



Abdullah Kahraman,^{*} Nizamettin Karataş^{**}

İbn Hümam'ın Mezhebine Muhalif Bir Görüşü: Menfaatlerin Tazmini Meselesi

Öz: Hanefi Mezhebindeki hâkim anlayışa göre menfaat mal olarak kabul edilmekte, dolayısıyla menfaate yönelik gasp da tazmine konu olmamaktadır. Ancak Hanefi mezhebine mensup âlimlerden Kemaleddin İbn Hümam, mezhebinin hâkim anlayışının aksine gasp edilen menfaatlerin tazmin edilmesi gerektiği kanaatindedir. İbn Hümam'ın bu görüşü Seyyid Nesib Efendi tarafından yazılan ve ceride-i adliye dergisinde yayınlanan üç makale ile ele alınmıştır. Seyyid Nesib Efendi meseleyi Şafii mezhebi ile karşılaştırmalı olarak enine boyuna değerlendirmiştir. O'na göre; Kemaleddin İbn Hümam'ın "gasp edilen menfaatler tazmin edilmelidir." fetvası, çağın ihtiyacına uygun ve insanlar hakkında en uygun görüştür.

Anahtar kelimeler: Menfaat, Mal, Gasp, Tazmin, İbn Hümam, Seyyid Nesib

A View of Ibn Humam in contrast to His Madhhab: Compensation of Usurped Interests

Abstract: According to prevalent understanding in Hanafite school, interest is not regarded as a property, so usurpation of interest is not subject to compensation. However, Kamal al-Din Ibn Humam, who was a Hanafi scholar, in contrast to prevalent understanding of Hanafite *madhhab* thought that usurped interests must be compensated. Ibn Humam's view has been evaluated in three articles written and published by Sayyid Nasib Efendi in the journal of Jarida-i Adliyya. Sayyid Nasib Efendi has elaborated on this issue in a comparative perspective with Shafii *madhhab*. According to Sayyid Nasib Efendi, Kamal al-Din Ibn Humam's fatwa that "usurped interests must be compensated" is the most moderate view for people and useful for the needs of age.

Key Words: Interest, Property, Usurpation, Compensation, Ibn Humam, Sayyid Nasib

* Prof. Dr., Kocaeli Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dekanı, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi. abdullah.kahraman@kocaeli.edu.tr

** Yrd. Doç. Dr., Namık Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi. nkaratas@nku.edu.tr

Giriş

Hanefi mezhebinde malın tanımı ve hangi şeylerin mal kapsamına dâhil olup olmadığı diğer mezheplere ve özellikle de Şafiilere göre farklılık arz eder. Mesela, Hanefiler malın tarifinde elle tutulur, gözle görülür ve akit anında mevcut olma gibi somut unsurları önemli buldukları için soyut olarak gördükleri menfaatleri mal kabul etmemişlerdir. Onların tanımına göre mal, insanlar arasında iktisadî değeri olan maddî bir varlıktır¹. Buna karşılık Şâfiiler iktisadî değer taşıyan maddî ve manevî her şeyi mal kabul etmişlerdir. Hanefilerin menfaatleri mal kapsamında görmemeleri hem bir tenkit vesilesi olmuş hem de mâlî meselelerde bazı problemler doğurmuştur. Çünkü menfaatleri mal kabul etmeyen Hanefilere göre bunların tazmini söz konusu olmamaktadır. Bu da menfaat sahibinin mağduriyetine yol açmaktadır.

Mehmet Akif Aydın'ın ifadesiyle, "Hanefilerin mal anlayışının ortaya koyduğu en önemli sonuç, sadece fiziki varlıkların mal kabul edilip hak ve menfaatlerin mal sayılmamasıdır. Bu ise iki önemli sonuç doğurur. Birincisi hak ve menfaatler hukukî işlemlere konu olmazlar; ikincisi de bunlar haksız fiillere maruz kaldıklarında hukuk düzeni tarafından korunmazlar. Bunun sonucu olarak Hanefilerde irtifak hakları başlı başına bir satım akdine konu olmazlar. Bu anlayışın istisnasız uygulanması durumunda kira akdinin de esasen geçersiz olması gerekir. Zira kira akdi bir nesnenin mülkiyetinin devrini değil, ondan yararlanmanın yani menfaatin devrini içermektedir. Ancak Hanefiler sünnetin istihsanen kira akdini geçerli kabul ettiğini söylemekte ve bir malı kullanmaya yani o maldan hâsil olan menfaati elde etmeye yönelik bu akdi geçerli saymaktadırlar."²

Yaptıkları mal tanımının bir sonucu olarak Hanefilere göre gasp edilip kullanılan bir malın, bir bineğin menfaatinin tazmini söz konusu değildir. Klasik dönemde tazminle ilgili görüşlerini yaptıkları mal tanımına dayandıran Hanefiler, bu konuda oluşan problemleri tanıma istisnalar getirmek suretiyle aşmaya çalışmışlardır. Menfaatleri mal kabul etmemekle birlikte vakıf malı, yetim malı ve gelir elde etmek üzere elde bulundurulmuş malların menfaatlerini bundan istisna ederek tazmine konu etmişlerdir.³

1 Mustafa Ahmed ez- Zerkâ, *el-Fıkh'u'l-İslâmî fî sebîhi'l-cedîd*, (Dimaşk: Dâru'l-fıkr,1968), III, 100, 114-118; Muhammed Ebû Zehra, *el-Milkiyyetü ve nazariyyetü'l-akd*, (Kahire: ts.), 47-48.

2 M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2009), 336. Ayrıca bk. Ebû Zehra, 53-54; Fahri Demir, *İslam Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı*, (Ankara: DİB Yayınları, 1981), 16.

3 Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), 91-92; Abdulkemrim Zeydan, *el-Medhal li dirâseti'ş-şer'iati'l-İslamiyye*, (Bağdat: Müessesetü'r-risâle, 2002), 219-220; Zerkâ, *el-Fıkh'u'l-İslâmî fî sebîhi'l-cedîd*, III, 205-209; Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, (İstanbul: İz Yayıncılık, 1996), 243, 250-260.

İslam tarihi boyunca Hanefi muhitlerinde ve Osmanlı devletinde Hanefilerin bu görüşü hâkim olmuştur. Hatta Hanefi mezhebi esas alınarak yapılan Mecelle'de de malla ilgili bu anlayış devam ettirilmiştir. Ancak Mecelle'den bir süre sonra kabul edilen *Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanunu'nun* 64. Maddesiyle malın tanımı ve kapsamı değiştirilmiş, hak ve menfaatler de mal kapsamına dâhil edilmiştir.⁴

*Aydın'ın ifadesiyle, "Mecelle cesaretli bir adım atarak menfaati her halükarda mal sayma cihetine gidememiştir. Bu yönde bir düzenleme Mecellenin hazırlanmasından ancak yarım asır sonra yapılabilmüş ve Usul-ı Muhakeme-i Hukukiyye Kanununun 64.maddesi 30 Nisan 1914 tarihli bir kanunla değiştirilerek tedavülü alışı gelmiş hak ve menfaatler mütekavim mal kapsamına dâhil edilmiş ve akitlere konu olabileceği kabul edilmiştir".*⁵

Bilindiği üzere İslam Hukukunda müctehid âlimler ilmî yetkinlik açısından tasnife tabi tutulmuştur. Klasik ifadesiyle bu taksime "tabakâtu'l-fukahâ" adı verilmiştir. Bu taksime göre İbn Hümam (v.861/1456) taklit erbabı arasında zikredilmiştir. Ancak onun derecesinin çok daha farklı olduğu bir gerçektir. Nitekim İbn Hümam gibi âlimleri taklit erbabı arasında göstermesi sebebiyle bu tasnif sistemi bazı âlimler tarafından eleştiriyse sebep olmuştur. Mesela Şihâbuddîn b. Behâuddîn el-Mercânî (v.1306/1888)⁶ ve Muhammed Bahit el-Muti'î (1854/1935) bu tabakalandırma yöntemine tenkitlerde bulunan âlimlerdendir.⁷ Hatta İbn Hümam'ın müctehid olduğu kanaatini taşıyan âlimler de olmuştur. Mesela Seyyid Bey onu müctehid kabul edenlerdendir.⁸ Seyyid Nesib de onu müctehidler arasında saymıştır. Onun sırf bir mukallit olmadığı, mezheb içerisindeki birden çok tercihinden ve mezhebe aykırı ichtihad ortaya koymasından anlaşılabilir. Onun mezhebe muhalif görüşlerinden biri de menfaatlerin tazminiyle alakalıdır. İbn Hümam'ın bu konudaki görüşü hakkında Osmanlı'nın son dönem hukukçularından Seyyid Nesib üç makale kaleme almıştır. Aşağıda bu makalelerin günümüz harflerine çevrilmiş halini sunacağız. Ancak önce makalelerin müellifi Seyyid Nesib hakkında kısa bilgi vermek istiyoruz.

Şeyh Mehmet Said Efendinin oğlu olan Seyyid Nesib Efendi 1289/1873 yılında Humus'ta doğmuştur. İlk tahsilini memleketinde ikmal ettikten sonra İstanbul'a gelmiş ve özel hocalardan Arapça, Mantık, Fıkıh, Hadis dersleri almıştır. Hukûk-u Şahâne mektebinden mezun olduktan sonra 1891 yılında, Dersaadet Bidayet Mahkemesi'nin kaleminde memuriyete başlamıştır. 1895 yılında bu mahkemenin ikinci

4 Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 336-337.

5 Aydın, "İslam Hukukunda Gasp", *İslam Tetkikleri dergisi*, sayı, IX, (1995), 184.

6 Şihabuddin Harun b. Bahauddin Mercânî, *Nazurâtu'l-hak fi farziyyeti'l işai ve in lem yeğibiş-şafak*, Kazan 1287,57 vd.; Zahid el-Kevserî, *Hüsnü't-tekâdi fi siyretil imam Muhammed el- Kâdi*, (Beyrut: 2004), 130-139.

7 Bk.Muhammed Bahit el- Muti'î, *Risaletün fi beyani'l kütübi'lleti yuavvelü aleyha ve beyanu tabakati ule-mai'l-mezhebi'l-Hanefi ve'r-reddi 'ala ibni Kemal Başâ*, (Dımeşk: 2008), 87vd.

8 Bk. Seyyid Bey, *Medhal*, (İstanbul: Matbâi âmire,1333), 58.

daresinde Zabıt Kâtipliğine atanmıştır. 1900 yılında Çanakkale Bidayet Mahkemesi'ne tayin olmuş ve 1903'te Çatalca Bidayet Mahkemesi'ne ceza reisi olarak atanmıştır. 1909 yılında Bayezid dersiamlığına, 1910'da İstinaf Mahkemesi aza müla-zımlığına, 1911'de Ticaret Mahkemesi azalığına, 1914'te ise Bidayet Mahkemesi azalığına ve Medaris-i Aliyye Arap Edebiyatı ve Fıkıh Usulü Müderrisliği'ne tayin olmuştur. 1915'te Darülfünûn Hukuk Medresesi Medenî Hukuk Müderrisliği'ne, 1917'de Medrese-i Süleymaniye Fıkıh Usulü Müderrisliği'ne, 1918 yılında ise Darülfünûn Fıkıh Usulü Müderrisliğine getirilmiştir. 3 Kanun-u Evvel 1335/1919 tarihinde Daru'l-Hikmeti'l-İslamiyye üyeliğine atanmıştır. Daru'l-Hikmeti'l-İslamiyye'nin kapanmasına kadar bu kurumda görev yapan Seyyid Nesib Efendi, medreselerin kapanmasından sonra açıkta kalmış ve 4 Mart 1930 tarihinde vefat etmiştir.

