

Dârü'l-Funûn Hukuk Fakültesi Müderrisi Mehmed Nesîb Bey'in “Mecelle'nin Islahına Doğru” Makalesinin Hukukî Açıdan Değerlendirmesi*

İsmail BİLGİLİ 

Doç. Dr., NEÜ, AK İlahiyat Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Bölümü, bilgiliismail@hotmail.com, (Sorumlu Yazar /
Corresponding Author)

Makale Bilgileri	Öz
Makale Geçmişi Geliş: 04.05.2021 Kabul: 21.06.2021 Yayın: 23.06.2021	<p>Osmanlı dönemi hukukçularından Zeynelabidin zâde Ebu'l-Fazl Seyyid Mehmed Nesîb Bey Suriye/Humus'ta doğup İstanbul'da vefat etmiştir. Osmanlı Devleti mahkemelerinde hakimlik, Dârü'l-Funûn Hukuk Fakültesinde müderrislik ve Dârü'l-Hikmeti'l-İslâmiye'de üyelik gibi pek çok vazifede bulunmuş, hukuk alanında Fıkh-ı Hanefî'nin Esasâtı ve Kıyâs ve Deyne Müte'allik Mesâil, Daman-ı Menfa'at Meselesinde Hanefiyye ile Şafi'yyenin Münazara-i İctihadiyesi ve Müçtehidin-i Hanefiyeden Kemal İbn-i Hümâm'ın Galebe-i Gasıbdâ Menafî'in Ale'l-ıtlak Mazmûniyeti İle İftânın Lüzûmu Hakkındaki Kavîl gibi kitap ve makaleler yazmıştır. Mehmed Nesîb Bey'in Mecelle'nin Islahına Doğru makalesi, Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın 1. Sene Rumi Eylül 1332, Hicri Zilka'de 1334, Miladi Eylül 1916 Salı günü tarihli Hukuk-i Medeniye Tedkikatı bölümü altında yayımlanmıştır. Makalede, Mecelle'de ele alınan muamelat konularının kısmen tahlili yapılmakta, örfün muamelat hükümlerine tesiri üzerinde durulmaktadır. Makale, şartlı satım akdi konusunda ayrıntıya gidilmekte kısmen de faiz meselesi hakkında İslam hukukçularının neden farklı kanaatlere sahip olduklarına yer verilmektedir. Makale, Mecelle'ye olan ihtiyacı ortaya koymakla beraber, hukukçuların Mecelle üzerinde ıslah ve olgunlaştırma çalışmalarında bulunması gereğine de işaret etmektedir. Makale, her ne kadar Mecelle'nin daha fonksiyonel bir yapıya sahip olması amacıyla kaleme alındığı izlenimini vermekte ise de aslında İslam hukukunda ca'li şartlar olarak da bilinen satım akdinde ileri sürülen ilave şart veya şartların geçerli olup olmaması üzerine odaklanmaktadır. Makalede Mehmed Nesîb Bey'in hayatı ve eserlerine yer verildikten sonra Mecelle'nin yapısına ve ıslahına yönelik çalışmalara değinilerek makalede ele alınan konular hukuki açıdan tahlil edilecektir.</p>
Anahtar Kelimeler: Mecelle, Mehmed Nesîb, İslam Hukuku, Fıkh, Borçlar Hukuku	

Legal Evaluation of The Article “Towards The Reclamation Of Mecelle” by Mehmed Nesîb Bey, Professor Of The Faculty Of Law Of Daru'l-Funun

Article Info	Abstract
Article History Received: 04.05.2021 Accepted: 21.06.2021 Published: 23.06.2021	<p>Zeynelabidin zâde Abu'l-Fazl Sayyid Mehmed Nesîb Bey, one of the jurists of the Ottoman period, was born in Homs and died in Istanbul. He served many duties such as judge in the courts of the Ottoman Empire, as professor (muderris) in the Faculty of Law of Daru'l-Funun and membership in Daru'l-Hikmeti'l-İslamiye, and in the field of law, he wrote articles such as “the basis of Fiqh hanafi and the Mesail of Muqfah and the Muqtahid Hanafi Kemal Ibn Humam's Galebe-i Gasıbdâ Menafî's Ale'l-ıtlak Mazmuniye “in the matter of Daman-ı Menfaat (Transactions) and the need for ifta”. Mehmed Nesîb Bey's article “towards the reclamation of Mecelle” was published during 1st year of Mecelle dated on September 1332 Rumi, Zilkaide 1334 Hijri, on Tuesday, September 1916 Miladi (Gregorian Calender) under the section of law Medeniye Tedkikat. The article was written while Mecelle was still in force in the Ottoman Empire. In the article, the transactions issues discussed in Mecelle are partially analyzed, the effect of the customary transactions provisions is emphasized, especially the issues about why Islamic jurists have different opinions about the sale contracts and interest issues are explained together with their evidence. Although the article reveals the need for Mecelle, it also points out the need for lawyers to work on reclamation and maturation on Mecelle. In fact, the article seems to contribute to Mecelle having a more functional structure. The statement will focus on Mehmed Nesîb Bey's explanations for the rehabilitation of Mecelle and their legal value; their contribution to Mecelle will be tried to identified.</p>
Keywords: Mecelle, Mehmed Nesîb, Islamic Law, Fiqh, Law Of Obligations.	

Atıf/Citation: Bilgili, İ. (2021). Dârü'l-Funûn Hukuk Fakültesi Müderrisi Mehmed Nesîb Bey'in “Mecelle'nin Islahına Doğru” Makalesinin Hukukî Açıdan Değerlendirmesi, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s. 218-242.

Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. // This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



“This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). (CC BY-NC 4.0)”

* Bu makale 10-12 Nisan 2021 tarihinde Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.

GİRİŞ: Seyyid Mehmed Nesib Bey'in Hayatı ve Eserleri

Osmanlı dönemi hukukçularından Mehmed Nesib Bey, Hz. Peygamber'in (s.a.s) soyundan gelen seyitlerdendir. 1289/1873 yılında Suriye'nin Humus kentinde doğdu. Babası Mehmed Said Efendi (ö. 1916), dedesi de Rifaî tarikatından ve Humus Pazarbaşı medresesi müderrislerinden Aslan Efendi'dir. Dedesi Hz. Peygamber'in (s.a.s) torunlarından Ebu'l-Hasen Ali bin Hüseyin bin Ali bin Ebi Talib (ö. 94/712)'in otuz sekizinci batın evladıdır. Amcası, Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nda Nisan-Ağustos 1912 döneminde İttihat ve Terakki Partisinden Hama milletvekilliği yapan Seyyid Haşim Edip Bey'dir (ö. 1912).¹

Nesib Bey, rüştiye/orta okulu Humus'ta tamamladıktan sonra İstanbul'da özel muallimlerden Sarf, Nahiv, Me'ânî, Hadis, Fıkıh, Mantık dersleri aldı. Bir müddet Dârü't-Ta'lîm'e devam etti. Evkâf-ı Hümâyün Meclisi idaresi reisi Atıf Bey'den (ö. 1898) de ilim tahsil etti. Ayrıca İstanbul'da 1880 yılında Adliye Nezaretine bağlı olarak açılan Mekteb-i Hukuk-i Şahâne/Hukuk Fakültesi'nden de mezun oldu.²

Nesib Bey 1891 yılında, Dersadet Bidayet Mahkemesi kaleminde göreve başladı. 1895'te bu mahkemenin ikinci dairesinde Zabıt Kâtipliğine atandı. Haziran 1900 yılında Çanakkale Bidayet Mahkemesi Müdde-i Umumi muavini olarak tayin edildi. 1903 yılında da Çatalca Bidayet Mahkemesine ceza reisliğine atandı. Nisan 1905'te Dersadet Bidayet Mahkemesi Müdde-i Umumi muavini, Mart 1907'de aynı mahkemenin aza mülazimliğine tayin edildi. 1910'da İstinaf Mahkemesi aza mülazimliğine, Ağustos 1911'de Dersadet İkinci Ticaret Mahkemesi azalığına atanan Nesib Bey, 1914'te de Bidayet Mahkemesi azası oldu.³

Hukukçu kimliği yanı sıra müderrisliği ile de bilinen Nesib Bey, Beyazıt Dersi'âmı, Medâris-i Aliye Usûl-i Fıkıh müderrisliği, Dârü'l-Fünûn Hukuk Medresesi Medeni Hukuk Müderrisliği, Süleymaniye Medresesi Usûl-i Fıkıh müderrisliği görevinde bulundu. 1918 yılında da Dârü'l-Fünûn Fıkıh Usûlü Müderrisliğine tayin oldu. 3 Kanun-ı Evvel 1335/1919 tarihinde Medrese-i Süleymaniye Müderrisi iken Dârü'l-Hikmeti'l-İslâmiye üyeliğine atandı. 31 Teşrin-i Sâni 1338/ 21 Ekim 1922 tarihinde Dârü'l-Hikmeti'l-İslâmiye azalığından ayrıldı.⁴ 1924 yılında medreselerin kapatılmasıyla görevi sona eren Nesib Bey, geçirdiği rahatsızlık neticesinde 1 Kanunisani 1341 / 1 Ocak 1925 Cuma günü akşamı İstanbul'da vefat etti, Beylerbeyi İstavroz Bedevî Tekkesi türbesinde babası Seyyid Mehmed Saîd Efendi'nin yanına defnedildi.⁵

Nesib Bey'in risale ebatında bir kitabı ve farklı dergilerde yayınlanan birçok makalesi vardır. Kitabı, *Fıkh-ı Hanefî'nin Esasâtı ve Kıyâs ve Deyne Mûte'allik Mesâil* adını taşımaktadır. Nesib Bey kitabını Dârü'l-Hikmeti'l-İslâmiye üyesi iken yazdı. Kitap, Hanefî mezhebinin temel esasları ile muamelattan deyn/borç ile ilgili konuları kapsamaktadır. Kitap, biri usûl, diğeri de fûru olan iki kısımdır. Kitabın usul ilmiyle ilgili ilk bölümü hakkında hazırlanan makale, "Seyyid

¹ Osmanlı Arşivi, ŞD.Saîd, 25-4-3; DH.SAİDd. 0050; Albayrak, Sadık. *Son Devir Osmanlı Uleması (İlmiye Ricâlinin Terâcim-i Ahvali)*, I-V, İstanbul, 1981, C.IV, s.5.

² Osmanlı Arşivi, ŞD.Saîd, 25-4-3; DH.SAİDd. 0050; Albayrak, *Son Devir Osmanlı Uleması*, C.IV, s.15.

³ Osmanlı Arşivi, ŞD.Saîd, 25-4-3; DH.SAİDd. 0050; Albayrak, *Son Devir Osmanlı Uleması*, C.IV, s.16.

⁴ Albayrak, Sadık. "Dârü'l-Hikmeti'l-İslamiyye", *DİA*, C.VIII, s. 506-507; Albayrak, *Son Devir Osmanlı Uleması*, C.IV, s.16.

⁵ Baş, Derya. *Şeyh Ahmed el-Bedevî, Tarikatı ve İstanbul'da Bedevilik*, Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 408. Nesib Efendi'nin 4 Mart 1930 tarihinde İstanbul'da vefat ettiği de kayıtlarda mevcuttur. Albayrak, *Son Devir Osmanlı Uleması*, C. IV, s. 16.

Mehmed Nesib'in Hanefi Mezhebi Müdafaası" başlığı altında yayımlandı.⁶ Makalede ayrıntılı bilgi bulunmakla birlikte kitabın içeriği hakkında kısaca şu bilgilerin sunulması yararlı olacaktır. Zira bu kitabın yazılışı ile makaleye esas aldığımız yazısında hedef ve muhteva birliği bulunmaktadır.

Hanefi mezhebinin reyî çok kullanması, kıyas ve özellikle de istihsana yer vermesi ileri sürülerek mezhebe yöneltilen eleştirilere Nesib Bey, bu kitabıyla cevap verir ve bir anlamda Hanefi mezhebinin müdafaasını yapar. Nesip Bey bu eserini *Mecelle*'ye karşı yöneltilen birtakım eleştirileri bertaraf etmek amacıyla hazırladığını şu ifadeleriyle belirtir.

*"Son günlerde medeni kanunumuz olan Mecelle'nin ta'dili yani düzenlenmesi sebebiyle gerek Mecelle ve gerekse Mecelle'nin kaynağı Hanefi fikhî hakkında bazı gazetelerde çeşitli açıklamalar yayımlanmıştı. Yapılan yayımlar dikkat çekici ve izahı gerekli görüldüğünden bu açıklamada söz konusu olan noktalar hakkında gereken izahların yazılmasına girişildi."*⁷

Nesib Bey'in kitabında dile getirdiği bu eleştirilerden biri, dönemin Vakit gazetesinin Ekim 1920 yılında yayımlanan 1018 ve 1020 nolu sayılarında yer alır. "*Kânûn-i Medenimiz Nasıl Ta'dil Olunmalıdır?*" başlığı ile yayımlanan bu yazılarda *Mecelle* ile Avrupa kanunları arasında fark olmadığı iddiası ortaya atılır. Nesib Bey de bu iddiaları cevaplarırken Avrupa kanunları ile gerek *Mecelle* ve gerekse *Mecelle*'nin kaynağı olan Hanefi fikhî arasında esasta iki açıdan fark olduğuna dikkat çeker.⁸

Hanefi fikhinin gerek diğer fikhî mezheplerinden gerekse Avrupa medeni kanunlarından ayrıldığı ilk önemli esasın adalet, hakkaniyet, kamu yararından (maslahât-ı âmme) ziyade, Hanefi fikhinde mantiki kıyâsın kullanılması olduğunu belirtir. Hanefi fikhinde kullanılan mantiki kıyâsın, yerinde bir uygulama olduğunu da borcun ödenmesi meselesiyle şöyle açıklar.

