



Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Temel İslam Bilimleri Anabilim / İslam Hukuku Bilim Dalı

HİDÂYE'DE İCMÂÎ HÜKÜMLER

Muhammed Köksal AVCI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hakkı AYDIN

Sivas
Aralık, 2014

HİDÂYE'DE İCMÂÎ HÜKÜMLER

Muhammed Köksal AVCI

Cumhuriyet Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Temel İslam Bilimleri Anabilim
Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı İçin Öngördüğü

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Olarak Hazırlanmıştır.

Sivas
Aralık, 2014

KABUL VE ONAY

Üniversite: : Cumhuriyet Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ana Bilim Dalı : TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
Bilim Dalı : İSLAM HUKUKU BİLİM DALI
Tezin Başlığı : HİDAYEDE İCMAİ HÜKÜMLER
Savunma Tarihi : 31/12/2014
Danışmanı : Prof. Dr Hakkı AYDIN

Unvanı - Adı Soyadı

Jüri Başkanı: Prof. Dr Hakkı AYDIN

Üye : Prof. Dr Sabri ERTURHAN

Üye : Doç. Dr Dursun Ali AYKIT

İmza



Oy Birliği ☐

Oy Çokluğu ☐

Muhammed Köksal AVCI tarafından hazırlanan *Hidayede İcmai Hükümler* başlıklı tez, kabul edilmiştir./.../.....

Prof. Dr. Alim YILDIZ
Enstitü Müdürü

ÖZET

AVCI, Muhammed Köksal, Hidâye’de İcmâî Hükümler, Yüksek Lisans Tezi, Sivas 2014.

Hidâye müellifi Ebü’l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Mergînânî (v. 593/1197), Mâverâünnehir bölgesinde yetişmiş meşhur Hanefî âlimidir. Mergînânî’nin “el-Hidâye şerhu Bidâyeti’l-mübtedî” adlı eseri, Hanefî fıkhnın en tanınmış ve muteber metinlerinden biridir.

Mergînânî’nin bu eserinde icmâ’ lafzıyla ifade edilen konular tesbit edilmiştir. Bu konuların İslam hukuk terimi olan icmâ’ ile ilişkisi ele alınmıştır. Giriş ve sonuç bölümleri hariç iki bölümden oluşan çalışmamızın giriş bölümünde, Hidâye müellifi Mergînânî’nin hayatı, hocaları, ilmi kişiliği ve eserleri tanıtılmış, ardından İslam hukukunun kaynaklarından olan icmâ’ hakkında kısa bilgiler sunulmuştur.

Birinci bölümde, ‘icmâ’ lafzı kullanılarak ifade edilen konular ortaya konmuştur, ikinci bölümde de ‘ittifak’ terimi kullanılarak zikredilen konulara yer verilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Hanefi Mezhebi, Mergînânî, el-Hidâye, İcma.

ABSTRACT

Cumhuriyet University, Graduate School of Social Sciences,
Muhammed Köksal AVCI, “Hidâye’de İcmâî Hükümler”, Master’s thesis, Sivas
2014.

Hidaye writer Ebü’l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Mergînânî (v. 593/1197) is a famous scholar who lived in Mâverâünnehir area. The work of Mergînânî called “el-Hidâye şerhu Bidâyeti’l-mübtedî” is one of the most well known and important text of Hanefi sect.

In this work of Mergînânî, some subjects are identified called ‘icma’. This work includes two sections. In the introduction section, Mergînânî’s life, teachers, Works, scientific personality are introduced. Then short information is presented about icmâ’ which is one of the most important source of islam religion law.

In the first section, some subjects which are expressed the helping of ‘ icma’ word are introduced. In the second section, some subjects which are expressed the helping of ‘ittifak’(aggrement) are introduced.

Key words: The Hanefi sect, Mergînânî, el-Hidâye, İjmâ.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	İX
ÖNSÖZ	X
GİRİŞ	1
1. MERGİNÂNÎ'NİN HAYATI VE İLMÎ KİŞİLİĞİ	1
1.1. <i>Mergînânî'nin Hayatı</i>	1
1.2. <i>Mergînânî'nin Hocaları</i>	2
1.3. <i>Mergînânî'nin Talebeleri</i>	2
1.4. <i>Mergînânî'nin Eserleri</i>	3
1.5. <i>Mergînânî'nin Hidâye'deki Üslubu</i>	5
1.6. <i>Hidâye Şerhleri</i>	6
1.7. <i>Hidâye'de Geçen Hadisler Üzerine Yapılan Çalışmalar</i>	7
2. İCMÂ'IN TANIMI MAHİYETİ	8
2.1. <i>İcmâ'ın Tanımı</i>	8
2.2. <i>İcmâ'ın Konusu, Sahası ve Gelişme Devreleri</i>	8
2.3. <i>İcmâ'ın Rükün ve Şartları</i>	9
2.4. <i>İcmâ'ın Çeşitleri</i>	11
2.5. <i>İcmâ'ın Nakli ve Bağlayıcılığı</i>	14
2.6. <i>İcmâ'ın Delil Değeri</i>	15
2.7. <i>İcmâ'ın Senedi</i>	16
2.8. <i>İcmâ'ın Neshi</i>	18
2.9. <i>İcmâ'ın Dereceleri</i>	18
2.10. <i>Fıkıh ve Usul Kitaplarında İcmâ' Kavramı</i>	19
2.11. <i>İcmâ'ın İmkânı</i>	19

BİRİNCİ BÖLÜM

HİDÂYE'DE İCMÂ' LAFZIYLA İFADE EDİLEN İCMÂ' İLE İLGİLİ KONULAR

1. TEMİZLİK (TAHÂRET)	21
1.1. <i>Gusül</i>	21

1.2. Kuyuların Temizliği	22
1.3. Teyemmüm	22
1.4. Kadınların Aybaşı ile İstihâze Halleri	23
1.5. Kadınların Lohusalık Hali	24
1.6. İstinca.....	24
2. NAMAZ	25
2.1.Namazın Keyfiyeti	25
2.2. İmamlık	26
2.3. Namazda Abdestin Bozulması.....	27
2.4. Namazı Bozan ve Namazda Mekruh Olan Şeyler	27
2.5. Vitir Namazı.....	29
2.6. Namazda Kıraat.....	29
2.7. Ramazanda Gece İbadetleri.....	30
3. ZEKÂT	30
3.1. Koyunların Zekâtı	31
3.2. Zekât Kimlere Verilebilir, Kimlere Verilemez	31
3.3. Fıtır Sadakası.....	31
4. ORUÇ.....	32
4.1. Ramazan Hilalini Gözetlemek	32
4.2. Oruçta Kazayı ve Kefareti Gerektiren Şeyler	33
5. HAC	34
5.1. İhram.....	34
5.2. İhsar	38
6. NİKÂH (EVLİLİK).....	39
6.1. Evlenilmesi Caiz Olmayan Kadınlar	39
6.2. Veliler ve Denklik.....	40
6.3. Nikâhta Vekâlet.....	41
6.4. Mehir.....	41
6.5. Gayrimüslimin Evliliği.....	43
7. TALÂK (BOŞANMA).....	43
7.1. ‘Sen Muhayyersin’ Deyimi.....	43
7.2. ‘İstersen Kendini Boşa’ Deyimi	45

7.3. Şarhlı Boşanma.....	46
7.4. Hastanın Boşaması	47
7.5. Boşanma ve Ölüm İddeti.....	47
7.6. Nesebin Sabit Olması.....	48
7.7. Evlilikte Nafaka.....	48
8. KÖLE AZÂDI.....	50
8.1. Ortak Kölenin Azat Edilmesi	50
8.2. İki Köleden Birinin Serbest Kalması	51
8.3. Müdebber (Ölümle Azat Şartına Bağlı) Köle	51
9. YEMİN.....	52
10. CİNÂİYETLER.....	52
10.1. Yaralama Sebebiyle Ölüm	53
10.2. Öldürme Konusunda Şahitlik.....	54
10.3. Müdebber Köle veya Çocuğun Gasp ve Cinayet Konuları.....	57
10.4. Zimmîyi Öldürme Cezası	57
11. ZİNÂ CEZASI.....	58
11.1. Zinâ Cezasının Uygulanma Şekli.....	58
11.2. Cezayı Gerektiren ve Gerektirmeyen Cinsel İlişkiler	58
11.3. Zinâ İftirası Cezası.....	59
12. İÇKİ İÇMENİN CEZASI.....	60
13. EL KESME CEZASI.....	61
13.1. Çalınması El Kesilmeyi Gerektiren Şeyler	61
13.2. El Kesmenin Keyfiyeti.....	61
14. ŞÂHİTLİK	62
Şahitlikte İhtilaf.....	63
15. YEMİN.....	63
15.1. Yeminin Keyfiyeti	64
15.2. İki Kişinin Aynı Şeyi Dava Etmeleri	65
16. GANİMETLER.....	66
17. ÖŞÜR VE HARAÇ	66
18. LUKATA (BULUNTU EŞYA).....	69
19. VAKIF.....	69

20. BEY' (ALİŞ VERİŞ).....	70
20.1. Akitlerde Görme Muhayyerliği	71
20.2. Alışverişte Faiz	71
20.3. Selem Akdi.....	73
21. KEFÂLET	74
22. ALİŞ-VERİŞTE VEKÂLET	75
23. ISTİSNÂ AKDİ.....	78
24. MUDÂREBE AKDİ.....	80
25. MÜZÂRAA AKDİ.....	82
26. KİRA AKDİ	83
26.1. Caiz Olan Kiralama Akitleri ve Kiracı Davranışları	83
26.2. Fâsit Kiralama Akitleri	84
27. MÜKÂTEBE.....	85
27.1. Mükâtep Ortak Köle.....	86
27.2. Me'zun Kölenin Borçlanması	86
28. HACR (BORÇLULUK NEDENİYLE KONULAN KISITLILIK)	86
29. İSLAM'DA DEĞERİ OLMAYAN EŞYANIN GASBİ.....	87
30. ŞUF'Â HAKKINI BATIL KILAN ŞEYLER.....	88
31. TAKSİM.....	90
31.1. Taksim Keyfiyeti.....	90
31.2. Taksimde Hata ve İstihkak Davası.....	91
32. VASIYET	91
32.1. Akrabalara ve Haricindekilere Vasiyet	92
32.2. Zimmînin Vasiyeti	93
34. MİRASLARDA HÂKİM KARARI	94
35. EMÂNET	94
36. HİBE.....	96
37. REHİN	97
38. HELÂLLER VE HARAMLAR.....	99
38.1. Hayvan Kesimi.....	99
38.2. Yeme ve İçmede Mekruhluk	100
38.3. Bakma ve Dokunma	101

38.4. <i>Tedavi</i>	102
38.5. <i>Eşribe (İçkiler)</i>	102
39. AVLANMA	104

İKİNCİ BÖLÜM

HİDÂYE'DE ' İTTİFAK' LAFZIYLA GEÇEN İCMÂ' İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

1. ABDESTİ BOZAN DURUMLAR.....	105
2. TEYEMMÜM	105
3. NÂFİLE NAMAZI OTURARAK KILMAK	106
4. CENÂZE NAMAZI	106
5. FİTRE.....	106
6. HAC VE UMREDE İHRAM.....	107
7. TAVAF.....	110
8. MEHİR	110
9. ŞARTLI BOŞAMA	111
10. NAFKA	112
11. HAD CEZALARI.....	112
12. CİHAD	114
13. GANİMETLER	115
14. DİNDEN ÇIKAN KİMSENİN TASARRUFLARI.....	115
15. ŞERİKE (ORTAKLIK)	116
16. VAKIF.....	117
17. ALIŞ VERİŞTE RİBÂ	117
18. SELEM AKDİ	118
19. KEFÂLET	118
20. MİRÂS	119
21. ŞÂHİTLİK	120
22. ALIŞ-VERİŞTE VEKÂLET	121
23-DAVA VE TESLİM ALMADA VEKİLLİK.....	121
24-EMANET BAHSİ.....	122
25. DEĞER KONULAMAYAN ŞEYİN GASBI	122
26. ŞUF'A TALEBİ DAVASI	123

26.1. <i>Şuf'a'ya Dâhil Olan Olmayan Şeyler</i>	123
26.2. <i>Şuf'a'yı İptal Eden Şeyler</i>	123
27. TAKSİMDE HATA VE İSTİHKÂK DAVASI.....	124
28. MÜZÂRA'A	124
29. İHTİKÂR (KARABORSACILIK).....	125
30. YENİLMESİ VE İÇİLMESİ HARAM OLAN ŞEYLER.....	125
31. AVLANMA	126
32. TAZMİNATLAR	127
33. VASIYET.....	127
34. ŞÂHİTLİK	128
35. HÜNSA BAHSİ	128
SONUÇ	130
BİBLİYOGRAFYA	132

KISALTMALAR

a.g.m.	: Adı geçen makale
c.	: Cilt
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
DİB.	: Diyanet İşleri Başkanlığı
Haz.	: Hazırlayan
Hz.	: Hazreti
MÜİFV.	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı
r.a.	: Radıyallâhu anh, Radıyallâhu anhâ
s.	: Sayfa
s.a.v.	: Sallâllâhu Aleyhi ve Sellem
sy.	: Sayı
thk.	: Tahkik eden
ts.	: tarihsiz
Trc.	: Tercüme eden, mütercim
v.	: Vefâtı
Yay.	: Yayınları

ÖNSÖZ

İslam hukuku literatürü, İslâmî ilimlerin ilk oluşum dönemi olan hicri II. asırdan itibaren oluşmaya başlamıştır. Genel olarak usul ve fûrû şeklinde iki dalda toplanmıştır.

Usul ve fûrû eserlerinin birbirleriyle olan bağlantılarının tespit edilmesi, bunların birbirlerinden bağımsız olmadıklarını ortaya çıkaracaktır. Bu açıdan, İslam hukukunun kaynaklarından biri olan icmâ’ın bir fûrû eserinde ki yerini tespit etmek, nazariyenin yansımalarını göstermesi açısından önemlidir.

Karahanlılar devri Hanefî hukukçularından Burhâneddîn el Mergînânî’nin (v.593/1197) “el-Hidâye şerhu Bidâyeti’l-mübtedî” adlı eseri Hanefî fıkhnın en tanınmış ve muteber metinlerinden biridir. Üzerine birçok şerh ve haşiye yazılmıştır. Selçuklu ve Osmanlı döneminde olduğu gibi günümüzde de başvuru kaynaklar arasında bulunan eser hakkında yapılmış bazı akademik çalışmalar da bulunmaktadır. Bu itibarla İslam hukuku kaynaklarından olan icmâ’ın bir fûrû eseri olarak *Hidâye*’de işleniş biçimi ve metodu üzerinde çalışmanın faydalı neticeler ortaya çıkaracağını kanaatindeyim.

Çalışmamız giriş ve iki bölümden oluşmaktadır. Giriş kısmında müellif Mergînânî’nin hayatı, ilmi kişiliği ve eserlerini tanıttık. Sonra icmâ’ kavramı üzerinde durularak, icmâ’ın şartları, çeşitleri, hüccet oluşu, senedi, imkânı, vs. hakkında kısa bilgiler arzedilerek giriş bölümü tamamladık.

Birinci bölümde, icmâ’ lafzı ve türevleri kullanılarak hakkında icmâ’ bulunduğu söylenen konular, fıkıh babları sistematğine benzer başlıklar altında aktardık. İkinci bölümde de ittifak terimi kullanılarak hakkında icmâ’ bulunduğu zikredilen konulara, yine aynı usulle yer verdik. Sonuç bölümünde içeriğin

değerlendirmesi yapılmıştır. Eserin tercümesinde Ahmet Meylani ve Hasan Ege tercümelerinden önemli ölçüde istifade edilmiştir. Arapça metinler ve tercemeler bağlamından koparılmadan verilmeye çalışılmıştır. Metinde fazla sayılabilecek ibarelerin hepsi terceme edilmemiş konuyla ilgili kısmın tercümesiyle yetinilmiştir.

Bu çalışmanın başlangıcından bu yana yardımlarını esirgemeyen, başta tez danışmanım Prof.Dr. Hakkı Aydın, Doç.Dr. Dursun Ali Aykıt, Yrd. Doç.Dr. Halis DEMİR olmak üzere bütün hocalarıma ve arkadaşlarıma teşekkürü bir borç bilirim.

Gayret bizden tevfik Allah'tandır.

Muhammed Köksal AVCI

Sivas, Aralık 2014

GİRİŞ

1. MERGİNÂNÎ'NİN HAYATI ve İLMÎ KİŞİLİĞİ

1.1. Mergînânî'nin Hayatı

Asıl ismi Ebu'l-Hasan Burhanüddin Ali b. Ebubekir b. Abdulcelil'dir. Fergana'nın ¹ Mergînân şehrinin Riştân köyünde 511/1117 yılında doğmuştur. “Şeyhü'l-İslam İmam Burhânüddîn”, “Mergînânî”, “Fergânî” ve “Riştânî” lakaplarıyla meşhurdur. Baba adı Ebu Bekir, dedesi Abdülcelil'dir.² Merginân eski zamanlarda Fergana'ya bağlı bir şehirdir. Riştânî de Merginân'a ait bir köyün adıdır. Mergînânî, Karahanlılar dönemi Maveraünnehir Hanefî mezhebi hukukçularındandır ve diğer İslami ilimlere de vakıftır. Bazı Hanefî âlimlerince yapılan fakihlerin sıralamalarına göre yedi tabaka arasında beşinci tabakadaki ‘ashâb-ı tercîh’ten sayılmıştır. Fıkıh ilmindeki icazetnameli âlimler sıralamasında da 17. sırada yer almaktadır. Öğrenimini, başta ailesinden ve etrafındaki âlimlerden ders okuyarak yapmıştır. Bunun yanında ilmi seyahatte bulunarak, çeşitli âlimlerle görüşüp onların birikimlerinden istifade ederek ilmini artırmıştır. İlmi otoritesi kabul görmüş ve ünü İslam coğrafyasına ve sonraki asırlara kadar yayılmıştır. Kendinden sonra meşhur olan birçok âlimi yetiştirmiştir. Ömrü ilim yolunda geçmiştir. Bölgenin Moğollar tarafından işgal edilmesi sırasında, Buharalılar ile Moğollar arasındaki savaşlarda

¹ Bu gün Özbekistan'ın Namangan Eyaleti ve Andican Eyaleti ile Kırgızistan ve Tacikistan'a komşu olan 12 ilinden biridir.(http://tr.wikipedia.org/wiki/Fergana_ili)

² Bağdatlı İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-ârifin esmâü'l-müellifin ve âsârü'l-musannifin*, I, 702, İstanbul 1951; Leknevî, *el-Fevâidü'l-Behiyye*, s. 141 Mısır 1324; Kavakçı, Yusuf Ziya, *XI. ve XII. Asırlarda Karahanlılar Devrinde Mâvarâ' al-Nahr İslam Hukukçuları*, s. 176 Ankara 1976; Keskiöğlu, Osman, *Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku*, s. 145 Ankara, 1988; Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s. 57 Ankara, 2006; Kayapınar, Hüseyin, “Merginânî ve Eseri Hidâye”, *Diyanet Dergisi*, c. XXII, sy. II, s. 26 Ankara 1986; Köse, Murtaza, “Ferganalı Bir Hukukçu, Merginânî ve Hidâye Adlı Eseri”, *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, sy. 17, s. 345, Erzurum 2001

sulh yapılması için görevlendirilmiş, ancak Buhara halkından bazıları yapılan anlaşmaya uymayınca Moğollar, şehri yakmış ve halkını katletmişti. O kargaşada Mergînânî’de 593/1197 yılında şehit edilmiştir. Mezarı Semerkant’tadır.³

1.2. Mergînânî’nin Hocaları

Mergînânî, pek çok sahada ihtisas sahibi tanınmış âlimlerden ders almıştır. Mergînânî’nin ders aldığı hocalarından bazıları şunlardır:

Ebu Hafs Ömer b. Ali ez-Zenderâmisî, bu kişi Mergînânî’nin dedesidir.⁴

Necmüddin Ebu Hafs en-Nesefî (v. 537/1142), tanınmış Hanefî fıkıh, kelim ve tefsir âlimlerinden olup 100 civarında eser telif etmiştir. “Müftî’s-sakaleyn” lakabıyla meşhurdur. Mergînânî, fıkıh ilmini öncelikle bu kişiden öğrenmiştir.⁵

Sadru’s-Şehid Hüsamüddin Ömer b. Abdülaziz (v. 536/1141), Buharalıdır. Zamanının Mâverâünnehir Hanefî âlimlerinin en önde gelenidir.⁶

Osman b. Ali el-Bikendî, (Baykandî) (v. 552/1157), Buharalıdır. Şemsü’l-Eimme es-Serahsî’nin (v. 483/1090) talebelerindendir.⁷

Ziyaüddin Muhammed b. Hüseyin el-Bandacî (v. 545/1150), Tuhfe sahibi Semerkandî’nin (v. 393/1003) öğrencilerindendir. Mergînânî’nin kendisinden ‘*Sahih-i Müslim*’i dinleyerek icazet aldığı rivayet edilmektedir.⁸

Ali el-İsbicâbî (v. 535/1087), döneminde Hanefî mezhebini savunmasıyla meşhurdur. Tahâvî’nin (v. 321/933) *Muhtasar*’ı üzerine önemli bir şerhi vardır.⁹

1.3. Mergînânî’nin Talebeleri

Hanefî mezhebinin yayılması ve savunulması hususunda meşhur pek çok âlim yetiştirmiştir. Başlıcaları;

-Şemsü’l-Eimme el-Kerderî Muhammed b. Abdüsettâr (v. 642/1244), Hanefî mezhebi âlimlerinin önemlilerindendir. Semerkant’ta Mergînânî’den ders almıştır. Önemli bir eseri *Fetâva’l-Kerderî* adlı kitabıdır. Buhara’da vefat etmiştir.¹⁰

³ Köse, *a.g.m.*, s. 346; Koca, Ferhat, “*Mergînânî*”, DİA, , c. XXIX, s.182-183, Ankara 2004

⁴ Köse, *a.g.m.*, s. 347.

⁵ Özel, s. 45.

⁶ Özel, s. 44.

⁷ Köse, *a.g.m.*, s. 348.

⁸ Köse, *a.g.m.*, s. 348.

⁹ Kavakçı, s. 131; Özel, s. 38; Köse, *a.g.m.*, s. 348.

¹⁰ Özel, s. 65.

-Burhâneddîn ez-Zernûcî (v. 620/1223), *Ta'limü'l-müteallim Tarîku't-teallum* adlı eserin yazarıdır. Bu eserden yüzyıllarca tâlim ve terbiye konularında faydalanılmıştır. Öğretimde müzakere, münakaşa, derse devam, not tutma, anlama ve öğrenimle ilgili diğer usul ve kuralların bulunduğu bir eserdir.¹¹

-Mahmud b. Hüseyin el-Usrûşenî (v. 632/1234), Mâverâünnehir bölgesi Hanefî mezhebi fakihlerindendir. Küçüklerle ilgili fikhî hükümleri içeren *Ahkâmu's-sığâr* ve 30 fasıldan oluşan *el-Fusûlu'l-Usrûşeniyye* adlı kitaplar onun önemli eserlerindendir.¹²

-Ebu Hafs Nizâmuddîn Ömer b. el-Mergînânî (v. 600/1203), Mergînânî'nin oğludur. Hukukçuluğuyla tanınır. Fıkıh ilmini babasından tahsil etmiştir. *el-Fevâid* ve *Cevâhiru'l-fıkıh* adlı eserleri vardır.¹³

-Zeynüddîn Abdurrahman b. Ebubekir İmâdüddîn (v. 670/1271), Mergînânî'nin torunudur. *Fusûlu'l-ahkâm fî usûli'l-ahkâm* isimli eseri vardır.¹⁴

1.4. Mergînânî'nin Eserleri

Mergînânî'nin eserleri fûrû-u fıkha dairdir. Günümüzde eserlerinin bir kısmı matbu veya el yazma olarak mevcutken bir kısmının ise sadece kaynaklarda isimleri geçmektedir.¹⁵ Bilinen eserleri şunlardır:

-Bidâyetü'l-mübtedî: Mergînânî bu eserinde Kudûrî (v. 428/1037)'nin *Muhtasar*'ındaki ve İmam Muhammed Şeybânî (v. 189/805)'nin *el-Câmiu's-Sağîr*'indeki mevcut meseleleri bir araya getirmiştir.¹⁶

-Kifâyetü'l-müntehâ: Mergînânî bu eserini *Bidâyetü'l-mübtedî* adlı eserine şerh olarak yazmaya başlamış 80 cüzlük hacme ulaşınca okuyucuyu bıktıracağından endişe ederek tamamlamaktan vazgeçmiştir. Eserin günümüzde bir nüshası Afyon Gedik Kütüphanesinde, bir nüshası da Özbekistan Taşkent Birûnî Şarkiyat Enstitüsü el yazma eserler bölümünde mevcuttur.¹⁷

¹¹ Köse, *a.g.m.*, s. 349.

¹² Özel, s. 64.

¹³ Özel, s. 60.

¹⁴ Köse, *a.g.m.*, s. 350.

¹⁵ Özel, s. 57; Köse, *a.g.m.*, s. 351-352.

¹⁶ Köse, *a.g.m.*, s. 351-352.

¹⁷ Köse, *a.g.m.*, s. 351-352.

-et-Tecnîs ve'l-mezîd fî'l-fetâvâ: Fetvaları içeren hacimli bir eserdir. Fatih Kütüphanesinde 1505'te kayıtlı, altıncı asırda yazılmış ve mukabele edilmiş eski bir nüshası ve yine Özbekistan Taşkent Birûnî Şarkiyat Enstitüsü el yazma eserler bölümünde iki nüsha olarak mevcuttur.¹⁸

-Muhtârâtu'n-nevâzil: Diğer adı *Muhtâru mecmûi'n-nevâzil*'dir. El yazma olarak Topkapı Sarayı Müzesi Kütüphanesinde 3606-812 numarayla, Millet Kütüphanesinde 18594 numarayla kayıtlı bir nüshası, Kayseri Reşit Efendi'de bir, Atıf Efendi'de iki, Ragıp Paşa'da iki, Gazi Hüsrev'de iki, Özbekistan'da Taşkent Birûnî Şarkiyat Enstitüsü'nün el yazma eserler bölümünde üç yazma nüshası tespit edilmiştir.¹⁹

-Kitâbu'l-ferâiz: Küçük bir risale şeklindedir. Bu eserin diğer adı bazı kaynaklarda *Ferâizu'l- Usmâniyye* şeklinde geçmektedir.²⁰ Mergînânî'nin *Menâsikü'l-hac*, *Münteka'l-fürû'*, *Neşrü'l-mezheb*, *Muhtâru'l-Fetâvâ*, *Neşrü'l-mezâhib*, *Şerhu Câmi'l-kebîr*, adlı eserlerinin sadece isimleri kaynaklarda geçmektedir.²¹

-el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî: Müellifin *Bidâyetü'l-mübtedî* adlı eseri üzerine yaptığı şerhidir. Hanefî mezhebinin tanınmış ve çok güvenilen metinlerindendir. On üç yılda telif edilmiştir. Konularının tertipli oluşu sebebiyle çok tutulmuştur. *Hidâye* hicri VI. asırdan itibaren hem Mâverâünnehir, Ortadoğu ve Anadolu âlimleri arasında kabul görmüş ve medreselerde ders müfredatına konulmakla birlikte kadı ve müftülerin el kitabı haline de gelmiştir. *Hidâye* uzun yıllar hem Anadolu Selçuklu Devleti medreselerinde hem de Osmanlı Devleti medreselerinde tutulmuş, Osmanlı medreselerinde fıkıhta okutulan temel kitaplardan biri olmuştur. Üzerine birçok şerh, hâşiye ve ihtisar çalışması yapılmış ve çeşitli dillere çevrilmiştir. (*Hidâye*'nin 1234'te Kalküta'da (iki cilt hâlinde), 1888'de Kazan'da, 1279'da Bombay'da ve Kampur'da, 1289-1290'da Leknev'de, 1901'Delhi'de, 1306, 1328, 1331'de Kahire'de basılmıştır.) Hamilton tarafından

¹⁸ Köse, *a.g.m.*, s. 351-352.

¹⁹ Köse, *a.g.m.*, s. 352.

²⁰ Özel, s. 57.

²¹ Köse, *a.g.m.*, s. 352.

İngilizceye tercümesi yapılmış, Londra’da 1791’de ve Lahor’da 1957’de basılmıştır. Bu İngilizce tercümeden Rusçaya da tercümesi yapılmıştır.²²

Hidâye, 1982’de İstanbul’da Hasan Ege tarafından üç cilt olarak, 1986’da ise Ahmet Meylânî tarafından dört cilt olarak Türkçeye tercüme edilerek basılmıştır.²³

1.5. Mergînânî’nin Hidâye’deki Üslubu

Hidâye’de metnin aslı parantez içinde verilmiş daha sonra şerhi yapılmıştır. Konular zikredildikten sonra, görüşlerin naklî ve aklî delilleri verilip bunların tartışması yapılmıştır. Meseleleri ele alırken Şemsü’l-Eimme es-Serahsî (v. 483/1090),²⁴ İmam Ebu Mansur (v. 333/944),²⁵ Fâkîh Ebu’l-Leys es-Semerkindî (v. 393/1003),²⁶ gibi âlimlerin konuyla ilgili görüşlerini de vermektedir. Önce Ebu Hanife’nin (v. 150/767) sonra talebeleri Ebu Yusuf (v.182/798) ve İmam Muhammed (v. 189/805)’in zaman zaman da Züfer (v.158/775)’in görüşlerine vermiştir. Tercih ettiği görüşün delilini diğerlerine cevap olması için en sona bırakmaktadır. Farklı mezhep müctehitlerinden İmam Mâlik (v.179/795)²⁷ ve Şâfiî’nin (v. 204/820)²⁸ görüşlerini gerekçeleriyle beraber göstermesi sebebiyle mukayeseli bir fıkıh kitabıdır. Eserde Ahmet b. Hanbel (v. 241/855)’in görüşlerine rastlanmaz. Hz. Ömer (v. 644),²⁹ İbn Mes’ûd (v. 653), Hz. Ali (v. 661) ve bazı sahabe³⁰ sözlerini ve tatbikatlarını da delil olarak getirir. Konular kitap, bap ve fasıl olarak kısımlandırılmıştır. İstihsan delili, sık sık kullanılmış ve gerekçesi de belirtilmiştir.³¹ Müftâ bih olan görüşleri de zaman zaman zikrederek “aleyhi’l-fetva” lafzını kullanmıştır.³² *Hidâye* mütercimlerinden Ahmet Meylânî, Mergînânî’nin üslubunu şu ifadelerle açıklamaktadır:

“Mergînânî, kendisini kastettiğinde ‘Allah kendisinden razı olsun diyor ki’ veya ‘zayıf kul diyor ki’ hitabını kullanır. ‘Şeyhlerimiz’ lafzıyla Buhara, Semerkant âlimlerini kasteder. ‘Ülkemizde’ dediği zaman Ceyhun nehri ötesine düşen kent ve kasabaları, daha

²² Özel, s. 57; Köse, *a.g.m.*, s. 354.

²³ Köse, *a.g.m.*, s. 354.

²⁴ Mergînânî, Burhânuddîn, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti’l-mübtedî*, (trc. Ahmet Meylânî) c. III s.74, 106. Kahraman Yayınları, İstanbul, 1990

²⁵ Mergînânî, III, 111, 111, 144.

²⁶ Mergînânî, III, 130.

²⁷ Mergînânî, I, 119, 128, 137, 161, 181, 190.

²⁸ Mergînânî, I, 123, 129, 130, 134, 138, 161.

²⁹ Mergînânî, III, 274.

³⁰ Mergînânî, I, 136.

³¹ Mergînânî, III, 243.

³² Köse, *a.g.m.*, s. 354-355.

önce delil gösterdiği bir ayetten söz ederken ‘yukarıda okuduğumuz üzere’ daha önce söylediği bir aklî delilden bahsederken ‘yukarıda belirttiğimiz üzere’ ve daha önce zikrettiği bir hadisten söz ederken de ‘rivayet ettiğimiz üzere’ deyimlerini kullanır. Bazen de ‘yukarıda belirttiğimiz üzere’ deyimini hem âyet, hem hadis ve hem de aklî delil hakkında kullanmaktadır. ‘söylediğimiz üzere’ deyimini en önemli olan delil hakkında kullanmaktadır. Sahabenin sözü hakkında ‘eser’ deyimini kullanırken çoğu kez ‘eser’ ile ‘hadis’ arasını ayırmadan ikisinde de ‘yukarıda belirttiğimiz üzere’ deyimini kullanmaktadır. Aklî delil yerine ‘fıkıh’ deyimini kullanır ve: ‘bu meselede fıkıh böyledir’ der. Çoğu kez aklî delilden sonra, nedenine işaret etmek üzere bir başka aklî delil de getirmektedir. ‘Asıl’da böyledir’ dediği zaman İmam Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî’nin ‘*el-Mebsût*’ adındaki kitabını, ‘Muhtasar’ dediği zaman ‘Kudûrî’nin *Muhtasar*’ını, ‘el-Kitâb’ dediği zaman da ‘*el-Câmiu’s-sağîr*’i kasteder. Bir bapta Kudûrî’nin aynı bapla ilgili meselelerini tamamladıktan sonra, babın sonunda *el-Câmiu’s-sağîr*’in meselelerini ele alır. Kudûrî ile *el-Câmiu’s-sağîr*’in ibareleri arasında çelişki olduğunda ‘el-Câmiu’s-sağîr’ böyle demiştir’ der. Uyuşmazlık bulunmazsa ‘el-Câmiu’s-sağîr’ın adını vermeden sadece ‘demiştir’ sözünden sonra ibareyi nakletmekle yetinir. Hatta bazen ‘demiştir’ sözünü de atar. ‘demişlerdir’ tabirini yalnız ihtilaflı meselelerde kullanır. ‘Bu hadis şu manaya mahmuldür’ ibaresini ‘Hadis uleması tarafından o manaya hamledilmiştir’ anlamında kullanır.. ‘Bu hadisi şu manaya hamlediyoruz’ dediği zaman ise, hadis hakkındaki hadis ulemâsının yorumunu değil, kendi yorumunu açıklar.”

