bedeliyle kayıtlaması meselesinde fakihler, buradaki vekâlet anlamını itibara alarak bu havaleye cevaz vermişlerdir. Buna göre bu akit bir vekâlet olmaktadır fakat havale manası da tamamen terk edilmemektedir. Buna göre “Müvekkil, başkasına yetki verdiği bir tasarrufu kendisi de yapabilir.” kaidesi dikkate alınarak muhîlin havaleden sonra mükâtebin borcunu ibrâ etmesi câiz
 10 olmakta; “Muhâl_aleyh yüklendiği tazmin kadarını yerine getirebilir.” kaidesi dikkate alınarak da bu ibrâ ile, havalenin bir sonucu olan tazmin sorumluluğu bâtil olmamakta ve azat olan mükâteb kölenin, alacaklıya kitabet bedeli kadar tazminde bulunması lazım gelmektedir. “Kişinin borçlusundaki borca havale etmesi” konusuna benzetilerek bizim meselemize itiraz edilemez. Çünkü diğer
 15 konu, vekâlet anlamı içermeyen sırf havale işlemidir. *el-Fetâvâ'l-Hâniyye*'de şöyle geçmektedir: “Efendi ümmüveledi ile kitabet anlaşması yapsa, sonra kitabet bedelini alması için bir alacaklısını ümmüvelede havale etse ve sonra da efendi ölse, bu durumda ümmüveled azat olur ve kitabet anlaşması da bâtil olur; ancak istihsânen havale bâtil olmaz.” Buradan anlaşılmaktadır ki bizim meselemizde de havalenin bâtil olmaması istihsânendir. Bu yüzden havalenin bâtil
 20 olacağını ileri süren Züfer'in görüşü ile buna karşı çıkılmaz. Zira Züfer'in görüşü kıyasa göre verilmiştir.

6. Kefilin Alacaklıyı Başka Birine Havale Etmesi

[**Teshîl**] Kefil, sadece kendisinin borç talebinden kurtulması şartıyla
 25 alacaklıyı (tâlib) birine havale etse veya kefil, alacaklıyla sadece kendisinin borç talebinden kurtulması şartıyla bir miktar mal karşılığında sulh yapsa şart koştuğu gibi olur. Zira kefilin borç talebinden kurtulması, asıl borçlunun kurtulmasını gerektirmez. Aksi hâlde yani kefilin havale esnasında sadece kendisinin borç talebinden kurtulmasını şart koşmaması hâlinde,
 30 havale işlemiyle borç nakledildiği için hem kefil hem de asıl borçlu borçtan kurtulmuş olur. *el-Kâfi* ve *Şerhu'l-Câmi*'de zikredildiğine göre [kefilin havalesindeki] havale, alacaklının (tâlibin) malına izafe edilmiştir. Alacaklının malı (alacağı) da gerçekte asıl borçlu üzerindedir. Buna göre havale işlemi asıl borçlunun borçtan kurtulmasını gerektirmekte, onun kurtulmasının zorunlu sonucu olarak da kefilin kurtulmasını gerektirmektedir.
 35

وتحقيق القول هنا أن بدل الكتابة لما كان ديناً ثبت مع المنافي ولم يظهر في حق صحة الحوالة وقد كان ضمان المكاتب باطلا كما ذكره أنفا ففي مسألتنا هذه يعني فيما أحال السيد غريمه على مكاتبه وقيدتها ببدل الكتابة قد جوزوا الحوالة باعتبار معنى الوكالة فكان هذا العقد وكالة ولكن لم يهجر معنى الحوالة بالكلية فجاز إبراء المحيل المكاتب بعد الحوالة عليه باعتبار أنه موكل يجوز تصرفه فيما وكل به الغير ولم يبطل الضمان الذي هو أثر الحوالة ولزم على المكاتب الذي عتق ضمان قدر بدل الكتابة باعتبار أنه محال عليه صلح لأن يضمن قدرًا التزم ضمانه فلا يرد عليه ما أحاله بدين على غريمه لأنه محض حوالة لا يشوبها معنى الوكالة وقد قال في الفتاوى الخانية وكذا لو كاتب المولى أم ولده ثم أحال عليها غريمًا من غرمائه ببدل الكتابة ثم مات المولى تعتق أم الولد وتبطل الكتابة ولا تبطل الحوالة استحساناً انتهى. فيفهم منه أن عدم بطلان الحوالة في مسألتنا استحساناً أيضاً فلا يرد عليه ما قال به زفر من أن الحوالة تبطل لأنه قول على ما يقتضيه القياس.

٦. إحالة الكفيل غريمه على الغير

١٥ [التسهيل] ولو أحال الكفيل طالبه بشرط براءته فقط أو صالحه الكفيل على البعض بشرط براءته فقط كان كما شرط إذ براءة الكفيل لا توجب براءة أصيله وإلا أي إن لم يشترط برئاً لنقل دينه بالحوالة. وذكر في الكافي وشرح الجامع أن الحوالة أضيفت إلى مال الطالب ومال الطالب في الحقيقة على الأصيل فأوجب الحوالة براءة الأصيل ومن ضرورة براءته براءة الكفيل.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu gerekçelendirme, kefilin sadece kendi berâetini tahsis ederek şart koştuğu konuda hem asıl borçlunun hem de kefilin borçtan kurtulmasını gerektirir. Çünkü sadece kefilin berâetinin tahsis edilerek şart koşulduğu konuda da havale işlemi, alacaklının malına (alacağına) izafe edilmiştir. Ayrıca kefilin borçtan kurtulmasının, asıl borçlunun kurtulmasını gerektirmemesi de ancak borcun nakledilmemesi durumundadır. Hâlbuki burada alacaklının malı (alacağı) havale edildiği için asıl borçlunun borcu, muhâl_aleyhe havale edilmiştir. Havalenin gereği, borcu nakletmek olduğundan alacaklının borcunun nakledilmesiyle asıl borçlu da borçtan kurtulmuş olmaktadır. Bu tıpkı kefilin borcu bizzat ödemesi durumunda asıl borçlunun borçtan kurtulmasına benzemektedir. Buna şöyle cevap verilebilir: Tahsis şartı borcun asıl borçludan nakledilmediğini gösteren bir karînedir. Buna göre asıl borçlu hakkında havale işlemi kefâlet anlamında olur ve kefâlette olduğu gibi asıl borçlu borçtan kurtulamaz.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: İlk olarak kefilin sadece kendi berâetini şart koşması durumunda asıl borçlunun değil de sadece kendisinin sorumluluğun ortadan kalkmasının anlamı şudur: Havale işleminden sonra tevâ gerçekleşmediği sürece alacaklı kefiliden bir talepte bulunamaz; ancak tevâ gerçekleşmese bile asıl borçludan talepte bulunabilir. Buradan kefilin sadece kendi berâetini şart koşmaması durumunda hem kefilin hem asıl borçlunun berâetinin anlamı ortaya çıkmaktadır. Şeyh'in "Bu gerekçelendirme, kefilin sadece kendi berâetini tahsis ederek şart koştuğu konuda hem asıl borçlunun hem de kefilin borçtan kurtulmasını gerektirir." şeklinde dile getirdiği itiraz, *el-Kâfi* ve *Şerhu'l-Câmi*'de zikredilen ta'lîle nazaranır. Şeyh'in "Ayrıca kefilin borçtan kurtulmasının, asıl borçlunun kurtulmasını gerektirmemesi de ancak borcun nakledilmemesi durumundadır." şeklindeki ifadesi ise *el-Letâif* metninde geçen "Zira kefilin borç talebinden kurtulması asıl borçlunun kurtulmasını gerektirmez." ifadelerine nazaranır. Şeyh'in "Buna şöyle cevap verilebilir..." şeklinde cevap sadedinde dile getirdiklerinin de sadece daha öncesinde geçen "Ayrıca kefilin borçtan kurtulmasının..." diye başlayan kısma cevap olduğu, konuyu iyi araştıran birine açıktır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا التعليلُ يوجبُ براءتهما أيضًا فيما شرطُ التخصيصُ إذ الحوالةُ ثمة أُضيفت إلى مال الطالب أيضًا الخ، وأيضًا براءة الكفيلِ إنما لا توجبُ براءة الأصيلِ إذا لم تكن بنقلِ دينه وهنا ينتقلُ دينه إلى المحال عليه للحوالة بمال الطالب وموجبُ الحوالة نقلُ الدين فيبرأ الأصيلُ بانتقال دين الطالب كما يبرأ لو أدَّى الكفيلُ. ويمكنُ الجوابُ بأن شرطَ الخصوص قرينةٌ تدلُّ على عدم انتقال الدين عن الأصيل فتكون الحوالة بمعنى الكفالة في حق الأصيل فلا يبرأ الأصيل كما في الكفالة.

[فاضل أمير] نقول: أولًا إن معنى براءة الكفيل دون الأصيل فيما شرط براءته فقط هو أن لا يطالبه الطالب بالمال بعد الإحالة ما لم يظهر التوى ويطالب الأصيل به وإن لم يظهر التوى وظهر منه معنى براءتهما فيما لم يشترط براءته فقط ثم ما أورده بقوله «هذا التعليلُ يوجبُ الى آخره» فناظر إلى التعليل الذي ذكر في الكافي وشرح الجامع وما بقوله «وأيضًا براءة الكفيلِ الى آخره» فناظر إلى ما تقدم من قوله في المتن «إذ براءة الكفيل لا توجبُ براءة أصيله الى آخره» ولا يخفى على الناقد البصير أن ما ذكره في معرض الجواب بقوله «ويمكن الجواب الى آخره» لا يصلح لأن يكون جوابا إلا عما أورده بقوله «وأيضًا الى آخره»

Belki de en kapsamlı cevap şöyle denilmesidir: “Havalenin asıl borçlunun berâetini gerektirdiği” ve “Havalenin gereği, borcu nakletmektir.” şeklindeki her iki itirazın dayanağı “havale” lafzının medlulüdür. Kefilin sadece kendi sorumluluğunun berî olmasını şart koşması hâlinde bu sadece kendisinin berâeti konusunda sarîh bir ifade olur. [Oysa diğer iki itirazın sonucu ise delâlete dayanmaktadır.] Delâlet, tasrihe muarız olamaz. Bu yüzden sarîh anlam, asıl borçlunun berâet etmediğini söylerken, delâlete dayanarak berâet etmiş olduğu söylenemez. Dolayısıyla havalenin mücebi ile amel edilmez. Çünkü kefilin sadece kendi berâetini şart koşması durumunda Şeyh’in “Kefilin borçtan kurtulmasının, asıl borçlunun kurtulmasını gerektirmemesi de ancak borcun nakledilmemesi durumundadır. Hâlbuki burada alacaklının malı (alacağı) havale edildiği için asıl borçlunun borcu, muhâl_aleyhe havale edilmiştir. Havalenin gereği, borcu nakletmektir.” şeklinde zikrettiği itiraza “Kefilin berâeti, asıl borçlunun berâetini gerektirmez.” ifadeleriyle zikretmiş olduğu delil, Ebû Yûsuf’un görüşüne göre sahih olabilir. Çünkü Muhammed’e göre havalenin gereği sadece mutâleбенin naklidir. Nitekim Allâme’nin *el-İslâh* adlı eserinde dediği gibi, “Havale, borcun veya mutâleбенin bir zimmetten başka bir zimmete naklidir...”. Dolayısıyla Şeyh’in söyledikleri Muhammed’in görüşü hakkında varit değildir. Ayrıca havale yapan kişinin kefilin kendisi olması durumunda Ebû Yûsuf’a göre de havalenin, mutâleбенin nakli anlamında olduğu söylenebilir. Çünkü kefâlet konusundaki sahih olan görüşe göre deyn kefilin zimmetinde sabit olmaz. Aksine kefil için sabit olan mutâlebedir. Kefilin zimmetinde borç sabit olmayınca, kefilin zimmetindeki borcun muhâl_aleyhin zimmetine nakledildiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü üzerinde borç yokken bu borcu havale etmek imkânsızdır. Bu yüzden kefilin havale etmiş olduğu şeyin, Ebû Yûsuf’a göre de mutâleбенin nakli olması lazım gelir. “Kefil; borcu, asıl borçlunun zimmetinden muhâl_aleyhin zimmetine nakleden kişidir.” demenin de bir izahı yoktur. Çünkü muteber kaynaklarda açıkça geçtiği üzere havalenin tarifindeki birinci zimmetten kasıt, muhîlin zimmetidir. Nitekim *Tenvîru’l-Ebsâr, el-Kifâye, el-İhtiyâr, el-Gurer* şerhi *ed-Dürer* ve diğer başka kitaplarda geçtiğine göre havalenin şer’î manası, borcun muhîlin zimmetinden muhâl_aleyhin zimmetine nakletmektir. Bu yüzden muhîl dışındaki birinin zimmetinden borcun nakledildiğini söylemek doğru olmaz.

فعل أن الجواب الشامل هو أن يقال إن كل واحد مما جعل مدار الاعتراض من إيجاب الحوالة براءة الأصيل في الأول ومن كون موجب الحوالة نقل الدين في الثاني من مدلولات لفظ الحوالة وإذا شرط الكفيل براءة نفسه فقط يكون هذا صريحا في براءة نفسه فقط والدلالة لا تعارض الصريح فلا يقال براءة الأصيل بالدلالة عند التصريح بعدم البراءة ولا يراعى موجب الحوالة في هذه الصورة ٥
على أن ما ذكره في الاعتراض على ما ذكر دليلا على براءة نفسه فقط فيما شرط الخصوص من قوله «إذ براءة الكفيل لا توجب براءة أصيله» بقوله «براءة الكفيل إنما لا توجب براءة الأصيل» إلى قوله «وموجب الحوالة نقل الدين» إنما يصح على قول أبي يوسف رضي الله عنه لأن على قول محمد رحمه الله ليس موجب الحوالة إلا نقل المطالبة كما قال مولانا العلامة في الإصلاح الحوالة هي نقل الدين أو المطالبة من ذمة إلى ذمة إلى آخره فلا يرد ما ذكره على قول محمد رأساً ولا يبعد أن يقال أن أبا يوسف رح قائل أيضا بأن يكون الحوالة بمعنى نقل المطالبة فيما كان المحيل هو الكفيل لأن على القول الصحيح في الكفالة لا يثبت الدين في ذمة الكفيل بل الثابت فيها هو المطالبة وإذا لم يكن الدين ثابتا في ذمته لم يتصور أن يقال إن الكفيل نقل الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه ١٥
لأن نقل الدين ولا دين محال فيلزم أن يكون الحوالة فيما أحال الكفيل بمعنى نقل المطالبة عند أبي يوسف أيضا ولا وجه لإن يقال إن الكفيل ينقل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه لأن في كثير من معتبرات الفن تصريحا بان المراد من الذمة الأولى في تعريف الحوالة هو ذمة المحيل حيث قال في تنوير الأبصار والكفاية والاختيار والدرر شرح الغرر وغيرها الحوالة في الشرع هي ٢٠
نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه فلا ينتظمه ما كان نقل الدين من ذمة غير ذمة المحيل.

7. Borcun Farklı Cinsteki Alacağa Havale

[**Teshîl**] Bir kimse nebehrec borçlu olduğu alacaklısını, kendisinden ciyâd alacağı olan birisine ciyâd almak üzere havale etse veya [kendisinden ciyâd alacağı olan] muhâl_aleyhin alacaklıya nebehreci verip ciyâdın kendisine kalması üzerine havale yapsa bu işlem bâtil olur. Birinci mesele, yani muhâl_aleyhin alacaklıya ciyâd vermesi bâtildir. Çünkü bu mesele ne havale ne de sarf yoluyla sahih olur. Havale sahih olmaz, çünkü bu işlemde [alacaklının] nebehrec borcuna karşılık ciyâd ile ödeme yapılma şartı koşulmuştur, bu ise imkânsızdır. Sarf işlemi de sahih değildir; zira taraflar (muhîl ve muhâl_leh), başkası yani muhâl_aleyh üzerinde bulunan bir borç (ciyâd) ile sarf işlemi yapmışlardır. Başkası üzerindeki alacak mukabilinde alım satım akdi yapmak bâtildir. Çünkü bu, alacağı, alacaklı olmayan birine temlik etmektir; dolayısıyla da sahih değildir. Bu mesele önceki meseleden farklıdır. O meselede ciyâdı havale etmiş, önce ciyâdı kendi borcu yapıp, daha sonra onu havale etmiş, dolayısıyla bu işlem sarf akdi olarak geçerli olmuştur. Burada ise nebehreci havale etmiş olduğu için ciyâd borcunu ödemek, onun hakkında bağlayıcı olmamıştır. Sarf işlemi ise başkasının üzerindeki borçla yapılmış ve bâtil olmuştur. Bu, başkasının üzerindeki borca karşılık bir şey satın almaya benzer. Şayet ciyâd, muhâl_aleyhin yanında emanet veya gasbedilmiş bir mal olup, hâlihazırda da mevcut olsaydı işlem sahih olurdu. Çünkü bu muayyen bir eşyaya izafe edilen bir sarf işlemidir. Dolayısıyla bu tıpkı başkasının elinde emanet olarak bulunan bir dirhem ile satın almaya benzer. İkinci meseleye yani, ciyâdın muhâl_aleyhe olmak üzere nebehreci vermesine gelince bu da bâtildir. Çünkü bu, bedeli teslim alanın muhîl olmaması şartıyla, muhîl ile muhâl_aleyh arasında bir sarf işlemidir ve bâtildir. Nitekim satıcının, semeni, alacaklısı olan müşteriye havale etmek şartıyla bir şey satması da bunun gibidir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bana göre ciyâd ve nebehrec arasındaki farkı indirime hamlederek bu işlemi sarf olarak değil de havale olarak almak suretiyle işlemi geçerli saymak mümkündür. O zaman tıpkı şöyle söylenmiş gibi olur: “Alacaklıma nebehrec ile ödeme yapmanı sana havale etmem karşılığında nebehrec üzerinde seninle sulh yaptım.” Nitekim tekmile kısmında “Alacaklıma nebehrec öde...” ifadesiyle işaret edilen mesele anlatılırken geleceği üzere böyle bir işlem câizdir. Muhîl, nebehrec alacaklısının nebehrece havale edilmesi şartıyla kendisine ciyâd borçlu olan muhâl_aleyh ile nebehrec üzerinde sulh yapsa sahih olur. Çünkü bu, muhîlin muhâl_aleyh adına yaptığı bir indirimdir ve şartla bâtil olmaz.

٧. حوالة الدين على دين بجنس آخر

[التسهيل] ولو أحال من عليه النهرجة غريمه بالنهرجة على أن يُعطيه المحال عليه الذي عليه الجيد الجيد أو يُعطيه النهرجة ويكون الجيد للمحال عليه بطلت الحوالة أما المسألة الأولى وهي إعطاء الجيد فلأنها لا تصح لا بطريق الحوالة ٥ ولا بطريق الصرف فاما الحوالة فلأنه شرط إيفاء النهرجة من الجيد وذا لا يمكن وأما الصرف فلأنه مصارفة بينهما بدين على الغير وهو المحال عليه والبيع بدين على الغير باطل لأنه تمليك الدين من غير من عليه الدين فلم يصح بخلاف المسألة السابقة فإنه أحال ثمة بالجيد فجعل الجيد على نفسه أولاً ثم أحال به فصح صرفاً وهنا أحال بالنهرجة فلم يجب عليه الجيد فيكون الصرف بدين على الغير فبطل كسواء شيء بدين على الغير، ولو كان الجيد وديعة عند المحال ١٠ عليه أو غصباً وهو قائم صح لأنه صرف مضاف إلى عين فصار كما لو اشترى بدراهم وديعة في يد الغير، وأما المسألة الثانية وهي إعطاء النهرجة على أن يكون الجيد للمحال عليه فلأنه صرف بين المحيل والمحال عليه بشرط أن يكون قابض البدل غير المحيل فبطل كما لو باع شيئاً بشرط أن يحيل البائع بالثمن على المشتري غريماً له. ١٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: يمكن تصحيحه حوالة بأن يُحمّل على الحط فيجعل حوالة لا صرفاً فيجري مجرى قوله: صالحك على النهرجة على أن أحيل عليك بالنهرجة غريمي وذلك جائز على ما سيجيء في آخر التكملة في تقرير مسألة أشار إليها بقوله: اقض غريمي نهرجة إلخ. ولو صالح المحيل المحال عليه من الجيد على النهرجة على أن يحيل بها عليه صاحب النهرجة صح لأنه حط من المحيل عن المحال عليه فلا يبطل بالشرط. ٢٠

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Burada ve ileride tekmile kısmında gelecek olan meselenin tahkiki şöyledir: “Zeyd’in, Amr’dan bin ciyâd alacağı var; Bekir’in de Zeyd’den bin nebehrec alacağı var. Zeyd Amr’a diyor ki: a) ‘Bekir’e bin nebehrec ver, sendeki alacağım olan bin ciyadım senin olsun.’ veya b) ‘Bekir’e bin nebehrec ver.’ diyor, fakat ‘Bin ciyad senin olsun.’ demiyor.”

Birinci durumda (a şıkkı) havale sahih olmaz. Çünkü bu tasarruf, muhîl olan Zeyd ile muhâl_aleyh olan Amr arasında bir sarf işlemidir ve bu işlem, sarf bedelini kabzedeni kişinin muhîl olmaması şartıyla yapılmıştır. [Yani Amr ciyâdları doğrudan Bekir’e vereceği için sarf akdini yapan Zeyd, sarf bedelini teslim almayacaktır.] Çünkü ciyadın bedeli olan Zeyd’e ait nebehreci, Bekir kabzedecektir. Bu yüzden sarf akdinde bedeli kabzedecek kişinin, akdi yapan kişi olmaması şart koşulmuş olmaktadır ki bu câiz değildir. Tıpkı satıcının, semeni, alacaklısı olan müşteriye havale etmesi şartıyla bir şey satmasının câiz olmaması gibi. Zeyd’in bu tasarrufunun havale olarak düşünülmesi mümkün değildir. Şöyle ki, Zeyd’in bu tasarrufunun dirhemlerdeki yüksek ayardan indirim yaparak adeta muhâl_aleyhe “Alacaklıma nebehreci vermen konusunda seninle nebehrec üzerinde sulh yaptım.” demeye indirgelemek mümkün değildir. Bunun havale olarak düşünülmesine engel olan şey, Zeyd’in Amr’a “Bekir’e nebehrec ver.” demesinden sonra “Ciyadlar senin olsun.” sözüdür. Nitekim tekmiyenin sonunda bu detaylıca yer alacaktır.

İkinci durumda yani Zeyd’in, Amr’a “Bin dirhem öde.” demesine rağmen “Ciyadlar senin olsun.” dememesi durumunda (b şıkkı), işlem sahihtir. Nitekim Şeyh de tekmile kısmının sonunda bu işlemin câiz olduğunu şu sözlerle beyan etmektedir: “Çünkü bu, dirhemdeki yüksek ayardan indirim yapmak ve geri kalanını almaktır. Dolayısıyla bu sözü “Alacaklıma nebehreci vermen konusunda seninle nebehrec üzerinde sulh yaptım.” sözü yerine geçmektedir. Bu ise câizdir, çünkü ibrâ ve indirim, şartla bâtil olmaz. Dolayısıyla bu bir sulh ve alacaklıya vekâlet vermedir.” Bu konu tahkik edildiğine göre Şeyh’in “Bana göre ciyâd ve nebehrec arasındaki farkı indirime hamlederek bu işlemi sarf olarak değil de havale olarak almak suretiyle işlemi geçerli saymak mümkündür.” şeklindeki ifadelerinin bir anlamı kalmamaktadır. Çünkü bu sözleri, tekmile konusunda gelecek olan ve iki mesele arasındaki farka cevap olarak dile getirdiği “Önceki meselede geçen ‘Ciyâd ona aittir.’ şeklindeki ifade, sarf akdinin kesin olarak varlığına bir delildir.” sözlerine aykırıdır [yani orada bunun bir sarf akdi olduğunu kendisini beyan etmiştir].

[فاضل أمير] نقول: تحقيق الكلام في هذا المقام وفيما سيأتي في آخر التكملة هو أن زيّدًا كان له على عمرو ألف جيد وكان على زيد ألف نبهجة ل بكر فقال زيد لعمرو «أعط بكرًا ألف نبهجة حتى يكون لك الجيد الذي في ذمتك لي» أو قال «أعط بكرًا ألف نبهجة» ولم يقل يكون الجيد لك.

٥ ففي الصورة الأولى لا تجوز الحوالة لأن هذا التصرف يكون صرفًا بين زيد المحيل وبين عمرو المحال عليه بشرط أن يكون قابض بدل الصرف غير المحيل لأن النبّهجة التي جعلت بدلًا من جيد زيد يقبضها بكر وعقد صرف شرط فيه كون القابض غير العاقد ليس بجائز كما لم يجز بيع شيء بشرط أن يحيل البائع بالثمن على المشتري غريما له ولا يساعد أن يجعل هذا التصرف من زيد حوالة بأن يحمل على حط صفة الجودة وان ينزل منزلة قوله صالحتك على النبّهجة ١٠ على أن أحيل عليك بالنبّهجة غريمي قوله والجيد لك بعد أن قال لعمرو «أعط بكرًا نبّهجة» كما سيأتي تفصيله في آخر التكملة.

وفي الصورة الثانية يعني فيما قال أعط أو اقض غريمي بكرًا نبّهجة بدون قوله «والجيد لك» صح هذا الأمر منه كما قال الشيخ في آخر التكملة بيانا للجواز في هذه الصورة لأنه يكون حطًا للجودة واستيفاء للباقي ويجري هذا القول منه مجرى قوله صالحتك على النبّهجة على أن أحيل عليك بالنبّهجة غريمي وذلك جائز إذ الحط والبراءة لا يبطل بالشروط فكان هذا صلحا وتوكيلا للغريم انتهى. إذا تحقق هذا فقد ظهر لك أن لا يرى وجه لقول الشيخ هنا «أقول يمكن تصحيحه حوالة بأن يحمل على الحط فيجعل حوالة لا صرفا الى آخره» ٢٠ لأن هذا القول منه يباين ما سيأتي منه في آخر التكملة لبيان الفرق بين المسألتين من قوله يمكن الجواب بأن قوله هناك والجيد له دليل تحقق عقد الصرف الى آخره.

“İkinci durumdaki tasarruf, bin ciyâd konusunda bin nebehrec üzerinde sulh yoluyla sahih olunca, sulh bedeli olan bin nebehrecin o mecliste teslim alınması lazım olmaktadır. Çünkü *el-Bezzâziyye*'de, ‘Eğer bir zimmetteki dirhemlere dinar karşılığında sulh yapılırsa veya tersi olursa bedelin mecliste kabzedilmesi gerekmektedir. Çünkü bu bir sarf işlemidir.’ geçmektedir. Oysa burada alacaklı nebehrece havale edildiği hâlde kabz şart koşulmamıştır.” şeklinde bir itiraz ileri sürülemez. Zira biz bu durumda kabzın mecliste lazım olduğu görüşünü kabul etmiyoruz. Çünkü [*et-Teshîl*]’in sulh konusunun birinci faslında şöyle geçmişti: “Sulh, zimmette hak edilmiş olan şey üzerine yapıldığı zaman yani sulh bedeli, davacının davalı üzerinde hak etmiş olduğu borcunun cinsinden olduğu zaman sulh, hakkın bir kısmını almak, kalan kısmından vazgeçmek olur. Bu durumda sulh, bir mübâdele değildir. Bunun böyle kabul edilmesinin gerekçesi, işlemin sahih olma yolunu aramak ve ribâdan kaçınmaktır. Buna göre ayarı iyi, bin dirhem peşin alacak için ayarı düşük ve vadeli de olsa, beş yüz dirhem üzerine sulh yapmak sahihtir.” Buradaki meselemizde sulh bedelinin, muhîlin, muhâl_aleyh üzerinde hak kazanmış olduğu borcunun cinsinden olduğu konusunda bir şüphe yoktur. Dolayısıyla bu bir mübâdele değil de indirim olduğundan mecliste kabz şart değildir.

Şeyh’in tekmile bölümünün sonunda zikretmiş olduğu “İndirim ve ibrâ, şart ile bâtil olmaz.” sözleriyle kastı, ibrânın takyîdî şartlar ile bâtil olmadığını; ta’likî şartlar ile bâtil olmayacağı değildir. Çünkü ibrânın ta’likî şartlar ile bâtil olacağı icmâ ile kabul edilmektedir. Hatta Mevlâ Ayasuluği, *Mecma’* şerhinde şöyle demektedir: “İbrâ şarta ta’lik edilemez. Çünkü ‘Ben beş yüz dirhem ödersen kalanından berî olursun.’ dese ibrâ ittifakla bâtil olur. Hâl böyleyken nasıl olur da ibrâ takyîd edilebilmektedir?” denirse deriz ki: “Ta’lik ile takyîd arasında lafzen ve manen fark bulunmaktadır. Lafzen fark bulunmaktadır; çünkü ta’likte sarîh şartlar bulunmaktadır, ancak takyîdde bu bulunmamaktadır. Manen fark bulunmaktadır; çünkü ta’likte hüküm ancak şartın varlığıyla sabit olmaktadır, oysa takyîdde hemen sabit olmaktadır ve şart olmadığında hüküm ortadan kalkmaktadır. İbrâda ise hem ıskât hem de temlik anlamı bulunmaktadır. Tıpkı talâk, itâk ve kısastan affetme konularında olduğu gibi kabule bağlı olmadığı için ıskât anlamı bulunmaktadır. Diğer temlikler gibi reddetmekle reddedildiği için de temlik anlamı bulunmaktadır. Sırf ıskâtın ta’likî câizdir; ancak kumarı tazammun edeceği için alım satım akdi gibi sadece temlik olan işlemlerin ta’likî câiz değildir.

لا يقال إذا كان تصحيح هذا التصرف في الصورة الثانية بطريق الصلح من ألف جيد على ألف نهرجة كان الازم قبض بدل الصلح يعني النهرجة في المجلس إذ قال في البزازية: وإن وقع من دراهم في ذمة على دنانير^١ أو عكسه يشترط قبض البديل في المجلس لأنه صرف انتهى. وهو لم يشرط القبض فيه حيث أحال عليه غريمه لإنا نقول لا نسلم لزوم القبض في المجلس في هذه الصورة لما قال في الفصل الأول من كتاب الصلح أن الصلح إذا كان على ما استُحِقَّ في الذمة أي إذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقُّه المدعي على المدعى عليه من الدين كان الصلح أخذًا لبعض حقه وخطأً لباقيه لا مبادلةً تحرُّزًا عن الربا تحرُّزًا للصحة فصَحَّ عن ألف درهم جَيِّدٍ حَالٍ على نصفِ الألف ولو رديئاً مؤجلاً انتهى. فلا شك أن فيما نحن بصدده قد كان بدل الصلح من جنس ما يستحقُّه المحيل على المحال عليه من الدين فكان خطأ ولم يكن مبادلة فلم يلزم قبضه في المجلس. ثم ما ذكره في آخر التكملة من قوله إذ الحط والبراء لا يبطل بالشروط فليس المراد منه إلا عدم بطلان الإبراء بالتقييد بالشرط لا عدم بطلانه بالتعليق بالشرط لأن بطلانه بالتعليق به مما أجمعوا عليه حتى قال المولى الأياثلوغي في شرح المجمع فإن قيل الإبراء لا يتعلق بالشرط فإنه إذا قال «إن أديت خمسمائة برئت من الباقي» بطل اتفاقا فكيف يتقيد به قلنا فرق بين التعليق والتقييد لفظا لوجود صريح الشرط في التعليق لا التقييد ومعنى إذ الحكم في التعليق إنما يثبت عند وجود الشرط وفي التقييد في الحال ويزول لو انعدم الشرط وفي الإبراء معنى الإسقاط لعدم توفقه على القبول كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ومعنى التملك لارتداده بالرد كسائر التملكيات وتعليق الإسقاط المحض جائز لا التملك المحض كالبيع لتضمنه القمار

١ أ ج: الدراهم. والمثبت أصح؛ وهو مذكور في هامش نسخة أ. وفي البزازية: ولو صالح من دنانير على دراهم وقبضها ثم استحققت بعد الفرق رجح بالدنانير لأنه صرف.

Bu yüzden biz, her iki yönüyle amel ederek ibrânın takyîd edilebileceğini ama ta'lîk edilemeyeceğini kabul ettik.” Açıktır ki “Alacaklıma nebehrec ile ödeme yapmanı sana havale etmem konusunda nebehrec üzerinde seninle sulh yaptım.” demiş gibi kabul edilen ikinci durumda “...nebehrec üzerinde
5 seninle sulh yaptım.” sözünün içerdiği ibrâ, “Alacaklıma nebehrec ile ödeme yapmanı sana havale etmem şartıyla...” şartı ile takyit edilmiştir. Buradaki ibrâ, şarta ta'lîk değildir [takyîddir]. Çünkü fukahâ şart ile takyîdi, “Geri kalan alacağımdan berî olman karşılığında, bana yarın beş yüz dirhem öde!” misaliyle örneklendirmişlerdir. Bazıları örnekteki ‘karşılığında’ anlamı verilen ‘alâ’ edatının dâhil olduğu kısmın (medhûl) şart değil, aksine meşrût (cevap/sonuç) olduğu gerekçesiyle bu örneğe itiraz etmiştir. Allâme *el-İzâh* adlı eserinde bu itiraza şöyle cevap vermiştir: ‘Alâ’ edatının faydası, cümlenin iki cüz’ünden birini diğerine takyit etmektir. Bunun mercii ise diğerine sonuç (meşrut) olmaya uygun olan bir şeyi şart koşmaktır. Bu durumda ‘alâ’nın
10 medhûlü olması ile olmaması arasında da fark yoktur. Çünkü her ne kadar, lafzen şarta dâhil olmasa da manen dâhil olmaktadır.” Buradan ortaya çıkmaktadır ki, ‘alâ’ lafzının dâhil olduğu şart ‘in’, ‘izâ’, ‘metâ’ vb. edatlarının dâhil olduğu şart gibi değildir. Çünkü bu son zikredilen edatların dâhil olduğu şartlar, açıkça ta'lîk olurlar. Bundan dolayıdır ki, bu edatların dâhil olduğu
20 ibrâlar sahih değildir. Mesela “أنت بريء من خمسمائة إن أدبت إلي كذا” şeklindeki ibrâ sahih değildir. Buradan Kuhistânî’nin nikâh bölümünde musannifin “Bir kadın vatanından çıkmamak üzere bin dirhem ile nikâhlansa...” sözünü şerh ederken söylediği ifadeler de ortaya çıkmaktadır: Çünkü ‘alâ’ fukahaya göre şart içindir ve sonra gelen cümlenin önceki için şart olmasının anlaşılması anlamında kullanılır. Fukahaya göre şarta dâhil olması noktasında ‘alâ’ ile şart edatı olan “in” arasında fark yoktur.”¹ Kuhistânî’nin zahir ifadelerine göre başına geldiği cümlede ta'lîk ifade etmesi noktasında ‘alâ’ harfi tıpkı ‘in’ edatı gibidir. Oysa fukahaya göre durum böyle değildir. Aksine ‘alâ’ harfi, başına geldiği cüzün, başka bir durum ile kayıtlanmasını ifade eder. Velhâsıl
30 ‘alâ’ şart ile takyîd içindir, ‘in’ ve diğer şart harfleri ise ta'lîk içindir. Ancak yine de Kuhistânî’nin zikrettiğini tashih etmek için onun kastının, her ikisi arasında (in ve alâ) ta'lîk ifade ettiği noktasında fark olmadığını belirtmek değil, aksine başına geldiği cümleyi şart yapma noktasında aralarında fark olmadığını belirtmek olduğunu söylemek mümkündür. Bu söylediklerimizi
35 anla ve bu tahkiki ganimet bil!

1 Kuhistânî, *Câmi’ûr-Rumûz*, II, 263

فقلنا بجواز تقييده لا تعليقه عملا بالشبهين انتهى. ولا ريب في أن الصورة الثانية التي جرت مجرى قوله صالحتك على النهرجة على أن أحيل عليك بالنهرجة غريمي قد قيد فيها الإبراء الذي تضمنه قوله صالحتك على النهرجة بالشرط الذي هو قوله «على أن أحيل عليك بالنهرجة غريمي» ولم يكن الإبراء معلقا بالشرط لأنهم مثلوا تقييد الإبراء بالشرط بقولهم «أذّ إليّ خمسمائة غدا على أنك بريء من الباقي» وأورد عليه أن مدخول «على» في هذا المثال ليس بشرط بل هو مشروط وأجاب عنه العلامة في الإيضاح بقوله فائدة «على» تقييد أحد جزئي الكلام بالآخر ومرجعه اشتراط ما يصلح أن يكون مشروطا بالآخر سواء كان مدخول «على» أو لا فإنها وإن لم تكن داخلة في اللفظ على الشرط لكنها داخلة عليه في المعنى انتهى.

وقد بان لك من هذا البيان أن الشرط الذي دخل عليه لفظة على ليس كالذي دخل عليه لفظة إن أو إذا أو متى وغيرها مما يعد تعليقا صريحا حيث لا يجوز تعليق الإبراء بواحدة منها كأن يقول «أنت بريء من خمسمائة إن أديت إليّ كذا» ومن هذا ظهر ما في قول الفاضل القهستاني في كتاب النكاح عند شرح قول المصنف وإن نكح امرأة بألف على أن لا يخرجها من وطنها أي بشرط عدم الإخراج فإن «على» عند الفقهاء للشرط يستعملونه في معنى يفهم كون ما بعدها شرطا لما قبلها فلا فرق في الحاصل بينه وبين «إن» الشرطية عندهم في الدخول على الشرط انتهى من الحزاة لأن الظاهر من قوله فلا فرق أن تكون كلمة «على» كان في إفادة تعليق امر بمدخولها كما هو كذلك في «إن» وليس الأمر كذلك عندهم بل كلمة «على» تفيد كون مدخولها قيذا لأمر آخر والحاصل أن «على» للتقييد بالشرط و«إن» وغيرها من كلمات الشرط للتعليق به فلا بد من أن يقال لإصلاح ما ذكره أنه يريد نفي الفرق بين «على» و«إن» في مجرد كون مدخولهما الشرط لا في إفادة كل منهما التعليق بالشرط فافهم واغتنم بهذا التحقيق.

8. Kefilin İbrâsı ve İbrânın Türleri

[**Teshîl**] Alacaklı, asıl borçluyu ve kefilî birlikte ibrâ ettiğinde kefil ister bu ibrâyı kabul etsin ister etmesin borçtan kurtulmuş olur. Çünkü kefil hakkındaki ibrâ, talep sorumluluğunu düşürmektir. Talep sorumluluğu ise ne maldır ne de mal hükmündedir; dolayısıyla da buradaki ibrâ temlik sayılmaktadır. İbrâ, tıpkı boşama gibi sadece düşürme (ıskât) işlemidir; dolayısıyla şartta ta'likî sahih olup [ibrâ edilen tarafından] reddedilse de geri dönmez.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu görüş, sahih olan görüşe göre değil, bazı fakihlerin görüşüne göre tamam olur. Çünkü sahih olan görüşe göre ibrâ, sadece bir düşürme işlemi olmayıp temlik anlamı da içermektedir. Hatta sahih görüşe göre ibrânın şartta ta'likî sahih değildir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Doğrunun ortaya çıkabilmesi için burada konuyu detaylıca anlatmak gerekir ki bu sayede bazılarının fukahânın sözlerinde çelişki olduğu vehmi bertaraf edilmiş olsun. Konu şöyledir: "Sahiğ görüşe göre kefâlet işlemleri kefil için sabit olan deyn değil, talep sorumluluğudur (mutâlebe). Bunun sonucu olarak: a) ta'likî bir şart ile kefâletten berâet câizdir. b) Alacaklı borcu ibrâ ettiğinde kefil ister kabul etsin ister etmesin, sorumluluktan kurtulmuş olur. c) Alacaklının kefilî ibrâ etmesi durumunda kefilin reddetmesi ile ibrâ geri dönmez (geçersiz olmaz). Çünkü kefâlet ile sadece mutâlebe sabit olduğundan, kefilin ibrâ edilmesi sırf ıskâtı ve temlik anlamı içermez. Sırf ıskâtın sonuçları ise yukarıda zikredilenlerden (üç madde) başka bir şey değildir. Ancak *Zâhirur-rivâye*'de imamlardan nakledilen görüşe göre tıpkı diğer ıskât işlemleri gibi kefâletten berâetin de ta'likî bir şartta bağlanması bâtıldır." Hâl böyle olunca onlardan nakledilen sözün doğru şekilde anlaşılması gerekir. Bu yüzden fukaha şöyle demiştir: Kefâlet ile sabit olan her ne kadar mutâlebe olsa da kefilin ibrâ edilmesi temlik anlamı içerir. Çünkü kefâlet, alacağı tahsile bir vesile olduğu için alacak gibidir. Kefilin ibrâ edilmesinde temlik anlamı olduğuna itibar edilmesi, tamamen imamların, kefâletin şartta ta'likinin bâtıllığı şeklindeki sözlerinin bir gereğidir. Kefâletin ikinci sonucu olan, "Alacaklı borcu ibrâ ettiğinde kefil ister kabul etsin isterse etmesin, sorumluluktan kurtulmuş olur." ve "Alacaklının kefilî ibrâ etmesi durumunda kefilin reddetmesi ile ibrâ geri dönmez." şeklindeki üçüncü sonuç ise olduğu gibi kalmaktadır.

٨. إبراء الكفيل وأنواع الإبراء

[التسهيل] فالطالب لو أبرأ الكفيل والأصيل معاً برئ الكفيل قبل أو ردّ لأن الإبراء في حقه إسقاط المطالبة والمطالبة ليست بمال ولا لها حكم المال ليكون تمليكاً فهو إسقاط محض كالطلاق ولذا صحّ تعليقه بالشرط ولا يرتدُّ بالردّ.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يتمّ على قول البعض لا على القول الصحيح فإنه ليس بإسقاط محض، بل فيه معنى التمليك حتى لم يصحّ تعليقه بالشرط في الصحيح.

[فاضل أمير] نقول: انكشف وجه الحق هنا موقوف على نوع بسط من

الكلام حتى يندفع به ما يقع في بعض الأوهام من تعارض أقوالهم في هذا

١٠ المقام وهو أنه لما كان الثابت بالكفالة المطالبة لا الدين على ما هو القول

الصحيح فيها وكان موجب هذا أن يجوز تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط وأن

تلزم براءة الكفيل إذا أبرأه الطالب قبل الكفيل أو لا وأن لا يرتد إبراؤه بالرد

لأن الثابت إذا كان هو المطالبة فقط يكون إبراء الكفيل إسقاطاً محضاً لا يشوبه

معنى التمليك وما موجب الإسقاط المحض إلا هذه المذكورات، ولكن قد

١٥ وقع في ظاهر الرواية عن الأئمة أنه بطل تعليق البراءة عن الكفالة بشرط كسائر

البراءات فمست الحاجة إلى ارتكاب ما يستقيم به هذا القول منهم فقالوا إن في

إبراء الكفيل معنى التمليك ولو كان الثابت هو المطالبة لأنها وسيلة إلى الدين

فصارت كالدين فكان اعتبار معنى التمليك في إبراء الكفيل لمجرد توجيه قولهم

ببطلان تعليق الكفالة بالشرط وبقي الموجب الثاني وهو لزوم براءة الكفيل

٢٠ بإبراءه الطالب قبل أو لا والموجب الثالث وهو عدم ارتداده بالرد على حالهما

Bu zikrettiğimiz, muteber kaynaklarda geçenlerdir. Buradan ortaya çıkmaktadır ki, Şeyh'in "Bu sahih olan görüşe göre değil, bazı fakihlerin görüşüne göre tamam olur." şeklindeki sözleri "Alacaklı borcu ibrâ ettiğinde kefil ister kabul etsin isterse etmesin, sorumluluktan kurtulmuş olur." şeklindeki meselenin aslına bir itiraz olamayacağı gibi, "Alacaklının kefilini ibrâ etmesi durumunda kefilin reddetmesi ile ibrâ geri dönmez." şeklinde istidlal olarak zikrettiklerine de bir itiraz olamaz. Aksine bu ifadeleri ancak "Dolayısıyla şarta ta'likî sahih olup..." şeklinde dile getirilen istidlale bir itiraz olabilir. Bu yüzden uygun olan, kefilin ibrâ edilmesinin sırf ıskât olduğu konusunda sadece "Alacaklının kefilini ibrâ etmesi durumunda kefilin reddetmesi ile ibrâ geri dönmez." istidlali ile yetinmektir. Bu anlatılanlardan imamların, "ibrâda temlik anlamı olduğu için kefâletten berâetin ta'likî bir şarta bağlanmasının bâtil olduğu" görüşü ile "sırf ıskât olduğu için, kefilin ibrâyı reddetmesi ile ibrânın reddedilmediği" görüşü arasındaki uzlaştırma da ortaya çıkmış olmaktadır. Bu söylediklerimize Şeyh'in *et-Teshîl*'de ileride gelecek olan şu ifadeleri de delâlet etmektedir: "Bilmiş ol ki, ibrâ üç kısımdır: a) Birincisi ancak üzerinde borç olan kişinin kabulü ile kabul olan ibrâdır. Mesela zimmetinde sarf işleminin bedeli, selem akdinde anamal ve selem malı gibi bir borç olan borçlunun borcunun ibrâ edilmesi böyle olup, bu durumlarda borçlu ibrâyı kabul etmeden ibrâ geçerli olmaz. Çünkü burada ibrâ, fesih anlamı içermektedir; akit de bu borçlular ile varlık kazandığı için ancak bunlarla feshedilir. Dolayısıyla bu konuda ibrâ, ikâle gibi olur. b) İkincisi, kabule gerek olmadan geçerli olan, ancak reddedilmekle reddedilen ibrâdır. Karzın bedeli, satılan malın bedeli ve telef edilen malın tazminatının ibrâ edilmesi böyledir. Çünkü bunlarla ilgili olarak yapılan ibrâ, bir yönden temlikte, bir yönden de ıskât işlemine benzer. İskât işlemine benzemesi dolayısıyla kabule bağlı değildir. Temlikte benzemesi sebebiyle ise reddedilmekle geri döner. Burada her iki benzerle amel edilmektedir. c) Üçüncüsü, kabule gerek olmadan geçerli olan ve reddedilmekle geri dönmeyen ibrâdır. Kefilin ibrâ edilmesi ve -bir rivâyete göre- muhâl_aleyhin ibrâ edilmesi böyledir. Çünkü bu ibrâ çeşidi, tıpkı boşama ve köle azadı gibi sırf ıskât işlemidir."

هذا هو المستفاد من عبارات المعتمرات فحصل منه أن ما ذكره الشيخ بقوله «هذا على قول البعض إلى آخره» لا يرد على وضع أصل المسألة وهو أن الطالب إذا أبرأ الكفيل والأصيل برئ الكفيل قبل أو ردّ ولا على ما ذكر استدلالاً بقوله «ولا يرتد بالرد» بل إنما ورد على ما ذكره مستدلاً أيضاً بقوله «ولذا يصح تعليقه بالشرط» فكان الأنسب أن يقتصر في الاستدلال ٥ على أن إبراء الكفيل إسقاط محض بقوله ولا يرتد بالرد وحصل بهذا التوفيق بين قولهم بطل تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط لما في الإبراء عنها معنى التمليك وبين قولهم إبراء الكفيل لا يرتد بالرد لأنه إسقاط محض، وبدل على ما ذكرناه آنفاً ما سيذكره الشيخ بقوله: واعلم أن الإبراء ثلاثة أقسام: ١٠ قسم لا يصحّ إلا بقبول من عليه كبدل الصرف ورأس مال السلم والمسلم فيه لتضمينه انفساخ العقد وقد قام بهما فلا يفسخ إلا بهما فصار الإبراء كالإقالة. وقسم يصحّ من غير قبول، ولكنه يرتد بالرد كبدل القرض وثن المبيع وضمان الاستهلاك لشبهه بالتمليك من وجهه وبالإسقاط من وجهه فلشبهه بالإسقاط لم يتوقف على القبول ولشبهه بالتمليك يرتد بالرد عملاً بالشبهين. ١٥ وقسم يصحّ بلا قبول ولا يرتد بالرد كإبراء الكفيل والمحال عليه في رواية لكونه إسقاطاً محضاً كالطلاق والعتاق انتهى.

Bu söylenenlerden *el-Bezzâziyye*'nin ikrar bölümünde geçen “İkrar ve ibrâ kabule ihtiyaç duymaz ve reddedilmekle geri döner.” görüşünün mutlak anlamda olmadığı, aksine bunun istisna edilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. “İbrâ kabule ihtiyaç duymaz.” ilkesinden istisna edilmesi gerekenler şunlardır: a) İki kişi arasında yapılan bir sarf işleminde birisinin sarf bedeline kefil olması durumunda asıl borçlunun ibrâsı ve b) selemde anaparasını ve müslem_fihi ödeyecek olanın ibrâsı. Çünkü sarf işleminde asıl borçlunun ibrâ edilmesi ve selemde anaparayı ve selem malı ödeyecek olanların ibrâsı kabule bağlıdır. Nitekim metinde (*el-Letâif*) de bu “Asıl borçlu kabul etmediği takdirde ibrâ edilmiş olmaz; çünkü bu onun hakkında bir fesihtir...” ifadeleriyle bu açıklanmıştır. Şerhte (*et-Teshîl*) ise ibrânın kısımları zikredilirken, “Birincisi ancak kabul ile geçerli olan ibrâdır.” sözleriyle açıklanmıştır.

“İbrâ reddedilmekle geri döner.” ifadesinden ise kefilin ibrâ edilmesi konusunun istisna edilmesi gerekmektedir. Çünkü az yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kefilin ibrâyı reddetmesiyle ibrâ geçersiz olmaz.

Ben daha sonra Ayasuluğu'nun *el-Mecma'* şerhinin dava konusunun sonlarında şöyle bir mesele zikrettiğini gördüm: “Fukahanın ‘İkrar kabule ihtiyaç duymaz.’ sözlerinin sonuçlarından biri de şudur: İkrar lehtarının vârisi, ikrar lehtarını tasdike dair değil de ikrarda bulunan kişinin ikrarına dair beyyine getirirse, ikrar edilen şey ile lehine hüküm verilir.”

9. Yüksek Kalitedeki Dirhem Alacağı Yerine Düşük Kalitedekine Razi Olup Alacaklısına Havale Etme

[**Teshîl**] Bir kimsenin başkası üzerinde ciyâd (yüksek kalitede dirhem) alacağı olsa ve ona “Sende olan alacağıma karşılık bana nebehrec (düşük kalitede dirhem) ver.” veya “Sende olan alacağıma karşılık alacaklıma nebehrec ile borcumu öde.” dese bu sahih olur. Çünkü bu, [düşük kaliteye razı olmak suretiyle] yüksek kaliteden indirim yapmak ve [nebehrec değerine denk gelen] kalanı geri almaktır.

ومن هذا ظهر أن ما وقع في كتاب الإقرار من البزاية من قوله «الإقرار والإبراء لا يحتاجان إلى القبول ويرتدان بالرد» ليس بمجرى على إطلاقه بل لا بد من استثناء إبراء الأصيل فيما كان بينه وبين آخر مصارفه وكفل رجل يبدل الصرف ومن استثناء من عليه رأس مال السلم أو المسلم فيه عن قوله لا يحتاج الإبراء إلى القبول لأن إبراء الأصيل في صورة الصرف وإبراء من عليه رأس مال السلم أو المسلم فيه محتاج إلى القبول كما قال في المتن «ولا يبرأ أصيله لو لم يقبل لفسخ في حقه إلى آخره» وفي الشرح قسم لا يصح إلا بقبول من عليه إلى آخره.

وكذا لا بد من استثناء إبراء الكفيل عن قوله «ويرتد الإبراء بالرد» لأن إبراء الكفيل لا يرتد بالرد كما عرفته آنفاً.

ثم رأيت مسألة ذكرها الأياثلوغي في أواخر كتاب الدعوى من شرح المجمع الظاهر أنها من فروع قولهم الإقرار لا يحتاج إلى القبول وهي قوله وإن وارث المقر له لو برهن على إقرار المقر لا على تصديق المقر له يقضى له بالمقر به.

٩. حوالة الجياد على النبهرج

[التسهيل] ولو كان له عليه جيّد فقال «أعطني به نبهرجة» أو «اقض غريمي نبهرجة» صحّ لأنه حطّ للجودة واستيفاءً للباقي.

[Şeyh Bedreddîn] Denirse ki: Buradaki “Alacaklıma nebehrec ile borcumu öde.” sözü ile işaret edilen mesele ile [yukarıda geçen, ciyad alacaklısına] “nebehrec ile havale yapma” meselesi arasında ne fark vardır? Havale meselesinde fakihler havaleyi bâtil kabul etmiş ve bunu

5 “Bu, teslim alan kişinin akit yapan kişi olmaması şartıyla yapılan bir sarf işlemidir.” şeklinde gerekçelendirmişlerdi. Hâlbuki aynı delilin bu mesele için de söz konusu olması ve bu meselenin de aynı şekilde sahih olmaması gerekirdi. Eğer buna, “Burada borçludan, yüksek kaliteye karşılık gelen kısım indirilmektedir ve sarf işlemi yoktur.” şeklinde cevap verilirse karşı cevap olarak da şöyle denilir: “Havale meselesinde de

10 bu işlem önce indirimde sonra da havaleye hamledilmek suretiyle bu işlem muhîl ve muhâl_aleyh arasında bir sarf işlemi olmamış olur.” Buna şöyle cevap verilebilir: Önceki meselede (havale meselesinde) [muhîlin, muhâl_aleyhe] ciyâdın ona ait olduğunu söylemesi, sarf akdinin varlığına bir delil olup bâtil olur. Oysa bizim meselemizdeki işlem indirim

15 olur ve işlem bâtil olmaz. Zira bu işlemde adeta “Alacaklıma nebehrec ödemeni havale etmem üzerine seninle ayarı düşük olan üzerinde sulh yaptım.” demiş olmaktadır ki bu câizdir. Çünkü indirim ve ibrâ, şartlar ile bâtil olmaz. O zaman bu işlem nebehreci teslim alması için alacaklıyı vekil kılma ve sulh işlemi olur.

20

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu konuyla ilgili tahkik, yukarıda Şeyh’in “Ciyâd ve nebehrec arasındaki farkı indirimde hamlederek bu işlemi sarf olarak değil de havale olarak almak suretiyle işlemi geçerli saymak mümkündür...” şeklindeki ifadeleriyle başlayan meselede geçmişti.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: ما الفرقُ بين هذه المسألة التي أشار إليها بقوله «اقض غريمي نهرجةً» وبين مسألة الحوالة بالنهجرة حتى أبطلوا الحوالة بها ثمة بأن قالوا: لأنه صرفٌ بشرط أن يكون القابض غيرَ العاقدِ مع أن هذا الدليل قائمٌ هنا أيضًا فينبغي أن لا تصحَّ هذه المسألة أيضًا؟ فإن أجيب: بأن هنا حطَّ الجودةِ عنه فلا صرفٌ. يُردُّ بأنه يُحمَلُ ثمة أيضًا على الحطِّ ثم الإحالةُ فلا تكونُ صرفًا بين المحيلِ والمحالِ عليه. يمكنُ الجوابُ: بأن قوله هناك «والجيد له» دليلٌ تحقُّقِ عقدِ الصرفِ فبطلَ بخلافِ ما نحن فيه فكان حطًّا فلم يبطلْ لأنه يجري مجرى قوله «صالحكك على النهجرةِ على أن أُحيلَ عليك بالنهجرةِ غريمي» وذلك جائزٌ إذ الحطُّ والبراءةُ لا يبطلُّ بالشروطِ وكان هذا صلحًا وتوكيلًا للغريم بقبضِ النهجرة.

[فاضل أمير] نقول: قد سبق ما هو تحقيق المقام هنا عند الكلام على قوله «أقول يمكن تصحيحه حوالة بأن يحمل على الحط إلى آخره».

SULH

1. Sükût ve İnkâr Üzerine Yapılan Sulhun Cevazıyla İlgili Tartışmalar

[**Teshîl**] Sulh, çekişmeyi ortadan kaldıran bir akittir. Sözlük anlamı uzlaşmaktır. Sulh, ikrarla [davalının iddiayı kabul etmesiyle] sahih olur. “Sulh daha hayırlıdır.” (Nisâ 4/128) âyetinin genel ifadesi sebebiyle, bize göre sulh davalının sükûtu ve inkârı ile de gerçekleşebilir. Şâfiî farklı görüştedir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: ‘Taraflarca dava konusu yapılan evin bir kısmı, namusa iftira cezası ve şufa üzerine sulh gibi, fakihlerin câiz görmediği sulh şekillerine nassın umumuyla delil getirmek problemlidir.’ denilirse derim ki; sulhun bâtıllığına dair delil bulunmayan yerlerde nassın umumuyla amel edilir. Zikredilen örnekler ise sulhun bâtil olduğuna dair delil bulunan konulardır. Sükût ve inkâr üzere sulh ise bundan farklıdır. Haber, bu ikisinde sulhün bâtıllığına delâlet etmemektedir. Haberin başka bir anlama hamledileceği hususu Şâfiî’ye verilecek cevapta gelecektir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Meselenin özü şudur: Yüce Allah “Bir kadın kocasının, kötü davranmasından yahut yüz çevirmesinden endişe ederse, aralarını ıslah etmelerinde ikisine de bir günah yoktur. Sulh daha hayırlıdır.” (Nisâ 4/128) buyurmuştur. Âlimlerimiz âyette geçen ‘es-sulh’ sözcüğünün başındaki harf-i tarifi ‘cins’ için olduğunu söylemiş ve buradan hareketle sükûta dayalı sulh ile inkâra dayalı sulh da dâhil olmak üzere bu cinsin altına [yani sulh kapsamına] giren her bir türün câiz olduğuna istidlal etmişlerdir. Böyle olunca âyet, davalının inkârı veya sükûtu ile de sulh yapılmasının câiz olduğuna delâlet etmektedir. Âlimlerimiz ‘es-sulh’ ifadesinin başındaki harf-i tarifi, ‘ahd’ için olmadığını, yani sadece âyette konu edilen karı ile koca arasındaki sulhun kastedilmediğini söylemişlerdir. *et-Tebyîn*’de de geçtiği üzere âyetteki “Sulh daha hayırlıdır.” ifadesi, hükmün illetini beyan etmek üzere zikredilmiştir. İlet ise sadece hükmün mahalliyle kayıtlanamaz.¹

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, V, 29.

كتاب الصلح

١. الخلاف في جواز الصلح عن الإنكار والسكوت

[التسهيل] الصلح: عقد يرفع النزاع وهو اسم بمعنى المصالحة. صح بإقرار، ونُجِيزُهُ بسكوت وإنكار لعموم قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء ٤/١٢٨]. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: يُشكل الاستدلالُ بعموم النصِّ بصورٍ لم يجوزوا فيها الصلحَ كصلحٍ على بعضٍ دارٍ ادَّعاهَا، وصلحٍ عن حدِّ قذفٍ، وصلحٍ عن الشفعة. أقول: يُعمَلُ بعمومه فيما لم يَقم الدليلُ على بطلانِ الصلحِ والصورِ المذكورةِ مما قام الدليلُ على بطلانه بخلافِ السكوتِ والإنكارِ فإنَّ الخبرَ لا يدلُّ على بطلانِ الصلحِ فيهما لما سيجيءُ في الجوابِ عن الشافعي من حملِ الخبرِ على معنَى آخرٍ. ١٠

[فاضل أمير] نقول: تفصيل المقام وتوضيحه: هو أن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء ٤/١٢٨]. فعلمنا أن الله عنهم - جعلوا تعريف الصلح للجنس واستدلوا به على جواز كل نوع من أنواع هذا الجنس؛ ومنها الصلح عن إنكار والصلح عن سكوت. فدلَّت الآية على جوازه مع إنكار المدعى عليه أو سكوته ولم يقولوا بكونه تعريف عهد بإرادة الصلح الواقع بين الزوجين لما في التبيين من: «أن قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ خرج مخرج التعليل والعلة لا تنقيد بمحل الحكم» إلى آخره. ٢٠

Şâfiî âlimler ise bizim “Sulh daha hayırlıdır.” âyetinin umumundan hareketle sükûta ve inkâra dayalı sulhun câizliğine istidlal edişimizi şu şekilde sorgulamışlardır: Âyetteki ‘es-Sulh’ lafzı, bir kısmı tahsis edilmiş âmmdir. Tahsis sebebiyle âyetin umumu dışında kalan sulh türleri şunlardır: [1] Davacının
5 ‘Bana ait’ diye dava ettiği evin bir kısmı üzerine sulh yapmak, [2] Allah hakları kapsamında olan bir konuda sulh yapmak. Zina eden, bir şey çalan veya şarap içen birini görüp de onu valiye şikâyet etmemek üzerine yapılan sulh [Allah haklarına ilişkin olduğundan] câiz değildir. Bu şekilde tahsis edilmiş bir âmm lafızla inkâra veya sükûta dayalı sulhun câiz olduğuna istidlal edilemez.

10 Hanefî fakihleri Şâfiîlerin bu itirazlarına, âmm lafzın tahsis edilmesinin onu hüccet olmaktan çıkarmayacağını söyleyerek cevap vermişlerdir. Nitekim usûl kitaplarında yer aldığı üzere âmm bir lafız tahsis gördükten sonra onunla istidlal edilebilir. *el-Menâr* şerhinde şöyle denilmiştir: Rivâyet edildiğine göre Hz. Fâtıma, babasının mirası konusunda Hz. Ebu Bekir ile tartıştı-
15 ğında -kâfir ve mûrisini öldüren katil, âyetin umumi hükmünden tahsis edilmiş olmasına rağmen- “Allah size, çocuklarınız[ın alacağı miras] hakkında erkeğe iki kadının payı kadarını emreder.” (Nisâ 4/11) âyetinin umumuyla istidlal etmiş, sahabeden bu istidlâlê karşı çıkan olmamıştır. Hz. Ebu Bekir Fâtıma’nın mirasçı olmadığına Hz. Peygamber’in “Biz peygamberler, miras
20 bırakmayız. Bıraktığımız şey şeyler sadakadır.” sözünü gerekçe göstermiştir.¹

Bunlar, Şeyh’in yukarıda “Derim ki: Taraflarca dava konusu yapılan evin bir kısmı, namusa iftira cezası ve şuf’a üzerine sulh gibi, fakihlerin câiz görmediği sulh şekillerine nassın umumuyla delil getirmek problemlidir...” diyerek dile getirdiği hususlardır. Basiretli tenkitçiye aşikâr olduğu
25 üzere Şeyh’in, Şâfiî’nin, sükût ve inkâr üzerine yapılan sulhu câiz saymadığına dair görüşünü gerekçelendirirken “Sükût ve inkâr üzerine yapılan sulh, ikrar üzerine yapılan sulhtan farklıdır. Zira ikrarda sulh bedeli olarak alınan, Şâfiî’nin benimsediği kurala binaen kendi cinsinden farklı bir şeyden olsa da haram değildir.” şeklindeki sözleri, fıkıh ilminden haberdar
30 olan ve görüşler arasındaki incelikleri kavramış bir kimsenin sözü olamaz. Çünkü mesele bu şekilde arz edilirse ikrarla yapılan sulhta hak sahibinin aldığı bedel sulhtan önce helal olduğu gibi sulhtan sonra da helal olur ve bu tür sulhta haramı helal, helali ise haram kılma söz konusu olmaz.

1 İbn Melek, *Şerhu'l-Menâr*, s. 78.

وعلماء الشافعية قد بحثوا عن استدلالنا بعموم قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ﴾ على جواز الصلح مع الإنكار أو السكوت من جهة أن هذا عام قد خُصَّ منه البعض وهو الصلح على بعض دار يدعيها، والصلح فيما كان المصالح عنه حق الله كأن أخذ زانيا أو سارقا من غيره أو شارب خمر فصالحه على أن لا يرافعه إلى ولي الأمر وغير ذلك. فإذا كان العام بهذه الصفة لم يجز الاحتجاج به على جواز الصلح مع الإنكار أو السكوت.

وقال مشايخ الحنفية في الجواب عنه: إن الاحتجاج بالعام بعد ما خص جائز لا يسقط الاحتجاج به كما قالوا به في كتب الأصول. قال في شرح المنار: «روي أن فاطمة رضي الله عنها احتجت على أبي بكر - رضي الله عنه - في ميراثها بعموم قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء ١١/٤] مع أن الكافر والقاتل خُصَّ منه، ولم ينكر أحد احتجاجها من الصحابة رضي الله عنهم، وعدل أبو بكر رضي الله عنه في حرمانها إلى الاحتجاج بقوله ﷺ: «نحن معاشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة»^١ انتهى. هذا هو ما ذكره الشيخ بقوله: «أقول: فإن قيل: يشكل الاستدلال بعموم النص إلى قوله: لما سيجيء في الجواب عن الشافعي من حمل الخبر على معنى آخر».

ولا يخفى على الناقد البصير أن ما سيأتي منه في توجيه ما قاله الشافعي من إنكاره صحة الصلح مع الإنكار أو السكوت من^٢ قوله: «وهذا بخلاف الصلح من الإقرار؛ لأن بدل الصلح ما كان حراما وإن كان من خلاف جنس حقه بناء على أصله إلى آخره» ليس بقول مميز خبير؛ لأن على ما فرضه كان أخذ ما أخذه بدلا حلالا له قبل الصلح، وكذا حلال له بعد الصلح فما وُجد فيه تحليل حرام ولا تحريم حلال،

١ صحيح مسلم، الجهاد والسير ٩٤.

٢ وفي هامش أ: بيان لما في قوله ما سيأتي.

Ancak doğru bakıldığında ikrar üzerine yapılan sulhta da helali haram, haramı da helal kılma hususu olduğu görülür. Zira davalı, davacının zahiren haklı olduğunu ikrar ediyorsa, sulh âdeten hakkından daha azı üzerine olur. Bu durumda bedel olarak alınan ile hakkın tamamına kadar olan kısım davacı için sulhtan önce helal iken, sulhtan sonra haram olmuştur. Aynı şekilde davalının, davacının hakkını vermemesi sulhtan önce haram iken sulhtan sonra helal olmuştur. Yapılan bu izah meselenin sahih olarak gerekçelendirilmesi adına fakihlerimizden pek çoğunun da zikretmiş olduğu bir izahtır.

Zeylaî yukarıdaki izahatı yaptıktan sonra bir adım daha atarak şöyle demiştir: “Hz. Peygamber’in ‘Helali haram, haramı da helal kılmadığı sürece Müslümanlar arasında yapılan bütün sulhların geçerlidir.’ sözünden maksat Şâfiî’nin dediği gibi olsaydı, sulh hiçbir şekilde câiz olmazdı. Hatta bu açıdan alım satım dahi haram sayılırdı. Çünkü satıcı için sattığı malı, alıcı için de parası, akitten önce kendisine helal iken akitten sonra haram olmuştur. Diğer meşru akitler de bu açıdan alım satımdan farklı değildir. Şâfiî’nin sulh ile ilgili yorumu, mülkiyet sebeplerinin tamamen haram olmasını gerektirmektedir. Hz. Peygamber’in bu hadisteki asıl maksadı, sulh ile şer’an mubah olmayan bir şeyin mubah sayılması veya asıl itibarıyla haram olmayan bir şeyin haram sayılmasıdır. Şarap ve domuz üzerine sulh yapmak veya sulh ile haram hâle geleceği düşüncesiyle kumalardan birinin, diğeriyle veya câriyeyle cinsel ilişkiye girmemesi konusunda kocasıyla sulh yapması buna örnek olarak verilebilir. Mezkûr hadisten maksadın bu olduğu gayet açıktır. Çünkü Hz. Peygamber haram ve helal lafızlarını hiçbir kayda tabi tutmadan mutlak olarak zikretmiştir. Bilindiği gibi mutlak olarak zikredilen lafız kâmil manaya hamledilir. Bu da söz konusu hadiste bizzat haram veya bizzat helal olan şeylerdir.”¹

Bulduğum meclislerde yaşadığım oldukça tuhaf hadiselerden birisi şudur: Geçmiş günlerde Halep şehrine gittim. Oradaki Şâfiî müftüsü ve beraberindeki bazı kimselerle bir mecliste otururken kendisini Şâfiî mezhebine nispet eden birisiyle benim aramda bir tartışma yaşandı. Konuştuğumuz meselenin hükümleri ve delilleri hakkında pek çok söz edilince onların kendi mezhepleri lehine taassup göstererek Hanefî fakihlerini tenkitte aşırıya kaçtıklarını gördüm.

1 Zeylaî, *Tebyîn*, V, 31.

لكن إذا نظر فيه بالنظر الصائب يوجد فيه تحريم حلال وتحليل حرام؛ لأن المدعى عليه إذا كان مقرا بكون المدعي محقا ظاهرا والصلح يكون على ما دون حقه عادة فالزائد على المأخوذ إلى تمام حقه كان حلالا للمدعي أخذه قبل الصلح وحرّم عليه بعده وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل له بعده، وهذا هو الوجه الصحيح الذي ذكره هنا غير واحد من علمائنا. ٥

والإمام الزيلعي بعد أن ذكر الوجه المذكور ترقى منه إلى أن قال: ولو كان مراد النبي ﷺ ما قاله الشافعي لما صح الصلح مطلقا بل البيع أيضا يكون حراما بهذا الاعتبار؛ لأن كل واحد من المتبايعين ماله كان حلالا له قبل البيع ويحرم عليه بالبيع، وكذا سائر العقود المشروعة فيؤدي هذا إلى تحريم أسباب الملك بأسرها. وإنما مراده عليه الصلاة والسلام: أن يستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا أو يحرم ما ليس بحرام وذلك مثل أن يصالح على الخمر أو الخنزير أو تصالح إحدى الضرتين زوجها على أن لا يظأ الأخرى أو أمته فتحرم على زعمهم بالصلح. وهذا ظاهر؛ لأنه عليه الصلاة والسلام ذكر الحرام والحلال مطلقا والمطلق منهما ينصرف إلى الكامل وذلك بأن يكون حراما أو حلالا لعينه، انتهى. ١٥

ومن نوادر الوقائع وغرائب المجامع حاجة وقعت في سالف الأيام بيني وبين بعض من المتتسبين إلى مذهب الإمام الشافعي حين دخولي بمدينة حلب في مجلس جمعني ومفتي الشافعية فيها وأتباعه. ولما كثر القول والقييل في كل واحد من الحكم الشرعي وسوق الدليل رأيهم مفرطين في التعصب والوقوع في العلماء الحنفية -رضي الله عنهم وأرضاهم- ٢٥

Onları dîn-i mübînin hidâyet rehberleri olan müçtehit imamlara karşı takınılması gereken tavır konusunda doğru yola sevk etmek için ne kadar çaba sarf ettiysem de feryatlarım 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 Mahmud'un biyografisi sadedinde hicri 410 yılında yaşanan olayları zikrederken İmamü'l-Haremeyn el-Cüveynî'ye nispet ederek şöyle anlatmıştır: Kaffâl el-Mervezî, Sultan Mahmud'un huzurunda Ebû Hanîfe'nin câiz saydığı namaz şeklini göstermek üzere iki rekât namazı şöyle kılmış: Önce tabaklanmış bir köpek postu giymiş, postun dörtte birini necasete bulaştırmış ve hurma nebizi ile abdest almış. Buldukları yer çölmüş ve mevsim yazmış. Üzerine sinekler üşüşmüş. Abdest alırken tertibe riayet etmeden ayaklardan başlamış ve niyet de etmemiş. Farsça olarak iftitah tekbirini almış, sonra horozun yerden yem alması gibi iki secde arasında tam doğrulmadan başını yere iki defa koymuş. Rükûyu tam yapmadan ve teşehhüt yapıp selam niyeti de olmaksızın yellenererek 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 de razı olmayacağı şekilde tabirler kullanarak sözünü bitirmiş. Onların bu bozuk inançları ve işe yaramaz sözlerine karşı, insanların dilinden hiç kimsenin kurtulamayacağını, hatta müşriklerin Allah hakkında dahi "Allah çocuk edindi." sözleriyle ona iftira attıklarını ifade ettim ve onlara, kendileri hakkında yapılan dedikoduları zikretmek mecburiyetinde kaldım. Bunun yaparken de maksadım imamlarını tenkit etmek değil, onların, imamlarından sadır olan hükme karşı uyanık olmalarını sağlamaktı. Hidâyet imamı Ebu Mansûr el-Mâtürîdî es-Semerkindî şöyle demiştir "Şeytan, Âdemoğlu arasına kin ve düşmanlık tohumları atma konusunda inkâr üzerine yapılan sulhu câiz saymayan Şâfiî'nin yaptığını yapamamıştır." *el-Bedâi*'de de bu şekilde zikredilmiştir. 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 fitnelerin çıkmasına yol açar. Nitekim bilindiği gibi bir gencin itham edilmesi sebebiyle kabilelerden biri arasında bir fitne çıkararak alevlendi ve onlardan kırk bin kişi öldürüldü. Aralarında harp böylece devam etti de nihayet sulh yapıldı da intikam ateşi söndü."¹

1 Zeylaî, *Tebyîn*, V, 30.

وكلما أرشدتهم إلى منهج الحق القويم في الكف عما يزري بشأن الأئمة المجتهدين
 وهداة معالم الدين المبين فما زادهم صيحي ونصحي إلا الغلو في الإنكار. وقد
 بلغ انهماكهم في الغي والاستكبار إلى أن يحكي من هو مفتيهم الحكاية الموضوعة
 التي هي حديث خرافة رديء من القول ينسب قائله إلى الخلافة^٥ وهي ما ذكرها
 الياضي في تواريخه عند ترجمة السلطان محمود في بيان وقائع سنة عشرة وأربعمائة
 معزوا إلى إمام الحرمين بأن قال: لما أراد القفال المرزوي أن يصلي ركعتين على
 ما يجوز أبو حنيفة - رضي الله عنه - بين يدي السلطان المذكور فلبس جلد كلب
 مدبوغ ولطخ ربعه بالنجاسات وتوضأ بنبذ التمر وكانت في صميم الصيف في
 المفازة فاجتمع عليه الذباب والبعوض. وكان وضوؤه منكوسا معكوسا. ثم استقبل
 القبلة وأحرم بالصلاة من غير نية للوضوء وكبر بالفارسية ثم نقر نقرتين كنقرات
 الديك من غير فصل وغير ركوع، وتشهد وضرط في آخره من غير نية السلام.
 وقال: أيها السلطان هذه صلاة أبي حنيفة إلى آخر ما قالها من الألفاظ البشعة
 الشنعاء يمجها سمع مسلم متدين ولا يرتضيها. فاضطرنى اعتقادهم الفاسد وتقولهم
 الكاسد إلى أن أسمعهم: أن لا ينجو عن ألسن الناس أحد حتى قيل: إن الإله ذو
 ولد فذكرت لهم ما قيل فيهم لا لتعقب إمامهم بل لإيقاظهم عما كان إمامهم وهو
 أنه قد قال إمام الهدى أبو منصور الماتريدي السمرقندي «ما صنع الشيطان في
 إيقاع العداوة والبغضاء في بني آدم مثل ما صنع الشافعي في إنكاره الصلح على
 الإنكار» كذا في البدائع. قال الزيلعي بعد نقل قول الإمام الماتريدي: «هذا، وهذا
 صحيح؛ لأن في منع الصلح فتح باب المنازعات وإثارة النائرات بين الناس وإقامة
 الفتن والمكابدات ألا ترى إلى ما حكى أن فتنة وقعت في قبيلة بسبب تهمة غلام
 فهاجت بينهم حتى قتل منهم أربعمائة ألفا فامتد الحرب بينهم إلى أن وقع الصلح
 فانطفأت النائرة» انتهى ما في التبيين.

Onlara Mevlânâ Nizameddin'in hidâne bahsinde annesi ile babası boşanan çocuğun aklı melekesi tam olarak oluşmadığı için onlardan birini tercih etmek için muhayyer bırakılamayacağına dair Hanefî mezhebini 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 vitir bahsinde *el-İnâye* müellifinin Hanefî mezhebini tercih etmek için zikretmiş olduğu on altı meseleyi ihtiva eden risalesinden alıntuladığı meseleleri zikrettim. Şayet bu meselelere muttali olmak istersen Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhindeki ilgili bölüme bakabilirsin.¹ 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.” sözleriyle ilgili Serahsî'den naklettiği “Bu ifade sahabeye yapılan bir hakarettir. Çünkü onlar içine necaset düşen kuyunun suyu boşaltıldığında temiz olacağı konusunda icmâ etmişlerdir.” sözlerini hatırlattım.²

İnci ve yakut emsali olan ve ancak vakit vererek elde edilebilecek bu sözleri ikna ipine dizerek onlara naklettikten sonra şöyle söyledim: Bu konu sözle anlatılamayacak kadar uzun ve geniştir. Ancak Sadruşşerîa'nın, *el-Vikâye* muhtasarının önsözünde hamd ve senadan sonra sözlerine başlamadan önce Molla Kuhistânî'nin³ bu kitaba yazdığı şerhte söylediği şu sözler bizim için iftihar, sizin için de utanç vesilesi olarak yeter: “Mezhep, sahabe ve tâbiünun 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.”

1 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr. 52b.

2 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr. 16a.

3 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, s. 6.

ثم ذكرت ما ذكره مولانا نظام الدين عند الكلام على أن الصبي لا يختير بين أبويه لقصور عقله والشافعي يختيره وهو قوله: «والعجب من الشافعي لم يعتبر اختياره للإسلام وهو اختياره لربه ونفع محض واعتبر اختياره لأحد أبويه وهو اختيار لمن يطلقه اللعب واللهو وهو ضر محض» انتهى ما قاله المولى المذكور في باب الحضانة. ٥

ثم نقلت سردا ستة عشرة مسألة التي نقلها المولى الأياثلوغي في باب صلاة الوتر عن رسالة صاحب العناية لترجيح مذهبنا إن شئت الوقوف عليها فراجع الباب المذكور من شرحه للمجمع. ونقلت أيضا ما قاله المولى الأياثلوغي أيضا في مسألة البئر من هذا الشرح: «وإن بعض جهال الشافعية طعنوا فقالوا: ما أكيس دلو أبي حنيفة ميزت الماء النجس عن الطاهر. قال السرخسي: هذا طعن في الصحابة -رضي الله عنهم- حيث أجمعوا على طهارة البئر بالنزح» إلى آخر ما قال. ١٠

وبعد نظم أمثال هذه اليواقيت التي لا تشتري إلا بصرف المواقيت في سلك التقرير قلت لهم: هذا باب واسع لا يحيطه نطاق التعبير ولكن يكفي لنا افتخارا وعليكم تبكيئا اضطرارا ما قاله المولى القهستاني في شرح مختصر الوقاية في الديباجة قبيل قول المصنف: «وبعد واعلم أن المذهب: أن لا يقلد الصحابة والتابع إلا أبو حنيفة -رضي الله عنه- فإن عيسى على نبينا وعليه السلام حين نزل من السماء حكم بمذهبه كما في الأصول الستة» انتهى. ١٥

Halep'teki tartışmada aklıma gelen ve orada sözlü olarak dile getirdiğim hususları burada yazıya geçirerek sonlandırmış oldum. Orada mezhebi desteklemek üzere verdiğim bu hazır cevap, imâm-ı a'zam ve hümâm-ı akdem'in [yani Ebû Hanîfe'nin] bir kerameti olduğunu düşünüyorum. Allah ondan ve dinin hükümleri konusunda kıyamete kadar ona tabi olanlardan razı olsun.

2. Bir Kısmı Alınan Hakkın Kalan Kısmı İçin Sulh Yapılması

[**Teshîl**] Bir kimse bir koyunun kendisine ait olduğunu iddia etse ve derhal kırkacağı yün üzerine sulh yapılırsa Ebû Yûsuf bunu, hakkının bir kısmını terk edip bilinen bir kısmını alması gibi, câiz görür. Ancak sulh, koyunun memesindeki süt ve karnındaki yavru üzerine yapılırsa bilinmezlik içerdiği için câiz olmaz. Aynı şekilde [dava konusu olmayan] başka bir koyunun yünü üzerine yapılan sulh da sahih değildir. Zira başka bir koyunda hakkı olmadığı için bu sulh câiz olmaz. Bu işlem mübâdele sayılır ve [bilinmezlik içeren] satım akdi sahih olmadığı gibi bu da sahih olmaz. Muhammed'e göre iddia edilen koyunun yününün kırılması üzerine sulh yapılması da câiz değildir. Ebû Hanîfe'den gelen bir rivâyete göre o da bunu [bilinmezlik içeren] satım akdi gibi değerlendirmiş ve câiz görmemiştir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Ebû Yûsuf'a karşı daha önceki ev meselesi ile itiraz edilebilir. Zira o meselede davacı, hakkının belli bir kısmını almasına rağmen Ebû Yûsuf sulhu câiz görmüyordu.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Fakihler, muayyen bir mal ve bir davayla bulunan bir ibrâyı içermesine binaen ev meselesinde sulh yapılmasınınin *Zâhiru'r-rivâye*'ye göre câiz olduğunu söylemişlerdir. Bir ayn'a yani muayyen mala ilişkin ibrâ her ne kadar sahih değilse de o muayyen malın davasından ibrâ sahihtir. Ev meselesinde sulhun câizliği bu itibarlardır. Birinin [kendisine ait olduğunu] iddia ettiği bir aynın belli bir kısmı üzerine sulh yapılması, iki farklı açıdan değerlendirildiğine göre Ebû Yûsuf'un her bir fer'de bunlardan birini dikkate almış olabileceğini söylemek uzak değildir. Her ne kadar tasrîhen belirtmese de iddia konusu olan aynın bir kısmı üzerinde gerçekleşen sulh konusunda ibrânın mu-teber olduğuna Sadruşşerîa'nın *el-Vikâye* muhtasarındaki "Kendisine ait olduğunu iddia ettiği evin bir kısmını almak üzere sulh yapsa sahih olmaz." sözünü şerh sırasında Kuhistânî'nin söyledikleri delâlet etmektedir.

وانتهى هنا كتبنا وتحريرا ما حضر لنا في ذلك المحفل تعبيراً وتقريراً ولا أدري مثل هذا الناصر^١ أعني الجواب الحاضر إلا كرامة من الهمام الأقدم والإمام الأعظم -رضي الله عنه وعن تابعيه- في أحكام الدين إلى يوم الدين.^٢

٢. الصلح على الحق المستوفى بفضله

٥ [التسهيل] ولو ادعى شاة فصولح على صوفها يجزؤه للحال يجيزه أبو يوسف كتركه بعض حقه وأخذه بعضه المعلوم ضد لبنها في ضرعها وولد في بطنها؛ فإن الصلح عليه لم يجز للجهل وضد صوف شاة أخرى؛ فإن الصلح عليه لم يجز لعدم حقه فيه فيكون مبادلة فلا يصح كبيع، ومَنَعَه محمد وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأنه كبيع.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: يرد على أبي يوسف مسألة الدار المتقدمة حيث لم يجز عنده أيضاً مع أنه أخذ بعض حقه المعلوم.

[فاضل أمير] نقول: قالوا في مسألة الدار أيضاً بجواز الصلح فيها في ظاهر الرواية بناء على أن فيها إبراء لاقى عينا ودعوى، والإبراء عن العين وإن لم يصح ولكنه عن دعوى العين صحيح فصح في مسألة الدار بهذا الاعتبار. ١٥ فلا يبعد أن يقال: لما كان في الصلح على بعض معلوم من عين يدعيها اعتباران فأبو يوسف راعى في كل فرع اعتباراً. ويدل على اعتبارهم الإبراء وإن لم يذكره صريحاً فيما وقع الصلح على بعض عين يدعيها ما ذكره القهستاني في شرح قول مولانا صدر الشريعة في مختصر الوقاية:

١ وفي هامش أ: إشارة إلى ما جاء في المثل السائر: نعم الناصر الجواب الحاضر، منه.

٢ ج: اليقين.

Kuhistânî'nin dediği şudur: “Bu meselede sulhun câiz olmaması İbn Semâa'nın Muhammed'den rivâyetine göredir. Çünkü davacı bu sulh ile hakkının bir kısmını almış, kalan kısmını ise ibrâ etmiştir. Hâlbuki ayn üzerinden yapılan ibrâ bâtıldır. Bu yüzden davacı bu sulhtan sonra evin tamamının kendisine ait olduğuna dair beyyine getirse kalan kısmını da alabilir. Şeyhülislâm ile Zahîruddin de bu görüş ile fetva vermiştir. Ancak yapılan sulh *Zâhiru'r-rivâye*'ye göre geçerli olup evin geri kalan kısmı için [sonradan] dava açmak câiz değildir.”¹

Burada, ayndan ibrâ ve ayn davasından ibrâ konusunda önemli bir nokta vardır. Şöyle ki: Davadan ibrâ, -ister özel bir tarzda ister genel bir tarzda olsun- muteber fıkıh kitaplarının pek çoğunda bu konunun ayrıntıları yer almaz. Bu konunun korunmaya layık ayrıntılarının, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*'in *Tenvîru'l-Besâir* adlı şerhinde ‘Deynin Hükümleri’ başlığı altında ele alındığını gördüm. Mezkûr şârih [Gazzî] bu meseleleri Mısırlı İbn Nüceym'in *el-Bahru'r-Râik* adlı kitabından naklederek zikretmiştir. Ben de o bilgileri hem faydasını çoğaltmak hem de salih kulun salih duasını alabilmek ümidiyle aynen buraya aktardım. Mezkûr şârih, İbn Nüceym'in *el-Eşbâh*'taki “Deyn'in -yani borcun- hükümlerinden birisi de ibrânın sahihliğidir. Ayndan ibrâ ise sahih değildir.” sözlerinin şerhi sadedinde şöyle demiştir: “*el-Hidâye* şârihleri ayndan -yani muayyen eşyadan- ibrânın bâtil olduğunu mutlak olarak dile getirmişlerdir. Ancak meşhur kitapların ibareleri bu meselenin tafsile tabi olduğunu göstermektedir. Şöyle ki:

[1] Ayndan ibrâ eğer inşâ yoluyla olmuşsa ya aynın kendisine ya da ayn hakkındaki davaya ilişkindir. [a] Ayndan ibrâ, -ibrâ edenin gerek muhataba gerek başkalarına karşı dava hakkının bulunması cihetinden- bâtil; tazmin vasfından ibrâ olması cihetinden ise sahihtir. Bunun içindir ki *ez-Zehîre*'de “Birinin zilyedinde olan bir köleye başka birisi ‘Sen ondan berî oldun.’ dese köle ondan berî olur. Köleye ‘Seni ondan ben ibrâ ettim.’ dese kölenin kendisine ait olduğunu iddia etme hakkı vardır. Onu sadece tazmin sorumluluğundan ibrâ etmiştir.” denilmektedir. [b] İbrâ davadan ise; eğer bu ibrâ özel bir yolla olmuşsa, yani şu muayyen maldan denilerek yapılmışsa, o mala ilişkin davası muhataba nispetle dinlenmez, başkalarına nispetle dinlenir.

1 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, s. 634.

«ولو صالح على بعض دار يدعيها لم يصح هذا الصلح في رواية ابن سماعة عن محمد؛ لأن المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي والإبراء عن الأعيان باطل، فلو وجد بينة أن الكل له جاز له أخذ الباقي وبه أفتى شيخ الإسلام والإمام ظهير الدين لكن في ظاهر الرواية أنه يصح فلا تصح دعوى الباقي» انتهى. ٥

وهنا فائدة مهمة في الإبراء عن العين والإبراء عن دعوى العين وهو إذا كان عن الدعوى إما بطريق الخصوص أو بطريق التعميم خلت عن تفصيلها أكثر المعبرات. وقد رأيت التفصيل الحري بالمحافظة في تنوير البصائر شرح الأشباه والنظائر في البحث عن أحكام الدين ذكره الشارح المذكور ناقلاً عن البحر الرائق لابن نجيم المصري فأوردته بعين عبارته المنقولة منه تكثيراً للفائدة واستجلاباً للدعاء الصالح من العبد الصالح. قال الشارح المذكور في شرح قوله في الأشباه: «ومنها صحة الإبراء عنه فلا يصح الإبراء عن الأعيان إلى آخره»: هكذا أطلق شراح الهداية أن الإبراء عن الأعيان باطل والذي تعطيه عبارات الكتب المشهورة التفصيل؛

١٥ فإن كان الإبراء عنها على وجه الإنشاء فإما أن يكون عن العين أو عن الدعوى بها؛ فإن كان عن العين فهو باطل من جهة أن له الدعوى بها على المخاطب وغيره، صحيح من جهة الإبراء عن وصف الضمان ولهذا قال في الذخيرة: لو أن عبداً في يد رجل قال له رجل: برئت منه كان بريئاً منه ولو قال: أبرأتك منه كان له أن يدعيه وإنما أبرأه عن ضمانه، انتهى. وإن كان عن الدعوى؛ فإن كان بطريق الخصوص كما إذا أبرأه عن دعوى هذه العين فإنه لا تسمع دعواه بالنسبة إلى المخاطب وتسمع بالنسبة إلى غيره.

Bunun içindir ki Velvâlicî, *el-Fetâvâ* adlı kitabının ikrar bölümünün hemen öncesinde şöyle demiştir: Bir şahıs başka bir şahsa onun elinde olan köle veya evin kendisine ait olduğuna dair dava açsa ve sonra davacı davalıya, 'Bu evde olan hakkımdan veya bu evdeki husûmet veya dava hakkımdan seni ibrâ ettim.' dese yaptığı ibrâların tamamı bâtıldır. Hatta davacı hakkı olduğunu söylediği mallar için farklı bir şahıs aleyhine dava açsa, davası kabul edilir ve iddiasını ispatlayan beyyine getirirse kabul edilir. Buna mukabil 'Ben berîyim.' dese daha sonra getireceği beyyine kabul edilmez. Aynı şekilde 'Bu köleden berîyim veya onda olan hakkımdan çıktım.' dese, daha sonra tekrar dava açma hakkı olmaz. Zira 'Seni ibrâ ettim.' sözüyle tek bir kişiye hitap etmiş olduğundan daha sonra başka biriyle bu mallar konusunda davalasma hakkı vardır. Buna mukabil 'Ben berî oldum.' demişse, berâeti bir kayda tabi tutmadan kendi nefesine izafe etmiş olur. Dolayısıyla bu durumda maldan berî olan bizatihi kendisidir. Dava hakkından ibrâ, umumi bir şekilde vaki olmuşsa gerek muhatap gerekse farklı kimselere daha sonra yeniden dava açma hakkı olur. Bu asıla binaen *el-Kunye*'de şöyle denilmiştir: 'Kocanın, karısı yanında pek çok malı olmasına rağmen karı ve koca ayrılıyor ve her biri, diğerini tüm davalardan ibrâ ediyor. Bu durumda kadın ibrâ olmuş sayılmadığından kocanın daha sonra o malları alabilmek için tekrar dava açma hakkı vardır. Zira ibrâ ifadesi telaffuz edildiğinde bundan ayn olan mallar değil deyn olan hakların ibrâ edildiği anlaşılır.'

[2] İbrâ 'O, benim kendisindeki haklarımdan beridir.' şeklinde ihbar yoluyla gerçekleşmişse sahih olur ve bu ibrâ gerek deyn gerekse ayn cin-sinden tüm malları kapsar ve sonraki süreçte hak sahibinin aynı mallar konusunda açacağı dava dinlenmez. Aynı şekilde *el-Mebsût* ve *el-Muhîr*'te zikredildiği üzere 'Benim bu aynda bir mülkiyetim yoktur.' denilmesi durumunda da aynı hüküm geçerlidir. Anlaşıldığı üzere 'Onun cihetinde mutlak bir hakkı, istihkakı ve dava hakkı yoktur.' ifadesi, gerek ayn gerekse deyn olsun ikrardan önce tüm haklarla ilgili davaya manidir. *el-Mebsût*'ta şöyle denilmiştir: 'Benim filan cihetinde bir hakkım yoktur.' sözüne ayn ve deyn türünden haklarla tüm kefâletler, cinâyetten doğan haklar, icâre ve hadlerden oluşan haklar girer. Hak sahibi olan kişi bu sözü sarf ettikten sonra 'Hakkım yoktur.' dediği şeyler hususunda dava açsa bu hususta getireceği beyyinesi kabul edilmez. Ancak şahitler dava edilen hakkın sarf edilen sözden, yani ibrâdan sonra oluştuğuna şahitlik ederlerse bu durumda dava dinlenir. Zira [O benim onun cihetinde bulunan haklarımdan beridir.' şeklindeki] ifade ile ibrâ, umumi bir hüviyet kazanmış olmaktadır."

ولهذا قال الولوالجي في فتاواه قبيل كتاب الإقرار: «رجل ادعى على رجل دارا أو عبدا ثم قال المدعى للمدعى عليه: أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي في هذه الدار أو عن دعواي في هذه الدار فهذا كله باطل حتى لو ادعى ذلك على غير هذا المدعى عليه تسمع، ولو أقام البينة تقبل بخلاف ما إذا قال: برئت لا تقبل بيته بعد ذلك، وكذلك إذا قال: أنا بريء من هذا العبد ٥ أو خرجت فليس له أن يدعي بعده؛ لأن في قوله: أبرأتك خاطب الواحد فله أن يخاصم غيره بخلاف قوله: برئت لأنه أضاف البراءة إلى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا» انتهى. وإن كان بطريق التعميم فله الدعوى على المخاطب وغيره ولهذا قال في القنية: «افترق الزوجان وأبرأ كل واحد منهما صاحبه عن جميع ١٠ الدعوى وللزوج أعيان قائمة لا تبرأ المرأة منها وله الدعوى؛ لأن الإبراء إنما ينصرف إلى الديون لا الأعيان» انتهى.

وإن كان الإبراء على وجه الإخبار كقوله: هو بريء مما لي قبله فهو صحيح متناول للدين والعين فلا تسمع الدعوى، وكذا لو قال: لا ملك لي في هذه العين ذكره في المبسوط والمحيط فعلم أن قوله: لا يستحق قبله حقا مطلقا ١٥ ولا استحقاقا ولا دعوى يمنع الدعوى بحق من الحقوق قبل الإقرار عينا أو دينا. قال في المبسوط: «ويدخل في قوله: لا حق لي قبل فلان كل عين أو دين وكل كفالة أو جناية أو إجارة أو حد فإن ادعى الطالب بعد ذلك حقا لم تقبل بيته عليه حتى يشهدوا أنه بعد البراءة؛ لأن بهذا استفاد العموم» انتهى.

Müellifin şerhte [*el-Babru'r-Râik*'te] meselenin takriri ile ilgili dedikleri bundan ibarettir. Allah onun hayırlarla mükâfatlandırınsın. [Gazzî devamla şöyle dedi] Derim ki: *Câmi'û'l-Bezzâzi*'de şöyle denilmiştir “İkinci'den [yani Ebû Yûsuf'tan] rivâyet edildiğine göre bir kimse, muhatabının kendisine ait tüm haklarından berî olduğuna şahitlik etse, muhatabı vedâ, emanet, karz, gasp, miras, alacak, tüm kefâletler, kasden yaralamalardan doğan haklar ile her ne sebeple olursa olsun var olan tüm haklarından berî olur. Damânu'd-derek ve satın aldığı malda oluşacak ayıplar gibi henüz vâcip olmamış haklardan berî olmaz.” *el-Muhîr*'te zikredildiğine göre bir kimse filanın cihetinde hiçbir hakkının olmadığını ikrar etse, ikrar câizdir ve filan, küçük veya büyük borç, vedâ, kefâlet, hırsızlık ve namusa iftira haddi ile diğer hakların tamamından kurtulmuş olur.” Burada *et-Tenvîr*'den özet olarak nakledilen malumat tamamlanmış oldu.

Bu malumat tamamen sahih olup, mezhebin muteber kitaplarında zikredilene uygundur. Ancak şârihin “İbrâ şâyet umumi bir şekilde olmuşsa, davacının daha sonra muhatap veya başkasına yeniden dava açma hakkı vardır.” şeklindeki sözleri ile *el-Kunye*'den, boşanan karı ve kocadan her birinin diğerini birbirlerine yönelik iddialarından ibrâ etmesi ve kocanın sonraki davalarının dinlenmesi ile ilgili yaptığı nakil, fakihlerden rivâyet edilen, şâyet yeni bir hak oluşmamışsa umumi ibrâdan sonra açılacak davanın dinlenmeyeceği şeklindeki hükme aykırıdır. İlk bakışta şârihin söyledikleri ile fakihlerin bu hükmü arasında bir uzlaştırmanın yapılabileceğini düşündüm. Şöyle ki, şârihin [Gazzî], ‘ibrâ umumi bir şekilde olmuşsa’ sözünden maksat, *el-Kunye* sahibinin ‘tüm iddialardan ibrâ ederse’ sözünün de işaret ettiği gibi, davaların umumundan ibrâ ve fakihlerin ‘umumi ibrâ’ ifadesinde geçen umumdan maksat ibrânın vasfi olan umumdur. Hak sahibi, muhatabına “Seni tüm davalardan ibrâ ettim.” derse bu ibrâ ayn cinsinden değil de deyn cinsinden tüm hakları kapsar. Buna mukabil “Onu tüm davalardan umumi bir ibrâ ile ibrâ ettim.” derse bu ibrâ, deyn ve ayn cinsinden tüm hakları içine alır.

Yaptığım bu uzlaştırma, mezhebin muteber kitaplarında zikredilen ve tüm davalardan ibrâ edilmesi hâlinde davalının ayn veya deyn cinsinden tüm haklardan berî olacağına delâlet eden meseleler sebebiyle sıkıntıdan hali değildir. Örnek olarak *Mecmau'l-Fetâvâ*'nın sulh bölümünün sonunda meselenin tasviri yapıldıktan sonra davaların tamamından ibrâ edilmesinden bahsedilmiş ve böyle bir ibrâdan sonra davanın dinlenmeyeceği söylenmiştir.

كذا قرره المؤلف في الشرح فجزاه الله تعالى خير الجزاء. قلت: وفي جامع
 البزازي عن الثاني - رضي الله عنه -: «أشهد أنه بريء إليه من كل ما له قبله
 برئ من كل وديعة وأمانة وقرض وغصب وميراث ودين وكل كفالة ودم عمد
 وكل شيء على وجه من الوجوه لا من عيب وضمنان درك لم يجب بعد»
 انتهى. قال في المحيط: «ولو أقر أنه لا حق له قبل فلان يجوز، وفلان بريء
 من كل قليل وكثير دين ووديعة وكفالة وحد وسرقة وقذف وغيرها» انتهى ما
 في التنوير ملخصا.

وهذا كله صحيح يوافق ما في المعتمرات غير أن ما ذكره بقوله: «وإن كان
 بطريق التعميم فله الدعوى على المخاطب وغيره» ونوره بما في القنية من
 افتراق الزوجين وإبراء كل واحد منهما صاحبه عن جميع الدعاوى ثم استماع
 دعوى الزوج عليها ينافيه ما ثبت منهم من أنه لا تسمع الدعوى بعد الإبراء العام
 إلا بحق حادث بعده^١ ففي النظرة الأولى لاح لي وجه التوفيق بينهما بأن المراد
 من قول الشارح المذكور: «إن كان الإبراء بطريق التعميم» تعميم الدعوى كما
 يفصح عنه قول صاحب القنية إبراء عن جميع الدعاوى ومن العموم في قولهم:
 «الإبراء العام» الذي كان وصفا للإبراء فكان حاصل المقام أنه إذا قال: أبرأته عن
 جميع الدعاوى كان إبراء عن جميع الديون لا عن الأعيان، وأما إذا قال: أبرأته
 عن الدعاوى إبراء عاما يكون إبراء عن الدين والعين جميعا.

وبعد هذا لم أخلُ عن الاضطراب لما في كثير من معتبرات الفن مسائل
 تدل على أنه إذا أبرأه عن جميع الدعاوى يكون بريئا عن كل عين ودين؛
 منها ما في آخر كتاب الصلح من مجمع الفتاوى وهو قوله بعد تصوير
 مسألة ذكر فيها الإبراء عن جميع الدعاوى: «وأنه لا تسمع الدعوى بعده»

١ وفي هامش أ: وقد قال في تنوير البصائر في كتاب المدائيات: فصار المعتمد أن الإبراء العام يمنع الدعوى بحق قضاء وديانة على المفتى به، منه.

Buna gerekçe olarak da muayyen bir şeyden sulh yaptıktan sonra tüm davalardan sulh yapmanın câiz olduğu veya davalıyı tüm davalardan ibrâ etmenin câiz olduğu ifade edilmiştir. *Mecmau'l-Fetâvâ*'dan nakledilenle *el-Eşbâh* şârihinin naklettiğini uzlaştırma adına şöyle denilebilir: *el-Kunye*'de zikredilen sadece bu surete mahsustur. Yani karı ile kocanın ayrılması ile ilgili meseleye hastır. Nitekim, 'kocanın, karısının yanında ayn cinsinden mallarının olduğu' ifadesi de buna delâlet etmektedir. Bu tasavvurun neticesi şöyle olacaktır: Karı ile koca ayrılırsalar ve her biri diğerini tüm davalardan ibrâ etse ancak kocanın, karısının evinde veya yanında aynı malları olsa ve insanlar da bu malların kocaya ait olduğunu bilseler, kocanın daha sonra bu aynı malları almak için dava açma ve şahit tutma hakkı vardır. Buna göre kocanın yukarıdaki şekilde kendisini ibrâ etmesiyle kadın bu mallardan ibrâ edilmiş sayılmamaktadır. Yaptığımız bu uzlaştırma, aklımıza gelen ve mesele hakkında muttali olabildiğimizdir. Gerçek ilim herşeyden haberdar olan Yüce Allah katındadır.

Mesele hakkında karşılaştığımız bu zorluk, metinler arası uzlaştırma ve yazımından sonra *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*'in 'Deynin hükümleri' başlığı altında şöyle denilmiş olduğunu gördüm: "Yapılan bu açıklama ile umumi ibrâ ile muhatabın, ayn kabilinden mallardan berî olduğu anlaşılmış oldu. Ancak *el-Kunye*'nin 'Müdâyenât' bölümünde şöyle denilmiştir: Karı ile koca ayrılırsalar ve her biri diğerini tüm davalardan ibrâ etse ancak kocanın karısının tarlasında ekmiş olduğu tohumları veya ayn cinsinden malları olsa, tarladan hasat edilecek ürün ve telef olmamış mallar kocanın 'Tüm davalardan ibrâ ettim.' şeklinde yapmış olduğu ibrâya dâhil olmaz."¹ İbn Nüceym'in bu sözü bizim de dediğimiz gibi *el-Kunye*'de zikredilen hükmün fakihlerden sabit olan hükme muhalif olduğuna işaret etmektedir. Bu iki görüşü uzlaştırma imkânı İbn Nüceym'e nasip olmamışken, Allah bunu bize nasip etmiştir.

3. Sulhun Ta'lîki ve Gelecek Zamana İzafe Edilmesi

[**Teshîl**] Bir şeye ta'lîk edilerek -yani ileride gerçekleşmesi mümkün bir şeye bağlanarak- ve gelecek zamana izafe ederek yapılan sulh sahih olmaz. Çünkü sulh bir temlîk işlemi olup -tıpkı alım satım akdi gibi- [prensip olarak] bir şeye ta'lîk edilmesi câiz değildir.

1 İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, thk. Muhammed Muti' el-Hâfız, Dârul-Fikr, Beyrut 1999, s. 317-318.

لأنه يجوز أن يصلح عن واحد معين ثم يصلح عن جميع الدعاوى أو يبرئ المدعى عليه عن جميع الدعاوى» انتهى. فالظاهر في التوفيق أن يقال: إن ما وقع في القنية مختص بهذه الصورة يعني بما كان افتراق بين الزوجين على ما دل عليه قوله: «وللزوج أعيان قائمة» فيكون مؤدى هذا التصوير: أن الزوجين إذا افترقا وأبرأ كل منهما صاحبه عن الدعاوى ولكن كانت أعيان للزوج قائمة في بيت المرأة أو عندهما يعلم الناس أنها للزوج فللزوج أن يدعيها ويقم البينة عليها ولا يحكم ببراءة المرأة عنها بمجرد صدور هذا الإبراء عن الزوج.

هذا غاية ما لاح لنا في التوفيق من المقال، والعلم عند الخبير المتعال. وبعد هذا الاستصعاب والتوفيق^١ وتحريرهما رأيت في أحكام الدين من الأشباه أنه قال: «وبه علم أنه يبرأ من الأعيان في الإبراء العام ولكن في مديانات القنية: افتراق الزوجان وأبرأ كل واحد منهما صاحبه عن جميع الدعاوى وكان للزوج بذر في أرضها وأعيان قائمة فالحصاد والأعيان القائمة لا تدخل في الإبراء عن جميع الدعاوى^٢.

٣. تعليق الصلح وإضافته إلى المستقبل

[التسهيل] بطل الصلح بتعليقه وإضافته؛ لأنه تملك فلا يتعلق كالبيع.

١ أ: التفريق.
٢ وفي هامش أ: فكان هذا القول من ابن نجيم إشارة إلى أن ما في القنية مخالف لما ثبت عنهم كما قلنا ولم يأت بما هو يحصل به التوفيق فخصني الله سبحانه بهذا التطبيق، منه.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu söylenenler, maldan mal mukabilinde yapılan sulh için geçerlidir. Çünkü bu sulh, satım akdi gibidir ve bir şeye ta'lîk edilerek yapılamaz. Ancak maldan menfaat üzerine yapılan sulhu satım akdine kıyas etmek uygun olmaz. Zira bu, kira akdi gibidir ve kira akdi gibi gelecek zamana izafe edilerek yapılması sahihtir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *et-Tebyîn*'de şöyle denilmiştir: "İcâre, menfaatin temlîk edilmesini içeren bir akittir ve menfaatin hâlihazırda varlığı tasavvur edilemez. Bu sebeple icârenin gelecek zamana izafe edilmesi bir zarurettir."¹ Bu sabit olduğuna göre şu da bilinmiş olur: Sulh akdi, bir menfaat karşılığında bir maldan yapıldığında onun -tıpkı icâre gibi- menfaatin temlîkini içereceğinde kuşku yoktur. Dolayısıyla bu tür bir sulhun gelecek zamana izafe edilmesinin sahihliği de zarureten sabit olmuş olur. Şer'î kurallardan birisi, zaruret yerlerinin şer'î hükümlerden istisna edilmiş olmasıdır. Buna binaen bir menfaat karşılığında mal üzerine sulh yapılması "Sulh gelecek zamana izafe edilmekle bâtil olur." kuralından istisnadır. Bu istisna ile beraber yukarıdaki ibare "Sulh gelecek zamana izafe edilmekle bâtil olur; ancak sulh, bir menfaat mukabilinde mal üzerinde gerçekleşiyorsa gelecek zamana izafesi câizdir." şeklinde olur. Bu açıklamayla Şeyh'in mezkûr hükmün [yani sulhun şarta ta'lîk edilmeyeceği ve gelecek zamana izafe edilemeyeceği hükmünün] küllîliğinin bu tür bir sulh ile nakzedilmiş olacağı şeklindeki itirazı giderilmiş olmaktadır.

Yaptığımız bu açıklamanın aynısını Mevlâ Ayasuluğî *el-Mecma'* şerhinde Ebû Yûsuf ile Muhammed'in selem akdinin konusu olan malın teslim edilmesi külfet ve masraf gerektiriyorsa akitte zikredilmesinin gerekip gerekmeyeceği konusunda Ebû Hanîfe'ye muhalif olmaları konusunu açıklarken zikretmiştir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre selem akdinde malın teslim edileceği yerin belirtilmesi şart değildir. Malı teslim edecek kişi (müslem_ileyh) akdin vuku bulduğu yerde teslimatı yapar. Ayasuluğî bu tartışma hakkında şöyle demiştir: "*el-Înâye* müellifi, Ebû Hanîfe'den şöyle nakletmiştir: Şayet selem akdi denizin ortasında yapılmışsa mal orada mı teslim edilecek? Derim ki (Ayasuluğî): Zaruret yerleri, hükümlerden müstesnadır. Dolayısıyla Ebû Yûsuf ve Muhammed'i ilzam etmez."²

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, IV, 134.

2 Ayasuluğî, *Şerhu'l-Mecma'*, vr.143ab.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يتم هذا في الصلح عن مال بمال؛ لأنه كالبيع فلا يتعلق، وأما الصلح عن مال بمنفعة فلا يتمشى فيه قياسه على البيع؛ لأنه كإجارة فينبغي أن تصح إضافته كالإجارة.

[فاضل أمير] نقول: قال في التبيين: «إن الإجارة تتضمن تملك المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة» انتهى. إذا ثبت ٥
هذا فقد علم أن الصلح إذا كان عن مال بمنفعة لا ريب في أنه يتضمن تملك المنافع كالإجارة فيكون صحة إضافته ثابتا بالضرورة. ومن الضوابط الشرعية: أن مواضع الضرورة مستثناة من الأحكام الشرعية؛ فيكون هذا النوع من الصلح مستثنى من قوله: بطل الصلح بإضافته فكأنه قال: إلا الصلح عن مال بمنفعة فإنه لا يبطل حينئذ^١ إلى آخره. فلا يلزم ما ذكره الشيخ من ١٠
انتقاض كلية الحكم المذكور بهذا النوع من الصلح.

وهذا عين ما ذكره المولى الأياثلوغي في شرح المجمع فيما وقع خلاف صاحبين لأبي حنيفة -رحمه الله- في بيان مكان إيفاء المسلم فيه إذا كان له حمل ومؤنة حيث قالوا: لا يشترط بيان مكان إيفائه ويوفيه في موضع العقد. ١٥
وقال الشارح المذكور: «نقل صاحب العناية عن أبي حنيفة أنه قال: لو عقد السلم في لجة البحر أوجب التسليم هناك أقول: مواضع^٢ الضرورة مستثناة عن الأحكام فلا يكون إلزاما عليهما» انتهى.

١ -أ- حينئذ.

٢ وفي هامش أ: لا يخفى حسن موقع لفظ المواضع هنا.

4. Bir Şey Bâtıl Oldukta Onun Zımındaki Dahî Bâtıl Olur

[**Teshîl**] Bir kimse bir ton buğday almak üzere yüz dirhemi selem yoluyla [peşin olarak] verse, bir zaman sonra da birinci selem vadesine kadar başka bir ton buğdayın ziyade edilmesi üzerine sulh yapsalar ikinci akit câiz olmaz ve ayrıca ikinci tonu vermek gerekmez. Zira ikinci ton buğdayın satım bedelindeki payı müslem_ileyh üzerinde borç olarak kalır. Çünkü bu [sonradan yapılan] sulh akdiyle ilk akitten çıkmıştır; Borçla selem yapılmaz. Dolayısıyla satıcı birinci tonu ittifakla selem yapana (müşteri/rabbu's-selem) teslim eder. Ebû Hanîfe'ye göre satıcının indirimden dolayı elli dirhemi müşteriye teslim etmesi gerekir. Çünkü kural gereği akıllıların sözü imkân dâhilinde sahih sayılmalıdır. Burada taraflar birinci selemden anaparanın bir kısmını çıkarıp bu artışa dâhil etmek istemişlerdir. Dâhil etme işlemi ise bir engel bulunduğu için ittifakla sahih olmamıştır. Bu engel de Hz. Peygamber'in borcun borç mukabilinde satılmasına ilişkin yasağıdır. O zaman ikinci akit sahih olmaz. Ancak akitten sonra indirim yapmak câiz olduğu için çıkarmaya bir engel yoktur. Dolayısıyla da akit sahih olmuştur.

Ebû Yûsuf ve Muhammed'in gerekçesi şöyledir: Artış indirimi de kapsamış ve artışın bâtil olmasıyla birlikte -tıpkı sürenin geçmesinden sonra yapılan artış gibi- indirim de bâtil olmuştur. Bu sebeple bir şey iade etmesi gerekmez. Daha açık ifade edilecek olursa çıkarma [elli dirhem geri verilmesi] ikinci akdin kapsamında idi. İkinci akit bâtil olunca onun kapsamındaki şey de bâtil oldu. Zira ilke şudur: Bir şeyin kapsamında sabit olan şey onun bâtil olmasıyla bâtil olur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Ebû Yûsuf, açıklanan mehrin değil gizli mehrin ödenmesi gerektiğini savunmaktadır. Zira artış ikinci akit kapsamında sabit olmuştur. Akit bâtil olunca onun kapsamındaki şey de bâtil olacağından artış[ın ödenmesi] lazım gelmez. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise artış[ın ödenmesi] lazım gelir; çünkü, artış değil ikinci akit imkânsızdır. Bu husus 'Nikâh' bölümünde anlatılmıştı. Bu durumda Muhammed açısından iki durum arasında farkın ne olduğunun gösterilmesi gerekir. Çünkü Muhammed, burada sözü edilen ilkeyle amel etmiş, orada etmemiştir. Yani burada bir şeyin batıl olmasıyla onun zımında sabit olan şeyi batıl kabul etmiş, orada etmemiştir.

٤. الأصل: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه

[التسهيل] ولو أسلم مائة درهم في كُرِّ بُرِّ ثم تصالحا بعد زمان على زيادة
 كر آخر إلى أجل السلم الأول لم يجز العقد الثاني فلم يلزم الكر الثاني؛ إذ
 حظ الكر الثاني من الثمن يبقى ديناً على المسلم إليه بخروجه من العقد الأول
 بالصالح فلا يُسَلَّم بالدين فيدفع المسلم إليه الكُرَّ الأول إلى رب السلم وفقاً
 ٥ وعلى المسلم إليه رد نصف المائة إلى رب السلم عند أبي حنيفة للحط؛ إذ
 الأصل: أن تصحيح كلام العاقل يجب ما أمكن؛ وهما قد قصدا إخراج بعض
 رأس المال من السلم الأول وإدخاله في هذه الزيادة والإدخال لم يصح لمانع
 وفقاً لنهيه عليه السلام «عن دينٍ بدين»^١ فلم يصح العقد الثاني ولا مانع من
 الإخراج لجواز الحط بعد العقد فصَحَّ. ١٠

ولهما أن الحط تَضَمَّنَتْه الزيادة فبطل ببطلانها فلا يرد شيئاً كزيادة بعد المدة
 أي الإخراج ثبت في ضمن عقد الثاني فلما بطل بطل ما في ضمنه؛ إذ الأصل:
 أن ما ثبت ضمناً يبطل ببطلان المتضمّن.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يأمر أبو يوسف بمهر السر لا بمهر العلانية؛ إذ
 ١٥ الزيادة ثبتت في ضمن العقد الثاني فلما بطل ما في ضمنه فلا يلزم الزيادة.
 وقالوا: تلزم لامتناع العقد الثاني لا الزيادة فيلزم الفرق على محمد؛ لأنه عمل
 هنا بالأصل المذكور لا ثمة إلى آخره.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in Muhammed'e olan itirazının ve mehir ile selem konusundaki farklı tutumu arasındaki farkın ne olduğunu sorgulamasının özü şudur: Sulh bahsinde -yani bir ton buğday almak üzere yüz dirhem selem yoluyla [peşin olarak] verilmesi ve bir süre sonra da tarafların birinci selem vadesine kadar bir ton buğday daha ilave edilmesi üzerine sulh yapmaları meselesinde- Muhammed, "Selemin sermayesi olan yüz dirhem elli dirheme düşürülmesi, [daha sonra gerçekleştirilen] bir ton buğday daha ilave edilmesi işleminin zımında sabit olmuştur. İlave işlemi bâtil olunca onun zımında sabit olan 'selemin sermayesinden elli dirhemlik indirim' de bâtil olmuştur." demek suretiyle anılan ilkeyi -yani "Bir şeyin kapsamında olan şey o şeyin bâtil olmasıyla bâtil olur." ilkesini uygulamıştır. Mehir meselesinde ise, tazammun eden şey -yani aleni akit- batıl olmasına rağmen, aleni akit zımında -gizli akitte kararlaştırılan mehrin üzerine- gerçekleşen mehir ilavesinin batıl olacağını söyleyerek bu ilkeyi uygulamamıştır. Şeyh'in Muhammed'e olan itirazının ve iki mesele arasındaki farkın ne olduğunu sorgulamasının özü budur.

Bilesin ki: *el-Bedâi'*in mehir bölümünde Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşünü gerekçelendirme sadedinde şöyle denilmiştir: "Taraflar nikâh akdini gizlice belli bir mehir üzerinden yaptıktan sonra -önceki gizli anlaşmalarında aleni yapılacak akdin 'desinler'e yönelik olacağını zikretmeksizin- aleniyette öncekinden daha fazla bir mehirle nikâh akdi yapsalar, Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre mehir, insanlar içinde açıkça zikredilen miktar olur. Bu görüşün gerekçesi şudur: Taraflar [aleni olarak ikinci bir nikâh akdi yapmakla] iki şeyi kastetmişlerdir: [1] akdi yeniden yapmayı ve [2] mehri artırmayı. Nikâh akdinin feshe ihtimali olmadığı için akdin yeniden yapılması sahih değildir, [fakat] mehrin artırılması sahihtir. Çünkü bu durumda erkek mehre bin dirhem veya yüz dinar ilave etmiş gibi olur."¹ Yapılan bu açıklamayla Muhammed açısından iki mesele arasındaki farkın ne olduğu ortaya çıkmıştır. O fark şudur: Sulh meselesinde sulh akdinin tarafları sadece başka bir ton buğdayı vermeyi ve kabzetmeyi kastetmişler, [fakat] ikinci akit fâsit olduğu için bu kasıt gerçekleşmemiş ve kasıt bâtil olunca zımında bulunan indirim de bâtil olmuştur. Mehir meselesinde ise akdin yenilenmesi ve mehrin artırılması işlemlerinden her biri ayrı ayrı kastedildiği için biri diğerine tabi olmayıp diğerinin zımında sabit olmuş değildir. Bu nedenle ikinci akdin bâtil olması mehre yapılan ziyadenin de bâtil olmasını gerektirmez. Velhasıl, mehir meselesi, zikredilen aslın bir fer'i değildir. Bu böyle.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, II, 287.

[فاضل أمير] نقول: حاصل اعتراضه على محمد ومطالبته بالفرق: هو أنه عمل في مسألة الصلح يعنى فيما أسلم مائة درهم في كر بر ثم تصالحا بعد زمان على زيادة كر آخر إلى أجل السلم الأول بالأصل المذكور يعني بقولهم: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه حيث قال فيها: إن حط نصف المائة الذي هو رأس مال السلم إنما ثبت في ضمن زيادة كر آخر فلما بطلت الزيادة بطل ما في ضمنها من حط نصف رأس المال. وأما في مسألة المهر فلم يعمل محمد بهذا الأصل؛ لأنه لم يقل ببطان زيادة مهر ثبتت في ضمن عقد العلانية الذي كان بعد عقد السر مع أن المتضمن الذي هو عقد العلانية قد بطل. هذا هو حاصل اعتراضه ومطالبته بالفرق بين المسألتين.

١٠ فاعلم أنه قد قال في فصل المهر من البدائع عند ذكر الدليل من جانب أبي حنيفة ومحمد -رضي الله عنهما- لقولهما: «بأنه إذا عقد على مهر مسمى في السر ثم في العلانية على مهر زائد من الأول من غير أن يذكر في المواضع السابقة أن ذلك سمعة فالمهر ما ذكره في العلانية في قول أبي حنيفة ومحمد. وجه قولهما: أنهما قصدا شيئين: استئناف العقد وزيادة على المهر واستئناف العقد لا يصح لأن النكاح لا يحتمل الفسخ والزيادة صحيحة فصار كأنه زاد ألفاً أخرى أو مائة دينار» انتهى. فظهر منه وجه الفرق لمحمد بين المسألتين وهو أن في مسألة الصلح لم يقصد المتصالحان إلا دفع كر آخر وقبضه ولم يمكن هذا لفساد العقد الثاني فبطل هذا المقصود وبطل ما تضمنه من الحط، وأما في مسألة المهر فقد كان كل من الاستئناف وزيادة المهر مقصودا بنفسه ولم يكن واحد منهما تابعا ثابتا في ضمن الآخر فلم يلزم من بطلان الاستئناف بطلان الزيادة. ٢٠ والحاصل أن مسألة المهر لم تكن من فروع الأصل المذكور هذا.

Yine bilesin ki; Mısırlı İbn Nüceym *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*'in üçüncü bölümünün sonunda sözkonusu aslı şöyle zikretmiştir: “Faydalı bir not: Bir şey bâtil olduğunda onun zımnında olan da bâtil olur. Bu kural fakihlerin ‘Mutazammın (İçeren) bâtil olduğunda mutazamman (içerilen) de bâtil olur.’ sözüyle kastettikleri anlam da budur.”¹ İbn Nüceym bu ilke kapsamına giren birkaç fer‘î mesele, kapsam dışı kalan birkaç örnek zikretmiştir. İbn Nüceym’in orada zikrettiklerini burada tekrar zikretmeye gerek yoktur. Ancak *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*'in şerhi olan *Tenvîru'l-Besâir*'de, bu konuda vaki olan bir zan ve hatadan bahsetmenin gereğine inanıyorum. Şârih şöyle demektedir: Meşâyihimiz bu hususta mutazammın’ı batıl olmadığı hâlde mutazamman’ın -bir görüşe göre- batıl olduğu bir örnek zikretmişlerdir. O örnek de abdesti bozan şeylerden bahsederken söyledikleri şu husustur: Gusül abdesti alıp namaza duran ve namazdayken yüksek sesle gülen kim-
 5 senin gusül abdestinin bozulmayacağında meşâyihimiz ittifak etmiş; gus-
 10 lün zımnında olan abdestin bozulup bozulmayacağında ihtilaf etmişlerdir. Meşâyihin çoğunluğuna göre bu durumda abdest bozulmaz. Bu görüşe göre söz konusu ilkeyle ilgili bir problem yoktur. Kâdîhân gibi bazı müte-
 15 ahhirun fukaha ise bu durumda abdestin bir ceza olarak bozulacağı görüşünü sahih bulmuşlardır. Bu görüşe göre en başta ifade ettiğimiz şey sahih
 20 olmaktadır. Yine derim ki: Meşâyihin çoğunluğunun görüşü, *el-Matla-
 bu'l-Fâik* adlı *Kenzu'd-Dekâik* şerhinde sahih kabul edilmiştir. Söz konusu ilkeye göre hareket etmek adına buna itimat edilmesi gerekir.”

Basiretli tenkitçiye aşikâr olduğu üzere burada abdestin kahkaha ile bozulup bozulmamasının söz konusu ilke ile ilgisi yoktur. Evet, şayet ilke,
 25 “Tazammun eden bâtil olmazsa tazammun edilen bâtil olmaz.” şeklinde olsaydı şârihin söylediğinin bir anlamı olabilirdi.

5. Müşterek Alacakta Ortaklardan Birinin Kendi Hissesi Karşılığında Borçlu ile Sulh Yapması

[Teshîl] İki kişinin bir kimse üzerinde alacağı olsa, alacaklılardan birisi
 30 kendi payı için bir elbise üzerine sulh yaptığında, eşitliği sağlamak adına, diğer ortak bu elbiseye payı oranında ortak olur. Ancak diğer ortağın payını -yani sulh yapanın payından kendisine düşeni- tazmin etmesi durumunda elbisede ortaklık gerçekleşmez.

1 İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 463.

ثم اعلم أن مولانا الفاضل ابن نجيم المصري قد ذكر في أواخر الفن الثالث من الأشباه والنظائر الأصل المذكور بقوله: «فائدة: إذا بطل الشيء بطل ما ضمنه وهو معنى قولهم: إذا بطل المتضمّن - بالكسر - بطل المتضمّن»، وعد فروعا دخلت فيه وذكر ما خرج عنه ولا حاجة إلى ذكر ما ذكر فيه ولكن لا بد من التنبيه على ما وقع في شرح الأشباه والنظائر المسمى بتنوير البصائر ٥ من الظن والهفوة وهو قوله: «قلت: وقد نقل مشايخنا -رحمهم الله- فرعا وجعلوا الحكم فيه على أن المتضمن -بالفتح- بطل من غير أن يبطل متضمنه -بالكسر- في قول. وهو ما قالوا في نواقض الوضوء: لو اغتسل الشخص وشرع في الصلاة ثم فقهه اتفقوا أنها لا تبطل الغسل واختلفوا هل ينقض الوضوء الذي في ضمن الغسل؛ فعلى قول عامة المشايخ لا ينقض وعليه فلا كلام، وصحح المتأخرون كقاضيخان النقض عقوبة له، وعليه صح ما قلنا. قلت: وضح قول عامة المشايخ في المطلب الفائق شرح كنز الدقائق وينبغي اعتماده جريا على الضابط المذكور» انتهى.

لا يخفى على الناقد البصير أنه لا مدخل لبطلان هذا الوضوء بالقهقهة وعدم بطلانه في الضابط المذكور، نعم لو كان الضابط: لا يبطل المتضمن -بالفتح- إن لم يبطل المتضمن -بالكسر- لكان لما قاله وجه.

٥. مصالحة أحد الشركاء في دين مشترك عن حصته

[التسهيل] لو دين لهما على رجل فصالح أحدهما عن حظه على ثوب شركه الآخر بحسب حظه إلا أن يُضمّن حظه أي ما يصيبه من نصيب المصالح للتسوية ولذا لو قبض حظه شركه فيه. ٢٠

Bu hükmün aslı şudur: İki kişinin müşterek alacağının bir kısmını ortaklardan birisi aldığında, diğer ortağın alınan bu mala ortak olma hakkı vardır. Çünkü alacak, tahsil edilmekle artmış olur. Çünkü ayn, deyn'den [yani somut eşya, soyut alacaktan] daha iyidir. Şöyle ki; borç aslında mal değildir ve ancak alınıp kabzedilmekle mal hâline gelir. Sözü edilen artış hakkın aslına dayanmaktadır ve hakkın aslı bu iki kişi arasında ortaktır. Aynı şekilde bu artış da [hakkın aslına dayanması itibarıyla], [malda meydana gelen] yavru ve meyve mesabesinde ve kabz edilene diğer ortağın ortaklık hakkı vardır. Fakat kabz edilen şey, ortaklıktan önce, kabz eden ortağın mülkiyetindedir. Zira ortağın hakkı deyn'dir; kabz edilen ise ayn'dır ve ayn, deyn'den başka bir şeydir. Bu ayn'ı kabz eden ortak, onu kendi hakkının bedeli olarak kabz etmiş ve ona malik olmuştur. Öyle ki; o mal üzerinde yaptığı bağışlama ve alacaklısının borcunu ödeme gibi tasarrufları nâfız olur ve ortağının hissesini tazmin eder. Zira ortaklık hakkı devam etmektedir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Alacağın bir kısmını teslim alan ortağın buna sahip olması, alacağın borçlunun zimmetindeyken taksim edilmesi anlamına gelir ki bu, ilerde geleceği üzere, câiz değildir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu itirazı sanki fakihlerin, "Alacağın bir kısmını borçludan alan ortak ona sahip olur ve ondaki tasarrufu geçerlidir." sözüne yöneliktir. Ancak onların sözleri tahkik edildiğinde bu itiraz mahâl olmadığı görülür. Şöyle ki: Fakihler kabzedilen ortağın kabzettiği mala malik olma keyfiyetiyle ilgili olarak, 'Kabzedilen ortak kabzettiği mala [yarısı kendisinin diğer yarısı da öteki ortağının olacak şekilde] şâyi hisseli olarak malik olmuştur.' demişlerdir. Yani -ileride geleceği üzere- kabzedilen mal yalnızca kabzedene ait olmayıp diğer ortağın da kabzedilen malda ortaklık hakkı vardır ve dilerse ondan kendi payını alabilir. Kabzedilen ortağın kabz ettiği mala malik olması bu şekilde olunca zimmetteki alacağın henüz kabzedilmeden önce taksim edilmesi durumundan söz edilemez. Şayet kabzedilen miktarın yalnızca kabzedene ait olduğu, borçlunun zimmetinde kalan kısmın ise diğer alacaklı ortağa ait olduğu söyleneydi o zaman alacağın kabzedilmeden önce taksim edilmesinden söz edilebilirdi. Zikredilenlerden ve fakihlerin "Ortağın hakkı alacaktır (deyn), kabzedilen ise ayn'dır ve ayn deynden başkadır. Alacağı tahsil eden kişi, bunu kendi hakkında bedel olarak kabzetmiştir ve bu nedenle de ona malik olur..." sözlerinden anlaşılan şudur: Kabzedilen malda kabzedilen için "hakikat-ül-mülk" (gerçek mülkiyet), diğer ortak için ise "hakku't-temellük" (mülkiyet hakkı) söz konusudur. Birincisi daha kuvvetli olduğu için kabzedilen kabzettiğinde tasarruf edebilir.

وأصله: أن الدين المشترك بينهما إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه فيما قبض؛ لأنه ازداد بالقبض إذ العين خير من الدين؛ لأن الدين ليس بمال في الأصل وإنما يصير مالاً بالقبض وهذه الزيادة مستندة إلى أصل الحق وأصل الحق كان مشتركاً فكذا الزيادة بمنزلة الولد والثمر وكان له أن يشاركه في المقبوض ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض؛ لأن حق الشريك في الدين والمقبوض عين والعين غير الدين وقد قبضه بدلاً عن حقه فملكه حتى ينفذ تصرفه فيه هبة وقضاء دين غريمه ويضمن لشريكه حصته؛ لأن حق المشاركة كان ثابتاً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو ملكه القابض يلزم قسمة الدين حال كونه في الذمة وهي لا يجوز كما سيجيء.

[فاضل أمير] نقول: كأن هذا اعتراض منه على قولهم: «فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه» ولكن لا ورود لهذا إذا حقق قولهم فيه؛ لأنهم قالوا في كيفية كون القابض مالكا لما قبضه: إنه يملكه مشاعاً بمعنى أن لشريكه حق المشاركة في المقبوض لو أراد أن يأخذ حصته منه كما سيأتي ولا يختص المقبوض بقابضه.

فإذا كان تملك القابض به على هذا الوجه لم يلزم منه قسمة الدين قبل القبض وإنما يلزم أن لو قيل: إن المقبوض يختص بالقابض ويبقى نصيب الشريك في ذمة الغريم مختصاً به. فكان الاستفادة من المذكور ومن قولهم: إن حق الشريك في الدين والمقبوض عين والعين غير الدين وقد قبضه بدلاً من حقه فملكه إلى آخره: أن للقابض حقيقة الملك في المقبوض وللشريك حق التملك فيه والأول أقوى فيجوز تصرفه فيه.

Burada üç mesele vardır. Şöyle ki; ortaklık ya deyn ya da ayn üzerindedir. Ortaklığın konusu deyn ise sulh yapan ortak kendi hissesi karşılığında, ya deynle aynı cinsten (alacağın cinsinden) olmayan bir şey üzerine veya deynle aynı cinsten bir şey üzerine sulh yapmıştır.

5 [1] Sulh, eğer, -mesela dirhemlere karşılık bir kumaş almak gibi- deynin cinsinden olmayan bir şey üzerine olmuşsa diğer ortak, kendi payını almak üzere borçluya rüçû etmekle ortağının sulh yaptığı şeyin -aralarındaki ortaklık yarı yarıya ise- yarısını almak için ortağına rüçû etmek arasında muhayyerdir. Sulh yapan ortağına rüçû etmesi durumunda sulh yapan ortak
10 borçludan aldığı malın yarısını vermekle deynin [toplam alacağın] dörtte birini vermek arasında muhayyerdir.

[2] Sulh eğer deyn cinsinden bir şey üzerinden yapılmışsa diğer ortak, alınana ortak olur veya [kendi hissesini almak için] borçluya rüçû eder. Bu durumda kabzedene ortak için bir muhayyerlik yoktur. Çünkü onun kendi hissesini tahsil
15 etmesi, alacağın bir kısmını kabzetmek mesabesinde ve ortaklardan birinin alacağın bir kısmını kabzetmesi durumunda hüküm ya diğer ortağın kabzedilene ortak olması ya da kendi hissesini almak için borçluya rüçû etmesidir.

[3] Ortak olunan şey ayn [muayyen bir mal] ise ve ortaklardan biri kendi hissesi karşılığında bir bedel üzerine sulh yapmışsa, bu sulh akdi, her
20 yönden bir muâvaza işlemi olduğundan, sulh yapan ortak aldığı bedelin sahibi olur ve diğer ortağın kabzedilen bedelde ortaklık hakkı yoktur.

Yapılan bu açıklamalar *et-Tebyîn*¹ ve diğer fıkıh kitaplarında zikredilenlerin özetidir. Geriye değinilmesi gereken önemli bir nokta kalmıştır, o da şudur: Ortaklardan biri alacağın kendi hissesine tekabül eden kısmını normal
25 bir ödeme olarak veya sulh yoluyla alıyor; diğer ortak kendi payını borçludan almak üzere, ortağının kabzettiğini ona bırakıyor. Ancak borçlu iflas ettiği için ödeme yapma imkânını kaybediyor. Bu durumda alacağını tahsil edemeyen ortak diğer ortağına rüçû ederek onun kabzettiğini paylaşabilir. Zira bu ortak diğer ortağın alacaklıdan aldığını ona bırakırken kendi hissesini borçludan
30 alabileceğini ümit ediyordu. Tahsil edemeyince kabzedilendeki hakkı tekrar dönmüş oldu. Nitekim Şeyh de *el-Kâfî*'den nakletmek suretiyle bu hususa açıkça değinecektir. Derim ki: Anlaşıldığı kadarıyla bu hüküm, *el-Hâniyye*'de alım satım bölümünün vekilin tasarrufları faslında ve yine aynı kitabın şufa bölümünde zikredilen bir aslın fer'idir. Söz konusu asıl şudur: Bir maksada
35 mebni olarak girişilen tasarruf, bu maksadın ortadan kalkmasıyla bâtil olur.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, V, 45.

وههنا ثلاث مسائل؛ لأن ما اشتركا فيه إما دين أو عين، وإذا كان دينا إما

صالح أحدهما عن حصته على غير جنس الدين أو على جنسه؛

فإن كان على غير جنسه كأن صالح عن دارهم الدين على ثوب مثلا فلشريكه

الخيار بين أن يرجع على المدين بنصيبه وبين أن يأخذ نصف ما وقع عليه الصلح

إن كانت شركتهما مناصفة، وإذا رجع على المصالح كان للمصالح الخيار حينئذ

بين أن يدفع نصف ما وقع عليه الصلح وبين أن يدفعه ربع الدين.

وإن كان صلح المصالح على جنس الدين يشاركه شريكه فيه أو يرجع إلى

المدين وليس للقابض هنا خيار؛ لأنه بمنزلة قبض بعض الدين، والحكم فيما

قبض أحد الشريكين بعض الدين إما مشاركة الآخر فيما قبض أو الرجوع بحصته

إلى المدين. ١٠

وأما إذا كان ما اشتركا فيه العينَ فصالح أحد الشريكين عن حصته فيها ببدل

فيختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه أن يشاركه فيه؛ لأنه معاوضة من

كل وجه. هذا خلاصة ما ذكر في التبيين وغيره.

بقي هنا مهم لا بد من التنبيه عليه وهو: أن أحد الشريكين إذا قبض حصته

من الدين استيفاء أو صلحا وسلم الآخر للقابض ما قبضه على أنه يتبع الغريم

فتؤى حظه على الغريم فإنه يرجع على شريكه ويشاركه؛ لأنه ما رضي بتسليم

المقبوض له إلا لسلامة حقه من الغريم فإذا لم يسلم عاد حقه في المقبوض

كما سيصرح به الشيخ أخذًا من الكافي. أقول: الظاهر أن هذا من فروع أصل

ذكره في الخانية في تصرفات الوكيل من كتاب البيوع وفي هذا الكتاب في كتاب

الشفعة وهو قولهم: إن من باشر التصرف لغرض يبطل ببطلان الغرض. ٢٠

6. Üzerinde Sulh Yapılan Bedelin Başkasına Ait Çıkması

[**Teshîl**] Bir kimsenin inkâr edilmiş bir borçtan yaptığı sulh işlemiyle aldığı câriyeden çocuğu olsa, daha sonra bu câriyenin başkasına ait olduğuna dair beyyine getirilse ve câriyenin sahibi câriyeyi, câriye ile cinsel ilişkiye girmenin tazminatını (ukr) ve çocuğunun kıymetini alsın, sulh yapan kişinin [önceden var olan alacak] davası geri döner. Alacağı eğer beyyine veya yeminden kaçınma yoluyla sabit olmuşsa, dava konusu hakkını ve çocuğunun kıymetini alır. Zira her iki taraftan da mal tahakkuk ettiği için, yapılan sulh işleminin bir satım akdi olduğu ortaya çıkmıştır. Satım hükümleri ortaya çıkınca da davalı çocuğun sorunsuz teslimini (selâmet) üstlenmiş olur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Borç sabit olmadığında çocuğun kıymetini almaması gerekir. Çünkü davalı, çocuğu sorunsuz teslim yükümlülüğü altına girmemiştir. Zira o, câriyeyi, bir satım akdinin gereği olarak değil, husûmeti ortadan kaldırmak ve yeminden kurtulmak için vermiştir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Fakihlerin, deynin sübutunun, beyyine veya yeminden kaçınma yoluyla olması hâlinde davacının, çocuğunun kıymetini davalıdan alması konusundaki söyledikleriyle Şeyh'in deynin sübut bulmaması hâlinde davacının, çocuğunun kıymetini davalıdan alamaması konusunda kendi fihhi çıkarımı olarak söylediği şeyler aldanan/aldatılan tarafın aldatana rüçû etmesine ilişkin ilkeye dayanmaktadır. Bu ilke şudur: "Aldatılan, aldatana sadece aldatmanın muâvazalı bir akit kapsamında gerçekleşmesi durumunda veya aldatanın, aldatılan lehine sorunsuz teslim edilebilirlik vasfına doğrudan kefil olması durumunda rüçû edebilir. Çünkü alacağın beyyine veya yeminden kaçınma yoluyla sabit olması durumunda sulh, satın alma sayılır ve davacının davalıyı aldatması, başkasına ait câriyeyi muâvazalı bir akit kapsamında ona vermesiyle gerçekleşmiş olur. İşte davalıya lazım gelen borç [çocuğun kıymeti] için rüçû hakkı bu işlem üzerine terettüp eder.

Alacağın beyyine ile sabit olmaması hâlinde ise sulh, Şeyh'in de dediği gibi, satın alma olmaz; aldatma muâvazalı bir akdin zımında gerçekleşmiş olmaz ve davalı, sorunsuz teslim edilebilirlik vasfına dair bir garanti vermiş olmaz. Dolayısıyla da davalıya lazım gelen borç -ki bu çocuğun kıymetidir- için rüçû hakkı bu işlem üzerine terettüp etmez.

٦. استحقاق بدل الصلح

[التسهيل] ولو أولد أمة أخذها صلحاً عن دين جُحد فاستُحقت بالبينة فأخذها المستحق وعُقرها وقيمة ولدها رجع دعواه، فلو ثبت الدين ببينة أو نكول أخذ حقه المدعى وأخذ قيمة ولده؛ إذ ظهر أن الصلح شراء لتحقق المال من الطرفين فيظهر أحكام الشراء فكان ملتزماً لسلامة الولد. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: إذا لم يثبت الدين ينبغي أن لا يأخذ قيمة الولد؛ إذ المدعى عليه لم يلتزم سلامة الولد؛ لأنه دفع الأمة قطعاً للخصومة وفداء ليمينه لا بيعاً.

[فاضل أمير] نقول: مبنى ما قالوه فيما كان ثبوت الدين بالبينة أو النكول من أخذ المدعي قيمة ولده عن المدعى عليه وما قاله الشيخ تفقها منه فيما لم يثبت الدين من عدم أخذه قيمة ولده منه على ما ثبت منهم من الأصل في رجوع المغرور على الغار: وهو أن المغرور إنما يرجع على الغار لو حصل الغرور في ضمن عقد المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً؛ لأن في صورة ثبوت الدين بالبينة أو النكول يكون الصلح شراء فيكون تغرير المدعى عليه المدعي بدفعه إليه أمة الغير في ضمن عقد المعاوضة فيترتب عليه الرجوع بما لزمه من الغرامة. ١٥

وأما في صورة عدم ثبوت الدين بالبينة فلم يكن الصلح شراء كما قاله ولم يكن التغرير في ضمن عقد المعاوضة ولم يضمن المدعى عليه للمدعي صفة السلامة فلم يترتب عليه الرجوع بما لزمه من الغرامة وهي قيمة الولد.

Bilesin ki; söz konusu ilkeyi Şeyh, *Câmi'ü'l-Fusûleyn*'in otuz üçüncü faslında, Molla Hüsrev, *ed-Dürer* ve *el-Gurer* kitabının kefâlet bölümünde ve diğer fakihler de ilgili yerlerde zikretmişlerdir. *el-Fetâvât-Tâtarhâniyye*'nin yirmi üçüncü faslının kefâlet bölümünde *-es-Sirâciyye*'den naklen
5 şöyle denilmiştir: “Ev sahibi kendisine merkebi ile gelen ve merkebinin kurt tarafından parçalanmasından endişe eden misafirine ‘Şayet merkebin kurt yerse ben kefilim.’ dese ve merkebi kurt yese ev sahibi tazmin etmez.” Aşıkâr olduğu üzere *et-Tâtarhâniyye*'de verilen bu örnek söz konusu ilkeye uymamaktadır. Çünkü bu örnekte aldatan (ev sahibi) aldanana merkebine
10 bir zarar gelmeyeceğine dair “Ben ona kefilim.” diyerek kefil olmuştur. Bu ilkeye göre ev sahibinin merkebe gelen zararı tazmin etmesi gerekir. Daha sonra *el-Hulâsa*'da ve Kerekî'nin *Feyzu'l-Mevlâ* adlı kitabında şöyle denildiğini gördüm: Bir kimse diğerine “Şayet seni veya evladını filan kişi hata ile öldürürse ben diyete kefilim.” dese kefâleti sahih olur. Buna mukabil “Seni
15 yırtıcı bir hayvan parçalarsa kefilim.” demesi sahih değildir. Yine “Filan kişi veya şu kavimden biri senin malını gasbederse ben kefilim.” dese sahihtir. Buna mukabil genel bir ifade kullanarak “Birisinden bir şey gasbederse ben kefilim.” dese kefâlet geçerli olmaz.¹ Bu değerlendirmeler söz konusu ilkeye ilişkin bir kayıt getirmektedir. O da şudur: Aldatanın sorunsuz tes-

20 lim (selamet) garantisi, eğer yırtıcı hayvanlardan gelecek bir zarara karşı ise sahih olmaz. Garanti, eğer insanlardan gelecek bir zarara karşı ise; [a] eğer filan kişi veya kavimden biri veya Zeyd veya Amr gibi hâs bir lafız (özel isim) kullanılarak [bunlardan gelecek zarara karşı] garanti verilmişse sahih olur. [b] Eğer ‘insan’ gibi âmm (genel) bir lafız kullanılmışsa geçerli olmaz.
25 Ayrıca söz konusu ilke ile *et-Tâtarhâniyye*'de zikredilen mesele uzlaştırılmış olmaktadır. Fakat geriye *Cevâhîrül-Fetâvâ*'nın kefâlet bölümünün başında geçen şu meseleye ilişkin bir sözümüz kaldı. Mesele şöyle: “Köy halkı kendilerine şerrinin dokunacağından endişe ettikleri bir adamı köyden çıkarmak istiyor. Adamın biri çıkıp ‘Bu adamdan zarar namına ne sadır olursa ben kefilim.’ diyor. Şerli adam daha sonra
30 başka bir adamla birlikte köy halkına ait büyük bir malı alarak köyden çıkıyor. Bu durumda kefil olan adamın bir şey tazmin etmesi gerekmez.” Söz konusu ilke ve ona getirilen kaydın gereğine göre bu meseledeki hüküm, kefil olan adamın tazmin etmesinin gerekli olmasıydı.

1 Kerekî, *Feyzu'l-Mevlâ*, vr. 255b.

- واعلم أن الأصل المذكور مما ذكره في الفصل الثالث والثلاثين من جامع
 الفصولين وفي كتاب الكفالة من الدرر والغرر وغيرهما. وقد قال في الفصل
 السادس والعشرين من كتاب الكفالة من التاتارخانية السراجية: «رجل قال لضيفه
 وهو يخاف على دابته من الذئب: إن أكل الذئب حمارك فأنا ضامن فأكله الذئب
 لم يضمن» انتهى. ولا يخفى أن هذا لا يلائم الأصل المذكور؛ لأن في هذه
 الصورة قد ضمن الغار للمغرور صفة السلامة نصا حيث قال: أنا ضامن فكان
 مقتضى الأصل الضمان فيها. ثم رأيت أنه قال في الخلاصة وفيض المولى
 للكركي ولو قال: إن قتلك أو ابنتك فلان خطأ فأنا ضامن الدية صح بخلاف
 قوله: إن أكلك سبع، ولو قال: إن غصب فلان مالك أو أحد من هؤلاء القوم فأنا
 ضامن لك صح. ولو عمم فقال: إن غصبك إنسان شيئا فانا له ضامن لا يصح»
 انتهى. فحصل منه تقييد للأصل المذكور وهو: أن ضمان الغار السلامة إن كان
 مما يصيبه من السباع لا يصح وعلى تقدير أنه مما يصيبه من الإنسان إذا جاء
 بلفظ خاص كفلان أو أحد من القوم أو زيد أو عمرو يصح الضمان، وإن بلفظ
 عام كإنسان لا يصح.
- وأیضا ظهر منه التوفيق بين الأصل وبين ما في التاتارخانية ولكن
 بقي كلام فيما قال في جواهر الفتاوى في أول كتاب الكفالة: إن أهل قرية
 أرادوا إخراج رجل عن القرية مخافة شره فقال رجل: «هر چه شمارا برسد
 ان وغرامه وضرر آن برمن» ثم إن هذا الرجل خرج من القرية مع آخر
 بأموال كثيرة لأهل القرية لا يجب على الضامن شيء» انتهى. فعلى مقتضى
 الأصل المذكور وتقييده كان الحكم في هذه الصورة وجوب الضمان؛

Zira aldatan [kefil olan] kişi, açık bir ifadeyle selameti [bir zarar gelmeyeceğini] garanti etmişti ve garanti edilen şey de özellikle insan türünden gelmesi muhtemel bir zarar idi. Allah bilir ya, bu meselede tazminin olmamasının, -‘Şerli adam daha sonra başka bir adamla birlikte... köyden çıkıyor.’ ifadesinden anlaşıldığı üzere- başka birinin kötü adamla birlikte suça iştirak etmesinden kaynaklandığı söylenebilir.

Bu değerlendirmeye şunu da ilave edebiliriz. Şeyh *Câmi’u’l-Fusûleyn*’in otuz üçüncü faslında şöyle demiştir: “*Fevâidu Zahiruddîn*’de şöyle denilmektedir: Bir adam diğerine; ‘Şu yol emindir; oradan git!’ demiş ve adam da o yoldan giderken hırsızlar malını çalmışsa, ‘Yol emindir.’ diyen adam bir şey tazmin etmez. Yol gösteren ‘Eğer yol tehlikeliyse ve malın alınırsa ben kefilim.’ demişse [yine tazmin etmez.] *el-Muhîtu’l-Burhânî*’de ise aynı meselede kişinin tazmin edeceği söylenmiştir. ‘Malın alınırsa ben kefilim.’ sözü hakkında zikredilen cevap, Kudûrî’nin zikrettiklerine aykırıdır. Kudûrî der ki: Bir kimsenin diğerine ‘İnsanlardan biri senden bir şey gasbederse veya alım satım yaptığın kimselere ben kefilim.’ demesi bâtıldır.”

Şeyh’in *el-Muhîtu’l-Burhânî*’den -Kudûrî’ye nispetle- naklettiği ‘bu meselede kefâletin bâtıl olacağı’ görüşü, söz konusu ilkeye, *Fevâidu Zahiruddîn*’den naklettiği ‘kefâletin vâcip olacağı’ görüşünden daha uyundur. Çünkü yol gösteren şahsın ‘şayet malın çalınırsa’ sözünde garanti edilen, umumi bir şey olup sanki ‘senin malını insanlardan herhangi bir kimse çalarsa’ şeklinde denilmiş gibi olur ve bu da ‘insanlardan seni kim senden bir şey gasbederse’ demek kabilinden olur. *el-Hulâsa* ve diğer kitaplarda nakledildiği üzere garanti eden umumi bir ifade kullanırsa tazmin etmez. İyi düşün!

لأنه ضمن الغار صفة السلامة نصا وكان المضمون منه من نوع البشر خاصا اللهم إلا أن يقال: إن عدم وجوب الضمان في هذه الصورة قد نشأ من اشتراك الغير مع هذا الرجل على ما دل عليه قوله: خرج من القرية مع آخر.

وبعد اللتيا والتي قال في الفصل المذكور من جامع الفصولين: «وفي فوائد ٥
 ظهير الدين: قال له: اسلك هذه الطريق فإنه آمن فسلك فأخذه اللصوص لا يضمن ولو قال: لو مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن والمسألة بحالها ضمن. المحيط البرهاني: ما ذكر من الجواب في قوله: فإن أخذ مالك فأنا ضامن يخالف لما ذكره القدوري فقد ذكر: أن من قال لغيره: من غصبك من الناس أو من بايعت من الناس فأنا ضامن لذلك فهو باطل» انتهى.

١٠ فلا يذهب عليك أن ما نقله من المحيط معزوا إلى القدوري من بطلان الضمان في هذه الصورة أوفق بما قررناه من الأصل المقيد مما نقله عن فوائد ظهير الدين من وجوب الضمان؛ لأن قوله: فإن أخذ مالك يقدر فيه المضمون منه عاما فكأنه قال: إن أخذ أحد من الناس فصار من قبيل من غصبك من الناس، وقد نص في الخلاصة وغيره على أنه إذا عمم لا يضمن فالتأمل.

HİBE

1. Sahih Olup Olmama Açısından Hurmanın İçindeki Çekirdeğin Hibe Edilmesi ile Satılması Arasındaki Fark

[Teshîl] Hibe edenin mülkünden ve haklarından ayrılmış olan şeyin ve bir kölenin yarısı gibi taksim edilemeyen şâyi hisseli bir malın hibe edilmesi sahihtir. 'Taksim edilemeyen şey', köle ve binek hayvanı gibi taksime ihtimali olmayan şeydir. Bu gibi şeyler bölündükten sonra bunlardan yararlanılması mümkün olmaz. Yani küçük bir ev ve küçük bir hamam gibi taksimden önce kendisinden elde edilen menfaatin aynısı, taksimden sonra elde edilemez.

Bölünebilen şâyi hisseli bir malın hibe edilmesi, hibe edene teberru kapsamında olmayan taksim yükümlülüğü getireceğinden, bize göre, câiz değildir. Diğer üç imama göre ise hibe, satım akdi gibi bir temlik olup tıpkı satılması gibi şâyi hisseli olarak hibe edilmesi sahihtir.

Bölünebilen bir malın şâyi hisseli olarak hibe edildikten sonra taksim edilip hibe edilene teslim edilmesi durumunda ise yukarıda sözü edilen cevaz engeli ortadan kalkmış olacağı için, hibe sahih olur.

Hayvanın memesindeki sütün, koyunun sırtındaki yünün, topraktaki ekin ve hurma ağacının, ağaçtaki meyvenin hibe edilmesi sahihtir. Aynı şekilde bunların tersi de yani sütü hariç tutularak ineğin, yünü hariç tutularak koyunun hibe edilmesi de şâyi hisseli bir malın hibesi konumunda olup sahihtir. Çünkü taksim edilebilen şâyi hisseli mallarda hibenin câiz olmamasının sebebi, ayırma imkânı olduğu hâlde hibe edilen kısmın, hibe edenin mülkiyetinde olup da hibe edilmeyen kısım tabiat olarak bitişik olmasıdır. Bu ise bölünebilen diğer şâyi hisseli mallarda olduğu gibi kabza engeldir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Satım söz konusu olduğunda hurmanın içindeki çekirdeği satmak câiz değildir. Satıcı, sattıktan sonra çekirdeği çıkarıp müşteriye teslim etse de hüküm böyledir. Zira çekirdeğin mevcudiyetinde şüphe bulunduğu için satım işlemini yenilemek gerekir. Hayvanın memesindeki sütün durumu da böyle olup satılması câiz değildir. Buna göre satımda olduğu gibi sonradan teslim etse bile hayvanın memesindeki sütün hibesinin de sahih olmaması gerekir.

كتاب الهبة

- ١ . الفرق بين هبة النوى في التمر وبين بيعه من حيث الصحة وعدم الصحة [التسهيل] وتصح في محوز أي يكون مفرغاً عن أملاك الواهب وحقوقه ومشاع لا يُقسم كنصف قن، وما لا يُقسم عبارة عما لا يحتمل القسمة أي لا يبقى مُنتفعاً به بعد القسمة أصلاً كعبدٍ واحدٍ ودابةٍ واحدةٍ أي لا يبقى منتفعاً ٥ بجنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير. ولم نُجز هبة المشاع فيما يُقسم لثلاثاً لزمه قسمة لم يتبرع، ولهم أنه تمليك كبيع فصح مشاعاً كالبيع.
- فلو وهب مشاعاً ثم قسم وسلم صح لزوال المانع.
- ١٠ وهبة لبنٍ في ضرعٍ ووضوفٍ على ظهر غنمٍ وزرعٍ ونخلٍ في أرضٍ وثمرٍ على شجرٍ وكذا عكس ما مرّ من قوله كلبنٍ إلى هنا أي هبة البقرة بلا لبنها الخ. بمنزلة المشاع لأن عدم الجواز لاتصال الموهوب خلقة بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع إمكان الفصل وإذا يمنع القبض كالمشاع.
- ١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: في البيوع أن النوى في التمر لاتجوز بيعه وإن أخرجته وسلمه حتى يحتاج إلى بيع جديد للشك في وجوده واللبن في الضرع كذلك فينبغي أن لاتصح هبته ولو سلم كبيعته.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Hibe edildikten sonra hibe eden tarafından sağılıp teslim edilmesi ya da hibe edenin izni ile kendisine hibe edilen tarafından sağılıp kabzedilmesi durumunda memedeki sütün hibe edilmesinin câiz görülmesi, Kuhistânî'nin de belirttiği gibi¹ istihsân ile sabit olmuştur. 5 *el-Bedâi'* müellifi Kâsânî'nin buğdaydaki unun, susamdaki yağın ve sütteki yağın hibe edilmesinde olduğu gibi memedeki sütün hibe edilmesini sahih kabul etmemesi² de bu cevazın istihsân ile sabit olduğunu gösterir. Zira görünen o ki, Kâsânî, bu meseleyi kıyasa göre ele almıştır.

Satımdan sonra sahibi tarafından sağılıp teslim edilse bile memedeki 10 sütün satılmasına cevaz vermedikleri hâlde hibe edilmesine cevaz vermelerinde istihsânın gerekçesi, Kuhistânî'nin "Hibe, kabule bağlı olmaksızın sadece icap ile tamam olan bir akittir." şeklindeki açıklaması olabilir. Yine Kuhistânî, şöyle demiştir: "Hibe, teâtî yoluyla sahih olan akitlerdendir..."³ Dolayısıyla şöyle denilmesi uzak bir ihtimal değildir: Bu tür tasarruflarda 15 hibenin iptidaen sabit olması mümkün olduğuna göre hibe edenin sağıp teslim etmesi ya da hibe edenin izni ile hibe edilenin sağıp kabzetmesinin, memede gizli olup da çıkmamış olan süt konusundaki hibenin gerçekleşmesini sağlamak için olabilir. Bu konuda önceki satımın gerçekleşmesini sağlamak için satımdan sonra çıkarıp teslim etmenin ölçü kabul edilmesi 20 mümkün değildir. Çünkü satım akdi, yapıldığı anda sahih olmayıp bâtil olunca, bu akdin kapsamına giren mesela semenin belirlenmiş olması gibi hususlar da bâtil olur. Bu yüzden satım konusunda belirlenmiş bir semen ile akdin yeniden yapılması gerekir.

Şöyle denilemez: Memedeki sütün hibe edilmesi, sahih kabul edildiğine 25 göre niçin bunun aynısını -yani aynı şekilde hibeden sonra çıkarıp teslim etmenin, önceki hibenin gerçekleşmesini sağlamak için olduğu söylenilmek suretiyle- buğdaydaki unun, susamdaki yağın, sütteki yağın hibesinde câiz görmemişlerdir? Çünkü bunlarda önceki hibenin dikkate alınma imkânı bulunmadığı için bunu câiz görmediklerini söylüyoruz.

1 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, III, 429.

2 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, VI, 119, 126.

3 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, III, 428.

[فاضل أمير] نقول: تجويز الهبة في اللبن في الضرع إذا أخرجه وسلمه بعد الهبة أو أخرجه الموهوب له وقبضه بإذن الواهب بعدها ثبت استحسانا كما قال به المولى القهستاني. ويدل عليه أنه جعل صاحب البدائع الهبة فيه غير صحيحة كهبة الدقيق في البر والدهن في سمس ولسمن في اللبن، إذ الظاهر أنه أخرجه على القياس. ٥

ولعل وجه الاستحسان في تجويز هبة اللبن في الضرع، مع عدم تجويزهم بيعه وإن أخرجه وسلمه بعد البيع، هو أنه قال القهستاني: إن الهبة تكون عقدا تاما بالإيجاب وحده من غير أن يتوقف على القبول. وقال المولى المذكور أيضا: الهبة مما يصح بالتعاطي إلى آخره. فلا يبعد أن يقال لما كان ثبوت الهبة ممكنا ابتداء بمثل هذا التصرف فلأن يكون إخراجا وتسليمه أو إخراج الموهوب له وقبضه بإذنه تحصيلًا للهبة الذي وجد في اللبن المستور ولم ينفذ ليس ببيع ولا يمكن أن يعتبر الإخراج والتسليم بعد البيع تحصيلًا للبيع السابق، لأن البيع لما لم يصح حين ما وجد وبطل بطل ما في ضمنه من تسمية الثمن فلا بد فيه من عقد جديد بثمن مسمى. ١٠

لا يقال إذا صحح الهبة في اللبن في الضرع بهذا الاعتبار لم لم يجوزها في دقيق في حنطة ودهن في سمس ولسمن في لبن بعين ما قيل في اللبن في الضرع، يعني بأن قيل فيها أيضا كان الإخراج والتسليم بعد الهبة تحصيلًا للهبة السابقة، لأننا نقول لم يجوزوه فيها لعدم إمكان اعتبار الهبة السابقة فيها. ١٥

Nitekim memedeki süt ile buğdaydaki un, susamdaki yağ ve sütteki yağ arasındaki fark konusunda Molla Hüsrev *ed-Dürer*'de *Tebyînu'l-Hakâik*'ten alıntı yaparak şöyle demiştir: “Bu ikisi arasındaki farkın sırrı, buğdayın de-
ğişerek (istihale yoluyla) una dönüşmüş olmasıdır. Diğerlerinde de durum
5 aynıdır. Gasp konusunda ele alındığı üzere bu dönüşümden sonra buğday,
artık başka bir mal hâline gelmiştir. Şâyi hisseli malda ise durum bundan
farklıdır. Çünkü şâyi hisseli mal, mülkiyet için mahal olmaya uygun olup,
bunun satımı câiz; fakat teslimi mümkün değildir. Teslime engel olan du-
rum ortadan kalktığında câiz olur.”¹

Molla Hüsrev'in “Şâyi hisseli mal bundan farklıdır.” ifadesi, memedeki sü-
tün hibe edilmesinin cevazının sebebini açıklamak içindir. Zira Şeyh'in yukarı-
rıda zikredilen misallerin başında dediği gibi hibe konusunda memedeki sütü,
şâyi hisseli mal gibi değerlendirmişlerdir. Bu açıklama ile Şeyh'in “Buna göre
satımda olduğu gibi sonradan teslim etse bile hayvanın memesindeki sütün
15 hibesinin de sahih olmaması gerekir.” şeklindeki itirazı anlamını kaybeder.

Fakat burada üzerinde durulması gereken şu konu kaldı: Bir kimse birine
hurmadaki çekirdeği ya da sedefteki inciyi hibe eder, sonra bunu çıkarıp hibe
edilene teslim ederse ya da hibe edilen, hibe edenin izni ile bunu çıkarıp kab-
zederse bu durumda memedeki süt meselesinde olduğu gibi hibe sahih olur
20 mu ya da buğdaydaki un meselesinde olduğu gibi sahih olmaz mı?

Dönüşümün bulunup bulunmaması şeklinde yukarıda geçen fark dik-
kate alınırsa her ikisinde de (hurmadaki çekirdek ve sedefteki inci) hibenin
sahih olması gerekir. Fakat ben elimizde bulunan kitaplarda bunu açıkça
belirten herhangi bir kimseye rastlamadım. Şeyh'in bu şerhinde ileride ge-
25 lecek olan “Mahallinin bulunmaması sebebiyle akit bâtil olunca daha sonra
mahallin mevcudiyeti durumunda câiz hâle dönüşmez. Aksine mahal mev-
cut olduktan sonra akdin yenilenmesine ihtiyaç duyar.” şeklindeki sözü
de belirtilen şekilde hurmadaki çekirdeğin ve sedefteki incinin hibesinin
sahih olduğunu gösterir. Daha sonra “fâsit bey” bahsinde Ebû Yûsuf'un
30 sedefteki incinin satımına cevaz verdiğini ancak müşteriye görmediği için
muhayyerlik hakkı tanıdığını gördüm. Geriye hurmadaki çekirdek konu-
sunda bir şüphe kaldı. Çünkü Ebû Yûsuf, sedefteki incinin satımına cevaz
verdiğine göre evleviyetle sedefteki incinin hibesine cevaz vermesi gerekir.
Çünkü hibenin varlığı bakımından, satımdan daha geniş olduğu sabittir.

1 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 219; Zeylât, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 94.

- ألا ترى ما ذكره المولى خسرو في الدرر في الفرق بين اللبن في الضرع وبين الدقيق في البر والدهن في السمسم والسمن في اللبن أخذا من التبيين وغيره بقوله: وسرّه أن الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها فبعد الاستحالة هو عين آخر على ما عرف في الغصب بخلاف المشاع فإنه محلّ للملك حتى يجوز بيعه لكن لا يمكن تسليمه فإذا زال المانع جاز، انتهى. ٥
- فقوله «بخلاف المشاع» لبيان وجه الجواز في اللبن في الضرع حيث جعلوه من نظائر المشاع في هذا الباب كما قاله في صدر الأمثلة. وبهذا اضمحلّ ما أورده بقوله «فينبغي أن لا تصحّ هبته ولو سلم كبيعه».
- ولكن بقي الكلام فيما وهب له نوى في تمر أو لؤلؤا في صدف ثم أخرجه وسلم إلى الموهوب له أو هو أخرجه وقبضه بأمر الواهب هل تصحّ الهبة كما في اللبن في الضرع أو لا تصحّ كما في الدقيق في البر؟ ١٠
- فبالنظر إلى ما سبق من الفرق بالاستحالة وعدمها يلزم أن تصحّ فيهما. ولم أظفر في كلام أحد بالتصريح بها في الكتب الموجودة عندنا. وما سيأتي في الشرح من قوله: «والعقد إذا بطل لعدم المحلّ لا ينقلب جائزا لوجود المحلّ، بل يفتقر بعد وجود المحلّ إلى تجديد العقد، انتهى» يدلّ أيضا على صحة الهبة في النوى واللؤلؤ في الصدف في الصورة المذكورة. ثم رأيت في باب البيع الفاسد أن أبا يوسف يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف ويختر لعدم الرؤية. فبقيت الشبهة في النوى في التمر، لأن أبا يوسف إذا جوّز بيع اللؤلؤ في الصدف يلزم تجويز هبته في الصدف بالطريق الأولى، لأنه قد ثبت أن الهبة أوسع وجودا من البيع. ٢٠

Konunun başında “Hibe, kabule bağlı olmaksızın sadece icap ile gerçekleşir.” şeklinde Kuhistânî’den naklettiğimiz sözün sonuçlarından biri de *et-Tatarhâniyye* ve *Hizânetü’l-Müftîn*’de geçen imtihan amaçlı kullanılan şu meseledir: Bir kimse “Falanca bana şu köleyi hibe ederse o köle hürdür.” dese, kölenin sahibi olan falanca da “Onu sana hibe ettim.” dese ve yemin eden kimse de “Kabul ettim.” dese ve köleyi kabzetse [Ebû Yûsuf’a göre] köle azat olmaz. Çünkü hibe, kabulden önce hibedir.

2. Bedel Olmama Kaydı ile Yapılan Hibede Rücû İmkânı

[**Teshîl**] Hibeden dönmek mekruhtur. Ancak, yabancıya yapılan hibeden dönmek bize göre câizdir. Çünkü Hz. Peygamber “Hibesinden dönen, dönüp kusmuğunu yiyen gibidir.” ve “Karşılığında bir bedel alınmadığı sürece hibe eden, hibesini geri almaya başkalarından daha fazla hak sahibidir.” demiştir. Ayrıca bedel söz konusu olmadığında akitle amaçlanan şey elden kaçmış olur ve mülkiyetin, amaçlanan şey elde edilmeksizin ortadan kalkmasından doğan zararı giderebilmesi için hibe eden lehine fesih yetkisi sabit olur. Bunun böyle olmasının nedeni, yabancıya yapılan hibede normalde bir bedel ve bir karşılığın amaçlanıyor olmasıdır. Bunun içindir ki, “İyilikler karşılıklıdır.” denilmiştir. Örf hâline gelen bir şey şart koşulmuş gibidir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu gerekçelendirmeye göre şayet hibe yapılırken bedelin olmayacağına dair bir kayıt konulursa hibeden dönüşün mümkün olmaması gerekir. Zira bu durumda yapılan hibede bedelin amaç olmadığı açığa çıkmış olur. Fakat hadiste geçen ‘bedel alınmadığı sürece’ ifadesi, bedelin olmayacağına dair kayıt konulsa bile hibeden dönmenin câizliğini gösterir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu konuya iki açıdan bakmak mümkündür. Şöyle ki; Hz. Peygamberin sözüne yer verdikten sonra fakihlerin “Yabancıya yapılan hibede normalde bir bedel ve karşılık amaçlanır.” şeklindeki sözleri, hibeden dönmenin cevazını ispat için söylenmiştir. Bu söz; [a] Hibeden dönmenin cevazı için Hz. Peygamber’in sözünün dışında başka bir delil ve başka bir illet olarak sevk edilmiştir ki, muteber kitapların çoğunun ibaresinden anlaşılan budur. Buna göre Şeyh’in itirazına şöyle denilerek cevap verilebilir: Fakihlerin “Yabancıya yapılan hibede normalde bir bedel ve karşılık amaçlanır.” sözü, hükmün türünü ispata yönelik bir “illet-i nev’iyye”dir, yani türe ilişkin bir illet olup hükmün tek tek her bir şahıs hakkında geçerli olmasını gerektirmez.

وما نقلناه في صدر البحث عن القهستاني من «أن الهبة تكون بالإيجاب من غير أن تتوقف على القبول» فمن ثمرته ما في التاتارخانية وخزانة المفتيين من المسألة التي يمتحن بها وهي لو قال «إن وهب لي فلان هذا العبد فهو حر» فقال فلان «وهبت لك» فقال الحالف «قبلت» وقبضه لا يعتق العبد، لأن الهبة هبة قبل القبول، انتهى. ٥

٢. هل يمنع تقييد الهبة بنفي العوض الرجوع

[التسهيل] كُرِهَ رجوعه، نُجِيزُه في أَجْنَبِيٍّ لِقَوْلِه عليه السلام «العائدُ في هبته كالعائد في قبئه» ويقولُ عليه السلام «الواهبُ أحقُّ بهبته ما لم يُعَوِّضْ» ولأنه فاتَ المقصودُ بالعقدِ فيثبتُ للعاقِدِ ولايةُ الفسخِ دفعًا للضررِ الناشئِ من زوالِ الملكِ الخالي عن المقصودِ وهذا لأنَّ المقصودَ بالهبةِ للأجانبِ العوضُ والمكافأةُ عادةً ولذا يقالُ «الأيادي قروضٌ»، والمعروفُ كالمشروطِ. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا التعليل لو قيد بنفي العوض ينبغي أن يمتنع الرجوع، لأنه ظهر أن العوض ليس بمقصود ولكن قوله ﷺ «ما لم يعوض» يدل على جواز الرجوع وإن قيد بنفي العوض.

[فاضل أمير] نقول: النظر في هذا المبحث يكون على وجهين، لأن قولهم «المقصود من الهبة للأجانب العوض والمكافاة إلى آخره» بعد إيرادهم قوله ﷺ لإثبات جواز الرجوع في الهبة: إما مسوق على أنه دليل آخر وعلة أخرى لجواز الرجوع كما هو الظاهر من عبارات أكثر المعتمدين فالجواب عما أورده الشيخ حينئذ بأن يقال إن قولهم «لأن المقصود من الهبة للأجانب العوض إلى آخره» علة نوعية لإثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص شخص. ٢٠

Bu, bize göre taksim edilebilir şâyi hissenin hibesinin câiz olmadığını ispat için *el-Hidâye* sahibinin ifadesine yapılan itiraza cevap olarak *el-Hidâye*'nin *el-İnâye* şerhinde “Çünkü taksim edilebilir şâyi hissenin hibesinin câiz görülmesi, hibe edeni üstlenmediği bir şey ile yükümlü tutmak anlamına gelir ki, bu da taksim külfetidir...”¹ şeklinde yapılan açıklama olup devamında şöyle denilmiştir: “Buna göre ikinci şeklin bütün şekillerde cari olmadığı söylenmiştir. Çünkü ortağına hibe eden açısından taksim külfeti gerekmez. Buna, bunun hata olduğu şeklinde cevap verilmiştir. Çünkü bu gerekçe, hükmün türünü ispat etmek için türe ilişkin bir illet olup bu da her bir şahısta geçerli olmayı gerektirmez.”² Şeyh-i Ekmel [Bâbertî]'nin bu açıklamasını Mevlânâ Ahî [Çelebi], Sadruşşerâ'nın eserine yazdığı hâşiyesinde nakletmiş ve ezberlenmesini tavsiye etmiştir. [b] Ya da bu söz, yabancıya yapılan hibeden dönmenin cevazı konusundaki hikmeti açıklamak için sevk edilmiştir. Eğer böyle ise bu konuda yapılacak açıklama kolaydır. Çünkü her bir fertte değil, cinste genel olarak gözetilen hikmet, ‘istibrâ’ konusunda zikrettikleri gibi usûl ve fûrû’ ilminin müsellemler kaziyelerindedir.

3. Hibe Edilenin Hibe Edene Bir Şey Vermesi Rücûa Mâni midir?

[**Teshîl**] Bir kimse kendisine hibede bulunan kimseye bir şey hibe etse ve “Bunu bana yaptığın hibenin bedeli olarak al!” gibi bir şey söylemese, bu durumda ikisi de yaptıkları hibeden dönebilir. Çünkü her ikisinin hibesinin de ilkten hibe olma ihtimali bulunduğu için bu iki hibenin birbirinin karşılığı olması konusunda bir şüphe mevcuttur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: *el-Kâfi*'de bizim üzerinde durduğumuz konunun yaklaşık bir sayfa öncesinde ‘hibeden dönmenin cevazı’ konusu açıklanırken belirtildiği üzere ilke şudur: Örfen sabit olan şey, açıkça söylenmiş gibidir. Yapılan hibe karşılığında verilen şey ile örfte bedel kastedilir ve ama utanma gibi sebeplerden dolayı “Bunu hibenin bedeli olarak al!” denilmez. Dolayısıyla hibe karşılığında bir şey veren kişi, bunun bedel olduğunu açıkça belirtmese bile hibe edenin rücû hakkının olmaması gerekir. Çünkü hibe edilen kişinin verdiği şey, örf açısından bedel olmaya hamledilir.

1 Bâbertî, *el-İnâye*, IX, 29.

2 Bâbertî, *el-İnâye*, IX, 31.

وهذا مما قال به في عناية الهداية مجيبا عما أورد على قول صاحب الهداية لإثبات عدم جواز هبة مشاع يقسم عندنا «ولأن في تجويزه إلزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة إلى آخره» حيث قال هنا: ' قيل عليه الوجه الثاني غير متمش في جميع الصور، لأن من وهب من شريكه لم يلزمه مؤنة القسمة. أوجب بأنه غلط لأنه علة نوعية لإثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص شخص، انتهى ما ذكره الشيخ أكمل. ونقله عنه مولانا أخي في حاشية صدر الشريعة ووصى بحفظه. وإما مسوق على أنه بيان حكمة في جواز رجوع الواهب فيما وهبه للأجانب فإن كان هكذا فالأمر فيه هين، لأن قضية الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد فرد من مسلمات فن الأصول وفروعها كما ذكروها في باب الاستبراء. ١٠

٣. هل يمنع إعطاء الموهوب له الواهب شيئا الرجوع

[التسهيل] ولو وهب شيئا للواهب ولم يذكر نحو «خذه بدل هبتك» رجع كلُّ منهما لشكِّ في المجازاة لاحتمال هبة مبتدأة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الأصل أن المعروف كالمفوض كما ذكر في الكافي قبيل ما نحن فيه بصفحة تقريبا في تحقيق جواز الرجوع وفي العرف يُقصد التعويض ولا يُذكر نحو خذ بدل هبتك استحياءً أو نحوه فينبغي أن لا يرجع وإن لم يذكر البدلية إذ العرف يحمل إعطاءه على التعويض. ١٥

Kâdîhân'ın *el-Fetâvâ*'sında şöyle denilmiştir: “Bir kimse, karısına birtakım hediyeler gönderse, karısı da buna karşılık ona bir şeyler verse ve onunla zifafa girse, sonra kadın adamdan boşansa, bunun üzerine koca gönderdiği şeylerin âriyet olduğunu iddia ederek geri almak istese, kadın da bunların karşılığında verdiği bedeli geri almak istese, bu durumda temlikî inkâr ettiği için verdiği mallar konusunda kocanın sözüne itibar edilir. Kadının da gönderdiği şeyleri geri alma hakkı vardır. Çünkü kadın, bunların hibenin bedeli olduğunu iddia etmektedir. Kocanın verdiği hibe olmadığına göre kadının verdiği de hibenin bedeli olmaz. Dolayısıyla ikisinin de verdiklerini birbirlerinden geri isteme hakları vardır.”

Ebû Bekir el-İskâf bununla ilgili olarak şöyle demiştir: “Kadın, gönderdiği şeyin hibenin bedeli olduğunu açıkça belirtse hüküm yine aynıdır. Fakat kadın, gönderdiği şeyin, hibenin bedeli olduğunu açıkça belirtmese fakat bedel olma niyetiyle göndermiş olsa, bu durumda gönderdiği şey, hibe olur ve niyeti geçersiz olur. *Kâdîhân*'da da bu şekildedir.”

Bu açıklamaya göre derim ki, bizim üzerinde durduğumuz meselede de ihtilaf olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *Tebyînu'l-Hakâik*'te şöyle denilmiştir: “Hibede bedelin şartı, hibe edilen şeyin bir kısmı olmamasıdır. Şayet bir kimse, kendisine hibe edilen şeyin bir kısmını diğer kısmı için bedel yapacak olursa bu câiz olmaz. Çünkü hibe edenin hakkı, hibe edilenin tamamında sabittir.”¹ Bundan, hibe edilen şeyi geri almak üzere rücû etmenin hibe eden için sabit bir hak olduğu anlaşılmaktadır.

Sabit bir hakkın, ancak ‘edâ’ -yani borçlunun ödemesi- ile ya da ‘ıskât’ -yani hak sahibinin düşürmesi- ile düşeceği, İbn Melek'in *el-Menâr şerhinin* emir bölümünün kaza konusunda açıklandığı üzere, fukaha nezdinde yerleşik bir kuraldır. Diğer bir kural da şudur: Bir şeyin, diğer bir şeyin misli olması, hükmünün de her açıdan onun hükmü gibi olmasını gerektirmez.

Bu kurallar sabit olduğuna göre deriz ki, örfen sabit olan şeyin açıkça söylenen gibi olmasından, hibe eden için sabit olan hakkın -ki bu örfen rücû hakkıdır- bâtil olması gerekmez. Çünkü bu ne hakkın ödenmesi ne de düşürülmesidir. Bu açıklama ile Şeyh'in ilk dile getirdiği problem giderilmiş olur.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 99.

وفي فتاوى قاضيخان: لو بعث إلى امرأته هدايا وعوّضته المرأة وزُفّت إليه ثم فارقته فادّعى الزوج أن ما بعته عارية وأراد أن يستردّ وأرادت المرأة أن تستردّ العوض فلقول للزوج في متاعه لأنه أنكر التملك وللمرأة أن تستردّ ما بعته إذ تزعم أنه عوض للهبة فإذا لم يكن ذلك هبة لم يكن هذا عوضاً فلكلٍ منهما استرداد متاعه. ٥

وقال أبو بكر الإسكاف: إن صرّحت حين بعثت أنه عوض فكذلك وإن لم تصرّح به ولكن نوت أن يكون عوضاً كان ذلك هبةً منها وبطلت نيّتها، كذا في قاضيخان.

فأقول على هذا ينبغي أن يكون في مسألتنا اختلاف.

١٠ [فاضل أمير] نقول: قال في التبيين: وشرط العوض أن لا يكون بعض الموهوب حتى لو عوضه بعض الموهوب عن البعض الباقي لم يجز، لأن حقه كان ثابتاً في الكل، انتهى. فعلم منه أن الرجوع في الموهوب حق ثابت للواهب.

١٥ ومما تقرر عندهم أن الحق الثابت لا يسقط إلا بالأداء أو بإسقاط من له الحق كما في شرح المنار لابن ملك في بحث القضاء من فصل الأمر. وثبت عندهم أيضاً أن كون شيء مثل شيء لا يقتضي أن يكون في حكمه من كل وجه.

إذا تقرر هذا فنقول لا يلزم من أن يكون المعروف كالمفوض بطلان الحق الثابت للواهب وهو الرجوع بالمعروف، لأنه ليس بأداء ولا بإسقاط. وبه ٢٠ اندفع ما قاله أولاً.

Diğer yandan Kâdîhân'ın *el-Fetâvâ*'sından aktardığı ve meselenin ihtilafı olmasına delil olarak kullandığı nakle gelince, anlaşılan o ki, Şeyh'in söylediği bu şey, Kâdîhân'daki meselenin başından sırf kocanın verdiği şeyin bedel olduğunu iddia etmesi ve niyeti ile bedel olacağını Ebû Bekir el-İşkâf'tan naklettiği ifadeden de sırf kocanın iddiası ve niyeti ile bedel olmayacağını anlaşıldığını zannetmesinden kaynaklanmıştır.

Kâdîhân'ın ifadesinden kocanın verdiği şeyin, sırf onun iddiası ile bedel olacağını anlaşıldığını zannetmesinin sebebi ise rivâyetlerde muteber olmasına dayanarak mefhûm-ı muhâlefeyi kabul etmiş olmasıdır. Çünkü Kâdîhân, "Kocanın verdiği hibe olmadığına göre kadının verdiği de hibenin bedeli olmaz." deyince Şeyh de bundan, şayet kocanın verdiği hibe olmuş olsaydı, kadının da bedel zannıyla verdiği şeyin bedel olacağını, anlamıştır. Zira bu anlamı kastetmemiş olsaydı, "Kocanın kadına verdiği şey ister hibe olsun ister olmasın; verilen şey, sırf zan sebebiyle bedel olmaz." derdi. Dolayısıyla verilen şeyin hibe olmayacağını özellikle zikredilmesi, (mefhûm-ı muhâlefe yoluyla) "Şayet kocanın verdiği şey hibe olmuş olsaydı, kadının kocasına bedel zannıyla verdiği şey de bedel olurdu." anlamını ifade eder. İşte Şeyh'in, Kâdîhân'ın ifadesi hakkında söylediği şey budur.

Buna muteber usûl kitaplarındaki usulcülerin şu sözleri ile cevap vermek mümkündür: "Mefhûm-ı muhâlefeyi kabul edenler, bunu, meskût_anhın (hakkında bir şey söylenmeyen), mantûka (söylenen) ispat ve nefiy olarak hüküm konusunda muhalif olması şeklinde tarif etmişler ve hüküm konusunda meskût_anhın mantûktan öncelikli olmamasını ya da mantûka eşit olmamasını -ki, şayet meskût_anhın mantûka önceliğinin olması ya da eşit olması söz konusu olursa hüküm, meskût_anhda nas-ın delâleti ya da kıyas ile sabit olur-; mantûkun âdeten yaygın duruma işaret etmek için olmamasını; mantûkun keşfetmek, övmek, yermek ya da tekit etmek için kullanılmış olmamasını; mantûkun bir olayla ilgili soruya cevap olarak söylenmiş olmamasını; kısaca mantûkun özellikle zikredilmesinin, meskût_anhdan hükmü nefyetmek dışında bir amacının bulunmamasını şart koşmuşlardır."

ثم ما نقله من الخانية واستدل به على أن يكون في المسألة اختلاف فالظاهر أن ما قاله الشيخ هذا من زعمه أن المفهوم من صدر مسألة الخانية هو أن بمجرد زعم كون ما دفعه عوضا ونيته يكون عوضا ومما نقله عن أبي بكر الإسكاف أن لا يكون عوضا بمجرد زعمه ونيته.

٥ وكان سبب زعمه أن المفهوم من عبارة الخانية كون ما دفعه عوضا بمجرد زعمه اعتباره بمفهوم المخالفة بناء على أنه معتبر في الروايات، لأنه لما قال فإذا لم يكن ذلك هبة لم يكن هذا عوضا فهم منه أنه لو كان ذلك هبة لكان ما دفعته المرأة بزعم أنه عوض عوضا. إذ لو لم يرد هذا لقال إن بمجرد الزعم لم يكن عوضا سواء كان ما دفعه الزوج إليها هبة أو لم يكن، فكان تخصيص أنه لا يكون هبة بالذكر مفيدا أنه لو كان ما دفعه الزوج هبة لكان ما دفعته المرأة بزعم أنه عوض عوضا. هذا ما قال به الشيخ في عبارة الخانية.

ولا يبعد أن يجاب عنه بما هو مصرح به في معتبرات الأصول من قولهم: إن القائلين بالمفهوم عرفوه بأن يكون المسكوت عنه مخالفاً للمنطوق في الحكم إثباتا ونفيا، وشرطوا له أن لا يظهر أولوية المسكوت عنه من المنطوق ولا مساواته المنطوق في الحكم حتى لو ظهرت أولويته أو مساواته ثبت الحكم في المسكوت عنه بدلالة نص أو قياس ولا خرج المنطوق مخرج العادة ولا يكون للكشف أو المدح أو الذم أو التأكيد ولا يكون المنطوق لسؤال حادثة. وبالجملة أن لا يظهر لتخصيص المنطوق بالذكر فائدة غير نفي الحكم عن المسكوت عنه، انتهى.

Biz de diyoruz ki; bizim burada üzerinde durduğumuz meselede mantûkun -yani kocanın karısına verdiği şeyin hibe olmadığı- özellikle zikredilmesinin, meskût_anhdan hükmü nefyetme dışında bir amacının bulunduğu açığa çıkmıştır. Bu amaç da önceki hükmün açığa çıkması veya
 5 bunun tekit edilmesi ya da mantûkun bir olayla ilgili soruya cevap olarak söylenmiş olmasıdır. Çünkü bu mantûk, Kâdîhân'ın "Temlîki inkâr konusunda kocanın sözüne itibar edilir, dolayısıyla kocanın verdiği şey, hibe olmaz." şeklindeki sözünün akabinde gelmiştir. Buna göre kocanın verdiği şeyin hibe olmadığı zikredilmesinde bu sözün belirginleştirilmesi ve te-
 10 kit edilmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu sözde mefhûm-ı muhâlefenin dikkate alınacağı bir durum bulunmayıp Şeyh'in bu nokta üzerine dayandırdığı "Üzerinde durduğumuz meselede ihtilaf olması gerekir." şeklindeki itirazı boşa çıkmıştır.

Burada önceden beri üzerinde düşündüğüm ve etrafında dolanıp durduğum önemli bir mesele kalmıştır ki şudur: Mefhûm-ı muhâlefe kabul edenlerin bunu mezhep görüşlerine ilişkin rivâyetlerde kabul edip Kitab ve Sünnet'te reddetmelerindeki sır nedir? Ta ki, bazı muteber usûl kitaplarında -ki, Mevlânâ Mansûr el-Kâânî'nin *el-Muğni* şerhi bunlardan biridir- şu açıklamayı gördüm: "Belki de âlimlerin, 'Bir şeyin özellikle zikredilmesi,
 20 hükmün zikredilen husus dışında yokluğunu gerektirir.' sözü de bu kabil-den olup, hükmün, -zikredilen dışındaki şeylerden- nefyedilmesi amacına yönelik olmaması durumunda bir şeyi özellikle zikretmenin anlamsız olacağı bilindiği yerlere ilişkindir. Çünkü tartışma/söz, nefy dışında başka bir anlamın idrak edilemediği durumlardadır. Hz. Peygamber'in sözü ise ulemadan yapılan rivâyetten farklıdır. Zira Hz. Peygamber'e az söz ile çok
 25 anlam ifade etme (cevâmi'ül-kelim) özelliği verilmiştir. Dolayısıyla bizim idrak edemeyeceğimiz bir amacı kastetmiş olabilir. Nitekim halef, Hz. Peygamber'in sözünden, selefin ulaşamadığı birtakım hükümleri ve faydaları idrak etmişlerdir. Rivâyet içinde ise durum, bundan farklıdır. Zira bunda
 30 bir farklılık söz konusu olmaz."

Derim ki: Hz. Peygamber'in sözü, bu minval üzere olduğuna göre Allah'ın kelamı bu özelliklere daha layıktır.

فنحن نقول إن فيما نحن فيه قد ظهر لتخصيص المنطوق يعني عدم كون ما دفعه الزوج إليها هبة فائدة غير نفي الحكم عن المسكوت عنه وهي كشف الحكم السابق أو تأكيده أو أن المنطوق كان مسوقا للجواب عن سؤال حادثة، لأن هذا المنطوق وقع عقيب قوله إن القول يكون للزوج في إنكاره التملك فلا يكون ما دفعه هبة فكان في ذكر عدم كونه هبة كشف وتأكيد ٥ لهذا القول السابق فلم يكن الكلام مما يعتبر فيه المفهوم. واضمحل ما بناه على هذا الاعتبار^١ من أنه ينبغي أن يكون في مسألتنا اختلاف.

بقي هنا مهم كنت قديما متفكرا فيه دائرا في حواليه وهو ما السر في أن القائلين بالمفهوم قالوا به في الروايات ونفوه في الكتاب والسنة إلى أن رأيت ما في بعض معتبرات فن الأصول، ومنه شرح المغني لمولانا منصور ١٠ القاءني من قوله: لعل قول العلماء التخصيص في الروايات يوجب نفي الحكم عما عدا المذكور من هذا القبيل حيث يعلم أنه لو لم يكن للنفي لما كان للتخصيص فائدة، إذ الكلام فيما إذا لم تدرك فائدة أخرى بخلاف كلام النبي ﷺ فإنه أوتي جوامع الكلم. فلعله قصد فائدة لم ندركها. ألا يرى أن الخلف استفاد منه أحكاما وفوائد لم يبلغ إليها السلف بخلاف أمر الرواية. ١٥ فإنه لا يقع التفاوت فيه، انتهى.

فأقول وإذا كان ما صدر عن النبي ﷺ على هذا المنوال فكلام الله عز وجل أولى وأحرى بهذه الخصال.

4. Muayyen Olmayan Bir Bedel Şartı ile Yapılan Hibe Sahih Olur mu?

[**Teshîl**] Hibe eden, muayyen bir aynı bedel olarak şart koşsa -mesela hibede bulunduğu kişinin şu kölesini kendisine hibe etmesi üzere kendi kölesini bir kimseye hibe etse- bu işlem, bize göre tarafların karşılıklı olarak bedelleri kabztemelerinden önce hibe sayılır ve bedelin taksim edilebilir, 5 şâyi hisseli bir mal olması ve kabzın gerçekleşmemesi sebebiyle bâtil olur. Karşılıklı kabzdan sonra ise bu işlem, alım satım olarak kabul edilir ve kabzedilen bedel, kusur ve görme muhayyerliği sebebiyle reddedilebilir; şufa sebebiyle alınabilir. Bu işlem hem lafız hem de anlam ile amel edilerek 10 sırf akitle satım olarak değerlendirilmez. Bu, tıpkı hastanın yaptığı hibe gibidir. Hastanın tasarrufu, başlangıç itibarıyla hibe olarak kabul edilir ve hibe yapılan kişinin kabztememesi sebebiyle bâtil olur. Sonuç itibarıyla ise bu tasarrufu vasiyet olarak kabul edilir ve hastanın malının üçte birlik kısmında geçerli olur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Hibe eden, mesela karşı tarafın kendisine 15 bir köle hibe etmesi şartıyla ona kendi kölesini hibe etmek suretiyle muayyen olmayan bir şeyi bedel olarak şart koşup, bedel meçhul olsa yine hibenin sa- hih olması gerekir. Çünkü hibe, şartla bâtil olmaz; fâsit olduğu için şart bâtil olur. Taraflar arasında karı-kocalık ilişkisi ya da mahrem akrabalık ilişkisi 20 olsa bile bedel şartıyla yapılan hibeden dönmenin sahih olması gerekir. Çün- kü hibeden dönmenin mümkün olmaması, hibenin amacının gerçekleşmesi -ki bu amaç, delâleten içerdiği yardımlaşmadır- itibarıyla. Hibe yapan, be- deli şart koştuğunu açıkladığında bundan maksadının yardımlaşma dışında bir şey olduğu anlaşılır ve bu hibe, yardımlaşmaya hamledilmez. Zira tasrih 25 varsa 'delâleten' sabit olan şey bâtil olur. *el-Kâfi*'de 'Hibeden rücû' konu- sunun başlarında hibeden dönmenin cevazını gerekçelendirme konusunda yapılan açıklama, benim bu söylediğime delâlet etmektedir ki burada şöyle denilmiştir: Örfen sabit olan şey, şart koşulmuş gibidir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Meçhul bir bedelin şart koşulması durumunda hi- 30 benin sahih; şartın bâtil olduğu şeklinde ilk zikrettiği nokta, görünen o ki, mutlak olarak doğru değildir. Aksine bu mesele, Şeyh'in kendisinin ileride şart- lı hibe konusunda "Kâide şudur: Hibede ileri sürülen şart, şayet mülkiyetin derhal sübutuna engel oluyorsa bu şart, hibenin sıhhatine de engel olur. Şayet mülkiyetin derhal sübutuna engel olmuyorsa hibe sahih olur, ileri sürülen şart 35 bâtil olur." şeklinde zikredeceği aslın kapsamına giren fer'î meselelerdendir.

٤. هل تصح الهبة بشرط عوض بلا عينه

[التسهيل] ولو شرط عوضاً بعينه بأن وهب عبده مثلاً لرجلٍ على أن يهب له الموهوب له عبده هذا جعلناه هبةً قبل التقابض فبطل بشيوعٍ وعدم قبضٍ وبيعاً بعد التقابض فزُدَّ بعيبٍ ورؤيةٍ وأخذَ بشفعةٍ لا بيعاً بمجرّد العقد عملاً باللفظ والمعنى كهبة مريضٍ جعل هبةً ابتداءً فبطل بعدم قبضه وصيةً انتهاءً ٥ فاعتبر من الثالث.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو شرط عوضاً بلا عينه حتى كان العوض مجهولاً بأن وهب عبده عل أن يهب له عبداً ينبغي أن تصح الهبة، لأنها لا تبطل بالشروط ويبطل الشرط لفساده وينبغي أن يصح الرجوع فيها ولو بينهما زوجية أو قرابةً محرمةً لأن امتناعه باعتبار حصول غرضه وهو الصلة دلالةً ولما صرح ١٠ شرط العوض علم أن غرضه غير الصلة فلم يُحمَل عليها إذ جاء الصريح فبطل الدلالة ويدل على ما قلت ما ذكره الكافي في تحقيق جواز الرجوع في الهبة في أوائل باب الرجوع حيث قال: المعروف كالمشروط.

[فاضل أمير] نقول: ما ذكره أولاً من صحة الهبة وبطلان الشرط إذا شرط التعويض بمجهول فالظاهر أنه لا يصح على إطلاقه بل هو يكون من فروع ١٥ أصل سيذكره نفسه في هبة مشروطة بقوله «والأصل أن الشرط في الهبة إن كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وإن كان لا يمنع تصح الهبة ويبطل الشرط» انتهى.

Kuhistânî'nin "bedel şartı ile hibe" konusunda söylediği de bu kâideye yakındır. Kuhistânî, *en-Nihâye*'ye nispet ederek şöyle demiştir: "Şart, mesela 'Vehebtü leke hâze'l-abde alâ en tuavvidanî hâze's-sevbe (Şu elbiseyi bedel olarak vermen şartıyla sana bu köleyi hibe ettim.)' şeklinde 'alâ' edatıyla ileri sürülmüşse bu işlem, başlangıcı itibarıyla hibe, sonucu itibarıyla alım satım olur. Şayet şart, mesela 'Vehebtüke hâze's-sevbe bi elfi dirhem (Bu elbiseyi sana bin dirhem karşılığında hibe ettim.)' demek suretiyle 'be' harfi ile ileri sürülmüş ise bu işlem hem başlangıç hem de sonuç itibarıyla alım satım olur. Bu açıklama şunu îmâ etmektedir: Şayet 'in' şart edatını kullanarak 'Vehebtüke kezâ in kâne kezâ: Şöyle olursa sana şunu hibe ettim.' demişse, hibenin -tıpkı alım satım gibi- bâtil olması gerekir."¹

İkinci olarak Şeyh'in "Tarafların arasında karı-kocalık ilişkisi ya da mahrem akrabalık ilişkisi olsa bile bedel şartıyla yapılan hibeden dönmenin sahih olması gerekir..." sözüne gelince, bu konuda şöyle denilebilir: Mahrem akrabaya yapılan hibeden dönme, sadece fakihlerin zikrettiği bu akli delil -yani mahrem akrabaya yapılan hibeyle amaçlananın yardımlaşma olduğu gerekçesi- ile sabit olmuş olsaydı, söyledikleri bir şekilde izah edilebilirdi. Fakat durum böyle değildir. Aksine fakihler, mahrem akrabalık ilişkisinin hibeden dönmeye engel oluşunun, Hz. Peygamber'in "Zevilerhamdan olan mahrem akrabaya yapılması durumunda hibeden dönülmez." şeklindeki sözünün mantûku ile sabit olduğunu söylemişlerdir. Karı-kocalık ilişkisi ise mahrem akrabalık ilişkisine benzer. Zira karı-koca arasında da mirastan mahrum eden birisi olmaksızın mirasçılık cereyan eder ve karı-kocadan her birinin diğeri lehine şahitliği reddedilir. Buna göre karı-kocalık ilişkisinin hibeden dönmeye engel oluşu, bu nassın delâletiyle sabit olur. Dolayısıyla Şeyh'in söylediği şeyin, hamledilebilecek uygun bir izah şekli kalmamıştır. Bununla birlikte konuyla ilgili nakli bir delil bulunduğu göz ardı edilecek olursa burada Şeyh'in belirttiği hususa cevap teşkil edilecek ince bir tasarruf söz konusudur ki, şudur: Şeyh'in söylediği şey, sonuç olarak şuna çıkar: Hibe yapanın hibesinden dönmesinin meşru olması, bununla kendisi için bir faydanın ortaya çıkmasıdır. Mahrem akrabasına veya kocasına hibe ettiği şey konusunda da hibe edenin hibesinden amaçladığı bir maksat hasıl olmuştur ki, bu da sıla-i rahim ve karşılıklı sevgidir.

1 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, III, 432.

ويقرب من هذا الأصل ما قاله المولى القهستاني في الهبة بشرط العوض بعد بيان أن الشرط إن كان بكلمة «على» يكون هبة ابتداء وبيعا انتهاء وإن كان بكلمة «الباء» كأن يقول «وهبت هذا الثوب بألف درهم» يكون بيعا ابتداء وانتهاء -معزواً إلى النهاية-. وفيه إشعار بأنه إذا كان حرف الشرط كلمة «إن» كأن يقول «وهبتك كذا إن كان كذا» ينبغي أن تكون الهبة باطلة كالبيع، انتهى.

ثم ما ذكره بقوله: وينبغي أن يصح الرجوع فيها ولو بينهما زوجية أو قرابة محرمة إلى آخره، فيقال فيه لو كان عدم الرجوع في القرابة المحرمة ثابتا بهذا الدليل المعقول الذي ذكره فقط يعني أن المقصود منها صلة الرحم إلى آخره لكان ما ذكره^١ قريبا من أن يكون له وجه، ولكن ليس الأمر كذلك، بل قالوا في كون القرابة المحرمة مانعة من الرجوع أنه ثابت بمنطوق قوله ﷺ «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها» والزوجية نظير القرابة حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب وتردّ شهادة كل واحد منهما للآخر فيكون منع الزوجية من الرجوع ثابتا بدلالة هذا النص. فلم يبق لما ذكره الشيخ وجه صالح على أن هنا تصرفا دقيقا يحصل به الجواب عما ذكره مع قطع النظر عن أن يكون هنا دليل منقول، وهو أن مآل ما قاله إلى أن مشروعية الرجوع للواهب في هبته ليحصل له النفع به وفيما وهبه لذي رحم محرم أو الزوج قد حصل له ما هو مقصوده منها يعني صلة الرحم والتواد.

Bu maksadın hâsıl olması, hibe yapan için hibeden dönmekle hâsıl olan faydadan daha büyük bir fayda olduğuna göre -nitekim *el-Bedâi'*de yardımlaşma ve amaçlanan karşılıklı sevginin bulunmasından hâsıl olan faydanın, hibeden dönmekle hâsıl olan faydanın üstünde olduğu söylenmiştir¹- bu maksadın hâsıl olması dikkate alınmış ve hibeden dönmekle hâsıl olan fayda dikkate alınmamıştır. Yardımlaşmanın amaçlanan bir maksat olmasına bağlı olan fayda, -mesela yakın akrabasına ya da kocasına hibede bulunup meçhul bir bedeli şart koşmasında olduğu gibi, çünkü bedel şartı ile yardımlaşmanın ve karşılıklı sevginin amaçlanan bir maksat olmadığı açığa çıkar- yardımlaşmanın amaçlanan bir maksat olmaktan çıkması suretiyle oluşmadığında hibeden dönmekle oluşan faydanın hibe yapandan men edilmemesi gerekir. Çünkü engel olan fayda ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla engel olunan faydanın bulunması gerekir. İşte Şeyh'in maksadının özü budur.

Deriz ki, Mevlâ Ayasuluğu *el-Mecma'* *şerhinin* vasiyetler bölümünde mümeyyiz küçüğün vasiyetinin câiz olmadığı konusunda Şâfîîlerin mümeyyiz küçüğün hayır işleri için vasiyette bulunmasının câiz olduğuna, bunun câiz görülmesinde sevabın hâsıl olması sebebiyle çocuk açısından bir fayda bulunduğu şeklindeki gerekçelerine cevap olarak şöyle demiştir: “Mümeyyiz küçüğün vasiyeti terk etmesinde değil, vasiyette bulunmasında sevap olduğu kabul edilse bile fayda ve zarar konusunda muteber olan, ârizî durumlar değil, tasarrufların ne amaçla konulduğudur. Vasiyet ise asıl konuluğu itibarıyla bir teberru olup çocuk tarafından yapılması sahih değildir. Bu tıpkı her ne kadar çirkin, fakir ve kendisine uymayan bir kadını boşaması çocuk açısından bir fayda olsa da çocuk tarafından talâkın câiz olmaması gibidir.”

Bu nokta açıklığa kavuştuğuna göre üzerinde durduğumuz mesele hakkında şöyle denilebilir: Mahrem bir yakın veya koca için hibenin asıl konuluş amacı, sıla-i rahim ve karşılıklı sevgi şeklindeki menfaatin temin edilmesidir. Bu yüzden hibeden dönmedeki fayda dikkate alınmaz. Bazı durumlarda ârizî bir sebepten dolayı menfaatin düşmesiyle söz konusu ilkeye muhalefet edilmiş olmaz.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, VI, 132.

وحصول هذا المقصود لما كان نفعا له أزيد من النفع الحاصل بالرجوع، كما قال في البدائع بأن النفع الحاصل من وجود الصلة والتوآد المقصود فوق النفع الحاصل بالرجوع، قد اعتبر حصول هذا النفع ومنع عن النفع الكائن بالرجوع، وإذا كان النفع المترتب على كون الصلة مقصودا غير حاصل -بأن لم يكن الصلة مقصودا كأن وهب لقريبه أو زوجه وشرط التعويض بعوض مجهول، إذ بشرط العوض يظهر أن الصلة والتوآد ليس بمقصود- يلزم أن لا يمنع عنه النفع الحاصل بالرجوع. لأن النفع المانع قد فات فلزم وجود النفع الممنوع. هذا تحقيق مقصود الشيخ.

فقول قد قال المولى الأياثلوغي في كتاب الوصايا من شرح المجمع في ذكر عدم جواز الوصية من صبي مميز مجيبا عن استدلال الشافعية لجواز وصيته في وجوه الخير بأن في تجويزها منه نفعا له بحصول الثواب منها: ولو سلم أن في الوصية ثوبا لا في تركها لكن المعتبر في النفع والضرر أوضاع التصرفات لا العوارض. والوصية في أصل الوضع تبرع لا يصح من الصبي كالطلاق لا يجوز منه وإن كان طلاق الشوهاء والمعسرة وغير الموافقة نفعا، انتهى.

إذا تقرر هذا فيقال فيما نحن فيه إن أصل وضع الهبة لذي رحم محرم أو للزوج أن يكون لتحصيل منفعة صلة الرحم والتوآد، ولذا يمنع النفع بالرجوع فلا يخالف هذا الأصل بسقوط هذه المنفعة في بعض الصور لأمر عارض.

5. İbrânın Şarta Bağlanması Tasrîhen Olması ile Delâleten Olması Arasındaki Fark

[Teshîl] Boşanmış olan bir kadın eski kocasına, “Benimle evlen.” dese, o da “Sana borcum olan mehri bana hibe etmediğin sürece seninle evlenmem.” dese, bunun üzerine kadın, evlenmeye atıf yapmadan onu ibrâ etse, bu durumda ibrâ, ‘delâleten’ şarta ta’lik edilmiş olacağından ancak adamın o kadınla evlenmesi durumunda gerçekleşir. Diğer görüşe göre ise adam o kadınla evlense bile ibrâ gerçekleşmez. Çünkü bu ibrâ bir rüşvettir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “...bu durumda ibrâ, ‘delâleten’ bir şarta ta’lik edilmiş olacağından ancak adamın o kadınla evlenmesi durumunda gerçekleşir.” ifadesi, o kadınla evlenmesi hâlinde adamın borçtan ibrâ edilmiş olacağını îmâ etmektedir. Hâlbuki o kadınla evlenmiş olsa bile adamın, borçtan ibrâ edilmiş olmaması gerekir. Çünkü kefâlet konusunda geçtiği üzere kefâletten berî olmayı bir şarta bağlamak, ibrânın içerdiği temlik anlamı sebebiyle, bâtıldır. Dolayısıyla ibrânın şarta ta’lik edilmesi -orada olduğu gibi burada da- sahih olmaz.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Allâme [İbn Kemâl], *el-Îzâh* adlı eserinde şöyle demiştir: “İbrânın sarîh olarak şarta bağlanması sahih değildir. Yukarıda geçen meselede olduğu gibi şarta bağlanması sarîh olmadığına ise durum farklıdır. Bunun nedeni şudur: İbrâda hem temlik anlamı hem de ıskât anlamı vardır. İbrâ, temlik anlamının bulunması yönüyle, reddedilmesi durumunda geçerli olmazken; ıskât anlamının bulunması yönüyle geçerliliği borçlunun kabulüne bağlı değildir. Şarta bağlanması, ıskâta aykırı değilken, temlike aykırıdır. Biz ‘İbrâ, sarîh bir şekilde şarta bağlanmış ise sahih olmaz, sarîh bir şekilde şarta bağlanmamış ise sahih olur.’ diyerek ibrânın iki yönünü de dikkate almış olduk.”

İbrâ ile ilgili bu noktaya vakıf olduğunda Şeyh’in eleştirisindeki kalite düşüklüğünü de anlamışsındır. Çünkü Şeyh’in dediğine göre meselenin tasviri şöyledir: “Boşanmış olan bir kadın eski kocasına, ‘Benimle evlen!’ dese, o da ‘Sana borcum olan mehri bana hibe etmediğin sürece seninle evlenmem.’ dese, bunun üzerine kadın, evlenmeye atıf yapmadan onu ibrâ etse, bu durumda ibrâ, ‘delâleten’ şarta ta’lik edilmiş olacağından ancak adamın o kadınla evlenmesi durumunda gerçekleşir.” Bu diyalogda kadının ‘Bana olan mehir borcundan seni ibrâ ettim.’ dediğinde şüphe yoktur.

٥. الفرق بين تعليق الإبراء بالشرط صريحاً وبين تعليقه دلالةً

[التسهيل] ولو قالت مطلقةً لزوجها: «تزوَّجني» فقال زوجها «لا أتزوَّجك ما لم تهبني مهرا لك عليّ» فأبرأته بلا ذكر التزوُّج لا يبرأ إلا بتزوُّجها لتعليق دلالةً، وقيل لا يبرأ ولو تزوَّجها لأن الإبراء رشوةً.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: قوله «لا يبرأ إلا بتزوجها لتعليق دلالة الخ» يُشعرُ بأنه يبرأ بتزوُّجها وينبغي أن لا يبرأ وإن تزوَّجها على ما ذكر من أنه تعليق دلالةً لما مر في الكفالة من أنه يطلُّ تعليق البراءة منها بشرطٍ لمعنى التملك في البراءة فلا يصحُّ تعليقها.

١٠ [فاضل أمير] نقول: قال العلامة في الإيضاح: إن تعليق الإبراء بالشرط صريحاً لا يصح بخلاف ما إذا لم يكن صريحاً كما في الصورة السابقة وذلك أن في الإبراء معنى التملك حتى يرتد بالرد ومعنى الإسقاط حتى لا يتوقف على القبول، والإسقاط لا ينافي تعليقه بالشرط والتملك ينافيه، فراعينا المعنيين وقلنا إن كان التعليق صريحاً لا يصح وإن لم يكن صريحاً يصح، انتهى.

١٥ إذا عرفت هذا علمت ما في نقد الشيخ من عدم الزواج، لأن تصوير المسألة على ما قاله هو أن مطلقة رجل قالت له «تزوَّجني» فقال «لا، ما لم تهبني مهرا لك عليّ» فأبرأته بلا ذكر التزوج لا يبرأ إلا بتزوجها إلى آخره. فلا ريب في أن المرأة قالت «أبرأتك عن مهري عليك»

Kadının bu ibrâsında sarîh olarak herhangi bir şart olmadığı gibi ibrâyı bir şarta bağlama da söz konusu değildir. Bu yüzden Şeyh'in, kefâlet konusunda geçen "kefâletten berî olmayı bir şarta bağlamak bâtildir." şeklindeki ifadeye dayanarak -'evlenmeye atıf yapmaksızın' kaydına rağmen- bu mesele-
 5 senin vaz edilmiş şekline itiraz etmesi yersizdir. Kefâlet meselesinde ibrânın sahih olmamasının "delâleten ta'lîk"e bağlanmış olması da anlaşılabilir olacağı üzere, "Kadının sözünde ibrâyı sarîh bir şarta bağlama söz konusu değildir." şeklindeki sözümüze en doğru şahittir.

6. Sadakadan Rücû ile Hibeden Rücû Arasındaki Fark

[Teshîl] Sadaka, kabzın şart olması ve şüyû durumunda fâsit olması gibi hükümler bakımından hibe gibidir; ancak rücûun hükmü konusunda hibeden ayrılır. Hibeden farklı olarak sadakada rücû câiz değildir. Sadakadan rücûun câiz olmamasının gerekçesi, sadaka veren kişinin, amacına ulaşmış olmasıdır, ki bu amaç da sevaptır. Bir kimse, fakir birine hibede
 15 bulunduğunda, aynı gerekçeden dolayı, hibesinden rücû edemez. Zengin birine tasaddukta bulunulduğunda rücû edilememesinde ise lafız dikkate alınmıştır. Çünkü rücû, zayıf bir hak olup şüphe onu engellemiştir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Buna göre yukarıda geçen babasının kölesine ya da köle olan babasına hibe meselesinde olduğu gibi hibeden rücû edememesi gerekir. Çünkü burada olduğu gibi orada da hibeden rücû, bir yönden sabit olmuş, bir yönden sabit olmamıştır ve şüphe sebebiyle hibeden rücû edilemez. 'Şüphe burada hibede sabit olmuştur, orada ise böyle değildir; bu yüzden bu iki mesele birbirinden farklıdır.' denilemez. Çünkü kölenin babaya ait olması, -tıpkı [zengine] tasadduk durumunda olduğu gibi- hibeden rücû etmeye engel olduğu için, bu farkın önemi olmadığını
 25 söylüyoruz. Dolayısıyla şüphe ihtimali, hükmün iki meselede de aynı olmasını gerektirir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in işaret ettiği çelişki, daha önce geçen şu mesele olmalıdır: "Babasının kölesine bir şey hibe eden kimse, Ebû Hanîfe'ye göre, tıpkı köle olan babasına bir şey hibe etmesi durumunda olduğu gibi,
 30 bu hibesinden rücû edebilir. Çünkü bu hibenin, rücû edilmesi mümkün olmayan birisine yapılmış olmasında bir kuşku/şüphe bulunmaktadır."