*"Mantiki kıyâsa göre borç, alacaklının mülküne intikal ettirilmelidir. Çünkü borçlu, borcunu alacaklıdan başkasının mülküne intikal ettirmekle borçtan kurtulmuş olmaz. Hâlbuki borcun alacaklı dışında bir başkasının mülkiyetine intikali ile kamu yararını esas aldığımızda borcun ifasını geçerli görmek gerekirdi."*⁹

Nesib Bey eserinde Hanefi mezhebinde kıyâsa uygun olsa da kamu yararına aykırı görülen bazı mantiki neticelerin terk edilerek istihsan metoduyla daha elverişli hükümlerin elde edildiğine vurgu yapar ve bu tür hüküm elde etme metodunun Avrupa medeni kanunları hükümlerinin elde edilmesinde yer almadığını ifade eder. Nesib Bey kitabını neşrettiği 1921 yıllarında, *Mecelle*'nin tadili adıyla devam etmesi gereken düzenlemeler hakkında şu tespitte bulunur.

"Çalışmaların Mecelle'nin tadiline yönelik olması gerekirken eleştirel anlamda yapılan açıklamalarda Mecelle bırakılmakta, Mecelle'nin kaynağı olan Hanefi mezhebi ve mezhebin esasları hedef alınmaktadır. Bu sebeple Mecelle'de yer almayan bazı kaide ve konular ile özellikle

⁶ Bilgili, İsmail. "Seyyid Mehmed Nesib'in Hanefi Mezhebi Müdafaası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi (İHAD)*, C.XXVI, Konya, 2015, s. 483-522.

⁷ Seyyid Mehmed Nesib Efendi. *Fikh-ı Hanefi'nin Esasâtı ve Kıyâs ve Deyne Müte'allik Mesâil*, Şehzâdebaşı Evkâf Matba'ası, İstanbul, 1337/1339, s. 2.

⁸ Yusuf Ziya Bey. "Kanûn-i Medenimiz Nasıl Ta'dil Olunmalıdır?", *Vakit*, 9 Teşrin-i Evvel 1336, S. 1018, s. 2; "Kanûn-i Medenimiz Nasıl Ta'dil Olunmalıdır?", *Vakit*, 11 Teşrin-i Evvel 1336, S. 1020, s. 2.

⁹ Nesib, *Fikh-ı Hanefi'nin Esasâtı*, s. 3.

de kıyâs ve istihsan aleyhine gündem oluşturulmaya çalışılmaktadır. Hâlbuki yapılması gereken şeyin Mecelle'nin tadiline, ilk önce yürürlükteki medeni / borçlar kanununun dayandığı esasların tespit edilmesiyle başlanması, sonra da bunların yerine başka esasların konulmasının gerekip gerekmediğinin kararlaştırılması olmalıydı.”¹⁰

Nesib Bey kitabını, “İslam mezhepleri içerisinde ilk önce oluşan ve daha geniş kapsamlı olan Hanefî mezhebinin mantıklı kıyâsa verdiği önemin bilinmesi, bilenlerin de bunu insanlara açıklaması gerektiğine” katkı sağlamak amacıyla da yazdığını ifade eder.

Nesib Bey'nin bu eseri ile makaleye konu edindiğimiz “Mecelle'nin Islahına Doğru” yazısı arasında hem *Mecelle*'nin tadiline hem de Hanefî fihhının ortaya koyduğu ilkelerin hukukiliğine yer vermesi bakımından esasta bir yakınlık vardır.

Nesib Bey'in Osmanlı Devleti'nde Bâb-ı Meşîhât tarafından 1914-1922 yılları arasında İstanbul'da yayımlanan *Ceride-i İlmiye Dergisi*'nin son sayılarında dini meselelere dair sorulara verdiği cevaplar yanı sıra,¹¹ *Ceride-i İlmiyye, Beyânu'l-Hak, Dârü'l-Fünûn Hukuk Fakültesi, Sırat-ı Müstakim (Sebilü'r-Reşâd), Ceride-i Adliye* dergilerinde yayımlanan yirmi kadar makalesi de bulunmaktadır. Çoğu *Ceride-i İlmiyye* dergisinde yayımlanan ve bazıları seri yazı mahiyetinde olan makalelerinden tespit edebildiklerimiz şunlardır.

1. “Dindar ile Dinsizin Cem'iyet-i Beşeriyedeki Mevkîleri”¹²,
2. “Din-i İslam'da Milâd-ı İsa Aleyhisselat-u Vesselam Meselesi”¹³,
3. “Envâr-ı Şeri'ât”¹⁴,
4. “Hikmet-i Edyân”¹⁵,
5. “İctima'i Hayatımızda Cunûn Mevzulu Konferansa Mukabil”¹⁶,
6. “Keşfü'l-Hicâb”¹⁷,
7. “Meâli-yi İslamiye'den Bir Numûne ve İskolastika Mahiyeti”¹⁸,
8. “Sıyâm-ı Şehr-i Ramazân”¹⁹,
9. “Tasavvuf Tarihine Tenvîr P”²⁰,
10. “(Medeniyet, Müesses-i Medeniyet Olan İslamiyet, Ulum-ı İslamiyye) Ulema, Meslek-i İlmi”²¹,

¹⁰ Nesib, *Fıkh-ı Hanefî'nin Esasâtı*, s. 3.

¹¹ Yazıcı, Nesimi. “Ceride-i İlmiyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.VII, İstanbul, 1993, s. 407-408.

¹² *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Cemaziyelahir 1339, C. VI, S. 66, s. 2107-2110.

¹³ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Muharrem-Sefer 1341, C. VII, S. 78-79, s. 2579-2581.

¹⁴ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Sefer 1340, C. VII, S. 69, s. 2214-2222.

¹⁵ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Receb 1337, C. IV, S. 45, s. 1348-1368.

¹⁶ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Rebiülahir 1340, C. VII, S. 71, s. 2275-2295.

¹⁷ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Muharremü'l-Haram 1338, C. V, S. 49, s. 1538-1561.

¹⁸ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, 15 Cemaziyevvel 1338, C. V, S. 53, s. 1681-1689.

¹⁹ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Ramazan 1337, C. IV, S. 46, s. 1388-1407.

²⁰ *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul, Cemaziyelahir 1339, C. VI, S. 66, s. 2118-2124.

²¹ *Beyânu'l-Hak*, İstanbul 8 Kânûn-ı Evvel 1324, C. I, S. 12, s. 257-259.

11. "İ'câz-ı Kur'ân"²²,

12. "Mecellenin Islahına Doğru"²³,

13. "Daman-ı Menfa'at Meselesinde Hanefiyye ile Şafi'yye'nin Münâzara-i İçtihadîyesi ve Müçtehidîn-i Hanefiye'den Kemâl İbn-i Hümâm'ın Galebe-i Gasıbdı Menafi'in Ale'l-İtlak Mazmûniyeti İle İftânın Lüzûmu Hakkındaki Kavli"²⁴.

I. Mecelle ve Ta'dil Çalışmaları

Nesib Bey'in makalesinin değerlendirmesine geçmeden makalenin yazılma sebebi olan *Mecelle* ve ta'dili hakkında yapılan çalışmalara kısaca değinelim. Osmanlı Devleti'nde Tanzimat döneminden itibaren görülen ihtiyaca binaen kanunlaştırma sahasında esaslı çalışmalar yapılır. Bu çalışmaların başında borçlar hukuku ve kısmen de eşya ve şahıs hukuku hükümlerini düzenleyen *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* gelir. Batı'dan Fransız medeni kanununun alınmasındansa İslam hukukuna dayalı milli bir kanunun hazırlanması düşüncesiyle Divân-ı Ahkâm-ı Adliye²⁵ nâzırı Ahmed Cevdet Paşa'nın başkanlığında oluşturulan *Mecelle* Cemiyeti tarafından 1868-1876 yılları arasında hazırlanan *Mecelle*, İslam hukukunu özellikle de Hanefi fikhını esas alır. 1851 maddeden oluşan ve meselecî/ kazuistik metoda göre hazırlanan *Mecelle*, kanunlaştırma alanında diğer İslam ülkelerine de öncü ve örnek olur. İsviçre Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu tercüme edilerek 4 Ekim 1926 yılında yürürlüğe girmesiyle ilga edilen *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, müslümanların yaşadığı farklı ülkelerde 1977 yılına kadar uygulanır.²⁶

Mecelle'de görülen eksiklerin giderilmesi, günün ihtiyaçlarına cevap verecek hale getirilmesi düşüncesiyle özellikle 1916 yılından itibaren ciddi girişimlerde bulunulur. *Mecelle*'nin tam bir medeni/borçlar kanunu haline getirilmesi düşüncesinin de yer aldığı bu girişimler neticesinde 9 Mayıs 1916'da Adliye Vekaleti'nde bir komisyon toplanır. Komisyon gerektiğinde diğer fıkıh mezheplerinin görüşlerinden yararlanma esasını benimserken öte yandan şer'î hükümlere aykırı olmamak şartıyla başka hukuk sistemlerinden de istifade etmeyi ilke olarak kabul eder. Komisyon yaptığı çalışmalar sonunda *Mecelle*'nin bazı maddelerinin kaldırılmasını, yeni bazı maddelerin de ilave edilmesini teklif eder. Fakat komisyon çalışmalarını istenilen düzeyde tamamlayamaz ve *Mecelle*'de beklenen değişiklikler gerçekleşemez.²⁷

II. Makalenin Değerlendirmesi

Nesib Bey makaleye konu olan yazısını 1916 yılında *Mecelle*'nin tadili amacıyla kurulan komisyonun çalışmalarına başlamasından hemen sonra kaleme alır. Nesib Bey makalesinde, *Mecelle*'deki eksiklerin giderilmesi ve *Mecelle*'nin günün ihtiyaçlarına cevap verecek hale getirilmesi için yine *Mecelle* Cemiyeti'nin başlangıçta aldığı karar doğrultusunda hareket edilmesini yani Hanefi fikhının esas alınmasını teklif eder. Bu teklifini temellendirmek amacıyla

²² *Sırat-ı Müstakim (Sebilü'r-Reşâd)*, İstanbul, 28 Ağustos 1324, C. I, S. 3, s. 41-42.

²³ *Dârülfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, Eylül 1332, C. I, S. 4, s. 404-425.

²⁴ *Ceride-i Adliye*, Kısım-ı Gayr-i Resmi, No: 33, 19 Rebiu'l-Ahir 1329/5 Nisan 1327 Salı, Sene: 2, s. 1707-1713.

²⁵ Divân-ı Ahkâm-ı Adliye: Tanzimat döneminde kurulan ilk Osmanlı teyiz mahkemesidir. Özellikle Nizamiye mahkemelerinin verdiği kararları teyizen denetleme amacıyla kurulmuştur. Aydın, Mehmet Âkif. "Divân-ı Ahkâm-ı Adliye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C. IX, İstanbul, 1994, s. 387-388.

²⁶ Aydın, Mehmet Âkif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C. XXVIII, Ankara, 2003, s. 231-235.

²⁷ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", s. 234.

borçlar hukukundaki şartlı satışların geçerli olup olmayacağı konusundaki İslam hukukçularının farklı kanaatlerini delilleriyle makalesine taşır.

Nesib Bey makalesine *Mecelle*'nin hazırlanma gerekçesi üzerinde durarak başlar.

*"Fıkıh ilminden çağın ihtiyaçlarına göre her gün ortaya çıkan muamelatın uygulanmasına yeterli olabilecek hayırlı önemli bir çalışmanın vücuda getirilmesi heyete havale edildiğinden Divân-ı Ahkâm-ı Adliye dairesinde toplanarak fıkıhın muamelat kısmından çokça gerçekleşen ve çağın uygulamalarına göre gerekli olan kanunlar hakkında Hanefî mezhebinin önde gelen hukukçularının muteber görüşlerinden toplanarak konu başlıkları altında birkaç bölüme taksim ve ahkâm-ı adliye ismi verilmek üzere bir Mecelle düzenlenmesine hemen başlanmalı."*²⁸

Nesib Bey yazısına devam ederek *Mecelle*'yi hazırlayanların mazbatanın altıncı sayfasında da açıkça ifade ettikleri, *"Hükümlerin gerektiğinde islah edilmesi ve özellikle de zamanın ve şartların değişmesi ve gelişmesine bağlı olarak insanların da ihtiyaçları gözetilerek, Hanefî fakihlerin itibar edilen görüşleri doğrultusunda daha elverişli hale getirilerek hemen düzenlenmesi"*²⁹ kararına yer verir.

Nesib Bey, *Mecelle* heyetinin hükümlerin değişimi konusunda aldıkları bu karardaki iki hususa dikkat çeker. Bunlardan birincisinin, *"Fıkıh ilmi esas alınmak suretiyle her gün ortaya çıkacak yeni meselelerin çözümünü, asrın ihtiyaçlarını giderecek bir kanun metni hazırlanması"*, ikincisinin de *"Fıkıhın muamelat kısmında çokça gerçekleşecek meselelerin çözümünde Hanefî fakihlerin muteber görüşlerinden faydalanılması"*³⁰ olduğudur.

Mazbatada da ifade edildiği gibi buradan anlaşılan şudur ki, *Mecelle* aslında çağın ihtiyaçlarının Hanefî fıkıhı esas alınarak giderilmesi amacıyla hazırlanmış bir kanun metnidir. Nesib Bey, *Mecelle* heyetinin bu kararını önemser ve makalesini bunun tatbiki üzerine bina ederek şöyle der, *"Heyetin amacı fıkıh kitaplarında yer alan hükümlerin mutlak anlamda Türkçeye tercüme edilerek alınması değil, her gün ortaya çıkacak meselelere asrın ihtiyaçlarına göre cevap verecek kabiliyette muteber görüşlerin yer aldığı bir eserin tedvin edilerek meydana getirilmesidir."*³¹

Nesib Bey'e göre, *Mecelle* asrın ihtiyaçlarını giderme amacıyla hazırlandığı için yeni meselelere çözüm sağlayamadığı durumlarda maddelerinde gerekli değişikliğin yapılması zorunlu hale gelir ki, zaten bu kararın *Mecelle*'nin mazbatasında da kayıt altına alınmıştır. *"Mecelle hazırlanırken her ne kadar Hanefî fıkıh kitaplarındaki asrın ihtiyaçlarına cevap veremeyecek düzeydeki görüşlerin bırakıldığı, asra uygun olanların da seçilerek alındığı çok net aşikâr ise de artık Mecelle'deki bazı görüşlerin asra daha uygun hale getirilme ihtiyacı ortaya çıkmıştır ki bunların üzerinde durulacaktır."*³²

Nesib Bey'e göre, *"Mecelle'nin hukukçular tarafından hazırlanan ilk bölümü yürürlüğe girmeden önce sahasında uzman fakihler tarafından incelendiği gibi aslında insanların örf ve*

²⁸ Seyyid Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", *Dâru'l-Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Hukûk-i Medeniyye Tedkikâtı, Sene 1, S. 4, Eylül 1332, s. 404.