1.6. Hidâye Şerhleri

-Hâşiyetü’l-hidâye: Müellifi, Hanefî fukahâsından Celalüddin Ömer b. Muhammed b. Ömer el-Habbâzi (v. 691/1292)’dir.³³

-Kitâbu’l-gâye: Müellifi, Şemsüddin Ebu’l-Abbas Ahmed b. İbrahim b. Abdülganî es-Serûcî (v. 701/1301)’dir.³⁴

-Kitâbu’n-nihâye: Hüsâmüddin Hüseyin b. Ali b. Haccac es-Sıgnâkî (v. 711/1311)’nin eseridir. Bu eser Topkapı Sarayı Müzesi Kütüphanesi 3645 A. 924/1 numarada kayıtlıdır.³⁵

-el-Vikâyetü’r-rivâye min mesâilî’l-hidâye: Müellifi, Mahmud b. Ubeydullah b. Mahmud Tâcu’s-Şerîa el-Mahbûbî (v. 674/1274)’dir. Müellif, eserinde *Hidâye*’den seçtiği bazı meseleleri ele almıştır.³⁶

-Mi’râcu’d-dirâye: Kivâmuddîn el-Kâkî ed-Darîrî (v. 749/1384)’ye aittir. Eser dört cilt olup, Mergînânî’nin sahih ve muteber eski ve yeni görüşlerini vermiştir. Topkapı Sarayı Müzesi Kütüphanesinde 3 cilt olarak el yazma halinde 3700 A.913/2 numarayla kayıtlıdır.³⁷

³³ Özel, s. 71.

³⁴ Özel, s. 75.

³⁵ Karatay, s. 444; Özel, s. 76.

³⁶ Özel, s. 80.

³⁷ Karatay, s. 460.

-Gâyetü'l-beyân: Müellifi Kıyamuddin Emir Kâtip el-İtkânî (v. 758/ 1357)'dir. Yirmi altı yılda telif edilmiş olan eser Topkapı Sarayı Müzesi Kütüphanesinde el yazma olarak dört cilt halinde 3703 A. 917/1 numarayla kayıtlıdır.³⁸

-el-Înâye: Hanefî fakihlerinden Ekmelüddin Babertî er-Rumî (v. 786/1384)'ye aittir.³⁹ Bu eser Anadolu'da çok meşhur olmuştur. Müellifin *Şerhu Usul-i Pezdevî*, *Tuhfetü'l-ebrar* gibi eserleri vardır. *Înâye*, *Fethu'l-Kadîr* ile birlikte basılmıştır.⁴⁰

-el-Binâye fî şerhi'l-hidâye: Müellifi, Bedrüddin Hafız el-Aynî (v. 855/1451)'dir. *Hidâye*'deki hadislerin tahric ve tahkikini de yapmıştır. Müellif *Hidâye*'yi şerh ederken bu eser üzerine yapılmış ve kendisine kadar ulaşmış olan şerhlerden de istifade ederek zaman zaman onlardan bazı nakillerde bulunmaktadır. Bu şerhte kendinden önce yaşamış birçok âlimin isim ve eserlerinden de bahsetmektedir. *Binâye*, on (10) cilt olarak 1981'de Mısır'da basılmıştır.⁴¹

-Fethu'l-kadîr: Müellifi, İbnü'l-Hümâm es-Sivâsî (v. 861/1457)'dir. *Fethu'l-kadîr*, hadisleri değerlendirme bakımından önemlidir. Bulak'ta 1318, Kâhire'de 1306'da Babertî'nin '*Înâye*' adlı şerhi ve Sadettin Çelebi'nin haşiyesi ile birlikte sekiz (8) ve on (10) cilt olarak basılmıştır.⁴²

-Nihâyetü'n-nihâye Şerhu'l-hidâye: Müellifi, Muhammed b. Mahmud b. eş-Şihna el -Halebî (v. 890/1405)'dir. Eser beş cilttir. Topkapı Sarayı Müzesi Kütüphanesinde 3742 E.H.758 numarada kayıtlıdır.⁴³

1.7. Hidâye'de Geçen Hadisler Üzerine Yapılan Çalışmalar

Hidâye üzerine birçok şerh ve haşiyeye yapıldığı gibi Mergînânî'nin kullandığı hadislerle ilgili olarak tahric çalışmaları da yapılmıştır. Bazıları şunlardır:

-el-Înâye fî tahrîci ehâdîsi'l-hidâye: Müellifi, Muhyiddin Abdülkadir Muhammed el-Kureşî (v. 775/1373)'dir. Hanefî tabakatına dair *el-Cevâhiru'l-mudîyye fî tabakâti'l-Hanefiyye* adlı eseriyle tanınır.⁴⁴ 1327 yılında tamamlanan eserin bir nüshası Süleymaniye Kütüphanesi'ndedir.⁴⁵

³⁸ Karatay, s. 461; Özel, s. 83.

³⁹ Özel, s. 88.

⁴⁰ Köse, *a.g.m.*, s. 359.

⁴¹ Özel, s. 100.

⁴² Özel, s. 102; Köse, *a.g.m.*, s. 360.

⁴³ Karatay, s. 472.

⁴⁴ Özel, s. 87.

⁴⁵ Özel, "*kureşî*" DİA c.XXIV s.441

-el-Kifâye fî ma'rifeti ehâdîsi'l-hidâye: Müellifi, İbnu't-Türkmâni Alâeddin Ali b. Osman b. İbrahim el-Mardînî (v. 755/1349)'dir.⁴⁶

-Nasbu'r-râyeti fî tahrîci ehâdîsi'l-hidâye: Müellifi Cemalüddin b. Abdullah b. Yusuf ez-Zeylâî (v. 762/1360)'dir. Müellif eserinde, *Hidâye*'de geçen hadislerin kaynaklarını belirtip, onların hadis ilmi açısından kritiğini yapmıştır. Bu bakımdan önemli ve değerli olan bu eserden, sonra gelen *Hidâye* şârihleri büyük ölçüde istifade etmişlerdir.⁴⁷

-ed-Dirâye fî müntehabi tahrîci ahâdîsi'l-hidâye: Ahmed b. Ali İbn Hacer el-Askalânî (v. 852/1449)'ye aittir.⁴⁸

2. İCMÂ'IN TANIMI MAHİYETİ

2.1. İcmâ'ın Tanımı

Kelime olarak; ittifak etmek, görüş birliğine varmak, azmetmek, kastetmek anlamlarına gelir. Istılahta ise; Hz. Peygamber'in vefatından sonraki bir zamanda amelî bir meselenin şer'î hükmü üzerinde belli bir dönemdeki İslâm müçtehitlerinin ittifak etmeleri, aynı hükümde birleşmeleridir.⁴⁹ İslâm hukukunda, cumhurun üzerinde ittifak ettikleri dört tane aslî delil vardır. Bunlar; kitap, sünnet, icmâ' ve kıyastır.

2.2. İcmâ'ın Konusu, Sahası ve Gelişme Devreleri

İcmâ'; bir kısım şer'î hükümlerde, yani dînî işlerde ibadetlerde ve hukukî meselelerde cereyan eder. İtikat konularında ise icmâ' olmaz; bunlarda nakil geçerlidir. Aynı şekilde aklî konularla dînî olmayan konularda da icmâ' tahakkuk

⁴⁶ Özel, s. 82.

⁴⁷ Özel, s. 84; Köse, a.g.m., s. 361.

⁴⁸ Köse, a.g.m., s. 362.

⁴⁹ Zeydan, Abdülkerim, *el-Veciz fî Usulî'i Fıkıh*, s.179 Müessesetü'r-Risale, Beyrut 2000; Hudari Muhammed, *Usulu'l-fikh*, s.267, Daru'l-Hadis, Kahire 2003; Hallaf Abdülvehhab, *Usulü'l-Fıkıh*, s.45 Daru'l-Fikr, Kahire 1995; Ebu Zehra, Muhammed, *Fıkıh Usulü*, s. 194 (trc. Abdulkadir Şener) Ankara 1986; Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usulü*, s. 49 MÜİFV Yayınları, İstanbul 1988; Karaman, Hayrettin, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, s. 98 Ankara 2008; Zeydan, Abdülkerim, *İslam Hukukuna Giriş*, (trc. Ali Şafak), Ankara 1995, s. 298; Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi, *İslâm Hukuku ve Fıkıh Istılahları Kâmûsu*, c.II, s.425-426 (haz. Sıtkı Güllü-Ayhan Yalçın) İstanbul 1997; Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 176 İstanbul 2010; Karakılıç, Celaleddin, *Fıkıh Usulu*, s. 273 Ankara 2001; Şaban, Zekiyyüddin, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 105 Ankara 1990; Dönmez İbrahim Kâfi, "icma" *DİA*, c.XXI s.417-431 Ankara 2000;

etmez. İslâm'da icmâ' fikrinin ortaya çıkışı, sahabe asrında başlayıp müçtehit imamlar devrine kadar yavaş yavaş olarak gelmiştir. Sahabe, karşılaştıkları yeni meseleler üzerinde içtihat ederlerdi. Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer, özellikle amme hukuku sahasında, istişareye başvurarak şura içtihadı yapıyorlardı. Bu içtihatlar sonunda varılan ihtilafsız hükümler, ferdî hükümlerden daha kuvvetli sayılıyor, buna muhalefet edilmiyordu. Müçtehit imamlar devrinde, her imam içtihat yaparken ülkesindeki fakihlerin görüşlerine muhalefet etmemeye dikkat eder ve böylece görüşünde yalnız kalmak istemezdi. Meselâ Ebu Hanife, kendisinden önce yaşamış olan Küfe bilginlerinin icmâ' ettikleri hususlara uymak için çok titizlik gösterirdi. İmam Malik, Medinelilerin icmâ'ını hüccet sayardı. Fakihler, uymak için ashâb-ı kirâm'ın icmâ' ettikleri meseleleri öğrenmeye büyük bir titizlik gösterirlerdi. Onlar sahâbenin icmâ' ettikleri şeylerin dışına çıkmamaya çalışırlardı.⁵⁰

2.3. İcmâ'ın Rükün ve Şartları

İcmâ'ın rükünü müçtehitlerin ittifakıdır. Aralarında ittifak hâsıl olmadıkça icmâ' oluşmaz. Şartları ise şunlardır:

1- Şer'î bir meselenin hükmü hakkında bütün müçtehitler ittifak etmelidir.⁵¹

2- Müçtehitlerin Müslüman olmaları şarttır. Çünkü icmâ'ın hüccet oluşuna delalet eden deliller, icmâ' edenlerin Müslüman olmalarının gerektiğini göstermektedir. İcmâ' İslam inancına dayanır. Ayrıca, bu ümmetin hatalı bir görüş üzerine ittifak etmeyeceğini Hz. Peygamber bildirmektedir.⁵²

3- Müçtehitlerin ittifakının, meselenin hükmü hakkında görüş birliğinde bulundukları anda tamamen gerçekleşmesi gerekir.⁵³

4- Müçtehitlerin ittifakının vacip, haram ve benzerleri gibi şer'î hüküm hakkında olması şarttır.⁵⁴

5- İcmâ'ın Hz. Peygamberin vefatından sonra olması gerekir. O hayatta iken icmâ'a ihtiyaç yoktur. Geçerli olan Nebi Efendimizin kavli ve takriridir. O, teşri'in kaynağıdır.⁵⁵

⁵⁰ Ebu Zehra, s. 195.

⁵¹ Hallaf, s.54, Zeydan, s.190,

⁵² Ebu Zehra, s. 199; Şa'ban, s. 105.

⁵³ Ebu Zehra, s. 199.

⁵⁴ Ebu Zehra, s. 199; Şa'ban, s. 105.

⁵⁵ Şa'ban, s. 105.

6- Müçtehitlerin sayısı ikiden fazla olmalıdır. Bir müçtehitle icmâ' gerçekleşmez. Çünkü 'ittifak' ancak bir kaç âlim arasında olabilir. Herhangi bir asırda sadece bir veya iki müçtehidin bulunmasıyla icmâ' oluşmaz.

7- İttifakın, adâlet sıfatını taşıyan ve bid'atlardan uzak duran içtihat ehlinden sadır olması lazımdır. Çünkü icmâ'ın hüccet oluşuna delâlet eden naslar bunu göstermektedir. "Adâlet sıfatı" cumhura göre şarttır. Çünkü icmâ'ın hükmü ancak müçtehidin şehâdet ehliyetine sahip olmasıyla bağlayıcı olur. Şehâdet ehliyeti de "Sizden, iki âdil kişiyi şahit tutun"⁵⁶ ayetinde açıkça ifade edilmiştir. "Müçtehit bid'atlardan bütünüyle uzak olmalıdır" şartına gelince; eğer bid'at kişiyi küfre düşürecek cinsten ise onu kabul eden gayrimüslimdir. Küfre götürecek cinsten değil ama insanları ona davet ediyorsa, bu delilsiz batıl taassubu sebebiyle adâlet sıfatı düşer ve bu ümmetin icmâ'ında onun sözü dikkate alınmaz. Bu sebepten Hz. Ebubekir ve Hz. Ömer'in halifeliği konusunda icmâ'da Râfizîlerin muhalefetine itibar edilmez. Aynı şekilde Hz. Ali'nin halifeliği konusunda da Hâriciler'in muhalefeti dikkate alınmaz.

8- İcmâ' edenlerin, icmâ'larında nasdan veya kıyastan şer'î bir senede dayanmaları şarttır.⁵⁷

9- Fikir birliği edenler müçtehit olmalıdır. İster olumlu ister olumsuz olsun, avamın ve içtihat derecesine ulaşmamış olanların görüşleri icmâ'ı etkilemez. Çünkü onlar şer'î hükümlerin kaynakları üzerinde fikir yürütme ehliyetine sahip değildir.⁵⁸

10- İmam Ahmet b. Hanbel ve İmam Şâfi'ye göre, icmâ'ın oluşması için, bir asır kadar bir zamanın geçmesi şarttır. İttifak halindeki müçtehitler vefat etmedikçe icmâ' tahakkuk etmez. Çünkü içlerinden bazılarının görüşlerinin değişmesi muhtemeldir. Bu görüşte olanlara göre, müçtehitlerden bazılarının daha sonraları ittifaktan ayrılmalrı, önceki icmâ'ı bozar. Cumhura göre, icmâ' sadece ehl-i beyte, sahabeye, Medine ehline ya da Hulefâ-i Râşidin'e de mahsus değildir. Herhangi bir asırda tüm müçtehitlerin ittifakı ile icmâ' sabit olur. Bu müçtehitlerin ittifaklarının üzerinden bir asrın geçmesi de şart değildir. Hatta bu icmâ'ı etmiş olan

⁵⁶ Talâk 65/ 2

⁵⁷ Atar, s. 50.

⁵⁸ Şa'ban, s. 106; Atar, s. 50.

müçtehitlerden birkaçının sonradan görüşlerinden dönmeleri de, mevcut icmâ'ı bozmaz.⁵⁹

2.4. İcmâ'ın Çeşitleri

İcmâ'nın çeşitleri hakkında mezhepler arasında itilaf vardır. İttifak edilen icmâ' türü sarîh veya kavli icmâ' ismiyle anılan icmâ'dır. sukuti icmâ' hakkındaysa ihtilaflar mevcuttur. Aşağıda bu konuya açıklık getirmeye çalışacağız.

2.4.1. Sarîh İcmâ'

“Kavlî icmâ”, “amelî icmâ” da denir. Sarîh icmâ'; şer'i ameli bir mesele hakkında aynı asırdaki müçtehitlerin açıkça görüşlerini söylemeleri, söz birliği yapmaları, ittifak etmeleridir. Hepsinin aynı şekilde amel ettikleri icmâ'dır. Bu türlü icmâ', icmâ'ı delil olarak kabul eden fakihlerin tamamı tarafından ittifakla hüccet kabul edilmiştir. Cumhura göre, sarîh icmâ' kesin delildir. Ona uymak vacip, aykırı davranmak haramdır. Şayet herhangi bir meselede sarîh icmâ' meydana gelmiş ise “kesin hüküm” niteliğini kazanmış olur ve bu mesele de içtihat ve ihtilaf konusu olmaktan çıkar.⁶⁰

2.4.2. Sükûtî İcmâ'

Bir müçtehidin bir mesele hakkındaki görüşünü açıkladıktan sonra bu görüşün duyulup, öğrenilip, şöhret bularak diğer müçtehitlere ulaşmasına ve bu mesele hakkında tetkikte bulunmak için yeterli süre geçmesine rağmen diğer müçtehitlerin birinden korkmak yahut birine saygı duymak gibi müçtehidî susmaya sevk eden, görüşünü açıklamasına bir engel bulunmamasına rağmen, müçtehitlerin susmaları, açıkça reddetmedikleri gibi, açıkça da bu görüşe muvâfakat da etmemeleridir.⁶¹

Müçtehidin sükûtu, gerek onaylamaya gerekse muhalefete işaret teşkil edecek belirtilerden uzak olmalıdır. Muvâfakatı gösteren bir belirti varsa bu zaten sarîh icmâ' olur. Eğer muhalefeti gösteren bir belirti varsa bu durumda zaten icmâ' gerçekleşmez.

⁵⁹ Atar, s. 50.

⁶⁰ Şa'ban, s. 112.

⁶¹ Zeydan, s. 298; Atar, s. 54; Ebu Zehra, s. 195; Şa'ban, s. 106-107; Karakılıç, s. 276-277; Ansay, Sabri Şakir, *İslam Hukuku*, s. 21. Ankara 2002

Söz konusu görüşe muttali olunmasından itibaren normal olarak o meseleyi incelemeye ve bir görüş oluşmasına yetecek kadar zaman geçmiş olmalı ve bu süreden sonra sükût edilmelidir. İcmâ'a konu olacak mesele, içtihadı açık olan yani hakkında zannî delil bulunan meselelerden olmalıdır.⁶² Âlimler bu icmâ'ın hükmü ve ne derece muteber olduğu mevzuunda üç ayrı görüş ileri sürmüşlerdir:

Sükûf icmâ', icmâ' değildir görüşü: Şâfiî ve Mâlikîlerin görüşü budur ve onlar bunu zannî bir hüccet de saymazlar. Sükût edene söz izafe olunamayacağı kanaatindedirler. Kişinin söylemediği bir şey söyledi diye kabul olunamaz. Ayrıca sükûtun kat'î olarak muvâfakat ile izah olunmasına da imkân yoktur. Sükûtun sebebi, meselenin diğer müçtehitlere ulaşmaması veya mesele hakkında içtihadta bulunmamaları ya da görüş bildirmeleri için yeterli zamanın geçmemiş olması olabilir. Başkasının yapacağı reddin yeterli geleceği inancıyla müçtehidin sükût etmesi ve kendi görüşünü alenen açıklamamanın lüzumsuzluğunu zannetmesi veya hakkın Allah katında olduğu, buna her müçtehidin içtihadıyla ulaştığından müçtehidin ret ve inkârın lüzumsuzluğuna inanışı da olabilir. Belki zâlim bir idareciden çekiniyor veya başka bir müçtehide duyduğu hürmet gibi sebeplerle kendi görüşünü açıklamaktan utanması olabilir. Benzer ihtimaller varken, sükûtun mutlaka muvâfakat manasına geldiğini söylemek zordur. Muvâfakat hakkında delilin bulunmadığı yerde ittifak ve icmâ'da olmayacaktır. İcmâ'ın bulunmadığı yerde de hüccet yoktur.⁶³

Sükûf icmâ' kat'î bir hüccettir; ona muhalefet olunamaz görüşü: Hanefîlerin çoğu ve Hanbelîler bu görüştedirler. Onlara göre, her müçtehidin görüşünü açıkça duymak mümkün değildir veya süre gelen alışkanlık, âlimlerden birinin fetvasına diğerlerinin sükût etmesi şeklindedir. Bu sebeple sükût zımnî bir muvâfakattir. Ne zaman sükûtun muvâfakat olduğuna dair işaret bulunur ve sükûtun muvâfakat olduğuna dair bir işaret sayılmasına mani olan engeller bulunmaz ise, sükût muvâfakat olarak anlaşılır. Bu görüşün şöhret bulup diğer müçtehitlere ulaşması veya mesele hakkında inceleme ve karar verme için kâfi müddetin geçmesi, başka bir müçtehidin, bu görüşü reddettiğini ya da reddetmeye lüzum olmadığını zannetmesi yahut güç ve nüfuz sahibi birinden gelecek zarardan çekinmesi veya o görüş

⁶² Şa'ban, s. 107.

⁶³ Zeydan, s. 299; Ebu Zehra, s. 197.

hakkında kendi görüşünü açıklamasına engel olan benzer diğer sebeplerin bulunmaması durumunda sükût, muvâfakat işareti sayılır ve icmâ' meydana gelmiş olur. Düşünüp araştırmadan ve bunun için gerekli olan zaman geçmeden sükût elbette hüccet olamaz. Engeller kalktıktan sonraki sükût ise beyan demektir. Zira konuşmak gereken yerde sükût etmek, ikrar demek olur. Düşünüp araştırdıktan sonra ileri sürülen içtihadın aksini düşünen bir müçtehit için sükût etmek haramdır. Doğruyu söylemenin zarurî oluşu, onun sükûtunun rıza olduğunu gösterir. Aksi takdirde, hak olarak gördüğü şeyi söylemeyen bir müçtehit günahkâr olur. Sükûtun muvâfakat anlamına gelmesi muhalefet mânâsına gelmesinden daha kuvvetlidir ve bir delil teşkil eder. Şayet verilen hükme razı olduğunu gösteren karine bulunmazsa o takdirde sükûtî icmâ' sadece zannî bir hüccet olur.⁶⁴

Sükûtî icmâ' icmâ' değildir. Fakat 'zannî bir hüccettir' görüşü: Hanefîlerin bazılarıyla bazı Şâfiîlerin görüşü budur. İcmâ'ın aslı ve hakikati bütün müçtehitlerin tahminen değil, gerçek manada ittifak etmeleridir. Bu ise sükûtî icmâ' da yoktur. Çünkü sükût, ne kadar muvâfakata delalet etmektedir dense de, hiçbir zaman açık beyanın muvâfakata delaleti gibi olamaz, bu sebeple icmâ' sayılamaz. Ancak açık beyana engel olan manilerin ortadan kalkmasıyla, sükûtun muvâfakata delalet etmesi ağırlık kazandığından zannî bir hüccet olarak kabul edilmiştir.⁶⁵

⁶⁴ Zeydan, s. 299; Ebu Zehra, s. 197.

⁶⁵ Zeydan, s. 299; Ebu Zehra, s. 197.

Sükûtî İcmâ'ın Hükümü; Sarih icmâ'ın kaynak olduğunu kabul eden usûlcülerden bir kısmı sükûtî icmâ'ı kaynak olarak görmemişlerdir. Hatta içlerinde bunun 'icmâ' olarak isimlendirilmesini bile reddedenler vardır. Mâlikîler ve rivayet edilen son görüşüne göre İmam Şâfiî onlardandır. Çoğunluk ise sükûtî icmâ'ı kaynak kabul etmişlerdir. Bunların bir kısmı “sükûtî icmâ' da sarih icmâ' gibi kesin delil teşkil eder” demişlerdir. Hanefîlerin çoğunluğu ve İmam Ahmed b. Hanbel bu görüştedir. Onlar, icmâ'ın kaynak olduğunu ve onun kesin bir hüccet teşkil ettiğini gösteren delillerin sarih icmâ' ile sükûtî icmâ' arasında bir ayırım yapmadığı kanaatindedirler. Sükûtî icmâ'ı kaynak kabul edenlerin diğer bir kısmı ise, “o zannî delildir” derler. Hanefîlerden Kerhî ve Şâfiîlerden Âmidî bu görüştedir.⁶⁶

2.5. İcmâ'ın Nakli ve Bağlayıcılığı

İcmâ'ın nakli tevatür veya âhad yolla olur. Tevatür yoluyla nakledilen icmâ' kendisiyle amel etmeyi gerektirir, inkârı küfürdür. Bu konumdaki icmâ'ın kesin bir hüccet olduğu konusunda ihtilaf yoktur. Bu tür icmâ'ın sahâbe döneminde gerçekleştiği âlimlerimiz tarafından aktarılmaktadır. Âhad yolla nakledilen icmâ' yakîn bilgi ifade etmese de âlimler tarafından meşru görülmüştür. Âlimlerin çoğu bu yolla nakledilen icmâ'ın geçerli olacağı ve amel edilmesi gerektiği konusunda ittifak etmişlerdir. İnkâr eden tekfir edilmez ama bidat ve dalalet ehli sayılırlar.⁶⁷ İcmâ'ın naklî, tevatür derecesine ulaşmamakla birlikte şöhret bularak nakledilmiş olabilir. Bu tür icmâ' naklîni daha çok Hanefî usul kitaplarında görmekteyiz. Gerçekte sahâbenin icmâ'ından başka hiçbir icmâ' tevatür yoluyla sabit olmamıştır. Bu yüzden fakihler, birbirinin ileri sürdüğü icmâ'ları kabul etmemişlerdir. Hilaf kitapları bu konulardaki çekişmelerle doludur. Fakihler, sahâbenin icmâ'ları dışında kalan hiçbir icmâ' üzerinde hemen hemen ittifak etmemişlerdir.⁶⁸ Bu sebepten bazı ulema “Sahâbeden başkalarının icmâ'ını bilmiyoruz.” derler. Mesela Ahmed b. Hanbel, üzerinde icmâ' olduğu iddia edilen bir mesele hakkında “*Bu konudaki ihtilafı bilmiyoruz*” demekle yetinirdi.⁶⁹

⁶⁶ Şa'ban, s. 112.

⁶⁷ Karakılıç, s. 278; Atar, s. 55.

⁶⁸ Ebu Zehra, s. 206.

⁶⁹ Ebu Zehra, s. 195.

2.6. İcmâ'nın Delil Değeri

Şer'î delillerin esası, Allah'ın Kitabı ve Resûlullah'ın sünnetidir. Bunların yanında icmâ' da şer'î bir delil olarak yer almaktadır. Birçok hâdisenin hükmü Kur'an ve sünnette açıkça bulunamaz. Ortaya çıkan hukukî ve sosyal olayların hükümleri, nasta bulunmayınca icmâ' ile de tespit edilebilir. İcmâ'nın bir hüccet olduğu, âyet ve hadislerle sabittir.

*“Her kim kendisine hak belli olduktan sonra Peygambere muhalif bir vaziyet alır ve müminlerin yollarından başkasını takip ederse biz onu kendi haline bırakır ve cehenneme atarız. O ne fena gidiştir.”*⁷⁰ *“Siz insanlar için çıkarılmış en hayırlı ümmetsiniz. İyiliği emreder, kötülükten vazgeçirmeğe çalışır ve Allah'a inanırsınız.”*⁷¹ *“İşte sizi öylece adil, mutedil bir ümmet kıldık, ta ki insanlar üzerine şahitler olasınız.”*⁷²

Ayete göre Müminlerin yolundan başkasına uymak haramdır; çünkü böyle yapanlar, Peygamber'den ayrılmış olup Allah onları cehenneme atacaktır. Müminlerin yolundan başkasına uymak haram olunca, müminlerin yoluna uymak vacip olur. Bir kimse, müminlerden ayrılır ve onların görüşlerinin zıddını ileri sürerse, elbette onların yollarına uymamış olur. Meselâ müminler topluluğu, *“bu helaldir”* derse, aynı şey için *“bu haramdır”* diyenler, onların yollarına uymamış olurlar. İşte bu, icmâ'a uymak gerektiğini gösterir. Buna göre icmâ', istinbat konusunda bir delil ve hüccet teşkil eder. *“Ümmetim dalâlet üzerinde birleşmez”*.⁷³ *“Müslümanların güzel gördüğü şey, Allah katında da güzeldir”*.⁷⁴

İcmâ'nın hücciyetine delil olarak getirilen ve güvenilir râviler tarafından rivayet edilen bu ve benzeri hadisler, her ne kadar mütevâtir değilse de, ifade edilen ortak anlam bakımından mütevâtirdir. Buradaki ortak mana *“ümmeatin topluca hataya düşmeyeceği”* anlamıdır. Manevî mütevâtir ise, delâlet ettiği hususta kesin bilgi sağlama açısından lâfzî mütevâtir gibidir.⁷⁵

⁷⁰ Nisâ/4, 115.

⁷¹ Âl-i İmrân/3, 110.

⁷² Bakara/2, 134.

⁷³ İbn Mâce, *Fiten*, 8.

⁷⁴ Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, I, 379.

⁷⁵ Şa'ban, s. 121-122; Ebu Zehra, s. 201; Zeydan, s. 299.

2.7. İcmâ'ın Senedi

İcmâ' oluşması için verilecek hükmün mutlaka bir şer'î delile ihtiyacı vardır. Çünkü bilmeden ve delilsiz olarak dinde söz söylemek, hatalı, hevâ ve hevese göre keyfî görüş beyan etmektir. Bu ise caiz değildir; şer'i dayanak olmadan yapılan icmâ' yeni bir din ortaya koymaya kapı açar ki bu da batıldır. Ayrıca görüşleri birleştirecek geçerli sebep bulunmadan müçtehitler arasında ittifakın meydana gelmesi de zordur. İlham gibi şeyler dînî hususlarda delil olmaz, çünkü din peygamberden alınır, peygamber de din hakkında kendi hevâsına göre konuşmamıştır. Cumhura göre dayanılan senet Kur'an'dan veya mütevâtir sünnetten kat'î bir delil ise icmâ' onu teyit eder. Dayanılan senet, haber-i vâhid ve kıyas gibi zannî bir delil olduğunda ise bu takdirde icmâ'ın oluşmasıyla, verilen hüküm zannî olmaktan kesinlik mertebesine yükselir.⁷⁶ İcmâ'ın senedi, kat'î bir delil olduğu zaman icmâ' müstakil bir hüccet olamaz. Bu kat'î delili teyit etmiş olur. Mesela, beş vakit namazın farziyeti ve vakitleri kitap ve sünnet ile sabit olduğu gibi icmâ' ile de sabit bulunmuştur. Zekât, oruç, hac gibi ibadetler de böyledir.⁷⁷

2.7.1. Kıyas'ın Senet Olup Olamayacağı İhtilafı

Usulcüler, icmâ'ın senedinin içtihat yahut kıyas olup olamayacağı hususunda ihtilaf etmişlerdir. Fukahanın çoğunluğu, icmâ'ın senedinin içtihat yahut kıyas olabileceği kanaatindedirler.

Kıyas, icmâ' için senet olamaz diyenlere göre; kıyas anlayışı kişiden kişiye değişir. Kıyas hüküm için uygun olan bir takım vasıflara dayanırsa da, insanların bu illetler üzerindeki görüşleri çok farklıdır, dolayısıyla kıyas üzerine icmâ' kurulamaz. Ayrıca kıyas'ın hüccet oluşu, icmâ' ile kabul edilmiş bir husus değildir. Sahâbenin de Kitap ve sünnetin dışında bir şeye dayanmış olan herhangi bir hüküm üzerinde icmâ' ettikleri de varit değildir. Sahâbe, nine ve babası aynı kardeşlerin mirasçı olabileceği üzerinde icmâ' ederken nassa dayanmışlardır. Fethedilen arazinin savaşa katılanlara dağıtılmaması üzerinde icmâ' ederken de onlar, kıyas veya maslahata değil, Kur'an'a dayanmışlardır. Hz. Ömer, maslahatı göz önüne alarak fethedilen araziye gazilere dağıtmamak için sahâbeyle iki gün münâkaşa etmişse de, onları ikna

⁷⁶ Şa'ban, s. 120.

⁷⁷ Atar, s. 50.

edememiştir. Nihayet konusu geçen ayeti söyleyince onlar ikna edilmiş ve görüş birliğine varmışlardır. İddiaya göre bazı meselelerde kıyasa dayanılarak icmâ' yapılmıştır. Meselâ, kıyasa dayanılarak, içki içenler için ceza tayin edilmiş ve bu cezanın seksen değnek olması kararlaştırılmıştır. Konuyu incelersek görürüz ki buradaki icmâ' iddiası doğru değildir. Çünkü Hz. Ömer bu cezanın kırk değnek olmasını, Hz. Ali ise, kazf cezası gibi, seksen değnek olmasını ileri sürmüştür. Üstelik bu konuda Peygamber'in içki içen birisine kırk değnek vurduğu rivayet edilir.⁷⁸ Hz. Ebu Bekir'in halife seçilişi ve Kur'an'ın cem'i üzerindeki icmâ'ları, sahâbenin nassa dayanmaksızın icmâ' ettiklerine delil olamaz; çünkü bunlar, şer'î bir hüküm üzerinde yapılmış icmâ' sayılmaz. Sadece amelî bir meseleyi icra etmek için bir ittifaktır. Dinden dönenler ile savaş yapılması, İran ve Suriye'ye ordu sevk, dîvanların teşkili gibi hususlardaki ittifakları da böyledir. Bütün bunlar, teşrii hüküm üzerinde icmâ' değil, sadece amelî icraatlardır. Şer'î hükmün tesiri gelecek nesillerde de devam eder, onların da buna uyması gerekir. Amelî hususların yerine getirilmesi ise, devlet idaresiyle ilgili olup sahâbenin kendi çağına mahsustur ve maddî bir hâdise üzerinde yapılan ittifak, teşrii bir hüküm üzerinde yapılmış icmâ' adını almaz. Fakat onların, bir işin yapılmasına dair varmış oldukları ittifakları, o işin haram olmadığını zımnen gösterir.