Seyyid Nesib Efendi Daru'l-Hikmeti'l-İslamiyye'nin üyesi iken "Fıkıh-ı Hanefiyye'nin Esasatı, Kıyas ve Dine Müteallik Mesail" adlı bir eser yazmıştır. Seyyid Nesib Efendi'nin Ceride-i İlmiye dergisinde; "Sıyam ve Şehr-i Ramazan", "Keşfu'l-Hicâb", "Meâlî-i İslamiyeden bir Numûne ve Skolâstiğin Mahiyeti", "Dindar İle Dinsizin Cemiyet-i Beşeriyedeki Mevkileri", "Dîn-i İslâm'da Milâd-ı İsa Meselesi" adlarıyla beş makalesi yayınlanmıştır.⁹

Zamân-ı Menfaat Meselesinde Hanefiyye İle Şafiiyenin Münâzara-yı İctihadı ve Müctehidîn-i Hanefiyyeden Kemal İbn Hümam'ın Galebe-i Gasbda Menâfiin Ale'l-İtlak Mazmunıyyeti İle İftânın Lüzûmu Hakkındaki Kavli¹⁰

[s. 1495] Sâdât-ı Hanefiyye indinde menâfi-i mağsûbun¹¹ gerek yalnız imsak ve gerek bade'l-gasp¹² itlaf ve istihlâk¹³ ile mazmun¹⁴ olmadığı malumdur.

[s. 1496] Hâlbuki Şafiiye indinde menâfi her iki surette de mazmundur.

9 Akman, Zekeriya, *Dâru'l-hikmeti'l-İslâmiyye*, (Ankara: DİB Yayınları, 2009), 134.

10 Dersaadet İstinaf Mahkemesi Devamlı Üyelerinden Zeynelabidin zade Seyyid Nesib, *Ceride-i Adliyye*, sayı, 30, s.1495-1502; sayı, 31, s, 1577-1583; sayı, 32, s, 1707-1713.

Makaleler günümüz harflerine aktarılrken tüm Arap harflerinin transkrip işaretleriyle gösterimi tercih edilmemiş, sadece bazı kelimeler için ayn harfi '-' işaretleriyle gösterilmiş ve gerekli görülen bazı kelimeler için de şapka işareti koyulmuş, el takısı ile başlayan kelimeler kesme işareti ve tire işaretiyle belirtilmiş, osmanlıca terkipler de tire işaretiyle bağlanmıştır. Makalenin temel kavramlarından olan "ضمآن" kavramı ve onun Arapçadaki farklı kalıplara göre farklı terkiplerinde geçen "ض" harfinin türkçeye "z" harfiyle aktarılması tercih edilmiştir. Makaledeki noktalama işaretlerinin çoğu tarafımızdan konulmuştur. Ceride-i adliye dergisinin zikredilen sayılarındaki sayfa numaraları köşeli parantezle gösterilmiştir. Bazı terim ve kelimelerin anlamı dipnotta gösterilmiştir. Makalenin aslında olan dipnotlar da aynen dipnota alınmış ve müellif kaydı konulmuştur. Makalelerdeki başlıklar, aslındaki gibi tırnak içine alınmış ayrıca bold ile belirgin hale getirilmiştir. Paragraf başları metnin aslına göre yapılmıştır. Bir iki yerde yazım hatası tespit edilmiş ve köşeli parantezle gösterilmiştir. Makale için yeni bir değerlendirme yapmak tercih edilmemiş, Seyyid Bey'in değerlendirmesiyle iktifâ edilmiştir.

11 Gasp edilen malın menfaatleri.

12 Gasp ettikten sonra.

13 Harcamak, tüketmek.

14 Gasp, telef veya zulüm sebebiyle ödenmesi lazım eden şey.

İmsak: Bir kimse gasp eylediği bir aynı istimal etmeyip yedinde imsak ve tatil eylemek.

İtlâf-ı menâfi: Bir kimse gasp eylediği aynı istimal ile menfaatini itlaf eylemek. Mesela, mağsûb olan dâbbeye râkip¹⁵ veya hanede sâkin olmak.

Hanefiyye indinde her iki sûretin hükmü ber minvâli muharrer¹⁶ bir olduğu halde mecellenin kitâbü'l-icâresi'nin 596'ıncı maddesinde yalnız itlâf-ı menâfi suretine şâmil olmak üzere (bir kimse bir malı sahibinin izni olmaksızın istimâl¹⁷ etmiş olsa gasp kabîlinden olarak menâfiini ödemek lazım gelmez) denilmiştir. Şu kadar ki şurrâh,¹⁸ maddede mezkûr olan istimâl sözünün şerhinde istimal ile menfaatini istîfâ¹⁹ veyahut istimal etmeyip de yedinde imsak ve tatil;²⁰ ve (menâfiini ödemek) sözü de, yani intifa veya tatil mukabilinde ücret vermek diyerek tamîm eylemişlerdir. Maahâzâ²¹ Hanefiyye indinde mebhûsun 'anh²² olan hükm-ü vâhidin mebniyyün 'aleyhi²³ olduğu esas bir olmamasına mebnî, mecellenin iş bu maddesinde yalnız itlaf sûretiyle bi'l-iktifâ, imsak sûreti kitâbü'l gasbın zevâid-i mağsub²⁴ bahsine terk edilmiş olmak ihtimali vârid-i hâtırdır.

İmsâk-ı mağsûb suretinde zamân ve adem-i zamân hakkındaki ihtilaf zevâid-i mağsub hakkındaki ihtilafa ve istimal ile itlâf suretindeki ihtilaf dahi kıyasen mazmun ile mâ bihi'z-zamân²⁵ arasında mümaselet-i makulenin²⁶ vücudu şart olması hasebiyle menafi ile onun bedeli olmak lazım gelen mal-ı mütekavvim²⁷ arasında mümaselet-i makulenin vücudu ve adem-i vücudu, ta'bir-i diğerle gâsıbın ityân-ı misilden²⁸ aczi veyahut kudreti olduğu hakkındaki ihtilafa mübtenidir.²⁹

Mağsub olan hayvan veya bahçenin gâsıp yedinde husule gelen sütü ve yavrusuyla meyvesi gibi zevâid ve semerâtı gâsıbın tâdiyesiyle³⁰ telef olur ise bi'l-icmâ

15 Gasp edilen hayvana, araca binmek.

16 Ber minvâli muharrer: Yazıldığı gibi.

17 Kullanmak.

18 Kısa ve öz metinleri açıklayan yazarlar.

19 Yararlanmak.

20 Elinde tutmak veya atıl bırakmak.

21 Bununla beraber.

22 Kendisinden bahsedilen.

23 Kendisine dayanan.

24 Gasp edilen malda meydana gelen fazlalıklar.

25 Ödenen tazminat.

26 Makul benzerlik.

27 Kullanılması mübah olan ve saklanabilen mal.

28 Benzerini vermek.

29 Dayanmaktadır.

30 Gâsıbın kendi eliyle vesile olduğu zayıat.

mazmundur. Fakat zevâid-i mezkûre, gâsıbın yedinde bilâ teudd ve lâ taksir³¹ telef olsa Şafiiyye'ye göre mazmundur, Hanefiyye'ye göre gayr-ı mazmundur. Zevâid-i mezkûre gibi istimal olunmayan ayn-ı mağsubun menâfii de Şafiiyye'ye göre mazmundur, Hanefiyye'ye göre gayr-ı mazmundur. Bu meseledeki ihtilafın menşei dahi fiil-i gasbın tahakkukundaki ihtilafıdır. İmameyn³² hazeratına göre fiil-i gasbın tahakkukunda gâsıp, ayn-ı mağsuba da bir fiil ihdasıyla yed-i muhıkkayı³³ izale ile beraber yed-i muhtılayı³⁴ isbat etmesi lazımdır.³⁵

[s. 1497] İmam Muhammed hazretlerine göre ale'l-ıtlak yed-i muhıkkanın izalesi kâfidir. Şâfiî hazretlerine göre de yalnız yed-i muhtılayı isbat kâfidir. İmameyne göre mağsubun semerâtı ve zevâidi; ayn-ı mağsuba yed-i gâsıbdâ iken hâsıl olduğundan onların üzerinde mâlikin esasen yed-i muhıkkası sabit olamayacağı cihetle gâsıp tarafından ol yedin izalesi mutasevver olamaz. Gâsıp onlar üzerinde ancak yed-i muhtılasını isbat edebilir. Hâlbuki teaddi ve taksir ile meşrut olmaksızın mücib-i zamân olan fiil-i gasbın tahakkukunda sade yed-i muhtılanın isbatı kâfi değildir. Bilakis fiil-i mezkûrun, hem yed-i muhıkkanın izalesi ve hem de yed-i muhtılanın ispatından teşekkülü meşrut olmasıyla zevâid-i mağsubu dahi gasp etmiş addolunamayacağından onların bilâ teudd ve lâ taksir telef olmasından dolayı gâsıba zamân lazım gelmez. Hanefiyye'ye göre işte zevâid-i mebhûsede olduğu gibi, istimal olunmayan mağsubun menafinde dahî şart-ı mezkuru câmi fiil-i gasbın adem-i tahakkukundan nâşi imsak-ı mücerred, menâfiin zamânını mücib olmaz. Zira yed-i gâsıpdâ olan mağsubun menâfii, yine yed-i gâsıpdâ şey'en fe şey'en³⁶ te-haddüs ederek, üzerinde ancak gâsıbın yed-i muhtılası sabit olup, yoksa yed-i mâlikde te-haddüs edemeyeceğinden dolayı ol yed-i muhıkkanın sübutuyla onun gâsıp tarafından izalesi mutasevver olmaz. Binaenaleyh mağsup olamayacağından zamânı lazım gelmez.

31 Gâsıbın bizzat kendisi tarafından yapılmayan veya onun kusuru sebebiyle meydana gelmeyen.

32 Ebu Yusuf ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybani.

33 Gerçek mal sahibinin zilyetliği.

34 Gâsıbın zilyetliği.

35 Hanefiyye'nin şu noktadaki nazariyesi mulahaza-i atiyeyi mucibdir: İstimal olunmayan mağsub-u menafiin adem-i zamanını isbat için onları ber minvali muharrer zevaide kıyas etmeye hacet yok idi, çünkü, madem ki gâsıp mağsubu istimal etmemiş, sade yedinde imsak etmiştir deniyor, bu halde menafi asla te-haddüs etmemiş ve ne ispat ne de izale suretiyle ona hiç bir yed taalluk eylememiştir. Menâfiin şey'en fe şey'en te-haddüsü ayn ile intifa ve onu istimal ile olur. Aynı istimal eyledikçe onun menâfi'i de şey'en fe şey'en te-haddüs eder. Yoksa bilâ istimal menfaat te-haddüs etmez. Binâenaleyh istimal olunmayan mağsubun menâfii gayr-ı mevcut olmasına mebnî ne isbat ne de izale-i yed suretiyle gasbı mutasevver olmadığından dolayı mazmun olmaz demek evfak olur, yoksa menâfiin yed-i gâsıptaşey'en fe şey'en te-haddüsü dava ediliyorsa, mesele istimal-i mağsup suretine girer, halbuki söz gâsıbın istimal etmeyerek yedinde imsak ve tatil eylediği mağsubun menfaatleri hakkındadır. (Müellif).

36 Parça parça, anbean.

Şafiiyye'ce de fiil-i gasp yalnız yed-i muhtılayı isbattan ibaret olup yed-i muhtıkanın da izalesi şartıyla meşrut olmadığından bahisle mevcut zannedilen menâfi üzerinde yed-i gâsıbın sübutu kâfi görülerek zevâid gibi bila teudd ve lâ taksir mazmun oldukları iddia edilmiştir. Çünkü onlara göre zevâid ile imsak edilen mağsubun menâfii hakkında; gerçi doğrudan doğruya udvan mevcut değilse de her halde mücib-i zamân olup, mahiyeti sade yed-i muhtılanın isbatından ibaret bulunan fiil-i gasp mevcut ve mutehakkıktır, onun için mazmundurlar. Hanefiyye'ce dahi zamân, ya fiil-i gasp veyahut bizzat udvan ile vacip olur. Nitekim mecellenin 891'nci maddesinde mal-ı mağsubu gâsıp istihlak ettikde zâmin olması lazım geldiği gibi; gerek onun teaddisiyle ve gerek bilâ teudd telef veya zayi olduğu takdirde dahî zâmin olur denilmiştir. Şu halde bi't-teaddî itlaf olunmayan zevâid-i mağsup ile istimal olunmayıp yalnız imsak edilen mağsubun menâfiinde, sebebi olacak ne bir fiil-i gasp ve ne de udvan bulunmadığından hiç biri mazmun değildir. İmdi Hanefiyye'ye göre ayn-ı mağsubun istimali suretinde udvanın vücuduna binaen zamânın lüzumu kıyasına nazaran suret-i mezkurede menâfi-i müstehlekenin mazmun olması lazım gelir ki bir taraftan malum olan nassın sarahatına mebni zamân-ı udvanda murâ'at-ı misl³⁷ vacip olduğuna ve diğer taraftan maqzî ile mâ bihi'l-qazâ, tabir-i diğerle mazmun ile bedel-i zamân arasında mümaselet-i makulenin lüzumu kıyasına binaen, müstehlek olan menâfi ile onun bedeli olmak lazım gelen mal-ı mütekavvim arasında mümaselet-i makule bulunmak zarurî olup; hâlbuki bunların arasında mümaselet-i mezkure mefkud olduğundan, yani menâfi-i müstehlekenin ityân-ı misilden gâsıbın aczi mütehakkık bulunduğundan dolayı onları tazmin etmesi lazım gelmez.