²⁹ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 404.

³⁰ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 404.

³¹ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 404.

³² Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 405.

adetlerine vakıf, onların ihtiyaçlarını bilen, otoriter bir bilim heyeti tarafından da incelenmesi gerekirdi ve bunun da göz ardı edilmemesi lazımdı. Zira bu ihtiyaç duyulan, gerekli bir uzmanlık alanıdır. Madem ki asıl hedef fıkıh kitaplarında bulunan görüşleri toplamak değil de asrın ihtiyaçlarına hizmet etmektir, öyleyse kanunların adalet ve hakkaniyet üzerine inşa edilmesi için hazırlanan bölümün bir diğer nüshası bu konunun uzmanlarına verilmesi gerekirdi.”³³ Nesib Bey'in bu teklifi, toplum uzmanlarından oluşan bilim heyetinin, kanunların yürürlüğe girmeden önce uygulanabilirliğini tespit etmesi ve neticede insanların toplumsal hayatı ile çıkarılacak kanunların bağlantısını sağlıklı bir şekilde kurulmasının sağlanmasına yöneliktir.

Nesib Bey makalesinde, kanunların insanların ihtiyaçlarına göre belirlenmesi gerektiğine değinerek, fıkıh kitaplarında açıkça şart koşulduğu gibi içtihat ve fetva için insanların örf ve adetlerinin bilinmesinin zorunlu olduğu ve bunun da ayrı bir uzmanlık alanı gerektirdiği kanaatine yer verir.

Nesib Bey'e göre bir ülkede yaşayan insanların bireysel ve toplumsal hayatına yönelik çıkarılacak kanunların uygulanabilir ve de sürdürülebilir olması, dikkat isteyen önemi büyük bir iştir. Bu büyük ve tehlikeli işi de sadece içtihat ehliyetine sahip hukukçulara yüklemek suretiyle çıkarılacak kanunlarla ülkede adalet ve hak tesis edilemez.

Nesib Bey yazısında kanunların insanların ihtiyaçları doğrultusunda belirlenmeli, onların örf ve adetleri göz önüne tutularak hüküm verilmeli görüşü üzerinde durmaya devam eder. “Bir ülkede kanun koyanların ilgili kanuna tabi olacak halkın ihtiyaçlarını, örf ve adetlerini bilmesi zorunlu bir durumdur. Aksi taktirde, onlar ki verir laf ile dünyaya nizâmât/ insanların ihtiyaçlarını hesaba katmadan sadece laf ile dünyaya düzen vermeye çalışırlar sözüne muhatap olurlar. Bu sebeple Mecelle metni ister içtihat edilerek ister mezhep içi usule uygun hüküm çıkarılarak isterse mezhepteki görüşlerden biri tercih edilerek hazırlansın, mutlaka insanların örf ve adetlerine elverişli olması gereklidir. Fıkıh kitaplarımızda da bu şekilde izah edilmektedir.”³⁴

Nesib Bey, örf ve adetlerin bilinerek hüküm verilmesi gerektiği kanaatini *Mebsut*, *Hidaye*, *Haniye*, *Sirâciye*, *Kınye*, *Eşbah*, *Bezzaziye* gibi Hanefi fıkıh kitaplarından ve Hanefi hukukçularından yaptığı alıntılarla destekler. Nesib Bey, Hanefi hukukçularının dinin ahkamına aykırı olmadıkça içinde buldukları beldenin örf ve adetine göre hüküm verdiklerini fiki konulardan seçtiği örneklerle de açıklar.

“Bir kimsenin Hanefi fıkıh kitaplarının tamamını ezberlese bile fetva vermesi için bir alime bağlanması gerekir. Zira Hanefi alimleri meselelerin çoğuna buldukları beldenin adet ve uygulamalarına göre cevap vermişlerdir. Binaen aleyh fetva verecek kişinin dinin esaslarına aykırı olmayacak husus hakkında bulunduğu belde ile zamanın ehlinin âdetine bakması gerekir, demişlerdir.”³⁵

Nesib Bey, fakihlerin ihtilaf sebeplerini örfün değişmesi, insanların durumlarına en uygun hükmün tespit edilmesi, hükmün açıkça uygulanabilir olması ve diğer görüşlere göre daha kuvvetli bulunmasına bağlar. Hatta fakihlerin, İmam Ebu Yusuf (ö. 182/798) insanlar arasında bulunup hallerini gözlemlediği için yargı konularında kendisinin görüşleriyle fetva verilmesi gerektiğini

³³ Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, s. 405.

³⁴ Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, s. 406.

³⁵ Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, s. 407.

söyler. İmam Muhammed'in (ö. 189/805) de boyacılar giderek aralarında geçerli olan uygulamaları sorup öğrendiği bilgisini paylaşır.

Nesib Bey konuyla ilgili fakihler arasında yaygınlaşmış “*Zamanın ehlini bilmeyen cahildir*”³⁶ cümlesine yer verir. Nesib Bey, Hanefi fakih İbn Abidin'in (1252/1836) örf ve adete itibar edilmesi konusunda nakledilen bütün kanaatleri aktardıktan sonra müftü ve hâkimin örf ve adeti terk ederek sadece fıkıh kitaplarında yer alan mezhebin zahir görüşü üzerinde donuklaşmasını, hukukun yok olması, toplumun haksızlığa uğraması olarak nitelendirdiğini aktarır.

Nesib Bey, *Mecelle* kararnamesinde ilke olarak kabul edilen “*örf ve adet ile çağın ihtiyacına göre hüküm verilmeli*” ilkesinin aslında fıkıh kitapları esas alınarak işletildiğini, bu konuda Hanefi mezhebinin zahir görüşünden uzaklaşmadığını mazbatadan da alıntı yaparak *bey' bi's-şart / şartlı satım akdi* örneği üzerinden genişçe izah eder.

“*Günümüzde yapılan alış-verişler genelde bazı şartlara bağlanmaktadır. Hanefî mezhebi akit anında ortaya konan çeşitli şartların çoğunu satım akdini ifsat edeceğini kabul ettiğinden satım akdi bölümünün en önemli konusu bey' bi's-şart/şartlı satım akdi kısmı olması hasebiyle Mecelle cemiyeti tarafından üzerinde uzunca durularak görüşmeler neticesinde ulaşılan sonucun özetle aşağıda yer aldığı gibi sunulması uygun görülmüştür.*

Bey' bi's-şart hakkında çoğu İslam hukukçularının görüşleri birbirine aykırıdır. Maliki mezhebinde kısa süreliğine, Hanbeli mezhebinde ise mutlak olarak satıcı kendisi için akit mahalli hakkında özel şart koşabilir. Fakat satıcıda bu yetkinin olup müşteride olmaması kıyasa aykırı görünür. İmam Azam (ö. 150/767) ile aynı asırda yaşadığı halde sonraları mensupları kalmayan müçtehitlerden İbn Ebî Leylâ (ö. 148/765) ve İbn Şübrüme (ö. 144/761) bile bu konuda biri diğerine tam anlamda farklı kanaate sahip olmuşlardır. Şöyle ki, İbn Ebî Leylâ'ya göre şartlı satım akdinde genel olarak akit ve şart fasit iken İbn Şübrüme'ye göre mutlak olarak hem akit hem de şart caizdir. İbn Ebî Leylâ mezhebi akitlerde şart koşmayı, “el-Müslimüne ‘inde şurûtihim / Müslümanlar şartlarına riayet ederler” hadisi şerifine aykırı görür. İbn Şübrüme mezhebi bu hadisi şerife tamamen uysa da satıcı ve müşteri tarafından geçerli olmayan şartların ileri sürülüp riayeti ise imkân nispetinde fakihler arasında kabul edilen şeylerden olması durumunda şarta uyulması meselesini tahsis / özelleştirme ve istisna kabul eder bir kaide olarak görür. Neticede şartlı satış hakkındaki görüşler câiz, müfsit ve lağv şeklinde üç kısıma ayrılmış olmaktadır. Şöyle ki satım akdinin gereği olmayan veya akdin gereğini desteklemeyip taraflardan birine faydasına olan şart müfsit ve bu şarta bağlanan akit de fasit olur. Taraflardan hiçbirine faydası olmayan şartla akid sahih, şart geçersizdir. Zira alış-verişten maksat temlik ve temellük konusu yani herhangi bir engel ve sıkıntı olmaksızın müşterinin mala, satıcının da semene sahip olmasıdır. Halbuki bir tarafa faydası olan şartın uygulamasını ilgili taraf isterken karşı taraf ise ondan kaçınarak çekişmeye sebep olabilir.”³⁷

Nesib Bey yaptığı alıntının ardından, mazbatada şartlı satım akdi konusunda özellikle fakihlerin uyarısına uyulduğu, asrın ihtiyaçları gözetilerek mezhebin zahir görüşü korunduğunu ifade ederek diğer görüşlere de yer verir. Nesib Bey'in makalenin devamında şartlı satım akdi

³⁶ Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, s. 408.

³⁷ Nesib, “Mecelle'nin Islahına Doğru”, s. 408-409.

hakkında delilleriyle beraber yaptığı ayrıntılı izaha geçmeden önce, konunun İslam hukuku açısından özellikle de Hanefî mezhebi merkezli genel bir değerlendirmeye tabi tutulması yararlı olacaktır.

Satım akdi esnasında ileri sürülen şart -ki buna ca'li şart³⁸ da denilmektedir- ve şart ile yapılan akdin geçerliliği İslam hukukçuları arasında tartışılmıştır. Zâhirîler, kısmen de Şâfi'iler oldukça katı davranarak naslarda yer almayan hiçbir şartı geçerli kabul etmezlerken, Mâlikîler ve özellikle de Hanbelîler oldukça müsamahalı davranarak naslara ve satım akdinin maksadına aykırı olmayan bütün şartların geçerli olacağını ileri sürerler. Hanefîler ise daha orta bir yolu benimseyerek halkın örf ve adetlerinde yer alan şartları geçerli, satım akdini de câiz görürler.³⁹

Hanefîler, bedeli daha sonra ödemek üzere yapılan vadeli satım akdini, akdin gereği olmayan şartların ileri sürülmesi olarak kabul edip kıyasa aykırı görürler. Çünkü akdin gereği, müşterinin akit konusu mala, satıcının da malın bedeline derhal sahip olmasıdır. Vadeli satım akdinde ise satıcı semene hemen sahip olamadığı için genel hükme göre akdin geçerli olmaması gerekir. Fakat Hanefîler, konu hakkında müdâyene ayetinin⁴⁰ bildirdiği özel hükme dayanarak vadeli satım akdini kıyasa aykırı olarak istihsân ile geçerli sayarlar.⁴¹

Hanefîler, "Hz. Peygamber, şartlı satışı yasaklamıştır"⁴² hadisi doğrultusunda akdin gereği olmayan, akde uygun kabul edilmeyen, genelde taraflardan birine özel faydası dokunan ilave şartları da sahih görmezler. Aslında bu bakış açısının bir neticesi olarak Hanefîler malın eve teslimi veya belli süre içinde tamirinin garanti edilmesi gibi insanlar arasında teâmül haline gelen özel şartları da sahih kabul etmemesi gerekirdi. Fakat bu tür uygulamaları insanların ihtiyaç duymaları sebebiyle istihsan metoduna binaen sahih ve geçerli kabul ederler.⁴³

Hanefîler şart muhayyerliği konusunda da aynı bakış açısına sahiptirler.⁴⁴ Ebû Hanife (ö.150/767), muhayyer olma şartını da kıyasa aykırı görür. Ona göre bu konudaki kıyas, "Hz. Peygamber (s.a.s) gararlı satışı yasakladı"⁴⁵ rivayetinin genel hükmüdür. Muhayyerlik şartı ise akdin varlık kazanmasında bir belirsizliğe yol açacağından garar,⁴⁶ bilinmezlik niteliği kazanır.

³⁸ Ca'li şart mükellefin akid vb. tasarruflarda ileri sürdüğü şartlardır. Bkz: Boynukalın, Mehmet. "Şart", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.XXXVIII, İstanbul, 2010, s. 364-365. Ca'li şart hakkında geniş bilgi için bkz: Samar, Mahmut. *İslam Borçlar Hukukunda Akitlerde Ca'li Şartlar*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Konya, 2015; Samar, Mahmut. *İslami Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi*, Kitap Dünyası Yayınları, İstanbul, 2019.

³⁹ Bardakoğlu, Ali. "Bey", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.VI, İstanbul, 1992, s. 13-19.

⁴⁰ "Ey iman edenler! Belirlenmiş bir vakte kadar borçlandığınızda onu yazın." Bakara 2/282.

⁴¹ Kâsânî, Ebû Bekr Alâuddîn b. Mes'ûd (ö.587/1191). *Bedâi'u's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, I-X, Beyrut, 2003, C.VII, s.23; İbn Nüceym, Zeynulâbidîn b. İbrahim, b. Muhammed (ö.970/1562). *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, I-IX, Beyrut, 1997, C.VI, s.140.

⁴² Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed b. Eyyub (ö.360/971). *el-Mu'cemu'l-Evsat*, Tah. Tarık b. Abdillâh b. Muhammed - Abdülmuhsin b. İbrahim el-Huseynî, I-X, Kahire, 1995, C.IV, s.335 (4361).

⁴³ Serahsî, Şemsu'l-eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl (ö.483/1090). *el-Mebsût*, I-XXX, Beyrut, 1989, C.XIII, s.15; Kâsânî, s.17; Burhânüddîn (Burhânü's-Şerî'a) Mahmud b. Ahmed b. Abdulazîz el-Buhârî el-Mergînânî (ö.616/1219). *el-Muhitu'l-Burhânî fi'l-fikhi'n-Nu'mânî*, Tah. Abdülkerîm Sâmi el-Cündî, I-X, Beyrut, 2004, C.VI, s.389-392; İbn Nüceym, s.140; Bilmen, Ömer Nasuhi (ö.1971). *Hukuk-ı İslamiyye ve Istulâhât-ı Fikhiyye Kâmusu*, I-VIII, İstanbul, 1970, C.VI, s.23.