Kıyas, icmâ' için senet olabilir diyenlere göre; kıyas, naslara dayandığına göre ona dayanılarak yapılan icmâ' da şer'î bir hüccettir; icmâ'a katılanlar tarafından şer'î bir hüküm koymak değildir. İlet hakkında nas varsa veya bu illet zahir olup araştırmaya ihtiyaç göstermiyorsa, ona dayanılarak yapılan icmâ' yerindedir. Eğer kıyas'ın illeti kapalı ise, yani bu illet hakkında nas yoksa ona dayanılarak icmâ' yapılamaz. Çünkü illeti nas ile sabit olan bir kıyasta itimat edilen asıl şey kıyas değil, onun illetini beyan eden nastır ve bu durumda icmâ'ın senedi nas demektir. Mesela sahâbe, domuzun etinin haram oluşuna kıyassen, domuz yağının haramlığı hususunda icmâ'da bulunmuşlardır. Hz. Peygamber kendisinin yerine kimin devlet başkanı olacağını belirlemeden vefat ettiğinden, sahâbe önce kimi seçeceklerinde ihtilaf etmişlerdir. Ashaptan bazıları hilâfeti imamete kıyas ettiler ve diğerleri de bu kıyası uygun görüp Hz. Ebubekir'in Hz. Peygamber'in imamet konusunda yaptığı gibi

⁷⁸ Ebu Zehra, s. 204.

hilâfet hususunda da başkalarına tercih edilmesini kararlaştırdılar. İşte bu kıyas onların icmâ'ının senedini oluşturmuştu. Hz. Ömer döneminde içki cezasının 80 değnek belirlenmesi Hz. Ali'nin zina iftirası kıyasına dayanmıştı. Bu da kıyasın icmâ' için senet olabileceğini ve bu yönde uygulama yapıldığını göstermektedir.⁷⁹

2.7.2. Mesâlih-i Mürsele'nin İcmâ'a Senet Olması

Maslahat-ı mürseleyi delil olarak kabul edenlere göre o, icmâ'ın senedi olabilir. Maslahat değişirse icmâ'a muhalefet etmek ve yeni maslahata münasip yeni bir hüküm vermek caizdir. Devlet hazinesi için Hz. Ömer zamanında sahâbenin silahla fethettiği arazinin taksim edilmeyip bu araziye “haraç” konulması üzerinde icmâ' edilmesi, Kur'an-ı Kerîm'in bir Mushaf'ta toplanması ve bilhassa mescitten uzakta oturanların Cumayı kaçırmamaları gayesiyle namaz vaktini insanlara duyurmak için Hz. Osman zamanında Cuma namazı için ikinci bir ezanın ilave edilmesi meselesindeki icmâ'larında sahâbe maslahata dayanmıştır.⁸⁰

2.8. İcmâ'ın Neshi

Atar'ın ifadesine göre, icmâ' akdedilmiş olan asırdan sonra tekrar aynı mesele üzerinde ikinci bir icmâ' vuku bulursa, bu ikincisine itibar edilmez. Çünkü ikinci icmâ', birincisini nesh etmiş olur ki, Hz. Peygamber'in vefatından sonra nesih yoktur.⁸¹ Bazı fakihlere göre ise, bir asırdan sonra icmâ' eden müçtehitler, başka bir icmâ' ile önceki icmâ'larını bozabilirler. Bu görüş, icmâ'ın gerçekleşmesi için, icmâ'a katılan müçtehitlerin ölmüş olmasını şart koşanların anlayışına uygun düşer. Cumhur'a göre tekrar icmâ' yapılmaz; çünkü ikinci icmâ' birincisiyle çatışır ve birinci icmâ' hüccet olduğuna göre, bunun aksine icmâ' yapmak bir yana muhalif davranmak doğru değildir.⁸²

2.9. İcmâ'ın Dereceleri

İcmâ'ın kuvvet itibarıyla dereceleri şöyledir: Sahâbenin kavli icmâ'ı; sahâbenin sükûtî icmâ'ı; Sahâbeden sonra, hiç ihtilâf olmadan vuku bulan icmâ';

⁷⁹ Şa'ban, s. 121; Atar, s. 50; Zeydan, s. 299.

⁸⁰ Şa'ban, s. 122-123.

⁸¹ Atar, s. 55.

⁸² Ebu Zehra, s. 204.

Sahâbeden sonra, önce ihtilâf vâki olup sonradan ihtilâfın son bulmasıyla vuku bulan icmâ'.⁸³

2.10. Fıkıh ve Usul Kitaplarında İcmâ' Kavramı

Hakkında icmâ' bulunduğu söylenen icmâ'ların bazıları, müçtehitlerin çoğunluğunun fikir birliği tarzında, bazıları o mezhepteki bilginlerin ittifakından ibaret, bazıları ise sükûti icmâ' şeklindedir. Bu türde olanlara özellikle Hanefî fıkıh kitaplarında çok rastlanır ve genellikle şu ifadeler kullanılır; “Buna falanca müçtehit böyle hükmetmiş ve hiç kimse ona itirazda bulunmamıştır”. Bu durumda mezhep içi ittifakın vuku bulunduğu anlaşılmaktadır.⁸⁴

2.11. İcmâ'ın İmkânı

Mutezile âlimleri ve Şiiler, cumhurun şartlarını saydığı bir icmâ'ın gerçekleşmesinin mümkün olmadığını ileri sürerler ve şöyle derler: “Aynı asırdaki bütün müçtehitlerin tespiti imkânsızdır. Çünkü müçtehid müçtehit olmayandan ayıracak, ittifak edilen bir ölçü yoktur. Müçtehitler birbirinden uzak çeşitli il ve bölgelere dağılmış olabilirler. Bir mesele hakkında hepsinin görüşünü öğrenmek için bunları bir araya getirmek kolay değildir. Müçtehitlerin teker teker görüşleri alınabilse bile, daha önceden görüşü alınanın, sonrakilerin görüşlerinin alındığı zamana kadar görüşünü değiştirip değiştirmediğini kesin olarak bilmek imkânsızdır. Ayrıca icmâ'a, sadece bir konu hakkında kesin delil olmadığı zaman ihtiyaç duyulur. Yani icmâ' ancak zannî delillere dayanır. Aklî seviye ve anlayış kabiliyetleri farklı olabilecek müçtehitlerin zannî bir delile dayanarak icmâ' etmeleri hemen hemen imkânsızdır.”⁸⁵

Cumhur ise, icmâ'ın mümkün olduğunu ve fiilen yapıldığını söylemişlerdir. Onlara göre mesela, ninenin miras payının altıda bir olduğu, domuz etinin yanında yağının da haram olduğu, hep icmâ' ile tespit edilmiştir. Müçtehitlerin hepsini tanımanın, güvenilir bir şekilde görüşlerini tespit etmenin imkânsız olduğu iddiası kabule şayan değildir. Çünkü Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer devrinde müçtehitler

⁸³ Atar, s. 55.

⁸⁴ Şa'ban, s. 119.

⁸⁵ Ali bin Muhammed Şevkani, *İrşadü'l-Fuhul*, c.I s.234, Daru's-Selam, Kahire,1998, , Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed Buhari, *Keşfü'l-Esrar ala Usul'i İmam-ı Pezdevi*, c.II s.424 Daru'l-Kitab, Beyrut 1994,

bilinmekte idi. Öyle ki, Hz. Ömer bunların Medine'den ayrılmalarına engel olmuştur. İcmâ'ın sadece zannî delillere dayanması icmâ'ın gerçekleşmesine mani değildir. Çünkü birçok zannî delil, taşıdıkları manaları açıkça ifade ettikleri için bütün müçtehitlerin icmâ'ı elbette mümkündür. Günümüzde ulaşım ve iletişim araçları dünyayı küçülmüş ve meşhur olan âlimleri tanımak ve görüşlerini almak kolaylaştırmıştır.⁸⁶

⁸⁶ Zeydan, s. 299; Şa'ban, s. 115-117.

BİRİNCİ BÖLÜM

HİDÂYE'DE İCMÂ' LAFZIYLA İFADE EDİLEN İCMÂ' İLE İLGİLİ KONULAR

Tezimizin bu bölümünde *Hidâye*'de icmâ' lafzıyla ifade edilen ilgili konuları genellikle *Hidâye*'deki bölümleri esas alarak sıraladık. Bazı konuları ise *Hidâye*'deki sıralamadan farklı olarak kanaatimizce daha yakın bulduğumuz konu başlıkları altına topladık.

Tesbitlerimizin usul kitaplarında cumhurun kabul ve ittifak ettiği ıstılahi anlamda 'icmâ' kavramından yola çıkılarak, değerlendirilmesi durumunda yanılgi veya çelişkiye sebep olabileceğini önemle hatırlatırız. *Hidâye*'de 'icmâ' lafızları ıstılahi anlamının yanı sıra, yer yer mezheb içi ittifaklar yerine kullanılmıştır. Hatta mezheb içi görüş birliğinin bulunmadığı bazı konularda bile çoğunluk görüşleri, icmâ' kavramı kullanılarak ifade edilmiştir. 'Sahabe icmâ'sı vardır' ya da 'tüm Müslümanlar ittifak etmişlerdir' gibi kapsayıcı ifadelerinin kullanılmadığı konularda diğer mezheplerin farklı görüşlerde olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. 'İttifak' lafzıyla ifade edilmiş konularda ise muhalif görüşler daha sık karşımıza çıkmaktadır. Metin ve ibareler incelenildiğine ihtilaflı görüşlerin ibarenin ya evvelinde ya sonunda mevcut olmasına rağmen tercih edilen görüş veya bir başkasının görüşü icma kavramıyla ifade edilmiştir.

1. TEMİZLİK (TAHÂRET)

1.1. Gusül

Kadının aybaşı haliyle ilgili, "*Kadınlara, temizlenmedikçe yaklaşmayınız*"⁸⁷ ayetine istinaden lohusalığın icmâ' gereğince guslü gerektirdiği söylenmiştir.

(Bu icmâ'nın senedi bakara suresi 222. ayetidir.)

قال: "والحيض" لقوله تعالى: {حَتَّى يَطْهُرْنَ} بالتشديد وكذا النفاس للإجماع.⁸⁸

⁸⁷ Bakara, 2/222.

⁸⁸ Mergînânî, I, 20.

1.2. Kuyuların Temizliği

Şer'an necis sayılan bir şeyin bir su kuyusuna girmesi veya düşmesi durumunda, o necis şey çıkarılıp atılır ve kuyudaki suyun hepsi çekildikten sonra kuyu temizlenmiş olur. Bu şekildeki bir kuyunun temizlenmesi için içindeki necis şeyin ve kuyudaki tüm suyun boşaltılmasında sahâbe ve tabiin icmâ' etmişlerdir.

(Bu hüküm sahabe icma'sıdır.)

"وإذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزرح ما فيها من الماء طهارة لها" بإجماع السلف ومسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار دون القياس "فإن وقعت فيها بكرة أو بعرتان من بعر الإبل أو الغنم لم تفسد الماء" استحسانا.

89

Hanefîlere göre; mescitleri temiz tutmakla emrolundukları halde, mescitlerde eskiden beri Müslümanların icmâ'ına göre yuva yapan güvercinlere hiç kimsenin dokunmaması, güvercin veya serçenin pisliğinin necis olmadığına delalet eder. Kaldı ki bu iki kuşun pisliğinde de her ne kadar bir durumdan başka bir duruma dönüşme varsa da pis koku yoktur. Nihayet o da siyah kokmuş çamur gibidir. Netice olarak güvercin ve serçenin pisliğinin necis sayılmadığı hususunda icmâ' edilmiştir.

(Bu icma sukuti icmadır.)

"فإن وقع فيها خراء الحمام أو العصفور لا يفسده" خلافا للشافعي رحمه الله له أنه استحالة إلى نتن وفساد فأشبهه خراء الدجاج ولنا إجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الأمر بتطهيرها واستحالتها لا إلى نتن رائحة فأشبهه الحمأة⁹⁰

1.3. Teyemmüm

Su bulunmadığında teyemmüm edilmesini emreden ayet-i kerimedeki "o zaman temiz bir toprakla teyemmüm edin"⁹¹ ifadesinde geçen toprak "صعيد" hakkında ihtilaf vaki olmuşsa da, "طيب" kelimesi temiz manasını da taşıdığı için temiz olan şey manasına hamledilmiştir. Temizlenmede kullanılan bir şeyin temiz olması daha uygun olacağından teyemmümde kullanılacak toprak vb. teyemmüm malzemesinin temiz olmasında icmâ' edilmiştir.

⁸⁹ Mergînânî, I, 24.

⁹⁰ Mergînânî, I, 24.

⁹¹ Nisâ, 4/ 43.

{فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً} [النساء: 43] أي تراباً منبتاً قاله ابن عباس رضي الله عنه غير أن أبا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما أن الصعيد اسم لوجه الأرض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لأنه أليق بموضع الطهارة أو هو مراد بالإجماع⁹²

1.4. Kadınların Aybaşı ile İstihâze Halleri

Kadınların adet süresi içindeki kan kesintileri, kanın devamlı gelmesi hükmündedir. Adet süresinin başlangıcı ve sonu arasında oluşan kesintiler temizlik hali sayılmaz. Bu konuda icmâ' edilmiştir.

Mergînânî bu hususta şöyle demektedir: “Bu, İmam Ebu Hanife’den gelen rivayetlerden biridir. Zira aybaşı halinin devamı süresince kanın sürekli gelmesi icmâ’ gereğince şart değildir. Çünkü nisap miktarına ulaşan bir mala, yıl ortasında nisap miktarının altına düşse de yılın sonunda nisaba ulaşmışsa zekât düşüyorsa, burada da aybaşı hali süresinin başı ile sonu göz önünde bulundurularak sürenin ortalarındaki kan kesintilerine itibar olunmamıştır.” İmam Ebu Yusuf da Ebu Hanife’den “İki kan arasındaki kesinti, eğer on beş günden aşağı olursa temizlik değildir. Çünkü on beş günden aşağı olan kesinti bozuk bir âdet olup temizlik sayılmaz.” görüşünü rivayet etmiştir.

Kadın müstahaza olmuşsa, yani ondan devamlı kan geliyorsa, o zaman eski âdetine göre hüküm verilir. İstihaze kanı, durmadan devam eden burun kanaması gibi ne namaza, ne oruca ve ne de cinsel ilişkiye mânidir. Çünkü Peygamber Efendimiz (s.a.v.) müstahaza olan kadına; “*Kan hasırın üstüne damlasa bile, abdest al namaz kıl*”⁹³ buyurmuştur. Hadisten namazın kılınabileceği hükmü anlaşıncı, oruç ve cinsel ilişki de buna kıyas edilmiştir.

Müstehaza (özürlü) kadın eski adet süresinin ve temizlik günlerinin süresini esas alarak, temiz olması gereken zaman içinde namaz, oruç, cinsel ilişki, gibi temizken yapabildiği işleri icmâ’ gereğince yapabilir. Temiz sayılır.

والطهر إذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدّم المتوالي". وهذه إحدى الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله وجهه أن استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالإجماع فيعتبر أوله وآخره كالنصاب في باب الزكاة وعن أبي يوسف رحمه الله وهو روايته عن أبي حنيفة رحمه الله وقيل هو آخر أقواله إن الطهر إذا كان أقل من خمسة عشر يوماً لا يفصل وهو كله كالدّم المتوالي لأنه طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والأخذ بهذا القول أيسر وتماه

⁹² Mergînânî, I, 28.

⁹³ Dârekutnî, Sünen, I, 211.

يعرف في كتاب الحيض "وأقل الطهر خمسة عشر يوما" هكذا نقل عن إبراهيم النخعي وأنه لا يعرف إلا توقيفا "ولا غاية لأكثره" لأنه يمتد إلى سنة وستين فلا يتقدر بتقدير إلا إذا استمر بها الدم فاحتيج إلى نصب العادة ويعرف ذلك في كتاب الحيض "ودم الاستحاضة كالرعاف الدائم لا يمنع الصوم ولا الصلاة ولا الوطء" لقوله عليه الصلاة والسلام "توضئي وصلي وإن قطر الدم على الحصير" وإذا عرف حكم الصلاة ثبت حكم الصوم والوطء بنتيجة الإجماع⁹⁴

1.5. Kadınların Lohusalık Hali

Şayet bir kadın bir batında iki çocuk doğurursa, İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf’a göre, iki çocuğun doğumları arası kırk gün bile olsa, lohusalık ilk doğan çocuğun doğumundan itibaren başlar. İmam Muhammed ise lohusalığın başlangıcını ikinci çocuğun doğumuyla başlatır. İmam Züfer de bu görüştedir. Çünkü kadın birinci çocuğu doğurduktan sonra da gebe olduğu için, nasıl adet görmüyorsa lohusa da olamaz. Bunun içindir ki iddet, icmâ’ gereğince ikinci çocuğun doğumu ile biter. İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf, “gebe olan kadın, rahminin ağzı kapalı olduğu için adet görememekte ise de birinci çocuğu ile rahminin ağzı açılmıştır. İddet ise, gebe kadının, taşıdığını doğurmasıyla bittiği için, rahminde taşıdığı ne ise onu tamamen doğurmadıkça iddeti bitmiş olamaz” demişlerdir. (Bu hükümde mezheb içi ihtilaf vardır.)

"فإن ولدت ولدين في بطن واحد فنفاستها من الولد الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وإن كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد رحمه الله من الولد الأخير" وهو قول زفر رحمه الله، لأنها حامل بعد وضع الأول فلا تصير نفساء كما أنها لا تحيض ولهذا تنقضي العدة بالولد الأخير بالاجماع ولهما أن الحامل إنما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الأول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف إليها فيتناول الجميع.⁹⁵

1.6. İstinca

Büyük abdest temizliğinde taş veya taşın yerine geçecek herhangi bir şeyi kullanmak caizdir. Kişi o şeyi istinca yerine, temizleninceye kadar sürter.' Zira gaye temizlenmek olduğuna göre temizlenme ne şekilde yapılıyorsa o yeterlidir. İstinca hakkında sünnet olan bir sayı yoktur. İmamı Şafii: “Üç kez sürmek gerekir. Zira Peygamber Efendimiz (sav): ‘Herhangi biriniz ayak yoluna gittiği zaman kendini üçtaş ile temizlesin’ buyurmuştur” demiştir. Hanefiler de şöyle dediler; bizim dayanağımız, Peygamber Efendimizin: ‘Kim ki taşlarla temizlenmek isterse tek

⁹⁴ Mergînânî, I, 34.

⁹⁵ Mergînânî, I,36.

sayıda kalsın. Kim ki böyle yaparsa, onun yaptığı iyi bir şeydir ve kim ki yapmazsa ona bir günah yoktur' hadisidir. Bir kez de tek sayıdır ve İmam Şafii'nin dayandığı hadisin zahiri de kastedilmemiştir. teharette kişinin, kendini bir taşın üç kenarı ile temizlemesi icmâ gereğince caizdir. Kişinin kendini su ile yıkaması daha sevaplıdır. Çünkü Allah Teâlâ Medine'de ilk inşa edilen mescitten söz ederken : 'Orada temizlenmeyi seven kimseler vardır' buyurmuştur. Çünkü rivayete göre bu ayet, kendilerini önce taşla temizledikten sonra su ile yıkayan kimseler hakkında inmiştir. Ayrıca yıkama, bir gelenektir. Hatta kimisi: 'Bu devirde sünnettir' demiştir. Kişi kendini su ile yıkadığı zaman, kaç kez yıkayacağı söz konusu olmayıp, temizlenmiş olduğuna kanaat getirinceye kadar kendini yıkaması gerekir. Ancak vesveseli olan kimseler hakkında üç kez diye takdir edilmiş, kimisi de: 'Yedi kez' demiştir.(İmam Şafii'nin muhalefet ettiği bir hükümdür.)

"لأن النبي عليه الصلاة والسلام واطب عليه" ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه" لأن المقصود هو الإنقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون" وقال الشافعي رحمه الله: لا بد من الثلاث لقوله عليه الصلاة والسلام: "وليس تنج بثلاثة أحجار". ولنا قوله عليه الصلاة والسلام "من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج" والإيتار يقع على الواحد وما رواه متروك الظاهر فإنه لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف جاز بالإجماع "وغسله بالماء أفضل" لقوله تعالى: {فِيهِ فِيهِ رَجَالٌ يُحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا} [التوبة: 108] نزلت في أقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء ثم هو أدب وقيل هو سنة في زماننا ويستعمل الماء إلى أن يقع في غالب ظنه أنه قد طهر ولا يقدر بالمرات إلا إذا كان موسوسا فيقدر بالثلاث في حقه وقيل بالسبع⁹⁶

2. NAMAZ

2.1.Namazın Keyfiyeti

Secdede yüz, iki elin arasına ve eller de kulakların karşısında yere koyulur. Burun ile alın da yere değdirilir. Şayet kişi biri ile yetinirse İmam Ebu Hanife'ye göre caizdir. Diğer iki imam ise; zorunluluk olmadıkça yalnız burnu yere değdirmekle yetinmenin caiz olmadığı kanaatindedirler. İmam Ebu Hanife'den de bu yolda bir rivayet vardır. Çünkü Peygamber Efendimiz; "Yedi kemik üzerinde secde etmekle emrolundum." buyurduktan sonra alını da bunlar için de saymıştır.

قال: "وسجد على أنفه وجبهته" لأن النبي عليه الصلاة والسلام واطب عليه "فإن اقتصر على أحدهما جاز⁹⁷ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال لا يجوز الاقتصار على الأنف إلا من عذر" وهو رواية عنه لقوله عليه الصلاة والسلام "أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وعد منها الجبهة" ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن السجود

⁹⁶ Mergînânî, I,39

⁹⁷ Buhârî, Ezan, 133, 134, 137; Tirmizî, Salât, 203.

يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المأمور به إلا أن الخد والذقن خارج بالإجماع والمذكور فيما روي الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقيق السجود بدونهما وأما وضع القدمين فقد ذكر القدوري رحمه الله تعالى أنه فريضة في السجود

Secde, yüzün bir kısmını yere koymakla gerçekleşmiş olur. Ancak yanaklarla çene, yüzün birer parçası oldukları halde icmâ' gereğince yere koyulmazlar.

قال: "وسجد على أنفه وجبهته" لأن النبي عليه الصلاة والسلام واطب عليه "فإن اقتصر على أحدهما جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال لا يجوز الاقتصار على الأنف إلا من عذر" وهو رواية عنه لقوله عليه الصلاة والسلام "أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وعد منها الجبهة" ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المأمور به إلا أن الخد والذقن خارج بالإجماع والمذكور فيما روي الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقيق السجود بدونهما وأما وضع القدمين فقد ذكر القدوري رحمه الله تعالى أنه فريضة في السجود⁹⁸

İmama uyarak namaz kılan kimse ne Fatiha'yı ve ne de zammı sureyi okumaz. İmamı Şâfiî (r.a.), Fatihayı okumayı namazın bir rüknü saydığından bu görüşe katılmamıştır. Hanefiler ise Peygamber Efendimiz (s.a.v.)'in; "Kim imamın arkasında namaz kılsa, imamın kıraati onun da kıraatidir."⁹⁹ Hadisine göre namazda imama uyan kişinin Kur'an okuması gerekmeyeceği, imamın okuyuşunun onun okuyuşu yerine geçeceği görüşündedirler. Bu konuda sahâbe icmâ' etmiştir.

(İmam Şafii'nin muhalefeti olan ayrıca mezheb içi ihtilafında olduğu bir hükümdür.)

"ولا يقرأ المؤتمر خلف الإمام" خلافا للشافعي رحمه الله في الفاتحة له أن القراءة ركن من الأركان فيشتركان فيه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام "من كان له إمام فقرأه الإمام له قراءة" وعليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الإنصات والاستماع قال عليه الصلاة والسلام "وإذا قرأ الإمام فأنصتوا" ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد رحمه الله ويكره عندهما لما فيه من الوعيد¹⁰⁰

2.2. İmamlık

Çocuğa uyarak erkeklerin namaz kılması caiz değildir. Çünkü namaz farz da olsa, çocuk için nafilidir. Farzı kılan kimsenin ise nafil kılınan kimsenin arkasında kılması caiz değildir. Fakat Teravîh namazı ile vakit sünnetlerini çocukların arkasında kılma hususunda, Hanefilerin çoğunluğu "caiz değildir" demişlerse de Belh uleması caiz görmüşlerdir. Kimisi "mutlak sünnetlerde İmam Ebu Yusuf ile İmam Muhammed arasında görüş ayrılığı vardır" demiştir. Nafil namazları da

⁹⁸ Mergînânî, I, 51.

⁹⁹ İbn Mâce, *İkâme*, 13.

¹⁰⁰ Mergînânî, I, 56.

çocuğun arkasında büyüklerin kılması caiz değildir. Çünkü çocuğun sünneti büyüğün sünnetinden zayıftır. Çünkü çocuk, başladığı sünnet namazı tamamlamadan bozarsa, o sünneti kaza etmek çocuğa lâzım gelmez. Kuvvetli namaz ise zayıf olan namaz üzerine bina edilemez. Büyükler çocuğa uyup namaz kılamazlar, bu konuda icmâ' vardır. Fakat ikisinin de namazı zayıf olduğu için çocuğun çocuğa uyması caizdir.

"ولا يجوز للرجال أن يقتدوا بامرأ أو صبي". أما المرأة فلقوله عليه الصلاة والسلام "أخروهن من حيث , أخرهن الله" فلا يجوز تقديمها وأما الصبي فلأنه منتقل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ رحمهم الله ولم يجوزه مشايخنا رحمهم الله ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله والمختار أنه لا يجوز في الصلوات كلها لأن نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالإفساد بالإجماع ولا يبيني القوي على الضعيف بخلاف المظنون لأنه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدماً.¹⁰¹

2.3. Namazda Abdestin Bozulması

Şayet imamın dili tutulup okuyamaz bir duruma gelirse, başkasını yerine geçirmesi İmam Ebu Hanife'ye göre caizdir. Diğer iki imama göre ise caiz değildir. Çünkü böyle bir durum çok az vaki olduğu için namaz içinde cünüp olmak gibidir. Namaz içinde cünüp olan imam nasıl başkasını yerine geçiremiyorsa bu da öyledir. İmam Ebu Hanife görüşünü şöyle gerekçelendirmektedir; "İmamın başkasını yerine geçirmesi, namaza devam edemeyeceği bir duruma düşmesi halinde caiz olduğuna göre, dilin tutulması namazı sürdürmeye fazlasıyla mani bir haldir ve çok sık gerçekleşen bir şey değildir. Bundan dolayı namaz içinde cünüp olmak gibi değildir". Şayet imam namazda gereken Kur'anı okuduktan sonra dili tutulursa artık kırata gerek kalmadığı için başkasını yerine geçirmesi caiz olmaz. Bunda icmâ' vardır.

"وإن حصر الإمام عن القراءة فقدم غيره أجزأهم عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجزئهم" لأنه يندر وجوده فأشبهه الجنابة في الصلاة وله أن الاستخلاف لعلة العجز وهو هنا ألزم والعجز عن القراءة غير نادر فلا يلحق بالجنابة "ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلاة لا يجوز الاستخلاف بالإجماع" لعدم الحاجة إلى الاستخلاف¹⁰²

2.4. Namazı Bozan ve Namazda Mekruh Olan Şeyler

Eğer kişi namazdayken "Lâ ilâhe illâllah" diyerek "ben namazdayım" demek isterse, namazı icmâ' gereğince bozulmaz. Çünkü Peygamber Efendimiz (s.a.v.)

¹⁰¹ Mergînânî, I, 57.

¹⁰² Mergînânî, I, 60.

“Herhangi biriniz namazda bir olayla karşılaştığı zaman, tespih getirsin”¹⁰³ buyurmuştur.

Namazda Kur'an'ı yüzünden okumak İmam Ebu Hanife'ye göre namazı bozar. Çünkü Kur'an'ı yüzünden okuyan kişi onu taşımak, açıp içine bakmak ve yapraklarını çevirmek gibi birçok hareketler yapmak zorunda olduğu gibi, ayrıca başkasından ders okur gibi olur. Buna göre, namazda Kur'an'ı yüzünden okumanın caiz olmamasının iki nedeni vardır. Biri, okuyanın birçok hareketler yapmak mecburiyetinde kalması, diğeri başkasından ders alır gibi olmasıdır. İlk duruma göre eğer kişi Kur'an'ı eline almazsa, caizdir. İkinci duruma göre ise, eline alsa da almasa da caiz değildir. Diğer iki imama göre ise, namazda Kur'an'ı yüzünden okumanın sakıncası yoktur. Çünkü Kur'an okumak nasıl bir ibadet ise, ona bakmak da ayrı bir ibadettir. Lakin Yahudi ve Hristiyanların âdeti olduğu için mekruhtur.

Namazda olan bir kimsenin kitap, yazı ve benzeri gibi bir şeyi görüp anlaması, sahih olan rivayete göre icmâ' gereğince namazı bozmaz. Zira namaz, amel-i kesîr sayılan beden hareketleriyle bozulur. Gözle okuyup anlamada ise, zihin faaliyetinden başka bir beden hareketi bulunmaz.

"ولو أجاب رجلا في الصلاة بلا إله إلا الله فهذا كلام مفسد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يكون مفسدا" وهذا الخلاف فيما إذا أراد به جوابه له أنه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما أنه أخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع على الخلاف في الصحيح "وإن أراد" به "إعلامه أنه في الصلاة لم تقصد بالاجماع" لقوله عليه الصلاة والسلام "إذا نابت أحدكم نائبة في الصلاة فليسبح"

"ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر أو التطوع فقد نقض الظهر" لأنه صح شروعه في غيره فيخرج عنه "ولو افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزأ بتلك الركعة" لأنه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي المنوي على حاله وإذا قرأ الإمام من المصحف فسدت صلاته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالوا هي تامة" لأنها عبادة انضافت إلى عبادة أخرى "إلا أنه يكره" لأنه تشبه بصنيع أهل الكتاب ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الأوراق عمل كثير ولأنه تلقن من المصحف فصار كما إذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين المحمول والموضوع وعلى الأول يفترقان ولو نظر إلى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تقصد صلاته بالإجماع بخلاف ما إذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد رحمه الله تعالى لأن المقصود هنالك الفهم أما فساد الصلاة فبالعمل الكثير ولم يوجد¹⁰⁴

¹⁰³ Buhârî, Ahkâm, 36.

¹⁰⁴ Mergînânî, I, 63.

2.5. Vitir Namazı

İmam-ı A'zam Ebu Hanife'ye göre vitir namazı vacibdir. Vacib olan vitir namazı vaktinde kılınmadığında, icmâ' gereğince kaza edilmesi gerekir. Vitir namazının vacipliğini inkâr edenin kâfir olmaması da, vacipliğinin sünnet, yani hadis ile sabit olması sebebiyledir. İmam Ebu Hanife'den, söylediği rivayet olunan 'sünnettir' sözünden de maksat budur, yani vacipliği sünnet ile sabittir. Vitir namazına ayrı bir ezan bulunmayışının nedeni de yatsı namazının vaktinde kılınmasıdır. Çünkü yatsı namazının ezan ile kameti ona da yeterli olur.

Vitir namazı üç rekâttır ve aralarında selam yoktur. Çünkü Hz. Ayşe (r.a.)'dan gelen rivayete göre Peygamber Efendimiz (s.a.v.) vitir namazını üç rekât kılar ve aralarında selâm vermezdi. Vitir namazının üç rekât olup, aralarında selam bulunmadığı konusunda bütün Müslümanların icmâ' etmiştir.

"الوتر واجب عند أبي حنيفة رحمه الله وقال سنة" لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله عليه الصلاة والسلام "إن الله تعالى زادكم صلاة ألا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر" أمر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء بالإجماع وإنما لا يكفر جاحده لأن وجوبه ثبت بالسنة وهو المعني بما روي عنه أنه سنة وهو يؤدي في وقت العشاء فاكتفي بأذانه وإقامته. قال: "الوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام" لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يوتر بثلاث وحكى الحسن رحمه الله إجماع المسلمين على الثلاث وهذا أحد أقوال الشافعي رحمه الله تعالى.

105

2.6. Namazda Kıraat

Eğer bir kimse, dört rekâtlı bir namazın yalnız ilk iki rekâtında Kur'an okur, kalan iki rekatinde kıraatı terk ederse, son iki rekâtı kaza etmesi gerekir. Bu konuda icmâ' vardır. Çünkü ilk iki rekâta okuduğu için namazı bozulmamıştır. Bunun için son iki rekâta başlaması sahihtir. Ancak son iki rekâta bir şey okumadığı için yalnız bu son iki rekâtı kaza etmesi gereklidir.

Eğer yalnız son iki rekâta okursa icmâ' gereğince bu sefer ona ilk iki rekâtın kazası lâzım gelir. Çünkü ilk iki rekâta okumadığı için İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed'e göre namazı bozulmuştur. Bunun için son iki rekâta başlaması sahih değildir. İmam Ebu Yusuf'a göre ise, son iki rekâta, başlaması sahih ise de bu rekâtlarda okuduğu için kazaları lâzım gelmez.

¹⁰⁵ Mergînânî, I, 66.

Eğer ilk iki rekât ile ikinci iki rekâtın birinde okursa, icmâ' gereğince ona son iki rekâtın kazası lâzım gelir. Eğer son iki rekâtla ilk iki rekâtın birinde okursa, yine icmâ' gereğince ona ilk iki rekâtın kazası lâzım gelir. Eğer ilk iki rekâtın birinde ve son iki rekâtın birinde okursa, İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf'a göre ona her dört rekâtın da kazası lâzım gelir.

"ولو قرأ في الأوليين لا غير فعليه قضاء الآخرين بالإجماع" لأن التحريمة لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الأول "ولو قرأ في الآخرين لا غير فعليه قضاء الأوليين بالإجماع" لأن عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني وعند أبي يوسف رحمه الله إن صح فقد أداها "ولو قرأ في الأوليين وإحدى الآخرين فعليه قضاء الآخرين بالإجماع ولو قرأ في الآخرين وإحدى الأوليين فعليه قضاء الأوليين بالإجماع ولو قرأ في إحدى الأوليين وإحدى الآخرين على قول أبي يوسف رحمه الله عليه قضاء الأربع وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله" لأن التحريمة باقية وعند محمد رحمه الله عليه قضاء الأوليين لأن التحريمة قد ارتفعت عنده وقد أنكر أبو يوسف رحمه الله هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد رحمه الله لم يرجع عن روايته عنه "ولو قرأ في إحدى الأوليين لا غير قضى أربعاً عندهما وعند محمد رحمه الله قضى ركعتين ولو قرأ في إحدى الآخرين لا غير قضى أربعاً عند أبي يوسف رحمه الله وعندهما ركعتين"¹⁰⁶

2.7. Ramazanda Gece İbadetleri

Vitir namazı Ramazan ayının dışında cemaatle kılınmaz, bütün İslâm âlimleri bunda icmâ' etmişlerdir.