[s. 1498] İşte udvanda; bir nas ile müeyyed olan kıyas-ı mezkûru terk ile lüzum-u zamâna kâil olmak için, kıyas-ı mezkûrun hilafına olarak vârid olmuş bir nass-ı müstakil veyahut öyle bir nassın delaleti bulunmak lazımdır. Binaenaleyh şu meseleleri halletmek icap ediyor.

Kıyas-ı mezkûrun menşei: Mümaselet-i makule mevcut olmayan şeylerde kıyasın hilafına olarak lüzum-u zamânı nâtik olan nass ile delalet-i nassın tayin ve izahı.

Menâfi ile bedel-i zamân olan mal-ı mütekavvim arasında mümaselet-i makulenin vech-i fıkdânı

Kıyas-ı mezkûrun menşei

İlm-i usulün qazâ bahsinde qazânın misl-i makûlü kâmil veya kâsır ve misl-i gayr-ı makûl ile qazây-ı mahz kısımlarıyla edaya şebîh kısımlarına münkasım olduğu erbab-ı ihtisâsın malumudur.

37 Tazmini aynın misline göre yapmak.

Misl-i makûl-i kâmil ile qazây-ı mahz: Mal-ı mağsup müstehlek olup da misleyâtтан olduğu takdirde onu misli ile tazmin gibi.

Misl-i makûl-i kâsır ile qazây-ı mahz: Mal-ı mağsup kıyemiyâtтан olduğu veyahut misleyâtтан olupta misli münkatı‘ bulunduğu takdirde onu kıymetiyle tazmin gibi.

Misl-i gayr-ı makûl ile qazây-ı mahz: Katl-i hatada kısasa bedel diyetin lüzumu gibi. Çünkü kısas ile diyet olan mal arasında ne sûreten ne de manen hiç bir mümâselet-i makûle mevcut değildir. Sûret cihetiyle adem-i mümâseletleri zahirdir. Mana cihetine gelince: Kısas, vesile-i fenâ olan bir manadan yani emr-i gayr-ı mahsûstan ibaret olduğu halde mal vesile-i bekâ olan ayndan yani emr-i mahsustan ibarettir. İşte maqzî olan kısas ile mâbihi'l-qazâ olan diyet arasında mümaselet-i makûle bulunmadığına mebnî kıyasen diyet alınmak caiz olmayıp; katl mukabelesinde herhalde kısas lazım gelirken iş bu kısasa muhalif olarak vârid olan nass-ı malûma binâen katl-i hatada diyet sabit olmuştur. Nass-ı mezkûreden müstefâz olan sübût-u diyetin illeti, kâtil-i muhîtin[muhtîin olmalı nk.] mazeretinden dolayı hakkında icrâ-yı kısasın teazzürüyle azîmü'l-hatar olan demin bi'l-külliyye heder olmaktan vikâyesi, husûsîdir. Şu halde kazâ-yı mezkûr diyetin fi'l hakika bedel-i kısas olup onun makamına kâim olduğuna mebnî olmayıp mücerred azîmü'l-hatar olan demi heder olmaktan vikaye maksadına müsteniddir ki bunun zımında kâtil-i mazûr olduğu halde maktulün ber minvâli müharrer demi bütün bütün heder edilmemekle beraber bir nefis-i masûmeyi katl ve itlâf eylediği halde kâtilin nefis ve hayatı sağ bırakılmış olmak sûretiyle hem kâtil ve hem maktul hakkında birer imtinan ve ihsan-ı mahsûsu mündemiçtir.

Katl-i hatada hayatta olan bir kâtilin şahıs ve zatında bulunan bir sebepten dolayı onun hakkında kısas icrasına mani olan teazzür, mevâdı-ı amdin herhangisinde tahakkuk ederse zikir olunan katl-i hataya mülhak olarak onda dahî kısasa bedel diyet lazım gelir.

[s. 1499] Zira nass ile alâ hilâfi'l-kıyas olarak sâbit olan bir şeyde mana ve illet-i kıyasa muhalefeti mücip olan sebebi her vech ile câmi olan şey-i âhar delâlet-i nass sûretiyle hükümde ona mülhak olur. Zikr-i âti sûretlerde dahî teazzür-ü kısas sebebiyle beraber sıyanet-i dem mevcut ve belkide onlardaki katller sübût-u diyet bâbında katl-i hatadan evlâ olup; ziraamdin şibhi sebebiyle kısasın sükûkutundan sonra adem-i ihdâra ehak ve ehrâdır. Binâenaleyh peder oğlunu amden katl etse hurmet-i übüvvet³⁸ sebebiyle hakkında icrây-ı kısas müteazzir olmasına mebnî ken-

38 Babalık sıfatının kendi evlatları açısından dokunulmazlığı.

disinden yalnız diyet alınır. Kezâlik evliyây-ı katlden birisi kısası af ederse diğeri istifây-ı kısasa kâdir olamayıp ancak diyet alması lazım gelir. Zira şerikin affeylemesi sebebiyle kâtilin bazısı ber hayat kalmış olunmasına mebnî; eğer affetmemiş olan şerik-i âharın kâtilden istifây-ı kısasa hakkı olsaydı kâtilin bazısı ber hayat bazısı maktül olmak lazım gelirdi ki bu mümkün değildir. Kısas tecezzî kabul etmeyen husûsâtandır. Mütecezzî olmayan bir şeyin bâzını zikretmek küllünü zikretmek gibidir. Şu halde kâtilin şahsında bulunan sebab-i mezkûrden dolayı affetmeyen şerik-i diğerin ondan istifây-ı kısas eylemesi müteazzir olmasıyla katl-i vâkî, katl-i hata hükümünü iktisap eylemiş olur. Binâenaleyh şerikin kısasa bedel malı ahz etmesi lazım gelir. (Gerçi katilin vefatı halinde dahî ondan istifây-ı kısas müteazzir olur ise de katl-i hataya mülhak olmak lazım gelmez. Zira bu surette olan teazzür bir sebepten değil katilin vefatıyla mahall-i kısasın büsbütün fevt olmasından nâşîdir).

İşte katl-i hata ile ona mülhak olan bazı amdlerde kısasın diyetle kazasının cevazı maqdî ile mâ bihî'l qadâ arasında mümaselet-i makulenin lüzum-ı kıyâsına muhalif olarak varid olan nass ile o nassın delaletine mübtenidir.

Şimdi bahsimiz olan menâfi-i mütlefeye gelelim: Sâdât-ı Hanefiyye: Qadâ hakkında mukarrer olan kıyas-ı mezkûru nazarı itibara alarak diyorlar ki; menfaatler mal-ı mütekavvim olmadığından elde nass veya delalet-i nass bulunmadıkça bu kıyası terk ile menâfiin misli olmayan mal-ı mütekavvim ile mazmûniyyetine kâil olamayız. Hata ile onun mutazammın olduğu illeti mutazammın olan bazı amdlerde vârid olan nass ile bu nasstan müstefâd olan delalet hasebiyle bir iki nev-i katilde kıyasa muhalefeti kabul ettik, fakat menâfi-i mütlefenin mal ile mazmûniyyeti hakkında ne bir nass ne de delâlet-i nass mevcuttur. Binâenaleyh bunlarda kıyas kemâ kân³⁹ câridir.

Menâfi-i mütlefe ile bedeli zamân olacak olan ayân arasında mümaseletin fıkdanı davasını Hanefiyye iki tarik ile ispat etmiştir:

- 1- Menâfiin ne mal ve ne de mütekavvim olmadığını temhid ve beyan.
- 2- Menâfi ile ayân arasında maliyette tefavüt bulunduğunu ityandır.

Menâfiiden maliyet ve tekavvümün selbi tarikıyla adem-i mümaseletin beyanı

Menfaat ne maldır ne de mütekavvimdir, lâşe ile hamr gibi.

39 Olduğu gibi.

[s. 1500] Çünkü bir şeyde maliyet, ancak temevvül ile hâsıl olur. Temevvül ise bir şeyi sıyânet ve vakt-i hâcet için iddihar eylemektir. Yoksa onunla intifa ederek onu itlaf ve istihlak eylemek değildir. Nasıl ki bir şeyi ekl ve istihlak eylemeye temevvül denilmez. Hâlbuki menfaat baki değil mütelâşidir. Şu halde kâbil-i temevvül değildir, binâenaleyh mal değildir. Tekavvüm ki zamânın şart ve esasıdır. Vücuda tekaddüm edemez, her halde vücud ona tekaddüm eder. Tekavvüm evvela mevcut olan şeye sıfat olur, mâdumun tekavvüm ile ittisafı mütesavver olamaz. Binâenaleyh bir şey tekavvüm olmak için evvela mevcut, mevcut olduktan sonra da muhrez⁴⁰ olmak lazımdır. Bir şey mevcut olmadan mütekavvim olamadığı gibi, muhrez olmadan da mütekavvim olamaz. İhrâzda da bade'l-vücud bekâ şarttır. Yani vücudu müteakip hemen mün'adim olmayıp durmak lazımdır. Halbuki menfaat, mevcut olmasını müteakip hemen mün'adim ve mütelâşî olur. Şu halde muhrez değildir, muhrez olamayınca da mütekavvim olamaz. Hülâsa tekavvüm ihrâza, ihrâz da bekâya, bekâ da vücuda tevakkuf eder. Hâlbuki menfaat evvela mevcut değil, mevcut olduktan sonra bâki değil, şu halde muhrez değil, şu halde mütekavvim değildir.

Menfaat bizâtiha kâim olmayıp bir ayn ile kâimdir. O ayn ise tabii muhrezdir. Binâenaleyh onun ihrâzına tebean menfaat dahî muhrez olarak vücuda gelir, şu halde mütekavvimdir, mülâhazası, doğru değildir. Çünkü yed-i gâsıpta olan bir aynın menfaatlerinin ihrâzı mağsûbun minhe⁴¹ değil gâsıba aittir. Gâsıbın ihrâzı ise kendi hakkında mûcib-i zamân olmaz.

Nitekim zevâid-i mağsubta dahî hal böyledir ki bunlar mağsubun yed-i gâsıpta bulunduğu esnada tehaddüs eylemeleri hasebiyle mağsubun minhin onlar üzerinde yed-i muhikkası sabit olmayıp, sade gâsıbın yed-i muhtılası sabit olduğundan onlar gâsıp için muhrez olabilip, mağsubun minh için muhrez olamayacaklarından (ve maamafih esasen mülkiyetleri mağsubun minhe ait olduğu cihetle mea't-teaddî telefleri mucib-i zamân ise de) gâsıp yedinde bilâ teud ve la taksîr teleflerinden dolayı gâsıbın mağsubun minhe karşı zâmin olması lazım gelmez. Mağsupta menfaatin ihrâzı gâsıp için olmayıp mağsubun minh için olduğu farz ve teslim edilse bile gâsıp hakkında sebab-i zamân olamaz. Zira mağsubun minhin bunlarda ihrâzı kastı olmayıp zımnî olur ki, ihrâz-ı zımnî mucib-i zamân değildir. Çünkü ihrâzın mucib-i zamân olması için kasta makrun olması lazımdır. Mesela bir kimsenin mülkünde kendi tesebbübü olmaksızın hüday-i nâbit olan otlar mübâhâttan olmakla, âhar bir kimse onları alıp itlaf etse zâmin olmaz. Zira bu otlar her ne kadar arzın temlik ve

40 Elde edilmiş, kazanılmış.

41 Malı gasbedilen.

ihrazına tebean ihrâz-ı zımnî ile muhrez ise de sahib-i arzın tessebbübüne makrun ihraz kastı ile muhrez olmadığından mazmun olmazlar. Zira zamânda ihraz-ı zımnî kâfi olmayıp, ihraz-ı kastî lazımdır.⁴² İşte şu tafsilata binâen menfaat ne maldır ne de mütekavvimdir. Çünkü madumdur ve ba'de'l- vücûd mütelâşî ve gayr-ı bâkidir. Şu halde mal-ı mütekavvim, onun misli-i makulü değildir.