⁴⁴ Serahsî, s.17.

⁴⁵ Ahmed b. Hanbel (ö.241/785). *Müsned*, I-VIII, Beyrut, 1997, C.V, s.500; İbn Mâce, Büyü' 23; Ebû Dâvud, Büyü' 25.

⁴⁶ Garar: Akdin, sonunun belli olmayacak derecede belirsizlik ve bilinmezlik içermesi durumudur. Serahsi, s.194.

Ancak Hz. Peygamber'in (s.a.s) alışverişlerinde sürekli aldanan Habban b. Münkîz (r.a) için, "Alışveriş yaptığın zaman "aldatma yok, benim için üç gün muhayyerlik vardır" de," buyurması,⁴⁷ konu hakkında özel bir hüküm bildirmesi neticesinde kıyasa aykırı olarak şart muhayyerliğini geçerli kılar.⁴⁸

Hanefilerin örfte uygulanan şartları akitler için de geçerli saymaları ile hadisin hükmünü örf ile ortadan kaldırmış olmamaktadırlar. Hanefiler bu yaklaşım ile taraflar arasında çıkması muhtemel anlaşmazlıkların önüne, örfteki uygulamalara cevaz vererek geçmekte, kıyası yani genel kuralı da örf sebebiyle terk ederek ilgili hadisi tahsis etmektedirler.⁴⁹

Hanefiler akitlerde ilave şartların sınırını dar tutsa da insanların itibar ettiği örfün, genel örf olmasını bile şart koşmadan geçerli görürler. Hanefilere göre belli bir esnaf grubu arasında teamül haline gelen veya belli bir bölgede uygulanan örf geçerlidir.⁵⁰

İslam toplumunda tatbik edilen örf ve adetin mutlaka şer'î bir delile dayanması veya en azından kesin bir delile aykırı olmaması gerekir ki muteber olsun ve bir hukuk kaynağı olarak uygulanabilsin. Ayrıca İslam hukukunda yasaklanan uygulamalar da asla örf kapsamına dahil edilerek geçerli sayılamaz. Hanefiler aslında insanlar arasında teamül haline gelen ve akit esnasında ileri sürülen şartların geçerliliğini, insanların ihtiyaçlarını gideren ve de önemli bir hukuk kaynağı olarak kabul edilen örfeye dayandırmış olmaktadır. Ayrıca önceki dönemlerde fıkıh ve fetva kitaplarında yer alan örneklerin dışında bir mesele, sonradan teâmül haline geldiğinde buna da itibar ederler. Neticede bir dönemde örf halini almadığı için fasit olarak değerlendirilen şartlar, akit yapan tarafları anlaşmazlık ve çekişmeye götürmediği sürece Hanefî fikhına göre geçerli kabul edilir.⁵¹

Hanefî dışındaki mezhepler ise, bu şartları zaten akdın gereğine uygun görerek geçerliliğini ilgili nasslarla temellendirirler.⁵²

Mecelle, şartlı satım akdi konusunu mazbatasında da karar altına aldığı gibi Hanefilerin görüşü doğrultusunda 188. maddesiyle kanunlaştırır.

"Müte'arif yani örf ve âdet-i beldede cârî (yürürlükte) olan şartla bey' (satım akdi) dahi (istihsanen) sahih ve şart mu'teberdir (geçerlidir). Mesela kürkü kaplamak, kilidi yerine mihlamak

⁴⁷ Buhârî, Buyu' 48; Müslim, Buyu' 48; Ebû Davud, Buyu' 66.

⁴⁸ Kâsânî, s.24.

⁴⁹ Merğînânî, *el-Hidâye*, C.III, s.49; Burhânüddîn el-Buhârî, *el-Muhitu'l-Burhânî*, C.VI, s.391; İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz ed-Dîmeşkî (ö. 1252/1836), *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebâr*, Tah. Muhammed Bekir İsmail, I-XII, Riyad, 2003, C.VII, s.286.

⁵⁰ Zerkâ, Mustafa Ahmed (ö.1999). *el-Medhalu'l-fikhiyyu'l-âm*, I-III, Dimeşk, 1998, C.II, s.925.

⁵¹ İbn Âbidîn, s.286.

⁵² Nevevî, Ebû Zekerîyya Yahya b. Şerîf (ö.676/1277). *el-Mecmu' şerhu'l-Mühazzeb*, Tah. Muhammed, Necib İbrahim el-Muti'î, I-IX, Cidde, tsz, C.IX, s.223; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Muhammed (ö.620/1223). *el-Muğnî*, Tah. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Turkî - Abdülfettah Muhammed, I-XV, Riyad, 1997, C.VI, s.322-323; İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahman (ö.795/1393). *Takrîru'l-Kavâid ve tahrîru'l-fevâid*, Tah. Ebû Ubeyde b. Hasan es-Selman, I-III, Kahire, tsz, C.I, s.451; Behûfî, Mansûr b. Yunus b. İdris (ö.1051/1641). *Keşşâfu'l-kına 'an metni'l-ikna'*, Tah. Muhammed Emin ed-Dinnâvî, I-V, Beyrut, 1997, C.II, s.495; Zuhaylî, Vehbe. *el-Fikhu'l-Mâlikiyyu'l-müeyesser*, I-IV, Dîmeşk, 2010, C.II, s.396; Haçkalı, Abdurrahman, *İslam Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Samsun, 1995, s. 74.

ve yurtuk elbiseyi yamamak şartıyla satmak sahîh olup bu şarta dahi bayi'in (satıcının) riayet etmesi lazım gelir."⁵³

Mecelle'yi şerh eden Ali Haydar Efendi (ö. 1935) bu maddenin açıklamasında konuyla ilgili Hanefî mezhebinin görüşüne şu şekilde yer verir.

"*Akdin muktezasından olmasa bile örf ve âdet gereği, insanlar arasında bilinen ve uygulanan şart ile satım akdi istihsanen geçerli, şart da muteberdir. Kıyasa göre de bu gibi şartlar fasit olmamalıdır. Çünkü taraflardan her birine faydası vardır. Şart, bilinir ve uygulanır olduktan sonra taraflar arasında çekişmeye de sebep olmaz. Şart uygulanır. Satım akdinin amacı olan mala sahip olma hali, çekişme ve niza olmaksızın gerçekleşir.*"⁵⁴

Nesib Bey, makalesinde *Mecelle*'nin hazırlanma amacının terk edilmediğini, Hanefî fihkî içinde muteber görüşlerden çağın şartlarına elverişli olanın alınarak kanun maddelerinin düzenlendiğini, fihkî kitaplarında ön plana çıkan zahir/açık görüşten de uzaklaşmadığını ifade ederek aslında *Mecelle*'nin ıslahına bile gerek olmadığını ihsas eder.⁵⁵ Nesib Bey, *Mecelle* cemiyetinin *Mecelle*'yi her ne kadar Hanefî fihkînin muteber görüşleri üzerine hazırladığını ifade etse de şartlı satım akdi konusunda ortaya konan görüşler hakkında genel ya da kısmen de olsa aslına uygun olmayan sözlerin *Mecelle* cemiyeti tarafından sarf edildiğini bunun neticesinde de *bey' bi'-şart* / şartlı satım akdinin iyice anlaşılması amacıyla makalesinde ayrıntılı olarak yer verdiğini belirtir.

"*Konuyu netleştirmek amacıyla, Mecelle cemiyetince şartlı satım akdi meselesi hakkında tercih edilmesi gerekli görüşün tespitinde mesele hakkında ileri sürülen farklı kanaatleri ve bunların dayandığı bütün rivayet ve esasları ve de bunlardan ne şekilde hüküm elde edildiği ayrıntılı olarak açıklanmalıdır. Binaen aleyh bu makalede zikredilen görüşler ile delilleri kısaca verildikten sonra ayrıntılı olarak açıklanacaktır.*"⁵⁶

Nesib Bey, konunun izahına Serahsi'nin (ö. 483/1090) *Mebhut*'unu, İbnü'l-Hümâm'ın (ö. 861/1457) *Fethu'l-kâdir*'ini, Seyyid Muhammed Murtazâ ez-Zebîdî'nin (ö. 1205/1791) *'Ukûdu'l-cevâhir*'ini ve İbn Rüşd'ün (ö.595/1198) *Bidâyetü'l-müctehid*'ini referans göstererek başlar. Atıfta bulunduğu fihkî kitaplarında şartlı satım akdinin İmamı Ebû Hanîfe'ye göre akit ve şartın fasit, İbn Şübrüme'ye göre akit ve şartın caiz ve İbn Ebî Leylâ'ya göre şartın fasit, akdin ise sahîh olduğu bilgisine yer vererek şu genel değerlendirmeyi yapar.

"*Akit ile şartın fasit olup olmaması açısından birbirlerine tamamen zıt görüşlere sahip olan İbn Ebî Leylâ ile İbn Şübrüme değil, İmam Ebû Hanîfe ile İbn Şübrüme'dir. İbn Ebî Leylâ ise bunların arasında orta bir görüş tercih etmiştir. "Müslümanlar şartlarına riayet ederler" hadisine aykırı olan İbn Ebî Leylâ'nın değil, Ebû Hanîfe'nin görüşüdür.*

İmam Şafi'î'ye (ö. 204/820) gelince, o yalnız köle satışındaki azat etme şartını istisna ederek şartlı satım akdini sahîh görüyor. Bunun dışındaki her türlü şartı ve akdi -Ebû Hanîfe'nin dediği gibi- fasit kabul ediyor. Maliki fihkî kitaplarından Minehu'l-celîl şerhi ile Bidâyetü'l-

⁵³ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, md:188.

⁵⁴ Ali Haydar Efendi (Küçük). *Dürrü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, I-IV, Üçüncü Baskı, İstanbul, 1330, C.II, s.295.

⁵⁵ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 408.

⁵⁶ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 409.

müctehid'de yer alan açıklamalara göre İmam Malik (ö. 179/795) de İmam Şafi'î gibi azat etme şartı ile ayrıca diğer bazı şartları istisna etmekte, onların dışındaki şartların fasit olduğuna kail olmaktadır. İmam Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855) ise Bidâyetü'l-müctehid'in açıklamasına göre ileri sürülen birkaç tane değil de sadece bir şart oldukça şart ile akdin caiz olduğuna, fakat şart birkaç tane olduğu takdirde akit ile şartların fasit olduğuna kail olmuştur. Binaen aleyh Mecelle mazbatasında şartlı satım akdi meselesindeki görüşlere ait açıklamalar, mevcut, elde bulunan ve bilinen esaslara uyum olmayıp nereden alındığı da belli değildir."⁵⁷

Nesib Bey, İslam hukukçularının görüşlerinin delillerini ve bunların hükme kaynak olma yönünü açıklayarak Ebû Hanîfe'nin kendisinin de rivayet ettiği Amr b. Şuayb hadisini, İbn Ebî Leylâ'nın Berîre hadisini ve İbn Şübrüme'nin de Câbir hadisini esas aldığını belirterek şu değerlendirmeyi yapar.

"Mecelle heyeti, dört mezhep imamının görüşlerini inceledikten sonra Ebû Hanîfe'nin rivayet ettiği Amr hadisini daha kuvvetli ve meşhur görmüşler, kararı da ona göre tespit etmişlerdir. Dört mezhep de aslında tamamen veya kısmen ilgili hadise istinat etmiştir. Yalnız yukarıda açıklandığı gibi ilgili hadisi İmam Malik azat şartı ile beraber diğer bazı şartlar hakkında Berîre ve Câbir hadisleriyle, İmam Şafi'î de azat şartı hakkında Berîre hadisi ile meseleyi özelleştirip tahsis ediyorlar.

İmam Ebû Hanîfe ise delil aldığı hadisi umumu üzere bırakıyor, tahsis etmiyor. İmam Ahmed de delil aldığı hadiste yer alan (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع / Hem veresiye hem satış helâl olmaz. Bir satışta iki şart da helâl değildir)⁵⁸ lafzı doğrultusunda hareket ediyor. Ayrıca Ebû Hanîfe ile Ahmed b. Hanbel yalnız Amr hadisini delil getiriyor, ondan başka hiçbir hadis ile amel etmiyorlar. İmam Şafi'î hem bu hadis ile hem de Berîre hadisi ile amel ediyor. İmam Mâlik ise hadislerin hiç birini diğerine tercih etmeyerek hadislerin aralarını cem ' etmek suretiyle her üçüyle de amel ediyor."⁵⁹

Nesib Bey, Ebû Hanîfe'nin sadece Amr hadisleriyle amel edip Berîre ve Câbir hadisleriyle amel etmemesinin sebebini, Amr'ın hadisinin genel hüküm ifade eden âmm olmasına, diğer hadislerin ise özel hüküm ifade eden hâs olmasına bağlıyor. Hanefilere göre âmm lafız, hâs lafız gibi hükme delaleti kesindir. Burada da âmm, hâsın hükmüne aykırıdır. Hâs, âmm lafızdan sonra gelmiş ise imkân nispetinde hâs, âmm lafzı nesh eder, ifade ettiği hükmü geçersiz kılar. Hâs lafız âmm lafızdan önce gelmiş ise âmm lafız, hâs lafzın hükmünü nesh eder. Hanefilere göre lafızların geliş tarihleri bilinmediğinde mümkünse her ikisi ile de amel edilir, mümkün değilse tercih sebebi aranarak biri diğerine tercih edilir. Burada da tercih sebebi vardır. Zira Amr hadisi yasaklayıcı ve engelleyici bir vasfa sahipken diğer hadisler serbest bırakıcı, mubah kılıcı bir vasfa sahiptirler. Lafızlardan biri serbestliğe, diğeri de yasaklığa delalet ettiğinde ihtiyaten yasaklayan lafız tercih edilir. Fıkıh usulünde yer alan kaide gereğince serbestlik ifade eden mubah hüküm, yasaklayıcı hüküm ifade eden nehiy ile geçersiz kılınır. Bu kaide Hanefilere göredir. Diğer mezheplere göre âmm ile hâs tearuz etmez. Çünkü hâs ile âmm aynı konuda geldiğinde hâs, âmmı beyan etmiş olur. Nesib Bey meseleyi biraz daha derinleştirerek Cabir hadisinde yer alan şartın akdin

⁵⁷ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 410.