"ولا يصلي الوتر بجماعة في غير" شهر "رمضان" وعليه إجماع المسلمين والله أعلم¹⁰⁷

3. ZEKÂT

Müslüman hür, buluğa ermiş, akıllı olan kimse, eğer nisap miktarı bir mala sahip olur ve üzerinden bir yıl geçerse, o malın zekâtının verilmesi o kimseye vacip olur. Bu konuda icmâ' vardır. Çünkü Allah-u Teâlâ birçok ayet-i kerimede "zekâtı verin"¹⁰⁸ diye emretmiş, Peygamber Efendimiz (s.a.v.): "Mallarınızın zekâtını veriniz"¹⁰⁹ buyurmuştur. (Ayete dayalı ıstılahi anlamda bir icma'dır.)

"الزكاة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم إذا ملك نصاباً ملكاً تاماً وحال عليه الحال" أما الوجوب فلقوله تعالى: {وَأَتُوا الزَّكَاةَ} [البقرة: 43] ولقوله ﷺ "أدوا زكاة أموالكم" وعليه إجماع الأمة.¹¹⁰

¹⁰⁶ Mergînânî, I, 69.

¹⁰⁷ Mergînânî, I, 70.

¹⁰⁸ Bakara, 43.

¹⁰⁹ Tirmizî, "Cum'a" 80.

¹¹⁰ Mergînânî, I, 95.

3.1. Koyunların Zekâtı

Sayısı kırktan aşağı olan ve yılın yarısından fazlasını otlayarak geçiren koyunlara zekât düşmez. Fakat kırk olur ve üzerinden de bir yıl geçerse, o zaman sayısı yüz yirmiye kadar bir tane, yüz yirmiden sonra iki yüze kadar iki tane ve iki yüzden sonra üç yüz doksan dokuza kadar üç tane ve bundan sonra her bir yüz tane başına bir tane lâzım gelir. Bu konuda icmâ' vardır. Peygamber Efendimiz'le (s.a.v.) Hz. Ebu Bekir'in talimatları bu şekilde vaki olmuştur. Koyun ile keçi aynıdır.

"ليس في أقل من أربعين من الغنم السائمة صدقة فإذا كانت أربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة إلى مائة وعشرين فإذا زادت واحدة ففيها شاتان إلى مائتين فإذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه فإذا بلغت أربع مائة ففيها أربع شياه ثم في كل مائة شاة شاة" هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله عليه الصلاة والسلام وفي كتاب أبي بكر رضي الله عنه وعليه انعقد الإجماع "والضأن والمعز سواء" لأن لفظة الغنم شاملة للكل والنص ورد به،¹¹¹

3.2. Zekât Kimlere Verilebilir, Kimlere Verilemez

Zekâtın kimlere verilebileceği şu ayet-i kerimede sayılmıştır. *"Zekâtlar ancak fakirlerin, miskinlerin, zekât memurlarının, kalpleri Müslümanlığa ısındırılmak istenenlerin, kölelikten kurtulmak isteyenlerin, Allah yolunda olanların ve yolda kalanların hakkıdır"*¹¹² Bu hükme göre zekât verilebilenler sekiz sınıf kimselerdir. Ancak bu sınıflardan kalpleri Müslümanlığa ısındırılmak istenenler icmâ' gereğince ortadan kalkmıştır. Çünkü Allah İslâm dinini güçlendirerek onlara muhtaç bırakmamıştır.

قال رحمه الله: "الأصل فيه قوله تعالى: {إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ} [التوبة: 60] الآية فهذه ثمانية أصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم لأن الله تعالى أعز الإسلام وأغنى عنهم" وعلى ذلك انعقد الإجماع¹¹³

3.3. Fıtır Sadakası

İki kişi arasında ortak bulunan kölenin fitresi icmâ' gereğince ikisine de vacip değildir. Çünkü her birinin bu köle üzerinde başlı başına velayet hakkı yoktur ve her biri kölenin bütün masraflarını karşılamak zorunda değildir. İmam Ebu Hanife'ye göre iki kişi arasında ortak bulunan köleler birden fazla da olsalar yine hüküm böyledir. Çünkü bu durumda da kölelerin her biri, ikisi arasında müşterek olduğu için ortaklardan her biri, onun üzerinde başlı başına velayet hakkına sahip değildir. Diğer

¹¹¹ Mergînânî, I, 98.

¹¹² Tevbe 9/60.

¹¹³ Mergînânî, I, 110.

iki imama göre ise köleler birden fazla olduğu için her bir ortağa başlı başına bir tane düşer. Bunun için her birine birinin fitresi vacip olur. Bir kısım fukaha, fitrenin vacip olmamasının icmâ' gereğince olduğunu, çünkü kölelerin birden fazla olduğu zaman da, taksim edilmedikleri müddetçe, aralarında müşterek oldukları için hiç bir ortağın bir köle üzerindeki velayetinin tam olmadığını söylemişlerdir.

لا فطرة على واحد منهما" لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما "وكذا العبيد بين اثنين عند أبي حنيفة رحمه الله" وقالوا على كل واحد منهما ما يخصه من الرءوس دون الأشقاق بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالإجماع لأنه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما¹¹⁴

4. ORUÇ

Ramazan orucu icmâ' ile farzdır. Çünkü Allah Teâlâ Bakara suresinin 183. ayetinde "Size oruç farz kılındı" buyurmuştur. Bu sebepten dolayı Ramazan orucunun farziyetini inkâr eden kimse kâfir olur.(Ayete dayalı ıstılahi anlamda bir icma'dır.)

اعلم أن صوم رمضان فريضة لقوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ} [البقرة: 183] وعلى فرضيته انعقد الإجماع ولهذا يكفر جاحده.¹¹⁵

4.1. Ramazan Hilalini Gözetlemek

Nebi (s.a.v.); "*Ramazan ayı gelmeden onu bir veya iki gün oruç tutmakla karşılamayın*" hadisindeki nehiy ile Ramazan gelmemişken ramazan niyetiyle oruç tutmayın manası kastedilir. Çünkü eğer böyle yapılırsa, vakti daha gelmemiş olan bir farzı eda etmek kabilinden olur. Bu ise fasit bir ameldir. Eğer Ramazanın bir veya iki gün öncesindeki gün kişinin oruç tutmayı âdet ettiği güne rastlıyorsa, onu nafile oruç niyetiyle tutabilir ve tutması da, tutmamasından icmâ' gereğince daha iyidir. Şayet kişi her ayın sonundan üç gün veya daha fazla oruç tutmak âdet etmiş ise, kimisi: "Şek günü oruç tutmaktan görünürde dahi olsa nehiy bulunduğu için, tutmamak tutmaktan daha iyidir." derken, kimisi de: "Hz. Ali ile Hz. Aişe'ye uymak için tutmak iyidir. Çünkü Hz. Ali ile Hz. Aişe tutarlardı." demiştir. Fetva veren kimse ise kendisi ihtiyaten tutsun ve fakat soranlara, Rafizîlik töhmeti altına girmemek için "öğleye kadar bekleyin ve ondan sonra yiyin" şeklinde fetva versin. Çünkü Rafizîler şek günü oruç tutmanın vacip olduğu görüşündedirler demişlerdir.

¹¹⁴ Mergînânî, I, 111.

¹¹⁵ Mergînânî, I, 116.

والثالث: أن ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله ﷺ "لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين" الحديث التقدم بصوم رمضان لأنه يؤديه قبل أوانه ثم إن وافق صوما كان يصومه فالصوم أفضل بالإجماع وكذا إذا صام ثلاثة أيام من آخر الشهر فصاعدا وإن أفرد فقد قيل الفطر أفضل احترازا عن ظاهر النهي وقد قيل الصوم أفضل اقتداء بعلي وعائشة رضي الله عنهما فإنهما كانا يصومانه والمختار أن يصوم المفتي بنفسه أخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم إلى وقت الزوال ثم بالإفطار نفيا للثمة.¹¹⁶

4.2. Oruçta Kazayı ve Kefareti Gerektiren Şeyler

Midesi bulanıp elinde olmayarak kusan kimsenin orucu bozulmaz. Çünkü Peygamber Efendimiz (s.a.v.); *"Kim kendiliğinden kusacak olursa, üzerine kaza gerekmez. Kim de isteyerek kusarsa orucunu kaza etsin"*¹¹⁷ buyurmuştur. Elde olmayan kusma ise orucun bozulmaması hükmündedir, kusmuğun ağız dolusu olup olmaması halleri arasında fark yoktur. Ancak eğer kusmuk bir daha geri dönerse İmam Ebu Yusuf'a göre ağız dolusu olması halinde onunla abdest bozulduğu için, oruç da bozulur. İmam Muhammed ise: 'Ağız dolusu da olsa oruç bozulmaz. Çünkü kişi onu kasten yutmadığı gibi, ona gıda da olamaz' demiştir. Şayet kişi ağız dolusu olan kusmuğu kasten geri yutarsa o zaman icmâ' gereğince orucu bozulur. Çünkü kusmuk ağız dolusu kadar olduğu için dışarı çıkmış sayıldığı halde kişi onu kasten yutmuştur. Ağız dolusu olmadığı durumda ise, eğer geri dönerse İmam Ebu Yusuf'a göre dışarı çıkmış sayılmadığı, İmam Muhammed'e göre de kasten yutmadığı için orucu bozulmaz. Fakat eğer kendisi geri yutarsa, İmam Ebu Yusuf'a göre yine hüküm böyledir. Çünkü ağız dolusu kadar olmadığı için dışarı çıkmış sayılmaz. İmam Muhammed ise; 'kişi onu kasten yuttuğu için bozulur' demiştir.

"فإن ذرعه القيء لم يفطر" لقوله ﷺ "من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عامدا فعليه القضاء" ويستوي فيه ملء الفم فما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند أبي يوسف رحمه الله لأنه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل وعند محمد رحمه الله لا يفسد لأنه لم توجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لأنه لا يتغذى به عادة وإن أعاده فسد بالإجماع لوجود الإدخال بعد الخروج فتتحقق صورة الفطر وإن كان أقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لأنه غير خارج ولا صنع له في الإدخال وإن أعاده فذلك عند أبي يوسف رحمه الله لعدم الخروج وعند محمد رحمه الله يفسد صومه لوجود الصنع منه في الإدخال "فإن استقاء عمدا ملء فيه فعليه القضاء" لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وإن كان أقل من ملء الفم فذلك عند محمد رحمه الله لإطلاق

¹¹⁶ Mergînânî, I, 118.

¹¹⁷ Ebû Dâvud, Savm, 32; Tirmizî, Savm, 25.

الحديث وعند أبي يوسف رحمه الله لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم إن عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج وإن أعاده فعنه أنه لا يفسده لما ذكرنا وعنه أنه يفسد فألحقه بملء الفم لكثرة الصنع.¹¹⁸

Oruçlu olduğu halde birisinin gıybetini yapıp da bununla orucunun bozulduğunu zannederek orucunu ne şekilde olursa olsun bozan kimseye hem kaza, hem kefarete lâzım gelir. Çünkü gıybetle orucun bozulması kıyasa aykırı olduğu gibi bu konuda varit olan hadis icmâ' ile müevveldir.¹¹⁹ Yani gıybetle orucun bozulmayacağını, sözün zahiri anlamının kastedilmediğini gösteren başka bir delil bulunmaktadır. Sözün kastedilen anlamı, orucun bozulması değildir. İcmâ' gereği gıybetle oruç bozulmaz.

"ولو أكل بعد ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيفما كان" لأن الفطر يخالف القياس والحديث مؤول بالإجماع " ¹²⁰

5. HAC

5.1. İhram

Ziyaret tavafı icmâ' ile vaciptir. Hanefilere göre, Allah-u Teâlâ, tavafı mutlak bir şekilde emretmiş, "Beytullah'ı şu kadar kez tavaf edin" şeklinde mukayyed bir emirde bulunmamıştır. Mutlak emir tekrarı gerektirmediğinden ve ziyaret tavafının da icmâ' gereğince vacip olmasından dolayı, kudüm tavafının vacip olmaması gerekir. Kaldı ki İmam Malik'in dayandığı hadis de bu tavafın vacip olmadığını ifade etmektedir. Zira söz konusu hadiste bu tavaf için "hediye" tabiri kullanılmıştır. Hediye ise müstahaptır. Mekke'de oturanlar için ise kudüm tavafı söz konusu değildir.

ولنا أن الله تعالى أمر بالطواف والأمر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالإجماع وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب "وليس على أهل مكة طواف القدوم" لانعدام القدوم في حقهم.¹²¹

¹¹⁸ Mergînânî, I, 121.

¹¹⁹ Müevvel; bir lafzın başka bir mânası kastedilmiş olduğuna delâlet eden farklı delilin bulunması durumudur. Bazen de gerçekte böyle bir çatışma (muâraza) olmadığı halde müctehidin böyle sandığı durumlara denir.

¹²⁰ Mergînânî, I, 127.

¹²¹ Mergînânî, I, 139.

İmam Şâfiî (r.a.); “*Arafat’tan indiğinizde Allah’ı Meş’ar-i Haram denilen Müzdelife’de zikredin*”¹²² ayet-i kerimesine dayanarak burada gün ağarınca kadar beklemenin rükün olduğunu söylemiştir. Çünkü böyle bir emirle rükniyet sabit olur.

Hanefiler ise; “Peygamber Efendimiz (s.a.v.) beraberinde bulunan ailelerinden yorgun ve zayıf olanları daha ortalık karanlıkken Mina’ya göndermişti. Bundan dolayı ortalık aydınlanıncaya kadar Müzdelife’de kalmak icmâ’ ile rükün kabul edilmez. Rükün olsaydı ortalık daha karanlıkken Peygamber Efendimiz (s.a.v.) onları göndermezdi.” demişlerdir. Onlara göre ayette emredilen şey de zikirdir. Zikir ise icmâ’ gereğince sünnettir. Ancak buna göre, ortalık aydınlanıncaya kadar Müzdelife’de kalmanın vacip de olmaması gerekirdi. Fakat bize göre vaciptir, vacip olmasını; “*Kim ki bizim bu namazımızda hazır bulunur ve buradan gidinceye kadar bizimle beraber bulunursa, eğer daha önce de Arafat’ta gece veya gündüz durmuşsa haccı tamamlanmış olur*”¹²³ hadisinden çıkarıyoruz. Çünkü bu ifadedden vaciplik anlaşılır. Ancak eğer kişi güçsüz, kadın veya hasta olduğu için kalabalığa tahammül edemiyorsa yukarıda geçen hadise dayanarak hakkında vaciplik düşer.

وقال الشافعي رحمه الله إنه ركن لقوله تعالى: {فَاذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ} [البقرة: 198] وبمثله تثبت الركنية ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قدم ضعفة أهله بالليل ولو كان ركنًا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالإجماع وإنما عرفنا الوجوب بقوله عليه الصلاة والسلام "من وقف معنا هذا الموقف وقد كان أفاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه" علق به تمام الحج وهذا يصلح أمانة للوجوب غير أنه إذا تركه بعذر بأن يكون به ضعف أو علة أو كانت امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا.¹²⁴

Eğer bir kimse mikatta iken bayılıp düşer arkadaşları da, onun yerine ihrama girmesi için niyet edip telbiye getirirlerse, İmam Ebu Hanife’ye göre caizdir. Diğer iki imama göre ise caiz değildir. Çünkü kendisi niyet getirmediği gibi, arkadaşlarına da kendisi yerine niyet getirmeleri için izin vermemiştir. İmam Ebu Hanife ise: “Bu kimse arkadaşlarıyla arkadaşlık yapmaya başlarken, kendisinin yapamayacağı herhangi bir işte kendisine yardımcı olmalarını istemiş gibi olur. Bu ise, açıktan değilse de zımnen izindir.” demiştir. Eğer kişi bir başkasına: “Mikata vardığımızda uykuda veya baygın olursam benim yerime niyet edip telbiye getir” der ve o kişi de öyle yaparsa icmâ’ gereğince bu sahihtir, geçerlidir. Eğer bu kimse uyandıktan veya

¹²² Bakara/2, 198.

¹²³ Ebû Dâvud, *Menâsik*, 69; Tirmizî, *Hac*, 57.

¹²⁴ Mergînânî, I, 144.

ayıldıktan sonra hac menasikini sürdürürse, haccı sahihtir. Çünkü başkasına izin verdiği için kendisi bizzat yapmış gibi olur.

"ومن أغمي عليه فأهل عنه رفقاؤه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله" وقال "لا يجوز، ولو أمر إنسانا بأن يحرم عنه إذا أغمي عليه أو نام فأحرم المأمور عنه صح" بالإجماع حتى إذا أفاق أو استيقظ وأتى بأفعال الحج جاز لهما أنه لم يحرم بنفسه ولا أذن لغيره به وهذا لأنه لم يصرح بالإذن والدلالة تقف على العلم وجواز الإذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما إذا أمر غيره بذلك صريحا وله أنه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والإحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الإذن به ثابتاً دلالة والعلم ثابت نظراً إلى الدليل والحكم يدار عليه.¹²⁵

İmam Ebu Hanife'ye göre tıraşın hem belli bir vakti, hem yeri vardır. İmam Ebu Yusuf'a göre ise tıraşın belli bir vakti ve yeri yoktur. İmam Muhammede göre de belli bir yeri vardır fakat vakti yoktur. İmam Züfer'e göre belli bir vakti vardır fakat yeri yoktur.

Umre ise belli bir vakitle sınırlı bir ibadet olmadığı için umre tıraşı da icmâ' gereğince vakitli değildir. Fakat umrenin belirli bir yeri bulunduğu için tıraşının da aynı yerde yapılması gerekir.

Harem'in dışına çıkan kimse, tekrar Harem'e dönünceye kadar eğer tıraş olmazsa ittifak ile kendisine bir şey lâzım gelmez. Yani umre ihramında olan kimse eğer böyle yaparsa, tıraş olması gerektiği yerde tıraş olduğu için ona bir şey lâzım gelmez. Hac ihramında olan kimse ise, böyle yapsa dahi, tıraş olması gerektiği vakitte tıraş olmadığı için İmam Ebu Hanife'ye göre ona kurban lâzım gelir.

فالحاصل أن الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم وأما في حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق "والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالإجماع" لأن أصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لأنه موقت به قال: "فإن لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعاً" معناه إذا خرج المعتمر ثم عاد لأنه أتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه.¹²⁶

Harem sınırları içinde, serçe ve güvercin gibi, evcil hayvanlardan benzeri bulunmayan avlarda, icmâ' gereğince kıymeti kefarete olarak ödenir. İmam Muhammed de, İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf gibi "Kıymet lâzım gelir" demiştir. İmam Şâfiî ise, güvercin ile koyun veya keçi arasında benzerlik bulunduğunu, zira ikisinin de bir defada ve nefes atmadan su içtiğini ve hem de

¹²⁵ Mergînânî, I, 149.

¹²⁶ Mergînânî, I, 164.

güvercin ötüşünün de koyun ve keçinin böğürüşünü andırdığını söyleyerek: “Güvercinin öldürülmesi halinde bir koyun veya keçi lâzım gelir” demiştir. İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf; ‘kul alacaklarında meşhur olduğu gibi mutlak benzerlik hem biçim ve hem de kıymet bakımından benzerliktir. Fakat burada bu anlamı vermek mümkün olmadığı için kıymet bakımından olan benzerliğe bakmak gerekir. Çünkü kul alacaklarında olduğu gibi şeriatta meşhur olan benzerlik budur veya icmâ’ gereğince bu benzerlik murattır veya her avın kıymet bakımından benzeri vardır da, biçim bakımından yoktur.’ demişlerdir.

وقال عليه الصلاة والسلام "الضبع صيد وفيه الشاة" وما ليس له نظير عند محمد تجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام وأشباههما وإذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي رحمه الله تعالى يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث أن كل واحد منهما يعب ويهدر ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد أو لكونه مرادا بالإجماع أو لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص والله أعلم.¹²⁷

Harem sınırları içinde bulunan bir otu veya kendiliğinden biten ve herhangi bir kimsenin mülkü olmayan bir ağacı kesen kimseye, eğer kestiği ot veya ağaç daha yeşil olup kurumamış ise kıymetini ödemesi gerekir. Çünkü Peygamber Efendimiz (s.a.v.) Harem hakkında “Çayırıları biçilmez, dikenleri kesilmez”¹²⁸ buyurmuştur. Verilmesi gereken kıymeti mutlaka vermek gerekir. Onun yerine oruç tutulamaz. Çünkü Harem’in ot ve ağaçlarını kesmek ihramda olmaktan değil, Harem’in ot ve ağaçları oldukları için haramdır. Kendiliğinden bitmeyip insanlar tarafından dikilen ağaçları kesmede ise, icmâ’ ile sakınca yoktur. İnsanlar tarafından ekilmesi âdet olmayan bitkiler de, eğer insanlar tarafından ekilirse, insanlar tarafından ekilen bitkilerin hükmüne tabi olur.

"فإن قطع حشيش الحرم أو شجرة ليست بمملوكة وهو مما لا ينبتة الناس فعليه قيمته إلا فيما جف منه" لأن حرمتها ثبتت بسبب الحرم قال عليه الصلاة والسلام "لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها" ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لأن حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الإحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء وإذا أداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لأنه ملكه بسبب محذور شرعا فلو أطلق له في بيعه لتطرق الناس إلى مثله إلا أنه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما ذكره

¹²⁷ Mergînânî, I, 166.

¹²⁸ Buhârî, Lukata, 7.

والذي ينبت الناس عادة عرفناه غير مستحق للأمن بالإجماع ولأن المحرم المنسوب إلى الحرم والنسبة إليه على الكمال عند عدم النسبة إلى غيره بالإنبات ومالا ينبت عادة إذا أنبتته إنسان التحق بما ينبت عادة.¹²⁹

Hac ihramına giren bir kişi için zamanından önce yapılan tıraş, icmâ' gereğince kurban gerektirir. Eğer bir kimse hac ihramına girdikten sonra bayram günü ikinci kez hac ihramına girerse, eğer birinci ihramda tıraş olmuş ise ikinci hac da kendisine vacip olur ve ona bir şey lâzım gelmez. Eğer birinci ihramda tıraş olmamış ise, ikinci hac yine kendisine vacip olur ve fakat tıraş olsun olmasın İmam Ebu Hanife'ye göre ona kurban lâzım gelir. Diğer iki İmam ise: 'Eğer tıraş olmazsa ona kurban lâzım gelmez' demişlerdir. Çünkü iki haccı veya iki umreyi bir arada yapmak bidattir. Hem de eğer tıraş olursa onun tıraşı birinci ihramı için bir rükun ise de, ikinci ihramı için sakıncalıdır. Çünkü zamanından önce yapılan bir tıraştır. Bunun için ona icmâ' gereğince kurban lâzım gelir. Eğer ertesi yıla kadar tıraş olmazsa, o zaman birinci ihramın tıraşını zamanında yapmamış olur. Bu ise, İmam Ebu Hanife'ye göre kurban kesmeyi gerektirir. Diğer iki imam ise kurban kesmeyi gerektirmez görüşündedirler.(Mezheb içi ihtilaflı bir konudur.)

"ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى فإن حلق في الأولى لزمته الأخرى ولا شيء عليه وإن لم يحلق في الأولى لزمته الأخرى وعليه دم قصر أو لم يقصر عند أبي حنيفة" رحمه الله "وقالا إن لم يقصر فلا شيء عليه" لأن الجمع بين إحرامي الحج أو إحرامي العمرة بدعة فإذا حلق فهو وإن كان نسكا في الإحرام الأول فهو جنابة على الثاني لأنه في غير أوانه فلزمه الدم بالإجماع وإن لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد أخر الحلق عن وقته في الإحرام الأول وذلك يوجب الدم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما.¹³⁰

5.2. İhsar

İhsar, ihramda olan kimsenin hac veya umresini hastalık, düşman ve benzeri herhangi bir sebepten dolayı tamamlamaya imkân bulamaması anlamına gelir. İhramda olan kimse, bir düşman tarafından yoluna devam etmekten alıkonulduğu veya hastalandığı için hac veya umresini sürdüremediği zaman ihramdan çıkabilir.

İmam Şâfiî'ye göre ise ihsar, ancak düşman sebebiyle olur. İhramdan çıkıp da Kâbe'ye kurban göndermek, düşman tarafından yolu kesilen kimseye hayatını

¹²⁹ Mergînânî, I, 171.

¹³⁰ Mergînânî, I, 174.

kurtarması için meşru olmuştur. Hastalanan kimse için ise ihsar söz konusu değildir. Zira o kimsenin ihramdan çıkmasıyla hastalığı kalkmaz.

Hanefiler, ihsar ayetinin hastalıktan dolayı ihramını sürdüremeyen kimseler hakkında varit olduğunu, bu konuda bütün dilcilerin icmâ' ettiklerini ileri sürmüşlerdir. Düşmanın engellemesine ise hasır denir. Hac veya umreyi tamamlamadan ihramdan çıkmak, uzun zaman ihramda kalmanın zorluğu içindir. Hasta olan kimsenin ise, uzun zaman ihramda kalması daha zordur.

"وإذا أحصر المحرم بعدو أو أصابه مرض فمعه من المضي جاز له التحلل" وقال الشافعي رحمه الله لا يكون الإحصار إلا بالعدو لأن التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالإحلال ينجو من العدو لا من المرض. ولنا أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة فإنهم قالوا الإحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل أوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض أعظم.¹³¹

6. NİKÂH (EVLİLİK)

6.1. Evlenilmesi Caiz Olmayan Kadınlar

Nisa suresi 23. ayete göre koca veya karının nineleri, anneler gibidir. Bu konuda icmâ' vardır. Çünkü anne asıl demektir, bu ya lügat yönünden veya icmâ' gereğince sabittir. Kişi bu icmâ' gereğince kızıyla ve furû'unun kızıyla evlenemez.

قال: "لا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ولا بجذاته من قبل الرجال والنساء" لقوله تعالى: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ} [النساء: 23] والجذات أمهات إذ الأم هي الأصل لغة أو ثبتت حرمتهم بالإجماع. قال: "ولا ببنته" لما تلونا "ولا ببنت ولده وإن سفلت" للإجماع "ولا بأخته ولا ببنت أخته ولا ببنت أخيه ولا بعمته ولا بخالته" لأن حرمتهم منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الإخوة المتفرقين لأن جهة الاسم عامة.¹³²

Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre, hamile kadın kendisiyle zina eden erkekle evlenebilir ancak karnındaki çocuğu doğurmadan birlikte olamazlar. Şayet bir kadın nikâhlanmadan önce bir başkasından hamile ise, çocuğun nesebi sabittir. Fakat yaptığı nikâh icmâ' gereğince batıldır. İmam Ebu Yusuf'a göre aslen bunun yasak olmasının sebebi bebeğe saygıdır. Bebek saygıdeğerdur, çünkü hata ondan değildir.

¹³¹ Mergînânî, I, 175.

¹³² Mergînânî, I, 186.

قال: "وإن تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها" وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله النكاح فاسد "وإن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالإجماع" لأبي يوسف رحمه الله أن الامتناع في الأصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لأنه لا جنائية منه ولهذا لم يجز إسقاطه ولهما أنها من المحلات بالنص وحرمة الوطء كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني "فإن تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد" لأنه ثابت النسب "وإن زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل" لأنها فراش لمولاهما حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل.¹³³

Bir kimsenin bir kadına: “Şu kadar para karşılığında şu kadar zaman benimle evlenir misin?” diye teklifte bulunması ve kadının da onun teklifini kabul etmesi şeklinde tarif edilen mut’a nikâhı İmam Malik’e göre caizdir. İmam Mâlik, mut’a’nın İslamiyet’in başlangıcında olduğunu ve onu fesheden sabit bir hüküm bulunmadıkça bu cevaz hükmünün devam edeceğini söylemektedir.

Hanefiler ise, Sahâbenin icmâ’ı ile mut’a nikâhının feshedilmiş olduğunu söylemişlerdir. Ashabdan sadece İbn Abbas (r.a.) önce direktmiş ise de, sonradan onun da Ashâbın görüşüne katıldığı, sahih rivayetlerle sabittir. Bunun için, caiz olmayışı hakkında tam bir icmâ’ bulunmaktadır.

قال: "ونكاح المتعة باطل" وهو أن يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك هو جائز لأنه كان مباحا فيبقى إلى أن يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله عنهم وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه إلى قولهم فتقرر الإجماع¹³⁴

6.2. Veliler ve Denklik

Nikâh yapmak için kızıdan muvâfakat isterken de, kızın muvâfakat edip etmediğini öğrenebilmek için kendisini isteyen kişinin adını vermek ve onu kıza tanıtmak gerekir. Kızıdan muvâfakat isterken sahih olan söze göre ona mehrinin miktarını bildirmek gerekmez. Çünkü nikâh mehirsiz de kıyılabilir. Şayet kız, velisi onu birisine nikâhladıktan sonra durumu öğrenip susarsa, hüküm yine böyledir. Çünkü susmanın muvâfakata delâlet etmesi her iki durumda da aynıdır. Eğer durumu kıza haber veren kimse, kendiliğinden haber veriyorsa İmam Ebu Hanife’ye göre bu kimsenin ya adil ya da iki kişi olmaları gerekir. Eğer, nikâh için kızıdan muvâfakat

¹³³ Mergînânî, I, 190

¹³⁴ Mergînânî, I, 190

isteyen kişi, kızın velisinin elçisiyse, normal şahitlikte aranan adâlet ve sayı şartı aranmaz yani elçinin adil veya iki kişi olması gerekmez bu konuda icmâ' vardır.

ويعتبر في الاستثمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه "ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح" لأن النكاح صحيح بدونه. "ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا" لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر إن كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط إجماعا وله نظائر.¹³⁵

6.3. Nikâhta Vekâlet

Bir kimse derse ki: 'Şahit olun ben falanca kadınla evlendim' der ve kadın da bunu öğrenince 'kabul ettim' derse, nikâh batıldır. Fakat eğer birisi: 'Şahit olun ben falanca kadını falanca ile evlendirdim' der ve kadın bunu öğrendikten sonra 'Ben kabul ettim' derse caizdir. Eğer bir kadın da: 'Şahit olun ben falanca ile evlendim' der ve o kimse de bunu öğrendikten sonra 'ben kabul ettim' derse, batıldır. Bu İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed'e göredir. İmam Ebu Yusuf ise: 'Eğer bir kadın kendini, haberi bulunmayan bir kimseye nikâhlar ve o kimse de öğrendiği zaman kabul ederse sahihtir' demiştir.

Bu ihtilafın nedeni, İmam Ebu Yusuf'a göre tek kişinin her iki taraf için de fuzuli ya da bir taraf için fuzuli diğer taraf için asıl veya vekil olabilmesi, İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed'e göre olamamasıdır. Şayet nikâh akdi iki fuzuli arasında veya bir fuzuli ile bir asıl arasında cereyan ederse, icmâ' gereğince caizdir. "ومن قال اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فأجازت فهو باطل وإن قال آخر اشهدوا أنني قد تزوجتها منه فبلغها الخبر فأجازت جاز وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك" وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله إذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فأجازه جاز. وحاصل هذا أن الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين أو فضوليا من جانب وأصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضولين أو بين الفضولي والأصيل جاز بالإجماع.¹³⁶

6.4. Mehîr

İmam Ebu Hanife'ye göre eğer bir kimse bir kadınla "senin mehrin şu iki şeyden biri olsun" diyerek evlenir ve o iki şeyden biri ucuz, biri pahalı olursa, eğer kadının mehr-i misli, ucuz olan şeyden değer yönünden daha az olursa ona o iki şeyin ucuzu düşer. Eğer mehr-i misli pahalı olan şeyden daha çok olursa ona pahalısı

¹³⁵ Mergînânî, I, 192.

¹³⁶ Mergînânî, I, 198.

düşer, eğer mehr-i misil ikisi arasında bir değerde ise ona mehri misil düşer. Diğer iki imama göre ise her üç ihtimalde de kadına o iki şeyin ucuzu düşer.

Bir kişi bir kadınla evlenirken, biri ucuz diğeri pahalı iki şeyden biri mehrin olsun diyerek nikâhlanırsa ve kişi gerdeğe girmeden kadını boşarsa icmâ' gereğince her üç ihtimalde de kadına ucuz olan şeyin yarısı düşer. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf, değer biçilen mehrin düşmesine imkân olmadığı zaman, mihri misle gidileceğini, burada ise ucuz olan şeyin düşmesinin kesin olarak bilinmesinin mümkün olduğunu söylemişlerdir.

İmam Ebu Hanife ise: "mehrler içinde en adâletlisi mehr-i misil olduğu için asıl olan mehr-i misildir ve ancak biçilen mehr sahih olduğu zaman mehr-i misilden sayılır. Burada ise biçilen mehr iki şeyden hangisi olduğunun bilinmediği için sahih değildir. Ancak şu var ki eğer kadının mehr-i misli, pahalı olan şeyden az olursa erkek daha çoğa razı olmuştur" kanaatindedir.

"ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد فإذا أحدهما أوكس والآخر أرفع فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسها فلها الأوكس وإن كان أكثر من أرفعها فلها الأرفع وإن كان بينهما فلها مهر مثلها" وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لها الأوكس في ذلك كله "فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع" لهما أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى وقد أمكن إيجاب الأوكس إذ الأقل متيقن فصار كالخلع والإعتاق على مال ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموجب الأصلي مهر المثل إذ هو الأعدل والعدل عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والإعتاق على مال لأنه لا موجب له في البذل إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالخط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة.¹³⁷

Mehr-i müsemmanın aslında ihtilaf edildiği zaman, icmâ' gereğince mehr-i misil gerekir. Çünkü Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre mehr-i misil asıldır. Ebu Hanife'ye göre ise mehr-i müsemmayla hüküm vermek mümkün değildir.

Şayet bir kimse bir kadınla evlendikten sonra mehrin miktarı hakkında ihtilâfa düşerlerse; İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed'e göre mehr-i misil miktarına kadar söz hakkı kadındır. Mehr-i mislinden fazla olan miktarda ise söz erkeğindir. "ولو كان الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع" لأنه هو الأصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار إليه "ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما" لأن اعتبار مهر

¹³⁷ Mergînânî, I, 203.