فلا شرط في إبرائها صريحا ولا تعليق به. فلا وجه لاعتراضه على وضع المسألة المذكورة بما مرّ في الكفالة من أنه يبطل تعليق البراءة عن الكفالة بشرط على أن قولهم في تصوير المسألة بلا ذكر التزوج وفي تعليل المسألة لتعليق دلالة شاهدا صدق على ما قلنا أن ليس في كلام المرأة تعليق بصريح الشرط كما لا يخفى. ٥

٦. الفرق بين الرجوع في الصدقة وبين الرجوع في الهبة

[التسهيل] وكان الصدقة كالهبة في الأحكام كشرط القبض والفساد مع الشيوع إلا الرجوع لئيل المتصدّق غرضه وهو الثواب ولا يرجع. ولو وهب للفقير لا يرجع عبرة للمعنى وكذا لو تصدّق على غني لا يرجع عبرة للفظ لأن الرجوع حق ضعيف فمَنَعَهُ الشك. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن لا يرجع فيما مرّ من مسألة الهبة لِقَنِ أبيه أو أبيه القنّ إذ الرجوع ثمة يثبت من وجهٍ دون وجهٍ كما هنا فلا يرجع للشك. ولا يُقال: الشك ثبت هنا في الهبة لا ثمة فافترقا، لأننا نقول: هذا لا يفيد لأن كونه للأب يمنع الرجوع كالتصدّق فاحتمالها ينبغي أن يتساوى حكمه فيهما. ١٥

[فاضل أمير] نقول: الظاهر أنه يريد بهذا النقض على ما سبق من أنه لو وهب لقن أبيه فله الرجوع عند أبي حنيفة كهبة لأبيه القن بشك في كونه لمن يمتنع الرجوع به فيرجع، انتهى.

Çelişki şu şekildedir: Her iki durumda da şüphe vardır. Birinci durumda şüphe, hibenin yapıldığı kimse hakkındadır. Zengin olan kimseye tasaddukta bulunma meselesinde ise şüphe, vermenin hibe mi sadaka mı olacağı hususundadır. İkinci durumdaki şüphe rüçûa engel olarak sayılmıştır. Münasip olan, birinci durumdaki şüphenin de aynı şekilde hibeden rüçûa engel sayılmasıydı.

Dikkatli araştıran kimse açısından açıktır ki, Şeyh'in öne sürdüğü çelişki iddiası, meselenin vaz ediliş şekline değil, metinde [Letâif metninde] yer verdiği görüşü burada [Teshil'de] 'Çünkü rüçû, zayıf bir haktır ve şüphe onu engellemiştir.' şeklindeki gerekçelendirmesine yöneliktir. Çünkü zengin olan kimseye tasaddukta bulunma meselesinde rüçûun olmaması, bazı muteber kaynaklarda Şeyh'in yönelttiği itirazın kesinlikle söz konusu olmayacağı bir illet ile ta'lil edilmiştir. Mesela Kâsânî, *el-Bedâi'*de şöyle demiştir: "Bir kimse zengin birine tasaddukta bulunsa kıyasa göre tasaddukta bulunanın rüçû hakkı vardır. Ancak onlar istihsân yaparak 'Bu kimsenin rüçû hakkı yoktur. Çünkü sevap, zenginlere tasaddukta bulunularak da talep edilebilir.' demişlerdir."¹ Buna göre zengine yapılan tasadduktan rüçûun olmamasının gerekçesi, fakire yapılan tasadduktan rüçû konusunda açıklanan gerekçe olmaktadır.

Tebyînu'l-Hakâik'te [Zeylâî] şöyle demiştir: "*en-Nihâye*'de önce 'Fakire verilen sadakada rüçû olmadığı gibi zengine verilen sadakada da rüçû yoktur.' denilmiş, ardından, ashabımızdan bazılarının 'Zengine tasadduk ve hibe, -amaçlanan şey bakımından- eşittir' dediği nakledildikten sonra hibeden dönme hakkının bulunduğu, sadaka konusunda da hükmün böyle olduğu ifade edilmiş. En sonunda şöyle denilmiştir: 'Fakat biz diyoruz ki: Sadaka lafzının zikredilmiş olması, veren kişinin bedeli amaçlamadığını gösterir; kullanılan lafzın (sadaka) dikkate alınması, temellük edenin hâlinin dikkate alınmasından evlâdır.'²

Zeylâî'nin, *en-Nihâye*'den naklettiklerinin özü şudur: babasının kölesine hibe meselesinde -iki delilin çatışması sebebiyle- şüphe bulunduğu gibi -çünkü hibenin köleye yapılmış olmasının gereği rüçû; köle yapılan hibenin manen efendisine yapılmış olmasının gereği ise adem-i rüçûdur.- zengine tasadduk meselesinde de -yine teâruz sebebiyle- şüphe vardır; çünkü sadaka lafzının gereği, rüçûun olmaması iken zengine yapılan tasaddukun hibe anlamında olmasının gereği ise rüçûdur.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, VI, 133.

2 Zeylâî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 104.

ووجه النقض أن في كلتا صورتين وقع الشك، أما في الأولى ففيمن كانت الهبة له، وأما في مسألة التصدق على الغني ففي كون الدفع هبة أو صدقة، وقد جعل الشك في الثانية مانعا عن الرجوع. فكان المناسب جعله مانعا عنه في الصورة الأولى أيضا.

٥ ولا يخفى على المتتبع الخبير أن ما أورده الشيخ إنما يرد على التعليل الذي أخذه في المتن هنا من قوله: لأن الرجوع حق ضعيف فمنعه الشك، لا على أصل وضع المسألة، لأن عدم الرجوع في مسألة التصدق على الغني معلل بعلّة في بعض المعتمرات لا يرد عليها ما ذكره قطعاً، حيث قال في البدائع: لو تصدق على غني فالقياس أن يكون له الرجوع إلا أنهم استحسنا وقالوا ليس له أن يرجع لأن الثواب قد يطلب بالتصدق على الأغنياء، انتهى. فكان وجه عدم الرجوع فيما تصدق على الغني ما هو الوجه المبين في التصدق على الفقير.

١٠ وقال في التبيين: قال في النهاية: لا رجوع في الصدقة على الغني كما لا رجوع في الصدقة على الفقير. ثم قال من أصحابنا من قال: الصدقة على الغني والهبة سواء^١ فيما هو المقصود. ثم له أن يرجع في الهبة فكذا في الصدقة. ثم قال ولكننا نقول: في ذكر لفظة الصدقة ما يدل على أنه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال الممتلك، انتهى.

فكان الحاصل مما نقل عن النهاية أنه كما وقع الشك فيما وهب لقن أبيه بتعارض الدليلين إذ موجب كون الهبة للقن الرجوع وموجب أنه يقع في المعنى لمولاه عدم الرجوع قد وقع في التصدق على الغني بالتعارض إذ موجب لفظ الصدقة عدم الرجوع وموجب أن التصدق للغني في معنى الهبة الرجوع.

٢٠

١ لأنه يقصد به العوض دون الثواب، ألا ترى أنه في حق الفقير جعلت الصدقة والهبة سواء (زيادة من التبيين)

Fakat burada (zengine tasaddukta bulunma meselesinde) kullanılan lafzı dikkate almanın evlâ olması sebebiyle rücûun olmadığını gösteren delil tercih edilmiştir. Birinci durumda (köleye hibe meselesinde) ise hibeden rücûun olmadığını gösteren delili tercih etmeyi gerektirecek bir sebep bulunmadığı için, rücû hükmü -ki hibe konusundaki ilke budur- aynen devam etmiştir. Köle olan babasına hibe meselesinde de durum bunun gibidir.

Bu tercih, usûl imamlarının zikrettikleri bir ilkenin fūrû'ndandır. Bu ilke de *İfâdatu'l-Envâr*'da¹ lâm-ı ta'rifin, çoğulun başına geldiğinde çoğulluk anlamının dikkate alınmasını düşüreceğinin anlatıldığı yerdeki şu ifadedir: "İki delil teâruz ettiğinde ilke sırasıyla şu yolun izlenmesidir: Önce bu teâruzdan kurtaracak bir delil aranır, sonra bu iki delil uzlaştırılmaya çalışılır, sonra birinin tercih edilmesi yoluna gidilir ve [bu da yapılamazsa] en son ikisiyle de amel edilmeyerek o konuda başka bir delil aranır."

Bu ilkenin yukarıdaki iki meseleye uygulanışı şöyle olmuştur: Zengine tasadduk meselesinde -kuvvetli olması sebebiyle- rücûun olmamasını gerektiren ârizî sebep tercih edilirken babanın kölesine ya da köle olan babaya hibe meselesinde ise hibe konusundaki temel kabul tercih edilmiştir. Bu tercihin gerekçesi rücû imkânının ilke olması ve buna muarız güçlü bir delilin bulunmamasıdır.

7. Rum Diyarında Kadının Mehrini Hibe Etmesi Şeklindeki Teamül

[**Teshîl**] Her iki *el-Fusûl*'de şöyle geçmektedir: "Hibe, başkasının mülkiyeti ile değil hibe edenin mülkiyeti ile meşguliyeti sebebiyle fâsit olur. Vâris, "Hakkımdan feragat ettim." dese hakkı bâtil olmaz. Çünkü mülkiyet, feragatla bâtil olmaz. Ama hak feragatla bâtil olur; ganimete hak sahibi olanlardan biri, taksimden önce "Hakkımdan feragat ettim." dese hakkı bâtil olur. Borçlu alacaklıya "Sana olan borcumu bana hibe et veya bana ait kıl ya da bana bırak." dese alacaklı da ona "Hibe ettim veya temlik ettim." dese bu ifade, örfte ibrâ anlamına gelir ki, bunun anlamı "Alacağım hibe olsun!" dur.

1 el-Haskefi, Alâuddin Muhammed b. Ali (ö. 1088/1677), *İfâdatu'l-Envâr*, s. 174

ولكن رجح دليل عدم الرجوع هنا بناء على أن مراعاة جانب اللفظ أولى ولا مرجح لدليل عدم الرجوع في الصورة الأولى. فبقي حكم الرجوع الذي هو الأصل في الهبة فيها وكذا فيما وهب لأبيه القن.

وكان هذا الترجيح من فروع أصل ذكره أئمة الأصول، وهو ما ذكره في إفاضة الأنوار في بحث أن لام التعريف إذا دخلت على الجمع يسقط اعتبار الجمعية بقوله: إذ الأصل في المتعارضين طلب المخلص ثم الجمع ثم الترجيح ثم التهاثر، انتهى.

حيث رجح في مسألة التصدق ما هو العارض الموجب لعدم الرجوع لقوته وفي الهبة لقن أبيه وأبيه القن ما هو الأصل في الهبة يعني الرجوع لأصلته ولانعدام القوة في عارضه.

٧. تعامل أهل الرُّوم في هبة العروس مهرها

[التسهيل] وفي الفصولين: أن الهبة تفسد للاشتغال بملك الواهب لا بملك غيره. ولو قال الوارث «تركْتُ حقي» لا يبطل حقه إذ الملك لا يبطل بالترك والحق يبطل بالترك حتى أن أحد الغانمين لو قال قبل القسمة «تركْتُ حقي» يبطل حقه. ولو قال لربِّ الدين «فامي كه ترابر فلانست بمن بخشي» أو قال «بمن منت كن» أو قال «بمن دربا قي كن» فقال «بخشيدم» أو قال «كردم» يكون إبراءً في العرف ومعناه «بوى بخش لأجلي».

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bundan anlaşılmaktadır ki; Diyar-ı Rum halkının teâmül hâline getirdiği, gelinin büyüklerin kapısına uğrayıp mehrini onlara hibe etmesi şeklindeki uygulamada, yapılan hibenin sahih olması gerekir ve kadın o büyüklere verilmek üzere mehrini kocasına hibe etmiş olur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu sözünün akışından akla ilk gelen şey, bu mesele hakkındaki açık rivâyete rastlamamış olmasıdır ki, o meselede bu hibenin sahih olduğu onların şu sözlerinden çıkarılmıştır: Alacaklı olan kişi borçlusuna "Fılan kimsedeki malını bana bağışla" veya "onu bana bırak" veya "onu bana ver" dese, o da "O malı sana bağışladım", "sana bıraktım", "sana verdim" dese bu örfte ibrâ olur. Anlamı da "Benim için bağışla" olur.

Müeyyedzâde'nin vâkıât kitaplarından naklederek derlediği fetvalarda şöyle dediğini gördüm: "Türkmenlerde bir erkek bir kadınla evlendiğinde kadını getirirler, kadın ile topluluk arasına bir perde çekilir ve kadına bir elçi göndererek mehrini zifaktan önce kocasına hibe etmesini isterler. Kadın da onlardan hayâ ettiği için mehrini hibe eder. Bu durumda bu hibe, mehrin tamamında geçerli mi yoksa tamamında bâtil mi olur ya da kadının mehrin tamamına ancak zifaktan sonra malik olması yönüyle mehrin yarısında mı geçerli olur? el-Cevap: Bu hibe sahih olur ve koca mehrin tamamından ibrâ edilmiş olur."

8. Hibe Edilen Şeyin, Hibe Edenin Malı ile Meşgul Olması, Hibenin Sıhhatine Engel Olur mu?

[Teshîl] Evdeki ve çuvaldaki buğdayı hibe edip ikisini birlikte yani zarfı ve mazrufu teslim etmesi durumunda hibe sahihtir. Bunun aksi ise sahih değildir. Yani bir kimse içinde kendisine ait eşyaların bulunduğu bir evi hibe edip ve hepsini hibe edilene teslim etse veya içinde kendisine ait yiyeceğin bulunduğu bir çuvalı bağışlayıp çuvalı teslim etse hibe sahih olmaz. Zira ilke şudur: Hibe edilen şeyin, hibe edenin mülkü ile 'meşgul' olması, teslim dolayısıyla da hibenin sıhhatini engel olur. Hibe edilen şeyin, 'şâgil' olması ise teslim engeli değildir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يُعرف به أن ما تعارفه أهل الروم من أن العروس تمرُّ بأبواب الأكايرِ وتهبُّ لهم مهرها ينبغي أن يصحَّ ويكونَ هبةً لزوجها لأجل الأكايرِ.

[فاضل أمير] نقول: المتبادر من سوق كلامه هذا أنه لم يظفر بالرواية المنصوصة في المسألة وقد استنبط صحة الهبة فيها من قولهم: ولو قال لرب الدين «فأمي كه تراير فلانست بمن بخش كن» أو قال «بمن منت كن» أو قال «بمن در باقي كن» فقال «بخشيدم» أو قال «كردم» يكون إبراء في العرف ومعناه «بوي بخش لأجلى» انتهى.

ورأيت أنه قال مولانا المدعو بمؤيد زاده فيما جمعه من الفتاوى ناقلاً عن الواقعات: وفي التراكمه إذا تزوج أحدهم امرأة يجيئون بها ويجعلون بينها وبين الجماعة سترًا ويرسلون إليها رسولا ويستوهبون صداقها للزوج قبل الدخول وهي استحياء منهم تهب صداقها هل تنفذ تلك الهبة في جميعها أو تبطل أو تنفذ في نصف الصداق من حيث أنها لا تملك الكل إلا بعد الدخول. والجواب أنه تصحَّ تلك الهبة وإبراء الزوج عن جميع الصداق.

٨. هل يمنع كونُ الموهوبِ مشغولاً بملك الواهبِ صحَّةَ الهبة

[التسهيل] وصحَّ هبةٌ برَّ في داره أو جرابه لو سلَّمهما أي الظرفَ والمظروفَ لا عكسه أي لو وهبَ دارًا وفيها متاعٌ للواهبِ وسلَّم الكلَّ إلى الموهوبِ له أو وهبَ جراباً وفيه طعامٌ للواهبِ وسلَّم الجرابَ لا تصحُّ الهبةُ. والأصل: أن الموهوبَ متى كان مشغولاً بملك الواهبِ يمنعُ التسليمَ فيمنع صحَّةَ الهبةِ ومتى كان الموهوبُ شاغلاً لا يمنعُ التسليمَ.

Önce ev, sonra da içindeki buğday hibe edilirse bu sahihtir. Yine önce evin yarısı sonra da diğer yarısı hibe edilip tamamı birden teslim edilse, hibe işlemi -tıpkı tamamı aynı anda hibe edilmiş gibi- sahihtir. Tamamı birden değil de farklı zamanlarda teslim edilirse durum bunun aksinedir. Yani evin yarısını hibe edip teslim etse sonra da diğer yarısını hibe edip teslim etse bu hibe sahih olmaz.

Bir kimse içindeki eşya ile bir evi hibe etse daha sonra evin içindeki eşyanın başkasına ait olduğu anlaşılrsa hibe akdi, herhangi bir evin hibesinde olduğu gibi sadece ev konusunda geçerli olur. Zira eşyanın başkasına ait olduğunun anlaşılmasıyla, hibe edenin bu eşya üzerindeki zilyedliğinin gasp yoluyla olduğu ortaya çıkmıştır. Bu durum, bir kimsenin evi ve malı gasbedip sonra da sahibinin gasbedene evi hibe etmesi veya bir kimsenin evini ve içindeki eşyayı birine emanet olarak verip sonra da o kişiye evi hibe etmesi gibidir.

[Şeyh Bedreddin] Denirse ki, “Gasp ve emanet bırakma meselesi ile evi tek başına hibe edip içindeki eşya ile teslim etme meselesi arasındaki fark açık değildir. Çünkü fukahânın ‘Hibe edenin mülküyle meşgul olan şeyin hibesi câiz değildir.’ şeklindeki sözleri, gasp ve emanet bırakma durumlarında da hibenin câiz olmamasını gerektirir.”

Bu itiraza, bahsedilen kaideye başka bir kayıt eklenmek suretiyle cevap verilebilir ki, bu kayıt da şudur: Hibenin hibe edenin mülkü ile meşgul olması, ancak hibe edenin mülkünün, hibe edilenin elinde olmaması durumunda teslim, dolayısıyla da hibeye mâni olur. Hibe edilen şeyin hibe edilenin elinde olması durumunda ise bu hibeye mâni olmaz.

Bu sual ve cevap aklıma geldikten sonra *Ziyâdât-ı Kâdihân*'da bu mesele ile ilgili olarak şu ifadeyi gördüm: Hibenin ev hususunda bâtil olması, ancak evin hibe edenin elindeki bir eşya ile ya da hibe edilenin dışında bir kimsenin elindeki eşya ile meşgul olması durumunda söz konusu olur. Fakat evin içindeki eşya gasp, âriyet veya başka bir şekilde hibe edilen kişinin elinde olduğunda bu durum evin hibe edilmesine mâni değildir. Nitekim sahibi, evi âriyet olarak verse sonra da âriyet olarak alan kişi, gasbettığı bir şeyi o eve koysa veya âriyet olarak veren kişi bir eşyayı gasbedip, gasbettığı bu şeyi evi âriyet olarak alanın yanına koysa sonra da âriyet olarak veren kişi evi, âriyet olarak alana hibe etse, her ne kadar ev, malı gasbedilen kimsenin malı ile meşgul olsa da bu hibe sahih olur. Çünkü bu eşya, her ne kadar malı gasbedilen kimseye ait olsa da âriyet olarak alanın eli bunun üzerinde sabittir. Bu da hibenin cevazı için yeterlidir.

وصحَّ هبة دارٍ ثم هبة بُرٍّ فيه وكذا لو وهب نصف الدارٍ ثم نصفه الآخر فسلمَّ الكلُّ جملةً يصحُّ فكأنه وهب الكلَّ جملةً ضدَّ تفرُّق التسليم أي لو وهب نصفه وسلمَّ ثم وهب نصفه الآخر وسلمَّ لا يصحُّ.

ولو وهب دارًا بمتاعها فسلمَّهما فاستحقَّ المتاع صحَّ عقدُ الهبة في الدارِ كدارٍ، إذ بالاستحقاقِ ظَهَرَ أن يده في المتاع كان يدُ غضبٍ فصارَ كما لو غَضِبَ الدارَ والمتاعَ ثم وهب له الدارَ أو أودَعَه الدارَ والمتاعَ ثم وهب له الدارَ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: الفرق بين مسألة الغصبِ والإيداعِ وبين هبة الدارِ وحدها وتسليمهما مع متاعٍ فيها ليس بواضحٍ فإن قولهم ثمة «أن هبة المشغولِ بملكِ الواهبِ لا يجوزُ» يستلزمُ أن لا يجوزَ في صورة الغصبِ والإيداعِ؟ ١٠

يُجاب: بأن يزادَ في الأصلِ المذكورِ قيدُ آخرُ وهو: أن الاشتغالَ بملكِ الواهبِ إنما يمنعُ إذا لم يكن ملكُ الواهبِ في يدِ الموهوبِ له أما إذا كان في يده فلا يمنع.

وبعدَ ما خطرَ لي هذا السؤالُ والجوابُ رأيتُ في زياداتِ قاضيخان في هذه المسألة: أن الهبةَ إنما تبطلُ في الدارِ إذا كانت مشغولةً بمتاعٍ في يدِ الواهبِ أو بمتاعٍ في يدِ غيرِ الموهوبِ له أما إذا كان المتاعُ في يدِ الموهوبِ له بغصبٍ أو عاريةٍ أو غيرِ ذلك فلا يمنعُ هبةَ الدارِ، ألا يرى أنه لو أعارَ الدارَ ثم أن المستعيرَ وَضَعَ فيه متاعاً غَضِبَهُ أو المعيرُ غَضِبَ متاعاً وأودَعَه عندَ المستعيرِ في الدارِ ثم المعيرُ وَهَبَ الدارَ للمستعيرِ صحَّ الهبةُ وإن كانت الدارُ مشغولةً بمالٍ المغضوبِ منه لأن المتاعَ وإن كان للمغضوبِ منه فيدُ المستعيرِ ثابتةً عليه وذلك يكفي لجوازِ الهبة.

Hibe edilen evin içindeki eşyanın başkasına ait olduğunun anlaşılması meselesinde Ebû Yûsuf'tan şöyle bir rivâyet nakledilmiştir: Bu durumda evin hibe edilmesi bâtildir. Çünkü içindeki eşyanın başkasına ait olduğu ortaya çıkınca evin, hibe edilenin dışında birine ait bir mal ile meşgul olduğu açığa çıkmış olur ki, bu durumda hibe bâtil olur. *Zâhiru'r-rivâye* olan görüşün gerekçesi daha önce geçtiği şekildedir.

Derim ki: burada ilkenin şöyle olduğu açığa çıkmıştır: Hibe, hibe edenin veya hibe edilen kimsenin dışında bir başkasının malıyla meşgul olduğunda eğer mal hibe edilenin elinde değilse, bu durum hibeye engeldir. Bu ilkeyle az önce iki *el-Fusûl*'den naklettiğim mesele arasında bir çelişki vardır. Çünkü orada hibenin, başkasının malı ile değil, hibe edenin malı ile meşgul olması sebebiyle gerçekleşmediği açıklanmış ve bu, orada geçen âriyet ve gasp meselesi ile gerekçelendirilmişti. Sen de biliyorsun ki, orada hibenin sahih olmasının nedeni, malın hibe eden dışında birine ait olması değil, mal üzerinde hibe edilen kişinin zilyedliğinin bulunmasıdır. Dolayısıyla bununla hibe edenin dışında birinin malı ile meşgul olmasının, hibeye engel olmadığına istidlalde bulunmak yeterli değildir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh hem burada hem de *Câmi'ül-Fusûleyn*'de, bu hususta her iki *el-Fusûl*'de zikredilenlerin, *Ziyâdât-ı Kâdihân*'da zikredilene aykırı olduğunu belirtmiş ve her iki *el-Fusûl*'de zikredilenin şu şekilde çürütmüştür: İddia edilen şeye gerekçe olarak sunulan meseleler, delil olmaya uygun değildir, aksine onlar *Ziyâdât-ı Kâdihân*'da geçene delildir.

Bu meselenin özü şudur: Her iki *el-Fusûl*'de şöyle denilmiştir: “Hibe eden dışında bir kimsenin mülkü ile meşgul olan şeyin hibe edilmesi câizdir. Bir kimse bir evi âriyet olarak verse, âriyeti veren ya da âriyeti alan kişi, gasbettiği bir eşyayı o eve koysa sonra da âriyet veren kişi, evi âriyet alana hibe etse bu, câizdir. Aynı şekilde bir kimse içindeki eşya ile bir evi ya da içindeki eşya ile birlikte bir çuvalı hibe edip teslim ettikten sonra evdeki veya çuvaldaki eşyanın başkasına ait olduğu ortaya çıksa, yapılan hibe ev ve çuval hakkında câizdir. Zira hibe edenin hem ev hem de içindeki eşya üzerindeki zilyedliği hakikaten sabit olup teslim etmesi sahihtir. Sonra istihkak sebebiyle, eşyanın başkasına ait olduğu anlaşılmalıdır; evin, hibe edenin mülkü ile meşgul olduğu -ki, hibeye mâni olan durum budur- ise ortaya çıkmamıştır.”

وعن أبي يوسف في مسألة استحقاق المتاع أن الهبة في الدار تبطل لأنه لما
استُحِقَّ المتاع ظهر أن الدار كانت مشغولة بعينٍ لغير الموهوب له فتبطل الهبة،
ووجه ظاهر الرواية ما تقدّم.

أقول: قد ظهر أن الأصل: أن الهبة إذا كانت مشغولة بملك الواهب أو بملك
غير الموهوب له يمنع الهبة إذا لم يكن في يد الموهوب له. وبينه وبين ما نقلته
أنفأ من الفصولين منافاةً فإنه صرّح بأن الهبة ممتنع بالاشتغال بملك الواهب
لا بملك غيره واستدلّ عليه بما مرّ من مسألة الإعارة والغصب وقد عرفت أن
الهبة إنما صحّت ثمة لأن اليد للموهوب له لا لأنه ملك غير الواهب فلا يتم
الاستدلال بها على أن الاشتغال بملك غير الواهب غير مانع من الهبة،

[فاضل أمير] نقول: قد جزم هنا وفي جامع الفصولين بأن ما ذكره في
الفصولين مخالف لما في زيادات قاضيخان وزيف ما في الفصولين بأن المسائل
التي استدلت بها على المدعى لا تصلح أن تكون دليلاً له بل هو دليل لما في
زيادات قاضيخان.

تحقيقه أنه قال في الفصولين: إن هبة المشغول بملك غير الواهب جائزة، فلو
أعار بيتاً فوضع فيه المعير أو المستعير متاعاً غصبه ثم وهب البيت من المستعير
جاز. وكذا لو وهب بيتاً بما فيه أو جوالقاً بما فيه من المتاع وسلّم ثم استُحِقَّ
المتاع جاز في الدار والجوالق إذ يد الواهب كانت ثابتة على البيت والمتاع
جميعاً حقيقة، فصحّ تسليمه. ثم بالاستحقاق ظهر أن المتاع لغيره ولم يظهر أن
البيت مشغول بملك الواهب وهو المانع، انتهى.

Ziyâdât-ı Kâdîhân'da denilen şudur: “Hibe edilen malın meşgul olması, eğer hibe edilen kişinin dışında bir kimsenin zilyedliği sebebiyle ise -zilyed ister hibe eden olsun ister başkası olsun, fark etmez- hibenin sıhhatine engel olur. Hibe edilen malın meşgul olması, eğer hibe edilen kişinin zilyedliği sebebiyle ise bu durumda -elinde olan bu mal ister hibe edilen kişinin mülkü olsun ister başkasının mülkü olsun- hibenin sıhhatine engel olmaz.

Kâdîhân iddiasına bu meseleleri gerekçe olarak kullanmıştır. Şeyh, *el-Fusûl* adlı iki eserde yer alan ifadeye şu şekilde itiraz etmiştir: “Bu meselelerde hibenin sahih olmasının nedeni, malın hibe edenin dışında birine ait olması değil, mal üzerinde hibe edilen kişinin zilyedliğinin sabit olmasıdır. Dolayısıyla bununla hibe edenin dışında birinin mülküyle meşgul olmasının, hibeye engel olmadığına istidlalde bulunmak yeterli değildir.” İşte Şeyh'in iki kitapta zikrettiğinin özü budur.

Biz de diyoruz ki, iki görüşten her birine delil olarak verilen meselelerde hibe edilen kişinin elinde bulunan mal ile iştigal mevcut olduğu gibi aynı şekilde bu meselelerde hibe edilen malı meşgul eden (şâğil) eşyanın, hibe edenin dışında birisine ait olması durumu da mevcuttur. Nitekim evi âriyet olarak veren kişinin eve koyduğu malın, ‘gasp yoluyla elde edilen bir mal olması’ ile kayıtlanması, bunu ifade etmektedir. Buna göre *el-Fusûl* adlı adını taşıyan her iki eserdeki ifade ile kastedilen, iki vasfı da -yani şâğil olan malın hibe edilen kimsenin elinde olması ve bunun, hibe edenin dışında birinin mülkü olması vasıflarını- kapsayan bu durumlarda hibenin sahih olduğunun açıklanmasıdır. Dolayısıyla bunların tamamının amacı bir olup buna göre de söz konusu çelişki ortadan kalkar.

Sonuç olarak *Ziyâdât-ı Kâdîhân*'da, belirtilen meselelerde hibenin sıhhatinin, birinci vasfın bir sonucu (semere) olduğu noktası dikkate alınmış, *el-Fusûl*’lerde ise ikinci vasfın sonucu olduğu noktası dikkate alınmıştır. Evet, zahir olan hibenin sıhhatinin, ikinci vasfın değil, birinci vasfın sonucu olmasıdır ki, *el-Bedâi*'deki şu izah, bunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır: “Hibe edilen şeye ait şartlardan biri de hibe edilen şeyin, hibe edilmiş olmayan bir şeyle meşgul olmamasıdır. Çünkü meşgul olması durumunda kabzın anlamı -ki, bu da kabzedilen şey üzerinde tasarruf imkânının bulunmasıdır- gerçekleşmez.

وقال في زيادات قاضيخان: إن الاشتغال إذا كان بما في يد غير الموهوب له يمنع الصحة سواء كان ملك الوهاب أم ملك غيره، ولا يمنع الصحة إذا كان الاشتغال بما في يد الموهوب له سواء كان ملك الموهوب له أو ملك غيره.

٥ واستدل [قاضيخان] أيضا على ما ادعاه بتلك المسائل، والشيخ رحمه الله اعترض على ما في الفصولين بأن الهبة إنما صحت في هذه المسائل، لأن اليد للموهوب له لا لأنه ملك غير الوهاب، فلا يتم الاستدلال بها على أن الاشتغال بملك غير الوهاب غير مانع من الهبة. هذا خلاصة ما ذكره في الكتابين.

١٠ ونحن نقول إن المسائل التي جعلت دليلا لكل من القولين فكما وُجِدَ فيها الاشتغال بما في يد الموهوب له فكذلك وُجِدَ فيها أن يكون المتاع الشاغل للموهوب لغير الوهاب كما ينبئ عنه تقييد ما وضعه المعير بأن يكون غصبا، فكان المراد مما في الفصولين بيان صحة الهبة في هذه الصور الجامعة لكلا الوصفين يعني كون الشاغل في يد الموهوب له وكونه ملك غير الوهاب فاتحد مقصود الكل واندفعت المنافاة.

١٥ غاية الأمر أن في زيادات قاضيخان اعتبر أن يكون صحة الهبة في المسائل المذكورة^١ ثمرة الوصف الأول، وفي الفصولين أن يكون ثمرة الوصف الثاني، نعم أن الظاهر كون الصحة أثر الوصف الأول لا الثاني على ما أفصح عنه ما في البدائع من قوله: ومنها أن لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب، لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل.

Şu meselenin tahriri bu kaideye göredir: Bir kimse içinde kendisine ait eşyanın bulunduğu bir evi hibe edip içindeki eşya ile evi teslim ettiğinde bu, câiz olmaz. Çünkü hibe edilen şeyin boşaltılması, teslim ve kabzın sıhhat şartı olup burada bu söz konusu değildir. Bir görüşe göre teslimin sahih olması konusunda şöyle bir çözüme başvurulur: Hibe eden kişi, evin içindeki eşyayı, önce hibe edilen kişinin yanında emanet olarak bırakarak ikisini baş başa bırakır, sonra da evi, hibe edilen kişiye teslim eder. Bu durumda hibe câiz olur. Çünkü bu durumda ev, hibe edilen kişinin elinde bulunan bir eşya ile meşgul olmuş olur. Ancak bu çözümde bir problem vardır, o da şudur: Emanet bırakılanın eli, anlam açısından emanet bırakanın elidir. Dolayısıyla hibe edenin, eşya üzerindeki elinin varlığı devam etmektedir. Bu da teslimin sıhhatine engel teşkil eder.”¹

Fakat *el-Fusûleyn*'deki ifade, “Eşyanın hibe edilen kişinin elinde olmasından kastedilen, bu meselelerde olduğu gibidir.” şeklinde bizim dediğimiz şekilde tevil edildiğinde söz, doğru olur ve kastedilen de bir ve aynı şey olur.

Diğer yandan açıktır ki, Kâsânî'nin ‘Bu çözümde bir problem vardır.’ şeklinde *el-Bedâi*'de dile getirdiği problem, şöyle denilerek giderilebilir: Anlam açısından eşyanın emanet bırakanın elinde olması, hibe edilen kişinin tasarruf imkânı açısından bir kusur teşkil etmez. Çünkü evin hibe edildiği kişi, kendisine emanet olarak bırakılan eşya üzerinde taşımak veya yerini değiştirmek suretiyle tasarrufta bulunabilir. Dolayısıyla bu durumda emanet, hibe edilen evin kabzına engel teşkil etmediği gibi teslimin sıhhatine de engel olmaz. Buna göre hibe edenin malı ile meşgul olan hibenin sıhhati konusunda ortaya çıkan kaide, *Ziyâdât-ı Kâdihân*'dan ve *el-Fusûleyn*'den anlaşılan anlam doğrultusundadır. Şeyh de bu şerhte bunu açıkça belirtmiştir: Hibe edenin mülkü ile veya hibe edilen kişinin dışında birinin mülkü ile meşgul olan bir şeyin hibe edilmesi, ancak meşgul eden malın, hibe edilen kişinin elinde olmadığı durumda hibeye engel olur. Bu malın hibe edilen kişinin elinde olması durumunda ise hibeye engel olmaz.

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, VI, 125.

وعلى هذا يخرج ما إذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار إليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع أنه لا يجوز، لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد. قيل والحيلة في صحة التسليم أن يُودع الواهب المتاع عند الموهوب له أو يُخَلِّي بينه وبين المتاع ثم يسلم^١ الدار إليه فيجوز الهبة فيها، لأنها مشغولة بمتاع في يد الموهوب له. وفي هذه الحيلة إشكال وهو أن يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فيمنع صحة التسليم، انتهى.

ولكن إذا أوّل ما في الفصولين بما قلنا من أن المراد من كونه ملك غير الواهب كونه كذلك مجامعا مع كونه في يد الموهوب له كما في هذه المسائل يصح الكلام ويتحد المرام كما لا يخفى على ذوي الأفهام.

ثم لا يخفى أن ما قاله في البدائع من أن في هذه الحيلة إشكالا فمدفوع بأن يقال: إن كون المتاع في يد المودع معنى لا يقدر في تمكن الموهوب له من التصرف، لأنه يقدر التصرف في المتاع الذي جعل ودیعة عنده بالنقل والتحويل فلا يكون الودیعة مانعا من قبض الموهوب ولا يمنع صحة التسليم كما لا يخفى. وصار الأصل الحاصل في صحة هبة المشغول على ما استفيد من زيادات قاضيخان والفصولين. وصرح في هذا الشرح أن هبة المشغول بملك الواهب أو بملك غير الموهوب له إنما تمنع إذا لم يكن الشاغل في يد الموهوب له. أما إذا كان في يده فلا تمنع.

9. Hibe Edilen Şeyin Şâyi Olduğunun Anlaşılması

[**Teshîl**] Bir kimse bir araziyi ekiniyle birlikte hibe etse ve bunları hibe ettiği kimseye teslim etse akabinde ekinin başkasına ait olduğu ortaya çıksa hibe sahih olmaz. Çünkü ekinle arazi birbirine bitişik olduğu için tek bir şey kabul edilir. Bu durum, tıpkı taksim ihtimali olan bir şeyin şâyi hisseli bir parçasının başkasına ait olduğunun ortaya çıkması gibi olup hibe kalan kısım hususunda bâtil olur. Arazinin başkasına ait olduğunun ortaya çıkması durumunda yine -arazi ve ekin bitişik oldukları için tek bir şey sayılacağından- hibe ekin hususunda da bâtil olur. Sadaka ve rehin de bu konuda hibe gibidir. Zira bunlardan hiçbirisi şâyi hisseli bir şeyde câiz olmaz ve kabz olmadan tamam olmaz.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Rehnin câiz olduğu ve olmadığı kısımlar faslının başında hibenin sonradan şâyi hisseli olması durumunda bâtil olmayacağını gösteren bir ifade geçmişti. O ifade şu idi: “Rehin sonradan şâyi hisseli hâle gelse fâsit olur.” Bir rivâyette Ebû Yûsuf, bu durumda rehin akdinin hibede olduğu gibi devam ettiğine hükmetmiştir. İki rivâyet arasında zıtlık vardır. Hibenin durumunun da ihtilafı olması mümkündür. Buna göre hibe Ebû Yûsuf’a göre değil de Ebu Hanif’e ve Muhammed’e göre bâtil olur ve çelişki olmaz. Fakat bu da bir rivâyetin bulunmasına bağlıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh bu sözü, yukarıda [Teshîl metninde] geçen “Bir kimse bir araziyi ekiniyle birlikte hibe etse ve bunları hibe ettiği kimseye teslim etse akabinde ekinin başkasına ait olduğu ortaya çıksa hibe sahih olmaz. Çünkü ekinle arazi birbirine bitişik olduğu için tek bir şey kabul edilir. Bu durum, tıpkı taksim ihtimali olan bir şeyin şâyi hisseli bir parçasının başkasına ait olduğunun ortaya çıkması gibi olup hibe kalan kısım hususunda bâtil olur. Arazinin başkasına ait olduğunun ortaya çıkması durumunda hibe ekin hususunda da bâtil olur.” şeklindeki ifadeyi dikkate alarak söylemiş ve sanki bu iki durumdan anlaşılan şeyin -yani başkasına ait olduğunun ortaya çıkması sebebiyle malın şâyi hisseli mala dönüşmesi durumunda hibenin bâtil olmasının-, rehin bölümünde geçen “Sonradan şâyi hisseli olmakla hibe bâtil olmaz.” şeklindeki ifadeye aykırı olduğunu kastetmiştir.

٩. ظهور الموهوب شائعاً

[التسهيل] ولا يصح لو وهب أرضاً بزرعها وسلّمهما فاستحقّ الزرع لاتحادهما بالاتصال فكأنه استحقّ البعض المشاع فيما يحتمل القسمة فتبطل الهبة في الباقي وكذا إذا استحقّ الأرض تبطل الهبة في الزرع لما مرّ من أنهما بحكم الاتصال كشيء واحد، والصدقة والرهن في هذا كالهبة لأن كلّ واحد منهما لا يجوز في المشاع ولا يتم بدون القبض.

[الشيخ بدر الدين] أقول: مرّ في أول فصل «ما يجوز وما لا يجوز من الرهن» ما يدلّ على أن الهبة لا تبطل بطرّ الشيوخ وهو قوله «لو طرأ الشيوخ في الرهن فسد ويحكم أبو يوسف ببقائه في رواية كهفته» وبينهما منافاة! ويمكن أن تكون الهبة على الخلاف أيضاً فتبطل الهبة عندهما لا عند أبي يوسف فلا منافاة ولكنه موقوف على الرواية.

[فاضل أمير] نقول: هذا القول ناظر إلى ما سبق من قوله ولا تصح الهبة لو وهب أرضاً بزرعها وسلّمها فاستحقّ الزرع وكذا لو أستحقّ الأرض تبطل الهبة فكأنه يريد أن المفهوم من هاتين الصورتين وهو بطلان الهبة بطرو الشيوخ بالاستحقاق يخالف ما ذكر في كتاب الرهن من أن الهبة لا تبطل بطرو الشيوخ.

Açıktır ki, Şeyh'in söz konusu ettiği çelişki, istihkak -yani başkasına ait olduğunun ortaya çıkması- sebebiyle gerçekleşen şüyû'un, sonradan beklenmedik şekilde gerçekleşen şüyû (şüyû-ı târi) olduğu kabulü üzerine bina edilmiştir. Nitekim bunu Sadruşşerîa *el-Vikâye* şerhinde dile getirmiş, Allâme [İbn Kemâl] de *el-İzâh*'ta ona tabi olmuştur. Bunların dediği şudur: “Hibeyi ifsat eden şüyû, -bir kimsenin bir malı hibe edip sonra şâyi olan kısmında rücû etmesinde veya şâyi olan kısmın başkasına ait olduğunun ortaya çıkması durumunda olduğu gibi- sonradan beklenmedik şekilde ortaya çıkan şüyû (şüyû-ı târi) değil, ‘şüyû-ı mukârin’ yani eş zamanlı/bitişik şüyûdur.”

el-Kâfi ve *el-Fusûleyn*'de geçen “Başkasına aidiyetinin ortaya çıkmasıyla gerçekleşen şüyû hâli, sonradan ortaya çıkan şüyû değil, bitişik şüyû hâlidir.” şeklindeki ifadeye göre ise Şeyh'in ileri sürdüğü itiraz kesinlikle söz konusu olmaz ve iki görüş arasında bir çelişki doğmaz.

Molla Hüsrev, *ed-Dürer* eserinde istihkak sebebiyle ortaya çıkan şüyû'un, bitişik şüyû olduğunu nakletmiş ve sahih görüşün bu olduğunu kesin bir dille ifade etmiştir. Molla Hüsrev, *el-Kâfi* ve her iki *Fusûl*'deki ifadeleri naklettikten ve Şeyhülislâm Ebû Bekr'in *el-Muhîr*'te konuyu bu şekilde zikrettiğini belirttiikten sonra şöyle demiştir: Derim ki; istihkak durumunu, sonradan meydana gelen şüyû durumunun örneklerinden sayması sahih değildir. Sahih olan *el-Kâfi* ve *el-Fusûleyn*'de ifade edilendir. Çünkü malın başkasına ait olduğu (istihkak), beyyine ile ortaya çıktığında hibe işleminden önceye dayanır ki, bu durumda başkasına ait olma durumu, hibeden sonra ortaya çıkan bir durum değil, hibeye bitişik olan bir durum olur.”¹

İnsanın şaşırıldığı nokta, Şeyh'in (rh) *iki Fusûl*'deki racih görüşe muttali olup onu, oralardan naklen *Câmi'ül-Fusûleyn*'e aldıktan sonra burada mercûh görüşü alıp tartışmanın temeline yerleştirmesidir. Hidayet sadece Allah'tandır ve yegâne sığınılacak da O'dur.

1 Molla Hüsrev, *Dürer'ül-Hükkâm*, II, 219.

ولا يخفى أن ما قاله من المنافاة بناء على أن يكون الشيعون الحاصل بالاستحقاق شيوعاً طارئاً كما قال به مولانا صدر الشريعة في شرح الوقاية وتبعه مولانا العلامة في الإيضاح حيث قال: والمفسد هو الشيعون المقارن لا الشيعون الطارئ كما إذا وهب ثم رجع في البعض الشائع أو أستحق البعض الشائع، انتهى. ٥

وأما على ما ذكر في الكافي والفصولين من أن الشيعون الكائن بالاستحقاق شيعون مقارن لا طارئ فلا يرد ما أورده الشيخ قطعاً ولا يكون المنافاة بين القولين أصلاً.

وقد نقل مولانا الفاضل ملا خسرو كون الشيعون بالاستحقاق شيوعاً مقارناً في الدرر وجزم بأنه القول الصحيح حيث قال بعد أن نقل ما في الكافي والفصولين: كذا ذكره شيخ الإسلام أبو بكر في المحيط. أقول: عدّه صورة الاستحقاق من أمثلة الشيعون الطارئ غير صحيح. والصحيح ما في الكافي والفصولين، لأن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستنداً إلى ما قبل الهبة فيكون مقارناً لها لا طارئاً عليها، انتهى. ١٠

ومما يتعجب منه الناظر في المقام أن الشيخ رحمه الله بعد اطلاعه على ما في الفصولين من القول الراجح وأخذه منهما في جامع الفصولين هذا القول على الوجه المنقول كيف أخذ القول المرجوح هنا وجعله مبنى الكلام! ومن الله الهداية وبه الاعتصام. ١٥

Hayreti mucip olan şeylerden biri de Mehmed el-Vânî'nin, Molla Hüsvrev'in *ed-Dürrer*'ine yazdığı ta'likteki şu açıklamasıdır: "Bu, meşhur bir mesele olup bunda bir karışıklık söz konusu değildir. Nitekim Kâdîhân *el-Fetâvâ*'sında şöyle demiştir: 'Bir kimse diğerine bir ev hibe ediyor, sonra evin yarısının başkasına ait olduğu ortaya çıkıyor. Bu durumda kalan kısımda da hibe bâtil olur. Sadruşşerâ'nın sözünün, 'istihkak ile kastı, sonradan ortaya çıkan istihkaktır' denilerek tevil edilmesi gerekir. Nitekim bir kimse birine yüz dirhem hibe ediyor, hibe edilen kişi de bu yüz dirhemi, kendisine elli dirhem borçlu olduğu birine emanet olarak bırakıyor. Emanetin bırakıldığı kişi, alacağı cinsinden bir şeyi eline geçirdiği için alacağı olan miktarı bundan alma hakkına sahiptir.' İşte bu şekilde başkasına ait olma durumu, hibeyi bâtil kılmaz."

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 kabilinden değildir. Çünkü fukahâ nezdinde iki tür istihkak vardır. Birincisi kadîm istihkaktır. Birinin satılan veya hibe edilmiş olan bir malın, satımdan veya hibeden önce kendisine ait olduğunu iddia edip bunu beyyine ile ispatlaması durumu böyledir. İkincisi hâdis istihkaktır. Bu da birinin satılan veya hibe edilmiş olan bir malın, satımdan veya hibeden sonra şu andan önce kendisine ait olduğunu iddia edip bunu beyyine ile ispatlaması durumudur. *Câmi'ül-Fusûleyn*'de de bu şekilde geçmektedir.

Hiç şüphe yok ki, el-Vânî'nin zikrettiği dirhemlerin hibesi meselesinde alacaklı, aldığı elli dirhemi önceden kendisinin mülkü ve hakkı olduğu gerekçesiyle değil, hakkının cinsi olduğu gerekçesiyle alır. Nitekim kendisi de bunu hakkının cinsine denk gelen kişinin onu alacağını söyleyerek dile getirmiştir. Bununla birlikte Sadruşşerâ'nın sözündeki genel ifadenin, akıllara gelmeyen özel bir durum ile tahsis edilmesi, vehimden kaynaklanan bir durumdur. Yegâne sığınılacak olan Allah'tır.

ومما يقضي منه العجبُ ما ذكره محمد الواني فيما علّقه على الدرر
 الخسروي حيث قال: هذه مسألة مشهورة وليست بمحلّ اشتباهٍ حتى قال
 قاضيخان في فتاواه «رجل وهب من رجل دارا فاستحقّ نصفُها بطلت الهبة
 في الباقي» فلا بد أن يؤول كلام صدر الشريعة بمثل أن يقال مراده بالاستحقاق
 الاستحقاق الطارئ كأنّ يهب رجلا مائة درهم^١ فأودعه الموهوب له عند رجل
 له على الموهوب له خمسون درهما، فإذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذ مقدار
 حقه، فهذا الاستحقاق لا يبطل الهبة، انتهى.

٥
 إذ لا يذهب على المتتبع المتدرب أن ما صوره من الصورة المخصصة
 للاستحقاق الطارئ ليس من قبيل الاستحقاق المعروف شرعا، لأن الاستحقاق
 المعروف عندهم على ما ذكروا نوعان، قديم وهو أن يدعي رجل أن المبيع أو
 الموهوب هذا قد كان ملكي قبل البيع أو الهبة ويبرهن عليه، وحادث وهو أن
 يدعي أن المبيع أو الموهوب قد كان ملكي قبل هذا الوقت بعد البيع أو الهبة
 ويبرهن عليه، كذا في جامع الفصولين.

١٠
 فلا شك في أن ما ذكره من مسألة هبة الدراهم لا يأخذ الدائن ما أخذه
 على أنه كان ملكه وحقه في السابق بل على أنه جنس حقه وقد ظفر به كما
 قال نفسه. فإذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه على أن تخصيص ما وقع من
 اللفظ العام في عبارة صدر الشريعة بالصورة الخاصة التي لا تقع في الأفهام
 من مقوله الأوهام. وبالله الاعتصام.

GASP

1. Misli Olmayan Mallarda Kıymetin Belirlenme Zamanı

[**Teshîl**] Gasbedilen malın gasbedildiği yerde teslim edilmesi gerekir. Çünkü malların kıymetleri, yerine göre değişiklik gösterir. Gasbedilen malın talep edildiği şehirdeki kıymeti, gasbedildiği şehirdekinden daha düşük
5 ise malik, malın gasbedildiği yerde teslim edilmesini bekler veya malı, bulunduğu yerde teslim alır ya da gasbedildiği şehirdeki kıymetini alır. Bu son seçenek malikin zarara uğramasını önlemek içindir.

Gasbedilen mal misli olup telef olmuşsa mislinin verilmesi gerekir. Bu görüş önce "...ona, onun size saldırdığının misli ile mukabelede bulunun!" (Bakara 2/194) âyetiyle ikinci olarak da mislin ödenmesinin kıymetin ödenmesinden daha adil olduğuyla gerekçelendirilir.
10

Piyasadan kalkmış misli malın tazmini, Ebû Hanîfe'ye göre dava ve hüküm günündeki kıymeti üzerinden olur. Çünkü mislin kıymete dönüşmesi yargı kararıyla gerçekleşmiş olur. Bu yüzden şayet malik malın tekrar piyasaya çıkacağı güne kadar sabredip beklerse mislini alır. Ebû Yûsuf'a göre
15 misli mal, piyasadan kalkmakla kıymet mal gibi değerlendirileceğinden gasbedildiği günkü değerini tazmin etmesi gerekir. Muhammed ise piyasadan kalktığı günkü kıymetini dikkate almıştır. Çünkü gasbeden, piyasadan kalkması sebebiyle gasbettiği malın aynını iade etmekten âciz kalmıştır;
20 dolayısıyla piyasadan kalktığı günkü kıymetini tazmin etmesi gerekir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Denirse ki, Ebû Hanîfe'nin kabul ettiği ilke şudur: Aslın ihtimal dâhilinde olması durumunda kâsır misil -yani kıymet- meşru olmaz; ihtimali ortadan kaldıran şey de hâkimin hükmüdür. Buna göre Ebû Hanîfe'nin görüşü misli olmayan mallar konusunda
25 problemlidir. Çünkü onun ilkesine göre misli mallarda olduğu gibi misli olmayan mallarda da yargı kararı günündeki kıymetin dikkate alınması gerekir. Zira tazminin kıymete dönüşmesi misli olmayan mallarda da hâkimin hükmüyle olmaktadır. Nitekim Sulh bölümünde belirtildiği üzere bir kimse, bir elbiseyi gasbedip onu istihlak etse ve değerinden daha fazlasını
30 tazmin etmek üzere sulh yapsa, Ebû Hanîfe'ye göre bu sulh sahihtir. Çünkü kıymeti konusunda hüküm verilmediği sürece malikin hakkı olan şey, gasbedilen aynın kendisidir.

كتاب الغصب

١ . وقت تعيين القيمة في غير المثلي

[التسهيل] يجب ردُّ عينه في محلِّ غصبه لتفاوتِ القِيم بتفاوتِ المحلِّ. فلو قيمته في بلدِ الطلبِ أقلُّ مما في بلدِ الغصبِ انتظرَ إلى بلده أو أخذه أو قيمةً بلدِ الغصبِ دفْعاً للضرِّ عن المالكِ. ٥

ولو تلفَ وهو مثليٌّ فمثله يجبُ بقوله تعالى ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة ١٩٤/٢]. ولأنَّ المثلَ عدلٌ من القيمةِ.

ولو انقطعَ المثلُ فالواجبُ قيمته يومَ الحكم والخصومة عند أبي حنيفة لتحوُّلِ بالحكم إلى القيمة ولذا لو صبرَ إلى أوانه أخذَ مثله. يُلزمها أبو يوسف يومَ غصبه للحقوقِ المثليِّ بغيرِ المثلي بالانقطاع، واعتبر محمد الانقطاع لأنه عجزَ عن ردِّ عينه بالانقطاع فعليه قيمته يومَ الانقطاع. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل أصل أبي حنيفة أن القاصر لا يكون مشروعاً مع احتمال الأصل ولا ينقطع الاحتمال إلا بالقضاء، فيشكل مذهب أبي حنيفة بغير المثليِّ فإنه ينبغي على أصله أن يُعتبر قيمته يوم القضاء كالمثليِّ إذ الانتقالُ إلى القيمة ثمة بالقضاء أيضاً كما صرَّح في كتاب الصلح ١٥ فيمن غصبَ ثوباً فاستهلكه فصالح على أكثر من قيمته فإنه يصحُّ عند أبي حنيفة. إذ الحقُّ هو العينُ مالم يُقضَ بالقيمة.

Muhammed'in görüşü de problemlidir. Çünkü aciziyet, malın helak olması hâlinde söz konusu olur; daha önce değil. Dolayısıyla Muhammed'e göre, mislî malda piyasadan kalkma zamanındaki kıymetinin esas alınmasında olduğu gibi mislî olmayanın da helak olduğu çünkü kıymetinin esas alınması gerekir. Belirtilen bu kaide Ebû Hanîfe ve Muhammed arasında ittifak edilen bir kaidedir. Ancak Ebû Hanîfe'ye göre aciziyet, piyasadan kalkmakla değil, hâkimin hükmü ile sabit olurken Muhammed'e göre piyasadan kalkmakla sabit olur.

Derim ki: Buna şu şekilde cevap verilebilir: Mislî olmayanın gasbedilmesi, -mislinin yokluğu sebebiyle- gasp vaktinden itibaren itlaf sayılır. Mislî olanlarda ise durum farklıdır. Çünkü bir malın mislinin varlığı, kendisinin varlığı gibidir. Dolayısıyla mislî mal ile mislî olmayan mal birbirinden farklıdır. Fakat bu takdirde de sulh meselesi Ebû Hanîfe'nin görüşü açısından problem teşkil eder. Çünkü kıymetin gasp vaktinden itibaren belli olması sebebiyle elbisenin kıymetinden daha fazlası üzerine sulh yapmanın sahih olmaması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Mislî olmayan mallarda kıymetin gasp vaktinden itibaren belli olduğunu söylemiş olsa da Ebû Hanîfe'nin görüşünde herhangi bir problem söz konusu değildir. Çünkü Zeylaî *et-Tebyîn*'de şöyle demiştir: “Gasbeden tazmin etmediği sürece ya da malı gasbedilenin kıymet konusundaki hakkı hâkimin hükmü ile karara bağlanmadığı sürece ayn, helaktan sonra da malı gasbedilenin mülkiyetinde kalmaya devam eder. Nitekim malı gasbedilen kişi, tazmin edilmemesini tercih etse mal kendi mülkiyetinde kalmaya devam eder. Ya da şöyle deriz: Aslında vâcib olan, Hz. Peygamber'in “Geri verinceye kadar el, aldığından sorumludur.” sözünden dolayı aynın geri verilmesidir. Kıymete ise ancak zaruret hâlinde başvurulur. Zaruret de alma hakkındadır. Alınan şeyin, helak olan maldan bedel kılınma imkânı olduğu için kıymetten bedel kılınmasında bir zaruret söz konusu değildir.”¹

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 39.

ويُشكل أيضًا قولُ محمد إذ العجزُ بالهلاكِ لا قبله فينبغي أن يُعتبر قيمةً غيرِ المثليِّ يومَ الهلاكِ عند محمد كما في المثليِّ يومَ الانقطاعِ والأصلُ المذكورُ متفقٌ بينهما لكن أبو حنيفة أثبتَ العجزَ بالقضاءِ لا بالانقطاعِ وعكسَ محمد.

٥ أقول: يمكنُ أن يجاب: بأن غصبَ غيرِ المثليِّ إتلافٌ من وقتِ الغصبِ لعدمِ المثلِ بخلافِ المثليِّ إذ بقاءُ مثله كبقائه فافترقا ولكن يُشكل حيثُذ مسألة الصلحِ على قولِ أبي حنيفة. لأنه يلزمه أن لا يصحَّ الصلحُ على أكثرِ من قيمةِ الثوبِ لتعَيّنِ القيمةِ من وقتِ الغصبِ.

[فاضل أمير] نقول: لا إشكال على قول أبي حنيفة رضى الله عنه وإن قال هو بتعين القيمة من وقت الغصب في غير المثلي. لأنه قال في التبيين: ١٠ إن العين بعد الهلاك باقية على ملك المغصوب منه ما لم يضمه أو يتقرر حقه في القيمة بحكم الحاكم. ألا ترى أنه لو اختار ترك التضمين بقي العين في ملكه أو نقول الواجب في الأصل رد العين لقوله ﷺ «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تَرُدَّ». وإنما يصار إلى القيمة عند الضرورة وهي في حق الأخذ ولا ضرورة في جعل المأخوذ بدلا [عن القيمة لإمكان جعله بدلا] ١٥ عن العين، انتهى.

Gasbedilen malın kıymetinden daha fazla bir miktar üzerinde sulh yapmanın sahih olması ile gasp zamanından itibaren kıymetin belli olması arasında bir çelişki olmadığı bu açıklamadan anlaşılacaktır. Çünkü gasbedilen malın, gasp zamanından itibaren kıymeti belli olsa da malı gasbedilenin kıymet üzerindeki hakkı, hâkimin buna hükmetmesinden önce takarrur etmez. Mal sahibi, gasbeden ile malın kıymetinden daha fazla bedel üzerinde sulh yaptığında bunun, kıymetin bedeli olarak değerlendirilmesi gerekmez. Aksine helak edilen aynın bedeli olarak değerlendirilir. Çünkü malikin helak edilen ayn üzerindeki hakkı baki olup o ayn üzerindeki hakkı bütünüyle ortadan kalkmış değildir. Diğer yandan belli olsa da kıymete ancak zaruret hâlinde başvurulur. Zaruret de kıymetin alınması hakkındadır. Malikin kıymet üzerindeki hakkı takarrur etmeden önce sulh bedeli olarak alınan şeyin, kıymetin bedeli olarak değerlendirilmesinde ise bir zaruret yoktur. Aksine alınan şey, helak edilen aynın bedeli olarak değerlendirilir. Sonuçta iş şuna varır: Malik, gâsıba gasbettiği malı tazmin ettirirse veya meseleyi hâkime götürür ve hâkim de kıymetin tazminine hükmederse, bu durumda malik belli hâle gelen kıymeti alır. Tazmin veya hâkimin hükmü ile kıymeti takarrur etmeden önce helak olan ayn üzerinde sulh yaparsa bu durumda malik aldığı şeyi, kıymetin bedeli olarak değil, aynın bedeli olarak alır ve kendisinin hakkı olduğu takarrur eden hakkından -yani kıymetten- daha fazlasını alması sebebiyle de ribânın söz konusu olması gerekmez. Buna göre Ebû Hanîfe'nin "Misli olmayan mallarda kıymete dönülmesi, hâkimin hükmü ile olur." sözü ile kastedilen şey şu olur: Ona göre başka bir ihtimalin kalmadığı, tam manasıyla kıymete dönme, ancak hâkimin hükmüyle olur. "Kıymet, misli olmayan mallarda gasp vaktinden itibaren belli olur." sözü ile kastedilen de şu olur: Bir kimse bir malı gasbeder ve bu malın da misli bulunmaz ise gasp vaktinden itibaren bilinir ki, gasbeden gasbettiği malı helak ettiğinde malik, ondan almayı isterse ancak kıymetini alır.

Bu açıklama ile Şeyh'in Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşüyle ilgili olarak gündeme getirdiği probleme verdiği cevap konusunda söylediği "Misli olmayanın gasbedilmesi, mislinin bulunmaması sebebiyle gasp vaktinden itibaren itlaf sayılır." şeklindeki sözüne yönelik şu itiraz giderilmiş olur: "Gasbedilen malın misli, gasp vaktinde bulunmasa bile gasbedilen asıl mal, bu vakitte yok olmuş değildir.

فظهر من هذا البيان أن لا ممانعة بين صحة الصلح على أكثر من قيمته وبين تعيين القيمة من وقت الغضب. لأن قيمته وإن تعينت من وقته لكن لم يتقرر حقه في القيمة قبل الحكم بها. فإذا صالح منه على بدل أكثر من القيمة لا يلزم أن يجعله بدلا من القيمة بل يجعل بدلا من العين المستهلكة بناء على أن حقه باق فيها ولم ينقطع منها بالكلية ولأنه لا يصار إلى القيمة ٥ وإن تعينت إلا عند الضرورة وهي في حق أخذ القيمة ولا ضرورة في جعل المأخوذ قبل تقرر حقه في القيمة بدلا عن الصلح بدلا عن القيمة بل يجعل هو بدلا عن العين المستهلكة فالأمر إلى أنه إن ضمن الغاصب أو رافع إلى حاكم فحكم بضمنان القيمة يأخذ القيمة التي قد تعينت. وأما إذا صالح عن العين المستهلكة قبل تقرر قيمتها بالتضمنين أو الحكم فأخذ ما أخذه ١٠ بدلا من العين لا من القيمة فلا يلزم الربا بأن يأخذ أكثر من حقه الذي تقرر كونه حقا له يعني القيمة ويكون المراد من قول الإمام «أن الانتقال إلى القيمة في غير المثلي يكون بالقضاء» أن الانتقال التام الذي لا يبقى احتمال آخر عنده لا يكون إلا بالقضاء ومن قوله «أن القيمة تتعين في غير المثلي من وقت الغضب» أنه إذا غضبه ولا مثل له يعلم من وقت الغضب أنه إذا ١٥ استهلكه لا يأخذ المغضوب منه إن أراد الأخذ إلا قيمته.

وبهذا يندفع ما قيل على قول الشيخ فيما أجاب عن الإشكال الوارد على قول أبي حنيفة ومحمد أن غضب غير المثلي إتلاف من وقت الغضب لعدم المثل من أن المثل وإن لم يوجد في وقت الغضب لكن الأصل المغضوب لم ينعدم من هذا الوقت. ٢٠

Gasbedilen asıl mal mevcut iken gasbın, gasp vaktinden itibaren itlaf olduğunun söylenmesi nasıl doğru olabilir? Çünkü gasp vaktinden itibaren itlafın anlamı konusunda şöyle denilir: Gasbeden misli bulunmayan bir malı, malikin elinden alıp, sonra bu malı helak edip malikin de ne bu mala ne de misli-
5 ne ulaşma ihtimali kalmadığında gasbeden, gasp vaktinden itibaren bu malı telef etmiş gibi olur. Misli olan mal, ise böyle değildir ki, bu zaten açıktır.

2. Gâsıbın Gasbettiği Maldan Elde Ettiği Gelir

[Teshîl] Şâfiî ve Mâlik'in aksine bize göre gasbeden gasbettiği malın gelirine malik olur. Çünkü bize göre menfaatler, ancak akıt ile mütekavim
10 hâle gelir. Burada akdi yapan, gasbeden kişidir. Kölenin menfaatlerini yaptığı akıt ile mala dönüştüren odur, dolayısıyla bedelini onun alması evladır.

Gasbettiği maldan elde ettiği gelir, Ebû Yûsuf'a göre, gasbeden için helaldir. Çünkü bu gelir, onun sorumluluğunda ve tazmine dayanan mülkiyeti çerçevesinde meydana gelmiştir. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise
15 gâsıp bu geliri tasadduk eder. Çünkü sebebinin -ki, bu başkasının malında tasarrufta bulunmaktır- temiz olmamasından dolayı bu gelir temiz değildir. Bu ihtilaf, -alım satım bahsinde geçtiği üzere- gasbedilen veya emanet bırakılan her maldan elde edilen kârda da söz konusudur.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Denirse ki; "Buna göre Ebû Yûsuf'un
20 görüşü şu şekilde problem arz etmektedir. Mesela gasbedilen kölenin değerinde bir eksilme olmaksızın gasbeden bunu sahibine iade ettiğinde gasbedene bu köleden elde ettiği gelirin helal olmaması gerekir. Çünkü bu durumda mülkiyetinin tazmine dayanması bir yana gasbeden, -daha sonra iade etmiş olduğu için- köleye malik olmamıştır. Dolayısıyla gasp hâlinde
25 elde edilen gelirin, gâsıbın değil, malı gasbedilenin mülkünün geliri olduğu ortaya çıkar. Çünkü gasbeden, kölenin kıymetini tazmin etmemiştir. Dolayısıyla mülkiyetin dayanacağı bir durum söz konusu olmadığı gibi mülkiyet de söz konusu değildir. Hâlbuki Ebû Yûsuf'a göre gasptan elde edilen gelirin helal olmasının dayanağı, mülkiyetin dayanacağı durumdur.
30 Bu takdirde gasbeden için gasptan elde ettiği gelirin helal olmaması gerekir. Hâlbuki yukarıda, gelirin -Ebû Yûsuf'a göre ayırım yapmaksızın- mutlak olarak helal olduğu belirtilmiştir."

فكيف يصح أن يقال إنه إتلاف من وقت الغضب والأصل باق فيه لأنه يقال إن معنى الإتلاف من وقت الغضب أنه إذا أزاله من يد المالك ولا مثل له ثم استهلكه ولم يبق للمالك احتمال أن يصل إليه ولا إلى مثله فصار كأنه أتلفه من وقت غضبه ولا كذلك المثلي وهو ظاهر.

٥ .٢ استغلال الغاصب من المغصوب

[التسهيل] ونملك الغاصب غلته خلافاً للشافعي ومالك إذ المنافع لا تتقوم عندنا إلا بالعقد والعاقدة هو الغاصب فهو الذي جعل منافع العبد بعقده مالا فكان أولى ببدلها.

والغلة تطيب له عند أبي يوسف لحصولها في ضمانه وملكه بالاستناد. ويتصدق بها عند أبي حنيفة ومحمد لخبثها بخبث سببها التصرف في مال الغير وعلى هذا الخلاف ربخ كل غضب ووديعة كما مر في البيوع.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل على هذا يشكل قول أبي يوسف بأن العبد إذا لم ينتقص فرد على مالكة ينبغي أن لا تطيب الغلة للغاصب. لأنه لم يملكه حيثذ وفضلاً عن الاستناد فظهر أن الغلة غلة ملك المغصوب منه لا الغاصب لأنه لم يضمن قيمته فلا استناد ولا ملك وكان الاستناد مبنى طيب الغلة له فينبغي أن لا تطيب له حيثذ مع أن المذكور هو أن الغلة طيبة له مطلقاً عند أبي يوسف من غير تفصيل.

Derim ki: Buna şu şekilde cevap verilebilir: Mülkiyeti gerektiren asıl sebep ayn değil, kıymettir. Bu durum göz önüne alındığında gasbeden malike ister ayn ister kıymetini versin gelirin, gâsıbın mülkiyetinde hâsıl olduğu açığa çıkar. Bunda ise tartışma söz konusudur.

5 **[Fâzıl Emîr]** Deriz ki: Bu tartışma şudur: Gasp konusunda mercûh olan görüşe dayanmasıyla birlikte bu cevap Ebû Yûsuf açısından bir fayda sağlamaz. Çünkü gasbedilen malda gasbedenin mülkiyetinin sabit olması, salt “Mülkiyeti gerektiren asıl sebep, kıymettir.” denilmesi ile olmaz. Aksine mülkiyetin sabit olması, kıymetin tazmininden sonra önceki gasba dayanma
10 yoluyla olur. Çünkü *et-Tebyîn*'de [Zeylaî] şöyle demiştir: “Bize göre, tazmin edilen mallara, tazminle birlikte [ve] sebebin varlık vaktine dayanacak şekilde malik olunur. O sebep de burada gasptır.”¹ Bu açıklamadan anlaşılmaktadır ki, gasbedenin, gasbedip kendisinden gelir elde ettiği, sonra da değerinden hiçbir şey eksilmeden malikine iade ettiği köle üzerinde hiç bir mülkiyeti
15 söz konusu değildir. İster racih görüş doğrultusunda mülkiyeti gerektiren asıl sebep ayndır diyelim; ister mercûh olan görüş doğrultusunda mülkiyeti gerektiren asıl sebep kıymettir diyelim, durum değişmez.

Bilesin ki; bu açıklama, Şeyh'in burada kabul ettiği mercûh ve mevhum görüşe dayanmaktadır. Çünkü Şeyh, şunu iddia etmektedir: Bir kimse bir
20 köleyi gasbedip değeri eksilmeden ondan gelir elde etse sonra da köleyi malikine iade etse, bu durumda gasbedenin köleden elde ettiği gelir, Ebû Yûsuf'a göre helaldir. Hâlbuki Ebû Yûsuf'un görüşü bu değildir. Çünkü muteber kaynaklardan anlaşıldığı üzere bu konunun ayrıntısı şöyledir: Bir kimse bir köleyi gasbedip ondan gelir elde etse, bize göre bu gelir, gasbedene ait olur.
25 Çünkü menfaatler, ancak akit ile mütekavvim hâle gelir ve akdi yapana ait olur, fakat helal/tayyip olmaz. Aksine Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre bu geliri tasadduk etmesi gerekir; ister gasbeden kölenin kendisini malikine iade etsin veya köle helak olup gasbeden onun kıymetini malikine ödesin isterse kullanmasından dolayı kölenin değeri eksilip bu eksilen kısmı tazmin ederek
30 iade etsin veya değerinde eksilme olmayıp herhangi bir tazmin söz konusu olmaksızın iade etsin durum aynıdır. Ancak kölenin kıymetinin tamamını veya eksilen kısmını tazmin etmekle yükümlü olduğunda gasbedenin tazmini ödeme konusunda köleden elde ettiği bu gelirden yararlanması ve bunu kölenin kıymeti veya eksilen kısmın kıymeti olarak malike vermesi câizdir.
35 Yine Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre gelirden artan kısmı da tasadduk eder.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 225.

أقول: يمكن أن يجاب بأن الموجب الأصلي هو القيمة لا العين فحينئذ يظهر أن الغلة حصلت على ملكه سواء دفع العين أو القيمة وفيه مناقشة.

[فاضل أمير] نقول: هي ' أن هذا الجواب مع ابتائه على القول المرجوح في باب الغصب لا يجدي عن أبي يوسف أصلا. لأن ثبوت الملك في المغصوب للغاصب لا يكون بمجرد أن يقال إن الموجب الأصلي هو القيمة بل الثبوت إنما كان بطريق الاستناد إلى الغصب السابق بعد ضمان القيمة لما قال في التبيين: والمضمونات تملك بأداء الضمان عندنا مستندا إلى وقت وجود السبب وهو الغصب هنا، انتهى. فعلم منه أن لا ملك للغاصب في العبد الذي غصبه واستغله ثم رده إلى مالكه من غير أن ينقص شيء منه سواء قلنا الموجب الأصلي هو العين كما هو القول الراجح أو قلنا هو القيمة على ما هو القول المرجوح.

ثم اعلم أن هذا الكلام مبني على القول المرجوح الموهوم الذي قال به الشيخ في هذا المقام. إذ زعم أن من غصب عبدا واستغله ولم ينتقص هو ثم رده إلى مالكه تطيب الغلة للغاصب عند أبي يوسف وليس مذهب أبي يوسف هكذا. لأن تفصيل المقام على ما استفاد من المعتبرات هو أن من غصب عبدا واستغله تكون الغلة للغاصب عندنا. لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد فتكون للعاقده. ولكن لا تطيب له بل يجب أن يتصدق بها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله سواء رد العبد عينه أو هلك وضمن قيمته وسواء انتقص العبد من استعماله ورده مع ضمان نقصانه أو لم ينتقص ورده بلا ضمان شيء غير أنه إذا لزم ضمان قيمته كلا أو ضمان ما انتقص منه جاز للغاصب أن يستعين بالغلة في أداء الضمان ويدفعها إلى المالك لقيمة العبد أو النقص ثم يتصدق بما فضل منه عندهما أيضا.

Ebû Yûsuf'a göre ise köle, gelir elde edildikten sonra helak olur ve gasbeden, kölenin kıymetini tazmin ederse veya gelir elde etmesi sebebiyle kölenin kıymetinde bir eksilme olur ve eksilen kısmı tazmin ederek köleyi malike iade ederse, işte bu iki durumda elde ettiği gelir, gasbedene helal olur. Şayet gelir elde etmesi sebebiyle kölenin değerinde bir eksilme olmaksızın köleyi malike iade ederse, bu durumda köleden elde ettiği gelir gasbedene helal olmaz.

Özetle Ebû Yûsuf'un görüşü şudur: Gasbeden, kölenin tamamını veya bir kısmını tazmin etmekle yükümlü olursa köleden elde ettiği gelir kendisine helal olur; aksi takdirde ona göre de helal olmaz ve elde ettiği bu geliri tasadduk etmesi gerekir. 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.

Zeylaî, *et-Tebyîn*'de “Bir araziye ve üzerindeki ekini gasbeden kimse arazinin eksilen değerini tazmin eder.” meselesinde arazideki noksanlığı açıkladıktan sonra şöyle demiştir: “Sonra gasbeden sermayesini -ki, bu da tohum, arazinin eksilen değeri konusunda yaptığı ödeme ve ekine yaptığı harcamalardır- alır ve artan kısmı, Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre tasadduk eder. Ebû Yûsuf ise hiçbir şeyi tasadduk etmeyeceği görüşündedir. Çünkü artan kısım, gasbedenin tazmini ve mülkiyetinde hasıl olmuştur. Zira tazmin ettiği, fevt olan (eksilen) kısma, tazmini yerine getirmekle malik olur. Tazmine konu olan mallara ise bize göre tazminin yerine getirilmesi ile sebebin -ki, burada sebep gasptır- varlığı vaktine dayanan bir şekilde malik olunur. Dolayısıyla artan kısmın, gasbedenin mülkiyetinde meydana geldiği açığa çıkar. Gasbın arazide bir noksanlık meydana getirmemesi durumunda ise hüküm bundan farklıdır. Çünkü bu durumda tazmin söz konusu olmadığı için mülkiyet de söz konusu olmaz. Ebû Hanîfe ve Muhammed'in bu konudaki gerekçesi ise şudur: Bu fazlalık, haram/habis bir sebepten kaynaklanmakta olup -ki, bu haram sebep de başkasının mülkünde tasarrufta bulunmaktadır- bundan kurtulmanın yolu, bu fazlalığın tasadduk etmektir; dolayısıyla araziye kullanılmaktan dolayı bir noksanlığın söz konusu olmadığı durum gibi değerlendirilir.”¹

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 225.

وأما عند أبي يوسف رحمه الله فإن هلك العبد بعد الاستغلال وضمن قيمته أو انتقص به ورده وضمن نقصانه فتطيب الغلة للغاصب فيهما وإن لم ينتقص به ورده لا تطيب له الغلة.

فحاصل مذهبه أنه إن يلزم على الغاصب الضمان كلا أو بعضا تطيب له الغلة وإلا فلا تطيب ويلزم أن يتصدق بها عنده أيضا. هذا هو التفصيل الذي تفردت ٥
بنظمه في سلك التقرير على الوجه الذي وقع التحرير. نعم، أنه مركز في الكتب المعتمدة على التحقيق لكنه على وجه التثيت والتفريق.

قال الزيلعي في التبيين في مسألة من غصب أرضا وزرعها ضمن النقصان بعد تفسير النقصان في الأرض: ثم يأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وما ١٠
غرم من النقصان وما أنفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله... وقال أبو يوسف رحمه الله لا يتصدق بشيء. لأن الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لأن ما ضمن من الفئات يملكه بأداء الضمان. والمضمونات تملك بأداء الضمان عندنا مستندا إلى وجود السبب وهو الغصب هنا. فتبين أنه حدث في ملكه بخلاف ما إذا لم ينقصها لانعدام الملك لانعدام الضمان. ولهما ١٥
أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصديق فصار كما إذا لم ينقص بالاستعمال.

Daha sonra Zeylaî, gâsıbın gelir elde etmesi meselesinde şöyle demiştir: “Gasbeden gasbettiği o şeyden bir gelir elde edecek olursa, bu geliri tasadduk eder. Mesela gasbettiği şey bir köle olur ve onu kiraya verir ve elde ettiği gelir sebebiyle değeri düşer ve bu düşen değeri tazmin ederse gasbeden elde ettiği bu geliri tasadduk eder. Ebû Yûsuf’a göre ise bu geliri tasadduk etmez. Bundan önceki meselede iki tarafın gerekçesini zikretmiştik. Bu durumda Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre birinci meselede olduğu gibi gasbedenin elde ettiği gelirin tamamını değil, tazminden sonra arta kalan kısmı tasadduk etmesi gerekir.”¹

Birkaç satır sonra Zeylaî bu mesele ile ilgili olarak şöyle demiştir: “Gasbeden, gasbettiği maldan gelir elde ettikten sonra gasbettiği mal, elinde helak olur ve malik, malın tazmin edilmesini isterse, bu durumda gasbeden, tazmin konusunda gasbettiği maldan sağladığı gelirden yararlanabilir. Çünkü bu gelirdeki haramlık, malikin hakkının bulunması sebebiyle olup malik hakkını aldığı anda gasbeden hakkında artık haramlık söz konusu olmaz. Bu yüzden gasbeden, köle ile birlikte ondan elde ettiği geliri, malike teslim etse, malikin bunu alması mubah olup malike teslim ile haramlık ortadan kalkar ve gasbedenin zimmeti, [teslim ettiği] miktar ölçüsünde kıymetten berî olur.”²

Bu açıklamalardan Ebû Yûsuf’un görüşünün Şeyh’in zannettiği gibi olmadığı anlaşılabilir. Olup bu zanna dayandırdığı problem de giderilmiş olur. İşin hakikatini en iyi bilen Allah’tır.

3. Gasbedilen Malın Tazminden Sonra Ortaya Çıkması hâlinde Malik ve Gasbeden Açısından Muhayyerlik Hakkı

[**Teshîl**] Gasbeden, gasbettiği malın kaybolduğunu ileri sürüyor ve kıymetini tazmin ediyor. Daha sonra mal ortaya çıkıyor ve kıymetinin tazmin edilenden daha fazla olduğu anlaşılıyor. Bu durumda gasbeden, gasbettiği malın kıymetini, sırf malikin sözüne veya beyyinesine ya da kendisinin yeminden kaçınmasına binaen ödemişse, ödenen tazminata rıza göstermesi sebebiyle malikin muhayyerlik hakkı yoktur. Şayet malik, gasbedilen malın kıymetini, gasbedenin yemini ile tazmin ettirmişse, bu durumda malik, gasbedenin tazminini onaylamakla ya da rızası bulunmadığı için gasbedilen malı alıp kendisine ödenen bedelini geri vermek arasında muhayyerdir.

1 Zeylaî, *Tebyînu’l-Hakâik*, V, 225.

2 Zeylaî, *Tebyînu’l-Hakâik*, V, 225.

ثم قال في مسألة وإن استغله تصدق بالغلة أي استغل المغصوب بأن كان عبدا مثلاً فأجره فنقصه بالاستغلال وضمن النقصان تصدق الغاصب بالغلة. وعند أبي يوسف لا يتصدق به. وقد ذكرنا الوجه من الجانبين في المسألة التي قبلها وكان ينبغي أن يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها كما في المسألة الأولى. ٥

ثم قال في هذه المسألة بعد سطور: ولو هلك في يده بعد ما استغله فضمنه المالك كان له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان. لأن الخبث كان لأجل المالك. فإذا أخذه المالك لا يظهر الخبث في حقه. ولهذا لو سلم الغلة إليه مع العبد يباح له تناول فيزول الخبث بالتسليم إليه وتبرأ ذمته عن القيمة بقدره، انتهى. ١٠ فظهر من هذا البيان أن ليس مذهب أبي يوسف كما ظنه الشيخ، واندفع ما بنى عليه من الإشكال. والله أعلم بحقيقة الحال.

٣. حق الخيار للمالك أو الغاصب بظهور المغصوب بعد الضمان

[التسهيل] فلو غيبه وضمن قيمته ثم ظهر وقيمته أكثر وقد ضمن ما قاله مالكه من القيمة بمجرد قوله أو بينته أو بنكول الغاصب فلا خيار للمالك لرضاه. ولو ضمن قيمته بيمين الغاصب تخير مالكه بإمضاء ضمانه أو أخذه وردّ بدله لعدم رضاه ١٥

Bu, şu durumdaki daha sahih kabul edilen görüşe benzer: Şayet malik, gasbedilen malın kıymetini, gasbedenin yemini ile tazmin ettirmiş ve sonra mal ortaya çıkmış ve kıymetinin ödenen tazminattan fazla olmadığı anlaşılırsa, bu durumda aldığı tazminata rızasının bulunmaması sebebiyle daha sahih olan görüşe göre malik muhayyerdir. Kerhî ise şöyle demiştir: Malının bedeli tam olarak ödendiği için malikin muhayyerlik hakkı yoktur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Gasbeden, gasbettiği malın kaybolduğunu söyleyip beyyineye dayalı olarak tazmin ettikten sonra gasbedilen malın ortaya çıkması ve kıymetinin ödenen tazminattan daha az olduğunun anlaşılması durumunda, 'gasbedenin yeminine dayanarak tazmin ettirip malın değerinin ödenen tazminattan daha fazla olması' durumunda dayandıkları delilin gereğine göre, gasbedenin muhayyer olması gerekir. Çünkü gasbeden buna tam olarak rıza göstermiş değildir. Gasbedenin yeminden kaçınmasına veya sırf malikin sözüne bağlı olarak tazmin edip sonra da malın kıymetinin ödenen tazminattan daha az olduğunun anlaşılmasının hükmü de burada zikredilmemiştir. Malın kıymetinin ödenen tazminata eşit olmasının açığa çıkması durumunda da dört şekil düşünülebilir. Dolayısıyla aklî taksim açısından mesele on iki kısma ayrılır ki, razı olan için değil de razı olmayan için muhayyerliğin sabit olması gerekir. Bu nokta dikkate alındığında bütün kısımların hükümleri açıktır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Meselenin on iki kısma ayrılması, tazminin kendisine binaen yapıldığı dört durum ile kıymetle ilgili üç durumun çarpılmasından ortaya çıkmaktadır. Dört durum ile kastedilen şunlardır: Tazminin; 1) sırf malikin sözüyle olması, 2) malikin beyyinesiyile olması, 3) gasbedenin fazlalığının olmadığı konusundaki yeminiyle olması, 4) gasbedenin yeminden kaçınmasıyla olması. Kıymetle ilgili üç durum ise şunlardır: 1) malın kıymetinin ödenenden az olduğunun ortaya çıkması, 2) malın kıymetinin ödenenden fazla olduğunun ortaya çıkması, 3) malın kıymetinin ödenene eşit olduğunun ortaya çıkması. Bu kısımların her birisine bakılır: Şayet malın kıymetinin ödenmesi gasbedenin rızası ile gerçekleşmişse gasbedenin muhayyerlik hakkı olmaz; aksi takdirde muhayyerlik hakkı doğar. Aynı şekilde malik, malın bedelini razı olarak almışsa bu durumlarda malik için muhayyerlik hakkı olmaz. Eğer razı olmadan almış ise bu durumlarda da muhayyerlik hakkı doğar.

كالاصح فيما أي لو ضمنَ يمينه فظهرَ وقيمتُه ليست بأكثرَ تخيّرَ في الأصحِّ لعدم رضاه بما أخذَه، وقال الكرخي: لا خيارَ له لتوفّرِ بدلِ ملكه بكماله

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو غيّبه وضمنَ بينةً فظهرَ وقيمتُه أقلُّ فعلى موجبِ دليلهم فيما ضمنَ يمينه وقيمتُه أكثرُ ينبغي أن يتخيّرَ الغاصبُ لأنه لم يتمَّ رضاه، ولو ضمنَ بنكوله أو بمجرد قولِ المالكِ فظهرَ وقيمتُه أقلُّ لم يُذكر حكمه أيضًا ويتصوّرُ بظهورِ القيمةِ مساويةً صوراً أربعاً أيضًا فيكونُ بالقسمة العقلية اثني عشر قسماً وينبغي أن يثبتَ الخيارُ لغيرِ الراضي لا للراضي فيظهرُ به أحكامُ الأقسامِ كلّها.

[فاضل أمير] نقول: الانقسام إلى اثني عشر قسماً يحصل من ضرب الأربعة أعني الضمان بمجرد القول أو بالينة من المالك أو بيمين الغاصب على نفي الزيادة أو بنكوله عن اليمين في الثلاثة أعني ظهور قيمته أقل أو أكثر أو ظهورها مساوية. ففي كل من هذه الأقسام ينظر إن وقع الدفع برضى الغاصب فلا خيار له وإلا فله الخيار وكذلك إن كان الأخذ من المالك برضاه فلا خيار له. وإن لم يكن برضى منه فله الخيار.

4. Gasbedilmiş Malın Tazminden Sonra Ortaya Çıkması Durumu

[**Teshîl**] Malik tazminden sonra ortaya çıkan gasbedilmiş malını geri almayı tercih ederse bu durumda gasbeden, bedelin mal karşılığında olmasından dolayı bedelin kendisine geri verilmesi için gasbettiği malı alıkoyma hakkına sahiptir. Müdebber kölede ise durum bundan farklıdır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Gasbedenin, aynı şekilde müdebber köleyi de alıkoyma hakkının olması gerekir. Çünkü müdebber köle de tazmin yükümlülüğü mukabilinde gasbedenin elinde bulunmaktadır. Hâlbuki daha önce müdebber kölede tazminin, malikin zilyedliğinin ortadan kalkması karşılığında olduğu geçmişti. Böyle bile olsa en azından malik tarafından alınan bedelin, bu sebeple alındığı söylenebilir. Dolayısıyla malik, gasbedilen müdebber kölesinden dolayı aldığı bedeli geri verinceye kadar gasbedenin köleyi alıkoyma hakkının olması gerekir. Müdebber kölenin, malikin mülkü olması, -tıpkı rehinde olduğu gibi- gasbedenin onu elinde tutmasına engel değildir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Zeylaî, *et-Tebyîn*'de şöyle demiştir: "Malik ortaya çıkan gasbedilmiş malını almayı tercih ederse gasbedenin, malike ödediği kıymeti geri alıncaya kadar gasbettiği bu malı alıkoyma hakkı vardır. Çünkü ödediği bu kıymet, ayna karşılıktır. Müdebber meselesinde ise durum bundan farklıdır. Çünkü müdebber kölede ödenen kıymet, ayn karşılığında değil, aksine malikin zilyedliğinin ortadan kalkması karşılığındadır."¹

Gasbedenin, müdebber kölenin kaybolduğunu ileri sürdüğünde efendiye ödediği kıymet, müdebber kölenin bizatihi kendisi karşılığında değil; efendinin müdebber köle üzerindeki zilyedliğinin ortadan kalkması karşılığında olduğuna göre gasbedenin ödediği kıymetin müdebber kölenin aynıyla bir ilgisi yoktur. Bu durumda bu şeyin dışında bir sebepten dolayı ödediği kıymeti geri almak için o şeyi alıkoymasının herhangi bir gerekçesi kalmaz ve Şeyh'in ileri sürdüğü itiraz geçersiz olur.

Şeyh'in müdebber köleyi, rehne kıyas etmesinin de tutarlı olmadığı açıktır. Çünkü malik, rehinde ödediği bedeli rehinin kendisi karşılığında ve rehinden dolayı ödemektedir. Müdebber kölede tazminin, kölenin rakabesi karşılığında değil, efendinin köle üzerindeki zilyedliğinin ortadan kalkması karşılığında olduğunu, önceki meselede Şeyh'in kendisi de söylemektedir. Dolayısıyla müdebber kölenin gasbedilmesi durumunda tazmin, müdebber kölenin kendisi karşılığında olmayıp, malik tarafından alınan bedel de kölenin kendisinden dolayı alınmış değildir.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 231.

٤ . ظهور المغصوب بعد الضمان

[التسهيل] ولو اختار مالكه أخذ المغصوب حبس المغصوب لردّ بدله للمقابلة ضدّ المدبر.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون له حبس المدبر أيضًا، لأنه مقابل بضمنان. وقد مرّ أنه مقابل باليد. ولئن سلّم فلا أقلّ أن البدل أخذ لأجله فينبغي أن يحبس حتى يزّد ما أخذه لأجله مع أن كونه ملكه لا يمنع حبسه كما في الرهن.

١٠ [فاضل أمير] نقول: قال في التبيين: ثم إذا اختار المالك أخذ العين فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التي دفعها إليه. لأنها مقابلة بالعين بخلاف المدبر. لأنها غير مقابلة به بل بما فات من اليد، انتهى. فلما كان ما دفعه غاصب المدبر إذا غيبه إلى مولاه من قيمته بمقابلة فوته يد المولى من المدبر لا بمقابلة المدبر نفسه لم يكن لما دفعه تعلق بعين المدبر فلم يكن لحبس شيء لأخذ ما دفعه لغير ذلك الشيء وجه فاندفع ما ذكره.

١٥ وظهر أن قياسه بالرهن ليس بمتجه. لأن ما دفع فيه يدفع بمقابلته ولأجله وكون الضمان في المدبر بمقابلة الفئات من يد المولى لا بمقابلة الرقبة مما قال به الشيخ في الدرس السابق فلم يكن الضمان بمقابلة المدبر نفسه ولم يكن البدل مأخوذاً لأجله.

5. Maliklik Açısından Gasbedilen Koyunu Kesmekle Kavurmak Arasındaki Fark

[**Teshîl**] Gasbeden gasbettiği malı -cinsine göre-, kavurmak, öğütmek, tarlaya ekmek, altın ve gümüş dışındaki madenlerden alet yapmak veya ağaç ya da kerpici bina yapımında kullanmak gibi, ismi ve menfaatlerinin çoğu ortadan kalkacak şekilde değiştirirse bize göre bu mala malik olur. Nitekim bir kimse gasbedip gemiye monte ettiği tahtaya veya gasbedip kölesinin karnını diktiği ipe de malik olur. Gasbedilen malın bir yönden helak olması ve mal üzerinde gasbedenin bir zenaat eyleminin her açıdan mevcut bulunması da böyledir. Bu durumda gasbedenin zenaat eylemi, kuvvetli olmasından dolayı daha ağır basar [ve gasbeden tazmin etmek suretiyle mala malik olur].

Şâfiî'ye göre ise bu durumlarda gasbeden gasbettiği mala malik olamaz. Onun bu konudaki gerekçesi şöyledir: Gasp, haksız bir fiil olup mülkiyet nimetine bu yolla ulaşılamaz. Ayrıca tâbi konumunda olan gasbedenin zenaat eylemi değil, asıl olan malikin mülkiyeti ağır basar. Gasbedenin mal üzerinde yaptığı değişiklik, tıpkı hayvanın kesilmesi gibidir. Hayvanın gasbeden tarafından kesilmesi, malikin hayvan üzerindeki mülkiyetini ortadan kaldırmadığı gibi gasbedenin diğer fiilleri de aynı şekilde malikin mal üzerindeki mülkiyetini ortadan kaldırmaz. Ahmed b. Hanbel de bu konuda Şâfiî ile aynı görüştedir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Denirse ki, "Hanefîlerin Şâfiî'nin yaptığı kıyasa 'Kesme işi, aynın (hayvanın) ismini değiştirmez. Zira kesilene kesilmiş koyun, kesilmeyene de canlı koyun denilir.' şeklinde verdikleri cevap, kavurma meselesi düşünüldüğünde problemlidir. Çünkü kavurma da koyunun ismini değiştirmeyip kavurma yapılmış koyun denilmektedir. Dolayısıyla gasbedenin, kavurma sebebiyle de koyuna malik olmaması gerekir."

Derim ki: Bu itiraza şöyle cevap verilebilir: Koyun, kavrulduğunda şivâ' (büryan) diye isimlendirilir. Dolayısıyla 'ismin değişmesi' olayını, onların dediği şekilde değil de şu şekilde izah etmek daha uygundur: Kesme, koyun için, koyun kelimesinin dışında bir isim konulmasına yol açmamıştır. Kavurma ise bundan farklıdır. Zira kavurma, koyun için başka bir ismin konulmasına yol açmış olup kıvartıldığında artık koyun ismi zikredilmez. İşte fukahanın konuya ilişkin sözlerinin buna hamledilmesi mümkündür.

٥. الفرق بين ذبح الغاصب الشاة وبين شيه في تملكه المغصوب

[التسهيل] ولو غيرَه بفعله فزال اسمه وعظمُ منافعه كشيءٍ وطحنٍ وزرعٍ واتخاذٍ غيرِ الحجرين أي النقدين آله أو بنى على ساجةٍ وهي خشبةٌ منحوتةٌ مُهيأةٌ للأساسِ عليها أو لبنٍ نُملِكُه نحن إياه كما ملكَ لوحاً غصبه فأدخله في سفينةٍ أو غصبَ خيطاً فخاطَ به بطنَ قتهِ وكهلاكِ المغصوبِ من وجهٍ وقيامِ ٥
صنعةِ الغاصبِ من كلِّ وجهٍ فيترجَّحُ صنعتهُ لقوتها.

وله التعدي فلا يُنال به نعمةُ الملكِ وترجُّحُ الأصلِ لا تبعه الصنعةُ كذبحِ، فإنه لا يزيلُ الملكَ فكذا سائرُ أفعالِ الغاصبِ، ومعه أحمد بن حنبل.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: جوابهم عن قياسِ الشافعي «بأن الذبحَ لا يفوتُ اسمَ العينِ يقال: شاةٌ مذبوحَةٌ وشاةٌ حيةٌ» يُشكلُ بالشيءِ فإنه أيضاً لا يفوته يقال: شاةٌ مشويةٌ فيلزم أن لا يملكها بالشيءِ. ١٠

أقول: يمكنُ أن يجاب: بأنها في الشيءِ يسمى شواءً فالأولى أن لا يقرَّرَ بما ذكروا من التفويتِ على الوجهِ الذي قالوا بل يقرَّرَ بأن الذبحَ لم يحدث له اسماً آخرَ غيرَ الشاةِ بخلافِ الشيءِ فإنه أحدث له اسمَ الشواءِ وليس فيه ذكرُ اسمِ الشاةِ ويمكنُ أن يُحملَ عليه كلامهم. ١٥

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Ashabımıza yönelik itiraz özetle şudur: Onlar, bir koyunu gasbedip onu kesen kişinin bu koyuna malik olamayacağını söylemişlerdir. Çünkü kesme fiili ile koyun ismi, kesilen o hayvan hakkında ortadan kalkmayıp hâlâ kullanılmaya devam eder. Zira kesilince, bu hayvan için kesilmiş koyun denilir. Yine onlar, şöyle demişlerdir: Eti gasbedip bu eti tavada kavuran veya tencerede pişiren kimse ona malik olur. Kavurmak veya pişirmekle yine et ismi ortadan kalkmayıp hâlâ kullanılmaya devam eder. Zira bu durumda kavrulmuş et ve pişmiş et denilir.

Bu itiraza verilecek cevap (*en-Nukâye*) şârihi Kuhistânî'nin izahından anlaşılabilir. Kuhistânî, *el-Muhtasar*'daki "a'zamu menâfi'ihî (menfaatlerin çoğu)" ifadesini "maldan gözetilen maksatların çoğu" diyerek açıklamıştır.¹ Yine bu itiraza Mevlâ Ayasuluğî'nin *el-Mecmâ'* şerhindeki şu sözünden hareketle cevap verilebilir: "Denirse ki, koyun parçalandıktan sonra artık koyun ismi kullanılmaz. Zira parçalanmış koyun denilmez. Deriz ki: Evet, böyle denilmez. Fakat parçalamak kesilen hayvandan gözetilen maksadı ortadan kaldırmaz, aksine bu maksat parçalamakla gerçekleşir. Dolayısıyla parçalamak, aynı değiştiğini göstermez. Bundan sonra yapılan pişirme işi ise parçalamaktan farklıdır. Zira pişirildiğinde et ile ilgili olan şey, daha önce olduğu gibi kalmaz. Dolayısıyla malik artık pişirilen bu eti alamaz."

Bu açıklamadan anlaşılabilir şudur: Hanefîlerin "malın ismi ve menfaatlerinin çoğu ortadan kalkıncaya kadar..." şeklindeki ifadeleriyle kastedilen, aynı hakikaten isminin değişmesi ve başka bir isimle isimlendirilmesi değil, kendisinden gözetilen maksatların çoğunun ortadan kalkması ile gasbedilen aynı değişikliğe uğramasıdır. Kastedilen anlam bizim belirttiğimiz anlam olduğuna göre koyunu kesmek ile kavurmak ve pişirmek arasındaki fark tam manasıyla açığa çıkar ve bu değerlendirme, Şeyh'in belirttiğinden daha uygun ve kapsamlı bir değerlendirme olur. Çünkü Şeyh'in ifade ettiğine göre gasbedenin, gasbettiği ete, tencerede pişirmek suretiyle malik olmasını kabul etmek doğru olmaz. Zira bu işlem ile ne koyun ne de et için başka bir ismin ortaya çıkması söz konusudur. Çünkü pişirildiğinde koyun için pişmiş koyun, et için de pişmiş et denilir. *et-Tebyîn*'deki ifadelerden anlaşıldığı üzere burada kesmek ile kavurmak ve pişirmek arasındaki farkın ortaya çıkacağı başka bir değerlendirme daha mevcuttur.

1 Kuhistânî, *Câmi'ur-Rumûz*, III, 467.

[فاضل أمير] نقول: حاصل ما ورد على أصحابنا هو أنهم قالوا فيمن غصب شاة وذبحها لا يملكها. لأن بالذبح لم يفوت اسم الشاة عنها ولم يزله. إذ يقال «شاة مذبوحة». وفيمن غصب لحما وشواه أو طبخه اقتدارا يملكه مع أن بالشيء والطبخ أيضا لم يفوت اسم اللحم ولم يزله. إذ يقال «لحم مشوي» و«لحم مطبوخ».

فالجواب عنه بما يفهم من تقرير مولانا الفاضل الشارح القهستاني أنه قال في تفسير قول المختصر «وأعظم منافعه» أي أكثر مقاصده، ومن قول المولى الأياثلوغي في شرح المجمع: فإن قيل بعد التأريب يزول الاسم؛ إذ لا يقال «شاة مؤربة». قلنا نعم ولكن التأريب لا يفوت المقصود من المذبوح بل قد يحققه فلا يدل على تبدل العين بخلاف الطبخ بعده. إذ لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلا يأخذها المالك، انتهى.

إذ ظهر من هذا البيان أن المراد من قولهم «حتى زال اسمه وأعظم منافعه» ليس تبدل اسمه حقيقة وأن يكون مسمى باسم آخر بل المراد أن تبدل العين المغصوبة بزوال أكثر مقاصدها. فإذا كان المعنى المراد على ما قلنا ظهر الفرق بين الذبح وبين الشيء والطبخ ظهورا تاما ويكون هذا التوجيه أنسب وأشمل مما ذكره الشيخ. لأن على ما ذكره لا يستقيم القول بتملك الغاصب بالطبخ اقتدارا. إذ لا يحدث به للشاة ولا للحم اسم آخر. إذ يقال شاة مطبوخة ولحم مطبوخ. وهنا توجيه آخر يظهر به الفرق بين الذبح وبين الشيء والطبخ على ما يفهم من التبيين

Zeylaî şöyle demiştir: “Gasbeden gasbettiği malda bir zenaat işlemi gerçekleştirmiş olup bu işlem, gasbedenin hakkıdır ve her açıdan mevcuttur. Her ne kadar bu zenaat işlemi, bir açıdan kaybolan asıl üzerine eklenen bir vasf olsa da her açıdan bir üretim olması yönüyle daha ağır basar. Dolayısıyla bu zenaat işleminin mülkiyet konusunda dikkate alınması daha uygundur. Böyledir, çünkü üretim ile ayn üzerinde gerçekleşen bu artı değer, gasbedenin fiili ile meydana gelmiş olup onun kesbi olur. Her ne kadar başkasının mülkiyetinde olan bir mahalde olsa da kesbeden, kesbine başkasından daha fazla hak sahibidir. Çünkü hüküm, mahalle (ayn’a) değil, illete (kesbe) izafe edilir.”¹

Açıktır ki, kesmek ile koyunda bir zenaat icrası gerçekleşmez. Kavurmak ve pişirmek ise koyunda bir zenaat ihdas eder. Bu geniş izah ve değerlendirmeden sonra bize şu şekilde güzel bir değerlendirme aşikâr oldu: Burada kastedilen, gasbedilen aynın isminin ortadan kalkmış olmasıdır. Kavurma ve pişirme durumunda her ne kadar koyun ismi bunlardan kalkmamış olup kıyasa göre gasbeden, gasbettiği koyuna kavurma ve pişirme ile malik olamaz ise de bu iki durumda (kavurma ve pişirme) gasbeden için mülkiyet, Hz. Peygamber’in, malikinin izni olmadan koyunu kesen ve pişiren kimseler hakkında söylediği “Bunları esirlere ikram edin.” sözü ile sabit olmuştur. Çünkü Zeylaî, bununla ilgili olarak *et-Tebyîn*’de şöyle demiştir: “Gasbeden gasbettiği mala malik olmamış olsaydı Hz. Peygamber böyle söylemezdi.”² Buna göre gasbeden için pişirme ile mülkiyet, kendisiyle kıyastan vazgeçilen bir nass ile sabit olmaktadır.

6. Şarabı İtlaf Edilen Zimmînin Müslüman Olması

[**Teshîl**] Bir zimmî, başka bir zimmînin şarabını telef ettikten sonra Müslüman olsa Ebû Yûsuf’a göre tazminden berî olur. Çünkü zimmî iken telef ettiği malın mislini ödemesi gerekirdi, Müslüman olmakla mislini ödemesi imkânsız hâle gelmiştir. Muhammed’e göre ise kıymetini ödemesi gerekir. Çünkü Müslüman olduğu için mislini ödemesi imkânsızdır; tazminden ibrâ edilmesi de mümkün olmaz, çünkü şarabın maliki zimmî olup şarap onun hakkında mütekavvim bir mal olup kıymetini ödemesinin gerekli kılınması mümkündür. Dolayısıyla kıymetini ödemesi gerekir. Ebû Hanîfe’den her iki görüş de rivâyet edilmiştir.

1 Zeylaî, *Tebyînu’l-Hakâik*, V, 226-227.

2 Zeylaî, *Tebyînu’l-Hakâik*, V, 227.

حيث قال: وقد أحدث فيه الصنعة وهي حق للغاصب وهي قائمة من كل وجه فترجحت بذلك وإن كان وصفا على الأصل الذي هو فائت من وجه فكانت أولى بالاعتبار وهذا لأن الزيادة حصلت في العين بفعل الغاصب فكانت كسبا له والكاسب أحق بكسبه من غيره وإن كان في محل مملوك للغير. ٥ لأن الحكم يضاف إلى العلة لا إلى المحل، انتهى.

لأن من البين أن بالذبح لا يحدث في الشاة صنعة وبالشى والطبخ قد أحدث فيها صنعة. وبعد هذا البسط والتوجيه لاح لنا وجه وجه وهو أن المراد زوال اسم المغصوب وتفويته. وفي الشى والطبخ وإن لم يفوت اسم الشاة وكان القياس أن لا يملكها بالشى والطبخ لكن ثبت التملك فيهما بقوله ﷺ «أطعموها الأسارى» فيمن ذبح شاة وطبخها بغير إذن مالكها لأن في التبيين قال: ولو لم يملكه لما قاله ﷺ إلى آخره. فكان ثبوت الملك بالطبخ بنص معدولا به عن القياس.

٦. إسلام الذمي الذي أتلف خمزه

[التسهيل] ولو أتلف ذمي خمرا ذمي فأسلم المتلف يبرئه أبو يوسف إذ وجب مثله فامتنع بإسلامه. أوجب محمد قيمته لتعدر مثله، لأنه مسلم وتعدر إبرائه إذ مالكة ذمي والخمر في حقه مال متقوم وقد أمكن إيجاب القيمة فيجب. وهما روايتان عن أبي حنيفة.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bunun tersi durumda şarabın maliki olan zimmî Müslüman olursa itlaf eden zimmînin tazminden berî olması gerekir. Çünkü bu durumda yasak, malik açısından söz konusudur ki, kefâlet konusunun sonlarında geçen açıklama buna delâlet eder.

5 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh, kefâlet konusunda belirttiği şu durumu kastetmektedir: Kurala göre hak talebinde bulunan zimmînin Müslüman olması, hamrî bâtıl kılar. Orada *el-Fetâvâ't-Tâtarhâniyye*'den istinbâtla şöyle yazmıştık: Bu kural, mutlak olmayıp aksine hamrın karz veya gasp açısından vâcip olması ile kayıtlıdır. Dolayısıyla burada üzerinde durduğumuz mesele de bu kuralın kapsamına dâhil olan fer'î meselelerden olup bu vesile ile üzerinde durduğumuz meselede hükmün -ki, bu da itlaf edenin aynı tazminden berî olmasıdır- uygulanması mümkündür.

15 Sonra deriz ki, görünen o ki, Şeyh, burada ashabımızdan gelen açık bir rivâyete ulaşamadığı için yukarıda söylediği şeyi, sanki kendisinin ulaştığı bir sonuç gibi söylemiştir. Bu yeterince araştırmamasından kaynaklanmıştır. Çünkü Mevlâ Ayasuluğî, *el-Mecma'* şerhinde Ebû Yûsuf'un görüşü için istişhadda bulunarak şöyle demiştir: "Zimmînin itlaf ettikten sonra Müslüman olması, malı itlaf edilen zimmînin Müslüman olması gibidir ki, bu durumda malik hakkında aynın mütekavvim olmaması sebebiyle imamların ittifakıyla itlaf eden tazminden berî olur."

7. Gasbedenin Tuz Katıp Sirkeye Dönüştürdüğü Şarabı Malikin Hiçbir Şey Ödemeden Geri Alması

[Teshîl] Bir kimse bir Müslüman'dan gasbettiği şarabı güneş ve toprak gibi mütekavvim olmayan bir şeyle sirkeye dönüştür veya murdar hayvan derisini aynı şekilde tabaklarsa, mal sahibi, -tıpkı sirkeye dönüşmeden ve tabaklanmadan önce olduğu gibi- ikisini de gasbedenden meccânen alır. Çünkü bunlar onun mülkiyetindedir. Şayet gasbeden kişi, -şaraptan dönüşen- sirkeyi ya da tabaklanmış deriyi itlaf ederse, sirkeyi ve derinin tabaklanmamış hâliyle temiz olarak kıymetini tazmin eder. Çünkü tabaklanma vasfını deriye katan, gasbeden kişi olup bunu tazmin etmez. Cumhuriyet ise gasbedenin, derinin tabaklanmış hâldeki kıymetini tazmin edeceği görüşündedir. Çünkü tabaklanma vasfı, deriye tabidir ve asıl tazmine konu olduğunda vasfı da tazmin konusunda asıla tabi olur.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو أسلم مالكه فقد ينبغي أن يبرأ الذمي المتلف. إذ المنع من قبيل المالك يدل عليه ما مر في أواخر الكفالة.

[فاضل أمير] نقول: يريد ما ذكره فيها من أن الأصل أن إسلام الذمي الطالب يبطل الخمر. وقد كتبنا هناك استنباطا من التاتارخانية أن هذا الأصل ليس بمطلق بل هو مقيد بأن يكون وجوب الخمر من جهة القرض أو الغصب ٥ فكان ما نحن فيه من فروع ذلك الأصل وأمكن إجراء الحكم وهو براءة المتلف عنها فيما نحن بصدده عليه.

ثم نقول إن الظاهر أن الشيخ لم يظفر برواية منصوصة هنا وقال ما قاله كأنه تفقه منه. وهذا من قلة تتبعه لأن المولى الأياثلوغي قال في شرح المجمع ١٠ مستشهدا لقول أبي يوسف فصار كما إذا أسلم المتلف عليه فإنه يبرأ حينئذ اتفاقا لعدم تقومها في حق المالك.

٧. أخذ المالك الخمر مجاناً بعد التخليل بإلقاء الغاصب الملح فيه

[التسهيل] ولو خلل خمر مسلم أو دبغ جلد ميتة بغير متقوم كشمس وتراب أخذهما المالك مجاناً كما قبل التخليل والدبغ لملكه. فلو أتلف الخل أو الجلد المدبوغ ضمن الخل وقيمة الجلد طاهراً غير مدبوغ. لأنه المحصل ١٥ لوصف الدباغة فلا يضمه. والجمهور على أنه يضم قيمته مدبوغاً. لأن صفة الدباغة تابعة للجلد. فمتى صار الأصل مضموناً تبعه وصفه بالضماني.

Gasbeden, şarabı sirkeye dönüştürmek için sirke, tuz ve benzeri mütekevvim bir şey; deriyi tabaklamak için de şap ve meşe palamudu gibi mütekevvim bir şey kullanırsa, bu durumda isminin ve kendisinden gözetilen maksatların çoğunun kaybolması sebebiyle Ebû Hanîfe'ye göre sirke, meccânen gasbedenin olur. Çünkü bu durumda gasbeden, mütekevvim olmayan bir şeyi itlaf etmiş olur. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise gasbedenin şarabı tuz ile sirkeye dönüştürmesi hâlinde sirkeyi malik alır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Denirse ki, "Bu görüş, onların daha önce geçen şu kuralı ile problem teşkil eder: Gasbeden, gasbettiği malı, kendi fiili ile ismi ve menfaatlerin çoğu ortadan kalkacak şekilde değiştirirse bu mala malik olur ve tazmin etmesi belirgin hâle gelir. Sirke de böyledir. Çünkü artık bu şeyden hamr ismi ve bundan gözetilen maksatların çoğu, gasbedenin tuz katması ve benzeri fiili ile ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla malikin, bu malı alamaması gerekir."

Buna şöyle cevap verilebilir: Bu durumda şarap, sanki kendiliğinden sirkeleşmiş gibi olur. Zira şarabın yapısında kendiliğinden sirkeleşme özelliği mevcuttur. Tuz ise 'tâfih' yani değersiz bir şey olup herhangi bir şeyi kendisine tabi kılmaz. Sirke ve benzeri maddeler ise bu konuda tuzdan farklıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in verdiği bu cevap, Kâsânî'nin *el-Bedâi'*de söylediği şeydir. Kâsânî, şöyle demiştir: "Tuz ile sirkeye dönüştürdüğü şeyde gasbedenin mütekevvim bir malı söz konusu değildir. Çünkü hamra katılan tuz, onda itlafa yol açar ve malikin elinde kendiliğinden sirkeye dönüşmüş gibi olur. Şayet böyle olmuş olsaydı malik, malını herhangi bir şey ödemeksizin alırdı. Tuz katılarak sirkeye dönüştürülen hamr da böyledir."¹.

Açıktır ki, tuz ile ilgili olarak *el-Bedâi'*de geçen 'itlâf' ifadesi, Şeyh'in ibaresinde geçen 'tâfih' ifadesinden daha yerindedir. Çünkü *el-Kâmus*'ta ve *es-Sıhâh*'ta geçtiği üzere 'tâfih' kelimesi, kıymet verilmeyen az şey anlamına gelir. Dolayısıyla tuzu, sanki kıymeti olan ve çok olan bir şeymiş gibi 'tâfih' diye nitelemek uygun değildir. Nitekim muhakkik fakihlerin ibarelerinin birçoğunda bu şekilde geçmektedir ki, Tâcuşşerîa, Allâme ve başkaları bunlar arasında yer alır.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, VII, 162.

ولو بمتقومٍ كخَلٍ وملحٍ ونحوه للتخليلِ وكشِبٍ وعَفْصٍ للدبغِ فالخَلُّ لغاصبه عند أبي حنيفةٍ لتغيُّرِ اسمه وعِظْمِ مقاصدهِ مجَّانا لإتلافه غيرَ متقومٍ. وقالوا أَخَذَهُ المالكُ في تخليله بالملح.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيلَ يشكلُ بما مرَّ من أصلهم وهو أنه إذا غيَّرَه بفعلِهِ حتى زال اسمه وعِظْمُ منافعهِ يملكه فيتعينُ الضمانُ والخَلُّ كذلك ٥ لزوالِ اسمِ الخمرِ وعِظْمِ ما يُقصد به من الأغراضِ بفعلِهِ وهو إلقاءُ الملح ونحوه فينبغي أن لا يأخذَه.

يمكنُ الجواب: بأن يقالَ: كأنه تخلَّلَ بنفسِه إذ في طبيعته أن يتخلَّلَ بنفسِه والملحُ تافهٌ لا يستتبِعُ بخلافِ الخَلِّ ونحوه.

[فاضل أمير] نقول: الجواب المذكور مما قال به في البدائع حيث قال فيه: ١٠ وليس للغاصب فيه عين مال متقوم. لأن الملح الملقى في الخمر يتلف فيه فصار كما لو تخللت بنفسها في يده. ولو كان كذلك لأخذه بغير شيء فكذا هذا، انتهى.

ولا يخفى أن ما وقع في البدائع من لفظ «يُتْلَفُ» أولى من لفظ «تأفِه» ١٥ الواقع في عبارة الشيخ. لأن التأفه القليل الخسيس على ما في القاموس والشيء اليسير على ما في الصحاح. فلا يناسب توصيف الملح بالتأفه توصيفه بذِي قيمة وكثير كما هو الواقع في كثير من عبارات المحققين. ومن جملتهم تاج الشريعة ومولانا العلامة وغيرهما.

Diğer yandan Şeyh'in Ebû Yûsuf ve Muhammed'e yönelttiği itiraza, *et-Tebyîn*'de "Tuzun kattığı fazlalığı gasbedene verir." sözünü açıklarken söylediği "Yani malik, sirkeden tuzun ağırlığı kadar miktarı gasbedene verir. Fukaha bu şekilde ifade etmiş olup sanki tuzu sıvı bir şey olarak değerlendirilmişlerdir. Çünkü tuz, suda erir ve sıvının sıvı ile karışması gibi olur ki, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre malik ve gasbeden bunda ortak olur."¹ şeklindeki açıklamadan hareketle şöyle denilerek cevap verilmesi uzak bir ihtimal değildir: Ebû Yûsuf ve Muhammed'in sirke konusunda burada söylediği ortaklık, onların kabul ettiği başka bir asıldan kaynaklanmaktadır ki, bu da şudur: "Sıvının sıvı ile karışması ortaklığı gerektirir." Buna göre Ebû Yûsuf ve Muhammed'in "Gasbeden, gasbettiği malı, ismi ve menfaatlerinin çoğu ortadan kalkacak şekilde değiştirdiğinde bu mala malik olur." şeklindeki sözleri, bu değiştirmenin yani sıvının, kıymeti olan bir sıvı ile değiştirilmesinin dışında kalan şeylere mahsus olur. Atıf yapılan bu kuralı, Ebû Yûsuf ve Muhammed'den zikredenler, imamların sözleri araştıran mahir ve hâzık fakihlerdir. Allah kabirlerini pürnur eylesin.

8. Gaspedilip Hamile Kalan ve Malikine İade Edildikten Sonra Doğum Sırasında Ölen Cârîyenin Kıymetinin Ödenmesi

[**Teshîl**] Bir kimse gasbettiği cârîyeyle zina ediyor ve cârîye kendi yanındayken hamile kalıyor. Gasbeden, cârîyeyi sahibine iade ediyor ve doğum sebebiyle cârîye ölüyor. Ebû Hanîfe'ye göre bu durumda gasbedenin, cârîyenin hamile kaldığı günkü değerini ödemesi gerekir. Çünkü onu aldığı gibi vermiş olmadığından bu iade sahih olmamış; adeta gasbeden, cârîyeyi geri vermemiş ve cârîye onun yanında iken helak olmuş gibi olur. Olay, tıpkı cârîyenin gasbedenin yanındayken cinayet işleyip gasbedenin onu geri vermesi ve malikin yanında iken bu cinayet sebebiyle öldürülmesi gibi veya işlediği cinayetin hata ile olması sebebiyle cârîyenin verilmesi gibi olur ki, bu durumlarda malik, sanki gasbeden, cârîyeyi kendisine vermemiş gibi cârîyenin kıymeti konusunda gasbedene rüçû eder. Bu mesele de bunun gibidir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Denirse ki, "Bu durumda cârîyeyi geri vermek sahih olmayıp sanki gasbedenin yanında iken helak olmuş gibi değerlendiriliyorsa tıpkı gerçekten gasbedenin yanında ölmesi durumunda olduğu gibi hamile kaldığı günkü değerinin değil, gasbedildiği günkü değerinin tazmin edilmesi gerekir. Çünkü cârîye mislî değildir. Dolayısıyla 'Gasbedenin, cârîyenin hamile kaldığı günkü değerini ödemesi gerekir.' sözünün anlamı yoktur."

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 237.

ثم لا يبعد أن يجاب عما أورده على الإمامين بالاستنباط عما في التبيين عند الكلام على قوله «ويرد مزیده» من قوله: أي يعطي مثل وزن الملح من الخل هكذا ذكروه كأنهم اعتبروا الملح مائعا، لأنه يذوب فيكون اختلاط المائع بالمائع فيشتركان عندهما، انتهى، بأن يقال إن ما قاله هنا من الاشتراك في الخل متفرع على أصل آخر عندهما وهو أن خلط المائع بالمائع يوجب الاشتراك فيكون ما قاله به من «أن الغاصب إذا غيّر المغصوب حتى زال اسمه وعظم منافعه يملكه» مختصا بما سوى هذا التغيير يعني تغيير^١ مائع بمائع ذي قيمة ويكون ذكر هذا الأصل في صورة الإطلاق للاعتماد على ثبوت ذلك الأصل عنهما عند المهرة الحدائق من متبوعي أقوال الأئمة طيب الله مضاجعهم المنورة.

١٠ ٨. وجوب قيمة الأمة المغصوبة أحبلها الغاصب بعد ردها إلى المالك

[التسهيل] ولو غصب أمةً فزنى بها وحبلت عند الغاصبِ فردّها فماتت بالولادة فعليه قيمتها يوم علقت عند أبي حنيفة. إذ لم يرُدّ كما أخذ فلم يصحّ الردُّ. فكأنه لم يرُدّ وهلكت عند الغاصبِ فصار كما لو جنت عند الغاصبِ ثم ردّها ثم قُتلت بتلك الجناية عند المالكِ أو دُفعت بأن كانت الجناية خطأً، فإنه يرجع على الغاصبِ بقيمتها كأنه لم يردها أصلاً فكذا هذا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: إذا لم يصحّ الردُّ وصارت كأنها هلكت عند الغاصبِ ينبغي أن يضمّن قيمتها يوم الغصبِ لا يوم العلوقِ كما لو هلكت عنده حقيقةً لأنها غيرٌ مثليّ فلا وجه لقوله «عليه قيمتها يوم العلوق».

Buna şu şekilde cevap verilebilir: Gasbeden gasbettiği câriyeyi sahibine geri verince hamilelik dışında gasptan bir eser kalmaz ve sanki câriyeyi hamile kaldığı gün gasbetmiş gibi olur. Fakat bu cevap da delilin izahında belirtilen "...iade sahih olmamış ve câriye gâsıbın yanında iken helak olmuş gibi olur. Bu da tıpkı câriyenin, gâsıbın yanında cinayet işlemesi olur." şeklindeki ifadeye aykırıdır. Çünkü gasbedenin yanında helak olan veya cinayet işleyenin, gasbedildiği günkü kıymetinin ödenmesi gerekir. Dolayısıyla doğumun da aynı şekilde olması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu aykırılık şöyle denilerek giderilebilir: Gasbedenin yanında helak olanın hükmü, gasbedildiği günkü kıymetinin gerekli olması olduğuna göre ve bizim burada üzerinde durduğumuz meselede de câriyenin hamile kaldığı gün, hükmen gasbedildiği gün olunca -nitekim Şeyh'in kendisi de seleften rivâyette bulunarak "Sanki gasbeden, câriyeyi hamile kaldığı gün gasbetmiş gibidir." demektedir- burada da gasp günündeki kıymet gerekli olur; dolayısıyla her iki meselede de tazmin zamanı aynı olur.

Şeyh'in "Gasbedenin yanında cinayet işleyen kimse, sahibine geri verilip işlediği bu cinayet sebebiyle öldürüldüğünde, gasbedildiği günkü kıymetinin ödenmesi gerekir." şeklindeki sözüne gelince buna şu şekilde cevap verilir: Helak olması durumunda misli olmayan gasbedilmiş malın tazmininde kural, kıymeti tazmin edilecek malın, gasbedildiği günkü kıymetinin tazmin edilmesidir. Çünkü tazminin sebebi budur. Gasbedenin, gasbettiği câriyeyi hamile bırakması meselesinde ise hamile bırakmanın gasp olarak değerlendirilmesi mümkündür. Çünkü hamile bırakma onun fiilidir. Dolayısıyla tazminin gerekliliği, gasbedildiği gün olmasına bağlı olarak hamile kaldığı güne izafe edilir. Cinayet meselesinde ise bu mümkün değildir. Çünkü cinayet, gasbedenin değil, gasbedilenin fiili olup gasbedilenin fiili, gasbedenden gasbetme olarak düşünülemez. Dolayısıyla cinayet işleyenin gasbedildiği gün, hakiki anlamda gasbedildiği gündür. Bu yüzden bu günkü (gasbedildiği gün) kıymetinin tazmin edilmesi gerekir. Bu açıklama ile üzerinde durulan meselenin bu meseleye aykırı olması durumu da giderilmiş olur. Buna göre fukahânın, Ebû Hanîfe'nin delilini izah ederken söylemiş oldukları "Sanki gasbeden geri vermemiş gibidir." ve "Gasbedenin yanında cinayet işlemiş gibi olur." şeklindeki sözlerinden maksat, doğum meselesini, gasbedenin yanında helak olma meselesine ve cinayet meselesine benzetmektir. Bu benzetme de bu meselelerde gasp günündeki kıymetin tazmin edilmesinin gerekli olduğu konusunda olup bu konuda doğum meselesi ile gasbedenin yanında helak olması ve cinayet işlemesi meseleleri arasında dirâyet sahipleri açısından açık olduğu üzere herhangi bir fark yoktur.

يمكن أن يجاب: بأنه لما سلّمها لم يبقَ من أثرِ الغضبِ إلا الحبلُ فجعل كأنه غصَبها يومَ العلق. ولكن هذا الجواب يُنافيه ما ذُكر في تقريرِ الدليلِ من «أن الردَّ لم يصحَّ فكأنها هلكت عند الغاصبِ وصار كما لو جنت عند الغاصبِ». فإن الهالكَ عند الغاصبِ والجاني يجبُ قيمته يوم غصبه فينبغي أن تكونَ الولادةُ كذلك. ٥

[فاضل أمير] نقول: المنافاة مدفوعة بأن يقال إن حكم الهالك عند الغاصب لما كان وجوب القيمة يوم الغضب وفي مسألتنا قد كان يوم العلق يوم الغضب حكما كما قال نفسه رواية عن السلف كأنه غصبها يوم العلق قد كان وجوب القيمة هنا أيضا يوم الغضب فاتحد زمان الضمان في المسألتين.

وأما ما قاله من أن الجاني عند الغاصب إذا رد وقتل بتلك الجناية تجب قيمته يوم غصبه. فالجواب عنه هو أن الأصل في ضمان مغضوب غير مثلي إذا هلك أن يكون المضمون قيمته يوم غصبه. لأنه سبب الضمان. وفي مسألة إعلاق الغاصب الأمة المغضوبة قد أمكن جعل الإعلاق غصبا منه لأنه فعله فكان وجوب الضمان مضافا إلى يوم العلق بناء على أنه يوم الغضب. ولا يمكن هذا في مسألة الجناية لأنها فعل المغضوب فلا يتصور أن يكون فعل المغضوب غصبا من الغاصب. فكان يوم غصب الجاني يوم غصبه الحقيقي. فلذا وجب ضمان قيمته في هذا اليوم فاندفعت المنافاة بهذه المسألة أيضا. فكان المراد من قولهم في تقرير الدليل من جانب أبي حنيفة رضى الله عنه «فكأنه لم يرد» ومن قولهم «فصار كما لو جنت عند الغاصب إلى آخره» تشبيه مسألة الولادة بمسألة الهالك عند الغاصب وبمسألة الجناية في أن يكون الموجب فيها ضمان القيمة يوم الغضب من غير فرق بين مسألة الولادة وبين مسألتى الهالك والجناية كما لا يخفى على أصحاب الدراية. ١٠ ١٥ ٢٠

9. Emredenin Tazminle Yükümlü Olduğu Durumlar

[**Teshîl**] Bir kimse birisinin emriyle elbiseyi yırtsa, emreden değil, yırtan kimse tazmin eder. Emretmek sebebiyle tazminle yükümlü olan kimse ya sultan ya da kölesine emretmesi durumunda efendidir.

5 [**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bir köle birisinin emriyle kaçtığına kaçmasını emredenin, kölenin kıymetini tazmin edeceği konusu daha önce geçmişti. Aynı şekilde birisi bir köleye, birisinin malını itlaf etmesini emretse köle itlaf ettiğinde efendisi tazmin eder ve emredene rüçü eder.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu, Şeyh'in, "Beyan konumunda olan ta'dad, hasr ifade eder." şeklinde *et-Tenvîr*'deki ifadeye istinaden emredene tazmini gerektiren durumların sayılmasından anlaşılan hasra yönelik itirazı gibidir. Şeyh, yukarıdaki "Emri sebebiyle tazminle yükümlü olan kimse ya sultan ya da kölesine emretmesi durumunda efendidir." şeklindeki ifadesinde iki durumu saymış, fakat bizzat emri sebebiyle tazminle yükümlü olan kişilerin kısımlarını tam olarak saymamıştır. Zira *el-Eşbâh*'ta bu sayılanlara ilave olarak şu durumlar da sayılmıştır: [a] Emredilen kişinin çocuk olması. Birisi çocuğa başkasının malını itlaf etmesini emretmesi onun da emri yerine getirmesi durumunda çocuk, tazmin eder ve bu tazmin konusunda emredene rüçü eder. [b] Bir kimse birisine başkasının duvarında bir kapı açmasını emretse bu durumda kapıyı açan tazmin eder ve tazmin konusunda emredene rüçü eder. [c] Babanın oğluna emretmesi durumu. [d] Başkasının kölesine kendisini öldürmesini emretmesi durumunda da emreden tazmin eder.¹ Dolayısıyla emredenin tazminle yükümlü olduğu kısımların toplamı sekiz kısım olur.²

1 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 242.

2 Fâzıl Emîr'in ifadesinden saydığı bu kısımların hepsinin *el-Eşbâh*'ta geçtiği anlaşılmaktadır. Ancak son iki kısım *el-Eşbâh*'ta yer almamaktadır. *el-Eşbâh*'ta beş kısma yer verilmiş olup bu kısımlar sayıldıktan sonra İbn Nüceym şöyle demiştir: "Konunun tamamı *Câmi'ül-Fusûleyn*'de geçmektedir." Bk. İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 242.

٩. الصور التي يضمن الأمر بأمره

[التسهيل] ولو خرق بأمره يضمن الخارق لا الأمر. والذي يضمن بالأمر السلطان أو المولى إذا أمر قته.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قد مرّ أنه لو أبق بأمره يضمن الأمر قيمته وكذا لو

٥ أمره بإتلاف مال رجل ضمن مولاه ورجع على أمره.

[فاضل أمير] نقول: كأن هذا اعتراض منه على الحصر المفهوم من تعداد

الضمان على الأمر بناء على ما في التنوير من أن التعداد في مقام البيان يفيد

الحصر. وفي السابق قد عد الصورتين حيث قال: والذي يضمن بالأمر السلطان

أو المولى إذا أمر قته» ولكن لم يستوف أقسام من يضمن بالأمر نفسه أيضا إذا

١٠ زاد في الأشباه على هذه المذكورات ما إذا كان المأمور صبيا كما إذا أمره بإتلاف

مال الغير فأتلفه ضمن الصبي ويرجع به على الأمر، وما إذا أمره بحفر باب من

حائط الغير ففعل الضمان على الحافر ويرجع به على الأمر، وما إذا أمر الأب

ابنه، وما إذا أمر عبد الغير بقتل نفسه فيضمن الأمر. فصار مجموع ما^٢ يضمن

الأمر ثمانية.

١ إذا:

٢ أ- ما.

VEDÎA: EMANET

1. Emanetçinin Emanet Malı Kendi Malı ile Karışması

[**Teshîl**] Emanetçi, emanet aldığı malı, aynı cinste olan kendine ait bir eşya ile eritmek suretiyle birbirine karıştırırsa, Ebû Hanîfe'ye göre emanet aldığı malı tazmin eder. Ebû Yûsuf'tan gelen rivâyete göre (‘an Ebî Yûsuf) az olan, çok olana tabi kılınır. Muhammed ise hiçbir şeyin kendi cinsine galip gelemeyeceği gerekçesiyle bu durumda mûdi‘in, mutlak olarak emanetçiye ortak olacağını söylemiştir. Bu görüş farklılığı kendi cinsinden bir sıvı ile karışan her sıvı hakkında da caridir. Ancak emanetçinin bir fiili olmaksızın birbirlerine karışırlarsa bu durumda emanetçi ile mudi o malda ortak olur.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: *el-Hidâye*'de Ebû Yûsuf'un görüşü rivâyet olarak değil (‘an harfi kullanılmayıp) mutlak olarak verilmiştir. Buna göre onun görüşünde problem bulunmaktadır. Çünkü daha önce zikredilenden anlaşıldığına göre Ebû Yûsuf ile Muhammed'in görüşü, kendi cinsinden bir maddeyle karışımda [emanetçi ile mûdi‘in] ortak olacakları şeklindeydi ki bu ifadeler hem sıvı olan maddeleri hem de sıvı olmayanları kapsayacak şekildedir. Nitekim *el-Kâf*'de “Badem yağının badem yağıyla karışması gibi...” denilerek ifade edilmiştir. Dolayısıyla Ebû Yûsuf'un benzer konulardaki görüşünün, tıpkı Muhammed'inki gibi, emanetçi ve mûdi‘in malda ortak olacakları şeklinde olmalıdır. Burada ise mesele aynı olmasına rağmen Ebû Yûsuf, Muhammed'den farklı görüş ileri sürmüş ve azı çoğa tabi kılmıştır. Dolayısıyla Ebû Yûsuf'un iki görüşü arasında çelişki vardır. Allah bilir belki de ikincisi Ebû Yûsuf'tan gelen başka bir rivâyettir. Buna göre Ebû Yûsuf'tan bu konuda iki rivâyet gelmiştir. Bir rivâyette Muhammed ile aynı görüştedir, yukarıda “an” harfiyle işaret ettiğimiz diğer rivâyette ise hangisi çoksa malın o kimsenin olduğu görüşüne sahiptir. Ebû Yûsuf'un Muhammed'le müttefik olduğu hususun, karışımların eşit miktarda oldukları durum olması ve zikretmiş olduğumuz meselenin de bu durum hakkında olması da ihtimal dâhilindedir. Böyle düşünülmesi durumunda Ebû Yûsuf'un iki görüşü arasında bir çelişki olmaz. Fakat bu husus nakle bağlıdır.

كتاب الودیعة

١. خلط المودع الودیعة بمال نفسه

[التسهيل] ولو خلطه بجنسه بذوب فهو ضمن عند أبي حنيفة وعن أبي يوسف أنه يجعل أقله تبعًا، وأشركه محمد مطلقًا إذ لا يغلب شيء جنسه وعلى الخلاف المذكور كل مائع خلط بجنسه، ولو اختلط بلا فعله اشتركا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ذكر قول أبي يوسف في الهداية مطلقًا بلا ذكر لفظه «عن» فيشكل مذهبه على هذا إذ علم بما مر من قولهما «شركه لو بجنسه» أنه أعم من أن يكون مائعًا أو غيره وهو مصرح في الكافي حيث قال في ذلك المحل «كدهن اللوز بدهن اللوز إلخ» فكان مذهبه الشركة كقول محمد في أمثاله وهنا يجعل الأقل تابعًا فلم يكن مع محمد مع أن المسألة واحدة فبين القولين منافاة! اللهم إلا أن يكون الثاني رواية عن أبي يوسف فيكون عنه روايتان في رواية مع محمد وفي أخرى يرجح الأكثر كما أشرنا إليه بلفظه «عن». ويحتمل أن يكون اتفاقه مع محمد في المساواة والمسألة السابقة فيها فلا منافاة إلا أنه موقوف على النقل.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Kâfi* ve *et-Tebyîn* gibi muteber bazı kitaplarımızın gasp bölümünde, “başkasının şarabının çok tuzla sirkeleştirilmesi” konusunda şöyle geçmektedir: “Fukahamız, böyle demişlerdir, sanki onlar tuzu, sıvı olarak değerlendirmişlerdir. Çünkü tuz şaraba katıldığında tamamen eriyerek karışır ve bu, sıvının sıvı ile karışımı gibi olur. Bundan dolayı da Ebû Yûsuf ve Muhammed’e göre tuz sahibi ile şarap sahibi ortak olur.” *el-Bedâi*’de sıvının sıvı ile karışmasında Ebû Yûsuf’un görüşünün Muhammed’ininki gibi “ortaklık” şeklinde olduğu geçmektedir. Böylece Ebû Yûsuf’tan nakledilen, ortak olacakları şeklindeki rivâyet sabit olmaktadır. Ancak Ebû Yûsuf’tan gelen bu ortaklık rivâyetinin, her iki cinsin eşit olduğu ve azlık veya çokluğun dikkate alınmasının mümkün olmadığı sıvı karışımlarda olması lazım gelir. Bu kadarlık bir nakil, Ebû Yûsuf’un Muhammed ile aynı görüşte olduğu konunun, sıvı maddenin sıvı ile karışması ve eşit olması durumu olduğunu anlamaya kâfidir. Çünkü maddelerin eşit olması durumunda Ebû Yûsuf’un azın çoğa tabi olacağı görüşünü almak mümkün olmayınca zorunlu olarak ortaklık rivâyetinin alınması gerekmekte ve bu durumda Ebû Yûsuf ile Muhammed ortaklık görüşü konusunda ittifak etmiş olmaktadır.

Allâme *el-Îzâh* adlı eserinde şöyle demektedir: “Aynı cinsten iki madde- nin birbirine karıştırılması durumunda Ebû Yûsuf’un görüşü, eğer katıysa ortaklık, sıvıysa azın çoğa tabi olacağı şeklindedir.” Araştırmacı birine Allâme’nin zikrettiği her iki görüşün de (katı ve sıvı konusundaki görüşler) eksik olduğu açıktır. Birincisi; Ebû Yûsuf’a göre aynı cins katı maddelerin birbiriyle karışması durumunda tamamen ortaklık gerçekleşmez. Aksine mal sahibi bu konuda muhayyirdir: Dilerse ortak olur, dilerse tazmin ettirir. Nitekim *el-İhtiyâr*’da üç kısma ayrılan karıştırma şekillerinin birincisi kast edilerek şöyle denilmektedir: “[Karışımın farklı çeşitleri bulunmaktadır. Birincisi aynı cins (katı) maddelerin birbiriyle karıştırılmasıdır.] Mesela buğdayın buğday ile, arpanın arpa ile, beyaz dirhem’in beyaz dirhem ile, siyah dirhem’in siyah dirhem ile karıştırılması böyledir. Aynı cins maddelerin birbiriyle karıştırılması konusunda imâmeyn’in görüşüne göre mal sahibi muhayyer olup dilerse ortak olur, dilerse tazmin ettirir...”¹ Mevlâ Kuhistânî de bunu bu şekilde nakletmektedir. Allâme’nin zikrettiği ikinci konuda da eksiklik bulunmaktadır. Çünkü aynı cins sıvı maddelerin birbiriyle karıştırılması ve bunların eşit miktarda olması durumunda Ebû Yûsuf’un görüşünü vermemiştir.

1 Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 26.

[فاضل أمير] نقول: الظاهر من عبارات بعض المعتمرات كالكافي والتبيين حيث قال في كتاب الغصب منه على ما نقلناه عنه فيمن خلل خمر آخر بملح كثير: هكذا قالوا كأنهم اعتبروا الملح مائعا؛ لأنه يذوب فيكون اختلاط المائع بالمائع فيشتركان عندهما انتهى. وهكذا يستفاد من البدائع أن يكون قول أبي يوسف فيما خلط مائعا بجنسه المائع الشركة كقول محمد فيه، وبهذا ثبتت رواية الشركة فيه عن أبي يوسف ويلزم منه أن يؤخذ برواية الشركة عنه فيما ساوى الجنسان المختلطان ما يعين ولم يكمن فيهما اعتبار القلة والكثرة وبالجملة يكتفي بهذا المقدار من النقل في أن يكون اتفاق أبي يوسف مع محمد رضي الله عنهما فيما ساوى ما خلط من المائع بجنسه المائع لأن في صورة المساواة لما لم يمكن الأخذ برواية تبعية الأقل للأكثر لزم الأخذ برواية الشركة ضرورة فكانا متفقين في هذه الصورة بالقول بالشركة.

قال العلامة في الإيضاح أن مذهب أبي يوسف في خلط الجنس بالجنس إن لم يكن مائعا الشركة وإن مائعا جعل الأقل تابعا للأكثر انتهى. لا يخفى على الناقد البصير أن ما ذكره من التريدين كل منهما قاصر أما الأول فإن مذهب أبي يوسف فيما خلط الجنس بالجنس غير مائع ليس الشركة المحضبة بل الخيار للمالك إن شاء شاركه فيها وإن شاء ضمنه كما قال في الاختيار مريداً بالأول من الأقسام الثلاثة ما ذكره أولاً بقوله كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدرهم البيض بالبيض والسود بالسود وفي الأول عندهما إن شاء شاركه فيها وإن شاء ضمنه، إلى آخره. كذا نقله^١ المولى القهستاني وأما الثاني فإنه ساكت عن بيان مذهب أبي يوسف فيما خلط المائع بجنسه المائع وكانا متساويين.

2. Emanetçinin Emanetçisi Tazminle Sorumlu Mudur?

[**Teshîl**] Bir kimse hacr altında bulunan [kısıtlı] çocuk veya köleye bir emanet bıraksa [ve bunlar tazmin gerektirecek şekilde emaneti telef etseler], Ebû Yûsuf ve Şâfiî'ye göre hemen [yani üzerlerindeki hacrin kalkmasını beklemeden] tazmin gerekir. Zira burada bir itlaf vardır ve ayrıca hacr altında olmaları fiilî olarak yaptıklarına etki etmez; sadece sözlü tasarruflarını etki eder. Ebû Hanîfe ile Muhammed, kusurun malikten (mûdi') kaynaklanması gerekçesiyle azadından sonra olmak üzere kölenin tazminle yükümlü olacağını ancak çocuğun [hiçbir şekilde] tazminle yükümlü olmayacağını söylemiştir.

Emanet bırakılan mahcûr köle, emaneti kendisi gibi mahcûr bir köleye emanet ederse [ve emanet de telef olursa] Ebû Hanîfe'ye göre sadece birinci köle azadından sonra tazminle yükümlü olur. Çünkü ikincisi emanetçinin emanetçisidir ve tazminle sorumlu değildir. Bir rivâyette Ebû Hanîfe'ye göre ikinci köle hemen tazminle yükümlü olur. Çünkü mal sahibi vedîanın ikinci köleye verilmesine razı değildir. Birinci kölenin tazmin etmesinin azat sonrasına kadar ertelenmesinin sebebi ise onun rızası ile malı köleye vermiş olmasıdır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu son rivâyet (ikinci kölenin hemen tazmin edeceği rivâyeti) tartışmaya açıktır. Çünkü daha önce geçtiği üzere Ebû Hanîfe'ye göre emanetçinin emanetçisi tazminle yükümlü değildir. Burada da ikinci köle aynı konumdadır yani emanetçinin emanetçisidir ve ayrıca köle mahcûrdur. İkinci kölenin tazmin etmesinin gerekçesi olarak geçen "Çünkü mal sahibi vedîanın ikinci köleye verilmesine razı değildir." şeklindeki gerekçelendirme, emanetçinin diğer emanetçileri hakkında da geçerlidir, oysa Ebû Hanîfe'ye göre diğerleri tazmin etmemektedir. Allah bilir belki de bu konuda Ebû Hanîfe'nin iki kavli vardır. Doğrusunu en iyi Allah bilir.

[**Teshîl**] Ebû Yûsuf'a göre mûdi', istediğine hemen tazmin ettirme konusunda muhayyerdir. Muhammed'e göre ise birinci köleye tazmin ettirdiğinde birincisi azattan sonra tazminle yükümlü olur, ikinci köleye tazmin ettirdiğinde ise her ikisinin azat edilmesinden sonra tazminle yükümlü olur ki emaneti alan mahcûr köle azat olmadan önce tazmin etmesin.

٢. هل يضمن مودع المودع

[التسهيل] ولو أودع صبيًا أو قنا حُجِرًا يضمنهما أبو يوسف والشافعي للحالٍ للإتلاف وأثرُ الحجرِ في القول لا الفعلِ ضمَّننا قنا وحده بعد عتقه لتقصير من قبل المالك.

٥ فلو دفعه القن المودع إلى مثله وديعةً فالأولُ ضمن فقط بعد عتقه عند أبي حنيفة إذ الثاني مودع المودع فلا يضمن عنده والثاني ضمن للحال في رواية عن أبي حنيفة إذ المالك لم يرض بالثاني وسبب التأخير إلى العتق في تضمين الأول كان رضاه.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: فيه نظرٌ إذ مودع المودع لا يضمن عند أبي حنيفة كما مرَّ فهنا القن الثاني كذلك مع أنه محجورٌ وتعليقه بأنه لم يرض بقبضه يتأتى في سائر مودع المودع مع أنه لم يضمن عنده اللهم إلا أن يكون له قولان، والله أعلم.

[التسهيل] وأبو يوسف يخيّر المالك فيضمن أيًا شاء للحال، ضمن محمد الأول كالأول أي بعد عتقه وضمن محمد الثاني بعد عتقهما لئلا يضمن القن الأول كالأول أي بعد عتقه. ١٥

İkinci köle, vedîayı kendisi gibi mahcûr üçüncü bir köleye emanet ederse Ebû Hanîfe'ye göre birinci kölenin durumu, önceki meseledeki birinci kölenin durumu gibidir, yani azattan sonra tazminle yükümlü olur. Emanet bıraktığından dolayı sadece ikinci köle, hemen tazminle yükümlü olur. Üçüncüsü ise emanetçinin emanetçisidir. Onun bunda fiili bulunmadığından hiçbir şekilde tazmin sorumluluğu da yoktur. Birinci köle ile ilgili gerekçe daha önce belirtilen husustur. İkincisi, emanetçinin emanetçisi olsa da üçüncü kişiye teslim etmekle o da emanete kusurlu davranmıştır. Onun için hemen tazmin etme sorumluluğu vardır. Ebû Yûsuf'a göre ise mal sahibinin, üç köleden istediğine tazmin ettirme muhayyerliği vardır. Çünkü daha önce geçtiği gibi, ona göre her biri fiilen kusurlu davranmış oldukları için hemen tazminle sorumlu olurlar. Muhammed birinci köle konusunda Ebû Hanîfe'nin görüşüne katılmış ve birinci kölenin azadından sonra tazmin edeceğini söylemiştir. Çünkü birinci köle, yapmış olduğu akitle malı koruma güvencesi vermiştir. Dolayısıyla hemen tazmin etmesi lazım gelmez. Muhammed ikinci ve üçüncü köle konusunda ise Ebû Yûsuf'la aynı görüştedir. Yani emanetin sahibi bu ikisinden birine tazmin ettirme konusunda muhayyerdir; çünkü hem ikinci hem de üçüncü köle, izin olmadan başkasının malını kabzetmiştir. Bu ise hemen tazmini gerektiren bir fiildir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Burada yer alanlara göre Muhammed'in, bir önceki meselede [yani birinci kölenin emaneti ikinci köleye bıraktığı meselede] ikinci kölenin hemen tazmin etmesinin gerekliliği görüşünde olması gerekir. Velhasıl; Muhammed'in iki meselede de görüşünün aynı olması gerekir: Ya hemen tazmin ya da azat edildikten sonra tazmin.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh sanki emanetçinin emanetçisinin tazmini konusunda Ebû Hanîfe için iki görüşün söz konusu olabileceği şeklindeki ihtimali bertaraf etmek istemektedir. Fakat Ebû Hanîfe'den iki görüşün sabit olması ihtimali neredeyse hiç sahih değildir. Çünkü emanetçinin emanetçisi konusunda Ebû Hanîfe'den sabit olan görüş, tazminin ona gerekmeyip, aksine sadece emanetçiye özgü olduğudur. Köle meselesinde her ne kadar emanetçinin emanetçisi olan ikinci kölenin tazmin edeceği konusunda Ebû Hanîfe'den rivâyet olsa da güvenilir meşâyih bu rivâyeti almamıştır.

ولو دَفَعَهُ الثاني إلى ثالثٍ مثله أي لو أودَعَ الثاني الوديعةَ عند عبدٍ ثالثٍ محجورٍ فالأول كالأول عند أبي حنيفة لا يضمن إلا بعد عتقه والثاني ضمن فقط للحال لإيداعه وأما الثالث فإنه مودَعُ المودَع ولا فعل له فيه فلا ضمان عليه وأما الأول فلما مرّ وأما الثاني وإن كان مودَعُ المودَع إلا أنه تعدى بالتسليم إلى الثالث فيضمن للحال. يخيره أبو يوسف يضمن في الحال أيهم شاء لما مرّ من أصله من أن كلا منهم تعدى فعلاً فيؤاخذ في الحال وافق محمد الأول في الأول أي يضمن الأول بعد عتقه لأنه ضامن للحفظ بالعقد فلا يلزمه في الحال والثاني في الأخيرين أي هو بالخيار فيهما لأن كلا منهما قبض ماله غيره بلا إذنه وهو فعل يؤاخذ به في الحال.

١٠ [الشيخ بدر الدين] هذا استدعي أن يضمن الثاني في الحال عند محمد في المسألة التي قبل هذه المسألة، والحاصل أنّ جواب محمد في المسألتين ينبغي أن يكون واحداً، إما الضمان للحال أو بعد العتق.

[فاضل أمير] نقول: كأنه يريد به دفع ما أورد عليه بأن يثبت لأبي حنيفة رضي الله قولان في تضمين مودع المودع ولكن لا يكاد أن يصح هذا القول لأن الثابت عنه في مودع المودع هو أن لا ضمان عليه بل هو مقصور على المودع فقط وفي مسألة القن وإن روي عنه في بعض الروايات تضمين القن الثاني وهو مودع المودع ولكن لم يأخذ بها المشايخ الثقات

Çünkü *el-Mecma'* da Şeyh İbnu's-Saâtî'nin tashih ettiği ve *el-Kâfi*'de belirtildiği üzere Fahrulislam, Şemsüleimme Serahsî'nin ve *el-Hakâik*'te belirtildiği üzere Kâdîhân ve Attâbî'nin aldığı rivâyet, birinci kölenin azattan sonra tazmin etmesi gerektiği ve ikinci kölenin kesinlikle tazmin etmeyeceği şeklindedir. Müteahhir ulemadan Molla Hüsrev *ed-Dürer* ve *el-Gurer*'de, Halebî *Multeka'l-Ebhur*'da birinci kölenin tazmin edeceğini söylemişler ve ikinci kölenin tazminine hiç değinmemişlerdir. Bu da göstermektedir ki, birinci kölenin tazminini öngören rivâyet, Ebû Hanîfe'nin emanetçinin emanetçisi konusunda sabit olan görüşüne uygundur. Ebu Hafs en-Nesefî'nin *el-Manzûme* adlı eserinin vedâ bölümünün “yehtassu kullu vahidin bi-mezheb [Her Bir İmamın Farklı Görüşlere Sahip Oldukları Meseleler]” başlıklı babında söz konusu meselemizde birinci kölenin azattan sonra tazmin edeceği, ikinci kölenin ise tazmin etmeyeceği belirtilmektedir. *el-Manzûme*'nin *el-Hakâik* isimli şerhinde şöyle denilmektedir: Hür bir kimse mahcûr bir köleye bir emanet bıraksa, o mahcûr köle de emaneti başka mahcûr bir kölenin yanına bıraksa ve emanet zayi olsa; Ebû Hanîfe'ye göre mal sahibi birinci köleye azat olmayana kadar tazmin ettiremez; ikinci köleye ise hiçbir zaman tazmin ettiremez. *el-Muhtelif*'in bazı nüshalarında şöyle geçmektedir: “Bu durumda Ebû Hanîfe'ye göre ikinci köle derhal tazmin eder. Çünkü malik ikinci köleye emaneti teslim etmemiş ve onun almasına razı olmamıştır; bundan dolayı fiilini (zayi ettiği emaneti) tazmin eder. Ebû Hanîfe'den nakledilen bu görüş, *en-Nazm (el-Manzûme)* adlı eserde geçen ‘İkinci köle hiçbir zaman tazmin etmez.’ görüşüne aykırıdır. Ayrıca Kâdîhân ve Attâbî'nin *el-Câmi'ul-Kebîr* adlı eserlerinde ikinci kölenin tazmin etmeyeceği ve kabul edilen görüşün bu olduğu zikredilmektedir.” Bu ayrıntılı açıklamalardan ortaya çıktığına göre bu konuda İmâm'ın sahih olan ve büyük meşâyihimizin temel aldığı görüş ikinci kölenin değil, birinci kölenin tazmin edeceği görüşüdür. Şeyh-i şârihin (Bedreddin) bahsettiği ve Ebû Hanîfe'nin sahih görüşüne aykırı gördüğü rivâyet, sahih olmayan zayıf bir rivâyettir ve böyle bir rivâyet sahih rivâyete muâriz olamayacağı gibi, bu zayıf rivâyetle çelişki ve karışıklık da ortaya çıkmaz.

لأن الرواية التي صححها الشيخ ابن الساعاتي في المجمع وأخذ بها فخر الإسلام وشمس الأئمة السرخسي وغيرهما على ما في الكافي والإمام قاضيخان والعتابي كما في الحقائق هي أن يضمن القن الأول بعد عتقه لا الثاني أصلاً، ومن العلماء المتأخرين المولى خسرو في الدرر والغرر والمولى الحلبي في ملتقى الأبحر قد قصرا على تضمين القن الأول ولم ٥ يتعرضوا بضمان الثاني أصلاً، فهذا يدل على أن الرواية المعول عليها هنا هو رواية ضمان الأول موافقة للرواية الثابتة عن أبي حنيفة في سائر مودع المودع قال في كتاب الوديعة من الباب الذي يختص كل واحد بمذهب من منظومة أبي حفص النسفي في هذه المسألة من الوديعة يضمن الأول إذ عتق بدا وما على الثاني ضمان أبداً وقال في شرحه المسمى بالحقائق أودع ١٠ حر عند عبد محجور شيئاً فدفعه المحجور إلى عبد محجور آخر وديعة فضاع عند الثاني فعند أبي حنيفة رضي الله ليس للمالك أن يضمن الأول ما لم يعتق ولا يضمن الثاني أصلاً وذكر في بعض نسخ المختلف أن عند أبي حنيفة رضي الله له أن يضمن الثاني في الحال لأنه لم يسلطه المالك ولم يرض بقبضه فكان ضامناً بفعله وهذا لا يوافق قوله في النظم وما على ١٥ الثاني ضمان أبداً لكن ذكر في الجامع الكبير لقاضيخان والعتابي أن ليس له أن يضمن الثاني وهو المعول عليه انتهى. فظهر من هذا البيان التفصيلي أن القول الصحيح من الإمام والذي عول عليه المشايخ الفخام في مسألة القن المودع هو تضمين القن الأول لا الثاني وما بحث فيه الشيخ الشارح وجعله معارضاً للقول الصحيح قول مزيف غير صحيح فلا يعارض مثل هذا نحو ٢٠ ذلك ولا يثبت به المنافاة ولا الاشتباك هذا.

Şimdi de Şeyh'in "Burada yer alanlara göre Muhammed'in, bir önceki meselede [yani birinci kölenin emaneti ikinci köleye bıraktığı meselede] ikinci kölenin hemen tazmin etmesi gerektiği görüşünde olması gerekir. Velhasıl; Muhammed'in iki meselede de görüşünün aynı olması gerekir: 5 Ya hemen tazmin ya da azat edildikten sonra tazmin." sözleriyle Muhammed'in görüşüne yönelttiği itiraza gelelim. Bu itiraza da bir önceki meselede Ebû Hanîfe'nin görüşüne yönelttilen itiraza verilen cevap ile cevap verebiliriz. Şöyle ki, Muhammed'in bu konudaki sahih görüşü, birinci meselede ikinci kölenin de hemen tazmin edeceği şeklindedir. Nitekim 10 *el-Mülteka*'da Muhammed'in görüşü sadece bu yönde zikredilmiştir. İbn Nüceym'in *el-Fetavâ*'sının 'eymân bölümü'nde de geçtiği üzere metinler, mezhebi nakletmek üzere yazılmıştır.

Sık karşılaşılan mühim bir mesele daha var. Üzerinde düşünenlerden dua alabilmek maksadıyla onu burada zikretmek istiyorum. Bu mesele 15 *et-Teshîl*'in âriyet bölümünden biraz önce zikrettiği şu meseledir: "Kadın [ücretle yıkamak için emanet aldığı çamaşırları] vefat edeceği vakit bir komşusuna verse ve emanet çamaşırlar telef olsa, şayet ölüm esnasında kadının yanında aile efradından hiçbiri yoksa onu tazmin etmez."

ثم ما ذكره بعيد هذا معترضا على قول محمد بقوله أقول هذا يستدعي أن
 يضمن الثاني في الحال عند محمد في المسألة التي قبل هذه المسألة والحاصل
 أن جواب محمد في المسألتين ينبغي أن يكون واحداً إما الضمان للحال أو بعد
 العتق انتهى. فنجيب عنه أيضا بمثل ما قلنا في إيراد علي قول أبي حنيفة رحمه
 الله في المسألة السابقة بأن نقول أن القول الصحيح لمحمد هو تضمين الثاني في
 الحال أيضا في المسألة الأولى يدل عليه أن في الملتقى ذكر قول محمد على
 هذا الوجه مقتصرأ عليه والمتون موضوعة لنقل المذهب كما في كتاب الأيمان
 من فتاوى ابن نجيم.

وهنا مسألة مهمة تقع كثيراً أوردتها استجلابا لصالح الدعاء من الناظرين فيها
 وهي قوله قريبا من كتاب العارية: ولو حضرها الوفاة فدفعت الوديعة إلى جارة
 لها فتلفت لا تضمن إن لم يكن وقت وفاتها أحد من عيالها.

ARİYET: KULLANIM ÖDÜNCÜ

1. Âriyet Sözcüğünün Kökü

[**Teshîl**] Bize göre âriyet (العارية), ibâha [yani bir menfaatin kullanılmasına izin verme] değil, menfaatin bedelsiz olarak temlik edilmesidir. Çünkü 5 âriyet kelimesi, temlik etmek üzere vermek anlamına gelen 'ariyye (عريّة)' sözcüğünden türemiştir. Âriyeti, ibâha olarak gören Şâfiî'ye göre ise âriyet şayet bir temlik işlemi olsaydı, hibede olduğu gibi nehiy sebebiyle bâtil olmazdı.

Derim ki: Âriyetin 'ariyye' kökünden türediğini söylemek, nöbetleşe kullanılmak anlamına gelen 'teâvur' kökünden türediğini söylemekten daha isabetlidir. Çünkü âriyet kelimesi ariyye gibi nakıs; te'âvur kelimesi ise ecveftir. 10

Ödünç olarak verilen malın aynının tüketilmeden kalması gerekir. Çünkü âriyet, nöbetleşe yapmak anlamına gelen te'âvur kelimesinden türemiştir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu, yukarıda zikredilen, âriyetin ariyye ile aynı kökten türediği şeklindeki görüşe aykırıdır. Bu iki görüş şu şekilde 15 uzlaştırılabilir: Âriyet, ariyyeden türemiştir. Çünkü her iki kelime de nâkıs-tır. Âriyetin te'âvur kökünden türediğini kabul etmek, bu babta cari olan fiiller itibarıyla'dır. Çünkü "eâre, yuîru" veya "isteâre, yesteîru" ve benzeri fiillerin 'te'âvur' gibi ecvef fiil olduğunda şüphe yoktur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in bu ifadelerinden sadece âriyetin te'âvurdan 20 türemiş olmasının vechi ortaya çıkmaktadır. Âriyet kelimesinin sonundaki 'ye' harfinin nereden geldiği ve kelimeye hangi anlamı kattığı zikrettiklerinden ortaya çıkmamaktadır. Bu konudaki tam açıklama Mevlâ Kuhistânî'de şu şekilde yer almaktadır: "Âriyetin nöbetleşe yapmak anlamına gelen te'âvurdan türemiş olması ve sonundaki 'ye' nin tıpkı kürsî kelimesindeki gibi bir 25 anlam ifade etmemesi mümkündür. Zahîdî bu şekilde zikretmiştir."

Şeyh'in ifadelerine bakıldığında ilk akla gelen şey, ariyye ve âriyet kelimelerinin aynı anlamda olduğudur. Ancak *el-Mecma*'ın bazı şerhlerinde âriyetin te'âvurdan türemiş olmasının mümkün oluşu ifade edildikten sonra şöyle kaydedildiğini gördüm: Âriyetin, atıyye anlamına gelen ariyyeden 30 türemiş olması da mümkündür. Şu kadar var ki, ariyye a'yana (eşya) has iken, âriyet menfaatlere hastır. Âriyet akdinde bir bedel söz konusu olmadığı için âriyetin, ariyye olarak isimlendirilmesi câizdir. *es-Sihâh* adlı eserde geçen "Âriyet, sanki 'âr' kelimesine nisbet edilmiş gibidir. Çünkü ödünç istemek âr ve ayıptır." şeklindeki ifadelere iltifat etmemek gerekir. Zira salim 35 zihinlerin bunu kabul etmeyeceği açıktır.

كتاب العارية

١. اشتقاق لفظ «العارية»

[التسهيل] نجعلها [أي العارية] نحن تملك منفعة بلا عوض لا إباحة لأنها من عريّة بمعنى عطية بمعنى تملك، وله^١ أنها لو كانت تملكاً لما بطلت بنهي كهبة. أقول: قوله «عريّة» أولى مما قالوا إنها مشتقة من التعاؤر وهو التناؤب إذ العارية ناقص وكذا العريّة بخلاف التعاؤر فإنه أجوف.

ويجب بقاء عينها لأنها من التعاؤر التناؤب.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يُنافي ما مرّ من أنها من العرية ويمكنُ التوفيقُ بأن العارية من العرية إذ كلاهما ناقصان وجعلها من التعاور باعتبار الأفعال الجارية في بابها فإن نحو قولهم: أعار يعيرُ استعارَ يستعير وأمثالها فلا شك أنها أجوفٌ كالتعاؤر.

[فاضل أمير] نقول: بهذا يظهر وجه كون العارية من التعاور فقط وأما الياء اللاحقة بها فلا يظهر بما ذكر وجه لحوقها ولأي معنى لحقها فالبيان التام فيها هو ما قاله المولى القهستاني: ويجوز أن تكون من التعاور أي التناؤب وأن يكون الياء لا لمعنى كالكرسي ذكره الزاهدي انتهى.

ثم المتبادر من ظاهر كلام الشيخ أن تكون العرية والعارية كلاهما بمعنى، ولكن رأيت في بعض شروح المجمع أنه قال بعد ذكر جواز اشتقاقه من التعاور ويجوز أن تكون من العرية وهو العطية إلا أن العرية مختصة بالأعيان والعارية بالمنافع ويجوز أن يكون التسمية بها لتعري هذا العقد من العوض انتهى. ولم يلتفت إلى ما قال في الصحاح والعارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب لأن هذا مما يمجه الأذهان السالمة كما لا يخفى.

2. Kadrî Şeylerin Âriyet Olarak Verilmesi Karz mıdır, Âriyet midir?

[**Teshîl**] Bir kimse miktarı tartma veya ölçme yoluyla belirlenen (kadrî) yani keylî veya veznî bir şeyi âriyet olarak verse, bu işlem âriyet değil karz olur. Çünkü bu işlemde verilen şeyin aynı [yani kendisi, tüketilerek yok edileceğinden dolayı] bâki kalmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Fukaha, karzı da âriyet olarak kabul etmiş, hatta şöyle demişlerdir: “[Karzda mal sahibine] geri verilen şey, karz olarak alınan malın bizzat kendisidir. Çünkü karz bir âriyettir ve âriyetin bizzat kendisinin (ayn) geri verilmesi gerekir. Ancak [tüketildiği için] karzda geri verilen şey, hükmen karzın aynı kabul edilmiştir.” Bu sebeple kadrî şeylerin âriyet olarak verilmesinin, âriyet değil de karz sayılması fukahanın bu söylediklerine aykırıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Yani onların [“Kadrî şeylerin âriyet olarak verilmesi âriyet değildir.”] ifadeleri “Karz âriyettir.” sözüyle çelişki arz etmektedir. Çünkü onların “Kadrî şeylerin âriyeti, âriyet değil karzdır.” ifadeleri “Kadrî şeylerin âriyeti, âriyet değil, âriyettir” gibi bir anlama gelmiş olmaktadır ki böyle bir anlamın çıkacağı açıktır. Ancak *el-Bedâi*'in karz bölümünde şöyle geçmektedir: “Karz, âriyet gibi değerlendirilmektedir. Çünkü karzın mübâdele olarak değerlendirilmesi câiz değildir. Karz takdiren şöyle kabul edilmiştir: Sanki karz alan kişi, karz olarak aldığı şeyden bir süre faydalanmış sonra da onu teslim etmiştir. Her ne kadar işin aslında karz alan kişi, aldığı şeyin kendisini değil de bedelini teslim etse de karzın bedelini vermesi, bizzat kendisini vermiş gibi kabul edilmiştir.” *el-Bedâi*'deki bu ifadelerden ve Şeyh'in “Karzda geri verilen şey, hükmen karzın aynı kabul edilmiştir.” şeklinde fukahanın naklettiğinden ortaya çıktığına göre “Karz âriyettir.” sözünden kasıt, karzın hükmen ve takdiren âriyet olduğudur. “Kadrî şeylerin âriyet olarak verilmesi, âriyet değil karzdır.” sözleri ise karzın gerçekte âriyet değil, hükmen ve takdiren âriyet olduğu anlamına gelmektedir. Burada ispat ve selb mahalli aynı değildir. Dolayısıyla da “Kadrî şeylerin âriyet olarak verilmesi, âriyet değil; karzdır.” sözleriyle “Karz âriyettir.” sözleri arasında bir zıtlık kalmamaktadır. Bunun manası şu olmaktadır: Kadrî şeylerin âriyet olarak verilmesi, tıpkı karz gibi hükmen âriyettir; yoksa elbise ve hayvan gibi kadrî olmayan şeylerin âriyet olarak verilmesinde olduğu gibi hakikaten âriyet değildir. Bunun böyle kullanılmasında bir mahzur bulunmamaktadır.

٢. إعارة القدر هل هو قرض أم عارية؟

[التسهيل] فلو أعار قَدْرِيَا كيليا أو وزنيا كان قرضا لا عاريةً إذ العين لا

تبقى.

[الشيخ بدر الدين] أقول: جعلوا القرضَ إعارةً حتى قالوا: المستوفى عينُ

٥ القرض لأنه عاريةٌ فلا بد أن يردَّ عينُ العارية فُجعل المستوفى عينه حكماً فَجعلُ عاريةِ القدرِيِّ قرضًا لا عاريةً يُنافيه.

[فاضل أمير] نقول: أي ينافي قولهم القرض عارية إذ يصير قولهم عارية

القدري قرض لا عارية بمعنى أن يقال عارية القدري عارية لا عارية ولزوم

هذا ظاهر لا سترة فيه، ولكن قال في كتاب القرض من البدائع: أن القرض

١٠ يسلك به مسلك العارية لأن جعله مبادلة لا يجوز فجعل في التقدير كان

المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد العين وإن كان يرد بدله في الحقيقة

وجعل رد بدل عين ما قبض بمنزلة رد العين انتهى. فظهر منه ومما ذكره

الشيخ منقولاً منهم بقوله «فجعل المستوفى عينه حكماً» أن المراد من قولهم

«القرض عارية» إن القرض عارية حكماً وتقديرًا ومن قولهم «عارية القدري

١٥ قرض لا عارية» إنها عارية حكماً وتقديرًا لا عارية تحقيقًا وحقبةً فلم يكن

محل الإثبات والسلب واحدًا ولم تبق المنافاة بين أن يقال «عارية القدري

قرض لا عارية» وبين أن يقال «القرض عارية» ويؤول المعنى إلى أن عارية

القدري عارية حكماً كالقرض لا عارية حقيقة كعارية غير القدري من الثوب

والحيوان والدار؛ ولا محذور فيه.

3. Ödünç Alınan Arazide Belirlenen Sürenin Bitmesine Rağmen Ekinin Olgunlaşmaması

[**Teshîl**] Araziyi ekilmek üzere âriyet olarak veren kimse, vakit tayin et-sin veya etmesin, hasat yapılıncaya kadar âriyetten dönemez. Çünkü -ağaç
5 dikme ve bina yapmadan farklı olarak- araziye ekmenin gayesi malumdur. Ekim için âriyet verilmesi durumunda her iki tarafın hakkına riayet etmek için ekin ecr-i misil karşılığında arazi üzerinde bırakılır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Zahirde göre böyle bir durumda eğer arazi kiraya verilmek üzere hazırlanmış (muadd_lî'l-istiğlal) değilse, hasat zamanına
10 kadar ekinin arazi üzerinde bırakılmasının ya mahkeme kararı ile veya iki tara-fın yapacağı bir akitle olması gerekir. Nitekim kitâbu'l-icâre'de böyle geçmişti.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Mevla Kuhistânî âriyet bölümünde şöyle de-mektedir: Ebu'l-Leys el-Hâfız şöyle der: "Ücret ancak âriyet verenin veya kâdî'nın icareye vermesi durumunda gerekli olur. Bu ifadeler muîrin, müs-teîri ekinin kıymetini ödemekle mükellef tutma hakkının olmadığını his-settirmektedir. Muîr, müsteîre tohum ve diğer masrafları vererek ekinin kendisine ait olmasını isterse, müsteîr de buna razı olursa, ekinin ortaya çıkmış olması hâlinde bu câizdir, aksi takdirde câiz değildir. Buradan orta-ya çıkmaktadır ki, ekin için îare alınan arazide anlaştıkları süre bittiği hâl-de ekinin olgunlaşmaması durumunda ecr-i mislin gerekmesinin kâdî'nın
20 buna hüküm vermesi veya muîrin arazinin boşaltılıp kendisine teslim et-mesini istediğinde tarafların icâre akdi yapmalarına bağlı olması Şeyh'in icâre konusundaki rivâyetten istinbât ederek dediği gibi değildir. Aksine selefin dedikleri bu konuda doğru olandır.

25 Metinde icâre konusunda geçtiğini söylediği rivâyet ile kastı şudur: "[Kiralama] süresi bittikten sonra arazide hâlâ ekin varsa ve olgunlaşma-mışsa, ekinler hâkim kararı veya tarafların karşılıklı rıza ile yapacakları akit ile olgunlaşana kadar arazide kalabilir. Bu hükümler arazinin kira için hazırlanmamış olması durumunda söz konusu olur. Eğer kira için
30 hazırlanan bir araziye [hâkim kararı ve yeni bir akde gerek olmaksızın] ekin, örfteki kira ücreti karşılığında arazide kalabilir." Ziraat için kira-ya verilmiş bir arazide ecr-i mislin gerekli olmasının ancak hâkim kararı veya karşılıklı rıza ile olacağını açıkça dile getirenlerden biri Kuhistânî'dir.

٣. انقضاء الوقت المضروب قبل إدراك الزرع في عارية الأرض

[التسهيل] ولو أعار الأرض لزرع فلا يرجع حتى يُحصَد وقتَ أو لا إذ غاية

الزرع معلومٌ بخلاف البناء والغرس فيترك الزرعُ بأجر المثلِ رعاية الحَقِين

[الشيخ بدر الدين] أقول: الظاهرُ أنه ينبغي أن يكون بقضاء أو بعقدهما لو لم

٥ تكن الأرض مُعدّة للإجارة كما مرّ في كتاب الإجارة.

[فاضل أمير] نقول: قال المولى القهستاني في كتاب العارية: وكان أبو الليث

الحافظ يقول إنما يجب الأجر إذا أجره المعير أو القاضي وفيه إشعار بأنه ليس

للمعير أن يكلف المستعير قيمة الزرع وإن أراد المعير أن يعطي المستعير بذره

ونفقته ويكون الزرع له فإن رضي المستعير وطلع الزرع يجوز وإلا فلا انتهى.

١٠ فثبت بهذا إن توقف وجوب أجر المثل في الأرض المعارة للزرع إذا انقضى

الوقت المضروب قبل الإدراك على قضاء القاضي به أو على أن يعقدا بالأجر

حين ما طلب المعير تفرغ أرضه عن الزرع وتسليمها إليه ليس مما قال به الشيخ

الشارح استنباطاً مما رواه في الإجارة بل هو مما قال به الأسلاف.

هذا ويريد بما مر في كتاب الإجارة ما ذكره رواية في المتن هناك بقوله ولو

١٥ مضت المدة وفي الأرض زرع لم يدرك ترك الزرع بأجر المثل إلى غايته بحكم

القاضي أو بعقدتهما بالتراضي وهذا لو لم تكن الأرض معدة للإجارة أما لو كانت

معدة للإجارة ترك بأجرها المتعارف انتهى. وممن صرح بأن وجوب أجر المثل

في الأرض المستأجرة للزراعة إنما كان بالقضاء أو الرضاء المولى القهستاني

Kuhistânî icâre kitabının “ağaç dikme ve bina yapmak üzere arazinin kiraya verilmesi” bahsinde şöyle demektedir: Bu ifadeler hissettirmektedir ki, eğer araziyi ziraat için kiralarsa ve üzerinde anlaşılan süre bittiği hâlde araziyi teslim etmezse bu durumda fazla süre için ayrı bir kira bedelinin ödenmesi ancak hâkim kararı veya olgunlaşana kadarki süre için ecr-i misil üzerinde bir akit yapmakla olur. *el-Münye*'de de böyle geçmektedir.

4. Borç Ödemeye Vekil Olan Kişi, Müvekkilin Borcunu Ödemek Zorunda mıdır?

[**Teshîl**] Âriyetin iadesine vekil olan kişi, muîri bulduğu yerde âriyeti kendisine verebilir; vekil âriyeti muîrin evine götürmeye zorlanamaz. Çünkü vekil, teberru türünden bir işi yapmayı vaat etmiştir. Dolayısıyla kefilin aksine teberruda bulunan kişi, tazmin ile yükümlü olmadığı gibi herhangi bir şeyle ilzâm da edilemez. Âriyeti iadeye vekil olan kimse, borçlunun borcunu ödemeye vekil olan kimse gibidir. Nasıl ki borç ödemeye vekil olan kişi alacaklıya borcu ödemekten kaçındığında buna zorlanamıyorsa aynı şekilde âriyeti iadeye vekil olan kişi de buna zorlanamaz.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Her ne kadar üzerinde konuşmayı iltizam ettiğimiz hususlar kapsamında değilse de bu sözü içerdiği bazı önemli faydalardan dolayı zikrettik. Şeyh'in ince ifadelerindeki nazmın güzelliği takdire şayandır. Şimdi rezzâk ve feyyâz olan Allah'a dayanarak şöyle diyorum: Hem Şeyh hem de *ed-Dürer* ve *el-Gurer* adlı eserinde Molla Hüsrev, borcu ödemeye vekil olan kişinin mutlak olarak borcu ödemeye zorlanmayacağını ifade etmiştir ve borcu ödemeye vekil olan kişinin borcu ödemesinin kendi malından olması ile müvekkilin malından olması durumları arasında fark gözetmedikleri gibi müvekkilin malından borcu ödemeye vekil olan kişinin borcu ödemesi durumunda müvekkile borçlu olup olmadığı durumu arasında fark gözetmemişlerdir. Oysa her üç durumda da hükümler birbirinden farklıdır. *Câmi'ül-Fusûleyn*'in 'vekillerin ahkâmı' ile ilgili bölümünde *el-Hâniyye*'den naklen şöyle yer almaktadır: “Bir kimse başka birine insanlar üzerindeki, ellerindeki ve yanlarındaki bütün haklarını alma, elinde tutmayı uygun gördüğünü elinde tutma, serbest bırakmayı uygun gördüklerini de serbest bırakma hususunda vekâlet verse ve [vekâlet verdiği belgenin] sonuna da vekilin dava açabileceği ve davada hasım olabileceğini yazsa; daha sonra birileri vekilin müvekkilinde alacakları olduğuna dair beyyine getirse vekil bundan dolayı hapsedilemez.

حيث قال في كتاب الإجارة في مسألة استئجار أرض للبناء أو الغرس: وفيه إشعار بأنه لو استأجرها للزراعة وانقضت المدة لم يسلم ولا تجب زيادة الأجر إلا إذا ترك بالقضاء أو العقد بأجر المثل إلى زمان الإدراك كما في المنية.

٤. هل يجبر الوكيل على قضاء دين موكله؟

٥ [التسهيل] ولو توكل برده دَفَعَهُ الوكيلُ حيث يجدُّ المعيرَ ولا يُجَبِّرُ الوكيلُ بنقله إلى منزله إذ وعد التبَرعَ ولم يضمنَ ولا إلزامَ على المتبرعِ ضدَّ الكفيلِ ندُّ الوكيلِ أي الوكيل بالردِّ مثلُ الوكيل بقضاء دينه إذا امتنع عن القضاء فإنه لا يجبر فكذا وكيل الردِّ والمستعير.

[فاضل أمير] نقول: هذا القول وإن لم يكن مما التزمنا فيه الكلام بتوفيق الله الملك العلام، ولكن ذكرناه لما فيه من الفوائد المهمة وقد أعجبني حسن النظام في تعبيره الرائق فنقول مستمداً من الفياض الرزاق: أطلق الشيخ المصنف وكذا المولى خسرو في الدرر والغرر الوكيل بقضاء الدين وجزماً بأنه لا يجبر على القضاء ولم يفرقاً بين الوكيل بقضاء الدين من مال نفسه وبين الوكيل بالقضاء من مال الأمر وعلى تقدير أنه كان مأموراً بالقضاء من مال الأمر هو مديون للأمر أم هو غير مديون له؛ والحال أن الأحكام متباينة في هذه الصور الثلاث وليست بمتحدة قال في أحكام الوكلاء من جامع الفصولين نقلاً عن الخانية وكُل رجلاً بقبض كل حق له على الناس وعندهم ومعهم وفي أيديهم ويحبس من يرى حبسه ويخليه عنه لو رآه وكتب في آخره أنه يخاصم ويخاصم ثم أن قوماً برهنوا أن لهم على موكله مالا فلا يحبس به وكيله

Çünkü hapis zulmün karşılığıdır, vekil ise zulmetmemiştir. Yukarıda vekile verilen vekâletlerde mal ödemesinde bulunmasına veya vekilin müvekkili adına tazminde bulunmasına dair bir talimat yoktur. Vekilin, ödemede ya da tazminde bulunması müvekkili tarafından emredilmiş olmayınca müvekkilinin malından ödeme yapması gerekli olmaz. Dolayısıyla ödemedan kaçınması durumunda zulmetmiş de olmaz. Bu mesele, müvekkilin malından borcu ödemeye memur olan kişinin, borcu ödemeye zorlanabileceğine delâlet etmektedir. Bir kimse bir hamal tutup yükü ona verse ve Belh'teki vekiline götürmesi ve ücretini de ondan alması talimatı verse, hamal yükü vekile götürdüğünde vekil yükü kabul etse, fakat ücretin bir kısmını ödeyip bir kısmını ödemesi bu durumla ilgili olarak fakihler şöyle demiştir: a) Eğer gönderenin (mal sahibi) vekilinde alacağı var ise ve vekil de bu borcu ve kira ücretini kendisinin ödemesine dair müvekkilin talimatını ikrar ediyorsa ücretin kalanını ödemeye icbar edilir. b) Eğer vekil kira ücretini kendisinin ödeyeceğine dair talimatı inkâr ediyorsa bu durumda hamalın, bu talimatını bilmediğine dair vekile yemin ettirme hakkı vardır. c) Eğer vekilin mal sahibine borcu yoksa ödemeye icbar edilemez. Bu son şık, müvekkilin vekilinde alacağı yok ise müvekkilin malından borcu ödemeye vekil olan kişinin borcu ödemeye icbar edilemeyeceğine delâlet etmektedir. Bu bir fetva konusudur.”¹

Hızânetu'l-Müftîn adlı eserde *Nevâzil* rumuzuyla şu bilgiler verilmektedir: “Bir elçi, birine (A), başka birisinden (B) bir mektup getiriyor. Mektupta B, A'nın elçiye beş yüz dirhem vermesini söylüyor. A ise elçiye “B, sana ödemem konusunda bana bizzat talimat vermedikçe ödeme yapmam.” diyor. Ancak daha sonra A, önce elçiye “B ile karşılaştım ve sana ödeme yapmam için bana talimat verdi.” diyor. Fakat ardından “B, sana ödeme yapmamı nehyetti.” diyerek ödemeyi yapmıyor. Bu olayda A'nın ödeme yapma zorunluluğu yoktur. Fakat B'nin A'da alacağı varsa bu durumda elçiye ödeme yapmak zorundadır.” Buradan ve bundan önce zikredilenlerden anlaşıldığına göre ödemeye vekil kılınan kişi eğer müvekkile borçlu değilse ödemeye zorlanamaz. Hatta müvekkilin vekilin yanında (emaneten vs.) malı olsa ve ona ödeme talimatı verse bile yine de ödemeye zorlanamaz. Fakat vekilin müvekkile borcu varsa ve müvekkil de borcu ödemek için ona talimat vermişse; vekâletten sonra ödemedan kaçınması durumunda ödemeye zorlanabilir.

1 Şeyh Bedreddin, *Câmi'ül-Fusûl*, 961.

لأنه جزاء الظلم ولم يظلم إذ ليس في هذه الشهادة أمر بأداء المال ولا ضمان الوكيل عن أمره فإذا لم يؤمر ولم يضمن لم يجب عليه الأداء من مال موكله فلم يظلم بامتناعه عن الأداء كذا في الخانية، فهذه المسألة تدل على أن المأمور بأداء الدين من مال أمره يجبر على قضاء دينه. الخانية: اکتري حمالا وحمل عليها وأمر الحمال بدفع الحمل إلى وكيله ببلخ وقبض كرائه منه فجاء به إليه فقبل وكيله الحمل وأدى بعض كرائه لا بعضه قالوا لو للمالك دين على الوكيل وهو مقرّ به وبأمره يجبر على دفع بقية كرائه ولو أنكر الأمر فللحمال تحليفه ما يعلم أن المالك أمره بقبضه ولو لا دين عليه لا يجبر والفرع الآخر من هذه المسألة دل على أن الوكيل بأداء الدين من مال موكله لا يجبر على أداء الدين لو لم يكن للموكل دين على وكيله كانت واقعة الفتوى انتهى. ١٠

وقال في كتاب الوكالة من خزانة المفتيين معلّمًا بعلامة النوازل: رجل جاءه آخر برسالة من ثالث أن «ادفع إليّ من هذا خمسمائة» فقال «لا أدفها إليك حتى ألقى الأمر فيأمر لي بنفسه» ثم قال بعد ذلك للرسول «لقيته وأمرني بدفعها إليك» ثم أبى الدفع وقال «نهاني» فله أن لا يدفع إلا أن يكون المال دينا عليه للأمر فيلزمه الدفع إلى الرسول حينئذ انتهى. فعلم من هذا ومما ذكر قبل هذا أن المأمور بالأداء إن لم يكن مديونا للأمر لا يجبر على الأداء وإن كان عنده مال الأمر وصار وكيلًا بالأداء عنه وأما إذا كان مديونا له وصير وكيلًا بالأداء منه فيجبر على الأداء إن أبى منه بعد التوكيل

Buna göre yukarıda *el-Hâniyye*'den nakledilen meselede geçen “Vekile verilen vekâletlerde mal ödemesinde bulunmasına dair bir talimat yoktur.” sözünden murat, vekil üzerinde alacağı olan kişinin, malını ödemeye dair talimatıdır. Keza “Müvekkilin malından ödeme yapmak zorunda değildir.” sözünden murat da “Vekilin zimmetinde sabit olan müvekkilin malı”dır. Dolayısıyla mana şöyle olmaktadır: “Vekile verilen vekâletlerde vekilin kendi zimmetinde bulunan müvekkilin malından ödeme yapması konusunda bir talimat bulunmamaktadır. Bundan dolayı da zimmetinde bulunan müvekkilin malından ödeme yapması gerekli değildir.” Bu sözün medlülü şöyle olmaktadır: Eğer bu vekâlet vermede, vekilin zimmetinde bulunan müvekkilin borcundan ödeme yapmasına dair bir talimat olmuş olsaydı, bu takdirde vekilin zimmetinde bulunan müvekkilin borcundan ödeme yapması gerekli olacaktı.” Buna göre *el-Hâniyye*'den nakledilen iki mesele aynı olmakta ve Nevâzil'den nakledilene uygun olmaktadır. Eğer araları uzlaştırılmazsa vekilin müvekkilin malından ödeme yapması konusunda iki görüşün bulunması lazım gelecektir: Birincisi mutlak olarak vekilin borcu ödemeye zorlanabileceği, ikincisi ise müvekkilin vekilde alacağı olması durumunda zorlanabileceği. Belki de usûl ve kavaide en uygun olan, mutlakı mukayyede hamlederek iki nakli uzlaştırmaktır. Zira usûlde belirtildiği üzere mutlak mutlaklığı üzerine bırakılır; mukayyet de mukayyetliği üzere bırakılır. Her ikisi çatıştığında eğer hükümleri farklı ise mutlak mukayyede hamledilmez. Eğer hükümler aynı ise bu durumda hükümlerin varit olduğu hadisenin aynı olup olmadığına bakılır. Hadise farklı ise mutlak mukayyede hamledilmez, hadise aynı ise bu durumda mutlak ve mukayyet sebebe dâhil olmuşlarsa bize göre mutlak mukayyede hamledilmez; hadise aynı ve mutlak ve mukayyet hükme dâhil olmuşsa ittifakla mutlak mukayyede hamlolunur. Bu usûl imamlarının bu konuda zikrettiklerinin özüdür.

Şüphe yok ki bizim bahsettiğimiz mesele mutlakın mukayyede hamledilmesinin vâcip olduğu konulardandır. Çünkü hem hüküm hem de hadise aynı olup mutlak ifade olan ‘müvekkilin malından ödeme’ ile mukayyet ifade olan ‘müvekkilin vekil üzerindeki borcundan ödeme’, hüküm üzerine dâhil olmuştur ki hüküm de ‘ödemeye zorlanma’dır. Dolayısıyla ulaşılan sonuç “Vekil, müvekkilin malından ödemeye mecburdur.” ve “Vekil, müvekkilin kendi üzerindeki borç olan malından ödemeye mecburdur.” olmaktadır. Burada mutlakı mukayyede hamlettiğimizde bu konuda elde edilen hüküm, “vekilin kendi zimmetinde bulunan müvekkilin alacağından ödemeye mecbur olması” olmaktadır.

وعلى هذا يكون المراد من قوله إذ ليس في هذه الشهادة أمر بأداء المال في المسألة المنقولة من الخانية أولا الأمر بأداء مال كان له ديناً على المأمور وكذا من قوله لم يجب عليه الأداء من مال موكله مال الموكل الثابت في ذمة الوكيل فيؤل المعنى إلى أن يقال ليس في هذه الشهادة أمر بأداء الوكيل مما في ذمته من مال الأمر فلم يجب عليه الأداء من مال الموكل الكائن في ذمته فيكون مدلول هذا القول لو كان في هذه الشهادة الأمر بأداء الوكيل مما في ذمته من دينه للموكل لوجب عليه الأداء من مال الموكل الواقع ديناً له على الوكيل وعلى هذا تتحد المسألتان المنقولتان من الخانية وتكونان على وفق ما نقل من النوازل وإن لم يوفق بينهما على هذا الوجه يلزم أن يكون قولان في الأمر بقضاء الدين من مال الأمر الأول الجبر على الأداء مطلقاً والثاني الجبر عليه إن كان مال الأمر ديناً على المأمور ولعل الأنسب بالقواعد والأصول هو التوفيق بحمل المطلق على المقيد لما تقرر في الأصول أن حكم المطلق أن يجري على إطلاقه كما أن المقيد على تقييده فإذا وردا فإن اختلف الحكم لم يحمل المطلق على المقيد وإن اتحد الحكم فإن اختلفت الحادثة لا يحمل وإن اتحدت فإن دخلا على السبب لم يحمل عندنا وإن دخلا على الحكم في صورة اتحاد الحادثة يحمل بالاتفاق هذا زبدة ما ذكره أئمة الأصول.

ولا شك في أن ما نحن بصدده من قبيل ما وجب فيه حمل المطلق على المقيد لأن الحكم والحادثة متحدان وقد دخل المطلق وهو الأداء من مال الأمر والمقيد وهو الأداء من المال الدين للأمر على الحكم وهو الجبر على الأداء فصار المآل إلى أنه يجبر الوكيل بالأداء من مال الأمر ويجبر الوكيل بالأداء من المال الدين للأمر فإذا حمل المطلق على المقيد هنا يكون حاصل ما في الباب الجبر على أداء الوكيل من الدين الذي كان في ذمة الوكيل.

Bu anlatılanlar *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*'in *Tenvîru'l-Besâir* adlı şerhinin yazarının [el-Gazzî] değerlendirmesinin yüzeysel ve kusurlu olduğunu göstermektedir. *Tenvîru'l-Besâir*'de konu şöyle ele alınmıştır. *el-Eşbâh*'taki “Vekil, vekil kılındığı işi yerine getirmediginde buna icbar edilemez. Çünkü vekil, teberruda bulunan biridir. Bu ilkenin fûrû'a yansıma biçimlerinden bazıları vekilin köle azat etme, köleyi müdebbet kılma, köle ile kitabet akdi yapma, falancaya hibe de bulunma, falancaya bir şey satma, falancanın karısını boşama ve müvekkilin gaip olması durumunda falancanın borcunu ödeme gibi görevleri yapmaya zorlanamamasıdır.”¹ şeklindeki ifadelerden sonra *Tenvîru'l-Besâir* adlı şerhin yazarı *el-Eşbâh* metninde geçen ‘Falancanın borcunu ödemek’ sözüyle alakalı olarak şunları söylemiştir: “Derim ki; *Hulâsatu'l-Fetâvâ* adlı eserde ‘Borcun ödemesi vekil olan kişi, bunu ödemeye icbar edilir.’ ifadesi yer almaktadır. Bu ifadenin zahirine göre vekilin kendi malından ödeme yapması ile müvekkilin malından ödeme yapması arasında fark yoktur. Oysa durum böyle değildir. Çünkü vekilin kendi malından ödeme yapması durumunda icbar söz konusu değilse de müvekkilin malından ödeme yapması durumunda buna icbar edilir.” *Tenvîru'l-Besâir* müellifi daha sonra bizim yukarıda *Câmi'ül-Fusûleyn*'den naklettiğimiz, *el-Hâniyye*'de geçen ‘Bir kimse başka birine insanlar üzerindeki, ellerindeki ve yanlarındaki bütün haklarını alması...’ şeklindeki bilgileri *el-Fusûlu'l-İmâdiyye*'ye nispet ederek nakletmiş ve ardından şöyle demiştir: “Derim ki: Bizim dediğimizin sahih olduğu ve (*el-Eşbâh*) müellifinin zikrettiğinin ise vekilin kendi malından ödeme yapması durumu için olduğu, (*el-Eşbâh*) müellifinin mukayyet bir durum için mutlak ifade kullandığı ve bunun da münasip olmadığı ortaya çıkmış oldu. Yine açığa çıkmış oldu ki; *el-Hulâsa*'da geçenler, vekilin müvekkilin malından ödeme yapması durumu için söz konusu edilmiştir. Böylece konu izaha kavuşmuş olmaktadır.” *et-Tenvîr*'den yapılan alıntı burada bitti.

Dikkat edileceği üzere *et-Tenvîr* sahibi eğer bizim zikrettiğimiz uzlaştırma ve tahkiki iyice anlamış olsaydı vekilin, mutlak olarak müvekkilin malından ödemeye mecbur olduğunu söylemez aksine yukarıda tahkik ettiğimiz üzere bunu müvekkilin vekilde olan malın ondaki borç olması ile kayıtlar ve ayrıca *el-Hulâsa*'da geçenleri de bu son duruma hamlelerdi. Nitekim bu nokta nüansları farketme konusunda ihtisası olanlara kapalı değildir.

1 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezair*, s. 295.

وبهذا ظهر ما في نظر شارح الأشباه والنظائر في شرحه المسمى بتنوير البصائر من عدم التعمق والتقصير حيث قال عند الكلام على ما في الأشباه بعد قوله «لا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه لكونه متبرعا ومن فروع الأصل لا جبر على الوكيل بالإعتاق والتدبير والكتابة والهبة من فلان والبيع منه وطلاق فلانة وقضاء دين فلان إذا غاب الموكل متعلقا على قول المصنف ٥ وقضاء دين فلان»: أقول في خلاصة الفتاوى وكذا الوكيل بقضاء الدين بجبر انتهى. وظاهر إطلاق المؤلف أنه لا فرق بين أن يكون مأمورا بقضاء من مال نفسه أو من مال الأمر وليس كذلك فإنه إذا كان مأمورا بقضاء الدين من مال نفسه لا يجبر ولو من مال الأمر يجبر ونقل مسألة الخانية التي نقلناه سابقا من جامع الفصولين وهي وكّل رجلا بقبض كل حق له على الناس وعندهم ومعهم ١٠ وفي أيديهم إلى آخره معزوة إلى الفصول العمادية ثم قال قلت وقد ظهر لك صحة ما قلنا وأن الذي ذكره المصنف محله ما إذا كان مأمورا بقضاء الدين من مال نفسه وهو إطلاق في محل التقييد وهو غير مناسب. وبما ذكرنا ظهر لك أن الذي في الخلاصة محمول على ما إذا كان مأمورا بقضائه من مال الأمر وحينئذ ١٥ يتضح انتهى ما قاله في التنوير.

ولا يذهب عليك أن الشارح هذا لو تفتن بما ذكرناه من التوفيق والتدقيق لما قال بالجبر في مطلق ما كان الأمر بالقضاء من مال الأمر، بل قيده بأن يكون هذا المال دينا للموكل على الوكيل كما حققناه آنفا ويحمل ما في الخلاصة أيضا على هذا المحمل الخاص كما لا يخفى على من له مزيد اختصاص بالوصول إلى المزاي والخواص. ٢٠

LUKATA: BULUNTU MAL

Meçhul Birine Temlik Mümkün mü?

[**Teshîl**] Buluntu on dirhem ve daha fazla değerdeki bir malı duyurma süresi bir yıldır. Bundan daha az miktardaki bir malı duyurma süresi ise Ebû Hanîfe'den gelen bir rivâyete göre bulan kişinin takdirine göredir. Eğer buluntu mal dayanıklı olmayan mallardan ise malın bozulmasından endişe edinceye kadar duyuru yapılır ve sonunda o mal tasadduk edilir. Duyurma işi, malın bulunup alındığı yerde ve insanların bir araya gelip toplandıkları mekânlarda yapılır. Eğer buluntu mal, karpuz kabuğu, nar kabuğu ve hasat sonrasındaki başaklar gibi insanların talep etmeyecekleri şeylerdense bulan kişi duyuru yapmadan ve temellük etmeden bunlardan istifade edip faydalanabilir. Çünkü sahibi, bunları atmak suretiyle yararlanılmasına izin vermiş olmaktadır. Malın bilinmeyen (meçhul) bir kişiye temlik sahih olmayıp malik bunları isterse geri alabilir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Hibe kitabının sonunda, atı dışarı salma meselesinde meçhul kişiye temlikin sahihliğine delâlet eden bir ifade geçmişti.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in atif yaptığı mesele şöyledir: "Bir kimse atını serbest bıraksa ve bırakırken de 'Bu at, alanın olsun!' derse at, alanın olur. Zira sahibi atın temellükünü mubah kılmıştır. Eğer bu ifadeyi kullanmamışsa mülkiyetini mubah kılmış olmayacağı için alan kimse ata malik olamaz."

Esasında bu konuda birçok farklı görüş bulunmaktadır. Nitekim et-*Teb-yîn'de* Şeyh'in söyledikleriyle aynı şekilde geçmektedir, yani "Atı serbest bırakırken 'At, alanın olsun!' demişse at alana ait olur; dememişse olmaz." şeklindeki geçmektedir. İmâm Kâdîhân'ın el-Fetâvâ'sının hibe bölümünün başlarında ise şöyle geçmektedir: "Bir kimse bir sebepten dolayı atını serbest bıraksa sonra da biri atı tutup götürse; Ebu'l-Kâsım'a göre atın sahibinin atı geri alma hakkı vardır. Ancak serbest bırakırken "Dileyen alsın!" gibi bir ifade kullanmışsa bu durumda at, bulup götürene ait olur. Ebu'l-Leys'e göre atın sahibi atı serbest bırakırken belli bir gruba yönelik olarak "At bulana ait olsun!" sözünü söylemişse at bulana ait olur. Bu durumda bu, istihsânen hibe olmaktadır. Çünkü her ne kadar başta hibe edilen kişi meçhul olsa da kabz esnasında malum olmaktadır."

كتاب اللقطة

هل يمكن التملك للمجهول؟

[التسهيل] وتعريف عشرة دراهم أو أكثر من العشرة حولاً، وتعريف أقل العشرة بقدر رأيه رواية عن أبي حنيفة ولو شيئاً لا يبقى عُرّف إلى أن يخاف فسادُه ثم يُتصدّق به. وعُرِّفت في مكان الالتقاط ومجامع الناس، ولو شيئاً لا يُطلب كقشر البطيخ وقشر الرمان والسنبل بعد الحصاد ينتفع به بلا تعريف وبلا تملك إذ أباح نفعه بإلقائه ولم يصحّ تملكه من المجهول فللمالك أخذه. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: مرّ في مسألة تسيب الفرس في آخر كتاب الهبة ما دلّ على أن التملك من المجهول يصحّ.

[فاضل أمير] نقول: يريد بما مرّ في الهبة قوله: هناك ولو سيب فرسه ملكه أخذه لو قال عند التسيب «هو لآخذه» لأنه أباح التملك ولو لم يقله فلا يملكه الآخذ إذ لم يبحه انتهى. ١٠

وليعلم أن هذه مسألة وقع فيها أقوال مختلفة إذ قال في التبيين على وفق ما ذكره الشيخ المصنف من غير فرق يعني إن قال عند التسيب هو لمن أخذه ملكه الآخذ وإلا فلا. وقال في أوائل كتاب الهبة من فتاوى الإمام قاضيخان: رجل سيب دابته لعله فأخذها إنسان وتعاهدها قال أبو القاسم لصاحبها أن يستردها إلا أن يقول عند التسيب «من شاء فليأخذها» فحينئذ تكون الدابة لمن تعاهدها قال الفقيه أبو الليث الجواب كذلك إن قال صاحبها لقوم معلومين وتكون هذه هبة استحساناً لأن الموهوب له وإن كان مجهولاً فعند القبض يصير معلوماً انتهى. ١٥

el-Bezzâziyye adlı eserin Hibe bölümünün hazr ve ibâha kısmında “At serbest bırakıldığında ‘Bulana ait olsun!’ denmişse, bulana ait olur.” şeklindeki açıklamadan sonra şöyle denilmektedir: “Bu hüküm, belli bir gruba hitaben ‘Sizden kim atı bulursa ona ait olsun.’ dendiğinde söz konusu olur. Eğer belli bir gruba hitap edilmeksizin genel için söylenmişse at sahibinin atı geri alma hakkı vardır ve bu konuda bir ihtilaf da yoktur.” *Hızânetu’l-Müftîn* adlı eserin lukata bölümünde *Şerhu’t-Tabâvî* rumuzu ile şu bilgiler yer almaktadır: “At sahibinin atını serbest bırakırken ‘Atı bulana ait kıldım.’ demesi ile ‘Dileyen onu alsın!’ demesi arasında fark vardır. Şöyle ki ikinci durumda yani ‘Dileyen onu alsın!’ demesi durumunda eğer bunu belli bir grup için söylemişse o gruptan biri atı ele geçirdiğinde ona malik olur. Fakat bunu belli bir gruba hitaben söylememişse at, bulan kişiye ait olmaz ve atın sahibinin atını geri alma hakkı söz konusu olur. Birinci yani ‘Atı bulana ait kıldım.’ demesi durumunda atın sahibinin belli bir grup için söylemiş olması ile belli olmayan kişiler için söylemiş olması arasında fark olmayıp bulan kişi ata malik olmaktadır. İki ifade arasındaki fark şudur: ‘Atı bulana ait kıldım.’ dediğinde atı kim bulduysa ona ait kıldığı için, bulan kişi atı aldığı anda ‘alma’ malum olduğu için malum birinin temlik etmesi sahih olmaktadır. Diğer durumda yani ‘Dileyen onu alsın.’ demesi durumunda ise meçhul biri temlik etmiş olmaktadır ve meçhulün temliki sahih değildir.” *Hızânetu’l-Müftîn* alıntısı özet olarak burada bitti. Bu beyan ve açıklamalardan ortaya çıkmaktadır ki meçhul birine temlik ittifakla sahih değildir. Fakat yukarıda adı geçen fetvalarda da dile getirildiği üzere atı serbest bırakırken belli bir gruba hitaben “Dileyen onu alsın.” veya “At, alanın olsun.” derse at, ittifakla alana ait olur. Eğer atı serbest bırakırken hitap belli bir gruba yönelik değilse bu durumda a) “Dileyen onu alsın.” demişse bu durumda at, bulana ait olmaz. b) “Atı bulana ait kıldım.” demişse at, bulana ait olur. Çünkü son ifadedeki ibarede temlik malum birine yapılmış olmaktadır.

وفي الحظر والإباحة من كتاب الهبة من البزازية بعد بيان أنه إذا قال عند التسيب «من أخذها فهي له» تكون للأخذ قال: وهذا إذا كان قال لجماعة معينة «من أخذها منكم فهي له» وأما إذا عمم بلا خطاب جماعة فللمالك أخذها بلا خلاف انتهى. وفي كتاب اللقطة من خزانة المفتيين معلماً

٥ بعلامة شرح الطحاوي فرق بين أن يقول المالك عند التسيب «جعلتها لمن أخذها» وبين أن يقول «من شاء فليأخذها» حيث قال في الصورة الثانية أن قاله لقوم معلومين ملكها من أخذ من هذا القوم وإن لم يقل ذلك لقوم معلومين لا يملكها الآخذ وللمالك استردادها وفي الصورة الأولى وهي ما قال جعلتها لمن أخذها لم يفرق بين أن يقوله لقوم معلومين وبين ما قاله

١٠ لغير معلومين وجعل الآخذ مالكا فيهما وبين جهة الفرق بين الصورتين بقوله بخلاف الفصل الأول كان هناك جعلها لمن أخذها وعند الآخذ الآخذ معلوم والتمليك من المعلوم صحيح وههنا ملكها من المجهول والتمليك من المجهول لا يصح انتهى ملخصا. فظهر من هذا البيان والتفصيل أن التملك من المجهول لا يصح اتفاقاً ولكن إذا قال عند التسيب «من شاء فليأخذها» أو «من أخذها فهي له» لقوم معلومين تكون للأخذ بغير خلاف

١٥ كما استفيد من الفتاوى المذكورة وإن لقوم غير معينين فإن كان قال «من شاء فليأخذها» لا يملكها الآخذ وإن كان قال «جعلتها لمن أخذها» يملكها الآخذ بناء على أنه إذا كانت عبارته هذا يكون تملكاً من المعلوم.

Bu konu açığa çıktığına göre şimdi Şeyh'in hibe kitabında fukahadan naklettiği “Bir kimse atını serbest bıraksa bırakırken de ‘Bu at, alanın olsun!’ derse at, alanın olur.” ifadesi üzerinde duralım. Burada iki takdir söz konusu olabilir: a) Bu söz belli bir gruba yönelik olarak söylenmiştir. İfadede gruba yönelik bir kayıt bulunmaması, insanlar arasında meşhur olmasından dolayı ifadenin ‘delâleten’ gruba yönelik olduğunun anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Bu yüzden de ifade kayıtsız bir tarzda söylenmiştir. b) “Bu at alanın olsun!” sözü “Atı bulana ait kıldım.” menzilesindedir. Her iki takdirde de hibe konusunda geçenler meçhul birine temlîkin sahih olduğuna delâlet etmemektedir. Çünkü her iki takdire göre de temlîkin malum birine yapıldığı ortaya çıkmıştır.

فإذا تقرر هذا فنقول إن ما مرّ في كتاب الهبة برواية الشيخ عنهم من قوله «لو قال عند التسيب فهو لآخذه لملكه الآخذ» إما على تقدير أن يكون هذا القول منه لقوم معيّنين ويكون ترك تقيدهم بهذا القيد لانفهامه بدلالة المقام بناء على شهرة اعتبار هذا القيد فيما بينهم فيكون قيداً مفروغاً عنه وإما على أن يكون قوله «فهو لآخذه» بمنزلة أن يقول «جعلته لمن أخذه» وعلى التقديرين لا دلالة لما مرّ في الهبة على أن التملك من المجهول يصح إذ قد تبين أن على كل من هذين التقديرين يكون تملكاً من المعلوم.

HÜNSÂ: ÇİFT CİNSİYETLİ

Hünsâ-yı Müşkilin Avret Mahalli

[**Teshîl**] Buluğ sonrasında bir kişinin hünsâ-yı müşkil olduğuna hükmedilirse, onun için ihtiyatlı olan hükümler esas alınır. Buna göre örtüsüz [yani erkek gibi örtünerek] namaz kılmış ise istihsânen bu namazı iade etmesi müstehaptır. Namazda saf olarak erkeklerin arkasında ve kadınların önünde namaz kılar. Eğer kadınların safında namaz kılmış ise bu namazı yeniden kılar. Eğer erkeklerin safında kılmış ise yanındaki, arkasındaki ve hizasındaki kişi namazını yeniden kılar. Namazı [kadınlar gibi] örtünerek kılar ve namazda kadınlar gibi oturur. Vefatında da kadınlar gibi kefenlenir. İpek elbise giymesi ve süs eşyası takması mekruhtur. Erkek ve kadın yanında avret yerlerini açmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: “Hünsâ, erkek ve kadın yanında avret yerlerini açmaz.” cümlesindeki ‘kadın’ın zikredilmesine gerek yoktur. Bunu teemmül et!

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Zahire göre Şeyh “Hünsâ, erkek ve kadın yanında avret yerlerini açmaz.” cümlesindeki avretin açılmasını, avret dışının [yani diz ile göbek arası dışındaki yerlerin] açılmasına hamletmiş ve “Kadının zikredilmesine gerek yoktur.” şeklindeki itirazını bunun üzerine bina etmiştir. Çünkü avretin açılmasından kasıt, avretin dışının açılması olduğunda “Hünsâ, kadının yanında avret yerini açamaz.” demenin bir anlamı kalmamaktadır. Çünkü bir kadın, hem erkek hem de kadının avret dışındaki yerlerine bakabilmektedir. Hünsâyı erkek olarak farz ettiğimizde bir kadının yanında avret dışındaki yerlerini [diz ile göbek arası dışındaki yerlerini] açması câiz olur. Hünsâyı kadın olarak farz ettiğimizde yine kadın yanında avret dışındaki yerlerini açması câiz olur. Bu yüzden “Hünsâ, kadın yanında açılmaz.” demek doğru olmaz.

كتاب الخنثى

عورة الخنثى

[التسهيل] وإن حكّم بأنه خنثى بعد البلوغ فيؤخذ في المشكل بالأحوط فلو
صلى بغير أعادها استحباباً، ويقف بين صفّ الرجال والنساء في الصلاة، ولو
صلى في صف النساء أعاد وفي صفّ الرجال يُعيد من بجانبه ومن خلفه ومن
بحدائه، ويصلي بقناع ويجلس في الصلاة كمرأة ويكفن كمرأة، كره له حريز
وخلي ولا يكشف عند رجل وامرأة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لا حاجة إلى ذكر المرأة فليتأمل.

[فاضل أمير] نقول: الظاهر أنه حمل الكشف في قولهم «ولا يكشف
عند رجل وامرأة» على كشف ما سوى العورة وبني إيراده بقوله «ولا
حاجة إلى آخره» عليه لأن المراد من الكشف إذا كان كشف ما سوى
العورة لا وجه لأن يقال لا يكشف الخنثى عند امرأة لأن للمرأة أن تنظر
من الرجل والمرأة إلى ما سوى العورة فالمشكل إن فرض أنه رجل جاز
له أن يكشف ما سوى العورة عند المرأة وكذا إن فرض أنه امرأة جاز له
كشف ما سواها عند المرأة فلا يستقيم أن يقال لا يكشف عند امرأة

Fakat Ahî Çelebi, Sadruşşerîa üzerine yazdığı hâşiyede *el-Ekmeliyye*'den [*el-Înâye*] naklen şöyle demektedir: “Avret mahallini açmak mutlak olarak [yani hem kadın hem de erkeğe] haramken bunun sadece hünsâya tahsis edilmesinin anlamı nedir?” denilemez. Çünkü biz diyoruz ki buradaki avretin açılmasından maksat avret mahallinin açılması değil, tek bir izar giyiş olmaktadır.”¹ Kuhistânî ise *Muhtasaru'l-Vikâye*'ye yazdığı şerhte Sadruşşerîa'nın sözünü şerh ederken şöyle demektedir: “Hünsâ kadın yanında da açılmaz. Çünkü hünsâ -gerek mürâhık olsun gerek mürâhika olsun-, kadın onun göbük ile diz arasındaki bölgeye bakamaz. Nitekim Kirmânî ve diğer bazılarının kitaplarında da böyle geçmektedir. Namaz konusunda geçen ‘Kadın, erkeğin diz ile göbük arası dışındaki yerlere bakabilir.’ şeklindeki görüş zannedildiği gibi bununla çelişik değildir.”² Her iki kitaptan ortaya çıkmaktadır ki fakihlerin ‘açma’ ile kasıtları avretin açılmasıdır. Böylece fakihlerin “Hünsâ kadınların yanında açılmaz.” sözlerinin manası ortaya çıkmaktadır. Avretin açılmasının câiz olmamasının anlamının açık olmasına binaen Şeyh açılmayı, avret mahalli dışındaki yerin açılmasına hamletmiştir. Her ne kadar bu açık izahın kastedilmesinin bir vechi olmasa da *Ekmel*den yapılan nakille bu açılmanın kastedilmesinin bir izahının olduğu ortaya çıkmaktadır. Zahire göre o bu görüşü selefimizden gelen bir rivâyet olarak söylemiştir.

1 Ahî Çelebi, *Zehiretu'l-Ukbâ*, Matbaatu'r-Rafi' el-Mağarrî, ty., s. 624.

2 Kuhistânî, s. 745.

ولكن قال المولى المحشي أخي جلبي في حاشية صدر الشريعة نقلاً عن الأكمليّة لا يقال الانكشاف حرام مطلقاً فما معنى تخصيصه بالخثي الأنا نقول المراد بانكشاف العورة هنا أن يكون في إزار واحد لا إبداء موضع العورة انتهى. قال القهستاني في شرح مختصر الوقاية في قول صدر الشريعة في المختصر: ولا عند امرأة لأنها لا تنظر ما تحت السرة إلى الركبة مراهقاً ٥ كان أو مراهقاً كما في الكرمانى وغيره فلا ينافي ما في الصلاة أنه تنظر المرأة إلى الرجل سوى ما تحت السرة إلى الركبة كما ظن انتهى. فظهر بما في الكتابين أنهم أرادوا بالكشف كشف العورة فحيثُذ يظهر وجه قولهم «لا يكشف الخثي عند امرأة» والشيخ قد حمل الكشف على كشف ما سوى العورة بناء على أن عدم جواز كشف العورة ظاهر لا سترة فيه فلا وجه لأن يراد هذا الوجه الظاهر ولكن بما نقل عن الأكمل ظهر لإرادة هذا الكشف وجه وجهه والظاهر أنه قال به رواية عن الأسلاف.