⁵⁸ Ebû Dâvud, Büyü 70; Tirmizî, Büyü 19; Nesâî, Büyü 60, 71, 72; İbn Mâce, Ticârât 20.

⁵⁹ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 410-411.

başlangıcında bulunmadığını, dolayısıyla Hz. Peygamber ile Hz. Cabir arasında satım akdi gerçekleşmediğini kanaatini aktarır. Şâfi'î mezhebine göre âmm lafız, hâs lafız gibi manaya delaleti kesin değil, zannidir bilgisini aktaran Nesib Bey, bu durumda zaten hâs lafız, âmm lafız tahsis edeceğinden hâs lafız ifade eden Berîre hadisinin, âmm lafız ifade eden Amr hadisini tahsis ederek özelleştirdiğini bildirir.⁶⁰

Nesib Bey, Cabir hadisinin lafız bakımından da sıkıntılı olduğunu kitaplarda geçen senediyle aktarır.

"Fethu'l-kadir'de Taberânî'nin (ö. 360/971) Mu'cem-i Vasat'ından naklen Abdolvâris'e ulaşan senet ile Abdolvâris demiştir ki, "Mekke'ye geldim. Orada Ebû Hanîfe ile İbn Ebî Leylâ ve İbn Şübrüme'yi buldum. Satım akdinde şart ileri sürülmesi meselesini Ebû Hanîfe'ye sordum. O da her ikisi de bâtıldır, dedi. Ondan İbn Ebî Leylâ'ya giderek aynı soruyu sordum. O ise, satım akdi caiz şart batıldır dedi. Ondan İbn Şübrüme'ye giderek aynı soruyu sordum. O ise, her ikisi de caizdir dedi. Kendi kendime, "Subhânallâh! Irak fakihlerinden üç zât bir meselede ihtilâf ettiler" diyerek, Ebû Hanîfe'ye gidip meselenin esasını, iç yüzünü sordum. O da, "İbn Ebî Leylâ ile İbn Şübrüme'nin söylediklerini bilmem, bana Amr babası Şuayb'dan o da babasından naklen Hz. Peygamber'in (s.a.v) şart ile birlikte yapılan satım akdinden yasakladığını haber verdi. Şimdi hem şart hem de satım akdi bâtıldır" dedi. Bunun üzerine İbn Ebî Leylâ'ya gidip meselenin esasını, iç yüzünü sordum. O da, "Ben Ebû Hanîfe ile İbn Şübrüme'nin söylediklerini bilmem. Bana Urve'nin oğlu Hişâm babasından o da Hz. Âişe'den naklen Hz. Âişe'nin "Hz. Peygamber (s.a.v) Berîre'yi⁶¹ satın aldıktan sonra azat etmemi emretti" dediğini haber verdi. Şimdi bu durumda satım akdi câiz, şart ise bâtıldır. Onun ardından İbn Şübrüme'ye giderek meselenin esasını, iç yüzünü sordum. O da, "Ben onların söylediklerini bilmem. Bana Mis'âr b. Kîdâm, Muhârib b. Disâr'dan o da Câbir'den naklen Câbir'in "Ben Hz. Peygamber'e bir deve sattım ve Hz. Peygamber de devenin Medîne'ye kadar beni taşımamasını şart etti" dediğini haber verdi. "Şimdi bu durumda hem satım akdi hem de şart câizdir" dedi. Bu hadisi bu şekilde Hâkim (ö. 405/1014) de Ulûm-u Hadis kitabında rivayet etmiş ve Hâkim'in tarafından Abdulkhak(ö. 581/1185) da Ahkâm'ında zikredip hakkında bir şey söylemeksizin sessiz kalmıştır."⁶²

Nesib Bey, şartlı satış konusunu Hanefî fakihî İmam Serahsî'nin *Mebûsût*'undan ve Maliki fakihî İbn Rüşd'ün *Bidâyetü'l-müctehid* eserlerinden birer sayfa hacminde Arapça alıntı yaparak izaha devam eder. *Mebûsût*'tan yaptığı Arapça alıntının⁶³ tercümesi şu şekildedir.

"Bir kimse, satmamak, başkasına bağışlamamak şartıyla bir köle satın alsa bize (Hanefilere) göre bu akit fasittir. İbn Ebî Leylâ, satış caiz, şart geçersiz; İbn Şübrüme ise satış caiz, şart geçerlidir, der.

Abdolvahid b. Saîd'den nakledildiğine göre o der ki; "Hacca gitmiştim. Mekke'de Ebû Hanîfe'nin yanına girip ona şartlı satışı sordum. 'Satış fasittir,' dedi. Onun yanından çıktım İbn Ebî Leylâ'nın yanına girip ona aynı meseleyi sordum. 'Satış caiz, şart geçersizdir,' dedi. Hemen

⁶⁰ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 411.

⁶¹ Cariyedir.

⁶² Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 411-412.

⁶³ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 411-412.

ardından İbn Şübrüme'nin yanına girdim. Ona da aynı meseleyi sordum. 'Satış da şart da geçerlidir,' dedi.

Dedim ki, bunlar Kûfe fakihlerindedir. Bu meselede tam bir görüş ayrılığına düşmüşler. Onların her birine delilini sormadım. Sonra Ebû Hanîfe'nin yanına tekrar girip soruyu tekrar sordum. O da cevabını tekrarladı. Bunun üzerine, 'İki arkadaşın senden farklı görüş belirtiyorlar,' dedim. Ebû Hanîfe, 'Ne dediklerini bilmiyorum. Fakat Amr b. Şu'ayb'ın bana babasından, onun da dedesinden naklettiğine göre,

*"Hz. Peygamber (s.a.s) şartlı satışı yasaklamıştır,"*⁶⁴ dedi.

Sonra İbn Ebî Leylâ'nın yanına girdim. Ona da bunların benzerini söyledim. Dedi ki, 'Onun ne dediğini bilmiyorum. Ama Hişâm b. Urve'nin bana babasından, onun da Hz. Âişe'den rivayet ettiğine göre, Hz. Âişe, Berîre'yi satın almak istediğinde, Berîre'nin efendisi, ancak velâ⁶⁵ hakkı kendisinde kalmak şartıyla satışa razı oldu. Hz. Âişe bunu Hz. Peygamber'e (s.a.s) anlattı o da şöyle buyurdu;

*"Satın al ve velâ hakkının onlarda kalmasını kabul et. (Fakat şunu bil ki,) velâ, azat edene aittir."*⁶⁶ Sonra Hz. Peygamber (s.a.s) bir konuşma yaparak buyurdu ki;

*"Bazı insanlara ne oluyor da Allah'ın kitabında olmayan birtakım şartları ileri sürüyorlar. Allah'ın kitabında olmayan her şart hükümsüzdür. Allah'ın kitabı en doğru, Allah'ın şartı da en güveniliridir. Velâ hakkı da azat edene aittir."*⁶⁷

İbn Şübrüme'nin yanına girdim. Ona da bunların benzerini söyledim. Dedi ki, 'Onların ne dediğini bilmiyorum. Muharib b. Disâr'ın bana Ebû Zübeyr'den, onun Câbir b. Abdullah el-Ensârî naklettiğine göre;

*"Hz. Peygamber (s.a.s) bir savaşta Câbir'den dişi bir deve satın aldı, onun Medîne'ye kadar deveye binme şartını da kabul etti."*⁶⁸⁶⁹

Nesib Bey'in makalesinde *Bidâyetü'l-müctehid*'ten yaptığı Arapça alıntının tercümesi de şu şekildedir.⁷⁰

"Alimlerin bu satışlar hakkındaki ihtilâfları üç hadisi şerife dayanmaktadır. Bu hadislerden biri, Câbir'in, *"Hz. Peygamber (s.a.s), benden bir deve satın aldı ve Medîne'ye kadar deveye binme hakkını bana şart koştı,"*⁷¹ hadisidir ki, bu hadis *Sahih* 'te geçmektedir. İkinci hadis, Hz. Peygamber (s.a.s), *"Allah'ın kitabında bulunmayan hiçbir şart -yüz tane de olsa- geçerli değildir, batıldır"* buyurdu,⁷² mealindeki Berîre'nin hadisidir. Bu hadisin sıhhatinde ittifak edilmiştir.

⁶⁴ Ebû Dâvûd, Büyü' 68; Tirmizî, Büyü' 19; Nesâî, Büyü' 71.

⁶⁵ Velâ, mirasçı olma nedenlerindedir. Köleyi azat etmek gibi yapılan bir iyilik ya da akitten doğar.

⁶⁶ Buhârî, Büyü' 73; Müslim, Itk 8; Ebû Dâvûd, Itk 2; Nesâî, Talak 31; İbn Mâce, Itk 3.

⁶⁷ Buhârî, Büyü' 73; Müslim, Itk 8; Ebû Dâvûd, Itk 2; Nesâî, Talak 31; İbn Mâce, Itk 3.

⁶⁸ Müslim, Musâkât 109-116; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, s. 25.

⁶⁹ Serahsi, s. 13-14.

⁷⁰ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 413.

⁷¹ Müslim, Musâkât 109-116; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, C. IV, s. 25.

⁷² Buhârî, Büyü' 73; Müslim, Itk 8; Ebû Dâvûd, Itk 2; Nesâî, Talak 31; İbn Mâce, Itk 3; Mâlik, Itk, 10.

Üçüncü hadis de yine Câbir'in, "*Peygamber (s.a.s) mûhâkale,⁷³ müzâbene,⁷⁴ muhâbere,⁷⁵ muâveme⁷⁶ ve istisnâlı satışları yasakladı. Ancak arâyâyâ⁷⁷ izin verdi,"⁷⁸ mealindeki hadisidir. Bu hadis de *Sahih* 'te yer almaktadır. Hadisi *Müslim* tahric etmiş, kaydetmiştir. İmam Ebû Hanife'den, "*Hz. Peygamber (s.a.s) şartlı satışı yasakladı,"⁷⁹ diye rivayet edilen hadis de bu babdandır.**

İşte bu hadisler arasında bulunan çelişki/tearuz yüzünden alimler şartlı satışın cevazında ihtilâf etmişlerdir. Kimisi hem satış hem de şart fasittir demiştir ki, İmam Şafi'i ile İmam Ebû Hanife bunlardandırlar. Kimisi hem satış hem de şart caizdir demiştir ki, İbn Şübrüme bunlardandır. Kimisi de şart fasit fakat satış caizdir demiştir ki, İbn Ebî Leylâ da bunlardandır. İmam Ahmed ise eğer şart bir tane olursa caiz, birden çok olursa fasittir demiştir. Hem şartın hem satışın fasit olduğunu benimseyenler, şartlı satışı yasak eden hadisin umumuna dayanmışlardır. Her ikisini de caiz görenler Câbir'in birinci hadisini dayanak etmişlerdir. Satış caiz fakat şart fasittir diyenler de Berîre'nin hadisindeki umuma bakmışlardır. Bir şartı caiz görüp de birden çok şart için fasit diyenler de Ebû Davud'un (ö. 275/889) tahrir ettiği Amr b. Âs'ın, "*Hz. Peygamber (s.a.s), selef/selem (vade) ve bey' (aynı akitte birlikte) caiz değildir. Bir satışta iki şart, sorumluluğu üstlenilmeyen şeyin kârı ve yanında olmayan malın satılması da caiz değildir, buyurdu"⁸⁰ hadisi ile hüküm vermişlerdir.*

İmam Mâlik'e gelince, ona göre şart üç kısımdır. Bir kısmı hem kendisinin hem de satışın batıl olduğu; bir kısmı hem kendisinin hem de satışın caiz olduğu; bir kısmı da kendisi batılken satışın caiz olduğudur. İmam Mâlik'in sözlerinden bir dördüncü kısmın da bulunduğu sezilmektedir. O da öyle bir şarttır ki onu ileri süren kimse, şartında ısrar ederse satış batıl olur, şartından vaz geçerse satış caiz olur."⁸¹

Nesib Bey konu hakkında sunduğu ayrıntılı bilgilerden sonra, şartlı satım akdinin geçerli olup olmaması hususunda birbirine tamamen zıt olan iki fıkıhçının *Mecelle* mazbatasında da yazıldığı gibi İbn Ebî Leylâ ile İbn Şübrüme olmayıp Ebû Hanife ile İbn Şübrüme olduğunu, İbn Ebî Leylâ'nın ise bu konuda orta bir görüş sahibi olarak satım akdinin sıhhatine, şartın geçersizliğine kail olduğunu tespit eder.

"İşte şu tafsilât-ı bey' ile şartın cevâz ve adem-i cevâzı husûsunda yek diğere zıdd-ı tâm olarak re'-yi muhâlifde bulunan zevât mecelle mazbatasında muharrer olduğu gibi İbn Ebî Leylâ ile İbn Şübrüme olmayıp, Ebû Hanife ile İbn Şübrüme olduğunu ve İbn Ebî Leylâ ise ol bâbda mezheb-i mütevassıt sahibi olarak bey'in cevâz ve şartın butlânına kâil idiğini isbât eylemiştir."⁸²

⁷³ Muhâkale: Başağmdaki ekini, miktarını tahmin ederek belli miktardaki hazır buğday ile takas etmektir.

⁷⁴ Müzâbene: Ağaçtaki yaş meyveyi, miktarını tahmin ederek miktarı belli kuru meyve ile takas etmektir.

⁷⁵ Muhâbere: Araziyi, getireceği mahsulün bir kısmı karşılığında kiraya vermek veya bir kısmını sahibi için ekmektir.

⁷⁶ Mu'âveme: Beyu's-sinîn ile aynı manada olup bahçe sahibinin bahçesindeki bir veya daha fazla ağacın ya da ağaçların tümünün bir, iki veya daha fazla sene zarfında vereceği meyveyi önceden satmasıdır.

⁷⁷ Ariye meyvesi başkasına bağışlanmış hurma ağacıdır. Arâyâ da bir kimsenin hurma ağacının ağaçtaki meyvesini bir adama hibe edip kendisine hibe ettiği adamın o ağaçlarla ilgilenmesinin ağır gelmesi ve bu yüzden o ağaçtaki hurmayı tahmini misli kadar hurmayla değişmesidir.

⁷⁸ Müslim, Büyü' 81-85.