المثل لا يسقط بموت أحدهما "ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج" عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يستثنى القليل وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول الورثة إلا أن يأتوا بشيء قليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة وإن كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة رحمه الله القول قول من أنكره.¹³⁸

6.5. Gayrimüslimin Evliliği

Şayet bir Mecusi, annesi veya kızıyla evlenir sonra Müslüman olursa o ikisi ayrılır. Çünkü din yücedir onun üstünde yücelik yoktur. Anne veya kızıyla evlenen Mecusi İslam mahkemesine başvururlarsa icmâ' gereğince ayrılırlar. Çünkü İslam mahkemesinin hükmünü kabul etmişlerdir. Onların İslam mahkemesine başvurmaları, onların İslam'ı kendilerine hâkim kılmaları gibidir.

"إذا تزوج المجوسي أمه أو ابنته ثم أسلما فرق بينهما" لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالإسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح إلا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لأنها لا تنافيه ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق أن استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه إذ لا يتغير به اعتقاده أما اعتقاد المصير بالكفر لا يعارض إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالإجماع لأن مرافعتهم كتحكيمهما.¹³⁹

7. TALÂK (BOŞANMA)

7.1. 'Sen Muhayyersin' Deyimi

Kişi karısına, boşama niyetiyle: 'sen muhayyersin' veya 'kendini boşa' dediği zaman kadın oturduğu yerden kalkmadığı sürece kendini boşayabilir. Eğer yerinden kalkar yahut elindeki işi bırakıp bir başka işe başlarsa, bu yetki elinden çıkmış olur. Çünkü sahâbeler bunda icmâ' etmişlerdir, hem de karısına bu yetkiyi veren kimse ona, kendini boşama yetkisini vermiş olur. Temliklerde ise satış akdinde olduğu gibi aynı oturuşta kabul etmek şarttır. Çünkü oturuşun bütün saatleri bir sayılır. Ancak oturuş bazen kalkıp gitmekle, bazen başka işe girişmekle değişir. Çünkü yemek oturuşu, münazara oturuşu, çekişme oturuşu gibi her şeyin oturuşu ayrıdır.

Kadının bu yetkisi kadının yerinden kalkmasıyla bozulmuş olur. Çünkü bu yetkisini kullanmadan yerinden kalkması bu yetkisinden vazgeçmiş olduğunu gösterir. Para bozma ve peşin para ile veresiye mal satma akitleri ise öyle değildir.

¹³⁸ Mergînânî, I, 207.

¹³⁹ Mergînânî, I, 213.

Çünkü bu akitlerde bedeli almadan alıcı ile satıcının biri birinden ayrılmalari alış veriş aktini fesada götürür.

Kişinin karısına: ‘sen muhayyersin’ dediği zaman ‘sen kendini boşamada seçme hakkına sahipsin’ diye niyet etmesi gerekir. Eğer niyet olmazsa bu söz başka mana ihtimallerini de taşır.

Eğer kadın, kocasının bu sözü üzerine kendini boşarsa bir talâk ile ve kesin olarak boşanmış olur. Fakat kıyasa göre boşanmaması gerekir. Çünkü erkek, kendisi boşamak niyetiyle dahi olsa bu deyimle karısını boşayamaz ki bu sözle boşama yetkisini başkasına verebilsin. Fakat bu hususta Ashâbın icmâ’ı bulunduğu için biz Hanefîler -istihsanen- boşanır, diyoruz. Hem de erkek, karısını istediği kadar nikâhı altında tutabildiği ve istediği zaman onu boşayabildiği için boşanır diyoruz. Bu hükümde kadını kendi yerine yetkili kılabilir. Sonra, bununla meydana gelen boşanma kesindir. Çünkü kesin olmazsa, kocasının onu iddeti daha bitmemişken bir daha nikâhı altına alabildiği için ona bu yetkiyi vermesinde mana kalmaz.

Kadının bu yetkiye dayanarak kendini boşaması, kocası üç talâk kast etmiş olsa bile üç talâk olamaz. Bu boşanma ile kadının kurtulması amaçlanmıştır. Kadının kurtulması ise, kesin olan bir talâk ile dahi hâsıl olduğu için birden fazlasına lüzum yoktur.

İki kişi evlenecek oldukları kişilerin isimlerini zikretmezlerse kişilerden biri -kadınlardan birini seç- dese o da -seçtim- dese bu durumda isim zikretmedikleri için bu akit ittifakla batıldır. Bu icmâ’ ile tanımlandı. Çünkü müphem diğer bir müphemî açıklayamaz. Bu deyimle boşanmanın vaki olması için ya erkeğin ‘kendini ihtiyar et’ ya da kadının ‘kendimi ihtiyar ettim’ demesi gerekir. Hatta eğer erkek: ‘ihtiyar et’ kadın da ‘ihtiyar ettim’ dese, boşanma vaki olmaz. Çünkü bu durumda, ne erkeğin kadından neyi ihtiyar etmesini istediği ve ne de kadının neyi ihtiyar ettiği, bilinemez. "وإذا قال لامرأته اختاري بنوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها" لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولأنه تملك الفعل منها والتملكيات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه وتارة بالاشتغال بعمل آخر إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما "ويبطل خيارها بمجرد القيام" لأنه دليل الإعراض بخلاف الصرف والسلم لأن المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لأنه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره "فإن اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بآئنة"

والقياس أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره إلا أنا استحسانه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن "ولا يكون ثلاثا وإن نوى الزوج ذلك" لأن الاختيار لا يتنوع بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوع قال: "ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل" لأنه عرف بالإجماع وهو في المفسرة من أحد الجانبين ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم الآخر ولا تعيين مع الإبهام.¹⁴⁰

7.2. 'İstersen Kendini Boşa' Deyimi

Bir kişi hanımına; 'kendini benden boşa' dese o da; 'nefsim senden bair (kesin boşanma) olarak boştur' dese, ayrılmış olur. Şayet 'kendi nefsimi seçtim' dese boş olmaz. Çünkü ibane (kesin boşama) kalıbı talak lafızlarındandır. Kişi boşanmaya niyet etse 'bair oldum' dese boşanmış olur yâ da kadın kocasına; 'kendimi bair ettim' dese kocası da 'icazet verdim' dese boşanmış olur. Şayet kadın başlangıçta 'kendi nefsimi seçtim' dese, adamda; 'seç ben izin verdim' dese hiç bir şey olmaz. Ancak boşanmayı tarif ederek bu sözü söylese icmâ' gereğince boşanmış olur. Bir kişi hanımına 'kendini benden boşa' dediğinde, kadın da boşanmayı tarif ederek 'kendi nefsimi seçtim' dese kesin boşanma kalıbı sözleri kullanmamış bile olsa icmâ' ile boşanmış olur. "وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق" لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال لامرأته أبنتك ينوي به الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد أجزت ذلك بانت فكانت موافقة التفويض في الأصل إلا أنها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الإبانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل كما إذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائة وينبغي أن تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد أجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقاً بالإجماع إذا حصل جواباً للتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتنجيز فيلغو وعن أبي حنيفة أنه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي لأنها أتت بغير ما فوض إليها إذ الإبانة تغاير الطلاق.¹⁴¹

Eğer kişi karısına 'istediğin zaman' veya 'ne zaman istersen benden boşsun' der kadın da: 'Ben istemiyorum' diye cevap verse, kadının bu cevabıyla yetkisi bozulmaz ve oturmakta olduğu yere mahsus olmaz. Çünkü 'istediğin zaman' ve 'ne zaman istersen' deyimleri aynı an ve yere mahsus olmayıp bütün zaman ve yerlere mahsustur muhayyerliği yani seçme hakkını sınırlandıramaz bu icmâ' gereğince.

¹⁴⁰ Mergînânî, I, 237.

¹⁴¹ Mergînânî, I, 240.

Bunun için kadın ‘ben istemiyorum’ dedikten sonra da ne zaman isterse yine boşanmış olur. Ancak bir talâk ile boşanır. Çünkü ‘istediğin zaman’ yahut ‘ne zaman istersen’ deyimleri her zamanı kapsar fakat ‘her istedikçe’ yani tekrar edebilme, anlamına gelmez.

"ولو قال لها أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت الأمر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس" أما كلمة متى ومتى ما فلأنهما للوقت وهي عامة في الأوقات كلها كأنه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالإجماع ولو ردت الأمر لم يكن ردا لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها تعم الأزمان دون الأفعال فتملك التطلاق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق وأما كلمة إذا وإذا ما فهما ومتى سواء عندهما وعند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وإن كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل.¹⁴²

7.3. Şarhı Boşanma

Eğer kişi karısına: ‘seninle cinsel ilişkide bulunduğum zaman benden üç talak ile boşsun’der ve ondan sonra kadınla cinsel ilişkide bulunursa, kadın üç talak ile boşanmış olur. Bununla beraber eğer adam ilişkiyi sürdürürse kadına ikinci bir mihr lazım gelmez. Kişinin cariyesine: ‘seninle cinsel ilişkide bulunduğum zaman hürsün’ demesi de bunun gibidir. İmam Ebu Yusuf’un ; ‘ilişkiyi sürdürmekle mihr vacip olur. Lakin had lâzım gelmez’ diye söylediği de rivayet edilmiştir. Şayet bu boşanma ric’i olur ve adam ilişkiyi sürdürürse, imam Ebu Yusuf’a göre bu sürdürme ile kadın tekrar kocasının nikâhı altına dönmüş olur. İmam Muhammed ise; ‘ilişki tekerrür etmezse icmâ’ gereğince ricat sayılmaz’ demiştir. Bir kişi hanımına ‘seninle cima ettiğim zaman ric’i talak ile boşsun dese, cima ettiği an boşanmış olur. İlişki tekrar ederse ricat sayılır, tekrarlanmazsa icmâ’ gereğince ricat sayılmaz.

(Mezhep içi ihtilafı bir mesele olduğu görülmektedir.)

"ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر وإن أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر" وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك فأنت حرة "وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أوجب المهر في الفصل الأول أيضا لوجود الجماع بالدوام عليه إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد" وجه الظاهر أن الجماع إدخال الفرج في الفرج ولا دوام للإدخال بخلاف ما إذا أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق إلا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس والمقصود وإذا لم يجب الحد وجب العقر إذ

¹⁴² Mergînânî, I, 242.

الوطء لا يخلو عن أحدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند أبي يوسف رحمه الله لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم أولج صار مراجعا بالإجماع لوجود الجماع والله تعالى أعلم بالصواب.¹⁴³

7.4. Hastanın Boşaması

Ric'i boşanma cinsel ilişkiyi haram kılmaz. İmam-Şâfiî: 'Haram kılar. Çünkü aralarındaki evlilik bağı kopmuş olur' demiştir. Biz Hanefiler diyoruz ki; ric'i boşanma ile evlilik bağı tamamen kopmuş olmaz. Bunun içindir ki kişi kadına danışmadan onu bir daha nikâhı altına alabilir. Çünkü belki pişmanlık duyar diye ona kadını bir daha nikâhı altına alma yetkisi verilmiştir. Bu ise yeniden nikâh kıymak değil, eski nikâhı sürdürmektir.

Öyle ki kadının rızası olmadan kocanın ona dönme imkânı vardır. Çünkü ricat boşanmadan geri dönüş hakkı kocaya aittir. Bu ricat geri dönüş hakkı, kocaya uzun süreli tedbirli düşünme imkânı vermek içindir, kişi pişman olursa bu nikâhın var olmasını gerektirir. Çünkü delil ona aykırıdır. Ric'i boşanmada cimayı engelleyen sebep onun nikâhlı olma işlevini belli müddete kadar engellemiştir. Ric'i boşanmada cima, icmâ' gereğince helaldir.(İmam Şafii bu hükümde muhalefet etmiştir.)

والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء" وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لأن الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا أنها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لأن حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليتمكن التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء إذ الدليل ينافيه والقاطع آخر عمله إلى مدة إجماعا أو نظرا له على ما تقدم.¹⁴⁴

7.5. Boşanma ve Ölüm İddeti

İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed'e göre eğer kocası hasta iken boşanan kadın daha iddeti bitmemişken kocası ölürse, boşanma iddeti ile ölüm iddetinden hangisi daha uzun ise onu beklemesi gerekir. İmam Ebu Yusuf ise; 'bu durumda olan kadının iddeti üç kere aybaşı halini görmektir' demiştir. Yani eğer kadın, kesin ya da üç talak ile boşanmış ise böyledir. Ric'i talâk ile boşanan kadının iddeti ise icmâ' gereğince ölüm iddetidir.

İmam Ebu Yusuf: 'Çünkü kocası ile arasındaki nikâh kocasının ölümünden önce kesin boşanma ile ortadan kalkmıştır. Ölüm iddeti ise ancak nikâhın ölüm ile

¹⁴³ Mergînânî, I, 247.

¹⁴⁴ Mergînânî, II, 257.

kalkması halinde lâzım gelir. Her ne kadar kocasının ölümünde nikâhın hükmü duruyor ise de ancak miras bakımındandır. Ric'i talâk ise öyle değildir. Çünkü ric'i talâk ile boşanan kadın ile kocası arasındaki nikâh, iddet bitmedikçe her yönden bakidir' demiştir.

İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed ise: 'Nikâhın hükmü miras bakımından devam ettiğine göre, ihtiyaten iddet bakımından da devamı lâzım gelir. Bunun için her iki iddeti de beklemek zorunda olur' demişlerdir. Kocasının dinden çıkması ile boşanan ve iddeti daha bitmemişken kocası ölen kadının iddetinde de aynı ihtilâf vardır. Kimisi: 'Bu kadının iddeti icmâ' gereğince üç aybaşı halidir. Çünkü bu kadın kocasına mirasçı olmadığı için kocası ile arasındaki nikâhın hükmü kocası öldüğü zaman baki değildir. Ayrıca Müslüman kimse gayrimüslime mirasçı olamaz, demiştir.(Bu konuda da ihtilaf mevcuttur.)

وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين" وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ثلاث حيض ومعناه إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا. أما إذا كان رجعيًا فعليها عدة الوفاة بالإجماع لأبي يوسف رحمه الله أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمته ثلاث حيض وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح في الوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة احتياطًا فيجمع بينهما ولو قتل على رده حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح حينئذ اعتبر باقيا إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث من الكافر.¹⁴⁵

7.6. Nesebin Sabit Olması

Kişi cariyesine; 'karnındaki çocuk bendendir' dese bir kadın da ona şahitlik etse çocuğun nesebi ebenin şahitliğiyle icmâ' gereğince sabittir.

"ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهيأم ولده لأن الحاجة إلى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع.¹⁴⁶

7.7. Evlilikte Nafaka

Eğer kişi, karısına peşin olarak bir yılın nafakasını verdikten sonra ölürse, İmam Ebu Hanife ve İmam Yusuf'a göre kadından bir şeyi geri alınamaz. İmam Muhammed ise; 'geçmiş sürenin nafakası hesap edildikten sonra, geri kalanı kadın geri verir' demiştir ki İmam Şâfiî de bu görüştedir. Bu ihtilaf aynı zamanda giyecek

¹⁴⁵ Mergînânî, II, 275.

¹⁴⁶ Mergînânî, II, 283.

hakkında da caridir. Çünkü kişi sağ bulundukça evlilikten yararlandığı için karşılığını ödemek zorundadır. Öldükten sonra artık evlilikten yaralanamaz ki ona herhangi bir karşılık lazım gelsin. Nasıl ki aybaşında aylık alan bir memur veya subay, ayın ortasında öldüğünde aylığında geri kalan günlere tekabül eden kısmı geri alınır.

İmam Ebu Hanife ile imam Ebu Yusuf ise; ‘Eğer kişi, karısına peşin olarak bir yılın nafakasını verdikten sonra ölürse kadından bir şeyi geri alınamaz. Çünkü nafaka bir bağıştır. Bağışlar ise hibede olduğu gibi ölümden önce teslim alınmışsa ölümden sonra geri alınmaz. Kadının bir kusuru olmaksızın ziyan olan nafakanın icmâ’ gereğince geri alınmaması da bunun içindir’ demişlerdir. İmam Muhammed’in; ‘Eğer peşin olarak kadına verilen nafaka bir ay veya daha az bir zaman için verilmiş ise, az olduğu için geri alınmaz’ diye söylediği rivayet edilmiştir. (İmam Şafii bu meselede ihtilaf etmiştir.)

"وإن أسلفها نفقة السنة" أي عجلها "ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي فهو للزوج" وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف الكسوة لأنها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما أنه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلوات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلك من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالإجماع وعن محمد رحمه الله أنها إذا قبضت نفقة الشهر أو ما دونه لا يسترجع منها شيء لأنه يسير فصار في حكم الحال¹⁴⁷

Gebe kadına nafaka düştüğünü biz Talak suresi 6. ayetten öğreniyoruz. Nass da; “Eğer boşadığınız kadınlar gebe iseler, doğum yapana kadar onlara nafaka verin” ayeti kerimesidir. Biz de diyoruz ki: nafaka -yukarıda da söylediğimiz üzere- kadının bağlı kalmasının karşılığıdır, iddette olan kadın da iddeti bitmedikçe bağlıdır. İddeti bitinceye kadar kadına mesken vermek icmâ’ gereğince vaciptir. Bu itibarla bu kadın da gebe olan kadın gibidir.

وهو قوله تعالى: {وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ} [الطلاق: من الآية 6] الآية ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالإجماع وصار كما إذا كانت حاملا¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Mergînânî, II, 287.

¹⁴⁸ Mergînânî, II, 290.

8. KÖLE AZÂDI

Kişi kölesine; ‘sen yaratılmadan veya ben yaratılmadan seni azlettim veya köleye bu benim oğlumdur’ dese özgür olması gerekir. Çünkü kişinin sahibi olduğu şeylerde oğulluk ilişkisi hürriyet sebebidir ve bu icmâ’ gereğince. Bunun böyle olması ya icmâ’ gereğince ya da akrabalık sığınağıyla sabittir.

Kişi çocuk yaşta birine; ‘bu benim dedem dese’ bu durum usul fûru ilişkisi gereğince azatlığı gerektirse de gerçeğe aykırı olduğu için icmâ’ gereğince azat olmaz.

"ولو قال يا ابن لا يعتق" لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه "وكذا إذا قال يا بني أو يا بنية" لأنه تصغير للابن والبنت من غير إضافة والأمر كما أخبر "وإن قال لغلām لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله" وقال لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحريته إما إجماعاً أو صلة للقرابة وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً ولأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمثابفة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرراً عن الإلغاء بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحين حيث لم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سبباً لوجوب المال لأن القطع خطأ سبباً لوجوب مال مخصوص وهو الأرش وهو يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له أما الحرية فلا تختلف ذاتاً وحكما فأمكن جعله مجازاً عنه. ولو قال: هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجبا في الملك من غير واسطة.¹⁴⁹

8.1. Ortak Kölenin Azat Edilmesi

Ortak köleyi sahibinin biri azat ederse köleye malik olan diğer sahip, isterse köleyi azat edebilir isterse çalıştırabilir. İki durumda da velayet hakkı sahip olmaktadır. Azat edende ise ikisi de yoktur. Köleyi çalıştıran sahip, azat eden eski ortağından kölenin masraflarını isteyemez, bu aramızdaki (Hanefiler) icmâ’ gereğince.

¹⁴⁹ Mergînânî, II, 298.

وأما الترخيع على قوله: فخييار الإعتاق لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزأ عنده والتضمين لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان وفي حال إفسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لأن العتق من جهته ولا يرجع المستسعي على المعتق بما أدى بإجماع بيننا لأنه يسعى لفكالك رقبتة أولا يقضي ديناً على المعتق إذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي ديناً على الراهن فلهذا يرجع عليه.¹⁵⁰

8.2. İki Köleden Birinin Serbest Kalması

Bir kişi iki kölesinden birini azat ettiğini söylerse birisi de ona şahitlik ederse şahitliği batıldır. Ancak vasiyetle olursa batıl değildir. Eğer bir kişi kadınlarından birini boşadığına şahitlik ederlerse şahitlik caizdir. Koca, eşlerinden birisinin kendisini boşamasına icazet verdiği zaman icmâ' gereğince bu sözünü yerine getirmiş olur.

قال: "وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكون في وصية" استحسانا ذكره في كتاب العتاق "وإن شهدا أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق إحداهن" وهذا بالإجماع وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله الشهادة في العتق مثل ذلك" وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالإتفاق والمسئلة معروفة وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لم تتحقق في مسئلة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خلا في الشهادة لأنها ليست بشرط فيها ولو شهدا أنه أعتق إحدى.¹⁵¹

8.3. Müdebber (Ölümle Azat Şartına Bağlı) Köle

Müdebber yani sahibinin ölümüyle azat olma hakkı verilmiş kölenin çocuğu da müdebbirdir. Bu konuda sahâbelerin icmâ'ı vardır.

قال: "وللمولى أن يستخدمه ويؤجره وإن كانت أمة وطنها وله أن يزوجه" لأن الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات "فإذا مات المولى عتق المدير من ثلث ماله" لما روينا ولأن التدبير وصية لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه

¹⁵⁰ Mergînânî, II, 302.

¹⁵¹ Mergînânî, II, 308.

وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل إجماع الصحابة رضي الله عنهم "وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه" لأن السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة "فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر" معناه من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد أن يقول إن مت إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ماذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكاثر لا محالة.¹⁵²

9. YEMİN

Eğer bir kimse: ‘ben Dicle nehrinden içmem’ diye yemin ettikten sonra Dicle nehrinden bir kap vasıtasıyla su içerse, İmam Ebu Hanife'ye göre, ona kefarete lâzım gelmez. Ancak eğer ağzını nehre dayayıp içerse o zaman lâzım gelir. Diğer iki İmam ise bir kap vasıtasıyla da içse, ona kefarete lâzım gelir. Çünkü ‘ben Dicle nehrinden su içmem’ sözünün, onda bir kayıt bulunmadığı için ‘ben Dicle nehrinden ne şekilde olursa olsun su içmem’ manasında olması daha açıktır, demişlerdir. İmam Ebu Hanife de; ‘ben Dicle nehrinden su içmem’ sözü bizzat nehirden su içmem manasındadır. Bunun içindir ki bizzat nehirden içtiği zaman icmâ’ gereğince ona kefarete lâzım gelir’ demiştir. (Mezheb içinde ihtilafli bir mesele olduğu görülmektedir.)

قال: "ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بئاء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند أبي حنيفة رحمه الله" وقالوا إذا شرب منها بئاء يحنث لأنه المتعارف المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع إجماعاً فمنعت المسير إلى المجاز وإن كان متعارفاً " ¹⁵³

10. CİNÂYETLER

Adam öldürme; teammüden kasten öldürme, kasten öldürmeye benzeyen öldürme, yanlışlıkla öldürme, yanlışlıkla öldürmenin hükmünde olan öldürme ve ölüme sebebiyet verme olmak üzere, beş çeşittir. Bu çeşitlendirmeden gaye, değişik hükümleri doğuran, öldürme çeşitlerini açıklamaktır.

Bilerek öldürme, silâh veya silah gibi ağaç ve benzeri şeylerden yapılmış kesici bir âlet ile bilebile vurup öldürmektir. Çünkü bilerek öldürme, kasten öldürmek demektir. Kasten öldürmek de ancak kasten öldürmeyi gösteren delilden

¹⁵² Mergînânî, II, 313.

¹⁵³ Mergînânî, II, 327.

anlaşılır. Delil de, adamın vurulmasında öldürücü âletin kullanımıdır. Bilerek adam öldüren kimse, günah işlemiş olur. Çünkü Allah Teâlâ ‘Kim ki bir mümini kasten öldürse onun cezası cehennemdir.’ buyurmuştur. Bilerek adam öldürenin günah işlediğine dair ayrıca birçok hadisler de bulunduğu gibi, bu konuda bütün İslâm toplumu icmâ’ etmiştir. Bu kimseye ayrıca kısas da lâzım gelir. Çünkü Allah Teâlâ; ‘Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı.’ buyurmuştur. Ayette geçen, - öldürülenler- deyimi her ne kadar mutlak ise de, ondan ‘bile bile öldürülenler’ manası kastedilir. Peygamberimiz (sav): ‘Bilerek öldürme, kısası gerektirir.’ buyurmuştur. Öte yandan cinayet, kasıtlı tam cinayet olur. Zorlayıcı tedbirin hikmeti de kastilikten doğar. Hayata son verme cezası da, ancak bilerek öldürmede meşru görülmektedir. Ancak öldürülenin akrabası kısastan vazgeçer veya sulh yaparlarsa kısas gerçekleştirilmez. Çünkü katili kısastan af etme hakkı akrabasıdır. Sonra kısasın kendisi vaciptir.

قال: "القتل على خمسة أوجه: عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما أجري مجرى الخطأ، والقتل بسبب" والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام. قال: "فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار"؛ لأن العمد هو القصد، ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة الفاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك "وموجب ذلك المأثم" لقوله تعالى: {وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ} [النساء: 93] الآية، وقد نطق به غير واحد من السنة، وعليه انعقد إجماع الأمة. قال: "والقود" لقوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ} [البقرة: 178] إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام: "العمد قود" أي موجه، ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر، والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك. قال: "إلا أن يعفو الأولياء أو يصلحوا"؛ لأن الحق لهم ثم هو واجب علينا.¹⁵⁴

10.1. Yaralama Sebebiyle Ölüm

Bir kimse, başkasının elini yanlışlıkla kestikten sonra henüz eli iyileşmeden aynı kişiyi kasten öldürür veya elini kasten kestikten sonra onu yanlışlıkla öldürürse veya bir kimsenin elini yanlışlıkla kesip eli iyileştikten sonra bu kimseyi yanlışlıkla öldürür veya elini kasten kesip eli iyileştikten sonra onu kasten öldürürse her iki suç da dikkate alınır. Bu konudaki fıkhi kural şudur: Birinci cinayetin tamamlayıcısı olmak üzere mümkün olduğu kadar bütün cinayetleri birleştirip aynı cezaya tâbi tutmak gerekir. Çünkü genelde öldürme, birbirini izleyen darbelerle meydana gelir ki darbelerin her birini müstakil bir cinayet saymakta bir nevi zorluk vardır. Ancak

¹⁵⁴ Mergînânî, IV, 442.

bunları birleştirmek mümkün değilse her birine ayrı hüküm verilir. Çünkü yukarıdaki durumlarda da birleştirme imkânsızdır. İlk ikisinde imkânsız olması, fiillerin değişik olması, son ikisinde de iyileşmenin araya girmesi nedeniyledir.

Eğer cinayet fiilleri, aynı cinsten olup, örneğin: ikisi de hatalı cinayet olup araya iyileşme girmezse bu takdirde birleştirme mümkün olduğundan icmâ' gereğince cinayetler birleştirilerek tek diyetle yetinilir. Eğer adamın elini kasten kesip sonra da el, iyileşmeden onu kasten öldürürse bu durumda hâkim isterse: 'Elini kesin, sonra öldürün' isterse 'Onu öldürün' der. Bu, imam Ebu Hanife'ye göre'dir. Diğer iki imam ise: 'Öldürülür ve eli kesilmez. Çünkü cinayetleri birleştirmek mümkündür. Çünkü her iki fiil aynı cinsten olup araya iyileşme girmemiştir. Böylece birleştirilirler.' demişlerdir.

فصل: قال: "وإذا اصطاح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا"
فصل: قال: "ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرئت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعا"
والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تنميما للأول، لأن القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج، إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه، وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الأولين لاختلاف حكم الفعلين، وفي الآخرين لتدخل البرء وهو قاطع للسراية، حتى لو لم يتدخل وقد تجانسا بأن كانا خطئين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى بدية واحدة "وإن كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده، فإن شاء الإمام قال: اقطعوه ثم اقتلوه، وإن شاء قال: اقتلوه"¹⁵⁵

10.2. Öldürme Konusunda Şahitlik

Öldürülen bir kimsenin biri hazır diğeri de hazır bulunmayan iki oğlu olup, hazır olan oğul, katil konusunda delil getirdikten sonra diğeri oğul gelirse, İmam Ebu Hanife'ye göre, o da tekrar delil getirir. Diğer iki İmam ise: Bu kimse, tekrar delil getiremez demişlerdir. Şayet öldürme fiili yanlışlıkla olmuşsa sonradan gelen oğul, icmâ' gereğince delil getirmez. Babalarının başkasındaki alacağı konusunda da durum aynıdır. İki İmam, meselenin ihtilâflı olan birinci şıkkı için diyorlar ki: Kısas da tıpkı alacak gibi veraset yoluyla intikal eder. Çünkü kısas, ölünün canına karşılık olduğundan ondaki hak, tıpkı diyetle olduğu gibi cana sahip olana ait olur. Bu nedenledir ki bu hakkın mala dönüşmesi hâlinde ölüye ait olur. Bu yüzden yaralı,

¹⁵⁵ Mergînânî, IV, 453.

ölmeden önce suçluyu bağışlarsa kısas düşer. Hâl böyle olunca da vârislerden biri, diğerleri adına davacı olabilir.

الغائب فإنه يعيد البينة" عند أبي قال: "ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم حنيفة، وقال: لا يعيد "وإن كان خطأ لم يعدها بالإجماع" وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر. لهما في الخلافة أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين، وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية، ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت، ولهذا يسقط بعفو بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقيين.¹⁵⁶

Bir kimse tek parmaklı bir eli bilekten keserse diyetin onda biri, el iki parmaklı ise diyetin beşte biri lazım gelir ve avuç için bir şey gerekmez. Bu, imam Ebu Hanife'ye göredir. Diğer iki imam ise: avuç ve parmağın diyetleri ayrı ayrı tespit edilerek daha çok olan tahsil edilir ve az olanda buna dâhil olmuş olur. İki diyeti birleştirmenin ise gerekçesi yoktur. Çünkü avuçla parmak tek organ hükmündedir. İkisinden birini de heder etmek de mümkün değildir. Çünkü bunlardan her biri bir bakımdan asıldır. Bu nedenle biz ikisinden birini diyet fazlalığına göre tercih ettik. İmam Ebu Hanife de diyor ki, hem hakikat itibariyle hem de şer'an parmaklar asıl olup avuç parmaklara tâbidir. Çünkü iş parmaklarla görülür. Nitekim şariat bir parmak için on deve diyet koymuştur. Kaldı ki bir şeyi özü ve hükmü bakımından tercih etmek, lazım gelen diyet miktarı bakımından tercih etmekten iyidir.

Kesilen bir elde üç parmak olması hâlinde ise icmâ' gereğince parmakların diyeti lâzım gelir ve avuç için bir şey gerekmez. Çünkü değerlenmede parmaklar asıl oldukları gibi çoğunluğa tümün hükmü verildiğinden, avuç onlara tâbi kılınır. Kişinin onurunu korumak için fazlalık olan parmakta değer farkı lazım gelir. Çünkü bu parmak da elinin bir parçasıdır. Ancak onda güzellik ve menfaat yoktur.

قال: "وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية، وإن كان أصبعين فالخمس، ولا شيء في الكف" وهذا عند أبي حنيفة، وقال: ينظر إلى أرش الكف والأصبع فيكون عليه الأكثر، ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد، ولا إلى إهدار أحدهم لأن كل واحد منهما أصل من وجه فرجنا بالكثرة. وله أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعا، لأن

¹⁵⁶ Mergînânî, IV, 457.

البطش يقوم بها، وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشرا من الإبل، والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب "ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ولا شيء في الكف بالإجماع" لأن الأصابع أصول في التقويم، وللاكثر حكم الكل فاستتبع الكف، كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها. قال: "وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل" تشريفاً للآدمي لأنه جزء من يده، ولكن لا منفعة فيه ولا زينة

157

Ebu Hanife'ye göre bir adam bir başkasının dişini sökse dişin alttan yenisi bitse erş¹⁵⁸ iptal olur der. Diğerleriyse; 'erşin tam olarak ödenmesi gerekir, çünkü cinayet gerçekleşmiştir yeni dişle o zulüm yok olmaz.' demişlerdir. Ebu Hanife'ye göre cinayet manen yok olmuştur. Bir kişi eğer bir çocuğun dişini sökse, çocuğun dişi yeniden büyüse erş gerekmez bu icmâ' gereğince dir.

Bir kimse bir adamın dişini sökerse, o da sökülen diş söken adamın ağzına yerleştirirse o da bitse, diş söken kişi diğerine beş yüz dirhem ödemesi gerekir. Lakin dişin tam olarak tutup tutmadığının kesinleşmesi için icmâ' gereğince bir yıl bekler.

قال: "ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش في قول أبي حنيفة، وقال: عليه الأرش كاملاً" لأن الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى. وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الأرش بالإجماع لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة "وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة عدل" لمكان الألم الحاصل "ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الأرش بكماله" لأن هذا مما لا يعتد به إذ العروق لا تعود "وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت" لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه. "ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنة سن النازع فنبتت سن الأول فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم" لأنه تبين أنه استوفى بغير حق لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية، ولهذا يستأنى حولا بالإجماع.¹⁵⁹

Kim bir köleyi hata ederek öldürürse kıymetini, on bin dirhemden fazla olmamak kaydıyla ödemesi gerekir. Eğer kıymeti on bin den fazlaysa 9990 dirhem diye hükmedilir. Cariyedeysse cariyenin kıymeti diyetinden fazlaysa beş binden on dirhem eksik ödenir. Ebu Yusuf ve Şâfiî derki; 'değeri ne kadar olursa olsun ödemek gerekir'. Şayet biri değeri yirmi bin dirhem olan köleyi gasp etse o köle onun elinde helak olsa, icmâ' gereğince kıymeti ne olursa olsun ödemesi gerekir.

فصل: "ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم،

¹⁵⁷ Mergînânî, IV, 467.

¹⁵⁸ Yaralanan ve kesilen uzuvlardan dolayı verilmesi lâzım gelen diyet.

¹⁵⁹ Mergînânî, IV, 469.

فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة، وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة" وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي: تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع. لهما أن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد ويقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدله وصار كقليل القيمة وكالغصب. ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى: {وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ} النساء: 92¹⁶⁰

10.3. Müdebber Köle veya Çocuğun Gasp ve Cinayet Konuları

Şayet bir köle efendisinin yanında cinayet işlese başkası da o köleyi gasp etse, köle orada da bir cinayet işlese Mevla ile gasıp arasında cinayetin bedeli bölüşülerek ödenir. Mevla kıymetin yarısını gasıptan ister. Gasıptan onun yanındayken işlediği cinayetin diyet parasının yarısını ister. Kendi yanındayken işlediği cinayetin parasını icmâ' gereğince gasp edenden isteyemez.

قال: "وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب" لما بينا في الفصل الأول، غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالإجماع.¹⁶¹

10.4. Zimmîyi Öldürme Cezası

Eğer darulharpte, bir gayrimüslim Müslüman olduktan sonra bir diğer Müslüman onu bilerek veya yanlışlıkla öldürürse orada zimmi'nin Müslüman vârisleri bulunsa bile öldüren kimseye yanlışlıkla öldürmesi sebebiyle yalnız kefaret lâzım gelir. İmamı Şâfiî: 'Bu kimseye, bilerek öldürmesi halinde kısas, yanlışlıkla öldürmesi halinde diyet lazım gelir. Çünkü dokunulması caiz olmayan bir kimseyi öldürmüştür. Çünkü nerede olursa olsun Müslümanlık vasfı değerli olmayı gerektirir, ismetin aslı günahı engellemektir. Kişinin Müslüman olması icmâ' gereğince ona değer kazandırır. Müslüman olması onun kanını haram kılmıştır' demiştir.

"وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ" وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لأنه أراق دما معصوما "لوجود العاصم وهو الإسلام" لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة إجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فتتعلق بما علق به الأصل.¹⁶²

¹⁶⁰ Mergînânî, IV, 491.

¹⁶¹ Mergînânî, IV, 495.

¹⁶² Mergînânî, II, 397.

11. ZİNÂ CEZASI

11.1. Zinâ Cezasının Uygulanma Şekli

Kendisine zina cezası lazım gelen kimse eğer muhsan yani sahih nikâhla evlilik yaşamış bir kişi ise, ölünceye kadar taşlanır. Çünkü Peygamber Efendimiz (sav) Maiz'i taşılayarak öldürmüştür. Buhari ile Müslim de geçen bir hadiste de: 'Müslüman bir kimsenin kanı, zina etmesi, Müslüman olduktan sonra dinden çıkması ve haksız yere herhangi bir kimseyi öldürmesi olmak üzere üç şeyden birisi dışında, hiç bir şeyle helâl olamaz' buyurmuştur. Zinâ eden evli kimsenin öldürülmesinin vacip olması hususunda ayrıca bütün sahâbelerin icmâ'ı da vardır.(Mütevâtir sünete dayalı sahabe icmasıdır.)

"وإذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت" لأنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا وقد أحسن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد إحسان وعلى هذا إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم.¹⁶³

11.2. Cezayı Gerektiren ve Gerektirmeyen Cinsel İlişkiler

Eğer bir kimse karısını üç talâk ile boşadıktan sonra ve kadın daha iddette iken onunla cinsel ilişkide bulunur ve ondan sonra 'bu kadınla cinsel ilişkide bulunmanın bana haram olduğunu biliyordum' dese, ona şer'î ceza uygulanır. Çünkü kadını ona helâl kılan bağ her yönüyle ortadan kalktığı için kadın ona helâl olduğu şüphesi artık söz konusu değildir. Kur'anı Kerim de bu kadının kocasına haram olduğunu açıkça buyurmuştur. Nikâh bağının sona erdiğinde icmâ' olduğundan buna muhalif kalanların sözüne itibar olunmaz. Çünkü bu hilâf, ihtilâf değildir, muhalefettir.

Eğer bu kimse: 'ben onu kendime helâl sanıyordum' dese, ona şer'î ceza uygulanmaz. Çünkü aralarındaki bağın izi tamamen çözülmüş olmadığı için onun bu zannı yerindedir. Mevla'sının azat ettiği Ümmüvelet ve muhalaa¹⁶⁴ yapılmış kadın da üç talakla boşanmış kadın hükmündedir. Nitekim haramlığının icmâ' gereğince sabit olması, kadının iddette bulunduğu sürece evinden dışarı çıkamaması, nafakasının kocasına lâzım gelmesi ve doğurduğu çocuğun nesebinin sabit olması onun zannının yerinde olduğunu göstermektedir.

"ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام حد" لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الإجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف لا

¹⁶³ Mergînânî, II, 341.

¹⁶⁴ Kadının kocasına ödediği bir bedel karşılığında evlilik bağının sona ermesi anlamına gelir.

اختلاف ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحد لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في إسقاط الحد وأم الولد إذا أعتقها مولاهما والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع وقيام بعض الآثار في العدة.¹⁶⁵

Bir çocuk veya deli bir kadınla zina ettiği zaman, kadının isteğiyle bile olsa ne ona ne kadına had cezası lazım gelmez.

İmam Züfer ile İmamı Şâfiî: ‘kadına had cezası lâzım gelir. Deli veya çocuk olan kadınla zina eden bir erkeğe ceza lâzım geldiğine göre, kendini deli veya çocuk olan erkeğe teslim eden kadına da had cezası lâzım gelmesi gerekir. Bu icmâ’ gereğince. Çünkü herkes kendi yaptığından sorumludur’ demişlerdir ki İmam Ebu Yusuf tan da bu yolda bir rivayet vardır. (Mezhebler arası ihtilaflı bir meseledir.)

قال: "وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طوعته فلا حد عليه ولا عليها" وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد عليها وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله "قال زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجمع مثلها حد الرجل خاصة" وهذا بالإجماع لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبها فكذا العذر من جانبها وهذا لأن كلا منهما مؤاخذ بفعله.¹⁶⁶

11.3. Zinâ İftirası Cezası

Nur suresi dördüncü ayette; ‘Muhsan olan kadınlara zina iftirası atıp, sonra iddialarını ispat için dört şahit getirmeyenlere seksen değnek vurun ve onlardan hiçbir şahitliği de kabul etmeyin’ buyurmuştur. Ayetten kastedilen bizzat zina iftirasında bulunmaktır. Bu konuda icmâ’ vardır, bu durum yoksa celde vurulmaz. Muhsan ise: hür, akıllı, ergin, Müslüman ve eteği temiz olan kimse demektir, çünkü kölenin zinası pek ayıp sayılmaz. Çocuk ile deli de mükellef olmadıkları için zina onlara leke olmaz. Müslüman olma da şarttır. Çünkü Peygamber Efendimiz (s.a.v) : ‘Allah’a ortak koşan kimse muhsan olamaz’ buyurmuştur. Eteği temiz olmayan kimse de hem bu suçun kendisine isnat edilmesinden utanç duymaz, hem de ona bu suçu isnat eden kimse ona iftira etmiş olmaz. Sonra, bu karalamayı yapan kimseye ceza lazım gelmesi için ayrıca, karaladığı kimsenin ona davacı olması gerekir. Çünkü kendisi lekелendiği için dava etmek onun hakkıdır.

"وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً" لقوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ} [النور: 4] إلى أن قال {فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً}

¹⁶⁵ Mergînânî, II, 345.

¹⁶⁶ Mergînânî, II, 348.

[النور: 4] الآية والمراد الرمي بالزنا بالإجماع وفي النص إشارة إليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء إذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا.¹⁶⁷

12. İÇKİ İÇMENİN CEZASI

İkrara gelince: İmam Muhammed'e göre, nasıl ki zina eden kimseye, zina ettiğini ikrar ettiğinde ceza lâzım geliyorsa, içki içen kimseye de -yukarıda geçtiği üzere- ne zaman içki içtiğini ikrar ederse ceza lazım gelir. İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf ise: içki içene ceza ancak henüz ağzından içki kokusu gitmemişken içtiğini ikrar ederse lazım gelir. Çünkü içki içmenin cezası Ashâbın icmâ'ı gereğince sabit olmuştur. Ashâbın icmâ'ı da ancak Abdullah İbn Mesut'un da onlara katılmasıyla tamam olur. Abdullah İbn Mesut ise -yukarıda da rivayet ettiğimiz üzere- 'içene ceza lâzım gelmesi için içenin ağzından içki kokusunun duyulması şarttır.' demişlerdir.

وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع أصحاب رضي الله عنهم ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا "فإن اخذه الشهود وريحها توجد منه أو هو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعا" لأن هذا عذر كعبد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله.¹⁶⁸

İçki içmenin ve sarhoş olmanın cezası seksen değnektir. Çünkü Sahâbeler bunda icmâ' etmişlerdir. (Sahabe icması söz konusudur.)

"وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا" لإجماع الصحابة رضي الله عنهم.¹⁶⁹

İki imamın sarhoşluk konusunda, kadehteki itibar edilen içki miktarı hususundaki görüşleri sukuti icmâ' gereğince, sevincin akla galip gelmesi ve iki şeyi birbirinden ayırabilme melekelerini kaybettirmesidir.

"والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً ولا ولا يعقل الرجل من المرأة" قال العبد الضعيف: "وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا هو الذي يهذى ويختلط كلامه" لأنه هو السكران في العرف وإليه مال أكثر المشايخ رحمهم الله وله أنه يؤخذ في أسباب لحدود بأقصاها درءاً للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدر

¹⁶⁷ Mergînânî, II, 356.

¹⁶⁸ Mergînânî, II, 354.

¹⁶⁹ Mergînânî, II, 355.

المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذاً بالاحتياط والشافعي رحمه الله يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره.¹⁷⁰

13. EL KESME CEZASI

13.1. Çalınması El Kesilmeyi Gerektiren Şeyler

Hırsızlık süt, et, yaş meyveler gibi çabuk bozulan şeyler de olmuşsa el kesilmez. Çünkü Nebi (sav); ‘Ne meyvelerde ne de dal ve fidanlarda el kesmek yoktur’ ayrıca Nebi (sav); ‘yiyecekler de el kesmek yoktur’ buyurmuştur. Yiyeceklerden maksat da -Allah daha iyi bilir- çabuk bozulan yiyeceklerdir ki yemek için hazırlanmış yemekler ve et, meyve gibi şeylerdir. Fakat hırsızlık buğday ve şeker gibi bozulmayan yiyeceklerde vaki olmuşsa icmâ’ gereğince el kesilir.

قال: "ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة" لقوله عليه الصلاة والسلام "لا قطع في تمر ولا كثر" والكثير الجمار وقيل الودي وقال عليه الصلاة والسلام: "لا قطع في الطعام" والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيا للأكل منه وما في معناه كاللحم والتمر لأنه يقطع في الحنطة والسكر إجماعاً.¹⁷¹

13.2. El Kesmenin Keyfiyeti

Nebi (sav): ‘Kim ki hırsızlık yaparsa elini kesin. Eğer bir daha yaparsa bir daha kesin, eğer bir daha yaparsa bir daha kesin’ buyurmuştur. Hem de üçüncü kez yapması da, ikinci kez yapması gibi suçtur. Hatta ondan daha ağır olduğu için ondan daha fazla cezayı gerektirir.

Hanefiler dediler ki bizimde dayanağımız, Hz. Ali (r.a)’nin; ‘Allah’tan utanıyorum ki ona yemek ve kendini temizlemek için bir el ve yürümek için de bir ayak bırakmayayım’ mealindeki sözüdür. Hz. Ali (r.a) sahabe ile bu konuda tartışırken bunu söyleyince onları ikna etmiş böylece Hz. Ali’ nin bu görüşü yani hırsızlığın tekrarı halinde hırsızın en fazla bir el ve bir ayağının kesilmesini sahabeler icmâ’ ile kabul etmişlerdir. Kişinin bütün el ve ayaklarını kesmek onu manen öldürmektir. Oysa cezadan gaye öldürmek değil, suçlunun uslanmasını sağlamaktır. Bir eli ve bir ayağı kesilen bir kimsenin bir daha hırsızlık yapması, çok az meydana gelen bir şeydir. Ceza ise, çok vaki olan suçları önlemek içindir. Kısas ise öyle değildir. Çünkü kısas kul hakkı olduğu için alınabildiği kadar alınması gerekir. İmam

¹⁷⁰ Mergînânî, II, 355.

¹⁷¹ Mergînânî, II, 364.

Şâfiî'nin dayandığı hadise gelince: Tahavi bu hadisin sıhhatini cerh etmiştir. Şayet sahih de olsa biz Hanefiler onu idari ceza anlamında kabul ediyoruz. (Bu meselede İmam Şafii muhalefet etmiştir.)

ويروى مفسرا كما هو لقوله عليه الصلاة والسلام "من سرق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه" مذهبه ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها جنابة بل فوقها فتكون أدعى إلى شرع الحد ولنا قول علي رضي الله عنه فيه إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فاعتقد إجماعا ولأنه إهلاك معني لما فيه من تقويت جنس المنفعة والحد زاجر ولأنه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه بخلاف القصاص لأنه حق العبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله أو نحمله على السياسة.¹⁷²

14. ŞAHİTLİK

İmam Muhammed dedi ki; ‘şahidin âdilliğini tespit etmek de şahitlik hükmündedir. Çünkü karar verme yetkisi, âdilliğin ortaya çıkmasına dayanır. Adâlet ise ancak bu kişinin tespitiyle ortaya çıktığından şahidin birden fazla olması şarttır. Nitekim şahidin adil olması da şarttır. Aynı zamanda şer’î cezalar ve kısas konusunda bu kimsenin erkek olması da şarttır.

İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf diyorlar ki: Şahidin âdilliğini tespit etmek şahitlik hükmünde değildir. Bu nedenle onda -şahitlik ederim- demek şart değildir. Mahkemenin karar yetkisi ile şahidin birden fazla olması şartı ise, şahitliğe mahsus, kıyas dışı durumlardır. Şahitliğin dışında uygulanmazlar.

Şahitlerin âdilliğini gizli soruşturma ile tespit eden kişide şahitlik ehliyeti şart değildir. Hatta köle dahi bunu yapabilir. Açık soruşturmada ise şahitlik ehliyeti şarttır. Hassaf'ın¹⁷³(v.261/875) görüşüne göre şahidin adil olup olmadığını açıkça araştıran kişinin birden fazla olması icmâ' gereğince şart koşulmuştur. Çünkü bu soruşturma, yalnızca mahkeme salonunda yapılmaktadır Fıkıhçılar: ‘imam Muhammed’e göre, zina şahitliklerinin âdilliğini tespit edenlerin dört kişi olmaları şarttır’ demişlerdir.

وقال محمد رحمه الله: لا يجوز إلا اثنان، والمراد منه المزكي، وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي والمترجم عن الشاهد له أن التزكية في معنى الشهادة لأن ولاية القضاء تنبني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه، وتشترط الذكورة في المزكي والحدود والقصاص. ولهما أنه ليس في

¹⁷² Mergînânî, II, 370.

¹⁷³ Ebû Bekr Ahmed b. Ömer (Amr) b. Müheyr el-Hassâf eş-Şeybânî’ Hanefî fıkıh âlimi.

معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء، واشترط العدد أمر حكيم في الشهادة فلا يتعدها "ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر" حتى صلح العبد مزكياً، فأما في تزكية العلانية فهو شرط، وكذا العدد بالإجماع على ما قاله الخصاص رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء. قالوا: يشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله.¹⁷⁴

Şahitlikte İhtilaf

Mihr miktarında ihtilaf olması hususunda İmam Ebu Hanife diyor ki; nikâh meselesinde mal, aktin aslından değildir. Asıl olan, kadın ve erkeğin birbirine helal olmaları, aralarında evlilik bulunması ve mihrin, kadının malı olmasıdır. Kaldı ki aktin aslında ihtilaf yoktur. Bu nedenle akit kesinleşir. Sonra, akdin aslında bulunmayan bir hususta ihtilaf meydana geldiğinde her iki şahidin birleştikleri az olan miktara karar verilir. Sahih görüşe göre; her iki şahidin söylediği malların azını veya çoğunu dava etmek aynıdır. Sonra denilmiştir ki, İmamlar arasındaki söz konusu ihtilâf, kadının davacı olduğu durumda mevcuttur. Mihr miktarında ihtilaf olması hususunda koca davacı olursa anılan şahitliğin geçersizliği hususunda icmâ' vardır. Çünkü bazen kadının gayesi mal olduğu halde kocanın gayesi devamlı olarak akdin gerçekleşmesidir. Kimisi ise: her iki durumda da imamlar arasında ihtilâf vardır, demiştir. En sıhhatli görüş de budur. Gerekçesi ise, yukarıda açıkladığımız gibidir. Allah Teâlâ daha iyi bilir. (İhtilaflı bir meseledir.) ولأبي حنيفة رحمه الله أن المال في النكاح تابع، والأصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف في ما هو الأصل فيثبت، ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالأقل لاتفاقهما عليه، ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما في الصحيح. ثم قيل: لاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية وفيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع على أنه لا تقبل، لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد. وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرنا، والله أعلم.¹⁷⁵

15. YEMİN

Bir kimse, başkası hakkında kısas davası açar ve davalı, bunu inkâr ederse icmâ' gereğince kendisine yemin ettirilir. Eğer ölüm dışındaki cinayette yeminden kaçarsa kısas gerekir. Ölüm cinayetinde yeminden kaçması halinde ise yemin edinceye veya ikrar edinceye kadar hapis edilir. Bu, İmam Ebu Hanife'ye göredir. Diğer iki İmam ise: Her iki durumda da diyet gerekir, demişlerdir. Çünkü onlara göre

¹⁷⁴ Mergînânî, III, 119.

¹⁷⁵ Mergînânî, III, 128.

yeminden kaçmak, şüphe ile karışık bir ikrar olduğundan kisası değil, mali cezayı gerektirir, özellikle kisasın uygulanamayışı, davalı ile ilgili bir durumdan ileri geliyorsa bu hüküm daha da açık olur. Mesela davalının, cinayetin hata sonucu, davacının da cinayeti kasten işlendiğini iddia etmeleri durumunda olduğu gibi.

قال: "ومن ادعى قصاصا على غيره فجحدته استحلف" بالإجماع "ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر" وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال، خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه، كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد.¹⁷⁶

15.1. Yeminin Keyfiyeti

Boşama davasında ise davalıya: ‘davacı olan kadının, ileri sürdüğü sözlerle senden boşanmadığına yemin et’ denilir. ‘Billahi boşamadım’ diye yemin ettirilmez. Çünkü bazen boşamadan sonra nikâh yenilenir. Bu nedenle bütün bu durumlarda neticeye yemin edilir. Çünkü davanın sebebine yemin ettirmekle davalı mağdur edilmiş olur. Bu, İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed’in görüşleridir.

İmam Ebu Yusuf’a göre ise, bütün bu davalarda davalı, sebebe yemin eder. Ancak davaların anılan neticelerine işaret ederse bu takdirde neticeye yemin etmesi istenir. Kimisi ise davalının inkâr şekline bakılır. Eğer davanın sebebini inkâr ediyorsa sebebe, yok eğer neticesini inkâr ediyorsa neticeye yemin etmesi istenir, demiştir. İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed’e göre her hangi bir davanın sebebi, başka bir hususla ortadan kalkacak nitelikte ise asıl olan, davalının neticeye yemin etmesidir. Ancak neticeye yemin edildiği zaman davacının menfaati terk ediliyorsa icmâ’ gereğince sebebe yemin edilir. Örneğin münasebetten sonra boşanan kadın, iddet nafakasını dava ederken kocanın fıkhi görüşünün buna uymaması durumunda olduğu gibi veya davacı, komşulukla şüf’acılık dava ederken, alıcının bu fıkhi görüşte olmaması gibi. Çünkü bu durumlarda neticeye yemin eden davalının, kendi görüşüne göre yemininde haklı olduğu kabul edileceğinden davacının çıkarı korunmamış olur. Şayet dava sebebi, başka bir hususla ortadan kalkacak nitelikte değilse icmâ’ gereğince, davalının sebebe yemin etmesi istenir. "وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها" لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه، لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. أما على

¹⁷⁶ Mergînânî, III, 157.

قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل. وقيل: ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل. فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سببا يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك أن تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها، أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها، لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي، وإن كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع¹⁷⁷

15.2. İki Kişinin Aynı Şeyi Dava Etmeleri

İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf dediler ki: iki kişinin aynı şeyi dava etmeleri durumunda davacıdan birinin malı satın almış olması, o şeyi satan satıcı için mülkiyeti ikrar etmek demek olduğundan burada taraflar, ikrara dair delil getirmiş sayılırlar. İkrarda ise, deliller icmâ' gereğince hükümsüzleştiklerinden burada da öyledir. Hem de delile, ifade ettiği mülkiyet için başvurulur. Kaldı ki, hariç kişiye ait mülkiyet olmadıkça zilyet için karar verilemez. O halde zilyet için verilen karar sırf delile dayanır ki bu delil mülkiyeti ifade etmez. Sonra İmam Ebu Hanife ile imam Ebu Yusuf'a göre eğer deliller, eşit olan bedellerin ödendiğine şahitlik ederlerse davacılar bine bin ödeşirler. Çünkü her iki tarafta da zimmet sahibi olmayı gerektiren teslim alma vardır. Buna şahitlik etmemeleri hâlinde ise ödeme İmam Muhammed'e göredir. Çünkü Ona göre bedel ödemek vaciptir. İki kişinin aynı şeyi dava etmeleri durumunda Şayet tarafların delilleri, satış ve teslim almaya tanıklık ederlerse icmâ' gereğince hükümsüzleşirler. Çünkü her iki satış da caiz olduğundan İmam Muhammed'e göre her iki delile birden itibar etmek mümkün değildir. Birinci meselede ise durum böyle değildir. Eğer deliller, taşınmaz malda vakit belirtip teslim almayı ortaya koymazlar ve hariç kişinin vakti daha önce ise İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf'a göre zilyete karar verilir. Böylece hariç kişi, daha önce malı satın alıp, teslim almadan önce zilyede satmış sayılır. Bu ise, İmam Ebu Hanife ile imam Ebu Yusuf a göre taşınmazsa caizdir.

ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاثر بالإجماع، كذا هاهنا، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيد. ثم لو شهدت البيئتان على نقد الثمن فالألف بالآلف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده. ولو شهد

¹⁷⁷ Mergînânî, III, 159.

الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع، لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول. وإن وقتت البيئتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد، وهو جائز في العقار عندهما.¹⁷⁸

16. GANİMETLER

Peygamber Efendimizin akrabaları da, ganimet hisselerine yukarıda açıkladığımız üzere onun zamanında ona yardımcı oldukları için müstahak idiler. Peygamberimizden sonra ise, fakir olanları fakir oldukları için müstahak olurlar. Ben(Mergînânî) diyorum ki: Bunu Kerhi söylemiştir. Tahavi ise; Peygamber efendimiz (sav)'in 'fakir olan akrabalarının hissesi de sakıttır' demiştir. Çünkü yukarıda rivayet ettiğimiz üzere- bunun hakkında hem icmâ' vardır. Hem de ganimet de zekât gibi bir şey olduğu için, nasıl zekât Peygamber Efendimiz 'Sallallahü Aleyhi ve Sellem'in akrabalarına yakışmıyorsa bu da öyledir. Birinci görüşün delili de Hz. Ömer (r.a)'in Peygamber Efendimiz (sav)'in fakir olan akrabalarına hisse vermiş olduğuna dair rivayettir ki en doğrusu da odur. Peygamberimizin zengin akrabalarının ganimetlerden olan hissesi sakıt olmuş, düşmüştür. Fakir olanları ise zekât verilecek yerler ayetinde geçen üç sınıfa dâhildirler, bunun için ganimetlerden de hisse verilir. Bu konuda icmâ' vardır.

"وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه الصلاة والسلام بالنصرة" لما روينا قال "وبعده بالفقر". قال قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما روينا من الإجماع ولأن فيه معنى الصدقة نظرا إلى المصروف فيحرمه كما يحرم العمالة وجه الأول وقيل هو الأصح ما روي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء أما فقراؤهم فيدخلون في الأصناف الثلاثة.¹⁷⁹

17. ÖŞÜR ve HARAÇ

Şayet bir kimse ölü bir yeri canlı bir hale, yani ekime yarayan bir tarla durumuna getirirse İmam Ebu Yusuf a göre, o tarla bulunduğu yerin hükmüne tabi olup eğer haraca tâbi araziye yakınsa haraca, eğer öşre tabi araziye yakınsa öşre tabidir. Çünkü İmam Ebu Yusuf'a göre o şeye, bulunduğu yerin hükmü verilir. Nasıl ki evin önüne de evin hükmü verilir ve bunun içindir ki evin sahibi evinin önünden yararlanırdı da başkaları yararlanamaz. Buna göre sahâbelerin icmâ'ıyla Basra arazisi

¹⁷⁸ Mergînânî, III, 171.

¹⁷⁹ Mergînânî, III, 391.

öşre tabidir. Oysa haraç arazisine daha yakın olduğu için haraca tabi olması gerekirdi. Fakat Ashap onu öşre tâbi kıldıkları için İmam Ebu Yusuf onun hakkında kıyas yapmamıştır. (Sahabe icma'sıdır.)

İmam Muhammed ise 'eğer kişi tarlayı, içinde kuyu kazmak çeşme açmak veya Dicle, Fırat gibi kimsenin malı olmayan büyük nehirlerden su almak suretiyle ekime yarayan yahut yağmur suyuyla sulanabilen bir duruma getirirse öşre tabidir. Eğer -şah- yahut -Yezdücürd ırmağı- gibi Acemler tarafından açılmış nehirlerden su getirirse haraca tâbidir' demiştir. Çünkü yukarıda da söylediğimiz üzere verim suya bağlı olduğu için muteber olan, suyun durumudur. Hem de Müslüman'ın elinde olan bir tarlayı -eğer eskiden haraca tâbi değilse- sahibinin rızası dışında haraçlandırmak mümkün değildir. Bunun için tarlanın hangi suyla sulandığına bakılır. Çünkü eğer sahibi onu haraç suyuyla suluyorsa, haraçlandırılmasını kabullenmiş demektir.

Hz. Ömer'in Irak arazisine koyduğu haraç miktarı, su ulaşan araziden o zamanın dönüm demek olan her bir cerib başına bir haşimi kafız ile bir dirhemdi. Bir haşimi kafız¹⁸⁰ bir sâ'dır.¹⁸¹ Hz. Ömer sebzelik tarlanın bir ceribine de beş dirhem ve ağaçları sık ve bitişik olan üzüm bağı ile hurmalığın bir ceribine on dirhem koymuştu. Hz. Ömer 'den öyle yaptığı naklolunmuştur. Hz. Ömer, Osman b. Anıf'ı Irak arazisini ölçmek için görevlendirmiş ve Huzeyfe b. Yeman'ı da onu kontrol etmek üzere beraberinde yollamıştı. Irak arazisi o zaman, bağ ve hurmalıklarıyla birlikte otuz altı milyon ceribe ulaşmış ve ona göre Hz. Ömer yukarıda söylediğimiz miktarı Irak arazisine öşür miktarı olarak belirlemiştir. Hz. Ömer bunu yaparken de bütün Ashap hazır oldukları halde hiç kimse ona itiraz etmemişti. Bunun için bu, Ashâbın bir icmâ'sı olmuştur. Hem de tarımın masrafları değişik olup üzüm üretiminin masrafı en az, tahıl ekiminin masrafı en çok ve hurma üretimi de ikisinin ortası olduğu için haraç miktarı ona göre değişir.

قال: "ومن أحيا أرضاً مواتاً فهي عند أبي يوسف رحمه الله تعالى معتبرة بحيزها فإن كانت من حيز أرض الخراج ومعناه بقربه "فهي خراجية وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية" والبصرة عنده عشرية بإجماع الصحابة رضي الله عنهم لأن حيز الشيء يعطي له حكمه كفناء الدار يعطي له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لأنها من حيز أرض الخراج إلا أن الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم" وقال محمد

¹⁸⁰ Yerel hacim ölçüsü birimi

¹⁸¹ 1 sâ', şer'î dirheme göre yaklaşık 2,917 kg; örfî dirheme göre ise 3,333 kg. ağırlığa denktir.

رحمه الله إن أحيائها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية" وكذا إن أحيائها بماء السماء "وإن أحيائها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم" مثل نهر الملك ونهر يزدجرد "فهي خراجية" لما ذكرنا من اعتبار الماء إذ هو السبب للنماء ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامية. قال: "والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم" وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فإنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة الله عنهم من غير تكبر فكان إجماعا منهم ولأن المؤمن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة رضي والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها.¹⁸²

Eğer arazi, belirlenen harağ miktarını verebilecek kadar verim veremezse, tarh edilen yani öşür için araziye biçilen miktarı kişinin verebileceği kadar azaltmak caizdir. Verimi az olduğu zaman harağ miktarını azaltmak icmâ' gereğince caizdir. Verimi çok olduğu zaman harağ miktarını arttırmak hakkında, İmam Muhammed onu da uzatmaya kıyas ederek: 'caizdir' demiş ise de, İmam Ebu Yusuf caiz olmadığını, çünkü Hz. Ömer' in, kendisine bir arazinin daha fazla harağ vermesi mümkün olduğu söylendiği zaman, harağ miktarını artırmadığını söylemiştir.

قال: "فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم الإمام" والنقصان عند قلة الربيع جائز بالإجماع ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الأرض مالا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاعت وهذا يدل على جواز النقصان.¹⁸³

İmam Ebu Yusuf'a göre öşür vergisi verilen araziler de sadaka nezrine girer. Bu tür arazi, sadaka kaynağıdır, çünkü imam Ebu Yusuf'a göre bu arazide sadaka tarafı ağır basmaktadır, imam Muhammed'e göre ise, öşür arazisi sadaka nezrine girmez, bu tür arazi geçim kaynağıdır ve geçim tarafı ağır basmaktadır. Harağ arazisi ise icmâ' gereğince sadaka nezrinin kapsamındaki arazilere girmez. Harağ arazi sırf geçim içindir.

فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة، إذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده، وعند محمد رحمه الله لا تدخل لأنها سبب المؤنة، إذ جهة المؤنة راجحة عنده، ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع لأنه يتمحض مؤنة.¹⁸⁴

¹⁸² Mergînânî, II, 399.

¹⁸³ Mergînânî, II, 400.

18. LUKATA (BULUNTU EŞYA)

Eğer buluntuyu bulan kimse zengin ise kendisi ondan yararlanamaz. İmam Şâfiî: ‘yararlanabilir, çünkü Nebi (sav) Übey b. Kaab hadisinde; ‘Eğer sahibi gelirse ona ver, gelmezse sen ondan yararlan’ diye buyurmuştur. Übey ise zenginlerden idi. Hem fakire helâl kılınması, yerde kalıp ziyan olmasın, diye onu kaldırmak için ancak bir teşviktir. Zengin de bu hususta fakir gibidir’ demiştir.

Biz (Hanefiler) diyoruz ki: buluntu, başkasının malı olduğu için sahibinin izni olmadan kimseye helâl olmaması gerekir. Çünkü bu husustaki nasslar mutlaklıdır. Ancak fakir kimse, ya yukarıda geçen hadise binaen, ya da hakkında icmâ’ bulunduğu için bu hükümden müstesnadır yani buluntu eşyadan yararlanmak fakire helaldir. Fakire helâl kılınması onu yerde bırakmamak için bir teşvik ise de, zengin de ilân süresi içinde fakirleşebildiği için o da teşvik edilmiş olur veyahut kaldırırken fakir de olsa, ilân süresi içinde zenginleşebildiği için, bu ihtimali göz önünde bulundurarak kaldırmada gevşeklik edebilir. Übey’in zengin olduğu halde buluntudan yararlanması da yöneticinin izni ile idi. Çünkü yöneticinin izin vermesi halinde, bulan kişi zengin de olsa sahibi çıkmadığı zaman kendisi ondan yararlanabilir. (İhtilafı mesele olduğu gözükmemektedir.)

"وإن كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها" وقال الشافعي رحمه الله يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي رضي الله عنه "فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها" وكان من المياسير ولأنه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما روينا أو بالإجماع فيبقى ما وراءه على الأصلي والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضي الله عنه كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه.¹⁸⁵

19. VAKIF

İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed (r.a)'e göre, vakfedilen mal, sonu olmayan bir cihete bağlanmadıkça vakıf gerçekleşmez. İmam Ebu Yusuf r.a. göre sonu olan belli bir cihete bağlansa bile vakıf caiz olup o cihet sona erince vakıf, adlarından söz edilmese fakirlere geçer. İmam Ebu Hanife ve imam Muhammet derler ki vakfın kişilerin özel mülkiyetine geçmeksizin vakfedenin mülkiyetinden

¹⁸⁴ Mergînânî, III, 113.

¹⁸⁵ Mergînânî, II, 420.

ebediyen çıkması gerekir. Vakıf amacının son bulması halinde ise bu durum gerçekleşmemiş olur. Bu nedenle satışta olduğu gibi vakfı belli bir zamanla kayıtlamak onu geçersiz kılar. İmam Ebu Yusuf ise der ki; ‘vakfın sevap kazanmak olan amacı bu şekilde de gerçekleşir, çünkü sevap, bazen sonu olan amaçlara bazen sonu olmayan amaçlara, mal sarf etmekle kazanılır. Bu itibarla her iki durumda da vakıf sahihtir.’ Kimisi de şöyle demiştir: ‘vakfın süresinde icmâ’ gereğince sonsuzluk şarttır.’ Ancak, Ebu Yusuf (r.a)'a göre, sonsuzluk ifadesini kullanmak şart değildir. Çünkü vakıf ve sadaka kelimelerinin kendileri sonsuzluğu ifade eder. Çünkü açıkladığımız üzere, vakıf; malın bir kimsenin özel mülkiyetine geçmeksizin vakfedenin mülkiyetinden ebediyen çıkması demektir. Bu nedenle *Mebsut* sahibi, İmam Ebu Yusuf (r.a)'un: ‘Vakıf daha sonra fakirlere geçer’ şeklindeki sözünü açıklarken, ‘sahih olan görüş budur’ der.