[s. 1501] Bunun için müstehlek olan menfaatin mal-ı mütekavvim ile tazmini caiz değildir. Udvanda mazmûnun misli olmak vaciptir.

Menâfi ile ayan arasında maliyette tefavüt bulunduğu beyanı

Temhîd-i sâbıktan menfaatin mal olmadığı anlaşılmış idi. Menfaatin bilakis mal olduğu farz ve takdir edilse bile maliyette ayn ile menfaat yekdiğerinin misli olmayıp, belki menfaat aynın dúnunda olur. Çünkü ayn bizatiha, menfaat ise ayn ile kâimdir. Gayrısı ile kâim olan bir şey daima o gayra tabi demektir. Tâbi ile metbu arasındaki tefavüt ise muhtac-ı izah değildir. Kezalik menfaat bâki değil mütelâşîdir; ayn ise bâkidir. Bâki ile mütelâşî arasındaki fark ve tefavüt dahî vâreste-i tavsif ve beyandır.

Menfaat, maliyette aynın dúnunda olmayıp onun misli olduğu farz ve takdir olursa bile, misliyet umûr-u izâfiyeden bulunduğundan, aynın dahî maliyette onun misli olması iktiza eder. Hâlbuki menfaat maliyette aynın misli olmadığından ayn ile mazmûn olmadığı gibi; ayn dahî maliyette menfaatin misli olmadığından menfaat ile mazmûn olmaz. Binâenaleyh eğer menfaat maliyette aynın misli olup da ayn ile tazmini caiz olsaydı ayn dahî menfaatin misli olup onun dahî menfaat ile tazmini caiz olmak lazım gelirdi. Hâlbuki ayn hiç bir zaman menfaat ile mazmûne olmamıştır.

Hatta menfaat, inde'l-itlaf⁴³ maliyette kendi hemcinsi olan diğeri menfaatin de misli olmamakla onunla da mazmûn değildir. Nitekim bir hanın içinde yeknesak olarak inşa edilmiş bulunan odaların menfaatleri itlafta yekdiğerinin misli olmadığı icma ile sabittir. Hâlbuki mümaseletin bir cinsten olan iki menfaat arasındaki mevcudiyeti, nispeten menfaat ile ayn arasındaki mevcudiyetinden daha ziyade makul ve aşikârdır. Binâenaleyh menfaat inde'l-itlaf kendi hemcinsi olan menfaatin misli olamayıp onunla mazmûne olamaz ise ayn olan nakdin misli olamayıp onunla mazmûne olamaması evleviyette kalır.

42 Mecellenin 1241, 1250, 1303, 1304'ncü maddeleri hep bu esasa müsteniddir. (Müellif).

43 Telef edildiği anda.

Şafiiyye'nin menfaat mal-ı mütekavvim olduğundan bahisle menfaat ile aynın mümaseleti cihetiyle menfaatin itlaf ve udvanda ayn ile mazmûn olmasında davasını ispat etmeleri

Şafiiyye: Menfaat mal-ı mütekavvimdir ve aynın mislidir; binâenaleyh itlaf ve udvanda ayn gibi ayn ile mazmûndur.

Menfaat hakikaten, örfen, hükmen maldır ve mütekavvimdir. Hakikaten maldır; çünkü emvâlin kâffesi insanın mesalih ve ihtiyâcâtı için halk bulunduğu gibi gerek insanların ve gerek ondan maada bi'l-cümle mahlûkatın menâfi ve havâssı dahî yine insanın mesâlih ve ihtiyâcâtı için mahlûk ve müsahhardır. Maslahat ise eşyanın zatıyla değil havi oldukları menfaatlerle kâimdir. Zevat-ı eşyanın tekavvüm ve maliyetleri de menafi ve havâssı sebebiyledir.

[s. 1502] Hiç bir menfaati havi olmayan bir şey ne maldır ne de mütekavvimdir. Şu halde menfaatin maliyet ve tekavvümü cây-ı tereddüt değildir.⁴⁴

Örfen maldır; çünkü çarşılar yalnız edyan⁴⁵ ile değil ayan ile menâfiin mecmûu ile kâimdir. Mesela hanların ihdası mücerret menfaat ticareti içindir. Kezalik nâs beyninde birçok eşyayı toptan iştira edip ticaret için perakende olarak âhar kimselelere bey etmek⁴⁶ mütearef olduğu gibi birçok emâkini⁴⁷ toptan istîcar⁴⁸ edip ticaret için onları perakende olarak eşhâs-ı sâireye icar eylemek⁴⁹ dahî müteareftir. Şu halde menfaat örf-ü nâsta maldır ki onlar beyninde eşya gibi kastı ticaretle temlik ve temellük ediliyor ve muamelat-ı ticariyyede maksudun bih bir mal oluyor.

Hükmen maldır; zira evvelen, şer'an akd-i nikâhta mehir olması tecviz edilmiştir. Hâlbuki mehrin mutlaka mal-ı mütekavvim olması nass ile sabittir. Binâenaleyh menfaat eğer mal ve hem de mütekavvim olmasaydı akd-i nikâhta mehir olması tecviz edilmez idi.

Saniyen, akdın ona izafesi ve akdın mahalli olması tecviz edilmiştir. Hâlbuki mal-ı mütekavvim olmayan bir şeye akdın izafesi ve o şeyin mahall-i akd olması caiz olamaz. Zira akdın hükmü olan mülkiyeti kabul edebilecek bir şeye izafesi lazımdır. Mülkiyeti kabul edebilecek şey dahî mal-ı mütekavvimdir.

44 Buradaki tekavvümden murat tekavvümü şer'i olduğu müstağniyi tafsildir. (Müellif).

45 Verilmesi gereken şey, zimmetlerde sabit olan şeyler.

46 Satmak.

47 Yerler, mekanlar.

48 Kiralamak, kiraya vermek.

49 Kiraya vermek.

Salisen, menfaatin gerek sahih ve gerek fasit olan bilcümle ukûdda mal-ı mütekavvim ile mazmuniyeti bi'l-icma sabittir. (Yani bunda Hanefiyye dahî mütefikdir). Demek ki mal-ı mütekavvimdir. Çünkü menfaat esasen mal-ı mütekavvim olmasaydı akit ile de mütekavvim olamazdı. Çünkü akit haddizatında ne mal olmayan bir şeyi mal ne de mütekavvim olmayan bir malı mütekavvim edebilmek tesir ve kuvvetini haiz değildir. Nitekim akit, mal olamayan lâşeye maliyet, mütekavvim olmayan hamra da tekavvüm bahş edemez. Şu halde menfaat, mâdemki ukûdda tıpkı ayn gibi mal-ı mütekavvim addolunmuştur; onun teaddiyen itlafı hali, ukûdda bulunması haline kıyasen ayn ile mazmûn olması lazım gelir.

[s. 1577] Yine Şafiiyye: Menâfiin akitte tekavvümü zaruret-i akde müstenit değildir. Zira eğer öyle olsaydı menâfiin kâffe-i ukûdda mütekavvim olması lazım gelirdi ve ukûdun kâffesinde ehad-i bedelin mal-ı mütekavvim olmaması caiz olmayıp her iki bedelin mutlaka mal-ı mütekavvim olması zaruri olmak icap ederdi. Hâlbuki akd-i hulûde makûdu aleyh olan menâfi-i bud'u⁵⁰ ve kısastan sulhde, hakk-ı kısas mal-ı mütekavvim olmadığı halde bunların mal-ı mütekavvim ile mübadelesi sahihtir. Şu halde menâfiin akit zımında tekavvümü akdin zarureti icabından değildir. Zira menâfiin akit zımında tekavvümü; akdin zarureti, akde mebnî olsaydı, zikrolunan akd-i hulû⁵¹ ile kısastan sulh akdinde ehad-i bedeleyn mal-ı mütekavvim olmadığından dolayı, akdeyn-i mezkûreyn sahih olmamak lazım gelirdi; hâlbuki akdeyn-i mezkûreyn sahihtir.

İmdi menâfiin akit zımında tekavvümü şu vechile zaruret-i akde müstenit olmayınca tekavvüm-ü mezkûr menâfiin zatına aid ve asıl olmuş olur. Binâenaleyh menâfiin lizâtihâ mütekavvim olması sabit olur. Şu halde menâfiin udvanda mütekavvim olması lazım gelir.

“Hanefiyye'nin şu istidlâlâta karşı cevapları”

Menâfi ile ayan arasında mümaselet mevcut olduğunu ispat için Şafiiyye'nin; “evvela menâfi hakikaten mal-ı mütekavvimdir” diyerek mesrûd⁵² olan delilleri Hanefiyye'nin mümaselet-i mezkûrenin fıkdanını ispat için sâlik olduğu iki tarikten; “menâfiiden maliyet ile tekavvümün birden selbi” tarikinde vaki olan beyanatıyla medfudur.⁵³

50 Nikah akdiyle erkeğin kadından cinsel yönden faydalanması.

51 Karı - kocanın bir bedel mukabili anlaşarak evliliğe son vermeleri.

52 Açıklanmış, ortaya konulmuş.

53 Savunulmuş, cevaplanmış.

Kezâ Şafiiyye'nin; "menâfi örfe mal-ı mütekavvimdir" diyerek, dermeyân olunan delilleri de Hanefiyye'ce, menâfiin ancak akitlerde rızây-ı tarafeyne⁵⁴ mebnî tekavvümünü ispata kâfi olabilir. Yoksa menâfiin ale'l-ıtlak⁵⁵ tekavvümünü ve bi'l-husus münâzaun fih⁵⁶ olan menâfi-i mütlefenin tekavvümünü istilzam etmez. Çünkü ukûd ihtiyâc-ı nâsa binâen meşru bulunduğu için onlarda bedelinin tefavütü mani-i sıhhat değildir. Binâenaleyh nâs beyninde⁵⁷ ihtiyaca mebnî olarak menâfiin mal-ı mütekavvim ile mübadelesinin müteâref olması menâfiin haddizatında mütekavvim olduğuna delil olamaz.

Şafiiyye'nin menâfiin hükmen de mal-ı mütekavvim olup; çünkü akd-i nikâhta mehir olmaya salih bulunduğu müstenit olan delillerine gelince: Bu delil ne ilzâmî⁵⁸ ne de tahkîkidir.⁵⁹ Zira Hanefiyye indinde, malum olan nassa binâen mehrin mutlaka mal-ı mütekavvim olması vacip olup; hâlbuki menfaat mal-ı mütekavvim olmadığından dolayı mehir olmaya salih değildir. Şayet tesmiye olunursa⁶⁰ hiç mehir tesmiye olunmamış hükmünde addolunarak zevceye mehr-i misil lazım gelir.

[s. 1578] Hanefiyye'ce mer'î olan asıl ve kaide budur. Zevcin hanesinde bir müddet-i malume sakin olmak yahut zevcenin hayvanlarını r'ay eylemek⁶¹ gibi tesmiyesi tecviz edilen bazı menâfiin mehir olmaya selahiyeti ise menâfi-i mezkûrenin esasen mal-ı mütekavvim olup da mehrin mal-ı mütekavvim olması hakkındaki nassa muvafık bulunduğu için değildir. Bilakis bunlar mal-ı mütekavvim değilken ukûd-u sâirede olduğu gibi akit zımında olması hasebiyle nass ile alâ hilafî'l-kıyas⁶² olarak mütekavvim addedilmiş olduğu içindir. Binâenaleyh menâfiin mehir olmakta tekavvümünden de udvanda tekavvümü lazım gelmez.