⁷⁹ Ebû Dâvûd, Büyü' 68; Tirmizî, Büyü' 19; Nesâî, Büyü' 71.

⁸⁰ Ebû Dâvûd, Buyu', 67-68; Tirmizî, Buyu', 19; Nesâî, Buyu', 60; İbn Mâce, Ticârât, 20.

⁸¹ İbn Rüşd, Ebû Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî (ö.595/1198). *Bidâyetü'l-müctehid ve Nihâyetü'l-muktesid*, I-II, Dokuzuncu Baskı, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1409/1988, C.II, s.159-160.

⁸² Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 414.

Nesib Bey'e göre, mazbatayı yazanlar Hanefî fıkıh kitaplarında satım akdi ile ileri sürülen şartların sahih, fasit ve lağv kısımlarına ayrıldığına dair mevcut bilgilere bakarak yanılmışlardır. Halbuki *Mebûsût*, *Hidâye* gibi Hanefî kitaplarında satım akdi ile şartın mutlak anlamda caiz olmadığı hükmü mezhebin esası olarak izah edildikten sonra üç kısmın başka sebep ve hikmetlere binaen kabul edildiği açıklanmıştır.

*"Mazbata-i mezkûreyi yazan zevât kütüb-i Hanefiye 'de bey'a mukârin olan şurûtuñ sahîh, fâsid, lağv kısımlarına munkasım olduklarına dâir olan tafsîlât ve izâhât-ı ma'lûmeye nazar ederek yanılmışlardır. Halbuki kütüb-i Hanefiye 'de ve ezcümle Mebsût'ta ve Hidâye 'de bey' ile şartın ale'l-utlâk adem-i cevâzi kaziyesi esâs-ı mezheb olarak temhîd edildikten sonra aksâm-ı selâse-i mezkûrenin başka esbâb ve hikmetlere binâen kabul edilmiş olduğu musarrah bulunmuştur."*⁸³

Nesib Bey, İbnü'l-Hümâm'ın, *Fethu'l-kadir*'de Ebû Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ ve İbn Şübrüme arasında geçen ihtilâfî anlatan Abdulvâris rivayetini zikrettikten sonra görüşlerin doğruluğunu ortaya koymak için şöyle dediğine yer verir.⁸⁴

"Bu rivayetten şart ile satım akdi meselesi hakkında her birinin özel delili olan üç görüş olduğu ortaya çıkmıştır. Bunların ele alınması gereklidir. Öncelikli olarak Amr hadisi tahsis edilir. İmam Şâfi'î zikredilen hadisi tahsis ederek şartlı satım akdinin yasak olmasından azat edilme şartı ile satım akdinin geçerli olacağını Berîre hadisine binaen istisna etti. Zira, Hz. Peygamber (s.a.s) zikredilen hadiste vela hakkından başkasını reddetmedi. Daha kesin olarak bu tahsis ve istisna meselesinin Ebû Hanîfe'den nakledilen bir rivayet olduğunu zikretmişti. *Mebûsût*'ta bu güzel görüşün Ebû Hanîfe'den rivayet edildiği yer alır. İmam Mâlik mezhebi üzere yazılan *Minehu'l-celîl* şerhinde de Hz. Peygamber'in, şartlı satım akdini yasakladığına dair Amr'ın dedesinden rivayet edilip Abdülhakk'ın *Ahkâm*'ında rivayet ettiği hadise dayanarak satım akdine zıt olan şart ile akdin fasit olduğu, fakat azat etmeyi geçerli kılma şartı ile yapılan akdin tıpkı Şâfi'î mezhebinde olduğu gibi Berîre hadisine binaen istisna edildiği aşikardır."

Nesib Bey açıklamalarına devamla İbnü'l-Hümmâm *Sahihân*'da bulunan Berîre hadisini ele alır.⁸⁵

"Hz. Âişe şöyle dedi; 'Berîre bana geldi ve dedi ki; 'Ben efendimle her sene bir okka⁸⁶ (kırk dirhem gümüş) ödemek şartıyla dokuz okkaya kitabet/ kölelikten azat edilme anlaşması yaptım, bana bu konuda yardım et.' Hz. Âişe 'Ben de kendisine dedim ki; 'Eğer efendin senin taksitlerini bir seferde ödememe ve senin velâ hakkının da bana ait olmak üzere seni hürriyetine kavuşturmama razı olursa dediğini yaparım.' Sonra Berîre efendisine giderek Hz. Âişe'nin dediğini aktardı. O da bunu kabul etmedi. Sonra Berîre efendisinin yanından Hz. Âişe'ye geldi. O esnada Hz. Peygamber (s.a.s) de evinde oturuyordu. Berîre Hz. Âişe'ye dedi ki, 'Ben efendime teklifini arz ettim, fakat onlar velâ hakkının kendilerinde kalması şartıyla kabul ettiler.' Hz. Âişe durumu Hz. Peygamber'e (s.a.s) ilettili. Hz. Peygamber (s.a.s) de şöyle buyurdu; *"Berîre 'yi (satın) al ve velânın da onlarda kalacağını şart koş (kabul et). Halbuki velâ sadece azat edene ait olur."*

⁸³ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 414.

⁸⁴ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 414.

⁸⁵ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 414-415.

⁸⁶ 1 okka = 6 ukıyye = 400 dirhem. Bkz: Kallek, Cengiz. "Okka", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 2007, C.XXXIII, s.338-339. Ukiyye Hz. Peygamber döneminde kullanılan 40 dirheme denk bir ağırlık ölçüsü birimidir. Bkz: Kallek, Cengiz. "Ukiyye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 2012, C.XLII, s.67-70.

Hız. Âişe de Hız. Peygamber'in (s.a.s) dediği gibi yaptı.⁸⁷ Hadis, mükâtep kölenin kabul ettiği taktirde satılmasına delil olup satılamayacağı görüşünde olanların kanaatlerini de iptal etmektedir. Hız. Âişe velâyı sadece bazı rivayetlerde bulunan 'Senden mükâtebliğini kaldırmak hoşuma gidiyordu' sözü için şart koşmuştu. Hız. Peygamber (s.a.s) şöyle demişti; "Velâ azat edenin hakkıdır." Hız. Peygamber (s.a.s) böylece Berîre'nin sahibinin ileri sürdüğü velâ hakkının kendilerinde kalma şartını da reddetmiş oldu. Hız. Âişe'nin Berîre'yi azat ettiği konusunda da bir ihtilaf yoktur," demiştir."

Nesîb Bey, İbnü'l-Hümâm'ın bundan sonra şöyle dediğine yer verir.⁸⁸

"Eğer bir kimse, 'Köleyi azat etsen de azadın geçersizdir' gibi hukuken helâl olmayan bir şart ileri sürerse akit bâtil olmayıp yalnız zikredilen şart bâtil olur. Çünkü bu şart geçersizdir. Koşulan şartın yürürlüğe girmesi mümkün değildir. İleri sürülen şart hiç zikredilmemiş gibi akit tamam olur. Çünkü buradaki şart, şart koşulan kimsenin takati dışındadır."

Nesîb Bey, İbnü'l-Hümâm'ın neticede şöyle dediğine yer verir.⁸⁹

"İmam Şâfi'î, her ne kadar Amr hadisini Berîre hadisi ile tahsis etse de Hanefilerin bu konuda tahsise katılmamaları, âmm lafız, hâs lafza aykırı olduğunda aralarında tercih sebepleri aranacağından, âmm olan lafız da akdi yasaklayıcı nitelikte iken Berîre hadisi ise mubah kılıcı mahiyettedir. Usul kaidesine göre de mubah kılan lafız, yasaklayan lafız ile hükümsüz olur. İbn Şübürme'nin delil getirdiği Cabir hadisine gelince, Cabir'in Medine'ye kadar taşınmasının istisnasına dair olan şart, akdin özüne ait değildir. Bunu İmam Şâfi'î de söylemiştir. Biz de hem bunu hem de âmm lafzın öncelenmesi gerektiğine dair kanaatimizi bu hadis hakkında da söyleriz."

Nesîb Bey konuyla ilgili hadisleri ele alarak tahlilleri genişletir, Cabir hadisi hakkında *Mebisût*'tan kısaca şu yorumu aktarır.

"Cabir'in Medine'ye kadar deveye binmesi satım akdinin şartı değildir. Hatta Hız. Peygamber ile Cabir arasında geçen olay hakikatte satım akdi olmayıp yolculuk esnasında iyi münasebet ve güzel arkadaşlık kabilinden bir şeydir. Zira Hız. Peygamber evvelâ deveyi Cabir'den satın alıp Cabir'in isteği üzerine Cabir'in Medine'ye kadar deveye binmesi şartını kabul etti. Cabir de şarta binaen Medine'ye kadar deveye bindi. Deveyi teslim için Mescid-i Nebevî'ye ulaşarak durumu Hız. Peygamber'e arz ettiğinde Hız. Peygamber'in devenin semeni olan 400 dirhemin Cabir'e geri verilmesini Bilâl'e emretti. Hız. Peygamber'in, "Semen ile deveyi al götür. Allah Te'âlâ her ikisini sana mübarek etsin" diyerek parayı ve deveyi Cabir'e iade ettiğini anlatan olay, devenin satılması hakkında Hız. Peygamber ile Cabir arasında bir akit gerçekleşmediğinin delilidir."⁹⁰

Nesîb Bey, Hanefilerin mutlak anlamda her türlü şartlı satışı yasaklayan hadisi âmm kabul ederek ve bu hadis ile de her türlü şartın akdi fasit kılacağı sonucuna vardıklarından Şafi'î mezhebinin delil getirdiği Berîre hadisi ile tahsise gerek görmediklerini izah eder. Hanefilerin hâs olan Berîre hadisindeki azat etme şartını, âmm olan hadisle geçersiz kabul ettiklerini, fakat akdin

⁸⁷ Buhârî, "Zekât", 61, "Büyü'", 67; Müslim, "İtk", 10-11.

⁸⁸ Nesîb, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 415.

⁸⁹ Nesîb, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 416.

⁹⁰ Nesîb, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 416.

gereği olan veya akdi destekleyen ya da taraflardan birine faydası olup örf halini alan şartla yapılan akdi geçerli kabul ettiklerini belirtir.⁹¹

*"Hanefilere göre aslında akdin gereği olan şart, hakikatte şart değildir. Çünkü bu şart zaten satım akdinin ifadesi ile aynıdır. Akdin gereği olan şart söylenmese bile akit mutlak anlamda gerçekleşmiş olur. Akdin gereği olmayıp da akde uygun ve onun gereğini destekleyen şart da akdin gereği olan şarta ilave edilir. Bu şartlar satım akdini ifsat etmeyip onu kuvvetlendirir. Bazı şartların geçerliliği üzerinde oluşan görüş birliği, icma sebebiyle reddedilmesi mümkün olmayan şerî bir delil ile sabittir. Semen veya malda vadenin, mutlak olarak satım akdinde de şart muhayyerliğinin şart koşulması gibi şartların geçerli olması bu kabildendir. Akdin gereği olmasa da taraflardan birine faydası olup örfte uygulanan şart da geçerlidir. Çünkü örf, kıyas üzerine hâkimdir. Şartın geçersizliğini ifade eden hadis, akitle hedeflenen maksattan çıkarılan çekişmeye sebep olma illeti ile sınırlandırılır. Akdin asıl amacı çekişmenin önüne geçmektir. Zira günlük işlemlerde satım akdi gibi sebeplerin meşru kılınmasından asıl maksat da taraflar arasında herhangi bir çekişmenin olmamasıdır. Örf de muhtemel çekişmeyi önlemektedir. Binaen aleyh örf hadisin anlamına uygun olmaktadır. Şu durumda akdin gereğinden olmayıp da taraflardan birine fayda sağlayan şartla satım akdi kıyasa göre fasit kabul edilmesi gerekirken örf binaen ve istihsân gereği caiz kılınmıştır. Nitekim ma'dûmun yani mevcut olmayan malın satımı olduğu halde istisnâ⁹² akdi, belli bir ücret karşılığında hamamda yıkanma örf binaen istihsân metodu ile geçerli kılınmıştır. Çünkü insanların âdetlerinin göz önüne alınmamasında açık bir meşakkat mevcuttur. Taraflardan birine faydası olup da henüz örf haline gelmeyen şart ise müfsittir. Zira bunda akit bedelinden ayrı bir fazlalık vardır. Binaen aleyh bu fazlalık faizi gerektirir. Ayrıca bu fazlalık sebebiyle taraflar arasında çekişme ortaya çıkar. Bu durumda satım akdi, muhtemel çekişmeden uzak kalır. Muamelatta sebeplerin meşru kılınmasından maksat da çekişmeyi önlemektir. Akdin gereği olmadığı gibi taraflardan birine de faydası dokunmayan şart ise akdi ifsat etmez. Zira burada korkulan çekişme yok olmuştur. Netice itibariyle faiz ve çekişme sebebi kalkmıştır."*⁹³

Nesib Bey, Hanefilerin delil olarak kullandıkları hadisi şiddetle savundukları halde icma veya örf ile kabul benimsenen şartları da geçerli saydıkları, ilgili hadisi ise icma ve örf sebebiyle terk ettiklerini ifade eder.

Hanefiler taraflardan herhangi birine faydası olmayan şartı, kıyasa göre fasit kabul ederken, çekişme ve faize neden olmaması yani yasaklanma sebebinin, illetin bulunmaması halinde de şartı geçerli sayıyorlar. Hanefiler burada kıyası tercih ederek hükme delaleti kesin olan ve yasaklama ifade eden âmm hadisi terk etmiş oluyorlar. Bu durum ise Hanefilerin benimsediği 'akitle ileri sürülen şart geçersizdir' kaidelerine aykırıdır. Bir de şartı bir taraftan ifsat edici görmedikleri halde diğer taraftan şartı geçersiz sayıyorlar. Taraflardan hiçbirine faydası

⁹¹ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 416-417.

⁹² İstisnâ Akdi: Bir eser meydana getirmek, imal etmek taahhüdünde bulunan kişi müteahhit ve bu eseri bir bedel yahut maddi bir değer karşılığında yaptıran kişi ise, iş sahibi olup, müteahhit ile iş sahibi arasındaki sözleşmeye de istisna akdi, eser sözleşmesi denir. (Kostaloğlu, Cengiz. *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İkinci Baskı, İstanbul, 1995, s.3). Eser sözleşmesini Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi aynen şu şekilde tarif etmiştir: "İstisna' bir akiddir ki, onunla bir taraf diğer tarafın vermeyi taahhüt ettiği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder."