ÂBIK: KAÇMIŞ KÖLE

1. Kaçmış Kölenin Geri Getirilmesi Durumunda Ödül

[**Teshîl**] Kaçan müdebber ve ümmüveled köle, efendisi hayattayken geri getirilirse, normal kölenin getirilmesi durumunda olduğu gibi getiren kişi ödülü alır. Ancak efendi öldükten sonra getirilmişse bu durumda 5 getirene ödül gerekmez. Çünkü normal köleden farklı olarak müdebber ve ümmüveled efendinin ölümüyle hürriyetine kavuşmuştur. “Ödül, maliyetlerinin ihyasından dolayı gerekli olur. Oysa ümmüveledin, özellikle Ebû Hanîfe'nin görüşüne göre artık bir mali değeri yoktur.” denilemez. 10 Çünkü biz diyoruz ki: Her ne kadar ümmüveledin rakabe itibarıyla bir mali değeri yoksa da kesb itibarıyla mali değeri vardır. Onun kesbi üzerinde öncelikli hak sahibi olan da efendisidir. İşte bulup getiren kişi onun bu kesbi itibarıyla maliyetini ihya etmiş olacağından ödüle hak kazanır. Mükâtebin durumu ümmüveled ve müdebberden farklıdır; zira 15 mükâteb köle kendi kesbi üzerinde öncelikli hak sahibidir. Bu sebeple kaçmış mükâteb köleyi efendiye getirip vermek efendi için bir mali değer (maliyet) sağlamaz; ne rakabe itibarıyla, ne de kesb itibarıyla. Konu *el-Mecma'* şerhinde bu şekilde belirtilmiştir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu hüküm tartışmaya açıktır. Zira 20 mükâteb köle rakabe olarak zaten efendisinin mülkiyeti altındadır. Bu sebeple “...ne rakabe itibarıyla.” şeklindeki gerekçelendirme anlamlı değildir. En uygunu, bu konudaki illetin şu şekilde belirlenmesidir: Köleden amaçlanan şey ondan elde edilen menfaatlerdir. Mükâtebin menfaatleri, kendisine ait olup efendisine ait olmadığı için, her ne kadar rakabe 25 olarak efendisinin mülkiyetinde olsa da bulunup teslim edilmesi sebebiyle ödül gerekmez.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Ayasuluğî *el-Mecma'* şerhinde şöyle der: “Kölenin malikine iade edilmesi, rakabe mülkiyetinin tekrar kurulması açısından değil tasarruf mülkiyetinin tekrar kurulması açısından -manen-malike satmak gibidir; zira rakabe mülkiyeti zail olmamıştır.”

كتاب اللأبق

١. الجعل لمن ردّ الأبق

[التسهيل] وكان مدبره وأمّ ولده كقنّه أي إذا ردّهما في حال حياة المولى، أما إذا ردّهما بعد موته فلا جُعلَ فيهما لعتقهما بالموت بخلاف القنّ، ولا يقال: إن الجعل يجب لإحياء ماليته ولا ماليةً في أمّ الولد خصوصاً على مذهب أبي حنيفة لأننا نقول ليس في أمّ الولد ماليةً باعتبار الرقبة ولكن لها ماليةً باعتبار كسبها لأنه أحقُّ بكسبها وقد أحيا الرادُّ ذلك فردّه يوجبُ الجعلَ ضدَّ مكاتبه لأنه أحقُّ بكسبه فلا يكونُ ردُّه موجباً للمولى ماليةً لا باعتبار الرقبة ولا باعتبار الكسب كذا في شرح المجمع.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فيه نظرٌ إذ المكاتبُ في ملك مولاه رقبةً فلا وجه لقوله «لا باعتبار الرقبة» فالأولى أن يعلّل: بأن المقصود بالرقيق هو منفعه فلما كان منفعه له لا لمولاه فلم يجب عليه جُعله وإن كان يملكه رقبة.

[فاضل أمير] نقول: قال الأياثلوغي في شرح المجمع: الرد بيع من المالك معنى من حيث أعاده ملك التصرف لا من حيث ملك الرقبة حيث لم يزل اتفاقاً انتهى.

Buradan Şeyh'in *el-Mecma'* şerhine atfen zikrettiklerinin sıhhati ortaya çıkmaktadır. Zira *Mecma'* şârihinin “kaçmış mükâteb köleyi efendiye getirip vermek efendi için mâlî değer (maliyet) sağlamaz; ne rakabe itibarıyla, ne de kesp itibarıyla.” sözüyle kastı, kaçmış mükâteb köledeki rakabe mülkiyetinin efendinin mülkiyetinden zail olduğu değildir ki köle geri verildiğinde rakabe mülkiyetinin de malike dönmesi tasavvur edilsin. Tassaruf mülkiyeti yani mükâteb kölenin kesbi ise Şeyh'in de ifade ettiği üzere efendiye değil, bizzat mükâtebe aittir. Çünkü mükâteb kendi kesbinde daha fazla hak sahibidir. Bu yüzden kaçıp da efendisine teslim edildiğinde [kesb açısından] efendisine bir faydası olmadığından bulup teslim eden ödüle hak kazanmaz. Velhasıl bu konuyu bu şekilde ta'lil eden *el-Mecma'* şârihinin kastı, “Mükâtebin rakabe mülkiyeti, kaçmış olduğu durumda da efendisine aittir; bu mülkiyet bulup onu geri getirenin getirmesiyle elde edilmiş değildir.” şeklindedir. Fakat Şeyh, bundan mükâtebin efendinin kazancına malik olmadığı gibi, rakabe mülkiyetine de malik olmadığını anlamış ve değerlendirmesini bunun üzerine bina etmiştir.

Ayrıca Şeyh'in tercih etmiş olduğu gerekçenin de tam olmadığı konuyu bilen araştırmacı kişiye kapalı değildir. Zira onun “Köleden amaçlanan şey ondan elde edilen menfaatlerdir.” ifadesi muttarid değildir. Çünkü bazen köleden amaçlanan şey, herhangi bir menfaat olmaksızın sırf zatı ve rakabesi olabilmektedir. Nitekim bazı köle ve efendilerde bu durum müşahede edilmektedir.

2. Kadı, Gaip Kişiye Ait Bir Malı Hangi Durumda Satabilir?

[**Teshîl**] Sahibinin yeri biliniyor olsa bile hâkimin, kaçan köleyi satması sahihtir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu hükmün, kölenin malikine ulaştırılmasının son derece zor olması ve telef olmasından korkulması durumunda söz konusu olması gerekmektedir. *el-Kunye* adlı eserde belirtildiğine göre gâip olan kimsenin menkul malları, yerinin biliniyor olması durumunda satılmaz. Zira yeri biliniyorsa menkullerinin ona ulaştırılma imkânı vardır.

وظهر منه صحة ما نقله من شرح المجمع لأنه يريد من قوله «فلا يكون رده موجِباً للمولى مالية لا باعتبار الرقبة» أن الملك الرقبة لم يزل في المكاتب الأبق حتى يتصور عوده بالرد إلى مالكة وملك التصرف يعني الكسب لا يكون للمولى، بل هو للمكاتب كما قال لأنه أخص بكسبه فلم يكن رده يفيد للمولى شيئاً ولم يستحق الرادّ جعلاً والحاصل أن المعلّل أراد أن ملك رقبة المكاتب للمولى حين كان أبقاً ولا يحصل هذا الملك له برد الرادّ. وفهم الشيخ أنه أراد أن ليس ملك الرقبة للمولى كما إن لم يكن كسبه له فبنى بحثه عليه.

ولا يخفى على الخبير الناقد أن ما اختاره من التعليل ليس بتام لأن قوله «المقصود بالرقيق هو منفعه» ليس بمطرد لأنه قد يكون المقصود بالرقيق ذاته ورقبته من غير أن يقصد منه منفعة ما، كما هو المشاهد في بعض العبيد والموالي.

٢. بيع القاضي مال الغائب

[التسهيل] وصحّ للقاضي بيعُ الأبق ولو عُلِمَ موضعُ مالِكِه.
 [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون هذا إذا تعرّسَ إيصالُه إلى مالِكِه وخيف تَلْفُه وقد ذكر في القنية: أن منقول الغائب لا يباع إذا عُلِمَ مكان الغائب لإمكان إيصاله.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in metinde belirtmiş olduğu görüşü, Molla Hüsrev *el-Gurer* ve *ed-Dürer* adlı eserlerinde almış fakat bunu efendinin gelmesinin uzun sürmesine bağlamıştır. Molla Hüsrev'in bu konudaki ifadeleri şöyledir: “Eğer efendinin gelmesi uzun sürecekse, efendisinin yeri biliniyor olsa bile kadı köleyi satar ki köleye harcanacak nafakanın çokluğundan dolayı efendi zarar görmesin. Kadı bu durumda sattığı kölenin satım bedelini elinde tutar ve ondan köleye harcar; satım bedelinin kalanını da efendiye teslim eder.”¹ Kara Kemal, Sadruşşerîa üzerine yazmış olduğu hâşiyede şöyle der: “Bir görüşe göre kadı, altı ay tuttuktan sonra satar ve satım bedelini sahibine teslim eder. Efendinin satım akdini bozma hakkı olmadığı gibi, kadı'nın köleyi kiralama hakkı da yoktur. Kadı köleyi sattıktan sonra, tuttuğu esnada ona yapmış olduğu harcamaları satım bedelinden alabilir. Eğer satmaz da efendisi gelir, köleyi efendisine teslim ederse harcamaları efendisinden tahsil eder.”² *Câmi'ü'l-Fusûleyn*'de 'garîburrivâye' rumuzuyla şu bilgiler yer almaktadır: “Bir kimse ölse ve bu kimsenin bir vârisi olduğu bilinmese, hâkim de bu kişinin evini satsa bu câizdir. Eğer hâkim, vârisin yerini biliyorsa yine de satması câizdir fakat hata olur. Nitekim hâkim, kaçak köleyi satacak olsa bu câizdir.” Şeyh daha sonra *el-Vâkiâr'tan* bu görüşü destekleyen bilgiler aktarır.

Velhasıl muteber kaynaklardan nakledilen rivâyetlere göre malikin yeri bilinse bile gelmesinin uzun sürmesi durumunda kadı'nın satması câiz olup bunun için köleyi malike ulaştırmanın çok zor olması veya telef olmasından korkulması gibi bir şart söz konusu değildir. Şeyh'in kaçak kölenin satımının câiz olması için *el-Kunye*'den istişhad ederek dile getirdiği [yerinin bilinmiyor olması gerektiği şeklindeki] şart, kaçak kölenin satımının câizliği konusundaki başka bir rivâyettir. Zannımca zamanımızdaki kadılara nispetle en doğru görüş, zaruret olmadıkça mümkün mertebe kadılara Müslümanların malları üzerinde tasarruf konusunda yetki verilmemesi ve onların bundan engellenmeleridir. Bu yüzden bizim bu meseleimizde ve gâibin malının satılmasıyla ilgili buna benzeyen diğer meselelerde *el-Kunye*'deki rivâyet ile amel edilmelidir.

1 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 126.

2 Kara Kemal, Kemaleddin İsmail el-Karamanî (ö. 920/1524), *Hâşiyetu Kara Kemal alâ Sadruşşerîa*, III, vr. 41b. Kitabın yazmasının yer aldığı internet adresi: <http://ocp.hul.harvard.edu/dl/ihp/007366957>

[فاضل أمير] نقول: قد أخذ برواية المتن المولى خسرو في الدرر والغرر، ولكن بشرط طول مجيء المولى حيث قال: فإن طال مجيئه باعه القاضي وإن علم مكانه لثلا يتضرر المولى بكثرة النفقة وأمسك ثمنه وأنفق عليه أي الأبق منه أي من الثمن ودفع الباقي إليه أي إلى المولى انتهى. وقال المولى المدعو بقره كمال في حاشية صدر الشريعة: قيل باعه بعد ما حبسه ستة أشهر ويدفع الثمن ٥ إلى صاحبه وليس له أن ينقض البيع ولا يواجره ثم أن القاضي يرجع بما أنفق على الأبق مدة حبسه في ثمنه إن باعه وإن حضر مولاه رجع عليه انتهى. وفي جامع الفصولين معلماً بعلامة غريب الرواية مات ولا يعلم له وارث فباع القاضي داره جاز ولو علم بموضع الوارث جاز ويكون خطأ ألا ترى أنه لو باع الأبق يجوز ونقل من الواقعات ما يعضده إلى آخره. ١٠

فالحاصل من روايات هذه المعتبرات جواز بيع القاضي الأبق إذا طال مجيء المالك وإن علم مكانه من غير أن يشترط فيه تعسر الإيصال إلى مالكة وخوف تلفه فكان ما ذكره الشيخ من أن الأبق اعتبار هذا الشرط في جواز بيعه مستشهداً بمسألة القنية رواية أخرى في جواز البيع وأظن أن الوجه الأخرى بالنسبة إلى قضاة زماننا أن لا يسلبهم على التصرف في أموال ١٥ المسلمين ويمنعون منه قدر ما أمكن ما لم تمس الضرورة إلى تصرفهم ويعمل في مسألتنا هذه وفيما شاكلها من بيع أموال الغائب برواية القنية

Çünkü meşâyihin birçok yerde durumun günümüz kadılarına intikali ile ilgili söyledikleri açıktır. Mevlâ Kuhistânî, 'kazâ' bölümünde "Âdil kadı'nın sözü kabul edilir." cümlesini izah ederken şöyle der: "Kendisinden gelen bir rivâyete göre Muhammed, kadı'nın sözünün kabul edilmeyeceği şeklindeki görüşe rücû etmiştir. Meşâyihin çoğu bu görüşü almış ve bu görüşün zamanımız için daha güzel olduğunu dile getirmiştir. Çünkü *-el-Kâfi* ve diğer kitaplarda da geçtiği üzere- kadılar dinimizi ifsat etmişlerdir. Bu yüzden bir kadı'nın diğer bir kadıya gönderdiği belge kabul edilmez. Kirmânî'de böyle geçmektedir." Böylece benim dile getirdiğim izahın anlamı da ortaya çıkmış oldu. Şöyle ki *el-Letâif* metninde ve diğer başka eserlerde geçen "Efendisinin yeri bilinse bile kadı kaçak köleyi satabilir." şeklindeki görüş nakz ile satımın câiz olması konusuna dönüktür. Çünkü kaçak köleyi satmanın câiz olması, -yukarıda *ed-Dürer*'den de nakledildiği üzere- ona harcanacak nafakanın çok olacağı sebebiyle efendisinden zararı def etmek içindir. Ancak günümüz kadılarının bunu satmasına cevaz vermek köleden elde edilen geliri tamamen iltaf etmek olur. Bu ise açıkça görüleceği üzere efendi için daha büyük bir zarardır.

Ben daha sonra Azmîzâde'nin *ed-Dürer* üzerine yazmış olduğu ta'likte *el-Gurer*'de yer alan "Kadı bu durumda sattığı kölenin satım bedelini tutar ve ondan köleye harcar" sözünü şerh ederken şöyle dediğini gördüm: "Anlamış olmaktadır ki, Molla Hüsrev'in bu ibaresine göre 'köleye harcama yapma' kölenin semeninin elde tutulmasından sonradır. Bu sahih değildir. Çünkü satıldıktan sonra efendinin köle üzerinde bir hakkı kalmamaktadır ki [efendinin hakkı olan] semenden köle için harcama yapması sahih olsun. Doğrusu, 'Kadı semenden köle için harcadığını elinde tutar.' olmalıdır." İlim erbabı olan biri, Molla Hüsrev'in "Kadı, kaçak köleye semenden harcar." ifadesiyle kastının "Kadı, kaçak köle onun elindeyken [satmadan önce] ona harcamış olduğu masraf kadar semenden alır." olduğunu bilir. Bu tabirin sahih olmasının izahı şöyledir: Kadı kaçak köleye harcamış olduğunu semenden aldığı anda sanki [doğrudan] semenden köleye harcama yapmış gibidir. Anlayış sahibi olan biri, burada kadı'nın köleyi sattıktan sonra semenden onun için harcama yapmanın kastedilmediğini anlar. Yine muhakkik olanlar bilir ki, kastedilen anlam ortaya çıktıktan sonra lafızlarda tartışmak, gerçek âlimlerin huyu değildir. Bu şekildeki fazıl ve titiz birinin böyle sözlere iltifat etmesi ve yüksek makamda sadece kudret yoksunu olanların razı olacağı şeylere razı olması şaşılacak bir şeydir.

لأن المشايخ قد قالوا في مواضع عديدة وفي تفويض الأمر إلى قضاة العصر ما لا يخفى وبما ذكره المولى القهستاني في كتاب القضاء عند الكلام على قول المصنف «وقبل قول قاض عدل» من قوله وعن محمد أنه رجع إلى أنه لم يقبله وبه أخذ كثير من المشايخ وقالوا ما أحسن هذا في زماننا فإن القضاة قد أفسدوا ديننا كما في الكافي وغيره وعلى هذا لم يقبل كتاب القاضي إلى القاضي ٥
كما في الكرمانى انتهى. ظهر وجه وجيه لما وقع في ظني من التوجيه على أن في العمل بما في المتن وغيره من جواز بيعه وإن علم مكان مولاه عودا على موضوع جواز البيع بالنقض لأن جواز البيع إنما هو لدفع ضرر المولى بكثرة النفقة كما سبق من الدرر وفي تجويز بيع قضاة العصر إتلاف مالية العبد كلاً ١٠
فيلزم ضرر عظيم على المولى كما لا يخفى.

ثم رأيت أن المولى الشهير بعزمي زاده قال فيما علّقه على الدرر في قوله في الغرر «وأمسك ثمنه وأنفق عليه منه»: أنت خبير بأن مؤدي هذا العبارة الإنفاق عليه بعد إمساك الثمن ولا صحة له إذ لا يبقى للمولى حق في العبد بعد البيع حتى يصح الإنفاق عليه من الثمن والصواب وأمسك ما أنفق عليه منه انتهى. ١٥
ولا يذهب على أرباب التحصيل أن المراد من قوله أنفق على الأبق من الثمن ليس إلا أن القاضي إن صرف إلى نفقة الأبق شيئاً مدة كونه في يده يأخذ مقدار ما أنفق عليه من الثمن ووجه صحة هذا التعبير هو أنه إذا أخذ ما أنفق على الأبق من الثمن فكان كأنه أنفق عليه من الثمن إذ لا يشك أديب فهيم في أن لا صحة لإرادة أن القاضي ينفق على الأبق بعد أن باعه من الثمن وقد تحقق عند المحققين أن المناقشة في العبارة بعد ظهور المعنى المراد ليس من دأب ٢٠
المحصلين فعجيب من مثل هذا الفاضل النبیه الشأن كيف يلتفت إلى مثل هذا من معاني الكلام ويرتضي في مقام الثروة بما لا يرتضيه إلا عديم القدرة.

İHYÂ-İ MEVÂT: ÖLÜ ARAZİNİN İHYASI

Su Arkının Harimi Var mıdır?

[Teshîl] Ebû Hanîfe'ye göre bir beyyine olmadığına nehrin (su arki) harimi yoktur. İmâmeyn'e göre ise nehrin, yürümeye ve içinden alınan çamuru koymaya yetecek bir harimi vardır ki, diğer üç mezhep imamı da bu görüştedir. Ebû Hanîfe'den hem nehir sahibinin "yürüme ve oraya çamurunu atma hakkı" olduğu yönünde hem de böyle bir hakkı olmadığı yönünde iki rivâyet gelmiştir. Ebû Yûsuf -bir rivâyette- nehrin harimini, nehrin her iki tarafından nehrin genişliğinin yarı miktarı olarak belirler. Muhammed ise nehrin harimini, her iki yönünden nehrin genişliğinin tamamı olarak belirlemiştir. Ebû Hanîfe'ye göre bir kişinin, başka birinin mülkü olan arazide nehri varsa, bunun hariminin olduğuna dair beyyine getirilmediği sürece bu nehrin harimi yoktur. İmâmeyn ise nehir sahibinin kenarlarda yürüyüp nehirdeki çamuru oraya atacak bir kenara (müsennat) sahip olduğu görüşündedir.

Bu meselenin aslı şudur: Mevât arazide devlet başkanından (İmam) izin alarak nehir kazan kişi İmâmeyn'e göre nehrin harimine hak sahibidir; Ebû Hanîfe'ye göre ise böyle bir hakkı yoktur. İmâmeyn'in görüşünün gerekçesi, kuyu ve su kaynağı hususundaki gibi nehirde de harime ihtiyaç olduğu ve harime hak kazanmanın ihtiyaca bağlı olmasıdır. Zira içine düşen herhangi bir şeyle tıkanan nehrin suyunu yeniden akıtmak için iki kenardan da yürümeye ihtiyaç vardır. Nehrin kenarından değil de içinden yürümekte ise zorluk vardır. Keza nehrin temizliğinde çamurları atacak yere de ihtiyaç vardır. Zira harim hakkı tanınmadığında nehirde çıkacak tüm çamur vb. şeylerin nehrin bir ucuna taşınmasında zorluk vardır. Ebû Hanîfe'nin görüşünün gerekçesi ise şöyledir: Kuyu ve su kaynağı ile ilgili olarak harimin kabul edilmesi bu ikisiyle ilgili nass sebebiyle olup, bunlar kıyasa aykırı olarak kabul edilmiş hükümlerdir ve bunlara kıyas yapılmaz. Ayrıca nehir, bu ikisiyle (kuyu ve su kaynağı) aynı manada değildir. Zira kuyu ve su kaynağı konusundaki ihtiyaç kesindir. Oysa nehrin içinin temizlenmesi dikkate alınarak burada da ihtiyacın olduğunu söylemek sadece bir vehimdir. Zira harimi olmadan bir kuyudan istifade etmek imkânsızdır.

كتاب إحياء الموات

هل للنهر حریم؟

[التسهيل] والنهر لا حریم له إلا بينة عند أبي حنيفة، وأثبتاه بقدر المشي وإلقاء الطين ومعهما هم. ^١ وكان له حق المشي وإلقاء الطين وعدم حقهما رواية عن أبي حنيفة. يُقدّر أبو يوسف حریم النهر بنصف عرض النهر من كل جانب ^٥ في رواية، وقدره محمد بعرض كل النهر من كل جانب أي لو كان له نهْر في أرض غيره فليس له حریم عند أبي حنيفة إلا بينة، وقال: له مُسنأة^٢ النهر يمشي عليها ويُلقى عليها طينه.

وأصل المسألة: أن من حفر نهْرًا في أرض مواتٍ بإذن الإمام يستحق له حریمًا عندهما لا عنده لتحقق الحاجة كما في البئر والعين واستحقاق الحریم للحاجة وهذا لأنه يحتاج إلى المشي على حافتَي النهر لإجراء الماء إذا احتبس بشيء وقع فيه إذ في المشي في وسط النهر حرج وكذا يحتاج إلى ملقى الطين عند الكري لما في النقل إلى أسفل من الحرج. وله أن استحقاق الحریم فيهما بنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه والنهر ليس في معناه إذ الحاجة متحققة ثمة في الحال والحاجة هنا موهومة باعتبار الكري والانتفاع لا يتأتى في البئر بدون الحریم ^{١٥}

١ أي الأئمة الثلاثة.

٢ هو ما ينبت للسيل لبرد الماء.

Oysa harimi olmaksızın nehirde istifade mümkündür, şu kadar var ki nehirdeki çamurun naklinde ve nehrin içinden yürümede bir zorluk söz konusudur. Bu yüzden biz burada kıyasa göre hüküm verdik. Nitekim bir kimse kırsal bir alanda bir konak inşâ etse, çöpünü atması vb. için harime ihtiyaç duysa bile harime hak sahibi olmaz ve ona harim tanınmaz. Çünkü bu konuda bir nass yoktur. Ebû Hanîfe ve İmâmeyn'in görüşlerinin asılları bu şekilde ortaya çıktığına göre nehir sahibi ile arazi sahibi arasında hukuki bir anlaşmazlık ortaya çıksa zahir durum, Ebû Hanîfe'ye göre arazi sahibi lehine; İmâmeyn'e göre ise nehir sahibi lehine delildir. Böylece bu konudaki imamlar arasındaki ihtilaf noktası da açığa çıkmış oldu.

Konuyu başka bir açıdan ele alacak olursak: İmâmeyn'e göre [hukuki anlaşmazlıkta] zilyedin sözü dikkate alınır. Burada zilyed nehir sahibidir. Zira nehrin harimini, suyu nehirde tutmak ve nehrin çamurunu oraya atmak için fiilen kullanmakta olan odur. Kullanım da zilyedliktir. Dolayısıyla onun sözü kabul edilir. Ebû Hanîfe'ye göre ise harim, şeklen araziye daha çok benzetilmektedir. Zira harim de arazidir, nehir ise arazi değildir. Aynı zamanda harim, içerik ve mana olarak da araziye benzetilmektedir. Zira her ikisine de ağaç dikilebilir ve ekin ekilebilir. Dolayısıyla zahir durum, tarafların anlaşamadıkları şeye (harime) en çok benzeyen şeyi (arazi) kim elinde bulunduyorsa onun lehine bir delildir. Nehrin kenarında suyu tutan kısımda hukuki bir anlaşmazlık yoktur, anlaşmazlık bu kenarın dışında ağaç dikmeye elverişli olan kısım ile ilgilidir [bu yüzden arazi sahibinin sözü esas alınır].

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Şöyle bir itiraz gelebilir: “Ebû Hanîfe'nin, burada nehri temizleme vb. hususlarda harime olan ihtiyacın hakiki olmayıp vehme dayandığı şeklindeki deliliyle ilgili izahı, ilgili örnekteki hukuki tartışmanın aynı zamanda suyu kanalda tutan şeyle [yani nehrin kenarları ile] de ilgili olduğunu göstermektedir. Ebû Hanîfe'ye göre suyun sahibinin buna da hakkı yoktur. Oysa yukarıda geçen ‘Nehrin kenarında suyu tutan kısımda bir hukuki anlaşmazlık yoktur.’ hükmü bununla çelişmektedir.” Bu itiraza şöyle cevap verilir: Bu konuda iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre meselenin hükmü, imamların yukarıdaki ihtilafına göredir. Başka bir görüşe göre ise -ileride geleceği üzere- nehir sahibinin suyu tutan kenardaki kısma sahip olduğu hususunda imamlar arasında ittifak vardır. Buna göre bu görüşlerin birine burada, diğerine ise sonra işaret edilmiştir.

وهنا يتأتى إلا أنه يلحقه حرجٌ في نقل طينه والمشي في وسطِ النهر فأخذنا فيه بأصلِ القياس، ألا يرى أن من بنى قصرًا في مفازة لا يستحق الحریم وإن كان يحتاج إليه لإلقاء الكُناسة لعدم ورود النص وإذا ثبت الأصلان فعند النزاع الظاهرُ شاهدٌ لربِّ الأرض عنده ولربِّ النهر عندهما فظَهَرَ الخلافُ. ٥

ولو جُعِلت المسألة ابتدائيةً فلهما أن القول لذي اليد وهو ربُّ النهر لأنه مستعملٌ لحریم النهر لاستمساك الماء في النهر وإلقاء الطين عليه والاستعمال يدٌ فيقبل قوله، وله أن الحریم أشبه بالأرض صورةً لاستوائهما بخلاف النهر، ومعنى لصلاحيّتها للغرس والزرع والظاهرُ شاهدٌ لمن في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه ولا منازعةً فيما به استمساك الماء إنما المنازعةُ فيما وراءه عما يصلح للغرس. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: ما مرّ من تقرير دليل أبي حنيفة من أن الحاجة هنا موهومةٌ باعتبار الكري الخ يدُّ على أن النزاع فيما به استمساك الماء أيضًا وليس لربِّ الماء ذلك أيضًا عند أبي حنيفة فقوله «ولا منازعةً فيما به استمساك الماء الخ» يُنافيه. يجاب: بأن فيه قولين قيل هو على الخلاف، وقيل لربِّ النهر وفاقًا كما سيجيء فأشار إلى أحدهما هنا وثمة إلى الآخر ١٥

Aynı şekilde şu sözüyle de bu son görüşe işaret edilmiştir: Eğer nehir sahibi suyu, harim ile tutuyor ve arazi sahibi de suyun arazisine taşmasını bu harim ile engelliyorsa harimin kullanılmasında eşit seviyede olmuş olurlar. Yukarıda açıklanan gerekçeden dolayı da arazi sahibi tercih edilir. Ancak arazi sahibinin nehrin kenarını ve harimi yıkma hakkı yoktur. Zira nehir sahibinin suyu nehirde muhafaza etme hakkı vardır ve arazi sahibi nehrin kenarını yıkarak nehir sahibinin bu hakkını iptal edilemez. Nitekim bir kişiye ait duvarın üzerinde başkasının girişleri olsa bu durumda duvar sahibinin giriş sahibinin hakkına riayet etmesi gerektiğinden, duvarını yıkma hakkı yoktur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu konuda esas alınan sahih görüş, suyu nehirde tutan kenarların, ihtilafsız olarak nehrin sahibine ait olduğudur. Şeyh'in dile getirdiği "Ebû Hanîfe'nin, burada nehri temizleme vb. hususlarda harime olan ihtiyacın hakiki olmayıp vehme dayandığı şeklindeki deliliyle ilgili izahı, ilgili örnekteki hukuki tartışmanın aynı zamanda suyu kanalda tutan şeyle [yani nehrin kenarları ile] de ilgili olduğunu göstermektedir." ifadesinin delâleti kabul edilemez. Çünkü nehrin kenarlarına olan ihtiyaç kesin ve şüphesizdir. Bundan dolayı Ebû Hanîfe'nin "Nehirdeki harime ihtiyaç vehimdir." şeklindeki ifadesinin anlamı, nehri tutan kenarın dışındaki fazlalık olan harime ihtiyaç olmadığı şeklindedir. Fazla harime ihtiyacın olmaması, nehrin suyunu tutan kenarlar ile ilgili tartışma olmasını gerekli kılmaz. Ayrıca nehri tutan kısım ile ilgili imamlar arasında bir ihtilaf olmadığı Kuhistânî'nin şu ifadelerinde de görülmektedir: "Musannifin¹ ifadelerinde tesamüh vardır. Çünkü nehrin suyunu tutan kenarların nehrin sahibine ait olduğu konusunda imamlar arasında bir ihtilaf bulunmamaktadır." *el-İhtiyâr*'da ise şöyle geçmektedir: "Meşâyihimizden muhakkik olanlar şöyle demiştir: İmamların ittifakıyla nehrin, içinden çıkarılacak çamur vb. şeylerin atılacağı yer kadar olan bir harimi vardır."² Kuhistânî, *el-İhtiyâr*'daki bu bilgiyi naklettikten sonra "Tetimme'de de geçtiği üzere sahih olan görüş budur." demektedir.³

Şeyh'in "Nitekim bir kişiye ait duvarın üzerinde başkasının girişleri olsa bu durumda duvar sahibinin giriş sahibinin hakkına riayet etmesi gerektiğinden, duvarını yıkma hakkı yoktur." şeklindeki ifadeleri *el-Bedâi*'de şu sözler ile dile getiren aslın bir fûrû'udur: "Başkasının hakkı ilişmesi durumunda bir insanın kendi mülkündeki tasarrufunun engellenmesi câizdir. Mesela bir kimsenin duvarının üstünde başkasına ait bir giriş varsa ve duvar sahibi kendi duvarını yıkmak isterse bu fiili engellenir."

1 Musanniften kasıt Kirmânî'dir. Bk. Kuhistânî, age, s. 517

2 Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 68-69

3 Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, s. 516-517

كما أشار إليه بقوله على أنه إن كان ربُّ النهرِ يُمسك ماءَ نهرِه به فربُّ الأرض يدفعُ الماءَ بالحريمِ عن أرضِه فقد استويا في استعمالِ الحريمِ ويرجَّحُ ربُّ الأرضِ من الوجهِ الذي مرَّ ولكن ليس له أن يهدمه لأن ربَّ النهرِ حقَّ حفظ الماءِ في نهرِه فلا يبطل حَقَّه بهدمه كحائطٍ لرجلٍ ولآخرَ عليه جذوعٌ ليس لربِّ الحائطِ أن يهدمَ الحائطَ رعايةً لحقِّ ربِّ الجذوعِ. ٥

[فاضل أمير] نقول: القول الصحيح المعول عليه هنا هو أن ما به استمسك الماء فهو لرب النهر بلا خلاف وأن دلالة قوله الجامعة موهومة باعتبار الكري على أن يكون فيما به استمسك الماء نزاع أيضا غير مسلم لأن من البين أن الحاجة إلى ما به الاستمسك متحقق لا شك فيه فيكون المراد من قوله «الحاجة إلى الحريم في النهر موهومة» الحاجة إلى حريم زائد على قدر ما يستمسك به الماء فلا يلزم منه أن يكون نزاع فيما به استمسك الماء ويدل على أن لا نزاع فيه ما ذكره المولى القهستاني بقوله: وقد تسامح المصنف فإنه لا نزاع عندهم أن ما به استمسك الماء فهو لصاحب النهر انتهى. وقال في الاختيار قال المحققون من مشايخنا للنهر حريم بقدر ما يحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه بالاتفاق والمولى القهستاني بعد ما نقل من الاختيار هذا قال وهو الصحيح كذا في التتمة. ١٥

ثم ما ذكره الشيخ بقوله كحائطٍ لرجلٍ ولآخرَ عليه جذوعٌ الى آخره من فروع أصل ذكره في البدائع بقوله: ويجوز أن يمنع الإنسان من التصرف في ملكه لتعلق حق الغير به كحائط الإنسان عليه جزوع غيره فأراد هدم الحائط يمنع منه. ٢٠

MÜSÂKAT: SULAMA ORTAKLIĞI

1. Ratbede Müsâkât Akdi

[**Teshîl**] Arazi sahibi, bir ratbe¹ fidesini bakması ve sulaması için, kökleri ortadan kalkana ve ürün vermekten kesilene kadar âmile verse ve taraflar ürünün aralarında ortak olması için anlaşsalar bu fâsit bir akittir. Hurma ve diğer ağaçlarda da bu hüküm geçerlidir. Çünkü -âdeten- bunların üründen kesilmesinin bilinen bir süresi yoktur. Müsâkât akdinde ise sürenin bilinmemesi akdi fâsit kılar.

Ağaç, ratbe ve patlıcan fidelerinde müsâkât akdi yapmak sahihtir. Ratbe müsâkât akdi ile [âmile] verildiğinde sürenin beyan edilmesi şart değildir; akdin süresi bu ratbe tohumunun olgunlaşmasına kadar uzar. Çünkü ratbenin tohumunun olgunlaşması tıpkı meyvenin ağaçta olgunlaşması gibidir. Konu *el-Vikâye*'de bu şekilde yer alır. *el-Vikâye* şârihi Sadruşşerîa şöyle der: “Ratbe genellikle tohumu için ekilmez; aksine senede altı ya da daha çok kez ürünü toplanır. Eğer tohum için ekilmişse ürünü bir kez toplanır, sonrasında tohumlar olgunlaşana kadar bitki olduğu gibi bırakılır. Tohumu alınmayan ürünlerde müsâkât akdinin süresi, ilk seneye kadardır, yani akrit yapıldıktan sonra ratbenin biteceği vakte kadardır.”²

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu cümle ile Sadruşşerîa şunu kastetmektedir. Akdin süresinin tohumların olgunlaşmasına kadar değil, ilk sene elde edilecek olan hasat üzerine kurulması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Konunun aslı şudur: Sadruşşerîa, Tâcuşşeria'nın “Ratbe tohumunun olgunlaşması, tıpkı ağaç meyvesinin olgunlaşması gibidir.” sözünden şunu anlamıştır: Ratbe müsâkât olarak [âmile] verildiğinde müddet zikredilmese de sahihtir. Bu durumda verildiği anda bitkisinin yeşermiş olması ile yeşermemiş olması, bitkisinin nihai derecede olgunlaşmak suretiyle akitten maksadın tohum elde etmek olmasıyla, olgunlaşmamış olup akitten maksadın tohum elde etmeye veya bizatihi ratbenin kendisi olmasına muhtemel olması aynı hükme tabidir.

1 Ratbe (ç. rıtâb), salatalık, acur, karpuz, üzüm gibi ürünlere verilen erken bozulan bağ-bahçe ürünleridir. Bakliyat, ratbe değildir. Bk. Haddad, *el-Cevheretü'n-neyyire*, II, 65.

2 Sadruşşeria, *Şerhu'l-Vikâye*, neşr. Salâh Muhammed Ebu'l-Hâc, Müessesetu'l-Verrâk, Umman 2006, V, 78.

كتاب المساقات

١. المساقاة في الرطبة

[التسهيل] ولو دفع أصول رَطْبَةٍ على أن يقوم عليها ويسقيها إلى أن يذهب أصولها وينقطع نبتها على أن الخارج بينهما فهو فاسد وكذا النخل والشجر إذ ليس لانقطاعها نهاية معلومة عادةً وجهالة المدة في المعاملة تُفسد المعاملة. ٥

وصحّ في الشجر والرطبة وأصول الباذنجان فإذا دفع الرطبة مساقاةً لا يُشترط بيان المدة فيمتدّ إلى إدراك بذر الرطبة فإنه كإدراك الثمر في الشجر كذا في الوقاية وقال شارحها صدر الشريعة: الغالب أن البذر فيها غير مقصود، بل يحصد في كلّ سنة ستّ مرات أو أكثر وإن أريد البذر يحصد مرةً ويترك في المرة الثانية إلى أن يدرك البذر ففيما لا يؤخذ البذر ينبغي أن يقع على السنة الأولى أي على السنة التي تنتهي الرطبة بعد العقد.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يعني أنه ينبغي أن يقع على ما يحصد في السنة الأولى لا على البذر.

[فاضل أمير] نقول: أصل الكلام هنا هو أن مولانا صدر الشريعة قد فهم من قول تاج الشريعة «وإدراك بذر الرطبة كإدراك الثمر» أن المراد منه إذا دفع الرطبة مساقاةً يصح بلا ذكر المدة سواء كانت الرطبة نابتة وقت الدفع أو غير نابتة وسواء كان نباتها منتهياً وصار البذر مقصوداً أو لم ينته نباتها وكان محتملاً لأن يقصد منها البذر وأن يقصد حصادها رطبة.

Özetle ratbenin hiçbir kayda tabi tutulmadan mutlak olarak âmile verilmesi fakihlere göre câiz olmayıp, sahih olan durum; bahçe sahibinin ratbeyi henüz tohumları çıkmadan bitkisi olgunlaştıktan sonra vermesi ve âmilden tohumlar çıkıncaya kadar ratbeye bakmasını istemesidir. Nitekim Kuhistânî; Kirmâni ve diğer bazı fakihlere dayandırarak böyle söylemektedir.¹ Kuhistânî ratbenin müsâkât olarak verilmesi hâlinde süre belirtilmemesi durumunda câiz olan tek hâlin bu suret olduğunu ifade etmiş, bu açıklamalardan sonra Sadruşşerîa'nın *el-Vikâye* sahibine yaptığı itiraza mahal olmadığını ifade etmiştir. Kuhistânî'nin bahsettiği itirazdan maksat Sadruşşerîa'nın şu sözüdür: “Derim ki: ratbenin müsâkât olarak verilmesi hâlinde genelde akitten maksat tohum değildir. Zira ratbe yıl içinde altı veya yedi defa hasat edilir. Şayet bu akitten maksat tohum olsaydı bir defa hasat eder, ardından ikinci defa tohumu elde edinceye kadar olduğu gibi bırakırdı. Tohumun alınmadığı durumda ise müsâkâtın sadece ilk yıla mahsus olması, yani akitten sonra ratbenin olgunlaştığı seneye ait olması gerekirdi.” Şeyh, Sadruşşerîa'nın ibaresini olduğu gibi nakletmiştir. Molla Hüsrev, Sadruşşerîa'nın *el-Vikâye*'nin ibaresini anlamadaki kusurunu fark ettiğinden *el-Gurer*'de farklı bir ibare kullanarak şöyle demiştir: “Şayet devşirilme zamanı gelmiş ratbeyi tohumu çıkıncaya kadar bakması için yarı yarıya âmile teslim etse vakit zikredilmesede de istihsânen câiz olur. Zira tohumların çıkma zamanı çiftçiler nezdinde malumdur. Tohumun çıkması âmilin emeğiyle olduğu için çıkan ürünün ortaklaşa paylaşılmasını şart koşmak sahih olur.”

Molla Hüsrev gibi İbrahim el-Halebî de *el-Mültekâ*'da fakihlerin “muayyen bir süre belirtilmeden ratbenin müsâkât olarak verilmesi câizdir. Bu durumda akit tohumların çıktığı zaman için yapılmış olur.” şeklindeki sözlerini tahsis ederek, “Ratbe üzerine yapılan müsâkât akdi tohumların çıkması zamanına mahsustur.” dedikten sonra şöyle devam etmiştir: “Hurma ağacını veya ratbenin kökünü bakım yapması için âmile verse veya hiçbir kayda tabi tutmadan ratbeyi müsâkât olarak teslim etse akit fâsit olur.” Halebî'nin son cümlesinden anlaşıldığı kadarıyla süre belirtilmeden müsâkât olarak verilen ratbenin sahih olan şekli tam olarak olgunlaştıktan sonra verilmesidir ki bu durumda akitten maksadın tohum elde etmek olduğu anlaşılmıştır.

1 Kuhistânî, *Câmi'ur-Rumûz*, s. 513.

والحال أن هذا الدفع على الإطلاق ليس بصحيح عندهم بل الصحيح هو أن يدفعها بعد ما تنهى نباتها ولم يخرج بذرها فيقوم عليها ليخرج البذر كما قال به القهستاني معزوا إلى الكرمانى وغيره وأفاد أن الجائز بلا ذكر المدة ما هو إلا هذه الصورة من صور دفع الرطبة مساقاة ثم قال فعلى هذا لا يرد ما ذكره المصنف في الشرح من الاعتراض وأراد بالاعتراض ما ذكره صدر الشريعة بقوله أقول الغالب أن البذر فيها غير مقصود إلى آخر ما ذكره في شرح الوقاية ونقله الشيخ الشارح هنا بعبارته والمولى خسرو لما تفتن بما في فهم صدر الشريعة من الخلل غير العبارة في الغرر وقال: دفع رطبة انتهى جزاها على أن يقوم عليها حتى يخرج بذرها ويكون البذر بينهما نصفين جاز بلا ذكر الوقت استحسانا لأن لإدراك البذر وقتًا معلومًا عند المزارعين والبذر إنما يحصل بعمل العامل واشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا انتهى.

وكذا مولانا الحلبي أتى في ملتقى الأبحر بما يفيد التخصيص بما هو المراد من قولهم «جاز دفع الرطبة بلا ذكر المدة مساقاة وتقع على إدراك بذرها» حيث قال بعد قوله «وفي الرطبة على إدراك بذرها»: ولو دفع نخيلا أو أصول رطبة ليقوم عليها أو أطلق في الرطبة فسدت انتهى. فاستفيد من قوله أخيرًا أنّ ما جاز في دفع الرطبة بلا ذكر المدة هو ما دفع رطبة انتهى نباتها وظهر أن المقصود هو البذر.

Allâme [İbn Kemâl] ise *el-Îzâh*'ta şöyle demiştir: “*el-Kâfi*’de şöyle denilmiştir: Toprakta bitmiş olan ratbenin kökünü müsâkât akdiyle âmile verse ve herhangi bir süre belirtmese akit fâsit olur. Zira ratbenin olgunlaştığı muayyen bir süre yoktur, yani ne zaman olgunlaşacağı belli değildir. Meyvenin aksine toprakta bırakıldığı sürece büyüme devam eder. Yaptığımız bu açıklama tam olarak anlaşılıyorsa Sadruşşerâ’nın “Derim ki: Ratbenin müsâkât olarak verilmesi hâlinde genelde akitten maksat tohum değildir...” şeklindeki sözlerinin ne kadar geçersiz olduğu da anlaşılabilir.

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

2. Boş Bir Arazide Ağaç Dikmek Üzere Âmilin, Arazi Sahibi ile Ortak Olması

[**Teshîl**] Bir kimse, boş bir araziye başka birine, belirli bir süreliğine orada ağaç dikmesi ve arazi ile ağaçların aralarında ortak olması şartıyla verirse bu akit sahih olmaz. Çünkü burada daha henüz ortaklık kurulmadan, var olan bir şey (arazi) üzerinde ortaklık şart koşulmuştur. Böyle bir durumda meyve ve dikilen ağaçlar arazi sahibinin olur, âmil ise diktiği ağaçların bedelini ve çalışmasının ücretini hak eder. Çünkü yapılan bu işlem “değirmencinin ölçüğü” meselesi gibidir. Zira burada çalışması sonucu ortaya çıkacak ürünün bir kısmı-ki bu yarısıdır- karşılığında âmilin kiralaması anlamı vardır. Dikilen ağaçlar, ağaçları diken âmile ait olmaz; çünkü âmil, ağaçları hem kendi hem de arazi sahibinin rızasıyla dikmiştir. Bu yüzden ağaçlar araziye tabi hâle gelmiştir.

وقال مولانا العلامة في الإيضاح: وفي الكافي لو دفع إليه أصول رطبة نابتة في الأرض معاملة ولم يسمّ الوقت فهو فاسد لأن الرطبة ليست لها غاية ينتهي إليها نموها ولكنها تنمو ما تركت في الأرض بخلاف الثمر وإذا تحققت هذا فقد وقفت على فساد ما قيل الغالب أن البذر فيها غير مقصود بل تحصد إلى آخر ما ذكره صدر الشريعة؛ انتهى كلام العلامة. ٥

فظهر من هذه المذكورات أن مولانا صدر الشريعة قد بنى قوله على الاستخراج الكاسد فلم يرجع عند البصير الناقد، ولكن يتعجب من الشيخ الشارح مع كمال تتبعه الكافي وأخذ منه أكثر ما ذكره في المتن والشرح كيف خفي عليه ما في كلام صدر الشريعة من الخلل حتى تبعه في حل المحل. ١٠

٢. شركة العامل مع ربّ الأرض في الغرس

[التسهيل] ولو دفع فضاء أي أرضاً خالية مدة معلومة ليغرس وتكون الأرض والشجر بينهما لا يصحّ لاشتراط الشركة فيما هو حاصل قبل الشركة وكان الثمر والغرس لربّ الأرض وللآخر قيمة غرسه وأجر عمله لأنه في معنى قفيز الطحان لأنه استتجاراً ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان وإنما لا يكون الغرس لصاحبه لأنه غرس برضاه ورضا صاحب الأرض فصار تبعاً للأرض. ١٥

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “Âmil ağaçları, tarafların karşılıklı rızasıyla yarısı kendisine ait olmak üzere dikmiş olduğundan, ağaçların tamamının arazi sahibinin olmaması gerekir.” diye itiraz edilecek olsa, buna şu şekilde cevap vermek mümkündür: Arazi üzerindeki ortaklık
5 fâsit olup arazi tümüyle arazi sahibinin olduğunda üzerinde bulunan ağaçlar da araziye tabi olur. Buna cevaz vermenin yolu (hîle) ise şöyledir: Arazi sahibi ağaçların yarısını, arazinin yarısı karşılığında âmile satar ve âmili küçük bir bedel karşılığında üç sene gibi bir süreyle kendi payında [yani arazinin diğer yarısında] çalışmak için ücret ile tutar.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Kuhistânî'nin zikrettiklerine muttali olmadan Şeyh'in söz konusu ettiği itirazın anlamı açığa çıkmaz. Kuhistânî şöyle der: “Bir kimse birine bir fezâ yani büyük ve tamamen boş bir araziyi -fezâ'nın tanımını İbnu'l-Esir zikretmiştir- orada ağaç dikmesi ve yetişecek ağaçlar ile arazide ortak olması şartıyla verse bu müsâkât akdi sahih
15 olmayıp fâsittir. Çünkü burada âmilin ameli ile elde edilemeyecek bir şeyde ortaklık şart koşulmuştur yani arazide ortaklık şart koşulmuştur. Nitekim Kirmânî'de böyle geçmektedir. Bu ifadede, arazi sahibinin araziyi ağaç yetiştirmek için verip ağaçların aralarında ortak olmasını şart koşması durumunda akdin sahih olacağına işaret olduğu gibi, -ister ağaç-
20 lar arazi sahibine ait olsun ister âmile ait olsun- ağaç veya meyvelerde ortak olmanın şart koşulmasının da sahih olduğuna işaret vardır. Nitekim *en-Nütef* ve diğer kitaplarda da böyle geçmektedir.”

Şeyh'in itirazının açığa kavuşması için bu zikredilenlere muttali olunması şarttır, dedik, çünkü arazi sahibinin boş bir araziyi verip ağaç dikmesi ve sadece yetişecek ağaçlar konusunda ortak olmaları konusunda
25 müsâkât yapmalarının câiz olduğu bilinmezse Şeyh'in “Âmil ağaçları, tarafların karşılıklı rızasıyla yarısı kendisine ait olmak üzere dikmiş olduğundan, ağaçların tamamının arazi sahibinin olmaması gerekir.” sözünün anlamı ortaya çıkmaz.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: غرس بتراضيهما على أن يكون نصفُ الشجر له فينبغي أن لا يكون الكلّ لصاحب الأرض؟ يمكن أن يجاب: بأن الشركة في الأرض لما فسدت وصار كلُّ الأرض لصاحب الأرض استتبع ما فيها من الشجر، وحيلة الجواز: أن يبيع نصفَ الأعراس بنصف الأرض ويستأجر صاحب الأرض العامل ثلاث سنين مثلاً بشيءٍ قليلٍ ليعمل في نصيب رب الأرض.

[فاضل أمير] نقول: لا يتضح هذا السؤال وروداً إلا بعد الاطلاع على ما ذكره المولى القهستاني حيث قال: دفع إلى آخر فضاء أي أرضاً واسعةً خاليةً فارغةً -ذكره ابن الأثير- ليغرس الآخر فيها غرساً ويكون الأرض والشجر بينهما لا يصح المساقاة وتفسد لاشتراط الشركة فيما كان حاصلًا لا بعمله وهو الأرض كما في الكرمانى وفيه إشارة إلى أنه لو دفعها للغرس على أن يكون الشجر بينهما يصح وإلى أنه لو شرط أن الثمر أو الشجر بينهما يصح سواء كان الغرس لرب الأرض أو للعامل كما في التنف وغيره انتهى.

وإنما قلنا لا يتضح وروده إلا بالاطلاع على هذا لأن جواز المساقاة فيما دفع فضاء ليغرس ويكون الشجر فقط بينهما ما لم يعلم لا يظهر وجه قول الشيخ «غرس بتراضيهما على أن يكون نصف الشجر له فينبغي أن لا يكون الكل له».

NİKÂH: EVLENME

1. İki Zimmînin Şahitsiz Olarak Evlenmesi

[**Teshîl**] İki zimmî şahidin huzurunda Müslüman bir erkek, zimmî bir kadınla evlense, Muhammed, Züfer, Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre bu akit bâtil olur. Zimmînin Müslüman hakkındaki şahitliği dinlenmeyeceği için bu zimmî şahitler akdi yapan Müslüman'ın sözünü işitmemiş gibi olurlar. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre ise zimmî şahitlerin evlenen zimmî kadın hakkındaki şahitlikleri makbul olduğundan bu evlenme sahihtir. Akdin amacı, cinsel yararlanma hakkının (milk-i mut'a) sağlanması olduğundan, bunların şahitliği ile nikâh akdi kurulur; ancak Müslüman'ın evlenme akdini inkâr etmesi durumunda zimmî şahitlerin evliliğin varlığı yönündeki şahitliği dikkate alınmaz. Eğer evlenmeyi inkâr eden taraf zimmî kadın ise şahitlikleri muteberdir.

Bize göre iki zimmî arasındaki evlenme akdi şahitsiz de câiz olur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Aslında iki zimmînin şahitsiz evlenmesinin Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre câiz olmaması gerekir. Çünkü Ebû Yûsuf ve Muhammed bizim muamelata ilişkin hükümlerimizin zimmîleri de bağladığı görüşündedir. Nikâh akdi de mehir bahsinin sonlarında geleceği üzere muamelat kapsamındadır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *et-Tecrîd*'de şöyle geçmektedir: "Akitler hususunda Müslümanlara haram olan şeyler zimmîler için geçerlidir. Ancak nikâh akdinde şahitlerin olmaması gibi bir şartın eksik olması sebebiyle Müslümanlar arasında fâsit olan şeyler, üç imamıza göre zimmîler hakkında sahihtir." Buradan ortaya çıkmaktadır ki Şeyh'in, "İmâmeyn'in muamelat konusunda zimmîlere ahkâmımızı lazım görmeleri şeklindeki ilkeleri, şahitsiz kıydıkları nikâhın câiz olmamasını gerektirir." diyerek onların asıllarına yönelik itirazı, Şeyh'ten gaffet ile sadır olmuş sözlerdir. Çünkü şahitsiz nikâhın fâsit olması gibi hükümler muamelat konusunda onlar hakkındaki istisnai hükümlerimizdendir.

كتاب النكاح

١. نكاح الذميين بغير شهود

[التسهيل] ولو تزوج مسلمٌ ذمياً عند ذميين أبطله مزعاً كأن لم يسمعا كلامَ المسلم إذ لا يُسمع شهادةُ الذميِّ على المسلم، ولهما أن شهادتهما عليها تُقبل والغرضُ المتعُة فينعقد النكاح بشهادتهما لكن لا تُقبل على المسلم لو جحدَه بخلاف الذمية.

وأجزناه بين ذميين بلا شهود.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يلزم أن لا يجوز عند أبي يوسف ومحمد أيضاً لأنهما يُلزمانهم أحكامنا في المعاملات وهذا منها كما يجيء في أواخر فصل المهر.

[فاضل أمير] نقول: قال في التجريد: وما حرم على المسلمين من العقود فإنها منقسمة في حق أهل الذمة فما فسد بين المسلمين لفقده شرط كالنكاح بغير شهود فهو صحيح في حقهم في قول أئمتنا الثلاثة انتهى. فعلم منه أن ما ذكره الشيخ الشارح مورداً على أصل أبي يوسف ومحمد بأن أصلهما وهو أنه يلزم على أهل الذمة أحكامنا في المعاملات يقتضي عدم جواز النكاح بغير شهود لأهل الذمة عندهما قد كان ناشئاً عن الغفلة من أن مثل فساد النكاح بغير شهود مستثنى عن أحكامنا في المعاملات.

Ayrıca Ebu'l-Fazl el-Kirmânî *et-Tecrîd*'de şöyle der: “Mahrem kişilerle evlenmek, beş kadınla evlenmek, iki kız kardeşle beraber evli olmak gibi hükümlerimiz zimmîler hakkında da -icmâ ile- fâsittir. Kudûrî böyle zikretmektedir. Ebû Yûsuf'a göre [onlar için de fâsit olan bu tür bir nikâh akdi yaparlarsa] ister mahkememize intikal etmiş olsun, ister olmasın kâdî durumdan haberdar olduğunda aralarını tefrik eder. Muhammed'e göre ise karı veya kocadan biri bizim hükümlerimize uymaya razı olmuşsa ve durum mahkemeye intikal etmişse kâdî aralarını ayırır. Ebû Hanîfe'ye göre durum mahkememize intikal etmediği sürece kâdî aralarında ayrılığa hüküm vermez. Zimmî karısını üç talâk ile boşasa veya onunla muhâlea yapsa ve buna rağmen kadınla karı-koca hayatı yaşamaya devam etse durum mahkemeye intikal etmemiş olsa bile kâdî aralarında ayrılığa hükmeder.

2. İki Kız Kardeşle Evlenilmesi ve Hangisinin Nikâhının Önce Olduğunun Bilinmemesi

[Teshîl] İki kız kardeşle iki ayrı akit yaparak evlenen ve bu akitlerden hangisinin daha önce olduğunu bilmeyen kişi, henüz bunlardan biriyle cinsel ilişkiye girmemişse araları tefrik edilir. Kız kardeşler de hangisinin nikâhının daha önce olduğunu bilmediklerini söylerlerse aralarında anlaşmadıkları sürece bunlara [mehir olarak] bir şey verilmez. Çünkü mehri hak edenin kim olduğu bilinmemektedir. Dolayısıyla ya birisinin kendisinin nikâhının önce olduğunu iddia etmesi ya da anlaşmaları gerekir. “Mehrin yarısı bizim hakkımız. Aramızda hak ile hükmet. Bizim onda mehir alacağımız var. Bu hak bizden başkasına gidemez. Mehrin yarısını almak üzere anlaştık.” diyerek anlaşacak olurlarsa hâkim bu yönde hüküm verir. İki kız kardeşten her biri, eğer beyyine getirerek veya beyyinesiz olarak kendi akdinin daha önce olduğunu iddia ederse, mehirlere yarısından azını alırlar. Çünkü taayyün eden budur ve biri diğerine öncelikli olmadığı için yarım mehri aralarında paylaşırlar. Böyle olmasının sebebi şudur: İkinci nikâh bâtıldır ve mehri gerektirmez. İlk nikâh ise sahihtir. Koca cinsel ilişkiden önce birincisinden ayrılmış olduğu için mehri yarısını vermesi gerekir. Koca hangisinin önce olduğunu bilmediği için yarım mehri bu iki kadın aralarında yarı yarıya paylaşır. Kadınlardan her biri, kendisinin önce evlendiğine dair beyyine getirirse *Zâhirûr-rivâye*'ye göre kocanın ittifakla yarım mehri vermesi gerekir. Ebû Yûsuf'tan gelen bir rivâyete göre lehine hükmedilecek kişinin meçhul olması sebebiyle hâkimin hüküm vermesi imkânsız olduğundan kocanın bu durumda bir şey ödemesi gerekmez. Muhammed'den gelen bir rivâyete göre ise kocanın aralarında paylaşmak üzere kız kardeşlere tam mehri vermesi gerekir. Çünkü koca iki kadından birinin nikâhının sıhhatini ikrar etmiş olmaktadır. Sahih nikâh da tam mehri gerektirir. *el-Kâfî*'de de böyledir.

ثم قال أبو الفضل الكرمانى فى التجريد: وأما نكاح المحارم والجمع بين خمس نسوة ونكاح الأختين فهو فاسد بالإجماع فى حقهم هكذا ذكره القدورى ثم قال أبو يوسف يفرق القاضى بينهما إذا علم بذلك سواء ترافعوا إلينا أو لم ترافعوا وقال محمد إذا رضى أحدهما بحكمنا ورفع الأمر إلى القاضى يفرق بينهما وقال أبو حنيفة لا يفرق بينهما ما لم يترافعا إلينا ولو طلق الذمى امرأته ٥ ثلاثا أو خلعتها ثم أقام عليها فإنه يفرق بينهما وإن لم يترافعا.

٢. نكاح الأختين ولم يدر الأول

[التسهيل] ولو تزوج الأختين فى عقدين ولم يدر الأول ولم يدخل بواحدة منهما فرق بينه وبينهما فلو قالتا «لم ندر الأول» فلا شيء لهما ما لم تصطلحا ١٠ إذ المحقُّ جهل فلا بد من الدعوى أو الاصطلاح فلو اصطلحتا بأن قالتا «إنا مستحقتان نصف المهر فاحكم بيننا بالحق ولنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على أخذ نصف المهر» فيقضى القاضى أو ادعتا أوليةً بينة أو لا أخذتا أقل نصف مهريهما لتعين الأقل فتقتسمان ذلك النصف لعدم الترجيح وهذا لأن النكاح الأخير باطلٌ غيرٌ موجب للمهر والنكاح الأول صحيحٌ وقد فارق الأولى قبل الوطء فيجب نصف المهر ولا يُدرى أيُّ هو فنُصِّف بينهما وفيما إذا برهنت ١٥ كلُّ واحدة على السبق فعليه نصف المهر بالاتفاق فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أن لا شيء عليه لتعذر القضاء لجهالة المقضى له، وعن محمد أنه يجب عليه مهر تامٌ بينهما لأنه مقرٌ بصحة نكاح إحداهما والنكاح الصحيح يوجب كمال المهر كذا فى الكافى.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Sahih nikâh, zifafın gerçekleşmesi durumunda veya kocanın tefrikten önce ölmesi durumunda tam mehir gerektirir. Tartışılan husus ise zifaktan önceki duruma ilişkindir. Bunun için gerek anlaşmaları durumunda gerek beyyine olmaksızın öncelik iddiasında bulunmaları durumunda kızlara tam mehir değil; bölüşecekleri yarım mehir gerekir. Bu bakımdan Muhammed'in görüşünün şu şekilde ta'lil edilmesi daha uygundur: Kız kardeşlerden her biri beyyine getirdiğinde her biri mehrin yarısına hak kazanır; dolayısıyla kocanın, kızlara yarı yarıya bölüşecekleri tam mehir vermesi gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinde şöyle geçer: "Muhammed şöyle demektedir: Koca iki kadından birinin nikâhının sıhhatini ve boşamadığını ikrar etmektedir. Bu yüzden tam mehir vermesi gerekmektedir. Ebû Yûsuf'un ise bu konudaki cevabı şöyledir: Kadı'nın tefriki kocanın boşaması yerine geçmektedir. Bundan dolayı mehir aralarında yarı yarıya paylaşılır." Buradan ortaya çıkmaktadır ki Muhammed'in bakış açısına göre mehrin ikiye bölünmesi ancak kocanın zifaktan önce bizzat boşaması durumunda söz konusu olmaktadır. Burada ise [kadı tefrik etmiş olduğundan] kocanın boşaması söz konusu değildir, bu yüzden de mehir ikiye bölünmez. Sanki Muhammed, zifaktan önce kadı'nın tefrikini mehrin tamamlayıcısı gibi kılmıştır. Ebû Yûsuf'un vermiş olduğu cevaba göre ise kadı'nın tefriki, tıpkı kocanın boşaması gibidir; hatta böyle bir tefrik durumunda kadın "zifaktan önce boşanmış" kadın sözü kapsamına dâhil olur. Bu yüzden de mehrin yarısına hak kazanır.

Ayrıca Şeyh'in, Muhammed'in görüşü açısından tercih etmiş olduğu ta'lil, tam değildir; hatta sahih değildir. Bunun birinci nedeni şudur: Ebû Yûsuf ile Muhammed arasında zikredilen ihtilaf, sadece her iki kız kardeşin de kendi nikâhlarının daha önce olduğuna dair beyyine getirmeleri hususu ile ilgili değildir. Aksine bunun yanında her iki kız kardeşin beyyineleri olmadığı hâlde kendi nikâhının önce olduğunu iddia etmesi ve kocanın nikâhlarını ikrar edip "Hangisinin önce olduğunu bilmiyorum." demesi hususunda da cereyan eder. Nitekim *el-Bedâi'* ve *Şerhu Dürr-i'l-Bihâr* adlı eserlerde böyle geçmektedir. Şeyh'in zikretmiş olduğu ta'lilin kız kardeşlerin beyyinelerinin olmadığı hususta uygulanamayacağı açıktır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: النكاحُ الصحيحُ إنما يوجب كمال المهر إذا دخل بها أو مات قبل التفريق والكلامُ فيما قبل الدخول ولذا وجب نصف المهر بينهما لا كمال المهر في صورة الاصطلاح وكذا في صورة ادعاء الأولية بلا بينة فالأولى أن يعلل بأن كل واحد منهما لَمَّا برهنت استحققت نصف المهر ٥ فلزمه كمال المهر بينهما نصفين.

[فاضل أمير] نقول: قال في شرح المجمع للآياثلوغي وفي المصنفى إلا أن محمدا يقول إنه مقرّ بصحة نكاح إحداهما ولم يطلقها فيجب تمام المهر والجواب لأبي يوسف أن تفريق القاضي قائم مقام طلاق الزوج فيتتصف انتهى. فظهر منه أن نظر محمد في المسألة إلى أن تنصيف المهر ما ورد إلا في مطلقة قبل الدخول وهنا لم تكن مطلقة فلا يتتصف مهرها فكأنه يجعل التفريق ١٠ من القاضي قبل الدخول من مكملات المهر ألا ترى أن أبا يوسف أجاب عنه بجعل التفريق كالطلاق حتى يندرج تحت قوله «مطلقة قبل الدخول» ويترتب عليه حكم التنصيف.

ثم ما اختاره من التعليل عن جانب محمد ليس بتام، بل ليس بصحيح ١٥ أما الأول فلأن الاختلاف الذي ذكر بين أبي يوسف ومحمد ليس بمختص بصورة إقامة كل واحدة من الأختين بينة على^١ سبق نكاحها بل هو^٢ جار فيما ادعت كل منهما أنها هي الأولى ولا بينة لهما وأقر الزوج بنكاحهما وقال «لا أدري أيتهما الأولى» كما في البدائع وشرح درر البحار. ومن البين أن ما ذكره من التعليل لا يتمشى في هذه الصورة التي لا برهان لواحدة منهما.

İkinci neden ise şudur: Şeyh'in ta'lilde dile getirmiş olduğu "Kız kardeşlerden her biri beyyine getirdiğinde mehrin yarısına hak kazanır." ifadesi fukahamızca kesin ve sabit olan "Zifaktan önce tefrikin gerçekleştiği fâsit nikâhın hükmü yoktur; iddet de gerektirmez mehir de." ilkesiyle çelişmektedir. Kız kardeşlerden birinin nikâhının fâsit olduğu malum olduğu hâlde Şeyh, yapmış olduğu ta'lilde her iki kız kardeşe de mehrin yarısının verilmesi gerektiğini söylemiştir. Kaldı ki kendisi de birkaç satır öncesinde "Son nikâh bâtıldır ve mehri gerektirmez." sözleriyle bu rivâyeti aktarmıştır. Demek ki Şeyh rivâyet etmiş olduğu ibarelerden çıkan anlamı tam olarak idrak edememiştir.

3. Kişinin Kendi Cârîyesi ile Evlenmesi

[**Teshîl**] Bir kimsenin kendi cârîyesi ile evlenmesi haramdır. Çünkü [bu evlenme "sabit olanı sabit kılmak" anlamı içermektedir ve] zaten sabit olan bir şeyi bir daha sabit kılmak imkânsızdır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu görüş, *et-Teshîl*'in istibrâ bölümünde "Bir kimse satın aldığı cârîyeyi ihtiyaten nikâhlayabilir." şeklinde ifade edilen görüşle çelişmektedir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Çelişkinin "Kendi cârîyesi ile evlenmesi haramdır." ile "İhtiyaten nikâhlayabilir." sözleri arasında olduğu açıktır. Allâme, *el-Îzâh* adlı eserinde bu iki ifadeyi, çelişkiyi giderecek şekilde telif etmiş ve ihtiyatın cârîyeyi nikâhlamada olduğunu şöyle beyan etmiştir: "Kişinin cârîyesi ile evlenmesi hâlinde, eğer kadın üzerindeki mülkiyet sahih olmuşsa [yani cârîyesi sahih olarak mülkiyetine girmişse], bu durumda kişinin işlemiş olduğu haram, 'evlenme' fiildir. Ayrıca bu konuda bir mazereti bulunmaktadır ki o da [mülkiyetin sahih olmaması ihtimaline binaen] zinadan kaçınma düşüncesidir. Kişinin evlenmemesi hâlinde şayet kadın üzerindeki mülkiyet sahih olmamışsa bu sefer işlemiş olduğu haram, 'zina' fiildir. Ayrıca onun bu konuda bir mazereti yoktur. Çünkü evlenmeyi terk etmesi, onun haram olması sebebiyle değildir. Evlenmeyi terk etmesinin sebebinin evlenmenin haramlığı olduğunu farz etsek bile, zinanın haramlığı daha ağırdır. Bu durumda evlenmenin terk edilmesi değil, evlenmek ihtiyattır."

وأما الثاني فلأن قوله في التعليل «كل واحدة لما برهنت استحقت نصف المهر» يخالف بما تقرر وثبت عنهم من أنه لا حكم للنكاح الفاسد إذا وقع فيه التفريق قبل الدخول فلا يوجب العدة ولا المهر لأنه قد اعتبر في تعليقه هذا وجوب المهر لكل منهما ومعلوم أن نكاح واحدة منهما فاسد وقد قال الشيخ نفسه عن رواية قبل أسطر وهذا لأن النكاح الأخير باطل غير موجب للمهر فلم يتفطن بالمعنى الذي يستفاد من عباراته المروية.

٣. هل يحرم نكاح المولى أمته؟

[التسهيل] وحُرْمُ نكاحِ أمته لتعدُّرِ إثباتِ الثابت.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا ينافي ما مر في فصل الاستبراء من الشرح: أنه

لو شرى أمة يتزوجها احتياطاً. ١٠

[فاضل أمير] نقول: وجه المنافاة بين أن يقال «حرم نكاح أمته» وبين قوله

«يتزوجها» ظاهر. وقد وفق العلامة في الإيضاح بين هذين القولين على وجه

اندفع به المنافاة وتبين أن الاحتياط في تزوجها حيث قال 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 ١٥

الزنا ولا عذر له إذ ليس تركه التزوج لأنه حرام وعلى تقدير أن يكون تركه إياه

لحرمته فحرمه الزنا أشد منها فالاحتياط في التزوج لا في تركه انتهى.

Allâme'nin yukarıda geçen "...evlenmeyi terk etmesi, onun haram olması sebebiyle değildir." ifadesiyle kastı şudur: Adamın evlenmeyi terk etmesi, câriye üzerindeki mülkiyetin sahih olduğu ve evlenmeye ihtiyaç olmadığını zannetmesi sebebiyledir; yoksa evlenmenin haram olduğunu zannetmesi sebebiyle değildir. Zannı doğru çıkmayınca ve câriye üzerindeki mülkiyeti sahih olmayınca, doğru çıkmayan zannı sebebiyle zina fiilini irtikâp etmiş olur. Bu gibi zanlar haramı işleme konusunda özür olarak kabul edilmez. Allâme'nin "Evlenmeyi terk etmesinin sebebinin evlenmenin haramlığı olduğunu farz etsek bile, zinanın haramlığı daha ağırdır." şeklindeki ifadeleri, evlenmenin haram olması sebebiyle terk etmiş olmasının kabul edilmesi durumunda verilecek cevap mahiyetindedir.

4. Mahrem ve Namahrem Tek Bir Akitle Nikâhlanması

[**Teshîl**] Bir kimse, biri mahremi olan iki kadınla bir akitle nikâh akdi yapacak olsa akit mahremi olmayan kadın hakkında sahih olur. Bu durumda Ebû Hanîfe'ye göre belirlenmiş olan mehirin tamamı bu kadına ait olur. Çünkü akit, mahrem hakkında sahih olmadığı için mehir bütünüyle bu kadının için takdir edilmiş olur. İmâmeyn'e göre ise mehir her ikisine karşılık verildiği için bu kadın sadece mehr-i misildeki payını alır. Şâfiî de İmâmeyn ile aynı görüştedir. Mâlik'e göre ise bu kadın mehr-i mislin tamamını alır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Ebû Hanîfe'nin, kölenin ve müdebberin aynı satım akdine konu edilmesi durumunda akdin sadece köle hakkında ve satım bedelinin tamamı değil, sadece kendi hissesi mukabilinde sahih olacağını söylediği hatırlanacak olursa bu görüşle o görüş arasında bir çelişki olduğu görülür. Bu çelişki, "Akde başta dâhil olduğu için müdebberin satım bedelinde bir payı olabilir. Fakat mahrem kişi, akde hiç dâhil olmadığı için mehirde ona bir pay takdir edilmemiştir." denilerek giderilemez. Çünkü o zaman da şunu söyleriz: "Buna göre bir köle ile bir hür adamın birlikte satım konu edilmeleri durumunda, hür adam satıma dâhil olamayacağı ve dolayısıyla satım bedelinde bir payı ve bunda bir cehalet de bulunmayacağı için Ebû Hanîfe'ye göre satım bedelinin tamamının köleye ait olması gerekirdi. Oysa Ebû Hanîfe'ye göre köle ile hürün beraber satılması durumunda akit hiçbir şekilde [yani köle hakkında da] sahih olmamaktadır.

يريد بقوله «إذ ليس تركه الزوج لأنه حرام» أن تركه الزوج لظنه صحة ملكه إياها ولا حاجة إلى تزوجها لا لأن تزوجها حرام فإذا لم يستقم ظنه ولم يصح ملكه يكون ارتكابه فعل الزنا بظنه غير الواقع واقعا ومثل هذا الظن لا يكون عذرا في ارتكاب الحرام. وقوله «وعلى تقدير أن يكون تركه إياه لحرمة» جواب على تسليم أن يكون تركه الزوج لأنه حرام. ٥

٤. نكاح المحرم وغير المحرم في عقد واحد

[التسهيل] صح مضمومة لمحرم الزوج والمسماى كُله للمضمومة عند أبي حنيفة لأنه بدل عقد المضمومة لعدم صحة الأخرى، قالوا لها حظ مهر مثلها لمقابلة بهما ومعهما الشافعي ولم يأمرها بمهر مثلها.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل مذهب أبي حنيفة بمن جمع قنه ومدبره في البيع حيث صح في قنه بحصته لا بكل الثمن؟ ولا يجاب: بأن المدبر دخل في العقد كما مر في البيوع فاعتبر له الحصة بخلاف المحرم فإنها لم تدخل أصلا فلم تعتبر لها الحصة لأننا نقول: على هذا ينبغي أن يصح البيع في قنه بكل الثمن عند أبي حنيفة إذا جمع بينه وبين حر لأنه لا يدخل أصلا كما تقدم فلا حصة له ١٥ فلا جهالة مع أنه لا يصح عنده أصلا.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Ebû Hanîfe'nin bu konudaki görüşünün alım satımında köle ile müdebberin beraber satılması meselesine kıyaslanarak itiraz edilmesine Şeyh'in zikretmiş olduğu "Bu çelişki, 'Akde başta dâhil olduğu için müdebberin satım bedelinde bir payı olabilir. Fakat mahrem kişi, akde dâhil olamayacağı için mehirde ona bir pay takdir edilmemiştir.' denilerek giderilemez." şeklindeki cevap isabetlidir. Ayrıca Şeyh'in "Çünkü o zaman da şunu söyleriz: ..." ifadeleriyle dile getirdiği itirazı, "Alım satım fâsit şartla fâsit olur; fakat nikâh olmaz." şeklindeki fukahaca sabit olan ilkeyle def edilmiş olmaktadır. *et-Tebyîn* adlı eserin fâsit alım satım bölümünde şöyle geçer: "Birinci durumda yani hür ile kölenin beraber satılması durumunda, hür kesinlikle satıma dâhil olmaz. Eğer hür ile beraber satılan köle hakkında akit câiz kabul edilirse, bu kölenin baştan kendi hissesi karşılığında yapılmış bir akit olur, fakat [bu hissenin ne kadar olduğu bilinmediği için] akit esnasında semendeki cehalet sebebiyle akit câiz olmaz. Ancak nikâh konusu bundan farklıdır. Zira evlenmesi helal olan bir kadınla haram olan bir kadın aynı akitle nikâhlansa, helal olan kadın hakkında akit sahih olur. Çünkü nikâh akdi, fâsit şartlar ile fâsit olmadığı gibi mehrin bilinmemesiyle de fâsit olmaz. Dolayısıyla da sahih olur."

Buradan ortaya çıkmaktadır ki Şeyh'in söyledikleri, bu konuyu az araştırmış ve konu üzerinde az düşünmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü köle ile hürün beraber satılması durumunda Ebû Hanîfe'ye göre kölenin satımı sahih olmadığına göre nasıl olur da "Ebû Hanîfe'ye göre satım bedelinin tamamının köleye ait olması gerekir." denebilir. Akdin [köle hakkında] bütün semene mukabil sahih olması, ancak akdin sahih olmasından sonra tasavvur edilebilir.

5. Velinin, Küçük Çocuğa Ait Cârîyeyi Evlendirmesi

[Teshîl] Ebû Yûsuf'a göre baba küçük çocuğunun cârîyesini, başka biriyle evlendirebildiği gibi onun kölesiyle de evlendirilebilir. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise babanın, küçük çocuğunun cârîyesini ona ait bir köle ile evlendirme yetkisi yoktur.

[فاضل أمير] نقول: الجواب المذكور بقوله ولا يجابُ «بأن المدبّر دخل في العقد إلى آخره» جواب صحيح عما أورده على أبي حنيفة بمسألة الجمع بين قن ومدبر في البيع. وما ذكره بقوله «لأننا نقول على هذا ينبغي إلى آخره» فمدفوع بما ثبت عندهم من أن البيع يفسد بشرط فاسد لا النكاح؛ قال في التبيين في باب البيع الفاسد منه: وفي الفصل الأول وهو ما جمع بين حر وعبد الحر ونحوه لا يدخل في البيع أصلا فلو جاز البيع فيما ضم إليه لكان يباع بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة فيما ضمت إليها المحرمة فعقد عليهما جملة؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون صحيحًا انتهى. ١٠

وبهذا ظهر أن ما قاله الشيخ هنا من مفاصد قلة التأمل والتتبع لأنه لما لم يصح بيع القن هنا قطعًا عند أبي حنيفة كيف يقال ينبغي أن يصح بيعه عنده بكل الثمن وصحة البيع بكل الثمن لا يتصور إلا بعد صحة البيع.

٥. تزويج الولي أمة طفله

التسهيل يجيز أبو يوسف تزويج أمة طفله من قته كغير قته، ولهما أنه لم يملك تزويج قته. ١٥

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Burada aralarında herhangi bir ihtilaf olduğuna değinmeksizin Hanefî imamlara, babanın, küçük oğlunun câriyesini başka birinin kölesiyle evlendirmesinin câiz olduğu görüşü nisbet edilmektedir. Me'zûn bölümünde ise bu görüşün sadece Ebû Yûsuf'a ait olduğu söylenmişti. Bu iki ifade arasında çelişki vardır. Allah bilir belki de Ebû Hanîfe ve Muhammed'den bu yönde ikinci bir rivâyet vardır. Ben bunu yazdıktan sonra *el-Kâfi*'nin me'zûn bölümünde burada zikrettiğim ihtimali destekleyen şu ifadeleri gördüm: “*el-Hidâye*'de baba ve vasînin küçük çocuğa ait câriyeyi evlendirmesinin hükmünün imamlar arasındaki bu ihtilafa göre olduğu söylenir. Bu doğru değildir. el-Hâkim'in *el-Mesbû'ta* zikrettiğine göre baba küçük oğlunun câriyesini evlendirebilir. Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşüne göre vasî de baba gibidir.” Bu mesele ihtilafsız olarak mükâteb bölümünde de zikredilmiştir. Dolayısıyla bu konuda iki rivâyetin bulunması ihtimal dâhilindedir. Bir rivâyet, *el-Kâfi*'nin zikrettiği gibi, imamlar arasında ihtilafın bulunmadığı, hepsinin aynı görüşte olduğu yönünde, diğer rivâyet ise *el-Hidâye*'de geçtiği gibi aralarında ihtilaf bulunduğu yönündedir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Hem *el-Hâniyye* hem de muteber kitapların genelinde baba, dede, vasî ve kadî'nin küçük çocuğun câriyesini evlendirme yetkisi olduğu, küçük çocuğun kölesini evlendirme yetkisi olmadığı açıkça yer almaktadır. Allâme Kasanî -Allah ruhunu şad eylesin- *Bedâi'ûs-Sanâi'* adlı eserinde bu konuyu yeterli bir şekilde izah etmektedir. Onun ifadeleri şöyledir: “Baba, vasî, dede, mükâteb, mufâvaza şirketi ortağı, kadî ve kadî emini, adına tasarrufta bulunduğu kişinin câriyesini, ona ait olmayan bir köleyle veya hür biriyle evlendirme hakkına sahiptir. Çünkü bu tamamen adına tasarrufta bulunduğu kişinin yararına olan bir işlemdir. İnân şirketi ortağı, mudârib ve me'zûn köle ise Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre adına tasarrufta bulunduğu kişiye ait câriyeyi evlendiremez, Ebû Yûsuf'a göre evlendirebilir.”¹

Bu âciz kula göre; baba ve vasînin küçük kız ve erkek çocuğa ait câriyeyi, çocuğun kölesi dışındaki biriyle evlendirilmesinin câiz olduğu görüşü, meşâyihimizin ittifak ettiği ve rivâyetlerin de desteklediği görüştür. Her ne kadar bu rivâyetlere aykırı bazı görüşler yer alsada da dirâyet sahibi olanlar bunlara itimat etmez.

1 Kâsanî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, II, 245.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قالوا هنا إن الأب له أن يزوّج أمة طفله لغير قرن طفله بلا خلاف وُذكر في كتاب المأذون أن الأب له تزويجها عند أبي يوسف لا عندهما فبينهما منافاة! اللهم إلا أن يكون عنهما روايتان، وبعد ما كتبتُ هذا رأيتُ في كتاب المأذون من الكافي ما يدلّ على ما ذكرته فإنه قال: ذُكر في الهداية ما يُشير إلى أن الأب والوصي على هذا الخلاف وليس كذلك فقد ذُكر ٥ الحاكم في المبسوط أن للأب أن يزوّج أمة ابنه الصغير وكذلك الوصي في قول أبي حنيفة ومحمد وكذا ذكر هذه المسألة في المكاتب من غير ذكر خلاف فيحتمل أن يكون في المسألة روايتان في رواية كما ذكره الكافي بلا خلاف وفي رواية كما ذُكر في الهداية على الخلاف.

[فاضل أمير] نقول: المصرح به في الخانية وعامة المعتمرات أن للأب والجد والوصي والقاضي تزويج أمة الطفل لا عبده والعلامة الكاشاني روح الله روحه قد أتى في بدائع الصنائع بما هو أوفى بيان في الباب حيث قال: وأما تزويج الأمة حراً أو عبداً لغيرهما فيملكه الأب والجد والوصي والمكاتب والمفاوض والقاضي وأمين القاضي لأنه نافع محض، فأما شريك العنان والمضارب والمأذون فلا يملكون تزويج الأمة في قول أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف ١٥ يملكون انتهى.

فقد لاح للعبد العاجز أن جواز تزويج الأب والوصي أمة الصغير والصغيرة من غير قنهما مما اتفق عليه أقوال المشايخ وتعاضدت رواياتهم في الجواز وإن وقع قول يخالف هذه الروايات فلا اعتداد به عند أصحاب الدرايات.

Ben daha sonra *et-Tebyîn* adlı eserin me'zûn bölümünde *el-Kenz* sahibinin “Me'zûn köle, kendi kölesini evlendiremez.” ifadesini şerh ederken şöyle dediğini gördüm: “Ebû Yûsuf'a göre me'zûn köle, kendi kölesini evlendiremezse de kendi câriyesini evlendirebilir. *el-Hidâye* sahibi, baba ve vaşının küçük çocuğa ait câriyeyi evlendirme hükmünün de imamlar arasındaki mevcut ihtilafa göre olduğunu söylemiştir. Ancak bu hatalıdır. Çünkü *el-Hidâye* sahibi, mükâteb bahsinde meseleyi bizim zikrettiğimiz şekilde ele almış ve bu konuda imamlar arasında bir ihtilaf zikretmemiştir. Aksine baba ve vaşının, mükâteb gibi olduğunu söylemiştir. Keza *el-Mebsût*, *Muhtasaru'l-Kafl* ve *et-Tetimme* gibi ashabımızın kitaplarının genelinde de böyle geçmektedir.”¹

6. Nikâh ve Alım Satım Akitlerinin Kuruluşu Arasındaki Fark

[**Teshîl**] Çocuğun velisinin veya bir şahsın vekilinin veya bir kölenin efendisinin nikâh ikrarı Ebû Hanîfe'ye göre tasdik olunmaz. Yani bir kimse hâkim huzurunda küçük bir kız ile evlendiğini veya bir kadın, küçük bir erkek çocuğuyla evlendiğini iddia etse bu çocuğun babası da “Dün evlendirmiştim.” diyerek nikâhı ikrar etse Ebû Hanîfe'ye göre babanın ikrarı tasdik edilmez. Ancak bu akdın yapıldığına dair şahitler varsa veya çocuk buluşta erdiğinde evlenme iddiasını doğrularsa babanın ikrarı tasdik edilir. Keza efendinin “Kölemi dün evlendirdim.” şeklindeki sözü Ebû Hanîfe'ye göre beyyine veya kölenin tasdiki olmadan dikkate alınmaz. Aynı şekilde bir erkek veya kadının vekili, müvekkilini evlendirdiğini ikrar etse, vekâleti veren erkek veya kadın bunu inkâr etse, vekilin ikrarı Ebû Hanîfe'ye göre tasdik edilmez. Çünkü bu ikrar başkası hakkında yapılmış bir ikrardır. Bu şekildeki bir ikrar beyyine veya tasdik olmadan kabul edilmez. Efendinin câriyesi hakkında yaptığı nikâh ikrarı ise kölenin aksine, ittifakla kabul edilir. Çünkü câriyenin cinselliğinden yararlanma hakkı kendisinde olduğu için, efendinin bu ikrarı, esasında kendisi hakkında (kendi aleyhinde) bir ikrar sayılır. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise yukarıda sayılanların söz konusu ikrarları tasdik edilir. Çünkü onların akdi inşâ yetkisi vardır. Dolayısıyla tıpkı efendinin câriyesi hakkındaki ikrarı gibi bunların da ikrarları nâfiz olur.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, V, 207

ثم رأيت في كتاب المأذون من التبيين عند شرح قول صاحب الكنز «ولا يزوج مملوكه» أنه قال: وقال أبو يوسف يزوج الأمة دون العبد وجعل صاحب الهداية الأب والوصي على هذا الخلاف، وهو سهو فإنه ذكر المسألة بنفسه في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا، ولم يذكر فيها خلافاً، بل جعلهما كالمكاتب، وكذا في عامة كتب أصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتممة. ٥

٦. الفرق بين إنشاء البيع وإنشاء النكاح

[التسهيل] ولو أقرّ وليّ طفلٍ أو وكيلٌ شخصٍ أو مولى قنّ بنكاحه أي إذا ادّعى الرجل عند القاضي نكاحَ صغيرةٍ أو ادعت امرأةً نكاحَ صغيرٍ فأقرّ الأبُ بذلك وقال «زوّجتُ أمسٍ» فهو لم يصدّق عند أبي حنيفة إلا أن يشهد الشهودُ أو يكبرَ الصغيرُ أو الصغيرةُ فيصدّقُه. وكذا إذا قال المولى «زوّجتُ عبدي أمسٍ» لم يثبت عنده إلا بينةٍ أو بتصديقِ العبدِ، وكذا وكيلُ الرجلِ أو المرأةِ إذا أقرّ بالنكاحِ وأنكرَ الموكلُ أو الموكلّةُ لم يصدّق عند أبي حنيفة لأن هذا إقرارٌ على الغير فلا يُقبل إلا بينةٍ أو تصديقٍ ضدّ أمةٍ المقرّ فإن إقراره على أمته يُقبل وفقاً لأنه إقرارٌ على نفسه لأنّ منافع بُضعها له، ولهما أنه أقرّ بما له إنشاؤه أي ولايةُ الإنشاء قائمةٌ فنقدَ الإقرارُ عليهم كأمةٍ المقرّ. ١٥

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Vekâlet bölümünde geçtiği üzere, muayyen bir köle almaya vekil kılınan kişi bir köle getirirse ve müvekkiline “Bunu senin için satın aldım.” dese, müvekkili de “Hayır kendin için aldım.” dese, satım bedelini vekile vermiş olsun veya olmasın, vekil tasdik edilir. Zira bir kimse, ilk baştan yapma hakkına malik olduğu bir şeyi haber verirse, bey-yineye gerek olmaksızın tasdik edilir. Bunda [imamlarımız arasında] icmâ vardır. Dolayısıyla Ebû Hanîfe'nin ya iki konuda da aynı görüşte olması ya da bu iki konu arasındaki farklılığın belirtilmesi gereklidir. Çünkü her iki durumda da vekil, kendisinin ilk baştan yapma yetkisi bulunan bir şeyi haber vermektedir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in Ebû Hanîfe'nin görüşü açısından görüldüğü problemin özü şudur: Nikâh kıymaya vekil olan kişi müvekkile “Bu kadını seninle evlendirdim.” dese müvekkil ise bunu yalanlasa Ebû Hanîfe'ye göre vekilin sözü kabul edilmez. Fakat muayyen bir köle satın almaya vekil olan kişi, müvekkile “Bu köleyi senin için satın aldım.” dese [müvekkil bunu yalanlasa] Ebû Hanîfe'ye göre vekilin sözü kabul edilir. Her iki durumda da vekil haber verdiği konuda akdi yeniden yapma yetkisine sahiptir. [Hal böyleyken iki durum arasında farklı hüküm verilmesinin sebebi nedir?] Ebû Hanîfe açısından şöyle cevap verilebilir: Nikâhın inşâ edilebilmesi iki şahidin hazır olması ve akdi kuran iki tarafın beraberce irade beyanlarının işitilmesi gibi bazı şartlara bağlanmıştır. Nikâh akdinde bunlarsız sırf ihbâr, inşâ makamına geçemez. Oysa alım satımdaki akdin inşâsı böyle değildir [yani alım satım akdinin inşâsı için iki şahidin hazır olması ve akideynin irade beyanların işitilmesi şart değildir].

Ben nikâh ile alım satım akitlerinin inşâları arasındaki bu farkı tespit ettikten sonra Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinde bunu gördüm. Keza *el-Musaffâ*'da şöyle geçmektedir: İmâmeyn şöyle demiştir: Aslanan -töhmət söz konusu değilse- vekilin ikrarının itibara alınmasıdır. Burada ise bir töhmət söz konusu değildir, çünkü vekil bu akdi yeniden yapmaya yetkilidir. Ebû Hanîfe ise [nikâhta] ancak iki şahidin desteklemesi durumunda vekilin akdi yeniden inşâ etmeye malik olduğunu söyler. Vekil nikâh akdi yaptığını ikrar etse ve iki şahit de buna şahitlik yapsa bu durumda inşâ etmeye yetkili olduğu bir şeyi ikrar etmiş olur ve ikrarı da sahih olur.

[الشيخ بدر الدين] أقول: مرّ في كتاب الوكالة: أنه إذا عُيِّنَ قنٌّ فقال - وهو حيٌّ - «شريته لك» وقال أمره «لنفسك» صدّق مأموره دَفَعَ إليه ثمنه أو لا إذ أخبرَ عما يملك استثنائه فيصدقُ بلا بينة وهذا بالإجماع فلزمَ أبا حنيفة الفرقُ أو الاتحادُ في الحكم فإن الوكيلَ في كلِّ من الصورتين أخبرَ عما يملكُ إنشاءً واستثنائه. ٥

[فاضل أمير] نقول: زبدة ما استشكل به في قول أبي حنيفة رحمه الله: أن الوكيل بالنكاح إذا قال «زوّجته لك» وكذّبه الموكل لا يصدق الوكيل عنده؛ والوكيل بشراء قنٍّ معيّنٍ يصدق إذا قال «شريته لك» عنده مع أن في كل منهما يملك الإنشاء حين الإخبار. والجواب عنه هو أن إنشاء النكاح قد كان مشروطاً بشروط كحاضرة الشاهدين وسماع كلام العاقدين معاً فلم يقدّم الإخبار الخالي عنها مقام الإنشاء ولا كذلك إنشاء البيع. ١٠

وبعد ما وفقت بملاحظة هذا الفرق بين الانشائين رأيته في شرح المجمع للآيائلوغي وكذا قال في المصطفى وقالوا الأصل أن الإقرار يعتبر إذا لم يكن متهماً فيه ولا تهمة ههنا لأنه يملك إنشائه لكنه يقول إنما يملك الإنشاء إذا ساعده الشاهدان فإذا أقر وساعد الشاهدان على ذلك فقد أقر بما يملك الإنشاء فيصح إقراره. ١٥

7. Fuzûlînin İki Taraf Adına Akit Yapması

[**Teshîl**] Bir kadını rızası ile bir kişiyle evlendiren fuzûlî, o kişinin kabulünden evvel bu akdi bozamaz. Çünkü fuzûlî vekil değildir. Bir kimse kendisini belli bir kadınla evlendirmek üzere birini vekil tayin etse ve vekil, o kadının izni olmadan onu müvekkiliyle evlendirse, sonra da bu akdi bozsa veya evlendirdikten sonra yeni bir akit yapsa ilk nikâh bozulmuş olur. Çünkü vekilin vekâleti devam etmektedir. Akdin yenilenmesinin pratik sonucu mehir miktarının değişmesinde ortaya çıkar.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Gerek belli bir kadınla evlendirme vekâleti meselesi gerekse de öncesindeki [fuzûlînin evlendirme akdini yaptığı] mesele, her iki taraf adına tasarruf yetkisi olmasa bile, Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre de tıpkı Ebû Yûsuf'un savunduğu gibi, bir kişinin akdin iki tarafını temsil edebileceğini göstermektedir. Bu mesele az yukarıda tek-mileden önce "Aksi takdirde yani her iki taraf adına akdi yapan fuzûlî ise, Ebû Yûsuf buna tarafların icâzet vermesi şartıyla cevaz vermiştir..." sözləriyle zikredilmişti. Burada ise Ebû Hanîfe ve Muhammed'e ait bir farklı bir görüşe değinilmemiştir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in "Ebû Hanîfe ve Muhammed'in 'Bir kimse velâyeten, vekâleten veya asaleten iki taraf adına tasarruf yetkisine sahip olmadıkça nikâh akdinin iki tarafını temsil edemez.' şeklindeki görüşü, burada zikredilen belli bir kadınla evlenme ve öncesinde zikredilen meseleye uygun değildir. Zira her iki mesele de bir kişinin, tasarruf yetkisine sahip olmasa da akdin iki tarafını temsil edebileceğine delâlet etmektedir." şeklinde dile getirdiklerinin itiraz olabilmesi için, yukarıdaki meselede sarîh olarak zikredilen 'bir kişi' ile buradaki medlûl_aleyh olan meseledeki 'bir kişi'nin aynı olması gerekir. Oysa her iki meseleye bakıldığı zaman söz konusu 'bir kişi'nin aynı olmadığı görülmektedir. Aksine daha önce geçen meseledeki 'bir kişi' (fuzûlî), taraflar arasında yapmış olduğu akitte 'tek bir kelam (irade beyanı)' dile getiren kişi iken medlûl_aleyhteki 'bir kişi', iki ayrı irade beyanını dile getiren fuzûlîdir. Çünkü belli bir kadınla evlendirme meselesinde "Bir kadını rızası ile bir kişiyle evlendiren fuzûlî..." ifadesi kullanıldı, sonrasındaki vekil meselesinde ise "vekil, o kadının izni olmadan onu müvekkiliyle evlendirse..." ifadesi kullanıldı. Her ikisindeki evlendirmeden maksadın "mün'akid evlendirme" olduğu açıktır.

٧. تولى الفضولي طرفي النكاح

[التسهيل] ولو زوّجها فضوليّ برضاها لا ينقضه الفضوليّ قبل قبوله إذ ليس بوكيلٍ. ولو وكلّه بمعينة فزوّجها بلا إذنها فنقضه الوكيل أو جدّد العقد انتقض النكاح الأول لبقاء وكالته وثمرته التجديد تظهر في اختلاف المهر.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: مسألة الوكالة بالمعينة والمسألة التي قبلها تدلّ على أن الواحد يجوز أن يتولّى طرفي النكاح وإن لم يملك التصرف لهما كما هو قول أبي يوسف كما تقدّم قُبيل التكملة في قوله «وإلا يجيزه له كفضولين الخ» ولم يُتَّبِعُوا أن هنا خلافًا لهما.

[فاضل أمير] نقول: هذا الإيراد منه بأن ما سبق من قول أبي حنيفة ومحمد في أن الواحد لا يتولى طرفي النكاح ما لم يملك التصرف لهما بولاية أو وكالة أو أصالة لا يلائم بما ذكر هنا من مسألة الوكالة بالمعينة والمسألة التي ذكرت قبلها لأن كلا منهما تدل على أن الواحد يجوز أن يتولى طرفي النكاح وإن لم يملك التصرف لهما إنما يرد أن لو كان المراد من الواحد المذكور صريحًا فيما سبق والواحد المدلول عليه هنا واحدًا وليس كذلك بل المراد من الواحد السابق الفضولي الذي تكلم في عقدهما بكلام واحد ومن الواحد المدلول عليه هنا هو الفضولي الذي تكلم بكلامين لأنه قال في المسألة الأولى «ولو زوّجها فضولي» وفي الثانية «فزوّجها بلا إذنها» ومن البين أن المراد من التزويج فيهما التزويج المنعقد

Fuzûlî olan birinden böyle bir söz sadır olduğunda, akdin mün'akid olması, fuzûlînin ancak bunu iki ayrı irade beyanı dile getirmesi ile mümkün olur. Dolayısıyla son meselemizdeki (belli bir kadın ve sonrasındaki mesele) “bir kişi”-den kastın iki irade beyanını dile getiren kişi olduğu ortaya çıkmış oldu. Bizim,

5 “Bir kimse iki taraf adına tasarruf yetkisine sahip olmasa da iki ayrı irade beyanını dile getirdiğinde nikâh akdinin iki tarafını temsil edebilir.” dememizin delili *et-Tebyîn*'de şu ifadeyle dile getirilenlerdir: Hâşiyelerde Ebû Yûsuf'un görüşünün ta'lîli şöyle belirtilmiştir: Çünkü bu ‘bir kişi’ her iki taraf adına -hükmen- bir irade beyanı dile getirmiştir. Eğer bir kişi her iki taraf adına ayrı ayrı

10 açıkça irade beyanı dile getirirse [nikâh mün'akid olup] tarafların icâzetine bağlı olur. Mesela fuzûlî, “Falanca kadını falanca adam ile evlendirdim.” dedikten sonra, “Falanca adam adına evlenmeyi kabul ettim.” derse bu mün'akid mevkûf olur. Bu ifadeler, fuzûlînin her iki irade beyanını ayrı ayrı söylemesi durumunda akdin mün'akid olacağı gösteren sarîh ifadelerdir.²¹ *et-Telvîh* ve diğer bazı usûl

15 ve fûrû' kitaplarında da böyle geçmektedir. Fakihlerin Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşü için dile getirdikleri “Bir kişinin mevcut olması, akdin iki parçasından sadece bir parçasının var olmasıdır. Çünkü hazır olarak bulunanın icap ve kabulü akdin bir parçasıdır. Hatta diğeri kabul etmeden onun rüçü hakkı vardır...”²² şeklindeki ifadeler Ebû Hanîfe ve Muhammed'in muhalefetlerinin fuzûlînin -akdin tamamı olan- iki irade beyanı ile konuşması konusunda

20 olmadığına; aksine söz konusu muhalefetlerinin fuzûlînin -akdin bir parçası olan- tek bir irade beyanı ile konuşması konusunda olduğuna delâlet etmektedir.

8. Açıkta ve Gizliden İki Ayrı Nikâh Akdi Yapılması hâlinde Mehrin Durumu

25 [Teshîl] Bir kimse bir kadınla iki şahit huzurunda bin dirhem mehir mukabilinde evlense, daha sonra tekrar aynı kadınla aleni olarak iki bin dirhem mukabilinde evlense, eğer bu ikinci yapılan evlenmenin gösteriş amaçlı olduğuna şahidi varsa iki şahit huzurunda yapılan ilk akitteki mehir (bin dirhem) sabit olur. Bu konuda imamlar arasında görüş birliği vardır. Eğer gösteriş amaçlı

30 olduğuna şahit tutmamışsa Ebû Yûsuf'a göre yine ilk mehir yani bin dirhem sabit olur. Çünkü o kadına bin dirhem mehir mukabilinde malik olduğundan, başka bir mehir vererek ona ikinci kez malik olması düşünülemez. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise eğer bunun gösteriş amaçlı olduğuna dair şahit yoksa ilan edilen mehir (iki bin dirhem) sabit olur. Çünkü ikinci bir akit

35 mümkün olmasa da önce kararlaştırılmış mehre ilave yapmak mümkündür.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, II, 134.

2 Aynî, *el-Binâye*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2000, V, 126.

وهو إذا صدر من واحد كان فضوليا من أحد الطرفين لا يكون إلا إذا تكلم ذلك الواحد بكلامين فتعين أن المراد بالواحد فيهما هو المتكلم بكلامين. وإنما قلنا أن الواحد يتولى طرفي النكاح وإن لم يملك التصرف لهما إذا تكلم بكلامين لما قال في التبيين: وفي الحواشي قال في تعليل قول أبي يوسف لأن هذا الواحد يتكلم من الجانبين بكلام واحد حكماً ولو تكلم من الجانبين صريحاً ٥ لتوقف بأن قال «زوجت فلانة من فلان وقبلت من فلان»، وهذا تصريح بأن الفضولي إذا أتى بلفظين ينعقد انتهى. كذا في التلويح وغيره من كتب الأصول والفروع ولا يبعد أن يقال أن ما ذكره في الدليل على قول أبي حنيفة ومحمد «من أن الموجود شرط العقد لأنه شرط حالة الحضرة حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر إلى آخره» يستدل به على أن خلافهما فيما تكلم بكلام واحد هو ١٠ شرط العقد لا فيما تكلم بكلامين هما تمام العقد.

٨. إذا تزوجها في السر على مهر ثم تزوجها في العلانية بأكثر منه أيهما أعتبر؟

[التسهيل] ولو تزوج بحضرة شاهدين على ألف ثم تزوجها علانية على ألفين فإن كان أشهد على أن ذلك للسمع لزمه مهر السر إجماعاً وإن لم يشهد ١٥ يأمر أبو يوسف بمهر السر وهو الألف إذ ملكها بألف فلا يتصور تملكه بمال آخر، وهما بالعلانية لامتناع العقد لا الزيادة.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Muhammed'in buradaki görüşü fâsit alım satım faslında geçen görüşüyle problem arz etmektedir. Orada geçtiğine göre şayet taraflar gizlice semenin bin dirhem olduğunda ve bunu iki bin dirhem olarak duyurmakta anlaşsalar ve aleni olarak iki bin dirhem semen mukabilinde alım satım akdi yapsalar, bu durumda semen Ebû Hanîfe'ye göre iki bin dirhem, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise bin dirhemdir. Burada hem Ebû Hanîfe hem de Ebû Yûsuf, kendi asılları doğrultusunda hareket etmişlerdir. Muhammed ise orda Ebû Yûsuf'a paralel görüş beyan etmiş ve satım bedelinin bin dirhem olduğunu söylemiştir. Burada ise Ebû Hanîfe'nin yanında yer almış ve mehrin aleniyette belirtilen mehir olduğunu söylemiştir. Hâsılı Muhammed burada aleniyi, orada gizliyi dikkate almıştır. Bu iki görüş arasında çelişki vardır. Aradaki farkın ne olduğunun gösterilmesi gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Meselenin anlamının ve Şeyh'in kelimelerindeki karışıklığın gün yüzüne çıkması için burada muteber kitaplarımızda yer alan bilgilerin nakledilmesi gerekmektedir. *el-Hakâik* adlı eserde şöyle geçmektedir: "Bir kimse bir kadınla gizli olarak bin dirhem mehirle evlense, sonrasında gösteriş ve riya amacıyla daha fazla bir mehirle tekrar evlense bu durumda eğer ikinci yaptığı akdin gösteriş için olduğuna dair şahit getirirse, imamlarımıza göre bin dirhemden fazla mehir vermesi gerekmez. Eğer gösteriş olduğuna dair şahit getirmezse Ebû Yûsuf'tan nakledildiğine göre gizli olarak yapmış oldukları nikâhtaki mehir gerekli olur, Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise açıktan yaptıkları (ikinci) nikâhtaki mehir gerekli olur. *el-Mebsût* adlı eserde Muhammed'in Ebû Yûsuf ile aynı görüşte olduğu belirtilmiştir. Bu meselede nikâh akdi iki defa icra edilmiştir. Ancak taraflar öncelikle [nikâh olmaksızın] gizli olarak belli bir mehir üzerinde kendi aralarında anlaşsalar, sonra da adam aynı kadını aralarında anlaştıklarından daha fazla bir mehirle açıktan nilahlasa veya aralarında anlaştıkları mehirden farklı cinsten bir mehirle nikâhlasa ve kendi aralarında anlaştıkları noktasında da ittifak etseler bu durumda a) Anlaştıklarından daha fazla bir mehirle yapılan nikâhta gizliden aralarında kararlaştırdıkları mehir lazım gelirken, b) farklı cinsten bir mehirle yapılan nikâhta mehr-i misil lazım gelir. Eğer kendi aralarında anlaştıkları konusunda ihtilaf etseler her iki durumda da açıktan yapılan nikâhtaki mehir lazım gelir. *Tetimme*'de böyle geçmektedir."

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل قولُ محمد بما مرّ في فصل البيع الفاسد من أنهما لو اتفقا على ألف سرا وألفين جهرا فعقدًا بهما علانيةً فالثمنُ ألفان عند أبي حنيفة وألفٌ عندهما وكلّ واحد من أبي حنيفة وأبي يوسف مرّ على أصله واتفقَ محمد ثمة مع أبي يوسف حتى جعلَ الثمنَ ألفا وهنا مع أبي حنيفة حتى جعلَ المهرَ ما هو بالعلانية، والحاصلُ أنه اعتبرَ العلانيةَ هنا والسرّ ثمة وبينهما ٥ منافاةٌ فلا بدّ له من الفرق!

[فاضل أمير] نقول: لا بد هنا من نقل ما في معتبرات الفن حتى تتضح وجوه المسألة ويظهر ما في كلام الشيخ من التخليط قال في الحقائق: تزوجها في السر على مهر ثم تزوجها ثانيا في العلانية بأكثر منه رياء وسمعة فإن أشهدا ١٠ على السمعة لم تجب الزيادة بالإجماع وإن لم يشهدا روي عن أبي يوسف أن لها مهر السر وقالوا لها مهر العلانية وذكر في المبسوط قول محمد مع أبي يوسف وإنما وضع في التزوج مرتين فإنهما لو تواضعا في السر على مهر ثم تزوجها في العلانية على أكثر منه أو على خلاف جنسه واتفقا على المواضعة ففي الأكثر من جنسه المهر مهر السر وفي خلاف الجنس مهر المثل ١٥ وإن اختلفا في المواضعة فالمهر مهر العلانية في الوجهين، من التتمة انتهى.

el-Bedâi'in alım satım bölümünde şöyle geçer: “Eğer telcie satım bedelinin miktarındaysa; şöyle ki taraflar gizlice satım bedelinin bin dirhem olması üzerinde aralarında anlaşsalar, açıktan ise iki bin dirhem olması üzerine akit yap-salar, bu durumda akit yaptıkları esnada her iki taraf da bin dirhemnin gösteriş için olduğunu söylemezse satım bedeli, yaptıkları akitte belirledikleri satım be-
 5 delidir [iki bin dirhem]. Fakat akit esnasında bin dirhemnin gösteriş ve riya için olduğunu söyleseler satım bedeli, aralarında gizli olarak anlaştıkları miktardır (bin dirhem) ve fazlalık bâtıldır. Bu *Zâhiru'r-rivâye*'de Ebû Hanîfe'den nakle-dilen görüş olup Ebû Yûsuf ve Muhammed de bu görüştedir. Ebû Hanîfe'den
 10 gelen diğer bir rivâyete göre ise bu durumda gizli olarak anlaştıkları satım be-deli lazım gelir. Bütün bu hükümler gizlice aralarında anlaştıkları durumda akit yapmamaları durumundadır. Ancak eğer aralarında önce bir satım bedeli mukabilinde gizlice bir akit yapıp daha sonra akdin daha fazla bir satım be-deli veya farklı bir satım bedeli mukabilinde açıktan duyurulması üzerinde
 15 anlaşsalar [ve açıktan ikinci bir akit daha yapsalar] bu durumda eğer ikinci akdi yaparken bunun göstermelik olduğunu söylemezlerse ikinci akit birinci akdi ortadan kaldırır ve satım bedeli de ikinci akitte kararlaştırılan olur. Eğer ikinci akit esnasında söz konusu akdin gösteriş için olduğunu söylerlerse bu durumda da eğer satım bedeli ilk akittekinden farklı bir cinsteyse birinci akit
 20 geçerli olmuş olur. Çünkü ikinci akdin gösteriş için olduğunu söylemeleriyle ikinci akitteki belirlenen satım bedelini iptal etmiş olmaktadırlar ve birinci akit baki kalır. Eğer satım bedeli ilk akitteki satım bedelinin cinsindense ikinci akit geçerli olmuş olur. Çünkü alım satım akdinin feshe ihtimali vardır. Bu yüzden ikinci akit geçerli olmuş olur, fakat satım bedeli ilk akitte konuşulan olur ve
 25 fazlalık bâtil olur.” *el-Bedâi*'deki ifadeler özetle böyledir.

Bu ayrıntıdan ortaya çıkmaktadır ki hem nikâh hem de alım satımda iki durum söz konusudur. Birincisi her iki taraf kendi aralarında gizlice bir mehir/satım bedeli üzerinde anlaşılıyorlar sonra açıktan aralarında anlaştıkları mehir/satım bedelinden daha fazlası üzerine akit yapıyorlar. İkincisi ise
 30 taraflar önce gizli olarak belli bir mehir/satım bedeli üzerinde akit yapıyorlar sonra açıktan aralarında anlaştıkları mehirden/satım bedelinden daha fazlası üzerine ikinci bir akit yapıyorlar. Birincisinde taraflar bir akit yaparken ikincisinde iki akit yapmış olmaktadırlar. Dört durumun hükmü de iki farklı ki-taptan (*el-Hakâik* ve *el-Bedâi*) naklettiklerimizle ortaya çıkmış olmaktadır.

وقال في كتاب البيوع من البدائع في أثناء قوله وعلى هذا يخرج بيع التلجئة فإن كانت التلجئة في قدر الثمن بأن تواضعا في السر على أن يكون الثمن ألفا ويتبايعان^٥ في الظاهر بألفين فإن لم يقولا عند المعاقدة ألف منهما رياء وسمعة فالثمن ما تعاقد عليه وإن قالوا عند المعاقدة ألف منهما رياء وسمعة فالثمن ٥ ثمن السر، والزيادة باطلة في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف ومحمد رضي الله عنهم. وروي عن أبي حنيفة أن الثمن ثمن العلانية، هذا إذا تواضعا في السر ولم يتعاقدا في السر فأما إذا تعاقدوا في السر بثمن ثم تواضعا على أن يظهر العقد بأكثر منه أو بجنس آخر، فإن لم يقولا رياء وسمعة فالعقد الثاني يرفع العقد الأول، والثمن هو المذكور في العقد الثاني؛ وإن قالوا رياء وسمعة فإن كان الثمن من جنس آخر فالعقد هو العقد الأول؛ لأنهما لما ذكرا ١٠ الرياء والسمعة قد أبطلا المسمى في العقد الثاني فبقي العقد الأول، وإن كان من جنس الأول فالعقد هو العقد الثاني؛ لأن البيع يحتمل الفسخ فكان العقد هو العقد الثاني، لكن بالثمن الأول والزيادة باطلة انتهى ملخصا.

فظهر من هذا التفصيل أن كلا من النكاح والبيع على قسمين الأول من كل ١٥ منهما أن يتواضعا على مهر أو ثمن في السر ثم يعقدا في العلانية على أكثر منه والثاني من كل منهما أن يتعاقدا على مهر أو ثمن في السر ثم يتعاقدا في العلانية على أكثر منه فكان العقد في القسم الأول من كل منهما واحدا وفي القسم الثاني من كل منهما اثنين وقد بين حكم كل من الأقسام الأربعة مما نقلناه من الكتابين.

Araştırmacı ve basiret sahibi biri için Şeyh'in Muhammed'in görüşüne yönelik dile getirdiği itirazının yersiz olduğu açıktır. Çünkü metinde zikretmiş olduğu nikâh meselesi iki akdin söz konusu olduğu bir meseledir. Oysa fâsit alım satımındaki söz konusu mesele, sadece aleni olarak akdin yapılmış olduğu tek akitli bir meseledir. Bu yüzden Muhammed'in iki görüşü arasında neden farklılık olduğu konusunda itiraz ileri sürülemez. Zira Muhammed'in iki görüşü arasında zıtlık bulunmamaktadır. Çünkü Muhammed'in açıktan yapılan nikâhtaki mehri itibara aldığı husus, iki akit olan meseledir. Alım satımda gizli olarak anlaşılan semeni itibara aldığı husus ise tek akit olan meseledir. Dolayısıyla her iki meselenin konusu farklı olduğu için iki mesele arasında uzlaştırmaya ihtiyaç yoktur.

9. Mehrin Miktarı Konusunda Tarafların Anlaşmazlığı

[Teshîl] Aralarındaki nikâh akdi devam ediyorken karı ile koca, mehr-i müsemânın miktarı konusunda ihtilaf etseler, kimin beyyinesi varsa onun lehine hükmedilir. Her ikisinin beyyine getirmesi hâlinde kadının beyyinesi kabul edilir. Ancak mehr-i misil, kadının beyyinesine şahitlik ediyorsa [yani kadının getirmiş olduğu beyyine, mehr-i müsemma kadar değil de mehr-i misil kadar olduğunu söylüyorsa] bu takdirde kadının beyyinesi kabul edilmez. Çünkü bu durumda kadın zilyed, koca ise hariç (üçüncü şahıs) gibi olur ve kocanın beyyinesi kabul edilir. Çünkü kocanın beyyinesi indirimi [yani daha az miktardaki mehri] isbat etmektedir. Kimilerine göre bu durumda da yani mehr-i mislin kadının beyyinesine şahitlik etmesi durumunda da kadının beyyinesi kabul edilir, çünkü bu beyyine ziyadeyi ispat etmektedir. Kimilerine göre ise ikisinin beyyine getirmesi hâlinde, eğer kadının beyyinesi koca lehine bir şahitliği içeriyorsa kadının beyyinesi, eğer kocanın beyyinesi kadın lehine bir içerik taşıyorsa bu takdirde kocanın beyyinesi kabul edilir. Çünkü beyyine, zahirin hilafını ispat etmek için meşru kılınmıştır. Yemin ise aslın aslı üzere devam ettirilmesi amacıyla yönelik olarak meşru kılınmıştır. Nikâhta aslolan mehr-i misildir. Mehr-i mislin hilafına bir iddiada bulunan kimsenin beyyinesi daha güçlüdür. Eğer mehr-i misil ikisinin arasında ise [yani ikisinin iddiasına eşit uzaklıkta ise] bu takdirde her ikisine de yemin ettirilir ve kadın için mehr-i misle hükmedilir. *el-Vikâye* şerhinde bu şekildedir.

وتبين عند الناقد البصير أن لا ورود لما ذكره الشيخ على محمد لأن ما ذكره في المتن من مسألة النكاح ما كان العقد فيه اثنين وما مر في فصل البيع الفاسد ما كان العقد فيه عقد العلانية فقط فلا يطالب محمد بالفرق ولا يكون بين قوله منافاة لأن ما قال به من اعتبار العلانية في النكاح هو القسم الذي كان فيه العقدان وما قال به من اعتبار السر في البيع هو القسم الذي كان فيه عقد واحد فلم يتحد المحل ولم يبق الاحتياج إلى التوفيق والحل.

٩. اختلاف الطرفين في مقدار المهر

[التسهيل] ولو اختلفا في قدر المهر المسمى حال قيام النكاح فُضي لمن له البينة، ولو أقامها قبل بيئتها إلا إذا شهد لها مهر المثل لأنها كذي اليد حينئذٍ والزوج كالخارج فبيئته أولى لأنها تُثبت الحط، قيل: فيما لو شهد لها مهر المثل كذلك يُقبل بيئتها لإثباتها الزيادة وقيل: لو أقامها قبل بيئتها لو شهد له وبيئته لو شهد لها إذ البينة شرعت لإثبات ما هو خلاف الظاهر واليمين شرعت لإبقاء الأصل على أصله والأصل في النكاح أن يكون مهر المثل فالذي يدعي خلاف ذلك فبيئته أقوى وإن كان بينهما وأقام كل منهما بينة تحالفاً وقُضي بمهر المثل كذا في شرح الوقاية .

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu son durumda [yani mehr-i mislin, ikisinin iddiasına eşit uzaklıkta olması durumunda] kadının beyyinesinin kabul edilmesi gerekir. Çünkü kadının beyyinesi ziyadeyi ispat etmekte ve mehr-i misil ona şahitlik etmemektedir.

5 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu söyledikleri yukarıda metinde dile getirdiği şu rivâyetten istinbât edilebilir: “Her ikisinin beyyine getirmesi hâlinde kadının beyyinesi kabul edilir. Ancak mehr-i misil, kadının beyyinesine şahitlik ediyorsa bu takdirde kadının beyyinesi kabul edilmez.” Şöyle ki yukarıdaki ilk cümleden istisna yapılan ikinci cümledeki istisna her vakti/durumu kapsayan bir istisnadır. İstisnadan sonra ise iki vakit/durum kalmaktadır. 10 Birinci vakit, mehr-i mislin koca lehine şahitlik yapması, ikincisi ise mehr-i mislin ne koca ne de kadın lehine şahitlik yapması. Dolayısıyla Şeyh'in söz konusu ettiği husus olan her ikisinin de beyyine getirmesi ve mehr-i mislin her ikisinin beyyinesine de şahitlik etmeyip eşit derecede olması durumu, istisna edilmeyen kısma [yani ilk cümledeki kısma] dâhil olmaktadır ki bu durumda kadının beyyinesinin kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak Allâme, *et-Tebyîn*'de¹ geçenlere uygun olarak *el-Îzâh* adlı eserinde *el-İslah*'taki “her ikisi de beyyine getirse ve beyyine her ikisine de şahitlik yapmıyorsa” sözüyle ilgili olarak şöyle demektedir: Yani beyyine kocanın iddia ettiği mehirde 20 daha fazlasına, kadının da iddia ettiğinden daha azına şahitlik ediyorsa bu durumda getirmiş olduğu beyyinelere sahih olan görüşe göre çatıdır [ve düşer]. Çünkü iddia ve ispat konusunda her iki beyyine eşit durumdadır.

Buradan ve diğer muteber kaynaklardan ortaya çıkmaktadır ki yukarıdaki meselede Şeyh'in istisnadan anladığı ile kadının beyyinesini tercih 25 ettiği husus, beyyinenin düştüğü bir durumdur. Bu yüzden onun için uygun olan geçen istisnai cümleyi, makamın yardımı ve sarîh delâlet ile kayıtlaması, yani şöyle demesiydi: Takdire göre mehr-i mislin şahitlik ettiği durumda eğer her iki taraf da beyyine getirirse kadının beyyinesi kabul edilir. Ancak mehr-i misil beyyineye şahitlik ediyor... Bu konulardan haberdar olanlara açık olduğu üzere bu Allah'ın elde etmeyi bana has kıldığı 30 ince bir tasarruftur.

1 Zeylaî, *et-Tebyîn*, II, 157

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن تُقبل بيئتها لأنها تُثبتُ الزيادةَ ولم

يشهد لها مهرُ المثل

[فاضل أمير] نقول: كان هذا يستنبط مما تقدم في رواية المتن من قوله

ولو أقامها قبلت بيئتها إلا إذا شهد لها مهر المثل باعتبار أن الاستثناء هذا

استثناء من أعم الأوقات فكان الباقي بعد الاستثناء وقتين وقت شهادة مهر ٥

المثل له ووقت عدم شهادته لا له ولا لها فكانت الصورة المذكورة وهي

ما أقام كل منهما بينة وكان مهر المثل بينهما لم يشهد لواحد منهما داخله

في المستثنى منه فلزم منه أن تقبل بيئتها في هذه الصورة ولكن قال مولانا

العلامة في الإيضاح على وفق ما في التبيين بعد قوله في الإصلاح وإن أقاما

وإن لم يشهد لواحد منهما بأن يكون أكثر مما يدعيه الزوج وأقل مما تدعيه ١٠

المرأة تهاترتا في الصحيح لاستوائهما في الدعوى والإثبات انتهى.

فظهر منه ومن سائر المعبرات أن القول الصحيح في الصورة المذكورة

التي رجح الشيخ فيها قبول بينة المرأة بما فهمه من الاستثناء السابق هو

التهاتر فكان اللائق له أن يقيد الكلام الاستثنائي السابق بمعونة المقام ودلالة

الصريح بأن يقول التقدير ولو أقامها فيما كان فيه شهادة مهر المثل قبلت ١٥

بيئتها إلا إذا شهد لها مهر المثل فيكون الباقي بعد الثنيا ما شهد له مهر المثل

فقط فيلزم منه قبول بيئتها فيما أقامها وشهد له مهر المثل وهذا التقييد

أولى من إبقائه على إطلاقه وان يفهم منه قولاً مخالفاً لما هو الصحيح وهذا

تصرف دقيق خصني الله سبحانه باكتسابه كما لا يخفى على من أحاط خبراً

بمغانم المقام وأكسابه. ٢٠

Şimdi Şeyh'in kadının beyyinesinin kabul edilmesinin gerekçesi olarak dile getirdiği "Çünkü kadının beyyinesi ziyadeyi ispat etmektedir." ifadesine gelelim. Bu şöyle denilmek suretiyle bertaraf edilebilir: Ziyadeyi ispat eden beyyinenin önceliği, noksanlığı ispat eden beyyinenin zahirin hilafını ispat eden olmaması şartına bağlıdır. Eğer bizim meselemizde olduğu gibi zahirin hilafını ispat ediyorsa -zira mehirde zahir olan mehr-i misildir-, daha az olanı ispat eden zahirin hilafını ispat etmiş olur ve bu durumda birinin diğerine tercihi söz konusu olmaz. Nitekim yukarıda geçtiği üzere Allâme tehatür ta'lilinde her ikisinin iddia ve ispatta eşit olduğunu söylemişti.

Şimdi de Şeyh'in "Eğer mehr-i misil ikisinin arasında ise bu takdirde her ikisine de yemin ettirilir." sözüyle ifade ettiği ve *el-Vikâye şerhi*-ne dayandırdığı taraflardan her ikisinin de beyyine getirdiği fakat mehr-i mislin her iki beyyineye de şahitlik etmediği hususa gelelim. Kanaatimce bu sehven söylenmiş bir sözdür. *el-Vikâye* şerhine dayandırması da buna delâlet etmektedir. Çünkü zahire göre burada *el-Vikâye* şerhiyle kastettiği Sadruşşeria'ya ait şerhtir. Sadruşşeria ise diğer muteber kitaplarda da geçtiği üzere, yeminleşme durumunu her iki tarafın da beyyinesinin olmamasıyla kayıtlamıştır. Zira Sadruşşeria şöyle demiştir: "Eğer mehr-i misil kadın ve erkeğin iddiasına eşit derecede ise ve ikisinin de beyyinesi yoksa taraflar yeminleşir."¹ Yeminleşmenin olup olmayacağı konusunda Râzî ve Kerhî'nin farklı tahrirleri vardır ve bu, ikisinin de beyyinesinin olmaması ile ilgilidir. Nitekim kitaplarından genelinden bu anlaşılmaktadır. *el-Vikâye* ve *ed-Dürer*'de yer alan "Eğer taraflar yemin ederlerse veya beyyine getirirlerse buna göre hüküm verilir." şeklindeki cümlede beyyine getirme işinin 'veya' harfiyle yeminleşmeye atfedilmesi beyyine getirmenin tıpkı yeminleşme gibi ayrı bir kısım olduğuna delâlet etmektedir. Yeminleşmenin beyyine olmaması durumuyla ilgili olduğunu *el-Bedâi*'de yer alanlar da desteklemektedir. Kâsânî, yeminleşmenin olduğu konuları saydıktan sonra "Bu her ikisinin veya birinin beyyine getirmemesi durumundadır." demektedir. Kâsânî üç durumu da yani, mehr-i mislin kocaya şahitlik etmesi veya kadına şahitlik veya hiçbirinin beyyinesinin olmaması durumunda her ikisine eşit derecede olması durumunu zikreder sonra da şöyle der:

1 Sadruşşeria, *Şerhu'l-Vikâye* III, 40.

ثم ما ذكره في ترويح ما ادعاه من قوله «لأنها تثبت الزيادة» فمدفوع بأن يقال إن أولوية البينة المثبتة للزيادة مشروطة بأن لم تكن البينة المثبتة للنقصان مثبتة لما هو خلاف الظاهر وأما إذا كانت مثبتة له كما فيما نحن فيه إذ الظاهر في المهر أن يكون مهر المثل فما أثبت الأقل منه فقد أثبت خلاف الظاهر فلا رجحان لإحدهما على الأخرى كما أفصح عنه قول العلامة في تعليل التهاثر ٥
لاستوائهما في الدعوى والإثبات.

ثم إن الشيخ الشارح قال بجريان التحالف فيما أقاما البينة ولم يشهد مهر المثل لواحد منهما حيث قال وإن كان بينهما وأقام كل منهما بينة تحالفا وعزاه إلى شرح الوقاية وأظن أن هذا وقع منه سهواً وبدلاً عليه عزوه إلى شرح الوقاية إذ الظاهر يريد به شرح المولى صدر الشريعة وهو على ما عليه سائر المعتمرات ١٠
قيد صورة التحالف بما لم يكن لواحد منهما بينة حيث قال أي إن كان مهر المثل بين ما يدعيه الزوج والمرأة ولا بينة لأحدهما تحالفا انتهى. وقد كان التحالف على اختلاف التخريجين تخريج الرازي وتخريج الكرخي مختصاً بما لا بينة لواحد منهما فيه كما هو المستفاد من عامة المعتمرات وما في عبارة الوقاية والغرر من عطف قولهما «أو أقاما» على «حلفا» بكلمة «أو» يدل على ١٥
كون إقامة البينة قسيما للتحالف ومما يشهد على أن التحالف لا يكون إلا فيما لا بينة فيه ما في البدائع حيث قال بعد عد الصور التي يجري فيها التحالف هذا إذا لم يكن لهما أو لأحدهما بينة وذكر رحمه الله الصور الثلاث يعنى ما شهد مهر المثل لقوله أو لقولها أو كان بينهما من غير أن يكون بينة أصلا

Kerhî bu üç durumda da yeminleşme olacağını söyler. Cessâs ise yeminleşmenin sadece bir durumda olacağını söyler ki o da mehr-i mislin her ikisinin de iddiasına şahitlik etmemesi durumudur. Yani mehr-i mislin kocanın söylediğinden çok, kadının söylediğinden az olması durumudur.

5 Keza *el-Câmi'ûs-Sağîr*'de de yeminleşmenin sadece [Cessâs'ın zikrettiği] bu kısımda olacağı zikredilir. Buradan açığa çıkmaktadır ki yeminleşmenin her ikisinin veya sadece birinin beyyinesinin olmaması durumunda olacağı ortaya çıkmış oldu. Yine açık bir şekilde Şeyh'in bu konuda hata etmiş olduğu da açığa çıkmış oldu.

10. Miktarı Konusunda İhtilafa Düşülen ve Beyyine Bulunmayan Durumda Mehrin Tespiti

[**Teshîl**] Karı ile koca [aralarındaki nikâh akdi devam ediyorken, mehr-i müsem mânın miktarı konusunda] beyyinelere olmaksızın ihtilaf etse bu durumda Ebû Yûsuf, kabul görmeyecek bir meblağ olmaması şartıyla kocanın sözüne itibar edileceğini belirtir. Çünkü koca, ziyadeyi inkâr etmektedir. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise mehr-i misil, kimin iddiasını destekliyorsa onun sözüne itibar edilir. Çünkü bu destek sebebiyle o iddia ağır basacaktır. Şöyle ki eğer mehr-i misil kocanın söylediğine eşit -çünkü o bu miktarı kabul etmektedir- veya ondan daha az ise kocanın sözüne itibar edilir. Eğer mehr-i misil kadının söylediğine eşit veya ondan fazla ise kadının sözüne itibar edilir. Eğer mehr-i misil eşlerden birinin sözüne şahitlik etmiyorsa, aksine mesela kocanın dile getirdiğinden fazla veya kadının iddia ettiğinden eksik ise eşler yemin ederler ve kadın mehr-i misli alır. İlk önce kimin yemin edeceği kur'a ile belirlenir. Koca yeminden kaçınırsa kadının iddia ettiği meblağı ödemesi vâcib olur. Kadın yeminden kaçınırsa kocanın iddia ettiği meblağ gerekir. Her ikisi de yemin ettikten sonra mehr-i misil gerekir. Önce mehr-i mislin hakemliğine başvurmak ve bundan sonuç alınamıyorsa yeminleşmek Râzî'nin görüşüdür. Bu görüşün daha sahih olduğu söylenir. Kerhî ise önce yeminleşmeye gidileceği, daha sonra mehr-i mislin hakemliğine başvurulacağı görüşündedir. Şemsüleime Serahsî, Kerhî'nin görüşünün daha sahih olduğunu belirtmiştir.

ثم قال ذكر الكرخي التحالف في هذه الفصول الثلاثة وأنكر الجصاص التحالف إلا في فصل واحد وهو ما لم يشهد مهر المثل بدعويهما بأن كان مهر المثل أكثر مما قال الزوج وأقل مما قالت المرأة وكذا في الجامع الصغير لم يذكر التحالف إلا في هذا الفصل انتهى. ومن هذا ظهر أن لا تحالف إلا فيما لم يكن بينة أصلاً لا منهما ولا من أحدهما وانضح سهو الشيخ المصنف هنا اتضاحاً ظاهرًا.

١٠. الاختلاف في مقدار المهر عند عدم البينة

[التسهيل] وإلا أي لم يكن لها البينة يجعل أبو يوسف القول للزوج ما لم يُستتكر إذ أنكر الزيادة، وجعله لمن شهد له مهر المثل لترجحه فإن كان مهر المثل مساويًا لاعترافه أو ناقصًا حُكم بقوله ولو مساويًا لقولها أو أكثر حُكم بقولها وإلا أي إن لم يشهد مهر المثل لأحدهما بل كان زائدًا على اعترافه وناقصًا عن دعواها تحالفا فتأخذ مهر المثل ويُقرع بينهما للابتداء باليمين، فلو نكل الزوج وجب مدعى المرأة، ولو نكلت وجب مدعى الزوج، ولو حلفا وجب مهر المثل، والتحكيم ثم التحالف قول الرازي وقيل هذا أصح، وقال الكرخي: يتحالفان أولاً ثم يحكّم مهر المثل، قال شمس الأئمة السرخسي: الأصح قول الكرخي.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Ebû Hanîfe'nin görüşü dikkate alındığında Râzî'nin görüşünün daha sahih olduğu belirginleşir. Çünkü Ebû Hanîfe'ye göre aslolan mehr-i misildir. Yeminleşme ise ancak taraflardan birinin sözünün, zahirin şahitliğiyle diğerinin sözüne tercih imkânı bulunmadığına söz konusu olabilir. Mehr-i misil taraflardan birinin sözüne şahitlik ettiğinde, zahir onun lehine şahitlik etmiş olur ve artık yeminleşmeye gerek kalmaz. Kerhî'nin görüşü ise Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşü açısından daha sahihtir. Çünkü bunlara göre mehr-i müsemma asıldır. Mehr-i müsemmâ imkânsız hâle gelmeden mehr-i misil ortaya çıkmaz. Mehr-i müsemmanın olmadığı ise ancak yemin ile bilinir. Eşler yemin ettiğinde mehr-i misil ortaya çıkar ve hakem kılınır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in dile getirdikleri onun bir dirâyeti olarak istinbât edilmiş değildir; aksine bazı muteber kitaplarda yer alan nakillerden alınmıştır. Nitekim İbnu's-Sââtî *Mecma'û'l-Bahreyn* adlı eserinde şöyle demektedir: "Her ikisinin de beyyine getirememesi durumunda Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre nikâh akdi feshedilmeksizin taraflar yeminleşir, sonrasında ise mehr-i misil hakem kılınır."¹ Mevlâ Ayasuluğî ise şerhinde şöyle der: "Kerhî'nin tahriri şöyledir: Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre mehr-i mislin kadın lehine şahitlik etmesi, mehr-i meslin koca lehine şahitlik etmesi ve mehr-i mislin her ikisini de eşit şekilde desteklemesi durumlarında taraflar yeminleşir. Daha sonra mehr-i misil hakem kılınır." Velhasıl bu çıkarımı yapan ilk kişi ve bunun piri olan kişi Şeyh değildir.

11. Şarap ve Domuz Satmaları Câiz Olmasına Rağmen Zimmîlerin Bunları Mehir Olarak Verememelerinin Gerekçesi

[Teshîl] Zimmî bir erkek, zimmî bir kadınla mehirsiz olarak veya bir murdar hayvan mukabilinde evlense, bu da onların dininde câiz olsa, Ebû Hanîfe'ye göre bu durumda mehr-i misil lazım gelmez [belirledikleri mehir gerekir]. Nitekim dârulharpte oranın vatanında (harbî) olan iki kişinin evlenmesi durumunda da aynı hükmü vermekteyiz. Çünkü biz onları dinleriyle baş başa bırakmakla emrolunduk. Ebû Yûsuf ve Muhammed ve diğer üç imam ise -ribâ ve zina gibi- muamelat hususundaki hükümlerimizin onlar için de bağlayıcı olduğu gerekçesiyle mehr-i mislin lazım geleceğini öne sürmüşlerdir.

1 İbnu's-Sââtî, *Mecma'û'l-Bahreyn*, s. 536

[الشيخ بدر الدين] أقول: الظاهر أن قولَ الرازيّ أصحُّ نظرًا إلى مذهبِ أبي حنيفة لأن مهرَ المثلِ هو الأصلُ عنده وإنما يصارُ إلى التحالفِ إذا لم يمكنَ ترجيحُ قولِ أحدهما على الآخرِ بشهادةِ الظاهرِ له فإذا شهد مهرُ المثلِ لأحدهما شهدَ الظاهرُ له فلا تحالفٌ، وقولُ الكرخيِّ أصحُّ نظرًا إلى مذهبهما إذ التسميةُ هو الأصلُ عندهما فلا يظهر مهرُ المثلِ إلا بتعدُّرِ المسَمَى وإنما يثبتُ عدمه ٥
بالتحالفِ فإذا تحالفا يظهر مهرُ المثلِ فيحْكُم.

[فاضل أمير] نقول: ليس هذا مما استنبطه الشيخ دراية منه، بل هو مستفاد من رواية بعض المعتمرات حيث قال الشيخ ابن الساعاتي في مجمع البحرين: «وقالا يتحالفان من غير فسخ ثم يحكم مهر المثل»؛ وقال المولى الآياثلوغي ١٠
في شرحه: فتخرج الكرخي أنهما يتحالفان عندهما في هذه الوجوه الثلاثة وهي أن يشهد مهر المثل لها أو له أو يكون بينهما ثم يحكم مهر المثل انتهى. فليس مصنف أبا عذر هذا الاستخراج ولا ابن بجدته.

١١. عدم جواز إهمار الذمي الخمر والخنزير مع جواز بيعهما له

[التسهيل] ولو نكح ذميّ ذميّةً بلا مهر أو بميتة وذا جائزٌ في دينهم فمهرُ المثل لم يلزم عند أبي حنيفة كما حكّمنا في حربيين في دار الحرب إذ أمرنا ١٥
بتركهم وما يدينون، ولهما ولهم أنه لزمهم أحكامنا في المعاملات كرتبًا ورتبًا

Onların bu konudaki gerekçeleri, Hz. Peygamber'in "Bizim lehimize olan şeyler onların da lehinedir, aleyhimize olan şeyler onların da aleyhinedir." [yani bizim için hak olan bir şey onlar için de haktır, bizim için borç olan şeyler onlar için de borçtur] sözüdür. Bu bakımdan zimmînin durumu, 5 dârulharpte yaşayan harbînin durumundan farklıdır. Her iki durumda da mehr-i mislin gerekeceğini savunan Züfer'in gerekçesi şerîatın genelliğidir. Bu ilkeye göre şer'î hükümler dârulharpte de geçerlidir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Ebû Yûsuf, Muhammed ve Züfer'e göre zimmîlerin şarap ve domuz alım satımı yapmalarının da sahih olmaması 10 gerekir. Çünkü alım satım muamelat kapsamındadır ve zimmîlerin yaptığı bu tür alım satımların câiz olduğu konusunda ittifak vardır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in bu itirazı Ebû Yûsuf, Muhammed ve Züfer'in muamelat konularındaki hükümlerimizin -ribâ ve zina gibi- zimmîler için geçerli olduğu görüşüne yöneliktir. Ancak muteber usûl ve fîrû' kitaplarından 15 açığa çıkana göre şarap ve domuz zimmîlere göre maldır ve onları edinmeleri câizdir. Onların şarap ve domuzu akde konu etmeleri onlara verilen eman (güven) ve ahd (anlaşma) gereğidir. Ebû Yûsuf, Muhammed ve Züfer'e göre şarap ve domuz onlar için bağlayıcı olan hükümlerimizden istisna edilmiştir. Dolayısıyla onların bu konudaki görüşleri verilirken "Muamelat konularında 20 bizim hükümlerimiz onlar için de bağlayıcıdır." şeklindeki cümle "Muamelat konularında bizim hükümlerimiz onlar için de bağlayıcıdır; ancak bizim için yasak olup onlar için câiz görülen şarap ve domuz ile muamele yapmaları hariç." şeklinde alınmalıdır. *el-Mecma'* adlı eserin alım satım bahsinin bir faslında şöyle geçmektedir: "Zimmînin -tıpkı diğer alım satımları gibi- şarap ve domuz 25 üzerinde de akit yapması da câizdir." *el-Mecma'* şârihi Ayasuluğî ise şöyle demektedir: "Zimmînin yaptığı akdin câiz olması, bizim diyarımızın ehli oldukları içindir, zira zimmî muamelat konusunda tıpkı Müslüman gibidir. Şarap ve domuzu akde konu etmelerinin câiz olmasının gerekçesi ise onlar için şarap ve domuzun câiz görülmemesi durumunda bu onlar için mal olmaktan çıkacağı için onlara tanınan güven anlaşmasının bozulmuş olmasıdır." *et-Tebyin*'in 30 gasp bahsinde şöyle geçer: "Bizim bu konudaki gerekçemiz şudur: Biz onları dinleriyle baş başa bırakmakla emrolunduk. Nitekim Hz. Ömer zekât memurlarına zimmîlerin şarapları konusunda ne yapıyorsunuz diye sorar. Onlar "Şaraplarından öşür alıyoruz." deyince, Hz. Ömer "Böyle yapmayın, satmaları 35 konusunda onları rahat bırakın ama sattıkları şarabın semeninden öşür alın." cevabını vermiştir. Eğer onlar için şarap mütekavim ve satımı câiz olan bir mal olmamış olsaydı Hz. Ömer böyle bir emirde bulunmazdı.

لقوله عليه السلام «لهم ما لنا وعليهم ما علينا» ضدَّ حربيين ثمةً، ولزفرَ عمومُ الشرعِ فيعمُّ دارَ الحربِ أيضًا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يلزم أن لا يصحَّ عندهما وعند زفر تبايئهم بالخمير والخنزير لأنه من المعاملات مع أنه جائزٌ وفاقًا.

٥ [فاضل أمير] نقول: هذا اعتراض منه على قولهما وعلى قول زفر أنه لزمهم أحكامنا في المعاملات كربوا وزنا ولكن الاستفادة من معتبرات الأصول والفروع أن الخمر والخنزير مال عند الذمي ويجوز تموله به ويدخل عقدهم بالخمير والخنزير تحت أمانهم وعهدهم فيكون كل منهما مستثنى عن أحكامنا اللازمة عليهم عند أبي يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله فيصير قولهم «لزمهم أحكامنا في المعاملات» إلى أن يقال «إلا فيما جَوَّزَ لهم معاملته من الممنوعات لنا ١٠ كمعاملتهم بالخمير والخنزير». قال في فصل من بيوع المجمع: يجوز للذمي أن يعقد على الخمر والخنزير كسائر البياعات؛ وقال شارحه المولى الآيائلوغي: أما جواز عقده فلأنه من أهل دارنا فهو كالمسلم في المعاملات وأما جوازه عليهما فلأنه لولاه لخرجا عن المالية وفيه نقض أمانهم انتهى. وفي كتاب الغصب من التبيين: ولنا أننا أمرنا بأن تتركهم وما يدينون ألا ترى إلى قول عمر - رضي الله عنه - حين سأل عما له ماذا يصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر فقالوا نعشرها فقال رضي الله عنه لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها ولو لا أنها متقومة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك.

Ancak meyte ve kan satımı konusunda aynı hükümler söz konusu değildir. Çünkü hiç kimse meyte ve kanın helal olduğuna inanmamaktadır. Ribâ/faiz da istisna edilerek onlar için yasak kabul edilmiştir. Ribânın onlar için yasak kabul edilmesinin bir nedeni Hz. Peygamber “Dikkat edin! Kim faiz yerse onunla bizim aramızda bir ahit kalmaz.” şeklindeki hadisi, diğer nedeni ise ribânın onların dininde de haram kılınmış olmasıdır. Zira Allah Teâlâ “...yasak edilmişken ribâ almalarından ötürü Yahudilere helal kılınan temiz şeyleri haram kıldık.” (Nisâ 161) buyurmaktadır.” *et-Tebyîn* özetle bitti.

Bu zikredilenlerden domuz ve şarap satımının ribâdan farkı ortaya çıkmış olmaktadır. Domuz ve şarap onların dininde câiz iken ribâ câiz değildir. Keza zina da bütün dinlerde haramdır. Molla Hüsrev’in *ed-Dürer* ve *el-Gurer*’inde de böyle geçmektedir. Velhasıl Şeyh’in şarap ve domuzun satımını ribâ ve zinaya kıyaslamasının tamam olmadığı açıktır. Bütün dinlerde haram olan şeylerden biri de ğınâdır. Nitekim *el-Mustasfâ*’nın şahitlik bölümünde “Bilmiş ol ki, ğınâ bütün dinlerde haramdır.” şeklinde geçmektedir. *Ziyâddâr*’ta ise şöyle geçmektedir: “Bir kimse bize ve ehl-i kitaba göre masiyet sayılan bir şeyi vasiyet etse bu câiz değildir. Şarkı söyleyen kadın ve erkeklere vasiyetin bu türden olduğu belirtilmiştir.” Kuhistânî şehadet bölümünde *el-İhtiyâr*’dan bu şekilde nakletmiştir.

12. Domuz ve Şarabın Mehir Olarak Verilip Daha Sonra Karı-Kocadan Birinin Müslüman Olması Hâlinde Mehrin Durumu

[**Teshîl**] Zimmî bir erkek, zimmî bir kadını muayyen şarap veya domuz mukabilinde nikâhlaşsa, kadın bunları teslim almadan önce taraflardan birisi veya her ikisi Müslüman olsa Ebû Hanîfe’ye göre bunlar mehirdir. Çünkü kadın teslim almadan önce de onlar üzerinde tam mülkiyet sahibi olmuştu. Zira kadının [muayyen eşya üzerindeki mülkiyeti, sırf akit sebebiyle kabzdan önce tamamlanmış olduğundan] bu şeyler üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi bulunmaktaydı...

Zimmî bir erkeğin, zimmî bir kadını muayyen olmayan şarap veya domuz mukabilinde nikâhlayıp kadının bunları teslim almadan önce taraflardan birinin veya her ikisinin Müslüman olması durumunda Ebû Hanîfe’ye göre şarapta kıymet, domuzda mehr-i misil gerekir. Çünkü bu durumda mülkiyeti gerektireceği için kabz imkânsız hâle gelmiştir. Zira muayyen şey, deynden (borçtan) farklıdır. Domuzda kıymete gidilmemesinin gerekçesi, kıymet malın kıymetinin, kendisi gibi olmasıdır. Bu yüzden domuzda kıymete gidilmez ve onda mehr-i misil gerekir.

بخلاف الميتة والدم؛ لأن أحداً لا يعتقد حلها وبخلاف الربا؛ لأنه مستثنى عن عقودهم لقوله ﷺ «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد» ولأنه محرم عليهم في دينهم لقوله تعالى ﴿وأخذهم الربا وقد نهوا عنه﴾ [النساء ٤/١٦١] انتهى ملخصاً.

٥ فقد ظهر بهذا فرق بي >ع الخمر والخنزير من الربا حيث كان الأول جائزاً في دينهم لا الربا وكذلك الزنا حرام في جميع الأديان كما في الدرر والغرر لمولانا خسرو فلم يتم قياس الشارح البيع في الخمر والخنزير على الربا^١ والزنا كما لا يخفى. ومن جملة ما كان حراماً في الأديان كلها كما في كتاب الشهادات من المستصفي الغناء حيث قال: واعلم أن التغني حرام في جميع الأديان قال في الزيادات إذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنيين والمغنيات وكذا نقله المولى القهستاني من الاختيار في كتاب الشهادات.

١٢. إسلام أحد الزوجين بعد النكاح على خمر أو خنزير

[التسهيل] ولو بخمرٍ أو خنزيرٍ فأسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فهما المهرُ عند أبي حنيفة لتمام ملكها قبل قبضها لصحة تصرُّفها... ١٥

فلو غيرَ عينٍ فالقيمةُ يلزُمُ في الخمرِ ومهرِ المثلِ في الخنزيرِ عند أبي حنيفة لتعدُّرِ القبض لإيجابه الملك هنا إذ العينُ غيرُ الدينِ غيرَ أنَّ قيمةَ القيميِّ كعينه فلزَمَ مهرُ المثلِ في الخنزيرِ.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Denirse ki: “Zimmîye ait domuzun gasbedilmesi meselesi ile Ebû Hanîfe'nin bu görüşünde problem bulunduğu öne sürülebilir. Şöyle ki domuzu gasbeden kişi, domuzu temlik ve temellük etmesi câiz olmayan bir Müslüman olsa bile, domuzun kıymetini tazmin eder ve 5 tazminden sonra gasbeden domuzla malik olur.” Bu itiraza şöyle cevap verilir: Gaspta kıymetin verilmesi bizzat kendisini iade etmek gibi olduğundan temlik ve temellük söz konusu değildir. Ancak temellükü sahih olan bir şeyi gasbetmesi durumunda gâsıbın tazmin etmesi mübâdele sayılır. Çünkü mübâdele imkânı vardır. Oysa domuzun gasbedilmesi örneğinde bu imkân yoktur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Yukarıda dile getirilen soru, Ebû Hanîfe'nin şu görüşüne yöneliktir: Mehir olarak muayyen olmayan domuz verilse [ve daha sonra taraflardan biri veya her ikisi Müslüman olsa] bu durumda domuzun kıymeti verilmeyip mehir-i misle gidilir. Çünkü domuz kıymettir ve kıymetli bir malın kıymetini vermek onun kendisini vermek gibidir. Bu yüzden Müslüman birine 15 domuzun kıymetini vermek domuzun ona temlik edilmesi, onun da temellük etmesi olur. İtiraz noktası açıktır. Şeyh'in bu itiraza yönelik dile getirmiş olduğu cevap, mehir ile gasbedilen mal arasındaki farklılığa ilişkindir. Şöyle ki, gaspta domuzun kıymetinin verilmesi, kendisinin (ayn) verilmesi gibidir. Ayn da zaten baştan itibaren, malı gasbedilmiş olan kişinin mülkü olduğundan 20 domuzun, ona iade edilmesi gâsıbın onu temlik etmesi olmayacağı gibi, malı gasbedilenin de temellük etmesi değildir. Oysa mehirde durum bundan farklıdır. Çünkü muayyen olmayan domuz, kabzedilmeden önce kadının mülkü olmayıp kabzetmekle kadın buna malik olmaktadır. Bu yüzden domuzun kıymetinin mehir olarak kadına verilmesi domuzun Müslüman birine temlik edilmesi 25 ve Müslüman birinin onu temellük etmesini gerektirir. Şeyh'in yukarıdaki “Ancak temellükü sahih olan bir şeyi gasbetmesi durumunda gâsıbın tazmin etmesi mübâdele sayılır.” şeklindeki ifadesi, “Gasbedilen domuzun kıymetinin, malı gasbedilene iade edilmesinde temlik ve temellük yoktur.” sözü ile fukahadan sabit olan “Gasbeden, gasbettiği şeyin kıymetini tazmin ettiğinde 30 ona malik olur.” sözü arasında vehmedilen çelişkiyi bertaraf etmeye yöneliktir. Bunu bertaraf etme şekli, “mübâdelesini sahih olan şeyler -mesela gaspedilen elbise-” ile “mübâdelesini sahih olmayan şeyler -mesela gaspedilen domuz-” arasında fark olduğunu belirtmek şeklindedir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: يردُّ على أبي حنيفة غضبُ خنزيرِ
الذميِّ فإن الغاصبَ يضمن قيمته ولو مسلماً مع أنه ممنوعٌ من تملكه وتملكه
والغاصبُ يملكُ المغصوبَ بالضمان؛ يجابُ: بأن ردَّ القيمة هنا كردَّ العينِ
فلا تملك ولا تملكُ وأما لو غضبَ ما يصحُّ تملكه فيجعل الضمانُ مبادلةً
لإمكانها بخلافِ نحوِ الخنزيرِ ٥

[فاضل أمير] نقول: هذا السؤال ناظر إلى ما قال أبو حنيفة رضي الله عنه
فيما جعل الخنزير الغير المعين مهراً لزمه مهر المثل لا قيمة الخنزير لأن
الخنزير قيمي وقيمة القيمي كعينه فيلزم من دفع القيمة تملك المسلم الخنزير
وتملكه إياه ووجه وروده ظاهر وحاصل ما قاله في الجواب عنه هو الفرق بين
المهر والمغصوب بأن في الغصب قد كان رد قيمة الخنزير كردَّ عينه والعين ١٠
ملك المغصوب منه من الأول فلم يوجد التملك من الغاصب ولا التملك منه
ولا كذلك المهر لأن الخنزير الغير المعين ليس بملك للمرأة قبل قبضه بل
تتملكه المرأة بالقبض فيلزم من دفع قيمة الخنزير مهراً تملك المسلم وتملكه
إياه. وقوله «وأما لو غضب ما يصح تملكه إلى آخره» دفع لما يتوهم من
المنافاة بين قوله «بدفع قيمة الخنزير المغصوب إلى المغصوب منه لا يوجد ١٥
التملك ولا التملك» وبين ما ثبت عنهم «أن الغاصب يملك المغصوب بضمان
قيمه»؛ وجه الاندفاع الفرق بين ما يصح فيه المبادلة كالثوب المغصوب وبين
ما لا تصح مبادلته كالخنزير المغصوب.

13. Buluğ Muhayyerliği ile İtk Muhayyerliği Arasındaki Farklar

[**Teshîl**] Buluğ muhayyerliğinden farklı olarak kadının itk muhayyerliği hakkını bilmemesi mazeret sayılır. İtk muhayyerliği birkaç yönden buluğ muhayyerliğinden ayrılır: [1] Bilmemek itk muhayyerliğinde mazeret iken buluğ muhayyerliğinde mazeret değildir. Kadın “Ben itk muhayyerliği diye bir şey bilmiyordum.” dese doğrulanır ve aradan ne kadar zaman geçtiğine bakılmaksızın muhayyerliği baki kalır. [2] İtk muhayyerliği sadece câriye için söz konusu iken buluğ muhayyerliği hem erkek hem kadın için söz konusudur. [3] İtk muhayyerliği, bakire bile olsa câriyenin susmasıyla bâtil olmazken buluğ muhayyerliği bakirenin susmasıyla bâtil olur. [4] İtk muhayyerliğinde ayrılık mahkeme kararı olmaksızın gerçekleşirken buluğ muhayyerliğinde mahkeme kararına gerek vardır. [5] İtk muhayyerliği kadının meclisten kalkmasıyla bâtil olurken, buluğ muhayyerliği kadının meclisten kalkmasıyla bâtil olmaz. Kâdîhân'ın *el-Fetâvâ*'sında böyledir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bakire kızın buluğ muhayyerliği de meclisten kalkmasıyla bâtil olur. Bu husus yukarıda ‘velâyet ve denklik’ bölümünde geçmişti.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Sanki Şeyh'in bu ifadeleri sanki Kâdîhân'ın “İtk muhayyerliği kadının meclisten kalkmasıyla bâtil olurken buluğ muhayyerliği kadının meclisten kalkmasıyla olmaz.” sözlerinde eksiklik olduğuna yönelik bir ima içermektedir. Şöyle ki Kâdîhân'ın ifadeleri, buluğ muhayyerliğinin mutlak olarak [yani bakire olsun olmasın] meclisten kalkmasıyla bâtil olmayacağı vehmini uyandırmaktadır. Oysa durum böyle değildir. Aksine bakire kızın buluğ muhayyerliği, meclisten kalkmasıyla bâtil olur. Şeyh'in burada dile getirmeye çalıştığı itirazın özü budur. Ancak buradan hareket edilerek *el-Hâniyye*'de bu açıdan bir nakz olduğu itirazında bulunulamaz. Çünkü Kâdîhân'ın *Fetâvâ*'sındaki yöntemi şöyledir: O bir yerde meseleyi muteber olan mukayyet lafızlarla zikreder. Başka bir yerde ise aynı meseleyi daha önce zikretmiş olduğu mukayyet lafızlara dayanarak kayıt getirmeksizin mutlak lafızlarla zikreder. İşte bizim bu meselede bu kabil meselelerden biridir. Şöyle ki Kâdîhân ‘veliler’ bahsinde şöyle demiştir: “Buluğ muhayyerliği bazı açılardan itk muhayyerliğinden ayrılır. [1] İtk muhayyerliği, câriyenin meclisten kalkmasıyla bâtil olurken buluğ muhayyerliği erkeğin ve dul kadının meclisten kalkmasıyla bâtil olmaz.

١٣. الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق

[التسهيل] وعُدَّ جهلُ الخيارِ عذرًا ضدَّ البلوغِ. خيارُ العتقِ يفارقُ خيارَ البلوغِ بوجوهٍ أحدها أن الجَهْلَ عذرٌ فيه لا في البلوغِ حتى لو قالت: لم أعلم بخيارِ العتقِ ضدِّقت وبقِيَ خيارُها وإن كان ذلك بعد زمانٍ بخلافِ البلوغِ، وثانيها أنه يثبت في الأمةِ دون الغلامِ وخيارُ البلوغِ يثبت فيهما، وثالثها أنه لا يبطلُ بالسكوت ولو بكرًا بخلافِ خيارِ البلوغِ، ورابعها أن الفرقَةَ يثبتُ فيه بلا قضاءٍ بخلافِ البلوغِ، وخامسها أنه يبطلُ بقيامٍ عن المجلسِ بخلافِ البلوغِ كذا في فتاوى قاضيخان.

[الشيخ بدر الدين] أقول: خيارُ البلوغِ يبطلُ بقيامٍ عن المجلسِ أيضًا لو بكرًا وقد مرَّ في فصل الأولياء.

١٠ [فاضل أمير] نقول: كأن هذا تعريض منه على أن في تعبير الإمام قاضيخان تقصيرًا من جهة أنه قال يبطل خيار العتق بقيامٍ عن المجلسِ بخلافِ البلوغِ إلى آخره فأوهم تعبيره هذا أن خيارِ البلوغِ مطلقًا لا يبطلُ بقيامٍ عن المجلسِ وليس الأمر كذلك بل خيارِ البلوغِ يبطلُ بالقيام أيضًا لو بكرًا هذا زبدة ما أرادها هنا ولكن لا يرد على عبارة الخانية نقض^١ من هذا الوجه لأن من دأب الإمام قاضيخان في فتاواه أنه يذكر مسألة في موضع بقيودها المعبرة فيها ١٥ وفي آخر يذكر تلك المسألة في صورة الإطلاق مجردة عن هذه القيود اعتمادًا على ذكر القيود مرة؛ فما نحن فيه من هذا القبيل حيث قال في فصل الأولياء: وخيارِ البلوغِ يفارقُ خيارِ العتقِ من وجوهٍ أحدها أن خيارِ العتقِ يبطلُ بالقيام عن المجلسِ وخيارِ البلوغِ في الغلامِ والثيب لا يبطلُ بالقيام عن المجلسِ

[2] Buluğ muhayyerliğinde bilmemek mazeret değildir, hatta küçük kız “Ben buluğ muhayyerliğini bilmiyordum, bundan dolayı sustum.” dese bu mazeret olmaz ve muhayyerliği bâtil olur. Ancak azat olmuş kadın, “Ben ıtk muhayyerliği diye bir şey bilmiyordum.” dese doğrulanır ve aradan ne kadar zaman geçtiğine bakılmaksızın muhayyerliği baki kalır. [3] İtk muhayyerliği [erkek köle için sabit olmayıp] sadece câriye için sabit olurken buluğ muhayyerliği hem erkek hem de kadın için sabit olur. [4] İtk muhayyerliği, câriye bakire olsa bile susma sebebiyle bâtil olmazken buluğ muhayyerliği bakire kızın susmasıyla bâtil olur. [5] İtk muhayyerliğinde ayrılık mahkeme kararı olmaksızın sadece kadının ‘kendini tercih etmesiyle’ gerçekleşirken buluğ muhayyerliğinde mahkeme kararı olmaksızın ayrılık gerçekleşmez ve kadı feshetmediği sürece nikâh akdi bâtil olmaz. Eğer bu ayrılık kararı zıfaf gerçekleşmeden önce olmuşsa, ayrılık ister erkekten ister kadından gelmiş olsun, mehrin tamamı düşer. Ayrılık kararı zifaftan sonra olmuşsa mehirden hiçbir şey düşmez.” Kâdîhân bundan sonra “İtk muhayyerliği kadının meclisten kalkmasıyla bâtil olurken buluğ muhayyerliği olmaz.” dediğinde daha önce tam olarak zikretmiş olduğu mukayyet lafızların delâletiyle bununla kastının “erkek ve dulların meclisten kalkmasıyla buluğ muhayyerliğinin bâtil olmayacağı” olduğu anlaşılır.

14. Bir Şey Sabit Olduğunda Lâzımları ile Birlikte Sabit Olur

[Teshîl] İkisi de köle olan eşlerden biri, diğerinin efendisine “Eşimi benim namıma/hesabıma bin dirheme azat et!” dese efendi de azat etse bize göre aralarındaki nikâh akdi fâsit olur. Çünkü “Benim hesabıma azat et!” diyen kişi, sözünün sahih kılınması için iktizaen, azat edilene malik olur, ondan bin dirhem alacaklı olmuş olur ve velâ hakkı kendisine ait olmuş olur. Bu kişi “Eşimi benim namıma bin dirheme azat et!” derken bir keffâret borcunu yerine getirmeye niyet etmişse keffâret borcu yerine gelmiş olur. Züfer’e göre ise “Eşimi benim namıma bin dirheme azat et!” diyerek emreden kişi [köle olması itibarıyla] mülkiyet hakkı olmayan biri olduğu için eşinin efendisine söylediği söz lağv olur ve azat doğrudan emredilen efendi tarafından yapılmış olur. Söz konusu azadın mevcut nikâh akdini etkilemesine itiraz sadedinde “Mülkiyetin emreden için sabit olması, ıtkın zorunlu olarak onun tarafından yapılmış olması sebebiyledir.

والثاني أن الجهل بخيار البلوغ لا يعتبر عذرا حتى أن الصغيرة إذا قالت لم أعلم بخيار البلوغ وإنما سكنت لأجل ذلك لا تعذر ويبطل خيارها والمعتقة إذا قالت ذلك صدقت ولا يبطل خيارها وإن كان ذلك بعد زمان. ومنها أن خيار العتق يثبت للأمة دون الغلام وخيار البلوغ يثبت لهما جميعاً. ومنها أن خيار العتق لا يبطل بالسكوت وإن كانت بكرًا وخيار البلوغ يبطل بسكوت البكر. ومنها أن في خيار العتق لا تتوقف الفرقة على القضاء، بل يثبت بنفس الاختيار وفي خيار البلوغ لا تقع الفرقة ولا يبطل النكاح ما لم يفسخ القاضي العقد بينهما فإن كان ذلك قبل الدخول يسقط كل المهر سواء كان ذلك من قبل الرجل أو من قبل المرأة وبعد الدخول لا يسقط شيء من المهر انتهى. ثم فيما ذكر هذه الوجوه بعد هذا إذا قال «خيار العتق يبطل بقيام عن المجلس بخلاف البلوغ» كان المراد منه بخلاف خيار البلوغ في الغلام واليب بدلالة تقييده فيما ذكر سابقاً.

١٤. الشيء إذا ثبت ثبت بلوازمه

[التسهيل] ولو قال أحد الزوجين لسيد الآخر «حرّره عني بألف» ففعل أفسدنا النكاح إذ ملكه الأمر اقتضاءً تصحيحاً لكلامه فكان عليه ألف وولاؤه له ويقع عن كفارته أي لو نوى بهذا الإعتاق الإعتاق عن الكفارة يقع عن الكفارة، وله أنه طلب منه تحريره عن غير مالكة فلغا فوقع عن المأمور لا يقال «ثبت الملك للأمر لضرورة وقوع العتق عنه

Aslolan zaruret sebebiyle sabit olan bir şeyin zaruret oranınca takdir edilmesidir. Bu bakımdan azadı emreden açısından sabit olan mülkiyetin etkisinin sadece azat hususunda ortaya çıkması ve nikâhın fesâdına yol açmaması gerekirdi. Niçin burada emreden için sadece zaruret miktarı mülkiyet takdir edilmemiştir?” denilemez. Çünkü bir şey, kendi levâzımı (gerekleri/sonuçları) ile birlikte sabit olmak durumundadır. Emreden için mülkiyetin sabit olmasının levâzımından birisi de mevcut nikâh akdinin fâsit olmasıdır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu durumda ilke “Zaruret sebebiyle sabit olan şey o zaruret oranınca takdir edilir; fakat o şey, lâzımları ile birlikte sabit olur.” hâline dönüşmüş olur ve ‘mesele-yi selemiyye’ gibi bazı konularla problem teşkil eder. Şöyle ki müslem_ileyh [teslim vakti geldiğinde başka birinden] buğday satın almak suretiyle rabbusseleme buğdayı kabzetmesi talimatı verse, selem akdiyle taahhüt ettiği borcunu yerine getirmiş sayılabilmesi için müslem_ileyhin rabbusseleme buğdayı önce kendi (müslem_ileyh) adına, sonra onun (rabbusselem) adına kabzetmesini söylemesi gerekir. Bununla ilgili olarak fakihler şöyle demiştir: Esasında selem akdinde verilen ayn, deynden farklıdır, fakat ölçme hususunda değil de sadece istibdâl/değişim hususunda ayn hükmünde tutulmuştur. Çünkü zaruret sadece istibdâl hususundadır. Selemde durum böyle olduğuna göre birisinin çıkıp “Selemde verilen buğdayın ayn hükmünde kabul edilmesinin levâzımından biri, onun iki kere tartılmamasıdır.” deme hakkı vardır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh’in fakihlerin “Bir şey sabit olduğunda, lâzımlarıyla sabit olur.” şeklindeki ilkelerinin zikredilen selem meselesinde geçerli olmayacağını kast etmektedir. Şöyle ki; müslem_ileyhin satın aldığı ve rabbusseleme teslim alması için emir verdiği buğdayın, müslem_ileyhin rabbusseleme olan deynin *aym* olduğu sabit olunca, bu ilkenin muktezasına göre buğdayda deynin *aym*ının olmuş olma lâzımının da sabit olması gerekirdi. O da müslem_ileyh için buğdayın bir defa ölçülmesinin yeterli olması ve kendisi için kabzettiği esnada ayrıca ikinci ölçmeye ihtiyaç olmamasıydı. Oysa durum böyle değildir; aksine fakihlerimiz iki defa ölçülmesi gerektiği görüşündedirler. Buna şöyle cevap verilmiştir: İki defa ölçülmesinin vâcip olması rivâyet ile sabit olmuştur. Zira rivâyet edildiğine göre Hz. Peygamber, bir yiyecek maddesinin iki ölçekten (sâ) ölçülmedikçe yani satıcının ölçeceğinden ve müşterinin ölçeceğinden ölçülmedikçe satımını yasaklamıştır. Nitekim selem babında bu konu belirtilmiştir.

والأصل أن ما ثبت بالضرورة يتقدّر بقدرها فينبغي أن يظهر أثر الملك في العتق عنه لا في فساد النكاح فلم لم يتقدّر الملك للآمر بقدر الضرورة؛ لثبوت الشيء بلوازمه ومن لوازم ثبوت الملك للآمر فساد النكاح.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فصار الأصل أن ما ثبت بالضرورة يتقدّر بقدر الضرورة لكنه يثبت بلوازمه فيرد إشكالاً في نحو المسألة السلمية فإنه لا شرى المسلم إليه براً فأمر رب السلم بقبضه لا يصح حتى يأمره بقبضه له أولاً ثم لنفسه حيث قال: العين غير الدين لكن جعل عينه في حق الاستبدال لا في حق الكيل إذ الضرورة في الأول فلقائل أن يقول: من لوازم كونه عينه أن لا يجب الكيل مرتين.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن ما ذكروه من الأصل بقولهم أن الشيء إذا ثبت ثبت بلوازمه تخلف في هذه المسألة لأن ما شراه المسلم إليه من البر وأمر رب السلم بقبضه لما ثبت في هذه البر كونه عين دين المسلم إليه لرب السلم كان مقتضى هذا الأصل أن يثبت في البر لازم كونه عين الدين وهو أن يكفي كيله مرة للمسلم إليه ولا يحتاج في قبضه لنفسه إلى الكيل مرة أخرى وليس الأمر كذا بل قالوا فيه بوجوب الكيل مرتين والجواب عنه هو أن وجوب الكيل مرتين هنا ثابت بما روي أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري كما تقرر في باب السلم

Buradan ortaya çıkmaktadır ki söz konusu meselede iki defa ölçülmesinin vâcip olması, kıyas dışı bir nass sebebiyledir. Bu yüzden aslın muttaridliği selem örneği ile nakzedilmez. Veya şöyle diyebiliriz: “Bir şey sabit olduğunda lâzımlarıyla sabit olur.” sözündeki ‘lâzım’ ile kastedilen, düşme ihtimali olmayan ve melzumundan ayrılmayan lazımdır. Nitekim Sadruşşerîa *Şerhu'l-Vikâye*'nin ‘nikâhu'r-rakîk' babında hür kadının, köle olan kocasının efendisine ‘Kocamı benim namıma azat et!’ demesi hâlinde nikâhlarının fâsit olacağını açıklarken konuyu bu şekilde ortaya koymuştur.¹ Dolayısıyla eğer burada tıpkı vedîadaki gibi, verilecek hakkın aynının kabz edilmesinin lazımı olmuş olsaydı bir defa ölçülmesi yeterli olacak ve kabzeden için yeniden ölçülmesine gerek kalmayacaktı. Fakat bu, ayrılamaz bir lâzım değildir. Nitekim fakihlerimiz şöyle demiştir: Kadrî bir şeyin karz olarak verilmesi âriyettir. Ödünç verilen şey helak olduktan sonra, ödünç veren kişinin ödünç verdiği kişiden aldığı şey, kendi hakkının aynıdır. Ödünç alan kişinin hakkını aldığı anda bunu ölçmek suretiyle aldığı anda şüphe yoktur. Buradan ortaya çıkmaktadır ki tekrar ölçülmeyen şeyler, hakkın aynının kabzedilmesinden ayrılabilen şeylerdir. Dolayısıyla bu tür lâzımlar, fakihlerimizin “Lâzımlarıyla sabit olur.” sözünün kapsamına dâhil olmamaktadır.

Bu açıklamalardan sonra aklıma şu geldi: “Tekrar ölçmenin gerekmemesi, hakkın hakikaten aynının alınması durumunda söz konusu olur. Ancak alınan ayn, tıpkı selem ve karz örneklerinde olduğu gibi, takdîren veya hükmen ayn ise bu durumda tekrar ölçmek lâzım değildir hükmüne ulaşılamaz.” denilecek olsa bu anlamlı bir izah ve Şeyh'in “Selemde verilen buğdayın ayn hükmünde kabul edilmesinin lâzımlarından biri onun iki kere tartılmamasıdır.” ifadeleriyle dile getirdiği itiraza da cevap olmuş olur. Tıpkı daha önce “Veya şöyle diyebiliriz: ‘Bir şey sabit olduğunda lâzımları ile sabit olur.’ sözündeki lâzım ile kastedilen, düşme ihtimali olmayan ve melzûmundan ayrılmayan lazımdır...” şeklinde başlayan ifadelerimizle fakihlerimizin “...lâzımları ile sabit olur.” sözündeki lâzımın tahsis edilmiş lâzım olduğunu söyleyerek Şeyh'e cevap verdiğimiz gibi bu da ikinci bir cevap olur.

1 Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, III, 47.

فثبت وجوب الكيل مرتين في الصورة المذكورة بنص معدول به عن القياس فلا ينتقض بها طرد الأصل المذكور؛ أو نقول أن المراد من اللازم في قولهم ثبت بلوازمه اللازم الذي لا يحتمل السقوط ولا ينفك عن ملزومه كما حققه مولانا التحرير صدر الشريعة في باب نكاح الرقيق من شرح الوقاية عند الكلام على مسألة «فسد نكاح حرة قالت لسيد زوجها أعتقه عني بألف الى ٥ آخره» والاكتفاء بكيل واحد وأن لا يكيل للقابض وان كان لازم قبض عين حقه كما في الوديعة لكنه ليس بلازم لا ينفك ألا يرى أنهم قالوا إن قرض القدرى عارية وما استوفاه المقرض من المستقرض بعد استهلاك ما قبضه منه عين حقه ولا شك في أن المقرض إذا استوفاه يستوفيه كيلا فقد تبين أن عدم الكيل قد ينفك عن قبض عين الحق فلا يكون مثل هذا اللازم مما ١٠ اندرج تحت قولهم ثبت بلوازمه.

ولاح لي من هذا البيان أنه لو قيل «عدم الكيل لازم لاستيفاء عين الحق إذا كان عينه حقيقة وأما إذا كان عين الحق عينه تقديرا وحكمًا كما في مسألة السلم والقرض فلا يكون عدم الكيل لازما له» لكان له وجه ويكون هذا جوابًا عما أورده الشيخ الشارح بمنع قوله من لوازم كونه عينه أن لا يجب ١٥ الكيل كما أن ما ذكرناه بقولنا «أو نقول...» جواب عنه بتخصيص اللوازم في قولهم ثبت بلوازمه.

Allah'ın tevfiği ile bu cevapları verdikten sonra Mudakkik mevlamız Sa'dî Efendi'nin *el-Hidâye Hâşiye'sinde* Şeyh'in itirazına cevap olabilecek başka bir izah gördüm. Sa'dî Efendi nesebin sabit olması konusunda “Koca kadının boşamasını doğuma ta’lik ederse, başka bir kadın da doğum olduğuna dair şahitlik yaparsa boşama gerçekleşmez.” meselesinde *Înâye* müellifinin sözünü izah ederken şöyle demektedir: “Birinin ‘Bizim konumuz doğuma ta’lik edilmiş boşama ile ilgilidir. Bir şeye ta’lik edilen şey, o şeyin lâzımlarındandır. Doğum, şahitlik yapan kadının şehadetiyle sabit olur. Bir şey sabit olduğunda bütün lâzımları ile sabit olmaktadır.’ deme hakkı vardır. Derim ki: şer‘in bazı şeyler hakkında bir emri ispat etme, bazılarında isbat etmeme yetkisi vardır. Bunun sayılamayacak kadar çok örneği vardır.”¹ Buradan ortaya çıkmaktadır ki doğuma bağlanmış boşamalarda, eğer boşama doğumun lâzımlarından ise bu durumda doğum gerçekleştiğinde doğumun varlığının onun bir lâzımı olan boşamanın varlığını gerektirmesi gerekirdi. Fakat şer‘in melzûm olan doğum hakkında bir lâzımı olan talâkı isbat etmeme velâyeti vardır. Aynı şekilde bizim konumuz ile ilgili olarak da her ne kadar alınan şeyin, hakkın aynı olduğu sabit olsa da tekrar ölçmeyi sabit kılmamaya şer‘in hakkı vardır. Böylece problem giderilmiş ve doğru ortaya çıkmış olmaktadır.

1 Sa'dî Efendi (ö. 945/1539), *Hâşiye ale'l-Înâye (fi Şerhi'l-Hidâye) (Fetbu'l-Kadir ile)*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2003, IV, 325.

وبعد هذه الأجوبة الفائضة عليّ بنور التوفيق رأيت في حاشية الهداية لمولانا المدقق سعدي أفندي ما يظهر به جواب آخر عن إيرادها قال في باب ثبوت النسب في مسألة «وإن علّق طلاقها بالولادة فشهدت بها أي بالولادة امرأة لا تطلق» عند الكلام على قول صاحب العناية: ولقائل أن يقول كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لازم من لوازمه، والولادة تثبت ٥ بشهادتها والشيء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه. أقول للشرع ولاية إثبات أمر في حق بعض الأشياء ولا يثبت في حق بعضها وله نظائر لا تحصي انتهى. فحصل منه أن الطلاق المعلق بالولادة وإن كان لازماً من لوازمها وقد وجدت الولادة واقتضى وجودها وجود لازمها وهو الطلاق لكن للشرع ولاية أن لا يثبت الطلاق في حق ملزومه الذي هو الولادة فكذلك يقال فيما ١٠ نحن فيه أن للشرع ولاية أن لا يثبت عدم الكيل وإن ثبت كون المستوفى عين الحق فاندفع الإشكال وظهر الحق.

RADÂ: SÛT EMME

Nesep İkrarı için, İkrarda Sebat Etmek Şart mıdır?

[**Teshîl**] Bir kimse bir kadını göstererek “Bu benim süt kız kardeşimdir.” veya “Süt annemdir.” veya “Benim süt kızımdır.” dedikten sonra ikra-
 5 rında sebat etmeyip “Vehme düşmüşüm.” veya “Yanılmışım.” diyerek rücû
 etse, mazereti sebebiyle bu rücû bize göre câizdir. Çünkü bu olay şahidi
 bulunan bir olay değildir. Şâfi’ye göre ise tıpkı boşama ikrarında olduğu
 gibi, adamın rücûu kabul edilmez. Çünkü bu kişi, haramlık sebebini ikrar
 ettiğinden, adeta boşamayı ikrar etmiş gibi olur. Boşama ikrarından rücû
 10 kabul edilmediği gibi burada da kabul edilmez. Fakat bize göre bu kişi,
 “Söylediğim gerçektir.” diyerek sözünde sebat ettikten sonra artık onun
 rücûu kabul edilmez. Çünkü artık bu sözü vehim ve hata eseri olarak söy-
 lemiş olması uzak ihtimal olmaktadır. Nesep de buna benzer. Mesela bir
 kimse karısıyla kendisi arasında nesepten kaynaklanan bir mahremiyet
 15 olduğu ikrarında bulunsa ve bunda sebat etse araları tefrik edilir, sebat
 etmezse tefrik edilmez.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu değerlendirme, nesebin salt ikrar ile
 sabit olmayacağını, nesebin sübutu için ikrarda sebatın şart olmasını ge-
 rektirir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *el-Hidâye*'de şöyle geçmektedir: “Bir kim-
 20 se, kölesine ‘Bu benim oğlumdur.’ dese ve bunda sebat etse azat olur.”
el-Înâye'de şöyle geçmektedir: “Mergînânî'nin ‘bunda sebat etse’ sözü-
 nün anlamı ‘Efendi, köleye söylemiş olduğu ‘Benim oğlumdur.’ sözünüle
 kastının şefkat ve merhamet amaçlı olduğunu iddia etmezse’ şeklindedir.
 25 Ebu'l-Fazl'ın *Şerhu'l-Kudûri* adlı eserinde böyle geçmektedir. Hatta kas-
 tının bu yönde olduğunu iddia etse doğrulanır. Bir görüşe göre sebat
 nesebin şartıdır. Çünkü neseb iddiasından dönmek sahihse de azattan
 dönmek sahih değildir. Diğer bir görüşe göre ise bu ittifaki bir şarttır.”

كتاب الرضاع

هل الثبات في إقرار النسب شرط؟

[التسهيل] ولو قال هذه رضيعتي أي أختي رضاعاً أو أُمِّي أو بنتي ثم رجَعَ قبل ثباته بأن قال: أوهمتُ أو أخطأتُ نُجيز الرجوعَ لعذره إذ لم نشاهده، وللشافعي الطلاقُ لأنه أقرَّ سببَ الحرمة فكأنه أقرَّ بالطلاقِ فلا يُقبل رجوعُه كما في الطلاقِ ٥ ولا يجوز رجوعُه لو ثبت على قوله ذلك بقوله «هو حقٌّ» لأنه بُعد احتمال الوهم يماثلُه النسبُ فلو ثبت على إقراره به فُرِّقَ وإلا لا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يقتضي أن لا يثبت النسبُ بمجرد إقراره به ما لم يثبت على ذلك.

١٠ [فاضل أمير] نقول: قال في الهداية ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق وفي العناية ومعنى قوله «وثبت على ذلك» ولم يدع الكرامة والشفقة، كذا في شرح القدوري لأبي الفضل، حتى لو ادعى ذلك صدق. وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحاً دون العتق. وقيل شرط اتفائي.

Gâyetü'l-Beyân adlı eserde şöyle geçmektedir: “Bilmiş ol ki, Mergînânî'nin ‘bunda sebat etse’ şeklinde dile getirmiş olduğu sebat şartı, nesebin sübutu içindir, yoksa azadın sübutu için sebat şart değildir. Çünkü nesep ikrarından rücû sahih iken, azat ikrarından rücû sahih değildir. Fehrulislam Pezdevî de bu hususu tasrih etmektedir. Nesep ikrarından rücûun sahih olduğuna delil, Kerhî'nin *el-Muhtasar*'ında zikretmiş olduğu şu husustur: Bir kimse ölüm hastası iken ana baba bir kardeşi veya oğlunun oğlu veya amcası veya amcaoğlu olduğu ikrarında bulunsa lehine ikrarda bulunulan kişi de bu ikrarı tasdik etse ancak daha sonra hasta kişi ‘Benimle onun arasında bir akrabalık yoktur.’ diyerek bu ikrarını inkâr etse ve ardından bütün malını başka birine vasiyet ettikten sonra ölse ve hiçbir vârisi de yoksa bu durumda bütün mal, vasiyet edilen kişiye kalır ve lehine ikrarda bulunulan kişiye bir şey verilmez.”

Buradan ortaya çıkmaktadır ki nesep ikrarının sahih olabilmesi için üzerinde sebat etmek şarttır. Hatta İbn Melek'in *Mecma*' şerhinde şöyle geçmektedir: “Nesep ikrarından rücû ifadesinin aynı mecliste olması da şart değildir. Hatta bir kimse belli bir vakitte nesep ikrarından bulunduktan sonra ‘Hata ettim.’ sözünü on yıl sonra söylese bile bu sözü itibara alınır.” Buna göre Şeyh'in nesep konusunda sebatın lazım olduğunu söz konusu ifadeler ile dile getirmesinin bir anlamı yoktur.

وفي غاية البيان ثم اعلم أن قوله وثبت على ذلك إنما شرطه لثبوت النسب لا لثبوت العتق لأن الرجوع عن الإقرار بالنسب يصح وعن العتق لا؛ وبه صرح فخر الإسلام البزدوي والدليل على أن الرجوع عن الإقرار بالنسب يصح ما ذكره الكرخي في مختصره إذا أقر الرجل في مرضه بأخ من أبيه وأمه أو بابن ابن أو بعم أو ببن عم وصدقه المقر له ثم أنكر المريض وقال «ليس بيني وبينه قرابة» ثم أوصى^١ بماله كله لرجل ثم مات ولا وارث له قال المال كله للموصى له ولا شيء للمقر له انتهى.

ومن هذا ظهر أن الإقرار بالنسب مشروط^٢ بالثبات عليه حتى قال في شرح المجمع لابن ملك: ولا يقتصر هذا على المجلس، حتى لو كان الإقرار في وقت وقوله أخطأت بعد عشر سنين يعتبر انتهى. فلا وجه لتعبير الشارح عن لزوم الثبات فيه بالوجه المذكور.

١ - ج- أوصى.
٢ - أ: مشروطة.

TALÂK: BOŞAMA

1. Sarhoşun ve Mükrehin Talâkının Problemliliğine Verilen Cevap

[**Teshîl**] Köle olsun hür olsun âkil bâliğ her erkeğin talâkı geçerlidir. Ahmed b. Hanbel'den gelen bir rivâyete göre mümeyyiz çocuğun talâkı da geçerlidir. Uyuyan kimse ile ma'tûh gibi kişilerin talâkı ise geçersizdir. Çünkü Hz. Peygamber "Çocuk ve delininki hariç bütün talâklar geçerlidir." buyurmuştur. Diğer yandan bunların kasıtları da sahih değildir. Ma'tûh, bazı fiilleri ve sözleri noktasında deliye benzer. Sefih ise ma'tûhtan farklı olup deliye benzemez. Fakat sefihle sevinç veya kızgınlıktan kaynaklanan bir gevşeklik arız olur ve sonuçlarının iyi ya da kötü olduğunu öğrenmek için işlerin sonuçları hakkında herhangi bir araştırma ve tartma yapmaksızın işleri konusunda bu gevşekliğe göre hareket eder. Dolayısıyla sefihlik (sefeh), insana arız olan bir gevşeklik olup, onu aklın gerektirdiğinin aksine hareket etmeye sevk eder.

Dilsizin bilinen işaretiyle talâk gerçekleşir. Çünkü dilsizin konuşmasında sıkıntı söz konusudur. Yukarıda zikredilen "Çocuk ve delinin talâkı hariç bütün talâklar câizdir." hadisi sebebiyle bize göre karısını latife olarak (*hezl*) boşayan kişinin talâkı geçerli olduğu gibi ikrah altında olanın (*mükreh*) talâkı da geçerlidir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu yaklaşım, uyuyan, hezeyana yol açan zatülcenp hastası (mübersem), baygın ve benzeri kimselerin boşamalarında problem doğurur. Çünkü yukarıdaki hadis bunların talâklarının da geçerli olmasını gerektirmektedir.

Bu probleme "Kasıtlarının noksan olması konusunda bunlar deli ve çocuğa benzer." diye cevap verilecek olursa, bu cevap "Kasıtlarının noksan olması sebebiyle mükrehin ve sarhoşun da böyle olması gerekir." denilerek reddedilebilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Fukahanın usûl ve fûrû' konularında ifade ettiklerinden ilk anda anlaşılacak şey şudur: Boşamanın gerçekleşmesinin dayanağı, boşayanın temyiz kudretine sahip olmasıdır. Nitekim yukarıdaki hadisten, çocuğun ve delinin boşamasının gerçekleşmemesinin illetinin temyiz kudretlerinin olmaması olduğu anlaşılmaktadır.

كتاب الطلاق

١. الجواب عن إشكالية طلاق المكره والسكران

[التسهيل] وقع طلاقٌ عاقلٍ بالغٍ حُرٍّ أو عبدٍ. وعن أحمد يقع من صبيٍّ عاقلٍ، لا نائمٍ ونحوٍ معتوهٍ لقوله ﷺ «كُلُّ طلاقٍ جائزٌ إلا طلاقٌ صبيٍّ ومجنونٍ» ولفسادِ القصدِ. والمعتوهُ يشابهُ المجنونَ في بعضِ أفعاله وأقواله بخلافِ السفه، فإنه لا يشابهُ المجنونَ لكن يعتريه خفةٌ إما فرحًا أو غضبًا فيتبعُ مقتضاها في الأمورِ من غيرِ نظيرٍ ورويةٍ في عواقبها ليقفَ على أن عواقبها محمودَةٌ أو مذمومةٌ. فالسفهُ خفةٌ تعترى الإنسانَ فتبعثُهُ على العملِ بخلافِ موجبِ العقلِ.

ويقعُ من أحرصِ بإشارته المعهودة للحرج، ونوقِعُ طلاقَ مُكرِهٍ كهازلٍ لما رَوينا من أن كلَّ طلاقٍ جائزٌ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل بنائمٍ ومبرسَمٍ ومغمى عليه ونحوه لاقتضاء الحديث جواز تطلقهم.

فإن أجيب بأنهم كمجنونٍ وصبيٍّ في قصورِ القصدِ يُردُّ بأنه يقتضي أن يكونَ المكرهُ والسكرانُ كذلك لقصورِ القصدِ فيهما أيضًا.

[فاضل أمير] نقول: المتبادر مما ذكره في الأصول والفروع ١٥ أن مدار وقوع الطلاق على كون الموقع مميزًا على ما يفهم من الحديث أن عدم وقوع طلاق صبيٍّ ومجنونٍ لعدم التمييز.

Buna göre bu illet konusunda çocuk ve deliye ortak olan herkes, nassın delâletiyle bu ikisinin hükmü kapsamına girer. Bu yüzden *el-Bedâi'* ve diğerlerinde ma'tûh, öfkeden akli başından giden (medhûş), hezeyana yol açan zatülcenp hastası (mübersem), baygın ve uyuyan kişilerin boşamalarının gerçekleşmemesi, temyiz kudretlerinin bulunmaması ve deli gibi değerlendirilmeleri ile ta'lil edilmiştir.

Bu açıklama ile mükrehin boşamasının gerçekleşmesinin gerekçesi açığa çıkmaktadır. Çünkü mükrehin temyiz kudreti ve ehliyeti mevcuttur. Nitekim Allâme, *el-Îzâh*'ın ikrah bölümünde bunu şu şekilde ifade etmiştir: “Bil ki, ikrah cebr sınırına ulaştığında *ihtiyârî* bozar. Bu da nefsin veya bir organın telef olmasından korkma durumunda söz konusu olur. İkrah, cebr sınırına ulaşmadığında ise *ihtiyârî* bozmaz, fakat *rızayî* ortadan kaldırır. Bu ise hapsedilme veya dövülme korkusunun bulunması durumunda söz konusu olur. İkrahın birinci kısmına *mülcî ikrah*, ikincisine de *gayr-i mülcî ikrah* denir. Her iki tür ikrah da ehliyetin varlığına aykırı değildir. Çünkü ehliyet, akıl ve buluğa bağlıdır.”

Temyiz kudretinin bulunmamasına rağmen sarhoşun talâkının gerçekleşmesi ise *el-Bedâi'*de izah edildiği üzere bir incelikten kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, Kâsânî, sarhoşun talâkının gerçekleştiğine açık bir nass (Bakara 2/229-230) ile istidlalde bulunduktan sonra şöyle demiştir: “Diğer yandan sarhoşun akli, masiyet olan bir sebep ile zail olmuştur. Masiyet işlemesini engellemek için kendisine bir ceza olsun diye akli başında bir kimseymiş gibi kabul edilir. Bu yüzden sarhoş, bir insana kazifte (zina iftirasında) bulunur veya bir kimseyi öldürürse, kendisine hadd ve kısas uygulanması gerekir. Hadd ve kısas ise akıllı olmayan kimseye gerekmez. Buna göre hadd ve kısasın uygulanması sarhoşun, akli başında biri olarak kabul edildiğini gösterir. Akli, masiyet olan bir sebeple zail olduğunda kendisini bu masiyetten men etmek ve alıkoymak amacıyla bazen hakikaten akli zail olan kişi, hükmen akli başında kimse gibi değerlendirilir. Mesela mûrisini öldüren kimse, mirastan mahrum edilir ve mûris, hayattaymış gibi kabul edilir ki, bundan amaç, kendisine bir ceza olsun diye kâtîli, öldürmekten alıkoymaktır.”¹

1 Kâsânî, *Bedâi'ûs-Sanâi'*, III, 99.

فكل من شاركهما في هذه العلة يعني عدم التمييز دخل في حكمهما بدلالة النص. ولذا علل في البدائع وغيره عدم وقوع طلاق المعتوه والمدهوش والمبرسم والمغمى عليه والنائم بعدم تمييزهم وجعلهم كالمجنون.

وبهذا ظهر وجه وقوع طلاق المكره، لأن تمييزه وأهليته باق كما ذكره المولى العلامة في كتاب الإكراه من الإيضاح، قال: اعلم أن الإكراه إذا بلغ حد الجبر يفسد الاختيار. وذلك عند خوف تلف النفس أو العضو. وإن لم يبلغ حد الجبر لا يفسد الاختيار لكن قد يفوت الرضا وذلك عند خوف الحبس أو الضرب ويقال للأول الملجئ وللثاني غير الملجئ وكلاهما لا ينافي بقاء الأهلية. لأنها بالعقل والبلوغ، انتهى.

وأما وقوع طلاق السكران مع أنه ليس بمميز فهو لسرّ دقيق على ما حققه في البدائع حيث قال فيه بعد الاستدلال على وقوع طلاقه بنص مبين: ولأن عقله زال بسبب هو معصية فينزل قائما عقوبة عليه زجرا له عن ارتكاب المعصية. ولهذا لو قذف إنسانا أو قتل يجب عليه الحد والقصاص. وأنهما لا يجبان على غير العاقل فدل أن عقله جعل قائما. وقد يعطى للزائل حقيقة حكم القائم تقديرا إذا زال بسبب هو معصية للزجر والردع كمن قتل مورثه أنه يحرم من الميراث ويجعل المورث حيا زجرا للقاتل عقوبة عليه، انتهى.

Bu açıklamalardan ortaya çıkıyor ki, Allah, kendisine rahmet etsin Şeyh, yeterince araştırmaması sebebiyle bu tür gaffete çokça düşmektedir. Kaldı ki, Kâsânî, *el-Bedâi*'de mükrehin talâkının gerçekleştiğini açıklarken şöyle demiştir: “Allah kendisinden razı olsun Muhammed şöyle demiştir:

5 Bir kadın, uyurken kocasını bağladı ve elinde bıçakla kocasının göğsüne oturup bıçağı kocasının boğazına dayayarak ‘Ya beni üç talâk ile boşarsın ya da seni boğazlarım.’ dedi. Adam, “Allah aşkına yapma!” diye kadına yalvardı. Kadın, adamın yalvarışını dinlemedi. Adam da karısını üç talâkla boşadı ve gidip durumu, Hz. Peygamber’e anlattı. Bunun üzerine Hz. Peygamber “Talâkta geri dönüş yoktur.” buyurdu.”¹

Bu açıklamaya göre tıpkı çocuk ve delinin talâkının gerçekleşmemesinin nass ile sabit olması gibi mükrehin talâkının gerçekleşmesinin de nass ile sabit olduğu sabit olmuştur. Bu durumda Şeyh’in “Mükrehin de bu şekilde (çocuk ve deli gibi) olması gerekir.” şeklindeki dile getirdiği itiraz çökmüş olur.

15 2. “Rahmini Temizle!” Sözü ile Talâkın Gerçekleşmesi için Niyete İhtiyaç Var mıdır?

[**Teshîl**] Kendi rızası ile söylemişse bütün kinayeli lafızlarda; öfkeyle söylemişse ret veya sövme olabilecek lafızlarda; talâk konusu müzakere edilirken ise sadece ret olabilecek lafızlarda boşama niyetinin olması gerekir. Çünkü bunların boşama anlamına da başka bir anlama da gelme ihtimali vardır. Bu durumda yemini ile birlikte kocanın sözü kabul edilir. Öfke hâlinde söylemişse ret ve sövme olabilecek lafızların dışındaki lafızlarda ve talâk konusu müzakere edilirken ret olabilecek lafızların dışındaki lafızlarda, tarafların bulunduğu ortam niyetine delâlet ettiği için ayrıca niyetinin ne olduğunu bilmeye gerek gerek yoktur. Bu sayılan durumların dışında kocanın sözü, kazâen kabul edilmez. Yani kocanın sözü, kazâen değil, işin iç yüzü kendisi ile Allah arasında olmak üzere sadece diyâneten kabul edilir.

Bil ki burada üç farklı durum söz konusudur: [1] Rıza hâli, [2] öfke/ kızgınlık hâli ve [3] talâkı müzakere hâli.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi*, III, 100.

فظهر من هذا البيان أن الشيخ الشارح رحمه الله لقله تتبعه يقع كثيرا في مثل هذا الغفلة على أن البدائع قال في بيان وقوع طلاق المكره وذكر محمد رضى الله عنه أن امرأة [اعتقلت زوجها] جلست على صدر زوجها ومعها شفرة فوضعتها على حلقه وقالت «لتطلّقي ثلاثا أو لَأَنفُذَنَّهَا» فناشدها الله تعالى أن لا تفعل فأبت فطلّقها ثلاثا فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال «لا قيلولة في الطلاق»، انتهى.

ثبت بهذا أن وقوع طلاق المكره ثابت بالنص كما أن عدم الوقوع في الصبي والمجنون ثابت به فاضمحل به ما قال «يقتضي أن يكون المكره كذلك» رأسا.

١٠ ٢. الطلاق بقول «إسْتَبْرَيْ» هل يحتاج فيها إلى النية لوقوع الطلاق أم لا؟

[التسهيل] ولا بد من النية في كلّ الكناية لو برضاء، وفيما صلح ردا أو شتما لو بغضب، وفيما صلح ردا لو بمذاكرته، للاحتمال، فُدَيْنَ بيمينه، لا في غير ما صلح ردا أو شتما لو بغضب، وفي غير ما صلح رداً لو بمذاكرته، لدلالة الحال، فلم يدَيْنَ قضاءً في غير ما ذكر أي دُيِّنَ ديانةً بينه وبين الله تعالى، لا قضاءً.

اعلم أن الأحوال ثلاثة: حالة الرضا وحالة الغضب وحالة مذاكرة الطلاق.

Aynı şekilde boşamada kullanılan kinayeli lafızlar da üç kısımdır:

[1] Sadece kadının boşama talebine cevap olmaya uygun olan lafızlar: Bunlar *enti vâhide* (Sen teksin.), *i'teddî* (İddet bekle.), *istebriî* (Rahmini temizle.), *emruki bi yedik* (İşin kendi elinde.) ve *ihtârî* (Seçimini yap.) sözleridir. Bu sözler reddetmek, uzaklaştırmak ve sövmek için uygun değildir; dolayısıyla kadının talâk isteğine olumlu cevap olur.

[2] Başka bir anlamda değil, sadece cevap ve reddetme anlamında olmaya uygun olan lafızlar: Bunlar *ubruci* (Çık!), *izhebi* (Git!), *uğrubî* (Uzaklaş!), *kûmî* (Kalk!), *tekannaî* (Peçeni ört!), *tehammerî* (Başını ört!), *istetirî* (Örtün!) *tezevvecî* (Evlen!), *ibteğî'l-ezvac* (Koca bul!), *ilhakî bi ehlik* (Ailenin yanına git!), *hablûki alâ gâribik* (Canının istediği yere git!), *lâ sebîle lî aleyk* (Sana varma imkânım yok!), *lâ nikâha beyni ve beynik* (Aramızda nikâh yok!), *lâ milke lî aleyk* (Sana malik değilim!) şeklindedir. Bu sözler, mesela “Çık, çünkü seni boşadım.” şeklinde kadının talâk isteğine cevap olmaya uygun olduğu gibi, kadının sözünü reddetme ve onu kendinden uzaklaştırma anlamı için de uygundur. Diğer misaller de aynı şekilde olup hem cevap olmaya hem de talebini reddetme anlamında olmaya uygundur. “Evlen!” sözünün reddetme anlamına gelmesi, tehdit olabilmesi hasebiyledir. “Aramızda nikâh yok!” sözü de aynı şekildedir.

[3] Cevap ve sövmeye uygun olup reddetme anlamında olmaya uygun olmayan lafızlar: Bunlar *enti haliyye* (Sen boşsun!), *enti beriyye* (Sen berisin!), *enti bette* (Sen kopmuşsun!), *enti bâin* (Sen ayırısın!) ve *enti harâm* (Sen haramsın!) sözleridir. Çünkü mesela “enti haliyye” sözü ile “Sen hayırdan uzaksın!”, “Ar damarın çatlamış!”, “Utanman kalmamış!” anlamının kastedilmiş olması da ihtimal dâhilindedir. Yine “enti beriyye” sözü ile “İbadetlerden ve güzel işlerden uzaksın!” anlamının, “enti bette” sözü ile “Her türlü olgunluktan veya güzel huylardan kesinkes uzaksın!” anlamının ve “enti haram” sözü ile de “Bir arada bulunulması ve sohbet edilmesi haram olan birisin.” ve benzeri bir anlamın kastedilmiş olması da ihtimal dâhilindedir.

Talâkı müzakere durumu ise bu sözlerle kastedilenin cevap ya da reddetmeden hangisi olduğunu sınırlar. Dolayısıyla her iki anlama da ihtimali olan durumlarda değil, bu durumda niyete ihtiyaç duyulmaz. Bu yüzden yukarıdaki birinci (rıza hâli) ve üçüncü kısımda (talâkı müzakere hâli) niyete ihtiyaç duyulmadan talâk gerçekleşir. Çünkü talâkı müzakere hâli, sadece cevap veya reddetme anlamına gelir. Bu iki kısımda da reddetme anlamına gelme ihtimali yoktur, dolayısıyla cevap anlamına gelmesi belirginlik kazanır.

وكذا الكناياتُ ثلاثةُ أقسامٍ:

ما يصلحُ جواباً لا غيرُ وهو أنتِ واحدةٌ، واعتدِي، واستبرئي، وأمركِ بيدك، واختاري. فإنها لا تصلحُ للردِّ والتبديدِ ولا للشتمِ فكانت جواباً لسؤالِ الطلاقِ.

٥ والقسمُ الثاني: ما يصلحُ جواباً وردّاً لا غيرُ وهو اخْرُجِي، اذهبي، اغربي، قومي، تقنّعي، تخمّري، استتري، تزوّجِي، ابتغي الأزواجَ، الحَقِي بأهلكِ، حبْلِكِ على غاربِكِ، لا سبيلَ لي عليكِ، لا نكاحَ بيني وبينك، لا ملكَ لي عليكِ. فهذه الألفاظُ كما تصلحُ جواباً -أي اخْرُجِي لأنّي طلقْتُك- تصلحُ لردِّ كلاميها وتبديدِها عن نفسه وكذا الألفاظُ الباقيةُ وقوله «تزوّجِي» كونه ردّاً هو بحسبِ التهديدِ وكذا قوله لا نكاحَ بيني وبينك،

١٠ والقسمُ الثالثُ: ما يصلحُ جواباً وشتماً لا رداً وهو خَلِيَّةٌ، بَرِيَّةٌ، بَائِنٌ، حرامٌ إذ يحتملُ أن يُرادَ أنتِ خَلِيَّةٌ عن الخيرِ، خَلِيعةُ العذارِ لا حياءَ لكِ، بَرِيَّةٌ عن الطاعاتِ والمحامدِ، بَائِنٌ بَرِيَّةٌ عن كلّ رشِدٍ أو عن الأخلاقِ الحسنةِ، حرامِ الصحبةِ والعشرةِ أو نحوها.

١٥ وحالةُ مذاكرةِ الطلاقِ يحصرُ المرادَ على أن يكونَ جواباً أو رداً فلا يُحتاجُ فيها إلى النيةِ لا فيما يحتملُهما ففي القسمِ الأولِ والثالثِ يقعُ بلا نيةٍ إذ حالةُ المذاكرةِ تأبى إلا الجوابَ أو الردَّ لا غيرُ ولا احتمالَ إلى الردِّ في هذين القسمين فتعيّنَ الجوابُ.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Talâkı müzakere veya öfke durumunda kocanın söylediği “Rahmini temizle!” sözünde de birinci ihtimal yani “onu boşamak için rahmini temizlemesini istemiş olması” şeklindeki ihtimal mevcuttur. Dolayısıyla rıza hâlinde olduğu gibi bu durumda da (talâkı müzakere ve öfke durumunda) bu söz ile talâkın gerçekleşmesi için boşama niyetinin bulunup bulunmadığına bakılması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Özetle Şeyh'in itirazı şudur: Kinayeli lafızlardan birinci kısım olan *enti vâhide*, *i'teddî*, *istebriü* ve diğerlerinde rıza hâlinde söylenmesi durumunda niyete ihtiyaç duyulur. Çünkü bu sözde (boşama anlamının yanında) boşamak için rahminin boş olmasının kastedilmesi ihtimal dâhilindedir. Talâkı müzakere ve öfke hâlinde de bu lafızda bu ihtimal mevcuttur. Dolayısıyla rıza hâlinde olduğu gibi talâkı müzakere ve öfke hâlinde söylendiğinde de niyete bakmak gerekir.

Bu itiraza şöyle cevap verilir: Birincide hâlin delâleti, ikincide ise öfke, niyete ihtiyaç bırakmaz. Çünkü niyet, kastedilenin belirlenmesi için gereklidir. Bu ikisi (halin delâleti ve öfke hâli) de bu söz ile kocanın talâkı kastettiğini belirlemektedir.

3. Kocanın “Enti Tâlikun Külle Yevm” Sözü ile “Enti Tâlikun fi Külli Yevm” Sözü Arasındaki Fark

[Teshîl] Koca, “Enti tâlikun külle yevm (Sen her gün boşsun!)” der ve bu söz ile üç talâka niyet ederse niyeti geçerlidir ve hergün bir talâk gerçekleşir. Çünkü bu, lafzın muhtemel anlamlarından biridir. Bu sözü söylerken hiçbir şeye niyet etmezse Züfer'e göre durum yine aynıdır. Bize göre ise bu durumda bir talâk gerçekleşir ve “Sen ebediyen boşsun!” sözü gibi olur. Bu durumda ‘her gün’ ifadesi, gerçekleşmenin değil, kesin olarak bilindiği için talâkın zarfı olarak değerlendirilir. Züfer'in gerekçesi ise ‘her’ lafzının, tekrar için olmasıdır.

Koca, “Enti tâlikun fi külli yevm (Sen her günde boşsun!)” dese, talâk her gün yeniden gerçekleşir. Bu iki sözün (Enti tâlikun külle yevm ve enti tâlikun fi külli yevm) benzeri, “Sen Perşembe günü ve Cuma günü boşsun!” sözü ile “Sen Perşembe gününde ve Cuma gününde boşsun!” sözleri olup birinci söz ile bir talâk, ikinci söz ile iki talâk gerçekleşir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قوله «استبرئي» حالة المذاكرة أو الغضب باق احتمالاً الأول وهو أن يريد الاستبراء ليطلقها فلا بد من النية كما في حالة الرضا.

[فاضل أمير] نقول: حاصل اعتراضه أن القسم الأول من الكنايات وهو «أَنْتِ وَاحِدَةٌ» «وَاعْتَدِي» «وَاسْتَبْرِي» وغيرها قد احتيج فيها إلى النية إذا صدرت حالة الرضا لاحتمال أن يراد فيها الاستبراء ليطلقها ففي حالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب هذا الاحتمال باق في هذا اللفظ فكان الواجب فيه النية كما في حالة الرضا.

وأجيب عنه بأن دلالة الحال في الأولى والغضب في الثانية قد أغنى كل منهما عن النية. إذ النية لتعيين المراد وهما يعينان أنه أراد بهذا اللفظ الطلاق.

٣. الفرق بين قوله «أَنْتِ طَالِقٌ كُلِّ يَوْمٍ» وبين قوله «أَنْتِ طَالِقٌ فِي كُلِّ يَوْمٍ»

[التسهيل] ولو قال «أَنْتِ طَالِقٌ كُلِّ يَوْمٍ» فإن نوى الثلاث صح ويقع كل يوم واحدة. لأنه محتمل اللفظ. وإن لم ينو شيئاً فكذلك عند زفر. وعندنا يقع واحدة فصار كقوله «أَنْتِ طَالِقٌ أَبَدًا»، صرفاً للظرف إلى الطلاق لا الإيقاع للتيقن، وله أن لفظ الكل للتكرّر.

ولو قال «أَنْتِ طَالِقٌ فِي كُلِّ يَوْمٍ» يتعدّد. ونظيره «أَنْتِ طَالِقٌ يَوْمَ الْخَمِيسِ وَيَوْمَ الْجُمُعَةِ» و«أَنْتِ طَالِقٌ فِي يَوْمِ الْخَمِيسِ وَفِي يَوْمِ الْجُمُعَةِ» حيث يقع في المسألة الأولى واحدة وفي الثانية ثتان.

Koca, söylediği söze “fi” edatını ekleyerek “Enti tâlikun ğaden ve fi’l-yevm” veya “Enti tâlikun el-yevm ve fi gadin” ya da “Enti tâlikun fi külli yevm” derse, birden fazla talâk gerçekleşir. “Enti tâlikun fi külli yevm” sözünde ise üç günde üç talâk gerçekleşir. Çünkü “fi” edatı açıkça söylenmek suretiyle zarfiyet anlamı kuvvet kazanmış olup (sadece talâk için değil) talâkın gerçekleşmesi için de zarf olmuştur. Dolayısıyla birden fazla talâk gerçekleşir ve kocanın bu sözü, birden fazla talâkın gerçekleşmesi konusunda “Enti tâlikun külle yevmin tatlikaten (Sen, her gün bir talâk ile boşsun.)” veya “Enti tâlikun ebeden yevmen ve yevmen lâ (Sen ebediyen bir gün boşsun bir gün değilsin.)” sözü gibi olur. Çünkü birincideki “tatlikaten”, ikincideki “lâ” karânesiyle ‘külle yevm’ ve ‘ebeden’ kelimeleri, talâkın gerçekleşmesinin zarfi olduğu için bu sözlerle birden fazla talâk gerçekleşir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Ebû Yûsuf ve Muhammed’in bu konudaki görüşü problemlidir. Şöyle ki, bunlar, yukarıda geçen “Enti tâlikun ğaden” ve “Enti tâlikun fi ğadin” sözünde “fi” edatının bulunup bulunmaması arasında fark gözetmeyip ikinci vaktine niyet edilmesini doğru kabul etmezken burada kocanın söylediği sözde “fi” edatının bulunup bulunması arasında fark gözetmişlerdir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Ebû Yûsuf ve Muhammed’in görüşünde herhangi bir problem yoktur. Çünkü onlar, eğer herhangi bir şeye niyet etmemişse kocanın “Enti tâlikun külle yevm” sözüyle bir talâkın gerçekleşeceğini söylemişlerdir. Çünkü bu sözde “fi” edatı açıkça zikredilmediğinde “külle yevm” ifadesi zarfiyet için kuvvet kazanmaz ve bu durumda (gerçekleşmenin değil) sadece talâkın zarfi olur. Bir günde bir kere boşanmış olan kadın, her gün açısından “boşanmış olmakla” nitelendirilir [yani bir kere boşanmış kadına diğer günlerde de “boşanmış” denilir]. Fakat “fi” edatı kullanılıp koca, “Enti tâlikun fi külli yevm” dediğinde zarfiyet anlamı kuvvet kazanır ve (talâkın yanı sıra) aynı zamanda talâkın gerçekleşmesi için de zarf olur ve her günde bir talâk olmak üzere üç günde üç talâkın gerçekleşmiş olması gerekir.

“Ğaden” veya “fi ğadin” zarflarının kullanıldığı durumda ise gerçekleşen, kesin olarak bir günde gerçekleşir. Bu durumla ilgili olarak Ebû Yûsuf ve Muhammed şöyle demektedir: “Ğaden” lafzı ister “fi” edatı ile zikredilsin ister onsu zikredilsin sabahtan akşama kadar olan günün ismidir. Dolayısıyla “yarın” anlamının bulunması sebebiyle ertesi günün ilk kısmında talâk gerçekleşir ve kocanın “Ben öğle vaktine niyet etmiştim.”, “İkinci vaktine niyet etmiştim.” gibi ertesi günün başka bir parçasına niyet etmesi durumunda kocanın sözü tasdik olunmaz. Çünkü bu, zahirin aksine bir durumdur.

ولو زاد «في» أي لو قال «أنتِ غداً وفي اليوم» أو «اليوم وفي غدٍ» أو «في كل يوم» يتعدّد، ويقع الثلاث في ثلاثة أيام في قوله «أنتِ طالق في كل يوم» لقوة الظرفية بالتصريح، فكان ظرفاً للإيقاع أيضاً فتعدّد فصار كقوله «أنتِ طالق كل يوم تطلقته» أو سأنتِ طالق أبداً يوماً ويوماً لا). فإنه يتعدّد لظرفية كل يوم وأبداً للإيقاع بقرينة «التطليقة» ولفظة «لا».

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل مذهب أبي يوسف ومحمد حيث لم يفرقا بين ذكر «في» وعدمه فيما تقدم من قوله «أنتِ طالق غداً أو في غد» حتى لم يصدّقاً نية العصر وهنا فرقا.

١٠ [فاضل أمير] نقول: لا إشكال عليهما. لأنهما قالوا في «أنتِ طالق كل يوم» إذا لم ينو شيئاً تقع واحدة. لأن كلمة «في» لما لم يذكر صريحا لم تتقوّ الظرفية فيكون ظرفاً للطلاق فقط. ويقال لمن وقع عليها الطلاق في يوم مرة إنها متصفة بالطالقية كل يوم. وأما إذا ذكر كلمة «في» وقال «طالق في كل يوم» فقد تتقوّ الظرفية ويكون ظرفاً للإيقاع أيضاً فيلزم إيقاع ثلاث في أيام ثلاثة.

١٥ وأما في مسألة «غدا» و«في غد» كان الواقع في يوم واحد حتماً. وهما قالوا فيها إن لفظ «غد»^٢ سواء ذكر ب«في» أو بدونه كان اسم يوم من الصباح إلى المغرب فيقع الطلاق في أول جزء منه لوجود معنى «غد» فيه، ولا يصدق في نية جزء آخر منه كالظهر والعصر. لأنه خلاف الظاهر.

١ ج- فقد.

٢ ج- غد.

Özetle, “küлле yevmin” ve “fi külli yemvin” şeklindeki sözler, fertler (günler) hakkında söylenmiş, “ğaden” ve “fi ğadin” şeklindeki sözler günlerin cüzleri hakkında söylenmiş kabul edilir. Aynı şekilde birinci durumda sözün zahir anlamının kastedilmesine veya zahir anlamın dışında bir anlamın kastedilmesine tutunulması söz konusu olmakta; ikinci durumda ise zarfın talâk için veya talâkın gerçekleşmesi için zarf olması durumu söz konusu olmaktadır. Bu iki durumun birbiri ile ne alakası var?

4. Ebû Hanîfe'ye göre Talâkın Ölüme Bağlanması ile Ömrün Uzun Olmasına Bağlanması Arasındaki Fark

[Teshîl] Koca, “Zeyd'in gelmesinden bir ay önce boşsun.” dese, Zeyd de bir ay sonra gelse, bize göre talâk, Zeyd'in gelmesine bağlı olarak (geldiği anda) gerçekleşir. Züfer'e göre ise talâk, ayın başına dayanmak suretiyle (bir ay öncesinden) gerçekleşir. Öyle ki, Züfer'e göre iddet ayın başından itibaren başlar, bu süre içinde koca, kadın ile ilişkide bulunmuş ise mehri ödemesi gerekir ve talâk rec'î ise kocanın bu süre içinde ilişkide bulunması rec'at (dönüş) sayılır. Müellif şu sözü ile bu ihtilafa işaret etmiştir: “Bize göre bu talâk, anlam açısından şarta bağlı talâk gibi olduğu için bir ay öncesine dayanmak suretiyle değil, Zeyd'in geldiği vakte bağlı olarak gerçekleşir. Yani talâk, şartın gerçekleşmesi durumunda gerçekleşir. Züfer'in gerekçesi ise şudur: Kocanın “Hayız gördüğünde sen boşsun.” sözü ile kadın hayız görmeye başladığı anda talâk gerçekleşir. Buradaki söz de bunun gibidir.