İmam Muhammed (r.a)'e göre ise, sonsuzluktan söz etmek şarttır. Çünkü ona göre vakıf, bir malın veya menfaatin sadaka olarak verilmesi demek olduğundan bu, sürekli olabildiği gibi geçici de olabilir. Bu itibarla ifadenin mutlak olarak söylenmesi, Sonsuzluğa yorumlanamayacağından bu hususu dile getirmek gerekir.

(Mesele ihtilaflıdır.)

قال: "ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره جهة لا تنقطع أبدا. وقال أبو يوسف: إذا سمي فيه وإن لم يسمهم". لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء يتأبد كالعق، فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه، فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع. ولأبي يوسف أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه، لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع، إلا أن عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا أنه إزالة الملك بدون التملك كالعق، ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم، وهذا هو الصحيح، وعند محمد ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة، وذلك قد يكون مؤقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلا بد من التنصيص.¹⁸⁶

20. BEY' (ALIŞ VERİŞ)

Bir kimse, ölççeği bir dirheme olmak üzere, bu tahıl kümesini sattım derse. İmam Ebu Hanife'ye göre yalnız bir ölçek satılmış olur. Ancak kaç ölçek olduğunu belirtirse tümü satılmış olur. Diğer iki İmam ise, her iki durumda da satışın caiz

¹⁸⁶ Mergînânî, III, 17.

olduğunu söylemişlerdir. İmam Ebu Hanife şöyle demiştir; bu meselede satılan malın ve bedelin toplam miktarları bilinmediğinden, geçen ifadeyi malın tümünü kapsar saymak mümkün değildir. Bu nedenle en aza hamledilir. Çünkü bunda bir ölçek ve bir dirhemin bulunduğu bilinmektedir. Ancak bütün ölçekleri belirterek veya mecliste ölçerek belirsizlik ortadan kaldırılırsa bu takdirde caiz olur. Bu mesele, şuna benzer; Bir kimse falancanın, üzerimde bir dirhemi vardır, diye söylerse bu durumda ikrar eden kişiye icmâ' gereğince yalnızca bir dirhemi ödemesi gerekir.

قال: "ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة إلا أن يسمى جملة قفزاتها وقالوا يجوز في الوجهين" له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثلث فيصرف إلى الأقل وهو معلوم، وإلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس، وصار هذا كما لو أقر وقال لفلان علي كل درهم فعليه درهم واحد بالإجماع.¹⁸⁷

20.1. Akitlerde Görme Muhayyerliği

Akit mevzusu şeyi vekilin görmesi, alıcının bakması gibidir. Şöyle ki kusur dışındaki bir sebepten ötürü o şeyi geri çeviremez. Elçinin bakması ise, alıcının bakması gibi değildir. Bu görüş İmam Ebu Hanife'ye göredir. Diğer iki imam ise; 'vekil ile elçi aynı durumdadır ve aldıkları malı müşteri geri çevirebilir' demişlerdir. Ben (Mergînânî) diyorum ki, akit mevzusu şeyi teslim almadaki vekil böyledir. Satın alma durumunda, akite konu olan şeyi vekilin görmesi ise muhayyerlik hakkını icmâ' gereğince ortadan kaldırır.

قال: "ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يردّه إلا من عيب، ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا: هما سواء، وله أن يردّه" قال معناه الوكيل بالقبض، فأما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالإجماع.¹⁸⁸

20.2. Alışverişte Faiz

Ölçülen veya tartılan cinsten olan herhangi bir şey, kendi cinsi ile satıldığı zaman, eğer biri diğerinden fazla olursa, bu satış riba'dır ve haramdır. Bize (Hanefilere) göre Riba olmanın nedeni ikisinin de hem ölçülen veya tartılan ve hem de aynı cinsten olmalarıdır. Bu hükmün dayanağı, bu konudaki şu hadisi şeriftir; 'Buğdayı yine buğday ile satarken aynı miktarda ve peşin olmaları gerekir. Fazlalık ise ribadır.' Peygamber Efendimiz (sav) bu hadiste; buğday, arpa, hurma, tuz, altın

¹⁸⁷ Mergînânî, III, 24.

¹⁸⁸ Mergînânî, III, 35.

ve gümüştan ibaret olan altı şeyi saymıştır. Hadis iki şekilde rivayet edilir. Birinde, - mislün- raf (ötre) hareke ile öbüründe ise -mislen- nasb (üstün) hareke iledir. Rivayetlerin birincisinde hadis -Hurma satışı- ikincide ise -Hurmayı satın- şeklinde başlamaktadır. Bu hükmün bir delili de, Kıyasçılarının icmâ'ıdır. Fakat bize göre delil, yukarda açıkladığımız gibidir.

مع الجنس والوزن مع قال: "الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا" فالعلة عندنا الكيل الجنس. قال رضي الله عنه: ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل. والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: "الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد، والفضل ربا" وعد الأشياء الستة: الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال. ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا. ومعنى الأول بيع التمر، ومعنى الثاني بيعوا التمر، والحكم معلوم بإجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه.¹⁸⁹

Zeytin ve susamı, kendilerinden fazla olmayan yağlarıyla satmak caiz değildir. Çünkü fazla olan yağlar bu şekilde hem zeytin ve susamdaki yağın karşılığı olurlar hem de artık halindeki zeytin ve susamı karşılırlar. Çünkü bu durumda satış, ribadan soyutlanmış olur. Çünkü bunlardaki yağ, tartılıdır. Nitekim zeytin ve susamdaki yağların fazla veya mevcut yağlara eşit olmaları halinde ya artıkla yağın bir kısmı veya yalnızca artık, fazlalık olur. Zeytin ve susamdaki yağın miktarı bilinmiyorsa gerçek hükmünde olan Riba şüphesi nedeniyle satış caiz değildir. Ceviz ve sütün, kendi yağları ile üzümün kendi şırasıyla hurmanın da kendi pekmeziyle satışları da böyledir. Pamuğun iplikle satışı konusunda ihtilâf vardır. Bezin, pamukla satışı ise nasıl olursa olsun icmâ' gereğince caizdir. Riba durumu söz konusu değildir.

قال: "ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير" لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون، وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساويا له، فالتجير وبعض الدهن أو الثجير وحده فضل، ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا، والشبهة فيه كالحقيقة، والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار. واختلفوا في القطن بغزله، والكرباس بالقطن يجوز কিما كان بالإجماع.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Mergînânî, III, 61.

¹⁹⁰ Mergînânî, III, 73.

20.3. Selem Akdi

Taşıması ve masrafı olmayan malın, teslim edileceği yerinin belirtilmesine, icmâ' gereğince ihtiyaç yoktur. Çünkü böyle bir durumda malın teslim yeri, malın değerinde değişiklik meydana getirmemektedir.

قال: "وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع" لأنه لا تختلف قيمته "ويؤفيه في المكان الذي أسلم فيه".¹⁹¹

Selem akdinde aranan şartları içinde topladığından şartlar belirli oldukları takdirde leğen, bakraç ve mestleri selem akdiyle satmakta bir beis yoktur. Şartlar belirli olmamaları halinde ise, belirsiz borç olduklarından selem ile satışları caiz değildir. Genel bir teamül olduğundan icmâ' gereğince bunlardan birini süre belirtmeden sanatçıya yaptırmak da istisnenen caizdir.

ولا بأس بالسلم في اللبن والأجر إذا سمى ملبنا معلوماً لأنه عددي متقارب لا سيما إذا سمي الملبن. قال: "وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه" لأنه لا يفضي إلى المنازعة "وما لا يضبط يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه" لأنه دين، وبدون الوصف "ولا بأس بالسلم في طست أو قمقم أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف" لاستجماع شرائط السلم "وإن كان لا يعرف فلا خير فيه" لأنه دين مجهول. قال: "وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً" للإجماع الثابت بالتعامل¹⁹²

Metinde: 'süre belirtmeden' denmesinin sebebi şudur; teamül bulunan, malda süre belirtilmesi halinde İmam Ebu Hanife'ye göre muamele seleme dönüşür. Diğer iki İmama göre seleme dönüşmez. Hakkında teamül bulunmayan malın teslimi hususunda süre belirtilmesi halinde ise bu muamele, ittifakla selem aktine dönüşür. İki İmam diyorlar ki: Sanatçıdan malın yapılmasını istemek olan -istisna- kelimesi gerçek manasında kullanıldığından bu mananın gereğini korumak gerekirken ve bu nedenle de belirtilen sürenin peşin hükmünde olması gerekir. Teamül bulunmayan mallarda ise durum böyle değildir. Çünkü bu, fasit bir -istisna- olduğundan sahih selem olarak kabul edilir.

İmam Ebu Hanife ise: 'Bu, selem ihtimali olan bir borçtur. Selem akti şüphe götürmeyen bir icmâ' gereğince caizdir. İstisna'nın teamül haline getirilmesinde ise şüphe bulunduğu muamelenin selem kabul edilmesi daha uygundur. En doğruyu ise ancak Allah bilir.'

¹⁹¹ Mergînânî, III, 76.

¹⁹² Mergînânî, III, 77.

وإنما قال بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند أبي حنيفة خلافاً لهما، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلماً بالاتفاق. لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الأجل على التعجيل، بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح. ولأبي حنيفة أنه دين يحتمل السلم، وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى، والله أعلم.¹⁹³

21. KEFÂLET

İmam Ebu Hanife der ki: Peygamber Efendimiz (sav): ‘Hiçbir şer’î cezada kefalet yoktur’ buyururken, içinde kul hakkı olan ve olmayan şer’î cezalar arasında ayırım yapmamıştır. Bir de bütün bu cezalardan maksat, haksızlığı ortadan kaldırmak olduğundan kefil tutmakla işi sağlama bağlamak vacip değildir. Cezası olmayan haklarda ise idari cezalar da olduğu gibi işi sağlama bağlamak gerekir. Yani davalı kendi isteğiyle kefil tutarsa bu, icmâ’ gereğince sahihtir. Çünkü bu takdirde cezaların gereğini uygulamak mümkündür. Çünkü bu durumda kefil olunanın vacip yani gerekli olan teslimi, kefilden istendiğinden kefalet gerçekleşmiş olur.

ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام: "لا كفالة في حد من غير فصل" ولأن مبنى الكل على الدراء فلا يجب فيها الاستيثاق، بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرى بالشبهات فيلحق بها الاستيثاق كما في التعزير "ولو سمحت نفسه به يصح بالإجماع" لأنه أمكن ترتيب موجه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم.¹⁹⁴

Mal ile kefalette bulunmaya gelince, kefil olunan şeyin sahih bir borç olması şartıyla miktarı bilinsin veya bilinmesin caizdir. Örneğin; kefilin; ‘filâncanın adına bin dinara veya senin ondaki borcuna veya bu satışta sahip olacağın hakka kefilimdemesi’ gibi. Çünkü kefalet, müsamahaya dayandığından onda belirsizliğe göz yumulur. Satılan malın başkasına ait çıkması halinde bedele kefil olmak ise icmâ’ gereğince caizdir. İcmâ’ ise yeterli bir delildir. Bu mesele, birisini yaralayana kefil olma haline benzetilmektedir. Burada yaranın hem genişleme hem de olduğu gibi kalma ihtimali olduğu halde kefalet sahihtir. Şart koşulan sahih borçtan maksat, kitabet akdinin bedeli olmamasıdır.

"وأما الكفالة بالمال فجازة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع" لأن مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة، وعلى

¹⁹³ Mergînânî, III, 77.

¹⁹⁴ Mergînânî, III, 89.

الكفالة بالدرك إجماع وكفى به حجة، وصار كما إذا كفل لشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية والاقتصار، وشرط أن يكون ديننا صحيحا ومراده أن لا يكون بدل الكتابة،¹⁹⁵

Kefilliği şartlara bağlamak caizdir. Mesela kefilin, ‘falancayla alış-veriş yaparsan veya ona bir hakkın geçerse ya da senden bir şey gasp ederse bana aittir.’ demesi gibi. Bunun fıkhi delili Yusuf suresi yetmişikinci ayetidir; ‘Onu getirene bir deve yükü ikramiye var ve ben de onu ödemeye kefilim.’

Ayrıca alış veriştten doğacak zararı yüklenmek icmâ’ gereğince sahihtir. Sonra da asıl olan, kefilliğin ona uygun bir şarta bağlanmasıdır.

قال: "ويجوز تعليق الكفالة بالشروط" مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلي أو ما ذاب لك عليه فعلي أو ما غصبك فعلي. والأصل فيه قوله تعالى: {وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ رَعِيْمٌ} [يوسف:72] والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك، ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع، أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه، أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة، وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه، فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر وكذا إذا جعل واحد منهما أجلا، إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشروط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعناق.¹⁹⁶

22. ALIŞ-VERİŞTE VEKÂLET

Vekil, mütevekkilin verdiği parayla on kilo et istendiği halde yirmi kilo et alması durumunda, İmam Ebu Hanife, ‘müvekkil, vekilden sadece on kilo et satın almasını istemiştir. Bu nedenle etin on kilosu kendisine on kilosu da müvekkile satın alınmış olur.’ demiştir. İmam Ebu Yusuf un kendi görüşüne delil olarak gösterdiği örnekte ise durum böyle değildir. Çünkü söz konusu örnekteki fazlalık, müvekkilin malının bedeli olduğundan kendisine ait olur. Ancak vekil, bir dirheme yirmi kiloya tekabül edecek miktarda et alırsa durum böyle değildir. Çünkü bu takdirde vekil, icmâ’ gereğince, eti kendine almış olur. Çünkü müvekkil, semiz et istemişken, vekilin aldığı et zayıf olduğundan müvekkilin isteği gerçekleşmemiş olur.

ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به؛ لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له، بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي

¹⁹⁵ Mergînânî, III, 90.

¹⁹⁶ Mergînânî, III, 90.

عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالإجماع؛ لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الأمر.¹⁹⁷

Eğer müvekkil, vekilden belirtmediği bir köle satın almasını ister ve vekil köleyi alırsa bu köle vekilin olur. Ancak vekil, köleyi alırken; ‘Müvekkile almaya niyet ettim’ der veya müvekkilin malıyla onu alırsa bu durumda köle müvekkilin olur. Ben (Mergînânî) diyorum ki, bu meselenin bir kaç şekli vardır. Şöyle ki: Eğer vekil, müvekkilin dirhemlerinden bahisle akit yaparsa icmâ’ gereğince mal, müvekkilin olur. Nitekim bana göre Kudûri’nin ‘veya müvekkilin malıyla onu alırsa’ sözünden maksat da müvekkilin nakit olan malı değil, söz konusu dirhemleridir. Çünkü nakitte tafsilât ve ihtilâf vardır. Kuduri’deki ifade ise mutlak olduğundan tafsilât ve ihtilaf konusu değildir. Yok, eğer vekil, kendi dirhemlerinden bahisle akit yaparsa bu durumda mal kendisinin olur. Çünkü bu, vekile dinen mubah olan ve vekilin yapabildiği normal işlerdendir. Çünkü başkasının dirhemlerinden bahisle kişinin, kendine bir şey satın alması, hem dinen hem de örfen hoş görülmeyen bir şeydir.

Şayet vekil, mutlak dirhemlerle akit yapmışsa bu durumda eğer müvekkilin dirhemlerini kastetmişse satın alınan mal müvekkilin olur. Yok, eğer kendi dirhemlerini kastetmişse mal kendisinin olur. Çünkü hem kendi adına hem de müvekkili adına iş görmeye yetkilidir. Eğer müvekkil ile vekil akitteki niyet konusunda birbirlerini yalanlarsa bu durumda satın alınan mala ödenen bedel, hangisinin malından ödenmişse mal, icmâ’ gereğince ona satın alınmış olur. Çünkü bu, akdin gayesini açıkça gösterir. Eğer ikisi de akitte niyet bulunmadığında ittifak ederlerse bu durumda imam Muhammed’e göre mal, akdi yapanındır. Çünkü asıl olan herkesin kendi adına iş görmesidir. Ancak bu işin başkası için yapıldığı sabit olursa durum böyle değildir. Burada ise böyle bir durum yoktur.

قال: "وإن وكله بشراء عبد بغير عينه: فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل". قال: هذه المسألة على وجوه: إن أضاف العقد إلى دراهم الأمر كان للأمر وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله؛ لأن فيه تفصيلا وخلافا، وهذا بالإجماع وهو مطلق. وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا. وإن أضافه إلى دراهم مطلقة، فإن نواها للأمر فهو للأمر، وإن نواها لنفسه فلنفسه؛

¹⁹⁷ Mergînânî, III, 141.

لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للأمر في هذا التوكيل، وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع؛ لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله: هو للعائد؛ لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت¹⁹⁸

İmam Ebu Hanife'nin geçerli olan, müvekkilin sözüdür. Çünkü vekilin iddiası töhmet konusudur. Şöyle ki; köleyi önce kendine alır. Aldandığını görünce de zararı müvekkile çekirmek isteyebilir. Bedelin verilmesi halinde ise durum böyle değildir. Çünkü vekil bu konuda güvenilir kişi olduğundan sorumluluktan kurtulması için sözü geçerlidir. Birinci durumda ise bedel, tasarrufuna verilmemiştir, dediği rivayet edilmiştir. Eğer müvekkil, vekilden vasıflarını belirttiği bir köle satın almasını ister ve daha sonra köle sağ iken anılan ihtilafa düşerlerse bu durumda bedel, vekile teslim edilmiş olsun olmasın, geçerli olan söz, icmâ' gereğince vekilin sözüdür. Çünkü burada vekil, yeniden yapabileceği bir akitten söz ettiği gibi töhmet de söz konusu değildir. Çünkü daha önce de geçtiği üzere belli bir şeyi satın almaya vekil kılınan kişi, o şeyi müvekkil hazır bulunmaksızın aynı fiyatla kendine satın alamaz. İmam Ebu Hanife'den rivayet ettiğimiz üzere belirtilmeyen malın durumu ise böyle değildir.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: القول للأمر؛ لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الأمر، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا؛ لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هاهنا، وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود، وهذا بالإجماع؛ لأنه أخبر عما يملك استئنافه، ولا تهمة فيه؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر، بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة رحمه الله.¹⁹⁹

Bir kimse, başkasından kendisine, vasıflarını belirttiği iki köle satın almasını ister ve fiyatı belirtmezse bu durumda vekil, kendisine kölelerden birini satın alırsa bu caizdir. Çünkü vekil tayin etmek, kayıtsız olduğu gibi belirtilen iki malın birlikte alınması da bazen mümkün olmamaktadır. Fakat halkın, fiyatını belirli hale getirmediği mallarda bu caiz değildir. Çünkü bu, kişiyi satın almaya vekil kılmaktır. Bu meselenin tümünde icmâ' vardır.

¹⁹⁸ Mergînânî, III, 141.

¹⁹⁹ Mergînânî, III, 142.

قال: "ومن أمر رجلا أن يشتري له عبيدين بأعيانهما ولم يسم له ثمنًا فاشترى له أحدهما جاز"; لأن التوكيل مطلق، وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع "إلا فيما لا يتعابن الناس فيه"; لأنه توكيل بالشراء، وهذا كله بالإجماع²⁰⁰

Ebu Yusuf ve İmam Muhammed dedi ki: Riddeti üzerine öldürülen mürtet (dinden dönen kişi) ile Müslümanlarla savaş hâlinde bulunan gayrimüslim de bu konuda zimmi gibidirler, demişlerdir. Çünkü savaş hâlindeki gayrimüslim, zimmiye nazaran bize daha da yabancı olduğundan tasarruf yetkisi öncelikle elinden alınır. İki imama göre, mürtedin kendi malındaki tasarrufu geçerli olmakla birlikte onun, çocuğu ve çocuğunun malı ile ilgili tasarrufları icmâ' gereğince mevkuf - kesinleşmemiş- olur. Çünkü bu tasarruf maslahat gözetilen bir tasarruftur. Bu ise ancak dinin bir olmasıyla gerçekleşir. Hâlbuki dinin bir olup olmadığı şüphelidir. Sonra eğer mürtet kişi, mürtet olduğu haldeyken öldürülürse tasarruf yetkisi ortadan kalkar ve yaptığı akitler bozulur. Eğer Müslümanlığa dönerse bu takdirde hiç Müslümanlıktan çıkmamış kabul edilir ve dolayısıyla yaptığı akitler sahih olur.(Mezheb içi çoğunluk söz konusu olmadığı gibi iki imamın ittifakı anlamı yüklenilmiş bir icma kavramı söz konusudur.)

"قال أبو يوسف ومحمد: والمرتب إذا قتل على رده والحربي كذلك" لأن الحربي أبعد من الذمي فأولى بسلب الولاية، وأما المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده وماله ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة، ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلماً فيصح.²⁰¹

23. ISTISNÂ AKDİ

Şayet ikrar edilenin, ikrar edeni yalanlaması durumunda ikrar edenin; 'malı teslim almadım' demesi değişikliğe sebep olan bir açıklama olur. Çünkü ifadesinin başı, kendisini ödeme zorunda bırakırken ifadesinin sonu, malı teslim almadığı gerekçesiyle ödeme mecburiyeti olmadığı ihtimalini doğuruyor. Değişikliğe yol açan ifade ise, aralıklı değil, bitişik olması hâlinde sahihtir. Alış veriş konusunda, alış verişi ikrar eden bir kişi, muhatabı hakkında; 'ondan bir şey satın aldım, fakat teslim

²⁰⁰ Mergînânî, III, 142.

²⁰¹ Mergînânî, III, 148.

almadım’ derse geçerli söz icmâ’ gereğince onundur. Çünkü teslim almak, satışta zorunlu olmadığı halde bedeli ikrarda zorunludur. İçki veya domuz bedeli demesi halinde de durum aynıdır. ‘Falancanın, bende içki veya domuz bedeli olarak bin dirhemi vardır.’ derse İmam Ebu Hanife’ye göre bitişik veya aralıklı söylesin, içki veya domuz bedeli, şeklindeki izahı geçersiz olup bin dirhem ödemesi gerekir. Çünkü içki ve domuz bedelini ödemek, vacip olmadığından bu ikrardan dönmek olur. Oysa sözünün başlangıcı ödemeyi gerektirir. Diğer iki İmam ise, ‘Bunu bitişik söylerse kendisine bir şey lâzım gelmez.’ demişlerdir. Çünkü ikrar eden, sözünün son kısmıyla, maksadının ödemeyi ikrar olmadığını açıklamış olur. Böylece bu sözün sonunda inşallah demek gibi olur. Biz Hanefiler diyoruz ki ‘inşallah’ demek talik, bu ise ikrarı iptal etmek demektir.(Hidayede ‘kimisi’ lafzı ihtilafli meselelerde kullanır buradada ihtilaf söz konusudur.)

والمقر ينكره فيكون القول له، وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لأن صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتقاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا. "ولو قال ابتعت منه بيعة إلا أنني لم أقبضه فالقول قوله" بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن. قال: "وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير" ومعنى المسألة إذا قال لفلان علي ألف من ثمن خمر أو خنزير "لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل" لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول كلامه للوجوب "وقالا: إذا وصل لا يلزمه شيء" لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله. قلنا: ذاك تعليق وهذا إبطال.²⁰²

Bir ikrarcı, satış ve borçtan söz etmeden; falan kimsenin bende düşük ayarlı bin dirhemi vardır, derse kimisi icmâ’ gereğince doğrulanır, demiştir. Çünkü düşük ayarlıya da dirhem denilir. Kimisi ise doğrulanmaz, demiştir. Çünkü mutlak ikrardan sadece meşru akitler anlaşılır. Gayrı meşru tüketim anlaşılmaz. Eğer ‘falancadan bin dirhem gasp ettim’ veya ‘bana emanet verdi’ dedikten sonra: ‘Dirhemler düşük veya çok düşük ayarlıdır’ derse bitişik veya aralıklı söylesin, doğrulanır. Çünkü kişi, gördüğünü gasp eder ve malik olduğunu emanet bırakır. Böylece bu iki hususta tam ayarlı dirhemleri gerektirecek bir durum olmadığı gibi bunlarda böyle bir teamül de bulunmadığından bu söz, aralıklı da söylense dirhem türünü açıklamak olur ve

²⁰² Mergînânî, III, 183.

dolayısıyla ikrar sahihtir. Bu nedenledir ki gasp edilen malı ve emaneti geri getiren, kusurlu bir mal getirirse söz onundur.

İmam Ebu Yusuf'un, borca kıyasla, gasp konusunda 'aralıklı söylediği takdirde doğrulanmaz' dediği rivayet edilmiştir. Çünkü gasp ile borçta ödemeyi gerektiren, dirhemleri teslim almaktır. Şayet gaspı veya emaneti ikrar ettikten sonra bitişik olarak: dirhemler çok düşük ayarlıdır veya kurşundur derse doğrulanır, ara vererek derse doğrulanmaz. Çünkü düşük ayarlılar dirhem cinsinden değildir, bunlara mecazen dirhem denir. O halde bu söz değiştirici bir açıklama olup bitişik söylenmesi gerekir.

"ولو قال لفلان علي ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق" بالإجماع لأن اسم الدراهم يتناولها "وقيل لا يصدق" لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة، لا إلى الاستهلاك المحرم "ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهجة صدق وصل أم فصل" لأن الإنسان يغضب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل، فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل ولهذا لو جاء زاد المغصوب، والوديعة بالمعيب كان القول له، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض إذ القبض فهما هو الموجب للضمان ولو قال: هي ستوفة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل لم يصدق لأن ستوفة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل.²⁰³

24. MUDÂREBE AKDİ

Sermaye sahibi kendisine izin vermediği halde sermayeyi mudarebe aktiyle başkasına veren emekçi, ikinci emekçi kar etmedikçe onun tasarrufuyla da zimmet sahibi olmaz. İkinci emekçinin kâr etmesi halinde ise birinci emekçi, sermaye sahibi için zimmet sahibi olur. Kimisi, imam Ebu Hanife'ye göre; ikinci emekçinin zamin olmaması, diğer iki İmama göre ise zamin olması gerekir. Çünkü imamlar arasında ikinci emanetçi konusunda bu ihtilâf vardır, der. Kimisi de, bir emekçi, Sermaye sahibi kendisine izin vermediği halde sermayeyi mudarebe aktiyle başka emekçiye verirse İmamların icmâ'sı gereğince sermaye sahibi, alacağını kimden alacağı hususunda seçme hakkına sahiptir. İsterse birinci emekçiden, isterse ikinci emekçiden alacağını tazmin eder, demiştir ki meşhur olan da budur. Bu, iki imamın görüşüne açıkça denk geldiği gibi imam Ebu Hanife'nin görüşüne de uymaktadır.

²⁰³ Mergînânî, III, 184

(Hidayede 'kimisi' lafzı ihtilafı meselelerde kullanır buradada ihtilaf söz konusudur.)

قال: "وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح، فإذا ربح ضمن الأول لرب المال.....ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني. وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع. وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور، وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده، ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامناً.²⁰⁴

Mudârib'in Yetkileri

Emekçi, hem peşin hem de veresiye satış yapabilir. Çünkü her iki usulde tüccarların adetlerinden olduğundan mutlak akdin kapsamına girerler. Ancak tüccarların alışveriş yapmadıkları kadar uzun bir vadeyle satarsa caiz değildir. Çünkü emekçi, ancak halk arasında bilinen genel teamüle yetkilidir. Bu nedenledir ki; binmek için bir hayvan satın alabildiği halde aynı maksatla bir gemi satın alamaz. Ancak tüccar âdeti gereğince gemiyi kiralayabilir. Şayet peşin satış yaptıktan sonra bedeli ertelerse bu durum icmâ gereğince caizdir. İmam Ebu Hanife ve Muhammet'e göre caiz olmasının sebebi, vekilin buna yetkili olması nedeniyle emekçinin öncelikle izinli olmasıdır. Çünkü emekçi, satışı iptal edip yeniden veresiye satış yapabildiğinden zamin olmaz. Vekilin ise böyle bir yetkisi yoktur. İmam Ebu Yusuf'a göre caiz olmasının sebebi ise, emekçinin satışı iptal ettikten sonra veresiye satış yapabilmesidir. Vekilin durumu bunun tersinedir. Çünkü vekil, satışı iptal edemez.

التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع قال: "ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة" لأن كل ذلك من صنيع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب، وليس له أن يشتري سفينة للركوب، وله أن يستكرها اعتباراً لعادة التجار، وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار. ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع، أما عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى، إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقابل ثم يبيع نسيئة، ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك. وأما عند أبي يوسف فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة. بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة.²⁰⁵

²⁰⁴ Mergînânî, III, 204.

²⁰⁵ Mergînânî, III, 208

25. MÜZÂRAA AKDİ

Ekini biçip kaldırma ezme ve savurma ücreti, hisselere göre ortaklara aittir. Eğer müzaraa akti sırasında çiftçiye ait olması şart koşulmuşsa, müzaraa fasit olur. İşçilikten sayılıp ekinin olgunlaşma zamanından önce olan şeyler, örneğin; sulama ve koruma işleri gibi çiftçiye aittir. Ama ekinin olgunlaşmasından sonra ve daha mahsul paylaşılmadan önce, yapılması gereken şeyler zahir rivayete göre her iki ortağa aittir.

Meselâ, ekinin biçilmesi harmanlanması gibi şeyler. Paylaşmadan sonraki şeyler de, yine her ikisine aittir. Yani, şu kıyasa göre muamele edilir. Meyvenin olgunlaşmasından önce yapılması gereken sulama, aşılama ve koruma işleri ve benzerleri, işçiye aittir. Ama olgunlaşmadan sonra yapılması gereken biçme ve harmanlama gibi şeyler de, her ikisine aittir. Çünkü mahsul, artık ortak bir maldır. Ve akit yoktur. Şayet biçilmesinin, tarla sahibine yüklenmesi şart koşulursa, örf olmadığı için icmâ' gereğince caiz olmaz. Eğer yeşil arpanın biçilmesi. Hurmanın daha zamanı gelmeden koparılması veya olgun taze hurmanın derlenmesi istenirse, söz konusu iş, ikisine ait olur. Çünkü bunları kastetmekle akdi sona erdirmiş olurlar. Tıpkı meyvenin olgunlaşma zamanından sonraki durum gibi olur.

قال: "وكذلك أجره الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص. فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت" وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات. ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما. وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الضمن على العامل. وعن أبي يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخي. قال شمس الأئمة السرخسي: هذا هو الأصح في ديارنا. فالحاصل: أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل وأشباههما على ما بيناه، وما كان بعد القسمة فهو القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس عليهما. والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل، وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما؛ ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه. وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد، ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه، ولو أراد فصل القصيل أو جد التمر بسرا أو النقاط الرطب فذلك عليهما لأنهما أنهما العقد لما عزم على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الإدراك، والله أعلم.²⁰⁶

²⁰⁶ Mergînânî, IV, 342.

26. KİRA AKDİ

26.1. Caiz Olan Kiralama Akitleri ve Kiracı Davranışları

Bir kimse, Basra'ya gidip aile fertlerini getirmesi için başkasını ücretle tutar ve ücretli tutulan kişi, buraya gidip aile fertlerinden bazılarının öldüğünü görür ve kalanlardan getirdiği kişilere göre ücret alır. Çünkü o, akit konusunun bir kısmını yerine getirdiğinden ücreti buna göre hak eder. Yani getireceği kişiler belirtilmişse durum böyledir. Bir kimse, mektubunu Basra'daki falancaya götürüp cevabını getirmesi için başkasını ücretle tutar ve bu kimse, gidip onun öldüğünü görür ve mektubu geri getirirse kendisine ücret verilmez. Eğer mektubu orada bırakıp dönerse icmâ' gereğince gidişiyle ücreti hak eder. Bu, İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf'a göredir. İmam Muhammed ise: Kendisine gidiş ücreti verilir. Çünkü o, akit konusunun mesafeyi kat etmek olan kısmını yerine getirmiştir. Nitekim ücret, meşakkatli olduğu için gidişin karşılığı olabilmektedir. Mektubu taşımak ise, az külfetli olduğundan böyle değildir, demiştir.

İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf ise diyorlar ki, 'akit konusu olan, mektubu götürmektir. Çünkü mektup, ya bizzat gaye veya gaye olan içeriğinin bilinmesine vesiledir ki bu durumda da hüküm, mektubun o kimseye iletilmesine bağlıdır. Ücreti ise, bunu yerine getirmediğinden ücreti kalkar.' Tıpkı bu meselenin akabinde gelecek olan yiyecek meselesinde olduğu gibi. Eğer mektubu orada bırakıp dönerse icmâ' gereğince gidişiyle ücreti hak eder. Çünkü bu durumda mektubu iletme gayesi ihlal edilmemiştir. Eğer onu, Basra'daki falancaya yiyecek götürmesi için tutar ve bu kimse, yiyeceği götürüp adamın öldüğünü görür ve yiyeceği geri getirirse tüm imamların görüşüne göre kendisine ücret verilmez. Çünkü o, üzerinde akit yapılan şeyin teslimini ihlâl etmiştir. İmam Muhammed'in, ücret ödenir, dediği mektup meselesinde ise durum böyle değildir. Çünkü geçtiği üzere orada, akit konusu olan, mesafenin kat edilmesidir. (Maslahata dayanan mezheb içi çoğunluk görüşü söz konusudur.)

فصل: "ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره، ومراده إذا كانوا معلومين "وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له" هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: له الأجر في الذهاب؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه، وهو قطع المسافة، وهذا لأن الأجر

مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته. ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب؛ لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة "وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع"؛ لأن الحمل لم ينتقض. "وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له في قولهم جميعا"؛ لأنه نقض تسليم المعقود عليه، وهو حمل الطعام، بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد؛ لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر. والله أعلم بالصواب.²⁰⁷

26.2. Fâsit Kiralama Akitleri

Hamam ve kan almak için ücret almak caizdir. Çünkü halk, hamam ücretini örf hâline getirmiştir. Hamamda kalınan sürenin belirsizliği ise, icmâ' gereğince dikkate alınmamıştır. Peygamber Efendimiz (sav) 'Müslümanların güzel gördüğü şey Allah katında da güzeldir' buyurmuştur. Kan aldırma konulunda ise Peygamber efendimizin kan aldırıldığı ve kanı alana ücret ödediği rivayet edilmiştir. Hem de bu, belli bir ücretle belli bir iş için kira akti yapmak olduğundan caizdir.