⁹³ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 417-418.

olmadığı için çekişme ve faize de sebep olmayan şarta niçin itibar edilmiyor, şartın gereğine uyulmuyor. Mademki şarta itibar edilmemesinin sebebi çekişme ve faize sebep olması endişesiydi ve bu sebepler bulunmadığında da imkân nispetinde şarta uyulması gerekiyor idiyse öyleyse akit esnasında ileri sürülen şarta neden ilk başta itibar edilmiyor da şart geçersiz sayılıyor.

Taraflardan birine faydası dokunan fakat örf haline gelmeyen şartı çekişmeye sebep olur düşüncesiyle geçersiz sayıyorlar. Taraflardan birinin faydasına iken henüz teamül haline gelmeyen şartın çekişme sebebi olacağı iddiası da doğrulanmış, kesin değildir. Aslında akit esnasında şart koşularak kararlaştırılan hiçbir bir şey çekişme nedeni olmaz. Tam tersine şart koşulmayan ve meçhul kalan bir şey çekişme sebebi olur. Çekişme daima cehaletten oluşur yoksa şart ve açıklamakla hiçbir zaman çekişme ortaya çıkamaz. Akit esnasında ileri sürülen şartın çekişme sebebi olma ihtimali bulunsaydı, "Örf ile bilinen şey şart kılınmış gibidir", "Esnaf arasında bilinen şey aralarında şart koşulmuş gibidir", "Örf ile belirlenen şey başlangıçta açıklanarak tespit edilen gibidir" kaideleri sahih olmazdı. Bu kaidelerde örfün, beyan edilmek suretiyle şart kılınan kadar kendisine riayet edilmesi gerektiği ve bunun da çekişmeyi önleyici olduğu ifade edilmiştir. Bu kaideler üzerine Hanefî fıkıh kitaplarında birçok mesele tatbik edilmiştir. Binaen aleyh şart ve beyan, çekişmeye neden olması şöyle dursun tam tersine örften daha fazla uyulması gerekli ve çekişmeyi önleyicidir. Tarafların ileri sürdükleri şart ve yaptıkları sözleşmenin hükmü kendileri için özel bir kanun kuvvetindedir. Bunun çekişme sebebi olarak ifade edilemediği gibi tam tersine imkân nispetinde şarta uyulmalıdır."⁹⁴

"Hakikatte örf hakkındaki kaideler örfen bilinen bir şey, şart kılınmış gibi uyulması gereklidir. Hanefî kitaplarında taraflar örfen bilinene aykırı bir beyanda bulduklarında örfte itibar edilmeyeceği, meselâ ücret ile dikmesi örfen bilinen bir terzinin elbiseyi ücretsiz dikmeyi taahhüt edip de dikerse örfte binaen ücret isteyemeyeceği ve yine mutlak paralar örfün delâletiyle ülke parası olarak bilinirken, taraflar örfte yaygın olmayan bir başka para üzerine anlaştıklarında artık örfte göre hareket edilemeyeceği açıkça beyan edilmiştir."⁹⁵

Nesib Bey'in açıklamalarından da anlaşıldığı gibi Hanefî mezhebinde, insanların ihtiyaçları sebebiyle akit esnasında ileri sürülen ve üzerinde anlaşılacak şartların -ister örfte yer alsın ister yer almasın- geçerli kabul edilmektedir. Hanefî mezhebindeki bu esneklik, *Mecelle* mazbatasında yazılan karara da uygundur. Netice itibarıyla aslında Hanefî mezhebinin çağın ihtiyaçlarına binaen insanların benimseyip ileri sürdükleri şartların, İslam hukukunun temel prensiplerine aykırı olmadıkça geçerli olacağı aşikârdır ve bu sebeple başka bir mezhebin veya sistemin görüşlerinin alınmasına da gerek bırakmamaktadır.

Nesib Bey, Hanefî fakihî Zeyle'î'nin (ö. 743/1343) faiz ile fasit şartı mukayese ettiği görüşüne yer vererek fasit şart konusuna genişlik kazandırır.

"Malın mal ile mübadelesi olan her şey fasit şartlardan sayılarak bâtil olur. Malın mal olmayan şeyle mübadelesi veya bağış kabilinden olan şeyler fasit şart sayılarak bâtil olmaz. Zira fasit şartlar faiz konusuna ilgilidir. Faiz ise malların değişimine mahsustur. Malların değişimi dışındakiler ile bağış akitlerinde bulunmaz. Zira faiz, bedelin dışındaki fazlalıktan ibarettir. Fasit

⁹⁴ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 418.

⁹⁵ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 419.

şartın gerçeği ise akdin gereği veya akde uygun olmayan bir şeyin fazlalığıdır. Binaen aleyh akitte bedel dışındaki fazlalık ise aynen faizdir."⁹⁶

Nesib Bey'e göre Zeyle'î'nin, fasit şartların faiz konusu içinde ele alınması gerekir, fasit şartların akdin gereği veya akde uygun olmayan bir şeyin fazladan ilave edilmesi manasına geleceğinden, bu tür şartların bulunduğu akitte bedelden fazla olan kısmın doğrudan faiz olacağına dair görüşünün, Hanefilerin 'fasit şartlar ancak akdin gereği veya akde uygun olmadığı halde taraflardan birine özel faydası dokunan şartlardır' kanaatiyle örtüşmektedir.

"Fi'l-hakika Zeyle'î'nin şu ibaresi İbn Âbidîn hazretlerinin buyurduğu gibi kendi müdde'âsını te'yîd ediyor. Gerçi İbn Âbidîn buyû-i fâsideden ancak akdin muktezâsı veyahut mülâimî olmayıp da ehad-ı 'âkdeyne nef'i olan bir şartı mütezammın olmak hasebiyle fâsîd olan bey'in hükmen ribe'l-fadıldan ma'dûd olacağını iddia etmiş ve Zeyle'î ise bi'l-umûm şurût-i fâsidenin ribâ babından olduğunu ve şurût-i fâsidenin hakikati akdin muktezâsı veyahut mülâimi olmayan bir şeyin ziyâdeliği demek olup bu i'tibâr ile şurût-i mezkûrenin bulunduğu akitde 'ıvazdan hâlî fazla bulunmuş olacağını bu fazla ise bi'aynihi ribâ olacağını zikir eylemiş ise de 'inde'l-Hanefiyye şurût-i fâside ancak İbn Âbidîn'in dediği gibi akdin muktezâsı veyahut mülâimi olmayıp da ehad-ı 'âkideyne nef'i olan şartlardır. Binâen aleyh Zeyle'î'nin ibaresi İbn Âbidîn'in müdde'âsına muntabıktır."⁹⁷

Nesib Bey'e göre bu açıklamalar fasit şartların fazlalık faizinden sayılacağını ispat etmiş olamaz. Çünkü fazlalık faizinin tahakkuku için faizin illetinin bulunması gereklidir. Hanefiler her ne kadar bedelin dışında ödenen fazlalığı faiz olarak kabul ediyorlarsa onlara bu nass ile haram kılınan faizin hangi kısmıdır diye soru sorulur. Veresiye faizi midir yoksa fazlalık faizi midir? Kur'ân nassları veresiye faizini, sünnet de fazlalık faizini haram kılmıştır. Bu ikisinin dışında nass ile haramlığı sabit olmuş başkaca bir faiz yoktur. Şu husus dikkat çekicidir ki, malın üzerine belli bir miktar kâr ilave edilerek yapılan satışlarda da aslında sözleşme konusu malın semen mislinden fazla olan miktar, bedelden ayrı bir fazla demek olduğu ortada iken Hanefiler buna faiz demeyerek cevaz verdikleri halde şartlı satışta taraflardan birinin faydasına olan şartın bedelden ayrı bir fazla olduğunu söyleyerek faiz olduğunu iddia ediyorlar. *Fethu'l-kâdir*'de sözlü satım akdi ile kârlı satışın cevazı hakkında yazılı şu ibareler ilgili şartın cevazına delil olmaz mı? *"Mutlak anlamda satışın cevazıyla ilgili delil sabit olduktan ve tarafların karşılıklı rızası bulunduktan sonra bilinen şartlarla yapılan satım akdi için artık başkaca herhangi özel bir delile ihtiyaç duyulmadığı ortadadır. Ayrıca bilinen şartla yapılan satım akdinin geçerli olduğu da bilinmektedir.*"⁹⁸

Nesib Bey, *Mecelle*'yi yazan muhterem şahısların meselenin bu yönlerini ayrıntılı olarak düşündüklerini, neticede muamelata dair konular hakkında insanların ihtiyaçlarına en uygun olan görüşün İbn Şübrüme mezhebi olmadığını, bu sebeple de onu tercih etmediklerini gerekçeleri ile açıkladığına yer verir. Nesib Bey, İbn Şübrüme'nin, Ebû Hanîfe ile muasır, Kûfe fakihlerinden biri olduğunu, şartlı satım akdi meselesindeki kanaatinin sıhhatinde şüphe olmayan bir hadisi şerife dayandığını, bu hadisin de farklı görüş sahipleri tarafından bile ta'n edilmeyip kusurlu görülmediği ifade eder.

⁹⁶ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 421.

⁹⁷ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 421-422.

⁹⁸ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 422.

"Mecelle'yi yazan zevât-ı kirâm bu cihetleri mutâla'a etmişler ve bunca tevessü' ve tenevvü' etmiş olan mu'âmelât ve ihtiyâcât-ı nâsa evfak olan İbn Şübrüme mezhebini sathı esbâb-ı mûcibe serdiyle tercih etmediklerini beyân etmişler. İbn Şübrüme İmam Azam'ın mu'âsırı olan müçtehidin-i İslamiye'den ve fukahâ-yı Kûfe'den bir zâttır. Bey' bi's-şart meselesi hakkındaki mezheb-i mahsûsu ise sıhhatinde şek olmayan bir hadis-i Nebeviyyeye müsteniddir. Sıhhatine İbn Şübrüme'nin muhâlifleri olan Ebû Hanîfe, Şafi'î ile eimme-i sâireden hiç birisi ta'n etmemiştir."⁹⁹

Nesib Bey, İbn Şübrüme'nin delil aldığı Cabir hadisine tekraren yer verdikten sonra şu değerlendirmeyi yapar.

"Cabir hadisine göre Hanefilerin iddia ettiklerinin aksine şartlı satım akit başlangıçta gerçekleşmiş, Medine'ye varıldıktan sonra Hz. Peygamber (s.a.s), akdin konusu deve ile semeni Cabir'e ihsanda bulunarak iade ettiği konusunda gayet açıktır. Binaen aleyh Mecelle cemiyetine göre insanların ihtiyaçlarını gidermek için bu hadise dayanan İbn Şübrüme görüşünün tercih edilmesinde hiçbir sakınca yoktu. Bu görüş de şer'an yasak ve haram olan şartla satışın cevazını içermeydi veya Hanefi hukukçularından İbnü'l-Hümâm'ın yukarıda zikrettiği kanaati göz önüne alınmalıydı. Üç görüşün değerlendirilmesi esnasında şer'an yasak ve haram olan şartın dışındaki her türlü şart ile satım akdi sahihtir denilseydi olurdu. Bunun için uzunca düşünmeye gerek dahi yoktu. Özellikle İbnü'l-Hümâm gibi sağlam, büyük bir hukukçunun içtihadıdır. İbnü'l-Hümâm'ın yukarıdaki içtihadı ile hiç şüphe duymadan amel edilebilirdi."¹⁰⁰

Nesib Bey bu kanaatini desteklemek amacıyla İbnü'l-Kayyim'in (ö. 751/1350) *İ'lâm'ul-muvakkı'in* adlı kitabının ikinci cildinin otuz dördüncü sayfasında yer alan şu izaha yer verir.

"Cumhura göre bir şart veya akit ya da muamele hakkında kanun koyucu yasak getirmediği şartlarda asıl olan sıhhattir. Doğru olan bakış açısı da budur. Zira muamelatın batıl olduğuna hükmetmek onların haram oluşuna ve günah sebebi olduğuna hükmetmek demektir. Halbuki bilinmektedir ki, Allah ve Rasulü'nün haram kıldığı şeyden başka haram olmadığı gibi farz kıldığından başka da farz yoktur. Emredildiğine dair delil sabit olana kadar ibadetlerde asıl olan batıl hükmüdür. Haram ve bâtil olduğuna dair delil sabit olunca akitlerde ve muamelatta asıl olan ise sıhhattir. Akit, şart ve muamelat haram kılınuncaya kadar mubahtır. Buna göre kanun koyucunun hakkında hüküm koymadığı hiçbir şart, akit ve muamele hakkında haram hükmü verilemez. Zira hakkında hüküm verilmeyen şeylerin mubah olduğuna dair açık naslar vardır. Kanun koyucu akit ve sözleşmelerin tamamına riayet edilmesini "ياايهاالذنين آمنوا افوا"¹⁰¹, "واوفوا بالعهد"¹⁰², "ياايهاالذنين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر"¹⁰⁴, "والموفون بعهدهم اذا عاهدوا"¹⁰³, "والذنين هم لأماناتهم وعهدهم راعون"¹⁰², "بالعقود"

⁹⁹ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 422.

¹⁰⁰ Nesib, "Mecelle'nin Islahına Doğru", s. 423-424.

¹⁰¹ "Sözünüze riayet edin, gereğini yerine getirin." İsrâ 30/34.

¹⁰² "Akitlerin gereğini yerine getirin." Mâide 5/1.

¹⁰³ "Onlar emanetlerini ve sözlerini yerine getirirler." Mü'minun 23/8.

¹⁰⁴ "Anlaşma yaptıklarında verdikleri sözleri yerine getirirler." Bakara 2/177.