Kocanın iki karısına söylediği “İkinizden daha uzun ömürlü olan şu anda boştur.” sözü de bu ihtilafa göre değerlendirilir. Buna göre iki karısından biri ölene kadar talâk gerçekleşmez, ikisinden biri öldüğünde diğeri boşanmış olur. Zira bu söz ile kastedilen, geçmişte hangisinin daha uzun yaşadığı değil, gelecekte hangisinin daha uzun ömürlü olduğudur. Nitekim mesela iki karısından birinin yaşı yirmi, diğersinin yaşı da yetmiş olsa bu söz ile yaşlı olan karısı boş olmaz. Gelecekte hangisinin daha uzun ömürlü olacağı ise şimdiden belli değildir. Çünkü yaşları farklı olan bu iki karısının aynı anda ölmesi mümkündür. Dolayısıyla biri öldüğünde diğeri o anda boş olur.

غاية الكلام أن الكلام في صورة «كل يوم» و «في كل يوم» في الأفراد وفي صورة «غدا» أو «في غد» في الأجزاء. وكذلك المتمسك به في الأولى إرادة الظاهر وإرادة خلاف الظاهر وفي الثانية كون الظرف ظرفا للطلاق أو ظرفا للإيقاع فأين هذا من ذلك.

٥ ٤. الفرق بين تعليق الطلاق بالموت وبين تعليقه بطول العمر عند أبي حنيفة

[التسهيل] ولو قال سأنت طالق قبل قدوم زيد بشهر، فقدم بعد شهر وقع الطلاق مقتصرًا على حال القدوم عندنا. وقال زفر مُستندًا إلى أول الشهر، حتى يُعتبر العدة من أوله ويلزمه مهز لو وَطَّهَا فيه ويكون الوطء فيه رجعة إن كان الطلاق رجعيًا. وإليه أشار بقوله «جعلناه مقتصرًا لا مُستندًا لشرطٍ معنى» أي فلا يقع إلا عند وجود الشرط. وله قوله «إذا حضت فأنت طالق»، فكذا هنا.

١٥ وعلى هذا الخلاف قوله لامرأته «أطولكما عمرًا طالق الآن»، لا تطلق حتى تموت إحدهما فتطلق الأخرى إذ المراد هو طول الحياة في المستقبل دون الماضي. ألا يرى أنه لو كان عمر إحدهما عشرين سنة والآخر سبعين سنة لا تطلق العجوز. وطول الحياة في المستقبل غير معلوم لجواز موتهما معاً. فإذا ماتت طلقت الأخرى للحال،

Züfer'e göre ise talâk, yemin vaktine dayanır. Çünkü koca talâkı, mevcut ve gerçekleşmiş bir şarta bağlamıştır. Zira o anda boşanan kadının uzun ömürlü olduğu bilinmektedir. Bizim gerekçemiz ise şudur: Yemin olarak kullanılan bu sözün anlamı "İkinizden hanginiz hayatta kalırsa o boştur." şeklinde olup bu da ikisinden birinin ölmesinden önce bilinmemektedir. Bunun da ötesinde (ikisinin birlikte ölüp) birinin daha önce ölmeme olasılığı da bulunduğu için talâk da söz konusu olmaz. Dolayısıyla bu söz şart anlamında olup talâkın gerçekleşmesi de şartın gerçekleşmesine bağlı olur.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Ebû Hanîfe'ye göre de talâkın sözün söylendiği zamana dayanması (istinad) gerekir. Zira ileride geleceği üzere kesin olan bir şey olması sebebiyle ölüm Ebû Hanîfe'ye göre şart olamaz.

İkisi arasında şu şekilde bir fark gözetilmesi mümkündür: Orada talâk ölümüne ta'lik edilmiştir ve ölüm kesin olarak gerçekleşecek bir şeydir. Dolayısıyla şart olmaz. Burada ise talâk, ömrün daha uzun olmasına bağlanmıştır. Bu ise kesin bir şey değildir, dolayısıyla şart anlamında olur ve bu suretle iki mesele birbirinden ayrılmış olur ki, Ebû Hanîfe'ye göre de talâk, şartın gerçekleşmesine bağlanmış olur.

Ancak burada tartışmaya açık bir nokta vardır. Zira her iki meselede de talâkın gerçekleşmesini belirleyen şey, ölümdür. Nasıl ki, ömrün uzunluğu kesin değil, aynı şekilde kocanın boşama sözünü söylemesi ile ölmesi arasında bir ayın geçeceği de kesin değildir. Dolayısıyla ikisi arasında bir fark yoktur.

Denirse ki; Zeyd'in gelmesi meselesinde değil, talâkın ölümüne bağlanması meselesinde ölüm söz konusu edilmiştir. Dolayısıyla ölüm, ölümün zikredilmediği meselede değil, ölümün zikredildiği meselede dikkate alınmıştır. Dolayısıyla iki mesele birbirinden farklıdır.

Bu itiraz, ileride gelecek olan "Sahip olacağım son köle hürdür." veya "Evleneceğim son kadın boştur." şeklindeki ifadelerle reddedilir. Çünkü Ebû Hanîfe'ye göre ölüm zikredilmemesine rağmen bu söz, tıpkı "İkinizden daha uzun ömürlü olan şu anda boştur." sözünde olduğu gibi sözün söylendiği zamana dayanır. Dolayısıyla Ebû Hanîfe'ye göre sözün söylendiği zamana dayanması veya şartın gerçekleşmesine bağlanması noktasında iki meselenin hükmünün aynı olması gerekir.

فيستند عند زفر إلى وقت اليمين لأنه علّق الطلاق بشرطٍ موجودٍ متحقّقٍ. إذ علّم أنها كانت هي أطول حياةً حينئذٍ. ولنا أن معنى اليمين «الباقية منكما طالق» وذلك غير معلوم قبل موتٍ إحداهما بل هو معدومٌ على خَطَرِ الوجودِ، فكان شرطاً فاقْتَصِرَ عليه.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يلزم استناده عند أبي حنيفة أيضاً. إذ الموت ليس بشرطٍ عنده لكونه قطعياً كما سيجيئ.

ويمكنُ الفرقُ بأن التعليقَ ثمة بالموتِ وهو قطعِيّ الوقوعِ فلا شرطَ. وهنا بطولِ العمرِ وليس ذلك بقطعِيّ فيكونُ بمعنى الشرطِ فافترقا فاقْتَصِرَ عنده أيضاً.

١٠ وفيه نظرٌ إذ الموتُ هو المعرّفُ في الصورتين وكما أن الطولَ ليس بقطعِيّ فكذلك تحقُّقُ الشهرِ بين كلامه وبين موته ليس بقطعِيّ فلا فرق. فإن قيل: الموتُ مذکورٌ ثمة لا هنا فاعتُبر فيما ذكر لا فيما لم يُذكر فافترقا.

١٥ يُردُّ بما يجيء من قوله «آخر ما أملكه أو أتزوجها حرّاً أو طالق» فإنه مستندٌ عند أبي حنيفة مع أن الموتَ لم يُذكر كما في قوله «أطولكما عمرا إلخ» فيلزمُ أن يتجدا حكماً اقتصاراً أو استناداً عند أبي حنيفة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in Ebû Hanîfe'nin görüşüne yönelik itirazı özetle şudur: Ebû Hanîfe, kocanın "Ölümünden bir ay önce sen boşsun." şeklindeki sözünde talâkın, söylenilen zamana (ölmesinden bir ay öncesine) dayandığı görüşündedir. Bunun bir sonucu olarak kocanın iki karısına 5 söylediği "İkinizden daha uzun ömürlü olan şu anda boştur." sözünde de Ebû Hanîfe'nin talâkın, sözün söylendiği zamana dayandığını kabul etmesi gerekir. Şayet ikinci sözde ölüm zikredilmeyip birinci sözde zikredildiği gerekçesiyle iki mesele arasında ayırım yapılarak "Son sahip olduğum köle hürdür." ya da "Son evlendiğim kadın boştur." şeklindeki sözlerde -bununla 10 kocanın "İkinizden daha uzun ömürlü olan şu anda boştur." şeklindeki sözü arasında her ikisinde de ölümün geçmemesi ve talâkı belirleyen bir şey olmaması konusunda bir fark olmamasına rağmen- Ebû Hanîfe'nin azat ve boşamanın, sözün söylendiği zamana dayandığını kabul ettiği söylenecek olursa, onun açısından uygun olan iki meselenin sözün söylendiği 15 zamana dayanması veya şartın gerçekleşmesine bağlanması noktasında iki meselenin hükmünün aynı olmasıdır.

Bu itiraza verilecek cevap şudur: "Sahip olacağım son köle hürdür." veya "Evleneceğim son kadın boştur." sözü ile "İkinizden daha uzun ömürlü olan şu anda boştur." sözü arasında her ikisinde de ölümün zikredilmemiş 20 olup ömrün uzamasından ve sonuncu olanın bilinmemesinden dolayı belirleyici olmaması açısından bir fark yoktur. Fakat ikisi arasında başka bir açıdan fark vardır ki, bu da şudur: Yemin eden kimse, mesela bir köleye malik olup sonra başka bir köleye daha malik olduğunda sonuncu olma ikinci köle için sabit olur ve bunun da üçüncü bir köleye malik olmakla ortadan kalkması mümkündür. Efendi, üçüncü köleye malik olmadan öldüğünde 25 sonuncu olma ikinci köle açısından kesinleşir ve kendisi açısından sonuncu olma sıfatının gerçekleştiği zamandan itibaren sözün söylendiği zamana dayanarak azat olur. Çünkü ancak geçmişte sabit ve mevcut olan bir şeye dayanma söz konusu olur. Ömrün uzun olması ise böyle değildir. 30 Çünkü bunun, iki karıdan birinin ölümünden önce sabit olması söz konusu değildir. Bu yüzden de burada 'dayanma' için herhangi bir şey mevcut değildir. Dolayısıyla iki karıdan hayatta kalan hakkında talâk, ikisinden hangisi ölmüşse onun ölmesine bağlı olarak gerçekleşir.

[فاضل أمير] نقول: حاصل ما أورده على قول أبي حنيفة رضى الله عنه هو أنه قد قال فيما قال «أنت طالق قبل موتي بشهر» بالاستناد فكان اللازم منه أن يقول بالاستناد أيضا فيما قال لامرأته «أطولكما عمرا طالق الآن» فإن فرق بينهما بأن الموت مذكور في الأول لا في الثانية فيقال إنه قد قال بالاستناد فيما قال «آخر ما أملكه أو أتزوجها حر أو طالق» مع أنه لا فرق بينه وبين ما قال «أطولكما عمرا طالق» في أن الموت غير مذكور ومعرف فيهما فكان المناسب أن يتحد القولان استنادًا أو اقتصارًا.

والجواب عنه هو أنه لا فرق بين «آخر ما أملكه أو أتزوجها حر أو طالق» وبين «أطولكما عمرا طالق الآن» من جهة أن الموت غير مذكور ومعرف لطول العمر والآخرة فيهما. ولكن بينهما فرق من وجه آخر وهو أن الحالف إذا ملك عبدا ثم عبدا تكون الآخرة ثابتة للثاني قابلة للزوال بأن يملك ثالثا. وإذا مات قبل تملك الثالث تقررت الآخرة للثاني فيعتق من حين ثبوت صفة الآخرة له استنادا. لأن الاستناد لا يكون إلا إلى ثابت موجود في السابق. وطول العمر ليس كذلك لأنه لا ثبوت له قبل موت إحداهما، فلا مجال للاستناد فيه فيقع الطلاق على الباقية منهما مقتصرًا على حال موت من مات منهما.

Bu açıklama ile sonuncu olmanın şart kılınması ile ömrün uzun olmasının şart kılınması arasında Ebû Hanîfe'nin gözettiği farkın ne olduğu anlaşılır ve kocanın "Sahip olacağım son köle hürdür." veya "Evleneceğim son kadın boştur." sözü hakkında Şeyh'in "Ebû Hanîfe'ye göre de 'İkinizden daha uzun ömürlü olan şu anda boştur.' sözünde olduğu gibi burada da talâkın şartın gerçekleşmesine bağlı olması gerekir..." şeklinde yönelteceği itiraz giderilmiş olur.

Şeyh'in mezhebin sahibine sabıkan ve lahıkan yönelttiği itiraz, imam Ebû Hanîfe'nin talâkın şartı yapılan şeyin kesinleşmeden önce sabit olup sonra kesinleşmesi ile kesinleşmeden önce bulunmayıp ilk defa sabit olduğunda kesinleşmesi arasında gözettiği farkı kavrayamamış olmasından kaynaklanmaktadır. *el-Hakâik*'te birinci babda Nu'mân'ın (Ebû Hanîfe) sözüne yer verilmiştir:

"Bil ki, hükümler *istinâd*, *iktisâr*, *tebeyyün* ve *inkılâb* yoluyla olmak üzere dört yolla sabit olur. İstinâd ve iktisârın şekli yukarıda geçti. Tebeyyünün şekli ise şöyledir: Koca, karısına 'Hayız gördüğünde sen boşsun.' dediğinde kadın, kan gördüğünde talâk hemen gerçekleşmez. Ancak bu kanamanın süresi üç güne ulaştığında bundan talâkın, kadının ilk gördüğü kan damlasıyla gerçekleştiği açığa çıkar. İnkılâbın şekli ise şudur: Yemin, yemine riayet etmeyi gerektirir. Kişi yeminini bozduğunda ise yemin, keffâreti gerektiren bir şeye dönüşür."

5. Kocanın "İ'teddî, i'teddî, i'teddî" Dedikten Sonra Talâkı Kastetmediğini Söylemesi

[**Teshîl**] Koca üç kere tekrar ederek "i'teddî, i'teddî, i'teddî" deyip "Birincisi ile talâka diğer ikisiyle de hayıza niyet ettim." dese kazâen doğru söylediği kabul edilir. Çünkü ikinci ve üçüncü "i'teddî" sözüyle niyet ettiği anlam, sözün hakikat anlamıdır. Zira koca, talâktan sonra genellikle karısına iddet beklemesini söyler.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Şayet bu sözü söylemeden önce karısını boşamış olsa ve üçüyle de hayıza niyet etse hükmün yine aynı şekilde olması gerekir.

وبهذا ظهر وجه فرق الإمام بين جعل الآخريه شرطا وبين جعل طول العمر شرطا واندفع ما سيورده الشيخ الشارح في قوله «آخر ما أملكه أو أتزوجها حر أو طالق» بقوله وينبغي أن يقتصر عند أبي حنيفة أيضا كما هو كذلك في مسألة «أطولكما عمرا طالق الآن» إلى آخر ما قال هناك.

وكان مبنى اعتراضه على صاحب المذهب سابقا ولاحقا^١ عدم تفتنه بما فرق الإمام بين أن يكون ما جعل شرط الطلاق ثابتا قبل التقرر ثم يكون متقرا وبين أن لا يوجد قبل التقرر ويكون أول ثبوته ثبوته^٢ متقرا. قال في الحقائق في الباب الأول مقالة النعمان:

واعلم بأن الأحكام يثبت بأربعة طرق بطريق الاستناد والاقتصار والتبين والانعقاد. فصورة الأول والثاني ما مر وصورة التبين فيما إذا قال لامرأته «إذا حضت فأنت طالق» فرأت الدم لا يقع في الحال، فإذا بلغ الثلاث تبين أنه وقع من أول قطرة من الدم. وصورة الانعقاد أن اليمين موجبة للبر فإذا حنث فيها انقلبت هي موجبة للكفارة.

٥. قول الزوج «لم أنو شيئا من الطلاق» بعد قول «اعتدي اعتدي»
 [التسهيل] ولو ثلث أي قال لها «اعتدي اعتدي» وقال «نويت بأوله طلاقا وبالباقيتين حيضا» صدق قضاء. لأن ما نواه بالثاني والثالث حقيقة كلامه إذ المرء يأمر امرأته بعد الطلاق بالاعتداء.
 [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون كذلك لو نوى الحيض بالكل لو طلقها قبل التكلم.

١ أ: ولا حتما.

٢ أ: ثبت.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh söylediği şeyi sanki fikhî çıkarımı gibi söylemekte ve kocanın, karısına “İ’teddî, i’teddî, i’teddî” deyip “Ben bunların tamamı ile hayıza niyet ettim.” sözünde doğru söylediğinin kabul edilmesinin, bu sözü söylemeden önce kadını boşamış olmasıyla kayıtlı olduğunu zannetmiştir. Hâlbuki durum böyle değildir. Aksine muteber kaynaklarda kocanın, bu sözü söylemeden önce karısını boşamış olma kaydı olmaksızın niyeti konusunda tasdik edileceği açıklanmıştır. Mesela Zeylaî, *Tebyînu’l-Hakâik*’te şöyle demiştir: “Kocanın ‘Bunların hiçbirinde bir şeye niyet etmedim.’ demesi ise bundan (birinci ile talâka niyet ettiğini, diğer ikisi ile hiçbir şeye niyet etmediğini söylemesinden) farklı olup bu takdirde hiçbir şey gerçekleşmez. Çünkü bu durumda onu yalanlayacak zahir bir durum söz konusu değildir.”¹

Zeylaî’nin bu açıklamasından “Hepsi ile hayza niyet ettim, hiçbiri ile talâka niyet etmedim.” sözü konusunda kocanın, tasdik edilmesinin câiz olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Şeyh’in kocanın, “Bunların hiçbiri ile talâkı kastetmedim.” sözü ile “Bunların hiçbiri ile talâkı kastetmedim, hayza niyet ettim.” sözü arasında bir fark olduğunu iddia etmesi bundan müstesnâdır.

6. “İ’teddî, i’teddî, i’teddî” Sözünde Kocanın “Birincisiyle Talâka, İkincisiyle Hayza Niyet Ettim, Üçüncüsüyle Hiçbir Şeye Niyet Etmedim.” Demesi

[Teshîl] Koca, “Birinci ile talâka, ikinci ile hayza niyet ettim, üçüncü ile ise hiçbir şeye niyet etmedim.” dese, bu durumda iki talâk gerçekleşir. Çünkü sözün başında talâkın müzakere edilmesi söz konusudur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “Kendisine en yakın olan ikinci *i’teddî* sözü ile hayza niyet edilmesi karfinesiyle üçüncü *i’teddî* sözünün de hayza hamledilmesi gerekir. Çünkü daha önce talâkın gerçekleşmiş olması, hayız ihtimalini değil, i’teddî sözünün nimetleri sayma anlamına gelmesi ihtimalini ortadan kaldırmıştır. Zaten bu sebeple daha öncesinde talâk geçmiş olmasına rağmen ikinci sözü ile hayza niyet etmesi sahih olmuştur.” denirse bu itiraza şu şekilde cevap verilmesi mümkündür: İkinci *i’teddî* sözü ile iddeti zikretme ihtiyacı ortadan kalkmış olup üçüncü *i’teddî* sözü talâk için kalır.

1 Zeylaî, *Tebyînu’l-Hakâik*, II, 218.

[فاضل أمير] نقول: كأنه قال ما ذكره تفقها منه وظن أن كونه مصدقا فيما قال لزوجته «اعتدي اعتدي اعتدي» وقال نويت بالكل الحيض مقيد بتطليقتها قبل التكلم وليس الأمر كذلك بل كونه مصدقا في هذه النية مصرح به في المعبرات من غير التقييد بقيد التطليق قبل التكلم حيث قال في التبيين: بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل شيئا حيث لا يقع شيء لأنه لا ظاهر يكذبه، انتهى. ٥

ففهم منه جواز تصديقه فيما قال نويت بالكل حيضا ولم أنو شيئا من الطلاق إلا أن يدعي فرقا بين ما قال «لم أنو بالكل شيئا من الطلاق» وبين ما قال «لم أنو بالكل شيئا من الطلاق ونويت الحيض».

٦. قول الزوج في قول «اعتدي اعتدي اعتدي»، «نويت بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً ولم أنو بالثالثة شيئاً» ١٠

[التسهيل] ولو قال «نويت بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً ولم أنو بالثالثة شيئاً» تشئى لمذاكرة الطلاق بأول الكلام.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل ينبغي أن تحمل الثالثة على الحيض بقرينة الثانية الأقرب. لأن سبق الطلاق قطع احتمال اعتداد التعم لا احتمال الحيض. ولذا صح نيته بالثانية مع سبق الطلاق. ١٥

يمكن أن يجاب بأن الغنى عن ذكر العدة حصل بالثانية فبقيت الثالثة للطلاق.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu itiraza başka bir ifadeyle cevap verilmesi de mümkündür. Üçüncü *i'teddî* sözü, talâka hamledildiğinde yeni bir anlama (te'sîs) hamledilmiş olur ki, bununla diğer talâk gerçekleşerek talâkın sayısı artar. Şayet bu üçüncü *i'teddî* sözü, iddete hamledilecek olursa bu durum-
5 da tekit olur. Zira bu durumda bu sözle başka bir iddetin kastedilme ihtimali yoktur. Kurala göre bir sözü, yeni bir anlama hamletmek mümkün olduğunda bu söz tekit anlamına hamledilmez. Nitekim "Enti tâlikun, tâlikun, tâlikun" sözünden sonra koca, "Ben ikinci ve üçüncü tâlikun sözü ile birinciyi haber vermeyi kastettim." dese fakihler, kazâen kocanın tasdik
10 edilmeyeceğini söylemişlerdir. Çünkü sözün yeni bir anlama hamledilmesi daha önceliklidir.

7. "İ'teddî, i'teddî, i'teddî" Sözünde Kocanın "Birincisiyle Talâka, Diğer İkisile Hiçbir Şeye Niyet Etmedim." Demesi

[Teshîl] Kocanın, niyetinin bulunmadığı şeklindeki sözünün kazâen
15 tasdik edildiği her yerde yemini ile birlikte sözü tasdik olunur. Çünkü o, kalbinde olanı haber verme konusunda güvenilir bir kimse olup yemini ile birlikte emin kişinin sözü dikkate alınır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Kocanın, birinci ile talâka niyet ettiğini, diğer ikisiyle bir şeye niyet etmediğini söylemesi durumunda diğer iki sözünün talâka hamledilmemesi gerekir. Çünkü her ne kadar ortam, talâkın müzakere edildiği ortam olsa da birinci talâktan, iddetin kastedilmesinin
20 ihtimal dâhilinde olduğu ortaya çıkmıştır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu ilimle uğraşanların bildiği üzere kinayeli sözlerle boşamada kastedilen manayı belirlemek için muteber olan, sözü söyleyenin niyeti veya bunun yerine geçecek olan talâkı müzakere hâli ya da öfke
25 hâlidir. Burada üzerinde durulan meselede koca, söylediği diğer iki *i'teddî* sözünde herhangi bir şeye niyet etmediği için bu sözlerin talâka hamledilmesi belirginlik kazanır. Çünkü niyetin yerine geçen bir durum bulunmaktadır ki, bu da talâkı müzakere hâlidir. Bu durumda iddetin kastedildiği konusunda iddet niyeti yerine geçecek herhangi bir şey dikkate alınmaz ki, iddet
30 ihtimalinin ortaya çıkmasının, -talâk niyeti yerine geçen bir duruma tercih edilmesi bir yana- iddet niyeti yerine geçeceği söylenebilir!

[فاضل أمير] نقول: ويمكن أن يجاب بعبارة أخرى وهي أن الثالثة إذا حملت على الطلاق يكون تأسيسا يزداد بها طلقة أخرى. ولو حملت على العدة لكان تأكيدا إذ لا احتمال لأن يراد بها عدة أخرى. ومتى أمكن الحمل على التأسيس لا يحمل على التأكيد. ألا يرى ما قالوا فيما قال ' بعد قوله «أنت طالق طالق طالق» أردت بالثاني والثالث إخبارا عن الأول لا يصدق قضاء. لأن الحمل على التأسيس أولى.

٧. قول الزوج في قول «اعتدي اعتدي اعتدي»، «نويث بالأولى طلاقاً ولم أنو بالباقيتين شيئاً»

[التسهيل] وفي كل موضع صدق الزوج على عدم النية قضاء صدق بيمينه لأنه أمين فيما يُخبر عن ضميره والقول للأمين مع اليمين.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: فيما نوى بالأولى الطلاق ولم ينو بالباقيتين شيئاً ينبغي أن لا تُحمل الباقيتان على الطلاق لحدوث احتمال العدة من الطلاق الأول وإن كانت الحالة حالة مذاكرة الطلاق.

[فاضل أمير] نقول: لا يخفى على ممارسي الفن أن المعتبر في كنايات الطلاق لتعيين المعنى المراد نية القائل أو ما يقوم مقامها من حال مذاكرة الطلاق أو الغضب. ففي الباقيتين لما لم ينو شيئاً تعين الحمل على الطلاق بوجود ما قام مقام النية وهو حال المذاكرة ولم يعتبر في إرادة العدة ما يقوم مقام نية العدة حتى يقال حدوث احتمال العدة يقوم مقام نيتها فضلا عن أن يرجح على ما قام مقام نية الطلاق.

8. Kişinin Karısına “Bu Benim Kızımdır.” Demesi ile Kölesine “Bu Benim Oğlumdur.” Demesi Arasındaki Fark

[Teshîl] Bir kimse nesebi bilinen karısına “Bu benim kızımdır.” dese, bu söz ile talâk gerçekleşmez. Çünkü şer‘ onu yalanlamaktadır ve şer‘in yalanlaması âdeta kişinin kendisini yalanlaması gibidir. Fakat kişinin, kölesi hakkında “Bu benim oğlumdur.” demesi bunun aksine olup kişi, kendisini yalanlamış olsa da veya şer‘ onu yalanlamış olsa da bu sözüyle o köle azat olur. Çünkü nesep beyanından rücû edilebilir fakat azat işleminden rücû etme söz konusu olmaz. Dolayısıyla iki mesele birbirinden ayrılır.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Nesep hükmü kadın meselesi ile köle meselesi arasında ortaktır. Dolayısıyla nesep konusunda ikisi arasında bu şekilde bir fark gözetmenin bir gerekçesi yoktur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh bu itirazı ile fakihlerin köle meselesinde söylediklerinin aynı şekilde kadın meselesinde de geçerli olduğunu kastetmektedir. Köle meselesi şudur: Efendi, kölesine “Bu, benim oğlumdur.” dese ve kölenin yaşça efendiden daha büyük olması sebebiyle şer‘ de efendiyi yalanlasa ya da efendi bu ikrarından dönse nesep sabit olmaz, fakat köle azat olmuş olur. Çünkü efendinin bu sözünün hakikat anlamı, oğul olmanın sabit olmasına bağlı olarak nesebin sabit olmasıdır. Bu sözün hakikat anlamının lâzımı olan mecâzî anlamı ise azadın sabit olmasıdır. şer‘in efendiyi yalanlaması veya efendinin kendi kendini yalanlaması sebebiyle sözün hakikat anlamı -ki, bu sözün hakikat anlamı nesep olup nesepten rücû edilmesi mümkündür- ortadan kalktığına geriye mecâzî anlam olan ‘azat olma’ sabit olarak kalır. Çünkü azat işleminden rücû etme söz konusu değildir. İşte köle meselesinde söyledikleri şeyler aynı şekilde kadın meselesinde de geçerlidir.

Kadın meselesi ise şudur: Koca, karısına “Bu, benim kızımdır.” dese ve şer‘ de karısının kendisinden yaşça daha büyük olması veya kadının başka birinden nesebinin biliniyor olması sebebiyle kocayı yalanlasa ya da koca, kendi kendini yalanlasa, bu durumda kocanın bu sözünün bir hakikat anlamı ve bir de bu hakikat anlamının lâzımı olan mecâzî anlamı vardır. Hakikat anlamı, kızı olmasına bağlı olarak nesebin sabit olmasıdır; mecâzî anlamı da ayrılığın/talâkın sabit olmasıdır.

٨. الفرق بين قوله لامرأته «هذه بنتي» وبين قوله لعبده «هذا ابني»

[التسهيل] ولو قال لامرأته سهذه بنتي» ونسبها معروف لم تبين. إذ الشرع كذبه فكان كتكذيبه نفسه ضد «هذا ابني» فإنه يُعتق ولو كذب نفسه أو الشرع كذبه. إذ النسب يحتمل الرجوع لا العتق، فافترقا.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: قضية النسب مشتركة بين مسألة المرأة ومسألة العبد فلا وجه للفرق بينهما بالنسب على هذا الوجه.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن ما قالوه في مسألة العبد «أن المولى إذا قال لعبده «هذا ابني» وكذبه الشرع بأن كان العبد أكبر سنا منه أو رجع المولى عن إقراره لا يثبت النسب ولكن يعتق العبد. لأن قوله هذا معناه الحقيقي ثبوت النسب بثبوت البنية، ومعناه المجازي اللازم لمعناه الحقيقي ثبوت العتق. فإذا انتفى المعنى الحقيقي بتكذيب الشرع إياه أو بتكذيبه نفسه وأن المعنى الحقيقي وهو النسب مما يحتمل الرجوع عنه بقي المعنى المجازي وهو العتق ثابتا، لأنه لا يحتمل الرجوع عنه» جارٍ بعينه في مسألة المرأة.

١٥ وهى ما قال الزوج لامرأته «هذه بنتي» وكذبه الشرع بأن كانت أكبر سنا منه أو معروف النسب من الغير أو كذب الزوج نفسه، فإن لقوله هذا معنى حقيقى وهو ثبوت النسب بثبوت البنية ومعنى مجازى لازم له وهو ثبوت البنية.

Her ne kadar nesep, rücû edilmesi ihtimal dâhilinde olan bir şey olsa da ayrılık ve buna bağlı haramlıkta rücû söz konusu olmaz. Dolayısıyla bu meselede bu söz ile nesep sabit olmasa da ayrılığın sabit olması gerekir. Buna göre “Azattan dönülemez, nesepten dönülebilir, dolayısıyla iki mesele birbirinden ayrılır.” denilmek suretiyle iki meselenin arasının ayrılması doğru değildir. “Ayrılıktan/talâktan değil, nesepten dönülebilir.” denilmesi doğru iken bu nasıl doğru olabilir ki?

İşte Şeyh'in iki mesele arasında fakihlerin yaptığı ayrıma yönelik itirazının ayrıntıları budur.

Bil ki, muteber fûrû' eserlerinin birçoğunda açıklandığı üzere efendi kölesine “Bu, benim oğlumdur.” deyip bununla nesebin ispatı mümkün olmadığında bu söz ile azat sabit olur. Yine koca, hanımına “Bu, benim anemdir veya kızımdır.” deyip de bununla nesebin ispatı mümkün olmadığında bu söz, ayrılık ve haramlığın hiçbirini ifade etmeyen boş bir söz olur. Nitekim Kuhistânî'nin *el-Muhtasar şerhinde*, *Tatarhâniyye* ve diğerlerinde zihâr konusunda bu şekilde açıklanmıştır. Hatta Kâsânî, *el-Bedâi'*de şöyle demiştir: “Karısına ‘Şunu yaparsan sen benim anamsın.’ diyen ve bununla karısını kendisine haram kılmayı kasteden kimse hakkında İbn Semâ'a Muhammed'den şöyle dediğini rivâyet etmiştir: “Bu bâtıldır. Çünkü bu söz, haram olması için karısını anası gibi yapmaz. Bu söz, sadece karısının anası olduğu anlamına gelir ki, bu da yalan bir söz olur.”¹

Bu iki meseleye ilişkin olarak fakihlerin söyledikleri bunlardır. Ancak bunlarla Şeyh'in gerekçesi bertaraf edilmiş olmaz. Çünkü bu açıklamalardan iki meselenin hükmü anlaşılmakta fakat köle meselesinde hakikat anlamı olan nesebin imkânsız olması durumunda mecâzî anlam olan azadın dikkate alındığının; kadın meselesinde ise hakikat anlamı olan nesebin imkânsız olması durumunda mecâzî anlam olan ayrılığın/talâkın dikkate alınmadığının sebebi anlaşılmamaktadır.

Şer'î hükümleri usûlü ve fûrû'u ile bilme konusunda mahir olan kimselelere aşikâr olduğu üzere Şeyh'in bu gerekçesi, her kâmil fakihin arzusu olan fıkıh usûlü ile az meşgul olmasından kaynaklanmaktadır. Şayet fıkıh usûlü ile yeterince meşgul olmuş olsaydı, bu mesele kendisine karışık gelmezdi. Nitekim üstâd Sadruşşerîa, *et-Tenkîh* ve *et-Tavzîh*'te Şemsüleimme Serahsî ve Fahrulislam Pezdevî'yi -Allah hepsinin kabirlerini pür nûr eylesin- takip ederek şöyle demiştir:

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, III, 170.

والنسب وإن كان مما يحتمل الرجوع عنه لكن البيونة والحرمة مما لا يحتمله، فكان الواجب فيها ثبوت البيونة وإن لم يثبت النسب. ولا يصح أن يفرق بين هاتين المسألتين بأن يقال النسب يحتمل الرجوع لا العتق فافترقا، كيف وقد يصح أن يقال النسب يحتمل الرجوع لا البيونة.

هذا تفصيل ما أورده معترضا على فرقههم هذا.

فأعلم أن في كثير من معتبرات الفروع قد صرح بأن فيما قال لعبد «هذا ابني» ولم يمكن كونه لإثبات النسب يثبت العتق. وفيما قال الزوج لامرأته «هذه أمي أو بنتي» ولم يمكن كونه لإثبات النسب يكون لغوا من الكلام لا يفيد شيئا من البيونة والحرمة كما في باب الظهار من شرح المختصر للمولى القهستاني والخانية وغيرهما حتى قال في البدائع: روى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته «إن فعلت كذا فأنت أمي» ويريد به التحريم قال هو باطل. لأنه لم يجعلها مثل أمه ليكون تحريما. وإنما جعلها أمه فيكون كذبا، انتهى.

هذا ما ذكره في هاتين المسألتين، ولكن لا تندفع به شبهة الشيخ الشارح. لأنه يعلم منه حكم المسألتين ولا يعلم لمية اعتبار المعنى المجازي وهو العتق عند تعذر المعنى الحقيقي وهو النسب في مسألة العبد وعدم اعتبار المعنى المجازي وهو البيونة عند تعذر المعنى الحقيقي وهو النسب في مسألة المرأة. ولا يخفى على المتفنن الماهر في معرفة الأحكام الشرعية أصولها وفروعها أن شبهته هذه من قلة الممارسة بأصول الفقه الذي هو مبتغى كل فقيه كامل. إذ لو مارسه كيف يشته عليه هذا. وقد ذكره مولانا النحرير صدر الشريعة في التنقيح والتوضيح مقتنيا بالإمامين الهمامين شمس الأئمة وفخر الإسلام نور الله مرادهم وقال:

“Mesele: Bazen hakikî ve mecâzî anlamın ikisi de imkânsız olur. Mesela bir kimsenin, kendinden yaşça daha büyük olan veya nesebi belli olan hanımına ‘Bu, benim kızımdır.’ demesi böyledir.”¹

Sadruşşerîa, bu sözün hakikî anlamının imkânsızlığını açıkladıktan sonra şöyle demiştir:

“Mecâzî anlama, yani mecâzî anlamın -ki, bu anlam, karısını kendisine haram kılmasıdır- imkânsız oluşuna gelince, ‘Bu, benim kızımdır.’ sözü ile sabit olan haramlık, milk-i nikâha aykırı olup bundan kaynaklanan bir hak olmaz. Bunun izahı şudur: Şayet söz konusu haram kılma, bu söz ile sabit olsa bu durumda şu iki şıktan biri söz konusu olur: Ya önceki nikâhın sahih olmasını gerektiren bir haramlık sabit olur ya da önceki nikâhın sahih olmasını gerektirmeyen bir haramlık sabit olur. İkinci şık söz konusu olmaz, çünkü bir kimse nesebi belli yabancı birine ‘Bu, benim kızımdır.’ dese bu söz, anlamsız, boş bir söz olur. Bundan hareketle anlaşılmalıdır ki, şayet bu söz ile haram kılma sabit olacaksa önceki nikâhın sıhhatini gerektiren haramlık sabit olur ve bu, talâk gibi nikâha ait haklardan biri olur. Ancak bu da imkânsızdır. Çünkü bu söz, önceki nikâhın butlanını gerektiren haram kılma anlamına gelir ki, bu söz ile nikâhın haklarından biri olan karısını kendisine haram kılma nasıl sabit olabilir?”²

Allâme Sadeddîn et-Teftâzânî de *et-Telwîh Hâşiyesi*'nde konuyu izah etme ve kadın meselesi ile köle meselesi arasındaki farkı açıklama sadedinde şöyle demiştir:

“Özetle sabit olduktan sonra evlat olmanın gereği, tıpkı azadın inşa-sında olduğu gibi mülkiyeti ortadan kaldıran azattır. Bu yüzden bu şekilde köle azadı ile keffâret yerine gelmiş olur ve efendi ile azatlı köle arasında velâ sabit olur. Mülkiyete aykırı olan azatta ise bunlar sabit olmaz. Bu yüzden bir kimsenin mülkiyeti ortadan kaldıran azadı ispat için annesini ve kızını satın alması sahih olup bu durum, satın alan açısından tasavvur edilebilir bir şeydir ve gücü dâhilindedir. Dolayısıyla bir kimsenin, kendisinden yaşça büyük olan birisi hakkında söylediği ‘Bu, benim oğlumdur.’ sözü, azat anlamında kullanılmış mecâz kabul edilir.

1 Sadruşşerîa, *et-Tavzîh*, I, 179.

2 Sadruşşerîa, *et-Tavzîh*, I, 180.

مسألة: وقد يتعذر المعنى الحقيقي والمجازي معا كقوله لامرأته وهي أكبر سنا منه أو معروفة النسب «هذه بنتي».

وبعد بيان تعذر المعنى الحقيقي قال:

أما المجاز^١ يعني تعذر المعنى المجازي وهو التحريم فلأن التحريم الذي يثبت بهذا أي بلفظ «هذه بنتي» مناف لملك النكاح فلا يكون حقا من حقوقه. ٥

بيانه أنه إن ثبت التحريم بهذا اللفظ ولا يخلو إما أن يثبت التحريم الذي يقتضي صحة النكاح السابق أو التحريم الذي لا يقتضيها. والثاني منتف لأنه لو قال لأجنبية معروفة النسب «هذه بنتي» يكون لغوا. فعلم أنه إن ثبت التحريم يثبت التحريم الذي يقتضي صحة النكاح السابق ويكون حقا من حقوق النكاح كالطلاق. ١٠

وذلك أيضا محال لأن هذا اللفظ يدل على التحريم الذي يقتضي بطلان النكاح السابق فكيف يثبت به التحريم الذي هو حق من حقوق النكاح. وقال المولى العلامة سعد الدين التفتازاني في التلويح في تحقيق المقام وتبيين^٢ الفرق بين مسألة المرأة وبين مسألة العبد:

والحاصل أن موجب البنوة بعد الثبوت عتق قاطع للملك كإنشاء العتق، ولهذا يقع عن الكفارة ويثبت به الولاء لا عتق مناف للملك ١٥

ولهذا يصح شراء أمه وبنته فأثبت العتق القاطع للملك متصور منه وثابت في وسعه فيجعل «هذا ابني» للأكبر سنا منه مجازا عن ذلك.

١ أ: المجازي.

٢ أ: تبين.

Kişinin karısı hakkında söylediği ‘Bu, benim kızımdır.’ sözü ile sabit olan haram kılma yani kız olmanın ayrılmaz bir özelliği olan haram kılmaya gelince bu, milk-i nikâha aykırı olup koca bunu ispata malik değildir. Çünkü kocanın helalliğın mahallini değiştirme hakkı yoktur. Koca sadece nikâh ile sabit olan helalliği ortadan kaldıran haram kılmaya maliktir ki, bu haram kılma, bu sözün ayrılmazlarından değil, aksine ortadan kaldıranlarındandır. Dolayısıyla bu sözün, bu anlam için istiâre yoluyla kullanılması doğru değildir. Kısaca lafız, kocanın gücü dâhilindeki haram kılma anlamı için uygun değildir, lafzın uygun olduğu anlam da kocanın gücü dâhilinde değildir. Dolayısıyla kocanın gücü dâhilinde olmayan bir anlamda haram kılmanın bu söz ile ispatı doğru değildir.”¹

Allâme Teftâzânî, Sadruşşerîa'nın *et-Tenkîh*'teki “Mecâz hakikatın halefidir.” meselesindeki “...dolayısıyla ikrar sayılır.” şeklindeki ifadesini şerh ederken meseleyi detaylı bir şekilde ele aldıktan sonra ikisi arasındaki farkı daha açık bir şekilde şöyle açıklamıştır:

“Denirse ki; buna göre koca, kendisinden yaşça daha küçük olan karısına ‘Bu, benim kızımdır.’ dediğinde haramlığın sabit olması gerekir. Deriz ki: kocanın bu sözü, başkası aleyhine yapılmış bir ikrar olduğu için dikkate alınmaz. Çünkü kıza ilişkin hüküm, sabit mülkiyetin sonradan izalesi değil, aksine mahallin helalliğinin asıldan ortadan kalkmasıdır. Bu ise kocanın değil, kadının hakkıdır. Dolayısıyla başkasının hakkını iptal konusunda kocanın sözü tasdik olunmaz. Kendi aleyhine bir ikrar olduğu için ‘Bu, benim oğlumdur.’ sözünde ise durum bundan farklıdır. Çünkü sabit olduktan sonra mülkiyetin butlanı, oğul olmanın hükümlerindedir. Zira kişi satın almak suretiyle oğluna malik olur ve sonra da bu mülkiyet azat olması ile bâtil olur.”²

Bu açıklama ile Şeyh'in metinde “Çünkü nesep beyanından rücû edilebilir fakat azat işleminden rücû etme söz konusu olmaz. Dolayısıyla iki mesele birbirinden ayrılır.” şeklinde aktardığı sözün anlamının şu olduğu açığa çıkar: “Bu, benim oğlumdur.” sözü, hakikat anlamının kastedilmesi imkânsız olduğunda -ki, burada şer'ın onu yalanlaması veya kişinin kendi kendini yalanlaması sebebiyle imkânsızdır- mecâzî anlamın kastedilmesine uygun olduğu için nesebin sabit olması imkânsızdır. Çünkü nesepten rücû edilebilir.

1 Teftâzânî, *et-Telvîb*, I, 180.

2 Teftâzânî, *et-Telvîb*, I, 158.

وأما التحريم الثابت بـ«هذه بنتي» أعني التحريم الذي هو من لوازم البنّية فهو مناف لملك النكاح فالزوج لا يملك إثباته إذ ليس له تبديل محل الحل. وإنما يملك التحريم القاطع للحل الثابت بالنكاح وهو ليس من لوازم هذا الكلام بل من منافياته فلا يصح استعارته له. والحاصل أن التحريم الذي في وسعه لا يصلح اللفظ له. والذي يصلح اللفظ له ليس في وسعه، فلا يصح فيه إثبات التحريم بهذا اللفظ، انتهى.

وقد بين الفرق بينهما المولى المذكور العلامة بوجه أوضح منه عند الكلام على ما في التنقيح في مسألة «المجاز خلف عن الحقيقة» من قول المصنف «فيجعل إقراراً» حيث قال هناك بعد البسط والتحقيق:

فإن قيل فيجب ثبوت الحرمة فيما إذا قال لزوجته وهي أصغر منه سنا «هذه بنتي» قلنا لم يعتبر، لأنه إقرار على الغير، لأن حكم البنت ليس إزالة الملك بعد ثبوته بل انتفاء حل المحلية من الأصل وذلك حقها فلا يصدق في إبطال حق الغير بخلاف «هذا ابني» فإنه إقرار على نفسه، لأن من حكم البنوة بطلان الملك بعد ثبوته، فإنه يملك ابنه بالشراء ثم يبطل ذلك بالعتق، انتهى.

وبهذا ظهر أن معنى ما رواه في المتن بقوله: «إذ النسب يحتمل الرجوع لا العتق فافترقا» أن قوله «هذا ابني» لما كان صالحاً لأن يراد منه المعنى المجازي عند تعذر المعنى الحقيقي وقد كان هنا متعذراً بتكذيب الشرع أو تكذيبه نفسه امتنع ثبوت النسب لأنه محتمل الرجوع.

Fakat mecâzî anlam yani azat, sabit olarak kalır. Çünkü azattan dönülmez. Fakat kişinin karısına söylediği “Bu, benim kızımdır.” sözü, daha işin başında mecâzî anlam olan ayrılık/talâk ve haramlığın kastedilmesine uygun değildir. Dolayısıyla bu söz ile hakiki anlam olan nesebin kastedilmesi dışında
5 bir ihtimal kalmaz. Bu hakikî anlam da iki yalanlama (kişinin kendi kendini yalanlaması veya şer‘in yalanlaması) şeklinden biri ile imkânsız olup rüçû ihtimali bulunduğu için nesebin sabit olması ortadan kalktığına bu sözde kastedilmeye uygun bir anlam kalmaz ve anlamsız, boş bir söz olur.

9. ‘İhtârî’ Sözünde Üç Talâka Niyet Edilmesinin Sahih Olmaması

[Teshîl] Koca, [‘ihtârî’ yani “Seçimini yap!” diyerek karısına seçme hakkı verdikten sonra bundan] dönememez. Çünkü ‘ihtârî’ ve benzeri sözlerde yemin anlamı vardır. Kadın, bu sözden sonra kendini/ayrılmayı tercih ederse koca üç talâka niyet etmiş olsa bile Şâfi‘î’nin aksine bize göre sadece bir talâk gerçekleşir. Çünkü ‘beynûnet’ lafzının aksine ‘talâk’ sözü gibi ‘ihtârî’ sözünün
15 de ağır (üç talâk) ve hafif (bir talâk) şeklinde kısımlara ayrılması söz konusu değildir. Diğer yandan bu söz ile meydana gelen ayrılık, iktizâ yoluyla sabit olmuştur. Çünkü bu söz ile ayrılık meydana gelmemiş olsa, kadının kendisini/ayrılmayı seçmesi gerçekleşmez. İktizâ yoluyla sabit olan bir anlamın ise umumu yoktur. ‘Tallikî’ sözünde ise durum bundan farklıdır (üç talâka niyet
20 edilmesi hâlinde üç talâk gerçekleşir). Zira ‘tallikî’ sözünde “tatlık (boşama)” mastarı zımnem mevcut olup bunun kapsamına birtakım fertler girer. Dolayısıyla da bu fertlerin bütününe (üç talâka) niyet edilmesi sahih olur. Çünkü mastarın delâlet ettiği bu anlam hükmen ferttir.

Özetle bir fiilin emredilmesi, mastarı da içerir ki, mastar, cins isim olup
25 bu cins ismin bütünü ve kısmı vardır. Koca, bütüne niyet ettiğinde lafzın muhtemel bir anlamına niyet etmiş olur ve üç talâkın, cins ismin içerdiği bütün olması itibarıyla üç talâka niyet edilmesi sahih olur. Cins ismin içerdiği bütün olan bu anlam hükmen ferttir. Çünkü bu anlam, bir ferdin (talâk) cinsi olup iki ayrı cins değildir. Buna göre bu söz ile üç talâka niyet edilmesinin sahih olması, bu açıdan (cins olması açısından) olup sayı
30 olması açısından değildir. Öyle ki, kişi bu söz ile iki talâka niyet etse bu, sahih olmaz.

ولكن بقي المجاز ثابتا يعني العتق لأنه لا يحتمل الرجوع وأما قوله «هذه بنتي» لامرأته فلم يكن صالحا من أول الأمر لإرادة المعنى المجازي وهو بينونة والحرمة فلم يكن فيه غير إرادة المعنى الحقيقي وهو النسب، فإذا تعذر هذا بأحد التكذيبيين وانتهى ثبوته لاحتماله الرجوع لم يبق فيه معنى صالح للإرادة فكان لغوا من الكلام. ٥

٩. عدم صحّة نية الثلاث في قول «اختاري»

[التسهيل] وليس له الرجوع. إذ في قوله «اختاري» ونحوه معنى اليمين. فلو اختارت نفسها بُينها بواحدة ولو نوى ثلاثاً لعدم تنوعه إلى الغلظة والخفة كما لا يتنوع الطلاق بخلاف بينونة، ولأن بينونة هنا تثبت اقتضاءً. لأنه لولا بينونة لما تحققت اختيارها نفسها، ولا عموم لما ثبت اقتضاء ضد «طلّقي» إذ فيه تطبيق له أفراداً فصحت نية الكل لأنه فردٌ حكماً. ١٠

والحاصل أن الأمر بالفعل يتناول المصدر، وأنه اسم جنس له كل وبعض. فإذا نوى الكل فقد نوى ما يحتمله لفظه، فصحت نية الثلث باعتبار أنها كل ما يتناوله اسم الجنس وهو فردٌ حكماً. لأنه جنس فرد لا جنسان. فصحت به هذا الاعتبار لا باعتبار العدد، حتى لو نوى اثنين لا يصح. ١٥

Şöyle denilemez: “Enti tâlikun (Sen boşsun!)” sözü, zımnen talâk mas-tarını içerir ki, bu da bütünü ve kısmı olan cins bir isimdir. Çünkü sıfat (burada ‘tâlikun’ kelimesi), konuşan tarafından yapılan vasfın kendisine dayanması için dil açısından mevsuf ile sabit olan mastara delâlet eder. 5 Dil açısından sabit olan mastar ise fertlere değil, mahiyete delâlet eder. VASFETMESİNİ TASHİH İÇİN VASFİN VASFEDEN İLE SABİT OLMASI İSE DİLE İLİŞKİN BİR DURUM DEĞİL; ŞER’Î BİR DURumdur. Dolayısıyla zaruret sebebiyle sabit olur ve umumu da kabul etmez.

“Enti bâinün” ve benzeri sözlerde ise durum farklıdır. Zira bu durumda 10 üç talâka niyet etmenin sahih olması, kocanın üç talâka niyet etmesi sebe-biyle değildir. Nitekim iki talâka niyet ettiğinde bu, sahih olmaz. “Enti bâi-nün” gibi sözlerde üç talâka niyet etmenin sahih olması, “beynûnet”in büyük (galîza) ve küçük (hafife) olmak üzere iki türe ayrılması sebebiyledir. Büyük olan beynûnet/ayrılık üç talâk ile olandır, küçük olan ise bir talâk ile olan-dır. 15 Kocanın ise bu ikisinden birini belirleme hakkı vardır. Üç talâka niyet ettiğinde bu ikisinden birini belirlemiş olur ki, belirlediği bu ‘beynûnet’ üç talâkı içermektedir. Dolayısıyla sayı açısından değil fakat “beynûnet”in iki türünden birini belirleme olması açısından üç talâka niyet etmesi sahihtir.

Kısaca, müfret bir lafızla üç talâka niyet edilmesi, ancak iki şeyden biri 20 ile sahih olur. Biri ‘tallikî’ sözünde olduğu gibi fertlerin bütünüünün cins isim olması, diğeri de bütünüün, mastarın iki türünden biri olmasıdır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “İhtârî (Seç!)” sözü, niçin “Tallikî nefsek (Kendini boş!)” sözü gibi olmasın? Zira “Tallikî nefsek” sözünde her ne kadar talâk fertlerden oluşmasa da üç talâka niyet etmek sahihtir. Bu, şöyle 25 denilerek izah edilebilir: Kadına boşama işi havale edilmiştir. Boşama ise (mastar olması yönüyle) fertlerden oluşur. Dolayısıyla fertlerin hepsine ni-yet etmek sahih olur. Çünkü bu durumda kişi, talâk lafzının muhtemel ol-duğu bir anlama niyet etmiş olup bu (üç talâkı kapsayan) anlam, hükmen ferttir. Buna göre ‘ihtârî’ sözü de böyle olsun! Şayet bu itiraza ‘ihtârî’ sö-zünde mündemiç olan ‘ihtiyâr’ın fertleri olmadığı şeklinde cevap verilirse 30 buna şöyle denilerek karşılık verilir: *el-Kâfi* sahibinin “tefvîzu’t-talâk” bö-lümünde açıkça belirttiği üzere (her ne kadar tek başına ‘ihtârî’ ifadesinin fertleri bulunmasa da bu söz, “ihtârî’t-talâk” şeklinde düşünüldüğünde) “ihtârî’t-talâk” sözünün kapsamında fertler mevcuttur.

ولا يقال: أنت طالقُ يتضمَّنُ الطلاقُ وأنه اسمُ جنسٍ له كلُّ وبعضُ لأنَّ
 النعتَ يدلُّ على المصدرِ الثابتِ بالموصوفِ لغةً ليصيرَ الوصفُ من المتكلمِ
 بناءً عليه والمصدرُ الثابتُ لغةً هو الدالُّ على الماهيةِ لا على الأفرادِ وأما أن
 يصيرَ الوصفُ ثابتاً بالواصفِ تصحيحاً لوصفه فأمْرٌ شرعيٌّ لا لغويٌّ فكان
 ٥ ضرورياً فلا يقبلُ العمومُ.

وبخلافِ أنتِ بائنٌ ونحوه إذ صحَّةُ نيةِ الثلاثِ ثمة ليست لأنه نوى العدد،
 ألا يرى أنه لو نوى الثنتين لا يصحُّ وإنما صحَّت لأنَّ البينونَةَ نوعانِ غليظةٌ
 وهي بالثلاثِ وخفيفةٌ وهي بالواحدةِ وله ولايةٌ تعيينِ إحداهما فإذا نوى الثلاثِ
 فقد عيَّنَ إحداهما وهي متضمنةٌ للثلاثِ فصحَّت نيةُ الثلاثِ من حيث إنه تعيينُ
 ١٠ أحدِ نوعيِ البينونَةِ لا من حيثِ العددُ.

والحاصلُ أن نيةَ الثلاثِ باللفظِ المفردِ إنما يصحُّ بأحدِ شيئينِ أحدهما أن
 يكونَ كلُّ أفرادِ اسمِ الجنسِ كما في طَلَّقِي أو يكونَ أحدَ نوعيِ المصدرِ.
 [الشيخ بدر الدين] أقول: لِمَ لم يكن قوله «اختاري» مثل «طَلَّقِي نَفْسِكَ»
 حيث صحَّ فيه نيةُ الثلاثِ وإن لم يتنوعِ الطلاقُ بأن قيل فَوَضَّ التَطْلِيقُ وله
 ١٥ أفرادٌ فصحَّ نيةُ الكلِّ لأنه نوى ما يحتمله لفظه وأنه فردٌ حكماً فليكن هذا
 كذلك؟ فإن أجيبَ بأن الاختيارَ ليس له أفرادٌ، يقال: لاختيارِ الطلاقِ أفرادٌ كما
 صرَّحه الكافي في بابِ تفويضِ الطلاقِ.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu itirazı, muteber kaynaklarda açıklanan şu husustan habersiz olmasından kaynaklanmıştır: 'İhtârî' sözünde üç talâka niyet edilmesi sahih değildir. Çünkü bu söz, konuluşu açısından *temlik* değildir. Bu söz, sahabenin icmâi sebebiyle kıyasa aykırı olarak *temlik* olarak değerlendirilmiştir. Çünkü bu söz ne gerçekleşme ne de tefvîz anlamına gelir. İcmâ ise bu söz ile bir talâkın gerçekleşeceği konusunda oluşmuştur. Bunun dışında kalan kısım ise asıl üzere kalmıştır. *Tebyî-nu'l-Hakâik* ve diğerlerinde bu şekilde açıklanmıştır.

Dolayısıyla bu sözde üç talâka niyet edilmesi kesinlikle sahih değilken üç talâka niyet etmenin sahih olduğu bir söze yani 'tallikî' sözüne nasıl kıyas edilebilir? Bundan sonra Şeyh'ten sadır olan bu tür gaffetin benzeri gelecek. Bu tür gaffetlerin Şeyh'ten sadır olmasının nedeni, zekâsına son derece güvenmesinden ve muteber kaynaklara da çok az müracaat etmesinden başka bir şey değildir.

10. "İhtertü Nefsî bi Vâhide" Sözü ile Üç Talâkın Gerçekleşmesi

[Teshîl] Koca, karısına "Emruki bi yediki fî talîka (Boşama konusunda işin elindedir.)" veya "İhtârî talîka (Boşamayı seç.)" der ve kadın da kendisini/ayrılmayı seçerse rec'î talâk gerçekleşir. Zira burada dikkate alınacak olan kocanın emri/söyleyiş şeklidir [yani koca her iki sözde 'talîk' kelimesini açıkça zikrettiği için kadının ayrılmayı seçmesi durumunda talâk, kinayeli bir söz ile değil, sarîh bir sözle gerçekleştiği için rec'î olur]. Dolayısıyla kadının kullandığı "ihtertü nefsi" şeklindeki kinayeli söz de buna hamledilir.

Koca, üç talâka niyet ederek karısına "Emruki bi yedik (İşin elindedir.)" deyip bunu üzerine kadın da "İhtertü nefsi bi vâhide (Bir ile kendimi seçtim.)" dese, bu durumda üç talâk gerçekleşir. Çünkü kadının söylediği "İhtertü nefsi" sözü, "Emruki bi yedik" sözüne cevap olmaya uygundur. Bu söz, sahabenin icmâi ile (*Emruki bi yedik* sözüyle gerçekleşen) *temlik* için cevap kabul edilmiştir. Bu söz, muhayyer bırakmada olduğu gibi *temlik* ifade eden bir sözdür. Kadının 'bi vâhide' sözü ise 'bir kered' anlamındadır, yani 'bir seçme ile' anlamına gelir ki, mevsuf hazfedilerek sıfat onun yerine konulmuştur. Bu durumda kadın, ancak üç talâk gerçekleştiğinde bir defada seçim yapan olur.

[فاضل أمير] نقول: هذا ناشئ من الغفلة عما صرح في المعتمرات من أن نية الثلاث لا تصح في «اختاري» لأنه ليس بتمليك وضعاً. وإنما جعل تمليكا على خلاف القياس لإجماع الصحابة لكونه لا ينبئ عن الإيقاع ولا عن التفويض. والإجماع منعقد على الواحدة وبقي ما وراه على الأصل كذا ٥ في التبيين وغيره.

فإذا لم تصح نية الثلاث فيه أصلاً كيف يقاس على ما صح فيه نية الثلاث أعني لفظة «طلقني» وسيأتي بعيد هذا مثل هذه الغفلة منه وما هو إلا من وفرة الاعتماد على ما سمحت به يد القريحة وقلة الرجوع إلى الكتب المعتمدة.

١٠ ١٠. وقوع الطلاق الثلاث بقولها «اخترت نفسي بواحدة»

[التسهيل] ولو قال «أمرك بيدك في تطلقته» أو «اختاري تطلقته» فاختارت نفسها وقع رجعي. إذ العبرة للأمر، فيحمل الاختيار عليه. ولو قال «أمرك بيدك» ينوي ثلاثاً فقالت «اخترت نفسي بواحدة» فهي ثلاث؛ لأن الاختيار صلح جواباً للأمر باليد؛ لأنه جعل جواباً للتمليك بإجماع الصحابة رضي الله عنهم. وهذا تمليك كالتخيير. وقولها بواحدة أي بمرة واحدة يعني باختيار واحدة بطريق حذف الموصوف وإقامة الصفة مقامه. وإنما يصير مختارة بمرة واحدة إذا وقع الثلاث.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Koca, üç talâka niyet ederek karısına 'ihtârî' deyip kadın da 'İhtertü bi vâhide' derse buradaki açıklamalara göre üç talâkın gerçekleşmesi gerekir. Ancak konunun başında 'bi vâhide' kaydı olmaksızın mutlak olarak geçen mesele ve bunun gerekçesine ilişkin açıklamalar ise buna aykırıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh daha önce geçtiğini söylediği açıklama ile metindeki "Kadın, bu sözden (ihtârî) sonra kendini tercih ederse koca üç talâka niyet etmiş olsa bile Şâfiî'nin aksine bize göre sadece bir talâk gerçekleşir. Çünkü *ih-târî* sözünün kısımlara ayrılması söz konusu değildir." şeklindeki ifadeyi kastetmektedir.

Bilen açısından açık olduğu üzere kocanın, üç talâka niyet ederek "Emruki bi yedik" demesinden sonra kadının, "İhtertü nefsi bi vâhide" demesi durumunda üç talâkın gerçekleşmesi, kadının sözünde geçen 'bi vâhide' ifadesinin sonucudur. Çünkü fakihlerin açıklamasına göre bu ifade, "İkinci bir defa daha seçen olmam için mahal kalmayacak şekilde bir defada seçen olurum." anlamındadır.

Konunun başında geçen meselede ise 'bi vâhide' kaydı bulunmamaktadır. Şeyh'in "Mutlak şekilde geçen ifade ve buna ilişkin gerekçelendirme, kadının, kocanın üç talâka niyet ederek 'ihtârî' sözünden sonra söylediği "İhtertü bi vâhide" şeklindeki sözü ile gerçekleşenin üç talâk değil, bir talâk olmasını ifade eder." şeklindeki iddiası kabul edilemez. Çünkü konunun başında geçen meselede kocanın üç talâka niyet etmesi söz konusu değildir ve kadının sözünde de 'bi vâhide' kaydı bulunmamaktadır. Şeyh, nasıl olur da mutlak olan bu meseleyi belirtilen iki kayıt ile kayıtlanmış meseleye teşmil eder?

Şeyh'in, kocanın 'ihtârî' sözünde üç talâka niyet etmesinin câiz olduğu şeklindeki iddiasının kabulü hâlinde söyleyeceğimiz budur. Önceki derste *Tebyînu'l-Hakâik*'ten yaptığımız nakil ve yine Zeylaî'nin *Kenzü'd-Dekâik* sahibinin "Bu sözde üç talâka niyet edilmesi sahih değildir."¹ ifadesi ile ilgili olarak *Tebyînu'l-Hakâik*'te yaptığı açıklama² ve Allâme'nin *el-İzâh*'ındaki "Fakihler, 'ihtârî' sözünde üç talâka niyet etmenin sahih olmadığı konusunda ittifak etmişlerdir." şeklindeki açıklama dikkate alındığında Şeyh'in "Koca, *ih-târî* deyip bununla üç talâka niyet etse..." şeklinde itirazını dayandırdığı sözün doğru bir tarafı yoktur. Temel çürük olduğunda bunun üzerine bina edilen şey de çürük olur. Zira ağaç, meyvenin habercisidir.

1 Nesefti, *Kenzü'd-Dekâik*, s. 278.

2 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, II, 220.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو قال «اختاري» ونوى ثلاثا فقالت «اخترت بواحدة» يلزم أن يقع الثلاث لما تقرر هنا ويأباه ما مر في أول الفصل من الإطلاق والتعليل.

[فاضل أمير] نقول: يريد بما مر في أول الفصل ما قاله في المتن «فلو اخترت نفسها نبيها بواحدة ولو نوى ثلاثا لعدم تنوعه».

ولا يخفى على الخبير أن وقوع الثلاث فيما قالت «اخترت نفسي بواحدة» بعد أن قال الزوج «أمرك بيدك» ونوى الثلاث إنما هو ثمرة قولها «بواحدة» لأن معناه على ما قالوا «أصير مختارة بمرة واحدة حيث لا يبقى محل لأن أكون مختارة بمرة أخرى».

وما مر في أول الفصل خال عن التقييد بواحدة وما ادعاه من أن الإطلاق والتعليل يفيد أن قولها «اخترت بواحدة» بعد قول الزوج «اختاري» بنية الثلاث تكون الواقعة به واحدة لا ثلاثا فليس بمسلم. لأن ما مر في أول الفصل مطلق عن نية الثلاث وعن قولها بواحدة فكيف يشمل هذا المطلق على هذا المقيد بالقيدين المذكورين.

هذا كلام مع الشيخ على تسليم ما ادعاه من جواز نية الثلاث في قوله «اختاري» وأما على ما نقلناه من التبيين في الدرس السابق وعلى ما ذكره في التبيين أيضا في قول صاحب الكنز «ولم تصح نية الثلاث»، وعلى ما في إيضاح العلامة من اتفاقهم على أن نية الثلاث لا تصح في «اختاري» فلا صحة لما بنى عليه اعتراضه من قوله لو قال اختاري ونوى ثلاثا. وإذا فسد المبني

فسد ما بنى. إذ الشجرة تنبئ عن الثمرة.

11. Kocanın, Talâkı Üçüncü Bir Şahsın Fiiline Bağlaması Konusunda Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un Görüşünün Problemlili Olması

[Teshîl] Koca, karısını ölüm hastalığında boşar ve karısı iddet beklerken
ölürse, Şâfiî'nin aksine bize göre kadın, rec'î talâkta olduğu gibi kocasına mi-
rasçı olur. Çünkü bu konuda sahabe icmâ etmiştir. Ayrıca kadın iddet bekle-
diği için nikâh hükmen devam etmektedir. Koca, bu boşama ile karının meş-
ru bir hakkını iptal etmeyi amaçlamış, durum aleyhine çevrilmiştir. Çünkü
kim şer'in bir hükmünü reddetmeyi amaçlarsa bu durum, aleyhine çevrilir.

Sağlığı yerinde olan koca, karısının boş olmasını üçüncü bir şahsın
bir fiiline bağlar ve bu üçüncü şahsın fiili de kocanın hastalığı sırasında
gerçekleşirse Züfer'in aksine bize göre bu kadın mirasçı olamaz. Çünkü
bu durumda kocanın, vâristen miras kaçırma kastı bulunmamaktadır. Ni-
tekim koca, karısının isteği üzerine onu bâin talâkla boşasa veya kadın
muhâlea yapsa ya da adam kadına boşama işini havale edip kadın da ayrıl-
mayı seçip bâin talâk ile boş olsa bu durumların hiçbirinde kocaya mirasçı
olamaz. Çünkü tüm bu durumlarda kadın, miras hakkının iptaline rıza
göstermiştir. Züfer'in gerekçesi ise şudur: Şarta bağlanan (muallak) talâk,
şartın gerçekleşmesi hâlinde derhal gerçekleşen (müneccez) talâk gibidir.

Müellif, 'sağlığı yerinde' ifadesi ile hasta kocanın bu şekilde boşamasını
dışarıda bırakmak istemiştir. Çünkü ölüm hastası olan koca, hastalığı esna-
sında kadının boş olmasını üçüncü bir şahsın fiiline bağlasa bu durumda
kadın mirasçı olur.

Sağlığı yerinde olan koca, karısının boş olmasını, karısının yapmak zo-
runda olduğu (yeme içme gibi) bir fiile bağlar ve kadın da bu fiili, kocası-
nın hastalığında yaparsa Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un aksine Muhammed
ve Züfer'e göre yukarıda geçen vâristen miras kaçırma kastının bulunma-
masından dolayı kadın mirasçı olamaz.

Derim ki: Züfer'in görüşü, yukarıda geçen "Şarta bağlanan (muallak)
talâk, şartın gerçekleşmesi hâlinde derhal gerçekleşen (müneccez) talâk gi-
bidir." şeklindeki kuralı ile problem arz eder. Çünkü bu kural, ona göre
buradaki meselede de kadının mirasçı olmasını gerektirir. Dolayısıyla ya
iki mesele arasındaki farkın izah edilmesi ya da iki meselenin hükmünün
de aynı olması gerekir.

١١. إشكالية رأى أبي حنيفة وأبي يوسف في تعليق الزوج طلاقها بفعل

الأجنبي

[التسهيل] لو أبانها في مرضه فمات في العدة نورثها كرجعي لإجماع

الصحابة فإنهم ورثوا امرأة الفارّ وبقاء النكاح حكماً وأنه قصد إبطال حقها

٥ وهو مفروض مشروع فرُدّ عليه لأن من أراد ردّ الشرع رُدّ عليه وقد أمكن ما

دامت في العدة لبقاء النكاح من وجه.

ولو علّق صحيح طلاقها بفعل أجنبي فوجد فعله في مرضه منعنا إرثها

لعدم قصد الفرار كما لو أبانها بأمرها أو اختلعت أو اختارت نفسها فبانت

فإنها لا تترث لرضاها بطلاق حقها. وله أن المعلق كمنجز عند الشرط.

١٠ واحترز بالصحيح عن المريض فإنه لو علّق طلاقها في مرضه بفعل

أجنبي تترث.

ولو علّقه صحيح بفعلها ولا بدّ لها منه ففعلته في مرضه أبطل محمد

وزفر إرثها لما مرّ من عدم قصد الفرار.

أقول: يشكل قول زفر بأصله المقدم من أن المعلق بالشرط كمنجز عند

١٥ الشرط لأنه يقتضي أن تترث عنده هنا أيضاً فلا بدّ من الفرق أو الإتحاد.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un gerekçesi ise şudur: Kadının bu fiili yapması kocasının yapması gibidir. Çünkü kadın, bu fiili yapma konusunda muztardır (başka seçeneği yoktur). Kadının yapmak zorunda olmadığı fiilin hükmü ise bundan farklıdır.

5 **[Şeyh Bedreddin]** Derim ki: Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşü de problemlidir. Zira yukarıda talâkın üçüncü bir şahsın fiiline bağlanması konusunda o kişinin mutlaka yapması gereken bir fiil olsa bile (yapmak zorunda olduğu veya olmadığı şeklinde bir ayırıma gitmeksizin) mutlak olarak kadının mirasçı olamayacağı söylenmişti.

10 **[Fâzıl Emîr]** Deriz ki: Mevlâ Ayasuluği, *Mecma şerhinde* kadının yapmak zorunda olduğu fiil ile üçüncü şahsın yapmak zorunda olduğu fiil arasındaki farkı şöyle açıklamıştır: “Kadının fiili, mirastan mahrumiyet konusunda yok hükmünde kabul edilmiştir. Çünkü kadın zarara uğramaktadır. Üçüncü şahsın fiilinde ise durum, bundan farklıdır. Zira üçüncü şahsın fiilinde bir zarar söz konusu değildir.”

15 Açıktır ki, kadının fiilinin yok sayılması ile sırf ma'dûm olduğu kastedilmemektedir. Aksine bununla kastedilen, kadının bu fiiline mirastan mahrumiyetin bağlanmamasıdır. Şöyle ki, her ne kadar hakikaten bu fiil mevcut olsa da sanki bu sonuç, bu fiile bağlanmamış gibi farz edilir. Dolayısıyla “Hissen mevcut bir şeyin ma'dûm kabul edilmesi, hakikatlerin inkârı anlamına gelir ki, bu sofistlerin görüşüne meyletmek demektir.” şeklinde bir itiraz ileri sürülemez.

Şeyh'in Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşü konusunda dile getirdiği bu probleme Allâme *el-İzâh'*ında iki imamın görüşünün delilini onlar açısından açıklarken yaptığı şu izahtan hareketle cevaplamak mümkündür. Allâme şöyle demiştir: “Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un gerekçesi şudur: Koca, karısını bu fiili yapmaya mecbur etmiş olup fiil, kocaya intikal eder. Bu durumda tıpkı ikrah konusunda olduğu gibi kadın, kocanın elinde bir alet konumunda olur.”

30 Allâme'nin bu izahından anlaşılan şey şudur: Kocanın, karısını boşamayı, kadının yapmaması mümkün olmayan bir fiile bağlaması, onu bu fiili yapmaya mecbur bırakmıştır ve kadın, kocasının hastalığında, yapmaktan imtina ettiği hâlde bu fiili yaptığı takdirde miras hakkını düşürmeye zorlanmış olur ve bu hakkı itlaf etmiş olur.

ولهما أن فعلها كفعل بعليها لأنها مضطرة في الفعل بخلاف ما لها منه بد.
 [الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل مذهبهما بفعل الأجنبي حيث أبطلا إرثها فيه
 مطلقا ولو مما لا بد منه.

[فاضل أمير] نقول: قد بين المولى الأياثلوغي في شرح المجمع الفرق بين
 ٥ فعل المرأة ما لا بد لها منه وبين فعل الأجنبي ما لا بد له منه بأن قال: إن فعل
 المرأة جعل عدما في حق حرمانها عن الإرث لضررها بخلاف الأجنبي إذ لا
 ضرر في فعله، انتهى.

ولا يخفى أن ليس المراد من جعل فعل المرأة عدما جعله معدوما صرفا بل
 المراد أن لا يترتب عليه الحرمان عن الإرث بأن فرض كأنه لم يوجد في ترتب
 ١٠ هذا الأثر عليه وإن كان موجودا في الواقع حقيقة فلا يرد ما قيل يلزم من جعل
 الموجود حسا معدوما إنكار الحقائق وهو ميل إلى مذهب السوفسطائية.

ويمكن أن يجاب عن إشكال الشيخ على مذهب الشيخين بما يستفاد من
 تقرير العلامة في الإيضاح في بيان الدليل من جانبهما حيث قال: ولهما أن
 الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه،
 ١٥ انتهى.

لأن المفهوم منه أن تعليق طلاقها بفعلها الذي لا يمكن أن لا تفعله إلجائها
 وإكراهها بإسقاط حقها من الميراث وإتلافه إذا فعلته في مرضه والمرأة ممتنعة عنه.

Kadın, yapmaktan kaçındığı fiili (miras hakkını düşürme), kocasının mecbur bırakması ile yaptığında kocanın elindeki bir alet konumunda olur ve miras hakkını düşüren de koca olmuş olur. Konunun başında geçtiği üzere miras, kocanın düşürmesi ile düşen bir hak değildir. Üçüncü şahsın durumu ise böyle değildir. Çünkü üçüncü şahıs, kadının mirastaki hakkının düşmesinden kaçınan bir kimse değildir. Dolayısıyla onun hakkında ikrahın şartı mevcut değildir. Bu yüzden o, mükreh sayılmaz ve yaptığı fiil de kocaya intikal etmez. Bu konuda bu şekilde düşünülmesi gerekir.

12. Yemine Niyet Etmese de Kocanın 'Sana Yaklaşırsam Sen Bana Haramsın.' Sözü ile İlânın Gerçekleşmesi

[Teshîl] Koca, yemine niyet ederek karısına 'Şayet sana yaklaşırsam sen bana haramsın.' dese Ebû Hanîfe'ye göre hemen îlâda bulunmuş olur. Çünkü helalin haram kılınması yemindir. Bu durumda sanki koca, 'Sana yaklaşırsam bana yemin borç olsun.' demiş gibi olur ki bu hemen îlâda bulunmak anlamına gelir. 'Şayet sana yaklaşırsam sen bana haramsın.' sözü de bunun gibidir.

Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise bu durumda koca, hemen îlâda bulunmuş olmaz. Çünkü koca, yemini hanımına yaklaşılmaya bağlamıştır. Buna da müellif, 'Ebû Yûsuf ve Muhammed ise hanımı ile cinsel ilişkide bulunmasıyla birlikte îlâda bulunmuş olur.' sözüyle işaret etmiştir. Çünkü yemine niyeti olmaksızın 'Sen bana haramsın.' sözü ile koca, îlâyı hanımı ile cinsel ilişkide bulunmaya bağlamıştır. Dolayısıyla tıpkı 'Sana yaklaşırsam, Allah'a yemin olsun ki sana yaklaşmayacağım...' demesinde olduğu gibi cinsel ilişkiden önce îlâda bulunmuş olmaz.

Buna şu şekilde cevap verilmiştir: Orada koca, kendisini ikinci yaklaşımadan men etmiştir. Burada ise birinci yaklaşımadan menetmiştir. Bunun benzeri, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in verdiği misal değil, 'Sana yaklaşırsam, sen bana anamın sırtı gibisin.' demesidir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Yemine niyet etmese de 'Sana yaklaşırsam sen bana haramsın.' sözünün îlâ olması gerekir. Çünkü îlâda bulunan kişi, ancak kendisine bir şeyin gerekli olmasıyla birlikte süre içinde cinsel ilişkide bulunması mümkün olan birisidir. Bu da bunun gibidir. Zira *ta'likin* kendisi yemindir. Bu konuda söylenebilecek nihai şey, cevabın -ki bu da "Sen bana haramsın." sözüdür- başka bir yemin olduğudur.

فلما فعلت ما كانت ممتنعة عنه بإلجائه كانت آلة له فكان المسقط هو الزوج والميراث لا يسقط بإسقاط الزوج كما عرفت في صدر الفصل ولا كذلك الأجنبي لأنه لم يكن ممتنعا عن سقوط حق المرأة في الميراث فلم يوجد فيه شرط الإكراه ولم يكن الأجنبي مكرها ولم ينتقل فعله إلى الزوج فليتأمل.

١٢. وقوع الإيلاء بقول الزوج «لو قربتك فأنت عليّ حرام» وإن لم ينو

[التسهيل] ولو قال «لو قربتك فأنت عليّ حرام» ونوى يمينا فهو مولٍ في الحال عند أبي حنيفة. إذ تحريم الحلال يمينٌ فكأنه قال «إن قربتك فعليّ يمينٌ». وذلك إيلاءٌ للحال فكذا هذا.

ولهما أنه علّق اليمين بقربانها. وإليه أشار بقوله وقالوا: بوطنها لأنه أي قوله «أنت عليّ حرام» إيلاءٌ بنته. فعلق الإيلاء بوطنها فلا يصير موليا قبله كما لو قال «إن قربتك فوالله لا أقربك».

وأجيب بأنه منع نفسه ثمة عن القربان الثاني وهنا عن القربان الأول فنظيره ما إذا قال: إن قربتك فأنت عليّ كظهر أمي لا ما قالوا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: قوله «إن قربتك فأنت عليّ حرام» ينبغي أن يكون إيلاءً وإن لم ينو اليمين؛ إذ المولى من لا يمكنه الوطئ في المدة إلا بشئ يلزمه، وهذا كذلك. إذ نفس التعليق يمينٌ. وغاية ما في الباب يكون الجزاء وهو قوله «فأنت عليّ حرام» يمينا آخر.

Îlâ için ise ta'lîkin yemin olması yeterli olup yemine niyet etmese de bu cezanın yemin olmasıyla birlikte cezanın başka bir yemin olmasına ihtiyaç yoktur. Nitekim yaklaşık bir sayfa sonra bu konu gelecek. Aynı şekilde "Sana yaklaşsam, Allah'a yemin olsun ki sana yaklaşmayacağım." sözünün, he-
5 men îlâda bulunma olması gerekir. Çünkü koca, ancak kendisini bağlayan bir şey ile -ki bu da yemindir- hanımına yaklaşılmaya imkân bulabilir.

Denirse ki; îlâ zaten kişinin hanımına yaklaşmamaya yemin etmesidir. Bu da "Allah'a yemin olsun ki sana yaklaşmayacağım." sözünde mevcut olup ilk olarak yaklaşılmaya bağlanmıştır. Dolayısıyla birinci yaklaşılmaya
10 nispetle îlâ söz konusu değildir.

Denir ki; ta'lîklerin yemin olduğunda şüphe yoktur. Bu ta'lîk ise ya yemin edilen şeyi yapmaya sevk etmesi için olur ya da yemin edilen şeyi yapmaya engel olması için olur. Burada ta'lîk, yemin edilen şeyi yapmaya sevk etmesi için olmayıp bu, açıktır. Dolayısıyla yemin, yaklaşılmaya engel olmak içindir.
15 Bu ise yaklaşmayı terk etmeye (yaklaşmamaya) yemin etmenin aynısıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Kâsânî, *el-Bedâi'*de şöyle demiştir: "Koca 'Şayet sana yaklaşsam sen bana haramsın.' deyip bu sözü ile talâka niyet ederse imamlarımızın tamamına göre koca, îlâ yapmış olur. Çünkü bu söz ile talâka niyet ettiğinde talâkı, yaklaşılmaya engel olan bir ceza/cevap yapmış olur ve
20 sanki 'Sana yaklaşsam, sen boşsun.' demiş gibi olur. Şayet böyle söylemiş olsaydı, bu durumda îlâ yapmış olurdu. Dolayısıyla 'Şayet sana yaklaşsam sen bana haramsın.' sözü de böyledir. Şayet koca bu söz ile yemine niyet ederse Ebû Hanîfe'ye göre derhal îlâ yapmış olur. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise koca, karısına yaklaşmadığı sürece îlâ yapmış olmaz."¹

Bu açıklamadan anlaşıldığına göre metnin naklinde bulunan "Şayet sana yaklaşsam sen bana haramsın." sözünün yemine niyet etmekle kayıtlanması, yemine niyet edilmediği durumda hükmü nef-yetmek (îlânın olmadığı için değildir ki, bundan bu sözden yemine niyet edilmediğinde bu sözün îlâ olmayacağı anlaşılın ve Şeyh'in,
30 "Yemine niyet etmese de 'Sana yaklaşsam sen bana haramsın.' sözünün, îlâ olması gerekir." şeklinde dile getirdiği itiraz söz konusu olsun!

1 Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 167.

ويكفي للإيلاء كون التعليق يمينًا ولا حاجة إلى أن يكون الجزاء يمينًا آخر مع أن هذا الجزاء يمينٌ وإن لم ينو كما يجيء بعد صفحة تقريبًا. وأيضًا يلزم أن يكون قوله «إن قربتُك فوالله لا أقربك» إيلاءً أيضًا في الحال. إذ لا يتمكّن من القربان إلا بشيء يلزمه وهو اليمين.

٥ فإن قيل، الإيلاء هو اليمين على أن لا يقربها وذلك في قوله «فوالله لا أقربك» وهو معلقّ بالقربان أولًا، فلا إيلاء بالنسبة إلى القربان الأول. يقال، لا شك أن التعليقات أيمانٌ وهذا التعليق إما أن يكون للحمل أو للمنع وليس للحمل وهو ظاهرٌ فيكون للمنع عن القربان فهذا عينُ اليمين على تركِ القربان.

١٠ [فاضل أمير] نقول: قال في البدائع: ولو قال «إن قربتُك فأنت عليّ حرام» فإن نوى الطلاق فهو مولٍ عندهم جميعًا؛ لأنه إذا نوى به الطلاق فقد جعل الطلاق جزاء مانعًا من القربان فيصير كأنه قال «إن قربتُك فأنت طالق». ولو قال ذلك لصار موليا فكذا هذا. وإن نوى اليمين فهو مولٍ للحال عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعند أبي يوسف و محمد رضى الله عنهما لا يكون موليا ما لم يقربها، انتهى. ١٥

فعلم منه أن ما وقع في رواية المتن من تقييد قوله «لو قربتُك فأنت عليّ حرام» بأن ينوي اليمين ليس لنفي الحكم عما لم ينو اليمين حتى يفهم منه أن لا يكون هذا القول إيلاءً عندما لم ينو اليمين فيرد عليه ما قاله من أن قوله «إن قربتُك فأنت عليّ حرام» ينبغي أن يكون إيلاءً

Aksine bu sözün 'yemine niyet ederse' ifadesiyle kayıtlı olması, ihtilaf edilen durumun zikredilip ittifak edilen duruma değinmemek içindir. Buna göre bu sözde yemine niyet edilmemesi meselesi, ittifakla îlâ olup açık olduğu için sükût geçilmiştir. Nitekim bu sözde talâka yemin edilmesinin

5 hûkmü de aynı gerekçeyle (açık olduğu için) sükût geçilmiştir. Fakihlerin "Rivâyetlerde mefhûm-ı muhâlefe, ancak bir şeyi özellikle zikretmenin mefhûm-ı muhâlefeyi dikkate almanın dışında bir faydasının bulunmadığı durumlarda dikkate alınır." şeklindeki sözleri ile ne kastettikleri konusu daha önce (hibe konusunda) geçmişti.

10 Şeyhin "Aynı şekilde 'Sana yaklaşırsam, Allah'a yemin olsun ki sana yaklaşmayacağım.' sözünün, hemen îlâda bulunma olması gerekir..." sözü ile belirttiği hususa gelince bu, hepsine yönelik bir itirazdır. Çünkü *el-Mu-*

15 *saffâ*'da açıkça belirtildiği üzere onlar bu sözün, söylendiği andan itibaren değil, yaşlaşmanın bulunduğu andan itibaren îlâ olduğu konusunda ittifak hâlinindedir. Îlâ'nın kendisi ile bilindiği şey konusunda söz konusu olması durumunda bu açıktır. Fakat şöyle denilebilir: Onlar, yaklaşmaya bağlanan şeyin îlâ olup îlânın ceza olması ile yaklaşmaya bağlanan şeyin îlânın dışında kendisine sıkıntı veren bir şey olması arasında ayırım yapmışlardır. Bunu bu şekilde anlamak gerekir.

20 **13. Hasta Kocanın Îlâdan Sözlü Olarak Dönmesi Konusunda Ebû Yûsuf'un Görüşünün Problemliliği**

[Teshîl] Koca hasta iken müebbet bir şekilde îlâda bulunuyor -yani seninle ebediyen cinsel ilişkide bulunmayacağım diye yemin ediyor-; îlâdan sözlü olarak dönmüyor ve karısı bâin talâk ile boş oluyor; sonra adam

25 iyileşip tekrar hasta oluyor ve hasta iken karısını nikâhlıyor ve sözlü olarak dönüyor. Bu durumda Ebû Yûsuf'a göre [cinsel ilişki konusunda] şer'ân âciz olmasından dolayı sözlü olarak dönmesi câizdir. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise gerçekten muktedir olmasından dolayı bu durumda sözle dönmesi câiz değildir.

30 Kural şudur: Hastanın îlâdan sözlü ifadeyle dönmesi, acziyetin îlâ müddetinin tamamını kapsaması şartına bağlıdır ve burada dikkate alınacak şart, şer'î şart değil, hakikî şarttır ve hakiki şart acziyettir. Hatta kadın, kocası sıhhatli iken hayızlı olsa bu durumda kocanın sözlü olarak dönmesi geçersizdir.

وإن لم ينو اليمين إلى آخره. بل تقييده بقوله «ونوى اليمين» لتعيين الذكر بصورة الخلاف وجعل الوفاقية مفروغا عنها فكانت مسألة ما لم ينو اليمين بهذا القول لكونها إيلاء اتفاقا مسكوتة عنها لظهورها كما كانت مسألة ما نوى الطلاق بهذا القول مسكوتة عنها لهذا. وقد سبق تحقيق ما قالوا إن المفهوم لا يعتبر في الروايات إلا إذا لم يكن غير اعتباره فائدة في ٥ التخصيص بالذكر.

وأما ما ذكره بقوله «وأیضا يلزم أن يكون قوله «إن قربتك فوالله لا أقربك» إيلاء أيضا في الحال إلى آخره» فهو اعتراض على الكل؛ لأنهم متفقون على أن يكون هذا القول إيلاء من حال القربان لا من حال التكلم كما صرح به في المصنف. وهذا ظاهر الورود على ما عرف به الإيلاء ولكن يقال إنهم ١٠ فرقوا بين كون المعلق على القربان ما هو الإيلاء ويكون الإيلاء جزاء وبين كون المعلق على القربان شيئا غير الإيلاء مما يشق عليه فافهم.

١٣. إشكالية رأى أبي يوسف في فَيء المريض بالقول

[التسهيل] ولو آلى مريضاً وأبَدَ الإيلاء فلم يفئ بالقول فبانت فصَحَّ ثم ١٥ مَرَضَ فنكحها ففَاءَ بالقول يُجيزه أبو يوسف لعجزه شرعاً، لهما قدرته حقيقةً. والأصل: أن فَيء المريض باللسان بشرط استيعاب العجز مدة الإيلاء والشرط هو العجز الحقيقي لا الشرعي حتى لو كانت حائضاً عند صحة الزوج بطل اعتبار الفَيء باللسان.

5 Ebû Yûsuf, şer'î engeli, hakikî engele kıyas etmektedir. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise haramlık şer'in hakkı olup kadının cinsel ilişki konusundaki hakkının butlanını gerektirmez. Nitekim koca, ihramlı iken ilâda bulunup ilâ zamanı ile hac arasında dört aylık bir süre olması durumunda Züfer'in aksine her ne kadar koca şer'an âciz olsa da dönüşünün cinsel ilişki ile olması gerekir. Yine sıhhatli olan koca, ilâda bulunsa ve sürenin geçmesiyle kadın bâin talâkla boş olsa sonra koca hasta olsa sonra karısını nikâhlaşsa ve sözlü olarak dönse her ne kadar ilâ süresi içinde âciz olsa da sözlü olarak dönmesi sahih değildir.

10 [Şeyh Bedreddîn] Derim ki: İhram meselesinde Ebû Yûsuf'un görüşü problemlidir. Çünkü ihram meselesinde şer'î açıdan bir acziyet söz konusu olup Ebû Yûsuf bunu dikkate almamaktadır. Hatta *el-Musaffâ*'da ihram meselesinde Ebû Yûsuf'un Ebû Hanîfe ve Muhammed ile aynı görüşte olduğu açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla Ebû Yûsuf açısından iki mesele arasında bir farkın olması ya da iki meselenin hükmünün de aynı olması gerekir. Bu konuda ondan iki farklı rivâyet bulunması da mümkündür.

15 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: Kâsânî, *el-Bedâi*'de ilâ yapan hasta meselesinde şöyle demiştir: "Ebû Yûsuf'un gerekçesi şudur: Kocanın sağlıklı olmasının ilâdan sözle dönmeye engel oluşu, kadının cinsel ilişki konusundaki hakkını yerine getirmeye gücünün yetmesi sebebiyledir. Bâin talâk ile ayrılık hâlinde ise bu konuda kadının herhangi bir hakkı yoktur; dolayısıyla kocanın sağlıklı olması, ilâdan sözle dönmeye engel bir durum olarak dikkate alınmaz."¹

25 *Tebyînu'l-Hakâik*'te ise Ebû Yûsuf'un görüşü, *el-Bedâi*'dekinden daha açık bir şekilde açıklanmış ve diğerlerinin kabul ettikleri görüşe tercih edilmiştir. Bu açıklamaya göre Ebû Yûsuf tarafından dikkate alınan hususun, kadının hakkını yerine getirme gücünü çekip alan şer'î acziyet olduğu açığa çıkar. Bu açıdan şer'î acziyet, bâin talâkla ayrılma gibidir. Zira bâin talâk ile ayrılma, her ne kadar koca bu ayrılık durumunda sıhhatli olsa da ilâda bulunan kocayı, cinsel ilişki konusunda kadının hakkını yerine getirmekten âciz bırakan şer'î bir acziyettir. İhram meselesinde ise her ne kadar ihram, [cinsel ilişkiyi engelleyen] şer'î bir acziyet olsa da kadının cinsel ilişki konusundaki hakkı ortadan kalkmış değildir ve ihram, kocanın hakikaten cinsel ilişki gücünü çekip alan bir durum değildir. Dolayısıyla iki mesele birbirinden farklıdır.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi*, III, 174.

وأبو يوسف يعتبر المانع شرعاً بالمانع حقيقةً، وقالوا: الحرمة حَقُّ الشرع فلا يوجبُ بطلانَ حَقِّها في الجماع كما لو آلى محرماً وبينه وبين الحجِّ أربعة أشهرٍ كان فيئُهُ بالجماع، ولو عاجزاً شرعاً خلافاً لزفر، وكذا آلى صحيحٌ وبانت بمضَيِّ المدة ثم مرض ثم نكحها وفاءً بلسانِه لا يصحُّ وإن وُجد العجزُ في المدة. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل قولُ أبي يوسف بمسألة الإحرام. فإن فيه عجزاً شرعياً ولم يعتبره أبو يوسف حتى نصَّ في المصنَّف على أن أبا يوسف معهما في مسألة الإحرام فيلزُمه الفرقُ أو الاتحادُ، ويمكن أن يكونَ عنه روايتان.

١٠ [فاضل أمير] نقول: قال في البدائع في مسألة مريض آلى: ولأبي يوسف رضى الله عنه أن الصحة إنما يمنع الفيء باللسان للقدرة على إيفاء حَقِّها في الجماع ولا حق لها حال البيئونة فلا تعتبر الصحة مانعة منه، انتهى.

وفي التبيين تبين مذهب أبي يوسف على وجه أبين منه وترجيحه على ما قالوا به. وبهذا تبين أن المعتبر عند أبي يوسف العجز الشرعي الذي كان سالب القدرة عن إيفاء حَقِّها كالبيئونة إذ هو العجز الشرعي الذي ١٥ أعجز المولى عن إيفاء حَقِّها في الجماع وإن صح حال البيئونة. وفي مسألة الإحرام وإن كان الإحرام عجزاً شرعياً ولكن لم ينتف حَقِّها في الجماع ولم يكن الإحرام سالب قدرته على الجماع حقيقة فافترقا.

Kocanın sıhhatli iken îlâda bulunup sürenin geçmesi ile karısının bâin talâkla ayrıldığı, sonra kocanın hastalanıp sonra da kadını tekrar nikâhla-
 5 dığı meselede sözlü olarak dönmesinin sahih olmamasının nedeni, îlâda bulunduğu vakitten ayrılığın gerçekleştiği zamana kadar olan süre içinde kocanın cinsel ilişki ile dönme gücünün yetmesidir. Tam dört aylık sü-
 rede gücü yettiği hâlde cinsel ilişki ile îlâdan dönmediğinde bundan sonra hastalığı sebebiyle söz konusu olan acziyeti, sözlü olarak dönmenin cin-
 sel ilişki ile dönme yerine konulması konusunda muteber değildir. *Tebyî-*
nu'l-Hakâik'teki açıklamalardan anlaşılan budur.¹

14. Tamamlanmış Nikâh Akdinin Feshi

[**Teshîl**] Muhâlea, bize göre fesih değil, talâktır. Çünkü Hz. Peygamber
 “*Muhâlea, bâin talâktır.*” demiştir. Diğer yandan nikâh, tamam olduktan
 sonra feshi kabul etmez. Bu yüzden teslimden önce helak olması sebebiyle
 nikâh infisah etmez. Çünkü milk-i nikâh, zorunluluk kaynaklıdır. Zira hür
 15 kimseye malik olunmaz ki uzvuna malik olunsun. Dolayısıyla muhâleanın
 fesih olarak gerçekleşmesi söz konusu değildir. Fakat fesih ihtimali olmasa
 da nikâh akdinin derhal kesilme ihtimali vardır. Bu yüzden muhâlea lafzı,
 nikâh bağına derhal ortadan kaldırmaktan ibaret sayılmıştır. Bu ise ancak
 talâk ile olur. Denkliğin bulunmaması sebebiyle veya itk ve buluş muhay-
 20 yerliği sebebiyle söz konusu olan fesih ise nikâh tamamlanmadan önce ger-
 çekleştiği için nikâh akdini tamamlamaktan kaçınma sayılır. Muhâleada
 ise durum bunun aksinedir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Fesih ile ilgili bu değerlendirme, kocanın
 dinden dönmesi konusundaki hüküm sebebiyle problemlidir. Çünkü biz,
 25 dinden dönme sebebiyle nikâhın infisahına hükmetmekteyiz. Dolayısıyla
 kesinlikle akdin yapıldığı zamana bağlı olmaması sebebiyle dinden dönme-
 nin, nikâhı tamamlamaktan kaçınmaya hamledilmesi mümkün değildir.

[**Fâzıl Emîr**] **Deriz ki:** Karı kocadan birinin diğerine malik olması ve
 kadının, kocasının oğlunu öpmesi durumlarında da hüküm aynıdır. Fakat
 30 *en-Nihâye*'de bu gibi durumlar hakkında yani nikâhın tamamlandıktan
 sonra bozulması hakkında bunun fesih değil, ref' olduğunu söylenmiştir.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, II, 65-66.

وأما عدم صحة الفيء باللسان فيما آلى صحيح وبانت بمضي المدة ثم مرض ثم نكحها فلأنه قد كان قادرا على الفيء بالجماع من وقت الإيلاء إلى وقت البيونة، فإذا قدر عليه في أربعة أشهر كاملة ولم يفء بالجماع لم يكن عجزه بعد هذا معتبرا في إقامة الفيء باللسان مقام الفيء بالجماع على ما يفهم من التبيين. ٥

١٤. فسخ النكاح بعد تمامه

[التسهيل] ولم نجعله فسحاً بل هو طلاقٌ لقوله عليه السلام «الْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ». ولأن النكاح لا يقبلُ الفسخَ بعد تمامه. ألا يرى أنه لا يفسخُ بالهلاكِ قبل التسليم. إذ ملكُ النكاحِ ضروريٌّ، إذ الحرُّ لا يملكُ فكيف عضؤه فلم يظهر في حقِّ الفسخِ، فلا يحتملُ الفسخَ. ولكنه يحتملُ القطعَ في الحالِ، فجعل لفظُ الخُلْعِ عبارةً عن رفعِ القيدِ في الحالِ، وذا إنما يكونُ بالطلاقِ. وكان الفسخُ بعدمِ الكفاءةِ والعتقِ والبلوغِ فسحاً قبل التمامِ، فصار كالامتناعِ عن الإتمامِ ضدَّ الخُلْعِ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل برده فإنا نحكم بالانفساخ بالردة ولا يمكن حملُه على الامتناع لعدم التوقف حال العقد أصلاً. ١٥

[فاضل أمير] نقول: وكذا الحكم في ملك أحد الزوجين الآخر وفي تقبيل ابن الزوج ولكن قال في النهاية في أمثال هذا يعني فيما كان النقض بعد تمام النكاح أنه رفع لا فسخ.

Allâme *el-İzâh*'ta iddet konusunda şöyle demiştir: “Bil ki; bize göre, tamamlanmış nikâh akdinin feshe ihtimali yoktur. Nikâhın tamamlanmasından sonra karı kocadan birinin diğerine malik olması veya kadının, kocasının oğlunu öpmesi sebebiyle gerçekleşen ayrılıklar gibi talâk dışında bir sebeple meydana gelen her türlü ayrılık, ref'dir, yani akdin ortadan kaldırılmasıdır. Bu nokta, bilen kimse açısından açıktır.”

Bu açıklama ile söz konusu problem giderilmiş ve Şeyh'in fesih zannettiği şeyin aslında fesih değil, ref olduğu anlaşılmıştır. Dolayısıyla bunlardan hareketle “Nikâh akdi, tamam olduktan sonra feshi kabul etmez.” şeklindeki anlayışın sürdürülemediği söylenemez.

15. Babanın, Küçük Kızı Hakkında Onun Malı Karşılığında Muhâlea Yapması

[**Teshîl**] Babanın, henüz küçük olan kızı hakkında onun malı karşılığında muhâlea yapması, içerdiği teberra anlamı sebebiyle, câiz değildir. Zira kadının cinsel organı, mal değildir. Bu durumda talâkın gerçekleşmeyeceği yönünde bir rivâyet varsa da daha sahih olan görüşe göre talâkın şartının -ki bu da babanın kabulüdür- bulunmasından dolayı talâk -bir bedel karşılığında olmaksızın- gerçekleşir. Çünkü koca talâkı, babanın kabulüne bağlamıştır. Talâkı babanın -eve girmek gibi- başka bir fiiline bağlamış olsaydı şartın bulunması durumunda talâk yine gerçekleşecekti. Bu da onun gibidir. Fakat bir malın ödenmesi gerekmez. Çünkü küçüğün malı, bağışı kabul etmez.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu meselede Züfer'in muhalefetinin olması gerekir. Çünkü Züfer, kadının cinsel organını mutlak olarak mütekavvim olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla ona göre bu durumun teberra olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in bu sözü, metinde geçen şu ifadesine benzetilmektedir: “Bize göre kadının ferici, kocanın mülkiyetinden çıkması durumunda bir zaruretten bulunmaması sebebiyle mal olarak değerlendirilmez. Kocanın mülkiyetine girmesi durumu ise bunun tersinedir. Hastalığı sırasında kadın, kocası ile muhâlea yapsa, bize göre bu durumda verilen malın bağış olması sebebiyle bu, kadının malının tamamında değil, üçte birlik kısmında dikkate alınır. Çünkü muhâlea ile kadına teslim edilen organı, kocanın mülkiyetinden çıkması durumunda mal olarak kabul edilmez. Dolayısıyla hastalığı sırasında kadının, kocasına verdiği mal, sırf teberra olur.”

وقال العلامة في الإيضاح في باب العدة: واعلم أن النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ عندنا. وكل فرقة بغير طلاق بعد تمام النكاح كالفرقة بملك أحد الزوجين الآخر والفرقة بتقبيل ابن الزوج ونحوه رفع. وهذا واضح عند من له خبرة بهذا الفن، انتهى.

وبهذا اندفع الإشكال وعلم أن ما ظنه الشيخ فسحا ليس بفسخ بل هو رفع
 ٥ فلا ينتقض به قولهم إن النكاح لا يقبل الفسخ بعد تمامه.

١٥. خلع الأبِ صغيرته بمالها

[التسهيل] ولو خلع صغيرته بمالها لم يجز. إذ لا نظر لها فيه للتبرع. إذ البضع ليس بمال في الخروج، فتطلت في الأصح لا في رواية لوجود شرط الطلاق وهو قبول الأب ولو لم يجب. لأنه علقت الطلاق بقبول الأب. ولو علقه بفعله الآخر كدخول الدار يقع الطلاق إذا وجد الشرط، كذا هذا. ولكن لم يجب المال. إذ مال الصبي لا يقبل التبرع.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون فيه خلاف زفر. إذ الفروج تتقوم عنده مطلقا فلا تبرع.

١٥ [فاضل أمير] نقول: هذا ناظر على ما سبق في المتن من قوله: جعلنا الفروج غير مال عند الخروج لعدم الضرورة ضد الدخول. فلو خالعه مريضة اعتبرناه من الثلث لا الكل للتبرع. لأن بضعها الذي سلم لها ليس بمال عند الخروج فبقي ما دفعته تبرعا محضا، انتهى.

Şeyh'in Züfer'in görüşüne yönelik sözünün gerekçesi açıktır. Fakat bu konulara vakıf, bilen kimseye açık olduğu üzere küçük kızın babasının, onun adına yaptığı muhâleada bir malı sırf bedel kılması, babanın kızın aleyhine olan tasarrufunun câiz görülmesi konusunda yeterli değildir. Aksine babanın, küçük kızın adına bulunduğu tasarrufta onun lehine hareket etmesi gerekir.

Molla Hüsrev, *el-Gurer*'de şöyle demiştir: "Babanın, ne mal karşılığında olsa bile küçüğün kölesini azat etme hakkı vardır ne de bir bedel karşılığında olsa bile onun malını hibe etme hakkı vardır."¹ Şeyh de *Câmi'ü'l-Fusûleyn*'de şöyle demiştir: "Baba ve vasî, çocuğun malında en güzel şekilde tasarrufta bulunmakla yükümlüdür."

Bu açıklamadan anlaşılmaktadır ki, babanın küçük kızın malında tasarrufta bulunması, küçük kız için bir fayda bulunmadıkça câiz olmaz. Muhâle meselesinde ise babanın tasarrufunun, küçük kızın hayrına olduğu kesin değildir. Çünkü gelecekte ve içinde bulunulan zaman diliminde, gaybı bilen Allah dışında hiç kimse bunu bilemez. İşlerin değiştirilmesi ve kalplerin çevrilmesi onun kudret elindedir.

Allah kendisine rahmet etsin, Şeyh, metindeki "teberru olması sebebiyle" sözünü göz önünde bulundurup söylediği şeyi, bu şekilde yapılan muhâleanın Züfer'e göre bağış olmamasına dayandırmış, fakat "bu durumda küçüğün lehine bir koruyup gözetme söz konusu değildir." sözünü dikkate almamıştır.

16. Bir ya da Daha Fazla Fakire Verilmesi Açısından Oruç ve Zihâr Keffâreti ile Sadaka-i Fıtır Arasındaki Fark

[**Teshîl**] Zihâr keffâreti borcunu ödemek üzere bir miskini/fakiri iki ay süreyle ibâha veya temlik yoluyla doyurmak bize göre -diğer üç imamın aksine- câizdir. Bu durumda bir fakir, ihtiyacının her gün yenilenmesi sebebiyle altmış fakir gibi olur. Diğer üç imamın gerekçesi ise nastaki 'altmış fakir' ifadesi olup onlara göre günlerin tekerrür etmesiyle bir fakir, altmış fakir gibi olmaz.

1 Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkâm*, II, 450.

ووجه قوله على زفر ظاهر ولكن لا يخفى على الواقف الخبير أن مجرد كون ما جعل أبو الصغيرة بدلا عن خلعتها لا يكفي في تجويز تصرف الأب عليها بل لا بد من أن يكون في تصرفه نظر لها.

قال في الغرر: وليس للأب تحرير قنه ولو بمال ولا أن يهب ماله ولو بعوض. وفي جامع الفصولين: الأب والوصي أمرًا بتصرف على أحسن الوجوه، انتهى.

فعلم منه أن تصرف الأب في مالها لم يجز ما لم يظهر فيه نفع لها. ففي مسألة الخلع لا قطع بكون تصرفه خيرا لها. لأن الزمان الآتي وما يكون فيه لا علم به لغير علام الغيوب ويده تغيير الأمور وتحويل القلوب. والشيخ رحمه الله لاحظ قوله في المتن «للتبرع»، وبنى كلامه على أنه ليس بتبرع عند زفر، ولكن لم يلاحظ قوله «إذ لا نظر لها فيه».

١٦. الفرق بين كفّارتي الصوم والظهار وبين صدقة الفطر من حيث دفعها إلى مسكين واحدٍ فأكثر

[التسهيل] ولو أطمعَ فقيرًا شهرين إباحةً أو تمليكًا نجيزه، فكأنَّ الفقير الواحدَ ستون فقيرًا بتجددِ الحاجةِ كلَّ يومٍ. ولهم النضُّ «ستين مسكينًا». والمسكينُ الواحدُ بتكرُّرِ الأيام لا يصيرُ ستين مسكينًا.

Bizim bu konudaki gerekçemiz yiyeceğe hak kazanma sebebinin yenilenmesinden dolayı bir miskinin her gün başka bir miskin gibi olmasıdır. Bu yüzden şayet almış miskinin yiyeceğini bir günde bir miskine ister bir defada versin ister defaatle versin sadece o gün için geçerli olur. Çünkü bir miskin
5 bir günde almış miskinin yiyeceğini alamaz, tüketemez. Dolayısıyla ihtiyacın yenilenmemesi sebebiyle hem hakikaten hem de hükmen almış sayısı gerçekleşmez. Bu hüküm, ibâha (yemesine izin vermek) durumunda geçerlidir.

Bir miskine bir günde birden fazla vermek suretiyle temlik söz konusu olduğunda ise bir görüşe göre câiz değildir, çünkü yiyeceği vermekten amaç,
10 bir gediğin kapatılması olup bu kapatıldıktan sonra tekrar kapatılması mümkün değildir. Diğer bir görüşe göre ise câizdir. Çünkü temlik, birçok ihtiyacın giderilmesine elverişli olup miskinin de birçok ihtiyacı vardır. Yeme ihtiyacı, birinci yemekle ortadan kalkar, fakat diğer ihtiyaçları kalkmaz. Dolayısıyla yemenin dışındaki diğer ihtiyaçları dikkate alındığında miskin, sanki hiçbir
15 şey almamış gibidir. Altmış miskinin yiyeceğinin bir günde bir defada bir fakire verilmesi ise bundan farklıdır. Çünkü söz konusu nistan dolayı vermenin ayrı ayrı olması gerekir. Dolayısıyla bir defada verilmesi câiz olmaz.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Zihâr keffâreti ile ilgili bu hüküm, oruç keffâretinin de böyle olduğuna delâlet etmekte olup bir hisseden (fidye)
20 fazlasının bir fakire bir defada verilmesi geçerli değildir. Çünkü oruç keffâreti zihâr keffâreti gibidir. Diğer yandan buna ihtiyaç da yoktur. Çünkü amaç, bir gediğin kapatılmasıdır. Bu, sadaka-i fitırda da bir kimseye yetecek sadaka-i fitırdan daha fazlasının bir fakire bir defada verilmesinin sadece bir kimse adına geçerli olmasına delâlet eder. Çünkü burada da amaç,
25 fakirin ihtiyacının giderilmesi ve gediğinin kapatılmasıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Zeylâi, *Tebyînu'l-Hakâik*'te fitır sadakası konusunda şöyle demiştir: "Bir topluluğun fitır sadakasının, bir miskine verilmesi câizdir."¹ Kuhistânî de *Muhtasaru'l-Vikâye* şerhinin fitır sadakası konusunda şöyle demiştir: "İfadenin mutlak olması, bir topluluğun sadakasının bir kimseye verilmesinin câiz olduğuna işaret eder. *el-Muhîr*'te belirtildiği üzere aynı şekilde bir kimseye verilecek sadakanın, diğerlerinin aksine Kerhî'ye göre iki kişiye verilmesi de câizdir. Bir görüşe göre iki kişiye dağıtılmaz, bir görüşe göre bunda bir sakınca yoktur, bir görüşe göre de mekruhtur. Efdal olan, bir kimsenin kendisinin ve ailesinin sadakasını, bir kişiye vermesidir. Nitekim
35 *Timurtâşi*'nin belirttiği üzere İbn Mes'ûd böyle yapmıştır."²

1 Zeylâi, *Tebyînu'l-Hakâik*, 1, 312.

2 Kuhistânî, *Câmi'ur-Rumûz*, I, 191.

ولنا أنه يكون كل يوم كمسكين آخر لتجدد سبب الاستحقاق: ولذا لو أعطاه في يوم واحد لم يجز إلا عن يومه سواء كان بدفعة واحدة أو بدفعت: إذ الواحد لا يستوفي في يوم واحد طعام ستين مسكيناً، فلم يوجد العدد حقيقةً وحكمًا لعدم تجدد الحاجة. وهذا في الإباحة.

٥ وأما التملك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعت، فقيل: لا يجوز، إذ الغرض سدُّ الخلة وبعد ما انسدت لا يمكن سدها. وقيل يجوز إذ التملك يصلح لقضاء حوائج كثيرة وله حوائج كثيرة وحاجة الأكل تزول بالمرّة الأولى لا غيرها فبالنظر إلى غيرها كأنه لم يأخذ شيئاً بخلاف ما لو أعطى بدفعة واحدة إذ التفريق واجب بالنص فلا يجوز دفعة واحدة.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يدل على أن كفارة الصوم كذلك لا يجزئ دفع الأكثر من النصيب الواحد إلى فقير واحد دفعة واحدة. إذ عليه ما على المظاهر ولعدم الحاجة إذ المقصود سدُّ الخلة وهذا يدل على أن دفع الأكثر من صدقة الواحد في صدقة الفطر إلى فقير واحد دفعة واحدة لا يجزئ إلا عن واحد إذ المراد ثمة أيضاً دفع الحاجة وسدُّ الخلة

١٥ [فاضل أمير] نقول: قال في باب صدقة الفطر من التبیین: ويجوز دفع ما يجب على جماعة إلى مسكين واحد. ومن شرح مختصر الوقاية للقهستاني وإطلاقه مشير إلى أنه يجوز دفع صدقة جماعة إلى واحد وكذا صدقة واحد إلى اثنين عند الكرخي خلافاً لغيره كما في المحيط. وقيل لا ينبغي أن يوزع وقيل لا بأس به وقيل يكره والأفضل أن يؤدي صدقة نفسه وعياله إلى واحد كما فعل

٢٠ ابن مسعود رضی الله عنه كما في التمرتاشي، انتهى.

Bu açıklamalardan ilk anda anlaşılan şey, bir kimseye verilecek sadakadan daha fazlasının bir fakire verilmesinin câiz olduğu ve bir defada verilmiş olsa da hepsi adına geçerli olduğudur. Yine Zeylaî'nin *Tebyînu'l-Hakâik*'te zihâr konusunda zikrettiği şu sözü de bunu gösterir: “Fıtır sadakasında ise durum keffâretten farklıdır. Çünkü kişi, yarım sâ' buğdayı iki ya da daha fazla miskine verebilir. İkisi arasındaki fark şudur: Keffârette, ödenmesi gereken miktar nasta belirtildiği gibi ödenecek kişilerin sayısı da nasta belirtilmiştir. Dolayısıyla bu kişilerden her birine, vâcip olan miktardan ayrılan kısmın verilmesi gerekir. Fıtır sadakasında ise ödenecek kişilerin sayısı, belirtilmemiştir. Bu yüzden kişi, ödeyeceği sadaka miktarını dilediği kadar kişiye verebilir.”¹

Allah kendisine rahmet etsin Şeyh, fakihlerin “Amaç, gediğin kapatılmasıdır.” şeklindeki sözlerinin zahirine aldanmış ve hikmetin her meselede aynı şekilde bulunmasının gerekmediğini düşünmemiştir.

17. Niyetin Tayini

[**Teshîl**] İki zihâr keffâreti olmak üzere iki köle azat eden kimse, hangi kölenin hangi zihâr için olduğunu belirlememiş olsa bile iki zihâr keffâretini de yerine getirmiş olur. Yüz yirmi gün oruç ve yüz yirmi miskini doyurmak da böyledir.

İki zihâr için bir keffâret ödese, bize göre keffâretin ikisinden biri için olması câizdir. Çünkü cins birliğinden dolayı keffâretin ikisinden birisi için belirlenmesi geçersiz olur. Bu durumda ikisi hakkındaki niyeti, üzerindeki borçtan birine niyet olur. Sanki bir zihâr için köle azat edip belirleme yapmamış gibi olur. Orada iki zihârdan biri için köle azat etmesi câizdi. Burada da durum aynıdır. Bu, şunun gibidir. Bir kimse Ramazan'ın kazasından iki güne niyet ederek bir gün oruç tutsa, tuttuğu bu oruç, bir günün kazası olarak geçerlidir. İki güne niyet etmesi, üzerindeki borca niyet etmesi konumunda olur.

Zihâr keffâreti ve katil keffâreti için bir köle azat etmesi bundan farklıdır. Çünkü farklı cinslerde tayin dikkate alınır. Dolayısıyla zihâr ve katilden her biri için kölenin yarısı azat edilmiş olur. Bu, şuna benzer: Üzerinde bir gün Ramazan orucunun kazası ve bir gün nezir orucu bulunan bir kimse geceleyin iki oruç için ertesi gün oruç tutmaya niyet etse kesinlikle oruçlu sayılmaz.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 11.

فالمتبادر مما ذكر جواز دفع الأكثر من صدقة الواحد إلى فقير واحد وأن
يجزئ عن الكل ولو بدفعة واحدة. ويدل عليه أيضا ما ذكره الزيلعي في باب
الظهار بقوله: بخلاف صدقة الفطر، فإن له أن يفرق نصف صاع من برّ على
مسكينين أو أكثر. والفرق أن العدد منصوص عليه في الكفارة كما نص على قدر
الواجب فيكون لكل واحد ما يخصه من الواجب. وأما صدقة الفطر فالعدد فيها
مسكوت عنه فله أن يفرق القدر على أي عدد شاء، انتهى.
فالشيخ رحمه الله اغتر بظاهر قولهم «الغرض سد الخلّة»، ولم يتذكر أن
الحكمة لا يلزمها الإطراد في كل الأفراد.

١٧. تعيين النية

١٠ [التسهيل] ولو أتى بكفارتين من ظهارين ولم يُعَيِّن كتحريرِ قنين عن
كفارتَي ظهارين وكصيامِ مائةٍ وعشرين يوماً وكإطعامِ مائةٍ وعشرين مسكينا
صحَّ عنهما.
ولو أتى بكفارةٍ واحدةٍ عنهما أجزأه عن أحدهما، إذ التعيينُ لغا لاتحادِ
الجنسِ، فصارت نيتهُ عنهما نيةً عما عليه. فكأنه حرَّرَ عن ظهارٍ ولم يعيِّن
أصلاً. وثمة يجوزُ التحريرُ عن أحدهما، كذا هنا. وذلك كمن صامَ يوماً ينوي
١٥ عن يومين من قضاءِ رمضانَ، فإنه يجوزُ عن يومٍ واحدٍ وصارت نيتهُ عن
يومين بمنزلةِ نيتهُ عما عليه.
بخلافِ تحريره عن ظهارٍ وقتلٍ. إذ التعيينُ معتبرٌ في الجنسِ المختلفِ
فيقح عن كلِّ واحدٍ نصفُ العبدِ. وهو كمن عليه قضاءُ يومٍ من رمضانَ وصومَ
٢٠ نذرٍ فنوى من الليلِ أن يصومَ غداً عنهما، فإنه لا يصيرُ صائماً أصلاً.

Şâfiî'nin aksine bize göre zihâr ve katilden dolayı ödenen keffâret, cinslerin farklı oluşunun belirlemeyi gerektirmesinden dolayı ikisinden biri için keffâret sayılmaz ve Ramazan'ın bir gün kazası ve nezir orucu için bir oruca niyet etmede ve iki öğle namazı için bir öğle namazına niyet etmede olduğu gibi yarıya bölünür. Şâfiî'ye göre ise kişinin (cinslerin bir olduğu ve ayrı olduğu) her iki durumda da yerine getirdiği keffâreti ikisinden biri için geçerli sayması câizdir. Çünkü ona göre keffâretlerin tamamı bir cinstir. Zira bütün keffâretlerde amaç bir olup bu da günahın örtülmesidir.

Züfer'in gerekçesi ise şudur: Bu durumda kişi, iki zihârdan her biri için kölenin yarısını azat etmiş olur. Çünkü iki zihâr için bir köle azat ettiğinde bu, iki zihâra yarımşar olarak dağılır ve her biri için kölenin yarısı azat edilmiş olur. Çünkü ikisi, iki sebep ile vâcip olmuştur. Dolayısıyla iki zihâr, zihâr ve katilde olduğu gibi iki farklı şey olur. İkisi için bir keffâret ödendiğinde artık iş elinden çıktığı için kişinin ikisinden biri için geçerli sayma hakkı yoktur. Bu da bunun gibidir.

Denirse ki; bir kimse kaza namazı kılarken iki günün öğle namazına niyet ettiğinde cins bir olduğu hâlde kıldığı namaz ikisinden hiçbirini için câiz değildir.

Deriz ki, her bir günün öğle namazı için niyetin belirlenmesine ihtiyaç duyulması, ikinci günün öğle namazının vaktinin, birinci günün öğle namazının vaktinden hakikaten ve hükmen ayrı olmasıdır. Hakikaten ayrı olması açıktır. Hükmen ayrı olması ise hitabın, ikisini birleştiren bir vakte bağlanmamasıdır. Aksine öğle namazı, güneşin batıya meyletmesine bağlanmıştır. İkinci günde güneşin batıya meyletmesi, birinci gündekinden farklıdır. Ramazan'da ise aya bağlanmış olup ay tektir. Dolayısıyla Cumartesi veya Pazar gününün belirlenmesine ihtiyaç olmadığına şüphe yoktur. Öyle ki, iki Ramazan'dan iki gün orucun kazasının bulunması durumunda fakihler, niyetin belirlenmesinin şart olduğunu söylemişlerdir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Kitabın sonundaki "değişik meseleler" başlığı altında belirtildiği üzere bir kimse Ramazan orucunu kaza etse ve o günün hangi günün kazası olduğunu belirtmese üzerinde iki Ramazan orucunun kazası bulunsu da tuttuğu oruç, tıpkı namazın kazasında olduğu gibi sahihtir. Çünkü ilk namaza ve son namaza diye niyet etmese de kıldığı namaz sahihtir. Çünkü cinsin bir olması durumunda niyetin belirlenmesi faydasızdır. Bir görüşe göre iki farklı Ramazan orucunun kazasının bulunması durumunda niyet belirlenmeksizin tutulan oruç sahih olmaz. Çünkü bu durumda iki Ramazan'a ait oruç, iki cins gibi olur. Bu ise iki öğle namazının, geçerli veya geçersiz olması bakımından iki Ramazan orucu gibi olmasını gerektirir.

ولم نُجزئُه أي لم نجعل التكفير عن ظهارٍ وقتلٍ تكفيرًا عن أحدهما لإفادَةِ التعيين باختلافِ الجنس، فتنصُّفُ كنيةِ صومٍ قضاءً يومٍ من رمضانٍ ونذرٍ، وكَيْبَّةٌ ظُهْرَيْنِ. وقال الشافعي، له أن يجعلَ عن أحدهما في الفصلين. إذ الكفاراتُ كُلُّها جنسٌ واحدٌ لاتحادِ الغرضِ وهو الستر.

ولزفرَ أنه حرَّرَ عن كلِّ ظهارٍ نصفَ العبدِ، لأنه لما حرَّرَ عنهما انقسم عليهما، فصارَ من كلِّ واحدٍ نصفه. وهذا لأنهما وجبا بسببين، فصارا غيرين كظهارٍ وقتلٍ. وإذا وقع عنهما ليس له أن يجعله عن أحدهما لخروج الأمرِ من يده، فكذا هذا.

فإن قيل: إذا نوى ظهْرَيْنِ من يومين فإنه لا يجوزُ عن واحدٍ مع أن الجنسَ متحدٌ.

قلنا: إنما احتيج إلى نيةِ التعيين لكلِّ يومٍ، لأن وقتَ الظهرِ من اليومِ الثاني غيرُ الأولِ حقيقةً وحكمًا. أما الحقيقةُ فظاهرٌ. وأما حكمًا فلا ن الخطابُ ما عُلقَ بوقتٍ يجمعُهما بل عُلقَ بدلوكِ الشمسِ. والدلوكُ في اليومِ الثاني غيرُ الأولِ. وفي رمضانَ عُلقَ بالشهرِ وهو واحدٌ، فلا جرمَ لا يُحتاج إلى تعيينِ يومِ السبتِ أو الأحدِ حتى قالوا في قضاءِ يومين من رمضانين يشترطُ التعيينُ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ذكر في متفرقات آخر الكتاب أنه لو قضى رمضانًا ولم يُعيّنِ اليومَ صحَّ ولو عن رمضانين كقضاءِ الصلاةِ فإنه يصحُّ وإن لم ينو أولها وآخرها. إذ التعيينُ لغوٌ عند اتحادِ الجنسِ. قيل لا في رمضانين، لأنهما كجنسين إلخ. وهذا يستدعي أن يكونَ الظهرانِ كرمضانين جوازًا وفسادًا.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh, “Bir cins söz konusu olduğunda niyetin tayin edilmesi faydasızdır; farklı cinsler söz konusu olduğunda ise bunun bir faydası vardır. Cinslerin farklı olması ise sebebin farklı olmasına bağlıdır.” şeklinde istihsân yoluyla sabit olan hükmün gereğinin iki öğle namazının, iki Ramazan orucu gibi olduğunu kastetmektedir. Çünkü iki öğle namazı, iki Ramazan orucu gibi farklı cinstir. Zira nasıl ki, orucun sebebi olan Ramazan ayına şahit olunması, bu senenin Ramazan ayına şahit olunmasının diğer senenin Ramazan ayına şahit olunmasından ayrı bir şey olması itibarıyla farklı ise aynı şekilde öğle namazının sebebi olan güneşin batıya meyletmesi de bugündeki güneşin batıya meyletmesi birinci gündeki batıya meyletmesinden ayrı olması itibarıyla farklıdır. Bu durumda fakihlere ne oluyor ki, iki günün öğle namazına niyet eden kimse hakkında bu kişi, hangi öğle namazı olduğunu belirlemedikçe sahih olmaz ve iki Ramazan’ın orucunu kaza eden kimse hakkında hangi Ramazan orucunu tuttuğunu belirlemese de câiz olur diyorlar. Nitekim Şeyh, onların bu şekilde söylediklerini kitabın sonunda “değişik meseleler” başlığı altında nakletmiştir.

Şeyh’in bu itirazına verilecek cevap şudur: *Mülteka’l-Ebbur*’un sonunda “değişik meseleler” başlığı altında belirtildiği üzere hangisi olduğu belirlenmeksizin iki Ramazan orucunun kaza edilmesi meselesinde de tercih edilen görüş, bunun câiz olmamasıdır: “Bir kimse Ramazan orucunu kaza etmeye niyet etse ve hangi günün orucu olduğunu belirlemese, tuttuğu oruç sahih olur. İki Ramazan orucuna niyet eder ve hangisi olduğunu belirlemezse daha sahih olan görüşe göre tuttuğu oruç sahih olmaz. Namazların kazası da aynı şekilde olup bir kimse üzerinde kaza borcu olan bir kimse herhangi bir öğle namazına niyet edip ilk öğle namazı veya son öğle namazı ya da şu günün öğle namazı diye hangi öğle namazı olduğuna niyet etmese durum yine aynıdır. Bir görüşe göre her ikisi (oruç ve namaz) hakkında da bu, sahihtir.”¹

Bu açıklamadan anlaşılıyor ki, iki öğle namazı hüküm bakımından iki Ramazan gibidir ve ikisinde de daha sahih olan görüş, niyetin belirlenmesidir. Bizim üzerinde durduğumuz meselede ise iki öğle namazı ve benzerleri konusunda daha sahih olan görüşün açıklaması ile yetinmiş, bölümün sonunda ise iki Ramazan ve benzerleri konusunda iki görüşü de zikretmiştir.

1 Halebî, *Mülteka’l-Ebbur*, I, 476.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن مقتضى ما ثبت عنهم بالاستحسان من أن نية التعيين في الجنس الواحد لغو وفي الجنس المختلف مفيد وأن اختلاف الجنس يكون باختلاف السبب أن يكون الظهران كرمضانيين. لأن الظهرين جنس مختلف كرمضانيين. إذ شهود الشهر الذي هو سبب الصوم كما كان مختلفا باعتبار أن شهود الشهر من هذه السنة غير شهود شهر من سنة أخرى ٥ فذلك دلوك الشمس الذي هو سبب صلاة الظهر مختلف باعتبار أن الدلوك في هذا اليوم غير الدلوك في اليوم الأول. فما بالهم قالوا فيمن نوى ظهرين عن يومين لم يجز ما لم يعين أى ظهرٍ وفيمن قضى رمضان عن رمضان قالوا جاز وإن لم يعين كما نقله عن متفرقات آخر الكتاب.

١٠ والجواب عنه أن المختار في رمضان أيضا عدم الجواز على ما قال في متفرقات آخر ملتقى الأبحر: ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين عن أي يوم صح. ولو عن رمضان فلا في الأصح. وكذا في قضاء الصلاة لو نوى ظهرا عليه مثلا ولم ينو أول ظهر أو آخر ظهر أو ظهر يوم كذا وقيل يصح فيهما أيضا، انتهى.

١٥ فظهر منه أن الظهرين كرمضانيين. والأصح فيهما التعيين. ففيما نحن فيه اكتفى ببيان القول الأصح في الظهرين وأمثاله وفي آخر الكتاب ذكر القولين في رمضان وأشباهه.

Şu var ki, Şeyh, kitabın sonunda “değişik meseleler” başlığı altında iki Ramazan konusunda tercih edilmeyen (mercûh) görüşü, ağır basan ve tercih edilen görüş olarak; ağır basan ve tercih edilen görüşü de tercih edilmeyen (mercûh) görüş şeklinde vermiştir. Zira orada şöyle demiştir: “(Niyetin belirlenmemesi) iki Ramazan’ın kazasında sahih olmaz.” Hâlbuki uygun olan, Şeyh’in verdiği bu şeklin tersidir. İbn Nüceym’in *el-Eşbâh*’ının birinci fenninin başında niyet konusuna bir parça yer verilmiştir.¹

18. Farz ve Nafile Namaza Niyet Edenin Namaza Başlamasının Bâtıl Olması

[**Teshîl**] Bir kimse öğle ve ikindiye veya öğle ve cenaze namazına niyet etse birbirini nefyetmesi ve tercihi gerektiren bir şeyin bulunmaması sebebiyle ikisinden hiçbirine başlamış sayılmaz. Bir kimse öğle namazına ve nafile namaza niyet etse birbirini nefyetmesi sebebiyle Muhammed’e göre kesinlikle başlaması bâttir. Ebû Yûsuf ise kuvvetli olması sebebiyle öğle namazının geçerli olacağını tercih etmiştir ki bir rivâyete göre Ebû Hanîfe de bu görüştedir.

Bir kimse Ramazan orucunun kazasına ve nafile oruca veya zekâta ve nafile sadakaya ya da nezir haccına ve nafile hacca niyet etse Muhammed’e göre bu, hepsinde nafileye niyet olur. Çünkü birbiri ile çatışmasından dolayı iki niyet de bâttir olur ve geriye mutlak niyet kalır, dolayısıyla nafile olur. Ebû Yûsuf ise vâcip olan için geçerli olacağı yönünü tercih etmiştir. Çünkü iki beyyine çatıştığında daha kuvvetli olanın tercih edilmesi gerekir ki burada daha kuvvetli olan farz olan ya da vâcip olandır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Muhammed’in öğle ve nafile namaza niyet konusundaki görüşü, daha sonra zikredilen meselelerdeki görüşü ile çatışmaktadır. Bunun üzerinde düşünülmesi gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh, Muhammed’in üç mesele hakkında (oruç, zekat ve hacc) “İki niyet çatışma sebebiyle bâttir olur ve geriye mutlak niyet kalır ki, bu durumda o ibadet nafile olur.” şeklindeki ifadesinin, bir kimsenin öğle ve nafile namaza niyet etmesi durumunda da hükmün aynı olmasını gerektirdiğini kastetmektedir.

1 İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 25 vd.

غير أنه ذكر في آخر الكتاب ما هو القول المرجوح في رمضانين على أنه الراجح المختار والراجح في صورة المرجوح حيث قال قيل لا في رمضانين وكان الأنسب عكس هذا النمط. وفي أوائل الفن الأول من الأشباه نبذ منه.

١٨. بطلان شروع من نوى ظهرًا ونفلًا معًا

٥ [التسهيل] ولو نوى ظهرًا وعصرًا أو ظهرًا وصلاة جنازة لم يكن شارعا في واحدةٍ منهما للتنافي وعدم الرجحان. ولو نوى ظهرًا ونفلًا أبطل محمد شرعه أصلا للتنافي، يرجح أبو يوسف الظهر لثبوتها، وهو رواية عن أبي حنيفة. ولو نوى صوم قضاء ونفل أو زكاة ونفلا أو حج نذر ونفل جعله محمد نفلا في الكل؛ لأن النيتين بطلتا للتعارض، فبقي مطلق النية فصار نفلا. ويرجح أبو يوسف الواجب. لأنه لما تعارضت النيتان وجب الترجيح بالأقوى، وهو الفرض أو الواجب.

[الشيخ بدر الدين] أقول: بين قول محمد في نية الظهر والنفل وبين قوله فيما بعده من المسائل تدافع، فليتأمل.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن ما ذكره محمد في المسائل الثلاث من أن النيتين بطلتا للتعارض فبقي مطلق النية فصار نفلا يقتضي أن يكون الحكم هكذا فيما نوى ظهرًا ونفلا.

Şöyle denilmesi mümkündür: Muhammed'in, kişinin öğle namazına ve nafilâ namaza niyet etmesi hâlinde namaza başlamasının bâtil olduğu şeklindeki görüşü, *el-Eşbâh*'in birinci fenninde niyetle ilgili konularda belirtildiği¹ üzere kendisinden rivâyet edilen şu asıla dayanmaktadır: Namazın vasfı bâtil olduğunda aslı da bâtil olur.

Bu açıklama ile Muhammed'in öğle namazı ve nafilâ namaz meselesinde namaza başlamanın bâtil olduğu görüşünün gerekçesi açığa çıkar. Bununla birlikte Muhammed, kaza ve nafilâ oruç meselesinde tutulan orucun, vâcib olan zekat ve nafilâ sadaka meselesinde verilen sadakanın, nezir olan hac ve nafilâ hac meselesinde yapılan haccın, nafilâ olduğunu kabul etmektedir.

Fakat Muhammed'in kabul ettiği görüşle ilgili başka bir açıdan üzerinde durulması gereken bir nokta kaldı. Bu nokta da şudur: Fıkıh usûlünde açıklandığı üzere namaz gibi bir vakit ile kayıtlı emirle sabit olan ibadette vakit şayet bu ibadet için "zarf" ise niyetin belirlenmesi gerekir. Vakit, oruçta olduğu gibi ibadet için "mi'yâr" ise veya hacda olduğu gibi "müşkil" ise bu ikisi mutlak niyet ile sahih olur. Bu kuralın gerektirdiği şey, Muhammed'in kaza ve nafilâ oruç meselesinde tutulan orucun farz oruç olduğunu, aynı şekilde nezir ve nafilâ hac meselesinde de nezir olan hac olduğunu söylemesidir. Çünkü Muhammed, mutlak niyetin baki olduğunu kabul etmektedir. Farz olan oruç ve nezredilen hac ise mutlak niyet ile geçerli olur.

Sonra İbn Nüceym'in *el-Eşbâh*'ta şöyle dediğini gördüm: "Bu, orucun edası konusunda böyledir. Kaza söz konusu olduğunda ise niyetin belirlenmesi gerekir."²

Bu açıklamaya göre Muhammed'in orucun kazası konusunda söylediği sahihtir. Muhtemelen fakihlerin, haccın mutlak niyetle sahih olduğu şeklinde hac konusunda söyledikleri şey, farz olan hacca mahsus olup nezir olan hacda ise niyetin belirlenmesi gerekir. Zira şöyle demişlerdir: Nezredilen oruç, muayyen bir nezir ise mutlak niyetle sahih olur; mutlak bir nezir ise niyetin belirlenmesi gerekir.

1 İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 28.

2 İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 26.

ويمكن أن يقال إن قول محمد فيما نوى ظهرا ونفلا ببطلان الشروع بناء على أصله المروي عنه وهو أن الصلاة إذا بطل وصفها بطل أصلها كما ذكر في مباحث النية من الفن الأول من الأشباه.

وبهذا يظهر وجه قوله بالبطلان في مسألة الصلاة مع أنه قائل بكونه نفلا

٥ في مسألة صوم قضاء ونفل أو زكاة ونفل أو حج نذر ونفل.

ولكن بقي فيما قال به محمد كلام من وجه آخر وهو أنه قد بين في الأصول أن الثابت بالأمر المقيّد بالوقت إن كان الوقت ظرفاً له فلا بد من التعيين كالصلاة. وإن كان معياراً له كالصوم أو مشكلاً كوقت الحج فإنهما يصحان بمطلق النية فكان ما اقتضاه هذا الأصل أن يقول محمد في صوم قضاء ونفل بوقوعه عن فرض وكذا في حج نذر ونفل بوقوعه عن حج نذر. لأنه قال ببقاء مطلق النية. والفرض عن الصوم والنذر من الحج يقعان بمطلق النية.

ثم رأيت أنه قال في الأشباه: هذا في أداء الصوم. وأما في القضاء فلا بد

من التعيين، انتهى.

١٥ وبهذا صح ما قال به محمد في قضاء الصوم. ولعل أن ما قالوه في الحج

من أنه يصح بمطلق النية مختص بالحج الفرض، وفي الحج النذر لا بد من التعيين. إذ قالوا إن المنذور من الصوم إن كان نذراً معيناً يصح بمطلق النية.

Fakihler, niyet meselesinde hac ve orucu aynı vadede değerlendirmişlerdir. Bundan nezredilen haccın, nezredilen oruç gibi değerlendirildiği anlaşılır. Şeyh'in "ya da nezir haccına ve nafil hacca niyet etse" sözündeki hac hakkındaki nezir, mutlak nezre hamledilir. Buna göre hac meselesinde "kîle: denildi ki" sözüyle ifade edilen görüş de Muhammed'in görüşüne yönelik bir itiraz olmaz. Çünkü hac konusundaki mutlak nezir, mutlak niyet ile eda edilemeyince, nezirde bulunanın eda ettiği hac, nezir olmaz; nafil olur.

19. Farz ve Nafil Hacca Birlikte Niyet

[Teshîl] Bir kimse hem farz hacca hem nafil hacca niyet etse bu niyet ittifakla farz olan hac için geçerli olur. Ebû Yûsuf'a göre niye böyle olduğu açıktır. Muhammed'e göre ise çatışma sebebiyle iki niyet de bâtil olunca geriye mutlak niyet kalır ki farz olan hac mutlak niyet ile eda edilir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Muhammed'in görüşüyle ilgili az önce belirtilen problem aynı şekilde burada da söz konusudur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh, 'az önce belirtilen problem' ile bu meselede Muhammed'in görüşü hakkında yukarıda belirttiğimiz şu hususu kastetmektedir: Çatışma sebebiyle her iki niyet bâtil olur ve niyet mutlak olarak kalır ve farz olan hac mutlak niyetle eda edilebilir. İşte bu delil sebebiyle Muhammed'in öğle ve nafil namaza niyet meselesi hakkında da kılınan namazın farz namaz olarak geçerli olduğunu söylemesi gerekirdi.

Senin de bildiğin üzere Muhammed'in öğle ve nafil namaza niyet meselesinde namaza başlamanın bâtil olduğu şeklindeki görüşü, onun kabul ettiği şu asıla dayanmaktadır: Namazın vasfı bâtil olduğunda aslı da bâtil olur.

Bu açıklama ile Şeyh'in, Muhammed'in görüşüne yönelik buradaki itirazının da geçersiz olduğu anlaşılır. Bununla birlikte Muhammed'in görüşüne yönelik itiraza sebep olan bu problem, bir başka açıdan daha geçersizdir. Bu da şudur: Önceki ifadelerde aktardığımız üzere namaz, ancak niyetin tayini ile eda edilir. Dolayısıyla namaz meselesinde Muhammed'in hac meselesinde söylediği "Farz olan hac, mutlak niyet ile eda edilir." şeklindeki sözü doğrultusunda hareket edilmez. Yani öğle ve nafil namaza niyet meselesinde "Öğle namazı mutlak niyet ile eda edilir." denilmesi doğru değildir.

وإن نذرا مطلقا لا بد من التعيين. وقد جعلوا الحج والصوم من واد واحد في أمر النية. فيفهم منه كون المنذور من الحج كالمنذور من الصوم. ويحمل النذر بالحج في قوله «أو حج نذر ونفل» على النذر المطلق. فلا يرد على محمد ما قيل في مسألة الحج أيضا. لأن بمطلق النية لما لم يؤد النذر المطلق من الحج لم يكن ما أداه نذرا فصار نفلا. ٥

١٩. نية حج فرض وحج نفل معا

[التسهيل] ولو نوى حج إسلام ونفل كان حج إسلام وفاقاً. أما عند أبي يوسف فظاهرٌ. وإما عند محمد فلا أن التَّيْتِينَ بطلنا بالتعارض فبقي مطلق النية. وفرض الحج يؤدي بمطلق النية.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ويرد الإشكال المذكور على محمد هنا أيضًا. ١٠

[فاضل أمير] نقول: يعني بالإشكال المذكور ما قلناه هنا من أن قول محمد في هذه المسألة بأن النيتين بطلنا بالتعارض فبقي مطلق النية وفرض الحج يؤدي بمطلق النية يقتضي أن يقول في مسألة الظهر والنفل بوقوعه من الظهر بعين هذا الدليل.

وقد عرفت أن قول محمد في الظهر والنفل ببطلان الشروع بناء على أصله الثابت عنه وهو أن الصلاة إذا بطل وصفها بطل أصلها. ١٥

وبه ظهر اندفاع ما أورده على محمد هنا أيضا على أن هذا الإشكال مدفوع عنه بوجه آخر وهو أن الصلاة لا يؤدي إلا بالتعيين كما نقلناه في القول السابق فلا يتمشى فيها ما قاله في مسألة الحج وفرض الحج يؤدي بمطلق النية يعني لا يصح أن يقال في مسألة الظهر والنفل والظهر يؤدي بمطلق النية. ٢٠

20. Liânda Şehadet Ehliyeti mi, Yoksa Yemin Ehliyeti mi Şarttır?

[**Teshîl**] Liân/Mulâane, diğer üç imamın aksine bize göre, yeminle pekiştirilmiş şahitliktir; şahitlikle pekiştirilmiş yemin değildir. Bu yüzden bize göre liân yaparken “Eşhedü billâhi”; onlara göre ise “Billâhi eşhedü” denilir.

Bizim bu konudaki gerekçemiz nastır. Bu da “Eşlerinin zina ettiğini söyleyip de kendilerinden başka şahitleri olmayanlar...” (Nûr 24/6) âyetidir. Buna göre kocanın da şahit olduğu sabit olur. Çünkü asıl olan müstesnânın, müstesnâ_minh cinsinden olmasıdır. Ardından Allah, kocanın şahitliğini belirtmek için “...onların her birinin şahitliği, kendisinin doğru söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah adına yemin ederek şahitlik etmesidir...” (Nûr 24/6) buyurarak şahitliği ve yemini belirtmiştir. Bu yüzden biz liânın rüknünün, yeminle pekiştirilmiş şahitlik olduğunu söyledik.

Onların gerekçesi ise şudur: Allah’ın “Billâhi” sözü, yemin konusunda ihtimalin bulunmadığı muhkem bir sözdür. Şahitliğin ise yemine ihtimali vardır. Çünkü bir kimse “Eşhedü” dese bu, yemin olur. Muhtemel olan, muhkem olana -ki bu da yemindir- hamledilir. Bu yüzden liânda yemin ehliyeti değil, şahitlik ehliyeti dikkate alınır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu durumda onlara göre bunun tersi olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*'te şöyle demiştir: “Bizimle Şâfiî arasındaki ihtilafın pratik sonucu, liânda şehadet ehliyetinin şart koşulması konusunda ortaya çıkar. Bize göre liânda şehadet ehliyeti şarttır, ona göre ise yemin ehliyeti şarttır. Bu da kişinin talâka malik olan kimselerden olmasıdır.”¹

Bu açıklamadan Şeyh’in ‘derim ki’ sözüyle dile getirdiği görüşün, onlardan bir rivâyet olarak sabit olan görüş olduğu anlaşılır.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 15.

٢٠. هل تشترط في اللعان أهلية الشهادة أم أهلية اليمين

[التسهيل] نجعلُه شهاداتٍ تؤكِّدُ بآيمانٍ لا عكسه -يقال عندنا: أشهدُ

بالله، وعندهم: بالله أشهدُ- للنصِّ، وهو قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ

أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ [النور ٦/٢٤] الآية. وهذا لأنه

٥ تعالى استثنى أنفسهم عن الشهداء، فثبت أن الزوجَ شاهدٌ. إذ المستثنى

يكونُ من جنسِ المستثنى منه. ثم نصَّ على شهادته، فقال ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ

أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ فنصَّ على الشهادةِ واليمينِ فقلنا: الركنُ هو الشهادةُ

المؤكِّدةُ باليمينِ.

ولهم أن قوله تعالى بالله محكمٌ في اليمينِ. والشهادةُ تحتملُ اليمينَ.

١٠ فإنه لو قال: أشهدُ كان يميناً. فيُحتملُ المحتملُ على المحكمِ، وهو اليمينُ.

فتعتبرُ أهليةُ الشهادةِ لا اليمينِ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون عندهم بالعكس.

[فاضل أمير] نقول: قال في التبيين: وثمرة الاختلاف بيننا وبين الشافعي

تظهر في اشتراط أهلية الشهادة فعندنا تشترط هذه وعنده تشترط أهلية

١٥ اليمين وهو أن يكون ممن يملك الطلاق، انتهى.

فعلم أن ما صدره بلفظة «أقول» مما ثبت عنهم رواية.

21. Liân veya Haddin Geçerli Olduğu ve Olmadığı Durumlar

[**Teshîl**] Eşine zina isnadında bulunan kişi -köle veya daha önce kazif haddi uygulanmış birisi olması sebebiyle- şahitliğe ehil değilse, kendisi açısından liân imkânsız olduğu için kazif haddi uygulanır. Kazifte bulunan erkek şahitliğe ehil olsa fakat kadın şahitliğe ehil olmasa yahut -câriye veya kafir veya çocuk veya deli veya daha önce kendisine kazif haddi uygulanmış veya zina etmiş birisi olması sebebiyle- kendisine zina isnadında bulunan kimseye kazif haddi uygulanmayacak olan biriyse, imkânsızlık kendisi tarafından olduğu için ne had ne de liân söz konusu olur. Bu durumda yaptığı çirkin işten dolayı kazifte bulunan erkeğe tazir cezası verilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Burada sekiz kısım söz konusu olmaktadır. Çünkü kadın ya kendisine kazfedenin had vurulacağı bir kimsedir ya da değildir. Bu ikisinden her biri de karı ve kocanın şahitliğe ehil olup olmaması açısından dört kısma ayrılır. Şayet kadın, kendisine kazfedenin had vurulmayacağı bir kimse ise ne had ne de liân söz konusu olur. Erkek şahitliğe ehil biri olur fakat kadın şahitliğe ehil biri olmazsa durum yine aynıdır. Şayet kadın, kendisine kazfedenin had vurulacağı bir kimse ise ve erkek şahitliğe ehil biri değilse bu durumda kadın şahitliğe ehil biri olsun ya da olmasın erkeğe had vurulur. Eğer ikisi de şahitliğe ehil ise ve kadın da kendisine kazfedenin had vurulacağı bir kimse ise liân yaparlar. Dolayısıyla sekiz kısımdan beşinde had ve liân söz konusu değildir (sadece tazir cezası uygulanır); ikisinde sadece had söz konusudur, birinde ise liân gerçekleşir, had söz konusu olmaz.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Beş kısım kastedilen şudur: Dört kısım, kadına kazifte bulanana haddin uygulanmadığı erkek hakkında söz konusu olur. Beşincisi ise kadına kazifte bulanana haddin uygulandığı erkek hakkında söz konusu olup kadının değil, erkeğin şahitliğe elverişli olduğu kısımdır. Sadece haddin uygulandığı iki kısım ise kadına kazifte bulanana haddin uygulanıp ikisinin de şahitliğe elverişli olmadığı veya kadının şahitliğe elverişli olduğu, erkeğin ise şahitliğe elverişli olmadığı kısımdır. Haddin söz konusu olmayıp sadece liânın yapıldığı kısım ise kadına kazifte bulanana haddin uygulanıp ikisinin de şahitliğe elverişli olduğu kısımdır.

٢١. الأحوال التي يجري فيها اللعان أو الحد

[التسهيل] ولو لم يصلح للشهادة كقِرِّ ومحدود القذف حُدَّ لامتناع اللعان من قبله. ولو صلح وهي لا تصلح للشهادة أو ممن لا يحدُّ قاذفها - بأن كانت أمةً أو كافرةً أو محدودةً في قذف أو صبيةً أو مجنونةً أو زانيةً - فلا حدُّ ولا لعانٌ لامتناعٍ منها، فيعزَّرُ للشَّيْنِ. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: الأقسامُ ثمانيةٌ لأنها لا تخلو إما أن تكونَ ممن يحدُّ قاذفها أو لا وكلُّ منهما أربعةٌ أقسامٍ باعتبارِ صلاحِ الزوجين للشهادة وعدمه. فإن لم يحدِّ قاذفها فلا حدُّ ولا لعانٌ. وكذا إن صلحَ هو لا هي. وإن كانت ممن يحدُّ قاذفها وإن لم يصلح هو فيحدُّ سواءً صلحت هي أو لا. وإن صلحها وهي ممن يحدُّ قاذفها تلاعنا. ففي الخمسةِ لا حدُّ ولا لعانٌ وفي القسمين حُدَّ فقط وفي القسم الواحدِ يتحقَّقُ اللعانُ لا الحدُّ. ١٠

[فاضل أمير] نقول: المراد من الخمسة هو الأقسام الأربعة فيمن لا يحد قاذفها. الخامس قسم ممن يحد قاذفها وهو ما صلح هو للشهادة لا هي. وأما القسمان اللذان فيهما حد فقط فهو ما كانت ممن يحد قاذفها ولا يصلحان للشهادة أو تصلح هي لا هو. والقسم الذي فيه اللعان لا الحد هو ما كانت ممن يحد قاذفها ويصلحان للشهادة. ١٥

22. Kör Karı ile Kocas ve Kör Koca ile Karısı Arasında Liânın Geçerli Olması

[**Teshîl**] Fâsık veya kör koca ile karısı arasında liân geçerlidir. Zira buradaki şahitlik töhmetten dolayıdır. Çünkü kazifte bulunan kişi, yalancılık töhmeti altındadır. Dolayısıyla kazifte bulunan herkes töhmet altındadır. Töhmet altında bulunanın şahitliği câiz olmayacak olsa liân kapısının kapatılması gerekir. Çünkü kazifte bulunan herkes töhmet altında olacağından -şahitlikten ibaret olan- liân söz konusu olmaz. Ayrıca fâsık şahitliğe ehildir. Çünkü onun şahitliği ile verilen hüküm nâfizdir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Denirse ki; kaziften dolayı had vurulan kimse ile bu görüşe itiraz edilebilir. Çünkü ikisi arasında liân geçerli olmadığı hâlde hâkim, kaziften dolayı had vurulan kimsenin şahitliği ile hüküm verse bize göre de bu hüküm geçerli olur.

Denildi ki: Kaziften dolayı had vurulan kimsenin şahitliği ile hüküm geçerli olmasında şöyle bir ayrıntı söz konusudur: Şöyle ki; hâkim, bilerek bu kimsenin şahitliğiyle hüküm vermişse bu hükmü geçerli olmaz. Sehven hüküm vermişse bu durumda fâsıkın şahitliği konusundaki ihtilafta olduğu gibi bu konuda da ihtilaf edilmiştir. Çünkü fâsıkın şahitliğiyle verilen hüküm mutlak olarak geçerlidir.

Âmânın şهادeti de aynı şekildedir. Çünkü âmâ şahitliğe ehildir. Âmânın diğer konularda şahitlik etmesinin sahih olmaması, şahitliğin şartının bulunmaması sebebiyledir ki, bu şart da davacı ile davalının arasını ayırmaktır. Buradaki meselede ise âmâ, kendisi ile karısı arasını ayırabilir, dolayısıyla bu şahitliği yerine getirmeye ehil olur.

Derim ki: Buna göre tıpkı liânın, âmâ koca ile hanımı arasında geçerli olması gibi âmâ kadın ile kocası arasında da geçerli olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Allâme, *el-İzâh*'ta şöyle demiştir: "Tahâvî'nin serhinde âmânın şahitliğe ehil olduğuna şu şekilde istidlalde bulunulmuştur: Hâkim, âmânın şahitliğine dayanarak hüküm verse bu câizdir. Yani olayın yaygınlaşması ve duyulması sebebiyle şahitlik etmesinin câiz olduğu konulardaki şahitliği ile hüküm vermesi câizdir. *el-Hülâsa*'da bu, açıkça ifade edilmiştir: "Kaziften dolayı had vurulan kimseye gelince, onun şahitliğine dayanılarak hüküm verilmesi kesinlikle câiz değildir. Evet, hâkim bu kimsenin şahitliğine dayanarak hüküm verse bu hükmü geçerli olur. Fakat burada üzerinde durulan konu, cevaz hakkında olup, cevaz da nefâzın ötesinde bir durumdur."¹

1 Bk. İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, III, 483.

٢٢. جريان اللعان بين العمياء وزوجها وبين الأعمى وزوجته

[التسهيل] ويجري اللعان بينها وبين زوجٍ فاسقٍ أو أعمى. إذ الشهادة هنا للتهمة، فإن القاذف مُتَّهَمٌ بالكذب. فكلُّ مَنْ قَذَفَ صار متهماً. ولو لم تجز شهادة المتهم هنا لِلزِّمِّ سُدُّ بابِ اللعان. لأنَّ كلَّ قاذفٍ متهمٌ، فلا لعان. لأنه عبارة عن الشهادة. ولأنَّ الفاسقَ أهلٌ للشهادة، لأنه ينفذ القضاء بشهادته. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل، يردُّ عليه المحدودُ في القذفِ فإن القاضي لو قضى بشهادته ينفذ القضاء عندنا أيضاً ولا يجري اللعان بينهما. قيل: في نفاذ القضاء بشهادة المحدود في القذف تفصيلاً: فإنه لو قضى بشهادته عمداً لا ينفذ ولو سهواً اختلَّف فيه بخلاف الفاسق فإنه ينفذ القضاء بشهادته مطلقاً. ١٠

وكذا الأعمى لأنه أهلٌ للشهادة وإنما لا يصحُّ أدأؤه في سائر المواضع لفقد شرطه وهو التمييزُ بين المدعي والمدعى عليه وهنا يقدرُ على أن يميِّزَ بين نفسه وزوجته فيكونُ أهلاً لأداء هذه الشهادة.

أقول: ينبغي أن يجري اللعان بين العمياء وزوجها كما بين الأعمى وزوجته.

[فاضل أمير] نقول: قال العلامة في الإيضاح: واستدل في شرح الطحاوي على كون الأعمى أهلاً للشهادة بأنه لو قضى القاضي بشهادته جاز. يعني فيما تجوز الشهادة عليه بالشهرة والتسامع. صرح به في الخلاصة. وأما المحدود في القذف فلا يجوز القضاء بشهادته أصلاً. نعم، لو قضى القاضي بشهادته ينفذ القضاء لكن الكلام في الجواز فإنه أمر وراء النفاذ، انتهى. ١٥

Bu açıklamayla fâsık ve âmâ ile kaziften dolayı had vurulmuş kimse arasındaki fark açığa çıkar ve şu husus da bilinmiş olur: Şahitlik için ehliyet, -şayet hâkim bu şahitlikle hüküm verecek olsa- hâkimin bu şahitlik ile hüküm vermesinin câiz olması sebebiyledir; yoksa hâkimin verdiği hükmün nâfız olması sebebiyle değildir.

Kâsânî'nin, *el-Bedâi'*deki ifadeleri de bunu göstermektedir. Kâsânî şöyle demiştir: “Bu kurala (kaziften dolayı had vurulmanın şahitliğinin kabul edilmemesine) göre fâsık ve âmânın kazifte bulunmasının geçerli olması gerekmez. Zira bu ikisinin şahitlikleri geçerli olmadığı hâlde kazifte bulunmaları, liânı gerektirir. Çünkü genel olarak fâsık, şahitlik yapabilir. Her ikisinin de şahitlik ehliyeti vardır. Nitekim hâkimin, bu ikisinin şahitliğine dayanarak hüküm vermesi câizdir. Malumdur ki, çocuk, deli ve köle gibi şahitliğe ehil olmayan kimselerin şahitliklerine dayanarak hüküm vermek câiz değildir.”¹

Bu açıklama ile Şeyh'in “Fâsık ise şahitliğe ehildir. Çünkü onun şahitliği ile verilen hüküm geçerlidir.” sözündeki kusur açığa çıkar. Bu durumda uygun olan Şeyh'in “Çünkü fâsıkın şahitliğiyle hüküm vermek câizdir.” demesidir.

Diğer yandan Şeyh'in “Derim ki: Buna göre liânın, âmâ kadın ile kocası arasında da geçerli olması gerekir...” sözüyle ifade ettiği husus, bazı muteber kaynaklarda açıkça belirtilmiştir. Mesela Mevlâ Ayasuluğî, *el-Mecma'*a yaptığı şerhte musannifin ‘bu ikisi şahitlik ehilinden ise’ sözünün açıklamasında şöyle demiştir: “Yani ikisi de hür, Müslüman, âkil ve bâliğ olup kaziften dolayı had vurulmamış ise. İkisinin gören ve âdil olmaları ise şart değildir.”

Bu açıklamadan âmâ kadın ile gören kocası ve âmâ kadın ile âmâ kocası arasında liânın geçerli olduğu anlaşılır.

23. Hizmetçilerinden Birini Karısına Vermesi, Kocadan Hizmetçi Nafakasını Düşürür mü?

[*Teshîl*] Kocanın zengin olması hâlinde Ebû Yûsuf'a göre karısının iki hizmetçisinin nafakasını da ödemesi gerekir. Çünkü iki hizmetçiden biri sürekli olarak hanımının yanında kalır, diğeri de diğer ihtiyaçları için dışarı gidip gelir. Kocanın tek hizmetçinin nafakasını ödemekle yükümlü tutulabileceğini savunan Ebû Hanîfe ve Muhammed'in gerekçesi ise örfen tek hizmetçinin yeterli olmasıdır. Bu yüzden şayet kocanın bizzat kendisi, karısının hizmetlerini yerine getirecek olsa -tıpkı karının câriye olması durumunda hizmetçi nafakası ödemesinin gerekmemesi gibi- hizmetçi nafakası ödemesi gerekmez.

1 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, III, 242.

فاتضح به الفرق بين الفاسق والأعمى وبين المحدود في القذف وعلم أن الأهلية للشهادة بجواز قضاء القاضي بالشهادة لا بنفاذ قضاؤه إن حكم بها. ويدل عليه ما ذكره صاحب البدائع في هذا الباب حيث قال: ولا يلزم على هذا الأصل قذف الفاسق والأعمى فإنه يوجب اللعان ولا شهادة لهما. لأن الفاسق له شهادة في الجملة. ولهما جميعاً أهلية الشهادة. ألا ترى أن القاضي لو قضى بشهادتهما جاز قضاؤه. ومعلوم أنه لا يجوز القضاء بشهادة من ليس من أهل الشهادة كالصبي والمجنون والمملوك، انتهى.

وبه ظهر ما في قول الشيخ «ولأن الفاسق أهل للشهادة لأنه ينفذ القضاء بشهادته» من التقصير. وكان الأنسب أن يقول «لأنه جاز القضاء بشهادته».

ثم ما ذكره بقوله «أقول ينبغي أن يجري اللعان بين العمياء وزوجها إلى آخره» فهو مما صرح به في بعض المعبرات. قال الأيائلوغي في شرح المجمع في قول المصنف «وهما من أهل الشهادة» أي حران مسلمان عاقلان بالغان لم يحدا في قذف ولا يشترط كونهما بصيرين ولا عدالتهما، انتهى.

ففهم منه جريان اللعان بين العمياء وزوجها البصير وبين العمياء وزوجها الأعمى.

٢٣. إعطاء الزوج خادماً من خُدْمِهِ هل يسقط عنه نفقة خادِمِها

[التسهيل] ويوجبها أبو يوسف لخادِمِها لو موسراً، تُلازِمُ إحداهما سيدتَها وتتردُّ الأخرى لحوائجِها. ولهما الغُنيَّةُ بواحدةٍ عرفاً. ولذا لو خَدَمَها بنفسه لم تلزمه نفقة الخادم كما لو كانت الزوجة أمةً لا تلزمه نفقة خادِمِها.

Hanımı birden çok hizmetçiye sahip eşraftan biri ise bu durumda kocanın, örfen hepsinin nafakasını ödemesi gerekir.

Koca, “Sana hizmet etmesi için benim hizmetçilerimden birini vereyim, senin hizmetçine nafaka vermeyeyim.” dese kadın da kabul etmese bu durumda iki hizmetçi arasında fark bulunacağı gerekçesiyle kocanın, hanımının hizmetçisinin nafakasını ödemesi gerekir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu sonuncu durumla “Bu yüzden şayet kocanın bizzat kendisi karısının hizmetlerini yerine getirecek olsa...” sözü birbirini nefyetmektedir. Konu hakkında iki rivâyet olması da ihtimal dâhilindedir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Zahir olan, kocanın karısına bizzat hizmet etmesinin, kocanın fakirliğinin işareti olduğuna ve fakirlik durumunda -ileride açıklanacağı üzere- kocaya hizmetçi nafakasının vâcip olmayacağına hamledilmesidir. Dolayısıyla kocanın bizzat kendisinin karısına hizmet etmesi durumunda kadının hizmetçisinin nafakasının vâcip olmaması kocanın fakirliğinden kaynaklanmaktadır. Fakat kocanın “Sana, hizmetçilerimden birini vereyim.” sözünden anlaşılan ise kocanın zengin olmasıdır. Bu durumda kadının hizmetçisinin nafakası kocaya vâcip olur. Dolayısıyla her iki durumda zahire göre amel edilir ve bu suretle iki söz arasındaki çelişki giderilmiş olur.

24. Peşin Verilen Nafakanın Kocanın veya Karının Ölümüyle Geri Alınması

[Teshîl] Muhammed ve Şâfiî’ye göre kocanın ölmesiyle birlikte nafakadan gözetilen maksadın ortadan kalkmış olması sebebiyle peşin verilen nafakanın iade edilmesi gerekir. Bu, tıpkı sene tamamlanmadan önce maâş peşin verilip ölen hâkime benzer. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’un gerekçesi ise sıla olarak verilen şeyin iade edilmesinin, ölümle birlikte ortadan kalkmış olmasıdır.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’un bu görüşü, hâkim ve benzerlerinin nafakası söz konusu olduğunda problemlidir. Çünkü hâkime verilen nafaka da yardım (sıla) olmasına rağmen hâkim öldüğünde geri alınmaktadır. Hâlbuki ikisine göre yardım olarak verilen şeyin iâdesi ölümle birlikte ortadan kalkar.

ولو كانت شريفةً ذاتَ خُدْمٍ لزمه نفقةُ الكلِّ عرفاً.

ولو قال «أعطيَ خادماً من خُدَمي ليخدمك ولا أنفقُ على خادمك» فأبت

لزمه نفقةُ خادمها للتفاوتِ بين الخادمين.

[الشيخ بدر الدين] أقول: بينه وبين قوله: ولذا لو خَدَمَهَا بنفسه إلخ منافاةٌ

٥ ويحتمل أن يكونَ في المسألة روايتان.

[فاضل أمير] نقول: الظاهر أن تحمل خدمتها بنفسه آية إعساره. وفي حال

إعساره لا تجب نفقة خادمها كما سيصرح به لعدم إيجاب نفقة خادمها فيما

خدمها الزوج بنفسه ناشئ من إعساره. وأما فيما قال أعطي خادماً من خدمي

فالظاهر أنه موسر وفيه تجب نفقة خادمها فعمل في كل منهما بما هو الظاهر

١٠ واندفعت المنافاة بين القولين.

٢٤. استرداد النفقة المعجلة بموت الزوج أو موت الزوجة

[التسهيل] أمر محمد والشافعي برَدِّ المعجَّلة لفوتِ الغرضِ بموته كحاكم

عُجِّلَ رزقه قبلَ تمامِ السنة. لهما أن ردَّ الصلَّةَ ينقطعُ بموتِ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل بنفقة القاضي وأمثاله. فإنها تُردُّ إذا مات مع

١٥ أنها صلَّةٌ أيضاً وردَّ الصلَّةَ ينقطعُ بالموتِ.

Buna şöyle cevap verilmesi mümkündür: Hâkimin nafakası, devlet hazinesinden karşılanmaktadır. Hâkimlerin devlet hazinesi üzerindeki velâyetleri ise koruyup gözetme türünden bir velâyettir. Peşin olarak verilenin geri alınmasındaki koruma da ölümden sonra maksadın ortadan kalkmasıdır. Burada ise koca, nafakayı kendi malından isteyerek vermiştir ve kabz ile de yardım (sıla) tamam olmuştur. Dolayısıyla ölüm sebebiyle geri istenmesi, söz konusu olmaz. Koca, hiç kimseye niyâbet etmeksizin nafakayı kendi başına ve isteyerek verdiği göre burada koruyup gözetme durumu dikkate alınmaz. Çünkü kişi malı konusunda dilediği gibi hareket eder. Bu yüzden iki durum birbirinde farklıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşlerine yönelttiği itiraz, peşin olarak verilen nafakanın, kocanın veya karının ölümüyle geri istenmesi şeklinde Muhammed ve Şâfiî'nin kabul ettikleri görüşlerine gerekçe olarak sundukları şeydir.

Aynı şekilde hâkimin nafakası meselesinde peşin verilen maaşın geri alınmasının nedeninin, hâkimlerin beytül-mâl üzerindeki velâyetlerinin koruma ve gözetme türünden bir velâyet olduğu şeklinde verdiği cevap da muteber kaynaklarda Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf açısından zikredilmektedir.

Açıktır ki, bu meseleyi problemlilik olarak görüp buna cevap verme ihtiyacı, hâkimin nafakası meselesindeki iki görüşten birine göredir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un, hâkim ve benzerlerinin nafakasını, hibeye kıyas ettikleri diğer görüşe göre ise ikisinden (karı ve koca) birinin ölümünden sonra nafakadan rücû etmek söz konusu değildir. Dolayısıyla da Şeyh'in yönelttiği itiraz kesinlikle söz konusu olmaz.

25. İddetten Sonra Annenin, Çocuğunu Emzirmesi için Kiralanması

[Teshîl] Şâfiî'nin aksine bize göre annenin, evli olduğu veya iddet beklediği sürece sütanne olarak kiralanması câiz değildir. Çünkü annenin çocuğunu emzirmesi, diyâneten vâciptir. Çünkü Allah Teâlâ "Anneler, çocuklarını tam iki yıl emzirirler." (Bakara 2/233) buyurmaktadır. Bu âyet, annenin çocuğunu emzirmesinin vâcip olmasını gerektirir. Ancak acziyet ihtimalinden dolayı anne mazur görülmüştür. Ücretle emzirmeye talip olduğunda gücünün yettiği ortaya çıkar ve emzirmesi vâcip olur. Bundan ücret alması câiz değildir.

ويمكن الجواب بأن النفقة ثمة من بيت المال. وولاية الحكام على بيت المال نظرية. والنظر في استرداد المعجلة لفوت الغرض بعد الموت. وأما هنا فقد دَفَعَهَا الزوج من ماله مختارًا وتمت الصلة بالقبض فانقطع الاسترداد بالموت. فلما كان في الدفع مختارًا مستقلًا لا نائبًا عن أحد فلم يُعتبر النظر هنا. إذ المرء يعمل في ماله ما شاء فافترقا. ٥

[فاضل أمير] نقول: هذا الذي أورده إشكالا على مذهب الشيخين هو ما استدل به محمد والشافعي على ما ذهب إليه من استرداد المعجلة بموته أو موتها. وكذا الجواب الذي ذكره بأن وجه الاسترداد في نفقة القاضي كون ولاية الحكام على بيت المال نظرية مما ذكر في المعبرات عن جانب الشيخين. ١٠
ولا يخفى أن الاستشكال به والاحتياج إلى الجواب إنما هو على أحد القولين في نفقة القاضي. وأما على القول الآخر فيها وهو أن الشيخين جعلوا نفقة القاضي وأمثاله معتبرة بالهبة فلا رجوع فيها بعد موت أحدهما فلا ورود له رأسا.

٢٥. استجار الأم لإرضاع ولدها بعد العدة

[التسهيل] لا نجيزُ استجارَ الأمِّ ما دامت منكوحَةً أو معتدَّةً. لأن الإرضاع واجبٌ عليها ديانةً. قال الله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ [البقرة ٢/٢٣٣]. وهذا يقتضي الوجوب عليها إلا أنها عُذِرَتْ لاحتمالِ عجزِها. فإذا أقدمت عليه بالأجرِ ظهرت قدرتها، فكان الفعل واجبًا عليها، فلم يجوز أخذُ الأجرِ. ١٥

Ekmek pişirmesi gibi ev işleri de bu ihtilafa göredir. Çünkü “Anneler, çocuklarını tam iki yıl emzirirler.” (Bakara 2/233) âyetinden dolayı -sanki kendilerine vâcipmiş gibi- bunlarla da diyâneten yükümlü tutulabilirler. Buna göre anne icâre akdiyle çocuğunu emzirdiğinde ücrete hak kazanamaz. Çünkü üzerine vâcip olan bir şeyi yerine getirmiştir. Kocasının, kendisinden başka hanımından olan çocuğunu emzirmesi ise bunun tersinedir. Çünkü kendinden olmayan çocuğu emzirmesi görevi değildir. Annenin çocuğunu emzirmek için kiralanamayacağıının ikinci gerekçesi ise nikâhın, eve ait maslahatların temini için olup çocuğun emzirilmesinin de bu maslahatlardan biri olmasıdır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Birinci delil, iddetten sonra da annenin çocuğunu emzirmesi için kiralanasının sahih olmamasını gerektirir. Çünkü âyette “Anneler, çocuklarını tam iki yıl emzirirler.” (Bakara 2/233) denilmektedir. İkinci delil ise kadının, kocanın başka hanımından olan çocuğunu emzirmesi için kiralanasının da sahih olmamasını gerektirir. Çünkü bu çocuğun korunması da evin maslahatları kapsamındadır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu, Şeyh'in “Bize göre annenin, evli olduğu veya iddet beklediği sürece sütanne olarak kiralması câiz değildir.” sözünden anlaşılın, “İddetten sonra annenin sütanne olarak kiralması câizdir.” hükmüne yönelttiği bir itirazdır. Gerekçesi “Anneler, çocuklarını tam iki yıl emzirirler.” (Bakara 2/233) âyetinin, iddetten sonra bile olsa annenin çocuğunu emzirmesinin vâcip olmasını ve iki yıl tamamlanana kadar çocuğunu emzirmesi için kiralanasının câiz olmamasını gerektirdiğidir.

Diğer itirazı ise metinde geçen “Kocasının kendisinden başka hanımından çocuğunu emzirmesi ise bunun tersinedir, çünkü kendinden olmayan çocuğu emzirmesi görevi değildir.” sözünedir. Çünkü ikinci delil, yani “Diğer yandan nikâh, eve ait maslahatların temini için olup çocuğun emzirilmesi de bu maslahatlardan biridir.” sözü, kadının, kocasının başka karısından olan çocuğunu emzirmek için kiralanasının da sahih olmamasını gerektirir. Çünkü kocanın başka karısından olan çocuğunun korunması da eve ilişkin maslahatlar kapsamına girer ve bu çocuğun emzirilmesi de korumanın gereklerinden biridir. Dolayısıyla kadının, nikâh akdinin bir gereği olarak bu çocuğu da emzirmesi gerekir.

وعلى هذا الخلاف نحو الحَبْزِ. إذ تَوَمَّرَ به ديانةً لما مرَّ من قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ﴾ الآية. فكأنه واجبٌ عليها. فإذا أرضعت بعقد الإجارة لا تستحقُّ شيئاً. لأنها أدَّت ما عليها، ضِدًّا وَلَدِهِ من غيرها. لأن إرضاعه غيرُ مستحقِّ عليها. ولأن النكاحَ لمصالحِ السكنِ منه الإرضاعُ.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: أقول: مقتضى الدليل الأول أن لا يصحَّ بعد العدة لقوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ﴾، الآية، كما مرَّ ويقتضي الدليل الثاني أن لا يصحَّ استئجارها لولده من غيرها لأن حفظَ الصبيِّ من مصالحِ البيتِ.

[فاضل أمير] نقول: هذا اعتراض منه على ما يفهم من قوله «لا نجيز استئجار الأم ما دام منكوحة أو معتدة» من أنه يجوز استئجارها بعد العدة بأن قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ﴾ [البقرة ٢/٢٣٣] يقتضي أن يجب عليها الإرضاع ولا يجوز استئجارها له ولو بعد العدة إلى تمام الحولين.

١٠ واعتراض آخر على قوله في المتن «ضد ولده من غيرها، لأن إرضاعه غير مستحق عليها» بأن الدليل الثاني يعني قوله «ولأن النكاح لمصالح السكن منها الإرضاع» يقتضي أن لا يصح استئجارها لولده من غيرها أيضاً. لأن حفظ صبي الزوج من جملة مصالح السكن وإرضاع ولده من لوازم الحفظ. فكان لازماً عليها إرضاع هذا الصبي على أنه موجب عقد النكاح.

Bu anlaşıldıktan sonra Şeyh'in birinci itirazına verilecek cevap şudur: "Anneler, çocuklarını tam iki yıl emzirirler." (Bakara 2/233) sözü, "Anne, çocuğu sebebiyle zarara uğratılmaz." sözü ile kayıtlıdır. Hiç şüphe yok ki, kadın, iddeti bitip nafaka hakkı düştükten sonra şayet çocuğunu emzirmesinin vâcip olduğu kabul edilecek olursa çocuğu sebebiyle zarara uğramış olur. Zarar ise hem bu nas sebebiyle hem de insanın zarar göreceği bir işi yapmaya icbar edilemeyeceği şeklindeki ilkelerinin gereği olarak giderilmiştir. Sadruşşerâ, iddeti bittikten sonra annenin çocuğunu emzirmek için kiralananmasının câizliğine 'Annelerin rızkı, çocuğun kendisi için doğurduğu kişi [baba] üzerinedir.' (Bakara 2/233) âyetini gerekçe göstererek şöyle demiştir: "İddetin tamamlanmasından sonra emzirmek için kiralananmasının câizliğinin nedeni, kadına nafaka vermenin artık vâcip olmasıdır. Dolayısıyla 'Annelerin rızkı, çocuğun kendisi için doğurduğu kişi [baba] üzerinedir.' âyetinden dolayı anneye ücret ödenmesi gerekir."

Şeyh'in ikinci itirazına verilecek cevap da şudur: Kadının, kocasının başka karısından olan çocuğunu korumasının, kendisinin oturduğu evin maslahatına dâhil olduğu iddiası müsellem değildir. Kocasının başka karısından çocuğunun olması durumunda kocanın, bu çocuğunu o karısı ile aynı evde oturtma hakkının bulunmadığı konusunda metinlerde yer alan rivâyetler ittifak etmişken bu iddia kabul edilemez. Zira bu metinlerde çocuk (veled) lafzı, mutlak olarak geçmektedir ki hem büyük çocuğu hem de küçük çocuğu kapsar. Nitekim Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*'te şöyle demiştir: "Kocanın, karısına kendi ailesinden kimsenin bulunmadığı bir evde süknâ imkânı sağlaması vâciptir..."¹ Kadının, oturduğu evden çocuğu men etme hakkı olduğuna göre bu durumda nasıl olur da "Kadının bu çocuğu koruması gerekir. Emzirme de korumanın gereklerindedir. Dolayısıyla kadının bu çocuğu emzirmesi gerekir ve bunun için kiralananması câiz değildir." denilebilir?

İbnu'l-Hümâm'dan "Denildi ki: Çocuğun cinselliği anlamayacak kadar küçük bir çocuk olması bundan müstesnâdır. Bu durumda kocanın, bu küçük çocuğu karısı ile oturtma hakkı vardır."² şeklinde nakledilen söze gelince, buna verilecek cevap şudur: Bu, dikkate alınabilecek bir görüş olarak kabul edilse bile şöyle cevap verilebilir: Kadının, kocasının küçük çocuğu birlikte oturmayı reddetme hakkının olmaması, çocuğu korumanın kendisine vâcip olmasını gerektirmez. Bu kabul edilse bile korumanın vâcip olması, açık olduğu üzere kadının bu çocuğu emzirmesinin vâcip olmasını gerektirmez.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 58.

2 İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, IV, 397.

إذا تقرر هذا فالجواب عن الأول هو أن قوله عز وجل ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ [البقرة ٢/٢٣٣] مقيد بقوله تعالى ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا﴾ [البقرة ٢/٢٣٣]. ولا ريب في أن المرأة بعد ما انقضت عدتها وسقطت نفقتها لو قيل بوجوب إرضاع ولدها لتضررت بولدها، والضرر مدفوع عنها بهذا النص. وكذا بما ثبت عنهم الإنسان لا يجبر على تحمل الضرر. وقد استدل مولانا النحرير صدر الشريعة على جواز استئجارها لإرضاع ولدها بعد انقضاء عدتها بقوله سبحانه وتعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة ٢/٢٣٣] حيث قال: وإنما يجوز الإجارة بعد العدة لأن النفقة غير واجبة لها فتجب الأجرة لقوله عز وجل ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة ٢/٢٣٣]، انتهى.

والجواب عن الثاني هو أن كون حفظ ولده من غيرها من مصالح بيت تسكن الزوجة فيه ليس بمسلم. كيف، وقد اتفقت روايات المتون على أنه إن كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنه معها بإطلاق لفظ «الولد»، فيشمل على الكبير والصغير. وقد قال في التبيين: يجب السكنى في بيت ليس واحد من أهله إلى آخره. فإذا كانت المرأة قادرة على منع ولد من البيت الذي سكنت فيه كيف يقال يلزم عليها حفظه والإرضاع من لوازم الحفظ فيلزم عليها إرضاعه فلا يجوز استئجارها له.

فما نقل عن ابن همام من قوله: وقيل إلا أن يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله إسكانه معها، فالجواب عنه هو أنه بعد أن كان قولا يعتد به فيقال عدم قدرتها على المنع من السكنى معها لا يستدعي أن يجب عليها حفظه. ولو سلم فوجوب الحفظ لا يستدعي أن تجب نفقته يعني إرضاعه عليها كما لا يخفى.

İTK: KÖLE AZADI

1. “Enti Tâlikun an Vesâk” Sözü ile “Ente Hurrun min Hâze'l-Amel” Sözü Arasındaki Fark

[Teshîl] Azat etmek, kölesi üzerinde bir “kuvve-i şer‘iyye” meydana getirmek demektir. Azat etme, hür ve mükellef kimse tarafından azat etmeyi açıkça ifade eden (sarîh) sözlerle yapıldığında sahih olur. Mesela “Sen hürsün!”, “Sen azat edilmişsin!” ya da “Sen ancak hürsün!” gibi sözler ve “Ey azat edilmiş!” ya da “Ey hür!” gibi nidalar böyledir. Çünkü nida, nidada bulunan kişiyi belirtilen vasfı ile çağırarak için kullanılır. Efendi, bu vasfı ispat (inşâ) etmeye malikse bu vasfı sabit olur. Ancak bu vasfın, özel isim (alem) olarak kullanılması durumu bundan müstesnâdır. Çünkü özel isimlerde anlam dikkate alınmaz.

Buna göre efendi, “Hür” isimli kölesini “Ey Âzâd!” diye çağırır veya tersi olsa yani “Âzâd” ismindeki kölesini “Ey Hür!” diye çağırır köle, hürriyetine kavuşur. Çünkü efendi, kölesini özel ismi ile çağırmamıştır. Dolayısıyla bu sözün anlamı dikkate alınır. Efendi, “Ben bu sözle yalan bir habere niyet ettim.” veya “Ben bu sözle onun şu işten azade olduğuna niyet ettim.” diye iddia etse ya da “Sen şu işten azadesin.” diye işi açıkça belirtse sözün mecâz anlama halledilmesi ihtimal dâhilinde olduğu için diyâneten doğru söylediği kabul edilir, fakat kazâen kabul edilmez (köle azat edilmiş olur).

Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*'da şöyle demiştir: “Efendi, ‘Sen bu işten azadesin.’ deyip de bu işin ne olduğunu tam olarak belirtir ya da ‘Sen bugün işten azadesin.’ derse, kazâen azat olmuş olur. Çünkü azat, bölünmez. Efendi onu bazı işler konusunda ya da bütün işlerden bazı zamanlarda hür kıldığında bu hürlük, hepsinde sabit olur. Kendisi ile Allah arasında olan (diyâneten) bu söz ile hepsini değil bir kısmını kastettiği konusunda ise doğru söylediği kabul edilir. Çünkü bütünü zikredilip bir kısmının kastedilmesi mecâz olarak sahihtir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Koca “Enti tâlikun” sözüyle talâk ile bağı çözmeye niyet ettiğini söylese kazâen değil, diyâneten doğru söylediği kabul edilir. Fakat [‘Enti tâlikun an vesâk’ diyerek] ‘vesâk (bağ)’ sözünü açıkça zikrederse -orada ‘bağ’ anlamının kastedilmesi, buradaki ‘iş’ anlamının kastedilmesinde olduğu gibi mecâz olmakla birlikte- hem diyâneten hem de kazâen doğru söylediği kabul edilir. Bu kurala göre burada da efendi, ‘iş’ kelimesini açıkça belirttiğinde doğru söylediğinin kabul edilmesi gerekir. Hâlbuki onlar doğru söylediğinin kabul edilmeyeceğini söylemişlerdir.

كتاب العتق

١. الفرق بين قول «أنت طالق عن وثاق» في الطلاق وبين قول «أنت حرٌّ

من هذا العمل» في العتق

[التسهيل] إثبات قوة شرعية في رقيقه. صحَّ من حرٍّ مكلف بصريح الإعتاق

٥ كـ«أنت حرٌّ أو معتقٌ» أو «ما أنت إلا حرٌّ» أو «يا عتيقٌ» أو «يا حرٌّ». إذ النداء لاستحضاره بوصفٍ ذكر فلو ملك إنشاء ذلك الوصف ثبت الوصف إلا علمًا. إذ لا عبرة في العلم للمعنى.

فلو نادى عبده المسمَّى حرًّا بـ«يا آزادٌ» أو عكس أي نادى عبده المسمَّى آزاد

بقوله «يا حرٌّ» عتق. إذ لم يناد بعلمه فيعتبر معناه. ولو ادعى وقال «نويتُ به

١٠ خبرًا كذبًا» أو «نويتُ حرّيته من عملٍ» أو صرح العمل بأن قال «أنت حرٌّ من هذا العمل» صدق ديانة لا قضاء للتجوُّز.

وفي تحفة الفقهاء: إذا قال «أنت حرٌّ من هذا العمل» وسمَّى عملاً معيناً

أو قال «أنت حرٌّ من العمل اليوم» فإنه يعتق في القضاء إذ العتق لا يتجزأ فإذا

جعل حراً في بعض الأعمال أو عن الأعمال كلها في بعض الأزمان يثبت في

١٥ الكل فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى أنه أراد به البعض. وذكر الكل وإرادة البعض يصح مجازاً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو نوى الوثاق في الطلاق يصدق ديانة لا قضاء.

ولو صرح الوثاق صدق ديانة وقضاء مع أن إرادة الوثاق ثمة محارز كإرادة

العمل هنا فينبغي على ذلك الأصل أن يصدق هنا أيضاً إذا صرح العمل مع

٢٠ أنهم قالوا لا يصدق.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: İki mesele arasındaki fark açıktır. Çünkü azat meselesinde “Hürsün!” sözüyle “kuvve-i şer‘iyye” meydana getirmek için vaz‘î anlamı kastedilmiştir. Buna göre efendinin “Hürsün!” sözünden sonraki “bu işten” veya “bugün işten” sözü, hürriyeti bazı işler veya bazı zamanlar açısından daraltma (tahsis) olur. Hürriyet ise bu tahsisi kabul etmez, dolayısıyla efendinin kazâen doğru söylediği kabul edilmez.

Talâk meselesinde ise “talâk” kelimesi ile nikâh bağıny ortadan kaldırma şeklindeki şer‘î anlam kastedilmez ve bundan sonraki “an vesâk (bağdan)” sözü, bu anlamı tahsis etmez. Aksine bu durumda “talâk” sözü ile “bağın çözülmesi ve salıverilmesi şeklindeki sözlük anlamını kastetmiş olur ve “an vesâk (bağdan)” sözü, bu anlamı destekleyen bir söz olur, dolayısıyla kazâen doğru söylediği kabul edilir.

2. “Ey Mevlâm!” Sözü ile Azadın Gerçekleşmesi

[Teshîl] Bize göre azadın gerçekleşmesi için tıpkı “Bu, benim mevlamdır.” sözünde olduğu gibi nidada -yani ‘Ey mevlam!’ sözünde- de niyet şart değildir. Züfer ve diğer üç imama göre ise niyet şarttır. Çünkü bu şekilde nida, bir ikram (iltifat) olup hakikat olarak azadı ifade etmez. Dolayısıyla bu söz ile azadın gerçekleşmesi için efendinin azada niyet etmiş olması gerekir. Bu açıdan bu söz, “Ey efendim!” ve “Ey sahibim!” sözlerine benzer ki, bu sözlerle niyet olmaksızın azat gerçekleşmez. Dolayısıyla “Ey mevlam!” sözü de böyledir.

Efendi, yalan söylediğini iddia etse veya “dinde mevla olmak” gibi “mevla” kelimesinin başka bir anlamını kastettiğini ileri sürse kazâen değil, diyâneten doğru söylediği kabul edilir. Çünkü sözün zahiri, bu anlamı kastetmesine aykırıdır. Fakat “Ey oğlum!”, “Ey kardeşim!” gibi sözler “Ey mevlam!” sözü gibi değerlendirilmez. Çünkü bu sözlerde efendi kölesine, kölede ispat etmesi mümkün olmayan bir vasıf ile nidada bulunmuştur. Dolayısıyla bu sözler, sırf iltifat amacıyla söylenmiş sözler kabul edilir. Bir rivâyette Ebû Hanîfe’ye göre bu iki söz ile de azat gerçekleşir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: “Ey mevlam!” sözünün, “Ey efendim!” sözü gibi olması gerekir. Buna göre niyet edilmesi hâlinde “Ey oğlum!”, “Ey kardeşim!” gibi sözlerle azat gerçekleştiği gibi “Ey mevlam!” sözüyle de niyet olması hâlinde azadın gerçekleşmesi gerekir. Aksi takdirde “Ey efendim!” ve “Ey sahibim!” gibi sözlerle azadın gerçekleşmesi problemli olur. Çünkü bu iki sözle azat, niyet ile gerçekleşir. Nitekim *el-Kâfi*’de buna işaret edilmiştir.

[فاضل أمير] نقول: الفرق بين المسألتين ظاهر. لأن في مسألة العتق يراد بـ«حرّ» معناه الوضعي لإثبات القوة الشرعية فيكون قوله بعده «من هذا العمل» أو «من العمل اليوم» تخصيص الحرية ببعض الأعمال أو ببعض الأزمان. وهي لا تقبل هذا التخصيص فلا يصدق قضاء.

وَأما في مسألة الطلاق فلا يراد بالطلاق معناه الشرعي وهو رفع قيد النكاح ولا يكون قوله «عن وثاق» تخصيصاً لهذا المعنى بل يدعى أنه أراد بالطلاق معناه اللغوي وهو إزالة القيد والإرسال ويكون قوله «عن وثاق» معيّناً لهذا المعنى فيصدق قضاء.

٢. العتق بقول «يا مولاي»

[التسهيل] فما شرطنا النية في النداء أي في قوله «يا مولاي» كما في «هذا مولاي». ولهم أن النداء إكراه لا تحقيق، فلا بدّ من النية كـ«يا سيدي» و«يا مالكي»؛ فإنه لا يعتق فيهما بلا نية فكذا «يا مولاي».

ولو ادعى كذباً أو معنى آخر من معانيه كالمولى في الدين ذين لا قضاء لإبائه الظاهر، لا بنحو «يا ابني» و«يا أخي» إذ نادى بوصف لا يملك إثباته، فكان لمجرد الإكراه. ووقوعه فيهما رواية عن أبي حنيفة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون هذا كقوله «يا سيدي» فينبغي أن يعتق في نحو «يا ابني» و«يا أخي» لو نوى. وإلا يشكل بنحو قوله «يا سيدي» و«يا مالكي» فإنه يعتق فيهما بالنية كما أشار إليه في الكافي.

Bazı örnekler konusunda Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşüne şu şekilde cevap verilebilir: Genel olarak hakikî anlamın mümkün olması, mecâzın doğru olması için şarttır. "Ey efendim!" sözünde bu mümkündür. Fakat efendinin kendisinden yaşça daha küçük birisine söylediği "Ey baba!" veya kendisinden yaşça daha büyük birisine söylediği "Ey oğlum!" sözünde ise durum bundan farklı olup Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre niyet etmiş olsa bile asıl (hakikat) imkânsız olduğu için bu sözlerle azat gerçekleşmez. Dolayısıyla Ebû Hanîfe'nin görüşü açısından mutlak olarak, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşü açısından ise "Ey kardeşim!", daha küçük birisine söylediği "Ey oğlum!" ve daha büyük birisine söylediği "Ey baba!" gibi hakikatin mümkün olduğu bazı durumlarda problem devam etmektedir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Efendi niyet etmiş olsa bile "Ey efendim!" ve "Ey malikim!" sözüyle azadın gerçekleşmesi, muteber kaynaklarda açıkça belirtildiği üzere Ebû Hanîfe'ye göre tercih edilmiş bir kavil değildir. Fakihlerin azadın gerçekleşmesi için bir kural olarak koydukları "Efendi, kölesine derhal ispatına malik olduğu bir vasıf ile nidada bulunursa azat gerçekleşir, aksi takdirde gerçekleşmez." şeklindeki sözleri de bunu göstermektedir. Dolayısıyla Şeyh'in "Ebû Hanîfe'nin görüşü açısından mutlak olarak problem devam etmektedir." şeklindeki sözünün tutar bir tarafı yoktur. Şeyh'in bu sözü, "Ey oğlum!" ve "Ey kardeşim!" sözü ile efendi niyet etmiş olsa bile azadın gerçekleşmeyeceği varsayımına dayanmaktadır. Fakat Allâme'nin *el-Îzâh*'ta, *Gâ-yetü'l-Beyân*'dan naklettiği, Kâsânî'nin *el-Bedâi'*de işaret ettiği ve Kuhistânî'nin de tashih ettiği "Efendi niyet ettiğinde bu iki sözü ile azat gerçekleşir." şeklindeki görüş dikkate alındığında Şeyh'in yönelttiği itiraz hiç söz konusu olmaz.

3. Kitabet Akdinden Sonra Satılan ve Efendisi Tarafından İkinci Kez Malik Olunan Kölenin Azadı

[Teshîl] Efendi, kölesine "Bin dirhem ödediğinde sen hürsün!" deyip köleyi satsa, satın almak suretiyle veya ayıp, görme muhayyerliği ya da şart muhayyerliği sebebiyle kendisine iade edilmek suretiyle yeniden o köleye malik olsa, sonra da köle, efendiye bin dirhemi ödese bu durumda efendi bunu kabule zorlanamaz. Çünkü zorlama, şarta bağlamanın (ta'lik) değil; kitabet işleminin bir hükmüdür. Kitabet ise efendinin köleyi satmasıyla bâtil olmuştur. Çünkü mükâteb köle, kendi rızasıyla satıldığında kitabet akdi bâtil olur ve efendiyi malı/parayı kabule zorlamak imkânsız olur. Dolayısıyla köle ise satımın bâtil kılmadığı ödeme şartına bağlamaktan dolayı efendinin malı/parayı kabul etmesi ile azat olur.

ويمكنُ الجوابُ على قولِ أبي يوسف ومحمد في بعضِ الصُّور بأنَّ
إمكانَ المعنى الحقيقيِّ في الجملةِ شرطٌ لصحةِ المجازِ عندهما وأمكن
في «يا سيدي» بخلاف «يا أبي» لأصغرَ و«يا ابني» لأكبرَ سنًّا منه فلا يعتق
عندهما وإن نوى لتعذُّرِ الأصلِ. ويبقى الإشكالُ على قولِ أبي حنيفة مطلقًا
وعلى قولهما في صورِ الإمكانِ كقوله «يا أخي» وقوله لأصغرَ «يا ابني»
ولأكبرَ «يا أبي».

[فاضل أمير] نقول: العتق بقوله «يا سيدي» و«يا مالكي» وإن نوى
ليس بقول مختار عند أبي حنيفة كما صرح به في المعتمرات. ويدل عليه
ما وضع ضابطًا لوقوع العتق من قولهم: إن نادى بوصف يملك إثباته في
الحال يقع وإلا فلا. فلا وجه لما قاله الشيخ «يشكل على قول أبي حنيفة
مطلقًا». وهذا الكلام منه على تقدير أن لا يقع الحرية ب«يا ابني» و«يا أخي»
وإن نوى. ولكن على ما نقله العلامة في الإيضاح عن غاية البيان وما أشار
إليه صاحب البدائع وصححه المولى القهستاني من وقوع الحرية بهما إذا
نوى لا يرد ما ذكره أصلاً.

١٥ ٣. عتق العبد المكاتب الذي بيع ثم ملكه سيده ثانيًا

[التسهيل] ولو قال «إذا أديت ألفا فأنت حرٌّ» فباعه ثم ملكه بشراءٍ أو رُدِّ
عليه ببيعٍ أو خيارٍ رؤيةٍ أو شرطٍ، ثم أداه لم يجبر المولى على قبوله. إذ الجبرُ
قضيةُ الكتابة، لا قضيةُ التعليق. والكتابةُ تبطلُ بالبيع. فإن المكاتبَ إذا بيعَ
برضاه تبطلُ الكتابةُ، فامتنع الجبرُ. وعتقَ بقبوله لتعليقٍ لا يبطله بيعٌ.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Burada söylenen, yukarıda geçen “Efendi, kölesine [‘izâ’ edatını kullanarak] ‘Bin dirhem ödediğinde hürsün.’ ya da [‘metâ’ edatını kullanarak] ‘Ne zaman bin dirhem ödersen hürsün.’ deyip sonra köleyi satsa, sonra da efendi onu tekrar satın alsın ve köle de bin dirhemi getirirse efendi ittifakla kabule zorlanır. Ebû Yûsuf’a göre ‘in’ edatının kullanılması hâlinde de hüküm yine aynıdır.” şeklindeki açıklamaya aykırıdır. Bu ifade için yaklaşık bir yaprak öncesine bakılabilir. Orada şöyle geçmişti: “Ebû Yûsuf, ‘in’ şart edatını, ‘izâ’ ve ‘metâ’ şart edatları gibi değerlendirmektedir. Öyle ki, efendi köleyi satsa, sonra onu satın alsın ve köle de bin dirhemi getirirse Ebû Yûsuf’a göre diğer şartlarda olduğu gibi efendi, bunu kabul etmeye zorlanır.” *el-Mecma’, el-Muhtelif* ve *el-Manzûme*’de bu şekilde geçmektedir.

Bu açıklama ile bizim burada üzerinde durduğumuz mesele arasında bir çelişki söz konusudur. Meseleye ilişkin iki farklı rivâyetin olması da mümkündür. Çünkü mükâteb köle, kendi rızasıyla satıldığında, fâsıt satım konusunda geçtiği üzere bir rivâyete göre satılması câiz değildir. Bu rivâyete göre mükâteb kölenin kendi rızasıyla satılması sebebiyle kitabet akdinin bâtil olmaması gerekir. Dolayısıyla bu rivâyet doğrultusunda efendi, köleye ikinci kez malik olduktan sonra kabule zorlanabilir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh, burada özetle “Efendi, kölesine ‘Bin dirhem ödediğinde hürsün.’ deyip sonra onu satar, sonra da satın almak veya ayıp sebebiyle iade edilmek suretiyle yeniden köleye malik olursa ve köle de bin dirhemi öderse efendi, bunu kabule zorlanamaz.” sözünün, bu kitapta daha önce geçen hükme aykırı olduğunu söylemektedir.

el-Mecma’, el-Muhtelif ve *el-Manzûme*’de şöyle denilmiştir: “Bu meselede efendi kabule zorlanır.” Şeyh’in iki meseledeki görüşü uzlaştırma konusunda nihai olarak söylediği şey, efendinin zorlanması ve zorlanmaması konusunda buradaki rivâyete bağlı ihtilafın, mükâteb kölenin kendi rızasıyla satılması konusundaki rivâyet farklılığına dayandığıdır. Burada ifade edilen şey, şudur: Efendinin kabule zorlanmaması, mükâteb kölenin satılmasının câiz olduğu şeklindeki rivâyete dayanmaktadır. Çünkü mükâteb kölenin satılması câiz olduğunda bu, kitabet akdini bâtil kılar. Efendi, köleye ikinci defa malik olduğunda (önceki sözleşme geçersiz olur ve) ona sırf köle olarak malik olur. Dolayısıyla efendi, bundan sonra kölenin kitabet bedeli olarak getirdiği malı kabule zorlanamaz. Çünkü zorlama, kitabet akdinin bir hükmüdür. Kitabet akdi ise bâtil olmuştur; dolayısıyla kitabet akdinin gereği de bâtil olur.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يخالف ما مرّ من أنه إذا قال «إذا أو متى أديتَ ألفا فأنت حرٌّ» فباعه ثم شرّاه وأحضّره يجبر على القبولِ وفاقًا وكذلك لفظُ «إنَّ» عند أبي يوسف. فليُنظر قُبيل هذا بورقةٍ تقريبًا حيث قال: يجعلُ أبو يوسف «إنَّ» كـ«إذا» و«متى» حتى لو باعه ثم شرّاه وأحضّره يجبره أبو يوسف كسائرِ الشروطِ. كذا في المجمع والمختلف والمنظومة. ٥

فبينه وبين ما نحن فيه هنا منافاةٌ، ويمكنُ أن يكونَ في المسألة روايتان لأن المكاتبَ إذا بيعَ برضاه لا يجوزُ بيعُه في روايةٍ كما مرّ في فصلِ البيعِ الفاسدِ. فعلى هذه الرواية ينبغي أن لا تبطلَ الكتابةُ بالبيعِ برضاه فيجزي الجبرُ على القبولِ بعد ما ملكه ثانيًا على هذه الرواية.

[فاضل أمير] نقول: حاصل ما قاله هنا هو أن قوله لو قال «إذا أديت ألفا فأنت حرٌّ» فباعه ثم ملكه بشرى أو رد عليه بعيب ثم أداه لم يجبر المولى على القبول يخالف ما مر في هذا الكتاب. ١٠

وذكر في المجمع والمختلف والمنظومة من أن المولى يجبر على القبول في هذه الصورة. وغاية ما قال به من التوفيق هو أن يجعل اختلاف الرواية هنا بالجبر وعدمه مبنيًا على اختلاف الرواية فيما إذا بيع المكاتب برضاه. إذ في رواية جاز بيعه وفي أخرى لم يجز. فما قيل هنا أن المولى لا يجبر على القبول بناء على رواية جواز بيعه. لأن بيعه إذا جاز تبطل كتابته. وإذا ملكه المولى ثانيًا ملكه وهو قن محض فلا يجبر على قبول المال. لأن الجبر قضية الكتابة، والكتابة قد بطلت فبطل مقتضاها. ١٥

Bu kitapta daha önce geçen ve adı geçen kitaplarda ifade edilen “Efendi, kabule zorlanır.” şeklindeki hüküm, mükâteb kölenin satılmasının câiz olmadığı rivâyetine dayanmaktadır. Çünkü mükâteb kölenin satılması câiz olmadığı efendinin onunla yaptığı kitabet akdi de bâtil olmaz. Efendi, bu köleye ikinci kere malik olduğunda bu köleye mükâteb kölesi olarak malik olur ve dolayısıyla onun ödediği malı kabule zorlanır. İşte Şeyh’in buradaki açıklamasının özü budur.

Fakat bu makamda bu açıklama ile söz binasındaki gedik kapatılmış olmaz. Çünkü bu uzlaştırma ve gediği kapatma çabası, ancak kendisine “Bin dirhem ödediğinde hürsün.” denilen köle, bu söz ile mükâteb köle hâline geldiğinde doğru olur.

Hâlbuki metinlerin genelinde ve buradaki metinde de ifade edildiği üzere efendinin, azadı kölenin malı ödemesine bağlaması sahihtir ve köle mükâteb köle değil, me’zûn (ticarete izinli) köle hâline dönüşür. Bu durumda köle, mükâteb köle olmadığına göre bu köle hakkında geçerli olan hüküm, nasıl olur da mükâteb kölenin satımında geçerli olan ihtilafa dayandırılır?

Bu problem ancak Molla Ayasuluğî’nin *el-Mecmâ’a* yaptığı şerhteki şu açıklama ile giderilebilir. Ayasuluğî, üç imama muhalefet etmesi sebebiyle Züfer’in görüşüne karşı delil getirirken, kölenin azadının malı ödemeye bağlı olmasından sonra köle malı getirdiğinde efendinin bunu kabule zorlanamayacağını belirttikten sonra şöyle demiştir: “Bizim bu konudaki gerekçemiz şudur: Amaçlanan şey -ki, bu da tıpkı kitabet sözleşmesinde olduğu gibi efendi açısından mal; köle açısından ise hürriyete kavuşmadır- açısından bakıldığında efendinin bu sözü, sözlü bedelli bir ta’likdir. Bu yüzden söylenen sözle amel etmek ve efendiden zararı gidermek için ilkten yapılmış bir ta’lik olarak değerlendirdik. Öyle ki, efendinin bu köleyi satması, imkânsız değildir, köle de kazancına efendiden daha fazla hak sahibi olmaz ve köle borcunu ödemediği önce çocuğuna sirayet etmez. Kölenin borcunu ödemesi hâlinde de köleden zararı gidermek için ivazlı bir ta’lik olarak değerlendirdik. Öyle ki, ivaz şartı ile hibede olduğu gibi efendi kabule zorlanır.”

وما مر في الكتاب وذكر في الكتب المذكورة من أن المولى يجبر على القبول فهو بناء على رواية عدم جواز بيعه. لأن بيعه إذا لم يجز لم تبطل كتابته. وإذا ملكه المولى ثانيا ملكه وهو مكاتبه فيجبر على قبول المال. هذا تحقيق ما ذكره هنا.

٥ لكن لا تنسد بهذا ثلثة بناء الكلام في هذا المقام. لأن هذا التوفيق والتطبيق إنما صح فيما إذا كان القن المقول له «إذا أدت ألفا فأنت حر» مكاتبا بهذا القول.

وقد ذكر في عامة المتون وفي هذا المتن أيضا أنه إذا علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونا لا مكاتبا. فإذا لم يكن مكاتبا كيف يصح أن يجعل الحكم الجاري فيه مبنيا على اختلاف جرى في بيع المكاتب.

١٠ ولا يندفع هذا الإشكال إلا بما ذكره المولى الأياثلوغي في شرح المجمع حيث قال في الاحتجاج على زفر من حيث أنه خالف العلماء الثلاثة وقال بعد ما كان القن معلقا عتقه بأداء المال إذا أحضر المال لا يجبر المولى على قبوله ولنا أنه تعليق لفظا معاوضة نظرا إلى المقصود وهو المال للمولى والحرية للعبد كالكتابة فجعلناه تعليقا ابتداء عملا باللفظ ودفعنا لضرر المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بكسبه ولا يسري إلى مولود قبل الأداء ومعاوضة عند الأداء دفعنا لضرر العبد حتى يجبر المولى على القبول كالهبة بشرط العوض.

Sıġnâkî, *en-Nihâye*'de şöyle demiştir: “Köle, ne şart koşulan bedeli efendinin vârislerine ödemekle, ne ölüp geride şart koşulan bedeli ödemeye yetecek miktarda mal bırakmakla ne de efendinin şart koşulan miktarın bir kısmından kölenin talebi üzerine vazgeçip kölenin geri kalanı ödemesi ile hürriyetine kavuşmuş olmaz. Çünkü şart olan, şart koşulan miktarın bizzat efendinin kendisine ödenmesidir ki, bu durumlarda bu söz konusu değildir. Aynı şekilde efendinin şart koşulan miktarın tamamından köleyi ibrâ etmekle de köle hürriyetine kavuşmuş olmaz. Çünkü bu, lafzen bir yemindir, yemin de ne ibrâyı kabul eder ne de ‘Zeyd ve Amr ile konuşursan sen hürsün.’ deyip ardından ‘Biri ile konuşma, senden kaldırıldı.’ demek suretiyle kaldırılmayı/düşürülmeyi kabul eder.”

Zeylaî'nin *Tebyînu'l-Hakâik*'teki açıklaması da böyle olup Zeylaî, buna şunu eklemiştir: “İşte kitabetin anlamı budur... (İki şey arasında gidip gelen şey, her iki durumdan nasibini tam olarak alır. Lafzı gözetmek ve efendiden zararı gidermek için bu hükümler konusunda bu söze başlangıcı itibarıyla ta'lik hükmünü) sonucu itibarıyla de köle hakkında kitabet hükmünü verdik.”¹

Bu problemin iki kitapta yapılan açıklama ile giderilmesi şu şekildedir: Bu izinli köle, mükâtebe benzeyip onun hakkında mükâteb hakkında geçerli olan hükümler uygulandığında şöyle denilmesi doğru olur: Bu köle hakkındaki görüşün, efendinin kabule zorlanıp zorlanmaması açısından ihtilafı olması, mükâteb kölenin satımının cevazı ve adem-i cevazı konusundaki ihtilafa bağlıdır.

4. Bir Kısmı Azat Edilen Kölenin, Azadın Bölünme Kabul Etmemesi Sebebiyle Çalıştırılması

[**Teshîl**] Üç kölesi olan efendi, “İkinizden biri hürdür.” sözünü, ölüm hastalığında söylemişse şu durumlar söz konusu olur: 1) Azat edilen miktar -ki, bu Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre bir köle ile diğer bir kölenin dörtte üçlük kısmıdır; Muhammed'e göre ise bir köle ile diğer bir kölenin yarısıdır- terekenin üçte birini aşmaz. 2) Veya terekenin üçte birini aşar fakat vârisler izin verir ki, bu durumda azat edilen miktar az önce belirttiğimiz gibidir. 3) Efendinin kölelerinden başka malı olmaz ve vârisler de terekeyi aşan kısma izin vermez. İşte tüm bu durumlarda terekenin üçte birlik kısmı, üç köle arasında belirttiğimiz şekilde taksim edilir.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 94.

قال صاحب النهاية: لا يعتق بالأداء إلى وارثه ولا إذا مات وترك مالا يفي بالمشروط ولا إذا حط عنه البعض بطلبه فأدى الباقي. لأن الشرط أداء الكل إليه بنفسه ولم يوجد ولا بالإبراء عن الكل. لأنه يمين لفظا واليمين لا يقبل الإبراء ولا الحط بأن يقول إن كلمت زيدا وعمرا فأنت حر ثم يقول حط عنك كلام أحدهما، انتهى. ٥

وهكذا بينه في التبيين وزاد عليه قوله: وهذا معنى الكتابة ووقرنا عليه حكم الكتابة في الآخرة إلى آخره.

ووجه اندفاع الإشكال بما ذكر في الكتابين هو أن هذا العبد المأذون لما كان شبيها بالمكاتب وأجرى عليه أحكام المكاتب استقام أن يقال إن اختلاف القول فيه من جهة جبر المولى على القبول وعدم الجبر بناء على الاختلاف في جواز بيع المكاتب وعدم جوازه. ١٠

٤. سعاية العبد المعتق بعضه بسبب عدم تجزئ العتق

[التسهيل] ولو قال ذلك في المرَض فإن خرج قدر العتق من الثلث وذلك رقبةً وثلاثة أرباع رقبةً عندهما، ورقبةً ونصف رقبةً عنده، أو لم يخرج ولكن أجازت الورثة فالجواب كما ذكرنا، وإن لم يكن له مال سوى العبيد ولم تُجز الورثة فُسم الثلث بينهم كما وصفنا. ١٥

Bunun izahı şöyledir: Çıkan kölenin (B) hakkı yarım, içerde kalan kölenin (A) hakkı dörtte üç, sonra giren kölenin (C) hakkı ise Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre yine yarım'dır. Bu durumda yarımı ve dörtte biri olan bir paydaya (mahreç) ihtiyaç vardır ki, bunun en küçüğü dördttür. Çıkan kölenin (B) hakkı iki, içerde kalan kölenin (A) hakkı üç ve sonradan giren kölenin (C) hakkı da ikidir. Buna göre azat edilen payların toplamı yediye ulaşır. Terekenin üçte birlik kısmı, yedi paya ayrılır. Bu durumda terekenin geri kalan üçte ikilik kısmı on dört pay olur ki, bu kölelerin çalıştırılarak ödeyecekleri paylardır. Buna göre terekenin tamamı, yirmi bir pay olur. Efendinin malı üç köleden ibaret olduğuna göre üç köleden her biri yedi pay olur. Çıkan köleden (B) iki pay, azat olmuş olur ve geriye kalan beş payı ödemek için çalışır. Giren köleden (C) de iki pay azat olmuş olur ve geriye kalan beş payı ödemek için çalışır. İçeride kalan köleden (A) üç pay azat olmuş olur ve geriye kalan dört payı ödemek için çalışır. Bu durumda vasiyet edilen payların toplamı yedi, çalışılarak ödenecek payların toplamı ise on dört olur ki, terekenin üçte birlik ve üçte ikilik kısmı bu şekilde düzgün bir şekilde pay edilmiş olur.

Muhammed'e göre ise giren kölenin (C) hakkı bir pay olup ona göre azat edilen paylar altıdır. Buna göre her köle altı paya ayrılır. Kölelerin çalışarak ödeyeceği payların toplamı on iki pay olup terekenin tamamı on sekiz paydır. Buna göre içeride kalan köleden (A) üç pay azat edilmiş olur ve geriye kalan üç payı ödemek için çalışır. Çıkan köleden (B) iki pay azat edilmiş olur ve geriye kalan dört payı ödemek için çalışır. Sonra giren köleden bir pay azat edilmiş olur ve geriye kalan beş payı ödemek için çalışır.

Denirse ki; Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre terekenin üçte birlik kısmı azat edilen kısmı karşılansın ya da karşılansın üç köleden her birinin azat olması gerekir. Çünkü ikisine göre de azat, bölünme kabul etmez. Dolayısıyla azat, kölenin bir kısmında sabit olunca bütününde sabit olmuş olur.

Deriz ki, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre azat, bilinen bir mahalle yönelik olduğunda bölünme kabul etmez. Fakat azat, çeşitli durumlara göre dağılım yoluyla olduğunda ise bölünmeyi kabul eder. Çünkü bu takdirde zarurete binaen sabit olur. Zarurete binaen sabit olan şey de zaruret ölçüsünde takdir edilir ve zaruretin sınırlarını aşmaz.

وبيانه: أن حقَّ الخارجِ في النصفِ وحقَّ الثابتِ في ثلاثةِ الأرباعِ وحقَّ الداخلِ عندهما في النصفِ أيضا فيحتاج إلى مخرجٍ له نصفٌ وربعٌ. وأقلُّه أربعةٌ. فحقُّ الخارجِ في سهمين، وحقُّ الثابتِ في ثلاثةٍ، وحقُّ الداخلِ في سهمين. فبلغت سهامُ العتقِ سبعةً. فيجعل ثلثُ المالِ سبعةً. فيصير ثلثا المالِ أربعةَ عشرَ، وهي سهامُ السعايةِ. فصار جميعُ المالِ أحدًا وعشرين، وماله ثلاثةُ أعبدٍ. فيصيرُ كلُّ عبدٍ سبعةً، فيعتق من الخارجِ سهمان، ويسعى في خمسةٍ. ويعتق من الداخلِ سهمان، ويسعى في خمسةٍ. ويعتق من الثابتِ ثلاثةً، ويسعى في أربعةٍ. فبلغت سهامُ الوصايا سبعةً وسهامُ السعايةِ أربعةَ عشرَ، فاستقامَ الثلثُ والثلثان.