Şafiiyye'ce;"manâfiin akd-i nikâhta mehir olmaya salih olmasına" gelince; bu selahiyet Hanefiyye indinde olduğu gibi nass-ı maluma tebean mehrin mütekavvim olması vacip olduğuna kâil olupta menâfiin mal-ı mütekavvim olmak üzere tesmiyesi tecviz edilmiş olduğundan değil; bilakis nass-ı mezkûra muhalif olarak mehrin mal-ı mütekavvim olmasını şart etmeksizin mukabilinde ivaz ahzi caiz olan şeylerden bulunmasını kâfi addeylediklerinden nâşidir. Şu halde Şafiiyye mehrin

54 İki tarafın rızası

55 Genel olarak

56 Tartışma konusu

57 İnsanlar arasında

58 Bağlayıcı.

59 Sağlam, mevsuk, şüphesiz.

60 Yani menfaat mehir olarak belirlenirse

61 Hayvanlarını otlatmak.

62 Mezhepteki genel kurala ve açık kıyasa aykırı olarak.

mal-ı mütekavvim olmasını şart etmeyip mukabilinde ivaz ahzi⁶³ caiz olan şeylerden bulunmasını kâfi addetmişlerken menâfiin mehir olmaya selahiyetini, tekavvümüne delil addetmek istedikleri anlaşılıyor ki bunun hangi tarafça mer'î olan asıl ve kâideye; yani kâide-i Hanefiyye'ye mi, yoksa kendi kâidelerine mi göre olduğu câyı sualdir.⁶⁴

Menâfiin hükmen mal-ı mütekavvim olduğu hakkındaki delilde akdin menâfie izafesi ve menâfiin mahall-i akit⁶⁵ olmasının tecviz edilmesi bahsine gelince; Şafiiyye bu delili sırf kendi içtihatlarına göre yürütmüşlerdir. Çünkü onlarca akdin re'sen ve iptidaen menâfie izafesi lâzime olmakla, iptidaen mahall-i akde münafidir. Sıhhat-ı akit için bir mahalle muzaaf olmak ve o mahal hîn-i akitte⁶⁶ mevcut bulunmak şarttır. Muzaaf ile olan mahal dahî mutlaka hüküm-ü akit olan mülkiyetin mahalli olan şey olmak lazımdır. Zira ukûd, hükümleri olan mülkiyetin mahalli olan şey muzaaf olmadıkça sahih olmazlar. Akd-i icarenin hükmü olan mülkiyetin mahalli de ayn-ı me'cûr⁶⁷ değil, yani mesela hane veya ecir değil, bilakis onun menfaatidir. Hâlbuki menâfi hîn-i akitte madumdur. Binâenaleyh sıhhat-ı akit için menâfiin ya hakikaten veyahut (şer'î olmak üzere) takdirenden mevcut olması zaruri bulunduğundan menâfi, hîn-i akitte mevcut menzilesine tenzil ve vücud-u takdîrî ile mevcut addedilerek akit iptidâen ona muzaaf olmak lazım gelir. Mamafih akdin ayna izafesi muteber addedilip bu da ayn-ı mezkûrenin esasen muzafun ileyi olan⁶⁸ menâfiin mahalli olması itibariyle onun zikriyle menâfi dahî mezkûr ve binâenaleyh aynın zikriyle vuku bulan izafe, nefis-i menâfie raci olacağına mebnîdir. İşte Şafiiyye bu suretle menâfiin iptidâen mahall-i akit olduğuna kâil olarak akitlerde tekavvümüne ve buna kıyasen de udvanda da mütekavvim olduğuna istidlal eylemişlerdir.

Hanefiyye indinde ise akd-i icarenin iptidâen menfaate izafesi ve menfaatin mahall-i akit olması caiz olmadığından tashîh-i akit için bu babda menfaatin mahall-i hudusu olan ayn ona halef olmak üzere onun makamına ikame olunarak akit iptidâen ona izafe olunur ve akd-i mezkûrun hükmü iptidâen menfaatte sabit olur.

[s. 1579] Şu halde menâfiin akitteki tekavvümü zatına ait olmayıp mahall-i akit olmak hususunda ayn-ı müntefa' biha⁶⁹ kendisine halef olarak onun makamına kaim olduğu içindir. Vakıa menfaat iptidâen mahall-i akit olsaydı bizzat mütekavvim

63 Karşılığını almak.

64 Dikkat çekici bir sorudur.

65 Üzerine akit yapılan şey.

66 Akit anında.

67 Kiraya verilen şey.

68 Kendisine eklenen, izafe edilen.

69 Kendisiyle faydalanılan şey.

addolunurdu. Çünkü mahall-i akit mal-ı mütekavvimdir. Hâlbuki menfaat mücerret hükmün intihâen mahall-i sübutu olmak itibariyle makudun aleyh⁷⁰ olduğundan, doğrudan doğruya mütekavvim olamayıp bi'l-itibar mütekavvim olabilmıştır. İmdi şu tekavvüm-ü itibarî, menâfiin udvanda da tekavvümü davasına delil olamaz.

Akdin menâfie izafesinin adem-i cevazı sebebine gelince; ukûd esasen nâsın def-i havaici için meşru olmuş, akd-i icarede hacet-i nâsın mes eylediği⁷¹ ukûddan bulunmuştur. Çünkü herkesin kendi mülkü olarak derununda sakin olacak hanesi yahut ziraat edecek arzı veya râkip olacak dâbbesi⁷² olmak lazım gelmez.

Birçok kimse bulunur ki havaic-i mezkûresi için kendisine iktiza eden eşyay-ı mezkûreyi elinde semen bulunmamasından dolayı iştira suretiyle ve herkes bi't-tabi semahatkar olamayacağından nâşi ittihad⁷³ veya istiâre⁷⁴ tarikiyle de temellüke kudretyab olamaz. Ve havaic-i mezkûresini suret-i meşruada def edebilmek için akd-i icareye müracaattan başka çaresi olmaz. Binâenaleyh akd-i mezkûr tecviz edilmiştir. Bir de zaten şer', nâsın her bir hacetine karşı ukûddan birini meşru eylemiştir. Nitekim aynın ivaz mukabilinde temlik için bey'i, aynın bi-gayr-ı 'ivaz temlik için de hibeyi ve menfaatin bi-gayr-ı 'ivaz temlik için iareyi meşru eylemiştir ki eğer nâsın zikrolunan ihtiyacı meydanda iken kıyasa nazar edip de akd-i icare gayr-ı meşru addedilmiş olsaydı; havaic-i hayatiyyelerini suret-i meşruada def etmekle mükellef olan nâsın, ihtiyac-ı mezkûrlarını def için tarik münse⁷⁵ olurdu. Bu ise mevzuu şer'in hilafıdır. Binâenaleyh menfaat-ı madumenin temlik demek olan akd-i icare nassa binâen ve istihsanen alâ hilâfi'l-kıyas olarak tecviz edilmiştir. İşte bu suretle tecviz edilmiş olan akd-i mezkûrun tashihi için, rüknü olan icap ve kabulün, akd-i mezkûrun hükmü olan mülkiyeti kâbil olan mahalle muzaaf olmak şarttır. Akdin hükmünü kâbil olan mahalli dahî mevcut ve maqdûru't-teslim⁷⁶ ve mal-ı mütekavvim olan şeydir. Hâlbuki menfaat hîn-i akitte madum ve bade'l-akit gayr-ı bâkidir. Şu halde in'ikâdın makûdun aleyhe ait olan şartı, yani mahall-i akdin vücudu şartı, bey-i manâfiide hakikati üzere tahakkuk edemez. Binâenaleyh icap ve kabulün iptidâen menfaatine izafe caiz değildir. İmdi menfaatin mahalli olan me'cur veya ecîr menfaat makamına ikame olunarak iptidâen akit bunlardan birine muzaaf kılınır. Bu minval üzere icap ve kabul me'cur veya ecîre izafetle derece-i üla-

70 Üzerine akit yapılan şey.

71 İnsanların ihtiyaç duyduğu.

72 Bineceği hayvanı, aracı.

73 Hibe ile mala sahip olmak.

74 Ödünç olarak maldan istifade etmek.

75 Kapalı.

76 Teslimine güç yetirilebilir.

da beyne'l-âkıdeyn hükmi olan mülkiyete sebep olarak icare münakit olduktan sonra derece-i saniyede hüküm hakkında makûdun aleyh menfaat olup menâfi şey'en fe şey'en tehadüs⁷⁷ eyledikçe müste'cirin mülk ve istihkakı sabit ve icarenin eseri bunda zahiri olur.

[s. 1580] Bu suretle yani menfaatin mahalli olan me'cur veya ecir menfaat makamına ikame ile mahall-i akit itibar ve icap ve kabul ona muzaaf kılınarak icap ve kabulün yek digere irtibatı hâsıl olmasıyla beraber in'ikad ve icare tahakkuk edip, yoksa menâfiin hudusuna kadar tehir etmez. Yalnız hükmi olan mülkiyete illet olarak mün'akit olan icarenin menâfiinde hüküm-ü mezkûru ispat hususundaki amel ve tesiri menâfiin husulüne kadar tehir eder ve menâfi ânen fe ânen⁷⁸ hâsıl oldukça tesir-i mezkûrda hâsıl olarak onların hüküm-ü mülkiyeti sabit olur.

İmdi şu tafsilattan hâsıl olan netice; Şafiiyye, hîn-i akitte madum olan menâfie vücud-u takdîri vererek akdin re'sen ve iptidâen onlara izafesini tecviz ve bu suretle (in'ikadın makûdun aleyhe ait olan şartlardan olmak üzere) mahall-i akit şartını tahakkuk ettiriyor.

Hanefiyye ise hîn-i akitte madum olan menâfiin hakikati üzere mahall-i akit olarak akdin re'sen ona izafesini tecviz eylemediğinden; menâfiin mahall-i hudusü olan me'cur veya eciri ona halef itibar ederek, iptidâen akdi ona izafe ile in'ikad tahakkuk ettiğinden sonra, hüküm-ü akit olan mülkiyetin menâfide sübutunun, husul-u menâfie kadar tehirine kâil olur.

Hanefiyye mahall-i akit hakkında Şafiiyye ile kendi beynlerinde mütekevvin olan ihtilaf-ı mesrud⁷⁹ üzerine hâsıl olan netice-i mezkûreyi muhakeme ederek diyorlar ki; Şafiiyye'nin menâfi re'sen ve iptidâen mahall-i akit addeylemek için menâfie vücûd-u takdîri vermeleri, yani onları mevcut addeylemeleri kalb-i hakikat⁸⁰ demektir. Çünkü fi'l-hakika madum olan bir şeyi mevcut addeylemişlerdir. Biz Meâşir-i Hanefiyye ise menâfi hîn-i akitte hakikati olan adem üzerine ibka ederek, onlarda hüküm-ü mülkiyetin sübutunu onların zaman-ı vücuduna talik ve tehir eyledik; hükümün tehir ve terâhisi ise caizdir. Nitekim bu tehir, hüküm-ü vasiyette de caridir. Mesela bir kimse bahçesinin hâsıl olacak meyvesini bir kimseye vasiyet eylese, hîn-i vasiyette henüz olmamış olan meyve mevcut addedilerek hüküm-ü vasiyet derhal sabit olamayıp; bilakis hüküm-ü mezkûr meyvenin husulüne kadar tehir eder. Bir de biz, menâfiin hudusuna sebep olan aynı, müsebbep olan menâfi-i

77 Menfaatin anbean, parça parça ortaya çıkması.

78 Anbean

79 Açıklanan ihtilaf.

80 Hakikatin değiştirilmesi.

mezkûre makamına ikame eyledik; seferin meşekkat, bülüğün itidal-i akıl makamına ikamesi gibi, sebebin müsebbep makamına ikamesi de şer’de şâyî ve carî olan bir husustur. Şafiiyye’nin yaptığı gibi madûmu mevcut addetmek ise şer’de sebebin müsebbep makamına ikamesi kadar haiz-i şuyû değildir. Binâen alâ zâlik akd-i icarede iptida makudun aleyhin tayini hakkındaki takdîr-i içtihadımız Şafiiyye’nin takdîrinden daha doğrudur.