”¹⁰⁵مقتا عندالله ان تقولوا مالاتفعلون“¹⁰⁶, ”بلى من اوفي بعهدده واتقي فان الله يحب المتقين“¹⁰⁷, ”ان الله لا يحب الخائنين“¹⁰⁷ ayetleriyle emir buyurmuştur.”¹⁰⁸

Nesib Bey, İbnü'l-Kayyim'in konu hakkında aktardığı hadislerden özellikle dikkat çeken birkaç tanesine yer vererek makalesini tamamlar.¹⁰⁹

SONUÇ

İslam hukuku alanında kitap ve makaleleri olan Dârü'l-Funûn Hukuk Fakültesi müderrislerinden Zeynelabidin zâde Ebu'l-Fazl Seyyid Mehmed Nesib Bey, Osmanlı dönemi hukukçularındandır. Nesib Bey, çalışmamıza konu olan *Mecelle'nin Islahına Doğru* makalesini *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'de görülen eksiklerin giderilmesi, *Mecelle*'nin tam bir medeni / borçlar kanunu haline getirilerek hükümlerin günün ihtiyaçlarına cevap verecek seviyede tutulması amacıyla 9 Mayıs 1916 tarihinde Adliye Vekaleti'nde toplanan komisyonun çalışmalarından birkaç ay sonra kendi kanaatlerini paylaşarak bu amaca katkı sağlamak düşüncesiyle kaleme alır. Makaleyi Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın Eylül 1916 Salı günkü nüshasında yayımlatır.

Nesib Bey makalesine Osmanlı Devleti'nde yürürlükte olan *Mecelle*'nin Hanefi fihkî esas alınarak hazırlanan bir kanun metni olduğunu, mazbatada yer alan bilgileri aktararak başlar. Makalesini, Hanefi fihkinin -*Mecelle* mazbatasında da yer aldığı gibi- çağın ihtiyaçlarını gidermeye elverişli, muteber görüşlerden meydana geldiği ana fikri üzerine oturtur. Nesib Bey makalesini bu ana fikir doğrultusunda *Mecelle*'nin daha fonksiyonel bir yapıya sahip olması amacıyla kaleme aldığını bunu da İslam hukukunda ca'li şartlar olarak bilinen satım akdinde ileri sürülen ilave şart veya şartların geçerli olup olmaması üzerine bina eder. Konuyla ilgili özellikle Ebû Hanîfe, İbn Ebî Leylâ ve İbn Şübrüme'nin görüşlerini delilleriyle birlikte fihkin usul ve furu ilmini esas alarak sunar. Şartın geçerli olup olmayacağı konusunda da kanun koyucunun genel ilkeleri içinde kaldığı müddetçe çağın ihtiyaçlarına ve insanların teamülüne göre hüküm verileceği sonucuna varır.

Nesib Bey makalesinin önemli bir kısmını, kanunların insanların ihtiyaçlarına göre düzenlenmesi gerektiğine, bu sebeple toplumun örf ve adetleri göz önüne alınmadan hazırlanan kanun metninin başarısız olacağına ayırır. Nesib Bey hazırlanan kanun metninin yürürlüğe girmeden toplumun örf ve adetlerine vakıf, ihtiyaçlarını bilen sahasında uzman, otoriter bir bilim kurulu tarafından da incelenmesi gerektiği teklifinde bulunur. Bir hukukçunun toplum ile hukuk arasındaki ilişkinin hukuk sosyolojisi esaslarına binaen sağlıklı bir şekilde kurularak kanun metninin hazırlanması teklifi, makalenin satır aralarında kalan önemli bir ayrıntıdır. Nesib Bey, aslında İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in bu anlamda hukuk sosyolojisi kurallarına göre hareket ettiğini verdiği örneklerle de ortaya koyar.

Nesib Bey, şartlı satım akdinin alanının Hanefi fihkî esas alınarak günün ihtiyaçları ve insanların uygulamaları doğrultusunda tarafların rızası ile ve de kanun koyucunun belirlediği

¹⁰⁵ ”Yapamayacağınız şeyleri söylemeniz, Allah katında sevilmeyen bir şeydir.” Saf 61/3.

¹⁰⁶ ”Hayır (onların dediği gibi değil)! Her kim sözünü yerine getirir ve kötülükten sakınırsa bilsin ki Allah sakınanları sever.” Âl-i İmrân 3/76.

¹⁰⁷ ”Allah hainleri (sözünde durmayanları) sevmez.” Enfâl 8/58.

¹⁰⁸ Nesib, ”Mecelle'nin Islahına Doğru”, s. 425.

¹⁰⁹ Nesib, ”Mecelle'nin Islahına Doğru”, s. 425.

esaslara aykırı olmadan genişletilerek geçerli kabul edileceği yorumunda bulunur. *Mecelle*'yi düzenleyenlerin de şartlı satım akdi meselesinde Hanefî fikhını esas aldıklarını, muamelat ile ilgili konular hakkında insanların ihtiyaçlarına en uygun olan görüşün İbn Şübrüme mezhebi olmadığını, bu sebeple de onu tercih etmediklerini gerekçeleri ile açıkladığına yer verir.

Nesîb Bey *Mecelle* heyetinin tespit ettiği gibi akit ile şartın fasit olup olmaması açısından birbirlerine tamamen zıt görüşlere sahip olan İbn Ebî Leylâ ile İbn Şübrüme olmadığını, birbirine tam olarak aykırı kanaatte olanın İmam Ebû Hanîfe ile İbn Şübrüme olduğu düzeltmesini yapar. İbn Ebî Leylâ'nın ise akdin geçerli şartın ise geçersiz olduğu kanaatiyle bu iki görüş arasında daha orta bir yol tercih ettiğini belirtir.

Nesîb Bey makalesinde faiz ile satım akdinde fazladan ileri sürülen şartı da karşılaştırarak değerlendirir. Hanefî hukukçusu Zeyle'î'nin fasit şart ile fazlalık faizinin benzerliği konusundaki görüşüne yer verdikten sonra yaptığı hukuki tahlilde her ne kadar fasit şart ile faiz sebebi olan fazlalık, Hanefî fikhına göre bir açıdan benzemekte ise de bu durum, fasit şartın fazlalık faizi gibi sayılmasını ispat edemeyeceğini belirtir. Nesîb Bey, akitte ileri sürülen her fazlalığın faiz gibi değerlendirilip fasit şart olarak kabul edilmesinin doğru olmadığını, aksi taktirde satıcının murabaha akdinde malın üzerine semenden ilave ettiği kısmın da geçersiz kabul edilmesi problemine neden olacağını ifade eder. Halbuki Hanefî fikhında, tarafların belli bir kâr ilave edilen ve tarafların karşılıklı rızası ile yapılan murabaha akdinin geçersizliğine dair hiçbir görüş bulunmadığını *Fethu'l-kâdir*'den yaptığı alıntılarla ispat eder.

Makale, ca'li şart konusunu usul ve furu açısından ayrıntılı olarak ele alarak hüküm elde etmede gerekli bakış açısını, hukukçuların delilleri değerlendirme mototlarını, lafızların umum ve husus ifade etmesinin hükme tesirini ortaya koyan güzel bir ders örneği mahiyetine de haizdir.

Nesîb Bey makalesinin sonunda Hanefî fikhının satım akdinde cevaz verdiği şartların sadece insanlar arasında örf ve adet haline gelmiş uygulamalarla sınırlı kalmaması gerektiğini, kanun koyucu tarafından yasaklanmamış olması şartıyla taraflara fayda sağlayan ve üzerinde anlaşılabilir her şartın akit esnasında ileri sürülebileceğini ve böylece şartların alanının biraz daha genişletilmesinin yerinde olacağını ifade eder. Nesîb Bey aslında bu yaklaşımın Hanefî hukukçusu İbnül Hümmam tarafından da savunulduğunu fikh kitaplarından yaptığı alıntılarla açıklamakta, kendi kanaatinin de bu doğrultuda olduğunu ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

- Ahmed b. Hanbel (ö.241/855). *Müsned*, I-VIII, Beyrut, 1997.
- Albayrak, Sadık. *Son Devir Osmanlı Uleması (İlmiye Ricâlinin Terâcim-i Ahvali)*, I-V, İstanbul, 1981.
- Albayrak, Sadık. "Dâru'l-Hikmeti'l-İslamiyye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul 1993, C.VIII, s.506-507.
- Ali Haydar Efendi (Küçük). *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, I-IV, Üçüncü Baskı, İstanbul, 1330.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 1994, C. IX, s.387-388.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, Ankara, 2003, C. XXVIII, s.231-235.
- Bardakoğlu, Ali. "Bey'", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 1992, C.VI, s.13-19.
- Baş, Derya. *Şeyh Ahmed el-Bedevî, Tarikatı ve İstanbul'da Bedevilik*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2006.
- Behûtî, Mansûr b. Yunus b. İdris (ö.1051/1641). *Keşşâfu'l-kına 'an metni'l-ikna'*, Tah. Muhammed Emîn ed-Dinnâvî, I-V, Beyrut, 1997.
- Bilgili, İsmail. "Seyyid Mehmed Nesib'in Hanefî Mezhebi Müdafaası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi (İHAD)*, C.XXVI, Konya, 2015, s.483-522.
- Bilmen, Ömer Nasuhi (ö.1971). *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, I-VIII, İstanbul, 1970.
- Boynukalın, Mehmet. "Şart", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 2010, C.XXXVIII, s.364-365.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail (ö. 256/869). *el-Câmiu's-sahîh*, I-VIII, İstanbul, 1981.
- Burhânüddîn (Burhânu's-Şerî'a) Mahmud b. Ahmed b. Abdulazîz el-Buhârî el-Mergînânî (ö.616/1219). *el-Muhitu'l-Burhânî fi'l-fikhi'n-Nu'mânî*, Tah. Abdulkerîm Sâmi el-Cündî, I-X, Beyrut, 2004.
- Ebû Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî (ö. 275/888). *es-Sünen*, Tah. Şuayb Arnavut - Muhammed Kâmil, I-VI, Dimeşk, 2009.
- Haçkalı, Abdurrahman. *İslam Hukukunda Satım Akdiyle İlgili Şartlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Samsun, 1995.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz ed-Dimeşkî (ö. 1252/1836). *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebâr*, Tah. Muhammed Bekir İsmail, I-XII, Riyad, 2003.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Muhammed (ö. 620/1223). *el-Muğni*, Tah. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Turkî - Abdülfettah Muhammed, I-XV, Riyad, 1997.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvîni (ö.273/886). *es-Sünen*, Tah. Şuayb Arnavut, Beyrut, 2009, I-V.
- İbn Nuceym, Zeynulâbidîn b. İbrahim, b. Muhammed (ö.970/1562). *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, I-IX, Beyrut, 1997.
- İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahman (ö.795/1393). *Takrîru'l-Kavâid ve tahrîru'l-fevâid*, Tah. Ebû Ubeyde b. Hasan es-Selman, I-III, Kahire, tsz.
- İbn Rüşd, Ebû Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî (ö.595/1198). *Bidâyetü'l-müctehid ve Nihâyetü'l-muktesid*, I-II, Dokuzuncu Baskı, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1409/1988.

- Kallek, Cengiz. "Okka", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 2007, C.XXXIII, s.338-339.
- Kallek, Cengiz. "Ukiyye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 2012, C.XLII, s.67-70.
- Kâsânî, Ebû Bekr Alâuddîn b. Mes'ûd (ö. 587/1191). *Bedâi' u's-sanâi' fî tertîbi'ş-şerâi'*, I-X, Beyrut, 2003.
- Kostaloğlu, Cengiz. *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İkinci Baskı, İstanbul, 1995.
- Müslim b. Haccac, Ebu'l-Hüseyn el-Kuşeyrî (ö. 261/874). *el-Câmiu's-Sahîh*, Tah. Muhammed Fuad Abdülbâki, I-V, Beyrut, tsz.
- Nesâî, Ebû Abdîrrahman Ahmed b. Şuayb (ö.303/915). *es-Sünenü's-suğrâ (el-Müctebâ mine's-sünen)*, Tah: Abdülfettâh Ebû Gudde, I-VIII, Halep, 1996.
- Nevevî, Ebû Zekerîyya Yahya b. Şerîf (ö. 676/1277). *el-Mecmu' şerhu'l-Mühazzeb*, Tah. Muhammed, Necib İbrahim el-Muti'î, I-IX, Cidde, tsz.
- Osmanlı Arşivi. ŞD.Saîd, 25-4-3.
- Osmanlı Arşivi. DH.SAİDd. 0050.
- Samar, Mahmut. *İslam Borçlar Hukukunda Akitlerde Ca'li Şartlar*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Konya, 2015.
- Samar, Mahmut. *İslami Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi*, Kitap Dünyası Yayınları, İstanbul, 2019.
- Serahsî, Şemsu'l-eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl (ö. 483/1090). *el-Mebsût*, I-XXX, Beyrut, 1989.
- Seyyid Mehmed Nesib Efendi. *Fıkh-ı Hanefî'nin Esasâtı ve Kıyâs ve Deyne Müte'allik Mesâil*, Şehzâdebaşı Evkâf Matba'ası, İstanbul 1337/1339.
- Seyyid Mehmed Nesib Efendi. "Mecelle'nin Islahına Doğru", *Dâru'l-Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Hukûk-i Medeniyye Tedkîkâtı, Sene 1, S. 4, Eylül, 1332.
- Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed b. Eyyub (ö.360/971). *el-Mu'cemu'l-Evsat*, Tah. Tarık b. Abdillâh b. Muhammed - Abdülmuhsin b. İbrahim el-Huseynî, I-X, Kahire, 1995.
- Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Serve (ö. 279/892). *el-Câmi' u's-Sahîh*, Tah. Beşşâr Avvâd Ma'rûf, I-VI, Beyrut, 1998.
- Yazıcı, Nesimi. "Cerîde-i İlmiyye", *TDV İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, 1993, C.VII, s.407-408.
- Yusuf Ziya Bey. "Kanûn-i Medenimiz Nasıl Ta'dil Olunmalıdır?", *Vakit*, 9 Teşrîn-i Evvel, 1336, S. 1018, s. 2.
- Yusuf Ziya Bey. "Kanûn-i Medenimiz Nasıl Ta'dil Olunmalıdır?", *Vakit*, 11 Teşrîn-i Evvel, 1336, S. 1020, s. 2.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed (ö.1999). *el-Medhalu'l-fıkhıyyu'l-'âm*, I-III, Dimeşk, 1998.
- Zuhaylî, Vehbe. *el-Fıkhü'l-Mâlikiyyu'l-müeyesser*, I-IV, Dimeşk, 2010.