وعند محمد حقُّ الداخلِ في سهم، فكان سهامُ العتقِ عنده ستة. فيجعل كلُّ رقبةٍ ستةً. وسهامُ السعايةِ اثني عشرَ. فجميعُ المالِ ثمانيةَ عشرَ. فيعتق من الثابتِ ثلاثةً، ويسعى في ثلاثةٍ. ومن الخارجِ سهمان، ويسعى في أربعةٍ. ومن الداخلِ سهمٌ، ويسعى في خمسةٍ.

فإن قيل: ينبغي أن يعتق كلُّ واحدٍ منهم ولا يسعى في شيءٍ خرجوا من الثلثِ أو لا عند أبي يوسف ومحمد. إذ الإعتاقُ عندهما لا يتجزأ. فإذا ثبت في بعضه ثبت في كله.

قلنا: الإعتاقُ عندهما لا يتجزأ إذا صادف محلا معلوما أما إذا ثبت بطريق التوزع باعتبار الأحوال فلا. لأنه حينئذ ثبت ضرورةً والثابت بها يتقدَّر بقدرها ولا يعدو محلَّها.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Azadın Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre mutlak olarak bölünme kabul etmeyeceği şeklindeki görüşü tercih ediyoruz. Bundan, soran kimsenin ifade ettiği kölelerin [bedel ödemek üzere] çalışmaması gibi bir sonuç çıkmaz. Çünkü terekenin üçte birlik kısmı, kölelerden azat edilen kısmı karşılamadığında efendinin ölüm hastalığı esnasında azat edilmeleri sebebiyle bu köleler, müşterek köle hükmünde olurlar. Vârislerin hakkı ise terekeyle ilgili olduğundan onay vermediklerinde ölüm hastası olan mûrisin tasarrufu terekenin ancak üçte birlik kısmında geçerli olur. Nitekim bir köleye sahip olan iki ortaktan biri, ortak kölede kendi hissesine düşen kısmı azat ettiğinde bundan, kölenin [geri kalan kısmının bedelini ödemek üzere] çalıştırılmayacağı sonucu çıkmaz. Aksine bu durumda ya bu ortağın diğer ortağın hissesini tazmin etmesi ya da kölenin çalışıp ödemesi gerekir. Burada ise terekenin üçte birlik kısmı, kölelerden azat edilen kısmı karşılamadığı için kölenin çalıştırılması belirgin hâle gelir. Bu tıpkı şunun gibidir. Ortak köledeki hissesini azat eden kişi fakir olsa Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre aynı şekilde bundan, kölenin çalıştırılmaması gibi bir sonuç çıkmaz.

Diğer üç imama göre ise ölümünden sonra hangisinin azat edildiğini belirsiz bırakması hâlinde her iki durumda da yani ister efendi bunu sağlığında söylemiş olsun ister ölüm hastalığında söylemiş olsun üçü arasında kura çekilir ya da durumu vârisi açıklığa kavuşturur. Ahmed b. Hanbel'den gelen bir rivâyete göre her iki durumda da yani efendi hayattayken de öldükten sonra da köleler arasında kura çekilir. Şâfiî ve Mâlik'e göre ise efendi hayattayken azat edilenin hangisi olduğunu açıklamalıdır. Kuraya ise ancak efendinin açıklamadan ölmesinden sonra başvurulur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu açıklama, Şeyh'in Ebû Yûsuf ve Muhammed'e yönelttiği itiraza bir cevap niteliğindedir. Şöyle ki, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in azat konusunda kabul ettikleri kuralın -ki, bu da bir kısmın azat edilmesinin kölenin bütününe sirayet edip bölünmeyeceğidir- gereği, bu kölelerden her birinin [karşılıksız olarak] azat olup bedel ödemek üzere çalışmayacaklarıdır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يختار أن الإعتاق لا يتجزأ عندهما مطلقاً ولا يلزم ما ذكره السائل من عدم السعاية إذ العبيد إذا لم يخرجوا من الثلث صاروا في حكم المشترك بسبب التحرير في مرض الموت فإن حق الورثة يتعلق بالتركة فإذا لم يُجزوا لا ينفذ تصرف المريض إلا في الثلث، وأحد الشريكين إذا حرّر نصيبه من العبد المشترك لا يستلزم عدم السعاية بل يستلزم الضمان أو السعاية فتعين السعاية هنا بعدم الخروج من الثلث كما لو كان معتق حظه من المشترك مُعسراً فلا يلزم عدم السعاية عندهما أيضاً.

وعندهم يقرع بينهم بعد موته مجهلاً في الوجهين أي سواءً قاله في صحته أو مرضه أو يُبين وارثه. وعن أحمد يقرع بينهم في الوجهين حال حياته وبعد موته. وأما عند الشافعي ومالك فيبين القائل حال حياته، ولا قرعة إلا بعد الموت.

[فاضل أمير] نقول: هذا جواب آخر منه عما أورده^١ على الإمامين بأن مقتضى أصلهما في الباب وهو أن الإعتاق يسري ولا يتجزأ أن يعتق كل واحد من هذه العبيد ولا يسعى في شيء^٢.

Bilen açısından açıktır ki, *el-İnâye* müellifinin ve başkalarının vermiş olduğu ve Şeyh'in burada "Deriz ki, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre azat, bilinen bir mahalle yönelik olduğunda bölünme kabul etmez." şeklinde belirttiği cevaba Sa'dî Efendi'nin "Bir şey, zarureten de olsa sabit olduğunda bütün sonuçları ile sabit olur. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre azat etmenin sonuçlarından biri de azadın kölenin bütününe sirayet edip bölünmemesidir. Bu, azat etmenin bölünmemesini ta'lil konusunda belirttikleri şey dikkate alındığında açıktır." şeklinde yönelttiği itiraz, Şeyh'in tercih ettiği cevaba itiraz olmaktan uzaktır. Çünkü Şeyh'in ifadesine göre köleler, üçte birlik kısımları açısından müşterek köle hükmünde olurlar ve her birinin üçte ikilik kısmı vârislerin hakkıdır. Dolayısıyla kölelerin tamamının karşılıksız olarak azat edilmeleri mümkün değildir. Çünkü başkasının mülkünde tasarrufta bulunmak bâtıldır. Mahaller (konu) ise şart gibi değerlendirilir. Dolayısıyla kölelerin, başkasının (vârisler) hakkından dolayı çalıştırılması gerekir.

5. Baba, Oğlunun Cârîyesi ile İlişkide Bulduğunda Cârîye Doğurmasa Bile Baba, Cârîyeye Malik Olur mu?

[Teshîl] Baba, oğlunun cârîyesinin çocuğunun kendinden olduğunu iddia etse cârîye, babanın ümmüveledi olur. Çünkü onun, [oğlun malını] mülk edinme hakkı vardır. Bu durumda baba, çocuğun değil, fakat cârîyenin kıymetini tazmin eder. Haramdan korumak için, istilâdın hemen öncesinde cârîyeyi mülk edinmiş olacağından bize göre baba, ilişki sebebiyle bedel (*'ukr*) ödemez. İki kişi arasında ortak olan cârîyede ise ilişkide bulunan kişinin bu cârîye üzerinde mülkiyetinin varlığı sebebiyle durum bundan farklı olup ortak cârîyede ilişkiden önce mülk edinmenin gerçekleştirilmesine ihtiyaç yoktur.

Züfer'e göre ise -ki, bu konuda Şâfiî de onunla aynı görüştedir- bu kişinin *'ukr* ödemesi de gerekir. Bu konudaki gerekçesi ortak cârîye meselesidir. Yani oğlunun cârîyesi ile ilişkide bulunan baba cârîye çocuk doğurduğunda, bu çocuğun kendisine ait olduğunu iddia ederse çocuğun nesebi sabit olur ve cârîye, babanın ümmüveledi olur. Bu durumda baba, cârîyenin kıymetini oğluna öder. Çünkü Hz. Peygamber'in "Sen ve malın babana aitsiniz." sözü, ihtiyaç bulunması hâlinde babanın, oğula ait malı mülk edinme hakkının bulunmasını gerektirir. Buna göre babanın ilişkisinin haram olmaması için cârîyenin, ilişkide bulunmadan önce babanın malı hâline geldiği kabul edilir. Dolayısıyla babanın cârîyenin kıymetini ödemesi gerekir. İlişkiden dolayı ayrıca *'ukr* ödemesi gerekmez. Çünkü baba, hükmen sahip olduğu cârîye ile ilişkide bulunmuştur. Cârîyeden doğan çocuğun kıymetini ödemesi gerekmez. Çünkü çocuk, cârîye babanın mülkiyetinde iken doğmuştur.

ولا يخفى على الخبير أن ما أورده الفاضل سعدي أفندي على الجواب الذي قال به صاحب العناية وغيره وذكره الشيخ هنا أولاً بقوله: «قلنا الإعتاق عندهما لا يتجزأ إلى آخره» بأن قال «الشيء إذا ثبت ولو بالضرورة يثبت بجميع لوازمه ومن لوازم الإعتاق عندهما أن يسري ولا يتجزأ ويظهر ذلك بملاحظة ما ذكره في تعليل عدم تجزأ الإعتاق» انتهى، ظاهر الاندفاع عن الجواب الذي اختاره الشيخ لأن على ما قاله يكون العبيد في حكم المشترك أثلاثاً وثلاثاً كل منهم حق الورثة فلا يمكن إعتاق الكل مجاناً. لأن التصرف في ملك الغير باطل. والمحال شروط فيلزم السعاية لحق الغير.

٥. إذا وطئ الأب أمة ابنه هل يلزم أن يملكها وإن لم تلد

١٠ [التسهيل] ولو ادعى ولد أمة ابنه تصير أم ولد له لحق تملكه، وضمن قيمتها لا قيمة ولده. وما أمرنا بعقر تملكه قبيل استيلاده للصيانة عن الحرام، ضد الأمة المشتركة لوجود ملكه في المشتركة. فلا حاجة إلى تحقيق التملك قبل الوطاء.

١٥ وله^١ المشتركة، ومعه الشافعي. أي لو وطئ أمة ابنه بلا تزوج فولدت فادعاه ثبت نسبه وتصير أم ولد وضمن قيمتها. لأن قوله عليه السلام «أنت ومالك لأبيك» أوجب ولاية تملك مال الابن عند الحاجة. فقبل الوطاء تصير ملكاً له لئلا يكون الوطاء حراماً. فيجب قيمتها على الأب لا عقرها. لأنه وطئ مملوكته ولا قيمة ولدها لأنه ولد في ملك الأب.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Baba, oğlunun câriyesiyle ilişkide bulunduğu câriye, bu ilişki sebebiyle çocuk doğurmasa da babanın -haramdan korunma amacıyla- câriyenin kıymetini ödemek suretiyle ona malik olması gerekir. Aynı şekilde câriye, çocuk doğurmadığında baba, câriyeye malik olmazsa, Şâfiî ve Züfer'in çocuğun doğması konusunda benimsediği görüş doğrultusunda 'ukr ödemesi gerekir. Çünkü babanın câriyeye malik olmasının nedeni, câriyenin hamile kalmasıdır. Hamilelikten önce gerçekleşen cinsel ilişki, mülkiyet söz konusu değilken gerçekleşmiştir. Dolayısıyla hamile bıraktığı ilişkiden önceki ilişkisi sebebiyle babanın, 'ukr ödemesi gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*'te kölenin nikâhı konusunda Züfer ve Şâfiî açısından onların "Câriye çocuk doğurursa babanın, 'ukr ödemesi gerekir." şeklindeki görüşlerine delil sunmak için şöyle demiştir: "Câriye ile hamile kalmaksızın ilişkide bulunsa yine babanın 'ukr ödemesi gerekir."¹ Sonra Zeylaî, onların "Câriye ile hamile kalmaksızın ilişkide bulunsa yine babanın 'ukr ödemesi gerekir." şeklindeki görüşlerinin kabulü varsayımı ile bizim onlara karşı getirdiğimiz hüccet konusunda şöyle demiştir: "(Ortak câriyede durum bundan farklıdır...) Yine ilişkinin hamilelikle neticelenmemesi durumu da bundan farklıdır. Çünkü câriyenin, babanın mülkiyetine intikali, bir zaruret bulunmadığı için söz konusu olmamıştır. Çünkü babanın mülkiyetinin, ilişkiden önce kabul edilmesi, onun fiilini zina olmaktan ve suyunu zayi olmaktan korumak içindir. Bu ikisinden biri bulunmadığında şart da ortadan kalkar; dolayısıyla câriye, babanın mülkiyetine intikal etmez."²

Bu açıklama ile ilişkinin, hamilelikle neticelenmeyen bir ilişki olması hâlinde niye babanın câriyeye malik olamadığı ve bu durumda babanın 'ukr ödemesi gerektiği anlaşılmış olur.

6. İki Efendinin Birlikte İddia Etmeleri hâlinde Çocuğun Nesebinin İkisinden de Sabit Olması ve Câriyenin İkisinin de Ümmüveledi Olması

[Teshîl] İki ortak, birlikte ortak oldukları câriyeden doğan çocuğun kendilerine ait olduğunu iddia etseler, Şâfiî'nin aksine bize göre çocuğun nesebi ikisinden de sabit olur; kâife itibar edilmez. Kâif, çocuğun kime ait olduğunu fiziki benzerliğe dayanarak bilen kimse demektir.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, II, 169.

2 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, II, 170.

[الشيخ بدر الدين] أقول: إذا وطئ أمة ابنه يلزم أن يملكها بقيمتها وإن لم تلد للصيانة وتحزُّز الحرام وأيضاً إن لم يملكها إذا لم تلد يلزم أن يجب العقر عليه في الولادة كما عند الشافعي وزفر. لأنه ظهر أن الملك ثبت له لمكان العلوِّ فما سبقه خلا عن الملك فيجب العقر لو طئه الذي قبل وطئه المعلق. ٥

[فاضل أمير] نقول: قال في التبيين في باب نكاح الرقيق لإيراد الدليل من جانب زفر والشافعي على قولهما بوجوب العقر وإن ولدت: «وكذا لو وطئها الأب غير معلق يجب عليه العقر». ثم قال في بيان الاحتجاج عليهما من طرفنا على تسليم قولهما: «لو وطئها غير معلق يجب عليه العقر»، «وبخلاف ما إذا كان الوطئ غير معلق. لأن انتقالها إلى ملكه لم يوجد لعدم الضرورة. ١٠ لأن تقدم ملكه لصيانة فعله عن الزنا وصيانة مائه. فإذا لم يوجد أحدهما انتفى الشرط فلم ينتقل» انتهى.

وبه ظهر وجه عدم تملكه إذا كان الوطئ غير معلق ووجوب العقر على الأب في هذه الصورة.

١٥ . ٦ . ثبوت نسب الولد من السيدين إذا ادعياه وكون الأمة أمً ولدهما

[التسهيل] ولو ادعياه معاً نُثبتته منهما ولم نعتبر القائف، وهو من يعرف أولاد الناس بالشبه.

Bu durumda câriye, ikisinin ümmüveledi olur ve her biri karşılıklı olarak diğerinin 'ukr'dan payını tazmin eder. Çocuk, ikisinden her birine, bir oğul gibi vâris olur. Onlar ise bir baba gibi çocuğa vâris olurlar. Çünkü çocuğun malından hak edilen bir babanın payı ve hakkıdır. Fakat bu ikisi, nesep bakımından eşit oldukları için bu bir payı aralarında yarı yarıya paylaşırlar.

Rivâyete göre Ömer, bu mesele ile ilgili olarak Şureyh'e şöyle bir mektup yazmıştır: "Kendileri karıştırdığı için (nesep) aleyhlerine karıştırıldı. Şayet açıklamış olsalardı, bu açıklama lehlerine olurdu. Bu çocuk, ikisinin de oğludur; ikisine de vâris olur. Onlar da çocuğa vâris olurlar. Miras, ikisinden hayatta kalana aittir." Ali'den de bunun benzeri rivâyet edilmiştir. Ömer'in "ikisinden kalana aittir" sözü ile kastedilen şudur: Bu çocuk öldüğünde mirasının tamamı, hayatta kalan bu babaya ait olur. Yani babaya kalan mirasın yarısı, ölen babanın vârislerine verilmez.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu açıklamadan, çocuğun annesinin, hayatta kalan ortak için ümmüveled olması gerektiği açığa çıkar. Buna göre ikisinden birinin önce ölmesi sebebiyle câriyenin bir kısmı azat olmuş olmaz.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in açık olduğunu iddia ettiği şey, aslında son derece kapalı ve sakattır. Çünkü kıyasa asıl yaptığı -ki, bu da iki babadan birinin ölmesi, sonra da oğulun ölmesidir- durumda oğlundan önce ölen babanın, oğluna vâris kılınması söz konusu değildir. Oğula, hayatta olan babası vâris olur, kendisinden önce ölen babası ve babasının ölmüş olan yakınları vâris olamaz. Çünkü bunlar, hayatta olan baba sebebiyle hacbedilirler (mirastan düşerler). Annenin azat olması durumu ise böyle değildir. Çünkü anne, iki efendinin ümmüveledi olur. İkisinden biri öldüğünde, annenin hürriyetine kavuşma hakkı açığa çıkar. Annenin hürriyete kavuşması, diğer efendinin ölümüne kadar ertelendiğinde, annenin sabit olan bu hakkının zayi edilmesi gibi bir sonuç çıkar. Dolayısıyla oğulun mirasının, hayatta kalan babaya ait olmasından câriyenin azat edilme hükmünün çıkarılmasının bir anlamı yoktur. Kaldı ki, İmam'dan (Ebû Hanîfe) sağlam bir şekilde gelen rivâyete göre câriye, iki efendiden birinin ölümü ile hürriyetine kavuşur. Nitekim Ayasuluğî, *el-Mecmâ'a*'ya yaptığı şerhte şöyle demiştir: "*el-Münye*'de belirtildiği üzere iki efendiden biri ölürse İmam'a (Ebû Hanîfe) göre câriye, hürriyetine kavuşur ve diğeri için çalıştırılmaz.

وتصيرُ أمٌ ولدَهما، وغريمٌ كلُّ حصّةِ العقرِ مُقاصَّةً. ويرثُ من كلِّ كابنٍ، ويرثانه كأبٍ واحدٍ. إذ المستحقُّ في ماله ليس إلا فرضُ أبٍ واحدٍ وحقُّه. لكنهما يقتسمانه نصفين لاستوائيهما في النسب.

روي عن عمرَ رضي الله عنه أنه كتبَ إلى شريحٍ في هذه القضية «لَبَسَا فُلبَسَ عليهما ولو بَيْنَا لَبِينَ لهما هو ابْنُهُما ويرثانه وهو للباقي منهما». ٥
وعن عليٍّ مثله. قوله «وهو للباقي» يعني به أن هذا الابنَ إذا ماتَ يكونُ إرثُهُ كُلهُ لهذا الأبِ الباقي أي لا يُجعلُ نصفُ إرثِ الأبِ لورثةِ الأبِ الميتِ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يظهرُ من هذا أن أمّه ينبغي أن تكونَ أمٌّ وليدٍ للباقي فلا يعتقُ شيءٌ منها بموتِ أحدهما أولاً.

١٠ [فاضل أمير] نقول: ما ادعى ظهوره في غاية الخفاء والسقوط. لأن ما جعله مقيسا عليه وهو أن يموت أحد الأبوين ثم الابن لا مساخ لتوريث الأب الذي مات قبل ابنه من ابنه فيرث الابن أبوه الباقي لا أبوه المتوفى قبله ولا أقارب أبيه المتوفى. لأنهم يحجبون بالأب الباقي ولا كذلك صورة عتق الأم لأنها كانت أم ولد لهما. فإذا مات أحدهما ظهر حق عتقها. فإذا أخرج عتقها إلى موت الآخر لزم إضاعة حقها الثابت فلا وجه لاستنباط حكم عتقها من كون ميراث الابن للأب الباقي على أن الرواية محفوظة عن الإمام على أنها تعتق بموت أحدهما حيث قال الأياثلوغي في شرح المجمع: «ولو مات أحدهما عتقت ولم تسع للآخر عند الإمام كما ذكر في المنية».

7. Mükâtebe Ait Cârîyenin Çocuğunun Nesebinin Efendiden Sabit Olması ve Cârîyeye Malik Olması hâlinde Cârîyenin Ümmüveledi Olması

[Teshîl] Efendi, mükâteb kölesine ait cârîyenin çocuğunun kendisine ait oldunu iddia etse ve mükâteb köle onu doğrulasa çocuğun nesebinin efendiden sabit olması ve efendinin mükâteb kölesine cârîyenin *ukrunu* ve çocuğun kıymetini ödemesi gerekir. Çünkü bu durumda efendi, aldatılmış konumundadır. Zira efendi bir delile dayanmaktadır. Bu da çocuğun, efendinin kazancının kazancı olmasıdır ki, kazancın rakabesi efendinin mülküdür. Dolayısıyla efendi, çocuğunun köle olmasına razı olmamıştır ve çocuk kıymetinin ödenmesi ile hür olur. Babanın oğulun cârîyesinin çocuğunun kendisine ait olduğunu iddia etmesi meselesi ise bundan farklıdır. Yani bu meselede babanın, cârîye üzerinde kesinlikle bir mülkiyeti söz konusu değildir. Bu yüzden babanın, cârîye ile ilişkisinin helal olması için ilişkiden öncesine uzanan bir mülkiyete ihtiyaç duyulur. Dolayısıyla bu durumda babanın *'ukr* ve çocuğun kıymetini ödemesi gerekmez.

Ebû Yûsuf'tan ise tıpkı babanın, oğulun cârîyesinin çocuğunun kendisine ait olduğunu iddia etmesi meselesinde olduğu gibi mükâteb kölenin, efendiyi tasdik etmesine ihtiyaç olmaksızın cârîyenin çocuğunun efendiden sabit olacağı yönünde bir görüş de rivâyet edilmiştir.

Zahir olan görüşün gerekçesi -ki, bu aynı zamanda iki mesele arasındaki farkın gerekçesidir- şudur: Efendi, mükâteb kölenin kazançları konusunda tasarruf hakkına sahip değildir. Bu yüzden mükâtebe ait cârîyeyi mülk edinemez. Dolayısıyla mükâtebin cârîyesi, efendinin ümmüveledi olmaz. Baba ise oğulun cârîyesini mülk edinme hakkına sahiptir. Dolayısıyla oğulun, babayı doğrulamasına itibar edilmez. Aksi takdirde yani mükâteb köle, efendiyi doğrulamazsa çocuğun nesebi efendiden sabit olmaz. Zira babanın aksine efendi, mükâtebin cârîyesini mülk edinme hakkına sahip değildir. Şayet efendi, günün birinde bu çocuğa malik olursa mahalde (çocuğun nesebinin kendisine ait olması) şüphe bulunması ve engelin (mükâtebin hakkının) ortadan kalkması sebebiyle çocuğun efendiden nesebi sabit olur.

٧. ثبوت نسب ولد أمة مكاتبه من السيد وكونها أم ولد له إذا ملكها

[التسهيل] ولو ادعى ولد أمة مكاتبه، فلو صدقه المكاتب لزمه النسب

والعقر وقيمة الولد، لأنه في معنى المغرور، لأنه اعتمد دليلاً وهو أنه

كسب كسبه، وهو ملكه رقبته. فلم يكن راضياً برق ولده، فكان حراً

بقيمة، بخلاف الأب أي لا ملك له أصلاً. فاحتيج إلى تقديم الملك لحل

الوطء، فلم يلزم العقر وقيمة الولد.

وعن أبي يوسف أنه يثبت من غير تصديق كما في الأب يدعي ولد

أمة ابنه.

ووجه الظاهر - وهو الفرق - أن المولى لا يملك التصرف في أكساب

المكاتب حتى لا يملكها، ولم تصر أم ولده. وللاب التملك، فلا يعتبر

تصديق الابن. وإلا أي إن لم يصدق مكاتبه لا يثبت نسبه. إذ لم يملك

تملكها ضد أبيه. فلو ملكه ثبت نسبه لشبهة المحل وزوال المانع.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Diğer üç imama göre değil, fakat bize göre efendi, (günün birinde) cârîyeye malik olduğunda çocuğun annesinin de efendinin ümmüveledi olması gerekir. Çünkü daha önce metinde geçtiği üzere bir cârîye, zina olmaksızın bir kişiden çocuk doğurduğunda sonra da bu kişi, bu cârîyeye malik olduğunda onlara göre değil, fakat bize göre bu cârîye o kişinin ümmüveledi olur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Görünen o ki, Şeyh, efendinin anneye malik olması durumunda onun ümmüveled olduğu konusundaki rivâyetten habersizdir. Fakat Molla Hüsrev, *ed-Dürer*'de şöyle demiştir: "Mükâteb köle, nesep iddiası konusunda efendiyi doğrulamazsa çocuğun nesebi, efendiden sabit olmaz... Ancak günün birinde efendi bu çocuğa malik olursa, bu takdirde çocuğun nesebi efendiden sabit olur ve aynı şekilde çocuğun annesi de efendi, kendisine malik olduğunda ümmüveled olur. Çünkü efendinin ikrarı, devam etmekte olup nesebi gerektiren sebep bu ikrardır. Diğer yandan bunu engelleyen durum olan mükâtebin hakkı da ortadan kalkmıştır."¹

8. İki Ortağın, Cârîyenin İkisinden Birinin Ümmüveledi Olduğunu İkrar Edip Ardından Birinin Ölmesi

[Teshîl] Ortak cârîyeye malik iki efendi sağlıklarında "Bu cârîye ikimizden birinin ümmüveledidir." dese, sonra ikisinden biri ölse, kimin ümmüveledi olduğunu vârisler değil, hayatta olan efendi açıklar. Çünkü o, konudan daha haberdardır.

Hayatta olan ortak, "O cârîye, benim ümmüveledimdir." dese, onun ümmüveledi olur ve cârîyenin kıymetinin yarısını (ölenin vârislerine) tazmin eder, "*ukr*"unu ise tazmin etmez. Zira cârîye ile cârîye ikisinin mülkiyetinde iken ilişkide bulunduğunu ikrar etmemiştir. Belki daha önceki bir nikâh ile cinsel ilişkide bulunmuştur. Cârîyenin, ikisinin mülkiyetinde iken doğurması ise bunun tersinedir. Çünkü doğurması, cârîye ikisinin mülkiyetinde iken cinsel ilişkide bulunulduğunun göstergesidir.

Hayatta olan ortak, "O cârîye, ölen ortağın ümmüveledidir." dese, doğrulansın ya da doğrulanmasın, cârîye hürriyetine kavuşur. Zira hayatta olan ortak, diğerinin ölmesiyle cârîyenin azat olduğunu ileri sürmektedir. Bu iddiası sebebiyle cârîyenin kendisi için çalıştırılması da söz konusu olmaz. Çünkü ölen ortağı aleyhine tazmin iddiasında bulunmaktadır. Aynı şekilde cârîyenin ölen ortağın vârisleri için de çalıştırılması söz konusu olmaz. Çünkü vârisler, cârîyenin sağ olan ortağın ümmüveledi olduğunu ispat etmek suretiyle sağ olan ortağın aleyhine tazmin iddiasında bulunmaktadırlar.

1 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-Hükkâm*, II, 22.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن تكونَ أمُّه أمٌّ ولدٍ له إذا ملكها عندنا لا عندهم لما تقدّم في المتن من أن أمةً إذا ولدت من رجلٍ بلا زنا ثم ملكها فإنها تصيرُ أمٌّ ولدٍ له عندنا لا عندهم.

[فاضل أمير] نقول: الظاهر أن الشيخ لم يظفر بالرواية في كون الأم أم ولد للمولى إذا ملكها. ولكن مولانا الفاضل ملا خسرو قد قال في الدرر: ٥ فلا يثبت نسبه أي نسب الولد منه ... إلا إذا ملكه يوما فحيثئذ يثبت نسبه منه وتصير أمه أم ولد له أيضا إذا ملكها. لأن الإقرار باق وهو الموجب وزال حق المكاتب وهو المانع.

٨. إقرار الشريكين بأن الأمة أم ولد أحدهما فموت أحدهما بعد إقرارهما

[التسهيل] ولو قالوا في الصحة «هي أمٌ ولدٍ أحدينا»، فمات أحدهما، بيّن الحي. لأنه أخبر لا الورثة.

فلو قال الحي «هي أمٌ ولدٍ لي» كانت أمٌ ولده، فضمن نصف قيمتها لا عُقرها. إذ لم يقرّ بوطنها في ملكها. فلعله بنكاحٍ سبق. ضدّ ولادتها في ملكها. لأن الولادة فيه آية الوطاء في ملكها.

١٥ ولو قال الحي «هي أمٌ ولدٍ للميت» عتقت صدق أو لا. إذ زعم أنها تعتق بموته. ولا سعاية له لزعمه. لأنه يدعي الضمان على الميت. ولا للورثة لدعواهم بإثباته للحي تضمين الحي.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Denirse ki; “Daha önce geçen ‘Ortağının câriyeyi ümmüveled kıldığını iddia edip bu ortağın da bunu inkâr edip ölmesi durumunda ittifakla câriye, ölen ortağın vârisleri için çalıştırılır.’ şeklindeki mesele sebebiyle yukarıdaki açıklama problemlidir.”

5 Denilir ki: Burada inkâr, diğer taraf için ispatı gerektirir. Çünkü burada farz edilen durum, iki ortağın hayatta iken bu câriyenin ikisinden birinin ümmüveledi olduğunu ikrar etmeleridir. Ölenin vârisleri, bu câriyenin ölen ortağın ümmüveledi olduğunu inkâr ettiklerinde bu câriyenin hayatta olan ortağın ümmüveledi olduğunu iddia etmiş olurlar ki, bu durumda onların iddiasına göre hayatta olanın ümmüveled kılmasından dolayı onun tazmin etmesi gerekir, câriyenin çalıştırılması gerekli değildir. Daha önce geçen diğer meselede ise durum bundan farklıdır. Çünkü o meselede inkârdan dolayı diğer tarafın iddia sahibi olması gerekmez. Bu yüzden de tazmin söz konusu olmaz, dolayısıyla câriyenin hürriyetine kavuşması için çalışması gerekir.

15 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh’in verdiği cevap sonuç itibarıyla şuna çıkmaktadır: Üzerinde durduğumuz meselede vârislerin mûrisinin, câriyenin ümmüveled olduğu şeklinde daha önce yapılmış bir ikrarı söz konusudur. Mûrisin, câriyenin ümmüveled olduğunu inkâr ettiği meselede ise durum böyle değildir. Şeyh, burada ölen ortağın vârislerinin, “O câriye, ölenin ümmüveledidir.” sözü konusunda hayatta olan ortağı tasdik etmemeleri durumunda câriyenin, vârisler için çalışmayacağını açıklamakla yetinmiştir. Çünkü vârislerin, hayatta olan ortağın bu sözünde onu tasdik etmeleri durumunda câriye, vârislerin mûrisi açısından azat edilmiş olur ki, bu durumda câriyenin, vârisler lehine çalıştırılması ihtimali yoktur.

25 9. Mükâtebin Cârîye ile İlişkisinden Doğan Çocuğun Nesebinin Mükâtebden Sabit Olması

[Teshîl] Mükâteb kölenin yaptığı kitabet sözleşmesine câriyesinden olan çocuğu da -mükâteb câriyenin çocuğunun girdiği gibi- girer. Nitekim hürriyet meselesinde de durum böyledir.

30 Derim ki: Denirse ki; nikâh bölümünün kölenin evlendirilmesi konusunun tekmile kısmının başlarında şöyle geçmişti: “Efendinin, mükâteb kölesinin câriyesi ile evlenmesi sahih değildir. Çünkü efendinin, mükâteb kölesinin câriyesi üzerinde mülkiyet hakkı olduğu için o câriye sanki kendi câriyesi gibidir. Bu yüzden mükâteb kölenin, kendi câriyesi ile ilişkide bulunması helal değildir.” Mükâteb kölenin, câriyesi ile ilişkide bulunması helal olmadığına göre nasıl olur da câriyesinden olan çocuğun nesebi kendisinden sabit olur?

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: يشكل بما مرّ في ادعائه استيلاءً شريكه فإنكرَ فمات المنكرُ حيث تسعى لورثته وفاقاً .

يقال: إن الإنكارَ هنا يستلزم إثباته للآخر إذ التقديرُ أنهما أقرّا في الصحة أنها أمٌ ولدٍ أحدهما فإذا أنكروا أنها للميت فقد ادّعوا أنها للحي ٥ فيلزمه الضمانُ لاستيلاءه بزعمهم لا السعايةُ بخلاف ما مرّ إذ لا يلزم فيه من الإنكارِ دعواه للآخر فلا ضمانٌ عليه فتسعى.

[فاضل أمير] نقول: مآل الجواب إلى أن فيما نحن فيه سبق إقرار مورثهم بأنها أم ولد ولا كذلك في المسألة التي أنكر المورث كونها أم ولد. واقتصر على بيان أن لا سعاية للورثة في صورة عدم تصديقهم الحي ١٠ في قوله «هي أم ولد للميت» لأن فيما صدقوه في قوله هذا كانت معتقة عن مورثهم فلا احتمال للسعاية لهم.

٩. إذا ولدت الأمة من المكاتبِ يثبت نسب الولدِ منه

[التسهيل] دخل في كتابته ولده من أمته كولد المكاتبِ المبيعة كالحرية. أقول: فإن قيل: مرّ في أوائل التكملة لفصل الرقيق من كتاب النكاح: أنه لا يصحُّ له أن يتزوج بأمة مكاتبه، لأن له حقَّ الملك في أمة مكاتبه، فكأنها أمته ولذا لا يحلُّ للمكاتبِ وطء أمته، فإذا لم يحلَّ فكيف يثبت نسبٌ ولده منها.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Cârîye, mükâteb köleden bir çocuk doğurduğunda, her ne kadar mükâtebin onunla ilişkide bulunması helal olmasa da çocuğun nesebinin, mükâteb köleden sabit olması gerekir. Çünkü nesep şüphe ile sabit olur ve onun hakkında çocuk hükmü geçerli olur.

5 Mükâteb kölenin, kendi cârîyesi ile evlenmesine gelince bunun sahih olmaması gerekir. Aynı şekilde mükâteb köle, ümmüveledini satın alsa bu da onun, cârîyesinden çocuğudur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Ahî Çelebi, Sadruşşerâ'nın eserine yazdığı hâşiyede bu konuda bir itiraz ve cevaba yer vermiştir. "Mükâtebin, odalık olarak cârîye edinme hakkı yoktur. Hâl böyleyken cârîyesinden nasıl çocuğu olur ve bu çocuk kitabet sözleşmesine dâhil olur." şeklindeki itiraza şu şekilde cevap verilmiştir: Fakihlerin 'Mükâteb, odalık cârîye edinmeye malik değildir.' sözlerinin anlamı, cârîyesi ile cinsel ilişkiye girmesinin helal olmadığıdır. Fakat mükâteb, cârîyesi ile cinsel ilişkiye girer ve nesep iddiasında bulunursa nesep sabit olur. Nitekim müşterek cârîyede de durum böyle olup iki ortaktan hiçbirisinin malik oldukları cârîye ile cinsel ilişkiye girme hakkı yoktur. Fakat ortaklardan biri, cârîye ile cinsel ilişkiye girer, cârîye bir çocuk doğurur ve bu kişi çocuğun kendine ait olduğunu iddia ederse, çocuğun nesebi kendisinden sabit olur."

20 Bu açıklamadan anlaşılın o ki, Şeyh'in kendi dirâyeti olarak zikrettiği şey, seleften rivâyet ile sabit olan bir husustur.

10. Nefâz Bakımından Azat Kitabetten Hızlı Mıdır?

[Teshîl] Mükâteb, babasına veya oğluna malik olsa, -hürriyet meselesinde olduğu gibi- bunlar da kitabet hükümlerine tabi olur. Çünkü mükâteb, başkasıyla kitabet akdi yapmaya ehil olup imkân ölçüsünde sıla-i rahmi gerçekleştirme için kitabet akdi yapan biri olarak değerlendirilir. Nitekim mükâteb, birisini hürriyetine kavuşturmaya ehil olsa bu kimse onun adına azat olmuş olur. Diğer üç imama göre ise mükâtebin, efendisinin izni olmaksızın babasını veya oğlunu satın alması câiz değildir.

30 Aralarında doğum ilişkisi olmaksızın mahrem olan bir yakınına malik olsa bu yakını, mükâtebin yaptığı kitabet sözleşmesine dâhil olmaz. Mesela mükâteb, kardeşini veya amcasını ya da yeğenini satın alsa, Ebû Hanîfe'ye göre onun hakkında kitabet akdi yapılamaz. Çünkü mükâteb, bu yakını hakkında zilyedliğe malik olup, onun rakabesine malik değildir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: إذا ولدت منه ينبغي أن يثبت نسبه منه وإن لم يحل له وطؤها. إذ النسب يثبت بالشبهة، فيجري عليه حكم الولد. وأما تزوج المكاتب بأمته فينبغي أن لا يصح. وأيضاً لو شرى أم ولد فهو ولده من أمته أيضاً.

٥ [فاضل أمير] نقول: قال مولانا أخي جلبي في حاشيته على صدر الشريعة: اعترض عليه بأن المكاتب لا يملك التسري فمن أين له ولد من أمته حتى يدخل في كتابته. أجيب بأن معنى قولهم «لا يملك التسري» لا يحل له وطئ أمته لكن إن وطئ وادعى النسب يثبت النسب كالجارية المشتركة فإنه ليس لأحد الشريكين وطؤها لكن إن وطئها فولدت فادعاه يثبت النسب، انتهى.

١٠ فعلم منه أن ما ذكره على أنه دراية منه مما ثبت برواية عن الأسلاف.

١٠. هل العتق أسرع نفاذاً من الكتابة

[التسهيل] ولو ملك المكاتب أباه أو ابنه تبعه كتابةً كحرية. لأنه من أهل أن يكاتب فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان. ألا يرى أنه لو كان من أهل التحرير لعتق عليه. وعندهم لم يجز شراءه بلا إذن.

١٥ ولو ملك قريباً محرماً بلا ولاد فهو لم يدخل في كتابته، مثلاً لو شرى المكاتب أخاه أو عمه أو ابن أخيه لا يكاتب عليه عند أبي حنيفة. إذ المكاتب مالك يدا لا رقبة.

Mükâtebin de kazançlarının zarardan uzak olması gerekir. Doğum yoluyla söz konusu olan akrabalıkta ise mükâtebin kazancının bulunması yeterlidir. Çünkü kazanmaya gücünün yetmesi hâlinde anne babasının ve çocuklarının nafakası ile yükümlüdür. Bunlar dışındaki yakınlarda ise kazancının bulunması yeterli değildir. Çünkü mesela kardeşin nafakasını ödeme, ancak durumu iyi olan kimseye vâciptir. Bu şekilde ikisi (doğumdan kaynaklanan yakın ile mahrem olan yakın) arasındaki fark ortaya çıkmış olur.

Metinde buna şöyle denilerek işaret edilmiştir: “Zira kazanç, gerçekten değil, zilyedlik açısından mükâtebe aittir. Kazanmaya gücünün yetmesi sebebiyle doğumdan kaynaklanan yakınların nafakasında olduğu gibi doğumdan kaynaklanan akrabalık bağının (sıla) korunması vâciptir. Doğumdan kaynaklanmayan akrabalık bağının korunması ise ancak zengin olması hâlinde kişiye vâcip olur. Kitabetten kaynaklanan akrabalık bağı da doğumdan kaynaklanmayan akrabalık bağı gibi olup bu tür yakına hakikaten malik olan hür kimsenin durumu bunun tersinedir.” Diğer yandan bu akrabalık, amcaoğulları ile doğumdan kaynaklanan akrabalar arasında orta derecede bir yakınlıktır. Bu yüzden biz bu yakınlığı, azat konusunda doğumdan kaynaklanan yakınlığa, kitabet konusunda da amcaoğullarının yakınlığına dâhil ettik.

Bunun nedeni, nefâz bakımından azadın, kitabetten daha süratli olmasıdır. Nitekim iki ortaktan biri, köle ile kitabet sözleşmesi yaptığında diğer ortağın bunu feshetme hakkı vardır. Fakat iki ortaktan biri köledeki hissesini azat ettiğinde diğer ortağın bunu feshetme hakkı yoktur.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu durum, nefâz bakımından azadın, kitabetten daha süratli olduğunu göstermez. Bunun üzerinde düşünülmesi gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh, şunu kastetmektedir: Nefâz bakımından azadın, kitabetten daha süratli olduğu konusunu aydınlatmak için verdiği örnek, iddiayı ispat etmeye yeterli değildir. Çünkü iki ortaktan birinin diğer ortağın yaptığı kitabet sözleşmesini feshedip, azadını feshedememesi, azadın süratli olduğunu göstermez, aksine kuvvetli olduğunu gösterir.

وليس له إلا سلامة الأكساب. وكان الكسبُ كافيًا في قرابة الولاد. لأنه يجبُ نفقةُ الوالدين والولدِ عند القدرة على الكسبِ. ولا يكفي الكسبُ في غيرهما. فإنه لا يجبُ نفقةُ الأخِ إلا على الموسرِ، فظهر التفاوتُ.

وإليه أشارَ بقوله «إذ له كسبه يدا لا حقيقةً، ويجبُ بقدرة الكسبِ صلةُ الولادِ كنفقةِ الولادِ لا صلةُ غيرِ الولادِ إلا موسرًا. فكذا صلةُ الكتابةِ ضدَّ الحرِّ لملكه حقيقةً». ولأن هذه قرابةً متوسّطةً بين الأعمامِ وقرابةِ الولادِ. فألحقناها بقرابةِ الولادِ في العتقِ وبقرابةِ بني الأعمامِ في الكتابةِ.

وهذا لكونِ العتقِ أسرعَ نفاذًا من الكتابةِ. ألا يرى أن أحدَ الشريكين إذا كاتبَ كان للأخِرِ ولايةُ الفسخِ، وإذا حرّر لم يكن له فسخه.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: هذا لا يدلُّ على أن العتقَ أسرعَ نفاذًا من الكتابةِ فليتأمل.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن ما ذكره تنويرا لكون العتق أسرع نفاذا من الكتابة لا يفيد مدعاه. لأن فسخ الشريك كتابة شريكه وعدم فسخه عتقه لا يدل على سرعة العتق بل يدل على قوته.

Fakat Şeyh'in böyle bir zorlamaya sığınması gereksizdir. Çünkü sürat ile kuvvet arasında sebebiyet alakasının bulunduğu, bilinen bir şeydir. Süratin zikredilip bununla kuvvet anlamının kastedilmesi, azıcık tecrübesi olan kimse açısından yaygın ve bilinen bir durumdur. Kaldı ki, burada söz konusu durumun sürat kelimesi ile ifade edilmesinin, mecâza sığınmaya ihtiyaç bırakmayacak oldukça yerinde bir açıklaması vardır ki, bu da şudur: Azat, son derece süratli olmasından dolayı iki ortaktan birinden sadır olduğunda hemen mahalline ulaşır, mahallinde yürürlüğe girer ve yerinde istikrar kazanır. Dolayısıyla diğer ortak, bunu kaldırmaya ve izale etmeye muktedir olamaz. Kitabet ise yavaş yürümesinden dolayı sanki mahalline ulaşmadan ve orada yürürlüğü girmeden önce diğer ortağa ulaşır, diğer ortak da bunu def eder. Buna göre bu, fakihlerin "Def etmek, kaldırmaktan (ref) daha kolaydır." şeklinde ifade ettikleri kurala dâhil olan fer'î meselelerden biri olur.

Burada Molla Ayasuluğî'nin, *el-Mecma'*a yaptığı şerhin kölenin evlenmesi konusunda ifade ettiği, önemli bir hususa değinmek yerinde olur ki, bu da şudur: "Def etme hakkı (velâyetü'd-def), kaldırma hakkını (velâyetü'r-ref) zımmen içerir. Mesela hür bir kimsenin nikâhı altında olan cârîyede durum böyledir. Bu cârîye azat olduğunda kendisi için azattan kaynaklanan bir muhayyerlik sabit olur. Çünkü kendisi hakkında mülkiyet artmış, kuvvet kazanmıştır. Dolayısıyla hürriyetine kavuşan cârîye, bu fazlalığı def etmeye malik olur ki, bu hakka malik olması, nikâhın aslını kaldırmakla (ref) olur. Aynı şekilde kendisine silah çekilen kimsenin, kendisinden ölümü def etmek için silah çeken kimseyi öldürme (ref) hakkı vardır. Yine iki ortaktan birinin kitabet sözleşmesi yaptığı köle hakkında diğer ortağın tamamını reddetme hakkı vardır. Çünkü diğer ortağın kendi payında kitabeti reddetme hakkı vardır. Bu da tamamını reddetme olmaksızın mümkün olmaz.

11. Başkasına Ait Bir Malın Bedel Olması Şartıyla Yapılan Kitabet Akdinin Câiz Olup Olmaması

[**Teshîl**] Mehir olarak verilmesi sahih olan her şeyin, kitabet bedeli olması sahihtir. Çünkü mehir ve kitabet bedelinin ikisi de mal olmayan bir şeyin karşılığıdır. Zira kitabet sözleşmesinde ödenen bedel, kölelikten kaynaklanan kısıtlılık durumunun kalkmasının karşılığıdır. Kısıtlılık durumunun kalkması, mal değildir. Bu açıdan kitabet akdi, nikâh akdi gibidir.

ولكن لا ينبغي أن يستصعب مثل هذا. لأن علاقة السببية بين السرعة والقوة معلومة. فإطلاق السرعة وإرادة القوة سائغ معلوم لمن له أدنى دربة على أن هنا للتعبير بالسرعة وجه وجيه يغنيك عن ارتكاب المجاز وهو أن العتق لكمال سرعته إذا صدر عن أحد الشريكين يصل إلى محله وينفذ فيه ويستقر في مكانه فلا يقدر الشريك الآخر أن يرفعه ويزيله. وأما الكتابة ٥ فلبطئه في السير فكأنه يدركه الشريك الآخر قبل أن يصل إلى محله وينفذ فيه فيدفعه. ويكون هذا من فروع ما قالوا الدفع أسهل من الرفع.

وهنا فائدة ذكرها المولى الأياثلوغي في نكاح العبد من شرح المجمع وهي ثبوت ولاية الرفع في ضمن ولاية الدفع كما في أمة تحت حر عتقت ١٠ يثبت لها خيار العتق لازدياد الملك عليها فتملك دفع تلك الزيادة وذا برفع أصل النكاح وكمن شهر عليه السلاح يلي قتل الشاهر دفعا لهلاكه وكعبد كاتبه أحد الشريكين فلأخر أن يرد الكل. لأن له رد نصيبه وذا لا يمكن بلا رد الكل.

١١. جواز عقد الكتابة على عين غيره وعدم جوازه

١٥ [التسهيل] صحّ بدلاً في الكتابة ما صحّ مهراً. إذ كلُّ من المهرِ وبدلِ الكتابةِ مقابلٍ بغيرِ مالٍ. إذ البدلُ في الحالِ مقابلٌ بفكِّ الحجرِ، وهو ليس بمالٍ، فصارت كالنكاح.

Şarap ve domuz gibi şeyler üzerine yapılan kitabet akdi bunların mütekavvim mal olmayışları sebebiyle; kölenin kendi kıymeti üzerine yapılan kitabet akdi belirsizlik (cehalet) sebebiyle, başkasının malı üzerine yapılan kitabet akdi de tesliminin mümkün olmaması sebebiyle fâsittir.

5 Başkasına ait nakit para üzerine yapılan kitabet akdi ise fâsit olmaz. Yani bir köle, başkasına ait nakit para, bedel olmak üzere efendisi ile kitabet akdi yapsa, akit sahih olur ve bu nakit paranın mislini ödemesi gerekir. Çünkü nakit para, tayin ile taayyün etmez.

Bir rivâyette Ebû Hanîfe, mehirde olduğu gibi başkasına ait bir mal
10 üzerine yapılan kitabet akdinin câiz olduğu görüşündedir. Çünkü önce mülk edinip sonra teslim etmesi mümkündür. Mükâteb şayet başkasına ait bu malı teslim etmekten âciz olursa köleliğe geri döner. Bir rivâyette Ebû Yûsuf, bu meselede cevaz konusunda Ebû Hanîfe ile aynı görüştedir. Ancak Ebû Hanîfe'den farklı olarak Ebû Yûsuf, mükâtebin başkasına ait
15 bu malı teslimden âciz olması durumunda tıpkı mehirde olduğu gibi bu malın kıymetini ödemesi gerektiği görüşündedir. Şöyle ki, bir kimse başkasına ait bir mal mehir olmak üzere bir kadını nikâhladığında mehir olarak kararlaştırılan bu malı teslim edemediğinde bunun kıymetini ödemesi gerekir. Bu da bunun gibidir.

20 Başkasına ait malın kitabet bedeli olmasının câiz olmadığı şeklindeki rivâyet göz önünde bulundurulduğunda şayet malın sahibi buna icâzet verse, bir rivâyette Ebû Hanîfe, bunun fâsit olduğu görüşündedir. Çünkü maksat ortadan kalkmıştır. Yani efendinin amacı, kölenin kazancına sahip olmaktı. Malın sahibi, malını verdiğinde efendinin, kölenin kazancına sahip olma maksadı ortadan kalkmış olur. Çünkü artık azat olduğu için kölenin kazanmaya ihtiyacı kalmamıştır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Kitabet bedeli olarak başkasına ait malın belirlenmiş olması, efendinin maksadının, kölenin kazancı değil, bu mal olduğunu gösterir. Dolayısıyla mal sahibinin onay vermesi hâlinde
30 efendinin maksadı ortadan kalkmış olmaz.

وفسدَ على نحو خميرٍ أو خنزيرٍ لعدم تقوُّمِهِ، وفسدَ على قيمةٍ نفسه للجهالةِ،
وعلى عينٍ غيره لتعذُّرِ تسليمِهِ، ضدَّ نقدِهِ. أي لو كاتبَ على نقدٍ غيره يصحُّ
ويلزمه مثلُ ذلك النقدِ لعدم تعيينِهِ.

وجوازُ عقدِ الكتابةِ على عينٍ غيره روايةٌ عن أبي حنيفةٍ، كمهرٍ لإمكانِ
تسليمِهِ بتملُّكِهِ. فبعجزِهِ عن تسليمِ عينٍ الغيرِ رُدَّ قنأً. يوافقُهُ أبو يوسفٍ في
الجوازِ في روايةٍ إلا أنه يوجبُ أبو يوسفٍ بعجزِهِ قيمتهِ كمهرٍ إذا نكحَ على
عينٍ الغيرِ يجبُ قيمتهِ بعجزِهِ فكذا هذا.

فعلى روايةٍ عدمِ الجوازِ لو أجازَهُ ربُّ العينِ ففسادُهُ روايةٌ عن أبي حنيفةٍ
لفوتِ الغرضِ، أي كان غرضُ المولى أن يتملِّكَ كسبَ عبدهِ، فإذا أعطى مالكُ
العينِ عينَهُ، فات تملُّكُ كسبِ عبدهِ لاستغنائِهِ عن الكسبِ لعتقِهِ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: تعيينُ عينٍ الغيرِ دلٌّ على أن غرضَهُ العينُ لا كسبُ
العبدِ فلا يفوتُ غرضُهُ عند الإجازةِ.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Kitabet bedeli olarak başkasının malının tayin edilmiş olması, maksadın başkasının malı olmasını gerektirmez. Aksine efendinin maksadının, kölenin ciddiyetini görmek ve hangi miktarda bir kıymet ile olursa olsun bu malı almasına vesile olacak malı elde etmesini sağlamak
5 olması da ihtimal dâhilindedir. Buna, burada söz konusu edilen maksat ile efendinin maksadının kastedildiğinin farz edilmesi hâlinde ihtiyaç duyulur. Nitekim Şeyh, bunu böyle açıklamıştır. Fakat buradaki maksat ile kitabet akdinin konuluş maksadının kastedildiği farz edildiğinde -ki, nitekim Zeylaî'nin *Tebyînu'l-Hakâik*'teki şu ifadeleri maksadın ne olduğunu açık bir şekilde orta-
10 taya koymaktadır: "Diğer yandan kitabet, mükâtebin kazançları konusunda özel bir hakka sahip olacağı şekilde meşru kılınmıştır. Buna göre kazançları konusunda onun için derhal ziyedlik (tasarruf hakkı) sabit olur, rakabesinin hür olması ise kitabet bedelini ödeme vaktine kadar ertelenir/uzar. Şayet bu (başkasına ait mal üzerine kitabet) câiz olsaydı, tasarruf ve rakabe hürriyeti,
15 birbirini izleyecek şekilde peş peşe değil, aynı anda sabit olurdu ki, bu durumda bu, kitabet akdi değil, bedel karşılığında azat olurdu. Çünkü kitabet akdi, peş peşe iki hürriyetin ispatı için meşru kılınmıştır. İki hürriyet bu şekilde gerçekleşmediğinde ise kesinlikle kitabet akdi mün'akid olmaz. Zira kendisinden gözetilen maksadın gerçekleşmediği hiçbir akit, mün'akid olmaz."¹- maksadın
20 yorumlanması konusunda bir böyle bir hileye başvurmaya ihtiyaç kalmaz ve Şeyh'in dile getirdiği itiraz da söz konusu olmaz.

Fakat *Tebyînu'l-Hakâik*'ten aktardığımız bu açıklamaya, peşin bedel ile kitabet akdini câiz görmeleri sebebiyle bir itiraz söz konusu olur. Çünkü açık olduğu üzere peşin bedel ile kitabet câiz görüldüğünde peş peşe gerçekleşmesi beklenen maksat hasıl olmamaktadır. Dolayısıyla bu ikisinin arasının uzlaştırılması gerekir. Muvaffak kılan Allah'tır.

12. Hür Babanın Köle Çocuğu Adına Kitabet Akdi Yapması

[Teshîl] Hür bir kimsenin küçük çocuğu adına kitabet akdi yapması bize göre câiz değildir. Çünkü hür baba, köle olan çocuğu üzerinde velâyet-
30 te sahip değildir. Dolayısıyla bu kitabet akdi mün'akid olmaz. Ancak çocuğun, âkil olup icâzet vermesi durumu bundan müstesnâdır. Bu durumda akit mevkûf olarak in'ikâd etmiş olur. Çünkü bu sırf çocuğun yararına olan bir tasarruftur ve aklın kemale ermesi ise beklenen bir durumdur.

1 Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 153.

[فاضل أمير] نقول: لا يلزم من تعيين عين الغير كون الغرض ذلك الغير بل يحتمل أن يكون غرضه جد العبد وتحصيل مال يتوسل به إلى أخذ ذلك العين بأي قدر من القيمة. وهذا إنما احتيج إليه على تقدير أن يراد بالغرض غرض المولى كما فسره الشيخ به. وأما على تقدير ما كان المراد من الغرض الغرض الموضوع له عقد الكتابة - كما يفصح عنه ما ٥ في التبيين حيث قال فيه: ولأن الكتابة شرعت على وجه يختص المكاتب بمكاسبه فتبنت له حرية اليد في الحال ويتراخى حرية الرقبة إلى وقت الأداء فلو جاز هذا لثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون إعتاقا ببدل ولا يكون كتابة. لأن الكتابة شرعت لإثبات الحريتين على التعاقب. فإذا لم يحصل أصلا. لأن كل عقد لا ١٠ يحصل فيه مقصوده لا ينعقد، انتهى. فلا حاجة إلى التمحل في توجيه الغرض ولا يرد ما ذكره الشيخ الشارح.

ولكن يرد على ما نقلناه من التبيين تجويزهم الكتابة ببدل حالاً. لأن الحريتين لا تحصل حينئذ على التعاقب كما لا يخفى فلا بد من التوفيق ١٥ والله الموفق.

١٢. جواز كتابة الأب الحر عن طفله القرن

[التسهيل] ولو كاتب حرٌّ عن طفله لم يجز. إذ الأب الحرُّ لا ولاية له على ابنه القرن فلم ينعقد العقد إلا أن يعقل فيجيز. إذ توقّف عليه. لأنه نافع محض، والعقل منتظر.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Şayet baba, çocuk adına kitabet bedelini ödeyecek olursa şarta bağlasın ya da bağlamasın çocuğun azat olması gerekir. Nitekim daha önce hür bir kimsenin, bir köle adına yaptığı kitabet akdi meselesinde böyle geçmişti.

5 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in daha önce geçtiğini belirttiği mesele ile kastedilen şudur: Hür bir kimse, bir kölenin efendisine “Kölenle bin dirhem üzerine benim bu bin dirhemi sana ödemem hâlinde hür olması şartıyla kitabet akdi yap!” diyor. Ya da “benim bu bin dirhemi sana ödemem hâlinde hür olması şartıyla” sözünü söylemeksizin sadece belli bir bedel
10 karşılığında kitabet yapmasını söylüyor. Sonra efendi, kölesi ile bu miktar üzerine kitabet akdi yapıyor ve bu sözü söyleyen kişi bin dirhemi ödüyor. Bu durumda birinci söz ile kıyas gereği köle hürriyetine kavuşur. İkinci sözü söylemesi hâlinde yani “benim bu bin dirhemi sana ödemem hâlinde hür olması şartıyla” sözünü söylemediği ikinci durumda ise istihsâna göre
15 köle hürriyetine kavuşur. Bin dirhemi ödeyeceğini söyleyen kişi, bu parayı, kölenin talimatı olmaksızın ödemişse, köleye rücû edemez. Çünkü ödediği kitabet bedelini teberru olarak ödemiş olur. Ödeyen kişinin kölenin sahibine rücû edip ödediğini ondan geri istemesine gelince, şayet bu ödemeyi, tazmin sebebiyle yapmış ise kölenin sahibine rücû eder ve ondan geri ister.
20 Çünkü kitabet bedelinde tazmin bâtil olup onun bu ödemesi, bâtil bir tazmin sebebiyle olmuştur. Şu açıdan ki, o ödenmesi vâcip olmayan bir şeyi tazmin etmiş olur, dolayısıyla verdiği geri isteyebilir. Şayet bu ödemeyi tazmin sebebiyle yapmamış ise bu durumda kölenin efendisine rücû edemez ve ödediğini ondan isteyemez. Çünkü bu durumda ödediğini, azadın gerçekleşmesi için teberru olarak ödemiş olup azat da gerçekleşmiştir.
25 Dolayısıyla ödemesi tamam olmuş olur ve kölenin malikine rücû edemez.

Kitapta daha önce geçen meselenin özü budur. Buna kıyas edilmek suretiyle de hür bir kimsenin, köle olan çocuğu adına kitabet akdi yapıp, köle çocuğun âkil olduktan sonra bu akde icâzet vermesi hâlinde baba, akitte
30 konuşulan bedeli öderse, çocuk hürriyetine kavuşur. Baba, küçük çocuğu adına kitabet akdi yaparken ister “Belirlenen bedeli sana ödemem şartıyla o hürdür.” sözünü söylesin isterse bu sözü söylemeyip belirlenen bedel ile onun adına kitabet akdini yapmasını istesin fark etmez.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يعتق لو أدّى عنه الأب سواء علق أو لا

كما مرّ في كتابة حرّ عن قنّ.

[فاضل أمير] نقول: المراد مما مر هو ما قال حر لمولى قن «كاتب قنك

فلانا على ألف درهم على أنني إن أديت إليك ألفا فهو حر» أو لم يقل «على أنني

إن أديت إلى آخره» بل اقتصر على الأمر بالكتابة ببدل معلوم ثم كاتبه المولى

على هذا فأدى الحر القائل الألف فإنه يعتق في الصورة الأولى قياسا وفي الثانية

يعني فيما لم يزد قوله «على أنني إن أديت ألفا إليك فهو حرّ» يعتق استحسانا.

وبعد ما أدى القائل الألف إن أداه بلا أمر القن لا يرجع على القن. لأنه متبرع في

أدائه. وأما الرجوع على المالك والاسترداد منه فإن كان أداه بضمان يرجع عليه

ويسترده منه. لأن الضمان ببدل الكتابة باطل فكان أدائه بسبب ضمان باطل من

حيث أنه ضمن ما هو غير واجب فيسترد ما دفعه. وإن لم يكن أدائه بضمان لا

يرجع على المالك ولا يسترده منه. لأنه تبرع به لتحصيل العتق وقد حصل فتم

أداؤه فلا يرجع.

هذا تحقيق ما مر في الكتاب فحصل منه بالمقايضة عليه أن فيما كاتب حر

عن طفله القن وأجاز القن بعد أن يعقل إن أدى الأب البديل الذي قال به في

العقد يعتق الابن سواء قال الأب حين ما كاتب عن ابنه الصغير «على أنني إن

أديت إليك البديل المسمى فهو حر» أو لم يقل ذلك بل اقتصر على الأمر بكتابتة

ببديل مسمى.

Bu açıklamadan anlaşılan birkaç hususu belirtelim: [1] Bir kimse, birisi açısından vâcip olmayan bir şeyin tazmin sorumluluğunu üstlenip ödeme yaparsa, ödediği kişiden bunu geri isteyebilir. [2] Bir kimse, birisine bir işin gerçekleşmesi için teberruda bulunmak suretiyle ödeme yapar ve iş gerçekleşirse 5 ödediği şeyi ondan geri isteyemez. İş gerçekleşmediğinde ödediğini geri isteme hakkına sahiptir. Bunlar, hatırdta tutulması gereken faydalı birtakım ilkelerdir.

13. Fakirin, Zekât Olarak Aldığı Şeyi Zengine İkrâm Etmesi

[Teshîl] Mükâteb, borcunu ödemededen âciz olduğunda, acziyet hâlinde gerek önce gerek sonra kendisine zekât ve sadaka olarak verilip kendisinin de 10 taksit olarak efendiye ödemiş olduğu şeyler, mülkiyetin yenilenmesi sebebiyle efendiye helal olur. Bir fakirin kendisine verilen zekât ve sadakadan bir zengininin faydalanmasına izin vermesi bunun tersinedir. Fakirin zengine temlik etmesi de izin vermesinin tersinedir. Yani mükâteb bir köleye zekât veya sadaka verilir; aralarındaki kitabet akdi sebebiyle efendisi, kendisinden bu verilenleri 15 alır ve sonra mükâteb, kalan borcu ödemekten âciz olursa, efendinin aldığı mallar kendisine helal olur. Zira bu mallar üzerindeki mülkiyet yenilenmiştir. Çünkü sadaka önce mükâtebin mülkü iken ödemesiyle efendinin mülkü hâline gelmiştir. Şerîatta, mülkiyetin değişmesi, malın değişmesi gibidir. Rivâyet edildiğine göre Berîre, kendisine zekât olarak verilen şeylerden Hz. Peygamber'e hediye etmiş, o da bunu alıp "Bu, onun için sadakadır, bizim için ise hediye dir." demiştir. Fakirin durumu ise bundan farklıdır. Fakir, zekât malından 20 aldığı bir yiyeceği, zengin birine ya da Haşim oğullarından birine mubah kılsa -yani yemesi için ikram ederse- bu, helal olmaz. Çünkü mülkiyet el değiştirmemiştir. Zira kendisine izin verilen kimse, bunu izin veren kimsenin 25 mülkiyetinde olduğu hâlde yemiştir. Bunun benzeri müşterinin, fâsit bir akit ile satın aldığı maldan başkasının faydalanmasına izin vermesi olup o kimsenin bu maldan faydalanması helal olmaz. Şayet o kimseye temlik ederse bu durumda o kişinin bu maldan faydalanması helal olur.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Rivâyet edildiğine göre Hz. Peygamber, bir 30 eve girerken tencerede et pişirildiğini gördü. Önüne ekmek ve katıktan oluşan bir sofrâ getirildiğinde Hz. Peygamber, "Biraz önce içinde et olan bir tencere görmedim mi ben?" dedi. Bunun üzerine evdekiler "Doğru, fakat bu Berîre'ye zekât malından verilen bir ettir, sen de zekât malını yemiyorsun." dediler. Bunun üzerine Hz. Peygamber, "Bu, onun için sadaka; bizim için ise hediye dir." dedi.

وفهم من هذا البيان أن من ضمن ما هو غير واجب على المضمون منه وأداه يسترده من المدفوع إليه. وفهم أيضا أن من دفع مالا لآخر متبرعا لتحصيل أمر وقد حصل فلا يسترده. وإن لم يحصل يقدر على استرداد ما دفعه. فهذه أصول نافعة يلزم حفظها.

٥ . ١٣ . إباحة الفقير الطعام المدفوع إليه صدقة للغني

[التسهيل] وإذا عَجَزَ طابَ لسيدِهِ ما أَخَذَ بعدَ العَجْزِ وقَبْلَهُ من الصدقاتِ لتجددِ ملكِهِ، ضِدًّا فقيرٍ أَباحَ لغنيِّ صدقته، ضد تملكه، أي إذا دُفِعَ إلى المكاتبِ زكاةٌ أو صدقةٌ ثم أخذها منه مولاه لكتابته ثم عَجَزَ فهو يطيبُ لمولاه. إذ الملكُ تبدَّلَ لأن الصدقةَ كانت ملكًا للمكاتبِ ثم صارت للمولى بالأداء. وتبدَّلَ الملكُ كتبدُّلِ العينِ في الشريعة. فقد روي عن بريرة أنه كان يتصدَّقُ عليها وهي تهدي إلى النبي عليه السلام فيتناول منها ويقول «هو لها صدقةٌ ولنا هديةٌ»، بخلاف الفقير، إذا أَباحَ للغني أو للهاشميِّ عينَ ما أخذه من مال الزكاةِ من الطعامِ فإنه لا يحلُّ. إذ الملكُ لم يتبدَّل، إذ المباحُّ له يتناول على ملك المبيح. ونظيره: المشتري شراءً فاسدًا إذا أَباحَ لغيره لا يطيبُ له. ولو ملك يطيبُ له.

[الشيخ بدر الدين] أقول: روي أنه ﷺ دخل والبُرْمَةُ تفورُ بلحمٍ فقربَ إليه خبزا وإداما من أدم البيت فقال ﷺ: «ألم أرَ برمةً فيها لحمٌ». قالوا: بلى ولكن ذلك لحمٌ تصدَّقَ به على بريرةَ وأنت لا تأكل الصدقةَ فقال ﷺ: «هو عليها صدقةٌ ولنا هديةٌ».

Bu rivâyet, zekât malının ibâha yoluyla helal olduğunu gösterir. Zira tencerede pişen yemek, eve giren kimseye sunulduğunda temlik etmek suretiyle değil, genellikle ibâha yoluyla sunulur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu açıklaması, sanki fakihlerin şu sözlerine itirazdır: “Fakir, sadaka veya zekât olarak aldığı mesela bir yiyeceği, zengin birine ya da Haşim oğullarından birine ikram ederse bu, ona helal olmaz. Zira kendisine izin verilen kimse, bunu izin veren kimsenin mülkiyetinde iken yemiştir. Fakat fakir, bu ikisinden birine bu yiyeceği temlik ederse bu takdirde onların yemesi helal olur. Çünkü bu durumda yiyen kişi, yiyeceğe malik olmuştur. Şerîatta mülkiyetin el değiştirmesi, malın değişmesi gibi değerlendirilir. Dolayısıyla yiyen açısından bu mal, artık başka bir mal gibi olmuştur. Bunun benzeri müşterinin, fâsit bir akit ile satın aldığı maldan başkasının faydalanmasına izin vermesi olup o kimsenin bu maldan faydalanması helal olmaz. Ancak o kimseye temlik ederse bu durumda o kişinin bu maldan faydalanması helal olur.”

Ancak biz, Hz. Peygamber'den rivâyet edilen hadisin, mubah kılma yoluyla yemenin helalliğini gösterdiğini kabul etmiyoruz. Hadis, evdekilerin, bu sözü söyledikten sonra Hz. Peygamber'e pişirilen eti sunduklarının ve Hz. Peygamber'in de Berîre'nin kendisine daha önce temlik etmesi söz konusu olmaksızın bunu yemiş olmasının sabit olması hâlinde ancak bunun helalliğini gösterebilirdi. Hz. Peygamber'in “Bizim için ise hediyedir.” sözünden anlaşılan “Berîre, bu eti bize temlik ettiğinde bizim bunu yememiz câizdir.” anlamıdır. Çünkü âdet göz önüne alındığında hediye, temlik yoluyla olmaktadır.

14. Oğul ile Birlikte Bulunan Dedenin Veraset Durumu

[Teshîl] Azat edilen kimse ölüp geride efendisinin babası ve bir çocuğu kalsa Ebû Yûsuf'a göre tıpkı efendinin babasının, efendiden altıda bire vâris olmasında olduğu gibi bu durumda da efendinin babası, terekenin altıda birine vâris olur. Kalan kısım ise efendinin oğlunun olur. Çünkü baba asabedir. Ancak oğul ile bulunduğunda ashâb-ı ferâizden olur. Bu durumda şayet azat eden ölseydi bunun terekesi nasıl paylaştırılıyorsa, azat edilenin terekesi de efendinin babası ve oğlu arasında aynı şekilde paylaştırılır. Buna göre terekenin altıda birini, efendinin babası; kalanı da efendinin oğlu alır. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise efendinin babası, mirastan pay alamaz. Çünkü azat edilenin mirası konusunda azat eden efendiye en yakın olan asabesi, onun yerine konur. Azat edenin oğlu da asabe olmak bakımından en yakın olandır.

وهذا يُشعر بأنه يحلُّ بطريق الإباحة لأن الطعام المطبوخ في القدر إذا قُدِّمَ لمن دخل في البيت تقدّم على طريق الإباحة غالبًا لا على طريق التملك.

[فاضل أمير] نقول: كأن هذا اعتراض على ما قالوا إن الفقير إذا أباح لغني أو لهاشمي عين ما أخذه صدقة أو زكاة من الطعام لا يحل له تناوله.

لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح. وأما إذا ملكه لواحد منهما يحل له تناوله لأنه ملكه المتناول وتبدل الملك كتبدل العين في الشريعة فصارت كعين أخرى. ونظيره المشتري شراء فاسدا إذا أباحه لغيره لا يطيب له. وإذا ملكه يطيب له.

ولكن لا نسلم إشعار ما روي عنه عليه السلام بالحل بطريق الإباحة. وإنما يتم الإشعار أن لو ثبت أنهم قدموه اللحم المطبوخ بعد قوله عليه السلام هذا وتناوله عليه السلام من غير سبق تملك من بريرة إياه. والظاهر من قوله عليه السلام «ولنا هدية» أن بريرة إذا ملكتني ذلك اللحم جاز لنا تناوله. لأن الهدية تكون بطريق التملك عادة.

١٤. كيفية وراثه الجدم مع الابن

[التسهيل] ولو ترك المعتق لمولاه أبًا وابنًا يورث أبو يوسف أباه سُدْسًا كما يرث أبو المولى من المولى سدس ماله. والباقي للابن. إذ الأب عَصْبَةٌ، إلا أنه مع الابن صاحبُ فرضٍ، فيجعل ميراث المعتق بينهما كميراث المعتق لو مات، فيكون للأب السدس وللابن الباقي. ونفياًه. إذ أقرب عَصْبَةِ المعتق يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق. وابنه أقرب عَصْبَةٌ.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Ebû Yûsuf'un, efendinin babasının olmaması hâlinde nesepte olduğu gibi efendinin oğlu ile efendinin dedesini de mirasçı kılması gerekir. Hâlbuki burada durum böyle değildir.

5 Özetle efendinin tarafının azat edilen kimseye mirasçı olması, ashâb-ı ferâizden olmaları yoluyla değil, asabe olmaları yoluyla. Dolayısıyla meselenin Ebû Yûsuf'un dediği gibi değil, en yakından başlamak suretiyle yakınlığın dikkate alınarak çözülmüş olması gerekir. Aksi takdirde efendinin babası bulunmadığında efendinin oğlu ile efendinin dedesinin de mirasçı olması gerekir.

10 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu itirazına merhum Kayseri Müftüsü Abdulkâdir Efendi, ferâize dair yazdığı manzûmesinin şerhinde "Oğul ile kıyaslandığında dedenin derecesi daha uzaktır." şeklinde cevap vermiştir.

15 Fakat ferâiz ilminin kaidelerini bilenler açısından açık olduğu üzere yakınlık ve uzaklığın dikkate alınması, mirasçılığı asabe yoluyla olanlar açısından söz konusu olur. Ebû Yûsuf ise oğul ile bulunması durumunda dedeyi, asabe olduğu için değil, ashâb-ı ferâizden olduğu için mirasçı kılmaktadır. Çünkü miktarı belli olan sehim, ancak ashâb-ı ferâizden olanlar için söz konusu olur.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يلزمُ أبا يوسف أن يُورِّثَ جدَّ المولى مع ابنه إذا لم يكن أبٌ كما في النسبِ، وليس كذلك.

والحاصلُ أن إرثَ جانبِ المولى من المَعْتَقِ بطريقِ العصبيةِ لا الفرضِ. فيعتبر الأقربُ فالأقربُ، لا ما قال أبو يوسف. وإلا يلزمُ أن يرثَ جدُّ المولى أيضاً مع ابنِ المولى إذا لم يكن أبٌ. ٥

[فاضل أمير] نقول: قد أجاب عنه مولانا المرحوم عبد القادر المفتي بقيصرية في شرح منظومته في الفرائض ببعده الدرجة في الجد بالنسبة إلى الابن.

ولكن لا يخفى على من له وقوف على قواعد فن الفرائض أن اعتبار القرب والبعد إنما هو فيمن كان وراثته بالعصبية وأبو يوسف إنما يورث الجد مع الابن بكونه صاحب فرض لا بكونه عصبية لأن السهم المقدر ما كان إلا لأصحاب الفرائض. ١٠

CİNÂYÂT: ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARI

1. Kısasın Uygulanmaması Durumunda Tazminat Yükümlülüğü

[**Teshîl**] Kısas, şüphe nedeniyle düşecek olursa, yani uygulanmazsa “Âkıle, amd, köle(nin cinayeti), sulh, itiraf ve mûdıha erşinin altında kalan fiillerin diyetlerini üstlenmez.” hadisi gereğince diyetin fail tarafından malından ödenmesi gerekir. Diyet, salt öldürme sebebiyle gerektiğinden hatalı öldürmedeki gibi biz, diyetin peşin olmaksızın üç yıl içerisinde ödenmesini vâcib görmekteyiz. Diğer üç imama göre ise kısas, -sulh akdi yapılması durumunda olduğu gibi- bedele dönüşür. [Bundan dolayı peşin olarak ödenmelidir.]

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Şayet diyet salt öldürme nedeniyle gerçekleşseydi âkile üzerine gerekirdi. Çünkü ‘meâkıl’ faslında da tasrih ettikleri üzere salt öldürme nedeniyle gerekli olan her diyet âkile üzerinedir. Nitekim bu husus bu kitabın ‘meâkıl’ faslının başında gelecektir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *Tebyînu'l-Hakâik*'in *meâkıl* bölümünde Zeylaî, *el-Kenz* metninin müellifi Nesefî'nin “Salt öldürmeden kaynaklanan her diyeti ödeme yükümlülüğü âkileye düşer.” sözünü açıklarken şunları söylemiştir: “Bu ifadeyle sulh dolayısıyla ya da şüphe nedeniyle tazminat ödenmesine dönüşen müeyyideler dışarıda bırakılmaktadır. Zira âkilenin bu tür tazminatları ödeme yükümlülüğü yoktur.” Buradan da anlaşılmaktadır ki Şeyh'in yönelttiği itiraz aslında *el-Letâif* metninde kullanmayı tercih ettiği, bazı âlimlerden nakledilen temellendirmeyi içeren ibareye yöneliktir. Bu temellendirme de onlardan, yeterince titiz davranmamaları sebebiyle müsamaha yoluyla sadır olmuştur. Yoksa ilgili itiraz mezhebin kurucu imamlarına ve onların bu konuda sabit olan kuralına yönelik değildir. Zira onlar, sulh ya da şüphe nedeniyle kısasın diyete dönüşmesinden kaynaklanan tazminatı, salt öldürmeden kaynaklanan diyet kapsamında görmemişlerdir ki Şeyh'in ileri sürdüğü “Salt öldürmeden kaynaklanan diyeti ödeme yükümlülüğü sadece âkileye aittir.” itirazı yerinde olsun! Bilahare Kuhistânî'nin *Muhtasaru'l-Vikâye* üzerine yazdığı şerhte şu ifadeleri gördüm: “Âkile, bir kişinin kendi oğlunu kasıtlı olarak öldürmesinden kaynaklanan tazminatı ödemez. Çünkü bu olayda, salt öldürmeden dolayı kısas gerekmektedir. Ancak babalığa gösterilen saygıdan dolayı kısas düşmekte, uygulanmamaktadır.”

كتاب الجنایات

١. الضمان عند عدم إيفاء القصاص

[التسهيل] ولو سقطَ بشبهةٍ يجبُ الديةُ في مالِه للخبر لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة. فنوجهه ٥ في ثلاث سنين لا حالاً لوجوبه بنفس القتل كخطأ، ولهم تحوُّله إلى بدلٍ كصلح.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو وجب بنفس القتل لوجب على العاقلة؛ لأن كل دية تجب بنفس القتل تجب على العاقلة كما صرحوا به في فصل المعادل.

[فاضل أمير] نقول: قال في فصل المعادل من التبيين في شرح قول ١٠ صاحب الكنز: «كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة»: «يحترز به عما ينقلب مالا بالصلح أو بالشبهة فإنه لا يجب على العاقلة» انتهى. فظهر منه أن ما أورده هنا إنما يرد على ما اختاره في المتن من العبارة المروية عن بعض المشايخ الصادرة عنهم مسامحة لا على أصحاب المذهب ١٥ وأصلهم الثابت في هذا الباب؛ لأنهم ما جعلوا الدية الواجبة بانقلاب القود إليها بالصلح أو بالشبهة من قبيل ما وجب بنفس القتل حتى يرد عليه ما قال: من أن الواجب بنفس القتل لا يجب على العاقلة. ثم رأيت في شرح مختصر الوقاية للمولى القهستاني أنه قال: «لا تتحمل العاقلة ما يجب بسبب قتله ابنه عمداً فإنه وجب القود بنفس القتل إلا أنه سقط ٢٠ بحرمة الأبوة» انتهى.

Bu ifade, Şeyh'in *el-Letâif* metninde yer verdiği ibarenin anlaşılmasına yönelik bir yoruma dayanak teşkil etmektedir. Şöyle ki, 'vucûbuhu' (وجوبه) kelimesindeki 'hu' (ه) zamiri de 'sakata' (سقط) fiilinin zamirinin ait olduğu kelimeye, yani kısasa aittir. Bu takdirde anlam, "Diyet üç yılda ödenmelidir. Çünkü kısas, salt öldürmeden kaynaklanmış ve şüphe nedeniyle müeyyide tazminata dönüşmüştür." şeklinde olur. Bu durumda Şeyh'in metindeki ibareye yönelik itirazı da bertaraf edilmiş olur. Zira orada "salt öldürmeden kaynaklanan diyet" ifadesi [sarahaten] geçmemektedir ki Şeyh'in itirazı geçerli olsun!

2. Şüphenin Kısas Üzerindeki Etkisi

[**Teshîl**] Katili affedenin dışındaki ortak diğerinin affettiğini bilmek sizin katili öldürse, bize göre -zahiren haklı olduğu için- ona kısas değil -şüpheye istinaden- diyet gerekir. Züfer'e göre ise o böyle bir hakka sahip değildir. Affettiğini bilmekle birlikte velilerden birinin affının diğerinin kısas hakkını iptal ettiğini bilmiyor ve iptal etmediğini zannediyorsa aynı şekilde kısas değil diyet gerekir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu konuda da Züfer'in muhalefetinin bulunması gerekir. Hatta evleviyetle gerekir. Bundan dolayı iki meseleye de şamil olması için *el-Letâif* metninde, 'câhilen' lafzını afla mukayyed olarak değil de mutlak olarak zikrettim.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: 'Her iki mesele' ifadesiyle, affetmeyen yakının diğer yakınını affettiğini bilmediği ve bilmesine rağmen bu affın kısası düşürdüğünü ve affetmeyen yakınını hakkının tazminata dönüştüğünü bilmediği iki durum kastedilmektedir. Bu hususları belirtmek amacıyla Şeyh için en uygun olan yol, şerhte 'câhilen' (bilmeyerek) lafzını açıklarken, 'affettiğini ya da affın diğer yakınını kısas hakkını düşürdüğünü bilmeyerek' ifadelerini kullanması olurdu. Bu durum aşikârdır. Ayrıca anlattığı hususları kendi çıkarımı gibi takdim etmiştir. Oysaki yakınlardan birinin affının, kendisinin kısas hakkını düşürdüğünü bilmeyerek katili öldüren yakın meselesinde Züfer'in muhalefetinin olduğu, mezhebin kaynaklarında rivâyetle sabittir. Nitekim *Bedâi'ûs-Sanâi*'de "kısas gerektiikten sonra kısas düşüren hususlar" bölümünde şu ifadeler yer almaktadır: "Yakınlardan biri katili affetse diğeri ise öldürse bu durumda bakılır; eğer katil diğer ortağın affettiğini bilmeyerek öldürmüşse ya da affı bilmesine rağmen, bu durumda öldürmenin haram olduğunu bilmediği için öldürmüşse mezhebimizin üç kurucu imamına (Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf, Muhammed) göre bu meselede kısas gerekmez. Züfer'e göre ise kısas gerekir.

فيستفاد منه توجيه ما أخذه في المتن من الرواية بأن يكون ضمير «وجوبه» راجعا إلى ما رجع إليه ضمير «سقط» يعنى القود؛ فيؤول المعنى إلى أن الدية تجب في ثلاث سنين لوجوب القود بنفس القتل وانقلابه إلى المال بالشبهة فيندفع ما أورده على ما في المتن حيث لم يقل فيه دية وجبت بنفس القتل حتى يرد ما قاله. ٥

٢. أثر الشبهة في باب القصاص

[التسهيل] ولو قتله غير العافي جاهلاً بعفوه أو جبناً دية عليه لا قوداً للشبهة؛ لأنه محقق ظاهرًا، وله أنه بلا حق ولو قتله عالمًا بعفوه ولكنه جاهل بأن عفوه يُبطل حق الآخر في القود وظنُّ أنه لا يُبطله يجب عليه الدية لا القود كذلك.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون فيه خلاف زفر أيضا بل أولى ولذا أوردت في المتن لفظ الجاهل مطلقا لا مقيدا بالعفو ليعم المسألتين.

[فاضل أمير] نقول: يريد بالمسألتين ما كان غير العافي جاهلا بعفو العافي أو علم بعفوه ولكن جهل بأن عفوه يسقط القود وينقلب حق غير العافي بالمال. فكان الأنسب بإرادته هذه أن يقول في تفسير لفظ الجاهل في الشرح:

١٥ جاهلا بعفوه أو بإسقاط عفوه حق الآخر في القود كما لا يخفى. ثم ما ذكره كأنه تفقه منه وهو أن يكون لزفر خلاف أيضا فيما قتله جاهلا بإبطال العفو حقه في القود مما ثبت منهم بالرواية حيث قال في فصل: «وأما بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه» من بدائع الصنائع: ولو عفا أحدهما فقتله الآخر ينظر: إن قتله ولم يعلم بالعفو أو علم به ولكنه لم يعلم بالحرمة لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة -رضي الله عنهم- وعند زفر رحمه الله القصاص. ٢٠

Züfer'in görüşünün gerekçesi şudur: Öldüren yakın, haksız yere bir cana kıymıştır. Zira affedilmesiyle birlikte katilin dokunulmazlığı geri gelmiştir. Kısas, ancak şüpheyle düşer. Salt zan ise bir şüphe doğurmaz. Nitekim birini öldürse ve “Onun babamın katili olduğunu zannettim.” dese de bu beyan hiçbir değer taşımaz. Buna mukabil bizim görüşümüzün gerekçesi ise şudur: Katilin dokunulmazlığında onu öldüren yakın açısından, böyle bir dokunulmazlığın olmadığı şüphesi vardır. Çünkü öldüren yakın, yaptığı eylemin mubah olduğu zannıyla katili öldürmüştür. Bu zan da bir nevi delile dayanmaktadır. İlgili delil de daha önce temas ettiğimiz şu husustur: Kısas, maktûlün hakkı olarak vâcib olmuştur. Yakınlarından her birinin de maktûl lehine vâcib olan bir hakkı elde etme yetkisi bulunmaktadır. Yakınlardan birinin affının, diğer yakının hakkına etki etmemesi gerekirdi. Zira hakkı elde etme yetkisi, her bir yakın için tam olarak mevcuttur. Bu yetki akrabalığa dayanmaktadır. Bundan dolayı bir yakının affının, diğerinin hakkını etkilememesi gerekirdi. Ancak sahabenin icmâi karşısında, bu delili uygulama imkânı bulunmamaktadır. Nitekim bu hususu daha önce açıklamıştık. Ancak böyle bir delilin mevcudiyeti, katilin dokunulmazlığının bulunmadığı hususunda bir şüphe teşkil eder. Bu mevzuda şüphe, hakikat gibi amel eder ve kısasın vücubuna engel olur.”

3. Müessir Fiillerde Kısas Uygulanması

[**Teshîl**] Eli kesilen iki kişiden biri failin elini dirseğinden kesecek olsa sadece yarım diyet alırlar. Çünkü haksız olarak kestiği için kısas imkânsız hâle gelmiştir. Bu husustaki ilke şudur: Kısas mahalli kendiliğinden veya haksız olarak fevt olursa (kısas) bedele dönüşmez ve *erş* bâtil olur. [Mağdurlardan biri tarafından] eli dirseğinden kesilen ilk fail, dilerse onun dirseğini keser. O da [ilk fail] onun elini daha önce bileğinden kestiğinden, eşit konuma gelmiş olurlar. Veya ilk fail dilerse ona elinin diyetini ve dirseğinin ‘hükûmet’ini [bilirkişinin belirlediği tazminat] ödetir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Eşitliği sağlamak için ona elinin diyetini değil, dirseğinin ‘hükûmet’ini [bilirkişinin belirlediği tazminat] ödetmesi gerekir.

وجه قوله: أنه قتل نفسا بغير حق؛ لأن عصمته عادت بالعمو فلو سقط
القصاص إنما يسقط بالشبهة ومطلق الظن لا يورث شبهة كما لو قتل إنسانا
وقال: ظننت أنه قاتل أبي. ولنا أن في عصمته شبهة العدم في حق القاتل؛
لأنه قتله على ظن أن قتلَه مباحٌ له وهو ظن مبني على نوع دليل وهو ما
ذكرنا: أن القصاص وجب حقا للمقتول وكل واحد من الأولياء لسبيل من
استيفاء حق وجب للمقتول فالعمو من أحدهما ينبغي أن لا يؤثر في حق
الآخر؛ ولأن سبب ولاية الاستيفاء وجد في حق كل منهما على الكمال وهو
القربة فينبغي أن لا يؤثر عفو أحدهما في حق صاحبه إلا أنه امتنع هذا
الدليل عن العمل بإجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما بينا، فقيامه يورث
شبهة عدم العصمة والشبهة في هذا الباب تعمل عمل الحقيقة فتمنع وجوب
القصاص انتهى. ١٠

٣. القصاص فيما دون النفاس

[التسهيل] ولو قطعه أحد المقطوعين من مرفقه أخذنا نصف دية لا غير
لتعذر القود بظلم والأصل: أن محلَّ القود إذا فات بنفسه أو بظلم لا يتحوَّل
إلى بدل فبطل الأرش وقطع القاطع الأول الذي قُطع يده من مرفقه ذراع ١٥
قاطعه وقد قُطع يده من زنده أو لا فتساويا أو ضمَّنه دية يده وحكومة ذراع.
[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يضمَّنه حكومة ذراعه لا دية يده
تحقيقا للمساواة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Konu *Tebyînu'l-Hakâik*'te şöyle ele alınmaktadır: “Mağdurlardan biri failin kolunu dirseğinden kesse kisasın uygulanması gereken el, haksız bir şekilde kesilerek ortadan kalktığı için kisas düşer. Müeyyide de tazminata dönüşmez. Bu durum tıpkı elin mağdurlar dışında bir kişi tarafından kesilmesi veya semavi afetle telef olması gibidir. İki mağdur da mevcut durumda yarım diyete hak kazanır. Çünkü bu yarım diyetin ödenmesi, ilk failin kolu kesilmeden önce de gerekliydi. Haksız bir eylemle kolun kesilmesi onu düşürmez. İlk fail ise muhayyerdir. Dilerse ikinci failin dirseğini keser, dilerse ona elinin diyetini ve kolunun dirsekten itibaren olan kısmı için de hükûmet-i adl [bilirkişinin belirlediği tazminat] ödettirir. Çünkü ikinci failin eli, ilk failin kolunu dirseğinden kestiği anda, zaten bilekten kesilmiş vaziyette idi. Bu bakımdan ikinci failin eli çolak gibi kabul edilir.”

Konuyla ilgili doktrin bu şekilde ortaya konduktan sonra meselenin en açık bir biçimde tasviri gerekir ki görme kabiliyeti olanlar apaçık gün ışığını görebilsin ve Şeyh'in ileri sürdüğü itirazdaki boşluklar ortaya çıksın! İyi bir arındırmayla pürüzler ortadan kalkabilir. Olayı şöyle canlandırabiliriz: Önce Zeyd, Bekir ve Amr'ın sağ ellerini bileklerinden kesiyor. Akabinde de Amr, Zeyd'in sağ kolunu dirseğinden kesiyor. Bu durumda Amr ve Bekir, Zeyd'den sadece yarım diyet alabilirler. Zira bunların hakkı, Zeyd'in sağ elinin bileğinden kesilmesi ve kendilerine yarım diyet ödenmesiydi. Kısas mahalli olan Zeyd'in sağ eli telef olduğundan dolayı her ikisinin kısas hakkı düşmüş ve bu düşen hak tazminata dönüşmemiştir. Bunun gerekçesini *Tebyînu'l-Hakâik*'ten nakletmiştik. Ayrıca Şeyh'in naklettiği ilkede yer alan şu ifadeler de bu hükme gerekçe oluşturur: “Kısas mahalli kendiliğinden ya da haksız bir fiil neticesi telef olduğu takdirde, kısas bedele dönüşmez...” Dolayısıyla Amr ve Bekir'in, Zeyd'den yarım diyet dışında bir alacakları kalmamıştır. Bunun için yarım diyet alırlar. Zeyd ise muhayyer bırakılmıştır. İsterse Amr'ın kolunu dirseğinden itibaren kesebilir. Daha önce Amr'ın sağ elini bilekten kesmiş olduğu için böylece eşit olurlar. Ya da Amr'a elinin diyetini ve kolunun dirsekten itibaren kesilen kısmı için de bilirkişinin belirleyeceği tazminatı (hükûmet) ödettirir. Zira Zeyd'in kısas mahalli olan eli [haksız bir eylemle] kesilince, daha önce de açıklandığı gibi, Amr ve Bekir'in Zeyd'in üzerinde yarım diyetten başka hakları kalmamıştır.

[فاضل أمير] نقول: قال في التبيين: «ولو قطع أحدهما يد القاطع من المرفق سقط القصاص لذهاب اليد التي فيها القصاص بالقطع ظلما ولا ينقلب مالا كما إذا قطعها أجنبي أو سقطت بأفة سماوية ولهما نصف الدية على حاله؛ لأنها واجبة قبل قطعه فلا تسقط بالقطع ظلما. ثم القاطع الأول بالخيار إن شاء قطع ذراع القاطع وإن شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل في الذراع من المرفق؛ لأن القاطع كانت مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الأول من المرفق فكانت كالشلاء» انتهى.

إذا تقرر هذا فلا بد من تصوير المسألة على أوضح وجه وأبين حتى يتبين الصبح لذي عينين ويظهر ما كان فيما أورده الشيخ معترضا من الخلل وبحسن السبك قد ينفي الزغل. فالتصوير هو: أن زيدا قطع يميني عمرو وبكرٍ من الزند ثم قطع عمرو يمين زيد من مرفقه؛ فعمرو وبكر لا يأخذان من زيد إلا نصف دية؛ لأن حقهما كان قطع يمين زيد من الزند وأخذ نصف دية ولما فات يمين زيد بعد أن كان محل القود سقط حقهما فيه ولم يتحول إلى بدل لما نقلنا من التبيين ولما رواه من الأصل وهو: «أن محل القود إذا فات بنفسه أو بظلم لا يتحول إلى بدل» إلى آخره فلم يبق لهما على زيد غير نصف الدية فيأخذانه ثم يخير زيد بين أن يقطع ذراع عمرو وقد كان قطع يمين عمرو أولا فيتساويان وبين أن يضمن عمرا دية يده وحكومة ذراعه؛ لأن يمين زيد لما قُطع بعد أن كان محل القود لم يبق لعمرو وبكر حق على زيد غير نصف الدية كما تقرر

Dolayısıyla Zeyd'in eliyle Amr'ın elinin takas imkânı yoktur. Çünkü Amr'ın elinin hakkı düşmüştür. Zeyd Amr'dan, elinin diyetini ve kolunun dirsekten itibaren olan kısmının tazminatını alır. Böylece Şeyh'in "Eşitliğin gerçekleşmesi için ona elinin diyetini ödetmemesi gerekir." sözünün geçersiz olduğu ortaya çıktı. Zira hakkını kaybetmiş bir el ile hakkı sabit olan bir el arasında nasıl eşitlikten bahsedilebilir? Böyle bir eşitlik nerede gerçekleşebilir? Bu konuyla ilgili vehimleri ortadan kaldıran değerlendirme işte budur! Ancak meselenin birinci kısmında Zeyd'in muhayyerliği hususunda bizim açımızdan da bir şüphe bulunmaktadır. Konu "Zeyd isterse Amr'ın kolunu dirseğinden itibaren keser. Daha önce de elini bileğinden kesmiş olduğu için böylece eşit olurlar." şeklinde anlatılmaktadır. Ancak yukarıda Amr'ın elinin hakkının sakıt olduğuna ilişkin temellendirmemiz dikkate alınınca, Zeyd dirseğinden itibaren kolunu kestikten sonra Amr'a kendi elinin diyetini de ödetmelidir. Meselenin ikinci kısmında nasıl kolun tazminatıyla beraber, elin diyetini de ödetmiştir; birinci kısımda da aynı hüküm geçerli olmalıdır. Bu mesele üzerinde durulmalıdır.

4. Kısasın Sübut Yolu

[**Teshîl**] İbn Ebî Leylâ'ya göre eşler, sulh bedeline mirasçı olamaz. Çünkü sulh bedeli mağdur tarafın yüreğinin soğumasına yöneliktir. Bize göre ise sulh bedelinde mirasçılık sahih olup vârislerin tamamı ona ortak olur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bununla Ebû Hanîfe'nin görüşü aleyhine istidlal etmek sahih değildir. Çünkü o -beyyinenin iadesi meselesinde geçtiği üzere- kısasa mirasçılığı câiz görmemektedir. Şöyle ki gaip velilerden bazısının, hazır olan velilerin beyyine ikamesinden sonra gelmesi hâlinde Ebû Hanîfe'ye göre beyyinenin iadesi gereklidir. Çünkü ona göre kısasa mirasçı olunmaz. Bu sebeple de mirasçılığın aksine hazır olan kişi kayıp velinin yerine taraf olamaz.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in bu değerlendirmesi, Ebû Hanîfe ve iki öğrencisinin vârislerin kısas hakkına sahip olmalarının niteliği konusundaki ihtilafları üzerine binaendir. Ebû Hanîfe'ye göre vârisler kısas yetkisine halefiyet yoluyla; Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise veraset yoluyla sahip olurlar.

فلا مساغ لأن يتقاص يد زيد بيد عمرو؛ لأن حق يد عمرو ساقط فيأخذ زيد دية يده وحكومة ذراعه من عمرو. وبهذا ظهر سقوط ما قال: «ينبغي أن لا يضمه دية يده تحقيقاً للمساواة؛ لأن المساواة بين يد ساقط الحق وبين يد ثابت الحق كيف تراعى وأنى تتحقق. هذا هو تحقيق الكلام في هذا المقام على وجه اندفع به الأوهام. ولكن بقي لنا شبهة في القسم الأول من تخيير زيد وهو ما قالوا: إن شاء زيد قطع ذراع عمرو وقد قطع يده من زنده أولاً فتساويا: وهي أن مقتضى ما حَقَّق من أن حق يد عمرو ساقط أن يضمن زيد عمرا دية يده بعد أن قطع ذراعه كما ضمن في القسم الثاني دية يده مع حكومة ذراعه فالتأمل.

٤. طريق ثبوت القصاص

١٠ [التسهيل] ولم يرثه زوجان عند ابن أبي ليلى؛ لأنه للتشفي، ولنا صحة الإرث فيه فيشارك الورثة كلهم.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لا يصح الاستدلال بهذا على قول أبي حنيفة لأنه لا يرى الإرث فيه كما مرّ في إعادة البينة إذا حضر بعض الأولياء الغائب بعد إقامة الحاضرين بينة فإن إعادة يجب عند أبي حنيفة لأن القود لا يورث عنده فلم ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب بخلاف الإرث.

١٥ [فاضل أمير] نقول: هذا الكلام منه بناء على ما ثبت من الخلاف الواقع بين الإمام وصاحبيه في أن طريق ثبوت القصاص للورثة الخلافة عنده والوراثة عندهما؛

Vârislerden biri, diğer vârisler namına taraf olamaz. Hatta bir kişi, oğlunun kasden öldürüldüğüne ilişkin beyyine sunsa, maktûlün gaip olan kardeşi bilahare hazır bulunsa, Ebû Hanîfe'ye göre bu beyyineyi yeniden sunar. İki öğrencisine göre ise beyyinenin tekrar sunulmasına ihtiyaç yoktur. Hazırda bulunan vârisin beyyine sunmuş olması yeterlidir. Kısasın halefiyet yoluyla sabit olmasıyla kastedilen, katilin maktûle uyguladığını ona aynen uygulamak hususunda vârislerin maktûlün yerine geçmesidir. Ancak burada bu yetkinin maktûlün mülkiyetinde olup da vârislere intikali söz konusu değildir.

10 Anlaşıldığı kadarıyla Şeyh [Bedreddîn], Ebû Hanîfe'ye göre vârisler için kısas hakkının veraset yoluyla sabit olmamasına bakarak, Hanefî fakihlerin "Eşlerden her biri diğerinden kısas hakkına vâris olur. Zira bu konuda mirasçılık sahihtir." sözünün Ebû Hanîfe'ye göre sahih olmadığını düşündü. Hâlbuki bu konu o kadar problemlidir. Çünkü

15 fıkıhçıların "Zira bu konuda mirasçılık sahihtir." sözü, geride kalanın vefat edenin yerine geçmesinin ve eğer o sağ olsaydı yapabileceği şeyleri yapabilmesinin sahih olduğunu ifade etmektedir. Bu 'yerine geçme' ve 'yapabileceği işi yapabilme' konusunda eşler ile diğer mirasçılar arasında bir fark bulunmamaktadır. Eşlerden birinin, terekesindeki belirli oran

20 miktarınca diğer eşin yerine geçebileceğini kabul edip de kısas konusunda onun yerine geçeceğini kabul etmemek, sırf tahakküm ve gerekçesi olmayan bir tahsis işlemidir.

فلا يصير أحد الورثة خصما عن البقية حتى لو أقام بينة على قتل ابنه عمدا غائبا أخوه فحضر يعيدها عنده، ولا يحتاج إلى الإعادة بل يكفي إقامة الحاضر عندهما. والمراد بثبوت خلافته أن تقوم الورثة مقام الميت في أن يعتدي على القاتل بمثل ما اعتدى على المقتول من غير أن يملكه المقتول ٥ ثم ينتقل منه إليهم.

فكان نظر الشيخ إلى أن ثبوت القصاص للورثة لما لم يكن بطريق الوراثة عند الإمام لم يصح قولهم: يرث أحد الزوجين من الآخر القود لصحة الإرث فيه على قول الإمام^١ ولكن الأمر فيه سهل؛ لأن المراد من قولهم: لصحة الإرث فيه صحة أن يقوم الباقي مقام الهالك ويعمل ما لو كان هو حيا لعمله. وفي هذا القيام والعمل لا فرق بين الزوجين وبين سائر الورثة فإقامة أحد الزوجين مقام الآخر في تركته بقدر حقه المعلوم وأن لا يقيمه في حق القصاص تحكُّم وتخصيص من غير مخصص.

١ وفي هامش أج: قوله: على قول الإمام متعلق بلم يصح، منه.

DİYETLER

1. Müessir Fiilin Sirayet Etmesi Durumunda Ödenecek Tazminat

[**Teshîl**] Bir kimse birinin el parmağını ekleminden kesse ve bu fiil nedeniyle parmağın kalan kısmı felç olsa veya elin tamamı felç olsa kısas gerekmez. Kesmeden dolayı *erş*, felçten dolayı da *hükûmet* gerekir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu durum 'akl' meselesinde geçen hususla çelişmektedir. Orada meseleyi parmağın kesilmesi sonucu elin felç olmasıyla örneklendirmişti. Yani zikredilen meselede sadece el karşılığı diyet gerekmiş, parmağa karşı işlenen cinayetin cezası, elin cezası ile ictima etmişti. Burada ise tedâhül dile getirilmemiştir. O nedenle bu iki mesele birbirine çelişki arz etmektedir. Metindeki ibareyi *el-Kâfi*'den naklettim. Orada konu şöyle anlatılmaktadır: "En son eklemde diyet; parmağın kalan kısmında ise 'hükûmet-i adl' gerekir." O zaman bizim söylediğimiz itiraz varit olmuş ve mesele hakkında iki rivâyetin bulunması muhtemel olmuş olur. Böyle bir problemden sonra Kâdîhân'ın *el-Câmi'ûs-Sağîr* şerhinde, "Buradaki hüküm, 'akl' meselesindeki hüküm gibidir." şeklindeki açıklamasına vakıf oldum, yani elin ve parmağın *erş*inin verilmesi gerekir. Son eklemin hükmü ise parmağın kalan kısmının hükmü kapsamına girer. O itibarla failden *hükûmet* değil de *erş* alınır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Burada Şeyh'in temas ettiği meselenin özeti şudur: Mezhebin temel yaklaşımına göre bir kişi bir organın bir kısmını yaralasa, yara organın tamamına sirayet etse, yaralanan kısım için gerekli olan tazminat organın bütünü için öngörülen tazminatla ictima ederek onun kapsamına dâhil olur. Yalnızca organın tamamı için tazminat (*erş*) ödenmesi gerekir. Nitekim Şeyh metinde bu görüşe yer vermiş, *el-Bedâi'* ve diğer muteber kaynaklarda da bu husus açıkça dile getirilmiştir. Burada *el-Kâfi*'den naklettiği "Bir parmağın bir eklemine kesse, organın kalan kısmı ya da elin tamamı felç olsa kesilen kısım için *erş*, felç için ise hükûmet-i adl gerekir." hükmü mezhebin temel yaklaşımına aykırı düşmektedir. Çünkü temel yaklaşıma göre sadece parmağın ya da elin diyeti ödenmelidir. Eklemin diyeti de parmağın ya da elin tamamının diyeti ile ictima ederek onun kapsamına dâhil olmalıdır. Problemin özü budur.

كتاب الديات

١. الضمان عند سراية الجناية فيما دون النفس

[التسهيل] ولو قطع مفصلاً فشَلَّ باقيه أو كل يده فلا قوَد فيجب الأرش للقطع والحكومة للشلل.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ينافيه ما مر في مسألة العقل حيث مثَّله بقطع أصبع فشَلَّ يده يعني يجب دية في اليد فقط ويدخُل فيها جناية الأصبع، وهنا لم يقل بالتدخُل فتنافيا. وما في المتن نقلته من الكافي وأوردَه فيه بقوله: وينبغي أن يجبَ الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل فيردُّ ما قلنا، ويحتَمِل أن يكون في المسألة روايتان. ثم بعد إشكالي هذا اطلعتُ أن قاضيخان قد صرَّح في الجامع الصغير أن الحكم هنا كحكم مسألة العقل ١٠ أي يجب أرشُ اليد والأصبع فيندرج حكم المفصل الأعلى في الباقي فيؤخَذ الأرش لا الحكومة.

[فاضل أمير] نقول: حاصل ما قال: أن المذهب فيما جنى على بعض عضو فسرى إلى كله أن يدخل موجِب البعض في أرش الكل إذا كانا في عضو واحد ويجب أرش الكل فقط كما مر في المتن وصرح به في البدائع ١٥ وغيره من المعتمرات فكان ما نقله من الكافي هنا من قوله: «ولو قطع مفصلاً فشل باقيه أو كل يده يجب الأرش للقطع والحكومة للشلل» مخالفاً لما ثبت من المذهب؛ لأن ما يقتضيه أن يلزم دية الأصبع أو اليد فقط ويدخل أرش المفصل في دية الأصبع أو في دية اليد.

Bil ki *Tebînu'l-Hakâik*'te şu hükümler yer almaktadır: “Parmağın bir eklemi-
ni kesse, diğer kısmı ise felç olsa, eğer o kişi parmağın kalan kısmını kullanamıyor-
sa tek bir tazminatla yetinilir. Eğer kalan kısmı kullanabiliyorsa, kesilen kısmın
5 diyeti ve kalan kısım için de *hükûmet-i adl* ödenmesi gerekir. Bu hususta görüş
birliği vardır.” Bu ifadelerden *el-Kâfi*'de yer alan yaklaşım ile mezhepteki ‘parça-
nın diyetinin organın tamamının diyeti kapsamına gireceği’ (tedâhül) şeklindeki
temel yaklaşımın nasıl uzlaştırılacağı ortaya çıkmaktadır. Uzlaştırma şu şekil-
dedir: Temel yaklaşım olarak öngörülen tedâhül, organın kalan kısmı kullanıla-
madığı takdirde geçerlidir. *el-Kâfi*'de yer alan ‘kesilen kısım için *erş*, felçli kısım
10 için *hükûmet-i adl* ödenmesi gerektiği ve bu tazminatların tedâhül etmeyeceği’
yaklaşımı ise organın kalan kısmının kullanılabilirdiği durumlar için geçerlidir.

Zeki ve tecrübe sahibi kimsenin rahatlıkla takdir edeceği gibi, kalan kısım
kullanılabilirdiği takdirde parçanın diyetinin bütünün diyeti içerisine girmemesi
ve organının tamamının diyetinin ödenmemesi görüşü hem tercihe şayan bir
15 görüştür, hem de *fürû'* ve *usûl* kaynaklarında sabit olan anlayışla uyum içeri-
sindedir. Zira parmağın ya da elin kalan kısmı kullanılabilirdiği takdirde par-
mağın ya da elin tamamı için diyet ödenmesi öngörülse, her ne kadar eklemi
diyeti organın bütününün diyetinin içerisinde yer alsada eklemi kesen fail için
apaçık bir zarar söz konusu olur. Bu uzlaştırma kabule şayandır. Bu çıkarımı
20 yapmayı Yüce Allah yalnızca bana nasip etmiştir. “Bizi bu neticeye ulaştıran
Allah’a hamd olsun. Eğer o bize yol göstermeseydi biz bu sonuca varamazdık.”¹

Bu arada Molla Hüsrev *ed-Dürer* ve *el-Gurer*'de, *Tebînu'l-Hakâik*'ten ka-
lan kısım kullanılmadığı takdirde parçanın erşinin bütünün erşi içerisinde
tedâhül edeceği, kalan kısım kullanılabilirdiği takdirde ise tedâhül etmeyeceği
25 görüşünü almıştır. Ancak Zeylaî'nin “Kalan kısım kullanılmadığı takdirde tek
bir erşle yetinilir.” ifadesiyle kesilen eklemi erşinin kastedildiğini zannetmiştir.
Bundan dolayı “Kalan kısım kullanılmıyorsa, eklemi diyeti ödenmelidir.”
ifadesine yer vermiştir. Ancak kastedilen bu değildir. ‘tek bir erş’ ifadesiyle kas-
tedilen bir eklemi kesildikten sonra kullanılmayan parmağın veya bir parmağı
30 ya da bir parmağının bir eklemi kesildikten sonra kullanılmayan elin tamamı-
nın erşidir. Bu husus *el-Bedâi*'de açıkça ifade edilmiştir. Şeyh'in Kâdihân'dan
yaptığı nakilde bu durumu göstermektedir. Zira orada ‘parmağın ya da elin
erşi’ ifadesi yer almaktadır. Doğrusu, *el-Gurer*'deki ifade “Kalan kısım kullanı-
lamıyorsa, parmağın diyeti ödenmelidir.” şeklinde olmalıdır.

1 İfadede, Araf 7/43 âyetine telmih bulunmaktadır.

إذا تقرر هذا فاعلم أنه قد قال في التبيين: قطع مفصلا من الأصبع وشل ما بقي منها يكتفى بأرش واحد إن لم ينتفع بما بقي وإن كان ينتفع به تجب دية المقطوع وتجب حكومة عدل في الباقي بالإجماع» انتهى. فظهر منه وجه التوفيق بين ما في الكافي وبين ما ثبت من المذهب وهو دخول أرش البعض في أرش الكل بأن يقال: إن ما ثبت من التداخل فيما إذا كان الباقي غير منتفع به، وما في الكافي من لزوم الأرش للقطع والحكومة للشلل وعدم التداخل فيما كان الباقي منتفعا به. ٥

ولا يخفى على اللبيب الخبير أن القول بعدم دخول أرش البعض في أرش الكل وبعدم إيجاب دية الكل فيما كان الباقي منتفعا به قول حري بالقبول مناسب لما ثبت في الفروع والأصول؛ لأن فيما بقيت الأصبع أو اليد منتفعا بها لو قيل بوجوب دية الأصبع أو دية اليد لكان ضررا بينا على قاطع المفصل وإن دخل أرش المفصل فيها. وهذا توفيق بالقبول حقيق خصني الله سبحانه باستنباطه. الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي به لولا أن هدانا الله.

ثم إن مولانا خسرو قد أخذ في الدرر والغرر بما في التبيين من أن دخول أرش البعض في الكل فيما لم يكن الباقي منتفعا به وعدم الدخول فيما كان الباقي منتفعا به ولكن ظن أن المراد من قول الزيلعي: يكتفى بأرش واحد إن لم ينتفع بما بقي أرش المفصل المقطوع حيث قال: بل دية المفصل إن لم ينتفع بما بقي. وليس المراد هذا بل المراد من قوله: «بأرش واحد» أرش الأصبع التي لم تبق منتفعا بها بعد قطع مفصلها أو أرش اليد إذا لم يبق منتفعا به بعد قطع أصبع منه أو قطع مفصل منها كما صرح به في البدائع. ودل عليه ما نقله الشيخ من قاضيخان^٢ حيث قال: «أي أرش اليد أو الأصبع». فكان الصواب أن يقول في الغرر: بل دية الأصبع إن لم ينتفع بما بقي.

١ أي قول الزيلعي.

٢ وفي هامش أ: ولكون قاضيخان رحمه الله صححه وهو أحق من يعتمد على تصحيحه، تنوير البصائر.

2. Zâhir Sebebin Dikkate Alınması

[**Teshîl**] Gözün görmesi, cinsel organın hareket etmesi ve konuşma gibi, çocuğun göz, cinsel organ ve dilinin sağlam olduğuna delâlet edecek emarelere vakıf olunamaması hâlinde hükûmeti gerekli görürüz. Çünkü organların salt dış görüntüsü diyeti gerektirici değildir. Diğer üç imam ise çocuğun ve organlarının aslen sağlam oluşunu esas alarak bahse konu organların izalesi hakkında tam diyeti gerekli görmüşlerdir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu mesele -aşağıda gelecek olan- Muhammed'in 'çukur kazma' ve 'çekme' meselesi hakkındaki görüşüyle problem arz etmektedir. Muhammed, ölen şahsın çukura düşmesini zahiren illet kabul ederek, çukuru kazan şahsı diyetin tamamını tazminle yükümlü tutmuştur. Böylece zahir durumu o meselede gerektirici bir delil kılmıştır. [Şeyh Bedreddîn itirazının akabinde şu ifadelere yer vermiştir:] Baş ve yüz bölgesinde yer alan yaranın ve müessir fiilin izinin kaybolması hâlinde Ebû Hanîfe'ye göre fail suçtan berî olur. Ebû Yûsuf'a göre *hükûmet-i elem* ödenmelidir. Bunun miktarı ise mağdurun sağlam hâli ve -iyileştiği farz edilmekle birlikte- yaralı hâli kıymetlendirilmek suretiyle tespit edilir. Ebû Yûsuf, -Muhammed'in kabul ettiği- tedavi giderinin ödenmesini gerekli görmez.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Verilen cevabın özeti, Muhammed'in 'kuyu kazma' ve 'çekme' meselesinde dikkate aldığı zahir (görünür sebep) ile çocuğun gözünde, dilinde ve cinsel organında dikkate alınan zahir (görünür durum) arasında fark olduğudur. Birincisinde görünür sebep söz konusudur. Hükümlerin görünür sebeplere izafe edilmesi, usûl âlimlerince izlenegelen bir yaklaşımdır. Nitekim bunu, usûlle asgari derecede meşgul olmuş herkes bilir. Bu hususu ortaya koyan meselelerden birisi de ana yolda açılmış bir çukura birinin düşüp ölmesi hâlinde çukuru kazanın tazminle yükümlü olmasıdır. Buradan anlaşılmaktadır ki kuyuya düşmek, kuyu kazana tazmin yükümlülüğü yükleyen görünür sebeptir. Çünkü kuyunun kazılmış olması, düşme eyleminin sebebidir. Çocuğun organlarının sağlam olmasıyla ilgili zahir (görünür durum), görünür sebep mahiyetindeki zahir değildir.

٢. اعتبار السبب الظاهر

[التسهيل] ونوجب الحكومة في عين الصبي ولسانه وذكره إذا لم يُعلم صحته بما دل على نظره وبحركة ذكره وكلامه لا دية؛ إذ الظاهر غير ملزم، ولهم أصالة الصحة.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل قول محمد في مسألة الحفر والجر التي تجيء بعد ورقة تقريبا إلى قوله: فجعل الظاهر ملزما ثمة ويليه قوله: ولو زال أثر الشجة أو أثر الجرح فهو أي الجاني بريء عند أبي حنيفة، ويوجب أبو يوسف حكومة الألم بأن يقوّم سالما ومجروحا مع تقدير برئه لا خرج علاجه كما قال به محمد.

١٠ [فاضل أمير] نقول: حاصل ما أجيب عنه هو الفرق بين الظاهر الذي اعتبره محمد في الحفر والجر وبين الظاهر في عين الصبي ولسانه وذكره بأن الأول هو السبب الظاهر وإضافة الأحكام إلى الأسباب الظاهرة طريقة مسلوكة عند أئمة الأصول كما لا يخفى على من له أدنى ممارسة بالأصول، ومما يدل عليه أنهم قالوا فيمن وقع في البئر المحفورة في الطريق ومات يلزم الضمان على الحافر فعلم منه أن الوقوع سبب ظاهر يستوجب الضمان ١٥ على الحافر لما أن الحفر سبب الوقوع وليس الظاهر الذي هو صحة أعضاء الصبي السبب الظاهر.

3. Cârîyenin Ceninin Diyeti

[**Teshîl**] Darbe sonucu düşük yapan kadının cârîye olması hâlinde kölelik vasfı nedeniyle gurrenin failin kendi malından ödenmesi vâcib olur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu görüşün Ebû Hanîfe'nin değil de Ebû Yûsuf'un görüşüne dayanması gerekir. Çünkü Ebû Yûsuf'un ictihadına göre değil de Ebû Hanîfe'nin ictihadına göre hür bir kimsenin köleye karşı cinayetinde tazmin âkile üzerinedir. Nitekim 'mamlûk' faslında bu konu gelecektir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: İlgili mesele *Bedâi'us-Sanâi*'de şöyle geçmektedir: “Bir cârîyenin düşürülen cenininden dolayı ödenmesi gereken tazminat, failin malından peşin olarak alınır; âkile bu tazminatı yüklenmez. Ancak hür bir kadının cenininin düşürülmesinden kaynaklanan tazminatı âkile öder.” Buradan da anlaşılmaktadır ki cârîyenin cenininin düşürülmesinde tazminatı failin ödeyeceği konusunda Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf arasında ihtilaf yoktur. Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf arasındaki ihtilaf, hür bir insanın taksirli bir eylemle bir köleyi öldürmesi meselesindedir; Ebû Hanîfe'ye göre bu durumda tazminatı âkilenin ödemesi gerekirken, Ebû Yûsuf'a göre tazminat fail tarafından ödenmelidir. “Kölelik vasfı nedeniyle gurrenin failin kendi malından ödenmesi vâcib olur.” ifadesinde kastedilen ceninin annesinde bulunan kölelik vasfıdır. Ceninin annesi köle olduğu takdirde haksız fiilden kaynaklanan tazminatı ödemekle failin yükümlü olduğunu, âkilesinin yükümlü olmadığını öğrenmiş bulunuyorsun. Şeyh'in “Ebû Hanîfe'nin ictihadına göre hür bir kimsenin köleye karşı cinayetinde tazmin âkile üzerinedir.” ifadesine şu cevap verilir: Evet, âkile hür bir insanın sağ olarak dünyaya gelmiş, bağımsız varlığa sahip bir köleye karşı uyguladığı haksız eylemin tazminatını öder. Annesinin karnında olan bir cenine karşı işlenen haksız eylemin tazminatı bu kapsamda değildir.

4. İhtimal Sebebiyle Tazminatın Yarıya İnmesi

[**Teshîl**] Sokağa uzatılan çıkıntuların duvar üzerine konulmuş tarafının birisine isabet etmesi durumunda tazmin gerekmez. Çünkü burada bir haksız fiil bulunmamaktadır. Ama onun iki ucu da isabet etse diyetin yarısının ödenmesi gerekir. Hangi tarafın isabet ettiğinin bilinmemesi hâlinde de hüküm böyledir.

٣. دية جنين الأمة

[التسهيل] وتجبُ في ماله للقيِّية.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون هذا على مذهب أبي يوسف لا على مذهب أبي حنيفة؛ إذ العاقلة تضمن جناية الحر على العبد عنده لا عند أبي يوسف كما يجيء في فصل المملوك. ٥

[فاضل أمير] نقول: قال في البدائع: «والواجب في جنين الأمة يكون في مال الضارب يؤخذ حالا ولا تتحملة العاقلة. والواجب في جنين الحرة يكون على العاقلة» انتهى. فعلم منه أن لا اختلاف في كون الواجب في جنين الأمة على الضارب وإنما اختلاف الشيخين فيما قتل حر عبدا خطأ فأبو حنيفة يقول: جنايته على العاقلة وأبو يوسف على الجاني فكان معنى قوله: يجب في ماله للقيِّية لقيِّية أم الجنين، وقد عرفت أن أم الجنين إذا كانت قنة يجب ما يجب بالجناية^١ على الجاني لا على عاقلته فيقال في قول الشيخ: «إذ العاقلة تضمن جناية الحر على العبد عنده» نعم تضمن العاقلة جنياته على عبد مولود قائم بنفسه لا على ما كان في بطن أمه.

٤. تنصف الضمان بالاحتمال ١٥

[التسهيل] ولو أصاب طرفه الموضوع على الحائط فلا ضمان؛ إذ لا تعدي

فيه، ولو أصاب طرفاه لزم النصف كما لو جهل أي طرفيه.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Burada şöyle bir problem vardır: Darp edilen kadın ölse ve ölü bir cenin düşürse; ceninin, annesinin ölümü sebebiyle ölme ihtimalinden dolayı *gurre* değil diyet gerekir. Çünkü şüpheyile *gurre* gerekmez. Burada da böyledir. O nedenle iki durumdan biri gerekir: Kıyasla
5 amel ederek ya temelden ikisi için de diyetin gerekli olmadığına veya burada yaptıkları gibi istihsânla amel ederek her ikisi hakkında yarım diyetle hükmetmek. Çünkü *gurre* bir bakımdan gerekmede diğer bakımdan gerekmemektedir. O nedenle burada dediğimiz gibi diyetin yarısı ödenir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh burada, oluk ve balkon meselesinde iki
10 ihtimal dikkate alınarak tazminat nasıl yarıya indirilmişse, ölü cenin meselesinde de iki ihtimalin dikkate alınarak gurrenin yarısının ödenmesi gerektiğini ileri sürüyor. Bu itiraza şöyle cevap verilebilir: *Tebyî-nu'l-Hakâik*'te şu ifadeler yer almaktadır: “Annenin ölümü, ceninin ölümünün görünür sebebidir. Çünkü ceninin hayatı annenin hayatına,
15 nefes alması annenin nefes almasına bağlıdır. Annenin ölümüyle cenin boğulmuş olur. Bu durum, gurreyle ilgili hükmü düzenleyen nassın kapsamına girmez. Zira o durumda ihtimal daha azdır.”

Bu ifadeden her iki mesele hakkındaki fark ortaya çıkar. Burada ele alınan meselede her iki ihtimal de eşittir. Cenin meselesinde ise ihtimallerden birisi zayıftır. Bu durumu Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinde yer alan şu ifadeler destekler: “İsabetin oluşun taraflarından birine izafe edilmesi, diğerine izafe edilmesinden daha uygun değildir. Dolayısıyla isabet oluşun her iki tarafına da izafe edilir.”

5. İşçinin Sorumluluğu

[Teshîl] Yapımı sürmekte olan revzen yani pencere benzeri bir şeyden dolayı birisi ölse, emrin/işin bozukluğu nedeniyle işçiler tazminle sorumlu olur. Şayet işin tamamlanmasından sonra ölürse istihsânen işverenin (âmir) ödemesi gerekir. Çünkü işçiler, işlerini işverene teslim etmiştir. Bu mesele kendi dükkânının etrafında bina yaptıran şahsın durumu gibidir. Şayet yolun ortasında (gölgelik gibi) bir şey bina etse (de düşme takılma gibi bir sebeple ölüm meydana gelse), işin tamamlanmasından sonra dahi olsa işçi tazmin eder. Çünkü emrin temelinde bozukluk vardır. İşin şahsın kendi binasının etrafında olmasının hükmü bunun aksinedir. Orada işçi (ölüm hadisesinin), işin tamamlanmasından sonra değil de önce meydana gelmesi hâlinde tazmin eder. Çünkü başkalarına zarar vermedikçe, bir kimsenin kendi mülkünün etrafında bir şey ihdas etmesi selamet şartıyla diyâneten mubahtır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل بأن المضروبة إذا ماتت فألقت جنيًا ميتًا تجب ديةً بلا غرةٍ لاحتمال موته بموت أمه فلا يجب بالشك كذلك هنا فيلزّم أحد الأمرين نفى الوجوب أصلًا فيهما عملاً بالقياس أو التنصيف فيهما عملاً بالاستحسان كما عملوا هنا إذ الغرة تجب بحالٍ دون حالٍ فيتصّف كما قلنا هنا. ٥

[فاضل أمير] نقول: يريد أن في مسألة الميزاب والجرصن^١ لما اعتبر الاحتمالان وتنصف الضمان كان اللازم أن يعتبر في مسألة الجنين الميت الاحتمالان أيضا ويتنصف الغرة. فيقال: إنه قد قال في التبيين: «إن موت الأم سبب لموته ظاهرا؛ لأن حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فيختنق بموتها فلا يكون في معنى ما ورد به النص؛ إذ الاحتمال فيه أقل» انتهى. ١٠

فظهر منه الفرق بين المسألتين بتساوي الاحتمالين فيما نحن فيه ومغلووية أحدهما في مسألة الجنين، ويؤيده ما في شرح المجمع للأياثلوغي من قوله: «وليس إضافة الإصابة إلى أحد الطرفين أولى من الآخر فيضاف إليهما».

٥. ضمان العامل في عمله

[التسهيل] ضمن العملة بنحو رُوْرَن^٢ مات به أحد قبل فراغهم لفعلهم ١٥

لفساد الأمر، وضمن الأمر لو بعد فراغهم استحساناً؛ إذ سلّم إليه عملهم كبناء بفناء دكان. ولو بنى في وسط الطريق ضمن الأجير ولو بعد فراغه لفساد الأمر ضدّ فئاته فإن الأجير يضمن ثمة قبل فراغه لا بعده؛ إذ يباح له ديانة إحدائه فيه بشرط السلامة إذا لم يضر.

١ جذع يخرج من الحائط ليبنى عليه.

٢ الكوة غير النافذة.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: “Emrin temelinde bozukluk vardır. İşin şahsın kendi mülkünün etrafında olmasının hükmü bunun aksinedir.” sözü, mülkün etrafındaki iş konusundaki emrin fâsit olmadığına delâlet eder. Revzen meselesinde geçen işle emretmek ise mülkün etrafında dahi olsa fesâda delâlet eder. Çünkü revzenin mutlaka etrafta olması gerekir. Nitekim ‘dükânının etrafında bina’ sözü buna delâlet etmektedir. Bu iki mesele arasında aykırılık bulunmaktadır. Bana göre doğru olan şöyle denmesidir: Bir işin yapılmasını emretmek, kişinin kendi mülkünde olduğu gibi bazen bütün yönlerden sahih olur. Burada gerek işin bitmesinden önce gerekse sonra mutlak anlamda işçilerin herhangi bir sorumluluğu olmaz. Yolun ortasında iş yapmayı emretmek gibi bazen bütün yönlerden bozuk olur. Burada işin bitmesi öncesi ve sonrası sorumluluk mutlak anlamda işçilere aittir. Bazen de bir yönden fâsit bir yönden sahih olur. Mülkün etrafı örneğinde durum böyledir. Buradaki emir bir yönüyle bozuk; bir yönüyle de sahihe benzenmektedir. O nedenle ‘iki benzerlikle amel’ gereğince işin tamamlanmasından sonra değil ama tamamlanmasından önce işçiler tazminle yükümlüdürler.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Zeylâi, Şeyhülislâm’dan naklen, bu konuyla ilgili incelemenin hakkını vermiştir. Mesele özetle şöyledir: “Eğer yolun ortasına bina yapma emri verilmişse, işçi inşaat bittikten sonra da ilgili binadan kaynaklanan zararı öder. Eğer mülkün etrafına bina yapma emri verilmişse, işveren işçilere ‘Bana bir sundurma yapın. Orası benim mülkümüdür.’ veya ‘Benim orada kadim zamandan beri binadan dışarıya yapıyı taşıma hakkım vardır.’ demiş olsa ancak işçiler işin iç yüzünü bilmeseler, sonra da durumun farklı olduğu ortaya çıksa işçiler zararı tazminle yükümlü olurlar ancak işverene rücû ederler. Zarar ister inşaatın bitmesinden önce isterse sonra meydana gelsin, çözüm kıyas yoluyla da istihsân yoluyla da budur. Eğer işçilere ‘Bana evimin etrafına taşan bir sundurma yapın.’ dese, ancak kendisinin kadim zamandan beri binadan dışarıya yapıyı taşıma hakkı olmadığını söylese ya da bu hususu söylemese, işçiler inşaatı yapsalar, çalışma devam ederken yapılan kısım düşerek bir şeyi telef etse, işçiler tazminle yükümlü olurlar ve kıyasen rücû hakları yoktur. Yapı inşaat bittikten sonra düşse de işçilerin rücû hakkı yoktur. Kıyasen cevap böyledir. Çünkü işveren onlara kendisinin yapmaya hakkı olmadığı bir şeyi emretmiştir. İşçiler de o emrin geçerli olmadığını bilmektedir. Ancak istihsânen işveren tazminle yükümlüdür. Zira bu emir geçerlidir. Çünkü evinin etrafı bir açıdan işverenin mülküdür. Ancak orayı satması câiz olmadığı için onun mülkü sayılmaz.”

[الشيخ بدر الدين] أقول: قوله «لفساد الأمر ضد فنائه» دل على أن الأمر في الفناء ليس بفساد وما مر في مسألة الروزن دل على فساد الأمر ولو في الفناء؛ إذ الروزن لا بد أن يكون في فنائه ودل على ذلك قوله: كبناء بفناء دكانه فبينهما تدافع. والحق عندي أن يقال: إن الأمر يصح تارة من كل الوجوه كما في ملكه فلا عهدة على العملة مطلقاً قبل الفراغ وبعده ويفسد تارة من كل الوجوه كما في وسط الطريق مثلاً فالعهدة على العملة مطلقاً قبل وبعده. وتارة يفسد من وجه دون وجه كما في الفناء فللأمر فيه شبه الفساد وشبه الصحة فضمن العملة قبل الفراغ لا بعده عملاً بالشبهين.

[فاضل أمير] نقول: قد أوفى الزيلعي حق التحقيق في هذا الأمر' نقلاً عن شيخ الإسلام وخلاصته: أن الأمر بالبناء إن كان في وسط الطريق ضمن الأجير ما هلك به ولو بعد الفراغ، وإن كان في الفناء فإن قال للأجراء: ابنوا لي جناحاً أو نحوه فإنه ملكي، أو لي فيه حق الإشراع من القديم ولم يعلم العملة ثم ظهر خلاف ما قال فالضمان على الأجراء ويرجعون به على الأمر قياساً واستحساناً سواء هلك به شيء قبل الفراغ أو بعده. وأما إذا قال لهم: أشرعوا لي جناحاً على فناء داري وأخبرهم أن ليس له حق الإشراع في القديم أو لم يخبرهم فبنوا فسقط وأتلف شيئاً إن قبل الفراغ فالضمان عليهم ولم يرجعوا به قياساً وإن سقط بعد الفراغ فكذلك جواب القياس؛ لأن المستأجر أمرهم بما لا يملك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد أمره. وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر؛ لأن هذا الأمر صحيح من حيث إنه فناء داره مملوك له من وجه وغير مملوك له من حيث إنه لا يجوز له بيعه، انتهى.

Buradan da anlaşılmaktadır ki Şeyh'in metinde yer verdiği mesele mülkün etrafına inşaat yapmakla ilgili meselelerin ikincisidir. Yani onlara mülkün etrafına inşaat yapmalarını emredip de kendisinin kadim zamandan beri binadan dışarıya yapıyı taşıma hakkı olmadığını söylemediği meseledir. Anlaşılmış olacağı üzere bu durumda emir, bir yönden sahih bir yönden fâsittir. Dolayısıyla bu durumda "Emir sahihtir." demekle "Emir fâsittir." demek arasında çelişki olmaz. Şeyh'in emri taksim ederken kullandığı "Emir bazen bir yönden fâsit olur." sözü bizim iddiamızı destekler. Şeyh'in titizlikle üzerinde durduğu ve kendi çıkarımı olarak takdim ettiği husus, ilave ya da çıkarma olmaksızın, Şeyhülislâm'dan nakledilen değerlendirmenin aynısıdır.

6. Müteselsil Sebebiyet

[**Teshîl**] Eşilen çukura düşen şahıs, düşerken Zeyd'i, Zeyd de Bekir'i çekip düşürse ve ölüm sıraları bilinmese bu durumda Ebû Yûsuf'a göre Zeyd'i çekmesi nedeniyle ilk şahsın diyetinin üçte biri mülga olur. Bekir'i birinci şahsın üzerine çekip düşürdüğü için Zeyd'in birinci şahsın diyetinin üçte birini tazmin etmesi gerekir. Kuyuyu kazan şahsın da birinci şahsın diyetinin üçte birini ödemesi gerekir. [Zira birinci şahsın ölümü üç illetten kaynaklanmıştır:] Kazan kişi, Zeyd ve Bekir. Zeyd'in durumu hükümsüz olmuştur, çünkü düşüp ölen şahıs Zeyd'i kendine çekmiştir. Ebû Yûsuf ilk düşen şahsa, Zeyd'i çektiği için onun diyetinin yarısını öngörmüştür. Bekir'in payı olan diğer yarısını ise düşürmüştür. Çünkü Zeyd Bekir'i kendisine çekmiştir. O nedenle [bu eylemin zararı] ona izafe edilmiştir. Ebû Yûsuf'un bu görüşü Ebû Hanîfe'den gelen rivâyetlerden biridir. Muhammed kuyuyu kazan şahsa birinci şahsın diyetinin tamamını yüklemiştir. Çünkü onun düşmesi açık illettir. Yine Muhammed birinci şahsa, Zeyd'in diyetinin tamamını yüklemiştir. Zeyd'e ise Bekir'i çekmesi sebebiyle ittifakla Bekir'in tam diyeti yüklenmiştir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Muhammed'in [bu meseledeki] görüşü, çocuğun dili ve cinsel organı hakkındaki görüşü ile problem arz etmektedir. Çünkü bize göre o durumda diyet değil hükûmet gerekir. Çünkü her ne kadar zâhir olan sağlam olması olsa da bu organların sağlam oldukları meçhuldür. Çünkü zâhir bağlayıcı değildir. Dolayısıyla Muhammed'in görüşü problemlili bir durum arz etmektedir.

فظهر منه أن ما ذكر في المتن هو الصورة الثانية من صورتَي الأمر بالبناء في
 الفناء يعني ما أمرهم بالبناء في الفناء ولم يخبرهم أن ليس له حق الإشراف في
 القديم. وقد عرفت أن في هذه الصورة الأمر صحيح من وجه وفسد من آخر
 فلا تدافع بين أن يقول في هذه الصورة الأمر صحيح وبين أن يقول الأمر فاسد.
 ٥ وكان ما قاله الشيخ في تقسيم الأمر: «وتارة يفسد من وجه» يدل على ما قلنا
 وإن ما اعتنى به وأبرزه على أنه مما استنبطه نفسه عين ما نقل عن شيخ الإسلام
 من غير نقض ولا إبرام.

٦. السببية المتسلسلة

[التسهيل] ولو وقع فيه متعلقاً بزيد وهو بَبَكْرٍ ولم يُدر حال موتهم يلغي أبو
 يوسف ثلث دية الأول لجرِّه زيداً ويضمِّنه أبو يوسف ثلثه لجرِّه بَكْرًا على الأول
 ١٠ والحافرُ ثلثه لعله الثلاث وهي الحافرُ وزيد وبكْرٌ فلغا زيد؛ إذ الواقع الميتُ جرُّه
 إلى نفسه ويضمِّن أبو يوسف الأول نصفَ زيدٍ لجرِّه فيلغي نصفه وهو حظ بَكْرٍ؛
 لأن زيداً جر بَكْرًا إلى نفسه فأضيف ضرره إليه. وقولُ أبي يوسف رواية عن
 أبي حنيفة. وضمن محمد الحافر كل الأول؛ إذ وقوعه علة ظاهرًا، وضمن محمد
 ١٥ الأول كل زيد ويجب على زيد كلُّ بَكْرٍ وفاقًا لجرِّه بَكْرًا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل قول محمد بمسألة لسان الصبي
 وذَكَره فإنه يجبُ الحكومةُ فيه لا الديةُ عندنا إذ صحته مجهولةٌ
 وإن كان الظاهرُ صحته إذ الظاهرُ غيرُ ملزم فأشكَل قول محمد

Çünkü o, zâhiri (fonksiyonunu dikkate almayı salt organın varlığını), bağlayıcı kılmıştır. Oysaki bize göre zâhir, -ihtilafsız olarak- bağlayıcı değildir. Muhammed'in cenin meselesindeki görüşü de aynı şekilde problem oluşturmaktadır. Darp edilen kadın öldükten sonra düşük yapsa; darp, yine zâhir illet olmakla birlikte bize göre *gurre* verilmeksizin diyet gerekir. Muhammed bu meselede zâhirle amel etmemiştir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Muhammed'in burada tazmin yükümlülüğüne dayanak olarak kabul ettiği zahirle, çocuğun dili meselesindeki zahirin aynı olmadığını gözden kaçırma! Burada 'zahir' ile kastedilen zahir (görünür) sebeptir. Hükümlerin zahir sebeplere izafe edilmesi, *el-Bedâi*'de geçtiği üzere şerîatta sabit bir asıldır. Şeyh'in, Muhammed'in bu görüşünün cenin meselesindeki görüşüyle problem oluşturduğuna ilişkin iddiasına gelince, onun cevabını az önce öğrenmiştin.

7. Aldatmanın Tazmin Yükümlülüğüne Etkisi

[Teshîl] İşverenin mülkünün etrafı olmadığını bildiği hâlde orada kuyu kazan bir işçi, emrin bozukluğu nedeniyle zararı tazmin eder. Aksi takdirde yani durumu bilmezse aldatılmış olması sebebiyle işçinin fiili, âmire intikal edeceğinden âmir tazmin eder.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: İşçi, oranın işverenin mülkünün etrafı olmadığını bilmiyorsa emrin fesâdı nedeniyle işi bitirmeden önce dahi olsa zararı tazmin etmesi gerekir. Meselenin bu şekilde tafsil edilmesi gerekir. Aksi hâlde önceden geçen meseleye aykırılık teşkil eder. O mesele şudur: Şayet kazma işlemi işverenin mülkünün etrafında olursa işçiler işlerini bitirmeden önce zararı tazmin ederler. Şayet mülkünün etrafında değilse işçilerin işi bitirmeden önce tazminleri evleviyetle gerekli olur. Bu meselede iki rivâyetin olması muhtemeldir. Ayrıca şu mesele de metinde zikredilen detayla ilişkilidir: Bir şahsın emriyle emredene ait olmayan bir koyunu kesse, emredilen kişi bu koyunun emredene ait olmadığını biliyorsa o takdirde koyunun bedelini tazmin eder. Aksi takdirde âmir tazmin eder. Şu kadar var ki önce kesen şahıs tazmin eder akabinde âmirine rücû eder.

لأنه جعل الظاهر ملزماً هنا مع أن الظاهر غير ملزم عندنا بلا خلاف، ويشكل مذهبه بمسألة الجنين أيضاً فإن المضروبة إذا ماتت ثم ألفت ميتاً تجب الدية بلا غرة عندنا مع أن الضرب هو العلة ظاهراً أيضاً ولم يعمل محمد ثمة بالظاهر.

٥ [فاضل أمير] نقول: لا يذهب عليك أن ليس الظاهر الذي أضاف محمد الضمان إليه هنا كالظاهر في مسألة لسان الصبي؛ فإن الظاهر هنا السبب الظاهر وإضافة الأحكام إلى الأسباب الظاهرة أصل ثابت في الشريعة كما في البدائع. وأما ما قاله من أن مذهبه يشكل بمسألة الجنين فقد عرفت جوابه في الصفحة المتقابلة.

١٠ .٧ أثر التغير على الضمان

[التسهيل] وضمن أجير حفر لو علم عدم فئته لفساد أمره وإلا أي إن لم يعلم يضمن أمره نقل إليه فعل الأجير للغرور.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: إن لم يعلم عدم فئته ينبغي أن يضمن الأجير لو قبل فراغه لفساد الأمر وينبغي أن يفصل هذا وإلا ينافي ما مر من أن العملة تضمن قبل فراغهم مع أن ذلك كان في فئته فإذا لم يكن في فئته ينبغي أن يضمن العملة قبل الفراغ بالطريق الأولى ويحتمل أن يكون في المسألة روايتان وعلى التفصيل المذكور في المتن ذبح شاة بأمره وهي لغير الأمر فإن المأمور يضمن لو علم وإلا يضمن أمره إلا أنه يضمن الذابح أولاً ثم يرجع على أمره.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Burada Şeyh'in itirazının özü şudur: "Bana evimin etrafında inşaat yapın!" dediği takdirde onlara kadim zamandan beri binadan taşıma hakkı olmadığını söylese ya da söylemese, eğer inşaat bitmeden evvel zarar meydana gelirse, tazmin yükümlülüğü işçilere düşer. Şayet işveren mekânın kendi evinin etrafı olmadığını bildirmeden işçilere sadece "Şuraya inşaat yapın!" demişse, bu meselede de inşaat bitmeden önce meydana gelecek zararın işçilerce ödenmesi gerekir. Hatta bu meselede işçinin tazmini evleviyetle gerekmelidir. Çünkü birinci durumda işverenin emri bir açıdan geçerliydi. Diğerinde ise böyle değildir.

Bu itiraza şöyle cevap verilebilir: Kıyasa esas alınan meselede işveren işçilere ilgili mekânın evinin etrafı olduğunu söylemiş, onlar da buna binaen inşaatı yapmışlardır. Hakikatte de ilgili mekân işverenin evinin etrafı olduğu için ortada işverenden kaynaklanan bir aldatma (tağrîr) söz konusu değildir. İşverenin inşaat yapmalarını emrettiği, ancak ilgili mekânın evinin etrafı olmadığını söylemediği meselede ise işçiler onun emrinin geçerli olduğunu düşünerek inşaatı yapmışlardır. İşçiler bu meselede ilgili mekânın işverenin mülkü olduğunu veya işverenin orada kadim zamandan beri bina yapma yetkisi olduğunu zannetmişlerdir. Zira bir Müslüman'ın her bakımdan fâsit olan bir emir vermeyeceğini düşünmüşlerdir. Durumun böyle olmadığı açığa çıkınca, işçiler işveren tarafından aldatılmış konuma düştüler. Dolayısıyla aldatan için tazmin yükümlülüğü doğmaktadır. Zira ivazlı akitler zımında yaşanan aldatma eylemi, aldatan için tazmin yükümlülüğü doğurur. Damânu'd-derek, yani satılan malın başkasına ait çıkması durumunda satıcının, müşterinin zararını tazmin etmesi bunun örneğidir. Bu hüküm muteber fıkıh kaynaklarından ve Şeyh'in metinde yer verdiği "aldatılmış olması sebebiyle işçinin fiili, âmire intikal edeceğinden..." ifadesinden anlaşılmaktadır.

Şeyh, mezhep meşâyihinden naklettiği ibareleri yeterince dikkatli incelememiştir. Böylece iki durum arasındaki fark tamamıyla ortaya çıkmaktadır. İşveren "Şurada benim için inşaat yapın!" dediğinde ilgili mekânın kendi mülkü olmadığını veya evinin etrafı olmadığını söylememişse burada aldatma söz konusudur. Ancak bunu söyleyip ilgili mekânın evinin etrafı olduğunu bildirmişse, burada aldatma yoktur. Bu durumda, işverenin işçilere orada kadim zamandan beri bina yapma yetkisi olmadığını söylemesi ya da söylememesi arasında fark bulunmamaktadır.

[فاضل أمير] نقول: خلاصة ما اعترض به أن فيما قال: ابنوا لي في فناء داري وأخبرهم أن ليس له حق البناء في القديم أو لم يخبرهم كان الضمان على الأجراء¹ إن هلك شيء به قبل الفراغ، ففيما لم يعلم أنه ليس بفناء داره بل أمرهم بمجرد البناء في هذا المكان ينبغي أن يلزم الضمان عليهم أيضا إن قبل الفراغ بل هو لازم هنا بالطريق الأولى؛ لأن أمره في الصورة الأولى صح ٥ من وجه ولا كذلك ههنا.

والجواب عنه هو أن فيما قيس عليه قد أعلمهم أنه فناء داره فبنوه على أنه فناء داره وكان في الواقع فناء الدار فلم يكن فيه تغيير من جهة الأمر. وأما فيما أمرهم بالبناء ولم يعلمهم أنه ليس بفناء داره فقد بنوه على ظن أن أمره صحيح والمكان ملكه أو له حق بناء فيه في القديم بناء على أن المسلم لا يأمر ١٠ بأمر فاسد من كل الوجوه فلما ظهر خلاف ما ظنوه قد كانوا مغرورين من جهته فلزم الضمان على الغار؛ لأن التغيير في ضمن عقود المعاوضة يوجب الضمان على الغار كما في ضمان الدرك. هذا هو المستفاد من المعتمرات. ومما نقله في المتن بقوله: «نقل إليه فعل الأجير للغرور».

١٥ فالشيخ -رحمه الله- لم يدقق النظر فيما نقله من عبارات المشايخ وبهذا تم الفرق بين الصورتين بوجود التغيير فيما قال: ابنوا لي في هذا المكان ولم يُعلم أنه ليس بملكه ولا بفناء داره لا فيما قال هذا وأعلم أنه فناء داره سواء أخبرهم أن ليس له حق البناء في القديم أو لم يخبرهم.

Fakat burada tartışmaya açık bir nokta kalmıştır: İşveren, mekânın evinin etrafı olduğunu söylediği, ancak orada kadim zamandan beri inşaat yapma hakkının olmadığını söylemediği durumda aldatmanın gerçekleşmediği kabul edilmektedir. Mamafih burada da bir çeşit aldatma olduğu açıktır. En uygun çözüm, burada da aldatma hükmünün uygulanması yani mutlak olarak işverene tazmin yükümlülüğü yüklenmesi olmalıydı. Ancak her iki mesele arasında şöyle bir fark gözetilebilir. Oranın evinin etrafı olduğunu söylemediği durumla, evinin etrafı olduğunu söyleyip de kadim zamandan beri inşaat yapma hakkı olmadığını söylemediği durum arasında aldatma açısından fark vardır. Birinci hâlde tam bir aldatma söz konusuysen, ikinci hâlde böyle değildir. Bu mesele üzerinde düşünmeye ihtiyaç bulunmaktadır.

8. Hayvan İdare Edenin Sorumluluğu

[Teshîl] Atın ön ayağıyla, arka ayağıyla ve başıyla birini çiğnemesi veya ısırması veya çarpması veya tepmesi durumunda atın binicisi (râkib), binicinin terkisindeki kişi (redîf), yularından çeken kişi (kâid) ve arkadan süren kişi (sâik) tazminle sorumlu olur. Arka ayağı ile tekmelemesi ve kuyruğu ile vurması veya dışkı ve idrarının sebep olduğu telef hâllerinde ise sahibi tazmin etmez. Hayvanın bunları gerek seyir hâlinde gerekse bevl veya dışkılama için durduğunda yapması sonucu değiştirmez. Hayvanın dışkı ve idrarını yapma dışında durduğunda arka ayağıyla tepmesi ve kuyruğunu sallamasından kaynaklanan zararları sahibi tazmin eder. Çünkü hayvanın durdurulması için haklı bir gerekçe yoktur. Bu durumda sahibi kusurludur. Olay, sanki yükün veya gem gibi bir aletin yere düşmesi gibi olmuştur. Çünkü onun yolda seyretmesi bir bakımdan hakkı, bir bakımdan ise hakkı değildir. Çünkü başkalarının da geçiş hakları vardır. Bu sebeple her iki hakka da riayet etmek bakımından sakınmanın mümkün olduğu konularda kişinin seyir hakkı, güvenlik kaydına bağlanmıştır. Yani kişi hayvanın başkalarına zarar vermemesi için gerekli güvenlik tedbirlerini almak durumundadır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Kişi, bu geçen hususların tamamını kendi mülkünde yapsa tazmin etmemesi gerekir. Çünkü burada kamu hakkı bulunmaktadır. Ama ana yolda vuku bulması bunun aksinedir.

ولكن بقي نوع كلام في أن لا يوجد التغير فيما أعلم أنه فناء داره ولم يخبرهم أن ليس له حق البناء في القديم فإن فيه نوع تغير كما لا يخفى فكان الأنسب أن يجري عليه حكم ما فيه التغير وهو وجوب الضمان على الأمر مطلقاً. اللهم إلا أن يفرق بين أن لا يعلم بأنه ليس بفناء داره وبين أن لا يخبر بأنه ليس له حق البناء في القديم بعد أن يعلم أنه فناء داره بكمال ٥ التغير في الأول لا في الثاني فتدبر.

٨. ضمان القائد

[التسهيل] ضمن الراكب والرديف والقائد والسائق ما وطئ مركبه بيد أو رجل أو رأس أو كدم أو صدم أو خبط لا ما نفع برجله وذنبه أو تلف بروثه وبوله سائراً أو واقفاً له^١. ولو وقف لغير البول والروث فما نفع برجله وذنبه إلخ ضمنوه؛ إذ لا عذر في إيقافه فتعدى فصار كتلف بسقوط ما عليه من حمل وآلة كلجام؛ إذ سيره في الطريق حقه من وجه لا من وجه فتقيد بالسلامة في ممكن التحرز رعاية الحقيين.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو فعل كل ما مر في ملكه ينبغي أن لا يضمن؛ إذ لا حق للعامة ضد الطريق. ١٥

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *Tebyînu'l-Hakâik*'te ve diğer kaynaklarda açıklandığı üzere hayvanın çiğneyerek verdiği zararların dışında hüküm Şeyh'in dediği gibidir. Çiğneyerek verdiği zararlarda ise sahibi, kendi mülkünde dahi olsa, bineğinin çiğnemesiyle telef olan şeyleri öder. Bu husus şöyle açıklanmıştır: “Kendi özel mülkünde ya da ortağı olduğu mülkte hayvanıyla seyreden kişinin tazmin yükümlülüğü yoktur. Zira hukuka aykırılık söz konusu değildir. Bu eylem, kendi mülkünde kuyu kazmak gibidir. Ancak hayvanın çiğneyerek verdiği zarar, sahibinin bizzat verdiği zarar gibidir. Zira burada telef hem sahibinin hem de hayvanın ağırlığından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kişi, kendi mülkünde de gerçekleşse, hayvanının çiğnemesiyle telef olan şeyi tazmin etmelidir. Bu durumda (cismani zarar söz konusu ise) katil keffâreti gerekir; mirastan ve vasiyetten mahrumiyet gerçekleşir. Olay kendi mülkünde gerçekleşmişse tazmin, çiğneyerek verilen zararla sınırlıdır. Olay başkasının mülkünde, oraya mülk sahibinin izni olmadan girildiğinde gerçekleşmişse, bineğin sahibi hayvanın çiğneyerek, tekme atarak, ısırarak verdiği zararları -ister seyir hâlinde isterse hayvan dururken gerçekleşsin- öder. Zira başkasının mülkü işgal edildiği için hukuka aykırılık söz konusudur. Mülk sahibi izin verdiği takdirde, olay kendi mülkünde gerçekleşmiş gibi kabul edilir. Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* serhinde böyle açıklanmıştır.

9. Hayvanı Dürtmenin Tazminata Etkisi

[Teshîl] Dürtmesi sonucu hayvanın eş zamanlı gerçekleştirdiği zararı, bu konuda nakledilen sahabe uygulamasına istinaden hayvanın binicisi değil dürten şahıs tazmin eder. Çünkü dürten şahıs, bir şahsı kuyuya iterek ölüme sebep olan kimse gibidir. Dolayısıyla binici değil dürten kusurludur. Binen şahıs hayvanı yolda durdurursa da bir zarar meydana gelse kusurlu olmaları nedeniyle hem dürtüp hayvanı harekete geçiren hem de binici tazmin eder. Hayvana binicinin talimatıyla dürtmüşse -binicinin buna yetkisi olduğundan- bu izin sahih olur. Dolayısıyla binicinin emri sahih olur da dürten şahsın ağaç vb. dürtmesiyle hayvan, arka ayağıyla tepse [de birini öldürse], kaçınma imkânı bulunmadığı için dürten şahıs zararı tazmin etmez. Şahsın dürtmesiyle hayvan birini çiğneyerek öldürse hayvanı önüne katıp götüren kişide olduğu gibi her ikisi birlikte tazmin eder. Daha sahih olan görüşe göre binicinin hayvanın çiğnemesi için değil de (sadece) dürtme emri vermesinden dolayı dürten şahıs daha sonra binici şahsa ödediğini geri almak için rücu edemez. Bunların birinin varlığı diğerinin varlığını gerektirmez.

[فاضل أمير] نقول: بين في التبيين وغيره أن الحكم كما قاله فيما سوى الإيطاء وأما في الإيطاء فيضمن ما تلف بوطء مركبه ولو في ملكه حيث قال: 'السائر في ملكه الخاص أو المشترك لا يضمن؛ إذ لا تعدي كالحفر في ملكه لكن وطء الدابة كفعل نفسه لحصول الهلاك بثقله وثقل الدابة فيضمن ما تلف بالوطء ولو في ملكه، وتجب الكفارة ويحرم عن الميراث والوصية فيه فقط، وفي ملك الغير بغير إذن يضمن جناية الدابة بوطئها ونفخها وكدمها واقفا أو سائرا للتعدي بإشغال ملك الغير ويأذنه ينزل منزلة نفسه، كذا في شرح المجمع للآيائلوغي.

٩. أثر نخس دابة على الضمان

[التسهيل] ضمن ناخسها فورئها لا ركبها للأثر وأنه كدافع وأنه متعدي لا ركبها حتى لو أوقفها على طريق ضمنا لتعديهما، ولو نخسها بإذن الراكب صح إذ له ذلك فصح أمره فلم يضمن الناخس نفحتها بنخسه لتعدي التحرز. ولو وطئت بنخسه ضمنا كسائق ولم يرجع على ركبها في الأصح لأمره بنخس لا بإيطاء ولم يتلازما.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu, deveyi kataraya bağlayan kişinin durumu ile problem arz etmektedir. Şöyle ki; bağlayan, hayvanı yedene delâleten emretmiş olduğundan hayvanı yeden şahıs, bağlayana rücû eder. Burada ise sarîh olarak emretmiş, neden rücû edemesin? “Bağlayan, çığnetmesini değil yedmesini emretti.” demek suretiyle orada da rücû etmemesi veya burada da aynı şekilde rücû edebilmesi gerekir.” Hâsılı, burada ikisinin hüküm bakımından aynı olması gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh burada, deveyi kataraya bağlayan nasıl yedene yedemeyi emretmiş sayılıyorsa, binici de bineği dürtene dürtmeyi emretmiştir, demek istiyor. Burada emir alan konumunda olan yedici, emreden konumunda olan bağlayan kişiye rücû edebiliyorsa, neden emir alan konumunda olan dürtten şahıs, emredene rücû edemiyor? İkinci meselede rücûun gerekçesi daha açıktır. Zira binicinin emri tasrihen; bağlayan kişinin emri ise delâleten mevcuttur. Bu itiraza şöyle cevap verilir: Bağlama meselesinde rücû, yedcinin bağlayan kişinin eyleminden habersiz olmasından kaynaklanmıştır. *Tebyînu'l-Hakâik*'teki şu ifadeler bu hususa delâlet eder: “Eğer yedici bağlama eylemini biliyorsa onun âkilesi, ödemeleri gereken tazminattan dolayı bağlayan kişinin âkilesine rücû edemezler. Çünkü yedici bu eyleme razı olmuş, zarar da onun eylemi ile bitişik olarak gerçekleşmiştir. Bu sebeple rücû edemez. Kıyasa göre yedici bağlayıcının eylemini bilmediğinde de rücû edemez. Zira cehalet, tesebbübe de tazminata da engel olmaz. Ancak burada rücû konusunda istihsân yaptık. Çünkü onların bu ödemeyi yapmalarına neden olan, bağlayan kişidir.”

el-Bedâi'in ibarelerinden anlaşılan yedcinin bağlama eylemini bilmediğinde rücû edebilmesinin, bildiğinde ise rücû edememesinin gerekçesi, birinci durumda aldatmanın olması, ikinci durumda aldatmanın olmamasıdır. Bu mesele, bundan önce geçen inşaat yapmak ya da kuyu kazmak için tutulan işçiler meselesi gibidir. Bağlama ve ürkütme meselesinin kısımlarına vakıf olmak istersen, *Bedâi'ûs-Sanâi*' adlı esere başvurmalısın.

10. Kölenin Taksirle İşlediği Öldürme Eyleminin Diyeti

[Teshîl] Kölenin hataen işlediği cinayetin diyetini efendi öder; bu ceza, kölenin üzerinde ödemesi gereken bir borç olarak kalmaz. Çünkü efendisi, onun âkilesidir. Bu nedenle -İbn Abbâs'ın görüşü doğrultusunda- efendinin ya köleyi teslim etmesi (def') veya peşin olarak köle yerine fidye (diyet) ödemesi gerekir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل بمسألة رابط بعير على قطار حيث رجع القائد على الرابط بجعله أمراً بقوده دلالةً وهنا أمر صريحاً فلم لم يرجع، ويلزم أن لا يرجع ثمة أيضاً بأن يقال: أمر بقود لا بإيطاء، أو يرجع هنا أيضاً، والحاصل: أنه يلزم أن يتحدا حكماً.

٥ [فاضل أمير] نقول: يريد أن الرابط كما كان أمراً للقائد بالقود كذلك الراكب كان أمراً للناخس بالنخس فإذا رجع القائد المأمور على الرابط الأمر لم لا يرجع الناخس المأمور على الراكب الأمر؟ مع أن رجوع الثاني أظهر؛ لأن أمر الراكب صريح وأمر الرابط بالدلالة. فيجاب عنه بأن الرجوع في مسألة الربط ناشئ من عدم علم القائد برابط الرابط كما يدل عليه ما قاله في التبيين، وكذا إذا علم القائد بالربط لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان؛ لأن القائد رضي بذلك والتلف قد اتصل بفعله فلا يرجع، وقال فيه أيضاً: «إن القياس فيما إذا لم يعلم أن لا يرجع أيضاً؛ لأن الجهل لا ينافي التسبب ولا الضمان إلا أنا استحسنا في الرجوع؛ لأنه هو الذي أوقعهم فيه» انتهى.

١٥ والمتبادر من عبارة البدائع أن يكون وجه الرجوع فيما لم يعلم القائد بالربط، ووجه عدم الرجوع فيما علم به وجود التغيير في الأول وعدمه في الثاني فكانت كمسألة الأجير للبناء أو الحفر التي مرت قبل هذه. وإن شئت الاطلاع على أقسام مسألتي الربط والنخس فعليك المراجعة إلى بدائع الصنائع.

١٠. دية جناية العبد خطأ

[التسهيل] ولو جنى خطأً نوجه على مولاه لا ديناً على العبد؛ لأن مولاه عاقلته فيجب على المولى دفعه أو فداؤه حالاً كحبرٍ وهو ابن عباس رضي الله عنه.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu mesele Ebû Hanîfe'nin görüşüne göre problem arz etmektedir. Çünkü Ebû Hanîfe'ye göre köle hür şahsa yönelik bir cinayet işlese, diyeti âkile üstlenmez. Dolayısıyla onun görüşünün bu şekilde ta'lil edilmesi doğru olmaz.

5 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu yüce fıkıh ilmiyle aşgari teması olan herkes bilir ki *el-Hidâye*, *el-Kâfi* ve diğer kaynaklarda geçen "Kölenin âkilesi efendisidir." sözüyle, şer'î terminolojide bilinen âkile kastedilmemektedir. Bilakis efendiye âkile ismi verilmesi, tıpkı "Zeyd aslandı." sözünde olduğu gibi teşbih-i belîğ olup teşbih edatı kaldırılmıştır. Dolayısıyla Şeyh'in ileri sürdüğü itiraz da kar-

10 şılanmış olur. Zira âkile burada bilinen ıstılahi manasıyla anlaşılmayınca, Ebû Hanîfe'nin "Köle hür bir insana karşı cinayet işlerse, tazminatı âkile ödemez." sözüyle aykırılık oluşmaz. Âkilenin bilinen anlamıyla efendi için kullanılmadığını, aksine benzetme için kullanıldığını gösteren gerekçelerden biri de 'âkile' lafzının hem şer'î terminolojide hem de lügat açısından tek kişi için değil,

15 aksine topluluk için kullanılmasıdır. Fürû-ı fıkıh kitaplarıyla lügat kaynaklarını bilen herkes için bu durum son derece açıktır. Aynı şekilde fıkıhçıların "Kölenin hata ile işlediği eylemlerde aslî müeyyide, onun teslim edilmesidir." sözü de bu hususu destekler. Zira buradan anlaşılın efendinin yükümlülüğünün cinayet işleyen kölenin aynını (kendisini) teslim etmek olduğudur.

20 Bilinmektedir ki âkilenin yükümlülüğü, kölede olduğu gibi aynî ödeme değildir. Aynı şekilde fıkıhçıların "Efendinin fidye ödemeyi tercih etmesinden önce köle ölürse, tazminat heder olur." sözü de bizim tezimizi destekler. Zira âkilenin ödeyeceği tazminat caninin ölmesiyle heder olmaz ve düşmez.

11. Efendinin Cinayet İşleyen Cârîyeye İlişki Kurması Fidyeyi Tercih Anlamına Gelir mi?

25 [Teshîl]: Kölesinin cinayetinden haberdar olan efendi, şayet kölesini darp ederek kıymetinin düşmesine neden olursa fidyeyi tercih etmiş sayılır. Çünkü -mağdurun hakkı kölenin tamamında olduğundan- efendinin bu fiili, kölenin bir cüz'ünün mağdura teslim edilmesine engel teşkil etmiştir

30 (hâps). Bakire olan canî cârîyesiyle cinsel ilişkiye giren efendi, fidyeyi tercih etmiş sayılır. Fakat seyyib olan canî cârîyesiyle cinsel ilişkiye girmesiyle zahir görüşe göre fidyeyi tercih etmiş olmaz. Ebû Yûsuf'a göre ise bu durumda efendi cârîyeyi tercih etmiş olur. Çünkü helallik mülke özgüdür. Bu da cârîyenin elde tutulduğunun delili olur. Efendi istihdam sebebiyle

35 cârîyeyi tercih etmiş olmaz. Çünkü istihdam, malik olmaya özgü değildir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل على مذهب أبي حنيفة؛ إذ العبد إذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه.

[فاضل أمير] نقول: لا يخفى على من له أدنى مساس بهذا الفن الجليل أن ليس المراد بما في الهداية والكافي وغيرهما من قولهم: «مولى العبد عاقلته»^٥ العاقلة المعروفة في اصطلاح الشرع بل إطلاق العاقلة على المولى من قبيل قولهم: زيد أسد يعنى تشبيهه^٦ بليغ أهملت أداة التشبيه. وبه اندفع ما قاله الشيخ؛ لأن العاقلة إذا لم يكن محمولاً على المعنى المعروف هنا لا ينافي قول الإمام: العبد إذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة. ويدل على أن العاقلة ليست محمولة على المولى بمعناه المعروف بل على وجه التشبيه: أن لفظ العاقلة لا يطلق عند أهل الشرع إلا على الجماعة لا على الواحد، وكذا عند أهل اللغة وهو ظاهر عند من له خبرة وإطلاع على ما في كتب الفروع واللغة، وكذا قولهم: «الموجب الأصلي في جنابة العبد خطأ الدفع» يدل عليه؛ لأن المستفاد منه هو أن الواجب على المولى دفع العبد الجاني عينا، ومعلوم أن الواجب على العاقلة لا يكون عينا مثل العبد، وكذا قولهم: إن مات العبد قبل اختياره الفداء هدر؛ لأن ما يجب على العاقلة لا يهدر ولا يسقط بموت الجاني.^{١٥}

١١. وطء المولى الأمة الجانية هل هو اختيار للفداء؟

[التسهيل] ولو ضربته^٢ فنقصه عالمًا اختار الفداء لحبس الجزء، وحثه في كله كوطء الأمة البكر الجانية فإنه بوطئها يصير مختارًا للفداء ضدَّ وطء الثيب في الظاهر وعن أبي يوسف أنه يصير مختارًا؛ إذ الحِلُّ يختص بالملك فيصير دليلًا على إمساك العين فلا يصير مختارًا بالاستخدام؛ لأنه لا يختص بالملك.^{٢٠}

١: عاقلة.

٢: وفي هامش أ: قوله: تشبيه وجه الشبه هو استنصار العبد بمولاه كاستنصار الرجل بعاقلته.

٣: أي لو ضرب المولى عبده الجاني فقفاً عنه مثلاً.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: *Zâhiru'r-rivâye*'ye göre onların, satıldıktan sonra müşteri tarafından cinsel ilişki kurularak cüz'ünden yararlanılan bakire olmayan câriyenin iadesinin mümkün olmadığına dair görüşleriyle problem arz etmektedir. Ama alım satımda aynı gerekçeyle iadenin imkân-
5 sızlığına ilişkin gerekçelendirmemize göre ise bir problem yoktur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh, alım satım bölümünde yaptığı "İlişkiye girilmiş bakire olmayan câriyeyi tazminat ödeyerek geri vermek mümkün değildir. Zira akit bunun üzerine yapılmamıştır. Tazminatsız geri vermek de mümkün değildir. Zira bu durumda da ribâ tahakkuk eder." şeklindeki
10 gerekçelendirmeyi kastetmektedir. Şeyh demek istemektedir ki, bakire olmayan câriyeyi iade etmenin mümkün olmamasının illeti kendi tespiti olduğu takdirde bu tespitle, fıkıhçıların "Efendi cinayet işleyen bakire olmayan câriyeyle ilişkiye girdiği takdirde câriye için fidye ödemeyi tercih etmiş sayılmaz. İlişkiye girdikten sonra o câriyeyi teslim edebilir." sözü arasında bir aykırılık
15 ortaya çıkmaz. Ancak fıkıhçıların bakire olmayan câriyeyi ilişkiye girdikten sonra iade etmenin mümkün olmamasını temellendirmek için söyledikleri "Çünkü cinsel ilişkiye girilmesi, câriyenin bir cüz'ünün elde edilmesi mahiyetindedir." gerekçesi ile burada ileri sürdükleri "Efendi cinayet işleyen bakire olmayan câriyeyle ilişkiye girdiği takdirde câriye için fidye ödemeyi tercih etmiş sayılmaz. İlişkiye girdikten sonra o câriyeyi teslim edebilir." hükmü
20 arasında problem bulunmaktadır. Çünkü işlediği cinayetten sonra onun bir cüz'ünün elde edilmesi, Ebû Yûsuf'un dediği gibi, onu elde tutmanın tercih edildiği anlamına gelir. Efendinin burada câriye için tazminat ödemeyi tercih etmiş sayılması gerekir. Şeyh'in itirazının özeti budur.

Uzmanının kolayca tespit edebileceği gibi, satım akdinde bakire olmayan câriyeyi ilişkiye girdikten sonra iade etmenin mümkün olmamasını açıklamak için gerekçe olarak "onun bir cüz'ünün elde edilmesini" ileri süren kişinin kastı şudur: Müşteri akdin konusunu teşkil eden bakire olmayan câriye ile ilişkiye girdiğinde ondan şer'an bedeli olan bir faydayı elde etmiştir. O
30 bedel de 'ukr' adı verilen, şüphyle gerçekleşen ilişkide ödenmesi gereken tazminattır. Zira her ilişkide ya zararı giderici tazminat ya da caydırıcı bir ceza gerekmektedir. Bu ilişkiden sonra bir kusur sebebiyle câriyeyi iade etmek isterse, Şeyh'in belirttiği gerekçeden dolayı, ister bedel mukabili isterse bedelsiz iade mümkün değildir. İleri sürülen "bir cüz'ün elde edilmesi" ve
35 "ukr sebebiyle iade etmenin mümkün olmaması" hususları gerekçe bakımından birbiriyle birleşmektedir. Açıktır ki, birinci gerekçelendirmeye göre Şeyh'in varsaydığı "bu durumun câriyeyi elde tutmayı, dolayısıyla tazminat ödemeyi tercih etmek anlamına geleceği" hususu, gerçekleşmemektedir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: على ظاهر الرواية يشكل قولهم بامتناع رد المبيعة بوطئها ثيبا بناء على أنه استيفاء الجزء ولكنه لا يشكل على ما عللنا الرد به في البيوع.

[فاضل أمير] نقول: يعنى بما علله في البيوع: قوله هناك: «لتعذر الرد بعقر؛ إذ العقد لم يرد عليه ولا بدونه للربا» انتهى. فهو يريد أن العلة في امتناع رد الثيب إذا كانت هذه لا إشكال في قولهم: إن المولى إذا وطئ الثيب الجانية لا يكون مختارا للفداء بل يجوز له أن يدفعها بعد وطئها، وأما على ما ذكره في تعليل امتناع رد الثيب المبيعة بعد وطء المشتري من قولهم: لأن في وطئها استيفاء الجزء فيشكل قولهم هنا: إن بوطء المولى الثيب الجانية لا يكون مختارا للفداء ويجوز دفعها بعد وطئها؛ لأن استيفاء جزء منها بعد جنائتها يدل على اختيار إمساكها كما قال به أبو يوسف فيلزم أن يكون مختارا للفداء، هذا حاصل ما ذكره.

ولا يخفى على الخبير أن مراد من قال في تعليل امتناع رد المبيعة بعد وطئها ثيبا لأنه استيفاء الجزء: هو أن المشتري لما وطئ الأمة الثيب المبيعة فقد استوفى منها ما هو له بدل مقدر شرعا وهو العقر بناء على أن الوطاء لا يخلو عن الضمان الجابر أو الحد الزاجر فإذا أراد ردها بالعيب بعد هذا الوطاء لا يمكن ردها بالبدل وبلا بدل لما قاله الشيخ فالتعليل بأنه استيفاء الجزء وبأنه تعذر الرد بعقر اتحدا من جهة المعنى ولم يترتب على التعليل الأول ما تخيله الشيخ من أنه يدل على اختيار الإمساك فيلزم كونه مختارا للفداء على ما لا يخفى.

Tebyînu'l-Hakâik ve diğer kaynaklardan anlaşıldığı üzere bakire olmayan câriyeye müşterinin girdiği ilişkinin iadeye engel teşkil etmesine, ancak efendinin girdiği ilişkinin cinayet mukabili teslimine engel teşkil etmesine gerekçe teşkil eden bir husus daha vardır. Birinci durumda câriyeyi iade ettiği takdirde efendi, mülkiyetinde bulunmayan bir câriye ile ilişkiye girmiş sayılır. Zira bir akdin kusur sebebiyle feshedilmesi, akdi aslından ortadan kaldırmaz. Ancak ikinci durumda câriyeyi ilişkiye girdikten sonra teslim ettiği takdirde böyle bir mahzur ortaya çıkmaz.

12. Kölenin Azadının İşleyeceği Cinayete Bağlanması

[**Teshîl**] Efendi, kölesinin azat olmasını, Zeyd'e yönelik öldürme, ok atma, yaralama gibi bir cinayet şartına bağlarsa, köle de Zeyd'e karşı hataen bir cinayet işlese biz efendinin köle yerine ödeme yapmayı tercih ettiğini kabul ederiz ve onu [kölenin] kıymet[ini ödemek]le değil diyetle yükümlü tutarız. Çünkü şarta bağlanan şey (muallak), Ebû Hanîfe'ye göre, hemen gerçekleştirilmiş (müneccez) gibidir. Züfer'e göre ise cinayetten sonra efendinin tercihine dair delil vaki olmamıştır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Biz muallak bâin talâkı müneccez bâin talâka ilhak etmiş; Züfer ise "Şartın gerçekleşmesi hâlinde muallak, müneccez gibidir." hükmüyle amel ederek bize muhalefet etmişti. Burada ise iki taraf da kendi ilkelerinin aksine davranmışlardır. Bu iki mesele arasındaki fark nedir? Bunun cevabı derinlemesine bir düşünmeyle anlaşılabilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bizim kurucu imamlarımız (Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Muhammed) ile Züfer, "şartın gerçekleşmesi durumunda muallakın müneccez gibi olduğu" prensibinde ittifak etmişlerdir. Ancak bâin talâkın bâin talâka eklenmemesi, ikinci talâkın inşâ değil de birincinin haberi olarak kabulü hâlinde söz konusudur. Müneccez bâin talâkın ardından, şartı gerçekleşmiş olan muallak bâin talâk mevcutsa, bunun şart gerçekleştiğinde müneccez gibi olduğu kabul ediliyorsa, önceki talikten dolayı, muallak talâkı gerçekleşmiş olan müneccez talâkın haberi kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda talâkın talâka eklenmemesi savunulamaz; ister istemez talâk talâka eklenir. Âlimlerimiz ilgili prensibi burada dikkate aldılar. Ancak talâkın eklenmemesi imkân dâhilinde olmayınca, onlar da ekleneceğini kabul ettiler.

وقد استفيد من التبيين وغيره وجه آخر في الفرق بين وطء المشتري الثيب وبين وطئها المولى؛ وقد منع الأول الرد ولم يمنع الثاني الدفع وهو: أن في الأول إذا ردها يتبين أن الوطاء وقع في غير ملكه؛ لأن فسخ العقد بالعيب يكون من الأصل، وأما في الثاني إذا دفعها بعد الوطاء لا يتبين مثل هذا المحذور.

١٢. تعليق عتق العبد بجنايته

[التسهيل] ولو علّق عتقه بجنايته على زيد كقتله أو رميه أو شجّه فجنى خطأ جعلناه مختاراً فألزمناه ديةً لا قيمةً؛ إذ المعلق بشيء كمنجز عنده، وله^١ أنه لم يقع منه بعد الجناية دليل اختياره.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ألحقنا البائن المعلق بالبائن المنجز، وزفر خالفنا عملاً بأن المعلق كالمنجز عند شرطه وعكس الأمر هنا من الطرفين فما الفرق بين المسألتين ويعرف جوابه بالتأمل.

[فاضل أمير] نقول: إن أئمتنا -رضي الله عنهم- وزفر -رحمه الله- مطبقون على هذا الأصل وهو أن المعلق كالمنجز عند وجود شرطه، ولكن عدم لحوق البائن بالبائن إنما كان بأن يجعل الثاني خيراً عن الأول لا إنشاء ففي البائن المعلق إذا وجد شرطه بعد البائن المنجز وإن اعتبر كونه كالمنجز عند وجود الشرط لا يمكن كونه خيراً عن الواقع منجزاً للتعليق السابق فلا يمكن القول بعدم اللحوق فيجعل لاحقاً فاعتبر علماؤنا الأصل المذكور هنا ولكن لما لم يمكن اعتبار عدم اللحوق قالوا باللحوق.

Şartı gerçekleşen muallak talâkı, birinci (müneccez) talâkın haberi kabul etmenin mümkün olmamasını gerekçelendirirken yer verdiğimiz “önceki talâktan dolayı” ifadesi, muteber şerhlerde geçmektedir. Muallak olarak gerçekleşen tasarrufu, müneccez olarak gerçekleşen tasarrufun haberi yapmanın mümkün olmaması meselesinde bizce açık olan fıkhi hükmü bir örnek üzerinde görebiliriz: Erkek karısına “Eve girersen sen bâin talâkla boşsun!” diyor, sonra da “Sen bâin talâkla boşsun!” diyor, bunun ardından da kadın eve giriyor. Bu durumda koca, kadın eve girdiğinde “Sen eve girmenden kaynaklanan bâin talâkla boşsun!” demiş kabul edilir. Nitekim şart koşmanın mahiyeti de bunu gerektirir. Açıktır ki mukayyet beynûneti, mutlak beynûnetin haberi kabul etmek mümkün değildir. Beynûnet meselesinde âlimlerimizin görüşünün gerekçesi budur.

İncelemekte olduğumuz meseleye gelince, bir kimse kölesine “Eğer Zeyd’i öldürürsen, sen azat edilmişsin.” demiş olsa, köle de Zeyd’i öldürse, efendi öldürmenin gerçekleştiği anda “Sen Zeyd’i öldürmekten kaynaklanan bir azat etme işlemiyle azat oldun.” demiş farz edilir. Azat etme işlemi her ne kadar mukayyet (şarta bağlanmış) ise de kölenin cinayeti işlemesinden sonra efendiden sadır olmuştur. Dolayısıyla efendinin köleyi teslim etmek yerine, fidyeyi ödemeyi tercih ettiğini gösterir. Hedeflenen de budur. Buradan anlaşılmaktadır ki âlimlerimiz ilgili prensibi her iki meselede de uygulamışlardır. İkisi arasındaki fark, bu prensibin uygulanması ya da uygulanmamasından değil, başka bir sebepten kaynaklanmıştır. Mamafih Züfer’in görüşü açısından her iki mesele arasındaki farkın açıklanması henüz yapılmadı. Bu da sağlıklı akıl yürütme yapabilenler için oldukça açıktır.

13. Mükâtebin Kasıtlı Öldürmesinin Müeyyidesi

[Teshîl] Mükâtebe köle, birini kasden öldürse veya kasden öldürdüğünü ikrar etse ve ardından mal üzerine sulh yapsa, kitabet bedelini ödeyemediği için tekrar köleliğe döndürülse Ebû Hanîfe’ye göre hürriyetine kavuştuktan sonra sulh bedeli köleden talep edilir. Çünkü bu bedel, onun bir kazancının değil, *amden* öldürmenin bedelidir. Dolayısıyla da sulh bedeli efendisi aleyhine nâfiz olmaz.

وما ذكرناه في تعليل عدم إمكان كون ما وقع بوقوع شرطه خبرا عن الأول من قولنا^٥ للتعليل السابق فهو المذكور في الشروح المعتمدة وما لاح لنا من الفقه في عدم إمكان جعل ما وقع معلقا خبرا عما وقع منجزا فهو أن فيما قال: إن دخلت الدار فأنت بائن ثم قال: أنت بائن ثم دخلت الدار كان الزوج قائلا عند دخولها الدار: أنت بائن بينونة لازمة لدخول الدار كما هو مفهوم الشرطية ومن البين أنه لا يمكن أن تجعل بينونة المقيدة خبرا عن بينونة المطلقة هذا هو وجه قولهم في مسألة بينونة.

وأما فيما نحن فيه إذا قال لعبد: إن قتلت زيدا فأنت معتق فقتله كان قائلا عند وجود القتل: أنت معتق عتقا لازما لقتل زيد فاعتق وإن كان مقيدا صدر من المولى بعد صدور الجناية من العبد فيدل على اختياره الفداء وهو المطلوب. وبهذا ظهر أن علمائنا قد قالوا بالأصل المذكور في المسألتين وكان الفرق بينهما من جهة أخرى لا من اعتبار هذا الأصل وعدم اعتباره، بقي الكلام في الفرق بينهما على قول زفر فهو أيضا ظاهر لمن هو من أرباب النظر الصحيح.

١٣. ضمان المكاتب إذا قتل عمدا

[التسهيل] ولو قتله مكاتب عمدا أو أقر به فصالح على مال فرد إلى الرق بعجزه فهو يُطلب بعد عتقه؛ إذ ليس من الكسب؛ لأنه بدل العمد فلم ينفذ على مولاه،

١ وفي هامش أ: قوله: «(من قولنا) بيان قوله «ما ذكرناه»، منه.

Ebû Yûsuf ve Muhammed ise sulh bedeli mükâteb köle üzerine vâcip olduğu için velâyeti altında bulunduğu müddetçe sulh bedelinin talep hakkının mutlak olduğu yani veliden talep edilebileceği görüşündedir. Sulh bedeli -tıpkı bir kimsenin ödemededen âciz olmadan önce borç ikrarında bulunup ardından ödemededen âciz kalması durumunda borcun düşmeyip talep edilmesinde olduğu gibi- düşmez. Burada da durum böyledir. Bu kitabın “Me’zûn: Tasarruf İzinlisi” bölümünde şöyle denilmişti: Şayet mükâteb, parmağıyla bir kızın kızlık zararını izâle ettiğini ikrar eder sonra âciz düşerse -el kesme ve göz çıkarma meselelerinde olduğu gibi- burada da Ebû Hanîfe’ye göre hürriyetine kavuştuktan sonra bu zararı tazmin eder.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bununla sanki şuna işaret edilmiştir: Eli kestiğine dair ikrarı -ittifakla- azattan sonra tazminin gerekliliğidir. Metinde geçen, “Ebû Yûsuf ve Muhammed ise sulh bedeli mükâteb köle üzerine vâcip olduğu için velâyeti altında bulunduğu müddetçe sulh bedelinin talep hakkının mutlak olduğu yani veliden talep edilebileceği görüşündedir. Sulh bedeli -tıpkı bir kimsenin ödemededen âciz olmadan önce borç ikrarında bulunup ardından ödemededen âciz kalması durumunda borcun düşmeyip talep edilmesinde olduğu gibi- düşmez.” ifadesinden el kesme ve göz çıkarma meselesinin de aynen bu ihtilaf üzere olduğu açığa çıkmaktadır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh’in burada demek istediğinin özü şudur: Buradaki ibarenin mefhûmundan anlaşıldığına göre bir mükâtebin, bir kişinin elini kestiğini veya gözünü çıkardığını ikrar etmesi, sonra da kitabet bedelini ödemekten âciz kalması ve köleliğe döndürülmesi hâlinde Ebû Hanîfe ve iki öğrencisi arasında ihtilaf vardır. Ebû Hanîfe tazminatın azat edildikten sonra ödeneceğini, talebeleri ise derhal ödenmesi gerektiğini savunuyorlar. Me’zûn bölümünde zikredilen “Şayet mükâteb, parmağıyla bir kızın kızlık zararını izâle ettiğini ikrar eder sonra âciz düşerse -el kesme ve göz çıkarma meselelerinde olduğu gibi- burada da Ebû Hanîfe’ye göre hürriyetine kavuştuktan sonra bu zararı tazmin eder.” ifadesinin mefhûmundan da el kesme ve göz çıkarmaya ilişkin ikrarda ihtilaf olmadığı, her iki meselede tazminatın azat edildikten sonra ödemesi gerektiğinde ittifak olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla her iki mefhûm arasında aykırılık bulunmamaktadır.

وأطلقاه لوجوبه عليه حال ولايته فلا يسقط كدين أقر به قبل العجز ثم عجز فإنه يُطلب في الحال فكذا هذا. وذكر في كتاب المأذون: أنه لو أقر بالافتضاض بأصبعه ثم عجز يضمن بعد عتقه عند أبي حنيفة كإقراره بقطع اليد وفقء العين الحر.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: كأنه أشار بهذا إلى أن الضمان في إقراره بقطع اليد لازم بعد عتقه وفاقا ويظهر من قوله هنا: «وأطلقاه لوجوبه عليه حال ولايته فلا يسقط كدين أقر به قبل العجز» أن يكون مسألة قطع اليد وفقء العين على الخلاف أيضا.

[فاضل أمير] نقول: حاصل ما قال: إن المفهوم من العبارة هنا أن يكون فيما أقر مكاتب بقطع يد رجل أو فقء عينه ثم عجز عن الكتابة ورُدَّ إلى ١٠ الرق خلاف بين الإمام وصاحبيه حيث يقول هو بالضمان بعد العتق وهما يقولان بالضمان حالا. والمفهوم مما ذكر في كتاب المأذون حيث قال فيه: «لو أقر المكاتب بالافتضاض بأصبعه ثم عجز يضمن بعد عتقه عند أبي حنيفة كإقراره بقطع اليد وفقء العين» أن لا يكون خلاف في الإقرار بقطع ١٥ يد أو فقء عين بل يكون الضمان في هاتين المسألتين بعد العتق وفاقا فيكون بين المفهومين منافاة.

Bilinmektedir ki Şeyh'in me'zûn bölümünde zikredilen meselenin ibaresinde, el kesme ve göz çıkarmaya ilişkin ikrarda tazminatın azat edildikten sonra ödeneceğinde ittifak olduğuna ilişkin bir işaret bulunduğunu iddia etmesi, her iki meselenin de delil olarak getirilmesinden kaynaklanmaktadır. Delil olarak getirilen bir mesele ise ittifakla kabul edilmiş bir mesele olur. Ancak sözün bağlam ve işaretlerine vakıf olanların rahatlıkla tespit edebileceği gibi "...el kesme ve göz çıkarma meselelerinde olduğu gibi burada da Ebû Hanîfe'ye göre hürriyetine kavuştuktan sonra bu zararı tazmin eder." ifadesinin, iki meselede de tazminin azat edildikten sonra yapılmasının "Ebû Hanîfe'ye göre" kaydıyla bağlı olmasına ilişkin delâleti, her iki meselenin delil olarak getirilmesi dolayısıyla ilgili hükmün mutlak olduğuna ilişkin delâletten daha güçlüdür. Şeyh'in ileri sürdüğü gerekçe kabul edilse bile bir aykırılık ortaya çıkmaz. Zira daha önce Molla Kuhlîstânî'nin şerhinden aktarıldığı üzere Muhammed çoğu zaman konuya açıklık getirmek adına ihtilafı meseleleri, başka ihtilafı meseleleri açıklamak için delil olarak kullanmıştır. Dolayısıyla bu iki meselenin delil olarak kullanılması, onların ittifakla benimsendiği anlamına gelmez.

14. Müessir Fiillerde Sulh

[Teshîl] Hür bir kimse, bir başka hürün elini kasden kesse, sulh anlaşması gereği bir köle verse veya hürün elini bir köle kesse de karşılığında köle mağdura verilse, o da onu azat etse, sonra da mağdur müessir fiil sonucu ölse, kölenin hürriyetine kavuşturulmasını tashih amacıyla bu, cinayet karşılığı bir sulh anlaşması olmuş olur. Çünkü mağdur onu azat ettiğinde bu, onun kastının sulhu onaylamak olduğunu gösterir. Zira bu işlemin, onun için cinayet ve ondan kaynaklanan şeylerden sulhun sıhhati dışında bir şey olması mümkün değildir. Şayet eli kesilen şahıs köleyi azat etmezse köle efendisine iade edilir ve filin öldürme olduğunun açığa çıkması nedeniyle kısas edilir. Yapılmış olan sulh de bâtıl olur.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu görüş, 'alım ve satıma vekâlet' faslında geçen şu hükümlerle problem arz etmektedir: "Mağdur aldığı yarıdan sulh yapsa sonra da bu yaradan ölse bir şey ödenmesi gerekmez ve sulh da bâtıl olmaz." Aynı şekilde bu Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşleriyle de problem arz etmektedir. Çünkü onlar elin cezasının affını, sirâyet ve cinayetten af olarak kabul etmektedirler. Bu kıyasa göre Ebû Yûsuf ve Muhammed açısından, el konusunda yapılan sulhün, cinayet ve sirâyetten de sulh sayılması gerekmektedir. Dolayısıyla onlara göre köleyi hürriyetine kavuşturmamış olsa bile ne iade ne de kısas gerekir.

ومعلوم أن وجه ما قاله من أن في عبارة ما ذكر في كتاب المأذون إشارة إلى كون الضمان بعد العتق فيما أقر بالقطع أو الفقه وفاقيا ذكر هاتين المسألتين في مقام أنهما مستشهد بهما والمستشهد به يكون وفاقيا؛ ولكن لا يخفى على الواقف على إشارات الكلام أن دلالة قوله: «يضمن بعد عتقه عند أبي حنيفة كإقراره بقطع اليد أو فقه العين» على كون الضمان فيهما بعد العتق مقيدا بقوله عند أبي حنيفة أيضا أبين من دلالاته على الإطلاق من حيث إنهما ذكرتا في محل الاستشهاد على أنه لو سلم ما ادعاه فلا منافاة أيضا لما سبق نقلا من شرح المولى القهستاني أن محمدا -رضي الله عنه- كثيرا استشهد بالمختلف على المختلف لمجرد الإيضاح فلا يلزم من كون هاتين المسألتين في مقام الاستشهاد كونهما وفاقيا.

١٠ . ١٤ . الصلح عن الجناية فيما دون النفس

[التسهيل] ولو قطع حُرٌّ يدَ حر عمداً فدفَع قنا صلحاً أو قطعَه قنٌ فدفَع فحرَّره فمات به المقطوع كان صلحاً بجناية تصحيحاً لتحريره فإنه إذا حرَّره دل على أن قصده تصحيح الصلح؛ إذ لا صحة له إلا أن يكون صلحاً عن الجناية وما يحدث منها، ولو لم يحزَّره المقطوع رُدَّ إلى مولاه ويقادُ لظهوره قتلا فبطل صلحه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل بما مر في آخر فصل الوكيل بالبيع والشراء من أنه إذا صلح عن الشجة فمات لا يجب شيء فلم يبطل الصلح، وأيضاً يشكل على مذهب أبي يوسف ومحمد؛ لأنهما يريان العفو عن اليد عفواً عن السراية والجناية فينبغي أن يكون الصلح عن اليد صلحاً عن الجناية والسراية عندهما فلا رد ولا قودَ عندهما وإن لم يحزَّره.

١ وفي هامش أج: قوله «ذكر» خبر أن في قوله أن وجه ما قاله. وأن مع اسمه وخبره مبتدأ مؤخر للخبر المقدم وهو معلوم، منه.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyhin Ebû Hanîfe'ye yönelttiği itirazın cevabını ilgili fasılda 'bir meselenin delil olarak getirilmesinin, o meselenin ittifakla kabul edildiği anlamına gelmediğini, aksine ihtilafı meselelerin ihtilafı meseleleri açıklamak için delil olarak kullanılabileceğini ifade ederek' vermiştik. Nitekim aynı hususu bu meselenin hemen öncesinde de zikrettik. Şeyh'in "Aynı şekilde bu Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşleriyle de problem arz etmektedir." ifadesiyle gündeme getirdiği itiraz da *et-Tatarhâniyye*'de yer alan "Organ kesilmesinden kaynaklanan sulh da buna ilişkin afta olduğu gibi ihtilafıdır." ibaresine dayanmaktadır. Ancak şu örnek bu teşbihin küllîliğinin dışında kalmaktadır: Organ kesilmesinden kaynaklanan sulhun bedeli olarak bir köle verilse, mağdur köleyi alsa ve azat etmese, sonra mağdur bu yaradan dolayı ölse, bu durumda kesilen el için yapılan sulh, İmâmeyn'e [Ebû Yûsuf ve Muhammed] göre de yaranın sirayeti için yapılan sulh hükmünde olmaz. Zira İmâmeyn bu durumda kölenin iade edilmesi ve failin kısas edilmesi görüşünü benimsiyorlar. Bu husus *Tebî'nu'l-Hakâik*'te şöyle açıklanmıştır: "İmâmeyn'in görüşüne göre de her iki durumda köle geri verilir. Zira onlar kesme eylemine ilişkin affı, eylemin sirayeti için de af kabul ediyorlar. Ancak sulhta bu görüşü benimsemiyorlar. Eğer mağdur köleyi azat etmemişse, failin kısas edileceğini söylüyorlar. Eğer mağdur köleyi azat etmişse, bunu yeni bir sulh kabul ediyorlar."

Şeyh-i şârih bu açıklamaya ulaşamadığı için ilgili itirazları gündeme getirdi. Gerçek ilim ancak yüce olan ve her şeyden haberdar olan Allah'ın katındadır.

15. Cinayetin İşlendiği Vaktin Tespiti

[Teshîl] Azat edilen kişi "Ben köle iken onu hataen katlettim." dese, *cinayet velisi* (maktûlün velisi) de "Sen onu hür olduktan sonra öldürdün." dese veya efendisine "Ben köle iken senin malını aldım ve elini kestim." dese, efendisi de ona "Hürriyete kavuştuktan sonra yaptın." dese Şâfi'nin aksine biz köleyi tasdik ederiz. Zira köle, olayı tazmin sorumluluğuna aykırı olduğu bilinen bir duruma izafe etmek suretiyle tazmin yükümlülüğünü inkâr etmektedir.

[فاضل أمير] نقول: قد بينا في الفصل المذكور اندفاع ما أورده على الإمام بأن قلنا: إن الذكر في مقام الاستشهاد لا يستلزم كون المستشهد به على الوفاق بل يجوز أن يستشهد بالمختلف على المختلف كما ذكرناه قبيل التكملة هذه. ثم ما أورده على مذهب الإمامين بقوله: «وأيضاً يشكل على مذهب أبي يوسف ومحمد» إلى آخره فمبني على ما ذكر في التاتارخانية من أن الصلح عن القطع ٥ كالعفو عنه خلافي إلى آخره، ولكن خرج عن كلية هذا التشبيه ما لو كان بدل الصلح عن القطع القن، وأخذ المقتوع ولم يحرره ثم مات المقتوع بهذا القطع فإن في هذه الصورة لم يكن الصلح عن اليد صلحا عن السراية عندهما أيضاً فإنهما يقولان في هذه الصورة برد القن والقصاص من القاطع على ما بين في التبيين حيث قال: «وعلى قولهما أيضاً يرد في الصورتين؛ لأنهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعل ذلك بل أوجبا القصاص عليه إذا لم يعتقه وجعله صلحا مبتدأ إذا اعتقه» انتهى.

فالشيخ الشارح -رحمه الله- لما لم يظفر بهذا البيان قد قال ما قال، والعلم عند الخبير المتعال.

١٥ . ١٥ . طريق معرفة وقت الجنابة

[التسهيل] ولو قال محرر: قتلته خطأ وأنا قن، وقال ولي الجنابة: قتلته بعد العتق أو قال لمولاه: أخذت مالك أو قطع يدك وأنا قن، وقال مولاه: فعلته بعد الحرية نصديق القن خلافاً للشافعي لإنكاره ضماناً عليه بإسناده إلى حالة معهودة تنافي الضمان.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu hüküm “Asıl olan, müşkilin en yakın zamana izafe edilmesidir.” ilkesine aykırı düşmektedir, denilirse şöyle cevap verilir: Bu da zahirdir. Ancak olayın hürriyetten sonra sübutundan maksat, tazminatın hak edilmesidir. Zahir ise hak ediş için değil, def’i için uygundur. Suç failinin amacı, tazmin yükümlülüğünü def’ etmektir ve zahir-yani suç failinin görüle gelen durumu- def’i için elverişlidir. Bundan dolayı onun sözü kabul edilir.

[Fâzıl Emîr] Derim ki: Ahîzâde adıyla tanınan faziletli Molla Abdulhalîm, “istishâbın ve zahirin hücciyeti” konusunda telif ettiği risalesinde *el-Hidâye*’den şöyle bir mesele nakletmiştir: “Bir Hıristiyan ölse, karısı daha sonra Müslüman olsa ve kocasının ölümünden sonra Müslüman olduğunu iddia etse, bu hususta vârislerin sözü kabul edilir.” Akabinde de şu değerlendirmeyi yapmıştır: “Bu hususta aykırı düşülmemesi gereken doğru şudur: Bir olayı en yakın zamana izafe etmek suretiyle gerçekleşen zahir (görünür durum), her iki tarafça da ileri sürülüyor ve bunların beyanları çatışıyor, o zaman sabit olan prensibe yani ‘Delil getirmek davacıya yemin etmek inkâr edene [davalıya] düşer.’ ilkesine başvurmak gerekir. Örnek verdiğimiz meselede de durum böyledir.” Bizim ele aldığımız mesele de bu kabildendir. Maktûlün velisi, sonradan meydana gelen öldürmenin en yakın zamana yani hürriyet sonrasına ait olduğunu iddia ediyor. Köle de sonradan meydana gelen azat işleminin en yakın zamana, yani öldürme sonrasına ait olduğunu iddia ediyor. Bu durumda çatışma meydana gelmiş ve ilgili ilkeye başvurmak gerekmiştir. Köle ve efendi arasındaki davada da aynı hususun geçerli olacağı açıktır.

16. Çocuğun Cinayete Azmettirilmesi

[Teshîl] Şayet bir çocuk hür bir kimsenin emriyle bir şahsı katletse, çocuk cinayetin doğrudan faili olduğundan diyeti çocuğun âkilesi öder ve emrin beyyine ile sabit olması hâlinde emredenin âkilesine rücû eder. Çünkü o kişinin cesaretlendirmesi olmasaydı, çocuk zayıf kalpli olması nedeniyle bunu kendiliğinden yapamayacaktı. Failin büyük olması durumu bunun aksinedir. Amir failin kendi emriyle gerçekleştirildiğini itiraf ettiği hâlde âkilesi onu tasdik etmezse, çocuğun âkilesi, kendi ödemesinde olduğu gibi, ödediğini üç yıl içerisinde geri almak için âmirin malına rücû eder. Nitekim çocuğun âkilesi bunu aynı şekilde üç yılda tazmin etmişti.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: يُشكل بأن الأصل أن يضاف المشكلُ إلى أقرب الأوقات، يجابُ بأنه ظاهرٌ أيضًا لكن الغرض من ثبوته بعد الحرية استحقاقُ الضمانِ والظاهرُ يصلحُ للدفعِ لا للاستحقاقِ وغرضُ الجاني دفعُ الضمانِ وظاهره وهو حالته المعهودةُ يصلحُ للدفعِ فكان القولُ قوله.

٥ [فاضل أمير] نقول: قال المولى الفاضل عبد الحليم الشهير بأخي زاده في رسالته المعمولة في حجية الاستصحاب والظاهر بعد أن نقل من الهداية مسألة: ما إذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت: أسلمتُ بعد موته فالقول قول الورثة إلى آخره. «والحق الذي لا محيد عنه هو أن الظاهر الذي هو إضافة الحادث إلى أقرب الأوقات إذا وجد في الطرفين فتعارضاً لزم الرجوع إلى الأصل الثابت وهو البينة للمدعي واليمين على من أنكر كما في المسألة المذكورة» انتهى. فنقول: إن ما نحن فيه من هذا القبيل؛ لأن ولي القتلِ يدعي كون القتل الحادث مضافاً إلى أقرب الزمان وهو ما بعد الحرية، والقينُ يدعي كون العتق الحادث مضافاً إلى أقرب الزمان وهو ما بعد القتل فحصل التعارض ولزم الرجوع، وكذلك في دعوى المولى مع قنه كما لا يخفى.

١٥ . ١٦ . جناية الصبي بأمر رجل حر

[التسهيل] ولو قتله صبيُّ بأمر حر ضمن عاقلته لمباشرته ثم ترجع عاقلته على عاقلة الأمر لو ثبت الأمرُ بينةً لتجاسرِ الصبيِّ بسببِ الأمرِ لضعفِ قلبِ الصبيِّ بخلاف الكبير. ولو أقرَّ الأمرُ بأمره ولم تصدِّقه عاقلته الأمرُ ترجع عاقلة الصبيِّ في مالِ الأمرِ في ثلاثِ سنين كما ضمننت عاقلة الصبيِّ كذلك في ثلاث

٢٠ سنين

Çocuğa emreden kişinin köle veya mükâteb veya çocuk olması hâlinde de durum aynıdır. Şu var ki, çocuğun âkilesi diyet ve mükâtebin kıymetinden hangisi daha az ise onu tahsil için mükâtebe rücû eder. Çünkü mükâtebin hükmü böyledir. Yani mükâtebin cinayeti, diyet ve kıymetten az olanın ödenmesini gerekli kılar. Köleye rücû ise ancak onun hürriyetine kavuşmasından sonra mümkün olabilir. Çünkü hürriyetine kavuştuktan sonra buna ehil olmaktadır. Âkilenin çocuğa rücû etmesi ise çocuğun eksik ehliyetli olması sebebiyle söz konusu değildir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Kölenin tasarruf izinlisi olması durumunda da hükmün böyle olması gerekir. Çünkü bu kabil bir emir ticaret cinsinden değildir. Dolayısıyla izin kapsamına girmez. Bu tür bir emirde me'zûn köle kısıtlı olur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh burada uygun olanın, me'zûn bir kölenin çocuğa emretmesi, çocuğun da bu emir doğrultusunda birini öldürmesi ve çocuğun âkilesinin diyeti ödemesi hâlinde, âkilenin azat edildikten sonra me'zûn köleye rücû edebilmesi olduğunu ileri sürüyor. Nitekim aynı meselede emreden kısıtlı bir köle olsaydı, çocuğun âkilesi, azat edildikten sonra ona rücû edebilecekti. Bu değerlendirme onun *el-Hâniyye*'de, diyeti¹ gerektiren öldürme olayları bölümünde geçen şu ifadelerden habersiz olduğunu gösteriyor: “Eğer tasarruf izinlisi bir köle, bir çocuğa bir kişiyi öldürmesini emretse, çocuk da öldürse, emreden tazmin etmez.” Aynı şekilde *Tebyînu'l-Hakâik*'teki şu ifadelerden de Şeyh'in haberi bulunmamaktadır: “Eğer emreden tasarruf izni bulunan bir köle ise emir alan da çocuk ya da yetişkin olsun hür bir kişi ise emir alanın âkilesi, emir verenin âkilesine mevcut durumda da köle azat edildikten sonra da rücû edemez. Zira burada hür bir insanın gasbedilmesi söz konusu değildir.” Böylece Şeyh'in itirazı karşılanmıştır. Ancak bizim açımızdan bir şüphe mevcuttur. Hür bir çocuğa emreden kısıtlı bir köle ya da mükâteb olduğu takdirde bu iki meselede çocuğun âkilesinin, mükâtebe kendi kıymeti ya da diyetin düşük miktarda olanı oranında, kısıtlı köleye ise azat edildikten sonra rücû edebileceğini söylüyorlar. Ancak “Hür bir insanın gasbedilmesi söz konusu değildir.” şeklinde ifade edilen gerekçe, bu iki meselede de mevcuttur. Bu mesele üzerinde düşünülmelidir.

1 Yazma nüshaların ikisinde de “diyet” yerine “dem” geçiyor, tashih *Hâniyye*'den yapıldı. Bk. Kâdîhân, *el-Fetâvâ'l-Hâniyye*, Bulak: el-Matbaatü'l-Emîriyye, 1310, III, 443, 445 (*Hindiyye* ile birlikte).

ولو أمر صبيا قنُّ أو مكاتب أو صبي فالحكم كما مر إلا أن عاقلته رجعوا على المكاتب بأقل من دية وقيمتِه؛ إذ حكم المكاتب كذا أي جناية المكاتب توجب عليه الأقل من الدية وقيمتِه ورجعوا على القن بعد عتقه لأهليته لا على الصبي لقصور أهليته.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون الحكم كذلك ولو كان العبد مأذونًا؛ لأن مثل هذا الأمر ليس من التجارة فلا يدخل تحت الإذن فيكون محجورًا في نحوه.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن اللائق فيما أمر العبد المأذون صبيا وقتل الصبي رجلا وضمن عاقلته الدية أن ترجع العاقلة على العبد المأذون بعد عتقه كما لو كان الأمر في الصورة المذكورة عبدا محجورا ترجع عاقلة الصبي عليه بعد عتقه. وهذا غفول منه عما في الخانية في فصل القتل الذي يوجب الدم من قوله: «ولو أمر عبد مأذون صبيا بقتل رجل فقتل لا يضمن الأمر» انتهى. وعما في التبيين من قوله: «إن كان الأمر عبدا مأذونا والمأمور حرا صغيرا كان أو كبيرا لا ترجع عاقلة المأمور على عاقلة الأمر في الحال ولا بعد الحرية لعدم تحقق الغصب في الحر» انتهى. وبهذا اندفع ما ذكره الشيخ ولكن بقي لنا شبهة في أن أمر الصبي الحر إذا كان قنا محجورًا أو مكاتبًا قالوا فيهما برجوع عاقلة الصبي على المكاتب بأقل من دية وقيمة وعلى القن المحجور بعد عتقه مع أن التعليل المذكور بقوله: لعدم تحقق الغصب في الحر جار فيهما^١ فالتأمل.

17. Gasbedilen Çocuğun Ölümü

[**Teshîl**] Gasbedilen hür çocuk gasbedenin yanındayken aniden veya humma nedeniyle ölse tazmin etmesi gerekmez. Çünkü burada bir tesebüb hâli yoktur. Çocuk şayet gâsıbın, onu, hummâ hastalığının salgın olduğu bir mekâna veya yılanların çok olan bir mekâna veyahut da yıldırımın sık düştüğü bir mekâna nakletmesi sonucu ölse, bize göre bu çocuğun diyetini, ölüme sebebiyet vermiş olan gasbedenin âkilesi öder. Diğer üç imama göre ise mükâteb çocuğun gasbedilmesi hâlinde tazmin gerekmediğine göre hür çocuğun gasbında hiç gerekmez. Çünkü hür kişi, köleden farklı olarak gasba konu olmaz. Falan kimsenin kölesi olduğu hâlde küçük mükâteb tazmin edilmiyorsa hür olanınki evleviyetle tazmin edilmez. Fakihler, hür çocuğu 'kendisini ifade edemiyor olma' sıfatıyla kayıtladılar, hatta kendisini ifade edebildiği takdirde tazminin söz konusu olmayacağını ileri sürdüler. Çünkü kendini ifade edebilmesi durumunda çocuk gasbedene sözlü olarak karşı gelir ve gasbedenin onun üzerindeki hakimiyeti (el koyması) hükmen sabit olmaz. Ama kendini ifade edemeyen çocuk, gasbedenin eli altında olmuş olur ve ona eliyle ve diliyle karşı koyamaz. Küçük mükâteb hakkında da küçük olsun, büyük olsun iradesinin kendi elinde olduğu yönünde cevap vermişlerdir. Görülmez mi ki küçük hürün aksine küçük mükâtebi kimsenin evlendirme yetkisi yoktur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu mesele problemlidir. Çünkü bu yaklaşımlar, kendisini ifade edemeyen hür çocuktan farklı olarak kendini ifade edebilen hür çocuk ve mükâteb hakkında gasbın cari olamayacağını ifade etmektedir. Bu meselenin özü budur. Problem ise şuradadır: Gasbedene yüklediğimiz tazmin sorumluluğu, gasp nedeniyle değil ölüme sebebiyet nedeniyledir. Çünkü ister kendini ifade etsin isterse edemesin hür çocuk hakkında gasp cari olmaz. Görülmez mi ki şayet hür çocuk bir humma (ateşli hastalık) ile veya ansızın ölse gasbeden tazminle sorumlu tutulmaktadır. Sözü edilen 'ölüme sebebiyet verme' durumu aynı şekilde hem küçük mükâtebde hem de kendini ifade edebilen hür çocukta mevcuttur. Bu bakımdan aralarında fark gözetmenin faydasının ne olduğu zikretmiş oldukları gerekçelerden anlaşılacaktır. İyi düşünülün. En iyisini Allah bilir.

١٧. موت الصبي المغصوب

[التسهيل] ولو غصب طفلاً حرّاً فمات عنده فجأةً أو بحمى لم يضمن؛ إذ لا تسبب، ولو مات بنقله إلى مكان كثير الحمى أو بصاعقة أو بحية ضَمْنَا عاقلته للتسبب. ولهم المكاتب الصغير بل أولى؛ إذ الحر لا يُغصب بخلاف القن فإذا لم يُضمن المكاتب الصغير مع أنه عبد فلأن لا يضمن الحر أولى، وقيدوا الصبي الحر بكونه لا يعبر حتى لو عبّر عن نفسه قالوا: لا يضمن؛ لأنه يعارضه بلسانه فلا يثب يده حكماً ومن لا يعبر قد صار في يده فلا يعارضه بلسانه ولا بيده. وأجابوا عن المكاتب الصغير بأنه في يد نفسه صغيراً كان أو كبيراً، ألا يرى أنه ليس لأحد أن يزوجه بخلاف الحر الصغير. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا مشكّل لأنه يفيد أن الغصب لا يجري فيمن يعبر وكذا في المكاتب الصغير ضد طفلٍ حرٍّ لا يعبر فيفتقان وهذا حاصله، ووجه الإشكال: أنا نُضمّنه لتسببه لا لغصبه إذ الغصب لا يجري في الحرّ عبّر عن نفسه أو لا، ألا يرى أنه لا يضمن لو مات بحمى أو فجأةً ويتحقّق التسبب المذكور في المكاتب الصغير وكذا في صبيّ يعبر عن نفسه فلا يظهر فائدة الفرق بما ذكروا فليتأمل، والله أعلم. ١٥

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in dediğinin özeti şudur: İmamlarımız dediler ki, bir kimse kendisini ifade edemeyen hür bir çocuğu gasbetse, çocuk da onun yanında ansızın veya hummadan ölse, gasbeden tazminat ödemez. Eğer, çocuğu hummanın yaygın veya yılanların ya da yıldırımların çok olduğu bir bölgeye götürse ve çocuk bundan dolayı ölse, gasbedenin âkilesi, ölümüne sebebiyet vermekten dolayı tazminat öder. Eğer yetişkin bir hür şahsı, kendini ifade edebilen hür çocuğu, yetişkin ya da çocuk olsun bir mükâtebi gasbetse, gasbedenin âkilesi tazminat ödemez. İkinci meselede gasbettiği kişiyi hummanın çok olduğu bir yere götürse ve orada ölse ya da yıldırım çarpması veya yılan sokması nedeniyle ölse durum değişmemektedir. Şeyh'in iddiasına göre problemin gerekçesi şudur: Bir kişi kendini ifade edebilen bir hür çocuğu ya da bir mükâteb çocuğu gasbedip hummanın yoğun olduğu bir bölgeye götürse çocuk da orada ölse veya yıldırım çarpması ya da yılan sokması nedeniyle ölse tazmin etmenin illeti olan sebebiyet verme durumu bu örneklerde bulunmaktadır. Bu meseleler de kendini ifade edemeyen hür çocuğun meselesi gibidir. Kendini ifade edebilen çocukla mükâteb çocukta tazminat ödenmemesinin bir gerekçesi yoktur.

Tebyînu'l-Hakâik'te şu hükümler yer almaktadır: "Çocuk itlaf edildiği takdirde tazminat ödenir. İtlaf ise bu meselede hukuka aykırı eylem sebebiyle gerçekleşir. Bu eylem de çocuğun 'koruyucu el'den, yani velinin gözetiminden koparılmasıdır. Yetişkin kişi ve mükâteb ise kendi korumaları altındadır. Mükâtebin çocuk olması durumu da aynıdır. Bunların başka bir mekâna götürülmesi, kendilerini koruma imkânını ortadan kaldırmaz. Eğer gasbeden bağlamak vb. bir eylemle onların kendilerini koruma imkânını ellerinden alırsa, yetişkin hür ve mükâteb de tazmin edilir."

Buradan anlaşılmaktadır ki bu konuda tazminat ödenmesinin ya da ödenmemesinin gerekçesi, kendini koruma imkânının ortadan kaldırılması ya da kaldırılmamasıdır. Şeyh'in serdettiği problem bu izahla ortadan kalkar. Şeyh'in Hanefî fakihlerden "Çocuk kendini ifade edebildiği takdirde tazminat gerekmeyeceğini ileri sürdüler. Çünkü bu takdirde gasbedene diliyle karşı koyabilir. Gasbedenin çocuk üzerindeki hâkimiyeti hükmen gerçekleşmez. Kendini ifade edemeyen ise onun hâkimiyetine girer, ona diliyle ya da eliyle karşı koyamaz. Mükâteb ise ister çocuk olsun ister yetişkin kendi hâkimiyetindedir. Görülmez mi ki mükâteb çocuğu kimse evlendiremez? Ancak hür çocuğun durumu böyle değildir." şeklinde ifadeleri nakledip de tazmin yükümlülüğünün illetinin korumaya engel olunmasından kaynaklanan teaddi (haksız fiil) olduğunu tespit edememesi, hayret edilecek bir durumdur.