Şimdi sadede rücû ediyoruz; yani, bahsimiz Şafiiyye’nin (menâfiin mahall-i akit olup akdin menâfie izafesinin cevazına binâen, menâfiin mütekaddim olması lazım geleceğine dair olan) deliline karşı Hanefiyye’nin cevabında idi. Hanefiyye şu delile karşı diyorlar ki; akdin iptidâen menâfie izafesini biz tecviz etmeyiz ki, menâfiin makudun aleyh olmasından dolayı mütekavvim olması lüzumuna maruz olalım. Biz öteden beri akdin iptidâen menâfie izafesi caiz olmaz ve menâfiin mahall-i akit ve makudun aleyh olması sahih olmaz diyoruz.

[s. 1581] Gerçi akdin ayna izafesi suretinde menâfiin tekavvümünü tecviz eylemiş isek de tekavvüm-ü mezkûr bizcemenâfiin zatına ait olmayıp, bilakis ayn-ı ücürâtın makamına kâim olduğundan nâşîdir. Çünkü ayn-ı müntefa‘ bihâ⁸¹ menfaat makamına ikame edilmek suretiyle tashih-i akdin çaresi bulunmamış olaydı; menâfiin ne tekavvüm ne de hükm-ü mülkiyeti sabit olamaz idi. İşte menâfiin akit hakkında şu minval üzere husule gelen tekavvümü zâtî olup da buna kıyasen udvanda da buraya kadar akdin sabit olması lazım gelmez; buraya kadar akdin iptidâen menâfie izafesi tecviz edilmiyor idi. Bundan sonra mezheb-i Şafiiyye’ye mütâbeat suretiyle akdin iptidâen menâfie izafesini tecviz eylediğimiz surette ise; akdin muzafun ileyhi ve mahalli olan şeyin mal-ı mütekavvim olması şart olmasına nazaran, muzafun ileyhi ve makûdün aleyh itibar edilen menâfiin bi’z-zarure mal-ı mütekavvim olması lazım gelir ise de iş bu tekavvüm, akdin nass ile alâ hilâfi’l-kıyas sabit olan cevazına binâen gayr-ı ma’kûlü’l-ma’nâ bir hükm-ü şer’iden ibaret olup, kezâlik alâ hilâfi’l-kıyastır. Yani hîn-i akitte madum olan menfaatin temliki demek olduğu halde, esas akdin cevazı hacet-i nâsa binâen alâ hilâfi’l-kıyas olduğu gibi menfaat-ı mezkûrunun bade’l-vücut iki zaman durup bakî kalmak şanından olmaması hasebiyle ihrazı aklen müstahil iken akit zımında tekavvümü dahî esas akdin cevazına istinaden alâ hilâfi’l-kıyastır. İmdi menâfiin akitteki tekavvümü şu vechile velayet-i akit ile hâsıl olmuş gayr-ı makûlü’l-mana bir hükm-ü şer’iden ibaret olunca mevzu-u akdin gayrı olan udvanda da sabit olamayıp hassaten hükm-ü akde maksur olmak lazım gelir. Binâenaleyh itlaf ve udvandaki menâfi, akitte olan menâfie kıyasen mütekavvim olmak lazım gelmez. Çünkü menâfiin akitteki tekav-

81 Kendisi ile faydalanılan ayn.

vümü hem akdin şer'an caiz olduğuna binâendir hem de alâ hilâfi'l-kıyastır. Hâlbuki itlaf ve udvan şer'an caiz değildir ki akitteki menâfiin akdin cevazına binâen tekavvümü sabit olduğuna kıyasen, zikrolunan itlaf ve udvanın cevazına binâen ondaki menâfiin dahî tekavvümü sabit olur denilsin; bilakis udvan şer'an memnu ve gayr-ı meşrudur.

Kezâlik menâfiin akitteki tekavvümü esasen kıyasa muvafık bir şey değildir ki udvandaki menâfiin ona kıyas olunması sahih olsun da bi'hükmi'l-kıyas tekavvümü sabit olabilsin, çünkü tekavvüm-ü mezkûrunalâ hilâfi'l-kıyas olması, kıyas-ı mezkûrun sıhhatine manidir; çünkülâ hilâfi'l-kıyas sabit olan şey, saire makîsun aleyh olamaz.

Vakıa, ehad bedelinin gayr-ı mütekavvim olması mübadele ve mukabelenin sıhhatine mani olmayıp, bilakis ehad-i bedelin mal-ı mütekavvim olmadığı halde dahî mübadelelerin sahih olduğu var ise de, akitteki menâfiin mal-ı mütekavvim ile mübadelesinin sıhhatine kıyasen, udvandaki menâfiin mal-ı mütekavvim ile mübadelesinin sıhhati lazım gelmez. Zira akitteki mübadelede terâzay-ı tarafeyn⁸² bulunması hasebiyle kıyas-ı mezkûr maal-fârik⁸³ olur ki sahih değildir; yani makîs⁸⁴ olan mübadele (ki udvandadır) ile makîsun aleyh⁸⁵ olan mübadele (ki akittedir) beynlerini fârik olarak birincisinin ikinciye kıyas olunmasına mani olmak üzere, akitte terâzay-ı tarafeyn mevcuttur.

[s. 1582] Rızay-ı tarafeyn mal-ı mütekavvimin mal olmayan bir şeye mükabil vacibü'l-eda addedilmesi hususunda haiz-i tesirdir. Binâenaleyh akitteki terâzaya mebnî menâfie mukabil ücret itâsı vacip olabilir. Nitekim kısas, mal-ı mütekavvim olması hasebiyle bitarîki'l-mesel⁸⁶ mal-ı mütekavvim ile kâbil-i tazmin olmadığına mebnî, veliyy-i kısâsın kısası affeylediğine şahadet edip bade'l-hüküm⁸⁷ şahadetten rücu eden şahitlere veliyy-i kısas, hakk-ı kısası tazmin ettiremez. Kezâlik müstehakk-ı kısas olan katili, şahs-ı âhar katl eylese, veliyy-i kısas ondan zamân-ı kısas namı ile bir şey alamaz. Hâlbuki terâzây-ı tarafeyn ile münakit olan sulhte, mal-ı mütekavvim olmayan kısas-ı mezkûrun mal-ı mütekavvim ile mukabele ve mübadelesi sahihtir. Kezâlik zevcenin hakkı olan mülk-ü nikâh, gerek sübûten ve gerek zevâlen mal-ı mütekavvim olmadığından, bi'tarîki'l-mesal mal-ı mütekavvim

82 İki tarafın rızası.

83 Farklı iki olay arasında yapılmış kıyas.

84 Benzetilebilen, kıyasta asla göre fer.

85 Kendisine benzetilen, kıyasta asıl, hükmü belirlenmiş mesele.

86 Benzetme yoluyla.

87 Verilen hükümden sonra.

ile mübadele ve mukabelesi sahih değildir. Binâenaleyh zevce-i medhûlun bihânın⁸⁸ talakına şahadetle beynûnetine qadâ lahik olduktan sonra şahadetlerinden rücu eden şahitlere, zevc; şahadetleriyle zayı olan mülk-ü nikahı tazmin ettiremez. Yalnız menâfi-i bud'⁸⁹ hal-i sübutta, tabiri diğerle akde duhul halinde mütekavvim ise de zeval halinde, tabiri diğerle, akitten huruç halinde mütekavvim değildir. Binâenaleyh pederin sağır oğlunu sağır-i mezkûrun malıyla tezvic eylemesi caizdir. Çünkü sağirin malının mütekavvim olan menâfi-i bud' ile mübadelesi suretiyle icray-ı akit eylemiştir. Fakat peder, sağire kızını sağirenin malıyla zevcinden hulû eylese caiz değildir. Zira sağirenin mütekavvim olan malını, mütekavvim olmayan menâfi-i bud' ile mübadele eylemiştir.

Menâfi-i bud' üzerine varid olan mülk ise asla mütekavvim değildir. İmdi mülk-ü nikâh veyahut huruç halinde olan menâfi-i bud' mukabilinde mal-ı mütekavvim ahzi sahih olmaz iken; terâzay-ı tarafeyn ile münakit olan akd-i hulûda, zikr olunan mülk-ü nikah yahut menâfi-i bud' mukabilinde zevcin zevceden mal-ı mütekavvim alması caizdir. İşte dem-i amdden sulh ile akd-i hulûda mal-ı mütekavvim olmayan şeyin, mal-ı mütekavvim ile mukabele ve mübadelesi terâzay-ı tarafeynin eseridir. Hâlbuki itlaf ve udvanda mal-ı mütekavvim olmayan menâfiin mal-ı mütekavvim ile mübadelesinin sıhhatine imkân yoktur. Zira zikrolunan akitlerde mübadele sıhhatinin istinatgahı, bedeleyn arasındaki adem-i mümaseleti ma'füvv⁹⁰ gösteren terâzay-ı tarafeyn olduğu halde; udvandaki zamân ve mübadele, zamân-ı cebr ve telafi olup; bu ise nass-ı maluma mebnî ancak misliyle tahakkuk eder. Binâenaleyh mal-ı mütekavvim olmayan menâfiin misli olmayan mal-ı mütekavvim ile zamân ve mübadelesi sahih değildir.

Şafiiyye menâfiin zaten ve aslen tekavvümünü ispat için irat eyledikleri son delillerinde menâfiin ukûdda tekavvümü zaruret-i akde müstenit değildir. Zira akd-i hulû ile dem-i amdden sulhta ehad-i bedeleyn mütekavvim olmadığı halde akit sahihtir. Şu halde menâfiin ukûdda sabit olan tekavvümü zatî ve asıl olmuş olur. Binâenaleyh menâfiin udvanda dahî tekavvümü sabit olur demişler idi.

[s. 1583] Bunun cevabı; menâfiin ukûdda sabit olan tekavvümü yukarıda tafsil bulunduğu vechile alâ hilâfi'l-kıyastır. Alâ hilâfi'l-kıyas olan şey asıl ve zatî olmaz. Akd-i hulû ile sulhun sıhhati ise terâzay-ı tarafeyne mebnîdir. Ukûd esasen udvan gibi gayr-ı meşru değil, bilakis ihtiyac-ı nâsa binâen meşru bulunduğu için terâza üzerine bina edilerek, onların zımında olan bedelin arasındaki tefavüte iltifat olunmamıştır.

88 Kendisiyle cinsel temas yapılan zevce.

89 Nikâh akdinden kaynaklanan cinsel istifade hakkı.

90 Affedilmiş.

[s. 1707] Bir de ukûd, esasen istirbah⁹¹ için meşru olup, istirbah ise bedel ile mübeddel arasında tefavüt bulunmakla hâsıl olur. Zira mesela bâyi mebie⁹² nazaran fazlayı semen canibinde, müşteri dahî semene nazaran fazlayı mebî canibinde görüp bu suretle her biri diğèrinin malında gördüğü fazlayı kazanmak için akd-i bey'e⁹³ girişirler. Binâenaleyh istirbahın husulü için bedeleyn arasında tefavüt bulunması zaruri olduğundan onun ukûdda mâni-i zamân addolunması ukûdun aslını iptale müeddî olur. Udvanda ise istirbah kazıyyesi mevcut olmayıp mücerred telef olan şeyi misliyle cebr ve telafi ciheti maksut olduğundan, tefavüt-ü mezkûr nazara alınarak zamân-ı mâni addolunur. Mamafih bu hususî, udvanın aslını iptal etmeyip, bilakis vacip olan mislin tedarikinden acze binâen tehirini mucip olur.

Binâenaleyh udvanda menâfiin zamânı, ukuddaki zamâna kıyas olunamaz. Birindeki tefavüt mâni-i zamân değildir. Bilakis vücûdu lazımdır. Diğèrinde mâni-i zamândır. Çünkü vücûdu caiz değildir.

“Hanefiyye'nin menâfi ile bedel-i zamân olacak olan ayan arasında zamân-ı udvanın şartı olan mümaseletin fıkdanı hakkındaki davayı ispat zımında menâfi ile ayan arasında maliyette tefavüt bulunduğunun ispatına dair olarak beyan eyledikleri iki tarikten ikincisine karşı Şafiiyye'nin cevabı”

Şafiiyye: Tefavüt iki türlüdür. Biri vücutta, diğèri bekadadır. Vücutta tefavüt mani-i zamân olabilir, fakat bekada tefavüt mani-i zamân değildir. Menfaat ile ayn arasında vücutta tefavüt yoktur, bekada tefavüt vardır, o da mani-i zamân değildir.

Menfaat ile ayn arasında vücutta tefavüt yoktur; çünkü menfaat mevcut olduğunda vücut itibariyle ayndan farklı olmaz, bilakis ona müsavi olur. Binâenaleyh menfaat ile ayn arasında bu suretle müsavat-ı vücudiye hâsıl olduktan sonra varsın menfaat mütelâşî, ayn da baki kalsın da bekada mütefavit olsunlar. Bu suretle tefavüt onların arasında zamânın sıhhatine mani değildir.

Nitekim muz, kavun, karpuz gibin serîu'l-fesad⁹⁴ olan şeylerin itlafı, nükud ile zamânı mucip oluyor. Hâlbuki eşyâ-yı mezkûre ile nükud arasında vücutta müsavat vardır; fakat bekada müsavat yoktur; bilakis tefavüt vardır.

[s. 1708] Nükud birçok zamanlar baki kalır; eşyâ-yı mezkûre ise bilakis kalmaz, mahvolur. İşte menfaat ile ayn arasında bekada olan tefavüt, tıpkı sali-

91 Kar etmek.

92 Satılan şey.

93 Alım-satım akdi.

94 Çabuk bozulan.

fü'z-zikr⁹⁵ eşya ile nükud arasında olan tefavütün misli olarak; o dahî zamâna mani değildir. Zira menfaat ile ayn arasında vücutta tefavüt olmayıp müsavat mevcuttur. Müsavat-ı vücudiyye icab-ı zamâna kâfidir.

Hanefiyye: Menfaat ile ayn arasında beka cihetiyle vücudu teslim edilen tefavüt, sıhhat-ı zamân için vücûdu lâ bûd⁹⁶ olan müsavatın büsbütün fıkdanı rad-desinde fahiş olup icab-ı zamâna manidir. Zira bâb-ı zamânda mazmûn ile bedel-i zamân arasında vücudu matlup olan mümaselet her bir hususta değil mücerred zamânın mebniyyün aleyhi⁹⁷ olan hususta itibar olunur ki o da maliyettir. Mesela bir kimse tarafından birinin hayvanı itlaf edilse nükud ile tazmin ettirilebilir, çünkü nükud hayvanın mislidir. Fakat her bir hususta değil, yalnız maliyette mislidir. İşte menfaat ile ayn arasında bekada olan tefavüt medâr-ı zamân⁹⁸ olan maliyette tefavütü müstelzimidir. Menfaat kabil-i beka değil iken onun maliyeti kabil-i beka olan aynın maliyetine mümasil ve müsavi olamaz.

Bu halde menfaat ile ayn arasındaki tefavüt, nükud ile serîu'l-fesad olan eşya arasındaki tefavütün değil, bilakis ayn ile deyn arasındaki tefavütün mislidir.

Serîu'l-fesad olan eşya ile nükud arasında esas maliyette tefavüt yoktur.⁹⁹ Çünkü esas beka hususunda aralarında tefavüt yoktur. Serîu'l-fesad olan eşya, menfaat gibi iki zaman olsun gayr-ı baki değil, bilakis nükud gibi birçok zamanlar bakidir. Aralarında cüz'î bir fark mevcuttur ki nükudun bekası, eşyay-ı mezkûrenin bekasına nispeten daha fazladır.

İşte bu suretle eşyay-ı mezkûre ile nükudun esas bekada tesâvileri¹⁰⁰ maliyette tesâvilerini müstelzim olmuştur. Esastan sonra olan miktar-ı bekada tefavütleri maliyette tesâvilerine ve bî'n-netice beynlerinde zamânın sıhhatine mani olmaz. Şu halde esas-ı bekada tefavüt mani-i zamândır, mikdar-ı bekada tefavüt mani-i zamân değildir. Çünkü:

Mütlef veya mağsûbun bedel-i zamân ile sıhhat-i mukabele ve mübadelesi için aralarında beka cihetiyle vücudu meşrut olan müsavat, yalnız vücub-u zamân haline mahsus ve münhasırdır. Zira hal-i mezkûr, bedel-i zamânın, mağsup veya mütlefin makamına ikamesi halidir ki yalnız bu halde ikamenin sıhhati için yekdiğerinin bekâen müsavisi olmaları lazımdır. Binâenaleyh yalnız hal-i ikamede her birinin

95 Daha önce adı geçen.

96 Gerekli.

97 Kendisine dayanan veya dayandırılan şey.

98 Tazmin sebebi.

99 Yalnız maliyetlerinin kemiyet ve miktarında tefavüt vardır. (Müellif).

100 Eşitlik.

beka ile ittisafı da vaciptir. İkameden sonra da beka ile ittisaf, zamân-ı gasp ile zaman-ı udvanın şartlarından değildir. Şu halde ikame-i mezkûreden sonra onlardan birinin adem-i bekası suretiyle, beka hususunda beynlerinde tefavüt hasıl olması, hal-i ikamede hasıl olmuş olan vücub-u zamâna mani olmaz.

[s. 1709] Mesela udvanda hal-i vücub-u zamân, hal-i udvan ve itlaftır. Gaspta da fiil-i gaspın vukuu halidir. Bu hallerin her ikisinde de serîu'l-fesad olan eşya, beka ile muttasıftır. Yani bade'l- vücüt¹⁰¹ bir çok zamanlar baki kalmış iken kendisine fiil-i gasp veya itlaf ve udvan taalluk etmiştir. Binâenaleyh hal-i gasp ve itlafta beka ile muttasıf bir hal olduğu için beka ile muttasıf olan nükud onun makamına ikame olunarak nükud ile zamânı vacip olmuştur. Yoksa fiil-i gasp ve itlafın taallukuyla zamânın vücubundan sonra eşyayı mezkûrenin yed-i gâsıpta iken kendiliklerinden mahvolarak baki kalmaması veyahut itlaf olunmadıkları takdirde zaten kendiliklerinden telef olmak ihtimalleri bulunması, fiil-i gasp ve itlafın taallukuyla beraber hasıl olmuş olan vücub-u zamâna mani olmaz.

Hâlbuki menfaat esasen madum bulunur. Vücut bulduktan sonrada eşyayı mebhûse¹⁰² gibi birçok zamanlar değil iki zaman bile baki kalmaz. Bu halde kendisine fiil-i gasp ve itlaf taalluk ettiği zaman, sıfat-ı beka ile muttasıf bulunmuş olmaz; binâenaleyh sıfat-ı beka ile muttasıf olan nükud, onun makamına ikame olunarak, nükud ile zamânı sahih olmaz.

Şafiiyye: Mani-i zamân olmak üzere menfaat ile ayn arasında bahs olunan tefavüt, misliyle mazmun olan hintada¹⁰³levn¹⁰⁴ ve tane cihetiyle mevcut olan tefavütten farklı değildir. Hususuyla eczayı menfaatin kesretiyle telafi de edilmiştir. Nitekim mesela bir ayak menfaatin yalnız bir akçe mukabilinde temlik mütearef idi. İmdi ale'l-umum zamânâtta vacip olan mislin tayini, tıpkı mislin vücudu müteazzir olması üzerine kıymetin tayini gibi emr-i takribi olup, yoksa tahkike müstenit bir şey değildir. Çünkü kıymet, esasen tahmin ile taayyün eder.

Bundan kat-ı nazarla (menfaat araz nev'indedir, gayrı bakidir. Onun için mal-ı mütekavvim değildir. Ayn ise bizatiha kaimdir, binâenaleyh mal-ı mütekavvimdir. Şu halde aynın maliyeti menfaatin maliyetinden ziyadedir. Menfaatin, maliyeti kendinin maliyetinden fazla olan ayn ile zamânı caiz değildir) deniliyor. Halbuki biz gasp ve itlafın icab-ı şer'isini tayin ederken ya gâsıp menfaatı tazmin etsin deyip onun üzerine itlaf ettiği şeyden fazla bir şey tahmil edeceğiz yahut buna

101 Var olduktan sonra.

102 Bahsedilen şeyler.

103 Buğday.

104 Renk.

mahal kalmamak için menfaati gasp ve itlaf edene zamân lazım gelmez deyip mağsubun minhin hakkını bi'l-külliyeye heder edeceğiz.

Tabir-i diğerle ya gâsıbı, araz olan ve vâsf-ı ayniyetten âri bulunan menfaate bedel, ayn olan mal-ı mütekavvim itâsına mecbur tutarak, onun hakkı olan vâsf-ı ayniyeti heder edeceğiz. Yahut gâsıbın hakkı olan iş bu vâsf-ı ayniyeti heder edilmemek için mağsubun minhin hakkı olan aslı heder edeceğiz. Şüphesiz ki bab-ı udvanı sedd için bu iki tasvirde bulunan şikk-ı evveleri tercih ile gâsıbı, ayan ile zamâna mahkûm ederek onun üzerine fazlayı tahmil, tabir-i diğerle, gâsıbın hakkı olan vâsf-ı ayniyeti heder etmek evvelidir.

Hanefiyye: Zamânâtın kâffesinde misle muraat edilmesini [e]mr eden nassa ittibaya mecburuz. Binâenaleyh bizce zamân-ı udvanın şartı olduğu bi'n-nas müteayyen olan temasil, daima mahfuz bulunduğundan menâfiin kendinden fazla olan ayan ile zamânına mesağ yoktur.

[s. 1710] Nass itidaya, yine itida ile mukabele edilmesini emrediyor. Fakat mukabele-i misil ile takyit ediyor. Zira gâsıp, tecavüz ettiği noktada hakikaten zalimdir ve zulme de müstahaktır. Fakat gaspın taalluk ettiği noktanın ilerisinde, yani gaspın taalluk etmediği şeyde onun hakkı muhterem ve masumdur. Binâenaleyh gâsıptan ihkak-ı hak yolunda istifay-ı zamân ancak malın hurmet ve ismeti baki kalmak şartıyla caiz olur. İşte gaspın ilerisinde, yani gaspın taalluk etmediği cihette mağsubun minhin hakkı gâsıbın hakkına tereccuh edemeyeceğinden, vâsf-ı ayniyette gâsıbın hakkını hederden vikaye eylemek evvelidir. Mamafih mağsubun minhin asla taalluk eden hakkı da bütün bütün heder edilmek lazım gelmez. Bilakis hakk-ı şetm, hakk-ı eza gibi tazir-i istifaya mebnî tehir ve tecil edilmiş olur. Gâsıbın zamân ile mahkûmiyetinde ise onun vâsf-ı ayniyetteki hakkı öyle tecil değil, bilakis bütün bütün mahvedilmiş olur. Zira ayn ile zamâna mecbur edilen gâsıp, buna şer'in bir huccet-i kat'iyesi olan qazay-ı qâdı ile mahkûm edilmiş olur. Qazây-ı qâdı ile müstahak ve lazım olan bir şeyin dâr-ı cezada istifay-ı bedeline imkân yoktur. Binâen ala zâlik, mağsubun minhin asla taalluk eden hakkını dâr-ı cezaya tehir ve tecil eylemek, gâsıbın vâsf-ı ayniyete taalluk eden hakkını asla istifasına imkân kalmayacak surette heder ve iptal eylemekten ehvendir.

Bir de gâsıp üzerine, itlaf eylediği şeyden fazla bir şeyin vücubuna gidilse şer'a muzaaf bir zulüm olur. Çünkü hakikatte mucip şer'dir. Hâkim de odur. Şer' ise zulumü kabul etmediği gibi şer'a zulumü nispet etmek dahî zulümdür.

Sual: Ukuda nâsın ihtiyacı vardır. Bu sebebe mebnî onlarda menfaat ile ayn arasındaki tefavüte bakılmayarak menfaatin ayn ile zamânına cevaz verilmiştir. Çünkü nâsın bu zamâna ihtiyacı vardır, deniliyor. İşte nâsın udvanda da bu zamâ-

na ihtiyacı vardır. Çünkü menfaat ile ayn arasında bulunan tefavütü nazara alıp adem-i vücup zamâna kâil olmak yüzünden, zulüm kapısının infitahı ve hukuk-ı nâsın zayii lazım gelir.