[فاضل أمير] نقول: حاصل ما قاله أئمتنا هنا: أن من غضب صبيا حرا لا يعبر فمات عنده فجأة أو بحمى لم يضمن. ولو مات بنقله إلى مكان كثير الحمى أو بصاعقة أو بحية ضمن عاقلة الغاصب للتسبب. ولو غضب حرا كبيرا أو صغيرا يعبر أو مكاتبا كبيرا أو صغيرا لا يضمن، ولو نقله إلى مكان كثير الحمى فمات فيه أو مات بصاعقة أو حية. ووجه الإشكال على ما زعمه: أنه يقول فيما غضب صبيا يعبر أو مكاتبا صغيرا ونقله إلى مكان كثير الحمى فمات به أو مات بصاعقة أو حية قد وجدت علة الضمان وهو التسبب كما في غضب صبي لا يعبر فلا وجه لأن لا يضمن في الصبي المعبر وفي المكاتب الصغير.

قال في التبيين: «إن الصبي يضمن بالإتلاف بأن يكون متعديا فيه بتفويت يد الحافظ وهو الولي والكبير والمكاتب ولو صغيرا في أيدي أنفسهم وبنقلهم إلى مكان لم يفوت أيدي الحافظين حتى لو منعهم من حفظ أنفسهم بقيد ونحوه يضمن المكاتب والحر الكبير أيضا» انتهى.

فظهر منه أن مدار الضمان وعدمه في هذا الباب على تفويت يد الحافظ وعدم تفويته فيندفع به الإشكال المذكور. وعجيب من الشيخ أنه بعد ما نقل من عبارة المشايخ قولهم: «حتى لو عبر عن نفسه قالوا لا يضمن؛ لأنه يعارضه بلسانه فلا يثبت يده حكما ومن لا يعبر قد صار في يده^١ فلا يعارضه بلسانه ولا بيده والمكاتب الصغير أنه في يد نفسه صغيرا كان أو كبيرا ألا يرى أنه ليس لأحد أن يزوجه بخلاف الحر الصغير» انتهى كيف خفي عليه أن العلة في إيجاب الضمان هو التعدي بتفويت يد الحافظ.

١ وفي هامش أ: أي يد الغاصب، منه.

18. Kısıtlının Verdiği Zarar

[**Teshîl**] Bir çocuk kendisine emanet bırakılan köleyi öldürürse tazmin eder. Çünkü kanının dokunulmazlığı bakımından köle de hür gibidir. Şayet yiyecek maddesi emanet bırakılsa da çocuk onu yese Ebû Yûsuf ve diğer üç imama göre bu izinsiz fiili nedeniyle bedelini tazmin eder. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre ise yemeye örfe izin vardır. Bu mesele, önüne arpa konulan eşeğe "Bu arpayı koru!" demeye benzer.

Şayet mahcûr bir köleye mal emanet edilse o da bu malı telef etse Ebû Yûsuf ve [diğer üç imama] göre bu malı derhal tazmin eder. Bu meselede önceden geçtiği üzere izinsiz yapılan fiil hükümleri geçerlidir. Dolayısıyla köle fiilleri karşılığı sorumlu tutulur. Ebû Hanîfe ve Muhammed ise malın tazmininin kölenin hürriyetine kavuşmasına kadar ertelenmesine hükmetmişlerdir. Çünkü mal sahibi onu kullanımda kusurlu davranmıştır. O nedenle kölenin efendisi ilzâm edilemez. Bu ihtilaf ikrâz, iâre, alım satım ve teslim gibi hususlarda da cereyan etmektedir. Meselâ akıllı olmayan birine, bir gıda maddesi emanet edilse de o da onu yese sahih olan görüşe göre icmâen onu tazmin eder. Çünkü mal sahibinin, malını akıllı olmayan birinin korumasına vermesi heder; onun fiili ise muteberdir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Denirse ki: Zikri geçen eşek örneği, akıllı olmayanların evleviyetle tazmin etmemesini gerektiriyor. Bu iddiaya şöyle cevap verilir: İnsan kaynaklı fiilin aksine hayvanların cinayeti hederdir, dolayısıyla bu ikisi biri birinden farklıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *Tebyînu'l-Hakâik* ve diğer kaynaklardan hareketle bu konu şöyle açıklanabilir: Bir kişi akıllı eren bir çocuğa yiyecek maddesi emanet etse, çocuk da bunu yese Ebû Hanîfe'ye ve Muhammed'e göre tazmin etmez. Nitekim bir eşeğin önüne arpa konulsa ve ona "Bunu muhafaza et!" denilse, burada da tazmin yükümlülüğü yoktur. Ancak akıllı olmayan bir çocuğa yiyecek maddesi emanet etse, çocuk da bunu yese, ittifakla tazmin yükümlülüğü vardır. Zira çocuğun akıllı olmadığı için, emanet edenin koruma talebi hederdir. Buna mukabil çocuğun fiili ise muteberdir.

١٨ . الضرر الواقع بفعل المحجور

[التسهيل] ولو أودع صبيّ قنا فقتله ضمن؛ لأن القن كحر في ذمة. ولو أودع طعاماً فأكله يضمنه «سهم»^١ في الحال لفعل بلا إذن. ولهما إذنه عرفاً كشعير وضع قدام الحمار وقيل له: احفظ هذا.

٥ ولو أودع قن حُجر مألأ فأتلفه يضمنه «سهم» في الحال لما مر من الفعل بلا إذن وأنه يؤخذ بأفعاله، وأخراه إلى عتقه؛ لأن رب المال تعدى باستعماله فلا يلزم مولاه وعلى هذا الخلاف إقراض وإعارة وبيع وتسليم في صبي وقن. وضمن غير العاقل مثلاً إذا أودع طعاماً فأكله ضمن بالإجماع في الصحيح؛ إذ تسليطه هدر لعدم عقله وفعله معتبر.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: ما تقدم من قضية الحمار يستدعي عدم ضمان غير العاقل أيضاً، يجاب بأن جنائية العجماء جبار بخلاف الأدمي فافترقا. [فاضل أمير] نقول: توضيح هذا المقام على ما استفيد من التبيين وغيره هو أن من أودع صبياً عاقلاً^٢ طعاماً فأكله لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد كشعير وُضع قدام الحمار وقيل له: احفظ هذا. ولو أودع صبياً غير عاقل طعاماً فأكله ضمن بالإجماع؛ إذ تسليطه هدر لعدم عقله وفعله معتبر.

١٥

١ أي أبو يوسف والأئمة الثلاثة.

٢ وفي هامش أ: قوله: صبياً عاقلاً قد وضع المسألة في الجامع الكبير في صبي عمره ثنتي عشر سنة، منه.

Şeyh'in, akli ermeyen çocuğun tazmin yükümlülüğünü temellendirirken fakihlerin kullandığı "Çocuğun fiili ise muteberdir." ifadesini gördükten sonra, kalkıp da "Neden eşek meselesinde tazminat yok?" diye sorması yersizdir. Zira aşikârdır ki uygun olan, akli ermeyende de tazmin yükümlülüğünün olmamasıydı. Fıkıhçıların ibarelerinin zahirinden ilk anlaşılan şey 'akli ermeyen çocuk' meselesinde tazminatın gerekliliğidir. Ancak zikredilen illetin gerektirdiği ise "akli ermeyen insan" meselesinde tazminatın gerekliliğidir. Bu husus keskin zekâlı kimselere kapalı değildir.

19. Kasâmede Âkilenin Sorumluluğu

[**Teshîl**] Maktûlün bir evde bulunması hâlinde yemin (kasâme) ev sahibine gerekir. Çünkü evin muhafazası onun görevidir. Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre orada hazır olan âkilesi de ev sahibi ile birlikte yemin eder. Çünkü dayanışma (nusret) esprisi bunu gerektirir. Ebû Yûsuf ise mahalle örneğindeki gibi hazır olsalar dahi âkileyi yemine dâhil etmemiştir. Âkilenin orada bulunmaması durumunda, Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre, sadece ev sahibi üzerine terettüp eder ve ona yemin tekrarlatılır. Diyet ise yine dayanışma esprisi çerçevesinde âkileye düşer.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Dayanışma esprisinin bulunmaması nedeniyle orada olmayan âkileye nasıl ki kasâme gerekmezse aynı gerekçeyle orada bulunmayan âkilenin diyet ödememesi de gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Diyet ödeme yükümlülüğünün âkileye yüklenmesinin illet veya hikmetini açıklama sadedinde şu izahlar yapılmıştır: "İnsan canı, muhteremdir, kesinlikle heder edilemez. Taksir (hata) ve kastın aşılması (şibh-i amd) yoluyla ölüme neden olan kişiler, suç kastı taşımadıklarından ve eylemi gerçekleştirdikleri araç öldürmeye elverişli olmadığından dolayı mazur kabul edilmektedirler. Bu nedenle bunlara kısas uygulanmaz. Yüklü bir tazminatı ödemekle yükümlü tutuldukları takdirde bütün mal varlıkları sıfırlanır. Bu durumda tazminat bir ceza hâlini alır. Hâlbuki onlar cezayı hak etmemişlerdir. Onların yükünü hafifletmek açısından âkile de diyeti ödemeye katılır. Münhasıran âkilenin tazminata iştirakinin gerekçesi, katilin taksirinin destekçilerinden aldığı kuvvetten kaynaklanmasıdır. Destekçileri ise onu kollayıp gözetmekte ihmali bulunan âkiledir."

فالشيخ بعد أن رأى تقييدهم وجه الضمان في صبي غير عاقل بقولهم: «وفعله معتبر» لا وجه لأن يسأل بأنه لما لم يضمن في الحمار كان اللائق أن لا يضمن في غير العاقل أيضا كما لا يخفى. ثم المتبادر من ظاهر عباراتهم أن يكون الضمان إجماعا في صبي غير عاقل ولكن ما تقتضيه العلة المذكورة أن يكون الضمان في آدمي غير عاقل كما لا يخفى على الفطن العاقل. ٥

١٩. ضمان العاقلة في القسامة

[التسهيل] أو^١ في دارٍ أحدٍ تجب القسامةُ عليه كحفظه ويحلفُ معه عاقلته الحضورُ عندهما ولم يُدخل أبو يوسف عاقلته في الحلف ولو حضوراً كعاقلة المحلّة، ولهما النصره. ولو كان عاقلته غُيباً فالقسامة على رب الدار وحده ويكرّر عليه اليمين وتجب الدية على عاقلته للنصرة. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن لا تجب الدية على عاقلته الغيب لعدم النصره كما لم تجب القسامة عليهم غيبا لعدم النصره.

[فاضل أمير] نقول: قالوا في بيان العلة أو الحكمة في إيجاب الدية على العاقلة: «إن النفس شيء محترم لا يهدر وصاحب الخطأ وشبه العمد معذوران لعدم القصد وقصور الآلة فلا يقتضان، وفي إيجاب مال عظيم استئصال لمالهما فيصير عقوبة وهما ليسا من أهلها فتضم العاقلة للتخفيف وخصوا بالضم؛ لأن تقصير القاتل لقوة فيه بأنصاره وهم العاقلة الذين قصروا في ترك حفظه» انتهى. ١٥

Buradan da anlaşıldığı üzere Şeyh'in değerlendirmesi kusurludur. Çünkü ev sahibinin gaip olan âkilesinin kasâmeye iştirakle yükümlü olmaması, onun mal varlığının sıfırlanmasını gerektirmez. Burada çok çok ev sahibinin yemini tekrarlaması söz konusudur. Haklı olan bir yeminin tekrarında ise sakınca yoktur. Ev sahibinin gaip olan âkilesinin diyet ödemekle yükümlü olmaması, kasâmeye iştirakle yükümlü olmaması gibi değildir. Gaip olan âkilenin diyet ödemekle yükümlü tutulmasıyla, kasâmeye iştirakle yükümlü tutulmasının birbirinden farklı olduğuna ilişkin başka bir gerekçeyi *Bedâi'ûs-Sanâi'*de yer alan şu ifadelerde görüyoruz: “Âkile üyeleri mevcut oldukları takdirde sanki ev sahibi imişler gibi öldürme eyleminden dolayı töhmet altında kalırlar. Gaip oldukları takdirde bu töhmet gerekçesi ortadan kalkar. Gaip üyeler kasâmeye iştirakle değil, diyeti ödemekle yükümlü olurlar. Zira âkilenin diyet ödemekle yükümlü tutulmasının töhmetle bir alakası yoktur.”

20. Kasâme Yükümlüsü Olan Kimseler

[**Teshîl**] Ebû Yûsuf ev sakinlerine, müşterilere ve 'ehl-i hutta'ya¹ kasâmeyi gerekli kılmıştır. Çünkü bunlar orayı koruma konusunda eşittirler. Ebû Hanîfe ve Muhammed ise mahallenin idare, nizam ve intizam yetkisine sahip olmaları nedeniyle kasâmeyi bir kişi kalsa dahi sadece ehl-i huttaya münhasır kılmışlardır. Dolayısıyla müşteriler bu kasâmeye iştirak edemezler. Diğer bir görüşe göre bu ihtilaf örften kaynaklanmıştır. Yani Ebû Hanîfe kendi zamanındaki Kufelilerin adetlerine göre hareket etmiştir. Onun döneminde her yerde ehl-i hutta, tedbirden sorumlu idi ve sonradan o toprakları satın alanlar onlara bu konuda iştirak etmezlerdi.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: bu değerlendirme, Muhammed'in görüşü açısından tamam olmaz. Çünkü Muhammed, Ebû Yûsuf'a muasır olmakla birlikte Ebû Hanîfe ile aynı görüştedir. Muhammed Ebû Hanîfe'den sonra yaşamıştır. Şayet bu ihtilaf örften kaynaklanmış olsaydı, Muhammed'in Ebû Hanîfe ile değil de Ebû Yûsuf'la aynı görüşte olması gerekirdi.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Muhammed aynı zamanda Ebû Hanîfe'ye de muasırdı. Nitekim Taşkoprîzâde adıyla tanınan Molla Isâmüddîn, *Miftâh-ü's-Saâde* adlı eserinde bu hususu zikretmiştir. Muhammed'in Ebû Hanîfe'nin yaşadığı zamanın örfünü esas alması ve bu görüşünden döndüğüne ilişkin bir rivâyetin olmaması da mümkündür.

1 Ehl-i hutta: Bir bölgenin Müslümanlar tarafından fethedilmesinin ardından ganimete paylaşılan mülke sahip olan kişilere verilen addır. Bu adı almasının nedeni, fetihten sonra imamın payları belli etmek için hat/çizgi çizmesinden ileri gelmektedir.

فعلم منه ما في نظر الشيخ من القصور؛ لأن في عدم وجوب القسامة على عاقلته الغيب لا يلزم استئصال مال رب الدار بل غاية ما لزم فيه تكرر اليمين عليه وليس في اليمين الصادقة بأس، فعدم وجوب الدية على عاقلته الغيب لم يكن كعدم وجوب القسامة عليهم. ويشير إلى وجه آخر في الفرق بين الدية على العاقلة الغيب وبين القسامة عليهم ما في البدائع من قوله: «إن العاقلة إذا كانوا ٥ حضورا يتهمون بالقتل كأنهم صاحب الدار وإذا كانوا غيبا ينتفي معنى التهمة عليهم؛ لأن وجوب الدية على العاقلة لا يتعلق بالتهمة».

٢٠. القسامة علة على من يلزم؟

[التسهيل] ويجعل «سهم»^١ الشُّكَّان في الدار والمشتريين وأهل الخطة سواء لشركة الحفظ بينهم، وأفردا أهل الخطة ولو بقي واحد لتفرُّده بتدبير المحلَّة، وقيل: هذا الخلاف عبرة العرف أي ذهب إليه أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه من أن أصحاب الخطة في كل محلَّة يقومون بتدبير المحلَّة ولا يشاركهم المشترون في ذلك.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا القيل لا يتم على قول محمد؛ لأنه مع أبي حنيفة مع أنه معاصر أبي يوسف بل هو متأخر فلو كان هذا الخلاف باعتبار العرف لكان محمد مع أبي يوسف لا مع أبي حنيفة.

[فاضل أمير] نقول: إن محمدا قد كان معاصرا لأبي حنيفة أيضا كما ذكره المولى عصام الدين المعروف بطاشكبري زاده في مؤلفه الموسوم بفتح السعادة فجائز أن يعتبر عرف زمان أبي حنيفة رضي الله عنهما ولم يرو رجوعه عنه.

21. Kendi Evinde Ölü Bulunan Kişinin Diyeti

[**Teshîl**] Bir kimse kendi evinde maktûl olarak bulunsa, -tıpkı başkasının evinde bulunması durumunda olduğu gibi- burada da Ebû Hanîfe'ye göre diyet âkilesi üzerine terettüp eder. Fakat mükâteb kölede hüküm bundan farklı olup kendi kazancından olan bir evde katledilmiş bulunması hâlinde bir şey gerekmez. Çünkü öldürüldüğü zaman ev onun mülkündeydi. Zira katledilmiş olarak bulunduktan sonra kitabet akdi devam etmektedir. Bundan dolayı mükâteb adeta kendisini katletmiş gibi olmaktadır ve bu nedenle kanı hederdir. Ama bizim içinde bulunduğumuz meselede maktûlün bulunduğu vakitte ev maktûlün değil onu vârislerinin mülkiyetindedir. Çünkü ev sahibi ölmüş olup onun mülk ehliyeti kalmamıştır. Bu kişi kendini öldürmüştür, denilemez. O nedenle mükâtebin aksine kanı heder olmaz. Ebû Hanîfe'nin bu görüşü üzerinde meşâyih, maktûlün âkilesine kasâme gerekip gerekmeyeceği konusunda ihtilaf etmişlerdir. Serahsî, gerekmediği görüşünü tercih etmiştir. Çünkü şayet o evde ev sahibinden başkası öldürülmüş olarak bulunsaydı kasâme, âkilesine değil bu ev sahibi üzerine terettüp edecekti. Kendisi katledilmiş olarak bulununca kasâme imkânsız hâle gelmiştir. Ama diyet bunun aksinedir. Çünkü diyet âkile üzerine gerekir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Burada söylenenler metinde geçen "Maktûl, birinin evinde bulunduğu Ebû Yûsuf'a göre değil de Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre orada hazır olan âkilesi üzerine düşer." ifadesine muhâlifdir. Böyle bir durum, Ebû Hanîfe'den ancak kasâmenin mevcut olan âkilesi üzerine düşmesi yönünde iki rivâyetin bulunması hâlinde söz konusu olabilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Zannımca bu meselede "Hazır bulunsalar bile âkile üzerine kasâme gerekmez." şeklinde bir rivâyet olmalıdır. Bu kanaat muteber fıkıh metinlerin yazarlarının bu meselede "fe aleyhi'l-kasâme" (Kasâme ev sahibine düşer.) şeklinde bir ifade kullanmalarıdır. Burada zarf niteliğinde olan habere öncelik verilmiştir. Habere öncelik verilmesi ise özgüleme ifade eder. Sonra *Kenzü'd-Dekâik* kitabının kenarında, *ez-Zehîre* adlı eserden naklen şöyle bir ifade gördüm: "Maktûl, bir kişinin evinde bulunduğu diyet ev sahibinin âkilesine düşer. Bu konuda bütün rivâyetler ittifak etmiştir. Kasâme ise bir rivâyette ev sahibine, diğer rivâyette ise yine ev sahibinin âkilesine düşer."

٢١. دية من وجد في داره قتيلاً

[التسهيل] أو في دار نفسه فعلى عاقلته دية كغيره عن أبي حنيفة ضد المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار من كسبه فإنه لا يجب فيه شيء؛ لأنه حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لبقاء عقد الكتابة بعدما وجد قتيلاً فجعل كأنه قتل نفسه فهدر دمه. وأما ما نحن فيه فإن الدار حال وجود القتل مملوكة للورثة لا للقتيل؛ لأنه ميت ليس له أهلية الملك فلا يجعل كأنه قتل نفسه فلا يهدر دمه بخلاف المكاتب. ثم اختلف المشايخ في وجوب القسامة على عاقلته على قول أبي حنيفة واختار السرخسي عدم وجوبها؛ إذ لو وجد غيره فيه قتيلاً تجب القسامة عليه لا على عاقلته فإذا وجد هو قتيلاً تعذر إيجاب القسامة بخلاف الدية لوجوبها على العاقلة. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يخالف ما مر من أنه إذا وجد في دار أحد تجب القسامة على عاقلته الحضور عندهما لا عند أبي يوسف اللهم إلا أن يكون في المسألة روايتان عن أبي حنيفة في وجوب القسامة على عاقلته الحضور. ١٥

[فاضل أمير] نقول: قد كان ظني على أن فيها رواية أن لا قسامة على العاقلة ولو حضورا من أقوال أصحاب المتون في هذه المسألة حيث قالوا: «فعليه القسامة» بتقديم الخبر الظرف بناء على أن تقديمه يفيد الحصر. ثم رأيت في هامش كتاب الكنز منقولاً من الذخيرة: «أن القتل إذا وجد في دار رجل فالدية على عاقلة صاحب الدار باتفاق الروايات والقسامة على صاحب الدار في رواية وفي رواية أخرى القسامة على عاقلته أيضاً» انتهى.

Buradan anlaşılmalıdır ki Serahsî birinci rivâyeti esas almıştır. Zira ilgili meselede “Eğer o evde ev sahibinden başkası maktûl olarak bulunsaydı, kasâme âkilesine değil ona (ev sahibine) düşerdi.” demektedir.

22. İş Yerinde Bulunan Maktûl

5 [Teshîl] Bir kimse birilerinin mülkü olan bir çarşıda ölü olarak bulunsa, Ebû Yûsuf, kasâme ve diyeti o çarşı sakinleri üzerine vâcip kılarken Ebû Hanîfe ve Muhammed çarşının maliklerine vâcip kılmıştır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Ebû Yûsuf’a göre ev meselesinde olduğu gibi çarşının maliklerinin de çarşı sakinlerine iştirak etmesi gerekir.

10 [Fâzıl Emîr] Bu konuda tereddüde düşülmesi yerinde değildir. Zira çarşı meselesinde maliklerin de sakinlerle beraber kasâme ve diyete iştirak edeceği Ebû Yûsuf’tan sarîh olarak rivâyet edilmiştir. *el-Muhtâr* şerhi *el-İhtiyâr*’da şu ifadeler yer almaktadır: “Eğer maktûl çarşıda bulunursa, eğer çarşı özel mülk ise mal sahipleri, Ebû Yûsuf’a göre ise çarşı sakinleri
15 de kasâme ve diyete yükümlü olur.” Burada iyice belenmesi gereken bir incelik daha bulunmaktadır. Ebû Hanîfe ve Muhammed’in “Maktûl özel mülk olan bir evde bulunduğu takdirde kasâme orada oturanlara değil mülk sahiplerine düşer.” görüşü, mülk sahibinin de orada ikameti hâlinde geçerlidir. Aksi takdirde oturanların kasâme ile yükümlü olduğunda
20 ittifak vardır. Bunu Mevlâ Ayasuluği, *el-Mecma*’ şerhinde belirtmiştir.

23. Ordugâhta Bulunan Maktûl

[Teshîl] Bir bölük asker içerisinde birisi çölde ölü olarak bulunsa kasâme ve diyet yükümlülüğü, maktûlün bulunduğu çadırda bulunan askerler üzerine terettüp eder. Çadırın dışında ölü olarak bulunmuşsa en yakın
25 çadırda bulunanlara terettüp eder. Kimsenin mülkiyetinde olmayan yerlerde kasâme ve diyet o an için orada konaklamış olan (zilyed) kimselere düşer.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Şayet asker tespit edilebilecek kadar az sayıda ise o takdirde durum mahalle halkının gibi olur. O nedenle
30 maktûlün çadır dışında bulunması hâlinde sorumluluk hepsinin üzerine terettüp eder.

فظهر منه أن السرخسي قد أخذ بالرواية الأولى حيث قال: «إذ لو وجد غيره فيه قتيلًا تجب القسامة عليه لا على عاقلته».

٢٢. وجود القتل في السوق

[التسهيل] ولو في سوق مملوكة يوجبها أبو يوسف على سكانها، وهما

٥ على ملائكتها.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يشاركهم الملاك عند أبي يوسف كما في

مسألة الدار.

[فاضل أمير] نقول: ليس على ما ينبغي أن يتردد فيه؛ إذ مشاركة الملاك مع

السكان في مسألة السوق عند أبي يوسف مروية عنه صريحاً حيث قال في اختيار

المختار: «وإن وجد في السوق إن كان مملوكاً فعلى الملاك وعند أبي يوسف ١٠

على السكان أيضاً» انتهى. ثم ههنا فائدة لا بد من محافظتها وهي أن ما قاله أبو

حنيفة ومحمد من أن القتل إذا وجد في دار مملوكة يكون القسامة على الملاك

لا السكان فيما إذا سكن فيها المالك أيضاً وإلا فيدخل السكان اتفاقاً صرح

المولى الأياثلوغي في شرح المجمع.

٢٣. وجود القتل في العسكر

١٥

[التسهيل] ولو وجد في عسكر بفلاة وجبتا على من وُجد بخيمته، ولو وُجد

خارجاً عن الخيمة فعلى أقرب الخيم؛ إذ اليد تُعتبر إذ لا ملك.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو كان العسكر قليلاً يضبط ينبغي أن يكون كأهل

المحلة فيجب على الكل إذا وجد خارجاً عن الخيمة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *Tebyînu'l-Hakâik*'te şu ifadeler yer almaktadır: “Eğer maktûl çadır ve otağın dışında bulunmuşsa, şayet asker kabileler hâlinde yerleşmişse, kasâme maktûlün bulunduğu yerdeki kabileye düşer. İki kabilenin arasında bulunmuşsa en yakın kabileye, her iki kabile eşit mesafedeyse her ikisine de kasâme düşer. Bu durumda iki mahalle veya iki köy arasında bulunmuş maktûl gibi kabul edilir. *el-Hidâye*'de geçtiği üzere eğer otağın dışında bulunmuşsa, bütün asker kasâmeyle yükümlü olur. Çadırların dışında bulunan maktûlde bütün asker kasâmeyle yükümlü olur.”

Şeyh'in tereddüde düştüğü husus rivâyetle sabittir. Metinde naklettiği ise maktûlün iki kabile arasında bulunması meselesidir. Bu konuyu Molla Hüsrev, *el-Gurer*'de hakkını vererek oldukça ayrıntılı ele almıştır.

[فاضل أمير] نقول: قال في التبيين: «إن كان القتل خارجاً من الخيمة والفسطاط؛ فإن نزلوا قبائل متفرقين فعلى القبيلة التي وجد فيها، وإن وجد بين القبيلتين فعلى أقربهما وإن استويا فعليهما كما إذا وجد بين القريتين أو المحلتين. وفي الهداية: إن كان خارجاً من الفسطاط فعلى أهل العسكر كلهم فيجب ما وجد خارج الخيام عليهم كلهم» انتهى.

فعلم منه أن ما تردد فيه مما ثبت بالرواية وإن ما نقله في المتن هو صورة ما وجد بين القبيلتين. وقد أوفى حق المقام على التفصيل مولانا خسرو في الغرر.

HADLER

1. Muhsanlığın Şartları

[**Teshîl**] Fukahâ muhsanlık (ihsân) için yedi şart belirlemiştir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Dikkatlice incelendiğinde muhsanlık şartları sekiz olmaktadır: İslâm, hürriyet, akıl, buluğ, sahih nikâh, sahih nikâh içinde cinsel ilişki, zânînin sahih nikâhta cinsel ilişki gerçekleştirmek suretiyle muhsanlık niteliğine sahip olması, eşinin de ihsan için aranan aynı nitelikleri haiz olması.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh kadının ilişkiden önce adı geçen beş niteliği yani İslam, hürriyet, akıl, buluğ ve sahih nikâh niteliklerini taşımasını müstakil bir şart olarak kabul etti. Erkeğin bu şartları ilişkiden önce taşımasını da ayrı bir şart kabul etti. Ancak bu çoğaltmaya gerek yoktur. “Eşlerinin her ikisinin de ilişkiden önce bu şartları taşıması şarttır.” demekle maksat hâsıl olur. Fıkıhçılar da bunu böyle kabul etmiş ve bu hususu “eşlerin her ikisinin de muhsanlık niteliğini taşıması” ifadesiyle dile getirmişlerdir. Bu şartın neticesi şu meselede ortaya çıkar: Hür, Müslüman, akıllı ve baliğ bir erkek Hıristiyan bir kadınla evleniyor ve onunla ilişkiye giriyor, sonra da kadın Müslüman oluyor. Koca eğer karısı Müslüman olduktan sonra onunla ilişkiye girmeden önce zina yapsa, kendisine recim cezası uygulanmaz. Çünkü Müslüman olduktan sonra karısıyla ilişkiye girmedikçe Ebû Hanîfe ve Muhammed’e göre koca için muhsanlık şartları tamamlanmış olmaz. Eşlerden herhangi birisinde bu şartlardan birinin bulunmamasını bu meseleye kıyas et. Eğer bu şartın erkekte bulunması bir şart, zevcede bulunması ayrı bir şart olursa, kocanın Müslüman olmasının bir şart, zevcenin Müslüman olmasının da ayrı bir şart olması gerekir. Aynı husus hürriyet, akıl ve buluğ için de geçerli olur. Bu durumda şartlar on ikiye çıkar. Bilakis sahih nikâhla evli olmak erkek için ayrı bir şart, kadın için de ayrı bir şart sayılırsa, ilişkiye girmek kocada bir şart, zevcede ayrı bir şart sayılırsa on dörde de çıkar. Bu hususu iyi anla!

كتاب الحدود

١. شرائط الإحصان

[التسهيل] وقالوا: شرائط الإحصان سبعة.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: هي عند التحقيق ثمانية: الإسلام، والحرية، والعقل، والبلوغ، والنكاح الصحيح، والوطء، وكون الزاني بصفة الإحصان في وطاء بنكاح، وكون الزوج كذلك.

[فاضل أمير] نقول: عد كون المرأة جامعة للصفات الخمس المذكورة أعني: الإسلام والحرية والعقل والبلوغ والنكاح الصحيح قبل أن توطأ شرطاً مستقلاً، وكون الرجل جامعاً لهذه الصفات قبل أن يوطأ شرطاً آخر ولكن لا حاجة إلى هذا التكرير ويحصل المطلوب بأن يقال: كون كل منهما جامعاً لها قبل الوطاء

١٠ شرطاً كما جعلوه كذلك وعبروا عنه بقولهم: «وهما بصفة الإحصان». وثمره هذا الشرط تظهر فيما تزوج الحر المسلم العاقل البالغ بنصرانية ودخل بها ثم أسلمت فقبل أن يدخل بها بعد إسلامها إن زنى لا رجم عليه؛ لأنه ما لم يدخل بها بعد إسلامها لم يتكامل شرائط إحصانه عند أبي حنيفة ومحمد وقس

١٥ عليه فقدان كل واحد من الشروط في واحد منهما على أنه لو اعتبر وجود هذا الشرط في الزوج شرطاً ووجوده في الزوجة شرطاً آخر لاعتبر كون الزوج مسلماً شرطاً وكون الزوجة مسلمة شرطاً آخر، وكذا الحرية والعقل والبلوغ فبلغت الشروط إلى اثني عشر شرطاً بل إلى أربعة عشر إن عد الزوج بنكاح

في الزوج شرطاً وفي الزوجة آخر، فافهم!

Allâme [İbn Kemâl], *el-İzâh'ta Şerhu't-Tahâvi*'den naklen bir şart daha ileri sürmüştür. O da eşlerin muhsan olma özelliğinin irtidat sebebiyle iptal edilmiş olmamasıdır. Bu hususta şunları söyler: “*Şerhu't-Tahâvi*'de geçtiği üzere eşlerin ikisi de irtidat etse, muhsan olma özellikleri ortadan kalkar. 5 Sonra eşlerin ikisi de tekrar Müslüman olsa, koca Müslüman olduktan sonra karısıyla ilişkiye girmedikçe muhsan olma özelliği geri gelmez.” *Mültekal-Ebbur* müellifi İbrahim Halebî, *el-Vikâye*'de ve diğer metinlerde geçen ifadede değişiklik yapmış, “eşlerinin her ikisinin de ihsan niteliklerini taşımaları hâlinde” ifadesi yerine “zikredilen sıfatların eşlerin her ikisinde 10 de mevcut olması hâlinde, sahih bir nikâh içerisinde ilişkiye girmek” ifadesini kullanmıştır. Böylece şu itirazı bertaraf etmek istemiştir: Eşlerin muhsan olması ancak bu ilişkiyle gerçekleşir. O zaman ‘eşlerin her ikisinin de muhsan olmaları hâlinde gerçekleşen ilişki’ ifadesi nasıl doğru olabilir? Ayrıca Halebî bu tasarrufuyla, üstâd Sadruşşerâ'nın “Yani ilişki dışında ihsan 15 için gerekli olan şartlar bu ilişkiden önce mevcuttu. İlişki gerçekleştiğinde ise ihsan için gerekli olan şartların hepsi tamamlanmış oldu.” ifadeleriyle yaptığı gibi bir çıkış yolu arayışına da ihtiyaç duymamıştır. Aynı şekilde Allâme İbn Kemâl'in yaptığı gibi “Eşlerin muhsanlık niteliği taşımaları hâlinde ifadesi, ilişkinin başlangıcına değil bitişine yönelik bir kayıttır.” 20 şeklinde bir değerlendirmeye de ihtiyaç hissetmemiştir.

Bu fakir der ki, fıkıhçıların muhsanlık şartları konusundaki değerlendirmelerinin neticesi altıncı şart ilişkiye girmek, yedinci şart da altıncı şartın gerçekleştiği sırada ilk beş şartın mevcut olmasıdır. *el-Mültekâ* şârihi İsmail b. Sinân es-Sivâsî, müellifin ibare değişikliği yaparken dikkate aldığı mezkûr 25 inceliğin farkına varamadığı için, *el-Ferâid* isimli şerhinde “Özet olarak ilişki anında eşlerin muhsanlık niteliğini taşımaları şarttır.” ifadesine yer vermiştir. Eğer müellif İbrahim Halebî'nin maksadına vakıf olabilseydi şu ifadeyi kullanırdı: Özet olarak eşlerin her birinde ilişki anında İslam, hürriyet, akıl, buluş ve sahih nikâhla evlenmiş olma niteliklerinin bulunması şarttır.

2. Zaman Aşımı Sebebiyle Haddin Uygulanmaması

[**Teshîl**] Zaman aşımı nedeniyle hüküm vermek câiz olmadığı gibi, haddin infazı da câiz değildir. [Çünkü hadler konusunda infaz hüküm verme kapsamındadır.] Karşı görüşte olan Züfer'in gerekçesi gecikme hususundaki mazerettir.

وقد نقل مولانا العلامة في الإيضاح عن شرح الطحاوي إن ههنا شرطا آخر وهو أن لا يبطل إحصانها بالارتداد حيث قال: «قال في شرح الطحاوي: ولو ارتدا بطل إحصانها ثم إذا أسلما لا يعود إحصانها إلا بالدخول بها بعد الإسلام» انتهى. ثم إن صاحب الملتقى قد غيّر عبارة الوقاية وغيره فقال: «والموطئ بنكاح صحيح حال وجود الصفات المذكورة فيهما» موضع قولهم: «وهما بصفة الإحصان» لئلا يرد عليه أن إحصانها لا يحصل إلا بهذا الوطئ فكيف يصح أن يقال: وطئ حال كونها محصنين ولئلا يحتاج إلى ما تمحله^١ المولى التحرير صدر الشريعة بقوله: «أي الأمور التي يثبت بها الإحصان ما عدا الوطئ كانت حاصلة قبل هذا الوطئ فإذا وجد الوطئ تم جميع ما يثبت به الإحصان» ولا إلى ما قاله العلامة من أن قوله: وهما بصفة الإحصان قيد للفراغ ١٠ عن الوطئ لا للشروع فيه» انتهى.

فيقول الفقير: كان مآل قولهم في شروط الإحصان إلى أن الشرط السادس الوطئ، والسابع وجود الشروط الخمسة عند وجود الشرط السادس. وشارح الملتقى لما لم يتفطن بما في تغيير التعبير من النكتة المذكورة قال في شرحه المسمى بالفرائد: «وحاصله اشتراط صفة الإحصان فيهما عند الدخول» ولوله ١٥ الوقوف على ما قصده المصنف لقال: وحاصله اشتراط وجود الإسلام والحرية والعقل والبلوغ والنكاح الصحيح في كل منهما عند الدخول.

٢. عدم إمضاء الحد بالتقادم

[التسهيل] فكما لا يجوز الحكم عند التقادم فكذا إمضاؤه [لأن الإمضاء من الحكم] وله^٢ العذر في التأخير. ٢٠

١ أ: تمحل له.

٢ أي لزفر.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Muhammed'in de Züfer'le aynı görüşte olması gerekir. Çünkü önceden geçtiği üzere ona göre de infaz hüküm kapsamına dâhil değildir.

Şayet suçlu celdenin tamamı vurulmadan önce kaçsa, sonra zaman aşımı meydana gelse daha sonra yakalansa Züfer'in hilafına biz artık cezanın kalan kısmını infaz etmeyip onu serbest bırakırız.

Derim ki: Şahitliğin geciktirilmesi nedeniyle hükmün imkânsız oluşu, bu geciktirmede şahitlerin itham edilmesiyle gerekçelendirilmiştir. Oysaki burada bir töhmet söz konusu değildir. Çünkü burada şahitler şahadetlerinin kabul edilebileceği makûl bir süre içerisinde şahitlik yapmışlardır. O nedenle Züfer'in görüşünde olduğu gibi kaçma ve benzeri şekillerde infazın iptal edilmemesi gerekir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Kâfi*'de "Hırsızlığa ilişkin zamanaşımına uğramış şahitlik geçersiz olur. Dava olmaksızın sahih kabul edilmez." meselesine cevap verirken şu ifadeler yer verilmiştir: "Çünkü had cezasının zaman aşımıyla düşmesi, hadlerin Allah hakkı olmasıyla ilişkilidir. Her fertte töhmetin gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınmaz. Zira halis Allah hakkı olan cezalar, düşürücü sebeplerin manasıyla düştüğü gibi suretiyle de düşer." Buradan da anlaşılmaktadır ki zaman aşımı halis Allah hakkı olan had cezalarının düşmesi için başka bir şeyin varlığına ihtiyaç duyulmaksızın yeterlidir. Böylece Şeyh'in ilk itirazı da "Şahitliğin geciktirilmesi nedeniyle hükmün imkânsız oluşu, bu geciktirmede şahitlerin itham edilmesiyle gerekçelendirilmiştir." ifadeleriyle gündeme getirdiği ikinci itirazı da bertaraf edilmiştir.

3. Şahitlerin Beyanında Çelişki

[Teshîl] Şahitlerin zinanın zamanı ve yeri konusunda farklı şahitlikte bulunmaları durumunda zinanın teklifi konusunda şüphe olduğu için bize göre şahitlere kazif haddi uygulanmaz. Çünkü şahitler zinanın işlenmesi noktasında ittifak etmiş ama yer ve zaman konusunda ihtilaf etmişlerdir. Böylece zinanın teklifi konusunda şüphe oluşmuştur. Züfer'e göre ise sayı noksanlığı nedeniyle şahitlerin sözleriyle zina sabit olmamış ve o nedenle de şahitler kâzif (zina iftiracı) durumuna düşmüşlerdir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون محمد مع زفر؛ إذ الإمضاء ليس من الحكم عنده كما مر.

فلو هزب قبل تمام ضربه فتقادم فأخذ تركناه خلافاً لزفر.

أقول: امتناع الحكم بتأخير الشهادة معللٌ بالتهمة على الشهود لتأخيرهم فلا تهمة هنا لأنهم شهدوا في وقتٍ قبلت فيه شهادتهم فينبغي أن لا يبطل الإمضاء
٥ في صورة الهزب ونحوه كقول زفر.

[فاضل أمير] نقول: قال في الكافي في الجواب عما قيل: الشهادة المتقدمة تبطل على السرقة ولا صحة لها بلا دعوى: «ولأنه حكمٌ يدور على كون الحد حقا لله فلا يعتبر تحقق التهمة في كل فرد؛ إذ الحدود الخالصة تسقط بصورة
١٠ المسقط كما تسقط بمعناه» انتهى. فظهر منه أن مجرد التقادم يكفي في سقوط الحدود الخالصة لله تعالى من غير حاجة إلى وجود شيء آخر، واندفع ما أورده الشيخ أولاً وثانياً بقوله أقول: «امتناع الحكم بتأخير الشهادة» إلى آخره.

٣. اختلاف الشهود فيما شهدوا

[التسهيل] منعنا حدّهم لاختلافهم في مكانه أو زمانه لشبهة الاتحاد؛ لأنهم
١٥ اتفقوا في الزنا واختلفوا فيهما فتمكّن شبهة الاتحاد نظراً إلى الزنا، ولزفر نقص العدد فلم يثبت الزنا بقولهم فصاروا قدفةً.

١ وفي هامش أ: قوله «ولأنه حكم» مقول قال في الكافي، وضمير لأنه في عبارة الكافي راجع إلى سقوط الحق بالتقادم، منه.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Hükümden önce şahitlerden birinin rücû etmesi hâlinde de zina aynı şekilde sabit olmamıştır. Yine infaz sonrası bir şahidin rücûunda da şüphe vardır. Her iki durumda da şüphe olduğu hâlde bize göre her iki durumda da zina iftirası haddi uygulanırken; Züfer'e göre uygulanmaz. Bu meselede ise durum tam tersi olmuştur. İki taraf açısından da bu durumlar arasında bir farkın olması gerekir. O da derinlemesine düşünmekle bilinir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in Züfer'in görüşü için fark istemesi şu nedenlidir: Züfer'e göre şahitlerden birinin hükümden önce şahitlikten dönmesi hâlinde sadece dönen şahide iftira haddi uygulanır. Ele aldığımız meseledeki yaklaşıma göre o meselede de yalnızca dönen şahidin değil, diğer şahitlerin de had cezasına çarptırılması gerekirdi. Zira hükümden önce şahitlerin birinin dönmesiyle sayı azalmış ve zina sabit olmamıştır. Bu mesele de şahitlerin zinanın zamanı ve mekânı konusunda ihtilaf etmeleri gibidir.

Diğer üç imamımızın (Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf, Muhammed) görüşleri açısından fark talep etmesi şuna dayanmaktadır: Onlara göre hüküm uygulandıktan sonra şahitlerden biri dönerse, dönen şahide iftira haddi uygulanır. Ele aldığımız meseledeki yaklaşımlarına göre o meselede de dönen şahide ceza uygulanmamalıydı. Çünkü şahitlerden birinin hüküm uygulandıktan sonra dönmesinde şüphe vardır. Zira eğer yaşayan bir kişiye iftira atmışsa, onun ölümüyle bu eylem geçersiz olmuştur. Eğer ölmüş bir kişiye iftira atmışsa, bu kişi hâkimin hükmüyle recm edildiği için yine şüphe doğar. Neden şahitlerin zinanın zamanı ve mekânı konusundaki ihtilafları meselesinde şüphelyi dikkate aldılar da şahitlerden birinin hükmün uygulanmasından sonra dönmesi meselesinde dikkate almadılar? Şeyh'in burada ileri sürdüğü mütalaanın özeti budur.

Cevabına gelince Züfer'in meselesini ele alırsak ona göre dönen şahide had uygulanmasının sebebi, zinanın sabit olmaması değil; şahit sayısının azalmasıdır. Şahitlerden birinin hükümden önce dönmesi hâlinde onun rücû etmesi arkadaşları hakkında değil, kendi hakkında geçerlidir. Onun sözü, her ne kadar dönen şahıs (yani kendisi) hakkında geçersiz ise de onlar hakkında şahitlik olarak varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla diğer şahitlere nispetle sayıda bir azalma yoktur. Diğerleri hakkında cezayı gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: في صورة رجوع أحدهم قبل الحكم لم يثبت الزنا أيضاً، وفي صورة رجوعه بعد الإمضاء شبهة أيضاً مع أن الحد في الصورتين المتقدمتين يتحقق عندنا لا عنده وهنا عكس الأمر فلا بد من الفرق للطرفين وهو يُعرف بالتأمل.

٥ [فاضل أمير] نقول: مطالبته زفر بالفرق من جهة أنه قد قال فيما رجع أحدهم قبل الحكم يحد الراجع فقط ومقتضى قوله هنا: أن يحد الراجع والبواقي هناك؛ لأن فيما رجع أحدهم قبل الحكم انتقص العدد ولم يثبت الزنا كما في مسألة الاختلاف في الزمان أو المكان.

١٠ ومطالبته الأئمة الثلاثة بالفرق من جهة أنهم قالوا فيما رجع أحدهم بعد الإمضاء: 'يحد الراجع ومقتضى ما قالوه هنا: أن لا يحد الراجع أيضاً هناك؛ لأن في رجوع أحدهم بعد الإمضاء شبهة من حيث إنه إن كان قاذف حي فقد بطل بالموت وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وذلك مورث للشبهة فلم اعتبروا الشبهة في مسألة الاختلاف في الزمان أو المكان ولم يعتبروها في مسألة رجوع أحد الشهود بعد الإمضاء، هذا تقرير ما ذكره هنا.

١٥ والجواب عن طرف زفر: هو أن الموجب لحد الشاهد عنده نقصان العدد لا عدم ثبوت الزنا ففي رجوع أحدهم قبل الحكم قد صح رجوعه في حق نفسه لا في حق أصحابه فبقي كلامه شهادة في حقهم وإن بطل في حق الراجع فلم ينتقص العدد بالنسبة إليهم فلم يوجد الموجب في البواقي.

١ وفي هامش أ: قوله «قالوا فيما رجع أحدهم بعد الإمضاء يحد الراجع» وهو ما سبق في المتن من قوله: فلم نقد كل من رجع وحدناه لقتله، منه.

Diğer üç imamımız açısından cevap verecek olursak, hüküm uygulandıktan sonra şahitlerden birinin dönmesi meselesinde şüpheyi dikkate almamalarının sebebi, imamlarımızın görüşüne delil getirirken yer verdiği şu gerekçeye dayanır: “Dönen şahidin şahitliği, bu eylemden dolayı zina iftirasına dönüşür. Bu ölmüş bir kişi için zina iftirası mahiyetinde olur. Dolayısıyla şahitlik feshedildiği için ona dayalı hüküm de feshedilir. Bu ise şüphe doğurmaz.”

Böylece neden hüküm uygulandıktan sonra şahitlerden birinin dönmesi hâlinde şüpheyi dikkate almadıkları açıklanmış olmaktadır.

4. Muhsanlığın Şart ya da Alamet Oluşu

[**Teshîl**] Failin recmedilmesinden sonra şahitlerin tamamının veya birinin köle olduğu ortaya çıksa, bu şahitleri tezkiye edenler onların bu hâllerini önceden biliyorlar ise Ebû Hanîfe'ye göre maktûlün diyeti bu şahitleri tezkiye eden kimselere terettüp eder. Çünkü burada tezkiye eden kimseler illetin illeti konumunda olduklarından sorumluluk onlara izafe edilir. Şahitlerin köle oldukları açığa çıktıktan sonra tezkiye eden kişiler, “Onları tezkiyede hata ettik.” derlerse o takdirde tazminle yükümlü tutulmazlar.

Ebû Yûsuf ve Muhammed ise ödemenin beytûlmâlden yapılmasına hükmetmişlerdir. Çünkü -tıpkı muhsanlık vasfının şahitlerinin zinaya değil muhsanlığa şahitlik etmeleri gibi- müzekkiler de şahitlik şartının bulunup bulunmadığını beyan etmişlerdir. Buna cevap olmak üzere “Muhsanlık şart değil alâmettir, dolayısıyla şahitlikten farklıdır.” denilerek cevap verilmiştir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: *el-Kâfi*'nin şahitlikten vazgeçme bahsinde muhsanlığın şart değil alâmet olduğu beyan edilmiştir. Bazı yerlerde ise muhsanlığın salt şart olduğu zikredilmiştir. Bu iki ifade arasında zıtlık vardır. Pezdevî'de ise bazen alâmetin mecâzen şart olarak isimlendirildiği zikredilmiştir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Abdulaziz el-Buhârî, el-Ahsikesî'nin usûlünün şerhi olan *et-Tabkîk* adlı eserinde şöyle demektedir: “Bazen alamete mecâz olarak şart adı verilebilir. Buna örnek olarak zina konusundaki muhsanlık kavramını verebiliriz. Zira muhsanlık hakikatte şart değil alamettir. Bu adlandırma Kadı Ebu Zeyd ed-Debûsî'nin *Takvîmü'l-Edille*'de benimsediği bir husustur.

والجواب عن قِبَل علمائنا الثلاثة: هو أن عدم اعتبارهم الشبهة في مسألة رجوع أحد الشهود بعد الإمضاء لما بين عند إيراد الدليل من جانب أئمتنا من قولهم: إن شهادته تنقلب قذفا برجوعه فجعل قذفا للميت وقد انفسخت الشهادة فينسخ الحكم المبني عليها فلا يورث الشبهة انتهى.

وبهذا تبين وجه عدم اعتبارهم الشبهة في مسألة رجوع أحد الشهود بعد الإمضاء.

٤. كون الإحصان شرطاً أو علامة

[التسهيل] ولو رُجم فظهروا أو أحدهم قنا أو نحوَه فديته على المُزَكِّين عند أبي حنيفة لو علموا بحالهم؛ لأنهم كعلّة العلة فأضيف إليهم. فإن قالوا حين ظهروا عبيداً: أخطأنا في تزكيتهم فلا ضمان عليهم.

وغيرَما بيت المال؛ لأنهم لبيان الشرط كشهود الإحصان، أوجب بأن الإحصان علامة فافترقا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: بين في الرجوع عن الشهادة من الكافي أن الإحصان علامة لا شرط وذكر في بعض المواضع أنه شرط محض فبين الكلامين منافاة وفي البزدوي: وقد يسمى العلامة شرطاً مجازاً.

[فاضل أمير] نقول: قال في التحقيق شرح الأخصيكي: وقد تسمى العلامة شرطاً يعني بطريق المجاز وذلك مثل الإحصان في باب الزنا؛ فإن الإحصان علامة لا شرط حقيقة. وهذا هو طريقة القاضي الإمام أبي زيد في التقويم

Bazı müteahhirûn usulcüleri de bu yolu tercih etmiştir. Ancak mütekadimûn âlimlerimiz ve müteahhirûnun çoğunluğu ve bunların dışındaki fıkıhçılar, muhsanlığı alamet olarak değil, recmin vücubu için şart olarak terimleştirdiler.” *et-Tabkik* müellifi sonra da her iki tarafın delillerini en ayrıntılı biçimde açıkladı.

Şârih Şeyh'in, eğer imamlarımızın usûlü hakkında bir uğraşısı olsaydı, alamet ve şart bahislerine muttali olsaydı “Bu iki ifade arasında zıtlık vardır.” gibi bir şey söylemezdi.

5. Had Cezasının Uygulanamadığı Durumda Tazir Cezası Verilmesi

[**Teshîl**] Mahalde şüphe bulunması durumunda had uygulanmaz... Bir erkek, kendisine şehvet duyulan (müştehât) bir kız çocuğuyla -gönüllü veya gönülsüz- ya da bir kadınla -zorlama ve tehditle- cinsel ilişki kursa, bu ilişkinin sonucunda kız idrarını tutamaz hâle gelse, organın yararının yok edilmesine yol açtığı için zânî ayrıca organın diyetini ödemekle yükümlü tutulur. Metindeki ‘mahalde şüphe’ kaydı kız çocuğu için de geçerli bir kayıttır. *Ukr* (şüphe ile gerçekleşen ilişkilerde ödenmesi gereken tazminat) ve diyetin sebeplerinin farklı olmasından dolayı Muhammed ayrıca ukr verilmesini de gerekli görmüştür. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’a göre ise aklın zevâline sebep olan *mûdihada* olduğu gibi burada da tedâhül söz konusudur. Bahse konu kız şayet idrarını tutabiliyorsa o takdirde zânî, câifede olduğu gibi hem diyetin üçte biri hem de ukr ödemekle yükümlü olur. Şayet ilişki kurulan kız çocuğu şehvet duyulmayacak hâl ve yaşta ise de hüküm böyledir. Şahsın bu kız çocuğuna zinası ister şüpheli olsun isterse olmasın hüküm değişmez. Zira şehvet duyulmanın aksine kendisine şehvet duyulmayan kız çocuğuyla cinsel ilişkide had gerekmez; tazir ve ukr gerekir. Çünkü şayet şüphe mevcut değilse şehvet duyulan (müştehât) kız çocuğu ile zina eden şahsa had uygulanır. O nedenle ukr ödenmesi konusunda ihtilafın ortaya konabilmesi için haddin gerekmediği bir duruma ihtiyaç vardır. Çünkü bize göre ittifakla had ile ukr ictima etmez.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Ümmetten hatanın kalkmış olması nedeniyle, şüphe ile cinsel ilişki kurulan bir kadın sebebiyle failin ta’zîr olunması gerekir. Kadın şayet gönüllü ise yani ikrah altında değilse, o takdirde zânînin, zina eylemi sırasında vücut bütünlüğüne verdiği zarardan dolayı ayrıca diyet veya diyetin üçte birini ödemesi gerekmez.

واختارها بعض المتأخرين. فأما أصحابنا المتقدمون وعمامة المتأخرين منهم ومن سواهم من الفقهاء فقد سمو الإحصان شرطاً لوجوب الرجم لا علامة وبين دليل الطرفين بما لا مزيد عليه.

فالشَّيْخُ الشَّارِحُ لو كان له ممارسة في أصول أئمتنا واطلاع على مباحث العلامة والشروط لما قال: «بين الكلامين منافاة».

٥. التعزير عند امتناع إقامة الحد

[التسهيل] ولا حدَّ بشبهة... ولو زنى بصبيبة مشتهاة سواء طوعت أو لا أو بمكرهة قوله: بشبهة قيد للصبيبة أيضاً فأفضاها فلم تستمسك بولها فغرم الدية لفوت المنفعة، أمر محمد بعقر أيضاً لتغاير سببي العقر والدية، ولهما التداخل كموضحة مزيلة للعقل، ولو تستمسكه غرم ثلث الدية كجائفة وعقرها ولو صغيرة لا تُشتهي فحكمها كذلك سواء كان زناها بشبهة أو بدونها؛ إذ لا حد فيها بكل حال بخلاف المشتهاة إذ يحدُّ بها الزاني لو لم يكن بشبهة فاحتيج إلى محل لا يجب فيه الحد ليتجه الخلاف في العقر فإنه لا يجتمع مع الحد عندنا وفقاً .

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن لا يعزر في الموطوءة بشبهة لارتفاع الخطأ عن الأمة، ولو كبيرة مطووعة أي غير مكرهة لم تجب الدية ولا ثلثها.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Anlaşıldığı kadarıyla Şeyh burada, *Mecma'u'l-Bahreyn*'de ve şerhinde yer alan "Had cezasının şüphe ile düştüğü her durumda failin tazir edilmesi gerekir." ifadesine itiraz etmek istiyor. Benim zihnime had cezasının düşmesiyle Hz. Peygamber'in "Ümmetimden hata kaldırılmıştır." hadisinde ifade edilen 'kaldırma olayı'nın gerçekleşeceği, dolayısıyla dinen yasak olan bir eylemi işleyen kişiyi sakındırmak için uygulanması meşru olan tazir cezasının da düşmesi için bir gerekçe bulunmadığı düşüncesi doğmuştu. Ancak ben *el-İhtiyar*'da açık bir nakil buluncaya kadar bu düşüncemi ortaya atıp atmamakta tereddüt ettim. *el-İhtiyâr*'da şüpheyi üçe ayırıp her bir çeşidinin hükmüyle ilgili ayrıntıları ele aldıktan sonra şöyle demektedir: "Şüphe had cezasını düşürmek için yeterlidir. Ancak faile tazir cezası uygulanması vâciptir. Acı verici bir bedenî ceza uygulanır. Zira bir suç işlemiştir. Ancak bu suç için belirlenmiş bir had cezası bulunmamaktadır. Dolayısıyla faile tazir uygulanır."

6. Hamr Dışındaki İçkilerden Sarhoşluk

[Teshîl] Yaş üzümün *şirasını* vücudun direncini artırmak amacıyla içmek helal olduğu gibi, keskinleşmiş bile olsa az kaynatılmış kuru hurma ve kuru üzüm nebîzinin içilmesi, sarhoş edici düzeye ulaşmadığı sürece ve coşup eğlenme amacıyla içilmemesi kaydıyla helaldir. Bu hüküm, "Şarabın bizzat kendisi haram; diğer içkilerin de sarhoş edici miktarı haramdır." haberine dayanmaktadır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu durum, Hz. Peygamber'in "Hamr şu iki ağaçtandır." hadisi nedeniyle onların nebîzi bal, incir ve tahıl cinsine tahsis etmelerine aykırıdır. Hamr dışında bu iki ağaçtan elde edilen her türlü içkiden sarhoş edecek miktara hamledilerek bu zıtlığın arasını telif etmek mümkündür. Ancak bu defa da *halîtân* adlı içkinin hükmü problem doğurur. Çünkü İbn Ömer bir kimseye sarhoş oluncaya kadar *halîtân* içirdi. O da bu sarhoşluğun etkisiyle gideceği yolu bulamadı. İbn Ömer'e durumunu bildirdi. O da ben sana sadece *halîtân* içirmiştim, şeklinde cevap verdi. Bu rivâyet, *halîtân* içerek sarhoş olmanın helal olduğunu gösterir. Halîtân, hurma ile kuru üzüm suyunu birleştirmekten ibarettir. Azca pişirilir. Kabarcıca/kaynayınca ve kuvvetleninceye kadar kendi hâline bırakılır. Mezkûr uzlaştırma, halîtândan sarhoş olmanın haram olmasını gerektirir. Bu iki durum arasında bir zıtlık bulunmaktadır. En doğrusunu Allah bilir.

[فاضل أمير] نقول: الظاهر أنه يريد به الاعتراض على ما في المجمع وشرحه من أن في كل ما سقط الحد عنه بشبهة يلزم أن يعرّز. وقد سنح لي أن بسقوط الحد في مواضع الشبهة يحصل الرفع المنصوص عليه بقوله ﷺ: «رفع عن أمّتي الخطأ»^١ ولا وجه لأن يسقط التعزير المشروع لجزر من ارتكب ما هو من محظورات الدين ولكن كنت مترددا في إثبات هذا السانح إلى أن ظفرت بما في الاختيار حيث قال فيه بعد أن قسم الشبهة على أنواع ثلاثة وفصل حكم كل نوع منها وهي أي الشبهة إنما تكفي لسقوط الحد إلا أنه يجب عليه التعزير ويوجع عقوبة؛ لأنه ارتكب جناية ليس فيها حد مقدر فيعزر.

٦. السكر بالأشربة الغير الخمر

[التسهيل] وحل المثلث العنبي إذا فُصد به التقوي أما إذا قصد به التلهي فحرام. ونبيد تمر وزبيب بطبخ أدنى وإن اشتد ما لم يُسكر بلا لهو وطرب للخبر: «حرّمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب»^٢.

[الشيخ بدر الدين] أقول: أقول: هذا ينافي تخصيصهم نبيد عسل وتين وحبوب لقوله عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين»^٣ ويمكن التوفيق بأن يحمل هذا على سكر من كل شراب يتخذ من هاتين الشجرتين غير الخمر. لكن يرد الخليطان فإن ابن عمر رضي الله عنهما سقاه واحدا حتى سكر ولم يهتد إلى طريقه فأخبره بحاله فقال: «لم أزدك غير الخليطين» فدل على أن السكر منه حلال. والخليطان هو أن يجمع بين ماء التمر والزبيب ويطبخ أدنى طبخة ويتزك إلى أن يغلي ويشتد والتوفيق المذكور يقتضي أن يحرم السكر منه فيبينهما منافاة، والله أعلم.

١ سنن ابن ماجه، طلاق، ٦١.
٢ سنن النسائي، الأشربة، ٩٤.
٣ صحيح مسلم، الأشربة، ٣١.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh burada sanki şöyle bir iddiada bulunuyor: “Fakihlerimizin “Bal, incir ve hububattan yapılan nebiz, ‘Hamr (şarap), şu iki ağaçtandır (hurma ve üzüm).’ hadisi sebebiyle hamrın hükmünün yani haramlığın dışında kalmaktadır.” şeklindeki sözleri, bal, incir ve hububattan elde edilen nebizin içilmesinde de bunlardan sarhoş olunmasında da haramlık bulunmadığını ifade etmektedir. Onların “Hangi içecek olursa olsun sarhoş olmak haramdır.” sözleriyle “[Bal, incir ve hububattan yapılan] bu içeceklerin hükmü hamrın hükmünden farklıdır.” sözlerinden anlaşılan anlam arasında çelişki vardır. Ancak fıkhi birikimi olanlara kapalı kalmayacağı üzere fakihlerimiz bu içecekler hakkında “Bunlar, şaraptan hariç tutulmuş kendine özel içkilerdir.” derken bununla şunu kastetmektedir: “Bu içeceklere hamr adı verilmez. Sarhoşluk vermediği müddetçe bunları içmek haram olmaz.” Fakihlerimizin yaptığı bu tahsis, sözü edilen içeceklerden sarhoş olmanın helallğine delâlet etmez. Aynı şekilde İbn Ömer’in sözü de *halîtân* içerek sarhoş olmanın helal olduğuna delâlet etmemektedir. Bilakis “Ben sana sadece halîtân içirmiştim.” sözü, yalnızca, bu içeceği içmenin helal olduğuna delâlet eder. Şeyh’in “Bu cevap halîtândan sarhoş olmanın helal olduğunu gösterir.” sözü, sağlıklı bir akıl yürütmenin çok uzağındadır.

Bu konuyla ilgili doğru tespit, pek çok âlimin ifade ettiği gibi, hangi içecek olursa olsun sarhoş olmanın haram olduğudur. İçilmesi helal olan içeceklerle sarhoş olunduğu takdirde ilgili kişiye had cezası gerekip gerekmeyeceği konusunda ihtilaf vardır. Sahih görüşe göre bu içeceklerle sarhoş olana had cezası uygulanır.

Bu konuyu kapsamlı bir şekilde ele alarak meselenin hakkını veren âlimler içerisinde yer alan Molla Hüsrev, *ed-Dürer* ve *el-Gurer*’de meseleye şöyle yaklaşmıştır: Önce içecekleri iki ana gruba ayırmış; sonra dört içeceği içmesi helal, dört içeceği de içmesi haram kategorilerinde toplamış, sonra da şu ifadelerle meseleyi özetlemiştir: “Bil ki sarhoşluk, insan beyninin oraya yükselen buharlarla dolmasından kaynaklanan bir durumdur. Sarhoşluk hâliyle birlikte insanın iyi ve kötü olan şeyleri birbirinden ayırmasına yönelik akıl yetisi devre dışı kalır. Sarhoşluk ittifakla haramdır. Ancak sarhoşluğa götüren yol da bazen haram olur. Birinci kategoride yer alan dört içekte durum budur.

[فاضل أمير] نقول: كأنه زعم أن قولهم: «نبئذ عسل وتين وحبوب» خارج عن حكم الخمر وهو الحرمة بقوله ﷺ: «الخمر من هاتين الشجرتين» أفاد أن لا حرمة في شرب نبئذ عسل وتين وحبوب ولا في السكر منها فيكون بين قولهم: «حرم السكر من كل شراب» وبين الاستفادة من قولهم: «هذه الأنبذة خارجة عن حكم الخمر». ولكن لا يخفى على الخبير أن ما قالوا في هذه الأنبذة من أنها مختصة ومخرجة عن الخمر يريدون به أنه لا يطلق عليها اسم الخمر فلا يحرم شربها ما لم تسكر فلا دلالة في تخصيصهم هذا على حل السكر منها، وكذا لا دلالة لقول ابن عمر رضي الله عنه - على أن السكر من الخليطين حلال بل دلالة قوله: لم أزدك غير الخليطين على حل شربه فقط فكان قوله: «فدل على أن السكر منه حلال» في غاية البعد عن التحقيق.

والتحقيق في المقام على ما قال به العلماء الأعلام هو أن السكر من كل شراب حرام، واختلافهم فيمن سكر من الأشربة التي حل شربها هل يحد أو لا والصحيح وجوب الحد في السكر منها.

وممن أوفى حق المقام وأحاط بأطراف الكلام المولى خسرو في الدرر والغرر حيث قسم الأشربة أولا إلى نوعين وجعل أربعة منها حلالا شربها وأربعة حراما شربها ثم فذلك قائلا: واعلم أن السكر حالة تعرض الإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقييحة وهو حرام بالإجماع لكن الطريق المفضي إليه قد يكون أيضا حراما كما في الأربعة السابقة

Sarhoşluğa götüren yol bazen mubah olabilir. Sonraki kategoride yer alan dört içerde de hüküm böyledir.” Şüphesiz ki sarhoş olmanın ittifakla haram olduğu sonraki kategoride yer alan dört içerdeden birisi de halitandır. Böylece Şeyh'in ilk itirazı da ikinci itirazı da tamamen boşa çıkmıştır. 5 Onu bu yanılığa sevk eden şey fıkıhçıların sonraki kategoride yer alan içerdeleri içmenin helal olduğuna ilişkin beyanlarıdır. Şeyh de bunları içmenin helal olduğu gibi, bunlardan sarhoş olmanın da helal olduğunu zannetti ve böyle bir duruma düştü.

7. Şahitlerin Zaman ve Mekan Konusunda İhtilafı

[Teshîl] Kazf şahitlerinin yer ve zaman konusunda ihtilaf etmeleri durumunda Ebû Hanîfe'ye göre şahitlikleri reddedilmez. Çünkü şahitlik, [söylenmiş] bir söz üzerinedir.

Bu konudaki ilke şudur: Şahitlik edilen husus, satım, -ikrar, ibrâ, talâk ve itk gibi- söz veya -karz gibi- söze ilhak edilen bir fiil ise şahitlerin zaman 15 hususunda ihtilaf etmeleri ittifakla şahitliklerinin kabulüne engel değildir. Eğer şahitlik edilen husus, -gasp ve cinayet gibi- bir fiil veya -nikâh gibi- fiil kapsamına dâhil edilebilecek bir söz ise bu durumda şahitlerin ihtilafı, şahitliklerinin kabulüne -ittifakla- engeldir. İmamlarımız arasındaki görüş ayrılığı, bu iki durum dışında kalan hususlarda şahitlerin ihtilafının hükmüdür.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in yaptığı taksime göre taksim harici bir kısım kalmadı ki ihtilafтан bahsedilebilsin! Bu konudaki ilkeye ilişkin doğru taksim, Molla Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinde yaptığı şu taksimdir: “Bil ki; eğer şahitliğe konu olan şey gasp ve cinayet gibi bir ‘fiil’ ise veya -şahitlerin hazır bulunması gibi fiile ilhak edilen bir şartın öngörüldüğü- 25 nikâh gibi bir ‘söz’ ise, bu gibi konularda şahitlerin beyanı arasındaki farklılık, ittifakla şahitliğin kabulüne engel teşkil eder. Çünkü bir mekân ve zamanda meydana gelen fiil, başka bir mekân ve zamanda meydana gelen fiilden farklıdır. Eğer şahitliğe konu olan şey söz ise ve inşâ ve ihbâr sîgası bir ise ihtilaf şahitliğin kabulüne engel teşkil etmez. Çünkü ikrar bazen tekrarlanabilir. İnşâ ve ihbâr sîgası, kazifte olduğu gibi, birbirinden farklıysa -sözgelimi inşâ sîgası ‘Zina ettin.’ ve ‘Sen zânîsin.’ şeklinde; ihbâr sîgası ise ‘Ben ona zina iftirası attım.’ şeklinde gerçekleşmişse- bu farklılık Ebû Hanîfe'ye göre şahitliğin kabulüne engel olmaz; Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre engel olur.

وقد يكون مباحا كما في الأربعة اللاحقة انتهى. فلا ريب في أن أحد الأربعة اللاحقة التي جعل السكر منها حراما بالإجماع هو الخليطان فاضمحل به ما قاله الشيخ أولا وثانيا وما غرّه إلا قولهم بحل الأشربة اللاحقة فظن أن السكر منها مباح كشربها فوقع فيما وقع.

٧. اختلاف الشهود في المكان والزمان

[التسهيل] ولو اختلف شهوده في مكانه أو زمانه فهي لا تردُّ عند أبي حنيفة، لأنها على قول.

[الشيخ بدر الدين] أقول: والأصل: أن المشهود به إن كان قولاً كبيع وإقرار وإبراء وطلاق وعتق أو فعلاً ملحقا به كقرض لم يمنع الاختلاف في الزمان قبول الشهادة وفاقا. وإن كان فعلاً كغصب وجناية، أو قولاً ملحقا به كنكاح فالاختلاف مانع وفاقا والخلاف فيما عدا ذلك.

[فاضل أمير] نقول: لم يبق على ما قسمه قسم خارج حتى يتصور فيه الخلاف. فالتقسيم الصحيح في هذا الأصل هو ما قاله المولى الأياثلوغي في شرح المجمع بقوله: «اعلم أن المشهود به إن كان فعلاً كالغصب والجناية أو قولاً ملحقا به كالنكاح المشروط بحضور الشهود الملحق بالأفعال باعتبار شرطه فالاختلاف يمنع القبول اتفاقا؛ لأن الفعل في مكان أو زمان غير الفعل في مكان أو زمان آخر. وإن كان قولاً فإن اتحدت صيغة الإخبار والإنشاء فالاختلاف لا يمنع القبول؛ لأن الإقرار قد يكرر وإن اختلفتا كالكذب فإن صيغة الإنشاء: زنيت وأنت زان، وصيغة الإخبار: قذفتك بالزنا فالاختلاف لا يمنع القبول عنده خلافا لهما.

8. Tazir ve Haddin İnfazı Sonucunda Gerçekleşen Ölümde Beytûlmâlin Sorumluluğu

[Teshîl] Had veya ta'zîr sonucu ölen failin kanı heder olur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu ifade, daha önce geçen “Zina haddi tatbik edilen failin celdelerin etkisiyle ölmesi hâlinde Ebû Yûsuf ve Muhammed, maktûlün diyetini beytûlmâle yükledi” şeklindeki ifadeyle çelişki arz eder. Bunun sadece Ebû Hanîfe'nin görüşü olması gerekir. Buna “İhtilafın zikredilmemiş olması, ihtilafın olmadığını göstermez. Muhtemelen aralarında ihtilaf vardır. Şu kadar var ki, burada zikredilmedi.” şeklinde cevap verilebilir. Burada ittifak olduğu kabul edilse bile en doğrusunu Allah bilir ama bu meselede iki rivâyet vardır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in bu meselede tazmin yükümlülüğünü beytûlmâle ait kıldıklarını söylerken, öyle görünüyor ki, bununla *Kenzü'd-Dekâik*'te ve şerhinde geçen şu hususu kastediyor: “Bir kişi zina haddi cezasına çarptırılrsa, daha sonra şahitlerden birinin köle olduğu ya da daha önce zina iftirasından dolayı had cezasına çarptırıldığı anlaşılrsa bu şahitlere iftira haddi uygulanır. Failin darp edilmesinden kaynaklanan tazminat (erş) ödenmez. Ancak fail recmedilmişse, diyet beytûlmâlden ödenir. Bu hükümler Ebû Hanîfe'ye göredir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise failin darp edilmesinden kaynaklanan tazminat da beytûlmâl tarafından ödenmelidir. Bu ihtilafa göre fail darp neticesi ölse, Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre diyet beytûlmâl tarafından ödenmelidir. Ebû Hanîfe bu görüşte değildir. Aynı şekilde şahitler şahitlikten dönseler, kamçı darbeleri nedeniyle fail yaralansa ve bu darbelerden ölse, Ebû Hanîfe'ye göre şahitler tazminat ödemez. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre öderler.” Buradan da anlaşılmaktadır ki Şeyh'in akıl yürütmesi eksiktir. Zira onun gündeme getirdiği beytûlmâlin tazminat ödemesi meselesi, özel bir durumla alakalıdır. Bu da şahitliğe dayanarak had cezası uygulanırken failin darp nedeniyle ölmesi meselesinde, şahitlerden birinin şahitlik ehliyetine sahip olmadığıнын sonradan ortaya çıkmasıdır. Burada ele alınan had veya tazir uygulanırken suçlunun ölmesi meselesinde ise böyle bir kayıt yoktur. Aksine bu meselede bütün şahitler şahitlik ehliyetine sahiptir, ancak had veya tazir cezası kapsamında darp edilen suçlu bu nedenle ölmüştür. Dolayısıyla burada yer verdiği fıkıhçıların “Had veya ta'zîr sonucu ölen failin kanı heder olur.” ifadesi, üç imamımızın da ortak görüşünü yansıtmaktadır.

٨. تغريم بيت المال بسبب الموت من الحد أو التعزير

[التسهيل] ولو حُد أو عُزر فمات هدر دمه

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل به قول أبي يوسف ومحمد في حد الزنا فإنهما غرّما بيت المال لو مات من الجلد. فينبغي أن يكونَ هذا قولَ أبي حنيفة فقط. ويمكنُ أن يجابَ: بأنَ عدمَ ذكرِ الخلافِ لا يدلُّ على عدمِ الخلافِ لعل ٥ لهما خلافاً ولكنه لم يذكر هنا ولئن سُلِمَ الاتفاقُ هنا يمكن أن يكونَ في المسألة روايتان، والله أعلم.

[فاضل أمير] نقول: الظاهر أنه يريد بما ذكر في حد الزنا من تغريم بيت المال عندهما ما قال في الكنز وشرحه: «ولو حد فوجد أحدهم عبداً أو محدوداً ١٠ حدوا وأرّش ضربه هدر، وإن رجم فديته على بيت المال وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: أرّش الضرب أيضاً على بيت المال وعلى هذا لو مات من الضرب تجب الدية في بيت المال عندهما خلافاً له، وعلى هذا الخلاف لو رجع الشهود وقد جرحته السياط أو مات من الضرب لا يضمنون عنده وعنهما يضمنون» انتهى. فظهر منه ما في نظره من القصور؛ لأن ما قالوا فيه من تغريم بيت المال ١٥ هو الصورة المقيدة بقيد ظهور أحد الشهود الذين ضرب بشهادهم فمات من الضرب غير أهل للشهادة وما ذكر هنا من موت المضروب حداً أو تعزيراً ليس بمقيد بالمقيد المذكور بل كان كل الشهود فيه أهلاً للشهادة ولكن مات المضروب حداً أو تعزيراً فكان ما ذكر هنا من قولهم: ولو حد أو عُزر فمات هدر دمه قول علمائنا الثلاثة.

9. Kahpe Lafzı ile Hakaret

[**Teshîl**] *Kahpe* sözcüğünün zina yapma arzusu taşıyan kimse olduğu, dolayısıyla birine kahpe diyen kimseye had uygulanmayacağı söylenmiştir. *el-Vikâye* adlı eserin şârihi şöyle demektedir: “Derim ki; örfе göre kahpe, zinakâr sözcüğünden daha ağırdır. Çünkü zina eden kadın bu işi gizli yapar ve bundan tiksindir. Kahpe ise bu fiili açıktan ücretle yapan kimsedir.” Şârih bu ifadeleriyle sanki şuna işaret etmektedir: “Birine ‘zinakâr’ diyerek yapılan kazifte nasıl had gerekiyorsa, kahpe sözüyle yapılan kazifte evleviyetle had gerekli olmalıdır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Kahpe sözcüğü, ‘kîhâb’ kökünden türemiştir ve öksürmek anlamınadır. Arap kültüründe, bir erkek zina yapan bir kadının yanından geçince, kadın öksürürmüş. Buna göre kahpe demekten dolayı had gerekmez. Çünkü bu lafızla zinanın kastedilmesi mecâzdir. Bu kelimeyi kullanan kişinin bununla hakiki anlamını kastetmiş olması ihtimali de vardır. O nedenle kahpe lafzı, ‘zâniye’ lafzına kıyas edilemez. Bu yaklaşım asıl itibarıyla tamam olur. Ama zamanımızda ‘kahpe’ kelimesi ile özellikle de kızgınlık hâlinde sadece zina yapan kadın kastedilmektedir. Dolayısıyla şârihin de işaret ettiği gibi haddin vâcip olması gerekir. En doğrusunu Allah Teâlâ bilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu, Sadruşşerîa’nın değerlendirmesine cevap niteliğindedir. Ancak şeyh, sonraki dönemlerde kahpe lafzını kullananların neyi kastettikleriyle ilgili olarak, Sadruşşerîa’nın itiraz ettiği hususta onu tercih etmiş ve bu lafzı kullananlara zina iftirası haddinin gerekeceğini söylemiştir. Ancak ne Sadruşşerîa’nın değerlendirmesi ne de Şeyh’in onu teyit etmesi Ebû Hanîfe’nin görüşü açısından bir karşı görüş sayılabilir. Zira Allâme’nin dediği gibi, kahpe lafzının zinayı açıktan ücretle yapan kişiler için kullanılması, [Ebû Hanîfe’ye göre] haddi düşürücü bir sebeptir.

10. Hakaret Amaçlı Kullanılan İfadeler

[**Teshîl**] Bil ki; kabahatler¹ (kabâih) için kullanılan kelimeler sayılamayacak derecede çoktur. Bu konuda gerekli olan şey, bu lafızların tamamının hükümlerinin bilinebileceği toparlayıcı bir kuralın zikredilmesidir.

1 Köken itibarıyla çirkinlik anlamına gelen kabahat, Türkçede kötü hâl, uygunsuz hareket ve suç anlamında kullanılmaktadır. Hukuk dilinde ise 19. yüzyıldan itibaren hafif cezaları gerektiren fiil ve hareketler için kullanılmaya başlanmış; bu kullanım Cumhuriyet döneminde de devam etmiştir. Bk. Hilmi Ergüney, *Türk Hukukunda Lügat ve İstihlâlar*, İstanbul, Yenilik Basımevi, 1973, s. 244.

٩. الشتم بلفظ القحبة

[التسهيل] قيل: القحبة من يكون همه الزنا فلا يحد قال شارح الوقاية: «أقول: القحبة في العرف أفحش من الزانية؛ لأن الزانية تفعل سرّاً وتأنف منه والقحبة من تجاهر به بالأجرة» تم كلامه. فكأنه يشير إلى أن الحد لما وجب في القذف بالزانية ينبغي أن يجب في القذف بالقحبة بالطريق الأولى. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: ذكر أن القحبة مأخوذة من القحاب وهو السعال وكانت الزانية في العرب إذا مر بها رجل سعلت، فظهر بهذا أنه لا حد في القحبة؛ لأنها في الزنا لعله أراد الحقيقة فلا يقاس على الزانية وهذا يتم باعتبار الأصل وأما في زماننا فلا يراؤ بها إلا الزانية خصوصاً في حال الغضب فيلزم أن يجب الحد كما أشار إليه الشارح، والله أعلم. ١٠

[فاضل أمير] نقول: هذا جواب عما قاله صدر الشريعة ولكن رجح جانب اعتراض صدر الشريعة بالنسبة إلى إرادة من يقول بها في الزمن الأخير وقال بلزوم وجوب الحد على قائلها ولكن لا ورود لما ذكره صدر الشريعة ولا لتأييد الشيخ على قول أبي حنيفة لما قال العلامة: «إن كون لفظ القحبة من يجاهر به بالأجرة هو المسقط للحد». ١٥

١٠. الألفاظ الدالة على القبائح

[التسهيل] واعلم أن الألفاظ الدالة على القبائح لا تحصى فالواجب أن يُذكر لها ضابط يعرف به أحكامها جميعاً.

el-Vikâye şârihi şöyle demektedir: “Derim ki; şunları artık bilmektesin: Muhsanın zinaya nispet edilmesi kazf haddini gerektirir. Köle ve kâfir gibi muhsan olmayan bir kimsenin zinaya nispet edilmesi ise onların statülerinin düşüklüğü nedeniyle haddi gerektirmez. Aksine çirkin bir fiili yaymaları nedeniyle onlara ta’zîr gerekir. Muhsan bir kimsenin zina dışında kalan diğer kabahatlere nispet edilmesi zina iftirası haddi gerektirmez. Ta’zîri gerektirir mi, gerektirmez mi? Şayet şer’an haram olan ve örfte de utanç vesilesi sayılan ihtiyarî bir fiile nispet ederse ta’zîr gerekir aksi hâlde gerekmez. Ama bu nispet eşrâfî tahkîr amacıyla yapılırsa o takdirde (müfterî) ta’zîr edilir...”

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Merhum, dört kısımdan birini zikretmeyi ihmal etti. O da muhsan olmayan kişinin zina dışında bir kabahate nispet edilmesidir. Hâlbuki bir gayrimüslime zina dışında bir gerekçeyle sövmek, *Fethu’l-Kadîr*’de ve Allâme’nin *el-Îzâh* adlı eserinde geçtiği üzere tazir cezasını gerektirir. Aynı şekilde bir köleye zina dışında bir gerekçeyle sövmek *el-Eşbâh*’ta geçtiği üzere tazir cezasını gerektirir. Merhum Şeyh, “Muhsan olan ya da olmayan kişilere zina dışındaki kabahatleri nispet etmek, had cezasını gerektirmez. Tazir cezasını gerektir mi gerektirmez mi?” demiş olsaydı hem daha kapsayıcı hem de daha uygun olurdu.

11. El Kesme Nisâbı

[Teshîl] Hırsızlık, cezaî ehliyeti bulunan bir mükellefin, mekân veya bekçi ile korunmuş, kendisi açısından mülkiyet şüphesi bulunmayan nisâb miktarı malı gizlice almasıdır. Çünkü Hz. Peygamber, “Hırsızın eli ancak kalkanın bedeli olan bir miktar karşılığı kesilir.” buyurmuştur. Bu hadisten, el kesme için bir nisâbın bulunduğu anlaşılmaktadır. Şâfiî’nin aksine bize göre nisâb, daha azında haddi düşürmek amacıyla çeyrek dinar olarak değil, basılmış bir dinar veya on dirhem olarak takdir edilir. Çünkü Hz. Peygamber döneminde karşılığında el kesilen kalkan, on dirheme eşit değerdedi. Şâfiî’nin nisâbın çeyrek dinar olduğu konusundaki gerekçesi, kalkanın değeri konusunda söylenenlerin en azının çeyrek dinar olmasıdır. Dolayısıyla bu miktar ona göre nisâb olarak belirgin hâle gelir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Kesmeyi göz önünde bulundurarak -kalkanın fiyatı konusunda söylenenlerin- en azı değil en fazlası belirgin hâle gelir.

فقال شارحُ الوقاية أقول: قد عرفت أن نسبة المحصن إلى الزنا توجب حد القذف فنسبة غير المحصن كالعبد والكافر إليه لا توجب الحد خطأ لرتبتهما بل يوجب التعزير لإشاعة الفاحشة، ونسبة المحصن إلى غير الزنا من القبائح لا توجب حد القذف فهل توجب التعزير أم لا؟ فإن نسبته إلى فعل اختياري محرّم في الشرع ويعدّ عارا في العرف يجب التعزير وإلا لا إلا أن يكون تحقيقاً للأشرف.

[فاضل أمير] نقول: قد أهمل -رحمه الله- ذكر قسم من الأقسام الأربعة حيث لم يذكر نسبة غير المحصن إلى غير الزنا مع أن شتم الكافر بغير الزنا يوجب التعزير كما في فتح القدير والإيضاح للعلامة. وكذا شتم العبد بغير الزنا يوجب التعزير كما في الأشباه. فلو قال: ونسبة المحصن أو غير المحصن إلى غير الزنا من القبائح لا توجب الحد فهل توجب التعزير إلى آخره لكان أشمل وأولى.

١١. مقدار المال الذي يقطع به اليد

[التسهيل] أخذ مكلّف خفيةً نصاباً محرّزاً بمكانٍ أو حافظٍ لا شبهة له فيه لقوله عليه السلام «لا يُقطع السارقُ إلا في ثمنِ المِجَنِّ» فَعُلِمَ أن له نصاباً فُنقِدِرَه بدينارٍ أو بعشرة دراهمٍ مضروبة لا بربع دينارٍ درءً للحد؛ إذ كان المِجَنُّ الذي قُطِعَ بها على عهده عليه السلام تُساوي عشرة، وللشافعي أن الربع أقل ما قيل في قيمة المِجَنِّ فتعيّن.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يتعين الأكثر نظرا إلى القطع لا الأقل.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Âlimlerimiz kalkanın kıymetini belirlemede en üst limiti esas almaya meylettikleri için muteber fıkıh metinlerinde aktarılan gerekçe budur. Nitekim *Tebyînu'l-Hakâik*'te şu ifadeler yer almaktadır: “Hırsızlık nisâbının kalkanın değerine göre tespit edileceğinde ittifak eden 5 âlimler, bu değer tespiti hususunda ihtilaf etmişlerdir. Mâlik, kesin neticeye ulaşmak için en alt limiti esas almıştır. Bizim mezhep imamlarımız ise kesin neticeye ulaşmak için en üst limiti esas almışlardır. Çünkü on dirhem değerinde bir mal çalındığında el kesme cezasının uygulanmayacağını söyleyen yoktur. Ancak değeri on dirhem altında olan mallarda bu cezanın 10 uygulanıp uygulanmayacağı ihtilaf konusudur. Had cezaları da şüphe nedeniyle düşürüldüğü için, mevcut şüphe nedeniyle had gerekmez.”

12. Birden Fazla Hırsızlığa Uygulanan Müeyyide

[Teshîl] Yaptığı hırsızlıklardan biri sebebiyle eli kesilen kimse -kesmenin bütün hırsızlıklar karşılığında olması sebebiyle- Ebû Hanîfe'ye göre 15 diğerlerinden berî olur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Ebû Hanîfe'nin bu görüşü, birden fazla kişinin elini kesen faille ilgili olarak söylediği “Failin eli bir mağdurun eli karşılığında kısasen kesildiğinde diğerleri için tazminat ödemekle yükümlü tutulur.” görüşüyle problem arz eder.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh burada demek istiyor ki; Ebû Hanîfe'nin 20 ‘yaptığı hırsızlıklardan biri karşılığında eli kesilen hırsızın geri kalan hırsızlık suçlarından berî olacağı’ şeklindeki görüşü ile ‘birkaç kişinin elini kesip bunlardan biri mukabilinde eli kesilen kimsenin, diğerleri için tazminat ödemek durumunda olacağı’ görüşü açıkça çelişmektedir.

İtirazı bu şekilde ortaya koyduktan sonra cevabına geçebiliriz. Bil ki; *el-Bedâi*'de birden fazla kişinin elini kesen fail meselesinde şöyle 25 denilmektedir: “Eğer failin eli, mağdurlardan birinin eli karşılığında kesilirse, diğer mağdur failden elinin diyetini almaya hak kazanır. Çünkü fail elinin kesilmesiyle, yükümlü olduğu bir hakkı ifa etmiştir. Bu durumda da öbür hak sahibi için diyet ödemelidir.” Buradan bu meseleyle ele almakta olduğumuz mesele arasındaki fark orta- 30 ya çıkmaktadır. Şöyle ki, kısas meselesinde, elin kesilmesi kul hakkıdır.

[فاضل أمير] نقول: هذا هو الوجه المذكور في معتبرات الفن لميل علمائنا إلى ما هو الأكثر في تقدير قيمة المجن حيث قال في التبيين: «ولما اختلفوا في قيمة المجن مع اتفاقهم أن النصاب مقدر به مال المالك إلى الأقل للتيقن به ومال أصحابنا إلى الأكثر للتيقن به؛ لأن أحدا لم يقل: إن العشرة لم يقطع بها وما دونه مختلف فيه فلا يجب بالشك؛ إذ الحدود تدرأ بالشبهات. ٥

١٢. قاطع الأيدي إذا قُطع لأحدهم هل يضمن للباقي؟

[التسهيل] ولو قُطع لبعض السرقات فهو برئ عن الباقي لوقوعه عن الكل. [الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل قوله بقاطع الأيدي فإنه إذا قُطع لأحدهم يضمن للباقي.

١٠ [فاضل أمير] نقول: يريد أن قول أبي حنيفة -رضي الله عنه- لو قُطع لبعض السرقات فهو برئ عن الباقي يشكل بما قال في قاطع الأيدي من إنه إذا قطع لأحدهم يضمن للباقي. ووجه الإشكال ظاهر.

١٥ إذا تقرر هذا فاعلم أنه قال في البدائع في مسألة قاطع الأيدي: «إذا قطع لواحد منها فلآخر دية يده على القاطع؛ لأنه قضى به حقا مستحقا عليه فتلزمه الدية» انتهى. فاستفيد منه الفرق بينها وبين ما نحن فيه وهو أن في مسألة القصاص كان القطع حقا للبعد

Böyle olunca failin elinin kesilmesi, mağdurlardan her birine ait bir hak olmaktadır. Eli mağdur Zeyd'in eli mukabilinde kesildiğinde fail, ödemekle yükümlü olduğu Zeyd'e ait hakkı, Amr'ın da hakkının bulunduğu bir karşılıkla ödemiştir. Bu durumda failin, Amr'ın hakkının bedelini ödemesi gerekir ki o da Amr'ın kesilen elinin diyetidir. Birden fazla hırsızlık meselesinde ise durum bundan farklıdır. Çünkü hırsızın elinin kesilmesi, malı çalınan kişiye değil; Allah'a ait bir haktır. Yaptığı hırsızlıklardan biri için eli kesildiğinde, hırsız bir kişinin hakkını diğerinin de hakkının bulunduğu bir karşılıkla ödemiş olmaz. Aksine Allah için vâcip olan bir hakkı ödemiş olur. Dolayısıyla burada ilk ödemedeki gibi, Zeyd'in hakkını Amr'ın hakkının da bulunduğu bir karşılıkla ödemiş olmasından kaynaklanan bir bedel ödeme yükümlülüğü yoktur. İşte iki mesele arasındaki fark hususundaki fikhî incelik budur. Bu fikhî inceliği bize gösteren de fukahanın konuyla ilgili sabit aslıdır.

Burada Bedreddin'in problem olarak gördüğü hususu bertaraf edecek başka bir gerekçe daha bulunmaktadır. O da Hz. Peygamber'in "Sağ eli kesildikten sonra hırsızın tazmin yükümlülüğü yoktur." hadisidir. Bu hadis, 'hırsız cinsinin' 'tazminat cinsiyel' yükümlü olmadığını göstermektedir. Hadisin yükümlülüğü kaldıran kapsamlı ifadesi, tartışığımız konu için de geçerlidir. Bu durumda farklı görüş ileri sürenin, hadisin genel ifadesini tahsis edecek bir delil getirmesi gerekir. Şeyh'in diğer mal sahiplerine tazminat ödenmesini ta'lil sadedinde dile getirdiği "Zira el kesmenin uygulanmadığı hırsızlıklarda malın dokunulmazlığı devam etmektedir." şeklindeki gerekçe, nassa rağmen yapılmış bir gerekçelendirme. Dolayısıyla usûl ilminde izah edildiği üzere bu tür değerlendirmelere itibar edilmez.

13. Çalınan Malın İadesinin Haddin Düşmesine Etkisi

[Teshîl] Konu yargıya intikal etmeden (husûmet) önce hırsız malı sahibine veya onun ailesinden, ana-babasından, dede ve ninesinden birine ya da mükâteb kölesine veya efendisine iade ederse eli kesilmez. Çünkü dava şartı mevcut değildir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu görüş, davadan sonra fakat hükümden veya infazdan önce malın iadesi durumunda mal her ne kadar sahibine ulaşmış ve husûmet ortadan kalkmış olsa da yine de elin kesileceği görüşüyle problem arz etmektedir. Bu çelişki burada husûmetin olduğu orada olmadığı ve sanki buradaki iadenin mahkeme kararıyla olduğu söylenerek giderilebilir.

فكان قطع يد القاطع حق كل واحد من المقطوعين؛ وإذا قُطع يد القاطع لزيد المقطوع فقد قضى القاطع ما وجب عليه من حق زيد بما تعلق به حق عمرو فلزم على القاطع بدل حق عمرو وهو دية يده المقطوع. وليس كذلك في مسألة السرقات؛ فإن قطع يد السارق ليس حقا للمسروق منه بل هو حق الله تعالى فإذا قطع يد السارق للبعض لم يكن السارق قاضيا حق واحد بما تعلق به حق آخر بل قضى به حقا واجبا لله تعالى فلم يترتب عليه ما ترتب على القضاء الأول من لزوم بدل ما قضى به حق زيد لتعلق حق عمرو به. هذا هو الفقه في الفرق بين المسألتين أفادنا هذا السر الفقهي أصلهم الثابت.

وههنا وجه آخر في دفع ما استشكله وهو أن قوله ﷺ: «لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه»^{١٠} دل على نفي جنس الغرم عن جنس السارق فأوجب شمول النفي على الصورة المتنازع فيها فلا بد للمخالف من دليل يخص هذا العام، وما ذكره من تعليل وجوب الضمان للباقي بقوله: «لبقاء عصمة غير ما قطع به» فهو تعليل في مقابلة النص فلا يعتد به كما تقرر في الأصول.

١٣. تأثير رد المسروق إلى صاحبه في إسقاط الحد

١٥ [التسهيل] ولو رده قبل الخصومة إلى مالكه أو من في عياله أو والديه أو جدّيه أو مكاتبه أو سيده لم يقطع لفقد شرط الدعوى.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل برده بعد الخصومة قبل الحكم أو الإمضاء فإنه يقطع مع أن الخصومة ليست بقائمة بوصوله إلى المالك، ويمكن الفرق بالخصومة ثمة لا هنا فكأنه ثمة رده بحكم.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu meselenin bu şekilde takdim edilmesi yer-sizdir. Zira Ebû Yûsuf, kendisinden gelen bir rivâyete göre malı dava sürecinden önce iade etse de hırsızın elinin kesileceğini ileri sürmüş ve bu meseleyi, malın dava süreci sonrası iade edilmesine kıyas etmiştir. Her iki durum arasındaki farkı izah için âlimlerimiz şöyle bir cevap vermişlerdir: Konu mahkemeye intikal ettikten sonra dava süreci başlamış, malın iadesi ile sona ermiştir. Bir süreç sona erince ortadan kalkmaz; aksine istikrar kazanır ve güçlenir; hükmen ve takdiren mevcut kabul edilir. El kesme hükmü verildikten sonra malın iade edilmesinde bahsettiğimiz husus açıktır. Hırsız malı, şahitler şahitliklerini yaptıktan sonra henüz hüküm verilmeden iade ettiği takdirde de istihsâna göre hüküm aynıdır. Zira hırsızlık hâkimin huzurunda, geçerli bir dava sürecinde, geçerli bir delile dayanarak sabit olmuştur. Konu *Tebyînu'l-Hakâik*'te böyle açıklanmıştır.

Buradan da anlaşılmaktadır ki malın dava sürecinden önce iade edilmesi meselesiyle, dava süreci başladıktan sonra hüküm verilmeden iade edilmesi meselesi arasında bir çelişki bulunmamaktadır. Çünkü biraz önce öğrendiğin gibi, ikinci meselede elin kesilmesi hükmü, dava sürecinin hükmen mevcut olduğunu kabul etmek suretiyle, istihsâna göre verilmiştir.

14. İnfaz Öncesinde Hırsızın Mala Malik Olması

[**Teshîl**] El kesme hükmünün verilmesinden sonra çaldığı mala -sattın alma veya hibe gibi bir yolla- malik olması durumunda hırsızın eli kesilmez. O mala hükmün verilmesinden önce malik olmuş gibi kabul edilir. Zira infaz hükme dâhildir ve husûmetin infaz anında da mevcut olması gerekir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu, Muhammed'in görüşüne göre değil, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşüne göre olmalıdır. Zira Muhammed'e göre infaz hükme dâhil değildir. O bakımdan sözkonusu gerekçe onun açısından tutarlı olmaz. Aksine bu gerekçeye göre Züfer ve diğer üç mezhep imamına göre olduğu gibi Muhammed'e göre de bu meselede hırsızın elinin kesilmesi gerekir.

[فاضل أمير] نقول: لا وجه لإيراد هذا الكلام على هذا الوجه؛ لأن أبا يوسف في رواية عنه قال: يقطع فيما رده قبل الخصومة وقاسه بما رده بعد المرافعة. وأجاب عنه علماؤنا بالفرق بين الصورتين وهو أن بعد الترافع وجدت الخصومة وانتهت بالرد والشيء بانتهائه لا يبطل بل يتقرر ويتأكد فتكون موجودة حكما وتقديرا. وهذا ظاهر فيما إذا وجد الرد بعد القضاء ٥ بالقطع؛ وكذا إذا رده بعد ما شهدوا قبل القضاء استحسانا؛ لأن السرقة قد ظهرت عند القاضي بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة كذا في التبيين. فظهر أن لا إشكال على ما رده قبل الخصومة بما رده بعد الخصومة قبل الحكم؛ لأن القطع فيه ثبت استحسانا بجعل الخصومة فيه موجودة حكما كما عرفت. ١٠

١٤. تملك السارق المسروق قبل الإمضاء

[التسهيل] ولو حُكِمَ بالقطع فملكه السارقُ بشراء أو هبة لم نقطعه كملكه قبل الحكم؛ إذ الإمضاء من الحكم فلا بد من قيام الخصومة وقت الإمضاء. [الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يكون هذا على قولهما لا على قول محمد؛ إذ الإمضاء ليس من الحكم عنده فلا يستقيم هذا الدليل من جهته بل على هذا الدليل ينبغي أن يقطع عنده كما يقطع عندهم. ١٥

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu yorumu, hükmü gerekçelendirirken serdettiği "Zira infaz hükme dâhildir ve husûmetin infaz anında da mevcut olması gerekir." ifadesine dayanmaktadır. Ancak konuyla ilgili *el-Înâye*'de *el-Esrâr*'dan naklen yapılan "Hükmün vâcip olması için gerekli olan şartın, hükmün uygulanma zamanına kadar mevcut olması şarttır. Çünkü uygulanma öncesi ortaya çıkan durumlar, hükme temel teşkil eden sebebin aslıyla eş zamanlı kabul edilir. Buna gerekçe olarak şahitlerde görülen körlük, dilsizlik ve irtidat etme hususlarını gösterebiliriz. Eğer hükmün uygulanacağı anda şahitler bu nitelikte iseler bu durumda had cezalarının uygulanmayacağına görüş birliği vardır." şeklindeki gerekçelendirmeye göre ise Şeyh'in Muhammed'in aslına yönelik olarak serdettiği itiraz varit olmaz. Zira bir prensip ittifakla kabul edilmişse, ki *el-Înâye*'de geçen 'görüş birliği vardır.' ifadesi bunu göstermektedir, o prensibe dayandırılan fer'î mesele de -burada el kesme hükmü verildikten sonra hırsızın mala malik olması hâlinde elinin kesilmeyeceği hükmü- ittifakla kabul edilmiş bir fer'î mesele olur.

15. Çalındığında El Kesilen ve Kesilmeyen Şeyler

[Teshîl] Zümrüt ve benzeri inci, lâl ve Bağdat hasır gibi taşlardan mahlul yüzük kaşının çalınması durumunda failin eli kesilir. Çünkü bunlar değerli taşlardır. Ağaçtaki meyvenin ve hasat edilmemiş ekinin çalınmasından dolayı el kesilmez. Bir rivâyette Muhammed'e göre dârulislâmda aslının mubah olarak varlığı sebebiyle taş toprakla karışık altın ve gümüşün çalınmasından dolayı el kesilmez.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Kurucu imamlarımız bu asıl üzerinde ittifak ettiler. Bu asıl, lâl taşı, firûze, toprakla karışık altın ve gümüş konusunda problemlidir. Şöyle ki; bunların asılları da dârulislâmda mubah olarak bulunduğu hâlde çalana kesme cezası uygulanmaktadır. Fakihler, orada sözü edilen bu maddelerin çalınması durumunda elin kesilmesini bunların değerli olmalarıyla gerekçelendiriyorlar; burada ise haddin düşürülmesinde dikkate alınan asıl ise 'değersiz oluş'tur. Çünkü bu sayede hırs şartı bozulmakta, bu da şüphe oluşturmaktadır. Böyle olunca da hadd-i sirkat uygun düşmemekte, o nedenle de faile had uygulanmamaktadır. Dikkate alınması gereken asıl budur; diğeri değil. En doğrusunu Allah bilir.

[فاضل أمير] نقول: هذا التصرف منه ناظر إلى ما أورده في مقام التعليل بقوله: «إذ الإمضاء من الحكم» إلى آخره. وأما على التعليل الذي ذكره في العناية ناقلاً عن الأسرار بقوله: «لأن ما يكون شرطاً لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى وقت الاستيفاء؛ لأن المعترض قبل الاستيفاء كالمقرون بأصل السبب بدليل العمى والخرس والردة في الشهود فإن الحدود لا تستوفى إذا كانت الشهود على هذه الأوصاف وقت الاستيفاء بالإجماع» انتهى.

٥ فلا يرد ما ذكره على أصل محمد؛ لأن الأصل إذا كان مجمعا عليه كما دل عليه قوله «بالإجماع» يكون ما يتفرع عليه وهو عدم القطع فيما حكم بالقطع ثم ملكه السارق فرعاً مجمعا عليه.

١٠ . ١٥ . ما يقطع وما لا يقطع

[التسهيل] وقُطِعَ في فصوص خُضِرٍ ونحو لؤلؤٍ ولعلٍ وحصير بغداديٍّ لِعَزَّتْهَا لا بثمر على شجر وزرع لم يحصد. منعه محمد بتراب حجرين في رواية لوجود أصله مباحاً في دار الإسلام.

[الشيخ بدر الدين] أقول: اتفق أئمتنا على هذا الأصل وهو يشكل بنحو لؤلؤٍ ولعلٍ وفيروزجٍ وتراب ذهبٍ وفضةٍ فإن أصلها يوجد مباحاً في دار الإسلام ١٥ مع أنه يقطع ثم يعللون القطع في هذه الصور بالعزة فالأصل المعتبر في الدرء هنا هو التَّفَهُ إذ يختلُّ به الإحرازُ فيتمكَّن الشبهةُ فلا يصدَّقُ حدُّ السرقةِ فلا يحدُّ فهذا الأصلُ أليقُّ بأن يعتبرَ لا ذاك الأصلُ، والله أعلم.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh, çalınması durumunda el kesme cezası uygulanmayan maddelerin belirlenmesinde, birincisi; o maddelerin aslının dârulislâmda mubah olarak bulunması, ikincisi ise çalınan malın değersiz olması şeklinde iki ilkenin bulunduğunu zannetmiş ve kurucu imam-

5 larımıza itiraz sadedinde serdettiği değerlendirmeyi bu zan üzerine bina etmiştir. Ancak fıkıhla azıcık teması olan herkesin bileceği üzere durum onun zannettiği gibi değildir. Aksine onun iki ayrı ilke zannettiği şey tek bir ilkedir. Zira fıkıh metinlerinin çoğunda bu husus “Bizim ülkemizde mubah olarak bulunan değersiz şeylerin çalınmasından dolayı el kesilmez.”

10 ifadeleriyle geçmektedir. Konu *Tebyînu'l-Hakâik*'te şöyle ele alınmıştır: “Bu hususta ilke, dârulislâmda mubah olarak bulunan değersiz şeylerin çalınmasından dolayı el kesilmeyeceğidir. Aslı itibarıyla dârulislâmda mubah olarak bulunan ve insanların elde etmek için rağbet göstermedikleri bir madde değersiz kabul edilir.” Konuyla ilgili ilke bu iki unsuru da kapsa-

15 dığına göre metinde yer verdiği “dârulislâmda aslının mubah olması sebebiyle” ifadesiyle değersiz şeyler kastedilmektedir. Ancak “aslının ülkemizde mubah olarak bulunması” kaydı zikredildiği için “değersiz olma” kaydının zikredilmesine gerek duyulmamıştır. Zira bu ilke fıkıhçılar arasında zaten bilinen bir şeydir.

20 **16. Hırzın Aşılması**

[**Teshîl**] Bir kimse şayet, yükü (çuvalı) delse sonra da elini içine sokup içinden mal alsa eli kesilir. Çünkü yük de muhafız gibi bir hırzdır. Elbisenin yenido de aynı durum söz konusudur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: “Yenin dışında olan para kesesini delip

25 içindeki parayı aldığı anda eli kesilmiyor; ama bir yükü delip içinden mal alınca eli kesiliyor. Aralarındaki fark nedir?” denirse, şöyle cevap verilir: Yenin dışında olan keseyi deldiğinde içindekiler düşer ve kendiliğinden dışarı çıkar. Yükü yarıp da mal almanın aksine delen kişi bu paraları hırz mahal-

30 lının dışından almış olur. Çünkü kumaş, salt yarılmakla kendi kendine dışarı çıkmaz. Aksine bir çıkarana gerek duyar. Metindeki “Onu yardı, elini soktu sonra oradan malı aldı.” ifadesiyle, orada değil ama burada malı hırzdan aldığına işaret etmiştir. Böylece bu iki mesele birbirinden ayrılmıştır.

[فاضل أمير] نقول: قد ظن الشيخ - رحمه الله - أن الأصل الضابط لما لا قطع في سرقة اثنان: الأول وجود أصله مباحا في دار الإسلام والثاني كون المسروق تافها فبنى ما قاله في معرض الاعتراض على الأئمة على ذلك الظن. ولكن لا يخفى على من له مساس بهذا الفن أن ليس الأمر على ما ظن بل ما ظنه أصليين أصل واحد؛ لأن في أكثر المتون وقع التعبير على أنه لا يقطع بتافه يوجد مباحا في دارنا. وقال في التبيين: «والأصل فيه: أنه لا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الإسلام وما يوجد في دار الإسلام مباحا في الأصل بصورته غير مرغوب فيه حقير» انتهى. فإذا كان الأصل هذا المجموع كان المراد مما نقله في المتن بقوله: «لوجود أصله مباحا في دار الإسلام» هو أنه تافه لكن اكتفى بذكر وجود أصله مباحا في دارنا عن ذكر كونه تافها بناء على أن الأصل معهود بينهم.

١٦. هتك الحرز

[التسهيل] لو شق الحمل فأدخل يده فأخذ منه يقطع؛ لأنه حرز مثله ككتم. [الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: لو شق صرة خارجة من الكتم فأخذ لا يقطع كما مر، ولو شق حملاً فأخذ يقطع فما الفرق بينهما؟ يجاب بأنه إذا طر الصرة الخارجة من الكتم يسقط ما فيها ويخرج بنفسه فيأخذه من خارج الحرز بخلاف شق الحمل والأخذ إذ القماش لا يخرج بنفسه بمجرد الشق بل يحتاج إلى إخراج، وإليه أشار بقوله: شقه فأدخل يده فأخذ منه فيأخذه هنا من الحرز لا ثمة فافترقا.

Çuvalın delinmesi, yenin iç tarafındaki para kesesinin delinmesi veya yenin dışındaki kesenin bağının çözülmesi gibi olmuştur. Yen de yüke/çuvala benzemiştir. Öyle ki, şayet yük içinde bir mal olmuş olsa, delinmesi hâlinde düşecektir. Çuvalı yarıp da kendiliğinden düşse, kişi de malı dışarıdan almış olsa, dışarıdaki kesede olduğu gibi elinin kesilmemesi gerekir. En doğrusunu Allah bilir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in elin kesilmeyeceği konusunda kesin hükme varamayarak tereddüt gösterdiği ve bu tereddüdü "Elinin kesilmemesi gerekir." ifadesiyle dile getirdiği bu meselenin hükmü, müçtehit imamlarımızdan gelen rivâyetle kesin olarak bellidir. Bu hususta *Tebyînu'l-Hakâik*'te şu ifadeler yer almaktadır: "Hırsız aşmaksızın amaca ulaşılması, el kesilmesini gerektirmez. Bir kişi bir çuvalı yarsa, bu esnada çuvalın içindeki dirhemler saçılrsa, dirhemi dışarıdan alsa eli kesilmez." Buradan da anlaşılmaktadır ki bu ve benzeri meselelerde yaşanan tereddüt, kaynaklara yeterince başvurulmamasından dolayıdır. Çünkü muteber kaynakların çoğunda bu mesele, 'zarif hırsız' meselesinin hemen akabinde zikredilir. O mesele ise *Tebyînu'l-Hakâik*'te ve diğer kaynaklarda geçtiği üzere bir kişi elini bir delikten evin içine soksa ve mal alsın eli kesilmez. Çünkü Hz. Ali'nin "Hırsız zarif olduğu takdirde eli kesilmez." dediği rivâyet edilmiştir. "Bu nasıl olur?" denildiğinde ise "Hırsız evin duvarını deler, elini içeri sokar, kendisi içeri girmeden eşyayı dışarı çıkarır." cevabını vermiştir. Bu mesele yaygın kullanılan birçok kaynakta tasrih edilmiştir.

فكان شقُّ الجوالقِ كَطَرٍ صرةٍ داخليةٍ وكَحَلٍ صرةٍ خارجةٍ وكان الكُومُ كجوالقٍ حتى لو كان في الحملِ شيءٌ يسقطُ بشقِّه فإذا شقَّه وسقطَ بنفسه فأخذه من الخارجِ فينبغي أن لا يقطعَ كَطَرِ الصرةِ الخارجةِ، والله أعلم.

[فاضل أميراً] نقول: عدم القطع في هذه الصورة التي لم يقطع فيها^١ بعدم القطع وعبر عنه بقوله: «ينبغي» مقطوع به بالرواية عن الأئمة حيث قال في التبيين: «وحصول المقصود بغير هتك الحرز لا يوجب القطع ألا ترى أنه لو شق جوالقا فتبدد ما فيه من الدراهم فأخذه لا يقطع» انتهى. فظهر منه أن التردد في أمثال هذه المسائل ما هو إلا من قلة المراجعة؛ لأن في كثير من المعتمبات ذكرت هذه المسألة عقيب مسألة اللص الظريف وهي ما في التبيين وغيره: أنه إذا أدخل يده في بيت يعني من النقب وأخذ لا يقطع لما روي عن علي -رضي الله عنه- أنه قال: «إذا كان اللص ظريفا لا يقطع». قيل: كيف ذلك؟ قال: «أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخل هو». فقد كانت هذه المسألة مما صرح به في كثير من الكتب المتداولة.^٢

١ أي المصنف تردد في الحكم ولم يجزم.

٢ - فقد كانت هذه المسألة مما صرح به في كثير من الكتب المتداولة.

SAYD ve ZEBÂİH: AVLANMA VE HAYVAN KESİMİ

1. Hayvan Kesiminin Etin Temizliğine Etkisi

[**Teshîl**] İnsanoğlu ve domuz dışında eti yenmeyen her canlı boğazlandığında eti ve derisi temiz olur. Nitekim insanoğlunun ve domuzun derisi dışındaki her deri tabaklandığında temiz olmaktadır. Eti yenmeyen hayvan ve benzerlerinde haramlığın, necaset alameti olduğu gerekçesiyle, sahih görüşün boğazlamanın eti temizlemeyeceği yönünde olduğu da söylenmiştir. Şâfi'ye göre ise temizlik etin yenilebilirliğine bağlı olarak ortaya çıkar. Boğazlamak, yenilmesi helal olmayan canlıların etini temiz yapmaz.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: İnsanoğlunun derisi ile ilgili değerlendirmemiz, "Tahâret: Abdest-Gusül" bölümünün 'su' bahsinde geçmişti. Aynı değerlendirme, insanoğlunun eti hususunda da geçerlidir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh, orada *el-Hidâye* yazarının iki ifadesi arasında uyumsuzluk bulunduğu ilişkin iddiasından ve akabinde *Mirâcü'd-Dirâye*'den yaptığı şu alıntıda bahsediyor: "Eğer bir canlının etinin yenilmesinin haram olması, onun saygınlığından kaynaklanmıyorsa ve o canlının eti gıda olarak tüketilmeye uygunsuzsa, bu hüküm o etin necis olduğunun göstergesidir ve hayvan boğazlandıktan sonra da bu hüküm devam eder. Bu sebeple haramlık hükmü devam ettiği müddetçe o etin temizliğinden bahsetmek sahih olmaz." Şeyh'in orada dile getirdiği hususlar bunlardır. Üstâd Sadruşşerîa, 'artıkların hükmü' bahsinde şunları söylemektedir: "Etinin yenilmesinin haram olması, bir canlının saygınlığından kaynaklanmıyorsa, etin necis olduğunun göstergesidir. Ancak bunun kan ile etin birbirine karışmasından kaynaklandığına ilişkin bir şüphe vardır. Eti yenmeyen bir hayvan canlı iken onun salyası, kan ile birbirine karışmış, yenilmesi haram olan etinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla salya her iki özelliği taşıdığı için necis kabul edilir. Salt haramlık, etin necis kabul edilmesi için yeterli değildir. Zira anlattığımız üzere necislik iki özelliğin birleşmesiyle gerçekleşir."

كتاب الذبائح

١. أثر الذبح في تطهير اللحم

[التسهيل] ولو ذُبح ما لا يؤكل نظَّهر لحمه وجلده إلا آدمياً وخنزيراً كدباغ. قيل: لم يطَّهر لحمه في الصحيح؛ إذ الحرمة في مثله دليل على النجاسة، وللشافعي أن التطهير يحصل بتبعية الأكل فكل ما لا يحل أكله ٥ لا يطَّهر بذبحه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لنا بحث في جلد الأدمي ذكرنا في فصل الماء من كتاب الطهارة، ويتأتى ذلك البحث في لحمه أيضاً سؤالاً وجواباً يعرف بالتأمل ثمة.

١٠ [فاضل أمير] نقول: يريد به ما ذكره هناك من التدافع بين كلامي صاحب الهداية ثم ما نقله عن معراج الدراية وهو: «أن حرمة الأكل لا للكرامة مع صلاحية الغذائية آية النجاسة وهي باقية بعد الذكاة فلا يصح القول بالطهارة مع بقاء الحرمة» انتهى ما قاله هناك. وقال المولى النحرير صدر الشريعة في فصل الأسار: «الحرمة إذا لم تكن للكرامة فإنها آية النجاسة ١٥ لكن فيه شبهة أن النجاسة لاختلاط الدم باللحم، فغير مأكول اللحم إذا كان حياً فلعبابه متولد من اللحم الحرام المخلوط بالدم فيكون نجساً لاجتماع الأمرين، والحرمة المجردة غير كافية في النجاسة على ما مر من أنها تثبت باجتماع الأمرين» انتهى.

Bu ifadeden, Şeyh'in eti yenmeyen hayvanların boğazlanması durumunda etlerinin temiz olacağını ileri sürenlere yönelttiği itirazın nasıl bertaraf edileceği anlaşılmaktadır. Nitekim o da metinde “İnsanoğlu ve domuz dışında eti yenmeyen her canlı boğazlandığında eti ve derisi temiz olur. Nitekim insanoğlunun ve domuzun derisi dışındaki her deri tabaklandığında temiz olmaktadır.” ifadesine yer vererek ilgili hükme işaret etmiştir. İtirazın bertaraf edilmesi şu şekildedir: “Salt haramlıkla etin necis olduğuna hüküm verilemez. Bunun yanında kanın etle karışması gereklidir. Boğazlanmış yırtıcı hayvanların etleri, haram olduğu için yenmezse de necaseti gerektiren özelliklerden birisi, yani kanın et ile karışması mevcut olmadığı için temizdir.”

2. Alacakarga Yemenin Hükümü

[**Teshîl**] Leş yiyen alacakarga, büyük siyah karga, akbaba ve leş yiyen lori kuşu yemek mekruhtur. Ekin yediği için ekin kargasının yenilmesi mekruh değildir. Tavşan ve çekirge yemek de mekruh değildir. Ebû Hanîfe'ye göre saksığan yemekte beis yoktur. Zira tavuk gibi saksığan da leşin yanında başka şeyler yer. Ebû Yûsuf ise yiyeceğinin çoğunluğunun leş olduğu gerekçesiyle saksığan yemeyi mekruh saymıştır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Ebû Hanîfe'nin bu görüşü alacakarga konusundaki görüşüyle çelişmektedir. Zira bu ikisi arasında leş ve diğer yiyecekleri yemek bakımından fark yoktur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *el-Münye* adlı eserde şu ifadeler yer almaktadır: “Alacakarga ya da siyah karga, leşin yanında başka şeyler de yiyorsa, Ebû Hanîfe'ye göre mekruh değildir.” *Bedâi'ûs-Sanâi*'de şu ifadeler yer almaktadır: “Bişr b. el-Velîd'in rivâyetine göre Ebû Yûsuf, Ebû Hanîfe'ye karga yemenin hükmünü sormuş; Ebû Hanîfe, ekin kargası yemeye ruhsat vermiş ancak büyük siyah karganın yenmesini mekruh görmüştür. Ebû Hanîfe'ye alacakarga yemenin hükmünü sormuş; mekruh olduğu cevabını almıştır. Saksığanın hükmünü sorduğunda ise Ebû Hanîfe yenmesinde bir sakınca olmadığı cevabını vermiştir.”

فظهر منه دفع ما أورده على القائلين بطهارة لحم ما لا يؤكل بالذبح كما قال في المتن هنا: «ولو ذبح ما لا يؤكل نطهر لحمه وجلده» إلى آخره. وجه الدفع هو أن بمجرد الحرمة لا يحكم بالنجاسة بل لا بد معها من اختلاط الدم باللحم فلحوم السباع من البهائم المذكاة وإن كانت محرمة لا تؤكل ولكنها طاهرة لانتفاء أحد موجبي النجاسة وهو اختلاط الدم بها. ٥

٢. حكن أكل لحم الأبقع

[التسهيل] والأبقع الذي يأكل الجيف والغداف وهو غراب كبير أسود والرَّحْمُ والبغاث لأكله جيفاً لا غراب الزرع إذ لا يأكله ولا الأرنب والجراد والعقّاق لا بأس به عند أبي حنيفة لخلطه جيفة مع غيرها أي يأكل جيفةً وغيرها كدجاجة، ويكرهه أبو يوسف إذ غالب أكله جيفةً. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل مذهب أبي حنيفة بالأبقع؛ إذ لا فرق بينهما في أكل الجيفة والخلط.

[فاضل أمير] نقول: قال في المنية: «الغراب الأبقع أو الأسود إن خلط لا يكره عند الإمام» انتهى. وقال في البدائع: «روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه قال: سألت أبا حنيفة -رضي الله عنهما- عن أكل الغراب فرخص في غراب الزرع وكره الغداف. فسألته عن الأبقع فكره ذلك. وسألته عن عقّاق قال: لا بأس به. ١٥

Bunun üzerine Ebû Yûsuf “Saksağan da leş yer.” değerlendirmesini yapınca Ebû Hanîfe “Saksağan leşin yanında başka şeyler de yer.” cevabını vermiştir. Ebû Hanîfe’nin cevabından da anlaşıldığı üzere farklı şeyler yiyen kuşların eti, tıpkı tavuk eti gibi, mekruh değildir.”

- 5 Böylece Şeyh’in metinde yer verdiği “Leş yiyen alacakarga... mekruhtur.” ifadesiyle leşten başka bir şey yemeyen alacakarganın kastedilmiş olduğu ortaya çıkmaktadır. Burada yer verilen ‘leş yiyen’ ifadesi, alacakarganın durumunu açıklayan bir sıfattır. Eğer leşin yanında başka şeyler yiyen alacakarga varsa, bu ifade kayıtlayıcı bir sıfat mahiyetinde olur. [Bu
- 10 gerekçelendirmeyi, fıkıhçıların ibarelerinden çıkardıktan sonra Molla Kuhlîstânî’nin de ‘yani leşten başka bir şey yemeyen’ ifadesiyle aynı hususu dile getirdiğini gördüm. Bu hususta isabet ettiğim için Allah’a hamd olsun! (Hâmiş’ten)]

فقلت: إنه يأكل الجيف! فقال: إنه يخلط. فحصل من قول أبي حنيفة -رضي الله عنه- أن ما يخلط من الطيور لا يكره كالدجاجة» انتهى.

فعلم منه أن ما سبق من قوله: وكره الأبقع الذي يأكل الجيف المراد منه ما لا يأكل غير الجيف^٢ فيكون قولهم: «الذي يأكل الجيف» صفة كاشفة له أو مقيدة إن كان من نوع الأبقع ما يخلط. ٥

١ - غير.
 ٢ وفي هامش أ.ح: وبعد ما استفدت بهذا التوجيه من عباراتهم رأيت أن المولى القهستاني أفادنا بهذا حيث قال: «أي لا يأكل إلا الجيف» فالحمد لله على الإصابة، منه.

KURBAN

Kurbanlık Hayvandaki Kusurun Oranı

[**Teshîl**] Gözünün ve kulağının çoğu zayi olmuş hayvan kurban olmaz. Zira haberde “Göze ve kulağa dikkat edin!” yani onların sağlıklı olup olmadıklarına bakın, buyrulmuştur. Bir şeyin daha çoğu hakkındaki hüküm
5 o şeyin tamamı için geçerlidir. Ebû Hanîfe'den çoğun sınırını belirlemek için dörtte bir, üçte bir, üçte birden fazla, yarıdan fazla şeklinde rivâyetler vardır. Ebû Yûsuf ve Muhammed ise çoğun sınırını dörtte bir olarak belirlemişlerdir. Tıpkı namazda avret mahallinin yarısının açılması konusunda
10 olduğu gibi bir uzvunun yarısının zayi olmasının o hayvanın kurban edilmesine engel olup olmayacağı hakkında da onlardan iki rivâyet vardır. Bir rivâyete göre namazda avret mahallinin yarısının açılması namaza engel olurken, diğer bir rivâyete göre ise namaza engel değildir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu durumda avret mahallinin ve kurbanın, ‘çoğun’ sınırının belirlenmesi noktasında aynı hükme tabi olması
15 gerekir. Bunlarda birinde dörtte bir ya da farklı bir ölçü belirleyen, diğerinde de aynı ölçüyü belirlemelidir. Muhammed'in avret mahalli konusunda Ebû Yûsuf'la beraber olması gerekir. Hâlbuki Ebû Hanîfe ile beraberdir. Bu durumda ya ondan iki rivâyet vardır ya da başka bir delili vardır. Ebû
20 Hanîfe'den gelen rivâyetleri de bu duruma kıyas et.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Avret mahallinin açılması meselesinde Ebû Hanîfe'nin bir organın dörtte birin açılmasının namaza mâni olduğu şeklinde tek bir görüşü bulunduğu; Muhammed'in avretin açılması meselesinde ona uyup kurban meselesinde [kurbana engel teşkil eden kusurlar
25 konusunda] dört farklı görüş öne sürmek suretiyle o görüşü esnetip genişlettiğine ve Muhammed'in kurbanla ilgili meselede Ebû Yûsuf'a uyduğuna ilişkin değerlendirmemizi daha önce yapmıştık.

كتاب الأضحية

مقدار العيب في الأضحية

[التسهيل] ولا ذاهبُ أكثرِ العينِ والأذنِ للخبرِ «استشرفوا العينَ والأذنَ»

أي أطلبوا سلامتها وللاكثرِ حكمُ الكلِ والرَّبعِ والثُّلثِ وما فوقَ الثُّلثِ وما
فوقَ النصفِ روايات عن أبي حنيفة في تقدير الأكثرِ وهما قَدْرًا الأكثرُ بالربيع ٥
وهو ما فوقَ النصفِ وعنهما في النصفِ روايتان كما في كشفِ نصفِ العورةِ
فإنه مانع عن الصلاة في رواية عنهما لا في رواية.

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن تتَّحدَّ العورةُ والأضحيةُ في

تقديرِ الأكثرِ فمن قَدَّرَ بالربيعِ أو غيره في أحدهما ينبغي أن يقَدِّرَ كذلك في
الآخر، فينبغي أن يكونَ محمد مع أبي يوسف في مسألةِ العورةِ مع أنه مع ١٠
أبي حنيفة ويحتمل أن يكونَ عنه روايتان أو له دليلٌ آخر وقس عليه رواياتِ
أبي حنيفة.

[فاضل أمير] نقول: قد سبق منا في مسألة كشفِ العورة توجيهِ قول

الإمام بمانعية الربيع قولاً واحداً واتباع محمد إياه في مسألةِ العورة، وتوسيعه
في الأضحية بأربعة أقوال ومتابعة محمد فيها بأبي يوسف. ١٥

YEMİN

1. Yemin-Nezir İlişkisi

[**Teshîl**] “Üç gün oruç tutmak borcum olsun!” gibi bir ifadeyle mutlak bir nezirde bulunan kimse bu nezirini yerine getirmek durumundadır. Aynı şekilde “Eğer bu hastalıktan iyileşirsem, bir gün oruç tutmak borcum olsun!” gibi gerçekleşmesini istediği şarta bağlı bir ifadeyle nezir yaptığında da bu nezir bağlayıcı olur. Zira Hz. Peygamber “Kim adını koyarak nezir yaparsa yerine getirmek durumundadır. Adını koymaksızın nezir yapan kimse ise keffâret vermelidir.” buyurmuştur. Eğer nezri gerçekleşmesini istemediği bir şarta bağlarsa, mesela “Eğer eve girersem, bir gün oruç tutmak borcum olsun!” derse, Muhammed keffâretin yeterli olacağına hükmetmiştir. Ebû Hanîfe’ye göre sahih olan görüş de budur. Yemin olma ihtimaline binaen bu görüşle fetva veren kimseler vardır. Zira bu ifade engellemek amacıyla kullanılmış olup anlam itibarıyla yemin, lafzın zahiri itibarıyla nezir sayılır. Mükellef nezir olarak adlandırdığı şeyi yapmak veya keffâret vermek arasında muhayyer olur. Ancak gerçekleşmesini istediği şarta bağlı ifadelerde, iyileşme örneğindeki gibi, durum farklıdır. Orada nezre sadık kalmak gereklidir. Zira ifadeye yemin anlamı katan, ‘engel olmak’ düşüncesi bulunmamaktadır. *el-Hidâye* müellifi [Mergînânî], “Sahihi olan görüş, ayırımların dikkate alındığı bu görüştür.” demiştir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Yemin ya teşvik için olur ya da engellemek için olur. Gerçekleşmesi istenen şartta engelleme düşüncesinin bulunmaması, ifadenin yemin olmamasını gerektirmez. Zira burada teşvik olması mümkündür. Teşvik de yeminin iki anlamından biridir. Teşvik biçimlerinin de engelleme biçimleri gibi değerlendirilmesi gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh’in bu sözü, derinlemesine düşünmeden ifadenin zahirine takılıp kaldığının bir göstergesidir. Zira fakihlerin “Yemin ya teşvik için olur ya da men etmek için olur.” sözündeki teşvikin anlamı, yapılan yeminin yemin eden kişiyi tabiatına ağır gelen, aklıyla çatışarak yapmak istemediği bir eylemi yapmaya teşvik etmesidir. “Eğer iyileşirsem...” ya da “Eğer misafirim gelirse üç gün oruç tutayım.” örneklerinde olduğu gibi gerçekleşmesi arzulanan işlerde ise bahsettiğimiz anlamda bir teşvik gerçekleşmez.

كتاب اليمين

١. العلاقة بين اليمين والنذر.

[التسهيل] ولو نذَرَ مطلقاً كقوله: عليّ صومٌ ثلاثة أيامٍ لزمه الوفاء كعلّقٍ
بمرادٍ كقوله: إن شفى الله مريضى فعليّ أن أصومَ يوماً لقوله عليه السلام «من
نذَرَ وسمّى فعليه الوفاء بما سمّى ومن نذَرَ ولم يُسمِّ فعليه كفارة» ولو علّق
النذر بما لا يراد كقوله: إن دخلت الدار فعليّ أن أصوم يوماً حكّم محمد بإجزاء
كفارة وهو الصحيح عند أبي حنيفة وبه أفتى بعضنا لاحتماله يميناً لأنه للمنع
فكان يميناً معنى ونذراً بظاهر اللفظ فيتخيّر بين الوفاء بما سمّى وبين الكفارة
بخلاف المراد كمسألة الشفاء فإن الوفاء لازم ثمة لخلوّ ذلك عن معنى اليمين
وهو المنع، قال صاحب الهداية: «هذا التفصيل هو الصحيح».

[الشيخ بدر الدين] أقول: اليمين إما للمنع أو للحمل ففي صورة المراد عدم
المنع لا يستلزم عدم اليمين لجواز الحمل وهو أحد معني اليمين فينبغي أن يكون
صور الحمل كصور المنع.

[فاضل أمير] نقول: هذا القول منه تعلق بالظاهر من غير تعمق في
النظر لأن المراد من الحمل في قولهم: اليمين إما للمنع أو للحمل
حمل اليمين الحالف على تحصيل فعل يستثقله طبعه ولا يرضى بأن
يفعله معارضا لعقله ففي صور المراد الممثل بنحو إن شفى الله مريضى
أو إن جاء مسافري فعليّ أن أصوم يوماً لا يتصور الحمل بالمعنى المذكور

Zira bu işler yemin eden kişinin fiili olmadığı için yemin edenin bu eylemleri yapmaya teşvik edilmesinden bahsedilemez. Eğer “yemezsem” ya da “İçmezsem bir gün oruç tutayım.” örneğindeki gibi gerçekleşmesi istenen eylemin yemin edenin fiili olduğu bir mesele tasavvur edilirse, burada yemin edenin bu ifadesinin onu yemeye veya içmeye teşvik ettiğini ileri sürmenin bir dayanağı yoktur. Zira yemek ve içmek kişinin tabiatının gereği ve hedefinin son noktasıdır. Böylece gerçekleşmesi istenen eylemlerde men etme olgusu bulunmadığı takdirde yeminin de gerçekleşmeyeceğinin gerekçesi açığa çıkmıştır. Eğer fıkıhçıların “Yemin ya engel olmak için ya da teşvik etmek için olur.” sözüyle neyi kastettiklerini öğrenmek istiyorsan Allâme Kâsânî'nin *Bedâi'ûs-Sanâi'* kitabında yemin bahsinin girişinde yaptığı değerlendirmelere bak! Orada söylenenlerin özeti şudur: “Kuvvet alma olgusu, yeminin her iki çeşidinde de mevcuttur. Zira yemin eden kişi bununla istenmeyen şeyi yapmamak ve istenen şeyi yapmak için kuvvet bulur. Bunun şöyle açıklayabiliriz. İnsanın tabiatı bir şeyi yapmayı ister, akıl ise vahim sonuçlara yol açacağı için o şeyi yapmak istemez. Bu iki saik çatışır. Bu durumda ilgili kişi Allah'ın adına ya da talâk üzerine o şeyi yapmayacağına dair yemin eder. Böylece yeminin o fiili işlemeye engel olması hedeflenmiştir. Bazen akıl güzel sonuçlar doğuracağı için o eylemi yapmak ister, ancak kişi, tabiatına ağır geldiği için o eylemi yapmak istemez. Bu durumda ilgili kişi o eylemi yapacağına dair yemin eder. Böylece yeminin kişiyi o eylemi yapmaya ve aklın gereğine göre davranmaya teşvik etmesi hedeflenmiş olur.”

Bu izahla Şeyh'in ileri sürdüğü itiraz bertaraf edilmiş olur. Ancak meselenin ortaya konuluşunun aslıyla ilgili bir iki şey söylemek gerekir. Oda şudur: “Gerçekleşmesi istenen işin durumu farklıdır. Çünkü bu söz yemin anlamını, yani engel olma anlamını içermemektedir. Dolayısıyla yemin olmaz.” ifadesi, kefâlet bölümünde *Bedâi'ûs-Sanâi'*den yaptığımız şu nakille bağdaşmaz: “Ancak teşvik etmek ve engel olmak -tıpkı kârın, satım akdinin; evlat sahibi olmanın da nikâh akdinin amacı olması gibi- yeminin amaçları içerisinde yer alır. Teşvik ve engellemenin yokluğu söz konusu tasarrufu yemin olmaktan çıkarmaz...” Bu mesele üzerinde düşünülmelidir.

لأن الفعل ليس بفعل القائل حتى يمكن أن يقال فيه حمل القائل على
تحصيل ذلك الفعل ولئن فرض مثال يكون الفعل المراد فيه فعل القائل
كما إذا قيل: إن لم آكل أو لم أشرب فعلي أن أصوم يوما فلا وجه لأن يقال:
كان هذا القول منه حاملا على الأكل أو الشرب الذي هو مقتضى طبعه
وغاية مطلوبه وبهذا ظهر وجه استلزام عدم المنع عدم اليمين في صور
المراد وإن شئت تحقيق معنى قولهم: اليمين إما للمنع أو للحمل فراجع
إلى ما حققه العلامة الكاشاني في صدر كتاب اليمين من بدائع الصنائع
وملخص ما ذكره -رحمه الله- هو أن معنى القوة يوجد في النوعين جميعا
وهو أن الحالف يتقوى بها على الامتناع من المرهوب وعلى التحصيل في
المرغوب وبيانه: أن الطبع يميل إلى الفعل والعقل يأباه عنه لوخامة عاقبته
فيتعارض ف عند ذلك يحلف بالله أو بالطلاق على أن لا يفعله ليكون الحلف
مانعا عن الفعل أو يريد العقل أن يفعل لحسن عاقبته ويستثقله الطبع ويأباه
عنه فيحلف على أن يفعله ليكون الحلف حاملا على الفعل وعلى العمل
بمقتضى العقل، انتهى.

وبهذا اندفع ما ذكره الشيخ ولكن بقي في أصل وضع المسألة كلام
وهو أن قولهم بخلاف المراد فإنه خال عن معنى اليمين وهو المنع فلا
يكون يمينا لا يلائم بما نقلناه عن البدائع في كتاب الكفالة وهو قوله
لكن الحمل والمنع من الأغراض المطلوبة من اليمين ومن ثمراتها كالربح
بالبيع والولد بالنكاح فانعدامهما لا يخرج التصرف عن كونه يمينا إلى آخر
ما نقلناه هناك فالتأمل فيه.

2. Yemin-İkrah İlişkisi

[**Teshîl**] Bir yerde ikamet etmeyeceğine yemin eden kimsenin bağlamak, kapıyı kilitlemek vb. yollarla, oradan çıkmasına engel olursa yemini bozulmaz. Ancak yemini “Eğer buradan çıkmazsam sen şöylesin!” şeklinde yapmışsa durum farklıdır. Zira ikamet etmeyeceğine yemin ettiğinde yemini bozan şart, bir ‘fiil’ olup bu da ‘ikamet etmek’tir ve bu fiili ikrah geçersiz kılar. Çıkmama yemininde ise yemini bozan şart ‘filin bulunmaması’dır ki bu da ‘çıkılmama’dır ve ikrah bunu geçersiz kılmaz. Çıkmamaya yemin etse, kendi emriyle taşıyarak çıkarsalar, yemini bozulur. Kendi rızasıyla ancak emri olmaksızın çıkarsalar -sahih görüşe göre- yemini bozulmaz; mükreh (yani tehdit ve zorlamaya maruz kalan kişi) gibi değerlendirilir. Tehdit edilip kendisinin çıkması durumunda yeminin bozulup bozulmayacağı konusunda iki rivâyet var. Birine göre yemin bozulmaz, diğerine göre ise kaçınma imkânı varsa yemin bozulur; aksi takdirde bozulmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bence zâhir olan görüş budur. Zira daha önce geçtiği gibi ikrah, fiili geçersiz kılar.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh burada, bir mekândan çıkmamaya yemin eden ve tehdit edildiği için kendisi çıkan kişinin meselesinde, eğer çıkmama imkânı olduğu hâlde çıkmışsa yemininin bozulacağı, çıkmama imkânı olmadığı takdirde ise yemininin bozulmayacağı görüşünün doğru görüş olduğunu ileri sürüyor. Zira çıkmama imkânı olmadığı hâlde çıkmışsa, çıkma fiilini yapması için ikraha tabi tutulmuş olur. İkrah ise fiili geçersiz kılar, bu kişi hiç çıkmamış gibi olur ve yemini bozulmaz. Ancak çıkmama imkânı olduğu hâlde çıkmışsa, bu kişi mükreh sayılmaz. Fiili geçersiz olmaz; yeminin bozulma şartı, yani çıkma eylemi gerçekleştiği için yemin bozulmuş olur. Bu netice ancak “İkrah fiili iptal eder. Fiil hiç yapılmamış gibi olur.” sözünün genel geçer olup olmadığının netleştirilmesi hâlinde kesinleşir. Zira *Tebînu’l-Hakâik*’te ve diğer kaynaklarda şu hükümler yer almaktadır: “Şu meselelerin hükmü farklıdır: Yemin eden kişiyi birisi tehdit etse, o kişi mekândan kendisi çıkarsa, yemini bozulur. Zira çıkma fiilini o gerçekleştirmiştir. Ancak mükreh sayılır. Fakat yemine konu olan eylemin yerine getirilmesi açısından failin mükreh olması ya da isteyerek yapması arasında bir fark yoktur. Nitekim biz bu hususu yemin bahsinin başında açıkladık. Bu, şu meseleye benzer: Bir kişi bir şey yememeye yemin etse, yemesi için ikrah görse ve kendisi yese, yemini bozulur. Eğer yiyecek ikrahla başkası tarafından boğazına tıksa yemini bozulmaz. Bunun gerekçesini açıklamıştık.”

٢. تأثير الإكراه في اليمين.

[التسهيل] فلو مُنع من الخروج بقيدٍ أو إغلاقِ البابِ أو نحوه لم يحنثَ ضدَّ قوله: إن لم أخرجُ فأنتِ كذا إذ شرطُ الحنثِ هنا أي في قوله: لا يسكنُ فعلٌ وهو السكنى فأبطله الإكراهُ وثمة عدمُ الفعلِ وهو عدمُ الخروجِ فلم يُبطله الإكراهُ ولو حلف لا يخرجُ فحُمِلَ وأُخرجَ بأمره حنثٌ وبرضاه لا ٥
بأمره لا يحنث في الصحيح كمكروه. ولو هددَ فخرج بنفسه حنثٌ، قيل: لا يحنث قيل: إن أمكنه الامتناع حنث وإلا لا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا هو الحقُ عندي إذ الإكراه يبطل الفعل

كما مر.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن ما قيل فيمن حلف لا يخرج وهدد فخرج ١٠
بنفسه إن أمكنه الامتناع وخرج حنث وإن لم يمكنه فلا يحنث قولٌ حقٌّ لأنه إذا لم يمكنه الامتناع وخرج يكون مكرها في فعل الخروج والإكراه يبطل الفعل فصار كأن لم يخرج فلم يحنث. وأما إن أمكنه الامتناع وخرج لا يكون مكرها فلا يبطل الفعل ووجد شرط الحنث وهو الخروج فيحنث وهذا لا يتم إلا بعد أن كان قوله: الإكراه يبطل الفعل فصار كأن لم يفعل ١٥
قولا مطردا وليس بذاك لما قال في التبيين وغيره بخلاف ما إذا هدده وخرج هو بنفسه حنث لوجود الفعل منه وهو الخروج إلا أنه مكره وفعل المحلوف عليه لا يختلف بين أن يكون مكرها أو طائعا على ما ذكرناه في أول الكتاب فصار نظير من حلف لا يأكل فأكره فأكل بنفسه حنث ولو حط ٢٠
المأكول في حلقه مكرها لا يحنث لما ذكرنا» انتهى.

Buradan da anlaşılmaktadır ki yemine konu olan eylemlerde muteber olan icrâî fiillerdir. Eğer yemin eden, ikrah altında da olsa, bu eylemi kendi yapmışsa yemini bozulur. Eğer bir başkası ikrahla o eylemi yemin eden üzerinde icra etmişse, yemini bozulmaz. Bu konuda ilke Şeyh'in belirlediği gibi 'kaçınma imkânı olmak ya da olmamak' değildir. Ayrıca *Tebyînu'l-Hakâik*'te zikredilenler fıkıhçıların ikamet etme meselesiyle ilgili ifadelerini çürütmektedir. Bir kişi bir evde oturmayacağına yemin etse, kendisini bağlamak ya da kapıyı kilitlemek suretiyle dışarı çıkmasına engel olsalar, yemini bozulmaz. Ancak *Tebyînu'l-Hakâik*'teki ifadelere göre yeminin bozulması gerekirdi. Çünkü ikamet etme eylemini bizzat kendisi yapmıştır. Ancak şöyle bir yorumla bu mesele uzlaştırılabilir: Başkasının onu bağlaması ya da kapıyı kilitlemesi, ikamet etme eylemini ikrahla onun üzerinde gerçekleştirmesi gibi değerlendirilir. Bu durumda başkası ikrahla o eylemi yemin eden üzerinde icra etmiş gibi kabul edilir. Fıkıhçılar şu hükümleri de zikretmişlerdir: Yeminin bozulmasının şartı, ihmâlî bir fiil ise yemin eden bunu ikrah ile yapmışsa, mesela "Eğer buradan çıkmazsam sen şöylesin." dese, bu kişi bağlansa ya da oraya kilitlense, dışarı çıkma imkânı olmasa, yeminin bozulmasının şartı olan 'çıkma' ikrahla gerçekleşse, ikrah bu fiili iptal etmez ve yemin bozulur. İkrah yoku, var yapmaz. Bu mesele, *el-Fetâva'l-Bezzâziyye*'de geçen şu mesele ile çelişmektedir: "Bir kişi (eşine) 'Bu gece benim yanıma gelmezsen, şöylesin (boşsun)!' dese, kadın birileri tarafından bağlansa ya da fiziki bir şekilde engellense, el-Fadlî'ye göre yemin bozulur. En sahih görüşe göre ise yemin bozulmaz." Ancak *el-Kâfi*'de bu meseleyle ilişkili olarak "Sahih görüşe göre kadın boş olur." yazdığını gördüm. Buna göre bu meselede temel kuralla çelişen bir durum yoktur. Muvakkat yeminlerle ilgili *el-Kunye*'de geçen ilkeye en uygun olan mesele, *el-Kâfi*'de yer almaktadır: "Kişi yemine konu olan eylemi yapmaktan âciz kalırsa, yemin de bir vakitle kayıtlı ise Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre yemin geçersiz olur. Ebû Yûsuf'a göre geçersiz olmaz." Herhalde bu ihtilaf, şu meseledeki ihtilafın bir fer'idir: Yeminin varlığını sürdürebilmesi için, yemini yerine getirebilme imkânının mevcut olması Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre şarttır; Ebû Yûsuf'a göre şart değildir.

فحصل منه أن المعتبر فيما كان المحلوف عليه أمرا وجوديا أن فعله الحالف بنفسه بإكراه يحنث وإن أوجده فيه غيره كرها لا يحنث فلم يكن الضابط فيه ما حققه الشيخ يعني إمكان الامتناع وعدم إمكانه ويخشد ما ذكره في التبيين هنا ما قالوا في مسألة السكنى وهو أن من حلف لا يسكن هذا البيت ومنع من الخروج بقيده^١ أو إغلاق بابه لا يحنث ومقتضى ما في التبيين أن يحنث لأنه فعل السكنى بنفسه اللهم إلا أن يقال: إن قيد الغير أو إغلاقه كان بمنزلة إيجاد السكنى فيه فكان من قبيل ما أوجد الفعل فيه غيره كرها ثم ما ذكره من أن شرط الحنث إذا كان أمرا عديميا وفعله بإكراه كما إذا قال: إن لم أخرج فأنت كذا فقيد أو أغلق فلم يمكن الخروج ووجد عدم الخروج الذي هو شرط^٢ الحنث بإكراه لا يبطله الإكراه ويحنث فلا يجعل الإكراه المعدوم موجودا منتقضا بما في البزازية حيث قال: «إذا قال: إن لم تحضرني الليل فكذا فقيدت ومنعت منعا حسيا ذكر الفضلي أنه يحنث والأصح أنه لا يحنث» انتهى. ولكن رأيت أنه قال في الكافي في هذه المسألة أنه تطلق في الصحيح فعلى هذا لا انتقاض على الضابطة والأوفق بالضابطة في اليمين الموقته التي ذكرها في القنية هو ما وقع في الكافي وهي قوله: «والحاصل أن متى عجز عن الفعل المحلوف عليه واليمين موقته بطلت عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف» انتهى. ولعل أن هذا الاختلاف من فروع اختلافهم في أن بقاء إمكان البر شرط بقاء الحلف عندهما لا عند أبي يوسف.

3. Evden Çıkmak için Eşin İznini Almak

[**Teshîl**] Bir kimse karısına “Benim iznim olmaksızın evden çıkmayacaksınız!” dese, her çıkış için ayrı izin gereklidir. Mâlik ve Şâfiî’ye göre ise bir defa izin verilmesi yeterlidir. Onlara göre bu mesele, ‘ben izin verinceye kadar’ ya da ‘ancak ben izin verdiğimde’ ifadeleri gibi değerlendirilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Deriz ki: Bu görüş “...size izin verilmedikçe Peygamber’in evlerine girmeyin!” (Ahzâb 33/53) âyetiyle çelişki arz eder. Zira âyette her giriş için izin istenmesi öngörülmektedir. Bu çelişki benim zihnimde doğduktan sonra bu meseleyi cevabıyla beraber *el-Kâfi* ve *el-Kifâye* adlı eserlerde buldum. Oralara bakılsın!

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh’in *el-Kâfi* ve *el-Kifâye*’de geçtiğini söylediği cevap şudur: İznin tekrarlanması gerektiği hükmünü biz, başka bir delile dayanarak tespit ettik. Bu delil de bir insanın izni olmaksızın onun evine girmenin haram olduğu hükmüdür. Böyle olunca yukarıdaki âyet “İzin alıp sahiplerine selam vermedikçe, başkalarına ait evlere girmeyin!” (Nûr 24/27) âyeti gibi olmuş olur. Ya da bu hükmü biz, [âyetin devamındaki] “Bu durum Hz. Peygamber’e eziyet verir.” (Ahzâb 33/53) ifadeden hareketle bilmiş oluruz ki bu durumda hükmün illeti, eziyet vermek olmaktadır.

4. Kölenin Mal Varlığı Kime Nispet Edilir?

[**Teshîl**] Falanın bineğine binmeyeceğine yemin eden kimse, onun, -bütün mal varlığı borcunu ancak karşılayan- me’zûn kölesinin bineğine binse, Ebû Hanîfe’ye göre -yemin esnasında kölenin bineğini de kastetmiş olsa bile- yemini bozulmaz. Zira efendi, mükâteb kölede olduğu gibi, bu durumdaki kölenin kazancına malik değildir. Eğer kölenin mal varlığı borcundan fazla ise yemin esnasında kölenin bineğine de niyet etmişse, yemini bozulur; niyet etmemişse, bozulmaz. Çünkü kölenin bineği örfen, efendiye değil köleye nispet edilir. Derim ki: ‘Bu durumda, kölenin bineğine de niyet edildiğine dair beyanın tasdik edilmemesi gerekir. Zira bu beyan örfe de zahir duruma da aykırıdır. Daha önce geçtiği üzere bu gibi durumlarda bir şeyin hakiki anlamına niyet edildiği beyanı, bir rivâyete göre kazâen tasdik edilmez.’ şeklinde bir itiraz serdedilecek olursa buna şöyle cevap verilir: Bu durum kişinin lehine olan hususlarda böyledir; aleyhine olan hususlarda ise beyanı tasdik edilir.

٣. استئذان الزوجة للخروج

[التسهيل] وفي لا يخرج إلا بإذني يجب إذنه لكل خرجة، وعند مالك والشافعي كفى إذنه مرةً كما لو قال: لا تخرجي حتى أن آذن لك أو إلا أن آذن لك.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل هذا بقوله تعالى: ﴿لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم﴾ [الأحزاب ٥٣/٣٣] الآية. فإنه يُشترط فيه الإذن لكل دخول وهذا الإشكال بعد ما سنع لي وجدته في الكافي والكفاية مع جوابه فليُنظر ثمة. [فاضل أمير] نقول: جوابه الذي قال به في الكافي والكفاية: هو أن تكرر الإذن فيه عرفناه بدليل آخر خارج وهو أن دخول دار إنسان بغير إذنه حرام فصار نظير قوله تعالى: ﴿لا تدخلوا بيوتًا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا﴾ [النور ١٠ ٢٤/٢٧] أو عرفناه بقوله تعالى: ﴿إن ذلكم كان يؤذي النبي﴾ [الأحزاب ٥٣/٣٣] فصارت العلة هي الإيذاء.

٤. لمن يضاف مال العبد؟

[التسهيل] ولو حلف لا يركب دابته فركب دابة مأذونه المستغرق بدين فهو برّ عند أبي حنيفة ولو نواه إذ المولى لا يملك كسبه كمكاتبه وحنث في غير المستغرق لو نواه، وإلا لا لإضافة مركب قبه إلى قبه لا إلى المولى عرفاً. أقول: فإن قيل: ينبغي على هذا أن لا يصدق في نية مركب عبده لمخالفة العرف والظاهر لما مرّ أنه في مثله لا يصدق نية الحقيقة قضاءً في رواية، يجاب بأنه كذلك فيما له لا فيما عليه وهذه النية فيما عليه فصدق.

Ebû Yûsuf'a göre ise -yemin esnasında kölenin bineğine de niyet ettiği takdirde- kölenin malvarlığı borcundan fazla olsa da olmasa da yemini bozulur. Zira o binek de efendiye aittir. Ancak köleye nispet edilmesi mülkiyete hâlel getirdiği için niyet şartı aranmaktadır. Muhammed ve diğer üç imama göre ise mutlak olarak, niyet olsa da olmasa da yemini bozulmuş olur. Zira mülkiyet efendiye ait olduğu için mal varlığı borcundan fazla olsa da olmasa da niyete ihtiyaç yoktur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu açıklama me'zûn olmayan kölenin durumuyla problem doğurur. Zira me'zûn olan kölenin kazancı örfen kendine izafe edilir. Ebû Hanîfe'ye göre niyet edilmediği takdirde onun bineği ile de yeminin bozulmaması gerekir. Ebû Yûsuf'un görüşü açısından da aynı işkal varittir. Mülkiyet kendine nispet edildiği için niyeti şart koşturdu. Ancak burada efendinin kölenin kazancı üzerindeki mülkiyetine hâlel gelmiştir. Bu durumda niyet olmaksızın yemini bozulmaz. Aradaki fark biraz düşününce bulunabilir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Me'zûn olmayan köle konusunda Ebû Hanîfe'nin görüşü açısından da Ebû Yûsuf'un görüşü açısından da bir problem yoktur. Çünkü burada bineğin bir şahsa nispet edilmesi ya mülkiyet sebebiyle ya da tasarruf sebebiyledir. Me'zûn olmayan kölenin elindeki eşya her iki sebeple de ona nispet edilmez. Efendinin o eşya üzerindeki mülkiyetine hâlel gelmez. Mahcûr kölede birinci sebebin gerçekleşmediği açıktır. İkinci sebebin gerçekleşmediği ise hacrin tanımını dikkate alındığında anlaşılır.¹

5. Yiyeceklerle İlgili Yeminler

[Teshîl] 'Kızartma' ve 'etle pişirilmiş sulu yemek' yemeyeceğine yemin eden kimse kızartılmış veya pişirilmiş patlıcan, havuç, yumurta gibi yiyecekleri yemekle yeminini bozmuş olmaz. Ancak o sözü söylerken 'kızartılmış her şey' ya da 'pişirilmiş her şey'e niyet etmişse yemini bozulur. Et suyu ile pişirilmiş yemek yediğinde de yemini bozulur. Zira onun içerisinde de et parçaları vardır. Ayrıca et suyuna da 'pişirilmiş' denilir.

1 Bu hususu destekleyen meselelerden birisi de 'dava' bölümünün 'hasım olabilen ve olamayan kişiler' kısmının öncesinde geçen şu meseledir: Bir hür ve bir mükâteb zilyedliklerinde olan bir şey hakkında davacı olsalar, eşit konumda oldukları için ilgili şeyde ortak olduklarına hüküm verilir. Ancak mahcûr kölenin durumu farklıdır. Bu durumda ilgili şeyin hüre ait olduğuna hüküm verilir. Zira mahcûr kölenin zilyedliği yoktur. (Hâmiş'ten)

يُحْتَسِبُ أَبُو يُوسُفَ فِي الْكَلِّ بِنَيْتِهِ أَي عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرَقٌ أَوْ لَا لَا مُطْلَقًا أَي نَوَى أَوْ لَا لِأَنَّهُ مَلِكُهُ إِلَّا أَنَّهُ اخْتَلَّ بِإِضَافَتِهِ إِلَى قَنِهِ فَلَا بَدَّ مِنْ نَيْتِهِ، وَحَتَّى هُمْ مَطْلَقًا أَي نَوَى أَوْ لَمْ يَنْوِ لِأَنَّهُ مَلِكُهُ حَقِيقَةً فَلَا حَاجَةَ إِلَى النِّيَّةِ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرَقٌ أَوْ لَا.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: يُشْكَلُ بِقَنٍ غَيْرِ مَأْذُونٍ فَإِنْ كَسَبَهُ يُضَافُ إِلَيْهِ عَرَفًا فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْنُثَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِلَا نِيَّةٍ أَيْضًا وَيَتَوَجَّهُ الْإِشْكَالُ إِلَى أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا حَيْثُ شَرَطَ النِّيَّةَ لِإِضَافَةِ الْمَلِكِ إِلَيْهِ فَاخْتَلَّ مَلِكُ مَوْلَاهُ فِي كَسَبِهِ فَلَا يَحْنُثُ بِلَا نِيَّةٍ وَيُمْكِنُ الْفَرْقُ بِالتَّأَمُّلِ الْيَسِيرِ.

[فاضل أمير] نقول: لَا إِشْكَالَ بِقَنٍ غَيْرِ مَأْذُونٍ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَا عَلَى أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ إِذَا سَبَبَ مَلِكٌ أَوْ سَبَبَ تَصَرَّفَ وَمَا فِي يَدِ الْقَنِ الْغَيْرِ الْمَأْذُونِ لَا يُضَافُ إِلَيْهِ بِأَحَدِ السَّبَبِينَ وَلَا يَخْتَلُّ مَلِكُ الْمَوْلَى فِيهِ أَمَا انْعِدَامُ السَّبَبِ الْأَوَّلِ فِي الْمَحْجُورِ فَظَاهِرٌ وَأَمَا انْعِدَامُ السَّبَبِ الثَّانِي فَمَعْلُومٌ مِنْ مَلَا حِظَةَ تَعْرِيفِ الْحَجَرِ.

٥. لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَأْكُلَ طَبِيخًا فَأَكَلَ طَبِيخًا بِلَا لَحْمٍ.

١٥ [التسهيل] وَالشَّوَاءُ وَالطَّبِيخُ بِلَحْمٍ بِمَاءٍ فَلَا يَحْنُثُ بِمَا يُشْوَى أَوْ يَطْبَخُ مِنَ الْبَابِذَنْجَانِ وَالْجَزَّرِ وَالْبَيْضِ وَغَيْرِهِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ مَا عَلَيْهِ كُنْيَةُ كُلِّ مَشْوِيٍّ وَكُلِّ طَبِيخٍ وَحَنْثٌ بِمَرْقِ اللَّحْمِ لِمَا فِيهِ مِنْ أَجْزَاءِ اللَّحْمِ وَلِأَنَّهُ يُسَمَّى طَبِيخًا.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Zamanımızda etsiz pişirilen yemeklerle de yeminin bozulması gerekir. Çünkü bu tür yemekler için de örfen 'pişirilmiş' tabiri kullanılmaktadır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Buradan anlaşılmalıdır ki bir kimse pişirilmiş yemek yememeye yemin etse ve içinde et bulunmayan çorba yese yemini bozulur. Kişi yemin ederken Arapça 'tabih' lafzının Türkçe karşılığı olan "pişirilmiş" kelimesini kullansa ve içinde et olmadan pişmiş bir çorba yese, yemini bozulur.

6. Yeminlerde Örf Dikkate Alınır

[Teshîl] Bir kimse eşine "Eğer senin eğirdiğin iplikten örülmüş bir elbise giyersem, o elbise [Mekke'de] sadaka [hedy] olsun!" dese, daha sonra eline bir miktar pamuk geçse, karısı o pamuğu eğirse, o da ipten dokunan elbiseyi giyse, Ebû Hanîfe'ye göre o elbise Mekke'de sadaka olarak verilmelidir. Zira nezir, mülkiyet sebebine dayandırılmaktadır. Kişi de normalde eşinin eğirdiği ipliğe maliktir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu mesele problemsiz değildir. Zira eşinin eğirmiş olması, iplik bir yana, pamuğun dahi kocaya ait olmasını gerektirmez.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu konudaki görüş ayrılığı müçtehitlerimiz nezdinde sabit olan şu ilkeye dayanmaktadır: "Nezir ancak mülkiyette olan veya mülkiyete izafe edilen ya da mülkiyetin sebebine izafe edilen bir şeyde geçerli olur." Çünkü Hz. Peygamber, "Âdemoğlunun malik olmadığı bir şeyde nezir yapması geçersizdir." buyurmuştur. Bu ilke üç imamımız tarafından kabul edilmekle birlikte; Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre bu meselede yapılan nezir geçersizdir. Çünkü kadının ipi eğirmiş olması kocanın ona malik olmasının sebebi olmadığından, bu meselede ne mülkiyet ne de mülkiyete izafe bulunmamaktadır. Ebû Hanîfe'ye göre ise ip eğirmek mülkiyet sebebidir. Bundan dolayı yün veya pamuk gibi bir maddeyi gasbeden kişi ondan ip eğirse ona malik olur. Karının, kocasının pamuğundan ip eğirmiş olması, âdeten kocanın o ipe malik olmasının sebebidir. Bundan dolayı koca pamuk satın alsa, kadın da kocasının izni olmadan o pamuktan ip eğirse ve kumaş dokusa, örf göre kumaş kocanın mülkü sayılır. Zira kocanın mülkü olmadıkça, âdeten kadın bu işlemleri yapmaz. Âdeten bilinen şey, şart koşulmuş gibidir. Eğer böyle olmasaydı o iplik, tıpkı bir yabancı tarafından eğirilmiş gibi, kadının mülkü olurdu. Eğirme mülkiyet sebebi olduğuna göre onun zikredilmesi de diğer mülkiyet sebeplerinde olduğu gibi mülkiyetin zikredilmesi anlamına gelir. Mesele *Tebyînu'l-Hakâik*'te ve diğer eserlerde böyle ele alınmıştır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يحنث بطبخ بلا لحم في هذا الزمان لإطلاقهم عليه طبيخا عرفا.

[فاضل أمير] نقول: استيفد منه أن من حلف لا يأكل طبيخا وأكل مرقا بلا لحم يحنث. فإذا عبر عن الطبخ بمرادفه بالتركية وهو لفظ «بيشمش» في حلفه وأكل مرقا طبخ بغير لحم يحنث في يمينه. ٥

٦. الاعتبار في الأيمان العرف

[التسهيل] ولو قال: إن لبستُ من غزلكِ فهو هدي فملك قطنًا فغزلته واكتسى منه فهو هدي عند أبي حنيفة لإضافة النذر إلى سبب ملكه لملكه غزلها عادة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا لا يخلو من الإشكال فإن غزلها لا يستلزم كون القطن له فضلا عن الغزل. ١٠

[فاضل أمير] نقول: الاختلاف في هذه المسألة مبني على أصل ثابت عندهم وهو أن النذر لا يصح إلا في الملك أو مضافاً إليه إلى سببه لقوله ﷺ: «لا نذر فيما لم يملك ابن آدم». فإذا كان هذا أصلاً متقررًا عندهم قال أبو يوسف ومحمد لا يصح نذره في هذه الصورة؛ لأن واحداً من الملك والإضافة لم يوجد فيها؛ لأن غزل المرأة لا يكون سبباً لملك الزوج إياه. وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن ١٥

الغزل سبب الملك ولهذا يملك به الغاصب، وغزل المرأة من قطن الزوج سبب لملك الزوج عادة ولهذا لو اشترى قطنًا وغزلته ونسجته بغير إذنه كان ملكاً له بحكم العرف؛ لأنها لا تغزله عادة إلا لهو المعتاد كالمشروط ولولا ذلك لكان ملكاً لها كما لو غزله الأجنبي فإذا كان سبب الملك يكون ذكره ذكراً للملك كسائر أسباب الملك كذا في التبئين وغيره. ٢٠

Buradan da açığa çıkmaktadır ki Şeyh'in kendisine nispet ederek ileri sürdüğü değerlendirmeye, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in kendi görüşlerine delil getirirken ileri sürdükleri gerekçenin aynısıdır. Şeyh'in meseleyi bu şekilde takdim etmesinin bir dayanağı yoktur. Özetle Ebû Hanîfe, kadının ipi eğirmiş olmasının örfen kocanın o ipe malik olmasının sebebi sayılmasını dikkate almıştır. Zira yeminlerde muteber olan örfüdür. Bundan dolayı ip eğirmenin mülkiyet sebebi olduğunu savunmuştur. Ebû Yûsuf ve Muhammed ise kadının ipi eğirmiş olmasının şer'an kocanın o ipe malik olmasının sebebi sayılmamasını dikkate aldıklarından ip eğirmenin mülkiyet sebebi olmadığını savunmuşlardır. şer'î kaidelere vakıf olan kişi, Ebû Hanîfe'nin görüşünün üstünlüğünü fark eder. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*'ta, altıncı kaideyi ele alırken örfün ve şer'in çatışmasına ilişkin açtığı fasılda şöyle demiştir: Bu ikisi arasında çatışma olduğunda kullanım dikkate alınarak örf'e öncelik verilir. Özellikle yemin konularında bu husus geçerlidir.

7. Akitlerle İlgili Yeminler

[**Teshîl**] Kûfe'de evlenmeyeceğine veya orada bir mal satın almayacağına yemin eden kimse Kûfe'de bu muamelelerle ilgili olarak bir fuzûlînin kendisine yaptığı icabı kabul etse ve fuzûlînin yaptığı bu akde Mekke'de icâzet verilse; Ebû Yûsuf'a göre akit Mekke'de tamamlandığı için yemin bozulmaz. Muhammed'e göre ise -mezhepteki zâhir görüş de budur- yemini bozulur. Çünkü icâzet verilmesiyle birlikte akit ilk yapıldığı zamana dayanmış, dolayısıyla Kûfe'de tamamlanmış olur.

[**Şeyh Bedreddin**] Bu gerekçeye şu cevap verilebilir: Akdin geçmişe dayalı olması bir yönden sabittir, bir yönden sabit değildir ve şüphe ile de yemin bozulmaz.

[**Fâzıl Emîr**] Mutlak olarak alındığında bu ifade doğru değildir. Bilakis uygun olan, bu meselede yeminin Allah adına yapılmış olmasıyla, talâk veya itâk üzerine yapılmış olması arasında ayırım yapmaktır. Eğer yemin Allah adına yapılmışsa, şüphe olduğunda ihtiyaten bozulmuş kabul edilir. Eğer talâk ve itâk üzerine yapılmışsa, şüpheden dolayı yemin bozulmaz. Zira *Bedâi'üs-Sanâi*'de geçtiği üzere yemin konusu olan şey farklı cins bir şeyle karışmış, bu karışımda hangi unsurun daha fazla olduğunda şüpheye düşülmüş ve fazla olan unsur tespit edilememişse, eğer yemin Allah üzerine yapılmışsa istihânen bozulmuş olur.

ومن هذا ظهر أن ما ذكره الشيخ معزواً إلى نفسه عين ما قال به أبو يوسف
ومحمد في الاستدلال على ما ذهب إليه فلا وجه لذكره على الوجه المذكور.
والحاصل: أن الإمام نظر إلى كون غزل المرأة سبباً لملك الزوج إياه عرفاً بناء
على أن المعتبر في الأيمان العرف فقال بكون الغزل سبباً للملك وهما نظراً
إلى عدم كون غزل المرأة سبباً لملك الزوج شرعاً فقالا بعدم كون الغزل سبباً
للملك ويظهر رجحان ما ذهب إليه الإمام لمن له وقوف على قواعد الشرع
وقد قال مولانا ابن نجيم المصري في الأشباه في القاعدة السادسة فصل في
تعارض العرف مع الشرع: فإذا تعارضاً قدم العرف للاستعمال خصوصاً في
الأيمان إلى آخره.

٧. العمل بالاحتياط أولى في حق الله

[التسهيل] ولو حلف: لا ينكحها بكوفة أو لا يشتريه فقبل بها إيجاب فضوليٍّ
وأجيز بمكة لم يُحْتِثْ أبو يوسف لتمام العقد بمكة، حثه محمد وهو ظاهر
المذهب لاستناد بإجازة فكأن العقد تمَّ بكوفة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يمكن أن يجاب بأن المستند ثابت من وجه لا من
وجه فلا يحث بالشك.

[فاضل أمير] نقول: هذا على إطلاقه ليس بصحيح بل اللائق أن يفرق فيه
بين أن يكون اليمين بالله تعالى وبين أن يكون بالطلاق أو العتاق فإن كانت بالله
يحث في مقام الشك احتياطاً وإن كانت بالطلاق أو العتاق لا يحث للشك
لأنه قال في البدائع: «فيما إذا اختلط المحلوف عليه بغير جنسه ووقع الشك
في الغالب ولم يدر الغالب من ذلك فإن كانت اليمين بالله يحث استحساناً

Çünkü yeminin bozulup bozulmadığında şüpheye düşülmüştür. Bu durumda keffâretin gerekli olduğunu söylemek daha ihtiyatlıdır. Zira keffâret Allah'ın hakkıdır. Onun vâcib olduğunu söylemek ihtiyatla davranmaktır. Ancak yemin talâk ya da itâk üzerine yapılmışsa, burada ihtiyata göre hareket edilmez. Çünkü bu yeminler kul hakkıyla ilişkilidir. Kul haklarında ise hakların çatışması dikkate alındığı için ihtiyat ilkesi işletilmez.

8. Yeminlerde 'Her Ne Zaman' Edatının Kullanımı

[Teshîl] Ebû Yûsuf'a göre "her ne zaman (küllemâ)" edatı muayyen bir varlıkla ya da muhatapla ilişkili kullanıldığında hüküm tekerrür eder; aksi takdirde etmez. "Bu elbiseyi her ne zaman satın alsam o hediyedir." demiş olsa, her seferinde hediye etmesi gerekir. Ancak 'bir elbise' ifadesi kullansaydı, ancak bir defa hediye etmesi gerekirdi. "Her ne zaman bir kadınla evlenmiş olsam, o boştur." dese, bilahare bir kadınla evlense ve kadın boş olsa, sonra aynı kadınla evlense kadın boş olmaz. Hüküm 'her' (küll) edatında olduğu gibidir. Ancak kadını muhatap alarak "Her ne zaman seninle evlensem..." demiş olsa, hüküm her seferinde tekrar eder. "Falan kadınla her ne zaman evlenirsem..." demiş olsa da durum böyledir. Kadın o kişiye başka biriyle evlendikten sonra dönmüş olsa, üç imama göre de yemin bozulmaz.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: *el-Hulâsa* adlı eserin karşılaştığım nüshalarında mesele böyledir. Ancak tartışmaya açık noktaları vardır. Çünkü zikrettiği kurala aykırıdır. Şöyle ki; daha önce geçtiği üzere 'her ne zaman' (küllemâ) edatı muayyen bir varlıkla ilişkili olarak kullanıldığında yemin tekrar eder. Buna göre ilgili meselede kadın tekrar o kişiye döndüğünde yeminin bozulması ve kadının boşanmış olması gerekir. Çünkü 'falan kadın' muayyen olan bir kadındır. Geçtiği üzere yeminin tekrar etmesi gerekir. Sanki burada bir müstensih hatası vardır. En doğrusunu Yüce Allah bilir.

لأنه وقع الشك في حكم الحنث فالقول بالوجوب أولى احتياطاً لأن الكفارة حق الله تعالى فيحتاط في إيجابها فأما اليمين بالطلاق أو العتاق فلا لأن ذلك حق العبد وحقوق العباد لا يجري فيها الاحتياط للتعارض».

٨. الفرق بين كلما الداخلة على المعرف وبين الداخلة على المنكر

٥ [التسهيل] وعن أبي يوسف إن «كلما» إذا دخلت على المعين أو المخاطب يتكرر وإلا فلا كقوله: كلما اشتريت هذا الثوب فهو هدية يلزمه في كل دفعه، ولو قال: ثوباً لا يلزمه إلا مرة. فلو قال: كلما تزوجت امرأة فطالق فتزوجها وطلقت ثم تزوجها لا تطلق بمنزلة كل بخلاف ما إذا خاطبها وقال: كلما تزوجتك حيث يتكرر وكذا لو قال: كلما تزوجت فلانة فإن عادت المرأة إليه بعد زوج آخر لم يحنث عند الثالثة. ١٠

[الشيخ بدر الدين] أقول: هكذا وجدته فيما لقيته من نسخ الخلاصة وفيه نظر لأنه مخالف لما ذكره من القاعدة فإن «كلما» إذا دخلت على المعين يتكرر اليمين كما مرّ وعلى هذا عادت إليه المرأة في هذه المسألة ينبغي أن يحنث وتطلق لأن فلانة عبارة عن امرأة معينة فينبغي أن يتكرر اليمين فكأنه سهو من الكاتب، والله أعلم. ١٥

[Fâzıl Emîr] Ebû Yûsuf'tan nakledilen, evlenmeyle ilgili olarak belirli bir kadın için kullanılan "her ne zaman (küllemâ)" edatı ile belirsiz bir kadın için kullanılan 'her ne zaman' (küllemâ) edatı arasında fark olduğuna ilişkin rivâyet, muteber metinlerde esas alınan *Zâhiru'r-rivâye*'ye aykırı bir görüştür. Nitekim *Mülteka'l-Ebhur*'da ve diğer metinlerde "Bir kişi eğer 'Her ne zaman bir kadınla evlenirsem o kadın boştur.' dese, her evlenmesinde boşama meydana gelir. İsterse bu kadın başka biriyle bir evlilik yaptıktan sonra tekrar kendisiyle evlenmiş olsun hüküm aynıdır." ifadesi yer almaktadır. Buradan da anlaşılmaktadır ki hükmün tekrarı açısından ilgili edatın belirli bir kadın için kullanılmasıyla, belirsiz bir kadın için kullanılması arasında fark bulunmamaktadır. Yemin eden kişi o kadınlara, kadın bir başkasıyla evlilik yaptıktan sonra tekrar evlense bile hüküm değişmemektedir. Esas alınan doğru görüş budur. *el-Hulâsa* adlı eserden, ikinci imamdan [Ebû Yûsuf'tan] bir rivâyet olarak naklettiği görüşe gelince, bu görüşü yalnızca *el-Hulâsa* müellifi nakletmemiştir. Aksine muteber şerhlerde ve güvenilir fetva kitaplarında Ebû Yûsuf'tan, 'her ne zaman' edatının belirli bir kişi için kullanılmasıyla belirsiz bir kişi için kullanılması arasında fark olduğu nakledilmiştir. *Tebyînu'l-Hakâik*'in ve diğer kitapların ibareleri göstermektedir ki *el-Hulâsa*, *el-Bezzâziyye* ve *el-Feyz* adlı eserlerde, Ebû Yûsuf'tan bu rivâyeti naklettikten sonra yer alan "Kadın o kişiye başka bir koca ile evlendikten sonra dönmüş olsa, üç imama göre de yemin bozulmaz." ifadesindeki hüküm, Ebû Yûsuf'un bu görüşünden kaynaklanmamaktadır. Yemin eden "her ne zaman falan kadınla evlenirsem..." demiş olsa da durum böyledir. Onların bu görüşünü gerekçelendirmek için ancak şöyle bir yorum ileri sürülebilir: Bu görüş, evlenme dışındaki fiiller için kullanılan 'her ne zaman' edatının şart tekrar ettiği takdirde talâkın da tekrarını gerektireceğine ilişkin konuya başlarken ifade ettikleri "Her ne zaman edatında şart tekrar ettiği takdirde talâk da tekrar eder." kuralına benzemekte ve o kuraldan kaynaklanmaktadır. Bu yorum, vakıa itibarıyla uzak görülse bile bu büyük âlimleri hataya nispet etmemek ve onların ifadelerini sehiv eseri görmemek için oldukça uygundur.

[فاضل أمير] نقول: هذه الرواية المنقولة عن أبي يوسف في الفرق بين «كلما» المقرونة بالتزوج الداخلة على المعرف وبين الداخلة على المنكر خلاف ظاهر الرواية الذي أخذ به في المتون المعتبرة حيث قال في الملتقى وغيره: «فلو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق تطلق بكل تزوج ولو بعد زوج آخر» انتهى. فقد ظهر منه أنه لا فرق بين أن تدخل على المنكر وبين أن تدخل على المعرف ٥ في إفادة التكرار ولو بعد زوج آخر هذا هو القول الصحيح المأخوذ به.

وما نقله من الخلاصة على أنه رواية من الإمام الثاني فليس صاحب الخلاصة بمتفرد في نقلها عنه بل في الشروح المعتبرة والفتاوى المعتبرة بها نقل عن أبي يوسف هذا الفرق بين المعرف والمنكر. وقد دلت عبارة التبيين وغيره على أن ما وقع في الخلاصة والبيزانية والفيض بعد نقل هذه الرواية عن أبي يوسف من قولهم^١: فإن عادت المرأة إليه بعد زوج آخر لم يحنث عند الثلاثة ليس مما يتفرع^٢ على قول أبي يوسف وكذا لو قال: كلما تزوجت فلانة فغاية ما يقال في توجيه هذا القول منهم هو أنه ناظر ومتفرع على ما وقع في صدر الكلام منهم في بيان أن «كلما» الداخلة على فعل غير التزوج تفيد تكرار الطلاق بتكرر الشرط من قولهم: وفي كلما يتكرر الطلاق بتكرر الشرط. وهذا التوجيه وإن كان مما يستبعد في الواقع ولكنه أقرب من تخطئة هؤلاء الفحول وحمل كلامهم على السهو.

١ وفي هامش أ: قوله: من قولهم بيان ما في قوله: على ما وقع في صدر الكلام.

٢ وفي هامش أ: قوله: ليس مما يتفرع خبر أن في قوله: على أن ما وقع.

KAZÂ: YARGILAMA USULÜ

1. Farklı Mezhebe Göre Amel

[**Teshîl**] *el-Kunye* adlı eserde, Abdüsseyyid el-Hatîbî'den şöyle nakledilmektedir. Ona, üç talâkın gerçekleşmesini evliliğe bağlayan [yani “Falanca kadınla evlenirsem, o üç talâk boş olsun!” diyen] bir kişinin durumu sorulmuştur. Ona Şâfiî'ye göre yeminin bozulmayacağı söylenmiş; o da Şâfiî de bir müçtehit diyerek Şâfiî'nin görüşünü tercih etmiştir. Acaba bu şahıs eşiyile beraber yaşamaya devam edebilir mi? sorusuna el-Hatîbî, “Iraklı âlimlerimizin görüşüne göre ‘evet’; Horasanlı âlimlerimizin görüşüne göre ‘hayır’.” cevabını vermiştir. Aynı eserde “Bu konuda Şâfiî'nin görüşünü almakta bir sakınca yoktur. Zira sahabenin çoğu, bu konuda o görüşten yanadır.” ifadesi yer almaktadır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu ifade Şâfiî'nin görüşünü uygulamak için Şâfiî mezhebinden birine yetki vermenin gerekmediğini açıkça göstermektedir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Eğer Şeyh bu ifadeyle, sadece ilgili meselede sahabenin çoğu Şâfiî'nin görüşü doğrultusunda olduğu için, onun görüşünün uygulanabileceğini kastediyorsa bu yaklaşım kabul edilebilir. Ama bu ifadeyle bir kişinin kendisi için kolaylık barındıran her meselede Şâfiî'nin mezhebini uygulayabileceğini kastediyorsa, bu sonuç kabul edilemez. Kuhistânî'nin, ‘kerâhiye’ bölümünün sonundaki şu ifadeleri bunun kabul edilemeyeceğini göstermektedir: “Bil ki Mutezile gibi bir meselede birden fazla doğru olduğunu kabul edenler, avâmın her mezhepten arzu ettiği görüşü almasını câiz görürler. *el-Keşf* adlı eserde geçtiği üzere bizim âlimlerimiz gibi bir meselede bir tek doğru olduğunu kabul edenler ise avâmın tek bir imama bağlanmasını gerekli görürler. Fakîh Saîd b. Mes'ûd'un *et-Tahâvî* şerhinde geçtiği üzere bir kişi her mezhebin görüşlerinden mubah olan şeyleri alıp uygulasa tam bir fasıka dönüşür. *el-Cevâhir* adlı eserde geçtiği üzere bir mezhebin görüşlerinin doğru olduğuna itikat etmek suretiyle o mezhepte salâbet göstermek gereklidir.”

كتاب القضاء

١. الأخذ من كل مذهب مباحه

[التسهيل] وفي القنية عن عبد السيد الخطيبي أنه سُئل عمن علّق الثلاث بتزوُّجها فقيّل له: لا يحنث على قول الشافعي فاختره على أنه مجتهد فهل يسعّه المقام معها؟ فقال: على قول مشايخنا العراقيين نعم وعلى قول الخراسانيين لا. وفيه أيضاً لا بأس بأن يؤخَذ في هذا بمذهب الشافعي لأن كثيراً من الصحابة في جانبه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا تصريح بأن الأخذ بمذهب الشافعي يجوز بلا تفويض إلى شافعي المذهب.

١٠ [فاضل أمير] أقول: إن أراد به أنه يجوز الأخذ بمذهب الشافعي في هذه المسألة فقط بناء على أن كثيراً من الصحابة في جانبه فيها فجائز أن يسلم، وأما أراد به أن يجوز الأخذ بمذهبه في كل ما كان له اليسر فيه فهو ليس بمسلم فكيف وقد قال القهستاني في آخر كتاب الكراهية: «واعلم أن من جعل الحق متعددا كالمعتزلة أثبت للعامي الاتخاذ من كل مذهب ما يهواه ١٥ ومن جعله واحدا كعلمائنا ألزم العامي إماما واحدا كما في الكشف. فلو أخذ من كل مذهب مباحه صار فاسقا تاما كما في الطحاوي للفتية سعيد بن مسعود فيجب في المذهب الصلابة في اعتقاد كونه حقا وصوابا كما في الجواهر» انتهى.

2. Hâkimler Arası Yazışma

[**Teshîl**] Belge şu şekilde düzenlenir: “Buhara kadısı, Semerkant kadısına yazıyor: Falanca ve falanca benim yanımda şahitlik ettiler ki falancanın şu eşkâle sahip olan Mübarek adlı kölesi, sahibinden kaçmış olup Semerkant'ta falancanın elindedir...” ve belgeyi mühürler. Belge Semerkant hâkiminin eline geçince davalıyı köle ile birlikte huzuruna getirir. Belgeyi -şartlarına uygun olarak- açar. Kölenin eşkâli belgedeki gibi değilse onu bırakır. Eğer belgedeki gibiyse; davalı Buhara'ya gidiyorsa dava orada görülür. Gitmediği takdirde köle -mahkeme kararı mahiyetinde olmaksızın- davacıya teslim edilir ve davacıdan köle için bir kefil alınır. Kölenin boynuna bir işaret konularak mühürlenir. Bu işlem şahitlik esnasında bir değiştirme yapılmasını engellemek amacı taşır. Buhara hâkimine belgenin cevabını ve köleyi ona gönderdiğini yazar. Belge ulaştığında Buhara hâkimi, şahitleri getirir. Şahitler kölenin giyabında yaptıkları şahitliği vicahen yenilerler. Bu esnada köleye işaret ederek, onun davacının mülkiyetinde olduğunu söylerler. Ancak davalı gâip olduğu için Buhara hâkimi hüküm vermez. Sonra Semerkant hâkimine şahitlerin nezdinde yaptıkları şahitliği yazar. Böylece Semerkant hâkimi davalı aleyhine hüküm verir. Kefilin kefillikten ibrâ edildiğini de hükme bağlar.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Buna şöyle cevap verilebilir; Gâip aleyhine hüküm vermenin câiz olmaması birkaç gerekçeye dayanır. Bunlardan biri, hükmün dayanağının bilinmemesidir. Zira bu beyyine veya ikrar olabilir ve taraflardan biri gâip olduğunda bu husus bilinemez. Bir diğer gerekçe de gâip olanın hazırda olanın beyyinesini çürütme hakkının bulunmasıdır. Ele aldığımız meselede hak, beyyineyle sabit olmuştur. Hükmün dayanağı hakkında bir bilinmezlik yoktur. Davacı ve davalı, belgenin gönderildiği hâkimin yanında hazır bulunduğu takdirde davalı hâkimin gönderdiği belgeyi ve şahitlerin şahitliğini öğrenmiş olur. Davalı bu aşamada sessiz kaldığı takdirde şahitlerin şahitliğine itiraz etmeyeceği anlaşılır. Çünkü şahitler hakkında bir itirazı olsaydı, sessiz kalmazdı ve itiraz ederdi. Sessiz kaldığına göre bu ihtimal de geçersiz olur. Dolayısıyla bu gerekçeyle hüküm geciktirilmez. Hükmün tehirine gerekçe olarak, daha önce geçtiği üzere ilgili hadis dolayısıyla gâip aleyhine hüküm verilmeyeceği kuralı kalır. Bu kurala verilecek cevap için imal-i fikir edilsin!

٢. الحكم للغائب وعلى الغائب

[التسهيل] وقد ذكر كيفية الكتاب هكذا: يكتب قاضي بخارا إلى قاضي سمرقند أن فلانا وفلانا شهدا عندي أن عبد فلان المسمى بمبارك الذي حليته كذا وكذا أبق من مالكه ووقع بسمرقند في يد فلان إلى آخر الكتاب ويختمه، فإذا وصل إلى قاضي سمرقند يخضر الخصم مع العبد ويفتحه بشرائطه فإن لم يكن حليته كما كتبت بتركه، وإن كان فالخصم إن ذهب إلى بخارا فيها وإلا سلّم العبد إلى المدعي لا على وجه القضاء ويأخذ منه كفيلاً بنفس العبد ويجعل في عنقه شيئاً ويختمه صيانة عن التبديل عند شهادة الشهود ويكتب إلى قاضي بخارا جواب كتابه وأنه أرسل إليه العبد فإذا وصل إليه الكتاب يحضر الشهود الذين شهدوا في غيبة العبد ليشهدوا في حضوره ويشيروا إليه أنه ملك المدعي لكن لا يحكم إذ الخصم غائب ثم يكتب إلى قاضي سمرقند أن الشهود شهدوا في حضوره ليحكم قاضي سمرقند على الخصم ويبرأ الكفيل عن كفاله.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يمكن أن يجاب بأن الحكم على الغائب إنما لا يجوز إما لأن جهة الحكم مجهولة فإنه إما بإقرار أو بينة فلا يعلم إذا غاب، وإما لحق جرح الغائب بينة الحاضر. وثبت الحق هنا بالبينه فلا جهالة في جهة الحكم ولما حضر المدعي والمدعى عليه عند المكتوب وعرف كتاب القاضي وشهادة الشهود وسكت علم أنه لا يجرّهم إذ لو كان له كلام فيهم لتعرض فلما سكت زال ذلك فلا يؤخر الحكم لأجله ولكن يبقى ما مر من أن لا يحكم على الغائب للخبر فليتأمل في جوابه.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh burada demek istiyor ki, bu meselede belgeyi gönderen hâkimin kölenin davacıya ait olduğuna ilişkin hüküm verememesi, bilakis şahitler kölenin bulunduğu celsede şahitlik yaptıktan sonra belgenin gönderildiği hâkime bu hususu yazması, o hâkimin de davalı aleyhine vicahen hüküm vermesi, böylece gaip aleyhine hüküm vermekten kaçınılmış olması ile ilgili gerekçeler bizim verdiğimiz cevapla bertaraf edilmiştir. Ancak burada belgeyi gönderen hâkimin hüküm vermesine ilişkin bir problem daha mevcuttur. Zira Hz. Peygamber'den nakledilen haber, yani Hz. Peygamber'in Hz. Ali'ye hitaben söylediği "Hasımlardan birinin sözünü dinlemeden diğeri aleyhine hüküm verme!" sözü, belgeyi gönderen hâkimin hüküm verebileceği görüşüne engel olur. Onun burada zikrettiği değerlendirme bu şekildedir. Mevcut probleme ilişkin cevaba gelince, ilgili hadiste geçen hüküm verme yasağı, diğer hasmın sözünün dinlenilmesine kadar geçerlidir. Diğer hasmın sözü dinlendiğinde hüküm verme yasağı da bitmiş olur. Dolayısıyla diğer hasmı dinledikten sonra hüküm vermenin câiz olması gerekir. Kitâb-ı hükmî [hâkimler arası yazışma] uygulamasında belgeyi düzenleyen hâkim, köleyi elinde bulunduran davalının sözünü dinlemiştir. Zira belgenin gönderildiği hâkim, davalının beyanını yazarak belgeyi düzenleyen hâkime göndermiştir. Gaip olan birisinden gelen yazılı belge, mevcut olan birisinin sözlü ifadesi gibidir. Bu husus nikâh bahsinde, şahitlerin akdin iki yarısını ayrı ayrı işitmiş olmalarıyla nikâhın sahih olduğunu şart koşmak meselesinde açıklanmıştır. Belgeyi düzenleyen hâkimin, diğer hasmın sözünü dinledikten sonra vereceği hüküm rivâyet edilen habere aykırı değildir. Sonra bazı muteber kaynaklarda gaip aleyhine verilen hükmün, bu hususla ilgili iki rivâyetin en zahir olanına göre geçerli olacağı zikredilmiştir. Ancak, Ayasuluğî'nin şerhinde şu ifadeleri gördüm: "el-Muhîr adlı eserin yazarı demiştir ki, gâibin lehine ya da aleyhine verilen hüküm sahih görüşe göre geçerli olmaz."

Sonra faziletli İbn Nüceym'in, *el-Bahru'r-Râik* adlı eserinde hâkimler arası yazışma bölümündeki ifadesini gördüm. Bu da gaip aleyhine verilecek hükmün, hâkim Hanefî olduğu takdirde geçerli olmayacağını gösteriyordu. Zira 'gaip aleyhine verilen hükmü geçerli sayan' ifadesine yer vermişti. Bu ise fıkıhçıların 'gaip aleyhine verilen hükmün, bu hususla ilgili iki rivâyetin en güçlüsüne göre geçerli olacağı' sözünün hâkim Şâfiî olduğu takdirde söz konusu olacağını anlatmaktadır.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن ما قيل في هذا الباب من أن للقاضي الكاتب لا يحكم بكون العبد للمدعى بل بعد ما شهد الشهود في حضور العبد يكتب إلى القاضي المكتوب إليه ويحكم هو على المدعى عليه بمحضر منه لئلا يكون حكماً على الغائب يندفع بما ذكرناه من الجواب لكن يبقى الإشكال في حكم الكاتب من جهة أن الخبر المروي عن النبي ﷺ وهو قوله لعلي رضي الله عنه: «لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر» يمنع جواز حكم القاضي الكاتب. هذا تقرير ما ذكره هنا والجواب عن الإشكال الباقي هو أن النهي عن القضاء في الخبر المذكور قد كان مغنيًا بسماع كلام الآخر فكان عدم القضاء متنها عند سماع كلام آخر ولزم جواز القضاء بعد السماع ففي الكتاب الحكمي قد سمع القاضي الكاتب كلام المدعى عليه الذي كان العبد في يده لأن القاضي المكتوب إليه قد كتب كلام المدعى عليه إلى الكاتب والكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر على ما قرر في كتاب النكاح في اشتراط صحة النكاح بسماع الشاهدين شطري العقد فكان حكم القاضي الكاتب بعد سماع كلام الآخر ولم يكن مخالفاً للخبر المروي. ثم إنه قد صرح في بعض المعبرات بأن القضاء على الغائب ينفذ على أظهر الروايتين ولكن رأيت في شرح الأياثلوغي أنه قال: «وقال صاحب المحيط: الحكم للغائب وعلى الغائب لا ينفذ في الصحيح» انتهى.

ثم رأيت أن مولانا الفاضل ابن نجيم المصري في كتاب القاضي إلى القاضي من البحر الرائق وهو يدل على أن الحكم على الغائب إذا كان حنيا لا ينفذ لقوله يرى ذلك وهو مفيد أن معنى قولهم: إن القضاء على الغائب ينفذ في أظهر الروايتين إذا كان القاضي شافعيًا.

3. Hâkime Verilen Hediyelerin Durumu

[**Teshîl**] *el-Kunye*'de şöyle bir mesele geçmektedir: Bir kimse, iddeti bittikten sonra kendisiyle evleneceği ümidiyle, bir başkasından iddet bekleyen bir kadına maddi yardım yapsa (infak), bilahare kadın evlenmeye yanaşmasa eğer yardım esnasında evlilik şartı koşulmuşsa, erkek yaptığı harcamayı geri alabilir. Evlilik şartı gündeme gelmemişse bu durumda farklı birkaç görüş vardır. Kimilerine göre en sahih görüş, erkeğin verdiği meblağı geri alamaması; kimilerine göre en sahih görüş, kadın ister evlensin ister evlenmesin erkeğin verdiği meblağı geri alabilmesidir. Çünkü verilen para mahiyet itibarıyla rüşvettir. *Kâdîhân*'da bu görüş şöyle gerekçelendirilmiştir: Eğer erkek, maddi yardım yapmadığı takdirde kadının evlenmeyeceğini biliyorsa, bu durum -borç ilişkisinden önce aralarında hediyeleşme olmadığı hâlde- borçlunun alacaklıya bir hediye vermesini şart koşturmak gibidir. Bu ise haramdır. Aynı şekilde hâkim de hâkim olmadığı takdirde kendisine hediye vermeyecek olan bir şahıstan hediye kabul edemez. Çünkü bu da şartlı bir hediye mahiyetindedir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu görüş *el-Hulâsa*'da geçen şu görüşle çatışmaktadır: Şart koşturmaksızın hediye verse, ancak bu hediye kendisine sultan nezdinde yardımcı olması için verdiğinde tereddüt olmasa, âlimlerimiz bunda bir sakınca olmadığını söylediler.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Çatışma iddiasını dayanağı şudur. *el-Kunye*'de geçen "Aynı şekilde hâkim de hâkim olmadığı takdirde kendisine hediye vermeyecek olan bir şahıstan hediye kabul edemez." hükmü, bir kişinin kendisine sultan nezdinde yardımcı olması için verilen hediye almasının câiz olmamasını gerektirir. Zira bu meselede ilgili hususun şart menzilesinde olması açısından hâkim meselesiyle müşterektir. Zira nasıl birinci meselede "Eğer hâkim olmasaydı, ona hediye vermezdi." denebiliyorsa, bu meselede de "Eğer yardımcı olmasaydı, ona hediye vermezdi." demek doğru olur. Her iki kitaptaki meselelerin birbiriyle çatıştığı konusunda Şeyh'in ileri sürdüğü itiraz bu şekildedir.

٣. حكم ما دفع إلى القاضي من الهدية

[التسهيل] وفي القنية: لو أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها بعد عدتها فأبت أن يتزوجها فإن شرط في الإنفاق التزوج يرجع بما أنفق وإلا قيل: الأصح أنه لا يرجع، وقيل: الأصح أنه يرجع عليها زوجت نفسها منه أو لا لأنها رشوة وفي الخلاصة لأنه لو علم أنها تأبى إن لم ينفق عليها ٥ كان ذلك بمنزلة الشرط كمستقرض يُهدي للمقرض شيئاً لم يكن يُهدي إليه قبل الإقراض فإنه حرام. وكذا القاضي لا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضياً لا يُهدي إليه ويكون ذلك بمنزلة الشرط.

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذا يخالف ما ذكر في الخلاصة من أنه لو أهدى بلا شرط ولكن يعلم يقينا أنه ليعينه عند السلطان فمشايخنا على أنه لا بأس به. ١٠

[فاضل أمير] نقول: وجه المخالفة أن مقتضى ما في القنية من قوله: «القاضي لا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضياً لا يهدي إليه» أن لا يجوز القبول فيما أهدى ليعينه؛ لأن هذا مشارك لمسألة القاضي في أن يكون بمنزلة الشرط إذ يصدق عليه أنه لو لم يعنه لما أهدى إليه كما قيل ١٥ في الأولى: لو لم يكن قاضياً لما أهدى إليه. هذا تقرير ما أراده بالمخالفة بين ما في الكتابين.

Uzlaştırma amacıyla söylenebilecek en ileri söz, bir kişiye hâkim olduğu için verilen hediye ile meşru bir işe sultan nezdinde yardımcı olması için verilen hediye arasında ayırım yapmaktır. Birinci meselede hediyeyi almak, mutlak olarak helal olmaz. Hediye verilen şahsın hâkim olması, tıpkı sarîh şart gibi, şart menzilesinde bir durumdur. Ama meşru işe sultan nezdinde yardımcı olduğu için hediye almak meselesinde hediye almak, eğer açıkça şart koşulmuşsa helal olmaz. Açıkça şart koşulmadığı takdirde birinci meseledeki gibi şart menzilesinde olmaktan kaynaklanan bir haramlık yoktur. Kuhistânî'nin eserinde yargılama usulü bölümünde yer verdiği tafsilat içerisinde yer alan hükümler, bu hususa işaret eder. Kuhistânî ilgili yerde şöyle demektedir: “Bil ki, verilen hediye ya sevgi kazanma amaçlıdır; bu durumda hediye vermek alan için de veren için de helaldir. Ya da hediye o kişiye sırf hâkim olduğu için verilir. Bu durumda hediye vermek her iki taraf için de haramdır. Veya bir kişi kendi canı ya da malıyla ilgili bir tehlikeyi bertaraf etmek için hediye verir. Bu hediyenin alana haram olduğu konusunda ihtilaf yoktur. Ulemanın çoğuna göre bu durumda olan bir kişinin hediye vermesi helaldir. Ya da bir kişi idareci nezdinde bir işini takip etmesi için bir başkasına hediye verir. Eğer ilgili iş haramsa (meşru değilse) bu durumda hediye vermek her iki taraf için de haramdır. Eğer ilgili iş helalse (meşru ise), hediye almayı açıkça şart koştuğu takdirde o hediye, alana haram olur. Bu durumda olan kişinin hediye vermesi ise bazılarına göre helal, bazılarına göre haramdır. Ancak bu durumda hediye veren kişi iş takipçisini, verdiği hediye mukabili bir müddet ücretle istihdam ederse, bu işlem hediye veren açısından helaldir. Çoğunluğa göre alan açısından da helaldir. Diğer ulemaya göre ise mekruhtur. Rüşvet, mülkiyete intikal etmez. Bundan dolayı rüşveti veren kişi, işi olsa dahi verdiğini geri alabilir. Bu mesele *el-Muğnî*, *en-Nihâye* ve diğer kaynaklarda geçmektedir.

وغاية ما أمكن أن يقال في التوفيق: أن يفرق بين ما دفعه لكونه قاضيا
 وبين ما دفعه ليعينه في أمره الحق عند السلطان بأن أخذ الأول لا يحل
 مطلقا وأن الكينونة فيه بمنزلة الشرط كصريح الشرط وأما الأخذ في صورة
 الإعانة على أمره الحق فإن كان بصريح الشرط لا يحل ولا يحرم بأن يكون
 بمنزلة الشرط ويشير إليه ما اندرج تحت التفصيل الذي ذكره الفاضل ٥
 القهستاني في كتاب القضاء حيث قال: «اعلم أن ما دفع إما للتودد وهو
 حلال من الجانيين وإما لصيرورته قاضيا وهو حرام منهما وإما لخوف على
 نفسه أو ماله وهو حرام على الآخذ بلا خلاف حلال للدافع عند الأكثرين
 وإما ليسوي أمره عند الوالي؛ فإن كان الأمر حراما فحرام على الجانيين
 وإن حلالا فحرام على الآخذ إن اشترط وحلال للدافع عند بعضهم وحرام ١٠
 عند آخرين إلا أن يستأجره مدة معلومة بما يدفع إليه فإنه حلال للدافع
 وكذا للآخذ عند الأكثرين ومكروه عند غيرهم. والرشوة لا تملك ولذا كان
 له الاسترداد ولو صلح أمره كما في المغني والنهاية وغيرهما.

ŞAHİTLİK

1. Şahitlerin Tezkiyesi

[Teshîl] Tezkiye eden, “Falan kişi güvenilirdir; şahitliği geçerlidir.” ifadesini kullanmalıdır. Özellikle ‘şahitliği geçerlidir.’ ifadesi kullanılmalıdır. Çünkü kölenin ve zina iftirası cezasına çarptırıldıktan sonra tövbe eden kişinin, güvenilir oldukları söylenebilirse de şahitlikleri geçerli değildir. En sahih görüşe göre ise ‘güvenilir’ ifadesi yeterlidir. Çünkü asıl olan hür olmaktır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Son gerekçelendirmeye göre, iftira suçundan ceza almış olma şüphesi devam etmektedir. Zira yukarıda geçtiği üzere bu durum güvenilirliğe aykırı değildir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Molla Hüsrev, bu şüpheye ilişkin olarak *ed-Dürer* adlı eserinde Şeyh-i şârih’in izinden giderek şöyle dedi: “*el-Kâfi* adlı eserde şu ifadeler yer almaktadır: ‘Tezkiye eden kişinin ‘Falan güvenilirdir ve şahitliği geçerlidir.’ demesi gerekir. Çünkü kölenin ve zina iftirasından dolayı had cezasına çarptırılmış, sonrasında tevbe etmiş kişinin de güvenilir olması mümkündür. En doğru görüşe göre tezkiye eden kişinin ‘Falan güvenilirdir.’ sözüyle yetinilir. Zira şahitlik yapacak kişinin hür olduğu, dârulislâmda ikamet ettiği için sabittir.” Derim ki; burada bir problem bulunmaktadır. Çünkü zina iftirası cezasına çarptırıldıktan sonra tövbe eden kimse, yukarıda geçtiği üzere, güvenilir olabilir. Dolayısıyla tezkiye edenin ‘Şahitliği geçerlidir.’ ifadesini de söylemesi gerekir... Bu takdirde tezkiye edenin ‘Falan güvenilirdir.’ sözüyle yetinileceği görüşü en doğru (esah) görüş olamaz.”

Bu değerlendirmeye Allâme [İbn Kemâl] *el-Îzâh* adlı eserinde *el-Kâfi* adlı eserin yazarının ‘Hürlük dârulislâmda ikamet sebebiyle sabittir, yani dârulislâmda yaşayanlar için asıl olan hürriyettir.’ sözünü naklettikten sonra şöyle diyerek cevap verdi: Bu söz, ibaresiyle, mezkûr ilkenin köle sebebiyle nakzedilmesine; delâletiyle ise mezkûr ilkenin zina iftirasından ceza almış kişi sebebiyle nakzedilmesine cevap teşkil eder.” Allâme burada *el-Kâfi* adlı eserin yazarının ‘Şahitlik yapacak kişinin hür olduğu, dârulislâmda ikamet ettiği için sabittir.’ sözünün delâlet yoluyla mezkûr ilkenin zina iftirasından ceza almış kişi açısından nakzedilmesine cevap olacağını ileri sürüyor.

كتاب الشهادة

١. حكم الاكتفاء بقول المعدل: هو عدل

[التسهيل] يقول المزكي: هو عدل جائز الشهادة تحرّز نحو القن فإنه والمحدود بقذف إذا تاب قد يعدلان وليسا بأهل للشهادة وكفى قوله: عدل في الأصح لأصالة الحرية ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: قد تبقى شبهة القذف فإنه لا ينافي العدالة.

[فاضل أمير] نقول: قد اقتضى مولانا خسرو في الدرر الشيخ الشارح في هذه الشبهة حيث قال: «قال في الكافي: ثم قيل لا بد أن يقول المعدل: هو عدل جائز الشهادة إذ العبد أو المحدود في القذف إذا تاب قد يعدل والأصح أنه يكتفى بقوله: هو عدل لثبوت الحرية بالدار. أقول: فيه إشكال لأن المحدود في القذف التائب قد يكون عدلا كما ذكره فلا بد من قوله: جائز الشهادة، إلى قوله: فحينئذ لا يكون الاكتفاء بقوله: هو عدل أصح» انتهى.

وقد أجاب عنه العلامة في الإيضاح حيث قال بعد أن نقل قول صاحب الكافي لثبوت الحرية بالدار: «يعني أن الأصل فيمن كان في دار الإسلام الحرية فهو بعبارة جواب عن النقض بالعبد وبدالته عن النقض بالمحدود» انتهى. يريد العلامة أن قول صاحب الكافي لثبوت الحرية بالدار يكون جوابا بالدلالة عن النقض بالمحدود ١٥

Çünkü dâruislâmda ikamet eden kişiler açısından hürriyet asıl olduğu gibi, zina iftirasından dolayı had cezasına çarptırılmamış olmak da asıldır. Böylece *el-Kâfi* yazarının bu sözü “Şahitlik yapacak kişinin zina iftirası haddinden dolayı ceza almamış olduğu, dâruislâmda ikamet ettiği için sabittir.” ifadesine delâlet eder. Bu durumda zina iftirası şüphesi de ortadan kalkar. Zira artık bu hususta zannedildiği gibi bir şüphe ya da müşkil kalmamıştır.

Ancak bu meselede “Şahitlik yapacak kişinin hür olduğu, dâruislâmda ikamet ettiği için sabittir.” sözüyle ilgili de bir problem bulunmaktadır. Bu problem ve cevabı *Tebyînu'l-Hakâik*'te zikredilmiştir. *Tebyînu'l-Hakâik* yazarı, “En doğru görüşe göre tezkiye edenin ‘Falan güvenilirdir.’ sözüyle yetinilir. Zira çağımızda dâruislâmda yetişen bir kişinin hür ve Müslüman olması olağan (zâhir) bir durumdur.” ifadesine yer verdikten sonra “*el-Câmî* adlı eserde zikredilen, ‘İnsanlar hürdür. Ancak şahitlik, had cezaları, kısas ve diyet durumları müstesna! Bu yerlerde zahiren hür olma ihtimaliyle yetinilmez. Bilakis ilgili şahsın durumu soruşturulur.’ hükmü, karşı tarafın kölelik iddiasında bulunarak ta'n ettiği durumlar için geçerlidir.” değerlendirmesinin ardından konuyla ilgili daha fazla açıklama ve tafsilatta bulunmuştur.

2. Şahitlerin Güvenilirliğine Yönelik İddialar

[**Teshîl**] *Şerhu'l-Vikâye* adlı eserde şu ifadeler geçmektedir: “Meselenin şekli şöyledir: Davacı, şahitlerinin güvenilir olduğuna; davalı da cerhe dair beyyine getirirse, eğer cerh mücerret bir cerh ise cerhe ilişkin beyyine dikkate alınmaz. ‘Meselenin şekli şöyledir...’ dememin sebebi, davacı güvenilirliğe ilişkin beyyine getirmemiş olsa, iki kişi de şahitlerin fasık ya da ribâ yiyici olduklarını haber verse, güvenilirlik tespit edilmeden önce hüküm verilmesi câiz olmaz. Özellikle bir kişi şahitlerin fasık olduklarını haber verirse durum böyledir.”

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu ifade tartışmaya açıktır. Çünkü amaç bu tür mücerret cerh içeren şahitliğin, gerek şahitlerin güvenilirliğinin tespiti öncesinde gerekse sonrasında muteber olmadığıdır.

لأن الحرية كما كانت أصلاً فيمن كان في دار الإسلام فكذلك أن لا يكون محدوداً في القذف كان أصلاً فيمن كان في دار الإسلام. فدل هذا اللفظ من صاحب الكافي على أن يقال: ولثبوت عدم المحدودية بالدار فاندفعت شبهة القذف أيضاً وبهذا تم المراد من حيث إنه لم يبق إشكال فيه ولا شبهة كما ظن.

ولكن بقي إشكال آخر في قولهم: لثبوت الحرية بالدار وهو ما ذكره مع جوابه في التبيين بعد أن قال: «والأصح أنه يكتفى بقوله: هو عدل لأن من نشأ في دار الإسلام في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والإسلام بقوله. وما ذكره في الجامع: «أن الناس أحرار إلا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فإنه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسأل عنها» محمول على ما إذا طعن الخصم بالرق» إلى آخر ما نقله -رحمه الله- من البيان والتفصيل.

٢. لا تقبل البينة على الجرح المجرد.

[التسهيل] وفي شرح الوقاية: «صورة المسألة أنه إذا أقام البينة على العدالة فأقام الخصم البينة على الجرح فإن كان الجرح جرحاً مجرداً لا يعتبر بينة الجرح وإنما قلت^١: إن صورة المسألة هذا لأنه لو لم يقيم البينة على العدالة فأخبر مخبر أن الشهود فسقة أو أكلت ربا فإن الحكم لا يجوز قبل ثبوت العدالة لا سيما إذا أخبر مخبر أن الشهود فساق».

[الشيخ بدر الدين] أقول: فيه نظر إذ الغرض أن مثل هذه الشهادة لا تعتبر سواء كان قبل تعديل الشهود أو بعده فلا حاجة إلى ما ذكره من الصورة المقيدة.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in Sadruşşerî'a'ya yönelttiği bu itiraza Molla Hüsrev *ed-Dürer* adlı eserinde cevap vermiş, konuyu ayrıntıyla ele almış hatta Şeyh Bedreddin'i kuru gürültü çıkarmakla itham etmiştir. Ancak meseleye insaf nazarıyla baktığında ve zorlamadan uzaklaştığında bu hususta Şeyh'in haklı olduğuna kesin olarak karar verirsiniz! Şeyh'in buradaki sözleri geçerli ve yaptığı akıl yürütme doğrudur. Bundan dolayı Allâme [İbn Kemâl] *el-Îzâh* adlı eserinde Molla Hüsrev'in söylediklerine de, Sadruşşerî'a'ya hâşiye yazan Yakup Paşa'nın ilgili itiraza cevap olarak söylediklerine de iltifat etmemiş ve kendisi şu değerlendirmeleri yapmıştır: “Cerhe ilişkin beyyinenin dikkate alınmamasının sebebi, cerhin yargı kararı kapsamına girmeyişidir. Beyyine ancak yargı kararı kapsamına giren ve hâkimin yaptırımı bağlayabildiği hususlarda kabul edilir. Bu hususun (cerhe ilişkin beyyinenin) güvenilirliğe ilişkin beyyine getirilmeden önce ya da sonra olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Eğer dersin ki, güvenilir olduklarına ilişkin beyyine getirilmeden önce şahitlerin fasık olduklarının haber verilmesi, hâkimi onların şahitliğini kabulden ve bu doğrultuda hüküm vermekten men etmez mi? Ben de derim ki, evet! Ancak bu onların güvenilirliğine yönelik eleştiri yapıldığı (ta'n) için söz konusu olur. Bunun gerekçesi onları şahitliğin kabulü kategorisinden çıkaran bir hususun ispat edilmesi değildir. Dolayısıyla bu aşamadan sonra güvenilir oldukları ortaya konulsa şahitlikleri kabul edilir. Eğer fasık olduklarına ilişkin şahitlik geçerli olsaydı, şahitlik kategorisinden düşmüş olmaları gerekirdi ve onlar için bir daha güvenilirliğin tespiti (tadîl) imkânı olmazdı.”

Bu ilimde birikim sahibi olan bir kişi rahatlıkla fark eder ki, İbn Kemâl konuyu temellendirirken Şeyh'in yolunu izlemiştir. “Eğer dersin ki” şeklinde formüle ettiği soru, Molla Hüsrev'in cevap olarak ileri sürdüğü değerlendirmenin aynısıdır. Akabinde “Ben derim ki” ifadesinden sonra söyledikleri, Molla Hüsrev'in içerisine düştüğü şüpheyi def etmek içindir. Dolayısıyla şahitlerin, davacının şahitlerinin fasık olduklarına ilişkin mücerret cerh içeren şahitliği de; davalının hâkimden davacının şahitlerini sorgulamasını, onların güvenilirliğinin araştırılmasını istemesi de güvenilirliğin tespiti sonrası onların şahitliğinin kabulü konusunda aynı etkiye sahiptir.

[فاضل أمير] نقول: قد أجاب عن اعتراضه هذا على صدر الشريعة مولانا خسرو في الدرر وبسط الكلام حتى نسب الشيخ إلى التصلف ولكن إذا نظرت فيه بنظر الإنصاف وجانبت عن الاعتساف جزمت بأن الحق مع الشيخ وكلامه هذا وارد ونظره فيه صحيح ولذا لم يلتفت العلامة في الإيضاح إلى ما قاله المولى المذكور ولا إلى ما قاله المولى المحشي يعقوب باشا في معرض الجواب عن ٥ الاعتراض المذكور وقال -رحمه الله تعالى-: إنما لا تقبل البينة على الجرح لأنه لا يدخل تحت الحكم والبينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي إلزامه وهذا لا يختلف بكونه قبل إقامة البينة على العدالة وكونه بعدها. فإن قلت: أليس الخبر عن فسق الشهود قبل إقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضي عن قبول شهادتهم والحكم بها؟ قلت: نعم لكن ذلك للطعن في عدالتهم لا لثبوت أمر يسقطهم عن حيز القبول ولذلك لو عدلوا بعد هذا تقبل شهادتهم ولو كانت الشهادة على فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل، انتهى ما قاله العلامة.

ولا يخفى على الخبير أنه سلك مسلك الشيخ في توجيه المقام وكان ما ذكره قبل قوله: «فإن قلت» تصحيح ما قاله الشيخ وما سأله بقوله: «فإن قلت» إيراد ما قال به المولى خسرو في معرض الجواب. ثم ما ذكره بعد قوله: «قلت» لدفع ما اشتباه على المولى خسرو فكان شهادة الشهود على مجرد فسق شهود المدعي وقول المدعي عليه للقاضي: سل عن شهود المدعي واطلب تركيتهم سواء في قبول شهادتهم بعد التعديل.