Cevabı: Hacet, kesiru'l-vücut olan şey hakkındadır. Yoksa nadirü'l-vücut hakkında değildir. Udvan ise nadirü'l-vücut kısmındandır. Çünkü udvan menhiyyün anhtır. Menhiyyün anh olmanın neticesi de adem-i vücuttur. Binâenaleyh madum değildir. [Cümlenin gelişine göre bu kelime “mazmun değildir” şeklinde olmalı. nk.] Madum olan şey de hacet-i nâs olması mutasevver olamaz ki onun için müstakil bir hüküm tayinine lüzum olsun. Bizce nâsı ta'diyeden zecr için müt'e'addinin taziren mücazâtı, yani hem hapis ve darbu yahut ya hapis veya darp edilmesi vaciptir. Mücazat-ı mezkûre ise udvanın define zamândan ziyade hadimdir.

[s. 1711] [8] Mütâlây-ı âciz

Eimme-i Hanefiyye'nin mevzû-u bahs olan meselede tamamıyla tayin-i adl ve hak hususunda icra eyledikleri tetkike, gâsıp ile mağsubun minhin mağduriyetine meydan vermemek, şer'a zulüm nispet etmemek için gösterdikleri dikkat ve itinay-ı şedide kemal-i adl-i nâtik olan nassa mütabeatta ibraz eyledikleri salâbete; adl ve hakkın her türlü şükuk ve zünun ve evhamdan ârî bir surette inkişaf-ı tayini için; en kestirme en katî birer tarik olmak üzere vaz ve tesis ile tatbik eyledikleri usul ve kavaid ile bunlara ibtina eden kıyasatın selamet-i ittıradıyla beraber mevzûât ve havadis üzerine şiddet-i intibakına bakıp hayran olmamak kâbil değildir. Müşârun ileyhim¹⁰⁵ gerek ukudda ve gerek zamânâtta makudun aleyh ile mazmûnun (tıpkı insânî mail olup vakt-i hâcet için iddihar olunabilen) tarifine mutabık bir mal-ı mütekavvim olmasını, yani maliyette tekavvüm-ü örfiyi şart etmişlerdir. Müşârun ileyhim diyorlar ki; bu tarife mutabık olan mal-ı mütekavvim ancak muhrez ve kâbil-i temevvül olan ayndır. Menfaat ise araz-ı bakiyeden olmakla ihraz ve vakt-i hacet için iddihar ve temevvüle kabil olmayan bir manadan ibarettir. Binâenaleyh mal-ı mütekavvim değildir. Bundan dolayı ne ukudda makûdun aleyhe ne de nassa mebnî temasil ile meşrut bulunan zamânâtta misli olmayan mal ile mazmûn olması caiz değildir. Tecviz edilse hem ukud ile zamânâtın umumu için medar-ı tatbik olan kaide-i umumiye ihlal ile beraber bu kaideyi teyit eden nassa muhalefet ve hem de bi'n-netice gâsıbın hukukuna tecavüzle ilelebet ihdar edilmiş olur. Adem-i takdirinde ise mağsubun minhin hakkı mücerred mislinin tedarikinden gâsıbın aczine mebnî tecil olunur. Yoksa esas itibariyle heder değil, bilakis mahfuzdur. Udvan ise mücazat-ı tazir ile ebediyen me-

105 Kendine işaret edilen, ismi evvelce söylenmiş olan. Burada kasıt Hanefi İmamlar.

dfudur. Mamafih menfaat mal olmadığı halde, onun misli olmayan mal ile zamânı hakkında bir nas veya delalet-i nassa tesadüf olunmuş olaydı, o da tecviz olunurdu. Halbuki ne öyle bir nass ne de delalet-i nass mevcut olmadığından menfaatin misli olmayan mal ile adem-i zamânı hakkında hüküm kemâ kan bakidir. Müşarun ileyhimin şu icthadı ukul-u fuhul-u beşerin izah-ı hak için vasıl olacağı meratibin aksa'l-gâyâtı olduğundan hiç bir nazariye ile kâbil-i muaraza değildir. Şafiiyye ise makûdun aleyh ile mazmûnun maliyetine Hanefiyye'ce muteber olan tarife muvafakatı şart etmeyerek; kâbil-i iddihar ve temevvül olsun olmasın, mesalih-i âdemîye hadim olan her şeyin mal olabileceğini iddia ederek, bu suretle mal olan her şeyin makudun aleyh ve mazmûn olacağını esas olarak kabul ettiklerinden, menfaatin de mesalih-i âdemîye hadim ve hususiyle nâs beyninde mal ile temlik ve temellükü mütearef olması itibariyle mal olarak makudun aleyh ve mal ile mazmûn olmasını tecviz etmişlerdir. Mamafih Şafiiyye'ce menfaatin maliyetine esas addedilen nukât-ı mezkûre, Hanefiyye'nin de nazarından dür kalmamış olduğundan, müşarun ileyhim nukât-ı mezkûreye, yani mesalih-i âdemîye hadim ve nâs beyninde temlik ve temellükü mütearef olmasına göre, menfaati sade kâbil-i tasarruf bir mülk olmak üzere kabul edip; yoksa kâbil-i iddihar ve temevvül olmadığı halde onun maliyetini teslim etmişlerdir.¹⁰⁶ Binâenaleyh sadat-ı Hanefiyye'nin icthadı daha metin ve daha musibdir. Şu kadar ki asâr-ı ahîrede¹⁰⁷ fukahay-ı Hanefiyye nâsın emval-i evkaf ile eytama¹⁰⁸ tasallut ettiklerini gördüklerinden onları sıyanet için emval-i mezkûrenin ve daha sonra muaddün li'l-istiğlal¹⁰⁹ olan emval-i sairenin menafiini kavli Şafiiyi tatbiken ve istihsanen tazminin lüzumu ile iftâ eylemişlerdir.

Maahâzâ¹¹⁰ müctehidîn-i Hanefiyye'den İmam İbn-i Hümam (Takrir) namındaki kitabının kıyas hakkındaki mebahisinden illete dair olan beyanatının zeylinde ve sâilerin¹¹¹ kesret ve galebesine mebnî müteahhirînün siâyet sebebiyle ala hila-fi'l-kıyas olarak istihsanen zamânın lüzumu ile vaki olan iftaları gibi gasb-ı menafiin galebesi halinde, menafiin dahî zamânı ile ifta olunmak lazım geleceğini tasrih

106 Tarafeynin tetkiki kelamından müsteban olduğuna göre Hanefiyye tekavvümün her iki manasıyla vücudunu, fakat evvela manay-ı örfi ile ondan sonra da manay-ı şer'i ile vücudunu şart ediyor ve bu suretle makudun aleyh veya madmûnun mal-ı mütekavvim olması lazım gelir diyor. Şafiiyye ise yalnız tekavvüm-ü şer'i ile iktifa ediyor. (Müellif).

107 Son asırlarda.

108 Vakıf ve yetim malları.

109 Kiralık mallar.

110 Bununla beraber.

111 Köle, efendisine muayyen bir meblağ ödemek suretiyle hürriyetine kavuşabilmektedir. Bu meblağı temin edebilmesi için de kendisine ücret karşılığında efendisine veya başkalarına çalışma ve bunun neticesinde kazandıklarına malik olabilme izni verilir. Bu izne siaye, izni verene sâi, bu izinle çalışan köleye de mükateb denir.

etmiş ve müşarun ileyhin tilmizi ve varis-i irfanı olan şarih allame İbn Emirü'l-Hac dahî ol mezkûr-u gâsıpları irtikab-ı gasptan zecr için bab-ı zamânda mukarrer olan kıyasa muhalif olsa bile menafiin gerek zamanen ve gerek mekanen zamânı ile ifta olunmak lazım geleceğini; çünkü bazı müteehhirîn, iftay-ı mezkûru evkaf ve eytam emvali ile takyid ve bazıları da ayn-ı mağsup muaddün li'l-istiğlal olduğu halde menafiin hem gasp ve hem itlafı sebebiyle zamânı hakkında icma-ı fukaha mevcut olduğunu hikaye eylemiş olup iş bu üç nev-i emvalde kabul edilen iftanın sebeb-i mucibi gâsıpları zecr ve men ile emval-i zuafayı muhafazadan ibaret bulunduğu halde zikr olunan emval-i selase sahiplerinden maadesinin dahî muhafazay-ı müzakereye muhtac olduklarına mebnî ibadullah arasından iş bu gasp fesadının kökünü kat' ve imha için menafiin ale'l-ıtlak zamânıyla ifta olunmakta beis olmadığını beyan eylemek suretiyle şerh ve izah eylemiştir.

Müşârun ileyhimin Arapça olan sözleri de aynen ber vech-i zîrdır¹¹²:

Zamanımızda zalimler nezdinde haksız olarak siaye usulü çalışan köleler çoğaldığı için muteahhirîn âlimleri kıyasa muhalif olarak istihsânen siâye usulü çalıştırmanın tazmine konu olacağı yönünde fetva vermişlerdir. Fetva da buna göredir. Zira bu konuda yetkiyi kadiya vermek zamanımızda fayda sağlamaz. Musannif şöyle demiştir: Bu konuda gâsıpları caydırmak için zamân konusunda kıyasa muhalif olsa da menfaatlerin gaspı galip olunca mutlak olarak yer ve zaman bakımından itlaf edilen menfaatlerin tazmini yönünde fetva vermek gerekir. Biz daha önce vakit ile mukayyet olan vacibin kısımlarını anlatırken birinci taksimin sonunda (menfaatlerin tazmine konu olmadığını savunan) bazı âlimlerin vakıf ve yetim malları konusunda kayıtlar getirdiklerini anlatmıştık. Ve bu konuda şayet gasp edilen mal gelir getirmek üzere edinilmiş ise bunun gasp ve itlaf edilmesi durumunda menfaatlerinin tazmine konu olacağı hakkında bazı âlimler icma bulunduğunu nakletmişlerdir. Mademki bunun gerekçesi zayıfların mallarını korumak ve gasıpları caydırmaktır o zaman kullar arasındaki bu fesat unsurunu ortada kaldırmak ve insanların böyle bir yararlanmaya ihtiyaçları olduğu için bu konuda mutlak olarak tazmininin gerekliliğine fetva vermenin bir sakıncası yoktur.

İşte zamanımızda ihtiyac-ı asra evfak ve nâs hakkında erfak olduğu şüpheden vareste olan kavli-i müşarun ileyhe binâen mecellenin kitabü'l-icaresinin zamân-ı menfaat hakkındaki maddesinin itlaf olunan menâfi-i mağsubun ale'l-ıtlak zamân-ı lazım geleceği suretinde tadili, erbab-ı hukukun cümle-i temenniyatından olup, bunun âtiyen teşkili memul olan mecelle cemiyetinde nazara alınarak icra buyurulacağı ümidindeyim.

Dersaadet İstinaf Mahkemesi azay-ı mülazimlerinden Zeynelabidin zade Seyyid Nesib.

112 Aşağıdaki gibidir.

Kaynakça

- Akman, Zekeriya, *Dâru'l-hikmeti'l-İslâmiye*, Ankara 2009.
- Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara 2002.
- Aydın, M. Akif, "İslam Hukukunda Gasp, *İslam Tetkikleri dergisi*", sayı, IX, İstanbul 1995.
- , *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul 1996.
- , *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2009.
- Demir, Fahri, *İslam Hukukunda Mülkiyet ve Servet Dağılımı*, Ankara 1981.
- Ebü Zehra, Muhammed, *el-Milkiyyetü ve nazariyyetü'l-akd*, Kahire ts.
- Kevserî, Zahid, *Hüsnü't-tekâdi fi siyretil imam Muhammed el- Kâdi*, Beyrut 2004.
- Mercanî, Şihabüddin Harun b. Behaüddin, *Nazurâtu'l-hak fi farziyyeti'l işâi ve in lem yeğibi'ş-şafak*, Kazan 1287.
- Muhammed Bahit el- Mutîi, *Risaletün fi beyani'l kütübi'lleti yuavvelü aleyha ve beyanu tabakati ulemai'l-mezhebi'l-Hanefî ve'r-reddi 'ala ibni Kemal Başa*, Dımeşk 2008.
- Seyyid Bey, *Medhal*, İstanbul 1333.
- Seyyid Nesib, *Ceride-i Adliyye*, sayı, 30; sayı, 31; sayı, 32.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Fıkhul-İslâmi fi sevbihi'l-cedid*, Dımeşk 1968.
- Zeydan, Abdülkerim, *el-Medhal li dirâseti'l-şerîati'l-İslâmiyye*, Bağdat 1976.