3. Şahitlerin Borcun Ödenip Ödenmediğinde İhtilaf Etmesi

[**Teshîl**] İki şahit bin dirhem için şahitlik yapsalar, şahitlerden biri bunun yarısının ödendiğini söylese, şahitlik bin dirhem için geçerli olur. Paranın yarısının ödendiğini bilen şahidin, alacaklı bu kısmı teslim aldığını
5 ikrar etmedikçe, borcun tamamının bin dirhem olduğuna şahitlik etmesi gerekir. Ebû Yûsuf'tan nakledildiğine göre bin dirhem yarısına hük-
molunur. Çünkü şahidin beyanı borcun ancak bu kadar olduğunu ortaya koymaktadır. Şahitlerden biri, "Borçlu bin dirhemi de ödedi." dese, Ebû
10 Yûsuf ve Muhammed'e göre bin dirhem borcun ödenmesi gerektiğine hü-
küm verilir. Çünkü borcun ödenmiş olduğu, tek bir şahidin beyanına da-
yandığı, için sabit olmamıştır. Züfer bu hükme katılmamaktadır. Nitekim
ona göre şahitlerden biri, borcun kalmadığını iddia etmektedir. Diğerinin
tek kalan beyanına dayanarak hüküm verilmez.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu durumda -Ebû Yûsuf'tan da rivâyet
15 edildiği gibi- Züfer'in de borcun yarısının ödendiği ile ilgili meselede mu-
halefetinin olması gerekir. Züfer'in bu meseledeki görüşünün de borcun
yarısının ödendiği ile ilgili meseledeki gibi, Ebû Yûsuf'tan nakledilmiş bir
rivâyet olması gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh şunu demek istiyor: İki şahidin bin dirhem
20 için şahitlik yapıp da bir tanesinin borcun tamamının yani bin dirhem
ödendiğini iddia ettiği meselede Züfer'in muhalefeti vardır. Bize göre le-
hine tanıklık yapılan davacı bin dirhem tamamına hak kazanır; Züfer'e
göre ise kazanamaz. Buna göre iki şahidin bin dirhem için tanıklık yaptığı
ve şahitlerden birinin bunun yarısının ödendiğini ileri sürdüğü mesele-
25 de de Züfer'in muhalefeti olmalıdır. Züfer'in bu meseledeki görüşü, Ebû
Yûsuf'tan gelen bir rivâyette olduğu gibi, davacının bin dirhem yarısı-
na hak kazanacağı şeklinde olmalıdır. Aynı şekilde şahitlerden birinin bin
dirhem tamamının ödendiğini ileri sürdüğü meselede de Ebû Yûsuf'tan
davacının herhangi bir şey alamayacağına ilişkin bir rivâyet olmalıdır.

Şeyh'in "Burada da Ebû Yûsuf'tan nakledilmiş bir rivâyet olması gerekir."
30 dediği hususla ilgili rivâyete ulaştık. Şöyle ki; *Tebyînü'l-Hakâik*'te şu ifadeler
yer almaktadır: "En uygun olan, bu görüşün, birinci meseledeki açıklama-
mız doğrultusunda Ebû Yûsuf'a ait olduğudur. Zira her iki mesele arasın-
daki tek fark şudur: Bu meselede şahitlerden biri borcun tamamının öden-
diğine, birinci meselede ise bir kısmının ödendiğine şahitlik etmektedir."

٣. شهدا بألف وقال أحدهما: قضى نصفه أو كله

[التسهيل] ولو شهدا بألف وقال أحدهما: قضى نصفه أخذ ألفا وينبغي أن لا يشهد حتى يُقرَّ بقبضه، وعن أبي يوسف أخذ نصف الألف إذ حصل كلامه أن لا دين إلا ذاء، ولو قال أحدهما: قضاه أي الألف أمرنا بأخذه إذ قضاؤه لم يثبت لتفرُّد شاهد القضاء، وله^١ زعمه أنه لا شيء عليه فلا حكم بواحد.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا ينبغي أن يكون له خلاف في مسألة النصف أيضا كما روي عن أبي يوسف وينبغي أن يكون قوله هنا رواية عن أبي يوسف أيضا على ما روي عنه في مسألة النصف.

١٠ [فاضل أمير] نقول: يعني أنه لما كان لزفر خلاف فيما شهدا بألف وقال أحدهما: قضاه أي الألف كله حيث قلنا: يأخذ المشهود له الألف. وقال زفر: لا يأخذه ينبغي أن يكون له خلاف فيما شهدا بألف وقال أحدهما قضى نصفه ويكون قوله فيها كما قال أبو يوسف في رواية عنه أن يأخذ المدعي نصف الألف وكذا ينبغي أن يكون رواية أن لا يأخذ شيئا عن أبي يوسف في قول أحد الشاهدين قضى الألف.

١٥ فنحن قد ظفرنا بما قال: «ينبغي أن يكون هنا رواية عن أبي يوسف أيضا» إذ قال في التبيين: «والأشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف على ما ذكرنا في المسألة الأولى إذ لا فرق بين المسألتين إلا من حيث إن أحد الشاهدين شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الأولى بقضاء البعض.

4. Şahitlerin Beyanındaki Çelişkinin Akdin İspatına Etkisi

[**Teshîl**] Bir şahit nikâhın bin dirhem mehir karşılığında, diğeri ise bin beş yüz dirhem mehir karşılığında yapıldığına şahitlik etse, Ebû Hanîfe'ye göre şahitlik bin dirhem için geçerli kabul edilir. Çünkü mehir tamamlayıcı bir unsur olup şahitlerin bu hususta ihtilaf etmesi dikkate alınmaz. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise -satım akdinde ve kitabet akdinde olduğu gibi- bu şahitlik reddedilir. İddia edenin satıcı, kölenin efendisi, alıcı ya da mükâteb köle olması arasında fark yoktur. Muhâlea, mal karşılığı azat etme, rehin ve kısas talebinden vazgeçme karşılığı yapılan sulh da aynı kapsamdadır. Burada da iddia edenin kadın, köle, rehin veren veya katil olması sonucu etkilemez. Çünkü bu işlemlerde maksat akdi ispat etmektir. Birbirinden farklı iki akit yapılmış olduğu izlenimini vereceği için, şahitlerin beyanlarındaki çelişkiyle akit ispat edilemez. Bu akitlerde karşı tarafta olanlar (koca, efendi, rehin alan, maktûlün velisi) iddiada bulunursa mesele borç davası gibi olur. Yani Ebû Hanîfe'ye göre şahitlerin beyanı lafız açısından uyuşmuyorsa kabul edilmez. Eğer uyuşuyorsa davacı daha azını iddia ettiğinde şahidin daha fazlasını öngören şahitliği kabul edilmez. Davacı daha fazlasını iddia ediyorsa şahidin daha azını öngören şahitliği kabul edilir. Mesela talâk ve azat etme işlemlerini ele alalım. Eğer bu işlemler koca ya da efendinin ikrarı ile sabit olmuşsa, onların salt mal davasında oldukları açığa çıkar. Davacı bin beş yüz dirhem iddia etmektedir. Şahitlik neticesinde bin dirhem hakkı olduğuna karar verilmiştir. Çünkü iki şahidin beyanı da bu miktar üzerinde uyuşmaktadır. Diğer işlemlerde de böyledir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu açıklama ile Sadruşşerîa'nın *Şerhu'l-Vikâye*'de gündeme getirdiği itirazın cevabı ortaya çıkmış olmaktadır. Şöyle diyordu: "Bu işlemlerin borç davası gibi olmadıkları söylenebilir. Çünkü borç, borçlunun ikrarı ile sabit olur. Borçlu, şahitlerden birinin yanında bin dirhem, diğerinin yanında daha fazla ikrarda bulunmuş olabilir. Borcun aslının bin dirhemden fazla olması da mümkündür. Şahitlerden birinin yanında binden fazla olan kısmın ödenmiş veya ibrâ edilmiş olması ve diğer şahidin bu işleme muttali olmamış olması da mümkündür. Bu ikisinin arasını bulmak mümkündür. Burada ise mal akde bağlı olarak sabit olmuştur. Bin dirhem karşılığı yapılan akit ile daha fazlası için yapılan akit farklıdır. Dolayısıyla her bir tarafın bir tane şahidi bulunmaktadır. Bu şahitlik de karşı tarafın iddia etmesi durumundaki gibi, kabul edilmemelidir."

٤ . اختلاف الشاهدين في مقدار المشهود عليه

[التسهيل] ولو شهد أحدهما بنكاح بألف والآخر بألف ومائة فهي تقبل بألف عند أبي حنيفة إذ المهر تابع فلا عبرة باختلافهما فيه، ردّها كبيع وكتابة سواء ادعى البائع والمولى أو المشتري والعبد المكاتبُ يماثلهما خلع وعتق بمال ورهن وصلح عن قَوْدٍ لو ادعى امرأة وقن وراهن وقاتل؛ إذ الغرض العقد ٥ فلا يثبت باختلافهما لتغاير العقد. ولو ادعى الآخر يصير كدعوى الدين أي إن كان الشاهدان مختلفين لفظاً لا تقبل عند أبي حنيفة وإن كانا متفقين فإن ادعى المدعي الأقل لا تقبل شهادة الشاهد بالأكثر وإن ادعى الأكثر تقبل على الأقل إذ الطلاق أو العتق مثلاً إذا ثبت بإقرار الزوج والمولى ثبت منهما مجرد دعوى المال وهو يدعي ألفاً وخمسمائة فيقضى له عند الشهادة بالألف لاتفاق ١٠ الشاهدين عليه وكذا في البواقي.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ظهر به جوابٌ ما اعترض به صدرُ الشريعة في شرح الوقاية قال: «لقائل أن يقول: ليس هذا كدعوى الدين إذ الدين يثبت بإقرار المديون فيمكن أن يُقرَّ عند أحدِ الشاهدين بألفٍ وعند الآخر بأكثر ١٥ ويمكنُ أيضاً أن يكونَ أصلُ الحقِّ هو الأكثرُ لكنه قضى الزائد على الألف أو أبرأ عنه عند أحدِ الشاهدين دون الآخر فالتوفيقُ بينهما ممكنٌ أما ههنا فالمال يثبت بتبعية العقد والعقد بألفٍ غيرُ عقدٍ بالأكثر فبقي على كلِّ واحدٍ شهادة فَرَدٍ فلا تقبل كما في الطرف الآخر» .

Derim ki: Mesela koca, karısı ile muhâlea yaptığını iddia etse, karısı bu iddiayı kabul etmese kadının sözü geçerlidir. Bu durumda kocanın ikrarı nedeniyle kadın boşanmış kabul edilir. Çünkü koca boşamayı ikrar etmekte, akabinde de bedel iddiasında bulunmaktadır. Kadın da bu iddiayı reddetmektedir. Kadının sözü geçerlidir. Azat etme işlemi de böyledir. Ben konuyu *Câmi'ul-Fusûleyn*'de böyle açıkladım. Azat etme ve boşama her durumda sabit olduğuna göre geriye sadece mal konusunda anlaşmazlık kalmaktadır. Bu konu akitten bağımsız ele alınır. Beyyine, akitten bağımsız yalnızca mal için getirilir. Çünkü talep edilen şey artık akit değil, maldır. Böylece mezkûr itiraz cevaplanmış olur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Burada Sadruşşerîa'nın itirazına cevap olarak zikrettiği hususlar, Şeyh Bedreddîn'den önceki ve sonraki meşâyihin verdiği cevaplar kapsamındadır. Hatta Molla Hüsrev *ed-Dürer*'de, bu itiraza verdiği cevabı 'müşebbehin (benzetilen/fer'), müşebbeh_bihle (kendisine benzetilen/asıl) her bakımdan aynı hükmü taşımasının zorunlu olmadığı' kuralına dayandırmış, sonra da önceki âlimlerin verdiği cevabı zikretmiştir. Bu konuda verdikleri cevabın özeti şudur: Akdin ispatı için beyyineye ihtiyaç duyulmadığına, bilakis akit hâkim huzurunda ikrarda bulunan kişinin ikrarıyla sabit olduğuna göre artık akit bir yana bırakılmıştır. Bundan sonra davanın amacı, davalının zimmetinde mali alacağın ispatı olmuştur. Dolayısıyla bunun hükmü, alacak davasının hükmü gibidir.

5. Davalının Teşhisi

[**Teshîl**] Bir kişinin tarif edilmesi, genel nisbet ile değil özel bir nisbet ile gerçekleşir. Eğer davalının dedesi zikredilmemişse, [hiç değilse] küçük sikke (yerleşim yeri) veya boya yani özel kabileye nispet edilmelidir. Çünkü aidiyetin tam olarak belirlenmesi ve şahitliğin kabulü için bu şarttır. Bu hüküm Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göredir. Ebû Yûsuf bu konuda farklı düşünülmektedir. Ona göre dedenin zikredilmesi şart olmadığı için bunun yerini tutan sikke ve boyun zikredilmesi de şart değildir. Bil ki bu hüküm Arapları ilgilendirmektedir. Arap olmayanlarda 'boy'un zikredilmesi şart değildir. Çünkü Arap olmayanlar soylarını zayı etmişlerdir. Arap olmayanlarda meslek grubunun zikredilmesi, dedenin zikredilmesinin yerini tutar.

فأقول: مثلاً إذا ادعى خُلَعَهَا وهي تنكّر فالقول لها وتطلق بإقرار الزوج لأنه أقرّ بطلاقٍ ثم ادعى البدل وهي تنكّر فالقول لها وكذا العتق كذا ذكرته في جامع الفصولين فإذا ثبت العتق والطلاق على كلّ حال بقي النزاع في المال المجرد فُطِعَ النظر عن العقد فكأن البينة قامت على المال المجرد عن العقد إذ المطلوب حينئذ هو المال لا العقد فيندفع الاعتراض المذكور. ٥

[فاضل أمير] نقول: ما ذكره هنا جواباً عن اعتراض صدر الشريعة مما ذكره المشايخ قبل هذا الشيخ وبعده حتى بنى الجواب عنه المولى خسرو في الدرر على أن المشبه لا يجب أن يكون في حكم المشبه به من جميع الوجوه ثم ذكر جوابه الذي قال به السلف. وخلاصة ما قالوا فيه هو: إن العقد إذا كان بحيث لا يحتاج في إثباته إلى البينة بل يثبت عند القاضي بإقرار المقر يكون مفروغاً عنه ويصير الغرض إثبات المال في ذمة المدعى عليه فيكون حكمه حكم دعوى الدين. ١٠

٥. الشرط في التعريف ذكر الجد أو ما يقوم مقامه.

[التسهيل] فإذا لم يذكر الجد فلا بد من أن ينسب إلى السكة الصغيرة أو إلى الفخذ أي القبيلة الخاصّة ليتمّ النسبة وتقبّل الشهادة عندهما خلافاً لأبي يوسف فإن ذكر الجد لا يشترط عنده فلا يشترط ما يقوم مقامه من ذكر السكّة والفخذ ثم اعلم أن هذا في العرب أما في العجم فلا يشترط ذكر الفخذ لأنهم ضيّعوا أنسابهم بل ذكر الصناعة يقوم مقام ذكر الجد. ١٥

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Dedenin zikredilmesiyle hedeflenen şey tanıtılmaktır. Tanıtma işlemi Acemlerde de dedenin zikredilmesiyle gerçekleşir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Muteber kaynakların ibarelerinden anlaşıldığına göre Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre tarifi gerçekleşmesi için dedenin zikredilmesi mutlak bir şarttır; yani hem Araplarda hem Acemlerde böyledir. Dede zikredilmediği takdirde Araplarda boyun zikredilmesi Arap olmayanlarda ise meslek grubunun zikredilmesi, dedenin zikredilmesinin yerine geçer. Bu husus ortaya konulduğuna göre, eğer Şeyh "Tarif işlemi Arap olmayanlarda da dedenin zikredilmesiyle gerçekleşir." sözüyle, imamlarımızın görüşünü açıklamayı kastetmişse bu ifade şüphesiz doğrudur. Ancak onların tanıtma işleminin Arap olmayanlarda dedenin zikredilmesiyle gerçekleşeceğini kabul etmediklerini sanarak onlara itiraz için bu ifadeyi kullanmışsa yanlıştır.

6. Muhsanlık Şart mıdır; Alamet midir?

[Teshîl] Bize göre birinin muhsanlığına dair şahitlik edenlerin tazmin yükümlülüğü yoktur. Çünkü muhsanlık, hükmün muarrifi olduğundan şart ya da illet değil alamet olur.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Zina ile ilgili bölümde muhsanlığın Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre şart olduğu açıklanmıştı. Burada ise muhsanlığın şart değil alamet olduğu söylenmektedir. Burada bir çelişki var.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: O bölümde *et-Tabkik*'ten muhsanlığın bazılarında göre şart, bazılarında göre ise alâmet olduğunu nakletmiştik. Bu nakille, Şeyh'in iki görüş arasında aykırılık olduğuna ilişkin vehmi bertaraf edilmiş olur.

7. Asıl ve Fer'î Şahitlerin Tazmin Yükümlülüğü

[Teshîl] Bir mal hakkında iki şahit, iki şahidin şahitliğine; farklı iki şahit de dört şahidin şahitliğine ilişkin şahitlik yapsalar; bilahare şahitlikten dönseler, Ebû Yûsuf'a göre ilk fer'î şahitler malın üçte birini, ikinci fer'î şahitler de üçte ikisini tazmin eder. Çünkü her grup, hüküm itibarıyla aslı gibi değerlendirilir. Muhammed'e göre ise her grup malın yarısını tazmin eder. Çünkü hüküm fer'î şahitlerle verilmiştir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: المراد بذكر الجد هو التعريف وقد يحصل التعريف في العجم بذكر الجد أيضا.

[فاضل أمير] نقول: المستفاد من عبارات المعتمرات هو أن الشرط في التعريف هو ذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد مطلقا يعني في العرب وفي العجم وإذا لم يذكر الجد ففي العرب يقوم ذكر الفخذ مقام الجد وفي العجم يقوم ذكر الصناعة مقام الجد إذا تقرر هذا فقول الشيخ: «وقد يحصل التعريف في العجم بذكر الجد أيضا» إن أراد به بيان ما قال فيه أئمتنا فهو صحيح لا غبار فيه وإن أراد به الاعتراض عليهم على زعم أنهم ليسوا بقائلين بالتعريف بذكر الجد في العجم فليس بصحيح.

٦. إطلاق الشرط والعلامة للإحصان.

[التسهيل] وما ضَمْنَا شهود الإحصانِ لأن الإحصان معرّف للحكم فكان علامة لا شرطا وعلّة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: بين في باب الزنا أنه شرط عند أبي يوسف ومحمد فينبه وما ذكر هنا من أنه علامة لا شرط منافاة.

[فاضل أمير] نقول: بما نقلناه من التحقيق هناك من كون الإحصان شرطا عند البعض وعلامة عند الآخرين^١ يندفع ما توهمه من المنافاة بين القولين.

٧. كون رجوع الأصل سببا للضمان وعدمه.

[التسهيل] ولو شهدا على شهادة اثنين وآخران على أربعة بمالٍ فرجعوا يغرّم أبو يوسف الأولين ثلثه والآخرين ثلثيه إذ كل فريق كأصله في الحكم، نصّفه محمد إذ الحكم بالفروع

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Muhammed burada asıl şahitlere değil, fer'î şahitlere itibar etti. Daha önce ise rüçû durumunda her iki gruba da itibar ederek, hüküm her iki grubun şahitliğine dayandığı için davalının tazmin ettirme konusunda muhayyer olacağını ileri sürmüştü.

5 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu ifadeyle Şeyh, Muhammed'e itiraz etmektedir. Ancak bu itirazın haklı bir gerekçesi yoktur. Zira asıl şahitlerin rüçû etmesini tazmin sebebi yapmak ve rüçû ettiklerinde onların sayısına itibar etmek, yalnızca fer'î şahitler rüçû ettiğinde onların tazmin yükümlülüğünde asıl şahitlerin sayısına itibar etmeyi gerektirmez. Aksi takdirde bu kuralın Ebû Yûsuf aleyhine de işlenmesi gerekirdi. Zira o asıl ve fer'î şahitler beraber rüçû ettiğinde asıl şahitleri kesinlikle dikkate almamaktadır. Nitekim bu husus *et-Teshîl*'de önceki meselede geçmiş ve "Hem asıl hem de fer'î şahitlerin rüçû etmesi durumunda, fer'î şahitler tazminat öder." denilmişti. Ancak bu meselede, fer'î şahitlerin tazmin yükümlülüğünü belirlerken asıl şahitlerin sayısına itibar etmiştir.

8. Tarafların Beyanlarındaki Çelişki

[Teshîl] Bir kimse birinin câriyesini satın aldığını iddia etse, o şahıs sattığını inkâr etse; müşteri satın aldığına dair beyine getirse ve bu arada câriyede bir kusur olduğunu farketse, buna mukabil satıcı da satımın her türlü ayıptan berî olmak şartıyla yapıldığına beyine getirse, satıcının beyinesi kabul edilmez. Çünkü satım olmaksızın, ayıptan berî olmak muhaldir. Ebû Yûsuf'a göre ise daha önce vekil konusunda geçtiği üzere bu beyine kabul edilir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Züfer hariç bize göre her durumda satıcının beyinesinin kabul edilmesi gerekir. Zira satıcı, davacının satın almaya ilişkin beyinesi sebebiyle şer'an tezkîp edilmiş durumuna düşmüş, inkârı da yok hükmüne geçmiştir. Sonuçta bu mesele kefâletle ilgili şu mesele gibi olmuştur: Bir şahıs gâip olan bir kişide bin dirhem alacağı olduğuna ve falan kişinin borçlunun emriyle onun namına kefil olduğuna beyine getirse, kefil kefilliği inkâr etmiş olsa dahi gâip olan borçluya rüçû edebilir. Çünkü kefil inkârı hususunda şer'an tezkîp edilmiştir. Bu inkâr yok hükmünde kabul edilir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: اعتبر محمد هنا الفروع لا الأصول واعتبرهما في رجوعهما كما مر من أنه يضمن أيهما شاء لحكم بهما.

[فاضل أمير] نقول: كأن هذا اعتراض منه على محمد ولكن لا يرى له وجه ظاهر إذ لا يلزم من جعل رجوع الأصل سببا للضمان واعتبار الأصول حين رجوعهم اعتبار عددهم في تضمين الفروع حين رجوع الفروع فقط وإلا للزم ٥ على أبي يوسف أنه لم يعتبر الأصول قطعا وقت رجوع الأصول والفروع كما في المسألة المتقدمة وهي قوله: ولو رجع الأصول والفروع ضمن الفروع فقط إلى آخره واعتبر هنا في تضمين الفروع عدد أصولهم.

٨. ضابط فيمن لحق إنكاره بالعدم بأن صار مكذبا شرعا.

[التسهيل] ولو ادعى شراء أمته وأنكر البيع فبرهن عليه المشتري فوجد عيبا ١٠ فبرهنَ البائع أنه برئ من كل عيب لم تقبل بيئته إذ البراءة بلا بيع محال، وعن أبي يوسف تقبل لما مر من الوكيل.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن تقبل بيئته في الكل عندنا قولاً واحداً خلافاً لزرّ لأنه صار مكذبا شرعاً بينة المدعي فلحق بالعدم فصار كما مر في الكفالة ١٥ من أن رجلاً برهن أن له على الغائب ألفاً وهذا كفيلاً عنه بأمره إلخ يرجع الكفيل على الغائب وإن أنكر الكفالة أصلاً لأنه صار مكذباً شرعاً في إنكاره فلحق بالعدم،

Buna “Oradaki hüküm rüçû ile ilgilidir. İlgili şahsın kefil olduğuna dair ikinci defa beyyine getirmeye gerek yoktur. Zira bu daha önce sabit olmuştur. Burada ise satın almaya hüküm vermek, ayıptan sorumsuz olma şartı hakkında hüküm vermek değildir. Bunun için ayrı bir dava gereklidir. Tenakuz ise bu iddiayı iptal eder. Bu iki mesele farklıdır.” denilerek cevap verilecek olursa derim ki: Buradaki değerlendirme inkârın, şer’an tekzip edildiği için, yok hükmünde sayılmasıyla ilgilidir. Bu durumda tenakuz olmadığı için davanın geçerli olması gerekir. İlgili mesele, inkâr hiç gerçekleşmemiş gibi değerlendirilir.

10 [Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh ‘her durumda’ sözüyle şu meseleleri kastetmektedir: “Bir kimse diğeri hakkında mal iddiasında bulunsa, o şahıs da ‘Benim sana hiçbir borcum yoktur.’ dese, iddia eden beyyine getirirse, diğeri de borcu ödediğine veya ibrâ edildiğine dair beyyine getirirse...” meselesi. Yukarıdaki meselenin aynısı olup, “Benim sana hiçbir borcum yoktur.” beyanına, “Seni tanımıyorum.” ifadesinin eklendiği mesele. “Bir kimse diğeri için beyyine getirirse ve câriyenin ayıplı olduğunu tespit etse, satıcı da satımın her türlü ayıptan sorumlu olmamak şartı ile yapıldığına beyyine getirirse...” meselesi. Kitabımı inceleyen bir kişinin açıkça fark edeceği üzere Şeyh, “Buradaki değerlendirme, inkârın, şer’an tekzip edildiği için, yok hükmünde sayılmasıyla ilgilidir.” ifadesinde dile getirilen problemi kefâlet bölümünde, “Eğer denirse ki, inkârın şer’an tekzip edildiği için yok hükmünde sayılacağına ilişkin değerlendirme...” sözüyle ortaya atmıştır. Orada da şu cevabı vermiştir: “İnkâr, tamamen yok hükmünde sayılmaz. Bilakis bir açıdan yok hükmünde sayılır. Bu durumda her iki vecihle amel edilir. Davaya ihtiyaç duyulan hususta inkâr mevcut kabul edilir ve tenakuzdan dolayı dava dinlenmez. Ayıptan berî olmaya ilişkin davada durum budur. Davaya ihtiyaç duyulmayan hususta ise inkâr yok hükmünde sayılır. Kefâletten dönme meselesinde durum böyledir.” Şeyh’in kefâlet bölümünde anlattıkları burada sona erdi. Herhalde Şeyh, daha önce yaptığını unutarak orada bertaraf edilmiş problemi burada zikretti.

فإن أجيب بأن الحكم ثمة حكم بالرجوع فلا حاجة إلى إقامة البينة ثانياً على كفالته لثبوتها أولاً وهنا الحكم بالشراء ليس بحكم بالبراءة فلا بد لها من الدعوى فيبطلها التناقض فافترقا. أقول: الكلام في لحوق الإنكار بالعدم بكونه مكذباً شرعاً فحيثد ينبغي أن يصح الدعوى لعدم التناقض كما إذا لم ينكر.

٥ [فاضل أمير] نقول: أراد بالكل ما ادعى عليه مالا فقال ليس أو ما كان لك علي شيء قط فبرهن وهو برهن على قضاء أو أبرأ ما زاد على قوله ما كان لك علي شيء قط قوله ولا أعرفك والباقي على حاله وما ادعى شراء أمة وأنكر البيع فبرهن عليه المشتري فوجد عيباً فبرهن البائع أنه برئ من كل عيب. ولا يخفى على الناظر في كتابه أن الشيخ قد أورد هذا الإشكال المذكور بقوله: الكلام في لحوق الإنكار بالعدم بكونه مكذباً شرعاً إلى آخره في كتاب الكفالة بأن قال: ١٠ فإن قيل الكلام في أن الإنكار يصير كالعدم بالتكذيب شرعاً إلى آخره. أجب عنه بقوله: لم يصير الإنكار معدوماً بالكلية بل صار معدوماً من وجه فعمل بالوجهين فاعتبر وجوده فيما يحتاج إلى الدعوى فلم يسمع للتناقض كما في دعوى البراءة واعتبر عدمه فيما لا يحتاج إلى الدعوى كما في الرجوع في مسألة الكفالة» انتهى ما ذكره في كتاب الكفالة فلعل أنه قد نسي ما قدمت يده فذكر ١٥ الإشكال المدفوع هنا.

DAVA

1. Hırsıza Yemin Ettirilmesi

[**Teshîl**] Had cezalarında ve liânda yeminin söz konusu olmadığına ittifak vardır. Ebû Hanîfe'ye göre nikâh, rec'at, îlâdan dönme (fey'), câriyeden çocuk sahibi olma (istilâd), kölelik ve velâ davalarında da aynı hükmü geçerlidir. Zira Ebû Hanîfe, yeminden kaçınmayı 'bezl' olarak değerlendirmektedir. Söz konusu hususlarda ise bu câiz değildir. Ebû Yûsuf ve Muhammed ve diğer üç imama göre ise yeminden kaçınmak 'bezl' değil, şüphe taşıyan bir ikrardır. Bundan dolayı ilgili eylem, tasarruf izni verilen köle (me'zûn) ve mükâteb köle tarafından yapıldığında da geçerli kabul edilir. Fetvaya esas olan görüş budur. Hırsızlık olayında ise hırsıza yemin ettirilir. Şayet hırsız yeminden kaçınırsa malı tazmin eder ve eli kesilmez.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Yeminden kaçınmayı 'bezl' saydığına göre Ebû Hanîfe'ye göre yeminden kaçınması durumunda elinin kesilmesi de sahih olmalıdır. Nitekim organların kisasında böyledir. Buna "Hırsız malı tazmin ettiğinden dolayı eli kesilmez; çünkü tazmin ve el kesme aynı olayda uygulanmaz." cevabı verilemez. Zira biz diyoruz ki: Yeminden kaçınma, organın kisasında şüphe taşımayan bir delil olarak kabul edildiğine göre hırsızlıkta da aynı şekilde değerlendirilmeli ve hırsız yeminden kaçındığında eli kesilmelidir. Mal mevcutsa iade edilmelidir; mevcut değilse tazmin söz konusu olmaz. Böylece el kesme ile tazmin bir araya gelmemiş olur. Özetle organ kesilmesi meselesindeki yeminden kaçınma ile hırsızlık meselesindeki yeminden kaçınma el kesmeyi gerektirip gerektirmeme hususunda aynı hükme tabi olmalıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Fukahamız şu hususu açıkça belirtmiştir: Hırsızlık olayında eğer davacı yemin teklif etmek isterse, el kesme için değil malın tazmini için yemin teklif edebilir. Davacıya denir ki: "Hırsızlıktan bahsetmeyi bırak! Malının alındığını iddia et. Böylece davalıya karşı yemin teklif etme hakkın olur." Böylece Şeyh'in "...yeminden kaçınması durumunda elinin kesilmesi de sahih olmalıdır." itirazı bertaraf edilmiş olmaktadır. Zira mal için yemin etmekten kaçınmak, nasıl olur da elin kesilmesini gerektirir? Zira davacı el kesme için yemin teklif etmemiştir.

كتاب الدعوى

١. تحليف السارق

[التسهيل] ولا يمينَ في حدِّ ولعانٍ وفاقاً وكذا في نكاحٍ ورَجعةٍ وفيءٍ وولادٍ وورقٍ وولاءٍ عند أبي حنيفة إذ النكولُ بذلٌّ عنده فلم يجز فيها، لهما ولهم أنه إقرارٌ فيه شبهةٌ لا بذلٌّ ولذا يعتبر من مأذونٍ ومكاتبٍ وبه يفتى. يحلُّف السارق ٥ فلو نكل ضمن ولم يُقطع.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يصح قطعه عند أبي حنيفة لأنه بذل كما في قود الطرف ولا يجاب بأنه لما ضمن سقط القطع لأنه لا يجتمع مع الضمان إلى قوله: والحاصل: أن النكول في قطع الطرف والنكول في السرقة ينبغي أن يتحدا في إيجاب القكع وعدمه. ١٠

[فاضل أمير] نقول: قد صرحوا بأن في السرقة إن أراد المدعي أن يحلف يحلف لأجل المال لا للقطع ويقال له «دع ذكر السرقة وادع تناول مالك» فيكون لك عليه يمين وبه يندفع ما قال: ينبغي أن يصح قطع اليد إذا نكل السارق عن اليمين لأن بالنكول عن يمين المال كيف يلزم القطع وهو ما استحلف للقطع

Şeyh'in bu meseleyi organların kısası meselesine benzetmesi de doğru değildir. Zira organların kısas edilmesi meselesinde kul hakkı vardır, hatta usûl âlimlerinin dediğine göre kul hakkı baskındır. Hırsızlık suçunda el kesme ise saf Allah hakkı olan bir müeyyidedir. Saf Allah hakkı olan müeyyideler şüpheye düşer, kulun hakkının galip olduğu müeyyideler ise düşmez. Bu nedenle hırsızlıktaki el kesmenin, organ kısası için uygulanan kesme işlemine kıyas edilmesi sahih değildir. Bu iki mesele arasındaki farkı göstermek üzere *Bedâi'ü's-Sanâi'*'de yer alan şu ifadelere yer verebiliriz: "Hırsızlık davasında, davalıya mal için yemin teklif edilip de yeminden kaçınsa, elin kesilmesine değil malın ödenmesine hüküm verilir. Zira yeminden kaçınma halis hadlerde değil, mal davalarında hüccettir." Kul hakkı ile Allah hakkı arasında bir yönden daha ayırım yapılır: Kula kendi has hakkı olan veya kendi hakkının galip olduğu hususları ıskât edebilir. Ancak Allah hakkı olan hususları ıskât edemez. İsterse o hususta kendi hakkı da bulunsun, hüküm aynıdır. Mesela iddet bekleme yükümlülüğü, Allah'ın hakkını içerdiği için, kocanın ıskât etmesiyle düşmez. Konu, *el-Esrâr*'dan ve *el-Mebsût*'un 'zikredilen delillerle sabit olan durumlar' bölümünden naklen *et-Tabkik*'te böyle açıklanmıştır.

2. Malın Bir Kısımının Helakinden Sonra Satıcı ve Müşterinin İhtilafı

[**Teshîl**] Bil ki; Ebû Yûsuf'un bu meselede 'yeminleşme' ile neyi kastettiğinin açıklanması konusunda ihtilaf edilmiştir. Bazılarına göre satım bedelinin her iki tarafın iddiasına göre bütüne olan oranı tespit edilir. Mesela mevcut kısmın hissesi satıcının iddiasına göre bin dirhem, alıcının iddiasına göre beş yüz dirhem ise müşteri "Allah'a ant olsun ki bin dirheme almadım!", satıcı ise "Allah'a ant olsun ki beş yüz dirheme satmadım!" diye yemin eder. Ancak bu açıklamayı şu açıdan zayıf gördüler: Bir kimse aynı değerde iki malı iki bin dirheme alsa, bunlardan birisini bin dirheme almadığına dair yemin etse sözü tasdik edilir. Aynı durum satıcı için de söz konusudur. Bu durumda bu işlemle amaçlanan 'yeminden kaçınma' durumu gerçekleşmez. Sahih olan, müşterinin "İkisini iki bin dirheme almadım.", satıcının da "İkisini bin dirheme satmadım." şeklinde yemin etmesidir. Karşılıklı yeminleşirlerse, malın mevcut kısmı için akit feshedilir. Müşteri de kendi ikrar ettiği semen üzerinden helak olan kısmın hissesini öder. Bu hususta birinci yemin yeterlidir. Çünkü iki malın bedelinin iki bin dirhem olmadığına yemin edince, helak olan kısmın payının da bin dirhem olmadığına yemin etmiş olur. Helak olan kısımda müşterinin beyanı muteberdir.

وتنظيره بقود الطرف ليس بصحيح لأن قود الطرف فيه حق العبد بل هو الغالب فيه يدل عليه ما ذكره أئمة الأصول وأما القطع في السرقة فهو خالص حق الله وخالص حقه يسقط^١ بشبهة لا ما غلب فيه حق العبد فلا يصح قياس القطع في السرقة على القطع في قود الطرف ومما يدل على الفرق بينهما ما في البدائع من قوله: «وأما في دعوى السرقة إذا حلف على أخذ المال ونكل يقضى بالمال لا ٥ بالقطع لأن النكول حجة في الأموال دون الحدود الخالصة» انتهى. ويفرق بين حق الله وحق العبد من وجه آخر وهو أن العبد إنما يملك إسقاط ما يتمحض حقا له أو ما غلب فيه حقه وأما ما هو حق الله تعالى فلا يملك العبد إسقاطه وإن كان فيه له حق كالعدة فإنها لا تسقط بإسقاط الزوج لما فيها من حق الله ١٠ تعالى كذا في التحقيق نقلا من الأسرار والمبسوط في فصل: ثم جملة ما يثبت بالحجج التي مر ذكرها.

٢. اختلاف البائع والمشتري بعد هلاك بعض المبيع

[التسهيل] اعلم أنهم اختلفوا في تفسير التحالف على قول أبي يوسف وقال البعض: يقسم الثمن على زعم كلٍّ منهما على قيمة الكل فما يختص القائم ألف ١٥ مثلا على زعم البائع وخمسائة على زعم المشتري فيحلف: بالله ما اشتريته بألف، ويحلف البائع: بالله ما بعته بخمسمائة. وزيّفوه بأن من اشترى شيئين بألفي درهم وقيمتها سواء يصدّق في يمينه أنه ما اشترى أحدهما بألف وكذا البائع فيفوت النكول وهو المقصود، وقالوا: والصحيح أن يحلف المشتري ما اشترىتهما بألفين والبائع ما بعتهما بألف فلو تحالفا يفسخ القائم ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي أقرّ به المشتري وكفى اليمين الأول لأنه لما حلف أن ثمنها ليس بألفين ٢٠ فكان حالفا أن حصة الهالك ليست بألف والقول قوله في الهالك.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Mevcut kısım için müstakil yeminleşme yapılırsa ve satıcı onun hissesinin beş yüz dirhem olmadığına, alıcı da bin dirhem olmadığına yemin etse prosedür tamamlanır ve malın bir kısmına yemin edilmesiyle ilgili ileri sürülen mülahazalar da geçerli olmaz. Yeminleşme de malın tamamı için yapılmış olmaz. Çünkü Ebû Yûsuf, helak olan kısım için değil, mevcut kısım için yeminleşme yapılacağı görüşündedir. Bizim dediğimiz işlem de bu şekildedir. Onların benimsediği ve sahih olduğunu söylediği durum böyle değildir. Çünkü onlar malın tamamı için yemin edilmesini ve akdin malın bir kısmı için feshedilmesini öngörmüşlerdir. Ebû Yûsuf'un sözünden anlaşıldığına göre fesih de yeminleşme de malın bir kısmı için geçerlidir. Bizim benimsediğimiz görüş daha uygundur.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in iddiasının özeti şudur: "Ebû Yûsuf'un yeminleşme konusundaki görüşünü açıklarken meşâyih iki gruba ayrılmıştır. İkinci grup, birinci grubun yeminleşme ile ilgili açıklamalarını tezyif etmiş, ikinci grup da yeminleşmeyi 'malın tamamı için, yani hem mevcut olan hem helak olan kısım için öngörmeleri sebebiyle' Ebû Yûsuf'un görüşüne uygun şekilde yorumlayamamışlardır. Hâlbuki Ebû Yûsuf'un görüşüne göre yeminleşme mevcut kısım için olmalıdır. Nitekim fesih de bu kısım için söz konusudur. Yeminleşmenin anlamı konusunda benim tercih ettiğim açıklama, her iki gruba yöneltelen eleştirilerden uzak ve Ebû Yûsuf'un görüşüne en uygun olan açıklamadır." Şeyh'in iddiası bu şekildedir. Ancak bu iddia, Ebû Yûsuf'un konuyla ilgili tek bir görüşü olduğu varsayımına dayanmaktadır. Hâlbuki durum böyle değildir. Ebû Yûsuf'un bu konuyla ilgili sahih görüşü, Şeyh'in benimsediği görüş değildir. İkinci grubun açıklaması, Ebû Yûsuf'un sahih görüşüne daha uygundur. Bu konunun yeterli bir biçimde ortaya konulabilmesi için ayrıntılı açıklamalar yapmak gereklidir. Buna göre Ebû Hanîfe'nin bu meseledeki görüşü, bazı âlimlerin tahricine göre satıcının malın helak olan kısmının hissesinden bir şey almaması ve her iki tarafın malın mevcut kısmı için, birazdan anlatacağımız şekilde, yeminleşmesidir. Bazı âlimlerin tahricine göre ise satıcı malın helak olan kısmının semeninden alıcının ikrar ettiği miktarı alır ve her iki taraf, birazdan anlatacağımız şekilde yeminleşirler. Ebû Yûsuf'un görüşününün nakledilmesinde ise ihtilaf edilmiştir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو أُفرد القائم بالتحالف وحلّف البائع أن حصته ليست بخمسمائة وحلّف المشتري أن حصته ليست بألف يتم ولا يرد عليه ما ورد على ذلك البعض ولا يكون التحالف على الكل لأن أبا يوسف يأمر بتحالف في القائم لا في الهالك وفيما قلنا كذلك لا فيما قالوا وصحّحوا لأنهم أمروا بالتحالف على الكل وبتخصيص الفسخ والظاهر من قول أبي يوسف أنه ٥
يخصّص كلاً منهما، فما ذهبنا إليه أليق.

[فاضل أمير] نقول: خلاصة ما قال أن المشايخ كانوا فريقين في تفسير التحالف على قول أبي يوسف والفريق الثاني زيفوا ما قال به الفريق الأول في تفسير التحالف على قوله ولم يأت الفريق الثاني في تفسير التحالف بما هو الأليق بقوله: حيث أمروا بالتحالف على الكل أي القائم والهالك وكان مقتضى قول أبي يوسف تخصيص التحالف بالقائم كما أن الفسخ مختص به فكان ما اخترته في تفسير التحالف سالما عما أورد على الفريقين وأليق بمذهب أبي يوسف. هذا تقرير مراده ولكن مبناه على زعم أن يكون قول أبي يوسف هنا واحدا وليس كذلك بل قوله: الصحيح هنا غير ما أخذه الشيخ وتفسير الفريق الثاني أوفق ١٥
بقوله الصحيح. وتحقيق المقام على وجه يصير على طرف الثمام موقوف على نوع بسط في الكلام وهو أن قول أبي حنيفة في هذه المسألة على تخريج بعض المشايخ أن لا يأخذ بالبائع من حصة الهالك شيئا ويتحالفان على القائم على الوجه الذي سنذكره وعلى تخريج بعض آخرين أن البائع يأخذ من ثمن الهالك ما أقر به المشتري ويتحالفان على ما سنذكره أيضا واختلف في نقل قول أبي يوسف

Bir kavle göre onun görüşü, satıcının müşterinin yemini mukabili helak olan kısmın hissesini alması ve her iki tarafın mevcut olan kısım hakkında yeminleşmesi ve mevcut kısım için akdin feshedilmesidir. Yeminleşme de fesih de mevcut durum için söz konusudur. Ebû Yûsuf'un görüşü olarak Şeyh'in benimsediği görüş budur. Şeyh, Ebû Yûsuf'un bu konuda yalnızca bu görüşünün olduğunu zannetmiştir. Bir başka kavle göre ise Ebû Yûsuf'un bu meseledeki görüşü, Ebû Hanîfe'nin görüşüyle ilgili ikinci tahrice uygundur. Bu görüş de satıcının helak olan kısmın semeninden alıcının ikrar ettiği kısmı alması ve her iki tarafın karşılıklı yeminleşmesidir. Bunun usulü şöyledir: Alıcı, malı iki bin dirheme almadığına dair Allah üzerine yemin eder. Eğer yeminden kaçırırsa, iki bin dirhem ödemesi gerekir. Eğer yemin ederse satıcı da malı bin dirheme satmadığına yemin eder. Eğer yemin ederse, malın mevcut kısmı için akit feshedilir. Alıcı, ikrar ettiği semenden helak olan kısmın hissesini öder. Ebû Yûsuf'un bu görüşü, *el-İhtiyâr* adlı eserde açıkça belirtildiği üzere onun sahih görüşüdür. Bu sahih görüşten elde edilen sonuca göre karşılıklı yeminleşme malın tamamı için, akdin feshi ise malın mevcut kısmı için söz konusudur. İkinci grubun malın tamamı için yeminleşmeyi öngörmesi, Ebû Yûsuf'un görüşüne daha uygundur. Şeyh'in "Bizim benimsediğimiz görüş daha uygundur." iddiası boşa çıkmıştır. Evet, bu görüş Ebû Yûsuf'un mercûh görüşüne daha uygundur.

3. Ev Eşyasının Eşler Arasında Paylaşımı

[**Teshîl**] Eşlerden birisi köle ise ister me'zûn ister mahcûr isterse mükâteb olsun, bütün eşya Ebû Hanîfe'ye göre hür olan eşe aittir. Eşlerden birisi ölmüşse, bütün eşya sağ kalan eşe ait olur. Zira ölen eşin zilyedliği yoktur. Başka hak sahibi de yoktur. Bu görüş Ebû Hanîfe'ye aittir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Görünüşe göre, asıl problem, ölen için elverişli olmayan eşya değil, diriye ait olan eşyadır. Bu eşyaların, ister hür ister köle olsun, ölene ait olması gerekir. Aksi takdirde yalnızca ölen eşin kullanabileceği eşyaların da -köle bile olsa- sağ kalan eşe ait olması gerekir. Bunun bâtil olduğu açıktır. Zira eşlerin her ikisi de hür olsaydı, yalnızca ölen eşin kullanabileceği eşyalar, sağ kalan eşe ait olmazdı. Bilakis daha önce geçtiği üzere ölen eşin mirasçılara ait olurdu. Sağ kalan eş köle ise hüküm evleviyetle böyle olur. Yalnızca ölen eşin kullanabileceği eşyaların, sağ kalan köle eşe değil ölenin mirasçılara ait olması gerekir. Zira kölelik zilyedliği güçlendirmez zayıflatır. Allah en iyi bilendir.

فقيل: إن قوله هو أن يأخذ البائع حصة الهالك بيمين المشتري ويتحالف في القائم ويفسخ فيه فيكون التحالف والفسخ في القائم وهذا هو ما أخذه الشيخ من قول أبي يوسف وظن أن قوله هنا ما هو إلا هذا وقيل: إن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة على التخريج الثاني في قول أبي حنيفة وهو أن يأخذ البائع من ثمن الهالك ما أقر به المشتري ويتحالف بأن يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بألفين فإن نكل ٥ لزمه الألفان وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بألف فإن حلف يفسخ العقد في القائم ويرد المشتري حصة الهالك من الثمن الذي أقر به وهذا القول من أبي يوسف هو القول الصحيح له كما صرح به في الاختيار فقد حصل منه أن على القول الصحيح له كان التحالف على الكل وكان الفسخ مختصاً بالقائم وكان أمر الفريق الثاني بالتحالف على الكل أوفق وأليق بأمر أبي يوسف واضمحل ما قاله ١٠ الشيخ من أن ما ذهبنا إليه أليق نعم إنه قد كان أليق بما هو قوله المرجوح.

٣. اختلاف الزوجين في تقسيم الأمتعة

[التسهيل] ولو أحدهما قنا سواء كان محجوراً أو مأذوناً أو مكاتباً فهو أي الكلّ للحرّ عند أبي حنيفة. ولو مات أحدهما كان المتاع كله للحَيّ لا يدّ للميت ١٥ فلا مُعارض، هذا قول أبي حنيفة.

[الشيخ بدر الدين] أقول: الظاهر أن ما يكون للحَيّ ينبغي أن يكون هو المشكّل لا ما لا يصلح إلا للميت فإنه ينبغي أن يكون للميت حراً أو قنا وإلا فإن ما لا يصلح إلا للميت [يلزم أن يكون للحَيّ أيضاً وإن كان الحَيّ قنا وهذا ظاهرٌ بطلانه لأنهما لو كانا حُرَّين لما كان للحَيّ ما لا يصلح إلا للميت] بل يكون ذلك لورثة الميت كما مرّ فإذا كان الحَيّ قنا فبالطريق الأولى وينبغي أن يكون لورثة ٢٠ الميت ما لا يصلح إلا للميت ولا يكون للحَيّ القن فإن القنّية تُصعّف اليد ولا تقوِّبها والله أعلم.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu mesele, büyük âlimlerin incelemelerine konu olmuş bir meseledir. Bu konuyu ilk inceleyen kişi Şemsüleimme Serahsî olmuş ve kitapların genelinin rivâyetinde yer alan ‘حي’ (sağ) lafzının, yanlışlık ve hata eseri olarak ‘حر’ (hür) lafzının yerine geçtiğini söylemiştir. Bu hususu *el-Îzâh* adlı eserinde Allâme (İbn Kemal) de dile getirmiştir. Eşlerden birinin köle olması durumunda söylenebilecek son söz eşlerden her ikisinin hayatta olması hâlinde ev eşyasının tamamının hür olan eşe ait olmasıdır. Eşlerden biri öldüğü takdirde bütün kitaplarda yer aldığına göre eşyanın tamamı sağ kalan eşe ait olur. Şemsüleimme Serahsî'nin sahih gördüğü yoruma göre ise eşyanın tamamı, her iki eşin hayatta olması durumundaki gibi, hür olan eşe aittir. Şeyh'in bütün kitaplarda yer alan ‘eşyanın tamamı’ ifadesindeki ‘tamamı’ lafzını, ‘müskil konumdaki eşyaların tamamı’ olarak tahsis etmesi, tamamen Şeyh'in kendi yorumu olup herhangi bir rivâyetle desteklenmiş değildir.

4. Köle Azadına İlişkin Yargı Kararının Kapsayıcılığı

[Teshîl] Zilyedin elindeki köle, onun kölesi olduğuna ve zilyedin kendisini azat ettiğine dair beyyine getirirse, zilyed de kölenin falana ait olduğuna ve kendisine emanet bıraktığına dair beyyine getirirse, kölenin azat edilmiş olduğuna hüküm verilir. Zira zilyed kendi aleyhine bir fiil isnadı içeren bir davanın tarafı olmuştur. Burada ilgili fiil azat etmedir. Kölenin bir başkasından intikal ettiğine dair beyyine getirerek davanın tarafı olmaktan kurtulamaz. Kölenin sahibi olduğu ikrar edilen gâip şahıs, ortaya çıkıp da kölenin kendisine ait olduğuna ve onu zilyede emanet ettiğine ilişkin beyyine getirirse, beyyine dikkate alınmaz. Ancak mutlak mülkiyet davası böyle değildir. Çünkü azat edilmeye ilişkin karar, tüm insanları bağlayan bir karardır. Çünkü bu karar, şahitlik gibi bütün insanlarla ilişkili olan hükümlere etkisi olan bir karardır. Azat edildiğine dair verilen karar, tüm insanlarla ilişkili olan diğer hükümlere de etki eden bir karardır. Mülkiyet konusunda verilen karar ise bütün insanlarla ilişkili hükümlere etki etmemektedir. Mülkiyetin bulunmadığına dair verilen hüküm, mülkiyetin elinden alındığı kişinin dışındakileri etkilemez. Hatta bu konu bir başkasıyla ilişkili olsa, aleyhine hüküm verilen, ilgili malı bir başkasından aldığı iddia etse, onun beyyinesi de dikkate alınmaz.

[فاضل أمير] نقول: هذا الكلام في هذا المقام مما تعلق به أنظار العلماء الأعلام وكان أول من نظر فيه شمس الأئمة السرخسي وقال: يكون لفظ الحي الواقع في رواية عامة الكتب سهواً وغلطاً وقع موقع لفظ الحر بالراء كما ذكره العلامة في الإيضاح. فغاية ما ذكر فيما كان أحد الزوجين قنا هو أن يكون كل المتاع للحر منهما حال حياتهما وفي موت أحدهما فعلى ما في عامة الكتب ٥ كل المتاع للحي وعلى ما صححه شمس الأئمة الكل للحر منهما كما في حياتهما فما ذكره الشيخ من تخصيص الكل الواقع في عباراتهم لكل المشكل فهو محض دراية منه لا تساعده الرواية.

٤. الحكم بالحرية العارضة في الملك المؤرخ.

[التسهيل] لو كان في يده عبدٌ فبرهن عليه أنه عبده حرّره وبرهنَ ذو اليد ١٠ أنه عبدٌ فلانٍ أو دَعَه إياه فإنه يُقضى بعته لأنه انتصَبَ خصماً بدعوى الفعل عليه وهو الإعتاقُ فلا يخرج عن كونه خصماً بإقامة البينة على الوصول إليه من غيره فإن حضر الغائب المقرُّ له وبرهن أنه عبده أو دَعَه إياه لم يلتفت إليه بخلاف الملك المطلق إذ القضاء بالعتق قضاءً على الناس كافةً لأنه يتعلّق به ١٥ أحكامٌ متعدّيةٌ إلى الناس كافةً كشهادةٍ وغيرها فكان القضاء بالعتق قضاءً بتلك الأحكام في حقِّ الناس كافةً أما الملكُ فلا يتعلّق به أحكامٌ متعدّيةٌ إلى الناس كافةً فلم يكن القضاء ينفي الملكَ ثابتاً في حقِّ غير المنقول عنه حتى لو تعدّى بأن ادعى التلقّي من غيره لا تقبل بينته أيضاً.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu mesele hürriyete ilişkin verilen hükümlerin herkesi bağladığı esasına dayanmaktadır. Ancak bu esas da mutlak olarak her durumda geçerli değildir. Bunun bazı durumlarda sınırlandırıldığını, “büyû: alım satım” bölümünün ‘istihkak’ kısmındaki şu mesele göstermektedir: Bir câriye, Zer’in kendisinin sahibi olduğuna ve kendisini azat ettiğine ve bu olay üzerinden bir yıl geçtiğine ilişkin beyine getirse, Amr’ın satın alma tarihi bir yıldan fazla ise câriye Amr’a ait olur. Zer’in azat etmesi geçersizdir. Çünkü onun bir başkasına ait câriyeyi azat ettiği ortaya çıkmıştır. Burada iyice düşünülün ki ayrımlar ve kayıtlar ortaya çıksın! Allah en iyi bilendir!

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh’in kastettiği kayıtlar İbn Nüceym’in, Kâdîhân’ın *Şerhu’z-Ziyâdât* adlı eserinden naklettiği ifadelerde daha açık bir şekilde görülmektedir. İbn Nüceym, *el-Eşbâh*’ta şöyle demiştir: “Aslı hürriyete ilişkin verilen hüküm, herkes hakkında bağlayıcılık taşır. Hatta bu hususta herhangi birinin mülkiyete ilişkin davası dinlenmez. Azat etme işlemi ve onun detaylarıyla alakalı olarak da hüküm böyledir. Ancak belirli tarihe dayalı mülkiyet tesisi hususunda verilen hüküm, o tarihten sonraki dönem için herkes hakkında bağlayıcı olur. Ancak o tarihten önceki dönem için bu durum söz konusu değildir. Yani Zeyd Bekir’e ‘Sen benim kölemsin. Beş yıldan beri sana malikim.’ dese Bekir de ‘Ben Bişr’in kölesiydim. Bana altı yıldan bu tarafa malikti ve beni azat etti.’ deyip buna dair delil getirirse, Zeyd’in davası reddedilmiş olur. Sonra Amr, Bekir’e ‘Sen benim kölemsin. Sana yedi yıldan beri malikim ve şu anda sen benim mülkiyetimdesin.’ deyip buna ilişkin delil getirirse iddiası kabul edilir. Hürriyete ilişkin verilen hüküm de feshedilir. Bekir, Amr’ın mülkiyetinde bırakılır. İlgili kurala delâlet eden hususlardan biri de şudur: Kâdîhân, *Şerhu’z-Ziyâdât* adlı eserinde şöyle demektedir: ‘Bu konuyla ilgili meseleler iki kısımda ele alınmaktadır. Bunlardan birisi mutlak mülkiyete dayalı köle azadıdır. Bu işlem, aslı hürriyet gibidir. Buna ilişkin verilen hüküm herkes hakkında bağlayıcıdır. Diğeri ise mülkiyeti belirli bir tarihe dayalı kölenin azat edilmesidir. Buna ilişkin verilen hüküm ilgili tarihten itibaren herkes hakkında bağlayıcıdır. O tarihten öncesi için, hüküm söz konusu değildir.’ Bunu hatırlardan çıkarma! Zira meşhur kitaplarda bu incelik yer almamaktadır.” [el-Eşbâh’tan aktarılan kısım sona erdi.]

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذه المسألة مبنية على أن الحكم بالحرية حكم على الكل وهذا لا يصح على إطلاقه ويدل على التقييد ما مر في فصل الاستحقاق من البيوع في مسألة أمة برهنت أن ذراً ملكها وحررها مذ حول وتاريخ شراء عمر أكثر من الحول فإنها أمة لعمر لبطلان عتق ذر لأنه ظهر أنه حرر أمة غيره فليتأمل ثمة حتى يظهر التفصيل والتقييد، والله أعلم. ٥

[فاضل أمير] نقول: التقييد الذي أراده أظهر فيما نقله ابن نجيم المصري عن شرح الزيادات لقاضيخان حيث قال في الأشباه: «والحكم بالحرية الأصلية حكم على الكافة حتى لا تسمع دعوى الملك من أحد وكذا العتق وفروعه وأما الحكم في الملك المؤرخ فعلى الكافة من التاريخ لا قبله يعني إذا قال زيد لبكر أنك عبيد ملكتك منذ خمسة أعوام فقال بكر: إني عبد بشر ملكني منذ ستة أعوام وأعتقني وبرهن عليه اندفع دعوى زيد ثم إذا قال عمر لبكر إنك عبيد ملكتك منذ سبعة أعوام وأنت ملكي الآن فبرهن عليه يقبل ويفسخ الحكم بالحرية ويجعل ملكا لعمر ويدل عليه أن قاضيخان قال في أول البيوع في شرح الزيادات فصارت مسائل الباب على قسمين أحدهما في الملك المطلق وهو بمنزلة حرية الأصل والقضاء به قضاء على كافة الناس والثاني القضاء بالعتق في الملك المؤرخ وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ولا يكون قضاء قبله فاليكن على ذكر منك فإن الكتب المشهورة خالية عن هذه الفائدة» انتهى ما في الأشباه.

Bu tafsilattan anlaşılmaktadır ki Şeyh'in sözünü ettiği kayıtlama, aslî hürriyet hususunda değil ârizî hürriyete ve detaylarına ilişkin davada söz konusudur. Şeyh'in "Bu mesele hürriyete ilişkin verilen hükümlerin herkesi bağladığı esasına dayanmaktadır. Ancak bu esas da mutlak olarak her durumda geçerli değildir." sözüyle kastedilenin, ârizî hürriyet olması gerekir. Zira -senin de bildiğin gibi- aslî hürriyet konusunda bu hüküm mutlak olarak geçerlidir. Böylece mutlak mülkiyetten kaynaklanan azat etme işlemi ve detaylarına ilişkin yargı kararı ile belirli bir tarihe dayalı azat etme işlemine ilişkin yargı kararı arasındaki fark ortaya çıkmıştır. Ancak mutlak mülkiyete dayalı azat etme işlemine ilişkin yargı kararının herkes hakkında bağlayıcı olmasına karşın, mutlak mülkiyete ilişkin yargı kararının ancak aleyhine karar verilenle, mülkiyeti aleyhine karar verilenden edindiğini iddia eden hakkında bağlayıcı olmasından kaynaklanan bir fark bulunmaktadır. Bu fark da Şeyh'in itirazını dile getirmeden önce yer verdiği ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır.

5. Taraflardan Birinin Diğeri Aleyhine İddiada Bulunması

[Teshîl] Taraflardan biri, diğeri aleyhine mebûin hür olduğunu iddia etse, bu iddia dinlenmez. Çünkü kendisi bu hususta taraf değildir. Kişi ancak kendi lehine bir hak ileri sürdüğünde taraf olabilir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: "Alım satım bölümünün 'istihkak' faslında bu iddianın dinleneceği geçmişti. Onunla burada zikredilen görüş arasında çelişki var." denilecek olursa derim ki: Bu mesele şöyle yorumlanmalıdır: Müşterinin orada amacı, satım bedelini geri almaktır. Bu onun lehine olan bir hak olduğu için orada iddiası dinlenilir. Dolayısıyla bir çelişki yoktur. Çünkü ancak taraf/hasım olanın davası dinlenir. Hasım da kendisi için bir hak iddiasında bulunan kimsedir.

el-Hulâsa'da şöyle geçmektedir: Satıcı kölenin satım bedelini istese, müşteri de "Sen onu azat ettin." dese ve delil getirirse kabul edilir. Aynı şekilde satıcı köleyi satımdan önce azat ettiğine dair delil getirirse kabul edilir. Zira köle azadı hususunda tenakuza müsamaha edilir. Derim ki: Bu satıcı açısından değil, müşteri açısından doğrudur. Zira tenakuza gizliliğin söz konusu olduğu yerlerde müsamaha edilir. [Bu ise kendi fiili için değil, başkasının fiili için söz konusudur.] Dolayısıyla satıcının köleyi satımdan önce azat ettiğine ilişkin delili değil müşterinin, satıcının köleyi azat ettiğine ilişkin delili kabul edilmelidir.

فحصل من هذا التفصيل أن ما قاله من التقييد إنما هو في دعوى الحرية العارضة وفروعها لا في الحرية الأصلية فلزم أن يكون المراد من قول الشيخ أن الحكم بالحرية حكم على الكل وهذا لا يصح على إطلاقه إلى آخره الحرية العارضة لأن هذا الحكم يصح على إطلاقه في الحرية الأصلية كما عرفت. وبهذا ظهر الفرق بين القضاء بالعتق أو فروعه في الملك المطلق وبين القضاء بالعتق في الملك المؤرخ وأما الفرق بين القضاء بالعتق في الملك المطلق حيث يكون قضاء على كل الناس وبين القضاء بالملك المطلق حيث لا يكون قضاء إلا على المقضي عليه وعلى من ادعى المقضي عليه تلقى الملك منه فظاهر مما ذكره الشيخ قبل قوله أقول.

١٠ . ٥ ادعاء أحد العاقدين على صاحبه

[التسهيل] ولو ادعى أحد العاقدين تحريراً على صاحبه لا يسمع لأنه ليس بخصم فيه إلا أن يدعي لنفسه حقاً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: قد مر في فصل الاستحقاق من البيوع أنه يُسمع فيبينهما منافاة. أقول: ينبغي أن يحمل ذلك على أن غرض المشتري ثمة أن يرجع بالثمن وهو حق لنفسه فلهذا سُمع ثمة فلا منافاة وهذا؛ لأن الدعوى لا تسمع إلا من خصم والخصم من يدعي لنفسه حقاً.

وفي الخلاصة: أن البائع لو طلب ثمن القن فقال المشتري: هو معتقك وأقام البينة تقبل، وكذا لو أقام البائع البينة أنه حرره قبل البيع تقبل بناءً على أن التناقض متحمل في العتق. أقول: هذا يستقيم في طرف المشتري لا البائع إذ الأصل: أن التناقض يتحمل فيما يجري فيه الخفاء وهو يجري في فعل الغير لا في فعل نفسه فينبغي أن تقبل بينة المشتري على تحرير البائع لا بينة البائع على أنه حرره قبل البيع.

el-Ecnâs'tan naklen *el-Hulâsa*'da geçtiği üzere müşteri kölenin hür olduğu veya satıcı tarafından azat edildiğini iddia etse, köle onun hesabına azat edilmiş olur. Müşterinin satıcı aleyhine ileri sürdüğü delil kabul edilmez. Ebû Yûsuf'a göre kabul edilir. Derim ki: Böylece meselede ihtilaf ve iki rivâyet olduğu açığa çıkmıştır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh, *el-Hulâsa*'dan yaptığı nakle dayanarak "Bu satıcı açısından değil, müşteri açısından doğrudur." ifadeleriyle dile getirdiği itirazı daha önce *Câmi'ul-Fusûleyn*'de de dile getirmiş ve orada şu cevabı vermişti: "En uygun değerlendirme bu hükmün, Ebû Yûsuf ve Muhammed'in görüşüne hamledilmesidir. Zira o ikisine göre köle azadında dava şart değildir. Her ne kadar tenakuzdan dolayı dava geçerli olmasa da satıcının getireceği delil hasbeten kabul edilebilir. *el-Kunye*'de yer alan ifade de bunu desteklemektedir." Ancak bu cevap *el-Hâniyye*'nin satım bölümünde geçen, satıcının satımdan önce azat ettiğine ilişkin ya da kölenin hür olduğuna ilişkin davasının dinlenmesinin câiz olduğunu açıkça ifade eden hükümle uyuşmamaktadır. *el-Hâniyye*'de geçtiğine göre satıcı kölenin bir vakfa ait olduğunu ya da bir başkasının mülkü olduğunu iddia ettiği takdirde davası dinlenmemektedir. Bu müşkilden ancak, Şeyh'in yaptığı gibi konuyla ilgili iki rivâyetin varlığı farz edilerek çözümlenebilir.

6. Tarafların Mutlak Mülkiyete İlişkin Tarih Belirtmesi

[Teshîl] İki hâriç ya da iki zilyed, mutlak mülkiyet için beyyine getirip tarih bildirseler, tarihi daha önce olan taraf mala malik olur. Taraflar arasında eşitlik varsa yani tarih bildirmemişler veya aynı tarihi bildirmişler, mala ikisi de malik olur. Ebû Hanîfe'ye göre taraflardan -yani iki hâriç veya iki zilyeden- birinin verdiği tarih mülgâdır. Diğerinin de aynı tarihi vermesi şüphe doğurmuştur. Dolayısıyla taraflar malda ortak olurlar. Ebû Yûsuf'un son görüşüne göre mal, tarih bildirene ait olur. Çünkü o öncedir. Tarih bildirilmemesinden kaynaklanan şüpheli durum, en yakın zamana izafe edilmiştir. Bu durum satın alma gibi kabul edilir. Nitekim aynı kişiden satın almayla ilgili mesele gelecektir. Muhammed'e göre ise mal sessiz kalana aittir. Çünkü mutlak olan daha öncedir. Bundan dolayı mutlak mülkiyeti ispat eden, maldaki artışı almayla da hak kazanır. Bu durumda malı satmış olanlar birbirine rücû eder.

وفي الخلاصة ناقلاً عن الأجناس في دعوى المشتري أنه حر أو أعتقه البائع عتق عليه ولا تقبل بينة المشتري على البائع، وعند أبي يوسف تقبل. أقول: ظهر بهذا أن في المسألة اختلافاً وروایتين.

[فاضل أمير] نقول: قد أورد اعتراضه بقوله: هذا لا يستقيم في طرف البائع ٥
على ما نقله من الخلاصة أولاً في جامع الفصولين أيضاً وأجاب عنه بأن قال:
فالأولى أن يحمل هذا على مذهب أبي يوسف ومحمد؛ إذ الدعوى ليست بشرط
عندهما في عتق العبد فتقبل بينة البائع حسبة وإن لم تصح الدعوى للتناقض
وأيده بما في القنية» انتهى. ولكن لا يلائم هذا الجواب ما في بيوع الخانية من
التصريح بجواز سماع دعوى البائع أني أعتقته قبل البيع أو أنه حر ولو ادعى ١٠
أنه وقف أو لغيري لا تسمع انتهى فلا محيص عن الإشكال إلا بالحمل على
الروایتين كما قال به الشيخ.

٦. اختلاف الخارجين أو ذوي اليد على ملك مطلق

[التسهيل] فلو برهن الخارجان أو ذوا يدٍ على ملك مطلق مؤرخ مملكه ١٥
أسبقهما ولو اتحدا أي لم يؤرخا أو أرخا سواء ملكاه وتاريخ أحدهما أي أحد
الخارجين أو ذوي اليدين ملغى عند أبي حنيفة لقران الآخر للشك فهو بينهما،
ويجعله أبو يوسف آخراً للمؤرخ لسبقه إضافة للمشكوك الساكت عن التاريخ إلى
أقرب الأزمنة كشراء كما سيجيء في الشراء من واحد، وجعله محمد للساكت
إذ المطلق أسبق ولذا يستحق مثبت الملك المطلق الزوائد، ويتراجع الباعة

Ebû Hanîfe'ye göre mal aralarında ortak olur. Çünkü bir tarafın bir tarih vermesi onun mülkiyetinin önceliğini göstermez. Zira diğer tarafın mülkiyetinin daha önce olması mümkündür. Her iki ihtimali düşünerek mülkiyet eş zamanlı kabul edilir. Ebû Yûsuf'a göre tarih veren, o zaman diliminde kendi mülkiyetini kesin olarak ispatlamıştır. Tarih vermeyenin mülkiyeti ise şimdiki hâlde kesin olarak ispatlanmıştır. Diğer tarafın belirttiği tarihte onun mülkiyetinin olup olmadığı şüphelidir. Dolayısıyla karşı tarafın delilinin karşısında duramaz. Muhammed'e göre ise mutlak mülkiyet davası, mülkiyeti kaynağından itibaren iddia etmektedir. Tarih verenin davası, belirttiği tarihle sınırlıdır. Bundan dolayı malı satmış olanlar birbirine rücû edebilir ve maldan edinilen bitişik ve ayrı artışlara hak kazanılır. Mutlak olanın tarihi daha öncedir. Dolayısıyla o daha evladır. Bu mesele, iddia edilen malın üçüncü kişinin zilyedliğinde veya tarafların zilyedliğinde olduğu durumla ilgilidir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Satın alma işleminde taraflardan birinin tarihinin ilga edilmeyeceğinde ittifak vardır. Hatta dava konusu olan şeyin tarih verene ait olduğunda da ittifak vardır. [Bu konu ilerde gelecek] Dolayısıyla Ebû Hanîfe'nin tarihi orada mülgâ sayıp burada saymamasını açıklayacak bir fark olmalıdır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *Tebyînu'l-Hakâik*'te iki hariçten ya da iki zilyeden birinin mutlak mülkiyete ilişkin tarih getirmesiyle iki hariçten birinin üçüncü şahıstan satın almaya ilişkin tarih getirmesi arasındaki farkı, yani birinci meselede tarih ilga edilirken satın alma meselesinde ilga edilmemesini, birinci meseleyle ilgili şu ifadelerle açıkladı: "Ebû Hanîfe'ye göre müphem olan daha eskiye dayanabilir. İhtimal söz konusu olduğunda tarih veren tercih edilmez. Ancak üçüncü bir şahıstan satın alma iddiasında bulunsalardı, durum farklı olurdu. Çünkü bu durumda her ikisi de mülkiyetin sonradan edinildiğinde ittifak etmiş olurlardı. Bu durumda tarih verilmedikçe mülkiyet en yakın zamana izafe edilir. Taraflardan birinin tarih vermesi, mülkiyetinin önce olduğunu gösterdiği için diğerine tercih edilir.

فعند أبي حنيفة يكونُ بينهما لأن توقيتَ أحدهما لا يدلُّ على تقدُّم ملكه لجواز أن يكونَ الآخرُ أقدمَ منه فجُعلَ مقارناً رعايةً للاحتمالين، وقال أبو يوسف: إن المؤرخُ أثبت لنفسه ملكاً في ذلك الوقتِ يقيناً ومن لم يؤرِّخ يثبت له الملكُ للحال يقيناً وفي ثبوته في وقتِ تاريخِ صاحبه شكٌّ فلا يعارضه، وقال محمد: إن دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الأصل ٥ ودعوى المؤرخِ يقتصر على وقتِ التاريخ ولذا يرجع الباعَةُ بعضُهم على بعضٍ ويستحقُّ الزوائد المتصلة والمنفصلة فكان المطلقُ أسبقَ تاريخاً وكان أولى. هذا إذا كان المدعى في يد ثالثٍ أو في يدهما.

[الشيخ بدر الدين] أقول: تاريخ أحد الخارجين لم يلغ في الشراء وفاقا بل جعل المدعى للمؤرخ وفاقا كما سيجيء فلا بد من الفرق لأبي حنيفة ١٠ حيث ألغى هنا لاثمة.

[فاضل أمير] نقول: قد بين الفرق في التبيين بين تاريخ أحد الخارجين أو ذي اليدين على ملك مطلق وبين تاريخ أحد الخارجين على الشراء من واحد في كون التاريخ ملغى في الأولى لا في مسألة الشراء حيث قال في المسألة الأولى ولأبي حنيفة أن المبهم يحتمل أن يكون أقدم فلا يترجح المؤرخ مع ١٥ الاحتمال بخلاف ما إذا ادعى الشراء من واحد؛ لأنهما اتفقا على الحدوث فيضاف إلى أقرب أوقاته ما لم يؤرخ فإذا أرخ دل على سبق ملكه فيترجح به الآخر.

7. Malın Tarafardan Birinin Elinde Olması

[**Teshîl**] Eğer mal taraflardan birinin elinde ise mülkiyeti daha önceye dayanan taraf malı alır. Muhammed'den nakledildiğine göre tarihi eski bile olsa, zilyedin beyyinesi reddedilir. Çünkü mülkiyet biçimine temas etmedikleri takdirde dava mutlak mülkiyetle ilgilidir. Mutlak mülkiyette ise hâricin beyyinesi kabul edilir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre ise bir tarafın tarihinin önce olması, diğer tarafın iddiasını -ister hariç ister zilyed olsun- def' eder. Zilyedin def'e ilişkin beyyinesi kabul edilir. Hâricin beyyinesinin kabul gerekçesi ise açıktır. Eğer mal her iki tarafın zilyedliğinde ise Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre, geçtiği üzere, daha önceki tarihi belirten daha evlâdır. Muhammed'e göre ise -bu rivâyete nazaran- mal aralarında ortaktır. Eğer her iki taraf da eşit konumda ise -ister tarih belirtsinler ister belirtmesinler- hâriç tercih edilir. Tarafardan birisi tarih belirtse Ebû Yûsuf, yukarıda geçtiği üzere onu tercih eder. Çünkü şüpheli durumun en yakın zamana dayandırılması açısından onun önceliği vardır. Bu Ebû Hanîfe'den de rivâyet edilmiştir. Ebû Hanîfe ve Muhammed, zilyedin beyyinesinin def' edip edememesindeki şüpheden dolayı harici tercih ettiler. Zira zilyedin beyyinesi def' amacıyla kabul edilir. Burada ise ilgili durum şüphelidir. Çünkü hâricin mülkiyetinin daha önce olması mümkündür. Zilyedin şahitleri tarih belirtse bile şüpheden dolayı bu kabul edilmez.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Muhammed'in yaklaşımı, daha önce geçen, sessiz kalanın tercih edileceği ile ilgili görüşüyle çelişmektedir. Çünkü zilyed değil de hâriç tarih belirtseydi, malın Muhammed'e göre -sessiz kaldığından dolayı- zilyede ait olması gerekirdi. Çelişkiyi gidermek için şöyle bir cevap verilebilir: Burada başka bir kural, yani hâriç olma durumu devreye girmektedir. Asıl olan malın hârice ait olmasıdır. Zilyed buna muarız olamaz. Hâriç, tarih belirtmediğinde tercih edildiğine göre tarih verdiğinde evleviyetle tercih olunur. Bu cevap tartışmaya açıktır. Çünkü Muhammed'in ilkeyi, tarih belirtmeyenin mülkiyetinin önce olmasıdır. Zilyed değil de hâriç tarih verdiği zaman, zilyedin mülkiyetinin hâriçten önce olması gerekir. Dolayısıyla cevap tam olarak verilmemiştir.

٧. كون المال في يد أحد المدعين

[التسهيل] ولو كان في يد أحدهما أَخَذَهُ الْأَسْبَقُ، وعن محمد رُدَّ بَيْنَةُ ذِي
 الْيَدِ وَلَوْ كَانَتْ أَسْبَقَ تَارِيخاً إِذِ الْمُدَّعَى مَطْلُوقَ الْمَلِكِ إِذْ لَمْ يَتَعَرَّضَا لِهَيْئَةِ
 الْمَلِكِ فَالْبَيْنَةُ بَيْنَةُ الْخَارِجِ فِي الْمَلِكِ الْمَطْلُوقِ، لِهَمَا أَنْ تَقْدُمَ تَارِيخُهُ يَدْفَعُ الْآخَرَ
 تَارِيخاً خَارِجاً أَوْ ذَا يَدٍ فَتَقْبَلُ بَيْنَةُ ذِي الْيَدِ لِلدَّفْعِ وَأَمَّا قَبُولُ بَيْنَةِ الْخَارِجِ فِظَاهِرٌ،
 فَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِمَا فَصَاحِبُ الْوَقْتِ الْأَسْبَقِ أَوْلَى عِنْدَهُمَا كَمَا مَرَّ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ
 يَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ وَلَوْ اتَّحَدَا أَيُّ لَمْ يُؤَرِّخَا أَوْ أَرَّخَا سِوَاءَ فَلِلْخَارِجِ،
 وَلَوْ أَرَّخَ أَحَدُهُمَا فَقَطْ، يَجْعَلُهُ أَبُو يَوْسُفَ لَهُ لَمَّا مَرَّ مِنْ سَبْقِهِ إِضَافَةً لِلْمَشْكُوكِ
 إِلَى أَقْرَبِ الْأَزْمَنَةِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ حٍ، جَعَلَاهُ لِلْخَارِجِ لِلشَّكِّ فِي دَفْعِ ذِي الْيَدِ
 أَيُّ بَيْنَةُ ذِي الْيَدِ إِنَّمَا تَقْبَلُ لِلدَّفْعِ وَهُوَ مَشْكُوكٌ هُنَا لِحُجُوزِ تَقْدِيمِ الْخَارِجِ لَوْ وَقَّتْ
 شَهْوَدُهُ فَلَا تَقْبَلُ مَعَ الشَّكِّ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل قول محمد بما مر من جعله للساكت لأنه
 إِذَا أَرَّخَ الْخَارِجُ لَا ذُو الْيَدِ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لِذِي الْيَدِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِسُكُوتِهِ وَيُمْكِنُ
 أَنْ يَجَابَ بِأَنَّهُ وُجِدَ هُنَا أَصْلٌ آخَرَ وَهُوَ الْخَارِجُ إِذِ الْأَصْلُ يَكُونُ لِلْخَارِجِ فَلَا
 يِعَارِضُهُ ذُو الْيَدِ إِذِ الْخَارِجُ لَوْ سَكَتَ عَنِ التَّارِيخِ لِتَرْجُّحِ فَإِذَا أَرَّخَ يَتَرَجَّحُ
 بِالطَّرِيقِ الْأَوْلَى وَفِي الْجَوَابِ نَظَرٌ لَمَّا مَرَّ مِنْ أَصْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمَطْلُوقَ عَنِ
 التَّارِيخِ أَسْبَقُ فَإِذَا أَرَّخَ الْخَارِجُ دُونَ ذِي الْيَدِ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ مَلِكٌ ذِي الْيَدِ أَسْبَقَ
 مِنَ الْخَارِجِ فَلَا يَتِمُّ الْجَوَابُ.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Muhammed'in daha önce geçen, 'tarih belirtmenin mülkiyetinin daha önce olduğu ilkesi' davanın iki zilyed veya iki hâriç arasında olması hâlinde söz konusudur. Nitekim fıkıhçıların meseleyi ele aldıkları bağlam bunu göstermektedir. Eğer taraflardan biri zilyed, diğeri hâriç ise Muhammed de Ebû Hanîfe gibi zilyedinin beyyinesinin tarih içermek ve verdiği tarih hâricin beyyinesinden eski olmak suretiyle def'e uygun olduğu takdirde, kabul edileceğini savunmaktadır. Aksi takdirde mutlak mülkiyet davasında koşulsuz olarak hâricin beyyinesi kabul edilir. Nitekim Şeyh'in *el-Kâfi*'de geçen ifadeye uygun olan "Zilyedin beyyinesi def'i için kabul edilir." sözü de bunu anlatmaktadır. Sadruşşerâ'nın ilgili babda *ez-Zehîre*'den naklettiği mezkûr kural da bu hususa tanıklık etmektedir. Bu açıklamayla Şeyh'in Muhammed üzerine kurguladığı itiraz bertaraf edilmiştir. Nitekim *el-Kâfi* yazarı, davanın zilyed ve hâriç arasında olması hâlinde şunları söylemiştir: "Her ikisi de tarih verir ve birinin tarihi daha eski olursa, dava konusu olan mal önceki tarihi verene aittir. Muhammed'in bu görüşten döndüğü ve zilyedin tarih hakkında ve diğer hususlarda getireceği delilin dinlenmeyeceği görüşünü savunduğu rivâyet edilmiştir." Şeyh de birkaç satır önce buna uyarak "Muhammed'den nakledildiğine göre tarihi eski bile olsa zilyedin beyyinesi reddedilir." ifadesine yer vermiştir.

Muhammed'in görüşüyle ilgili gündeme getirilen problemin def'i için şu söylenebilir: Muhammed tarihinin önce olduğu kesin olarak bilindiği hâlde zilyedin beyyinesine itibar etmezken zilyed ve hâriçten birisinin getireceği tarihteki muhtemel önceliğe neden itibar etmiyor? denilemez. Sonra fıkıhçıların "Zilyedin beyyinesi, tarihi önce olduğu için def'i içeriyorsa kabul edilir." sözünün anlamı, Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinde açıklandığı üzere şöyledir: "Tarih içeren beyyine, def' mahiyeti taşır. Zira belli bir zaman diliminde belli bir şahıs için mülkiyet sabit olduğu takdirde o tarihten sonra bir başkası için sabit olmaz. Bu ancak ilgili mülkiyetin malikten intikaliyle söz konusu olabilir."

Buradaki def' işlemi özetle şöyledir: Önceki tarihli olan beyyine, bu tarihten sonra mülkiyet iddiasında bulunanın davasını def' eder. Ancak ilgili şahıs mülkiyetin kendisine, beyyinesi daha eski olan malikten intikal ettiğini iddia ediyorsa durum farklıdır.

[فاضل أمير] نقول: ما مر من أصل محمد وهو أن المطلق عن التاريخ أسبق مختص بما كان الدعوى بين ذي يدين أو خارجين كما يدل عليه سوق كلامهم وأما إذا كان أحدهما ذا يد والآخر خارجا فهو يقول بما قال أبو حنيفة من أن بينة ذي اليد إن كانت متضمن للدفع بأن يؤرخها وكان تاريخها أسبق من بينة الخارج ٥ تقبل وإلا فالمعتبر هو بينة الخارج في الملك المطلق على الإطلاق كما يفصح عنه قول الشيخ على وفق ما في الكافي بينة ذي اليد إنما تقبل للدفع ويشهد عليه ما نقله المولى صدر الشريعة عن الذخيرة من الضابطة المذكورة في الباب ويندفع بهذا ما أورده على محمد على أن صاحب الكافي قال فيما كان الدعوى بين ذي يد وخارج وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو لأسبقهما تاريخا وعن محمد أنه رجع عن هذا القول وقال لا تقبل بينة ذي اليد على الوقت ولا على غيره وقال الشيخ مقتفيا به قبل أسطر وعن محمد رد بينة ذي اليد ولو كانت أسبق تاريخا انتهى.

فيقال في دفع ما استشكل على محمد أنه إذا لم يعتبر محمد بينة ذي اليد مع تحقق سبق تاريخها يقينا كيف يقال إنه لم لا يعتبر السبق المحتمل في مسألة أرخ واحد من الخارج وذي اليد ثم معنى قولهم: إن بينة ذي اليد إن كانت متضمنة للدفع بأن تكون أسبق تقبل هو ما ذكره الأياثلوغي في شرح المجمع من أن البينة مع التاريخ تتضمن الدفع لأن الملك إذا ثبت لشخص في وقت لا يثبت لغيره بعده إلا بالتلقي منه انتهى.

فكان حاصل الدفع أن البينة إذا كانت سابق التاريخ تدفع دعوى من يدعي الملك بعد هذا التاريخ إلا أن يدعى التلقي ممن سبق تاريخ بيته. ٢٠

8. Cârîyenin Doğurduğu Çocukların Nesebi

[**Teshîl**] Bir cârîye farklı batınlarda üç doğum yapsa, efendisi en büyük çocuğun nesebi için iddiada bulunsa bize göre hepsinin değil, yalnızca onun nesebi sabit olur. Çünkü ma'raz-ı hâcette sükût beyandır. Dolayısıyla diğer ikisinin nesebi nefyedilmiş olur. Zira en büyüğün özel olarak zikredilmesi diğer ikisinin reddedildiğini gösterir. Züfer ise istinadı (önceki duruma dayanmayı) esas almıştır. Çünkü cârîye birinci çocuğa hamile kaldığı andan itibaren efendinin ümmüveledi olmuştur. Diğer iki çocuğun nesebi iddia olmaksızın sabit olur. Bu görüşe şu cevap verilebilir: İstinat, birbirinden ayrı durumlarda etkisini göstermez. İki çocuk da istilâdın (cârîyeyi ümmüveled yapmanın) sabit olduğu zaman diliminde [ilgili çocuktan] ayrı bir konumdaydılar. Dolayısıyla istinat etkisini, cârîye ve büyük çocuk hakkında gösterir; diğer ikisi hakkında göstermez. Eğer efendi "Onlardan biri oğlumdur." deyip hangisi olduğunu bildirmeden ölse, Ebû Hanîfe'ye göre her çocuğun üçte biri hür olmuş olur. Her biri üçte ikilik kısmın hürriyetini kazanmak için çalışarak gelir temin etmelidir. Çünkü bu işlem, nesebin sübutu mümkün olmadığı için, hürriyeti bağışlama olarak değerlendirilir. Çünkü nesep bölünmeyi kabul etmez. Burada da tercih sebebi yoktur. Ebû Yûsuf ve Muhammed ise birinci çocuğun üçte birinin, ikinci çocuğun yarısının, üçüncü çocuğun ise tamamının hür olduğu görüşündedirler. Bunlar muhtemel durumları ve küçüğün her hâlükârda azat olacağını göz önüne alarak bu sonuca ulaşmışlardır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Eğer "Bu mesele yukarıda geçen, büyük çocuğu iddia ettiğinde bize göre diğer ikisinin nesebinin sabit olmaması hükmüyle çelişmektedir. Azat olma iddiaya binaen sabit olmaktadır. En büyüğü kastettiğinde iddianın en büyükle sınırlı olmasına binaen ikinci ve üçüncünün azat olmaması gerekirdi. Ancak en büyüğün üçte birinin azat olması gerekirdi. İkincide de durum böyledir." denirse şu cevap verilebilir: Nesebin sabit olmaması, azat işleminin gerçekleşmemesini gerektirmez. Çünkü en büyüğün annesi, efendinin en büyüğü kastetmesiyle ümmüveled statüsüne geçince, diğer iki çocuk da ümmüveledin çocukları konumuna gelmiştir. Onun hükmünü alırlar. Efendinin vefatıyla anneleri gibi bunlar da azat olurlar.

٨. نسب من ولدته الأمة

[التسهيل] أمةٌ ولدت ثلاثةً في أبطنٍ مختلفةٍ فادعى مولاها أكبرهم أثبتناه وحده لا الكلُّ إذ السكوتُ عند الحاجة بيانٌ فانتفيا إذ تخصيصُ الأكبر يدلُّ على نفى الآخرين، وله الاستنادُ، فإن الأمة تصيرُ أمٌ ولده من وقتِ علوقِ الأكبر فيثبت نسبُ الآخرين بلا دعوةٍ. أجيِبُ بأن الاستنادَ لا يظهرُ في المنفصل ٥ والولدان منفصلان وقتَ ثبوتِ الاستيلاءِ فيها فظهر الاستنادُ في حقها وفي حقِّ الأكبر لا في حقِّ الآخرين. ولو قال: أحدهم ابني فمات مُجهلاً فُتُلثُ كلٌّ منهم حرٌّ عند أبي حنيفةٍ وعليه سعايةٌ ثلثيه لأنه تحريرٌ لتعذر النسب لأنه لا يقبلُ القسمةَ ولا ترجيحَ، حرّاً ثلثُ الأول ونصفُ الثاني وكلُّ الأصغرِ عبدةٌ ١٠ الأحوالِ لعتقِ الأصغرِ بكلِّ حالٍ.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: يُشكلُ بما مر من أن دعوةَ الأكبر لا يثبت بها نسبُ الآخرين عندنا ويثبت العتقُ بناءً على الدعوة فإذا أراد الأكبر يلزم أن لا يعتقَ الثاني ولا الثالثُ بناءً على اقتصارِ دعوةِ الأكبر فينبغي أن لا يعتقَ إلا ثلثه وكذا الثاني، ويمكن أن يجاب: بأن عدمَ ثبوتِ النسبِ لا يستلزم ١٥ عدمَ العتقِ فإن أمَّ الأكبر لما صارت أمٌ ولِدِ بإرادةِ الأكبر كان الأخيران ولدي أمٍّ ولِدِ فأخذنا حكمهما فعتقنا بموتِ المولى كأُمِّهما.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Son iki çocuğun ümmüveledin çocukları olması, fıkıhçılarca sabit görülen 'çocuğun istilad hususunda anneye tabi olacağı' kuralına dayanmaktadır. Yani eğer câriye ümmüveled ise efendisi onu başkasıyla evlendirmişse, câriye bu şahıstan bir çocuk doğursa, çocuk annesinin hükmüne tabi olur. Neticede efendi öldüğünde çocuk da annesi gibi azat edilmiş olur. *Ferâidü'l-Mültekâ*'da böyle açıklanmıştır. Efendiden doğmayan çocuk azat edildiğine göre efendiden doğan çocuğun azat olacağı evleviyetle sabit olur.

9. Varlık ve Yokluk Bakımından Hükmün Sübutu

[Teshîl] Bir önceki meselede zikredilenlerle en küçüğün her durumda azat olacağı açığa çıkmıştır. İlk ikisinin durumu farklıdır. Ancak sabit olma durumları tektir. Görülmez mi ki bir şey bir sebeple sabit olduğunda başka bir sebeple sabit olmaz. Çünkü hasılı tahsil bâtıldır. Yokluk ise varlığın sebebinin veya şartının ya da her ikisinin bulunmamasıyla gerçekleşir. Mahrum kalma hâlleri ise birden fazladır. En küçük, [efendi] ister onu isterse diğerlerini irade etsin her durumda azat olur. En büyük ise efendi onu irade ettiğinde azat olur; ikinciye veya üçüncüyü irade ettiğinde azat olmaz. Dolayısıyla birincinin azat olabilmesi için iki değil bir ihtimal vardır. Sonuçta üçte biri azat olur. Buna göre ikinci, bir değil iki ihtimalde azat olur. Sabit olma ihtimallerinden bir tanesi geçerli olduğu için, ikincinin yarısı azat olur. Birincinin durumu farklıdır. Çünkü o iki ihtimalde azat olmamaktadır. Mahrum kalma ihtimalleri birden fazla olduğu için onun üçte biri azat olur.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Yokluk bir şeyle gerçekleştiğinde başka bir şeyle gerçekleşmesi imkânsızdır. Bu da yukarıda zikredilen mevcut bir şeyin tekrar elde edilemeyeceği ile aynı gerekçeye dayanmaktadır. Aynı şekilde hüküm birçok illetle sabit olabilir. Mesela bu illetle sabit olur; bu değil de şu illet bulunduğu o diğer illetle sabit olur. Buna göre sabit olma ihtimalleri de birden fazla olabilir. Özetle varlık ve yokluğun, bir tane veya birden fazla olma açısından eşit konumda bulunmaları gerekir.

[فاضل أمير] نقول: كون الأخيرين ولدي أم ولد بناء على ما ثبت منهم من أن الولد يتبع أمه في الاستيلاء يعني إن كانت الأمة أم ولد فزوجها مولاهما من الغير فولدت من هذا الغير يكون الولد في حكم أمه حتى يعتق بموت مولاهما كما تعتق الأم به كذا في فرائد الملتقى فلما عتق الولد المولود من غير المولى ه
فعتق ولد ولد من المولى يثبت بالطريق الأولى.

٩. أحوال الثبوت حالة واحدة، أحوال الحرمان حالات

[التسهيل] فظهر بهذا أن الأصغر يعتق بكلِّ حالٍ ضدَّ الأولين غير أن أحوال الثبوت حالة واحدة ألا يرى أن الشيء إذا ثبت بسبب لا يكون ثابتاً بغيره لامتناع تحصيل الحاصل والعدم يتحقق بانتفاء سبب الوجود أو شرطه أو كليهما فأحوال الحرمان حالات فعتق الأصغرُ أَرادَه أو غيرَه فعتق بكلِّ حالٍ والأكبرُ يعتق لو أَرادَه لا لو أَراد الثاني والثالث فعتق في حالٍ لا في حالين فعتق ثلثه فعلى هذا يعتق الثاني في حالين لا في حال، وأحوال الثبوت حالة واحدة فيتصرف عتقه ضد الأكبر فإنه لا يعتق في حالين، وأحوال الحرمان تتعدد فعتق ثلثه

[الشيخ بدر الدين] أقول: العدم إذا تحقق بشيء يمتنع أن يتحقق بشيء آخر بعين ما ذكر من امتناع تحصيل الحاصل إلى قوله: والحاصل أن العدم والوجود ينبغي أن يستويا في اعتبار الاتحاد والتعدد.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Sübut durumlarını tek bir durum, mahrum kalma durumlarını ise birden fazla durum kabul etmeleri şu prensibe dayanmaktadır: Bir hükmün birden fazla illeti olup da her biri başlı başına tam bir illetse o hüküm bu illetlerden herhangi biriyle sabit olur. Hükmün ortadan kalkması ise ancak bütün illetlerin ortadan kalkmasıyla gerçekleşebilir. Bu durum örnek olarak mülkiyet üzerinde açıklanabilir. Mülkiyet yalnızca satım akdiyle, yalnızca hibe ile veya yalnızca vasiyet ile sabit olabilir. Ancak bu sebeplerin tamamı ortadan kalkmadan mülkiyet ortadan kalkmaz. Hürriyete kavuşma işlemi de azat etme, nesebin iddia edilmesi, bir akrabasının mülkiyetine geçme ve diğer sebeplerden herhangi birinin bulunmasıyla gerçekleşir. Ancak sebeplerin tamamı ortadan kalkmadıkça bu işlem ortadan kalkmaz. Evlenmenin haramlığı da neseb yakınlığı, sıhriyet, süt akrabalığı, iki yakın akrabayı beraber nikâhlama ve diğer sebeplerden herhangi biriyle gerçekleşir. Ancak bu sebeplerin tamamı ortadan kalkmadan haramlık ortadan kalkmaz. Buradan da neden sübut durumunda sebeplerin birliğine itibar edildiği, mahrumiyet durumunda ise ayrı ayrı değerlendirildiği ortaya çıkmış olur. Böylelikle Şeyh'in "Varlık ve yokluğun, bir tane veya birden fazla olma açısından eşit konumda bulunmaları gerekir." sözü geçersiz olur.

[فاضل أمير] نقول: مدار جعلهم أحوال الثبوت حالة واحدة وأحوال الحرمان حالات؛ على أن الحكم إذا كان له علة كل منها تامة يكون ثبوته بوحدة منها، وأما انعدامه فلا يكون إلا بانعدام كل العلة. ويظهر هذا في الملك مثلا فإنه يثبت بالشراء وحده وبالهبية وحدها وبالوصية وحدها ولا ينعدم إلا بانعدام كل هذه الأسباب، وكذا العتق يثبت بواحد من الإعتاق ٥ ودعوة النسب وملك القريب وغيرها ولا ينعدم إلا بانعدام كل الأسباب، وكذا حرمة النكاح تثبت بواحد من القرابة النسبية والمصاهرة والرضاع والجمع وغيرها ولا تنعدم إلا بانعدام الكل.

ومن هنا ظهر اعتبار الاتحاد في أحوال الثبوت والتعدد في أحوال الحرمان واضمحله ما قاله من أنه ينبغي أن يستويا في اعتبار الاتحاد والتعدد. ١٠

KISMET: ORTAK MALLARIN TAKSİMİ

Taksimden Sonra Ortaklardan Birinin Payını Eksik Aldığını İddia Etmesi

[Teshîl] Ortaklardan biri bütün hissesini aldığı beyan etse, sonra da hissesinden bir bölümün yanlışlıkla diğer ortakta kaldığını iddia etse, iddiasına delil getirmek durumundadır. Çünkü taksim yapıldıktan ve hisseler teslim alındıktan sonra fesih iddiasında bulunmaktadır. Bu ise ancak delil varsa kabul edilebilir. Eğer delil getirmezse diğer ortaklara yemin teklif edilir. Davacının hissesi ile yeminden kaçınan ortağın hissesi toplanır ve hisselerinin oranına göre aralarında taksim edilir. Zira ortağın yeminden kaçınmış olması yalnız kendisini bağlayan bir delildir. Dolayısıyla davacıya da yeminden kaçınan ortağa da iddialarına uygun bir tavır sergilenir. Aralarındaki taksim bozulur. Akabinde yeni bir taksim yapılır. *el-Hidâye* vb. eserlerde tenakuz sebebiyle davacının iddiasının dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Çünkü davacı [daha önce] hakkını tam olarak aldığı ikrar etmişti. Davacının iddiasının kabul edileceği rivâyeti şu gerekçeye dayanmaktadır: Davacı, uzmanın yaptığı taksime güvenerek hakkını tam olarak aldığı ikrar etmiştir. Daha sonra etraflıca düşününce onun bu işlemde hata yaptığı ortaya çıkmış ve davacıya hakkı ulaşmamıştır. Bu hakikat ortaya çıktığı için davacı önceki ikrarıyla muahaze edilmez ... Bir ortak hakkını aldığı ikrar etmese ancak “Benim hissem şurasıdır.” dese, yani “Benim payıma şurası düştü, ama ilgili yer bana teslim edilmedi.” dese ve hissesini aldığı ikrar etmese, ortağı da “Senin hissen iddia ettiğin yer değildir.” diyerek onu yalanlasa, her ikisi de yemin ederler ve taksim bozulur. Çünkü bunlar, taksim neticesinde iddiada bulunan ortağın eline geçen hissenin miktarı hakkında ihtilaf etmişlerdir. Bu durum satılan maldaki ihtilaf gibidir. Ancak iddiacı ortak, hakkını tam olarak aldığı ikrar ettikten sonra “Benim hissem şurasıdır.” iddiasında bulunursa, karşılıklı yeminleşme olmaz. Çünkü tenakuz dolayısıyla davası geçerli olmaz.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu daha önce geçen ilk meselenin aynısidir. Burada ilk meselede işaret ettiği, tenakuz nedeniyle davanın kabul edilmemesi gerektiği cevabını verdi. Burada verdiği cevapla da önceki meselede iki rivâyet olduğu ortaya çıkmıştır.

كتاب القسمة

ادعاء الشريك عدم استيفاء حظه بعد القسمة

[التسهيل] ولو قال: استوفيت كل حظي ثم ادعى وقوع شيء من حظه في يد الباقي من شركائه غلطاً فليبرهن لإدعائه فسحاً بعد وقوع القسمة والاستيفاء ٥ فلا يصدق إلا بالبينه وإلا أي إن لم يبرهن استحلف شركاؤه ويجمع بين حظ المدعي وحظ من نكل من شركائه فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لأن نكوله حجة في حقه خاصة فوجب أن يعاملا بزعمهما فيفسخ بينهما، وقال في الهداية: ونحوه ينبغي أن لا تقبل دعواه للتناقض. لإقراره بالاستيفاء، ووجه رواية قبول دعواه: أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره باستيفاء حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلم يصل إلى المدعي حقه فلا يؤخذ بذلك الإقرار ١٠ عند ظهور الحق... ولو لم يقر بالاستيفاء فادعى أن ذا حظي أي قال: أصابني إلى موضع كذا ولم يسلم إلي ولم يقر على نفسه بالاستيفاء كذبه شريكه أي قال: ليس حظك ما ادعيت تحالفا وتفسخ القسمة لأنهما اختلفا في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار كاختلاف في المبيع ولا تحالف لو أقر بالاستيفاء ثم ادعى أن ذا حظه الخ إذ لا يصح دعواه للتناقض. ١٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: هذه هي المسألة الأولى بعينها وأجاب هنا بما أشار إليه في الأولى من أنه ينبغي أن لا تقبل دعواه للتناقض فظهر بما أجاب هنا أن في المسألة الأولى روايتين.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Burada ilk meseleyle kastedilen daha evvel geçen, “Ortaklardan biri bütün hissesini aldığı beyan etse, sonra da hissesinden bir bölümün yanlışlıkla diğer ortakta kaldığını iddia etse, iddiasına delil getirmek durumundadır... *el-Hidâye* vb. eserlerde tenakuz söz konusu olduğu için davacının iddiasının dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülmüştür.” meselesidir. Ancak Şeyh’in “Önceki meselede iki rivâyet olduğu ortaya çıkmıştır.” sözünün kayda değer bir faydası yoktur. Zira bu husus daha önce geçen “Davacının iddiasının kabul edileceği rivâyeti şu gerekçeye dayanmaktadır.” sözünden anlaşılmaktadır. Eğer “Burada karşılıklı yemin edilmemesinin gerekçeleri arasında, tenakuz dolayısıyla davanın geçerli olmaması bulunmaktadır.” demiş olsaydı, *el-Hidâye*’de dendiği gibi birinci meselede davanın kabul edilmeyeceği rivâyetinin tercihe şayan olduğu açığa çıkardı. Şayet böyle söyleseydi daha uygun olurdu.

[فاضل أمير] نقول: المراد من المسألة الأولى ما مر من قوله: «ولو قال: استوفيت كل حظي ثم ادعى وقوع شيء من حظه في يد الباقي من شركائه غلطا فاليرهن. وقال في الهداية ونحوه: ينبغي أن لا تقبل دعواه للتناقض» انتهى. ولكن لا فائدة يعتد بها في قوله: «فظهر أن في المسألة الأولى روايتين»؛ لأن هذا فهم مما سبق من قوله: ووجه رواية قبول دعواه إلى آخره. فلو قال: إن من تعليل عدم التحالف هنا بعدم صحة دعواه للتناقض يظهر رجحان رواية عدم قبول دعواه في الأولى كما قال في الهداية لكان أولى.

İKRÂH: ZORLAMA VE TEHDİT

1. Mala El Koymak İkraha Sayılır mı?

[**Teshîl**] *el-Kunye* adlı eserde şu mesele yer almaktadır: “Bir zorba derebeyi, bir şahsa ‘Ya şu evi şu fiyata bana satarsın veya o evi senin hasmına veririm!’ dese, bundan dolayı ilgili şahıs evini zorbaya satsa; bu satım ikrah sebebiyle yapılmış bir satım olur. Bu hüküm, mükrehin vaki tehdidin gerçekleşeceğine dair kuvvetli kanaate sahip olması hâlinde geçerlidir. Bu mesele mala el koyma yoluyla da şer’an muteber olan bir ikrahın gerçekleşebileceğini göstermektedir. *el-Bahrûl-Muhît* adlı eserde de birbiriyle çelişen ifadeler yer almaktadır. Konuyla ilgili bulabildiğim nakil ancak bu kadarla sınırlıdır.”

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *et-Tatarhâniyye*’de ve diğer eserlerde mala el koymak suretiyle gerçekleştirilen ikrahın şer’an muteber olduğunu gösteren meseleler bulunmaktadır. Ayasuluği, *el-Mecma*’ şerhinin ikrah bölümünde mala el koymanın ikrah kapsamında olduğunu açıkça ifade etmiştir. Bu hususta şöyle demektedir: “Mala el koymak suretiyle uygulanan ikrah, şer’an muteber bir ikrahtır. Haram madde içirmek ve zina tehdidi ile uygulanan ikrah da muteber bir ikrahtır.” *el-İhtiyâr* adlı eserde ‘kerâhiyye’ bölümünde şu mesele yer almıştır: “Sultan ya da emir bir kimseyi bazı şeyleri sormak için çağırırsa bu kişi gerçeğin dışında bir şey söylememelidir. Ancak öldürülmekten, uzvunun telef edilmesinden veya malına el konulmasından korkuyorsa, o takdirde gerçek dışı beyanda bulunabilir. Zira o kişi mükrehtir.” Fakihler dediler ki, sultan yetimin vasîsini yetimin malını teslim etmediği takdirde şahsi malına el koymakla tehdit etse, vasî eğer malının bir kısmına el konulacağını ama kendisine de yeterli olacak kadar bir kısmın bırakılacağını biliyorsa, yetimin malını teslim edemez. Eğer teslim ederse, bunun mislini tazmin eder. Eğer vasî sultanın bütün mal varlığına el koyacağını biliyorsa, bu durumda mazur sayılır ve malı sultana teslim ettiği takdirde tazmin yükümlülüğü doğmaz. Kolluk gücü veya sultan, yetimin malına bizzat kendisi el koymuş ise bu ihtimallerin hiçbirinde vasînin tazmin yükümlülüğü yoktur. (*et-Tatarhâniyye*’den ve diğer eserlerden yapılan alıntı burada sona erdi.)

كتاب الإكراه

١ . الإكراه بأخذ المال

[التسهيل] وفي القنية: المتغلب لو قال لرجل: إما أن تبيع لي هذه الدار بكذا أو أدفعها إلى خصمك فباعها منه فهو بيع بإكراه لو غلب على ظنه تحقيق ما أو وعده. فهذه إشارة إلى أن الإكراه بأخذ المال إكراه متعبر شرعا، وفي البحر المحيط ألفاظ متعارضة الدلالة ولم أجد فيه رواية إلا هذا القدر.

[فاضل أمير] نقول: في التاتارخانية وغيره مسائل تدل على أن الإكراه بأخذ المال إكراه شرعي. وقد صرح الأياثلوغي في شرح المجمع بكونه إكراها في كتاب الإكراه حيث قال: «الإكراه بأخذ المال إكراه شرعي وأن الإكراه بإشرب الحرام أو الزنا إكراه» انتهى. وفي الاختيار في كتاب الكراهية: «ومن دعاه السلطان أو الأمير ليسئله عن أشياء لا ينبغي أن يتكلم بغير الحق أما إذا خاف القتل أو تلف عضو أو أن يأخذ ماله فحيثذ يسعه ذلك لأنه مكره» انتهى. وقالوا: «إن السلطان إذا هدد وصي يتيم بأخذ مال نفسه إن لم يسلم إليه مال اليتيم إن علم أنه يأخذ بعض ماله ويترك البعض وفي ذلك ما يكفيه لا يسعه التسليم فإن فعل ذلك ضمن مثله وإن علم أنه يأخذ جميع ماله فهو معذور لا ضمان عليه إن دفع إليه المال وإن أخذ الشرطي أو السلطان مال اليتيم بنفسه فلا ضمان على الوصي في الوجوه كلها» انتهى ما في التاتارخانية وغيره.

Burada kavranması gereken ince bir mesele vardır. O meseleye Kuhlîstânî, musannif Sadruşşerîa'nın "İkrah kişinin başkasına uyguladığı fiildir." ifadesini açıklarken temas etmiştir. Buna göre "Fiil hükmî eylemleri de kapsar. Nitekim mükrih bir kişinin öldürülmesini emretse ancak mükrehi herhangi bir şeyle tehdit etmese, ancak öldürme talimatını alan kişi, bağlamdan ve karînelerden ilgili şahsı öldürmediği takdirde emir verenin kendisini öldüreceğini veya bir organını keseceğini biliyorsa, bu uygulama muteber bir ikrahtır. Nitekim *ez-Zehîre*'de böyle geçmektedir." Buradan hareketle celladın öldürme eyleminde mükreh sayılacağı anlaşılır.

2. İkrahta Failin Alet Olarak Kabulü

[**Teshîl**] Yemek, içmek ve zina etmek gibi eylemlerde failin araç olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Öldürmek, darp etmek ve mal itlaf etmek gibi eylemlerde ise failin bir araç olarak değerlendirilmesi mümkündür. Fail araç olarak kabul edildiğinde failin mahallinde değişme oluyorsa fail sadece faile nispet edilir. İkrahaın gerçekleşebilmesi için böyle yapılır. Mesela ihramlı birine avlanması için baskı yapılması böyledir. Bu durumda fail azmettirenin aleti yapıldığında haksız failin mahalli azmettirenin ihramlı olması olur ve ikrah gerçekleşmez.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu meselede failin alet olarak kabul edilmesi ikrahaın gerçekleşmesini engellemez. Burada varılacak sonuç failin gereğinin, ikrahaın karşılığı olarak azmettirenine ödetilmesi. Böyle yapılması ikrahaı gerçekleştirir ve failin araç kabul edilmesi buna engel olmamış olur. Nitekim birinin öldürmeye ikrah edilmesinde de durum aynıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Şeyh'in bu sözleri usûl imamlarının bu meseleyle ilgili değerlendirmelerinin farkında olmamaktan kaynaklanan bir hatadır. Bu meseleyle ilgili sağlıklı değerlendirmeye ulaşmak istiyorsan şimdi zikredeceğimiz hususlara iyi kulak vermelisin. Öncelikle bil ki Şeyh'in metinde yer verdiği ve failin, azmettirenin aleti olarak kabul edilmesi hâlinde haksız fail mahallinin değişeceğine örnek olarak gösterdiği mesele, hem azmettirenin hem failin ikisinin de ihramlı olması hâlinindedir. Zira mahallin değişmesi ancak bu durumda mümkün olur. Nitekim *et-Telwîh*'te Fahrüslâm'dan naklen şu ifadeler yer almaktadır: "Bir ihramlı bir başka ihramlıya av hayvanı öldürmesi için ikrah uygulasa, mükreh de hayvanı öldürse, ceza faille sınırlı kalır. Zira azmettiren, faili kendi ihramına karşı suç işlemeye zorlamıştır. Eğer fail, azmettirenin aleti olarak kabul edilirse suçun failin değil azmettirenin ihramına karşı işlenmiş olması gerekir. Bu durumda yapılması için zorlanan şey yapılmamış, dolayısıyla da ikrah gerçekleşmemiş olur."

وهنا مهمة لا بد من محافظتها وهي ما قال القهستاني عند شرح قول المصنف:
الإكراه فعل يوقعه بغيره: «والفعل يتناول الحكمي كما إذا أمر بقتل رجل ولم
يهدده بشيء إلا أن المأمور يعلم بدلالة الحال أنه لو لم يقتله لقتله الأمر أو قطعه
فإنه إكراه كما في الذخيرة» انتهى. ومنه فهم أن الجراد مكره في قتله.

٥ . ٢ . جعل الفاعل آلة في الإكراه

[التسهيل] ولا يحتمله بعض الأفعال كأكل وشرب وزنا ويحتمله بعضها كقتل
وضرب وإتلاف مال فلو لزم من كون الفاعل آلة تبديل المحل يقتصر على فاعله
أيضا ليتحقق الإكراه كإكراه المحرم على الصيد فإنه لو جعل الفاعل آلة للحامل
يصير محل الجنائية إكراه الحامل فلا إكراه.

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: جعله آلة لا ينافي تحقق الإكراه. غايته: أن موجب
الفعل يجعل على الحامل جزاء لإكراهه وهذا يحقق الإكراه ولا ينافيه كما في
الإكراه على القتل.

[فاضل أمير] نقول: هذا الكلام منه ذهول عن تحقيق أئمة الأصول في هذا
الباب وإن شئت العثور على تحقيق المقام فاسمع لما نتلو عليك. فاعلم أولا: أن
١٥ ما نقله في المتن وأورده مثالا لتبدل محل الجنائية إذا جعل الفاعل آلة للحامل
هو ما كان الحامل والفاعل كلاهما محرمين؛ لأن التبدل إنما كان في هذه الصورة
حيث قال في التلويح نقلا عن فخر الإسلام: «إذا أكره محرم محرما على قتل
الصيد فقتله يقتصر على الفاعل؛ لأن الحامل إنما أكرهه على الجنائية على إكراه
نفسه، فلو جعل الفاعل آلة للحامل للزم الجنائية على إكراه الحامل لا إكراه
٢٠ الفاعل فلم يكن آتيا بما أكرهه عليه فلا يتحقق الإكراه». انتهى.

Buradan da bir ihramlının diğer ihramlıyı avlanmaya zorlamasıyla, bir kişinin bir başkasını öldürmeye zorlanması arasındaki fark ortaya çıkmış olur. Zira metinde fıkıhçıların “Bu durumda azmettirenin ihramlı olması, haksız fiilin mahalli hâline gelir ki neticede ikrah gerçekleşmez.” ifadesine yer verdikten sonra “Bu durum ikrahi gerçekleştirir.” ifadesini kullanması, Şeyh’in Hanefî âlimlerinin usûl kaynaklarına başvurmadığının bir delilidir. Kaynaklara gerektiği ölçüde başvurmanın ve keskin zekanın sonuçlarına aşırı güvenmenin yol açtığı olumsuzlukları dile getirmek beyan yetisinin sınırlarını aşan bir şeydir.

3. İhramsız Birinin Harem Bölgesinde Avlanmaya Zorlanması

[**Teshîl**] İhramsız birinin harem bölgesinde avlanması farklı hükme tabidir. Bunun müeyyidesi, keffâret değil tazminat niteliğindedir. Avı öldürenin sayısı kadar tazminat ödenmesi gerekmez. Bu durum taksirli eylemle ölüme neden olma gibidir. Birden fazla kişi taksirli eylemleriyle birinin ölümüne neden olsalar, tek bir diyet ve kişi sayısınca keffâret gerekir. Zira tazmin edilen mahal tektir. Ancak her bir fail günahkâr olmuştur.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu durumda ihramsız bir kişiye harem bölgesinde avlanması için baskı yapılırsa tazminatı failin değil azmettirenin ödemesi gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: el-Ahsikesî'nin usûlünün şerhi olan *et-Tabkîk*'te şöyle denilmiştir: “İki ihramsız kişi harem bölgesinde bulursa, biri diğerini öldürmekle tehdit etse keffâret ödemekle mükrih yükümlü olur. Çünkü bu müeyyide malın tazmini hükmündedir. Ancak hapse atmakla tehdit etse keffâret ödemekle sadece öldüren yükümlü olur. Bu da malın tazmini gibidir.” Buradan anlaşılmaktadır ki zikrettiği mütalaa Şeyh'in kendi çıkarımının ürünüdür. Bu da fıkıh âlimlerimizin beyanlarıyla bir bakıma uyum içerisindedir. Ancak tafsilat gerektiren yerde hükmü mutlak olarak zikretmesi, Şeyh'in usûl kaynaklarına başvurmamasının neticesidir.

ومن هنا ظهر فرق واضح بين إكراه محرم محرماً على الصيد وبين إكراه رجل على قتل رجل. وإن قوله: وهذا يحقق الإكراه بعد أن نقل في المتن قولهم: «يصير محل الجناية إحرار الحامل فلا إكراه» دليل على أنه لم يراجع إلى أصول أصحابنا ومفاسد قلة المراجعة ووفرة الاعتماد على ما سمحت به القريحة مما لا يحيطه نطاق البيان. ٥

٣. إكراه الحلال على قتل صيد الحرم

[التسهيل] بخلاف الحلال في صيد الحرم فإن جزاءه ضمان لا كفارة فلا يتعدّد بتعدد القاتل كيد الخطأ فإنهم لو قتلوا رجلاً خطأ تتعدّد الكفارة لا الدية لتعدّد الأثام لا المحلّ

١٠ [الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا لو أكره الحلال على قتل صيد الحرم ينبغي أن يجب الجزاء على الحامل لا على القاتل.

[فاضل أمير] نقول: قال في التحقيق شرح الأخسكتي: «ولو كانا حلالين في الحرم وقد توعدّه بالقتل كانت الكفارة على المكره؛ لأن هذا الجزاء في حكم ضمان المال. ولو توعدّه بالحبس كانت الكفارة على القاتل خاصة بمنزله ضمان المال» انتهى. فعلم منه أن ما ذكره على أنه تفقه منه لا يخلو عن نوع موافقة بما قال به الأئمة^١ ولكن كان إطلاقه في محل التقييد من عدم مراجعته إلى الأصول.

4. Bir Kişinin Öldürücü Eylemlere Zorlanması

[Teshîl] Bir kimse bir başkasını yüksek bir yerden atmaya zorlan-
sa, Ebû Hanîfe'ye göre mağdurun diyeti azmettirenin âkilesi tarafından
ödenir. Zira bu eylem, bir kimsenin ağır bir cisimle öldürülmesiyle aynı
5 hükme tabidir. Ebû Yûsuf'a göre diyet azmettirenin kendi malından
ödenmelidir. Zira bu eylemde de şüphe bulunmaktadır. Muhammed'e
göre ise azmettiren kisas uygulanmalıdır. Bir kimse yüksek bir yerden
atlamak, derin bir suya girmek, ateşe girmek vb. can kaybına yol açabi-
lecek eylemlerden birini yapmaya zorlansa, Ebû Hanîfe'ye göre o kişi
10 isteneni yapmak ya da direnmek konusunda muhayyerdir. Zira her iki
eylemle de kişi kendi hayatını sona erdirmek için çabalamış olmaktadır.
Bu iki eylem eşit olduğundan Ebû Hanîfe'ye göre kişi en hafif bulunduğu
seçeneği uygulamalıdır. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise kendini öl-
dürmek için çaba gösterme durumuna düşmektense sabredip direnmesi
15 daha uygundur. Eğer atlamak, suya dalmak vb. eylemleri yapar da ölürse
Ebû Hanîfe'ye göre mükrihe kisas uygulanır. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e
göre ise kişi kendi hayatını sona erdirmeyi tercih etmiştir. Dolayısıyla
kisas uygulanmaz.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Ebû Hanîfe'ye nispet edilen mükrihe
20 kisas uygulanacağı görüşü, ateşe atlama meselesinde açıktır. Ancak yük-
sekten atlama ve suya dalma meselelerinde birtakım sorunlar vardır. Zira
Ebû Hanîfe'ye göre boğmak, yüksekten atmak vb. yollarla birini öldür-
mek kastın aşılması (şibh-i amd) kapsamındadır. Bunun müeyyidesi de
âkile tarafından ödenmesi gereken diyettir. Bu konu cinâyât kitabının
25 baş taraflarında geçmişti. Bu durumda mükrihin hükmü de fail ile aynı
olmalıdır. Burada zikredilen hüküm, orada zikredilen hükümle uyuşma-
maktadır. Ayrıca biraz evvel zikredilen, "Bir kimse bir başkasını yüksek
bir yerden atmaya zorlansa, Ebû Hanîfe'ye göre mağdurun diyeti, azmet-
tirenin âkilesi tarafından ödenir." meselesine de aykırıdır. Ya bu meseleyi
30 bir istisna olarak değerlendirmek ya da Ebû Hanîfe'den bu konuda iki
görüş bulunduğunu kabul etmek gerekir.

٤ . الإكراه بإهلاك نفسه.

[التسهيل] ولو أكره على تَرَدِّ فديته على عاقلة الحامل عند أبي حنيفة إذ حكمه حكم المثقل، فيجعلها أبو يوسف في ماله لما مر من الشبهة وأقاده م. ولو أكره على ترد أو عبور ماء أو نحوه كدخول النار من المهلكات فهو مخيّر عند أبي حنيفة فعَلْ أو صَبَرِ إذ كل من الفعل سعي في إهلاك نفسه فاستويا فله ٥ اختيار الأهون عنده، أمراه بالصبر لئلا يسعي في هلاك نفسه، ولو فعَل ما مرّ من التردّي وعبور الماء ونحوه فالمُكْرِه يقاُد عند أبي حنيفة، لهما اختياره إهلاك نفسه فلا قوَد.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ما نُسب إلى أبي حنيفة من أن المكره يقاُد ظاهرًا في النار لا في الماء والتردي إذ القتل بنحو تغريق وإلقاء من علو شبه عمدٍ عنده فموجبُه الدية على العاقلة لا القوَد كما مرّ في أوائل الجنايات فينبغي أن يكون حكم المكره كالفاعل فما دُكر هنا ينافي ما دُكر ثمة وكذا ينافي ما دُكر قبيل هذا من أنه لو أكره على تَرَدِّ فديته على عاقلة الحامل عند أبي حنيفة فينبغي أن يخصّص هذا ويحتمل أن يكون عن أبي حنيفة روايتان.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Hâniyye* ve *et-Tatarhâniyye* adlı eserlerde sultanın bir kişiyi kendisini ateşe atması için zorlamasıyla alakalı bir mesele zikredilmiştir. Kişi kendisini ateşe atar ve ölürse, Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşüne göre azmettiren kisas uygulanmalıdır. Daha sonra kendisini dağın zirvesinde atmaya zorlanan kişinin meselesi zikredilmiştir. Burada da Ebû Hanîfe'ye göre azmettirenin ailesi diyet ödemekle yükümlü olmaktadır. Suya atlamaya zorlanan kişiyle ilgili meselede de Ebû Hanîfe'ye göre yine azmettirenin ailesi diyet ödemekle yükümlü olmaktadır. Nitekim o kişiyi bizzat suya atsaydı, aynı yükümlülük söz konusu olacaktı. (Her iki eserden yapılan alıntı burada sona ermiştir.) Baktığımız şerhlerde de aynı hükümler bulunmaktadır.

Buradan da anlaşılmaktadır ki Ebû Hanîfe bu meselelerde kendi benimsediği prensibe uygun davranmıştır: “Eğer amden katil kapsamında bir eylem için ikrah uygulanmışsa, müeyyide kısıstır. Mesela ateşe girmesi için birine ikrah uygulanması bu kapsamdadır. Eğer ağır bir cisimle öldürme kapsamında bir eylem için ikrah uygulanmışsa, müeyyide âkilenin diyet ödemesidir. Yüksek bir yerden atlaması ya da suya atlaması için birine ikrah uygulamak bu kapsamdadır.” Şeyh metinde Ebû Hanîfe'nin kasıtlı öldürme için uygulanan ikrah ve yüksek yerden atlamak için uygulanan ikrahla ilgili görüşünü açıkladıktan sonra “Eğer atlamak, suya dalmak vb. eylemleri yapar da ölürse Ebû Hanîfe'ye göre mükrihe kisas uygulanır.” ifadesine yer vermesi, “Ebû Hanîfe'ye göre o kişi isteneni yapmak ya da direnmek konusunda muhayyerdir.” ifadesinden kaynaklanan bir vehmi gidermek içindir. İlgili vehim de kişi o eylemi kendi ihtiyarıyla yaptığı için, kisasın da diyetin de düşeceğinin zannedilmesidir. Eğer şöyle deseydi daha açık olurdu: “Eğer kişi bu eylemleri yaparsa, azmettiren müeyyidesi kisas olan durumlarda kisas edilir, müeyyidesi diyet olan durumlarda ise diyet ödenir.” Ancak Şeyh, kisasın düşmeyeceğini söylediği için diyetin düşmeyeceğini söyleme ihtiyacı duymadı. Zira şüphe karşılığında düşen bir niteliğe sahip olan kisas düşmediğine göre şüphe karşılığında düşmeyen bir niteliğe sahip olan diyetin de düşmemesi evleviyetle gerekli olur.

[فاضل أمير] نقول: قد ذكر في الخانية والتاتارخانية مسألة إكراه السلطان

رجلا على إلقاء نفسه في النار وألقى ومات بأن على الأمر القصاص في قول

أبي حنيفة ومحمد ثم ذكرا مسألة الإكراه على إلقاء نفسه من شاهق الجبل

بأن فيه تجب الدية على عاقلة الأمر عند أبي حنيفة وذكرنا مسألة الإكراه على

الإلقاء في الماء بأن فيه الدية على عاقلة الأمر عند أبي حنيفة كما لو ألقاه ٥

الأمر بنفسه انتهى. وكذا فيما روينا من الشروح.

فظهر منه أن الإمام مشى على أصله في هذه المسائل وهو وجوب القود

فيما كان الإكراه على ما هو في حكم القتل العمد وهو الإكراه على الإلقاء

في النار ووجوب الدية على العاقلة فيما كان الإكراه على ما هو في حكم

القتل بالمثل وهو الإكراه على التردى وعلى الإلقاء في الماء فما نقله في ١٠

المتن من قوله: «ولو فعل فالمكره يقاد» بعد بيان قول الإمام في الإكراه على

القتل العمد وفي الإكراه على التردى لدفع وهم ينشأ من قوله: فهو مخير عند

أبي حنيفة وهو توهم سقوط القود وسقوط الدية لفعله اختيارا فكان الظاهر

أن يقول: ولو فعل فالمكره يقاد فيما كان موجه القود وتجب الدية فيما كان

موجه الدية ولكنه اكتفى بذكر عدم سقوط القود عن ذكر عدم سقوط الدية ١٥

لأن القود إذا لم يسقط مع كونه مما يسقط بالشبهة فلأن لا تسقط الدية وهي

مما لا تسقط بالشبهة يلزم بالطريق الأولى.

5. İkrahlâ Allah'tan Başkasına Secde Etmek

[**Teshîl**] Bir kimseye peygamberimiz Hz. Muhammed'e sövmesi ya da haça secde etmesi için baskı yapılırsa, o da "Bu eylemleri yaparken aklıma Allah'a secde etmek ve bir başkasına sövmek geldi. Ben de bu niyetle yaptım." dese, eşi kazâen ayrılmış kabul edilir. Ancak aklına geldiği hâlde bu niyeti yapmazsa, eşi hem diyâneten hem de kazâen ayrılmış kabul edilir. Zira aklına geleni uygulayarak, içinde bulunduğu durumdan sıyrılma imkânı olduğu hâlde bunu yapmamıştır. Dolayısıyla o eylemi isteyerek yapmış olur. *el-Mebsût* adlı eserinde es-Serahsî şöyle demektedir: "Bu mesele Allah'tan başkasına tazim amacıyla aklına herhangi bir çare getirmeden, secde etmenin küfür olduğunu göstermektedir."

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu konuda şöyle bir itiraz ileri sürülebilir: Yukarıdaki meselede kişi aklına Allah'a secde etmek geldiğini ve o niyetle secde ettiğini söylediğinde eşi kazâen ayrılmış kabul edilmektedir. Bu ise ilgili secdenin ibadet secdesi olduğunu gösterir. O kişi bu secdeyi Allah'a yönlendirdiğini iddia etmekte, ancak kazâen bu iddia kabul edilmemekte ve eşi ayrılmış olmaktadır. Bu Allah'tan başkasına ibadet secdesi yapmanın küfür olduğunu gösterir. Buradan tazim secdesinin küfür olduğu sonucu nasıl çıkar? Bu itiraza şu cevap verilebilir: Aklına çare gelip de buna niyet etmediğinde eşinin ayrılmış sayılması, tazim secdesinin küfür olduğunu gösterir. Zira bu çareyi uygulamadığında ortada kalan salt olarak haça secde etmektir. Bu durumda karısı kazâen ve diyâneten ayrılmış olduğuna göre ilgili eylemin diyâneten de inkâr sayıldığı anlaşılır. Farklı bir niyetle eylemi yönlendirme imkânı varken o kişi haça secde etmiştir. İbadet secdesi yapmamıştır. Ancak tazim kastı olmasa dahi kendi iradesiyle haça salt olarak secde ettiği için küfürüne hükmedilmiştir. Bu durumda Allah'tan başkasına tazim amaçlı secde edenin kâfir olacağı hükmü evleviyetle sabit olur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Verilen cevabın özeti şudur: Kişi haça secde ettiği anda Allah'a secde etmeye niyet etmediği takdirde ya ibadet niyetiyle haça secde etmiş olur ya da tazim niyetiyle haça secde etmiş olur yahut hiçbir şeye niyet etmemiş olur. Hiçbir şeye niyet etmediği hâlde kâfir olduğuna göre tazim niyetiyle secde ettiği takdirde evleviyetle kâfir olur.

٥ . السجود لغير الله تعالى للتعظيم كفر

[التسهيل] لو أكره على سبِّ محمدٍ نبينا عليه السلام أو على سجود صليبٍ ففعل وقال: خطر لي السجود لله وسبُّ غيره ونويْتُ ذلك تبين حكماً أي قضاءً ولو لم ينو تبين حكماً وديانةً لتمكُّنه من دفعه بما خطر ولم يفعل فكان مختاراً. وقال في المبسوط: «تدل هذه المسألة على أن السجود لغيره تعالى للتعظيم كفر» ٥ وإن لم يخطر بباله شيء.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: لما قال: خطر لي السجود لله ونويْتُ وبانت الخ دل على أن سجدة العبادَة وادعى تحويلها لله تعالى فلم يصدّق في التحويل قضاءً فبانت وهذا يدلُّ على أن سجدة العبادَة لغيره تعالى هي الكفرُ فمن أين يلزم أن تكون سجدة التعظيم كذا؟ أقول: بينوتها عند الخطور وعدم النية تدلُّ على أن سجدة التعظيم كفرٌ لأنه إذا لم يعمل بذلك الخاطر بقي مجرداً السجدة للصليب فإذا بانت بها امرأته قضاءً وديانةً دلَّ على أنها كفرٌ ديانةً أيضاً وقد صدر منه السجدة للصليب مع إمكان التحويل بالنية ولم يصدر منه سجدة العبادَة فحكم بكفره بمجرد السجدة للصليب مختاراً وإن لم يقصد تعظيمه فلئن يكفر بالسجود لغيره تعالى للتعظيم أولى. ١٥

[فاضل أمير] نقول: خلاصة الجواب: إذا لم ينو السجدة لله تعالى فيما سجد للصليب؛ إما نوى سجدة الصليب عبادة أو تعظيماً أو لم ينو شيئاً فإذا كفر فيما لم ينو شيئاً أصلاً يكفر فيما نوى التعظيم بالطريق الأولى.

SİYER: SAVAŞ HUKUKU

1. Savaş Vergisi Koymak

[**Teshîl**] Hazineye yeterli kaynak olduğunda *cu'l* [savaş vergisi] uygulanması mekruhtur. Aksi takdirde ihtiyaç dolayısıyla mekruh olmaz. Bir görüşe göre ihtiyaç bulursa dahi *cu'l* mekruhtur. Zira bu ibadet için ücret almaya benzemektedir. Bu görüşe, 'yapılan uygulamanın mal ile cihad ve yardım kapsamında olduğu, ücret mahiyeti taşımadığı' şeklinde cevap verilmiştir.

Cu'l, bir işçiye yaptığı iş karşılığı verilen şeydir. Burada kastedilen ise şudur: Hazineye yeterli kaynak olduğu müddetçe devlet başkanı, askeri güçlendirmek amacıyla mali durumu yerinde olanlara -rıızaları olmaksızın- maddi bir külfet yüklemeyebilir. Ama hazineye bir şey yoksa bunu yapabilir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu hükümden hareketle zamanımızda reâyâdan *avâriz* ve *nüzûl* adı altında vergi alınmasının câiz olacağı da tespit edilmiş olur. Ancak bu uygulamanın câiz olmasının şu şartlara bağlı olacağı da açıktır: Beytül-mâlde askerin teçhizine yetecek kadar mal bulunmamalıdır. Ayrıca halktan vergi alma ihtiyacı ortaya çıktığında, ihtiyaç sahibi fakir kimselerden değil, zenginlerden alınmalıdır. Nitekim Şeyh'in 'mâlî durumu yerinde olanlara' ifadesi bunu gösterir.

Ayrıca Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinin 'Şirb: Sulama Hakkı' bölümünde geçen şu ifadeler de bu hususu destekler: "Beytül-mâlde bir şey kalmadığında devlet başkanı insanları kanal açmaya mecbur tutabilir. İşçiler bu işte bizzat çalışır. Zenginler de onların masrafını karşılar. Asker teçhizinde de hüküm böyledir." Ancak vergi toplayan görevliler bu nakle aldanmasınlar ve günümüzde yapmış oldukları uygulamalara ruhsat verildiğini zannetmesinler. Sa'dî Efendi'nin Timurtâşî'den naklettiği şu söz ortada dururken nasıl böyle bir zanna kapılabilirler: "Devlet başkanı, tazmin etmek şartıyla bu uygulamayı yapabilir. İhtiyaç ortadan kalktığında, el konulan mallar mevcut ise sahiplerine aynen iade eder; değilse kıymetini öder."

كتاب السير

١. حكم الجُعل

[التسهيل] وكُره الجُعل إن وُجد فيءٌ وإلا لا للحاجة، قيل: كُره أيضًا لشبهه بأجرة الطاعة، أوجب بأنه جهادٌ بالمال وإعانةٌ لا أجرة.

٥ الجعل ما يجعل للعامل على عمله والمراد أنه إذا كان في بيت المال شيء لا يجعل الإمام على أرباب الأموال شيئًا من غير طيب أنفسهم يتقوى به الغزاة، إما إذا لم يكن فيه شيء فله أن يفعل ذلك.

[فاضل أمير] نقول: استفد منه جواز ما أخذ من الرعايا في زماننا هذا مسمى باسم العوارض والنزل ولكن لا يخفى أن جواز الأخذ منهم مشروط بأن لا يكون من المال في بيت المال قدر ما يكفي لتجهيز الجيوش وبأنه إذا احتيج إلى الأخذ من الناس لا يؤخذ من الفقراء المحتاجين بل يؤخذ من الأغنياء كما دل عليه قوله: «على أرباب الأموال».

وما في كتاب الشرب من شرح المجمع للأياتلوعي من قوله: «وإن لم يكن في بيت المال شيء يجبر الإمام الناس على الكري فيباشره العملة ويرزقهم الأغنياء كما في تجهيز الجيش» انتهى. فلا يغرن العملة الجامعون بهذا النقل ولا يظنن أنهم مرخصون في صنعهم الذي يصنعون اليوم كيف وقد قال الفاضل سعدي أفندي ناقلا عن الإمام التمرتاشي: «وللإمام ذلك بشرط الضمان فإذا زالت الحاجة يرد إلى صاحبه إن كان قائما وإلا فقيمته».

2. Esirlerin Karşılıksız Serbest Bırakılması veya Öldürülmesi

[**Teshîl**] Esirleri karşılıksız serbest bırakılmasını (menn), gazilerin hakkından dolayı câiz görmeyiz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu görüş esirlerin öldürülmesini câiz gören görüşle çelişmektedir. Gazilerin hakkı söz konusu olduğu hâlde esirleri öldürmek câiz olabiliyorsa karşılıksız serbest bırakmak da câiz olmalıdır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Karşılıksız serbest bırakmanın câiz olmaması *el-Mecma'* şerhinde ve *el-İhtiyâr*'da şu gerekçeye dayandırılmıştır: "Esirler üzerinde gazilerin hakkı sabittir. Bu hakkın bir ivaz olmadan ıskât edilmesi câiz değildir." Karşılıksız salıverme ile öldürme arasındaki fark bu gerekçeden anlaşılmaktadır. Zira esirlerin öldürülmesinde gaziler açısından bir ivaz ve menfaat söz konusudur. O da muharip kâfirlerin gücünün kırılması ve şerhlerinin özelde gazilerden, genelde bütün Müslümanlardan uzaklaştırılmasıdır. Uygun olan, Şeyh'in metinde 'gazilerin hakkından dolayı' ifadesinden sonra 'Bu hakkın bir ivaz olmaksızın ıskât edilmesi câiz değildir.' cümlesine yer vermesiydi. Nitekim diğer şerhlerde böyle geçmektedir. Şârihlerin vazifesi de zaten budur.

3. Dâruharpte Müslüman Olan Kişinin Tebean Köleliği

[**Teshîl**] Bir kimse esir alınmadan önce dâruharpte Müslüman olmuşsa kendini ve küçük çocuğunu, kendi yanındaki ve orada bir Müslümanın ya da zimmînin yanında emanet olan menkul mallarını kurtarmış olur. Savaşan kölesi, büyük çocuğu ve karısı bu hükmün dışındadır. Çünkü bunlarla arasında bir tâbîlik ilişkisi bulunmamaktadır. Karısı hamile olduğu takdirde karnındaki çocuk da annesinin hükmüne tabi olur. Şâfiî ise ceninin de tıpkı küçük çocuk gibi babaya tabi olarak Müslüman sayılacağını savunmaktadır. Cevap olarak onun Müslümanlığının köleliğe aykırılık teşkil etmeyeceği söylenebilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu cevaba, esir alınmadan önce Müslüman olmanın köleliğe aykırılık teşkil edeceği ileri sürülerek mukabele edilebilir.

٢. حكم المن والقتل

[التسهيل] ولا نجيز المَنَّ لحق الغزاة

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل به قتلهم فإنه يجوز مع حق الغزاة فليكن المن كذلك.

٥ [فاضل أمير] نقول: قد علل عدم جواز المن في شرح المجمع والاختيار «بأنه

ثبت حق الغانمين فلا يجوز إسقاطه بغير عوض» انتهى. فحصل منه الفرق بين

المن والقتل؛ لأن في قتلهم عوضاً ومنفعة للغانمين وهو كسر شوكة المحاربين

من الكفار ودفع شرهم عن الغانمين خاصة بل عن كل المسلمين عامة فكان

المناسب أن يقول بعد قوله في المتن: «لحق الغزاة»: فلا يجوز إسقاطه بغير

١٠ عوض كما في سائر الشروح على ما هو وظيفة الشراح.

٣. استرقاق المسلم تبعاً

[التسهيل] ولو أسلم في دار الحرب قبل الأسر أحرز نفسه وطفله وكل مال

معه أو ودیعة عند مسلم أو ذمیّ ثمة لا قنّه المقاتل وولده الكبير وزوجته لعدم

التبعية. ونجعل حَمَلَهَا كهي تبعاً لها، وللشافعي إسلامه تبعاً له كطفله. أوجب:

١٥ بأن إسلامه لا ينافي الرق.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يمكن أن يرد هذا الجواب بأن الإسلام قبل الأسر

ينافي الرق.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh'in bu yorumu Şâfiî'nin görüşünü teyit etmektedir. Ancak bu yorum ne uygun ne de sahihtir. Çünkü kendisinin de belirttiği Müslüman olmak, köleliğin ilkten tesisine engel teşkil eder; ancak mevcut köleliğin devamına engel teşkil etmez. *Tebyînu'l-Hakâik*'te şu ifadeler yer almaktadır: “Müslüman tebeyyet yoluyla köle olabilir. Nitekim bir câriyenin, efendisinden olmayan çocuğunun statüsü böyledir. Bu durum tâbi olan için köleliğin sürmesi menzilesindedir. Müslüman olmak, köleliğin devamına engel teşkil etmemektedir.” *el-Bedâi*'de ise şu değerlendirme yer almaktadır: “Dârulharpte Müslüman olan kişinin kâfir çocukları fey olur; anne karnındaki çocuğu ise babasına tabi olarak Müslüman, annesine tabi olarak köle kabul edilir. Burada bir problem bulunmaktadır. O problem de bu uygulamanın bir Müslüman için ilk defa kölelik tesisi mahiyetinde olmasıdır. Bu ise imkânsızdır. Bu probleme şu cevap verilir: İmkânsız olan şey, hakikaten Müslüman olan bir kişi hakkında ilk defa kölelik tesisidir. Varlığı ve Müslümanlığı hükmen sabit olan cenin hakkında ise bu imkânsız değildir.”

4. Savaşsız Alınan Malların Hükümü

[Teshîl] Belli bir caydırıcı gücü olmayan yani mevcutları yediden az olan bir grup, devlet başkanının izni olmaksızın düşman ülkesine girse, ele geçirdikleri malda beşte bir kuralı uygulanmaz. Zira ortada ganimet yoktur. Aldıkları mal galip gelerek zorla değil, ihtilas ve hileyle alındığı için ganimet sayılmaz, dolayısıyla da beşte biri alınmaz. Şâfiî ise aldıkları malın galip gelerek alındığını, dolayısıyla ganimet olduğunu ve beşte bir kuralının uygulanacağını savunmaktadır. Eğer durum farklıysa, yani izinsiz çıkan birlik güçlü ise ya da güçlü olmamakla beraber izinle çıkmışlarsa, beşte bir kuralı uygulanır. İzinle çıkmış olsalar bile güçsüz birliklere bu kuralın uygulanmayacağı da söylenmiştir. Bu görüşe şu cevap verilir: İzin vermek, destek garantisi demektir. Bu durumda akın devlet başkanının gücüyle yapılmış olur ve alınan mal da ganimet olur.

Müslümanların üzerine binek sevk ederek, ancak savaşsız olarak elde ettikleri mallar beşe bölünmez. Ganimet olmadığı için haraç vergisinin harcanacağı yerlere harcanır. Şâfiî ise bu malları ganimet gibi değerlendirir. Ona göre bunlar beşe bölünür. Beşte dördü Hz. Peygamber'in (sav) payı olur.

[فاضل أمير] نقول: كأن هذا تأييد منه لما ذهب إليه الشافعي ولكنه ليس بلائق ولا صحيح لأنه قد صرح بأن الإسلام ينافي الاسترقاق ابتداء ولا ينافي الاسترقاق بقاء وقال في التبيين: «المسلم يسترق تبعا كولد الجارية من غير مولها فكان هذا ينافي حق التبعية بمنزلة البقاء والإسلام لا ينافي بقاء الرق» انتهى. وقال في البدائع: «وأما أولاده الكفار فيكونون فيئا وولده الذي في البطن فهو مسلم تبعا لأبيه ورفيق تبعا لأمه وفيه إشكال وهو أن هذا إنشاء الرق على المسلم وأنه ممتنع. والجواب أن الممتنع إنشاء الرق على من هو مسلم حقيقة لا على من هو له حكم الوجود والإسلام.

٤. حكم ما أخذ من غير قتال

[التسهيل] ولو دخل دراهم غير ذي مَنَعَةٍ أي دون سبعة بلا إذن الإمام لم نُخَمِّس ما أُخِذَ إذ لا غنيمَةٌ لأن أخذهم باختلاسٍ وحيلةٍ لا بقهرٍ فلا غنيمَةٌ فلا خمس، وللشافعي أنه بقهرٍ فكان غنيمَةٌ فيخمس وإلا أي إن لم يكن كذلك بل كانوا ذا منعةٍ ولو بلا إذن الإمام أو كانوا غير ذي منعةٍ لكن بإذن الإمام خمس، قيل: لا يخمس لو غير ذي منعةٍ ولو بإذن الإمام. أجيب: بأن الإذن التزامٌ للنصرة فكان بقوة الإمام فكان غنيمَةٌ.

ولم نُخَمِّس ما أُوجِفَ عليه المسلمون بلا قتالٍ، فيصرف كخراجٍ إذ لا غنيمَةٌ، وللشافعي عبرةُ الغنيمَةِ فيخمس عنده وأربعةُ أخماسه للنبي عليه السلام.

“Îcâf” (ایجاف) kelimesi ‘çokça seğirterek yürümek’ anlamındadır. Farsçada ‘بتاختن رفتن’, Türkçede ise ‘yürütmek’ anlamına gelmektedir. Cizyenin ve ahalsinin sürgün edildiği arazilerin hükmü hakkında da aynı ihtilaf geçerlidir. Yani Şâfiî’ye göre ganimete kıyasla beşe bölünür. Bize göre ise beşe bölünmez. Zira Hz. Peygamber de Hz. Ömer de Muâviye de cizye almış ama bunu beşe bölmemiştir. Zira alınan mal, savaş olmaksızın Müslümanların caydırıcı gücüyle alınmıştır. Bu mal Müslümanlara duyulan korku neticesinde elde edilmiştir. Ganimetin durumu farklıdır. Ganimet hak sahiplerinin bizzat savaşmasıyla ve Müslümanların gücü ile alınmıştır. Beşte bir, Müslümanların caydırıcı gücünden kaynaklanan korkunun karşılığıdır. Ganimet sahipleri ise bizzat savaşıkları için hak sahibi olmuşlardır. Bu iki sebebin neticesi olarak ganimet beşe bölünmüştür. Cizyede ve Müslümanların savaşız elde ettikleri mallarda ise bir sebep bulunmaktadır. Bu da savaş olmaksızın, Müslümanların caydırıcı gücünden duyulan korkudur. Dolayısıyla malın beşe bölünmesini gerektirecek bir durum yoktur.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu izah metinde geçen ‘Devlet başkanının gücüyle elde edilen mal beşe bölünür.’ ifadesiyle çelişmektedir. Nitekim caydırıcı güce sahip olmayan bir birlik, izinle akına çıkarsa elde edilen mal ganimet sayılır ve beşe bölünür. Savaşız mal elde edenler, caydırıcı güce sahiptir. Bunun yanında devlet başkanının izni de vardır. Nasıl olur da elde geçirdikleri mal ganimet olmaz? Bilakis bunun evleviyetle ganimet sayılması gerekir. Cevap olarak, daha önce geçen meselede malın savaşla alındığı, buna mukabil tartıştığımız meselede savaş gerçekleşmediği için bu iki meselenin birbirinden farklı olduğu ifade edilebilir. Ancak geçen meselede -savaşla ya da savaşız elde edildiğine dair bir açıklama olmaksızın- malın mutlak olarak beşe bölüneceği ifade edilmişti. Bu konuda “Savaşla elde edilmedikçe mal beşe bölünmez.” şeklinde bir rivâyet olmalıdır ki cevap tamamlanmış olsun. Aksi takdirde cevap tam olmaz.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh’in bu meseleyi problemlili görmesi ve tereddüt göstermesi yerinde değildir. Çünkü beşte bir kuralının uygulandığı durumlarla ilgili mezhebin görüşü, Şeyh’in metinde yer verdiği “Devlet başkanının gücüyle elde edilen mal beşe bölünür.” ifadesinin delâlet ettiği prensipten öğrenilmektedir. *el-Hakâik* adlı eserde şöyle denilmektedir:

والإيجاف: اسم رمل كثير، فارسية: بتاختن رفتن، وتركية: يورثمق. وعلى هذا الخلاف الجزية وأراضي جلوا أهلها أي يخمس عند ع ولا يخمس عندنا لأنه عليه السلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهم ولم يخمس ولأنه مأل مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بل بالرعب بخلاف الغنيمة لأنها أخذت بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس لمعنى الرعب بقوة المسلمين واستحقها الغانمون لمعنى المباشرة بالقتال فلهذين السببين خمس الغنيمة والموجود في الجزية وفيما أوجف عليه المسلمون هو السبب الواحد وهو الرعب بقوة المسلمين بغير قتال فلا معنى لإيجاب الخمس.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يُشكل بما مر في المتن من أن ما يؤخذ بقهر الإمام يخمس، ألا يرى أن غير ذي منعة إذا دخل بإذن الإمام كان المأخوذ غنيمة حتى يخمس، والموجفون ذو منعة ومعهم إذن الإمام فكيف لا يكون ما أخذوه غنيمة؟ بل ينبغي أن يكون غنيمة بالطريق الأولى، ولا يقال: إن ما مر مأخوذ بقتال بخلاف الإيجاف فافترقا. لأننا نقول: إن ما مر يخمس مطلقاً سواء أخذ بقتال أو بدونه لأنهم لم يذكروا فيه تفصيلاً ولا بد من الرواية أنه لا يخمس إلا إذا أخذ بقتال حتى يتم الجواب وإلا فلا.

[فاضل أمير] نقول: هذا الاستصعاب والتردد ليس على ما ينبغي؛ لأن المذهب فيما يخمس قد علم بضابط دل عليه ما نقله في المتن من قوله: «ما يؤخذ بقهر الإمام يخمس». وقد قال في الحقائق:

“Ganimet, ila-yı kelimetullah için yapılan savaşta elde edilen malın ismidir. Bu husus, *el-Mebsût* adını taşıyan iki eserde de zikredilmiştir.” Buradan da ganimetin mahiyetinde ‘savaşla elde edilme’ unsurunun bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak savaş bazen hükmî olarak da gerçekleşebilir. Nitekim düşman ülkesine girenler güçlü bir birlik ise ya da devlet başkanının izniyle girmişlerse bu durum söz konusudur. Bu husus birçok muteber eserde dile getirilmiştir. Burada uygun olan ‘Müslümanların binek sevk ederek elde ettikleri mallar’ ifadesinin güçlü bir birlik ve devlet başkanının izni olmaksızın gerçekleşen binek sevk etme hareketinin açıklaması olarak verilmesiydi. Böylelikle mücerret binek sevk etmenin, beşte bir kuralının uygulanmasına sebep olmayacağı kanaati def’ edilmiş olurdu. Şeyhin’in ‘savaş olmaksızın’ kaydını getirmesi de böyle bir anlayışı göstermektedir. “Savaşsız mal elde edenler, caydırıcı güce sahiptir. Bunun yanında devlet başkanının izni de vardır.” ifadesi ise onun kendi itirazını desteklemek için kendi ürettiği bir yorumdur. Mücerret binek sevk etmenin beşte bir kuralının uygulanmasına sebep olmayacağını gösteren delillerden birisi de *el-Bedâi*’de yer alan şu ifadedir: “Nassın işareti de bu hususa delildir. ‘Siz onu elde etmek için ne at ne de deve sürdünüz.’ (Haşr 59/6) ifadesi Müslümanların at ya da deve sürerek elde etmedikleri malların ganimet olmadığına işaret etmektedir. Harp ülkesi ahalisinin mallarını at ya da deve sürerek elde etmek ancak güçlü bir birliğin varlığıyla olur. Bu ise hakikaten veya hükmen gerçekleşebilir.” Bu ifade göstermektedir ki binek sevk etmenin ganimet sebebi olması, bu işin at ya da deveyle yapılmasıyla kayıtlanmıştır.

5. Dâruhharpten Getirilen Köleye Müessir Fiil Uygulanması

[**Teshîl**] Bizim ülkemizden dâruhharbe götürülen bir köleyi Müslüman bir tüccar harbîlerden satın alıp ülkemize getirirse, daha sonra kölenin gözü çıkarılsa ve tüccar da gözün erşini (müessir fiil tazminatını) alsın, eski sahibi bu köleyi tüccarın düşmana ödediği bedeli vererek alabilir. Gözünden dolayı alınan tazminatı alamaz ve bedelden indirim yaptıramaz. Bu durum, malın müşterinin yanında ayıplanması gibi olup malın ilk sahibi bu malı, satım bedelinin tamamını ödeyerek alabilir. Muhammed’den gelen bir rivâyete göre, satım bedeli, tazminat ve kalan kısma bölünmek suretiyle, tazminat miktarı satım bedelinden düşülür.

«الغنيمة اسم للمال المصاب بالقتال على وجه يكون فيه إعلاء كلمة الله تعالى ذكره في المبسوطين» انتهى. فحصل منه أن القتال معتبر في مفهوم الغنيمة إلا أن القتال قد يكون حكما كما إذا كان الداخلون ذا منعة أو دخلوا بإذن الإمام كما قالوا به في المعتمرات فكان المناسب أن يجعل قوله: ما أوجف عليه المسلمون لبيان ما وجد فيه الإيجاف من غير أن يكون فيه منعة وإذن لدفع أن مجرد الإيجاف لا يكون سببا للتخميس على ما دل عليه تقييده بلا قتال فقوله: والموجفون ذو منعة ومعهم إذن الإمام تفسير من عند نفسه لترويح اعتراضه ومما يشهد على أن مجرد الإيجاف لا يكون سببا للتخميس ما في البدائع من قوله: «وكذا إشارة النص دليل عليه وهو قوله تعالى: ﴿فَمَا أَوْخَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ [الحشر ٦/٥٩] أشار إلى أن ما لم يوجف المسلمون عليه بالخيال والركاب لا يكون غنيمة وإصابة مال أهل الحرب بإيجاف الخيل والركاب لا يكون إلا بالمنعة إما حقيقة أو دلالة» انتهى. فدل هذا على أن كون الإيجاف سبب الغنيمة مقيد بكونه بالخيال والركاب.

٥. حكم الجناية فيما دون النفس على العبد المخرج من دار الحرب

١٥ [التسهيل] وإن فُقي عينه وأُخذ أَرشُه أي لو شراه من أهل الحرب مسلمٌ وأخرجه إلى دارنا ففُقت عينه وأخذ أَرشها فالمولى القديم يأخذ العبد بثمانٍ أخذَه به التاجر من العدو ولا يأخذ الأرش ولا يحط شيء من الثمن كما لو تعيب في يد المشتري فإنه يأخذُه بكل ثمنه، وعن محمد سقط حصّة الأرش من الثمن بأن يقسم الثمن على الأرش وقيمة الباقي،

Kölenin hibe edilmesi durumunda sahibi onu kıymetini ödeyerek alabilir. Hibe edilen kölenin iki gözünün çıkarılması hâlinde hibe lehtarını bedelin tamamını alır ve köleyi gözünü çıkarana verir. Eski sahibi de köleyi, gözünü çıkararak kişiden, Ebû Hanîfe'ye göre âmâ olduğu hâldeki kıymetini 5 ödeyerek alır. Zira bir şeyi alırken organına bakılır. O eksik olursa semende ki hissesi de düşmüş olur.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Bu açıklama, kölenin bir gözünün müşterinin elindeyken çıkarılması durumu açısından problem doğurur. Şöyle ki; bu durumda ilk sahip köleyi herhangi bir indirim yapmaksızın satım bedelinin tamamını ödeyerek alır. Hâlbuki Ebû Hanîfe'nin delili burada da 10 orada da söz konusudur. Zira burada da alırken organ sağlamlığına bakılır. Sağlamlık bulunmayınca, bedelde indirim yapılması gerekir.

Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise köleyi gördüğü hâldeki kıymetiyle, yani gözünü çıkarmanın efendiye verdiği kıymeti ödeyerek alabilir. Zira vasıf 15 nedeniyle indirim yapılmaz. Bu, semavi afet gibi değerlendirilir.

[Fâzıl Emîr] Ayasuluğî, *el-Mecma'* serhinde şöyle demektedir: “Bu hükmüm, Ebû Hanîfe'ye göre erşin, her iki gözün bedeli olmasına ve kıymetin tamamını almak için kölenin cüssesinin teslim edilmesinin şart olması; Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise erşin, hem iki gözün hem de cüssenin bedeli olması esasını üzerine temellenmektedir.” Buna göre bu mesele ‘kör cüsse’ 20 adıyla bilinen aslın bir fer'i olmaktadır. Ebû Hanîfe'ye göre gözü çıkararak kişi ödediği erşi, iki gözün bedeli olarak ödemektedir. Bu tazminatta cüsseden (bedenin kalan kısmından) herhangi bir şeyin karşılığı yoktur. Bu kişi cüssesi eski sahibine verdiğinde ondan cüssenin görme özürü olduğu hâldeki 25 kıymetini alır. Nitekim köleye -kölenin hibe edilmesinde olduğu gibi- bir bedel ödemediği takdirde sahip olsaydı bu prensip geçerli olacaktı. Zira eski sahip, köleyi hibe lehtarından aldığı anda kıymetini ödeyerek alır. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise gözü çıkararak kişi ödediği erşin karşılığında cüssesi alır. Eski sahip gözü çıkararak cüssesi aldığı anda bunu gözü çıkararak efendiye, 30 yani hibe lehtarına ödediği kıymet mukabili alır. İşte birçok muteber eserde açıkça ifade edildiği üzere müşterinin elinde kölenin bir gözü çıkarılıp da eski sahibin köleyi müşteriden alması meselesi ile kölenin iki gözünün hibe lehtarının veya müşterinin elindeyken çıkarılıp, gözü çıkararak kıymetin tamamını ödeyerek köleyi alması, sonra da eski sahibin köleyi gözünü çıkararak 35 dan alması meselesi arasındaki farkın açıklaması böyledir.

وفي الهبة يأخذه بقيمته ولو فُقت عينا الموهوب فأخذ كل قيمته وسلّمه إلى الفاقئ فلزّبه القديم أخذُه من الفاقئ بقيمته أعمى عند أبي حنيفة إذ الطرف يُقصد بالتناول فبفواته سقط حصته.

5 [الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل بصورة فقاً عينه الواحدة في يد المشتري فإنه يأخذه بكلّ ثمنه ولا يسقط شيء من ثمنه مع أن دليله هنا يردّ ثمة إذ الطرف يقصد بالتناول ثمة أيضاً بفواته ينبغي أن يسقط حصته ثمة أيضاً. وقالوا: بصيراً أي له أخذُه بقيمته التي دفعها الفاقئ إلى المولى إذ الوصف لا يسقط به شيء كآفة سماوية.

10 [فاضل أمير] نقول: قال الأباثلوغي في شرح المجمع: وهذا مبني على أن الأرض بدل عن العينين وتسليم الجثة شرط أخذ جميع القيمة عنده وعندهما بدل عنهما وعن الجثة جميعاً انتهى. فعلى هذا يكون المسألة من فروع أصل معروف بالجثة العمياء فيقول أبو حنيفة رضي الله عنه: إن الفاقئ دفع ما دفع من الأرض بمقابلة العينين ولم يكن شيء منه بمقابلة الجثة فإذا دفع الجثة إلى المالك القديم يأخذ منه قيمة الجثة العمياء كما هو الأصل فيما ملكه بغير شيء كالعبد الموهوب فإن المالك القديم إذا أخذه من الموهوب له يأخذ بقيمته. 15 ويقول صاحباؤه: إن الفاقئ أخذ الجثة بما دفعه من الأرض فإذا أخذه المالك القديم من الفاقئ يأخذ بقيمته التي دفعها الفاقئ إلى المولى وهو الموهوب له. هذا هو بيان الفرق بين ما فُقت عين العبد في يد المشتري وأخذه المالك القديم من المشتري وبين ما فُقت عيناه في يد الموهوب له أو في يد المشتري وأخذه 20 الفاقئ بدفع تمام قيمته ثم أخذُه المالك القديم من الفاقئ على ما صرح به¹ في كثير من المعتمرات.

1 وفي هامش أ: قوله على ما صرح متعلق بقوله: بيان الفرق.

Bu âciz kula göre meselede bir fark daha bulunmaktadır. Şöyle ki eski sahip köleyi gözü çıkarandan aldığı anda, gözü çıkaranın kölenin efendisine ödediği kıymeti ödeyerek alsaydı, gözü çıkarana işlediği suçtan dolayı ödemiş olduğu tazminatla eşdeğer bir ödeme yapılması gerekecekti. Böylece eski sahip suçlunun işlediği suçtan dolayı ödemesi gereken tazminatı ödemiş olacaktı. Suçun bir kişi tarafından işlenip de erşin bir başkası tarafından tazmin edilmesi, şer'î hükümlerde görülmüş bir şey değildir. Ancak müşteri çıkarılan gözün erşini aldıktan sonra eski sahibin köleyi müşteriden almasında buna benzer bir mahzur görülmez. Müşteri kendi mülkiyetindeki maldan faydalanmış, sonra da onu kıymeti mukabilinde vermiş gibi olur. Bu iddiamızı destekleyen bir husus da *el-Hakâik*'te geçtiği üzere eğer köle semavi bir afetle kör olsaydı efendinin onu gözleri gördüğü hâldeki kıymetini ödeyerek alacağı hususunda görüş birliği olmasındır.

Bu noktada *ed-Dürrer*'e hâşiye yazan Mehmed el-Vânî'nin bir yanılığısı bulunmaktadır. Şöyle demiştir: “Şerhte zikredilen, İmâmeyn'in görüşüdür. Ebû Hanîfe'ye göre eski sahip köleyi kör olduğu hâldeki kıymetini ödeyerek alır.” Vâni, Ebû Hanîfe ve iki talebesi arasındaki ihtilafın eski sahibin köleyi müşteriden aldığı ve kölenin bir gözünün çıkarıldığı meseleyle ilgili olduğunu zannetmiştir. Hâlbuki durum böyle değildir. Aksine ihtilaf, köleyi gözü çıkarandan aldığı ve iki gözün çıkarıldığı meselededir. Zira durum onun zannettiği gibi olsaydı, yukarıda geçtiği üzere Şeyh meseleyi müşkil görmezdi. Bahsettiğimiz bu husus, sağlıklı bir akıl yürütme yapabilen ve iki gözü de sağlıklı olan herkes için son derece açıktır.

6. Dârulharbe Kaçan Kölenin Mülkiyeti

[**Teshîl**] Dârulharb halkı bizden kendi bölgelerine kaçan bir köleyi yakaladıklarında, Ebû Hanîfe'ye göre ona malik olamazlar. Ülke değişikliği ile efendinin zilyedliği ortadan kalkmış ve köle üzerinde kendi zilyedliği başlamıştır. Bu da onların el koymasını def' eder. Ancak onların bizim ülkemizde ele geçirdikleri kölenin durumu bundan farklıdır. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise dârulharb halkı bizden kendi bölgelerine kaçan bir köleyi yakaladıklarında, mülkiyete konu olan bir şeye el koymuş olurlar. Tıpkı kendi bölgelerine kaçan deveye el koymakla malik oldukları gibi köleye de malik olurlar.

وقد لاح للعبد الفقير فرق آخر وهو أن المالك القديم إذا أخذه من الفاقئ لو أخذ بقيمته التي دفعها الفاقئ إلى المولى للزم أن يسلم للفاقئ مثل ما غرم بجنايته وتضمن المالك القديم ما لزم على الجاني بجنايته وكون الجناية من رجل ولزوم ضمان الأرش على آخر غير معهود في الشرع وأما إذا أخذه من المشتري بعد أخذ المشتري أرش عينه المفقوثة فليس فيه مثل هذا المحذور فكان المشتري كأنه انتفع بملكه ثم دفعه بقيمته. ومما يؤيد ما قلناه ما ذكر في الحقائق من أنه: «لو عمي بأفة سماوية يأخذ بقيمته بصيرا بالإجماع» انتهى.

وقد وقع هنا من محشي الدرر محمد الواني كبوة حيث قال: ثم إن ما ذكر في الشرح قول الإمامين وعند أبي حنيفة يأخذه بقيمته أعمى» إلى آخر ما قال. فظن أن الخلاف بين الإمام وصاحبيه فيما كان أخذ المالك القديم من يد المشتري وفيما فقئت العين الواحدة وليس الأمر كذا بل الاختلاف فيما كان أخذه من يد الفاقئ وكانت العينان مفقوتتين إذ لو كان الأمر كما زعمه لم يستشكله الشيخ على ما سبق وهذا ظاهر لمن له نظر صحيح وعيناه سالمتان.

٦. حكم القن الأبق إلى دار الحرب

[التسهيل] والقنُّ الأبق إليهم لم يملكوه بأخذه عند أبي حنيفة إذ زال يد مولاة بالدار فظهر يد نفسه فيدفع استيلائهم ضد قن أستولوه في بلادنا، لهما أنهم استولوا على قابل للملك فملكوه كجمل نَدَّ إليهم

Eski efendi, ganimetler taksim edildikten sonra kölesini bulursa onu alır. Devlet başkanı da ganimet sahibine devlet hazinesinden kölenin kıymetini öder. Bu, Ebû Hanîfe'ye göredir. Ebû Yûsuf ve Muhammed'e göre ise efendi köleyi kıymetini ödeyerek alır. Eğer köle yanında at ve eşya götürmüşse, bir kimse de bunların tamamını onlardan satın almışsa Ebû Hanîfe'ye göre köle meccânen, diğerleri satım bedeli mukabilinde alınır.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Kendi bölgelerine kaçan köle ya da deveyi dârulharb halkından yakalayan olmamışsa, gaziler bunlara el koyarsa, ister taksimden önce isterse sonra olsun eski sahibinin bunları -ittifakla- meccânen alması gerekir. Ancak taksimden sonra olması hâlinde devlet başkanı ganimet sahibine kıymetini öder. Bu durumda köle veya devenin eski malike ait olmasının gerekçesi, ele geçirmemiş olmaları sebebiyle dârulharb ehlinin bunlara malik olamamaları ve eski sahibin mülkiyetinin devam ediyor oluşudur. Bundan dolayı gaziler de bunlara malik olamazlar. Allah en iyi bilendir! Bu satırları yazdıktan sonra el-*Vikâye* şerhinde bu hususa işaret edildiğini gördüm. Orada şöyle denilmektedir: “Görüş ayrılığı, yakalayıp etkisiz hâle getirdikleri ve bağladıkları köleler hakkındadır. Bu durumda Ebû Hanîfe'ye göre o köleye malik olamazlar. Ebû Yûsuf ve Muhammed ise bu görüşe muhalefet etmektedir. Ancak köleyi yakalayıp etkisiz hâle getirmezlerse ona malik olamayacaklarında ittifak vardır.”

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh burada üstâd Sadruşşerîa'nın şerhini kasdetmektedir. Ancak *Vikâye* şerhinden nakledilen ibareyi inceleyen herkesin açıkça fark edeceği üzere bu ifadeler dârulharb halkının yakalayıp etkisiz hâle getiremedikleri köleye malik olamayacaklarını sarih bir şekilde dile getirmektedir. Bu konuda işaret *el-Hidâye* ve *el-Kenz*'in ibarelerinde görülmektedir. Orada “bir Müslüman'a ait köle kaçıp dârulharbe girdiğinde, harbîler de onu yakaladığında” ibaresinin ardından “...kendi bölgelerine kaçan deveyi yakaladıklarında ona malik olurlar.” denilmektedir. Mülkiyete geçirmenin şartı olarak el koyma fiiline itibar edilmesi, el koymanın mülkiyetin illeti olduğunu gösterir. Zira fıkıhçılar nezdinde sabit olan kurala göre “Hükmün müştak (türemiş) bir kelime üzerine dayandırılması, iştikakın kaynağı olan kökün illet olduğunu gösterir.”

فأخذوه فلو وجده المولى القديم بعد القسمة يأخذه فالإمام دَفَعَ إلى الغانم قيمته من بيت المال عند أبي حنيفة وعندهما مولاه يدفَع قيمته ويأخذه. فلو أَبَق بَفَرَسٍ ومتاع فشرى أحد كلّه منهم فالقن يؤخَذ مجاناً عند أبي حنيفة ويؤخذ غيرُه بالثمن.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: لو أبق إليهم العبد أو ند إليهم البعير ولم يأخذه أحد من أهل الحرب حتى لو استولى عليه الغانمون ينبغي أن يكون للمالك القديم مجاناً وفاقاً قبل القسمة وبعدها لكن الإمام يدفَع قيمته إلى الغانم بعد القسمة، وإنما قلنا: يكون للمالك القديم لأن أهل الحرب لم يملكوه لأنهم لم يأخذوه فيكون باقياً على ملك مولاه فلا يملكه الغانمون، والله أعلم. وبعد ١٠ ما كتبه رأيت إشارة إليه في شرح الوقاية حيث قال: الخلاف فيما أخذوه وقهروه وقيدوه ففي هذه الصورة لا يملكونه عند أبي حنيفة خلافاً لهما لكن لو لم يأخذوه قهراً لا يملكونه اتفاقاً.

[فاضل أمير] نقول: يريد به شرح مولانا التحرير صدر الشريعة ولكن لا يخفى على الناظر في عبارته المنقولة أنه صريح في أنهم ما لم يأخذوه لا يملكونه والإشارة إليه كانت في عبارة الهداية والكنز حيث قال: «وإذا أبق ١٥ عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه ثم قال وإن ند بغير إليهم فأخذوه ملكوه فترتيب التملك على الأخذ المعتبر في مفهوم الشرطية يدل على أن الأخذ علة الملك بناء على ما ثبت عنهم أن ترتيب الحكم على المشتق يفيد عليه المأخذ.

Bu husus açığa çıktığına göre Şeyh'in "Bu hususa işaret edildiğini gördüm." sözündeki işaret kelimesinin sarih anlamında kullanıldığını söylemek gerekecektir. Zira işaret sözcüğünün sarihin mukabili olarak kullanılmadığı durumlarda, sarih anlamında da kullanıldığı söylenmiştir. Nitekim Dede Efendi, sarf ilminde Sadeddin et-Teftâzânî'nin hâşiyeleri üzerine kaleme aldığı tâlikâtta bu hususu dile getirmiştir. Orada bir faydalı bilgiye daha temas ederek 'ilâ' (الى) edatının mâkûlât nevinden olan şeylere işaret edilmek için kullanıldığını dile getirmiştir. Nitekim kelimenin vaz'ında 'ilâ' edatının mahsûsâta, 'alâ' (على) edatının ise mâkûlâta işaret için kullanılması söz konusudur. Bu noktaya vakıf olmak istersen ilgili esere müracaat et!¹

7. Devlet Başkanın Belirlediği Verginin Değiştirilmesi

[Teshîl] Eğer araziden çıkan ürün, belirlenen vergiyi ödeyemiyorsa vergide indirim yapılır. Baştan belirlenen limitlerin üzerine çıkılmaz. Muhammed, verginin ilk belirlenme aşamasında arazinin karşılayabilme gücüne göre, ilgili limitlerin aşılabileceğini savunmuştur. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ise kendisine arazilerin daha üst düzey limitleri karşılayacak durumda olduğu söylenmesine rağmen Hz. Ömer'in vergi miktarını artırmadığı gerekçesiyle vergi artırımını kabul etmemişlerdir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un gerekçesine şöyle cevap verilebilir: Hz. Ömer'in artırmamasının sebebi, arazinin daha fazlasını karşılayabileceğini tayin ettiği görevlinin vergi oranını belirledikten sonra kendisine haber vermesidir. Bunu daha önce bilseydi, limitleri yükseltebilirdi. Yukarıda anlatılanlar, ilk belirlemede limiti yüksek tutmanın mümkün olmadığını göstermez.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bu cevap Şeyh tarafından Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un deliline karşı Muhammed'in görüşünü teyit amacıyla verilmiştir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ilk belirlemede limitin yükseltilmeyeceği hükmünü Hz. Ömer'den gelen şu rivâyete dayandırmışlardır: Tayin ettiği görevli arazinin daha üst düzey limiti karşılayacak durumda olduğu söylemesine rağmen, Hz. Ömer vergi miktarını artırmamıştır.

1 Sayfa kenarında sözü edilen hâşiyeden şu cümleler aktarılmıştır: Bu nokta da Dede Efendi'nin şu ifadeleridir: "Burada 'ilâ' edatının kullanmasında, işaret edilen mâkûl şeyin mahsûs gibi değerlendirilmesi söz konusudur. Böylece o şeyin son derece açık olduğuna ve kapalılığının en üst düzeyde giderildiğine dikkat çekilmiş olmaktadır.

إذا تقرر هذا لزم أن يقال: إن قول الشيخ: «رأيت إشارة إليه» من قبيل استعمال الإشارة في الصريح على ما قيل: إن الإشارة قد يستعمل في الصريح إذا لم يقع في مقابله كما ذكره الفاضل^١ دده أفندي فيما علّقه على الحواشي السعدية في التصريف وذكر فائدة أخرى في استعمال الإشارة بـ«إلى» في المعقول وكان وضعه أن يستعمل بـ«إلى» في المحسوس وبـ«على» في المعقول إن شئت الوقوف عليها فراجعه.^٢

٧. تغيير ما فيه توظيف الإمام

[التسهيل] ولو لم يُطق ما وُظّف نُقص ولا يزداد على ما مر بعد توظيفه، وجوّز محمد الزيادة ابتداء بقدر الطاقة، مَنعَها؛ لأن عمر رضي الله عنه أُخبر بزيادة الطاقة ولم يزد.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يمكن أن يجاب بأن عمر لم يزد لأن من بعثه يحتمل أنه كان وُظّف ثم أخبره بزيادة الطاقة فلو عَلِمَها ابتداء لعلّه زاد فلم يدلّ ما ذُكر على امتناع الزيادة ابتداء.

[فاضل أمير] نقول: هذا جواب منه عن طرف محمد عن استدلال الشيخين على عدم جواز الزيادة ابتداء بما روي عن عمر رضي الله عنه بأنه لم يجوز الزيادة حين أخبر من بعثه بأنه يطبق الزيادة.

١ - الفاضل.

٢ وفي هامش أ: وهي ما قال: ففي استعماله هنا بالي تنزيل للمشار المعقول بمنزلة المحسوس تنبيها على قوة ظهوره وكمال انكشافه من الحاشية المذكورة.

Şeyh'in cevabının özü şudur: Hz. Ömer'den nakledilen uygulamada, görevlinin, muvazzaf haracı belirledikten sonra arazinin daha yüksek limiti kaldıracak nitelikte olduğunu haber vermiş olması muhtemeldir. Bu durumda Hz. Ömer'in limiti yükseltmemesinin gerekçesi, daha önce vekilinin miktarı belirlemiş olmasıdır. Bu mesele ihtilaf edilen meseleyle aynı kategoride değildir. Tartışılan konu ilk belirlemede bu limitin aşılmayacağı meselesidir. Dolayısıyla Hz. Ömer'den nakledilen bu olay, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşünü desteklemek için delil olamaz. Delil olabilmesi için devlet başkanının kendisinin önceden belirleme yapmasıyla, vekilinin önceden belirleme yapması arasında bir ayrıma gitmek gerekir. Böyle bir ayırım yapmak için de bu hususla alakalı bir rivâyet olmalıdır. Meselenin özü, *Tebyînu'l-Hakâik*'te dile getirildiği üzere şöyledir: "Irak'taki Sevâd arazisinde Hz. Ömer'in belirlediği vergi limitinin üzerine çıkmak câiz değildir. Çünkü böyle bir uygulama sahabenin icmâna muhalefet anlamına gelir. Başka bir devlet başkanının fethettiği arazide vergi miktarı belirlemesi, Hz. Ömer'in Irak'ta vergi miktarı belirlemesi gibidir. Çünkü bu belirleme bir ictihada dayanmaktadır. Kendisiyle eş değerde olan başka bir ictihatla nakzedilmez. Bir devlet başkanı, ilk belirlemede bir araziye karşılayabilme gücünü dikkate alarak Hz. Ömer'in belirlediği limitin üzerinde vergi miktarı belirlese, Muhammed'e göre câizdir. Zira bu, ictihada dayalı olarak bir hüküm inşâ etmektir ve bunda başka bir ictihadın nakzedilmesi söz konusu değildir. Ebû Yûsuf'a göre ise câiz değildir. Bu görüş Ebû Hanîfe'den de rivâyet edilmiştir."

Buradan da anlaşılmaktadır ki görüş ayrılığı -birçok muteber kaynaktan geçtiği gibi- ilk defa limit belirlemeyle ilgilidir. *el-Bedâi*'de şöyle denilmiştir: "Arazi konulan vergi miktarından daha fazlasını karşılayabilecek durumda ise limitin artırılıp artırılmayacağı konusunda ihtilaf edilmiştir. Ebû Yûsuf'a göre limit artırılmaz; Muhammed'e göre ise artırılır." Bu ifadeden ilk anda anlaşılan, görüş ayrılığının daha önce belirlenmiş vergi limitinde artış yapıp yapılmayacağı hususunda olduğudur. Ancak burada 'konulan vergi' ifadesiyle, bir devlet başkanının ilk defa vergi limiti belirlenecek araziye eşdeğer başka bir arazi üzerinde daha önce koyduğu vergi miktarının kastedildiği ileri sürülebilir. Böylece bu kaynak ile diğer muteber kaynakların arası birleştirilmiş olur.

وزبدة ما قاله الشيخ هو أن فيما روي عنه رضي الله عنه يحتمل أن من بعثه
 وضع الخراج الموظف ثم أخبره بزيادة الطاقة فكان عدم ازدياده لسبق التوظيف
 من وكيله فلم يكن المسألة من صور ما وقع منه الاختلاف وهو جواز الزيادة
 ابتداء وعدم جوازه فلم ينتهض دليلاً على ما قال به الشيخان اللهم إلا أن يفرق
 بين سبق التوظيف من الإمام نفسه وبين سبق التوظيف من وكيله وهذا موقف
 على الرواية. ثم حاصل المقام على ما بين في التبيين هو «أنه لا تجوز الزيادة
 على ما وظفه عمر رضي الله عنه في سواد العراق لأنه خلاف إجماع الصحابة
 رضي الله عنهم وما وظفه إمام آخر في أرض فتحها هو كتوظيف عمر رضي الله
 عنه في العراق لأنه باجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله ولو أراد أن يوظف ابتداء
 على أرض بقدر طاقتها زيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه جاز عند محمد
 لأنه إنشاء حكم باجتهاد وليس فيه نقض حكم وعند أبي يوسف لا يجوز وهو
 رواية عن أبي حنيفة» انتهى.

فحصل منه أن الاختلاف ما هو إلا في التوظيف ابتداء كذا في كثير من
 المعتمرات وقال في البدائع: «اختلف فيما إذا كانت تطبق أكثر من الموضوع أنه
 هل يزداد أم لا قال أبو يوسف لا يزداد وقال محمد يزداد» انتهى. فكان المتبادر منه
 أن يكون الاختلاف في الازدياد على ما سبق عليه التوظيف إلا أن يقال المراد
 من قوله: الموضوع ما وضع واحد من الأئمة على أرض أخرى تماثل الأرض
 التي أريد الوضع عليها ابتداء. وبه يحصل التلفيق بينه وبين سائر المعتمرات

Burada, Kara Kemal adıyla anılan molların, Sadruşşerîa üzerine kaleme aldığı hâşiyesinde zikrettiği bir incelik bulunmaktadır: “Devlet başkanı ahalinin rızası olmadıkça harâc-ı muvazzaf şeklinde belirlenmiş vergiyi, harâc-ı mukâseme şeklindeki bir vergiye dönüştüremez. Harâc-ı muvazzaf şeklinde belirlenmiş verginin niteliği üzerinde değişiklik yapmak istese, söz gelimi dirhem olarak belirlenen vergiyi dirhem dışındaki kıymetlerden belirlemek istese bunu yapamaz.” Ayasuluğî'nin *el-Hulâsa* ve *el-Münye* adlı eserlerden naklettiği malumat da buna yakındır. Ayasuluğî demiştir ki: Devlet başkanının tespit etmiş olduğu muvazzaf vergi üzerinde değişiklik yapılmasının câiz olmadığına ittifak vardır.

8. İrtidat Eden Kadının Kazancının Hükmü

[**Teshîl**] İrtidat eden kadının kazandığı mal mirasçılara aittir. Zira irtidat eden kadının bize karşı savaşıma durumu olmadığından mal dokunulmazlığı devam etmektedir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Eğer “Kadının irtidat döneminde edindiği mallar açısından çelişkili bir durum vardır. Çünkü o bir kâfirdir. Ebû Hanîfe'ye göre Müslüman'ın ona mirasçı olmaması gerekir. Zira Ebû Hanîfe, irtidat döneminde kazanılan malın, önceki döneme istinadını kabul etmemektedir. İrtidat eden erkek hakkındaki görüşü budur. Dolayısıyla Ebû Hanîfe'nin bakış açısına göre irtidat eden bir kadının her ne kadar bize karşı savaşıma durumu olmasa da Müslüman akrabalarının din ayrılığı nedeniyle ona mirasçı olamaması gerekir.” şeklinde bir değerlendirmeye yapılacak olursa, şöyle cevap verilir: İrtidat hâli tahrir edilmez, yani kabullenilip sürmesi beklenmez; aksine ortadan kaldırılması için hapis ve idam gibi tedbirler uygulanır. Dolayısıyla irtidat varlık kazanmamış addedilir. Ancak Ebû Hanîfe'ye göre -irtidat eden kadının durumundan farklı olarak- irtidat eden erkeğin can dokunulmazlığının yanında mal dokunulmazlığı da ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla erkeğin irtidat döneminde edindiği mal *fey'* olur; kadınınki ise olmaz. Çünkü irtidat eden kadının mülkiyet hakkının ortadan kalkmadığı ve malı üzerindeki tasarruflarının geçerli olduğu konusunda görüş birliği vardır. Allah en iyi bilendir.

وههنا فائدة ذكرها المولى المدعو بـ«قَرَه كمال» في حاشيته على صدر الشريعة وهي أنه ليس للإمام أن يحول الخراج الموظف إلى خراج المقاسمة إلا برضاء أهله، ولو أراد أن يحول الوظيفة إلى وظيفة أخرى بأن كانت الوظيفة دراهم فأراد أن يحولها إلى غير الدراهم ليس له ذلك وقريب منه ما نقله الأياثلوغي من الخلاصة والمنية حيث قال: «لا يجوز تغيير ما فيه ٥
توظيف الإمام بالاتفاق».

٨. حكم كسب المرتدة

[التسهيل] وكان كسب المرتدة لورثتها لعصمة مالها إذ لا حِراب منها.
[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: في كسب ردتها إشكال لأنها كافرة ١٠
فينبغي أن لا يرثها المسلم عند أبي حنيفة لأنه لا يقول بالاستناد في كسب الردة كما قال في الرجل فينبغي أن لا يرثها المسلم عنده لاختلاف الدين وإن لم يكن لها حِراب. يمكن أن يجاب: بأن الردة لا تقرّر بل يُسعى في زوالها بحبس أو قتل فكانت كعدم غير أن الرجل زال عصمة ماله عنده كنفسه بخلاف المرأة فصار كسب ردتِه فيئًا لا كسب ردتها؛ لأن ملكها لا يزول وفاقًا ١٥
ويصح تصرفها في مالها وفاقًا والله أعلم.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Bazı şârihlerin bu meseleye vermiş oldukları bu cevabı *ed-Dürer*'e hâşiye yazmış olan Mehmed el-Vânî nakletmiş, akabinde de şunları söylemiştir: “Bu cevapta hükmün dayanağı, canın dokunulmazlığı (‘ismetü’-n-nefs) ise kadının canı da dokunulmazlık taşımamaktadır. Zira şârihin *en-Nihâye*’den naklettiği üzere irtidat eden kadını öldüren bir kişiye herhangi bir müeyyide uygulanmaz.” Bu hususa Zeylaî’nin ibaresinin mefhûmundan anlaşıldığı şekliyle cevap verilebilir. Zeylaî, “İrtidat eden kadını öldürene şüphe nedeniyle herhangi bir müeyyide uygulanmaz.” demiştir. Dolayısıyla şüphe nedeniyle kısas uygulanmaması, dokunulmazlığın bulunmadığı anlamına gelmez. Görülmez mi ki bazı durumlarda el kesme cezası, hırzın bulunmaması vb. şüpheler nedeniyle düşebilir. Ancak çalınan malın dokunulmazlığı devam etmektedir. Dokunulmazlık (‘ismet) sözlük anlamı olarak ‘ileri düzeyde koruma’ demektir. Dinen dokunulmaz sayılan (ma’sûm), elde edilmesi dinen yasak olan demektir. Bir şeyin dokunulmaz sayılmasının neticesi, o şeye karşı yapılan ihlalin tazmini gerektirmesidir. Eğer bir şey -keffâretin vücubunda olduğu gibi- dinin hakkı olarak dokunulmazlık taşıyorsa, bu durumda “ihlal edeni günahkâr yapan dokunulmazlık” (el-‘ismetü’l-müessime) söz konusudur.¹ Eğer bir şey kulun hakkı olarak dokunulmazlık taşıyorsa, itlaf edildiği takdirde kulun hakkı olarak tazmin edilir. Böylece bedelin itlaf edilen şeyin yerini tutması suretiyle, itlaf mağdurunun zararı giderilmiş olur. “Tazminat miktarı belirleyen dokunulmazlık” (el-‘ismetü’l-mukavvime) ifadesiyle kastedilen budur. Usûl âlimlerinin ilgili açıklamaları burada sona erdi. Bu açıklamalar ışığında anlaşılmıştır ki el kesme cezasının şüpheyile düşmesi neticesinde çalınan mal elde edilmesi mubah bir hâle gelmiş olmaz. Ele aldığımız meselede de aynı durum söz konusudur.

1 Müellifin açıklamalarına atfen sayfa hâmişinde şu notlar yer almaktadır: “Bir kimse dârulharpte Müslüman olsa Allah’ın hakkı olarak kendi canını ölümden korumuş olur. Bu duruma “ihlal edeni günahkâr yapan dokunulmazlık” (el-‘ismetü’l-müessime) adı verilir. Bu kişi köleleştirilemez. Taksirli bir eylem neticesinde ölürsa keffâret ödenmesi gerekir. Bu kişi öldürülmeye karşı ‘kul hakkı olarak’ dokunulmazlık kazanmıştır. Telef edildiği takdirde tazmin yükümlülüğü doğar. Bu duruma “tazminat belirleyen dokunulmazlık” (el-‘ismetü’l-mukavvime) adlı verilir (Kuhistâni, cihad bahsi). Burada o kişinin dârulislâma Müslüman olarak hicret etmesinin ardından bir kişi tarafından öldürülmesi kastedilmiştir. Çünkü dârulharpte Müslüman olan için yalnızca “ihlal edeni günahkâr yapan dokunulmazlık” (el-‘ismetü’l-müessime) sabittir. Ancak dârulislâma hicret ettiğinde “tazminat belirleyen dokunulmazlık” (el-‘ismetü’l-mukavvime) da sabit olur. Nitekim bu hususlar usûl ilminde tekrar edilmiştir. Adı geçen molların (Kuhistâni) ifadesinin son kısmı da bunu göstermektedir.”

[فاضل أمير] نقول: هكذا أجاب عنه بعض من الشراح ونقل هذا الجواب محشي الدرر محمد الواني ثم قال: «وفيه أن مدار الحكم إن كان عصمة النفس فنفس المرأة أيضا غير معصومة على ما نقل الشارح من النهاية من أنه إن قتلها قاتل لا يجب عليه شيء» انتهى. ويمكن أن يجاب عنه بما يفهم من عبارة الزيلعي حيث قال: «لا يجب على قاتلها شيء للشبهة» انتهى. وهو أن عدم وجوب القصاص للشبهة لا يستدعي عدم العصمة^١ ألا يرى أن القطع يسقط عن السارق في بعض الأحيان للشبهة كأن لا يوجد الحرز أو غيره مع أن عصمة المال المسروق باقية لأن العصمة في اللغة هي المنع بطريق المبالغة والمعصوم شرعا ما يكون ممنوعا عن تناول شرعا وهو أن يكون حراما وأثر كونه معصوما أن يكون مضموما ثم إن كان معصوما حقا للشرع كما في وجوب الكفارة فهو المعنى بالعصمة المؤتممة وإن كان معصوما حقا للعبد يكون مضمونا حقا للعبد ليقوم المبدل مقام الفاتت جبرا لما فات على المتلف عليه وهو المعنى بالعصمة المقومة، انتهى ما ذكره أئمة الأصول وبه تبين أن بسقوط القطع للشبهة لا يكون المسروق مباح التناول وكذا فيما نحن فيه.

١ وفي هامش أ: ومن أسلم ثمة عصم نفسه عن الق-تل حقا لله تعالى ويسمى بالعصمة المؤتممة فلا يسترق ويجب الكفارة بقتله خطأ وهو يصير معصوما عن القتل حقا للعبد فيكون مضمونا بالإتلاف ويسمى بالعصمة المقومة، قهستاني في فصل من كتاب الجهاد. يعني إذا قتل رجل بعد خروجه مسلما إلى دار الإسلام لأن الثابت لمن أسلم ثمة هو العصمة المؤتممة فقط وأما إذا خرج إلى دار الإسلام فيثبت له العصمة المقومة أيضا كما تقرر في الأصول وكما يدل عليه آخر كلام المولى المزبور.

Ancak müşkil bir nokta daha bulunmaktadır. İrtidat eden kadında dokunulmazlığın düşmemesinin pratik sonucu, her ne kadar kısas şüphe sebebiyle düşse bile öldüren kişinin diyet ödemekle yükümlü tutulması olmalıydı. Buna ilişkin imamlardan bir rivâyet bulunmalıydı. Böylece mesele tamamlanır ve her türlü şüpheden uzak olurdu.¹ Bu arada mürtedin, Müslüman câriyesinin doğurduğu çocuk hakkında nesep iddiasında bulunması meselesinde yer verdikleri “Müslüman, mürtede mirasçı olur.” ifadesi, *el-Eşbâh*'ın furûk bölümünde yer alan “Mürted kişi vâris de mûris de olamaz.” ifadesine uygun düşmemektedir. Ancak “Müslüman mirasçı olur.” sözünü Müslümanın mürtedin Müslüman iken kazandığı mal varlığına mirasçı olacağına kastedildiği, *el-Eşbâh*'ta yer alan “varis olamaz” ifadesiyle ise irtidat hâlinde iken kazandığı malın kastedildiği ve bu malın fey kabul edileceği ileri sürülebilir. Nitekim Zeylaî'nin ibaresinde bu hususa işaret bulunmaktadır.

9. İrtidat Edip Dârulharbe İltihak Eden Mükâteb

[**Teshîl**] [Büyü yaptığını itiraf etmesi hâlinde büyücünün öldürüleceği söylenmiştir. Bir görüşe göre yaptığı şeyleri kendisinin yarattığını iddia etmesi durumunda öldürülür. Bu durumda tövbesinin kabul edilmeyeceğine dair bir görüş vardır. Büyü yapan kadının -tıpkı irtidat eden kadın gibi- öldürülmeyeceğine dair bir görüş vardır. Şâfiî bu konuda farklı düşünmektedir. Zındık öldürülür. Ancak tövbe ederse, tövbesi kabul edilir. Bir kimse büyü öğrense ve bunu uygulasa bir görüşe göre kâfir olur; bir görüşe göre ise yaptığı büyüün tesirine inanmadıkça kâfir olmaz.]²

1 Konuyla ilgili olarak sayfa kenarında müellifin şu açıklaması kaydedilmiştir: “Sonra irtidat eden kadının can dokunulmazlığı düşmediğinden dolayı mal dokunulmazlığının da düşmeyeceğine ilişkin bir rivâyet buldum. *el-İhtiyâr*'da şöyle demektedir: “Zira mal dokunulmazlığı can dokunulmazlığına bağlıdır. İrtidat eden kadının can dokunulmazlığı sürmektedir.” İlgili eserde irtidat eden kadının can dokunulmazlığı devam etmesine rağmen onu öldürüne kısas ya da diyet nevinden bir müeyyide uygulanmamasının gerekçesini açıklamıştır. Böylece *Düer*'e hâşiye yazan müellifin tereddütte kaldığı ve bizim de tereddüte düşüp de “Ancak müşkil bir nokta daha bulunmaktadır.” ifadesiyle dile getirdiğimiz husus bertaraf edilmiştir.” Fâzıl Emîr'in bahsettiği gerekçe *el-İhtiyâr*'da şöyle açıklanmıştır: “Bir kişi irtidat eden kadını öldürse, ona öldürme olayıyla ilgili bir yaptırım uygulanmaz. Çünkü öldüren kişi (Dinini değiştireni öldürün!) hadisinin mutlak ifadesine dayanmıştır. Nitekim ulemadan bir grubun görüşü de bu yöndedir. Ancak bu kişi devlet başkanının yetki alanına tecavüz ettiği için şayet dârulislâmda oturuyorsa tedip ve tazir edilir.” Bk. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, Kahire 1951, III, 149.

2 İrtidatla ilgili meseleleri anlattığı yerde Fâzıl Emîr, bu pasajı et-Teshîl'den olduğu gibi aktarmıştır. Bu pasaja ilişkin olarak ne Şeyh Bedreddin'in ne de kendisinin bir yorumu var. Metinde yer aldığı için parantez içine verdik.

لكن بقي كلام في أن موجب عدم سقوط العصمة في المرتدة أن تجب
الدية على من قتلها وإن سقط القصاص بالشبهة فإن ثبت وجوب الدية
برواية عن الأئمة تم الأمر وسلمت عن الشبهة. ثم ما قالوا في مسألة دعوة
المرتد نسب ما ولدته أمته المسلمة من أن المسلم يرث من المرتد لا يلائم
بما في الأشباه في فن الفروق من قوله: المرتد لا يرث ولا يورث إلى
آخره إلا أن يقال: إن المراد من قولهم: يرث المسلم أنه يرث كسب إسلام
المرتد ومما في الأشباه أنه لا يورث كسب رده بل يكون فيئا وفي عبارة
الزيلعي رمز إليه.

٩. التحاق المكاتب المرتد إلى دار الحرب

[التسهيل] قيل: قُتل الساحر لو أقرَّ به، وقيل: قُتل لو ادعى أنه خالق ما
يفعله ولا يقبل توبته في قول، ولا تقتل الساحرة في قول كالمرتدة خلافاً
للشافعي. قُتل الزنديق وقُبل توبته. ولو تعلَّم سحرًا وعمل به قيل: كفر،
وقيل: لا ما لم يعتقده تأثيره.

١ وفي هامش أ: ثم ظفرت برواية أن عصمة نفس المرتدة لا تسقط فلا تسقط عصمة مالها حيث قال في الاختيار: «لأن عصمة
المال تتبع عصمة النفس وعصمة نفسها لم تزل» انتهى. وقد ذكر فيه وجه عدم لزوم شيء من القصاص والدية على قاتل
المرتدة مع بقاء العصمة وبه يندفع ما شُبه على محشي الدرر وكذا ما اشبهه علينا وهو الذي ذكرناه بقولنا: لكن بقي كلام
إلخ.

Bir mükâteb irtidat ederek dârulharbe iltihak etse, daha sonra malı ile birlikte ele geçirilip öldürülse; anlaşma bedeli efendisine, diğer malları ise vârislerine ait olur. Zira efendinin hakkı geçerliliğini korumaktadır. Bir Müslüman'ın malı ganimet olmaz. Üç imama göre ise malın tamamı efendiye aittir.

5 **[Şeyh Bedreddin]** Derim ki: Şöyle bir soru akla gelebilir: “Efendinin durumu burada neden eski mal sahibinin durumu gibi olmadı? Öyle olsaydı malı taksimden önce meccânen, taksimden sonra ise bedel ödeyerek alması gerekirdi. Nitekim Müslümanların malları ile ilgili hüküm bu şekildedir.” Derim ki: Bu soruya şöyle cevap verilebilir: “Müslümanların 10 malları ile ilgili hüküm, bu mallara önce harbîler daha sonra gaziler malik olduğu takdirde böyledir. Ama bir Müslüman'ın harbîlerin mülkiyetine geçmemiş bir malı, mesela onların bölgesine kaçmış ama henüz onlar tarafından yakalanmamış deve, hâlâ ilk sahibinin mülkiyetindedir. Bu konuda ittifak vardır. Hatta bir kimse bu malı satın alma vb. bir yolla eline geçirmiş 15 olsa, eski sahip bu malı ganimetin taksiminden önce de sonra da bir bedel ödemeksizin alır. Mükâteb meselesi böylece açıklık kazanmıştır. Çünkü orada mükâteb kendisi dârulharbe girmiştir. Harbîler onu yakalayıp kendini ya da malını mülkiyetlerine geçirmemişlerdir. Dolayısıyla elindeki mal, dârulislâmdaki durumunu korumaktadır. Bu mal ganimet sayılmaz. 20 Zira efendinin hakkı bulunmaktadır. Ayrıca harbîler bu malı mülkiyetlerine geçirmemişlerdir. Eğer harbîler mükâtebi ve malını ele geçirip mal varlıklarına katsalar, sonra da o harbîlere galip gelsek; mükâtebin elindeki mal, harbîlerin ele geçirdiği, daha sonra Müslümanların zapt ettiği mal ile aynı hükme tabi olur ve ganimet paylaşımından önce ödeme yapılmaksızın, 25 paylaşımından sonra ise ödeme yapılarak alınabilir.

[Fâzıl Emîr] Derim ki: Şeyh burada eski malikin malını Müslümanların elinde bulduğu takdirde geri alması için uygulanacak ilkenin, “malını taksimden önce bulması durumunda meccânen; taksimde sonra bulması durumunda bedel ödeyerek geri alması” olduğunu kastediyor. Bu prensibe 30 uygun düşen, mürted olarak ölen mükâtebin efendisinin ve mirasçılarının mürtedin malını bu esasa göre almalarıdır. Acaba neden mükâtebin efendisi ve mirasçılarının onun malını almalarında bu işlemin taksimden önce veya sonra yapılmasına itibar edilmedi ve bu iki durum arasında ayırım yapılmadı ve neden malın tamamının mutlak olarak bunlara ait olacağı söylendi?

ولو لحق مكاتب ارتد فأخذ بماله وقتل كان البدل لمولاه والباقي لورثته لبقاء
حق مولاه لأن مال المسلم لا يُغنم، وعندهم كله لمولاه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: لِمَ لم يكن المولى كالمالك القديم
فيأخذه مجاناً قبل القسمة وبعوضٍ بعدها كما كان حكم مال المسلمين كذلك؟
أقول: الحكم في مال المسلم يكون كذلك إذا ملكه أهل الحرب ثم الغزاة، وأما
مأل المسلم الذي لم يملكه أهل الحرب كجَمَلٍ نَدَّ إليهم ولم يأخذوه فهو
على ملك المالك الأول وفأقاً حتى لو استولى عليه أحدٌ بشراءٍ أو غيره يأخذه
المالك القديم مجاناً قبل القسمة وبعدها، فاتضح مسألة المكاتب إذ الفرض أنه
لحِقَ بنفسه ولم يأخذه أهل الحرب ممتلكاً لا إياه ولا ماله فبقي ما في يده
على حكم ما كان في دار الإسلام فلا يُغنم ماله لحق مولاه لعدم تملك أهل
الحرب حتى أن أهل الحرب لو أخذوا المكاتب وما في يده ممتلكاً ثم استولي
عليهم فإن حكم ما في يده يكون كحكم مال استولى عليه أهل الحرب ثم أخذه
المسلمون فيؤخذ قبل القسمة مجاناً وبعدها بعوضٍ.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن الأصل في أخذ المالك القديم ماله إذا وجده
في أيدي المسلمين أن يأخذه مجاناً إن وجده قبل القسمة وبعوض إن وجد
بعدها فكان المناسب بهذا الأصل أن يأخذ مولى المكاتب المقتول مرتداً
وورثته مال المكاتب على هذا الوجه فلم لم يعتبر في أخذ المولى وورثته
المكاتب كونه قبل القسمة أو بعدها ولم يفرق بينهما وقيل بكونه لهم مطلقاً

Şeyh burada cevap olarak zikrettiği ve ittifakla kabul edildiğini vurguladığı hususu “müste'men” faslının biraz öncesinde kendi görüşü olarak takdim etmiş ve “Bu bahsi yazdıktan sonra, *Şerhu'l-Vikâye* adlı eserde meseleye işaret edildiğini gördüm.” demişti. Bu meselede Ebû Hanîfe'nin görüşü açısından bir problem bulunmaktadır. Zira o, mürtedin irtidat hâlindeyken kazandığı malların vârislere intikal edeceğini söylemiştir. Bu ise onun, mürtedin malıyla ilgili temel prensibiyle çelişmektedir. Bu prensibe göre riddet döneminde kazanılan mal fey' kabul edilmektedir. Şeyh bu problemi gündeme getirip cevap vermeye kalkışmamış; bu hususta *el-Hidâye* yazarı ve bu esere şerh yazanlar ile *el-Kenz* adlı esere şerh yazanlar gibi yetkin âlimlerin verdiği cevabı yeterli görmüştür.

10. Bir İsyancının Diğerini Öldürmesi

[**Teshîl**] Bir isyancı, bir başka isyancıyı öldürse, onlar yenilgiye uğratıldığında bu eylem için bir müeyyide öngörülmez. Öldürme hadisesi dâruharpte gerçekleştirmiş gibi kabul edilir. Diğer üç imam bu görüşe muhaliftir. Müeyyide öngörülmemesinin sebebi, öldürme anında ilgili yerde devlet başkanının velâyetinin bulunmamasıdır.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Eğer “Bu görüş müste'men bölümünün başındaki mesele ile çelişmektedir. Orada geçtiği üzere dâruharpte iki müste'menden biri diğerini öldürse, diyet ödemesi gerekir. Bu meseleye ‘iki müste'men gibi’ ifadesiyle işaret edilmiştir. Zira bizim ülkemizin sağladığı ‘tazminat gerektiren dokunulmazlık’ (el-‘ismetü'l-mukavvime), ârîzî bir sebeple ortadan kalkmış sayılmaz. Ancak şüphe bulunduğu için kısas uygulanmaz. Bizim ülkemizin sağladığı bu dokunulmazlık, isyancıların meselesinde de mevcuttur. Öldürme anında ilgili yerde devlet başkanının velâyetinin bulunmaması ise müste'men meselesinde mevcuttur. Dolayısıyla her iki mesele de aynı hükme tabi olmalıdır.” denilecek olursa, cevap olarak şunu söylerim: Arada şöyle bir fark olabilir. Müste'men güvence alarak ilgili ülkeye girdiği için dokunulmazlığı devam etmektedir. İsyancının durumu farklıdır. İsyanı sebebiyle dokunulmazlığı ortadan kalkmıştır.

والجواب الذي ذكره هنا وجزم بأنه ثابت اتفاقاً هو الذي عزاه إلى نفسه فيما
مر قبيل فصل المستأمن وقال: «وبعد ما كتبت رأيت إشارة إليه في شرح
الوقاية وقد كان في هذه المسألة إشكال على قول أبي حنيفة حيث جعل
ما كسبه حال رده لورثته وهذا لا يلائم أصله لأنه جعل كسب الردة فيئا
ولم يتعرض له الشيخ ولا لجوابه اكتفاء بما ذكره المحققون من المشايخ
كصاحب الهداية وشراحه وشرح الكنز.

١٠. قتل الباغي باغياً آخر

[التسهيل] ولو قتل باغٍ مثله فظهر عليهم لم نوجب شيئاً كدار الحرب
خلافاً لهم إذ لم ينعقد القتل موجِباً شيئاً لعدم ولاية الإمام وقت القتل.
[الشيخ بدر الدين] أقول: فإن قيل: هذا ينافي ما مر في أوائل فصل
المستأمن من أن المستأمنين في دار الحرب إذا قتل أحدهما الآخر يجب
الدية حيث أشار إليه بقوله: كمستأمنين إذ العصمة المقومة بدارنا لا تبطل
بعارض ولم يقد للشبهة فالعصمة المقومة بدارنا متحققة في مسألة البغاة،
وعدم ولاية الإمام وقت القتل متحقق في مسألة المستأمنين فينبغي أن يتحدا
حكماً، أقول: يمكن الفرق بأن المستأمن بدخوله بالأمان لم يزل عصمته
بخلاف الباغي فإنه أزال عصمته ببغيه.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Muteber kitapların ibarelerinden iki mesele arasında şöyle bir fark bulunduğu anlaşılmaktadır: Dârulharbe emanla giren iki Müslüman, devlet başkanının velâyetinin kesilmesi açısından, isyancıların ordusunda yer alan iki isyancıyla aynı konumdadırlar. Zira *el-Bedâi'de* geçtiği üzere velâyetin kesilmesi açısından isyancılar ordusu da dârulharp de aynı etkiyi yapmaktadır. Ancak aralarındaki fark şudur. Dârulharbe emanla giren Müslüman, devlet başkanına itaatten ayrılmamıştır. Dârulharbdeki ikameti, devlet başkanına itaat hâlinde olduğu için bu kişi “tazminat gerektiren dokunulmazlığa” (el-‘ismetü'l-mukavvime) sahiptir. Dolayısıyla kanı heder edilmez. İsyancının durumu ise farklıdır. Zira o, itaatten çıkarak isyan ve düşmanlık etmek suretiyle bu dokunulmazlığı ortadan kaldırmıştır.

[Meşru Otoriteye İsyan Edenlere Uygulanacak Müeyyideler]

Yakın bir zamanda oldukça ilginç bir olay gerçekleşmiştir. Konu şu olayla ilgilidir. Hükümdarın askerleri arasından azgın bir topluluk ona başkaldırmış, bir güç oluşturarak yeryüzünde fesat çıkarmış, memleketleri tahrip etmiş, masum insanları öldürmüş, mallarını yağmalamış ve ırzlarını çignemiştir. Meşru hükümdar tarafından nefret duyulan bu asilerle savaşmak için, sadık askerlerden müteşekkil bir kuvvet oluşturuldu. Yüce ve Aziz olan Allah'ın takdiriyle bu hükümdarın askerinin komutanı olarak tayin edilen zatın meclisinde hazır 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 soruldu. Sonra bunlarla savaşmak için elinde imkân olan ve savaşa çağrılan her Müslüman'ın onlarla savaşmasının vâcip olup olmadığı soruldu. Bunun ardından asiler yenilgiye uğratıldıktan ve kaçmaya başladıktan sonra tutulanların öldürülmesinin câiz olup olmadığı soruldu. Akabinde asilerin kesilen kellelerinin bir mekândan başka mekâna nakledilmesinin câiz olup olmadığı soruldu. Son olarak da bunlar adaletin kılıcıyla ve dinin süngüsüyle kahredildiği zaman içlerinden maktûl olanların yikanıp cenaze namazlarının kılınmasının câiz olup olmadığı soruldu. Böylece açık ve net cevap vermem istenen beş mesele ortaya çıktı:

[فاضل أمير] نقول: خلاصة ما يستفاد من عبارات المعتمرات في الفرق هو أن المسلمين الداخلين بدار الحرب بالأمان بعد كونهما كالباغيين في عسكر أهل البغي في حق انقطاع ولاية الإمام عنهما من جهة أن عسكر أهل البغي في حق انقطاع الولاية ودار الحرب سيان كما في البدائع افترقا من حيث إن المسلم الداخل في دار الحرب بأمان لما لم يخرج عن طاعة الإمام وكان حال استقراره بدار الحرب مطيعا للإمام قد كان معصوما بالعصمة المقومة فلم يهدر دمه ولا كذلك الباغي الخارج عن الطاعة المزيل عصمته بالبغي والعداوة.

[الأحكام التي أجريت في البغاة]

ومن عجائب الوقائع ما وقع في عهد قريب من الزمان هو أنه حينما خرجت طائفة طاغية وهم معدودون من جند الإمام عن طاعته وتحزبوا وبغوا في الأرض مفسدين وخربوا الديار وقتلوا المعصومين ونهبوا أموالهم وهتكوا أعراضهم وعين من قبل الإمام الحق جند مطيعون ليحاربوا الطائفة العصاة الممقوتين قد وقع بتقدير الله العلي العزيز حضورنا في مجلس من هو نصب رئيسا لعسكر الخليفة مع بعض ممن يظن أنه من أهل التمييز فبجر الكلام انجر المقال إلى التنقير من أحوال هؤلاء اللئام فكنت مسؤولا أولا عن جواز قتالهم وتدميرهم ابتداء ثم عن وجوب حرابهم على كل من له مكنة منه من المسلمين المدعويين ثم عن إباحة دمائهم بعد انهزامهم وبعد أن ولوا مدبرين ثم عن جواز نقل رؤوسهم المقطوعة من مكان إلى آخر ثم عن جواز غسل المقتولين منهم والصلاة عليهم وهو مقهورون بسيف العدل ولسان الدين فكان هنا مرصد خمسة طولبت بإجهار الأجوبة من غير همسة.

İlk mesele, bu kişilere onlar çatışmaya girmeden saldırıp köklerini kurutmanın câiz olup olmadığının araştırılmasıydı. Bu meseleye iki açıdan yaklaşılabılır. Çünkü bu azgın topluluk hırsızlardan ve yol kesicilerden oluşmaktadır. Faziletli Kuhistânî'nin eserinin isyancılarla ilgili bölümünde söyledikleri bu merkezdedir: “Bu kişilerin isyancı sayılmaları için fasık olmamaları, fâsit dahi olsa bir şüpheye sarılmaları gerekir. Eğer böyle bir gerekçeleri yoksa bunlar hırsızlarla aynı hükme tabidir.” Aynı müellif yol kesenler bölümünde “*el-Kâmûs*'ta geçtiği üzere yol kesiciler hırsızlardır.” demiştir. Hiçbir akıl ve insaf sahibi, meşru hükümdarımıza -Allah vücudunu daim etsin- 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 güçlü ve hikmet sahibi olan Allah'ın yüce kitabındaki buyruğuna dayanmaktadır: “Allah'a ve peygamberine karşı savaşanların ve yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya çalışanların cezası, ancak ya öldürülmeleri veya asılmaları yahut el ve ayaklarının çapraz olarak kesilmesi ya da buldukları yerden sürgün edilmeleridir...” (Mâide 5/33). Buradan da anlaşılacaktır ki bu kişiler yol kesici sayıldıklarına göre, hiçbir müddet tanımadan ve geciktirmeden bunları öldürmek ve zararlarını yeryüzünden gidermek vâciptir. Zira bunlar Müslümanları öldürmüşler ve mallarına el koymuşlardır. Birinci açıdan onlarla ilgili hükmün açıklanması böyledir.

Onlarla ilgili hükmün diğer açıdan ele alınmasına gelince, bu iki şartı (fasık olmama ve bir gerekçesi bulunma) dikkate almayarak isyancı olduklarını kabul etsek dahi, onlar çatışmaya girmeden saldırmanın câiz olduğunu söyleyebiliriz. Zira *el-Hidâye* yazarı şöyle demektedir: “Hâherzâde adıyla tanınan âlim, bize göre isyancılar silahlı güç oluşturup toplandıkları takdirde onlar çatışmaya girmeden saldırmanın câiz olduğunu zikretmiştir.” *el-Kenz* adlı eserde “Devlet başkanı onlar çatışmaya girmeden saldırır.” denilmiştir. Metni şerh eden *ez-Zeylâi* ise şöyle demektedir: “Müellif, isyancıların hazırlık yaparak savaş için birlik oluşturup toplanmaları hâlini kastediyor. Bu hükmü Hâherzâde adıyla tanınan âlim zikretmiştir. Mezhebimizde benimsenen görüş budur.

الأول: البحث عن جواز قتالهم وتدميرهم بدأ والكلام فيه على وجهين لأن هذه الطائفة الطاغية لصوص وقطاع طريق على ما أفاده الفاضل القهستاني حيث قال في باب البغاة: «يشترط في كونهم بغاة أن يكونوا غير فاسقين وأن يكونوا متمسكين بشبهة ولو فاسدة وإن لم يكن لهم شبهة فهم في حكم اللصوص» وقال في باب قطاع الطريق: «قطاع الطريق للصوص كما في القاموس» انتهى. ٥

فلا يشك عاقل منصف في كون الطائفة الخارجة عن طاعة إمامنا -أدام الله وجودهم- فاسقين مرتكبين أنواع الفسق والفجور غير متمسكين بشبهة فيكونون قطاع الطريق. ولا ريب في أنهم قتلوا الرجال وأخذوا الأموال وهتكوا الأعراس فوجب على الإمام أن يقتلهم أو يصلبهم أو يقطع أيديهم وأرجلهم على ما حكم الله العزيز الحكيم في كتابه الكريم حيث قال عز وجل: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة ٣٣/٥] الآية. فثبت بهذا أنهم إذا كانوا قطاع الطريق وجب قتلهم ورفع فسادهم عن وجه الأرض من غير إنظار ولا إمهال لما أنهم قتلوا المسلمين وأخذوا الأموال. هذا هو بيان الحكم فيهم على الوجه الأول. ١٥

وأما الكلام فيهم على الوجه الآخر فهو أنه إذا جردنا النظر عن القيدتين المذكورين وقلنا: إنهم بغاة فنقول بجواز قتلهم ابتداء أيضا لما قال صاحب الهداية: «ذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أنه يجوز عندنا للإمام أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا» انتهى. وقال في الكنز: «وبدأ بقتالهم» وقال شارحه الزيلعي: يعني إذا تهيؤوا وتحيزوا للقتال واجتمعوا له هكذا ذكره الشيخ المعروف بخواهر زاده وهو المذهب عندنا ٢٠

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 Bu hadisi Ahmed b. Hanbel, Buhârî ve Müslim rivâyet etmiştir. Ayrıca hüküm, deliline (illetine) dayandırılır. O delil de zikretmiş olduğumuz birlik oluşturma ve savaş hazırlığı yapma hususudur. Eğer devlet başkanı onların çatışmaya girmesini beklerse, bu durum onların güçlenmesine zemin hazırlar. Belki de onları bertaraf etmek mümkün olmaz. Şerlerini def' etme zarureti nedeniyle hüküm, bu delile dayandırılır.”

İkinci mesele gücü yeten her Müslüman'ın onlarla savaşmasının vâcip olduğunun araştırılmasıdır. Biz deriz ki evet, onları öldürmek ve devlet başkanının çağrısına uymak gücü yeten her Müslüman'a vâciptir. Zira *el-Bedâi*'de şöyle denilmiştir: “Devlet başkanının asilerle savaşmak için çağrıda bulunduğu herkesin bu çağrıya icabet etmesi vâciptir. İmkânı ve kudreti olduğu takdirde kimsenin savaştan geri kalması câiz olmaz. Zira günah kapsamına girmeyen hususlarda devlet başkanına itaat farzdır. Hele hele Allah'a itaat mahiyetindeki hususlarda nasıl farz olmaz?” Ayrıca *Tebyînu'l-Hakâik*'te şunlar yer almaktadır: “Onların şerrini def' edecek boyutta savaşmak vâciptir. Ebû Hanîfe'den nakledilen kargaşa döneminde evlere kapanmanın gerektiği görüşü,² meşru devlet başkanının olmadığı durumlar için geçerlidir. Ama meşru devlet başkanına destek olmak, buna güç yettiği takdirde vâcip olan hususlardandır.”

1 Sayfa kenarında müellifin şu açıklamalarına yer verilmiştir: “Herhalde Hz. Peygamber'in 'Onların Müslümanlığı boğazlarından yukarı çıkmayacak!' sözünün anlamı bir başka hadiste daha açık olarak ifade edilmiştir. Gazâlî *el-İhyâ* adlı eserinde Müslüman'ın 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 onun gizli kusurlarını açığa vurur. Evinin ortasında bile olsa onu rezil eder!” Hz. Peygamber doğru söylemiş ve gerçeği dile getirmiştir.”

2 Sayfa kenarında müellifin şu açıklaması yer almaktadır: “Nitekim Ebû Hanîfe talebelerinden birine fitne döneminde 'Evinin hasırlarından bir hasır ol' demiştir (*el-Kâfi şerhu'l-Hidâye*).”

ولنا قول علي - رضي الله عنه - سمعت رسول الله ﷺ يقول «سيخرج في آخر الزمان أقوام حدث الأسنان سفهاء الأحلام يقولون من قول خير البرية لا يجاوز إسلامهم حناجرهم^١ يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فأينما لقيتموهم فاقتلوهم فإن في قتلهم أجرا لمن قتلهم يوم القيامة» رواه أحمد والبخاري ومسلم؛ ولأن الحكم يدار على دليله وهو ما ذكرناه من التحيز والتهيؤ فلو انتظر حقيقة قتالهم لصار ذريعة لتقويتهم فلعله لا يمكن دفعهم فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم، انتهى.

والثاني: البحث عن وجوب حرابهم وقاتلهم على من هو قادر عليه من عامة المسلمين. فنقول: نعم إن قتلهم وإجابة دعوة الإمام واجب على كل من له قدرة لما قال في البدائع: «ويجب على كل من دعاه الإمام إلى قتالهم أن يجيبه إلى ذلك ولا يسع له التخلف إذا كان له غنا وقدرة؛ لأن طاعة الإمام فيما ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة» انتهى. ولما في التبیین: «والجهاد معهم واجب بقدر ما يندفع به شرهم والمروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه من لزوم البيت محمول على عدم الإمام وأما إعانة الإمام فمن الواجبات عند القدرة» انتهى.

١ وفي هامش أ: لعل معنى قوله ﷺ: «لا يجاوز إسلامهم حناجرهم» ما أفصح به في حديث آخر أورده الغزالي في الإحياء في بيان حقوق المسلم على المسلم وهو قوله صلى ﷺ: «يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان في قلبه لا تغتابوا المسلمين ولا تتبعوا عوراتهم فإن من يتبع عورة أخيه المسلم يتبع الله عورته يفضحه ولكن كان في جوف بيته» صدق وبالحق نطق.

Üçüncü mesele isyancılar dağıtılıp hezimete uğratıldıktan sonra, kanlarının mubah ve öldürülmelerinin câiz olup olmadığıdır. Deriz ki evet, kanları mubahtır. Kaçan isyancıların yakalandıkları yerde öldürülmesi câizdir. Bu isyancılar hükümdarın askeri olduklarını iddia eden bedbaht güruha mensuptur. Bunların isimleri hükümdarın defterinde yazılıdır. Çünkü bu isyancıların dağılmamış toplu bir grupları, sabit bir mekânları vardır. Henüz toparlanmamışlardır. Ancak az bir müddet geçerse toparlanabileceklerdir. 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 edebilecekleri 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 savaşınız...’ (Hucurât 49/9) âyetinde kastedilen de budur. Bu husus *el-Hidâye* adlı eserde ve şerhlerinde açıkça dile getirilmiştir.”

Dördüncü mesele isyancıların kellelerinin kesildikleri yerden başka bir mekâna taşınmasının câiz olup olmadığıdır. Deriz ki evet, geri kalan taraftarlarının şevkini kırmak amacıyla isyancı taifeye bunu yapmak câizdir. *el-Bedâi'*de şöyle denilmiştir: “İsyancıların kellelerini alıp diğer memleketlere göndermek mekruhtur. Dârulharp ahalisinin kelleleri için de aynı hüküm söz konusudur. Çünkü bu *müsle* (işkence) sayılır. Hz. Peygamber “Organ kesmek suretiyle işkence yapmayın!” diyerek bunu yasaklamıştır. Dolayısıyla bu işlem mekruhtur. Ancak bunu yapmak düşmanın şevkini kıracaksa, o takdirde 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.” buyurmuş ve İbn Mes'ûd'un yaptığı işe tepki göstermemiştir.”

والثالث: هو أنه هل يباح دمهم ويجوز قتلهم بعد التفرق والانهازم؟
فنقول: نعم يباح ويجوز قتل من هرب منهم أينما وجد وهو من الفرقة
الخاسرة الذين يزعمون أنهم من جند الإمام وقد كتب أسمائهم في دفتر
السلطان؛ لأن لهم فئة مجتمعة لا تتفرق ومستقرا راسخا لا يتحزب وبإمهال
يسير يتحزب وهذا الوجه هو المبيح لقتل من ولى منهم وهرب لما قال في
البدائع: «الإمام إذا قاتل أهل البغي فهزموهم وولوا مدبرين فإن كان لهم
فئة يتجاوزون إليها لأهل العدل أن يقتلوا مدبريهم ويجهزوا على جريحتهم
لئلا يتحيزوا إلى الفئة فيمتنعوا بها فيكبروا على أهل العدل» انتهى. ولما
في التبيين في قول الكنز: «ولو لهم فئة أجهز على جريحتهم وأتبع مواليهم؛
لأن المقصود من قتالهم دفع شرهم وذلك بما ذكر لأنهم يرجعون إلى
جماعتهم فيعودون حربا علينا ولم يحصل بذلك رجوعهم إلى الجماعة وهو
المقصود قال الله سبحانه وتعالى: ﴿فَقَاتِلُوا آلَ بَنِي نَدِيمٍ حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾
[الحجرات ٤٩/٩] وهكذا صرح به في الهداية وشروحها.

والرابع: هو أنه هل يجوز نقل رؤوسهم المقطوعة من مكان القطع إلى
آخر؟ فنقول: نعم إنه جاز بالنسبة إلى هذه الطائفة وهنا لفتتهم الباقية لما
قال في البدائع: ويكره أن يؤخذ رؤوسهم ويبعث إلى الآفاق وكذلك رؤوس
أهل الحرب؛ لأن ذلك من باب المثلة وأنه منهي لقول ﷺ: «ولا تمثلوا»
فيكره إلا إذا كان في ذلك وهن لهم فلا بأس لما روي أن ابن مسعود رضي
الله عنه جز رأس أبي جهل يوم بدر وجاء به إلى رسول الله فقال ﷺ: «إن أبا
جهل كان فرعون هذه الأمة» وما أنكر عليه انتهى.

Beşinci 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 isyancılara gelince, onların cenaze namazı kılınmaz. Çünkü Hz. Ali'nin Harûra'da isyancıların cenaze namazını kılmadığı rivâyet edilmiştir.” *el-Hidâye*'de de aynı hükümler yer almıştır. *el-Kenz* metninde “ne isyan için ne de yol kesme için” ifadesi yer almıştır. Bu metnin ez-Zeylâî tarafından kaleme alınan şerhinde şu açıklamalar mevcuttur: “Yani ne isyancılarla beraber olduğu için isyan sebebiyle öldürülenler ne de yol kesme nedeniyle öldürülenler. Bunlar yıkanmaz ve cenaze namazları kılınmaz. Böylece onlar aşağılanmış olur. Şâfi'ye göre bunlar yıkanır ve cenaze namazları kılınır. Bizim delilimiz Hz. Ali'nin Nehrevan'daki asileri yıkatmaması ve onların cenaze namazlarını kılmamasıdır. Hz. Ali'ye “Onlar kâfir midir?” diye soruldu. O, “Bize isyan eden kardeşlerimizdir.” cevabını verdi. Böylece hükmün illetine işaret etti. İlet isyancı olmaktır. İleride geleceği üzere Hz. Ali isyancılarla ilgili hükümler konusunda başvurulacak mercidir.” Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinde de aynı açıklamalar yer almaktadır.

Bu fakirin, bahsedilen önemli mecliste özet olarak verdiği cevapların ayrıntılı olarak izahı burada sona ermiştir.

والخامس: هو أنه هل يغسل من قتل منهم وهل يصلى عليهم؟ فنقول: لا يصلى على من قتل منهم حين المحاربة لما قال في البدائع: «وأما قتل أهل البغي فلا يصلى عليهم؛ لأنه روي أن علياً رضي الله عنه ما صلى على أهل حرورى» انتهى. كذا قال في الهداية. وقال في الكنز: «لا لبغي وقطع طريق» وفي شرحه للزيلعي: «أي لا من قتل لأجل بغي بأن كان مع البغاة ولا من قتل لأجل قطع طريق فإنهما لا يغسلان ولا يصلى عليهما إهانة لهما وقال الشافعي يغسلان ويصلى عليهما. ولنا أن علياً رضي الله عنه لم يصل على أصحاب النهروان ولم يغسلهم ف قيل له: أكفار هم؟ فقال رضي الله عنه: إخواننا بغوا علينا. فأشار إلى العلة وهي البغي، وعلي رضي الله عنه وهو القدوة في هذا الباب على ما يأتي» انتهى. وكذا في شرح المجمع للأياثلوغي. ١٠

وهذا آخر تفصيل ما وقع من الإجمال للعبد الفقير الصادر في ذلك المجلس الخطير.

HAZR ve İBÂHA: GÜNDELİK HAYATTA HELALLER VE HARAMLAR

1. Tahrîmen Mekruhun Anlamı

[**Teshîl**] Muhammed tahrîmen mekruhun haram olduğu kanaatindedir.

5 Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre ise tahrîmen mekruh, harama yakın konumdadır. Şüpheli şeyler harama yakın kabul edildiği gibi mekruh da Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre harama yakın kabul edilir. Muhammed, aksine bir delil olmadıkça her mekruhun haram olduğunu açıkça ifade etmiştir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Muhammed'in "Her mekruh haramdır." ifadesiyle
10 kastettiği tahrîmen mekruhtur. Tenzihen mekruh bu ifadenin kapsamına girmemektedir. *et-Tavzîh* vb. fıkıh usûlü kitaplarında hüküm konusu işlenirken bu husus açıkça dile getirilmiştir. Aynı şekilde dârulharpte iken ganimetleri taksim etmek, Muhammed'e göre haram olmayıp tenzihen mekruhtur. Bu konu *el-Kâfi* adlı eserin ganimet taksimini ele alan bölümünde
15 belirtilmiştir. Bu veriler ışığında Muhammed'in "Her mekruh haramdır." ifadesiyle kastettiğinin tahrîmen mekruh olduğu açığa çıkmış olmaktadır. *el-Vikâye*'de ve şerhinde şu ifadeler yer almaktadır: "Mekruh olan bir şey, Muhammed'e göre haramdır. Ancak ilgili şeyin haramlığına dair kesin bir delil olmadığından, haram tabirini kullanmamıştır. Mekruhun harama
20 nispeti, vâcibin farza nispeti gibidir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre mekruh, haram değildir. Ancak harama daha yakın kabul edilir. Bahsedilen tahrîmen mekruhtur. Tenzihen mekruh ise helale daha yakındır." *Derim ki*: Tenzihen mekruh olan bir eylemi işlemenin günah olmaması gerekir. *el-Mesâbih* adlı eserin şerhi olan *el-Muzbir*'de, "ihramlının kaçınacağı eylemler" bölümünde geçen "İhramlı evlenmesin, evlendirmesin ve dünürücü olmasın!" hadisinin açıklamasında yer verilen şu ifadeler de bu hususu gösterir: "Hadiste geçen [evlilik teklifi, dünürçülükle ilgili] yasaklama, tenzih içindir. Bir kimse [evlenme akdi yapmaksızın] evlenme teklifinde bulunsa bundan dolayı günah işlemiş olmaz." *el-Hidâye*'nin şerhi olan *el-Gâye* adlı
30 eserde, ganimetlerin taksimi ile ilgili bölümde şu ifadeler yer almaktadır: "Kerahetin anlamı, yapmamanın daha uygun olmasıdır. Şayet ilgili eylemi yaparsa, bir çeşit kınamaya muhatap olur."

كتاب الحظر والإباحة

١. معنى الكراهة تحريمًا

[التسهيل] جعل محمد كراهة التحريم حرامًا، وهما أقرب منه والشبهة إلى الحرام أقرب والمكروه كذلك عندهما، ونصَّ محمد أن كل مكروه حرام ما لم يقيم الدليل على خلافه. ٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: المراد بقول محمد: وكل مكروه حرام هو المكروه كراهة التحريم لا التنزيه، وفي باب الحكم من كتب الأصول كالتوضيح ونحوه قد صرح بذلك: وأيضًا القسمُ في دار الحرب مكروه كراهةً التنزيه عند محمدٍ وليس بحرامٍ صرَّح به في بابِ قسمة الغنائم من الكافي فظَّهر به أن مراده بقوله: كل مكروه حرام هو المكروه كراهة التحريم، وفي الوقاية وشرحه: «ما كره حرام عند محمد ولم يتلَفَّظ به لعدم الدليل القاطع على حرمة، فنسبة المكروه إلى الحرام كنسبة الواجب إلى الفرض، وعنهما ليس بحرام ولكنه إلى الحرام أقرب وهذا هو المكروه كراهة التحريم وأما المكروه كراهة التنزيه فإلى الحلِّ أقرب». وأقول: الارتكاب بالمكروه كراهة التنزيه ينبغي أن لا يكون إثمًا ويدل عليه ما ذكر في المظهر شرح المصابيح في باب ما يجتنب المحرم في شرح قوله عليه السلام: «لا ينكح المحرم ولا يُنكح ولا يخطب»^١ حيث قال: إنه نهى تنزيه فلو خطب بلا نكاح لا يَأثم. وذكر في قسمة الغنائم من الغاية شرح الهداية: أن معنى الكراهة هو أن الأولى أن لا يفعل ولو فعل استحقَّ ضرباً من اللوم.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *el-Vikâye* adlı eserin şerhindeki ibareye yer verilmesiyle amaçlanan şey, Şeyh'in Muhammed'in haramla eş değer kabul ettiği, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un ise harama daha yakın gördüğü mekruhun tahrimen mekruh olduğuna yönelik iddiasını ispat etmektir. Allâme, *el-Îzâh* adlı eserinde, Sadruşşerîa'nın "Mekruhun harama nispeti, vâcibin farza nispeti gibidir." ifadesini açıklarken şöyle demiştir: "Muhammed'e göre terk edilmesi gerekli olan şey, eğer kesin bir delille sabit olmuşsa haram olarak adlandırılır. Aksi takdirde tahrimen mekruh olarak adlandırılır. Nitekim yapılması gerekli olan şey, eğer kesin bir delille sabit olmuşsa farz olarak, kesin bir delille sabit olmamışsa vâcip olarak adlandırılır." Bu meselenin tahkiki, Muhammed'in tahrimen mekruh tabirinin açıklanmasındaki görüşü, bu görüş ile Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un görüşleri arasındaki farkın boyutu, Şeyh'in kendi çıkarımı olarak takdim ettiği tenzihen mekruhu işleyenin günaha girmeyeceği hususunun ispatı, Allâme Teftâzânî'nin *et-Telvîh*'indeki fıkıh tanımını inceleyenler tarafından açıkça görülebilir. Üstelik Teftâzânî, tenzihen mekruhun helale daha yakın olduğunu, yani onu işleyenin cezalandırılmayacağını ancak terk edenin asgari düzeyde sevap alacağını ifade etmiştir. Böylece onun tamamlayıcı olarak yaptığı açıklama, Şeyh'in açıklamalarının üzerinde bir fayda taşımaktadır.

2. Altın ve Gümüş Kap Kullanımı

[Teshîl] Gerek erkek gerek kadın için yemek, içmek veya yağ (dühn) ya da güzel koku benzeri şeyler koymak amacıyla altın veya gümüş kap kullanımını mekruhtur. Çünkü Hz. Peygamber "Kim altın ya da gümüş kaptan içerse, midesinden cehennem ateşinin uğultusu gelir." diyerek bu kaplardan bir şey içilmesini yasaklamıştır. Fakihlere göre güzel koku veya krem vb. gibi bedende kullanılan her şeyin altın veya gümüş kaplarda muhafazası da mekruhtur. Altın ya da gümüşten yapılmış sürmedanlık ve sürme mili kullanarak sürme çekmek de mekruhtur. Kadın için de aynı hüküm söz konusudur. Çünkü bunların her biri yararı bedene yönelik eylemlerdir. Yeme ve içme gibi değerlendirilir. Bir rivâyete göre yağ sürünme konusunda haram olan şey, altın veya gümüş kabı eline alıp içindekini doğrudan başına dökmektir. Ama kabın içine elini sokar ve yağ eliyle alıp başına dökerse mekruh olmaz.

[فاضل أمير] نقول: المقصود من إيراد ما في شرح الوقاية إثبات ما ادعاه من أن المراد بالمكروه الذي قال محمد بأنه حرام وقال الشيخان بأنه أقرب إلى الحرام هو المكروه كراهة تحريم. وقال العلامة في الإيضاح في موضع قول صدر الشريعة: «فنسبة المكروه إلى الحرام كنسبة الواجب إلى الفرض فعند محمد ما لزم تركه إن ثبت ذلك بدليل قطعي يسمى حراما وإلا يسمى مكروها ٥ كراهة تحريم كما أن ما لزم الإتيان به إن ثبت ذلك بدليل قطعي يسمى فرضا وإلا واجبا» انتهى. وتحقيق المقام وبيان مذهب محمد في تفسير كراهة التحريم ومادة افتراقه منه على قول الشيخين وإثبات ما ذكره الشيخ على أنه تفقه منه من أن مرتكب ما هو مكروه تنزيها لا يكون آثما يظهر لمن نظر في تعريف الفقه من التلويح للعلامة التفتازاني غير أنه أفاد أن المكروه كراهة تنزيه أقرب إلى الحل ١٠ بمعنى أنه لا يعاقب فاعله لكن يثاب تاركه أدنى ثواب فكان ما ذكره على وجه الاستدراك فائدة زائدة على ما قاله الشيخ.

٢. حكم استعمال الآنية من ذهب وفضة.

[التسهيل] وكره استعمال آنية من الذهب والفضة له ولها في الأكل والشرب ١٥ والادهان والتطييب لأنه عليه السلام نهى عن الشرب منها قال عليه السلام «من شرب في آنية الذهب والفضة فإنها يجر جر في بطنه نار جهنم»، وقالوا: إنه يكره الانتفاع بهما في كل ما يعود إلى البدن كالتطييب والادهان ونحوه ولا يجوز أن يكتحل من مكحلة ذهب أو فضة أو بميل منهما وكذا المرأة لأن كل ذلك منفعة تعود إلى البدن فصار كالأكل والشرب، وقيل: صورة الإدهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويضرب الدهن على الرأس، أما إذا أدخل يده وأخذ ٢٠ الدهن ثم صبّه على الرأس من اليد لا يكره.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu yaklaşıma göre yemeği altın ya da gümüş kaptan kaşıkla alıp, kaşıktan yerse mekruh olmaması gerekir. Aynı şekilde yemeği kaptan eliyle alıp yese de mekruh olmaması gerekir. Ancak altın ve gümüş kullanma kapısının açılmaması için bu rivâyetle fetva verilmemelidir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Molla Hüsrev *ed-Dürer* adlı eserinde *ez-Zahîre*'den nakledilen -Şeyh'in de 'Bir rivâyete göre yağ sürünme konusunda haram olan şey, altın veya gümüş kabı eline alıp içindekini doğrudan başına dökmektir. Ama kabın içine elini sokar ve yağı eliyle alıp başına dökerse mekruh olmaz.' ifadeleriyle yer verdiği- rivâyete yer verdikten sonra, Şeyh'in 'Bu yaklaşıma göre yemeği altın ya da gümüş kaptan kaşıkla alıp, kaşıktan yerse mekruh olmaması gerekir.' ifadeleriyle başlayan değerlendirmesini kastederek bu rivâyete itiraz edildiğini söylemiş, sonra da itiraz sandığı bu değerlendirmeye cevap vermeye girişmiştir. Amacına ulaşmak için yaptığı söz oyunu neticede iki noktaya dayanmaktadır: (من اثناء ذهب) 'altın kaptan' ifadesinde geçen '-den, -dan' anlamındaki 'min' (من) edatının ibtidâ (başlangıç) için olduğunu iddia etmek ve altın-gümüş kullanımında haramlığın alışılmış normal kullanım tarzına has olduğunu ileri sürmek. Molla Hüsrev'in bu söylediklerinin ancak yetersiz kişileri ikna edebileceği senin gözünden kaçmayacaktır. Bu hususta aydınlatılması gereken bazı noktalar vardır:

Şeyh'in kullandığı ifadeler *ez-Zahîre*'de yer alan görüşe itiraz mahiyeti taşımamaktadır. Aksine bu ifadelerin amacı altın ve gümüş kapların kullanılmasındaki haramlığı kayda bağlamaktır. Dolayısıyla Molla Hüsrev'in, bu rivâyete itiraz edildiği iddiasının bir dayanağı yoktur. Bu ilmin muteber kaynaklarındaki verilerden meselede iki rivâyet olduğu anlaşılmıştır. Birinci rivâyet altın ve gümüş kullanımının, kullanım ister doğrudan ister dolaylı olsun, mutlak olarak haram olduğudur. Sahih olan ve fıkıh metinlerinde esas alınan rivâyet de budur. Bu konuda rivâyet edilen hadisin zahiri de bu görüşü desteklemektedir. İkinci rivâyet ise *ez-Zahîre*'den nakledilen, altın ve gümüşün dolaylı kullanımının değil doğrudan kullanımının haram olduğuna delâlet eden rivâyettir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: على هذا لو أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكله من الملعقة ينبغي أن لا يكره وكذا لو أخذه بيده وأكله ينبغي أن لا يكره ولكن ينبغي أن لا يُفتى بهذه الرواية لثلاثا يفتتح باب استعمالها.

٥ [فاضل أمير] نقول: قال المولى خسرو في الدرر بعد نقل الرواية المنقولة من الذخيرة وهي ما نقله الشيخ بقوله: وقيل: صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة إلى آخره: «واعترض عليه مريدا به ما ذكره الشيخ بقوله أقول على هذا لو أخذ الطعام إلى آخره وتصدى للجواب عما ظنه اعتراضا وكان غاية ما تمحل له جعل من في من إناء ذهب ابتدائية وتحصيل الحرمة في استعمال الذهب والفضة بالاستعمال المتعارف». ولا يذهب عليك أن ما قاله المولى المذكور هنا مما لا يقنع به إلا عديم القدرة في مقام الثروة وفيه أبحاث:

الأول: هو أن ما ذكره الشيخ ليس باعترض على ما وقع في الذخيرة بل هو تقييد للحرمة في استعمال الآنية من الذهب والفضة فلا وجه لقوله: واعترض إلى آخره. والثاني: هو أن المستفاد من معتبرات الفن أن في هذه المسألة روايتين: الأولى حرمة استعمال الذهب والفضة على الإطلاق سواء كان بالذات أو بالواسطة وهذه هي الرواية الصحيحة المأخوذة في المتون ويدل عليه ظاهر الحديث المروي في هذا الباب. والثانية هي المنقولة من الذخيرة الدالة على حرمة استعمالهما بالذات لا بالواسطة

Molla Hüsrev'in kullanımın normal yolla olup olmamasına itibar eden beyanı, herhangi bir ihtiyaç ve delâlet bulunmaksızın fıkıh metnlerinin açık ifadeleri ve rivâyetleri üzerine ek hüküm getiren bir yorumdur. Üstelik Şeyh'in kendi çıkarımı olarak takdim ettiği, Molla Hüsrev'in de itiraz olarak nitelediği husus, mezhebin büyük meşâyihinden nakledilegelen görüş-
 5 lerdendir. Nitekim Molla Kuhistânî şöyle demiştir: "Eğer elini kaba soksa ve kaptan bir şeyi dışarı çıkarsa *el-Muhît* adlı eserde geçtiği üzere bunda bir sakınca yoktur. Bu durumda sofrta üzerinde bulunan kaptan alıp yemek yemenin helal olması gerekir. Ancak *el-Hulâsa*'da geçtiği üzere bunun
 10 mekruh olduğu da nakledilmiştir." Dolayısıyla Molla Hüsrev'in söz oyunu yaparak itiraz zannettiği şeye cevap olsun diye zikrettiği şeyler, Şeyh'in ilkten ortaya attığı bir görüşe cevap olmaz, tam tersine mevcut rivâyetleri eleştirme ve selefın görüşlerinde kusur bulma anlamına gelir.

Molla Hüsrev'in iddiasına dayanak yaptığı husus, semer otunun sapından daha zayıftır. Çünkü (من) "-den, dan" edatının ibtidâ anlamında olması, ancak (من) lafzının mevcut olmasıyla mümkündür. Hadis ve fıkıh kitaplarında rivâyet edilen hadiste (فی) lafzı bulunmaktadır.¹ Dolayısıyla ibtidâ anlamı üzerine dayandırdığı çıkarım netice vermemiş ve amacı gerçekleştirilmemiştir. Bu kadar tartışmadan sonra ibtidâ anlamı ve normal
 20 kullanım hususundaki iddiaları kabul edilmiş olsa, çıkan netice şu olur: Eğer doğrudan (ilk baştan) normal kullanım gerçekleşmişse, bu kullanım haramdır. Buradan da doğrudan kullanım ve normal kullanımın her ikisi ya da birisi bulunmadığında kullanımın haram olmayacağı neticesi çıkar. Mesela altından veya gümüşten yapılmış büyük tencere kullanımında normal olan durum, kaşıkla ya da elle alarak yemektir. Ancak kişi zorlanarak tencereyi kaldırır da içerisindekini yerse veya içerse yahut başına dökerse, normal kullanım bulunmadığı için bu eylemin haram olmaması gerekir. Bunun ise bâtil olduğu açıktır. Keza altın ya da gümüşten yapılmış küçük kapta normal kullanım şekli, içine giren bir el ya da kaşık aracılığı olmak-
 30 sızın onun kaldırılması, içindekinin yenmesi, içilmesi veya dökülmesidir. Küçük kabı önüne koyan kişi onun içindekini eliyle veya kaşıkla alsın, sonra da elinden ya da kaşıktan yese bu kullanımın haram olmaması gerekir.

1 Sayfa kenarında müellifin şu notu yer almıştır: "Zeylâi bu konuyla ilgili hadisleri Ahmed b. Hanbel, Buhârî, Müslim ve İbn Mâce'den nakletmiştir. Her rivâyette (فی) lafzı bulunmaktadır. Aynı şekilde *el-Câmi'ûs-Sağîr*, *el-Muhît* ve *ez-Zehîre* adlı eserlerde de (فی) lafzı geçmektedir. *ed-Dürer* muhaşşisi de bunu dile getirmiştir."

فما اعتبره المولى المذكور من كون الاستعمال متعارفاً أو غير متعارف زيادة على النص والرواية من غير دلالة ولا حاجة على أن الوجه الذي ذكره الشيخ كأنه دراية منه وحمله المولى المذكور على الاعتراض مما رواه المشايخ كابرا عن كابر حيث قال المولى القهستاني: «ولو أدخل يده فيها وأخرج منها شيئاً فلا بأس به كما في المحيط فينبغي أن يحل الأكل منه على الخوان وعنه أنه يكره ٥ كما في الخلاصة» انتهى. فعلى هذا يكون ما ذكره المولى خسرو وتمحل له ليكون جواباً عما ظنه اعتراضاً طعناً في الرواية ونقضاً على أقوال الأسلاف لا فيما اخترعه صاحب التسهيل.

والثالث هو أن ما جعله مبنى الكلام أهون من ساق الثمام؛ لأن ما اعتبره ١٠ من معنى الابتداء لا يحصل إلا بأن توجد لفظة «من» والحديث المروي وقع في كتب الحديث والفقهاء بلفظة «في» فلا يتم ما بنى على الابتداء ولا بالمقصود يفى. وبعد اللتيا والتي لو سلم كل ما ادعاه من معنى الابتداء والاستعمال المتعارف يكون حاصل ما قال إن وجد الاستعمال الابتدائي المتعارف حرم استعماله فلزم منه أنه إن لم يوجد كل واحد من الابتداء والتعارف أو واحد ١٥ منهما لا يحرم الاستعمال فالإناء الكبير من الذهب أو الفضة المتعارف فيه الأكل باليد أو الملعقة إذا رفع بتكلف وأكل ما فيه أو شرب أو صب على الرأس يلزم أن لا يحرم هذا الاستعمال لفقدان الاستعمال المتعارف وهذا ظاهر البطلان وكذا الإناء الصغير من أحدهما المتعارف فيه رفعه وأكل ما فيه أو شربه أو صبه بغير واسطة يد داخله فيه أو ملعقة إذا وضعه قدامه وأخذ ما ٢٠ فيه بيده أو ملعقته ثم أكله من اليد أو الملعقة يلزم أن لا يحرم هذا الاستعمال

Çünkü burada Molla Hüsrev'in öne sürdüğü haramlık şartları olan doğrudan kullanım ve normal kullanımdan birisi de gerçekleşmemiştir. Nitekim bu hususu kendisi de ifade etmekte ve şöyle demektedir: “Güzel koku ve süs malzemelerinin muhafazası için altından ve gümüşten yapılan küçük kapların kullanımı, bu kap alınıp içindeki madde doğrudan başa döküldüğünde haram olur. Ancak elini kabın içine sokar, maddeyi alır da başına dökerse bu kullanım mekruh olmaz. Zira burada kaptan doğrudan kullanım bulunmamaktadır.”

Birikimi olan kişinin açıkça fark edebileceği gibi Molla Hüsrev sonunda bu rivâyete dayanarak, altın ve gümüşten mamul kapların kullanımının, el ve kaşık gibi mubah bir alet vasıtasıyla yapıldığı takdirde mekruh olmayacağını söylemek zorunda kalmıştır. Onun bu sözü söylemesi ise Şeyh'in, “Bu rivâyete göre kullanımın alet vasıtasıyla yapıldığı takdirde mekruh olmaması gerekir.” şeklindeki iddiasının aynen kabulü demektir. Özetle Molla Hüsrev'in ayrıntılı mukaddimeler tertip ettikten sonra vardığı netice, hasmının ileri sürdüğü görüşün aynısıdır. “İşte artık hak çıktı meydana!” [Yûsuf 12/51] dediği zaman artık Molla Hüsrev'in “Bu hatanın kaynağı, meşâ-yihin ibarelerinin manasının farkında olmamak ve onların muradına vakıf olmamaktır.” şeklindeki sözlerinin hiçbir cazibesi ve parlaklığı kalmamıştır. Onun yaldızla kaplanmış olan sözlerini ne zaman kazısan, altındaki bakır zemin karşına çıkacaktır. Evet, benden önce de Molla Hüsrev'in bu yaklaşımının yanlışlığını birçok kişi göstermiştir. Ancak kimse benim yaptığım gibi, bütün karışıklıkları gideren bir tenkit yapmamıştır.

3. Diyânî Konularda Tek Kişinin Haberinin Değeri

[**Teshîl**] Helal ve haramla ilgili hususlar, mülkiyetin zevaline yol açmadıkları müddetçe diyânât kapsamında değerlendirilir. Bir kimse bir kadınla evlense, daha sonra güvenilir bir kimse her ikisinin de aynı kadından süt emdiğini söylese, karı koca tefrik edilmez. Zira mülkiyetin zevali için, tek kişinin beyanı yeterli değildir. Ancak bu aşamadan sonra ilgili kadınla evli kalmaktan kaçınmak menduptur.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Eğer evlenmeden önce bu olay haber verilmiş olsaydı, evliliğin sahih olmaması gerekirdi. Zira ilgili haber mülkiyetin zevalini gerektirmediği için tek kişinin beyanı yeterli olur.

إذ لم يوجد فيه واحد من شرطي الحرمة على ما زعم يعني الاستعمال المتعارف والاستعمال الابتدائي كما قال به نفسه أيضا حيث قال: «وكذا الأواني الصغيرة المصنوعة لأجل الادهان ونحوه إنما يحرم استعمالها إذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها» انتهى. ٥

ولا يخفى على الخبير أن المولى المذكور قد اضطر آخر الأمر إلى القول بأن استعمال الآنية من الذهب أو الفضة إذا كان بوساطة آلة مباحة كاليد أو الملعقة لا يكره الاستعمال على هذه الرواية وهذا القول منه تسليم لما ادعاه الشيخ من أنه لو كان الاستعمال بالآلة يلزم أن لا يكره على هذه الرواية. وبالجملة كان آخر ما أفادته مقدماته المبسوطة عين ما قال به الخصم فلم يبق لقوله: «منشؤه الغفلة عن معنى عبارات المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم» جمال ورونق إذا قيل الآن حصحص الحق وكان كلامه هنا مصوغا مموها كلما قشرته يظهر من تحته النحاس نعم قد زيفه قبلي كثير من الناس ولكن لم ينقده أحد مثل ما نقدته بلا التباس. ١٠

٣. خبر الواحد في الديانات

[التسهيل] ومنها^١ الحِلُّ والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك فلو تزوج امرأة فأخبر ثقة^٢ أنهما أرضعا من واحدة لا يفرق إذ الواحد لا يكفي لزوال الملك ونُدب التنزه عنها. ١٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: لو أخبر به قبل التزوج ينبغي أن لا يصح التزوج بها إذ ليس في قبول خبره زوال الملك فيكفي الواحد. ٢٠

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Bu değerlendirme Şeyh'in önceki fıkıh âlimlerinin -Allah onların kabirlerini nurlandırsın- sözlerinden istinbat ettiği şeylerdendir. Kâdîhân *el-Fetâvâ* adlı eserinin 'muharremât' (evlenilmesi haram olan kadınlar) bahsinde söyledikleri Şeyh'in burada zikrettiği doğrultudadır. Eserinin rada' (süt akrabalığı) ile ilgili bölümünde ise Kâdîhân "Bir kadın, bir başka kadının evlenecek tarafların ikisini de emzirdiğine akitten önce şahitlik etse, erkek o iki kadını da tekzip edebilir."¹ görüşüne yer vermiştir. Molla Çivizâde, Kâdîhân'ın muharremât bölümünde söylediği ile rada' bölümündeki ifadeyi doğru kabul etmiştir. Zahrüddîn el-Mergînânî'nin fetvalarında "Birisi, evlenecek çiftin aynı kadından süt emdiği akitten önce haber verdiği takdirde evlenmek câiz olmaz." hükmü yer almaktadır. Bu da Kâdîhân'ın muharremât bahsinde zikrettikleriyle uyum içerisindedir.

4. Zimmîlerin Harem Bölgesine Girmesi

[**Teshîl**] Mâlik dışındaki imamlar zimmînin mescide girmesini câiz görmüşlerdir. Çünkü Hz. Peygamber, Sakîf kabilesinden gelen heyeti mescitte ağırlamıştır. Mâlik'in gerekçesi zimmînin necis ve cünüp olmasıdır. Şâfiî'ye göre ise zimmî, harem bölgesine giremez. Zira yüce Allah, "Müşrikler pistir; Mescid-i Harâm'a yaklaşmasınlar!" (Tevbe 9/28) buyurmuştur. Şâfiî'nin bu gerekçesine cevaben âyetteki yasağın müşriklerin çıplak tavaf etmesi nedeniyle olduğu söylenebilir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu cevaba şu karşılık verilebilir: Muteber olan sebebin hususiliği değil, lafzın umumiliğidir. Ayrıca yaklaşmama gerekçesi olarak çıplak tavaf etmeleri değil, pis olmaları gösterilmiştir. "Yaklaşmasınlar!" ifadesine, "müşrikler pistir." ifadesinin ardından yer verilmiştir. Bu ifade çıplak olanları da olmayanları da kapsar.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *el-Bedâi*'de "Âyetteki yasakla kastedilen, müşriklerin Mescid-i Harâm'a girmeleri değil, hac için Mekke'ye girmeleridir." denilmiş ve bu yaklaşım "Yoksulluktan korkarsanız bilin ki Allah dilerse yakında sizi lütfuyla ihsanıyla zenginleştirir." (Tevbe 9/28) âyetiyle desteklenmiştir. Böylece Şeyh'in Şâfiî namına yaptığı çıkarım geçersiz olmaktadır.

1 Her iki nüshada da metin çeviride yansıtıldığı şekildedir. Ancak Kâdîhân'da mesele şu şekilde geçmektedir: "Bir kadın evlenecek tarafların ikisini de emzirdiğine akitten önce şahitlik etse, erkek onu tekzip edebilir." Kâdîhân, I, 421.

[فاضل أمير] نقول: هذا الذي ذكره على أنه من استنباطاته مما ذكره المشايخ
 الأسلاف-نور الله مضاجعهم- حيث قال الإمام قاضيخان في باب محرمات
 النكاح من فتاواه على وفق ما ذكره الشيخ هنا وذكر في كتاب الرضاع أنه إذا
 شهدت امرأة قبل النكاح أنهما أرضعتها امرأة كان في سعة من تكذيبهما. وقال
 المولى المدعو بجيوي زاده: «بين ما قال الإمام في المحرمات وبين ما قاله في
 الرضاع مخالفة» وصوّب ما ذكره في المحرمات وقد وقع في فتاوى ظهير الدين
 المرغيناني أنه لا يجوز التزوج إن أخبر أحد قبل التزوج بأنهما أرضعتها امرأة
 فوافق بما ذكره في المحرمات.

٤. دخول الذمي الحرم.

[التسهيل] أجازوا للذمي دخول المسجد لأنه عليه السلام أنزلَ وفدَ ثقيف
 في مسجده^١، وله^٢ أنه نجس وجُنُب، وعند الشافعي لا يدخل في الحَرَم لقوله
 تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ﴾ [التوبة ٢٨/٩]، أُجيبَ
 بأنه لطفهم غريباً.

[الشيخ بدر الدين] أقول: يمكن أن يُرد بأن المعتبر عموم اللفظ لا خصوص
 المورد مع أن علة البعد جعلت نجاستهم لا عُزْيهم حيث رتّب قوله تعالى:
 ﴿فَلَا يَقْرَبُوا﴾ على قوله تعالى ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ فيعُمّ العرّة وغيرهم.

[فاضل أمير] نقول: قال في البدائع: «المراد بالنهي في الآية النهي عن
 دخولهم مكة للحج لا عن دخول المسجد الحرام نفسه» وأيد هذا الوجه بقوله
 عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً﴾ [التوبة ٢٨/٩] الآية. وبهذا يضمحل ما ذكره الشيخ
 من طرف الشافعي.

١ سنن أبي داود، الخراج

٢ أي لمالك.

5. Kur'ân'ı Nağme ile Okumak

[**Teshîl**] Meşâyihimiz der ki: Kur'ân'ı *elbân* (nağme) ile okuyan ve bunu dinleyen günahkâr olur. Çünkü bu eylem günahdır. Hz. Peygamber'in "Melahi (çalgı aletleri) dinlemek masiyettir; çalındığı yere oturmak fısıktır; onlardan zevk almak ise bir tür küfürdür." dediği nakledilmektedir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Hz. Peygamber'den gelen bu rivâyetin sıhhati tartışmaya açıktır.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: *el-Fetâve'l-Bezzâziyye*'de hadisin tamamı nakledilmiştir: "Hz. Peygamber'in "...onlardan zevk almak ise bir tür küfürdür." sözüyle nimete karşı nankörlük kastedilmektedir. Zira burada organların yaratılış amacı dışında kullanılması söz konusudur. Bu ise nimete nankörlük demektir. Burada yapılması vâcip olan şey, nağmeyi dinlemekten kaçınmaktır. Zira Hz. Peygamber'in nağmeyi duyduğunda parmağını kulağına tıkadığı nakledilmektedir." Böylece Hz. Peygamber'in "Çalgı aletlerinden zevk almak küfürdür." sözünün sahih bir tevili öğrenilmiştir. Dolayısıyla bu rivâyetin sıhhatini inkâr etmenin bir gerekçesi kalmamıştır. Büyük âlimler hakkında, onların kesin bilgiye dayanmadan bu haberi kitaplarına alıp Hz. Peygamber'e izafe ettikleri şeklinde hatalı bir zanna düşülmesin!

6. Necis Yerlerde Kur'ân Okunması

[**Teshîl**] Banyo yapılan yerler gibi, necaset bulunma ihtimali yüksek mekânlarda Kur'ân okumak mekruhtur. Eğer hamam temizse ve avret mahallinin açılması gibi bir sakıncalı durum yoksa burada yüksek sesle Kur'ân okumakta bir mahzur yoktur. Aksi takdirde içinden okunabilir. Sesini yükselterek de olsa buralarda tesbih ve tehlîl yapılabilir, yani sübhanallah ve Lâ ilâhe illallah denilebilir.

[**Şeyh Bedreddin**] Derim ki: Bu ifade yüksek sesle 'tehlîl'in haram ya da mekruh olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Zira hamam gibi Kur'ân'ı yüksek sesle okumanın mekruh olduğu ortamlarda, yüksek sesle tehlîl mekruh değildir. Bu durumda Kur'ân'ı yüksek sesle okumanın mekruh olmadığı ortamlarda, yüksek sesle Lâ ilâhe illallah demenin de evleviyetle mekruh olmaması gerekir.

٥ . قراءة القرآن بالألحان

[التسهيل] قال مشايخنا: يَأْتَم تالي القرآن بألحان وسامعُه لأنه معصية، وعنه عليه السلام: «استماعُ المِلاهي معصيةٌ والجلوسُ عليها فسقٌ والتلذُّدُ بها من الكفر»

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: في صحة هذا الخبر عن النبي ﷺ نظر.

[فاضل أمير] نقول: قد نقل في الفتاوى البزازية الحديث بتمامه وقال في قوله ﷺ: «والتلذذُ بها كفرٌ أي بالنعمة وصرف الجوارح لغير ما خلق لأجله كفر بالنعمة فالواجب كل الواجب أن يجتنب كيلا يسمع لما روي أنه ﷺ أدخل أصبعه في أذنه عند سماعه» انتهى. فعلم منه تأويل صحيح لقوله ﷺ: «والتلذذُ بالمِلاهي كفر» فلم يكن لإنكار صحته وجه ولا يظن بالمشايخ الكبار أنهم أثبتوا هذا الخبر في كتبهم مسندا إلى النبي ﷺ من غير علم ويقين.

٦ . تلاوة القرآن في مواضع النجاسة

[التسهيل] وكره تلاوة القرآن في مواضع النجاسة كَمُغْتَسَلٍ وشبهه ولا بأس بتلاوة القرآن جهراً في الحمام لو طَهَّر وخلا عن كشف العورة وإلا فلا بأس بها خفية. ولا بأس بالتسييح والتهيل وإن رفع صوتَه به.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: هذا نص على أن رفع الصوت بالتهيل ليس بحرام ولا بمكروه فإنه إذا لم يكره في الحمام حال كراهة رفع الصوت بالقرآن فلأن لا يكره في مواضع لا يكره فيها الجهر بالقرآن أولى.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Metinde câiz olduğu ifade edilen 'yüksek ses', kısık sesin üzerinde yer alan, edep ve vakar sınırlarını aşmayan bir tonda sesi yükseltmek anlamındadır. Zira Kuhistânî şöyle demektedir: "Serahsî'nin *es-Siyerü'l-Kebîr* şerhinde Hz. Peygamber'in Kur'ân okurken ve vaaz ederken sesi yükseltmeyi mekruh gördüğü zikredilmiştir. Vecd ve muhabbet iddiasında bulunan kimselerin yaptıkları şeyler mekruhtur, dinde bir asıla dayanmamaktadır. Sufilerin itiyat hâline getirdikleri yüksek ses engellenir. Çünkü Kur'ân okuma ve vaaz esnasında dinen mekruh görülen bir işin ğına/nağme dinlendiği esnada hükmünün ne olacağını sen düşün! *el-Cevâhir* adlı eserde geçtiği üzere zamanımızın mutasavvıflarının yaptığı raks ve sema haramdır. Bu meclise gitmek ve o mecliste bulunmak câiz değildir. Bu eylemler, müzik ve çalgı aletleri aynı hükmü taşır. *el-Avârif* adlı eserde geçtiği üzere nağme dinlemek günahlar içerisinde yer almaktadır. Bunu sadece fıkıhçılar içerisinde küçük bir grup mubah kabul etmiştir. Mubah kabul edenler de bunun mescitlerde ve mübarek mekânlarda aleni icrasını câiz görmemiştir." Buraya kadar verilen nakiller Kuhistânî'nin eserinden alınmıştır. O eserde ayrıntılı bilgi bulunmaktadır. İstersen oraya bakabilirsiniz!

el-Cevâhir adlı eserde biraz önceki naklin devamında, şu ifadelere yer verilmiştir: "Tasavvuf ehli bunu (raks ve semâ'ı) câiz görmüş ve kendilerinden önceki şeyhlerin uygulamasını delil getirmişlerdir. Bana göre önceki meşayihin yaptıklarıyla, günümüzdekilerin yaptıkları aynı değildir. Zira onların zamanında muhtemelen birisi, onların ahvaline uygun manalar içeren bir şiir okur bu da onlara muvafık olurdu. İnce ruhlu olan bir kişi, kendisine muvafık bir kelime veya ona içinde bulunduğu ortamı gösteren bir ifade duyduğunda, muhtemelen kendini kaybedebilir ve kendi isteği olmaksızın ayağa kalkabilir. Kendisinden iradesi dışında bazı hareketler sadır olabilir. Bu tür uygulamalar başkaları için örnek teşkil etmemekle birlikte câiz görülebilir. O şeyhlerin zamanımızın fasıklarının ve ibâhacılarının yaptığı şeyleri yapmış olmaları düşünülemez.

[فاضل أمير] نقول: المراد من الرفع الذي روي في المتن جوازه هو الرفع الذي كان فوق الإخفاء غير خارج عن حد الأدب والوقار؛ لأنه قال القهستاني وفي شرح السير الكبير للإمام السرخسي أنه كان ﷺ يكره رفع الصوت عند قراءة القرآن والوعظ فما فعله الذين يدعون الوجد والمحبة مكروه لا أصل له في الدين ويمنع الصوفية مما يعتادونه من رفع الصوت ٥ فإن ذلك مكروه في الدين عند قراءة القرآن والوعظ فما ظنك عند سماع الغناء. وفي الجواهر أن السماع والرقص الذين يفعله المتصوفة في زماننا حرام لا يجوز القصد والجلوس إليه وهو والغناء والمزامير سواء. وفي العوارف: سماع الغناء من الذنوب وما أباحه إلا نفر قليل من الفقهاء ومن أباحه لم ير إعلانه في المساجد والبقاع الشريفة إلى هنا ما ذكره القهستاني وفيه تفصيل إن شئت راجعه.

ورأيت أنه قال في الجواهر بعد قوله المنقول آنفا: وجوزه أهل التصوف واحتجوا بفعل المشايخ من قبلهم قال: وعندي أن ما فعله غير ما يفعله هؤلاء فإن في زمنهم ربما ينشد واحد شعرا فيه معنى يوافق أحوالهم فيوافقهم ومن كان له قلب رقيق إذا سمع كلمة توافقه أو يدلّه على أمر هو فيه ربما يغشى على عقله فيقوم من غير اختيار ويخرج حركات منه من غير اختياره وذلك مما لا يستبعد أن يكون جائزا مما لا يؤخذ به ولا يظن للمشايخ أنهم فعلوا مثل ما يفعله أهل زماننا من أهل الفسق والمباحين.

7. Vecd Esnasında Sesi Yükseltmek

[**Teshîl**] Hz. Peygamber'in Kur'ân okurken, cenazede, zikir ve savaş sırasında sesin yükseltilmesini mekruh gördüğü nakledilmiştir. Hâl böyleyken 'vecd' adını verdikleri ğına esnasında sesi yükseltmenin hükmünü var sen düşün!

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Vecdin birkaç mertebesi vardır. Bunların bir kısmı insanın iradesini çekip alır. Dolayısıyla hiçbir ayırım yapmadan tamamına karşı çıkmanın sağlam bir gerekçesi yoktur.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Kuhistânî şöyle demektedir: "Serî es-Sekatî¹ demiştir ki: Vecd içinde olan kişinin çığlık atmasını mazur görmek için aranan ölçü şudur: İlgili kişi vecd esnasında o derece yoğunlaşmalıdır ki yüzüne kılıçla vurulsa dahi hiçbir acı hissetmemelidir." Şeyh'in karşı çıkılmamasını istediği ancak vecdin bu mertebesi olabilir.

1 Bu isim iki nüshada da Müzenî olarak geçmektedir. Kuhistânî'nin bazı matbu nüshalarında "Serî es-Sekatî" (Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, Beyrut Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2019, III, 662) bazılarında ise "Serahsî" (Kuhistânî, *Câmi'ûr-Rumûz*, İstanbul: Matbaatü'l-Ma'sûmiyye, 1291, II, 179) ismi geçmektedir. Çeviride verilen isim, bu kavramla daha ilişkili görülmesi açısından tercih edilmiştir. Nitekim bu minvalde sözler, biyografik kaynaklarda da Serî es-Sekatî'ye nispet edilmektedir. Bk. Kefeî, *Ketâibu Alâmi'l-Ahyâr*, nşr. Saffet Köse v. đğr., İstanbul: İrşad Kitabevi, 2017, I, 528, 529.

٧. رفع الصوت عند الوجد

[التسهيل] كره رفع الصوت عند قراءة القرآن والجنابة والتذكير والزحف أي الحرب فما ظنُّك به عند الغناء الذي يسمونه وجدًا.

[الشيخ بدر الدين] أقول: في الوجد مراتب وبعضه يسلب الاختيار فلا وجه للإنكار بلا تفصيل. ٥

[فاضل أمير] نقول: قال القهستاني: «قال سريّ السقطي: شرط الواجد في زعقته أن يبلغ إلى حد لو ضرب وجهه بالسيف لا يقر بوجع» انتهى. فما قال الشيخ بعدم إنكاره ما هو إلا هذه المرتبة.

VASİYET

1. Vasiyette İstisna

[**Teshîl**] Bir câriyeyi vasiyet edip, karnındaki çocuğu istisna etmek câizdir. Hatta cenini vasiyet etse, vasiyet yapıldıktan sonra vasiyet lehtarî ölse, çocuğu vârisleri alır. Cenin mirasa konu olabildiğine göre câriye vasiyet lehtarının, cenin ise vârisin olur. Bu tür istisna câizdir. Hizmetin istisnası ise bundan farklıdır. Bir köleyi vasiyet edip hizmetini istisna etse vasiyet değil; istisna bâtil olur. Çünkü hizmet konusunda veraset geçerli olmaz. Kölenin vasiyet lehtarına, hizmetinse mirasçıya ait olduğu söylenemez. İstisna geçersiz, vasiyet ise geçerlidir. Çünkü vasiyet fâsit şartla bâtil olmaz.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Bu mesele gerekçelendirilirken atıf yapılan “Tek başına akde konu olabilen şeyin, akitten istisna edilmesi câizdir. Ancak tek başına akde konu olamayan şeyin akitten istisna edilmesi câiz değildir.” kuralı ve buradan hareketle yapılan “Cenin tek başına vasiyete konu olabilir, dolayısıyla vasiyetten istisna edilmesi de sahihtir.” şeklindeki açıklama hizmetin vasiyetten istisna edilmesiyle çelişmektedir. Hizmetin vasiyetten istisna edilmesi durumunda istisna değil, vasiyet geçerli olmaktadır. Hâlbuki hizmet de tek başına vasiyete konu olabilmektedir. Aynı şekilde sözü edilen kural, annenin azat edilip ceninin istisna edilmesi meselesiyle de çelişmektedir. Bu durumda cenin de azat olur ve istisna geçersiz olur. Hâlbuki cenin de tek başına azat işlemine konu olabilmektedir. Bundan dolayı metinde bu delile yer verilmemiştir. Annenin azat edilip ceninin istisna edilmesi meselesine şöyle cevap verilebilir: Azat etme bir akit olmadığından işlemin geçerliliği için kabule ihtiyaç yoktur. Burada ise konu akit üzerinden ele alınmaktadır. Birinci meseleye de şöyle cevap verilebilir: Tek başına akde konu olan şeyin akitten istisna edilebilmesi, bir mâni olmadığına söz konusudur. Hizmet meselesinde ise mani vardır. Çünkü hizmetin istisna edilmesi sahih olsa bunun vârislere veraset yoluyla intikali gerekir. Ancak hizmet mirasa konu olmaz. Nitekim hizmet vasiyet konusu olsa akabinde vasiyet lehtarî ölse, onun mirasçıları hizmete veraset yoluyla hak kazanamaz. Cenin meselesinde ise durum farklıdır.

كتاب الوصية

١. الاستثناء في الوصية

[التسهيل] وتصح بأمة إلا حملها لأنه يورث حتى لو أوصى بالحمل فمات الموصى له أخذته ورثة الموصى له فلما صحَّ الإرث في الحمل تكون الأمة للموصى له والحمل للوارث فصح الاستثناء ضد الخدمة فإنه لو أوصى بقن ٥ إلا خدمته بطل الاستثناء إذ الإرث لا يجري في الخدمة حتى تكون الأمة للموصى له ويكون الخدمة للوارث فبطل الاستثناء لا الوصية لأنها لا تبطل بشرط فاسد.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ما ذكروا في تعليل هذه المسألة من قاعدتهم الكليّة من أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناءه من العقد وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقد، والحمل يصح إفراده بالوصية فصح استثناءه من الوصية يُشكل باستثناء الخدمة حيث يصح الوصية لا الاستثناء مع أن الخدمة يصح إفرادها بالوصية، ويُشكل أيضًا باستثناء الحمل من تحرير الأمة فإنه يعتق ويبطل استثناءه مع أن إفراد الحمل بالتحرير يصح ولذا عُدل في المتن عن هذا الدليل. ويمكن أن يجاب عنه: بأن التحرير ليس بعقد حتى لا يحتاج إلى القبول وكلامنا في العقد، وعن الأول بأن ما يصح إفراده بالعقد إنما يصح استثناءه من العقد إذا لم يمنع مانع وفي صورة الخدمة مانع؛ لأن استثناءها لو صح لكانت إرثًا للورثة ولا يجري الإرث فيها ألا يرى أنه لو أوصى بها فمات الموصى له لا يرثها ورثة الموصى له ضد الحمل ١٥

Bu cevap annenin azat edilmesinden ceninin istisnası meselesinde de geçerlidir. Çünkü annenin azat edilmesi cüziyet nedeniyle ceninin azadını da gerektirir. Eğer orada istisna sahih olsaydı, cenin bundan zarar görürdü. Çünkü annesi azat olduğu için o da hürriyete hak kazanmaktadır. Bu mani dolayısıyla istisna edilmesi sahih olmamaktadır. Bu cevaba binaen rakabe mülkiyetinin bir kişiye vasiyet edilmesi, hizmetin ise istisna edilerek bir başkasına vasiyet edilmesi câizdir. Çünkü hizmet mirasa konu olamasa da vasiyete konu olabilir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Burada külli kaide, problem ve verilen cevapla ilgili zikrettikleri, “Bu cevaba binaen rakabe mülkiyetinin bir kişiye vasiyet edilmesi, hizmetin ise istisna edilerek bir başkasına vasiyet edilmesi câizdir...” şeklindeki ifadeleri dışında satım akdi bölümünde zikrettiklerinin aynısıdır. Bununla şunu kastediyor: Bu durumda hizmetin istisna edilmesine bir engel yoktur. Çünkü istisna edilen hizmet bir başkası için vasiyet olabilir, vârisler için miras olmaz. Hizmet mirasa konu olmaya uygun değilse de vasiyete konu olmaya uygundur. Mani ortadan kalktığı için, hizmetin vasiyet edilmesi câizdir. Biz satım akdi bölümünde bu kaide ele alınırken şöyle yazmıştık: Şeyh’in zikrettikleri onların görüşüne meyletse de külli kaideler söz konusu olduğunda, ‘mani bulunmama’ kaydının ayrıca zikredilmesine gerek bulunmamaktadır.

2. İki Vasînin Tasarrufları

[Teshîl] Bir kimse, iki kişiyi vasî tayin etse, Ebû Yûsuf’a göre bunlardan her biri mutlak olarak bağımsız tasarrufta bulunabilir. Çünkü iki erkek kardeşin nikâhtaki velâyeti gibi her iki vasî için de velâyet sabittir.

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Ebû Yûsuf’un bu konudaki görüşü iki vekil meselesindeki yaklaşımıyla çelişmektedir. Çünkü bu durumda vekillerden birinin bağımsız tasarrufu, ittifakla câiz değildir. Dolayısıyla ya arada bir fark olmalı veya her iki mesele de aynı olmalıdır.

ويتأتى هذا الجواب في الإشكالِ باستثناء الحمل من تحرير الأم أيضاً؛ لأن تحرير الأم يقتضي تحرير حملها للجزئية فلو صح الاستثناء لتضّرر الحمل؛ لأنه استحقّ الحرية بتحرير الأم فلم يصح استثناءه لهذا المانع، ولهذا الجواب صح الوصية بالرقبة لرجل مستثنى عنها الخدمة وصية لآخر إذ الوصية يجري في الخدمة وإن لم يجر الإرث. ٥

[فاضل أمير] نقول: ما ذكره هنا من القاعدة الكلية والإشكال وجوابه عين ما ذكره في كتاب البيوع غير ما أفاده بقوله: «وبهذا الجواب صحت الوصية بالرقبة لرجل» إلى آخره. يعني لا مانع لصحة استثناء الخدمة في هذه الصورة؛ لأن الخدمة المستثناة تكون وصية لآخر لا موروثه للورثة والخدمة صالحة لأن يوصى بها وإن لم يكن صالحة لأن تكون موروثه فانتهى المانع فصحت الوصية بالخدمة. وقد كتبنا في كتاب البيوع عند الكلام على هذه القاعدة: أن مآل ما ذكره الشيخ إلى قولهم: وقيد عدم المانع غير لازم في الضوابط الكلية. ١٠

٢. تصرفات الوصيين

[التسهيل] أو ١ إلى اثنين يُجيز أبو يوسف تفرّد أحدهما بالتصرف مطلقاً لشبوت الولاية لكل منهما كأخوين في الإنكاح. ١٥

[الشيخ بدر الدين] أقول: يشكل مذهبه بالوكيلين فإن تصرف أحدهما لا يجوز وفاقاً فلا بد له من الفرق أو الاتحاد.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh şunu kastediyor: Ebû Yûsuf'un iki vasînin münferit olarak tasarrufta bulunabilmesini câiz görmesi, iki vekilin münferit olarak tasarrufta bulunmasını câiz görmeyen görüşüyle çelişmektedir.¹ Yanımda bulunan fıkıh kitaplarında meseleyi inceledim. Ancak bu hususta iki

5 vasî ile iki vekil arasındaki farka temel teşkil edecek bir gerekçe bulamadım. Fakat aklımın yettiğince şöyle bir değerlendirme yaptım: Ebû Yûsuf, ilgili bölümde açıklanmış olan istisna edilmiş meseleler haricinde iki vekilden herhangi birinin münferit icraatını câiz görmemiştir. İki vasîden birinin münferit icraatını ise mutlak olarak câiz görmüştür. Çünkü vasî tayin etmek, geniş

10 bir zaman dilimini kapsayan süre için tasarruf yetkisini vermek demektir. Vasî uzun zaman içerisinde birçok konuda tasarruf yapar. Vasînin yetki alanına giren her işte her iki vasînin de birlikte hareket etmesi şart koşulursa, ortaya belirgin bir zorluk çıkar. Vekâlette ise durum böyle değildir. Çünkü vekil atama işlemi, müvekkilin sağlığında olur. Bir kişinin diğerine bir işi yapma yetkisi

15 vermesi, onun bütün mesaisini kapsayacak ve tüm zamanını alacak şekilde olmaz. Birinin tüm zamanını alacak bir görevlendirme onun insanlık vasfını nefy etmek anlamına gelir. Nitekim bu husus hacir bölümünde ele alınmıştır. Bir kişinin diğerini vekil ataması bir veya sayılı birkaç iş için, bir günlüğüne ya da sayısı belirli birkaç gün için geçerli olur. Vekâlete konu olan hususlarda

20 her iki vekilin görüşünün de birlikte alınmasını şart koşturmak, her iki vasînin görüşünü birlikte almayı şart koşturmak kadar zorluğa sebep olmaz. Fıkıhçıların yerleşik asıllarından istinbât yoluyla anladığım şey budur. Gerçek ilim, her şeyden haberdar olan Yüce Allah katındadır. Bazı âlimler de şunu söylemiştir. Görüş ayrılığı her iki vasînin de beraber atanması durumunda söz konusudur. Ama her birinin ayrı ayrı atanması durumunda her bir vasî münferit olarak

25 icraat yapar. Nitekim iki vekilin ayrı ayrı vekil olarak atanmasında da her bir vekil münferit olarak tasarrufta bulunabilir. Ancak en sahih olan görüş, her iki vasînin ayrı ayrı atanması hâlinde de meselenin ihtilafı olduğudur. Ebû Yûsuf'a göre her birinin münferit olarak tasarrufu câizdir. Ancak Şeyh'in

30 metinde belirteceği üzere Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre bu câiz olmaz.

1 Sayfa kenarında şu kayıt yer almaktadır: "Bu durum her iki şahsı da beraber vekil ataması hâlinde söz konusudur. Ancak her iki şahsı münferit olarak vekil atamış olması durumunda, her birinin ayrı ayrı tasarrufta bulunması itifakla câizdir. Nitekim bu husus gelecektir."

[فاضل أمير] نقول: يريد أن ما قال به أبو يوسف من جواز تفرد أحد الوصيين بالتصرف يشكل بما قال به في الوكيلين من أن أحدهما لا يتفرد بالتصرف. وقد تصحفت ما وجد عندي من كتب الفن ولم أظفر بما يكون وجهًا في الفرق بين الوصيين وبين الوكيلين في هذا المقصد غير ما سمح بي يد القريحة وهو أن

أبا يوسف رحمه الله لم يجوز تفرد أحد الوكيلين بالتصرف فيما عدا المسائل ٥
المستثناة المينة في بابها وجوز تفرد أحد الوصيين بالتصرف مطلقًا بناء على أن الوصاية تفويض تصرف متسع في أزمته ممتدة فالوصي يكون متصرفًا في أمور جملة في مدة مديدة، فلو اشترط اجتماع الوصيين في كل عمل من أعمال الوصي لكان حرجًا بينًا ولا كذلك الوكالة؛ لأن التوكيل يكون في حياة الموكل فتفويض رجل العمل إلى آخر يكون بحيث يحيط بجميع أعماله ويستوعب ١٠
جملة أزمته؛ إذ يلزم منه نفي الأدمية عنه كما تقرر في كتاب الحجر فتوكيل رجل رجلًا يكون في أمر واحد أو في أمور عديدة في يوم واحد أو أيام مضبوطة فإذا اشترط اجتماع رأي الوكيلين فيما وكلا به لا يلزم من الحرج ما لزم في اجتماع الوصيين هذا ما وفقت باستنباطه من أصولهم الممهدة والعلم عند الخبير المتعال. ثم قال بعض المشايخ: إن الاختلاف فيما أوصى إليهما معا وأما إذا ١٥
أوصى إلى كل واحد منهما يتفرد كل منهما كوكيلين إذا وكل كلا منهما على الانفراد يتصرف كل منهما متفردا ولكن القول الأصح هو أن فيما أوصى إلى كل واحد منهما أيضا خلاف يجوز تفرد كل منهما عند أبي يوسف لا عندهما

Şeyh'in metinde zikredeceği, Ebû Hanîfe ve Muhammed'in sınırlı birkaç mesele dışında iki vasîden her birinin münferit tasarrufunu câiz görmedikleri görüşü de mutlak değildir. Aksine bu her iki vasînin de ölen şahıs tarafından veya aynı kadı tarafından atanmaları hâlinde söz konusudur. Ancak iki vasîden her birini bir beldenin kadısı atamış olsa, her birinin münferit tasarrufu câizdir. Bu mesele *el-Mültekatât* adlı eserden naklen *Tenvîr'ül-Besâir*'de böyle açıklanmıştır.

3. Vasînin Çocuğun Malında Ticaret Yapması

[**Teshîl**] Vasî, en sahih görüşe göre küçük çocuğun malıyla ticaret yapmaz. Daha önce geçen, vasînin yetimin malını mudârebe (emek-sermaye ortaklığı) yoluyla işletebileceği görüşü esah (en sahih) rivâyetten başka bir rivâyete dayanmaktadır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: Vasînin ticaret yapamamasını gerekçelendirirken ileri sürülen 'vasînin görevinin gözetim olduğu, velâyet olmadığı' gerekçeyi eleştiriye açıktır. Çünkü vasînin, çocuğun malı üzerinde aynen babasının velâyeti gibi velâyeti vardır. Burada doğru olan bizim metinde gündeme getirdiğimiz gerekçedir. Zira zamanımızın insanları bozulmuştur. Vasînin kâra, hatta çocuğun sermayesine göz koyması mümkündür. Bu yüzden çocuğun menfaatini gözetmek açısından onun malıyla ticaret yapması câiz görülmez. Biraz evvel *Câmi'ül-Fusûleyn*'den aktardığımız "Günümüzde vasî çocuğun malını mudârebe yoluyla işletemez." ifadesi de bu hususa işaret etmektedir.

[**Fâzıl Emîr**] Deriz ki: Birçok muteber şerhte yer alan, vasînin görevinin gözetim olduğu; velâyet olmadığı gerekçesi, vasînin çocuğun malında ticaret yapamayacağı hükmünü temellendirmek için değil, gâîp olan büyüğün malında ticaret yapamayacağı hükmünü temellendirmek için kullanılmıştır. Nitekim bu husus Molla Kuhistânî'nin *Muhtasarı'ül-Vikâye* üzerine kaleme aldığı şerhte açıkça ifade edilmiştir. Molla Hüsrev, *ed-Dürer* adlı eserinde bu gerekçeyi -vasînin çocuğun lehine ticari faaliyette bulunabileceğini zikrettikten sonra- vasînin çocuğun malında kendi lehine ticaret yapamayacağı hükmünün gerekçesi olarak zikretmiştir. Birçok muteber kaynakta gördüğümüz açıklamalar ışığında Şeyh'in ileri sürdüğü iddianın yerinde olmadığını söyleyebiliriz.

كما سيبينه في المتن وما سيذكره في المتن أيضا من أن أبا حنيفة ومحمدا لم يجوزوا تصرف أحد الوصيين متفردا إلا في مسائل عديدة ليس على إطلاقه بل هو فيما كان الوصيان منصوبي الميت أو منصوبي قاض واحد وأما إذا نصب كلا منهما قاض بلدة فقد جاز أن يتصرف كل منهما متفردا كما في تنوير البصائر نقلا من الملتقطات. ٥

٣. اتجار الوصي في مال اليتيم

[التسهيل] ولا يَتَجَرُّ الوصي في مال الصبي في الأصح وما مر من أن للوصي أن يأخذ مال اليتيم مضاربة يكون رواية غير الأصح.

[الشيخ بدر الدين] أقول: فيما ذكروه في تعليل عدم الاتجار من أن له الحفظ لا الولاية الخ نظر إذ للوصي ولاية على مال الصبي كأبيه والصواب أن يعلل بما عللنا في المتن إذ الزمان فسد أهله لعل الوصي يطمع في الربح بل في رأس ماله فلا يَتَجَرُّ فيه نظراً للصبي وإليه الإشارة بما نقلنا آنفاً عن جامع الفصولين من أنه ليس للوصي في هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة.

[فاضل أمير] نقول: ما وقع في كثير من الشروح المعتبرة من التعليل بأن له الحفظ لا الولاية قد سيق لعدم اتجار الوصي في مال الكبير الغائب لا لعدم اتجار الوصي في مال الصغير كما هو المصرح به في شرح مختصر الوقاية للمولى القهستاني. وقد ذكره المولى خسرو في الدرر علة لعدم اتجار الوصي لنفسه في مال اليتيم بعد أن ذكر جواز اتجاره لليتيم فعلى ما رأيناه في كثير من المعتبرات لا يرد ما ذكره الشيخ.

Şeyh'in daha sonra sahih görüş olduğunu ifade ettiği, vasînin yetimin lehine de olsa ticari faaliyette bulunamayacağı ve onun malını mudârebe yoluyla işletemeyeceği hükümlerini temellendirmek için kullandığı 'zamanın bozulması' gerekçesi, bizim yaşadığımız dönem için daha fazla kabule şayandır. Akıllı hiçbir insan şüphe etmez ki zaman 'hayırlı asırlardan' uzaklaştıkça bozulma, zulüm ve inat artar. Bu durumun göstergelerinden biri de şudur: Daha sonraki bir dönemde yaşayan *Mülteka'l-Ebbur* adlı eserin yazarı, metninde vasînin yetimin malında ticari faaliyet yapamayacağını mutlak olarak zikretmiştir.

4. İki Vasiyet Arasında Farklılık

[**Teshîl**] Bütün malını Zeyd'e vasiyet etse, kıymeti bin dirhem olan kölesini o fiyata Bekir'e satılmasını vasiyet etse, bundan başka da malı olmasa, Ebû Hanîfe'ye göre bu köle on iki hisseye bölünür. Zeyd'e bir hisse verilir. Geri kalan ise bin dirhemden on bir hisse mukabili Bekir'e satılır. On bir parçadan üç parça Zeyd'e verilir. Böylece üçte biri tamamlanmış olur. Sekiz pay ise vârislere aittir. Zira vârisler icâzet vermediği için terekenin tamamını vasiyet etmek geçersiz olmuştur. Ancak vasiyet, üçte bir oranında çarpma ve istihkak yoluyla uygulanır. Ona göre bütün malı vasiyet etmek üçte biri oranında, satım vasiyeti ise malın tümü hakkında geçerlidir. Zira vârisler satıma engel olamaz. Çünkü onların hakları aynda değil maldadır. Tüm malın vasiyet edildiği lehtar için üçte biri oranında üçte bir ile; satımın vasiyet edildiği lehtar için ise üçte bir oranında malın tamamı ile çarpma yapılır. Üçte bir aralarında avliye yoluyla dörde ayrılır. Bir pay tüm malın vasiyet edildiği lehtara verilir. Bu da üçte birin dörtte biridir. Üç pay da satımın vasiyet edildiği lehtara verilir. Üçte bir dört paya taksim edildiğine göre her üçte bir için aynı işlem yapılır. Malın tamamı on iki hisse olur. Tüm malın vasiyet edildiği lehtara bir hisse verilir. Kalan on bir pay ise satımın vasiyet edildiği lehtara bin dirhemden on bir pay karşılığı satılır.

ثم ما صححه من عدم اتجاره ولو لليتيم وعدم جواز أخذه مضاربة معللا
بفساد الزمان أوقع في القبول بالنسبة إلى زماننا إذ لا يشك عاقل في أن
الزمان كلما بعد من خير القرون ازداد فسادا وتضاعف بغيا وعنادا ويدل عليه
أن صاحب متلقى الأبحر لكونه من أهل الزمان المتأخر أخذ في المتن بعدم
اتجاره في مال اليتيم مطلقا. ٥

٤. التنافي بين الوصيتين

[التسهيل] ولو أوصى لزيد بكلِّ ماله وبيعه قنه من بكرٍ بألفٍ وهو قيمته
ولا مالَ غيره فهو قسَمٌ عند أبي حنيفة باثني عشرَ: لزيدٍ سهمٌ والباقي يباعُ
من بكرٍ بأحدَ عشرَ سهماً من ألفٍ ثلاثة أسهمٍ من أحدَ عشرَ لزيدٍ تكميلاً
لثلثٍ وثمانيةُ الأسهم للورثة، وهذا لأن الورثة لما لم يُجيزوا بطلت الوصيةُ
بجميعِ المالِ إلا في الثلثِ ضرباً واستحقاقاً فعنده بقيت الوصيةُ بجميعِ المالِ
وصيةً بالثلثِ والوصيةُ بالبيعِ وصيةٌ بالكلِ إذ ليس للورثة منعه لأن حَقَّهُم
في المالِ لا العين فيضرب الموصى له بجميعِ المالِ في الثلثِ بالثلثِ،
والموصى له بالبيعِ يضرب في الثلثِ بالكلِ فصار الثلثُ بينهما أربعاً على
طريقِ العولِ سهمٌ للموصى له بجميعِ المالِ وهو ربعُ الثلثِ وثلاثةُ أسهمٍ
للموصى له بالبيعِ وإذا صار الثلثُ أربعةً صار كلُّ ثلثٍ كذلك فصار جميعُ
المالِ على اثني عشرَ فيدفعُ إلى الموصى له بالمالِ سهمٌ وبقي أحدَ عشرَ
سهماً يباعُ من الموصى له بالبيعِ بأحدَ عشرَ سهماً يباعُ من الموصى له بالبيعِ
بأحدَ عشرَ سهماً من الألفِ.

[Şeyh Bedreddîn] Bütün malın vasiyet edildiği lehtar için üçte bir oranında üçte bir ile çarpma yapılması; satımın vasiyet edildiği lehtar için de üçte bir oranında malın tümüyle çarpma yapılması ve üçte birlik kısmın aralarında avliye yoluyla dörde bölünmesi Ebû Hanîfe'nin aslıyla bağdaşmamaktadır. Onun aslına göre her paydaşın hakkı zimmette ise veya her paydaşın hakkı şüyûlu olarak aynla ilgiliyse yani her paydaşın aynın bir kısmında hakkı varsa, mesele avliye yoluyla çözülür. Her ikisinin ya da birinin hakkı tamamıyla ilgiliyse mesele avliye yoluyla değil münâzaa yoluyla çözülür. Bu meseleyi 'cinâyât' bölümünün kölelerle ilgili kısmında açıklamış ve münâzaa ve avliye çözümlerini gerektiren durumlar hakkında Ebû Hanîfe ve iki öğrencisi arasındaki ihtilaf üzerinde durmuştuk. Burada ise malın tamamının satılmasıyla ilgili vasiyetin lehtar kölenin tamamı üzerinde hak sahibidir. Taksim Ebû Hanîfe'ye göre avliye yoluyla değil münâzaa yoluyla yapılması gerekir. Şöyle bir cevap verilebilir: Malın tamamının satılmasıyla ilgili vasiyetin lehtarının hakkı, ayn üzerinde bedelsiz olarak sabit değildir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Taksimle ilgili uygulamalar dört çeşittir: 1) avliye yönteminin -icmâen- uygulandığı taksim, 2) münâzaa yönteminin -icmâen- uygulandığı taksim, 3) Ebû Hanîfe'ye göre münâzaa yönteminin İmâmeyn'e göre ise avliye yönteminin uygulandığı taksim ve 4) Ebû Hanîfe'ye göre avliye, İmâmeyn'e göre ise münâzaa yönteminin uygulandığı taksim. Her bir grupla ilgili meselelerin açıklanması, yapılan taksimde Ebû Hanîfe'nin ve İmâmeyn'in dayandığı prensipler, *Tebyînu'l-Hakâik*'te ayrıntılı olarak izah edilmiştir. İlgili eserin dava bölümünde, bir kişinin elindeki evin ikinci bir şahıs tarafından yarısı üzerinde, üçüncü bir şahıs tarafından da tamamı üzerinde hak iddia edilmesi meselesi ele alınırken bu hususlar açıklanmıştır. Oradaki açıklamalara vakıf olduğun takdirde, Şeyh'in tertip ettiği sorunun ve buna verdiği cevabın fıkıhçıların bu konudaki ibarelerinden yararlanmak suretiyle kurgulandığını açıkça fark edersin. Doğruyu en iyi Allah bilir!

[الشيخ بدر الدين] أقول: ضرب الموصى له بجميع المال في الثلث بالثلث والموصى له بالبيع ضرب في الثلث بالكل فصار الثلث بينهما أرباعاً على طريق العول وهذا لا يستقيم على أصل أبي حنيفة فإن الأصل عنده: أن حق كل واحد إذا كان في الذمة أو كان حق كل واحد في العين على الشيوع لكل في بعض العين يكون عولاً ولو كان حقهما أو حق أحدهما في الكل يكون نزاعاً لا عولاً كما قدرناه في فصل المملوك من كتاب الجناية من أصل العول والنزاع على اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه وهنا حق للموصى له بالبيع في كل العبد فينبغي أن يكون القسمة نزاعية عند أبي حنيفة لا عولية. ويمكن الجواب: بأن حق الموصى له بالبيع ليس بثابت في العين بلا بدل. ١٠

[فاضل أمير] نقول: تفصيل كون جنس القسمة على أربعة أنواع: نوع يقسم بطريق العول إجماعاً، ونوع يقسم بطريق المنازعة إجماعاً، ونوع يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله وبطريق العول عندهما، ونوع يقسم فيه بطريق العول عنده وبطريق المنازعة عندهما. وبيان مسائل كل نوع وبيان أصل الإمام وأصلهما في هذه القسمة مبين في التبيين في مسألة دار في يد رجل ادعى رجل نصفها وآخر كلها في كتاب الدعوى. إذا وقفت على ما فيه من التفصيل ظهر لك أن ما سأل الشيخ عنه وأجاب مستفاد من عباراتهم في هذا الباب والله أعلم بالصواب. ١٥

5. Malının Bir Kısımının Vasiyet Edilmesi

[**Teshîl**] Eğer malının bir kısmını vasiyet etse, vârisler diledikleri bir meblağı verebilir. Çünkü ‘bir kısım’ meçhul bir şeyi ifade eder. Ancak bu kısmın bilinmeyişi vasiyete engel değildir. Vârisler vasiyetçinin (mûsî) yerine geçer ve bu hususta vârislerin beyanı esas alınır.

[**Şeyh Bedreddîn**] Bu mesele şu hükümlere delâlet etmektedir: Bir kimse meçhul bir hakkı ikrar etse, mesela “Falanın bende alacağı var.” deyip miktarını açıklamadan ölse, vârisler beyanda bulunmaya icbar edilir. Meçhul bir hakkı ikrar ettiğinin beyinine ile ispat edilmesi durumunda da aynı şekilde bu beyininin kabul edilmesi ve vârislerin beyanda bulunmaya icbar edilmesi gerekir.

[**Fâzıl Emîr**] Şeyh ikrar bölümünün altıncı babında şöyle demektedir: “*el-Cevâhir* adlı eserde geçtiği üzere, bir kişi ‘Falanın benim üzerimde hakkı olan bir şey var.’ dese ancak bu hakkı açıklamadan ölse, Fahreddîn [el-Bedî’ el-Kuzebnî] demiştir ki, vârisler burada beyan etmeleri için icbar edilir. Nitekim ikrar eden hayatta olsaydı buna icbar edilecekti.”

6. Üçte Birin -Birisi Hayatta Olmayan- İki Kişiye Vasiyet Edilmesi

[**Teshîl**] Muhammed demiştir ki: “Bir adam ‘malımın üçte birini falana vasiyet ettim ve falana...’ dese veya ‘Falana ve falana vasiyet ettim.’ dese, lehtarlardan biri ölü olsa, mûsî bu durumu bilse de bilmese de sağ olan lehtar üçte birin tamamını alır. Çünkü ‘Malımın üçte birini falana vasiyet ettim.’ sözü üçte birin tamamının vasiyet edilmesidir. İkinci şahsı birinci üzerine atfedip ikinciye ayrıca haber zikretmediğinde, birinci ifadesi ikincinin de haberi olur. Sanki o şahs ‘Malımın üçte birini falana (ikinciye) vasiyet ettim.’ demiş gibi değerlendirilir. Bunu açıkça söyleseydi her iki lehtara da üçte birin tamamını vasiyet etmiş kabul edilirdi. Dolayısıyla ikinci birinciyi dışlamaz. Zira vasiyetin hükmü derhal sabit olmaz. İkinci vasiyetin birinci ile birlikte gerçekleşmesi mümkündür. Nitekim bir şahs malını satması için bir başkasına vekâlet verse, sonra bir başkasını da vekil atayabilir.”

٥. وصية الجزء من المال

[التسهيل] ولو أوصى بالجزء أعطاه الورثة ما شاءوا لأن الجزء اسمٌ لشيءٍ مجهولٍ والجهالة لا تمنع الوصية والورثة تقوم مقام الموصي فيرجع إليهم في البيان فليبين ورثته.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: دل هذه المسألة على أن أحداً لو أقرَّ بمجهول كقوله: إن لفلان عليّ دين ولم يُبين قدره فمات مجهلاً يجبر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البينة على إقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان.

١٠ [فاضل أمير] نقول: قال في الباب السادس من كتاب الإقرار في الجواهر رجل قال: لفلان عليّ شيء ومات قبل البيان قال فخر الدين تجبر الورثة على البيان كما يجبر المقر حال حياته.

٦. وصية الثلث لرجلين أحدهما ميت

[التسهيل] قال محمد: رجل قال: أوصيتُ بثلث مالي لفلانٍ وفلانٍ أو قال: لفلانٍ ولفلانٍ وأحدهما ميتٌ كان للحيّ منهما كلُّ الثلثِ عليم الموصي بذلك أو لم يعلم لأن قوله: أوصيتُ بثلث مالي لفلانٍ وصيةٌ بكل الثلثِ فإذا عطف الثاني على الأول ولم يذكر للثاني خبراً كان قوله الأول خبراً للثاني أيضاً كأنه قال: أوصيتُ بثلث مالي لفلانٍ ولو صرح بذلك يكون موصياً لكلٍ منهما بجميع الثلثِ ولا يكون الثاني دافعاً للأول لأن حكم الوصية لا يثبت في الحال فجاز أن ينعقد الثاني مع الأول كما لو وكل رجلاً ببيع ماله ثم وكل آخر

٢٠

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: -Yerinde açıklandığı üzere- sözün sonu evveline bitişirse, evveli sonuna bağlı olur. Buna göre “Malımın üçte biri falanıdır ve falanın.” sözü, “Malımın üçte biri o ikisindedir.” sözü gibidir. Bu da başlangıçtan itibaren üçte birin aralarında ortak olmasını gerektirir; üçte birin tamamının lehtarlardan birine ait olmasını gerektirmez. Bu ifade tıpkı “İkisi arasındadır.” ifadesi gibidir. Görünüşe göre benzeri ifadelerde mûsinin kastı, baştan lehtarlar arasında ortaklık tesisidir. Ancak ifadenin birbirinden ayrı telaffuz edilmesi ve söz meclisinin değişmesi farklı bir durumdur. Allah en iyisini bilir!

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Evet Şeyh'in zikrettiği, 'vâv' harfiyle ('ve' edatıyla) yapılan atıflarda da geçerli olan sabit bir kuraldır. Ancak bu kuralın uygulanabilme şartı, *et-Tavzîh* adlı eserde el-Hasîrî'den nakledildiği üzere tek bir cümlenin mevcut olmasıdır. “Şu câriye hürdür ve şu câriye...” cümlesi bu kurala örnektir. Ancak Şeyh'in ileri sürdüğü değerlendirme geçerli değildir. Çünkü sözün başının sonuna bağlı olması ve üçte birin başından beri iki lehtar arasında ortak olması, ancak her iki lehtarın da üçte birde ortak olmalarının hukuken mümkün bulunması hâlinde geçerlidir. Burada ise böyle bir imkân yoktur. Çünkü ikinci lehtar ölüdür ve *el-Bedâi*'de geçtiği üzere ölü lehine yapılan vasiyet bâtıldır. Zira mahalline izafe edilmeyen tasarruf bâtıldır. Ortaklık gerçekleşmediği için hukuki imkân ortadan kalkınca, Şeyh'in “Bu da başlangıçtan itibaren üçte birin aralarında ortak olmasını gerektirir; üçte birin tamamının lehtarlardan birine ait olmasını gerektirmez.” sözü ile ileri sürdüğü iddia bertaraf edilmiş olmaktadır.

Şeyh'in “Bu ifade tıpkı ikisi arasındadır ifadesi gibidir.” sözünü sarf etmesi ise “Malımın üçte biri Zeyd ve Amr'ındır. Amr da ölüdür.” ifadesi ile “Malımın üçte biri Zeyd ve Amr arasındadır. Bunlardan birisi ölüdür.” ifadesi arasında fark bulunduğuna ilişkin *Tebyînu'l-Hakâik* ve diğer kaynaklarda geçen tespitten gafil olmasından kaynaklanmıştır. İkinci ifadede yer alan 'arasındadır' sözü vasiyete konu olan malın yarısına hak kazanmayı gerektirir. Ancak çakışma olduğu için hak kazanılan hisse vasiyet malının tamamını kapsamaz. Birinci ifadede ise ilk cümle, hükme tek başına hak kazanmayı gerektirir. Ancak yapılan atıf, ilgili hükümde ortak olmayı gerektirir. Zikredilen hüküm malın üçte birinin vasiyet edilmesi ve çakışma nedeniyle bunun yarısına hak kazanılmasıdır. Çakışma ortadan kalkınca sağ olan lehtar vasiyet malının tamamına hak kazanır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: إذا اتصل آخرُ الكلام بأوله يكونُ أولُه موقوفًا على آخره كما بيّن في محلّه فعلى هذا قوله: ثلثُ مالي لفلانٍ وفلانٍ بمنزلة قوله: لهما ثلثُ مالي فيقتضي كونَ الثلثِ مشتركاً بينهما ابتداءً لا كونَ كلّ الثلثِ لأحدهما كما لو قال: «بينهما» والظاهرُ أن قصده في مثله الشركةُ ابتداءً بخلافِ الانفصالِ واختلافِ المجلس، والله أعلم. ٥

[فاضل أمير] نقول: نعم أن ما ذكره أصل ثابت يجري في المعطوف بالواو أيضاً بشرط أن تكون الجملة واحدة كهذه حرة وهذه على ما ذكره في التوضيح نقلاً عن الحصري ولكن لا يرد ما ذكره الشيخ؛ لأن كون أول الكلام موقوفاً على آخره واقتضائه كون الثلث مشتركاً بينهما ابتداءً إنما استقام فيما صح اشتراكهما في الثلث ولا استقامة فيما كان فلان الثاني ميتاً؛ لأن الوصية للميت باطلة كما قال في البدائع؛ لأن التصرف المضاف إلى غير محله يكون باطلاً فلما انتفت الاستقامة لعدم صحة الشركة اندفع ما ذكره بقوله: «فيقتضي كون الثلث» إلى آخره. ١٠

ثم ما ذكره بقوله: «كما لو قال بينهما» ناشئ عن الغفلة عما في التبيين وغيره في الفرق بين قوله: ثلثُ مالي لزيد وعمرو وعمرو ميت وبين قوله: ثلثُ مالي بين زيد وعمرو وأحدهما ميت: وهو أن في الثاني كان لفظ «بين» يوجب التنصيف فلا يتكامل لوجود المزاحم وأما في الأول فلأن الجملة الأولى كلام يقتضي الاختصاص بالحكم إلا أن العطف يقتضي المشاركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بالثلث والتنصيف بحكم المزاحمة فإذا زالت المزاحمة يتكامل. ١٥

Görülmez mi ki, bir kimse “Malımın üçte biri falanıdır.” dese ve sessiz kalsa, lehtar üçte birin tamamına hak kazanır. Eğer “Malımın üçte biri falanın arasındadır.” dese ve sessiz kalsa, lehtar üçte bire değil; üçte birin yarısına hak kazanır. Yüce Allah’ın “*Onları uyar ki, su, onlarla deve arasında nöbetleşe* 5 *taksim edilmiştir.*” (Kamer 54/28) âyetini görmez misin? Âyet onların suyun yarısına hak kazanmalarını gerektirmektedir. “*Su içme sırası bir gün onun, belirli bir gün de sizin!*” (Şuarâ 26/155) âyeti de bu anlayışı desteklemektedir.

Şeyh’in hayretle karşılanacak bir durumu da biraz önce naklettiği birinci asilla ilişkili düştüğü hatadır. Zira ilgili ifadelerle alakalı *Tebyînu’l-Hakâik*’te 10 dile getirilen fark, birinci asılda mevcuttur. Akabinde birkaç satır sonra ileri sürdüğü “Ölü lehtar için yapılan icap, ona mülkiyet tesisi bakımından bâtıldır; ancak yaşayan lehtarın vasiyete konu olan malın tamamına değil, bir kısmına hak kazandığının açıklanması bakımından bâtil değildir.” ifadesi de tamam değildir. Zira “Malımın üçte biri ikisi arasındadır. Onlardan 15 biri de ölüdür.” ifadesindeki sağ olan lehtarın payının vasiyete konu olan malın tamamı değil bir kısmı olması, ölü lehine yapılan icabın yaşayan lehtarın vasiyete konu olan malın tamamına değil, bir kısmına hak kazandığının açıklanması bakımından sahih kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bilakis bu sonuç, biraz önce *Tebyînu’l-Hakâik*’ten naklettiğimiz 20 gibi, ‘arasında’ lafzının bir gereğidir. Şeyh’in bunun üzerine yaptığı kıyas da düzgün değildir. Zira makîs’te -yani kıyas edilende- ‘arasında’ lafzı yer almamaktadır. *Tebyînu’l-Hakâik*’te konuyla ilgili farklı bir kurala daha yer verilmiştir. Bu kurala göre bazı durumlarda lehtarlardan biri vasiyet yapılmaya ehil olmadığından vasiyet kapsamına girmez. Nitekim malının üçte 25 birini Zeyd’e ve ölü olan Amr’a vasiyet etse bu durum söz konusudur. Bazı durumlarda ise lehtarlardan biri vasiyet kapsamına girer ancak vasiyet şartı gerçekleşmediği için kapsam dışına çıkarılır. Nitekim bir kişi “Malımın üçte biri falanın ve ben öldüğüm zaman fakirse Abdullah oğlu falanıdır.” demiş olsa, vasiyet eden öldüğünde Abdullah oğlu falan zengin olduğu 30 takdirde kapsam dışı kalmaktadır. Bu kurala göre lehtarlardan biri vasiyet kapsamına girip de şart gerçekleşmediği için vasiyet dışı kalsa, bu diğer lehtarın payında artışa neden olmaz. Ancak lehtarlardan biri vasiyete ehil olmadığı için kapsam dışı kalsa, malın tamamı diğer lehtara ait olur.

ألا ترى أن ما قال: ثلث مالي لفلان وسكت كان له جميع الثلث ولو قال: ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كله بل نصفه. ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَنَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر ٢٨/٥٤] اقتضى أن يكون النصف لهم بدليل قوله تعالى: ﴿لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ﴾ [الشعراء ١٥٥/٢٦] انتهى. ٥

ومما يتعجب من الشيخ أنه كيف ذهبل عما رواه أنفا من الأصل الأول وهو محتو بالفرق الذي ذكره في التبيين ثم ما أورده بعد السطور بقوله أقول: «الإيجاب للميت باطل في حق إثبات الملك له وأما في حق بيان أن للحي بعض المسمى لا كله فليس باطل إلى آخره» فليس بتمام أيضا إذ ليس كون سهم الحي بعض المسمى لا كله في قوله ثلث مالي بينهما وأحدهما ميت من صحة الإيجاب للميت في حق بيان أن للحي بعض المسمى لا كله بل هو مقتضى كلمة «بين» كما أسلفناه من التبيين فلا استقامة لما قاسه عليه إذ ليس في المقيس كلمة «بين» وقد بين في التبيين أصلا فيما لم يدخل أحد الموصيين تحت الوصية لعدم الأهلية كما إذا أوصى بثلثه لزيد وعمرو وهو ميت وفيما دخل تحتها ولكن خرج لفقد شرطه كما إذا قال: ثلث مالي لفلان ولفلان بن عبد الله إن مت وهو فقير فمات الموصي ولفلان بن عبد الله غني وذلك الأصل هو ما قال فكان الحرف فيه أنه متى دخل في الوصية ثم خرج لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في حق الآخر ومتى لم يدخل في الوصية لفقد الأهلية كان الكل للآخر.

7. Vârislerden Birinin Babanın Üçtebirlik Vasiyeti Bulunduğuna Dair İkrarı

[Teshîl] Bir kişi vefat ettiğinde üç oğlu olsa ve üç bin dirhem bıraksa, Bekir babalarının kendisine bin dirhem vasiyet ettiğini iddia etse, oğullardan biri onu tasdik etse, bize göre tasdik eden oğulun hissesinin üçte biri Bekir'e verilir. Bekir'e bu hissenin beşte üçü verilmez. Çünkü ikrar edilen kısım şüyûludur. Ona hissenin üçte biri tekabül eder. Züfer'e göre Bekir kendi hissesinin ikrar edenin hissesinden yüzde elli daha fazla olduğunu iddia etmektedir. İkrar edenin hissesi de buna göre paylaştırılır. Bu hisse beşe bölünür; ikrar edene iki, iddia edene üç pay verilir. Eğer ölenin iki oğlu olup birisi tasdik ederse, Bekir'e tasdik edenin hissesinin üçte biri verilir, yarısı verilmez. Bu konuda ileri sürülen gerekçeler yukarıda geçmişti. Kıyasa göre Bekir'e ikrar edenin hissesinin yarısı verilmelidir. Züfer'in görüşü de budur. Zira üçte biri oranında ikrarda bulunması onun Bekir'le eşit olmasını gerektirir. İstihâna göre ise ikrar eden üçte biri oranında hisseyi şüyûlu olarak ikrar etmiştir. Kendi elindekinin üçte birini ikrar etmiş kabul edilir.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Ölüm hastasının ikrarıyla ilgili bölümde şöyle bir mesele geçmişti: Ölüm hastasının oğlu bir kardeşi olduğunu ikrar etse, diğer kardeşi ise bunu inkâr etse, ikrar eden ona -Züfer'in burada dediği gibi- kendi hissesinin yarısını verir. Çünkü bu bir eşitlik ikrarıdır. Mâlik'e göre ise -bizim burada dediğimiz gibi- kendi hissesinin üçte birini verir. Orada bu asıla dayalı bazı meseleler verilmiştir. Özetle biz burada Mâlik'in oradaki ilkesine göre amel ettik, Züfer de burada bizim oradaki ilkemize göre amel ettik. Dolayısıyla Hanefî imamlara göre vasiyet ve ikrar arasında farklılık ya da birliktelik olması gerekir. Bu meselede iki ayrı rivâyet olması da muhtemeldir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: İnsanın aklına -Allah rahmet etsin- Şeyh'in bu gibi yerlerde alanın muteber kaynaklarına müracaat etmeden konuştuğu ihtimali geliyor. *Tebyînü'l-Hakâik*'te iki oğuldan birinin babasının falana üçte bir oranında vasiyeti olduğuna ilişkin ikrarı ile iki oğuldan birinin üçüncü kardeş ikrarı arasındaki fark açıklanırken şöyle denilmiştir: "Vasiyet meselesinde kıyas, ikrar edenin lehtara kendi hissesinin yarısını vermesidir. Nitekim Züfer'in görüşü de budur.

٧. إقرار أحد الابنين بوصية أبيه بالثلث

[التسهيل] ولو خَلَّف ثلاثة بنين وثلاثة آلاف درهم فادعى بكَرٍّ أن أباهم أوصى له بألف فصدَّقه أحدُهم حَكَمْنَا له بثلث حَظِّه لا بثلاثة أخماس حظه لشيوع المُقَرِّ به فأصابه ثلثه، وله زعمه أن حظَّ المدعي أكثر من حظ الابن المقرِّ بقدر نصف حظ المُقَرِّ فقسَّم ما بيد المُقَرِّ كذلك فيجعل خمسة أسهم ٥ فللمقر سهمان وللمدعي ثلاثة. فلو خَلَّف ابنين فصدَّقه أحدهما حكمنَا له بثلث حظه لا بنصفه لما مرَّ من الطرفين والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لأن إقراره بالثلث يوجب مساواته إياه، وجه الاستحسان: أنه أقرَّ بثلثٍ شائع فيكون مقرّاً بثلث ما في يده.

[الشيخ بدر الدين] أقول: مضى في فصل إقرار المريض أن ابنه لو أقر بأخ فجَحَدَه أخوه الآخر دَفَع إليه المقرُّ نصف نصيبه كما قال زفر هنا لأنه أقرَّ بالمساواة، وعندك يدفع إليه ثلث نصيبه كما قلنا نحن هنا وسرد هناك مسائل على هذا الأصل. والحاصل: أنا عملنا هنا بأصل مالكٍ ثمة وعمل زفر هنا بأصلنا ثمة فلا بد للأئمة الحنفية من الفرق بين الإقرار والوصية أو الاتحاد، ويحتمل أن يكون في المسألة روايتان. ١٥

[فاضل أمير] نقول: يخطر بالبال أن الشيخ رحمه الله كان يتكلم في أمثال هذا من غير مراجعة إلى معتبرات الفن حيث قال في التبيين في الفرق بين إقرار أحد الابنين بوصية أبيه بثلث ماله لفلان وبين ما أقر أحد الابنين بأخ: إن القياس في مسألة الوصية أن يعطيه نصف ما في يده كما هو قول زفر؛

Çünkü üçte bir oranında vasiyet ikrar etmesi, lehtarın kendisiyle eşit hakka sahip olduğu ikrarını da içermektedir. Ancak istihsân yoluyla lehtara, ikrar eden oğulun hissesinin üçte birini verdiler. Bunun gerekçesi, oğul lehtar namına tüm terekenin üçte birinde şüyûlu bir hisse ikrar etmiştir. Tereke her iki oğlun elindedir. Dolayısıyla hem kendi hissesinin üçte birini hem de kardeşinin hissesinin üçte birini ikrar etmiş olur. Kendi hakkındaki ikrarı kabul edilir, kardeşi hakkındaki ikrarı kabul edilmez. Ayrıca ikrar edenin, lehtarın kendisiyle eşit hakka sahip olduğunu ikrar ettiğini kabul etmiyoruz. Aksine terekenin üçte birini ikrar etmiştir. Bu da bu örnekte tesadüfen hisselerin eşit olmasıyla sonuçlanmıştır. Eğer ikrar edenin kardeşi olmasaydı ve vasiyet ikrarında bulunsaydı, lehtarın hakkı üçte biri aşmazdı. Eğer vasiyeti ikrar edenden hissesinin yarısı alınır, bu başka bir mahzura yol açar. Diğer oğlu da vasiyeti ikrar eder ve lehtar onun hissesinin yarısını da alırsa, terekenin yarısını almış olur. Dolayısıyla payı üçte biri aşar. Bu ise haksızlıktır.” Böylece her iki mesele arasındaki açık fark ortaya konmuş olur. Netice şudur: Âlimlerimiz -Allah kabirlerini nurlandırın- kardeş ikrarı meselesinde kıyas ile amel etmişlerdir. Evladın babasının üçte bir oranında vasiyeti olduğuna ilişkin ikrarında ise bunu gerektiren bir delil ışığında celi kıyası bırakıp istihsânla amel etmişlerdir. O delil ise *Tebyînu'l-Hakâik*'te yer verilen, “Bunun gerekçesi, oğul lehtar namına tüm terekenin üçte birinde şüyûlu bir hisse ikrar etmiştir.” ifadesiyle başlayan gerekçedir. Bir diğer delil de yine aynı eserde geçen “Eğer vasiyeti ikrar edenden hissesinin yarısı alınır, bu başka bir mahzura yol açar.” ifadesiyle başlayan gerekçedir. Şeyh, muteber eserlere başvurmadığı için bu gibi hatalara düşmekten kurtulamamıştır.

8. Müşterek Lafzın Umumunun Olmaması

[**Teshîl**] Bir kimseyi hem azat edenler varsa hem de o birilerini azat etmişse, mevlalarına yaptığı vasiyet bize göre müphemlikten dolayı batıldır. Müşterek, umum ifade etmez. Biz vasiyeti bunların tamamı için geçerli saymayız. Züfer'e göre ise 'mevla' ismi bunların tamamını kapsamaktadır. Şâfî ve Ahmed b. Hanbel de Züfer'le aynı görüştedir. Bu görüş, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'tan da nakledilmiştir. Ebû Yûsuf'tan gelen bir rivâyete göre azat edenler vasiyet kapsamına girer. Çünkü iyilik yapana teşekkür etmek vâciptir. Muhammed'den nakledildiğine göre her iki grup da vasiyet konusu malı almak üzere anlaşsa, taraflardan birinin lehine yapılan müphem ikrar gibi bu da geçerlidir.

لأن إقراره بالثلث تضمن إقراره بمساواته إياه، ولكن أعطوه ثلث ما في يد المقر استحساناً. ووجهه: أنه أقر له بثلث شائع في جميع التركة وهي في أيديهما فيكون مقرراً له بثلث ما في يده وبثلث ما في يد الآخر فيقبل إقراره في حق نفسه لا في حق أخيه وأنه لا نسلم أنه أقر له بالمساواة؛ بل أقر له بثلث التركة وإنما حصلت له المساواة باتفاق الحال ولهذا لو لم يكن له ٥ أخ فأقر له بالوصية لا يزيد حقه على الثلث وأنه لو أخذ من المقر بالوصية نصف ما بيده لأدى إلى محذور وهو أن الابن الآخر ربما يقر به فيأخذ نصف ما في يده فيأخذ نصف التركة فيزاد نصيبه على الثلث وهو حيف انتهى.

فتبين بهذا ما هو الفرق البين بين المسألتين وهو أن علمائنا نور الله مراقدهم قد عملوا في مسألة الإقرار بأخ بالقياس، وأما في مسألة الإقرار بوصية أبيه ١٠ بالثلث فقد عملوا بالاستحسان المقابل للقياس الجلي لدليل اقتضى العمل به وهو ما ذكره في التبيين بقوله: ووجهه أنه أقر له بثلث شائع إلى آخره وللدليل آخر ذكره بقوله: وأنه لو أخذ من المقر بالوصية نصف ما في يده لأدى إلى محذور إلى آخره. فالشيخ لعدم رجوعه إلى المعتمرات لا يخلو ١٥ عن الوقوع في أمثال هذه من الهفوات.

٨. عدم عموم المشترك

[التسهيل] ولو له^١ محرّرون ومحرّرون أبطلناها للإبهام ولا يعم المشترك فما جعلناها للكل، لفرّ تناول الاسم ومعه الشافعي وأحمد وعن أبي حنيفة وأبو يوسف كذا وعن أبي يوسف يصرفه إلى الأعلى لوجوب شكر المُنعم، ٢٠ وعن محمد لو اتفقا على أخذه صحّ كإقرار لأحدهما مبهماً.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Ebû Hanîfe'ye göre vasiyetin bâtil olması, Ebû Yûsuf'a göre tarafların anlaşması hâlinde bu ortaklığın câiz olması, Muhammed'e göre ise vârislere açıklayıcı beyanda bulunmaları talimatının verilmesi gerekir. Nitekim yukarıda geçen Zeyd'e veya Bekir'e vasiyet meselesi bunu göstermektedir.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh burada "Zeyd'e veya Bekir'e üçte bir oranında vasiyet yapılması" meselesindeki görüşlerinden hareketle üç imamımıza karşı delil getirmek istemektedir. O meselede Ebû Hanîfe vasiyetin bâtil olduğu; Ebû Yûsuf Zeyd ve Bekir'in, malı almak için anlaştıkları takdirde üçte birde ortak olduğu; Muhammed ise vasiyet edenin vârislerinin lehtarları belirlemekle yükümlü oldukları görüşünü savunmuştur. Bu mesele -yani bir kişinin mevlalarına vasiyet edip de hem kendisini azat eden hem de kendisinin azat ettiği kişiler olması meselesi- ise her ikisinde de vasiyet lehtarının müphem olması açısından "Zeyd'e veya Bekir'e vasiyet" meselesi gibidir. Dolayısıyla uygun olan her imamın bu meselede de o meselede ileri sürmüş olduğu görüşü benimsemesidir. Buna cevap olarak denebilir ki; Şeyh'in değerlendirmesi Ebû Hanîfe aleyhine varit olmaz. Zira o bu meselede de -kendisinden nakledilen en sahih görüşe göre- vasiyetin bâtil olacağı kanaatindedir. Ebû Yûsuf açısından şu değerlendirme yapılabilir: Her iki gruba da pay verilmesi, Hanefî imamlarının kabul etmeyeceği bir sonuca, müşterek lafzın umumîliği sonucuna yol açar. Bu ise bize göre câiz değildir. Bu hususta el-Mansûr el-Kaânî şöyle demektedir: "Müşterek lafız ile vaz edildiği anlamlardan ancak bir tanesi kastedilebilir. Nitekim bu iki ortağın müşterek bir eşyadan faydalanmak üzere anlaşmasına benzer. Ortaklardan birinin kullanım sırası esnasında diğer ortağın mal üzerindeki tasarrufu câiz değildir. Müşterek lafızda da manalarından biri kastedildiği zaman diğer bir mananın daha kastedilmesi câiz değildir. Usulcülerin tamamının tercih ettiği görüş budur." Ancak burada Muhammed'in bu meseledeki görüşüyle, o meseledeki görüşünün uyuşmaması açıklanmalıdır. Konuyu şöyle ele almak mümkündür: Muhammed, müphemliğin sözün aslında olmasıyla, söz tamamlandıktan sonra ârizî olarak ortaya çıkması arasında fark gözetmektedir. Mevlalarına vasiyet meselesinde, müphemlik tasarrufun aslında ve güçlü olduğu için bu tasarrufun aslı, yani vasiyet bâtil olmaktadır.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ينبغي أن يبطل عند أبي حنيفة، وأن يجوز شركة الفريقين لو اتفقا عند أبي يوسف وأن يؤمر الورثة بالتعيين عند محمد لما مر فيما أوصى به لزيد أو لبكر.

[فاضل أمير] نقول: يريد به الإيراد على العلماء الثلاثة بناء على ما ذهب

إليه كل منهم في مسألة أوصى بالثلث لزيد أو لبكر وهو أن أبا حنيفة قال فيها ٥

ببطلان الوصية وأبا يوسف قال بشركة زيد وبكر في الثلث عند اتفاقهما على

أخذه ومحمدا قال بتعيين ورثة الموصي وكانت هذه المسألة يعني ما أوصى

لمواليه وكان له محررون ومحررون مثل مسألة الوصية لزيد أو لبكر في أن

يكون الموصى له مبهما في كل منهما فكان المناسب أن يقول كل منهم في هذه

بما قاله في هاتيك فيقال: إن ما ذكره لا يرد على أبي حنيفة؛ إذ هو قائل فيها ١٠

بالبطلان على القول الأصح منه ومن جانب أبي يوسف يمكن أن يقال: إن في

الإعطاء للفريقين يلزم ما لا يجوز عند الأئمة الحنفية وهو تعميم المشترك وذا

غير جائز عندنا قال المنصور القاتاني: «لا يجوز أن يراد من المشترك إلا واحد

من موضوعاته كالشريكين يتهايتان في الانتفاع بالعين المشتركة فإن في نوبة

أحدهما لا يجوز للآخر التصرف فيها فكذلك اللفظ المشترك لا يجوز إرادة ١٥

المعنى الآخر عند إرادة أحد معنييه وهو اختيار عامة الأصوليين» انتهى

بقي الكلام فيما قال به محمد هنا على خلاف ما اقتضاه قوله هناك ويمكن أن

يقال: إنه قد فرق بينما كان الإبهام في أصل الكلام وبين ما كان عارضا بعد تمام الكلام

ففيما أوصى لمواليه لما كان الإبهام أصليا قويا بطل أصل التصرف يعني الوصية

“Zeyd’e veya Bekir’e vasiyet” meselesinde ise müphemlik, söz tamamlandıktan sonra “veya Bekir’e” atfı neticesinde ortaya çıktığı için tasarrufun aslını iptal etmemekte, vasiyet akdedilmiş olmaktadır. Ancak müphemlikten dolayı vasiyeti uygulamak mümkün değildir. Vârislerin belirlemesiyle bu müphemlik ortadan kalkmakta ve sonuç elde edilmektedir. Her şeyin hâkimi olan ve her şeyi bilen Yüce Allah’ın yardımıyla bu meselede bizim görebildiğimiz izah tarzı budur.

9. Vasiyet ve İkrarın Farklı Olması

[Teshîl] Bir kimse başkasıyla ortak olduğu yüz arşınlık arsadaki evlerden on arşınlık bir tanesini vasiyet etse, arsa ortaklar arasında bölünse, Muhammed, Mâlik ve Şâfiî’ye göre lehtar, ev mûsînin hissesine düştüğü takdirde evin yarısını alır. Aksi takdirde evin yarısı ölçüsünde yer alır. Evin tamamını alamaz. Zira evin yarısı başkasının mülkiyetindedir. Evin yarısında vasiyet sahih değildir. Mûsînin bu kısımdaki mülkiyeti, kendi hissesine düşmesi nedeniyle sonradan oluştuğu için vasiyet geçerli değildir. Nitekim bir kimse başkasının evini vasiyet edip, bilahare o eve malik olsa vasiyet geçersizdir. Burada da aynı durum söz konusudur. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’a göre icap, ihtimallilik olarak mûsînin mülkiyetini kapsar. Dolayısıyla evin tamamında geçerli olur. Zira bölüşmek de hisseleri ayırmak ve muayyen hâle getirmek demektir. Bu işlem birbirinden farklı olmayan mallarda karşılıklı rıza ile farklı olan mallarda ise mahkeme kararıyla yerine gelir. Ev onun payına düştüğünde hakkının bizzat kendisi olarak kabul edilir ve icabı geçerli olur. Ev onun payına düştüğünde hakkının bizzat kendisi olarak kabul edildiğine göre payına düşmediği takdirde evle eşit boyutta olan arsa da onun hakkı olur. Zira bu -anlattığımız üzere- evin ivazıdır. Zira mûsînin evi zikretmekteki gayesi, vasiyet ettiği alan için belirleme yapmaktır. Mümkün mertebeye mûsînin tasarrufunu tashih etmek için ilgili belirleme yapılmıştır. Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf’a göre onun payı on bir hisseye bölünür. Zira icap, evi kapsamaktadır. Ev de on arşın ölçüsündedir. Yüzden bu on arşın çıkarıldığında doksan arşın kalır. Bu da ortaklar arasında paylaşılır. Her ortağa kırk beş arşın düşer. Kırk beşe on eklendiğinde elli beş olur. Her beş arşın bir pay sayılır. Sonuçta on bir pay olur. Lehtar için onla, ortaklar için ise kırk beşe çarpma yapılır. Lehtarın iki payı, ortakların dokuz payı olur. Bu meselenin benzeri ikrar bölümünde geçmişti.

وفيما أوصى لزيد أو لبكر لما كان الإبهام عارضا بعطف أو لبكر بعد تمام الكلام فلم يكن مبطلا لأصل التصرف وكان منعقدا لكن لم يمكن العمل به للإبهام وبتعيين الورثة يرتفع الإبهام ويحصل المرام. هذا ما لاح لنا في هذا المقام بتوفيق الله الملك العلام.

٥ . ٩ . اختلاف الوصية والإقرار

[التسهيل] ولو أوصى ببيت عين وهو عشرة أذرع من دارٍ مشتركة بين الموصي وبين آخر وهي مائة أذرع وقُسم الدار بين الشريكين أمر مكع بنصف ذلك البيت للموصى له لو وقع البيت في حظ الموصي وإلا فبمثل ذرع نصفه لا ب كله إذ نصفه ملك غيره فلم يصح الوصية في نصفه ولم يصح بحدوث ملكه فهو بوقوعه في حظه كمن أوصى بدارٍ غيره فملكه فإنه لا يصح فكذا هذا، ولهما أن الإيجاب تناول ملكه على الاحتمال فيصح في كل البيت وهذا لأن القسمة إفرازٌ وتعيين للملك فيما لا يتفاوت بغير قضاء وفيما يتفاوت بقضاء فإذا وقع البيت في نصيبه كان عين حقه فينفذ إيجابه ولما صار البيت - إذا وقع في حظه - عين حقه صار مثل ذرعانه حقاً له إذا لم يقع في حصته لأنه عوضه كما ذكرنا ولأن غرض الموصي من ذكر البيت التقديرُ تصحيحاً لتصرفه ما أمكن فيقسم نصيبه عندهما على أحد عشر سهماً لأن الإيجاب تناول البيت وهو عشرة أذرع ومتى رُفعت العشرة من المائة يبقى تسعون فيكون بينهما لكل واحدٍ منهما خمسة وأربعون والعشرة متى ضُمَّت إلى خمسة وأربعين يصير خمسة وخمسين فيجعل كل خمسة سهماً فيصيرُ أحد عشر سهماً فيضرب الموصى له بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فللموصى له سهمان ولهم تسعة مثل ما مرّ في الإقرار. ١٠ ١٥ ٢٠

[Şeyh Bedreddin] Derim ki: Yukarıdaki delil lehtarın ölünün payından (elli arşın), on arşın almasını gerektirir. Lehtarın iki, vârislerin sekiz payı olur. Ölünün nasibi Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre on bir paya değil, on paya ayrılır. Çünkü ölü, ev kendi payına düştüğü takdirde lehtarın olacağını, kendine kırk arşın kalacağını ileri sürmektedir. Aksi takdirde lehtara eşdeğer ölçüde kendi hissesinden yer vereceğini iddia etmektedir. Meselenin çözümü dediğimiz gibi olur. İkrarın durumu farklıdır. Zira ikrar eden, her ortağın kırk beş arşın yeri olduğunu, ikrar lehtarının ise on arşınlık yeri olduğunu ve bunun eve karşılık geldiğini ileri sürmektedir. Vasiyette ise kendinin elli, ortağının da elli hissesi olduğunu, ancak kendi payından bir kısmını lehtara vasiyet ettiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla iki durum farklıdır. Vasiyette yapılacak taksimi, ikrarda yapılacak taksime kıyas etmeleri sıhhati açık olan bir kıyas değildir. Allah en iyi bilir!

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh demek istemektedir ki, ikrarda ve vasiyette her iki iddia farklı olduğuna göre, bunlardan birini diğerine kıyas etmek câiz değildir. Bu iddiaya şöyle cevap verilebilir: Fıkıhçıların vasiyet meselesini açıkladıktan sonra "İkrarda da böyledir." sözüne yer vermeleri, vasiyette yapılacak taksimi ikrarda yapılacak taksime kıyas etmek anlamına gelmemektedir. Burada kastedilen şudur: Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf, bahsedilen illetten dolayı mûşinin hissesindeki on paydan iki payı vasiyet lehtarına verdikleri gibi, aynı şekilde ikrar edenin hissesindeki on paydan iki payı ikrar lehtarına vermişlerdir. Bu meselede şöyle demişlerdir: Eğer evin tamamı ikrar edenin payına düşseydi, hepsi ikrar lehtarına ait olacaktı. Ev ortağının payına düşüp de bedeli ona ulaştığında lehtar bedelin tamamını alabilir. Nitekim bir kölenin bir şahsa ait olduğunu ikrar etse, sonra köle öldürülse ve öldüren kıymetini tazmin etse, kıymetin tamamı ikrar lehtarına ait olur. Ayasuluğî'nin *el-Mecma'* şerhinde böyle açıklanmıştır. Sonra Şeyh'in Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre on bir paya bölüneceğine ilişkin iddiası, bizim muteber şerhlerde gördüklerimize aykırıdır. *Tebyînu'l-Hakâik*'te şöyle denilmektedir: "O ikisine göre beş paya bölünür. Bir pay vasiyet lehtarına, dört pay vârislere ait olur." Taksim vasiyet lehtarı ile vârisler arasında on pay üzerinden yapılmaktadır. İki pay vasiyet lehtarına, sekiz pay ise vârislere düşmektedir. Şeyh'in ileri sürdüğü şekil, hiçbir biçimde varit değildir.

[الشيخ بدر الدين] أقول: ما تقدّم من الدليل يستدعي أن يكون للموصى له عشرة من نصيب الميت وهو خمسون فيكون للموصى له سهمان وللورثة ثمانية أسهم فيقسم نصيب الميت عندهما على عشرة أسهم لا على أحد عشر لأنه يزعم أن البيت لو وقع في نصيبي يكون لك فيبقى لي أربعون ذراعاً ولا يكون لك مثل ذراعانه من نصيبي فيصير كما قلنا بخلاف الإقرار فإنه يزعم أن لكل منهما خمسة وأربعين ذراعاً وللمقر له عشرة أذرع وهي البيت وفي الوصية يزعم أن له خمسين ولشريكه خمسين لكنه أوصى بشيء من نصيبه فافترقا وقياسهم قسمة الوصية على قسمة الإقرار ليس بظاهر صحته، والله أعلم.

[فاضل أمير] نقول: يريد أن الزعمين لما اختلفا في الإقرار والوصية لم يجز قياس أحدهما على الآخر ويمكن أن يقال: ليس المراد من قولهم بعد بيان مسألة الوصية كما في الإقرار قياس مسألة قسمة الوصية على قسمة الإقرار بل المراد إظهار أن الشيخين كما جعلوا للموصى له سهمين من عشرة من حصة الموصي لليلة المذكورة فكذلك جعلوا سهمين من عشرة من حصة المقر للمقر له بأن قالوا لو وقع البيت كله في نصيب المقر لكان كله للمقر له فإذا وقع في نصيب شريكه ووصل بدله إليه كان له أن يأخذ كل بدله كمن أقر بعد لرجل ثم قتل العبد وضمن القاتل قيمته كانت قيمته للمقر له كذا في شرح المجمع للآيائلوغي ثم ما ذكره من التقسيم على أحد عشر سهماً على قول الشيخين فمخالف لما رأينا في الشروح المعتمدة قال في التبيين: «وعندهما يقسم على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة لهم» انتهى. فكان التقسيم بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم سهمان للموصى له وثمانية أسهم للورثة فلا يرد ما ذكره الشيخ أصلاً.

10. Vasiyet Edilen Kölenin Öldürülmesi

[**Teshîl**] Kölesini birine vasiyet eden mûsî ölse, köle öldürülüp katil onun bedelini tazmin etse, vasiyet lehtarını bu bedeli alır. Çünkü bu, kölenin bedeli olup onun yerine geçer. Ancak köle satılmış olsaydı hüküm farklı olurdu. Eğer mûsî köleyi satmış olsaydı, vasiyet lehtarını onun bedelini alamazdı. Çünkü satım vasiyetten rücû demektir.

[**Şeyh Bedreddîn**] Bu mesele göstermektedir ki köle mûsînin hayatta olduğu sırada vasiyetten sonra öldürülmüş olsaydı, onun kıymetini vasiyet lehtarını alırdı. Çünkü kıymeti kölenin yerine geçmektedir.

[**Fâzıl Emîr**] Şeyh'in kendi çıkarımı olarak takdim ettiği bu değerlendirmeye, onun dirâyetinin ürünü değildir. Bilakis vasiyet edilen kölenin mûsînin hayatında veya vefatından sonra öldürülmesi; kölenin değerinin terekenin üçte birini aşmaması veya aşması; aştığı takdirde vârislerin icâzet vermesi veya vermemesiyle ilgili hükümlerin açıklanması ayrıntılı olarak *et-Tatarhâ-niyye* adlı eserin vasiyetler bölümünün otuz üçüncü faslında ele alınmıştır.

11. Vasînin Lehtarın Gıyabında Terekeyi Varislere Paylaşması

[**Teshîl**] Vasî terekeyi hazır olan büyük vârislerle taksim edip gâip olan vasiyet lehtarının hissesini alsın, mal vasînin yanında zayi olsa, vasiyet lehtarını kalan malın üçte biri oranında rücû eder. Bu hüküm vasiyetin üçte biri oranında yapılması hâlinde geçerlidir. Aksi hâlde ilgili kısım hesap edilerek rücû eder. Hazır bulunan vasiyet lehtarının payını vasî aldığı takdirde eğer bu tasarruf vasiyet lehtarının izniyle yapılmışsa vasî vasiyet lehtarının vekili olur. Vasiyet lehtarının rücû hakkı yoktur. Eğer vasiyet lehtarının izni olmadan almışsa rücû hakkı vardır. Mûsî hac yapılmasını vasiyet etse, vasî de terekeyi taksim edip hac için olan payı ayırsa ve bu mal vasînin veya hac yapması için verdiği kişinin elinde helak olsa, bu meselenin hükmünün ne olacağı, başkası namına hac yapılmasıyla ilgili bölümde geçmişti.

[**Şeyh Bedreddîn**] Derim ki: "Vasînin vasiyet lehtarının payını alma yetkisi olmadığına göre bu malı aldığı için tazmin etmesi gerekir." şeklinde bir görüş ileri sürülebilir. Buna mukabil derim ki, konuyla ilgili bir rivâyet hatırlamıyorum. Ancak fukahânın "Vasiyet lehtarını kalan malın üçte biri oranında rücû eder." sözü tazmin yükümlülüğü olmadığını göstermektedir. Bunun gerekçesi de şu olabilir: Vasînin malı koruma yetkisi vardır. Ancak vasî, 'emîn' olduğu için tazmin yükümlülüğü yoktur.

١٠ . قتل القن الموصى به

[التسهيل] ولو أوصى بقتله فمات الموصى فقتل القن فغير المقاتل قيمته أخذها الموصى له لأنها بدل القن فيقوم مقامه ضد بيعه أي لو باعه الموصى ليس للموصى له أخذ ثمنه لأن بيعه رجوع عن الوصية.

٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: دل هذا على أن القن لو قُتل في حياة الموصى بعد الوصية يكون قيمته للموصى له لقيامها مقامه.

[فاضل أمير] نقول: هذا الذي ذكره على أنه تفقه منه ليس من درايته بل تفصيل قتل القن الموصى به في حياة الموصى أو بعد وفاته وبيان الحكم على تقدير خروجه من الثلث وعدم خروجه وإجازة الورثة وعدم إجازتهم في الفصل الثالث والثلاثين من وصايا التاتارخانية. ١٠

١١ . مقاسمة الوصي التركة للورثة في غياب موصى له

[التسهيل] فالوصي لو قاسم الورثة الكبار الحاضرين وأخذ حظَّ الموصى له الغائب فضاع عند الوصي رجَّع الموصى له بثلث الباقي لو أوصى بثلث المال وإلا فبحسابه، وأما نصيبُ الموصى له الحاضر فقبضُ الوصي نصيبه إن كان بإذنه فهو وكيلٌ عن الموصى له فليس له حقُّ الرجوع، وإن لم يكن بإذنه فله الرجوع. ١٥ فلو أوصى بحجَّة فقااسمهم الوصي وأفرز حظَّه لحجَّة فهلك في يد الوصي أو في يد من دُفع إليه ليحجَّ فقد مرَّ حكمه في فصل الحجَّ عن الغير. أقول: فإن قيل: إذا لم يكن للوصي أن يأخذ حظَّ الموصى له ينبغي أن يضمَّن بأخذه.

[الشيخ بدر الدين] أقول: لا أتذكر فيه رواية ولكن قولهم: رجَّع الموصى له بثلث الباقي إلخ يُبنى عن أنه لا يضمَّن فوجهه: أن للوصي حفظ المال لأنه أمين فلا يضمَّن.

٥

١٠

١٥

٢٠

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: Şeyh metinde geçen “Vasî terekeyi hazır olan büyük vârislerle taksim edip gâip olan vasiyet lehtarının hissesini alsa, mal vasînin yanında zayi olsa, vasiyet lehtarı kalan malın üçte biri oranında rücû eder.” ifadesini kastediyor. *et-Tatarhâniyye* adlı eserin vasiyetler bölümünün yirmi birinci faslında, vasînin vasiyet lehtarının gıyabında, yetişkin olan vârislerle terekeyi taksim etmesinin bâtil olduğu hükmünün akabinde şu ifadelerle yer verilmiştir: “Vasiyet lehtarının hissesi vasînin elinde zayi olup da vârislerin hissesi kalsa, vasiyet lehtarı vârislerin elinde kalan malın üçte birini alabilir. Vârislerin hissesi vârislerin elinde helak olsa, vasiyet lehtarının hissesi de vasînin elinde helak olsa, vasiyet lehtarına ait olup da vasînin elinde helak olan hisseyi vasî tazmin etmez. Vasiyet lehtarına ait olup da vârislerin elinde helak olan hissede ise vasiyet lehtarı muhayyerdir. İsterse bunu vasîye isterse vârise tazmin ettirir.” Buradan da anlaşılmaktadır ki Şeyh’in çıkarım yoluyla ileri sürdüğü görüş sahihtir ve rivâyet yoluyla sabit olan hükümlere uygundur. Şeyh’in rivâyeti hatırlamamasında kınanacak bir durum yoktur. Zira fıkıh ilmi dibine ulaşlamayan sarp bir vadi gibidir.

12. Haraç ve Öşür Vergilerinin Mükellefe Bağışlanması

[Teshîl] Ebû Yûsuf’a göre sultan haraç gelirini, şayet masrafa dâhilde yani bu gelirin harcanabileceği kişiler kapsamına giriyorsa, arazi sahibine bağışlayabilir. Fetva da bu görüşe göre verilmiştir. Çünkü haraç vergisini almak sultanın yetkisindedir. Öşür vergisinin hükmü ise farklıdır. Muhammed haraç vergisiyle ilgili hükme muhaliftir. Zira haraç muharip askerlerin hakkıdır.

[Şeyh Bedreddîn] Derim ki: Bu meselede bir problem vardır. Ebû Yûsuf ‘masrafa dâhil olma’ şartını getirince, arazi sahibi de muharip askerler vb. grubuna dâhil olur. Bu uygulamanın Muhammed’e göre de câiz olması gerekir. Çünkü Muhammed bu uygulamaya ‘masrafa dâhil olmama’ açısından karşı çıkmaktadır. “Haraç muharip askerlerin hakkıdır.” ifadesi bu hususu dile getirmektedir. Ebû Yûsuf’un görüşü masrafa dâhil olanlar hakkındadır. İlgili delil doğrultusunda aralarındaki ihtilafın ortadan kalkması gerekir. Öşür vergisi hakkında da aynı tafsilatın geçerli olması gerekir.

[فاضل أمير] نقول: يعني ما سبق في المتن من قوله: «الوصي لو قاسم الورثة الكبار الحاضرين وأخذ حظ الموصى له الغائب فضع عند الوصي رجح الموصى له بثلاث الباقي» انتهى. وقال في الفصل الحادي والعشرين من وصايا التاتارخانية عقيب ذكر بطلان قسمة الوصي مع الورثة الكبار والموصى له غائب: «فإن هلك حصة الموصى له في يد الوصي وبقي نصيب الورثة كان للموصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وإن هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصى له في يد الوصي أيضا فما هلك في يد الوصي من حصة الموصى له فالوصي لا يضمن ذلك وما هلك في أيدي الورثة من حصة الموصى له فللموصى له بالخيار إن شاء ضمن الوصي ذلك وإن شاء ضمن الوارث. انتهى. فظهر منه أن ما قاله الشيخ استنباطا صحيح موافق لما ثبت بالرواية ولا معرفة عليه في عدم تذكر الرواية إذ الفن منيع الغور بعيد القعر.

١٢. ترك الخراج أو العشر لصاحب الأرض

[التسهيل] يجيز أبو يوسف للسلطان ترك الخراج لرب الأرض لو مصرفاً وبه يفتى لأن أخذ الخراج إلى السلطان ضدَّ العُشر، ومَنَعَه محمد لأنه للمقاتلة.

١٥ [الشيخ بدر الدين] أقول: فيه إشكال لأن أبا يوسف لما شرط كونه مصرفاً صار للمقاتل أو نحوه فيلزم أن يجوز عند محمد أيضاً لأنه منعه نظراً إلى عدم المحلية حيث قال: لأنه للمقاتلة، وكلام أبي يوسف في المحل فينبغي أن يرتفع الخلاف من بينهما على ما يقتضيه الدليل المذكور ويلزم أن يكون العُشر على هذا التفصيل.

Ebû Yûsuf'a göre arazi sahibi masrafa dâhil olduğu takdirde aynı uygulama burada da geçerli olmalıdır. Zira öşür vergisini toplamak da sultanın yetkisindedir. Öşürle ilgili probleme şöyle cevap verilebilir: Öşürün ödenmesi için zekâta olduğu gibi tam bir temlik şartı aranır. Bu ise önce almak, sonra temlik etmekle gerçekleşir. Haracın durumu ise farklıdır. Bununla birlikte bu cevap da tartışmaya açıktır.

[Fâzıl Emîr] Deriz ki: *Ferâidü'l-Leâlî* adlı eserde şöyle denilmektedir: “Sultan haraç vergisini arazi sahibine bağışlasa, Ebû Yûsuf'a göre arazi sahibi şayet masrafa dâhilse yani haraç vergisinin harcanabileceği kişiler kapsamındaysa bu uygulama câizdir. Muhammed'e göre ise câiz değildir. Zira haraç Müslüman toplumu için fey' statüsündedir. Sultan öşür vergisini arazi sahibine bağışlasa bu câiz değildir. Çünkü öşür yalnızca fakirlerin hakkıdır.” Bu alıntı bize göstermektedir ki, metinde yer verdiği “Haraç muharip askerlerin hakkıdır.” ifadesinden haracın ganimet niteliği taşıdığı, bu vergiye bütün hak sahiplerinin hakkının taalluk ettiği, bunlardan birisine belirli bir miktarda ödeme yapılmasının câiz olmayacağı, bilakis devlet başkanının haraç vergisini alıp toplayarak ganimetlerin taksiminde olduğu gibi hak sahiplerine paylaşırması gerektiği anlaşılmaktadır. Yine öşür vergisinin arazi sahibine bağışlanmasının câiz olmamasının gerekçesi de anlaşılmaktadır. Bu açıklama Şeyh'in ileri sürdüğü değerlendirmeyi bertaraf etmektedir.¹ Onun 'tartışmaya açık' olarak nitelediği cevap sadedinde yaptığı açıklamalara da ihtiyaç yoktur.

1 Sayfa kenarında müellife atfen şu değerlendirmeler yer almaktadır: “Bu konuyu gerekçelendirmek için söylediklerimizi *Cevâbiru'l-Fetâvâ*'da zekât bölümünün birinci babında yer alan şu hükümler de desteklemektedir: Sultan haraç vergisini arazi sahibinden kaldırdığı takdirde, şayet o kişi haraç vergisinin harcanacağı kapsama dâhilse bu uygulama Ebû Yusuf'a göre câizdir, Muhammed'e göre câiz değildir. Bu hüküm *el-Ujûn* adlı eserde geçmektedir. Eğer öşür vergisini arazi sahibine bıraksa, bu uygulamanın câiz olmayacağına ittifak vardır. Zira öşür vergisine fakirlerin hakkı taalluk etmektedir. Haraç vergisinde ise cevaz rivâyetinin gerekçesi haracın câize (ödül) konumunda olduğudur. Sultan haracı arazi sahibinden alıp, sonra tekrar ona verse veya başka bir arazinin haracını ona verse, arazi sahibi masraf kapsamında olduğu için bu uygulama câizdir. Kendi arazisinin haracında da hüküm böyledir. Câiz görmeyen rivâyetin gerekçesine gelince, haraç arazinin sadakasıdır ve bütün Müslümanlara aittir. Bunun yalnızca arazi sahibine has kılınması câiz değildir.”

فيصح عند أبي يوسف لو محلا لأن للسلطان أخذ العشر أيضاً. ويمكن الجواب عن إشكال العُشر بأن أداء العشر لا بد فيه من كمال التملك كما في الزكاة وذلك بالأخذ ثم التملك بخلاف الخراج ولكنه لا يخلو من المناقشة.

[فاضل أمير] نقول: قال في فرائد اللآلي: ولو ترك السلطان الخراج للمالك

يجوز عند أبي يوسف إذا كان مصرفاً له، وعند محمد لا يجوز؛ لأنه فيء لجماعة ٥

المسلمين ولو ترك العشر له لا يجوز؛ لأنه حق الفقراء على الخلوص انتهى.

فعلم منه أن معنى ما رواه في المتن من قوله: «لأنه للمقاتلة» أنه غنيمة يتعلق بها

حق جميع المستحقين فلا يجوز إفراد واحد منهم بقدر مخصوص؛ بل لا بد من

أن يأخذه الإمام ويجمعه ثم يفرقه على المستحقين كما هو شأن قسمة الغنائم.

وكذا يعلم منه وجه عدم تجوزهم ترك العشر للمالك. وبهذا البيان اندفع ما ١٠

أورده الشيخ ولم يبق الاحتياج إلى ما ذكره في معرض الجواب الذي ناقش فيه.

el-Bezzâziyye adlı eserde şunlar yer almaktadır: “Sultan öşür vergisini mükellefe bağışlasa, bu kişi zengin de olsa fakir de olsa uygulama câizdir. Eğer fakirse sultanın tazmin yükümlülüğü yoktur. Eğer zengin ise sultan fakirler lehine haraç hazinesinden, sadaka hazinesine tazminde bulunur.”¹

5 Bu rivâyet muteber kaynaklarda geçen rivâyetlerin çoğuna muhaliftir.

Bu konuda söylenebilecek en son söz, sahih görüşe göre öşür vergisini arazi sahibine bağışlamanın câiz olmayacağıdır. Tercih edilen görüşe göre bu uygulama -şayet arazi sahibi masrafa dâhilse- haraç vergisi için câizdir.

el-Fetâva'l-Hâniyye'de şu hükümler yer almaktadır: “Sultan arazi sahibine haraç vergisi koysa, sonra da bu vergiyi ona bağışlasa Ebû Yûsuf'a göre bu uygulama câizdir. Muhammed ise bu görüşe muhaliftir. Arazi sahibi haraç vergisinin harcanabileceği kişiler kapsamında olduğu takdirde fetva Ebû Yûsuf'un görüşüne göredir. İlgili esasa göre bu uygulama, kadılar ve fakihler için de câiz görülmüştür. Ancak öşür vergisini arazi sahibine bağışlasa, bunun câiz olmayacağında görüş birliği bulunmaktadır.”

1 Sayfa kenarında müellife atfen şu kayıt yer almaktadır: “Sonra *ez-Zehîre* kitabında *el-Bezzâziyye*'deki rivâyete uygun, Şeyhülislâm'a nispet edilen ifadeler gördüm. Ancak gördüğümüz muteber kaynakların çoğunda mesele *el-Hâniyye*'deki gibi ele alınmıştır.”

وقال في البزازية: السلطان إذا ترك العشر لمن هو عليه جاز غنيًا كان أو فقيرًا، لكن إن كان فقيرًا فلا ضمان على السلطان وإن كان غنيًا ضمن السلطان للفقراء من بيت مال الخراج لبيت مال الصدقة، انتهى. فهذه رواية تخالف كثيرًا من روايات المعتمرات.^١

٥ وغاية الكلام في هذا الباب: هو أنه لا يجوز ترك العشر لرب الأرض في الصحيح وأنه يجوز في الخراج على القول المختار إذا كان صاحب الأرض مصرفًا حيث قال في الفتاوى الخانية: السلطان إذا جعل الخراج لرب الأرض وتركه عليه جاز في قول أبي يوسف خلافًا لمحمد والفتوى على قول أبي يوسف إذا كان صاحب الأرض من أهل الخراج وعلى هذا التسوية للقضاة والفقهاء ولو جعل العشر لصاحب الأرض لا يجوز في قولهم، انتهى. ١٠

١ وفي هامش أ: ثم رأيت في الذخيرة ما يناسب رواية البزازية معزوا إلى شيخ الإسلام، ولكن في كثير مما رأينا من المعتمرات كان كما في الخانية.

DİZİN

A

- Abdulaziz el-Buhârî 1666
Abdulkâdir Efendi 1586
Abdullah b. Tâvus 404
adedî 230, 322, 324, 442, 446, 458,
646, 648, 650
âdet 264, 266, 382, 404, 882, 1060,
1584
Ahî Çelebî 202, 450, 1022
Ahîzâde 202, 368, 716, 1190, 1638
Ahmed b. Hanbel 224, 242, 588, 644,
1324, 1398, 1454, 1556, 1828,
1840, 1872
Ahsikesî 334, 1196, 1666, 1786
Aişe 188, 190
Âkile 1588, 1650
aldanma 86, 180, 1082
Ali (ra) 136
alıkoyma hakkı 396, 1322
Allah hakkı 260, 352, 1662, 1752
Allâme-i Rûmî 39, 90, 178, 188, 360,
372, 404, 514, 530, 532, 614
asabe 1584, 1586
asıl 39, 45, 50, 51, 106, 116, 126, 154,
172, 196, 236, 250, 252, 256, 282,
284, 296, 300, 316, 318, 378, 390,
394, 404, 426, 430, 432, 458, 472,
526, 542, 656, 658, 666, 714, 718,
784, 788, 812, 842, 882, 972, 996,
1020, 1028, 1040, 1052, 1064,
1066, 1084, 1088, 1108, 1122,
1124, 1134, 1146, 1156, 1168,
1170, 1200, 1202, 1204, 1214,
1218, 1226, 1252, 1280, 1310,
1312, 1314, 1324, 1328, 1330,
1490, 1526, 1546, 1562, 1678,
1688, 1732, 1734, 1742, 1746,
1756
Attâbî 502, 718, 734, 736, 738, 1348
Avârif 1848
avâriz 1794
Ayasuluğî 33, 34, 35, 37, 38, 102, 120,
126, 140, 142, 154, 156, 168, 180,
194, 212, 248, 326, 328, 362, 366,
368, 382, 384, 394, 422, 424, 426,
472, 506, 514, 528, 534, 540, 574,
576, 596, 690, 796, 806, 818, 854,
860, 908, 1040, 1132, 1142, 1194,
1196, 1210, 1218, 1230, 1242,
1280, 1326, 1330, 1376, 1402,
1414, 1432, 1434, 1496, 1532,
1550, 1562, 1574, 1608, 1620,
1654, 1674, 1726, 1770, 1782,
1794, 1804, 1814, 1832, 1878
ayıp 256, 300, 304, 306, 308, 312, 316,
326, 328, 330, 332, 334, 336, 340,
342, 344, 348, 350, 410, 420, 428,
498, 768, 852, 886, 888, 890, 1546,
1548
ayıp muhayyerliği 334, 852
ayn 82, 118, 190, 248, 316, 328, 330,
438, 440, 464, 466, 468, 470, 474,
506, 524, 528, 544, 548, 550, 808,
1014, 1054, 1232, 1234, 1236,
1238, 1240, 1250, 1252, 1308,
1310, 1314, 1322, 1328, 1354,
1438, 1444, 1446, 1862
azat 126, 160, 182, 240, 260, 312, 314,
336, 372, 424, 550, 554, 584, 608,
610, 638, 688, 690, 692, 694, 720,
722, 724, 764, 766, 816, 822, 856,
872, 874, 918, 964, 966, 968, 970,
972, 994, 996, 998, 1076, 1078,
1080, 1092, 1136, 1150, 1152,
1156, 1168, 1170, 1198, 1200,
1266, 1344, 1346, 1348, 1350,
1364, 1442, 1444, 1446, 1450,
1452, 1470, 1478, 1480, 1482,
1484, 1486, 1510, 1514, 1516,
1542, 1544, 1546, 1552, 1554,
1556, 1558, 1562, 1566, 1568,
1570, 1572, 1574, 1576, 1578,
1580, 1584, 1586, 1628, 1630,

1632, 1634, 1636, 1638, 1640,
1740, 1758, 1760, 1762, 1764,
1772, 1774, 1776, 1852, 1854,
1872, 1874

B

bâği 146

Bakkâli 488

bâtıl 35, 88, 140, 154, 240, 242, 262,
280, 286, 288, 290, 292, 296, 298,
314, 316, 320, 322, 324, 348, 356,
358, 360, 364, 368, 370, 372, 374,
380, 382, 388, 390, 392, 394, 396,
398, 400, 410, 412, 414, 438, 444,
446, 466, 468, 470, 480, 482, 486,
490, 494, 496, 498, 500, 518, 522,
528, 536, 538, 564, 574, 646, 656,
664, 678, 718, 720, 728, 732, 734,
736, 738, 740, 742, 744, 752, 754,
756, 758, 760, 764, 782, 814, 816,
820, 822, 824, 826, 828, 858, 860,
880, 890, 894, 902, 912, 916, 956,
958, 960, 962, 964, 984, 986, 992,
1038, 1040, 1088, 1096, 1098,
1100, 1102, 1122, 1146, 1148,
1150, 1152, 1154, 1156, 1158,
1160, 1162, 1164, 1168, 1176,
1182, 1184, 1192, 1198, 1200,
1206, 1208, 1210, 1214, 1216,
1220, 1222, 1234, 1242, 1244,
1246, 1248, 1252, 1258, 1262,
1264, 1270, 1276, 1278, 1288,
1290, 1292, 1294, 1300, 1304,
1330, 1352, 1398, 1422, 1440,
1442, 1484, 1520, 1522, 1524,
1546, 1548, 1550, 1580, 1592,
1634, 1756, 1840, 1852, 1868,
1874, 1882

Bedâi 37, 44, 48, 49, 50, 76, 88, 98, 144,
182, 192, 198, 200, 218, 222, 250,
252, 254, 256, 258, 276, 282, 318,
322, 328, 330, 376, 388, 392, 430,
438, 440, 498, 500, 510, 512, 518,
520, 530, 566, 568, 574, 602, 606,
666, 676, 678, 698, 786, 792, 794,

796, 802, 804, 806, 816, 826, 828,
852, 854, 856, 882, 902, 904, 908,
910, 918, 958, 960, 976, 984, 1018,
1026, 1040, 1068, 1086, 1088,
1094, 1100, 1118, 1134, 1138,
1158, 1174, 1228, 1246, 1262,
1280, 1286, 1296, 1298, 1332,
1342, 1354, 1388, 1402, 1410,
1422, 1428, 1456, 1458, 1480,
1500, 1504, 1532, 1546, 1590,
1600, 1602, 1606, 1614, 1622,
1650, 1682, 1696, 1704, 1716,
1752, 1798, 1802, 1812, 1824,
1828, 1830, 1832, 1844, 1866

Bedir 49, 1830

berâet 332, 334, 1204, 1214

Berîre 1582, 1584

beyan 64, 66, 98, 144, 156, 158, 162,
306, 350, 416, 462, 468, 470, 472,
476, 506, 602, 656, 658, 660, 662,
714, 822, 826, 830, 834, 836, 854,
892, 1002, 1028, 1082, 1094, 1110,
1120, 1132, 1208, 1222, 1368,
1390, 1404, 1420, 1592, 1666,
1710, 1778, 1780, 1786, 1864

Beyâniyye 444, 864

beyânu't-tebdil 76

beyyine 248, 260, 292, 294, 296, 330,
332, 340, 394, 400, 402, 476, 484,
538, 544, 546, 548, 622, 662, 674,
676, 678, 692, 694, 770, 836, 838,
840, 842, 844, 846, 852, 856, 860,
882, 884, 968, 1014, 1016, 1018,
1024, 1026, 1028, 1030, 1140,
1142, 1144, 1190, 1218, 1234,
1236, 1254, 1302, 1304, 1358,
1384, 1400, 1402, 1404, 1412,
1424, 1426, 1428, 1432, 1520,
1596, 1598, 1638, 1724, 1734,
1736, 1746, 1748, 1758, 1760,
1764, 1770, 1864

Bezzâzi 774, 1238

Bezzâziyye 344, 512, 608, 616, 818,
890, 1122, 1148, 1182, 1210, 1218,
1368, 1708, 1720, 1846, 1886

- bidâ'a 1052
 bilinmezlik 244, 414, 470, 784, 786,
 788, 790, 1232, 1724
 bilme muhayyerliği 234
 Buhara 5, 1724
- C-Ç**
 cehâlet 784
 Cessâs 248, 1430
 Cevâhir 1722, 1848, 1864
 cevaz 236, 270, 382, 424, 426, 456, 462,
 500, 976, 1074, 1082, 1114, 1140,
 1200, 1260, 1262, 1264, 1382,
 1396, 1416, 1530, 1576, 1884
 ciyâd 502, 656, 658, 660, 662, 1206,
 1208, 1210, 1218
 Çivizâde 36, 38, 366, 1154, 1844
- D**
 damânu'd-derek 858, 1152
 dârulharp 460, 462, 1808, 1824
 Davud el-İsfahânî 362
 Debûsî 1152, 1666
 Dede Efendi 1810
 def 48, 480, 570, 606, 1104, 1186,
 1622, 1638, 1768, 1770, 1802,
 1806, 1828
 deyn 248, 344, 346, 358, 464, 466, 468,
 474, 738, 916, 1014, 1054, 1056,
 1204, 1214, 1236, 1238, 1250,
 1252
 diyet 172, 174, 480, 482, 634, 1092,
 1094, 1146, 1588, 1590, 1592,
 1594, 1600, 1602, 1608, 1612,
 1614, 1622, 1640, 1648, 1650,
 1652, 1654, 1668, 1676, 1682,
 1734, 1786, 1788, 1790, 1818,
 1822
- E**
 Ebu Bekir 1224
 Ebu Cehl 49, 1830
 Ebû Hanîfe 36, 37, 44, 48, 90, 92, 96,
 98, 100, 110, 120, 122, 136, 138,
 146, 150, 154, 158, 160, 172, 174,
 180, 182, 188, 190, 196, 212, 218,
 228, 230, 234, 236, 260, 264, 268,
 270, 272, 278, 288, 290, 308, 310,
 312, 314, 316, 320, 322, 324, 330,
 332, 350, 362, 366, 382, 384, 386,
 388, 390, 392, 400, 402, 410, 412,
 420, 424, 426, 444, 450, 452, 456,
 458, 460, 462, 468, 470, 472, 476,
 478, 490, 492, 494, 496, 500, 504,
 506, 508, 510, 540, 542, 544, 546,
 560, 564, 566, 568, 570, 576, 584,
 586, 590, 604, 606, 608, 610, 612,
 620, 622, 630, 642, 644, 646, 648,
 656, 658, 660, 668, 670, 672, 674,
 676, 678, 680, 700, 702, 704, 706,
 742, 744, 756, 758, 764, 770, 778,
 788, 790, 792, 806, 846, 852, 854,
 856, 970, 974, 978, 980, 988, 992,
 994, 996, 998, 1000, 1006, 1010,
 1012, 1014, 1018, 1052, 1054,
 1056, 1058, 1060, 1074, 1076,
 1080, 1082, 1084, 1086, 1088,
 1090, 1092, 1094, 1096, 1098,
 1102, 1104, 1114, 1116, 1134,
 1138, 1140, 1142, 1178, 1180,
 1182, 1184, 1228, 1230, 1232,
 1242, 1244, 1246, 1284, 1306,
 1308, 1310, 1312, 1314, 1316,
 1318, 1328, 1332, 1334, 1336,
 1340, 1344, 1346, 1348, 1350,
 1366, 1376, 1384, 1386, 1388,
 1398, 1400, 1406, 1408, 1410,
 1412, 1414, 1416, 1418, 1420,
 1422, 1430, 1432, 1436, 1438,
 1466, 1468, 1470, 1472, 1494,
 1496, 1498, 1500, 1502, 1504,
 1520, 1532, 1534, 1536, 1544,
 1546, 1552, 1554, 1562, 1570,
 1576, 1584, 1590, 1596, 1598,
 1604, 1606, 1612, 1624, 1628,
 1630, 1632, 1634, 1636, 1646,
 1648, 1650, 1652, 1654, 1658,
 1664, 1666, 1668, 1674, 1676,
 1678, 1682, 1686, 1696, 1698,
 1700, 1702, 1708, 1710, 1712,

- 1714, 1716, 1740, 1742, 1744,
1750, 1754, 1756, 1764, 1766,
1768, 1770, 1772, 1788, 1790,
1804, 1806, 1808, 1810, 1812,
1814, 1822, 1828, 1834, 1836,
1856, 1858, 1860, 1862, 1872,
1874, 1876, 1878
- Ebu Hureyre 334, 336
- Ebu'l-Leyis 796, 1356, 1366
- Ebu'l-Yüsr Pezdevî 122
- Ebü Yüsuf 44, 86, 90, 92, 96, 98, 100,
108, 110, 120, 122, 126, 136, 138,
140, 146, 154, 158, 160, 166, 172,
174, 180, 182, 188, 190, 192, 196,
198, 212, 218, 228, 230, 234, 236,
260, 264, 266, 268, 270, 272, 278,
280, 288, 290, 306, 308, 310, 312,
314, 316, 320, 322, 324, 330, 332,
350, 362, 366, 382, 384, 390, 400,
402, 410, 444, 452, 454, 456, 458,
460, 470, 486, 490, 492, 504, 506,
508, 510, 512, 536, 538, 540, 542,
544, 546, 564, 572, 574, 576, 584,
588, 604, 606, 608, 610, 620, 622,
630, 632, 644, 646, 648, 654, 656,
660, 664, 668, 674, 680, 682, 684,
700, 702, 704, 708, 742, 744, 756,
758, 772, 790, 792, 806, 852, 854,
864, 866, 882, 906, 908, 910, 970,
986, 988, 996, 998, 1000, 1002,
1004, 1014, 1016, 1018, 1040,
1056, 1064, 1066, 1074, 1076,
1082, 1084, 1086, 1088, 1090,
1092, 1094, 1096, 1100, 1114,
1134, 1138, 1140, 1176, 1178,
1180, 1194, 1204, 1232, 1238,
1242, 1244, 1264, 1266, 1294,
1300, 1306, 1312, 1314, 1316,
1318, 1328, 1330, 1332, 1334,
1340, 1342, 1344, 1346, 1384,
1398, 1400, 1402, 1408, 1410,
1412, 1416, 1418, 1420, 1422,
1430, 1432, 1434, 1464, 1494,
1496, 1498, 1500, 1502, 1504,
1520, 1524, 1532, 1534, 1536,
1546, 1548, 1552, 1554, 1556,
1558, 1564, 1576, 1584, 1586,
1590, 1596, 1604, 1606, 1612,
1624, 1626, 1628, 1632, 1634,
1636, 1646, 1648, 1650, 1652,
1654, 1664, 1666, 1668, 1674,
1676, 1686, 1696, 1698, 1700,
1708, 1712, 1714, 1716, 1718,
1720, 1738, 1740, 1742, 1744,
1746, 1750, 1752, 1754, 1756,
1764, 1766, 1768, 1772, 1788,
1804, 1806, 1808, 1810, 1812,
1834, 1836, 1854, 1856, 1872,
1874, 1876, 1878, 1882, 1884,
1886
- ecir-i hâs 776, 778
- ecir-i müşterek 776, 778
- Ecnâs 1146, 1148, 1764
- Efşencî 74, 236, 326, 332, 1076
- ehliyet 534, 1030, 1456, 1532
- emanet 282, 354, 374, 380, 402, 522,
524, 526, 528, 544, 560, 564, 566,
568, 570, 584, 586, 652, 654, 662,
668, 670, 712, 714, 716, 984, 986,
988, 990, 1022, 1024, 1026, 1030,
1032, 1110, 1112, 1120, 1130,
1132, 1172, 1206, 1238, 1292,
1298, 1304, 1312, 1340, 1344,
1346, 1348, 1350, 1646, 1758,
1796
- erş 172, 174, 1090, 1592, 1600, 1602,
1676
- Esrâr 1152, 1154, 1688, 1752
- Eşbâh 112, 1234, 1240, 1248, 1338,
1364, 1520, 1522, 1680, 1716,
1760, 1818
- eyyâmül-bid 204
- F**
- Fahreddin 174, 368, 1864
- Fahrulislâm 270, 272
- Farsça 36, 1228
- farz 48, 62, 66, 68, 72, 74, 88, 94, 106,
112, 114, 116, 120, 122, 132, 140,
148, 152, 156, 208, 210, 212, 216,

- 252, 268, 704, 742, 804, 1194,
1196, 1372, 1404, 1406, 1496,
1520, 1522, 1524, 1568, 1578,
1604, 1630, 1764, 1828, 1836
- fâsît 47, 120, 126, 180, 228, 242, 244,
254, 256, 262, 268, 280, 286, 322,
324, 332, 344, 352, 354, 356, 358,
360, 366, 368, 370, 372, 374, 376,
380, 382, 384, 388, 390, 392, 394,
396, 398, 402, 404, 444, 446, 448,
452, 466, 476, 490, 492, 494, 496,
518, 522, 536, 538, 550, 552, 556,
594, 778, 780, 790, 794, 796, 798,
800, 812, 814, 816, 818, 820, 822,
824, 826, 828, 860, 864, 866, 904,
906, 956, 958, 960, 962, 970, 1056,
1116, 1118, 1128, 1130, 1132,
1148, 1150, 1152, 1154, 1156,
1158, 1160, 1162, 1164, 1166,
1168, 1246, 1264, 1276, 1284,
1288, 1300, 1390, 1392, 1394,
1396, 1398, 1400, 1404, 1408,
1420, 1424, 1442, 1444, 1446,
1548, 1576, 1582, 1584, 1610,
1612, 1616, 1826, 1852
- Fâtûma 158, 794, 1224
- Fazlî 236
- fels 442, 444, 446, 448, 490, 496, 504,
506, 644, 1124, 1126
- Ferâid 42, 134, 152, 202, 274, 468, 900,
992, 1090, 1660
- fesâd 244, 254, 366, 380, 390, 392, 394,
448, 472, 612
- fesih 42, 226, 256, 274, 278, 280, 306,
308, 330, 352, 376, 384, 404, 410,
412, 426, 614, 616, 618, 620, 622,
630, 632, 768, 882, 890, 892, 902,
904, 1216, 1266, 1506, 1508, 1754,
1756, 1778
- Fetâvâ 33, 35, 40, 102, 154, 264, 324,
366, 368, 372, 400, 496, 498, 504,
526, 598, 602, 608, 614, 616, 716,
772, 774, 778, 788, 818, 902, 1020,
1030, 1070, 1084, 1106, 1122,
1146, 1200, 1236, 1238, 1256,
1270, 1272, 1304, 1364, 1366,
1440, 1844, 1884
- fez 460, 1750, 1798, 1814, 1818, 1822,
1884
- Feyzu'l-Mevlâ 608, 1256
- fi sebilillâh 192
- Fusûl 540, 822, 824, 826, 828, 856,
954, 1088, 1148, 1288, 1294, 1296,
1302
- fuzûlî 35, 282, 284, 296, 476, 1020,
1022, 1416, 1418
- G**
- gabn-i fâhiş 88, 606
- gabn-i yesir 86
- gâip 246, 258, 260, 528, 532, 534, 536,
560, 566, 568, 570, 694, 852, 856,
902, 1024, 1378, 1724, 1746, 1758,
1858, 1880, 1882
- gâlib-i ğiş 500
- Gâye 34, 358, 360, 1146, 1148, 1834
- Gâyetü'l-Beyân 776, 1450, 1546
- Gazzî 1234, 1238, 1364
- görme muhayyerliğı 234, 278, 596, 630,
876, 1276, 1546
- Gurer 34, 35, 144, 162, 208, 372, 374,
456, 618, 778, 816, 836, 838, 1022,
1030, 1046, 1100, 1150, 1204,
1256, 1348, 1358, 1380, 1382,
1392, 1436, 1510, 1602, 1656,
1672
- gurre 1608, 1614
- ġinâ 1436
- H**
- Habbâzî 1048
- Haddâdî 512
- hafî kıyas 272
- Hâherzâde 48, 1826
- Hakâik 48, 49, 74, 100, 106, 108, 112,
134, 208, 236, 272, 280, 282, 302,
304, 314, 322, 326, 328, 332, 360,
380, 394, 408, 416, 424, 426, 430,
444, 448, 462, 468, 506, 522, 616,
622, 652, 672, 730, 778, 854, 984,

- 986, 990, 1076, 1078, 1082, 1264, 1270, 1286, 1308, 1314, 1316, 1318, 1322, 1328, 1334, 1348, 1420, 1422, 1472, 1474, 1490, 1492, 1504, 1506, 1512, 1514, 1526, 1540, 1552, 1560, 1578, 1588, 1594, 1602, 1608, 1620, 1622, 1628, 1636, 1640, 1644, 1646, 1656, 1682, 1686, 1690, 1692, 1706, 1708, 1716, 1720, 1734, 1738, 1766, 1798, 1802, 1806, 1812, 1828, 1830, 1862, 1866, 1868, 1870, 1872, 1878
- Halebi 1050, 1148, 1348, 1392, 1518, 1660
- Halep 36, 37, 1226, 1232
- Halvâni 572
- Hâniyye 33, 35, 264, 324, 344, 368, 398, 466, 496, 504, 526, 598, 602, 624, 716, 778, 788, 794, 818, 982, 1106, 1122, 1148, 1154, 1162, 1200, 1252, 1358, 1362, 1364, 1410, 1440, 1640, 1764, 1790, 1886
- hapis hakkı 248, 632, 810
- harbî 186, 188, 458, 1432
- hasar 312, 314, 354, 356
- Haskefi 1288
- Hatîbî 1722
- Hılâtî 502, 718, 734
- Hidâye 46, 48, 76, 80, 94, 106, 114, 130, 158, 160, 208, 214, 222, 320, 350, 362, 376, 404, 406, 492, 494, 498, 500, 532, 558, 560, 598, 614, 616, 618, 690, 744, 764, 766, 782, 792, 812, 960, 1038, 1042, 1048, 1050, 1072, 1080, 1102, 1146, 1148, 1150, 1154, 1156, 1234, 1268, 1340, 1410, 1412, 1448, 1450, 1624, 1638, 1656, 1694, 1702, 1778, 1780, 1808, 1822, 1826, 1828, 1830, 1832, 1834
- hile 486, 488
- Hişâm 772, 774
- hiyel 488
- Hulâsa 96, 260, 326, 410, 492, 496, 498, 512, 860, 954, 1180, 1256, 1258, 1364, 1718, 1720, 1728, 1762, 1764, 1814, 1840
- hüccet-i ilzâmiyye 866
- hüccet-i kâsıra 852
- hükûmet-i adl 1594, 1600, 1602
- hükûmet-i elem 1604
- hürmet-i müsâhere 174, 176
- hürriyet 148, 258, 260, 262, 764, 766, 1568, 1570, 1578, 1638, 1658, 1660, 1734, 1760, 1762
- I-İ**
- Irak 1812
- Islâh 116, 164, 208, 372, 404, 590, 616, 618, 724, 1050, 1098, 1204
- iskât 348, 486, 564, 600, 602, 604, 856, 1210, 1214, 1216, 1270, 1282, 1752, 1796
- ıyne 386, 390
- İbn Abbas 78, 404, 592
- İbn Ebî Leylâ 698, 704, 1596
- İbn Kemâl 68, 116, 148, 164, 176, 178, 186, 210, 266, 268, 270, 314, 360, 372, 404, 514, 516, 530, 532, 616, 618, 662, 830, 832, 1032, 1050, 1098, 1130, 1132, 1152, 1158, 1172, 1282, 1302, 1394, 1660, 1732, 1736
- İbn Mâze 360
- İbn Melek 38, 1126, 1224, 1270, 1452
- İbn Mes'ûd 156, 158, 334, 642, 1512, 1830
- İbn Nüceym 35, 36, 112, 364, 366, 744, 774, 776, 986, 1022, 1154, 1164, 1166, 1234, 1240, 1248, 1338, 1364, 1520, 1522, 1716, 1726, 1760
- İbn Ömer 136, 268, 270, 272, 1670, 1672
- İbn Semâa 910, 1234
- ibrâ 176, 712, 714, 752, 754, 1014, 1016, 1018, 1168, 1180, 1198, 1200, 1208, 1210, 1212, 1214,

- 1216, 1218, 1220, 1232, 1234,
1236, 1238, 1240, 1282, 1288,
1290, 1328, 1552, 1674, 1724,
1740, 1748
İbrahim el-Halebî 1050, 1148, 1392
icâzet 274, 282, 284, 288, 292, 296,
298, 370, 372, 474, 476, 484, 486,
552, 584, 630, 858, 862, 874, 954,
956, 1020, 1090, 1416, 1576, 1578,
1580, 1716, 1860, 1880
icmâ 37, 112, 336, 362, 364, 440, 452,
520, 574, 698, 768, 816, 1002,
1026, 1074, 1088, 1098, 1144,
1210, 1230, 1400, 1414, 1494
iddet 158, 742, 744, 1404, 1466, 1472,
1476, 1494, 1508, 1536, 1538,
1728, 1752
ihbâr 964, 966, 968, 1414, 1674
İhkâmu'l-ahkâm 226
ihraz 370
İhtiyâr 51, 174, 178, 216, 502, 504,
520, 580, 792, 846, 954, 1048,
1204, 1342, 1388, 1436, 1654,
1670, 1756, 1782, 1796, 1818
ihtiyat 110, 158, 266, 268, 406, 592,
1718
ikâle 224, 226, 268, 396, 410, 412, 414,
474, 476, 1132, 1216
ikrâz 584, 1646
illet 48, 82, 142, 220, 266, 314, 388,
434, 436, 516, 586, 594, 670, 844,
970, 1036, 1158, 1164, 1166, 1266,
1268, 1286, 1456, 1604, 1614,
1648, 1744, 1774, 1808
İmâdi 540, 828, 954, 962, 1088
İnâye 37, 146, 148, 152, 154, 156, 158,
522, 614, 618, 624, 960, 972, 1008,
1072, 1102, 1144, 1164, 1194,
1196, 1230, 1242, 1268, 1374,
1448, 1450, 1558, 1688
irtifak 1044
işhâd 830, 832, 838, 840, 842, 844, 846
istiâre 1188, 1484
istibdâl 524, 1444
istifâ bi'l-yed 558
istihkâk 538
istihsân 236, 270, 272, 646, 648, 908,
910, 920, 1262, 1286, 1518, 1610,
1622, 1872
istinşâk 78
Îzâh 68, 90, 116, 148, 164, 176, 178,
186, 208, 210, 266, 268, 270, 314,
360, 372, 514, 530, 532, 590, 616,
618, 662, 830, 832, 886, 1010,
1032, 1050, 1098, 1104, 1130,
1158, 1172, 1190, 1212, 1282,
1302, 1342, 1394, 1404, 1426,
1456, 1492, 1496, 1508, 1530,
1546, 1660, 1680, 1732, 1736,
1758, 1836
izn-i i'lân 602
izn-i isrâr 602
- K**
Kâânî 1274
kabz 246, 250, 302, 306, 350, 380,
396, 412, 436, 438, 440, 442, 446,
448, 464, 474, 506, 508, 510, 512,
516, 518, 520, 522, 550, 556, 558,
578, 654, 664, 780, 876, 884, 888,
984, 1014, 1016, 1024, 1028, 1030,
1052, 1072, 1074, 1110, 1112,
1114, 1210, 1250, 1300, 1366,
1436, 1446, 1536
ka'de-i ahire 134
kadri 344, 432, 648, 650, 1354
Kâfi 33, 36, 40, 46, 76, 80, 88, 114,
154, 158, 208, 232, 262, 290, 298,
314, 320, 334, 338, 344, 346, 350,
352, 360, 376, 388, 390, 404, 406,
408, 422, 424, 462, 464, 468, 492,
494, 498, 502, 504, 538, 584, 614,
636, 638, 684, 688, 718, 720, 722,
742, 790, 792, 896, 898, 900, 914,
992, 996, 1002, 1038, 1052, 1078,
1098, 1120, 1146, 1148, 1150,
1176, 1188, 1200, 1202, 1252,
1268, 1276, 1302, 1340, 1342,
1348, 1382, 1394, 1402, 1410,
1488, 1544, 1600, 1602, 1624,

- 1662, 1666, 1708, 1710, 1732,
1734, 1770, 1828, 1834
Kâmûs 1826
Kara Kemal 1380, 1814
karz 284, 298, 504, 506, 508, 510, 512,
654, 656, 658, 660, 662, 958, 978,
1012, 1014, 1038, 1040, 1042,
1052, 1130, 1132, 1176, 1238,
1330, 1354, 1446, 1674
Kâsânî 108, 144, 182, 192, 200, 218,
222, 250, 254, 256, 258, 276, 282,
318, 322, 328, 376, 388, 392, 430,
438, 440, 512, 520, 530, 566, 602,
666, 676, 678, 698, 792, 796, 804,
816, 828, 852, 854, 902, 908, 910,
918, 958, 960, 976, 984, 1026,
1040, 1086, 1088, 1094, 1100,
1138, 1158, 1174, 1246, 1262,
1280, 1286, 1298, 1332, 1410,
1428, 1456, 1458, 1480, 1500,
1504, 1532, 1546, 1704
kâsır misil 1306
keffâret 198, 200, 802, 1442, 1482,
1514, 1516, 1702, 1718, 1786,
1816
Kenz 36, 48, 49, 196, 214, 408, 504,
774, 776, 778, 816, 820, 822, 852,
876, 1098, 1148, 1154, 1412, 1588,
1808, 1822, 1826, 1830, 1832
Kerderî 80
Kerekî 608, 1256
Kerhî 100, 382, 432, 812, 854, 1134,
1320, 1428, 1430, 1432, 1452,
1512
keylî 230, 322, 648, 1354
kısas 174, 1000, 1002, 1072, 1090,
1140, 1142, 1144, 1456, 1588,
1590, 1592, 1594, 1596, 1598,
1600, 1634, 1636, 1648, 1682,
1734, 1740, 1752, 1788, 1790,
1816, 1818, 1822
kıyas 44, 94, 98, 104, 190, 194, 200,
216, 250, 270, 272, 278, 312, 314,
318, 356, 378, 380, 392, 446, 472,
572, 648, 678, 782, 784, 910, 1034,
1036, 1242, 1272, 1322, 1384,
1446, 1490, 1504, 1536, 1580,
1610, 1658, 1678, 1686, 1700,
1752, 1868, 1870, 1872, 1878
kıyemî 324, 414, 490, 892, 1306, 1436,
1438
Kifâye 160, 422, 592, 690, 1022, 1204,
1710
Kirmânî 516, 1374, 1382, 1388, 1396,
1400
Kostantiniyye 31, 366, 972
Köse Hüsâm 44, 468
Kudûrî 162, 174, 176, 196, 372, 772,
1146, 1258, 1400, 1450
Kuhistânî 37, 38, 47, 122, 144, 150,
162, 164, 360, 468, 478, 486, 488,
516, 524, 586, 612, 690, 778, 780,
832, 962, 1092, 1100, 1126, 1132,
1164, 1180, 1190, 1212, 1230,
1232, 1234, 1262, 1266, 1278,
1326, 1342, 1352, 1356, 1358,
1374, 1382, 1388, 1392, 1396,
1436, 1480, 1512, 1546, 1588,
1634, 1698, 1722, 1730, 1784,
1816, 1826, 1840, 1848, 1850,
1858
Kunye 174, 286, 488, 690, 818, 1146,
1236, 1238, 1240, 1378, 1380,
1708, 1722, 1728, 1764, 1782
Kurlânî 592, 690
- L**
lakît 534, 536
Letâif 50, 54, 138, 400, 422, 430, 512,
912, 956, 1002, 1110, 1172, 1202,
1218, 1286, 1382, 1588, 1590
- M**
ma'dûm 244, 960
mahcûr 284, 726, 780, 1344, 1346,
1348, 1646, 1712, 1756
mâ-i müstamel 72
Mâiz 376, 378
makîs 1868

- Mâlik 45, 68, 74, 76, 88, 90, 116, 182, 236, 362, 462, 464, 588, 646, 698, 704, 770, 954, 1312, 1406, 1556, 1682, 1710, 1844, 1870, 1876
- Manzûme 72, 74, 208, 236, 326, 332, 854, 1076, 1078, 1348, 1548
- Mâtürîdî 37, 1228
- mazmaza 76, 78, 80
- Mebisût 120, 238, 1026, 1076, 1090, 1146, 1148, 1190, 1196, 1236, 1410, 1412, 1420, 1752, 1792, 1802
- meclis muhayyerliği 226
- Mecma' 1142
- mefhûm-ı muhâlefe 184, 220, 672, 1272, 1502
- Merginânî 80, 158, 214, 320, 362, 376, 404, 532, 558, 614, 616, 744, 764, 782, 812, 960, 1048, 1146, 1154, 1450, 1452, 1702, 1844
- Mesâbih 1834
- mesbûk 92, 124
- mesh 64, 66, 68, 70, 72, 94, 96
- Mevslî 174, 178, 216, 520, 792, 954, 1048, 1342, 1388, 1818
- milk-i mut'a 1398
- Minkârîzâde 30
- Mi'râc 94
- misli 284, 414, 416, 490, 504, 886, 1014, 1306, 1308, 1310, 1334, 1336
- Molla Hüsrev 34, 38, 39, 45, 46, 74, 94, 100, 144, 162, 174, 226, 228, 272, 372, 374, 402, 406, 408, 436, 456, 518, 522, 524, 530, 586, 596, 598, 614, 618, 620, 690, 778, 816, 824, 826, 836, 842, 954, 984, 1030, 1046, 1100, 1150, 1152, 1154, 1188, 1256, 1264, 1302, 1304, 1348, 1358, 1380, 1382, 1392, 1436, 1510, 1566, 1602, 1656, 1672, 1732, 1736, 1742, 1838, 1840, 1842, 1858
- Molla Nizâm 976
- muâraza 112
- Muâviye 1800
- mudayyak 212
- mûdiha 174, 1090
- mufâvaza 906, 908, 910, 912, 914, 916, 920, 1410
- Muğire 64, 66, 68
- Muğni 1274, 1730
- muhâbât 604, 612, 614, 616
- muhâlea 512, 892, 1174, 1176, 1400, 1494, 1506, 1508, 1742
- muhayyerlik 224, 226, 232, 268, 270, 272, 274, 276, 278, 288, 318, 478, 484, 486, 612, 630, 632, 786, 814, 858, 860, 862, 880, 882, 884, 912, 956, 1086, 1088, 1194, 1252, 1264, 1318, 1320, 1574
- Muhît 74, 102, 120, 324, 360, 384, 462, 478, 514, 516, 774, 798, 886, 1090, 1126, 1128, 1236, 1238, 1302, 1512, 1726, 1782, 1840
- Muhtâr 102, 174, 178, 486, 492, 502, 504, 1530, 1654
- Muhtasar 30, 176, 196, 468, 1326, 1452, 1480
- Muhtelif 74, 506, 1348, 1548
- mukadderât 646
- murâbaha 398, 414, 416, 418, 974, 976, 980, 1082
- Mus'ab b. Umeyr 150
- Musaffâ 172, 382, 506, 984, 1142, 1170, 1414, 1502, 1504
- musarrât 334, 336, 338
- Mustasfâ 806, 1036, 1140
- mutâlebe 1014, 1016, 1018, 1214
- muvâlât 74, 76, 116, 156
- muvâsebe 830, 836, 838, 840, 842, 844, 846
- muvassa 212
- muvâzabe 74, 76
- Muzhir 1834
- Muzmerât 486
- Mübteğâ 368
- mücmel 64, 70, 712

müdebber 182, 274, 276, 312, 366, 424,
552, 554, 556, 632, 634, 636, 638,
640, 860, 918, 1322, 1364, 1376
Müeyyedzâde 1290
mükreh 1454, 1498, 1706, 1784
Mültekâ 42, 134, 152, 174, 202, 274,
468, 470, 504, 900, 992, 1050,
1148, 1392, 1660, 1774
Mültekatât 1858
Müntekâ 368, 492, 1020
Münye 35, 368, 690, 780, 1358, 1562,
1696, 1814
mürâhık 1374
mütেকavvim 350, 352, 360, 370, 374,
380, 382, 478, 544, 1176, 1312,
1314, 1328, 1330, 1332, 1434,
1508, 1576

N

nakit muhayyerliği 268, 270
nas 272, 378, 518, 1074, 1540
nebehrec 1206, 1208, 1210, 1212,
1218, 1220
necisu'l-ayn 82
nefâz 290, 592, 784, 1572
Nesefî 38, 114, 158, 214, 232, 262, 290,
298, 314, 320, 334, 344, 346, 350,
360, 388, 390, 404, 408, 422, 462,
468, 766, 774, 776, 790, 792, 1002,
1038, 1140, 1142, 1146, 1170,
1176, 1348, 1492, 1588
nesih 66
Nevâdir 510, 1040
Nevâzil 102, 1360, 1362
Nihâye 76, 78, 88, 120, 260, 350, 514,
528, 758, 774, 782, 864, 870, 1146,
1148, 1180, 1278, 1286, 1506,
1552, 1730, 1816
nısâb 166, 168, 170
Nükâye 1100, 1132
nüzül 1794

O-Ö

örf 192, 464, 494, 498, 500, 798, 1058,
1060, 1148, 1150, 1152, 1154, 1158,
1162, 1166, 1268

P

Pezdevî 122, 270, 360, 1452, 1480,
1666

R

rasâs 654, 660
ratbe 188, 1390, 1392
reddiye 50, 430
ribâ 252, 254, 256, 302, 326, 328, 386,
388, 418, 432, 434, 436, 440, 452,
458, 460, 522, 1432, 1434, 1436,
1626, 1734

S-Ş

Sa'dî Efendi 1448
Sadruşşehîd 102, 1150, 1152, 1154
Sadruşşerîa 33, 36, 42, 114, 116, 124,
132, 144, 176, 180, 202, 278, 320,
364, 372, 384, 402, 436, 450, 538,
586, 598, 690, 778, 792, 798, 864,
874, 958, 962, 1022, 1024, 1030,
1032, 1046, 1048, 1068, 1080,
1098, 1130, 1132, 1142, 1164,
1230, 1232, 1268, 1302, 1304,
1374, 1380, 1390, 1392, 1394,
1428, 1446, 1480, 1482, 1484,
1540, 1570, 1660, 1678, 1694,
1736, 1740, 1742, 1770, 1784,
1808, 1814, 1836
safka 312, 852, 880, 882
Saîd b. Mes'ûd 1722
sefeh 1454
Semerkandî 956, 1228, 1542
Semerkant 5, 1724
Serahsî 37, 120, 238, 324, 372, 1026,
1076, 1230, 1348, 1430, 1480,
1652, 1654, 1758, 1792, 1848,
1850
settüka 654, 656, 658, 660
Sirâciyye 706, 1256

Sivâsî 134, 152, 202, 204, 1660
 Sıġnâkî 76, 120, 260, 350, 528, 782,
 1146, 1552
 Sıhâh 1332, 1352
 Sultan Mehmed Han 60
 sünenülhüdâ 120
 Şâfîî 36, 37, 43, 45, 49, 51, 68, 88, 90,
 94, 112, 118, 126, 134, 158, 168,
 170, 178, 184, 198, 200, 210, 212,
 218, 224, 226, 232, 242, 248, 250,
 252, 312, 332, 334, 336, 362, 432,
 434, 436, 438, 440, 442, 448, 524,
 536, 550, 588, 602, 646, 648, 650,
 652, 794, 1222, 1224, 1226, 1228,
 1230, 1312, 1324, 1344, 1352,
 1398, 1406, 1450, 1486, 1492,
 1494, 1516, 1526, 1534, 1536,
 1556, 1558, 1560, 1636, 1680,
 1694, 1710, 1722, 1726, 1796,
 1798, 1800, 1818, 1832, 1844,
 1872, 1876
 şart muhayyerliġi 268, 270, 276, 278,
 346, 476, 596, 630, 768, 816, 1546
 Şecce 1090, 1096
 Şemsüleimme 236, 238, 534, 536, 1348,
 1430, 1480, 1758
 Şerhu't-Tahâvî 1368, 1660
 Şureyh 1562

T

taabbudî 98
 TâcuŐŕîa 74, 114, 176, 1046, 1050,
 1130, 1332
 Tahâvî 74, 530, 534, 580, 854, 904,
 1368, 1530, 1660, 1722
 Tahkîk 334, 1666, 1668, 1744, 1752,
 1786
 tahrîc 880
 ta'lîl 45, 126, 298, 372, 448, 462, 464,
 516, 596, 644, 698, 720, 722, 730,
 734, 764, 844, 1172, 1176, 1378,
 1402, 1456, 1558, 1624, 1684
 Tarsusî 356
 TaŐköprîzâde 1650
 Tâtarhâniyye 1176, 1256, 1330

Tavzîh 76, 432, 872, 874, 1098, 1480,
 1482, 1834, 1866
 tazmin 90, 180, 182, 212, 256, 290,
 292, 308, 312, 314, 326, 328, 334,
 336, 374, 388, 484, 492, 506, 524,
 542, 544, 548, 550, 556, 558, 574,
 578, 582, 584, 586, 606, 608, 610,
 644, 662, 664, 666, 688, 690, 692,
 694, 712, 714, 752, 770, 772, 774,
 776, 780, 784, 808, 870, 892, 906,
 908, 910, 916, 918, 920, 964, 970,
 972, 976, 986, 988, 990, 1054,
 1106, 1108, 1110, 1112, 1116,
 1118, 1120, 1138, 1172, 1174,
 1198, 1200, 1234, 1248, 1250,
 1256, 1258, 1306, 1308, 1310,
 1312, 1314, 1316, 1318, 1320,
 1322, 1324, 1330, 1332, 1334,
 1336, 1338, 1340, 1342, 1344,
 1346, 1348, 1350, 1358, 1438,
 1556, 1558, 1562, 1566, 1568,
 1580, 1582, 1604, 1606, 1608,
 1612, 1614, 1616, 1618, 1620,
 1632, 1634, 1636, 1638, 1640,
 1642, 1644, 1646, 1648, 1676,
 1684, 1744, 1746, 1750, 1782,
 1786, 1794, 1806, 1816, 1878,
 1880, 1882, 1886
 teaddî 970
 teamül 236, 494, 660, 662
 teberru 512, 514, 516, 520, 530, 532,
 534, 564, 566, 568, 572, 632, 724,
 752, 754, 980, 1070, 1164, 1182,
 1260, 1280, 1508, 1510, 1580
 Tebyîn 33, 50, 80, 86, 92, 102, 134,
 174, 186, 188, 190, 196, 214, 272,
 280, 282, 302, 314, 328, 330, 360,
 380, 384, 408, 422, 426, 430, 448,
 460, 468, 498, 516, 522, 530, 542,
 544, 548, 558, 562, 574, 598, 600,
 618, 622, 630, 670, 778, 812, 814,
 824, 848, 852, 856, 860, 862, 870,
 876, 1010, 1014, 1016, 1042, 1058,
 1064, 1066, 1082, 1086, 1098,
 1148, 1178, 1180, 1222, 1226,

1228, 1242, 1252, 1308, 1314,
1316, 1322, 1326, 1328, 1334,
1342, 1366, 1408, 1412, 1418,
1426, 1434, 1436
tedâhül 140, 198, 1600, 1602, 1668
tefrîk 1400, 1402, 1450, 1842
Teftâzânî 1098, 1482, 1484, 1810, 1836
tekabbul 906, 908
telcîe 400, 402, 882, 1422
Telhîs 502, 718, 734, 736, 738
Telvîh 124, 1098, 1194, 1196, 1418,
1482, 1484, 1784, 1836
temellük 90, 260, 334, 860, 862, 886,
1012, 1014, 1250, 1286, 1366,
1438
Tenkîh 1480, 1484
tevâ 1184, 1202
teverrük 78
Tevfîk 538
Timurtâşî 414, 1512, 1794
Tirmizî 190
Tuhfe 74, 222, 602
Türkçe 1714

U-Ü

Ubâde b. Sâmî 438, 440
ukr 326, 328, 606, 1254, 1558, 1560,
1562, 1564, 1566, 1626, 1668
Umde 226
usûl 33, 43, 44, 58, 150, 180, 258, 360,
650, 652, 844, 882, 1190, 1194,
1196, 1224, 1268, 1272, 1274,
1288, 1362, 1418, 1434, 1454,
1602, 1604, 1684, 1752, 1784,
1786, 1816
Uyûn 102, 1884
ümmüveled 260, 312, 552, 692, 694,
860, 964, 972, 1200, 1376, 1562,
1566, 1568, 1772, 1774
Üsrûşenî 824, 828

V

vâcip 47, 76, 78, 80, 86, 96, 114, 116,
120, 122, 124, 126, 130, 132, 136,
138, 140, 148, 150, 166, 172, 174,

182, 184, 190, 212, 214, 216, 262,
346, 428, 440, 468, 490, 536, 556,
560, 562, 610, 634, 646, 666, 668,
772, 774, 776, 788, 790, 792, 794,
796, 844, 856, 886, 892, 906, 910,
914, 972, 1038, 1040, 1148, 1150,
1152, 1154, 1174, 1176, 1238,
1258, 1308, 1330, 1362, 1430,
1444, 1446, 1514, 1516, 1520,
1522, 1534, 1536, 1538, 1540,
1572, 1580, 1582, 1588, 1592,
1606, 1632, 1654, 1678, 1684,
1688, 1718, 1824, 1828, 1836,
1846

vadîa 414, 956

Vâkıât 102, 486, 1380

Vânî 29, 35, 38, 39, 45, 224, 842, 844,
984, 1022, 1156, 1158, 1160, 1162,
1304, 1806, 1816

velâyet-i âmme 532

Velvâlici 366, 1236

veznî 230, 322, 434, 446, 454, 458,
500, 646, 648, 1354

Vikâye 34, 44, 114, 124, 132, 176, 202,
320, 364, 370, 372, 402, 436, 468,
516, 530, 538, 590, 690, 792, 798,
962, 1022, 1024, 1030, 1032, 1046,
1048, 1050, 1068, 1080, 1098,
1100, 1130, 1132, 1142, 1160,
1164, 1172, 1180, 1230, 1232,
1302, 1374, 1390, 1392, 1424,
1428, 1446, 1512, 1588, 1660,
1678, 1680, 1734, 1740, 1808,
1822, 1834, 1836, 1858

Y

Yakup Paşa 38, 42, 45, 124, 176, 320,
372, 798, 864, 1032, 1080, 1082,
1142, 1160, 1736

Yenâbî 314

Z

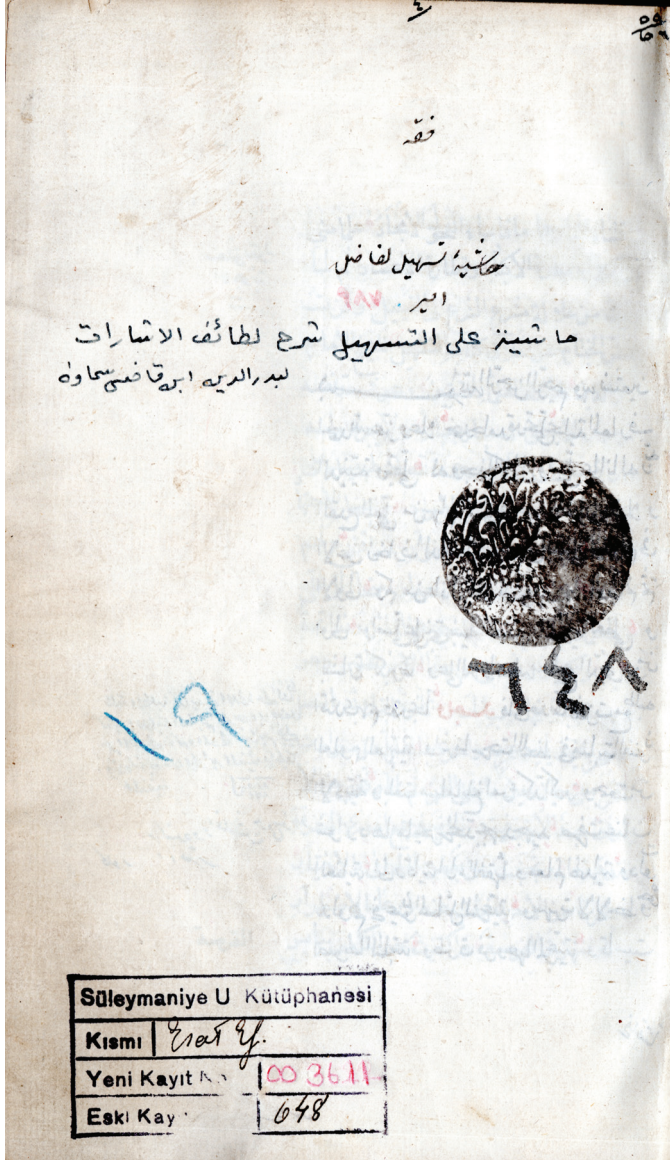
Zâhidî 372

Zahîriyye 366

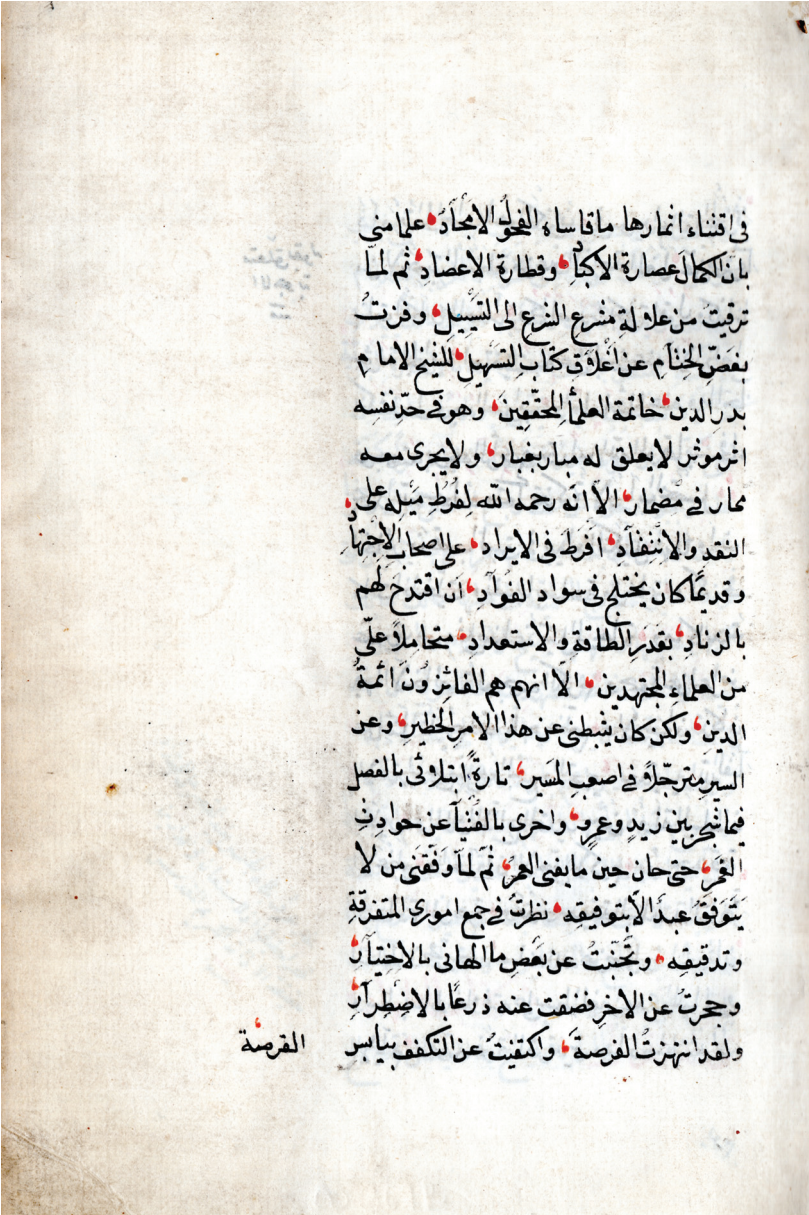
Zahîruddin 1234

- Zâhiru'r-rivâye 64, 90, 112, 154, 238,
242, 304, 376, 422, 424, 510, 520,
988, 1040, 1214, 1232, 1234, 1294,
1400, 1422, 1626, 1720
- Zehîre 320, 530, 1082, 1152, 1154,
1234, 1652, 1770, 1784, 1840,
1886
- Zerencerî 488
- Zeylâî 34, 37, 38, 48, 49, 80, 100, 106,
108, 130, 134, 174, 186, 188, 190,
196, 214, 272, 280, 282, 302, 304,
314, 322, 326, 328, 360, 380, 394,
408, 416, 424, 426, 430, 444, 448,
460, 462, 468, 504, 516, 522, 530,
542, 558, 562, 574, 600, 616, 622,
652, 672, 730, 778, 792, 812, 814,
824, 848, 876, 984, 990, 1010,
1014, 1042, 1058, 1066, 1082,
1086, 1098, 1148, 1150, 1156,
1222, 1226, 1228, 1242, 1252,
1264, 1270, 1286, 1308, 1314,
1316, 1318, 1322, 1328, 1334,
1412, 1418, 1426, 1474, 1492,
1506, 1512, 1514, 1526, 1540,
1552, 1560, 1578, 1588, 1602,
1610, 1816, 1818, 1826, 1832,
1840
- Zeynulmille 486
- zihâr 200, 1480, 1512, 1514, 1516
- zilyed 246, 674, 676, 678, 704, 746,
750, 752, 764, 832, 852, 1014,
1018, 1034, 1110, 1190, 1296,
1386, 1424, 1654, 1758, 1764,
1768, 1770
- zimmet 464
- Ziyâdât 33, 286, 422, 424, 628, 636,
638, 640, 692, 834, 896, 898, 900,
920, 1118, 1292, 1294, 1296, 1298,
1436, 1760
- Züfer 34, 72, 74, 130, 132, 146, 154,
158, 160, 194, 208, 262, 264, 268,
318, 390, 448, 452, 512, 514, 522,
564, 574, 602, 644, 646, 676, 742,
770, 794, 846, 848, 850, 874, 964,
986, 1004, 1012, 1168, 1170, 1198,
1200, 1398, 1434, 1442, 1462,
1466, 1494, 1504, 1508, 1510,
1516, 1544, 1550, 1558, 1560,
1590, 1628, 1630, 1660, 1662,
1664, 1686, 1738, 1746, 1772,
1870, 1872
- züyûf 654, 656, 658, 660, 662, 874

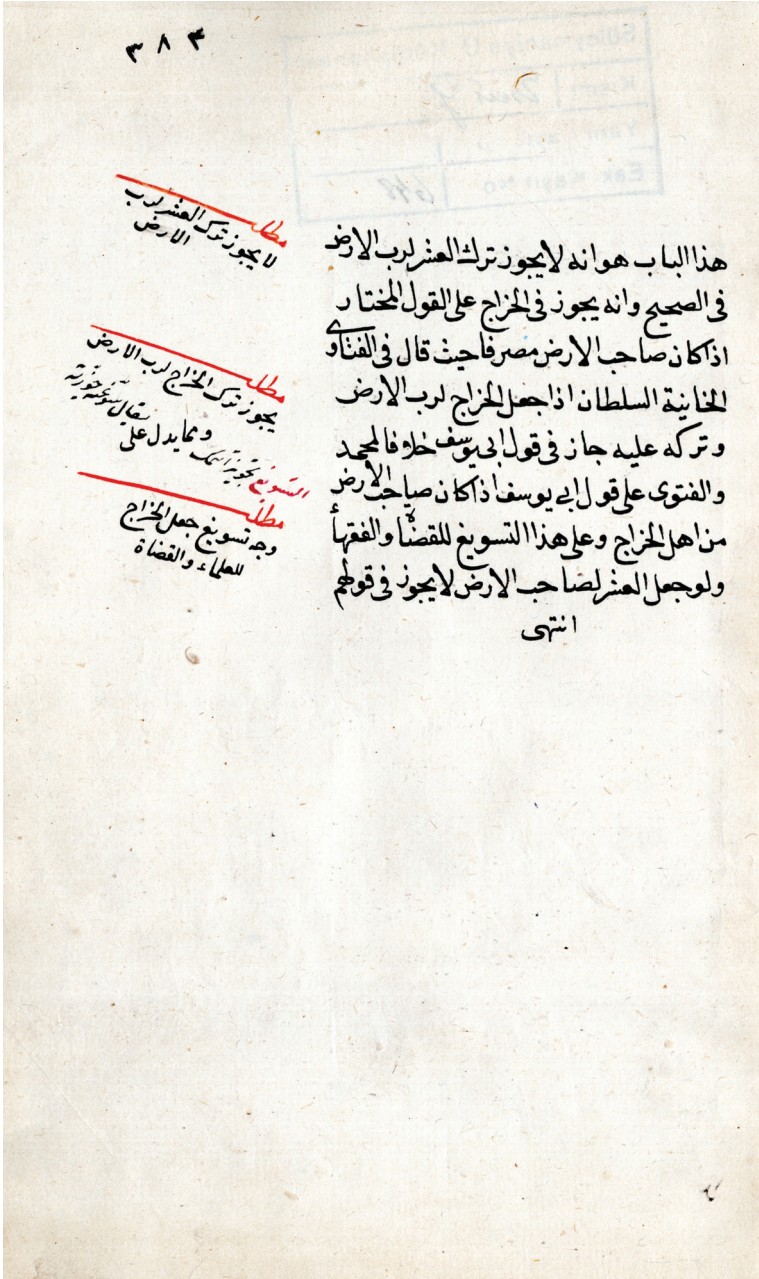
EKLER



EK 1: *Hâşiye ale't-Teshîl*'in Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi, Esad Efendi nr. 648'de kayıtlı nüshasının baş ve son sayfalarından görüntüler.



EK 2: *Hâşiye ale't-Teshîl*'in Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi, Esad Efendi nr. 648'de kayıtlı nüshasının baş ve son sayfalarından görüntüler.



EK 4: *Hâşiye ale't-Teshîl*'in Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi, Esad Efendi nr. 648'de kayıtlı nüshasının baş ve son sayfalarından görüntüler.

قوله اقول المراد ما يقع به ان يقال انه صحيح براسه وهذا لا يحصل بغسل الوجه وحده وانما
 يمكن العمل به على ما هو ظاهر الروايه وهو التقدير بثلاث اصابع اقول بهذا ذبول عن مراد
 الحديث لانه يريد ان هذا المقدار يحصل بغسل الوجه فلا يحتاج الى ان يقال وامسحوا بوجوهكم
 فاذا لم يذكر المصباح بالراس كيف يقال المراد بقوله ما يقع به ان يقال انه صحيح براسه ما هو ثم ما ذكره
 معوله وانما علم العمل به فتقال فيه ليس المراد انه لا يمكن العمل به اصلا بل المراد انه لا يمكن العمل به
 انه مراد قطعا ومن السنين انه لا يحصل العمل بانه مراد من الايه قطعا ثم يتجسد بيان من قبل الشارع
 معوله فينبغي ان يتخذ حكم خبر الواحد بالنسبه اليها فتقول اي الا التقدير والتعيين بهذا بعد ان
 بين ان خبر الواحد يصح للتقدير ولا يصح للتعيين في غايه السقوط معوله لا يمكن العمل بالنسبه
 فتقول وقد عرفت ما منه فضيل ما بين علمه قوله اقول في الدليلين بحث الاصوله وهي تحصل بالعلم
 فتقول مراد من قال من علمنا ان حاشية الاغله شعرة او ثلثا لا تسمى حاشيا ان يقع اللغوي للمصباح
 امرار اليد ومغناه شرعا هو اصابع اليد البسته العضو كانه اعضاء العلاءه والحاشية المذكوره ليست
 مما يصدق عليها مسح على احد العينين فتقول وهي تحصل بالحاشيه ليس على ما سئلت ولو سلم حصول الاصابع
 بالحاشيه فاصابع اليد ايضا تجلده لانه من بيان مقدارها اذ قد علم ان اراده اذ ما يطبق علمه الاصابع
 ليس يصح قوله وفي الايه مثلا لا دل على العمل فيعمل على البعض فتقول لما شئت بالاحاديث
 ان المراد بالوجه في ايه التيمم هو الكل علم ان البيا اذ دخلت في محل المسح قد يراد به كل الخ و قد ذكره
 ان في مثل سحت بالمحاط مراد البعض كما كان في ايه الوضوء فحمله من فصار تيمم كل ما يمسح على
 وحق عندي ان الايه مطلقة في حق المقدار لا تجلده فتقول اذ علمت ما هو المحق في تحديق مقام تعد
 قد اختلفت خبرا بان الحق انما دار على ما في الاعلام وارى ان المسح في بعض المواضع يتحقق بذهب
 وذهب الحاشيه ويعينه وكذا اذا صنعت النظر وجدت الحق في كلها او جعلها مع علمنا في قوله سرفه
 قوله اعدل يلزم من ان لا يقع عدلته اصابع يحصل الربيع الغرض على روايه الربيع مع انه ومعها
 فتقول لا بعد ان يقال ان عد اصبع او اصبعين كعد فيحصل فرض على كل الوجوه ولا كذلك اذا
 كان عد بثلاثة اصابع فان بوضع الثلث يحصل مقدار المروض على قول ويكون عد بها بعد تقسيم
 فحين على قول اخر فافترقا ولا عوز في ان يكون اقرارا قاسميا لا فترقا حكما يعني كلوه قلاء
 مستحلا في عد اصبع او اصبعين فلا يصح المد ولا يكون مستحلا اذا كان بثلاثة اصابع فيصح قول
 من كمل ان يكون لثفر روايات في الحاشيه فتقول وسد فرغ به النظر لظ حال في الحاشيه في بان
 زفر الحاشيه المستعمل ظهور عنده كذا في المختلف والمخيط من غير تفصيل وهو قول مالك وتفصيل في
 شرح الخواص والمبسوط البكري والتحفة وقال عند زفر ان كان المستعمل متوضعا فهو ظهور
 وان كان مجردا فهو ظاهر غير ظهور اسمي فظهر بهذا ان لثفر روايتين حوله احوال لا اوجه
 الى الصب على كل واحد من كفه على حده لانه يمكن غسل الكفين بالمياه التي صببت على الكف اليمن
 كما هو العاده فتقول امر من علمه المولى خسرو في دره مستدلا بما في شرح تاج المشهور ولا يخفى على
 الناقد البصير ان الحق ما قاله الشيخ لان ما في شرح تاج المشهور في نقل البلد لانه الاساله وموسى
 المعمرين فعلت فغنى ايضا جواز الاساله من يد الى اخرى اذ كان الاثابا كبيرا قوله اعدل
 انها د لئلا السنه له يترك والافضل للوجوب فلا يتم الجواب على اطلاقه فتقول معناه لا يتم
 جواب استننا بخلق قولهم المراد لئلا السنه بل كما حصل من هذا القول غير مقيد بالترك في
 الجملة كون العلاء واجبا لاسنه وتختلف قول علمنا هنا جسي على سر وصدق مراد في كونه

المالم يلحقه بيان

في ذكره عند السلف

EK 6: Hâşiye ale't-Teshîl'in Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi, Carullah nr. 617'de kayıtlı nüshasının baş ve son sayfalarından görüntüler.

١٠٥
 حيوة الموصي او بعد وفاته وسان على تقدير وجود من الثلث وعدم خروجها واجازة
 العورثة وعدم اجازتهم في الفصل الثالث والثلاثين من وصايا النبا آياته مع
 اعدل لا اتدل فخره رواية ولكن قولهم جمع الموصي بثلث كما في بيئي عن انه لا يرضى فوجهه
 ان للموصي حفظ مال لانه امن فلا يرضى فنقول بعض ما سبق في المتن من قوله العوي لوقاسم
 العورثة الكبار الحاضرين واخذ حفظ الموصي له القامه قضاءه عند الوصي جمع الموصي بثلث كما في
 مع العورثة الكبار والموصي له غائب فان هناك حصص الموصي في يد العوي وبقى نصيب العورثة
 كان للموصي ان ياخذ ثلث ما بقى في يد العورثة وان هناك حصص العورثة في يد العورثة وهناك
 حصص الموصي في يد العوي ايضا فان هناك في يد العوي من حصص الموصي فالوصي لا يرضى
 ذلك وما هناك في ايدي العورثة من حصص الموصي فالوصي له بالخيار ان شاء ضمن العوي
 ذلك وان تضمن العورث اسهلي فظهر منه ان ما قاله الشيخ استنباط صحيح موافق لما
 بالرواية ولا عورة عليه في عدم تذكر الرواية اذ الفتن يمنع الغور بعد العور
 اقول فيه اشكال لان ابا يوسف لما شرط كونه مرفا صار للمقاتل او غيره فليمن ان يجوز عند
 محمد ايضا لانه من غير نظر الاعم الخليفة الامله ولكن لا تخلفون المتأقنه فنقول فانه في رواية
 المالى ولو تترك السلطان الحجاز لما تركه يجوز عند يوسف اذ كان مرفا له وعند محمد لا يجوز لانه
 فني لجماعه المسلمين ولو تترك العورثة لا يجوز لانه حق الفقرا على الخلو من اسلم فعمل منه ان معنى
 ما رواه في المتن من قوله لانه القائل انه عتيد يتعلق بها حتى يجمع المستحقين فلا يجوز افراد
 واحد منهم بقدر مخصوص بل لا بد من ان ياخذ الامام ويجمعهم ثم يعزقه على المستحقين كما هو شأن
 قسمة الغنائم ولذا يعلم منه وجبه عدم تجزئتهم بترك العورث لما ذكره وهذا البيان اندفع ما اورد
 الشيخ ولم يبق الاحتياج الا ما ذكره في معرض الجواب الذي ناقضه وقال في البازر السلطان
 اذ اشرك العورثين هو عليه جائز غنيا كان او فقرا لكونه ان كان فقرا فلا ضمان على السلطان
 وان كان غنيا ضمن السلطان للفقرا من بيت مال الحجاز لبيت مال الصدقة اسهلي فلهذا رواه
 تخالف كثيرا من روايات المعتدات وقايد الكلام في هذا الباب هو انه لا يجوز ترك العورث
 لرب الارض في الصلح وانما يجوز في الحجاز على القول المتأقنه حيث قال في الفتاوى والكاله
 السلطان اذ جعل الحجاز لرب الارض وتركه عليه جائز في قول ابا يوسف خلافا لابي العنقوي على
 قول ابا يوسف اذ كان صاحب الارض من اهل الحجاز وعلى هذا التسوية للعتاة والغزاة
 ولو جعل العورث لصاحب الارض لا يجوز في قولهم اسهلي

اسهلي
 نظر في العوي مع
 العورثة الكبار و
 الموصي له غائب
 هناك حصص الموصي
 في يد العوي
 هناك حصص الموصي
 في يد العورث

لا يعقد
 في عدم ترك
 الرواية
 يجوز ترك العورث
 الارض

اذا كان
 صاحب
 الارض
 مرفا
 صح
 وجه تسوية
 صلح الحجاز
 للعتاة
 والفقراء

القول الثاني ما ذكره فاضل امير غياث في المطبوع
 بالتسوية الى اهل الارض اذ اوافق ما ذكره في مسأله
 بذكر قول من الابداعات على التسوية
 والارواح والعتاة



EK 8: Hâşiye ale't-Teshîl'in Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi,
 Carullah nr. 617'de kayıtlı nüshasının baş ve son sayfalarından görüntüler.

بالوصية نصف ما بيده لادى المخطور وهو ان الالف الاخرى بما يتقدمه نفاضة نصف ما في
 نفاضة نصف الزكوة فيزداد نصيبه على الثلث وهو نصف اسمى فثبت بهذا ما هو الفرق بين
 بين المسكتين وهو ان علما نورا لم يرد مما قد اتم قد علموا في سلسله الاقرار بما في القياس وانما
 في سلسله الاقرار بوصية ابيد بالثلث فقد علموا بالاستحسان المقابل للقياس الجلي لدليل
 اقتصني العليل به وهو ما ذكره في التبيين بقوله ووجهه انه اقر له بثلث شايع في قوله لعل
 اقر ذكره بقوله وانما لو اخذ من المثلث بالوصية نصف ما في يده لادى المخطور في حاله
 لعدم رجوعه الى المعتدات لا يتخلو عن الوقوع في اعتنال يردم الهفوات ومصداق
 الاقارب والجدان موصى اقول ينبغي ان يبطل عندنا نصفه وان يجوز شركة
 الفرقين لو اتفقا عندنا يوسف وان يوصر العورثة بالتعيين عند محمد لما مر في قول يريده
 به الايراد على العلماء الثلثة بناء على ما ذهب اليه المصنف في سلسله اوصى بالثلث لزيد او ليكر
 وهو ان انا نصفه قال فيها بطلان الوصية واما يوسف قال بشرط لزيد وليكفي في الثلث عند
 اتفقا بما اخذه وجملا قال بتعيين ورثة الموصى وكانت بهذا المسئلة بين ما اوصى له ليو كان
 له جردون وجرودون مثل سلسله الوصية لزيد وليكفي ان يكون الموصى له سبهما في كل منهما فكان
 المناسب ان يتعد كل منهما في هذه بما قاله في ما تنك فيقال ان ما ذكره لزيد على اصفه اذ هو
 قابل فيها بالبطان على القول الاصح منه ومن جانب يوسف مكر ان يقال ان في الاعطال لغيره
 يلزم ما لا يجوز عند الامم الحنفية وهو تعميم الشركة وذا فخر جاز عندنا قال المصنف والفقهاء في الاجرة
 ان يرد من الشركة الواحدة من موصوفات كالشركة بينها ثانيا في الاثبات بالعين المشتركة
 فان في نوبة احدنا لا يجوز للاخر التصرف فيها فكل ذلك اللفظ المشترك لا يجوز ارادة اللفظ الاخر
 منه عند ارادة احد معنييه وهو اختيار عامه الاصوليين اسمى بقي الكلام فيما قال به محمد
 على خلاف ما احتجناؤه بقوله هناك وهو مكر ان يقال انه قد فرق بينا كان الابهام في اصل الكلام
 وما كان عارضا بعد تمام الكلام فعلى اوصى له ليو كان الابهام اصليا قدما يبطل اصل التصرف
 بين الوصية وفيما اوصى لزيد وليكفي كان الابهام عارضا بعطف وليكفي بعد تمام الكلام فكم
 كان يبطل اصل التصرف وكان مستغفرا لغيره العلى بالابهام ويستعين الورثة يرتفع الابهام
 ويحصل المرام بهذا الاصح لثنا في هذا المقام يتوقف ابد الله العلم باسم المتتقيات
 اقول ما تقدم من الدليل يستدعي ان يكون الموصى له عشرة من نصيب المصنف
 الموصى له وقياسه قسمة الوصية على قسمة الاقرار ليس بظاهر صحة فتقول يريده ان الزم
 لما اختلف في الاقرار والوصية لا يجوز قياس احدنا على الاخر ومكر ان يقال ليس المراد
 قولهم بعد بان سلسله الوصية كانت الاقرار قياسا من سلسله الوصية على قسمة الاقرار بل المراد اظهار
 ان الشئيين كما جعل الموصى سهمين من عشرة وصية الموصى للعلة المذكورة فكل ذلك جعلنا سهمين
 عشره من حصة المخر للمقر له بان قالوا لو وقع البست كله في نصيب المقر له كان كله للمقر له فاذا وقع في
 نصيب شريكه ووصل يكره اليه كان له ان ياخذ كل يكره ان اقر بعد لصل ثم قتل العبد وممن
 العاقل قيمة كانت حصة المقر له كذا في شرح الجمع للاصطغوي ثم ما ذكره من التعميم على احد عشر
 سهما على قول الشئيين في لفظ لارنا في الشروع المعهتة وقالوا التبيين وعندنا يقسم على
 اسهم سهم للموصى له واربعه لهم اسمى فكان التقسيم بين الموصى له ومن الورثة على عشرة
 اسهم سهما للموصى له ونما سهم للورثة فلا يرد ما ذكره الشيخ اصلا وهو اقول
 دل هذا على ان القرن لو فكر في حصة الموصى بعد الوصية يكون حصة الموصى له لقياسها مقامه
 نقول بهذا الذي ذكره على انه تغتص منه ليس من ورايته بل تغتصل قسمة القرن الموصى به في حصة

ما
 اوصى لزيد او ليكر
 اوصى ليوالد او ليكر
 وجرودون

لا يجوز تعميم
 الشركة

قسمة

ما
 قسمة القرن الموصى به
 في حصة الموصى

EK 9: Hâşiye ale't-Teshil'in Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi, Carullah nr. 617'de kayıtlı nüshasının baş ve son sayfalarından görüntüler.