قال: "ويجوز أخذ أجره الحمام والحمام" أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لإجماع المسلمين. قال عليه الصلاة والسلام: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن" وأما الحمام فلما روي "أنه ﷺ احتجم وأعطى الحمام الأجرة" ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا.²⁰⁸

Camius-Sağır'de; bir kimse, ücret olarak, belirttiği dirhemlerin yerine yiyecek verir veya bu dirhemlerin yerine vereceği elbisenin cins, zaman ve ölçüsünü belirtirse bu, icmâ' gereğince caizdir. Şöyle ki; burada ücret, önce dirhem olarak belirtildikten sonra bunların yerine yiyecek verilir ki bunda belirsizlik yoktur. Söylediğimiz nedenle yiyecek belirtilip miktarı açıklanırsa bu da caizdir. Bunun süresini belirtmekte şart değildir. Çünkü yiyeceğin vasıfları, değer hükmündedir. İmam Ebu Hanife'ye göre ücretin tahsil edileceği yerin belirtilmesi şarttır. Diğer iki imama göre ise durum böyle değildir ki biz bunu satışlarda zikrettik.

²⁰⁷ Mergînânî, III, 233.

²⁰⁸ Mergînânî, III, 238.

Giyecekte miktar ve cinsle birlikte sürenin de belirtilmesi şarttır. Çünkü bu giyecek, ancak satılan mal olmakla zimmetteki borç haline gelir. Satılan mal olması için de sürenin belirtilmesi gerekir, tıpkı selemde olduğu gibi.

"وفي الجامع الصغير: فإن سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز" يعني بالإجماع. ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه، وهذا لا جهالة فيه "ولو سمي الطعام وبين قدره جاز أيضا" لما قلنا، ولا يشترط تأجيله؛ لأن أوصافها أثمان. "ويشترط بيان مكان الإيفاء" عند أبي حنيفة خلافا لهما، وقد ذكرناه في البيوع "وفي الكسوة يشترط بيان الأجل أيضا مع بيان القدر والجنس"؛ لأنه إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً، وإنما يصير مبيعاً عند الأجل كما في السلم.²⁰⁹

27. MÜKÂTEBE

Köle sahibi, kölesiyle ve cariyesiyle şart koştuğu bir mal üzerine anlaşma yaparsa kölede kabul etse köle mükâtepe olur. Nur suresi 33.ayette geçen ‘katibuhum’ kelimesi emir sığasında geçmesine rağmen icmâ’ gereğince emir değildir. Mubahlık ifade eder. Daha doğru olana göre mendubluk ifade eder.

"وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً" أما الجواز فلقوله تعالى: {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا} [النور:33] وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء، وإنما هو أمر ندب هو الصحيح. وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه، أما النديبة معلقة به، والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه وإن كان يصح لو فعله.

210

Mükâtepe köle babasını ve oğlunu satın alırsa kitabetine dâhil olur ve evlatları kıymetle hür olur. Biz Hanefiler hürriyet meselesinde ‘çocuk özgürlük ve kölelikte anneye uyar’ ana kaidesine, sahâbe icmâ’sıyla birlikte muhalefet ettik.(muhalefet açıkça yazılı olan ihtilafı bir meseledir. Mezheb içi ittifaktır.)

: "وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته" وقال محمد: أولادها أحرار بالقيمة" لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور، وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد، ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقاً، وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، وخالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهاهنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فيبقى على الأصل ولا يلحق به.²¹¹

²⁰⁹ Mergînânî, III, 239.

²¹⁰ Mergînânî, III, 250.

²¹¹ Mergînânî, III, 256.

27.1. Mükâtep Ortak Köle

Mükâtebe yapmış ortak cariyeye, sahiplerinden biri ödemesi gereken meblağı öderse caizdir. Ebu Yusuf dedi ki; bu kadın ilk ödeyenin ümmi veledidir. Diğer sahibin onunla ciması caiz değildir. Birinci sahip bu kadında çocuğum var diye iddia edince ümmüveledin tamamı onun olur. Çünkü bir cariyenin ümmüvelet olması imkân dâhilinde ise icmâ' gereğince tam sahip olmayı gerektirir ki burada da ortak olmaktan kurtulup tam olarak bir kişiye ait olması mümkündür.

قال: "وأيهما دفع العقر إلى المكاتبه جاز" لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها، وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه "وهذا" الذي ذكرنا "كله قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: هي أم ولد للأول ولا يجوز وطء الآخر" لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن، وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبه وتبقى الكتابة فيما وراءه، بخلاف التدبير لأنه لا يقبل الفسخ، وبخلاف بيع المكاتب لأن في تجويزه إبطال الكتابة إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً. وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير.²¹²

27.2.Me'zun Kölenin Borçlanması

Me'zun yani alış verişte bulunma izni verilmiş köle, borçlanırsa borç kölenidir. Malı olmadığından ödeyemez, alacaklılara bu borcun ödenmesi için köle satılır borç tahsil edilir. Ancak efendisi onun borcunu öderse müstesnadır. İmam Züfer ve İmam Şâfî; 'o satılmaz, kazancı satılır. İcmâ' gereğince borcu me'zun kölenin kazancıyla ödenir' demişlerdir.(İhtilaf açıkça beyan edilmiştir ve bir kısım ulemanın fikir birliği olduğu görülmektedir.)

قال: "وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى" وقال زفر والشافعي: لا يباع ويباع كسبه في دينه بالإجماع. لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له، وذلك في تعليق الدين بكسبه، حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة، بخلاف دين الاستهلاك؛ لأنه نوع جنائية، واستهلاك الرقبة بالجنائية لا يتعلق بالإذن.²¹³

28. HACR (BORÇLULUK NEDENİYLE KONULAN KISITLILIK)

İki imama göre iflas eden kişi, malını borçlarını ödemek için satmak istemezse, hâkim, onun malını satarak hisselerine göre alacaklılarına taksim eder. Çünkü borcunun ödenmesi için malının satılması, alacaklıların hakkıdır. Nitekim bu maksatla hapiste edilmektedir. Böylece o satıştan imtina ettiği zaman tıpkı cinsel

²¹² Mergînânî, III, 261.

²¹³ Mergînânî, IV, 289.

organı kesik kişi ile iktidarsızda olduğu gibi hâkim onun yerine hükmeder. Biz diyoruz ki: Malın, başka tarafa aktarılması, kesin olmadığı gibi yapılması gereken iş, borcun ödenmesidir. Malın satılması ise, bunun tek yolu değildir. Cinsel organ kesikliği, iktidarsızlık ve seçeceği bir yolla borcunu ödemesi için kişinin hapsedilmesi ise böyle değildir. Kaldı ki malının satılması, sahih olsaydı onu hapsetmek, hem kendisine hem de alacaklıya zarar verecekti. Çünkü hapis, alacaklının hakkının geciktirilmesine, borçlunun da cezalandırılmasına yol açar. Böyle olunca da caiz olmaması gerekirdi.

Şayet iflas eden bir kişinin borcu, para olup kendisinin de parası varsa hâkim, onun rızası olmadan karar verir. Onun parasını hisselerine göre alacaklılarına taksim eder. Bu, icmâ' gereğince böyledir. Çünkü alacaklı, borçlunun rızası olmaksızın hakkını alabildiğinden hâkim, bu konuda kendisine yardımcı olabilir.

قال: "وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما" لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله، فإذا امتنع نائب القاضي منابه كما في الجب والعنة. قلنا: التلجئة موهومة، والمستحق قضاء الدين، والبيع ليس بطريق متعين لذلك، بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق، كيف ولو صح البيع كان الحبس إضراراً بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المدين فلا يكون مشروعاً. قال: "وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره" وهذا بالإجماع، لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه للقاضي أن يعينه²¹⁴

29. İSLAM'DA DEĞERİ OLMAYAN EŞYANIN GASBI

Eğer bir Müslüman, şarabı gasp edip sirkeye dönüştürürse veya bir murdarın derisini alıp tabaklarsa, şarap sahibi, sadece sirkeyi alabilir. Ama deri sahibi, deriyi alır ve tabaklanmasının artırdığı farkı gasp edene verir. İmam Ebu Hanife'ye göre, gaspeden kişi deri ve şarabın mahvolmasına sebebiyet verirse, sirkeyi vermekle yükümlü olur. Deri için yükümlü olmaz. İki İmam ise, 'tabaklanmış deri ile yükümlü olur. Ancak mal sahibi, tabaklanmanın artırdığı değeri gasp edene verecektir' demişlerdir.

Bir Müslüman şarab veya murdarın derisini gasp eder ve bunlar onun elinde mahvolur ise, icmâ' gereğince yükümlü olmaz. Sirke, asıl sahibinin mülkiyeti altında devamlılığını koruduğu için, telef edildiğinde gasp eden, benzerini vermekle yükümlü olur. Çünkü benzeri bulunan cinslerdendir. İmam Ebu Yusuf ile İmam

²¹⁴ Mergînânî, III, 282.

Muhammed'e göre deri, asıl sahibinin mülkiyetinden çıkmış değildir. Hatta sahibi tarafından alınabilir ve değerlendirilebilen cinstendir. Bu nedenle gasp eden, tabaklanmış bir deri ile yükümlü olur. Ancak deri sahibi de tabaklamanın artırdığı değeri, gasp edene verecektir. Tıpkı gasp eden tarafından boyanmış elbisede olduğu gibi, elbise mahvında gasp eden, elbise ile yükümlüdür. Sahip de, boyanın artırdığı nispeti gasp edene vermelidir. Ayrıca deri sağlam duruyorsa bizzat iadesi gerekir. Ancak mahvetmekle iade fırsatını kaçırmışsa o zaman yerinde değerini vermelidir.

قال: "فإن غصب من مسلم خمرًا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه"، والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس، وبالفصل الثاني إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك. والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه إذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه. وبيانه أنه ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ، وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في البيع. قال: "وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة، وقالوا: يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه" ولو هلك في يده لا يضمنه بالإجماع. أما الخل: فلأنه لما بقي على ملك مالكة وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف، يجب مثله؛ لأن الخل من ذوات الأمثال. وأما الجلد فلأنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه ويضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه، ولأنه واجب الرد،²¹⁵

30. ŞUF'Â HAKKINI BATIL KILAN ŞEYLER

Çocuğun babası veya vasisi, çocuğun aleyhinde de olsa, çocuğun şufa hakkından vazgeçerse, İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf a göre caizdir. İmam Muhammed ile imam Züfer ise; 'çocuk akil-baliğ olunca şufa hakkını talep edebilir demişler' ulema demişlerdir ki: Çocuğun evi bitişiğinde bir evin satıldığını duyan çocuğun babası veya vasisi, şufa talebinde bulunmadıkları takdirde, yukarıda geçen ihtilâfa konu olur. Ve yine vekâlet bahsinde geçen rivayete göre; şufayı talep etmekte vekil olanın talepten vazgeçmesi hâlinde de aynı ihtilâf caridir.

İmam Muhammed ve İmam Züfer şöyle derler; 'şufa hakkı, tıpkı diyet ve kısas hakkı gibi sabit bir haktır. Baba veya vâsi bu hakkın iptaline sahip değildir. Öte yandan şufanın meşru olmasının sebebi zararı engellemektir. Oysa hakkın iptali

²¹⁵ Mergînânî, IV, 305.

çocuğa zarar verir.’ İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf ise, ‘şüfa ticaret gibidir. O hâlde baba veya vâsi, bu hakkın terkine sahiptirler’ diyorlar. Nitekim çocuk adına alış-veriş yapıldığında, satın alınan şey, baba veya vâsi tarafından geri verilirse sahih olur. Öte yandan alış-veriş veya şufa, kâr ve zarar ihtimali arasındadır. Bazen vazgeçmek daha faydalı olur ki. Hiç olmazsa mal bedeli mülkiyette kalır. Velâyet de fayda içindir. O hâlde baba veya vâsi, çocuk adına şufa hakkının terkine yetkilidirler. Bunların ses çıkarmamaları da şufanın iptali gibidir. Çünkü ses çıkarmamak vazgeçmenin delili sayılır. Bu ihtilâf, taşınmaz malın kendi değeriyle satıldığı hâlde caridir. Şayet değerinden fazla bir fiyatla satılırsa, kimisi: ‘şufa hakkından vazgeçmek ittifak ile caizdir. Çünkü bu durumda şufa talebinden vazgeçmek çocuğun yararınadır’ kimisi de; ‘Şayet şuf’a konusu olan şey değerinden fazla bir fiyatla satılırsa çocuğun babası veya vasisi de bir yabancı gibi olup ne şufa ile almaya ve ne de şufa hakkından vazgeçmeye icmâ’ gereğince yetkili değildir’ demiştir.

Eğer mal iltimasla değerinden daha az bir fiyatla satılmışsa. İmam Ebu Hanife’ ye göre, baba ile vasinin çocuk adına şufa hakkından vazgeçmeleri yine sahih değildir, imam Ebu Yusuf’tan ise bu konuda herhangi bir rivayet yoktur. Allah en iyisini bilir.

"وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله: هو على شفيعته إذا بلغ" قالوا: وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلب الشفعة، وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته وقوده، ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضرارا به ولهما أنه في معنى التجارة فيملكان تركه؛ ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الأب والوصي، ولأنه دائر بين النفع والضرر، وقد يكون النظر في تركه ليقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كإبطالهما لكونه دليل الإعراض، وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي، وإن بيعت بأقل من قيمتها محابة كثيرة، فعن أبي حنيفة أنه لا يصح التسليم منهما أيضا ولا رواية عن أبي يوسف، والله أعلم.²¹⁶

²¹⁶ Mergînânî, IV, 324.

31. TAKSİM

31.1. Taksimın Keyfiyeti

Hisseleri paylaşan ortaklar, ihtilafa düştüklerinde iki taksimatçı, şahitlik verilerse şahitlikleri kabul edilecektir

Tahavi; 'her iki taksimatçı ücretle taksim ettikleri takdirde, icmâ' gereğince şahitlikleri kabul edilmez' demiştir ve buna bazı ulemamız da meyletmıştır. Çünkü bu durumda onlar, karşılığında ücret aldıkları işin gerçekleştirildiğini iddia etmiş olurlar. Yani görünüşte şahit, manen davacı olurlar. Ve bu durumda şahitlikleri kabul edilmez. Ancak biz diyoruz ki. Söz konusu şahitler, verecekleri şahitlikle herhangi bir menfaat kazanmış olmazlar. Çünkü ortaklar, şahitlerin, karşılığında ücret aldıkları ayırma işinin yerine getirilmiş olduğunda ittifak halindedirler. Ancak ihtilâf, herkesin kendi hakkına kavuştuğu veya kavuşmadığı konusunda vardır. Böylece bununla töhmet giderilir. Şayet taksimatçılardan sadece biri şahitlik verirse kabul edilmez. Çünkü bir şahsın şahitliği başkasının aleyhinde makbul yayılmaz. (İhtilaflı olduğu açıkça beyan edilmiş bir görüşü ifade etmektedir.)

قال: "وإذا اختلف

المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما" قال رضي الله عنه: هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد: لا تقبل، وهو قول أبي يوسف أولاً، وبه قال الشافعي. وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء، لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل، كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما، لأن فعلهما التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه، أو لأنه لا يصلح مشهوداً به لما أنه غير لازم، وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي: إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع، وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل إلا أنا نقول: هما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز، وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانثقت التهمة "ولو شهد قاسم واحد لا تقبل" لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير.²¹⁷

²¹⁷ Mergînânî, VI, 332.

31.2. Taksimde Hata ve İstihkak Davası

Ortaklardan birisinin payından muayyen bir kısmı eksik çıkarsa, İmam Ebu Hanife'ye göre: Taksim fesih edilmez. Diğer ortağın payından eksikliği tamamlanacaktır. İmam Ebu Yusuf'a göre: Taksim fesih edilir.

Ben (Mergînânî) şöyle diyorum 'metindeki açıklama, ihtilafın, taksim edilmiş bir payın belirli bir kısmı, eksik taksim edilmiş çıktığı durumda söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Hâlbuki doğrusu şöyledir. Ortaklardan birisinin payından belirsiz bir kısım eksik taksim edilmiş çıktığında, imamlar ihtilâf etmişlerdir. Belirli bir kısım eksik taksim edilmiş çıktığında ise, taksimin fesih edilmeyeceğinde icmâ' etmişlerdir. Şayet ortak akarın tümünde belirsiz bir kısım eksik taksim edilmiş çıkarsa imamların ittifakıyla taksim fesih edilir. Demek ki bu hususta üç şekil vardır. Yalnız burada İmam Muhammed'in görüşü zikredilmedi. Ancak Ebu Süleyman, onun imam Ebu Yusuf'un görüşünde olduğunu zikrederken, Ebu Hafs (v.810)²¹⁸ da onun imam Ebu Hanife'nin görüşünde olduğunu zikretmiştir.

فصل: قال: "وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه. وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة". قال رضي الله عنه: ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه، وهكذا ذكر في الأسرار. والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما، فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع، ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق، فهذه ثلاثة أوجه. ولم يذكر قول محمد، وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح.²¹⁹

32. VASIYET

Vasiyet vacip değil, ancak müstehaptır. Kişinin malları üzerindeki mülkiyeti ölümünden sonra da tamamen zail olmaz. Nitekim cenazesinin yerden kaldırılması ve borçlarının ödenmesi gibi masraflar onun malından yapılmaktadır. Eğer malı onun ölümünden sonra yine onun olmasaydı bu masrafların o maldan yapılması caiz olmazdı. Kaldı ki Kuran ve hadis vasiyetin caiz olduğunu açıkça bildirmektedirler. Kuran da: 'Ölenin yaptığı vasiyetten ya da borcundan arta kalanın...' ayeti bunu gösterir. Hadis te; 'Cenabı Allah ömürlerinizin sonunda mallarınızın üçte birini size bağışlamıştır ki onunla amellerinizi arttırasınız. Onu istediğiniz yere koyabilirsiniz' hadisi şerifidir. Vasiyetin caiz olduğu hakkında, ümmetin icmâ'sı da vardır. Metni

²¹⁸ Hafs B. Gıyas (117-194/735-810) Ebu Ömer Hafs b. Gıyas b. Talk en-Nehai el-Kufi. Ebu Hanife'nin talebesi. (Özel, s.19)

²¹⁹ Mergînânî, VI, 333.

geçen bu hadise binaen eğer kişi yabancı, yani varisi olmayan bir kimseye malının üçte birini veyahut ondan daha az bir miktarı vasiyet ederse varisleri razı olmasalar bile vasiyeti geçerlidir.(Senedi kitap ve sünnet olan ıstılahi anlamda bir icma söz konusudur.)

قال: "الوصية غير واجبة وهي مستحبة".....وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين، وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى: {مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ} [النساء:12] والسنة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام: "إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم" أو قال "حيث أحببتكم" وعليه إجماع الأمة. ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا،²²⁰

32.1. Akrabalara ve Haricindekilere Vasiyet

Eğer bir kimse bir şeyi akrabalarına vasiyet ederse, derecelerine göre önce onun en yakın akrabaları o şeye hak sahibi olurlar. Ana baba ve çocuklar akrabaya dâhil değildir. Akrabalar da en az iki kişiye denilir. Bu da İmam Ebu Hanife'ye göredir. Diğer iki İmam ise; 'vasiyet ettiği şey İslamiyet'ten sonraki en uzak atası vasıtası ile akraba olan herkese verilir' demişlerdir. İslamiyet'ten sonra kendisine en uzak olan ata da âlimlerin ihtilâfına göre ya ilk Müslüman olmuş, ya da Müslüman olmamışsa da İslamiyet'e ilk yetişmiş atadır. Bu ihtilâfın faydası da, Ebu Talip'in soyundan olan kimseler hakkında kendini gösterir. Çünkü Ebu Talip İslamiyet'e yetişmiş, fakat Müslüman olmamıştır.

İki İmam: 'Çünkü 'Akrabalar' kelimesi karabetten gelmedir. Karabet ise yakınlık demek olduğu için, soyca kişiye yakın olanların hepsi onun akrabalarıdır demişlerdir.

İmam Ebu Hanife de: 'Vasiyet de mirasın kardeşidir, miras ise, derecelerine göre önce en yakın akrabalara kalır. Kaldı ki akrabalara bir şeyi vasiyet etmekten gaye, onlara karşı iyi davranmada, onlara iyilik ve yardımda bulunmada gösterilen kusuru telâfi etmektir. Bu ise yakın akrabalara mahsustur' demiştir. İmam Ebu Hanife'ye göre 'akrabalar' kelimesi çoğul olduğu için ondan en az iki kişi kaydolunur. Nasıl ki mirasta da öyledir. Şunu da bilmek lâzımdır ki akrabalara, ana baba ve çocuklar dâhil değildir. Çünkü bunlara akraba denmez. Hatta eğer bir kimse babası için 'Benim akrabamdır' dese ona saygısızlık etmiş olur. Çünkü dil

²²⁰ Mergînânî, IV, 513.

örfünde bir kimseye bir diğer kimse vasıtası ile ulaşan kimseye akraba denir. Ana baba ile çocuklar arasında ise vasıta yoktur. Akrabalar kelimesinin karabet kökünden gelme olduğu için bütün akrabaları şamil olduğuna da bakılmaz. Akraba kelimesine böyle bir mana vermek icmâ' gereğince terk edilmiştir.

قال: "ومن أوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه، ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للثنتين فصاعداً، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أصحابه: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام" وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ. وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم. لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسماً لمن قامت به فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف. وله أن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية، والمقصد من هذه الوصية تلاقي ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يختص بذی الرحم المحرم منه، ولا يدخل فيه قرابة الولاد فإنهم لا يسمون أقرباء، ومن سمى والده قريباً كان منه عقوقاً، وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره، ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه،²²¹

32.2. Zimmînin Vasiyeti

Kısacası; Gayrimüslimin vasiyeti dört çeşit olup biri, gayrı Müslimlere göre sevap olan, bize göre olmayan vasiyettir ki biz bunu yukarıda söyledik.

Vasiyetlerden biri, gayrimüslimin, kendisi öldükten sonra domuzlarının kesilip müşriklere yedirilmesi gibi bir şeyi vasiyet etmesidir. Bu vasiyetin sıhhatinde yukarıda da söylediğimiz üzere eğer kendilerine vasiyet edilenler belirli kimseler ise ihtilâf vardır.

Vasiyetlerden diğeri, gayrimüslimin, bir cami yapımı veya ışıltandırılması gibi bizim inancımıza göre sevap olup onlara göre sevap olmayan bir şeyi vasiyet etmesidir. Bu vasiyet onlara göre sevap olmadığı için icmâ' gereğince geçersizdir. Ancak eğer yapımı vasiyet edilen cami belirli birtakım şahıslar için vasiyet edilmişse, o belirli kimselerin mülkü olacağı için vasiyet geçerlidir.

ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أقسام: منها: أن تكون قرابة في معتقدهم ولا تكون قرابة في حقنا وهو ما ذكرناه، وما إذا أوصى الذمي بأن تدبج خنازيره وتطعم المشركين، وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسلمين ومنها: إذا أوصى بما يكون قرابة في حقنا ولا يكون قرابة في معتقدهم، كما إذا كما ذكرناه والوجه ما بيناه.

²²¹ Mergînânî, IV, 530.

أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجد للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتبارا لاعتقادهم، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكاً لأنهم معلومون والجهة مشورة.²²²

34. MİRASLARDA HÂKİM KARARI

Kaçan köle ile yerde bulunan mal konusunda ise İmam Ebu Hanife'den naklolunan, biri kefil gerektiğine dair diğeri de kefil gerekmediğine dair olmak üzere iki rivayet yapılmıştır. Bu konudaki en sıhhatli görüş, meselenin ihtilaflı olduğudur. Kimisi ise: Şayet hâkim, yerde bulunan malı, ondaki bir alâmet sebebiyle, kaçan köleyi de kendi ikrarına dayanarak, sahiplerine verirse icmâ' gereğince kendilerinden kefil ister. Çünkü buradaki hak kesin olmadığından hâkim bunları vermeyebilir. Metinde geçen haksızlık, doğru yoldan sapmak manasınadır. İmam Ebu Hanife'nin bu sözü, onun, müçtehidin bazen hatalı bazen de isabetli içtihat yaptığı görüşünde olduğunu ortaya koyar. Yoksa bazılarının sandığı gibi onun görüşü, müçtehidin her zaman isabetli içtihat yaptığı şeklinde değildir. ('Kimisi' lafzıyla ifade edilmiş ihtilaflı bir meseledir.)

وأما الأبق واللقطة ففيه روايتان، والأصح أنه على الخلاف. وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت، ولهذا كان له أن يمنع. وقوله ظلم: أي ميل عن سواء السبيل، وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض²²³

35. EMÂNET

Eğer emanetçi, emaneti ayrılmayacak şekilde kendi malına karıştırırsa zamin olur. Sonra imam Ebu Hanife ye göre emanet sahibinin, malının aynısına kavuşması mümkün değildir. Diğer iki imam ise: şayet emanetçi, emaneti aynı cinsten bir mala karıştırmış ise, emanet sahibi, dilerse ona ortak olabilir, demişlerdir. Örneğin, beyaz dirhemleri beyaz dirhemlere, siyahları siyahlara, buğdayı buğdaya, arpayı da arpayaya karıştırmaması gibi. İki İmam şöyle diyor; Emanet sahibinin görünürde hakkının aynısına kavuşması mümkün olmadığı hâlde emanetçi ile bölüşmek suretiyle hükmen buna kavuşması mümkündür. Böylece malı, bir bakımdan zayi olmuş olup, öbür bakımdan zayi olmadığından bunlardan birini tercih etmekte serbesttir.

İmam Ebu Hanife ise; bu durum emanetin, her yönden zayi olması demektir. Çünkü bu, öyle bir şeydir ki onunla birlikte emanet sahibinin, hakkının aynısına

²²² Mergînânî, IV, 537.

²²³ Mergînânî, III, 112.

kavuşması mümkün değildir. Taksime ise bakılmaz. Çünkü o, ortaklığın gereklerinden olduğundan emanetin gereklerinden olamaz. Yine imam Ebu Hanife'ye göre emanet sahibinin, emaneti kendi malına karıştıran emanetçiyi ibra etmesi hâlinde emanetle karışık malı isteyemez. Çünkü onun sadece alacakta hakkı vardır ki o da ibra ile kalkmıştır. Diğer iki İmama göre ise, ibra ile emaneti tazmin etme muhayyerliği ortadan kalkmakta ve emanetle karışık mala ortaklığı kesinleşmektedir. Sirkeyi zeytinyağına, sıvı olan her şeyi de başka cins bir sıvıyla karıştırmak, emanet sahibinin, malı emanetçiden tazmin etme hakkını icmâ' gereğince kesin kılar. Çünkü bu, emanetin, hem görünüş hem de mahiyet bakımından yitirilmesi demektir. Çünkü karıştırılmış değişik cins sıvıların taksimi imkânsızdır. Sahih görüşe göre buğdayın arpaya karıştırılması da böyledir. Çünkü onlardan her biri, öbürünün tanelerinden boş değildir. Bu yüzden ayırmak ve taksim etmek imkânsızdır. Sıvıyı kendi cinsiyle karıştırması hâlinde ise açıkladığımız nedenle İmam Ebu Hanife'ye göre emanet sahibinin tazmin hakkı kesinleşir.

قال: "وإن خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقالوا: إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء" مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير. لهما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكاً من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء. وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه، ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها، ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لأنه لا حق له إلا في الدين وقد سقط، وعندهما بالإبراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط، وخط الخل يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان، وهذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة بالزيت وكل مائع بغير جنسه وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس، ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة.²²⁴

İki kişi, bir kimseye bir emanet bırakır ve onlardan biri, gelip emanetteki payını isterse İmam Ebu Hanife'ye göre öbürüde hazır olmadıkça kendisine verilmez. Diğer iki İmam ise: emanetçi, kendisine ait olan payını verir, demişlerdir.

Camius-Sağır'de: Üç kişi, bir kimseye bir şey emanet ederek bunlardan ikisi, bir yere giderlerse İmam Ebu Hanife'ye göre, bunlar gelmedikçe üçüncüsü, emanetteki payını alamaz. Diğer iki İmam ise; alabilir, demişlerdir, denilmiştir. Bu

²²⁴ Mergînânî, III, 214.

görüş ayrılığı, ölçülen ve tartılan mallara mahsustur ki, *Kuduri*'de söylenenden maksat da budur. İki İmam diyorlar ki, bu kimse, kendi payını istediğinden emanetçi, ona bunu vermeye mecbur kılınır, tıpkı ortak alacakta olduğu gibi. Çünkü emanet ortağı, emanetçiye teslim ettiği ve kendi payına düşen yarısı istediğinden bunu alabilmektedir. Dolayısıyla emanetçi, bunu vermeye zorlanır.

İmam Ebu Hanife ise diyor ki; Bu kimse, hazır olmayan kişinin payını istemiş olmaktadır. Çünkü emanetteki hakkı, ayrılmamış pay olduğu hâlde o, ayrılmış pay istemektedir. Ayrılan muayyen pay ise, ikisinin hakkını da içine almaktadır. Bu kimsenin hakkı ise, ancak taksimle ayrılır.

Emanetçinin ise, taksim yetkisi olmadığından onun payı ödemesi, icmâ' gereğince taksim olmaz. Ortak alacak ise böyle değildir. Çünkü borçlar, benzerleriyle ödendiğinden ortak alacaklı, kendi hakkının teslim edilmesini isteyebilir.

"وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة، وقالوا: يدفع إليه نصيبه" وفي الجامع الصغير: ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده، وقالوا: له ذلك، والخلاف في المكيل والموزون، وهو المراد بالمذكور في المختصر. لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف، وهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه. ولأبي حنيفة أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفروز وحقه في المشاع، والمفروز المعين يشتمل على الحقين، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة، وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع، بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها. قوله له أن يأخذه.²²⁵

36. HİBE

Hibe meşru bir akittir. Çünkü nebi sav; 'hediyelerin birbirinizi seversiniz' buyurmuştur. Hibe icmâ' ile meşru bir akittir. Hibe akti, icap, kabul ve hibe edilen şeyi teslim almakla gerçekleşir. İcap ve kabulün şart olması, hibenin bir akit olmasından ötürüdür. Çünkü akit ancak icap ve kabulle yapılır, teslim almak ise, mülkiyetin sabit olması için gereklidir.

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام: "تهادوا تحابوا" وعلى ذلك انعقد الإجماع "وتصح بالإيجاب والقبول والقبض" أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد، والعقد ينعقد بالإيجاب، والقبول، والقبض لا بد منه لثبوت الملك.²²⁶

²²⁵ Mergînânî, III, 215.

²²⁶ Mergînânî, III, 222.

37.REHİN

Sözlükte; Rehin, hangi sebeple olursa olsun bir şeyin hapsedilmesidir. Istılahta ise, bir hakkın yerine geçebilecek durumdaki şeyin hak yerine hapsedilmesidir. Örneğin borçlar gibi... Rehin, Allah Teâlâ'nın; 'Eğer yolculukta olup kâtip bulamazsanız alınan rehin yeterli olur.' Ayeti ve Peygamber Efendimizin; ' Hz. Peygamber bir Yahudi den bir yiyecek satın aldı ve yerine kendi zırhını rehin koydu.' Hadisi ve icmâ' gereğince sabittir. Diğer yandan rehin akdi, borcu ödeme bakımından bir güvencedir. Tıpkı kefalet meselesinde olduğu gibidir.

الرهن لغة: حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشريعة: جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون، وهو مشروع بقوله تعالى: {فَرَهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} [البقرة: 283] وبما روي: "أنه عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه به درعه" وقد انعقد على ذلك الإجماع، ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة.²²⁷

Rehin olarak alınan atın ölmesinden sonra rehin alan kişiye hitaben nebi sav; 'Senin hakkın gitti' ve başka bir hadiste de; 'Rehinenin kıymeti karıştığı zaman karşılığı ile değerlendirilir.' buyurmuştur. Yani denildiği üzere: Rehine telef olduktan sonra, taraflarca kıymeti bilinmemekte ise, karşılığında alınan şeyin kıymeti ile değerlendirilir. Keyfiyette ihtilâf bulunmakla beraber sahâbe ve tabiin rehinenin, rehin alanın sorumluluğunda olduğu hakkında icmâ' etmişlerdir. (Sahabe icması olduğu belirtilmiştir.)

O hâlde rehine bir emanettir görüşü, icmâ'ya muhalefettir. İmamı Şâfî'nin delil getirdiği 'rehin hapsedilemez' hadisinden kastedilen, denildiği üzere tamamen alıkoymak ve mülk edinmektir. Kerhi, seleften bu şekilde zikretmiştir. Ayrıca rehineyi alan için elinin altında bulundurma ve tutma mülkiyeti vardır ki, bu da bir nevi kendi hakkına kavuşma olur. Çünkü rehin kelimesi, devamlı tutma ve hapsedme manasını ifade eder. Nitekim Cenabı Allah müddessir 38. Ayette; 'Herkes kazancına bağlı bir rehindir' buyurmuştur.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده "ذهب حقك" وقوله عليه الصلاة والسلام: "إذا غمى الرهن فهو بما فيه" معناه: على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك وإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الراهن مضمون مع اختلافهم في كفيته، والقول بالأمانة خرق له، والمراد

²²⁷ Mergînânî, IV, 412.

يقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يخلق الرهن" على ما قالوا الاحتباس الكلي والتمكن بأن يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس؛ لأن الرهن ينبئ عن الحبس الدائم، قال الله تعالى: {كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ} [المدثر: 38]²²⁸

Eğer rehin alan, akdin gerçekleştiği şehrin dışında, başka bir yerde rehin verenden borcunu isterse, rehinenin naklî ve taşınması için ücret gerekmiyorsa, rehineyi hazırlayacaktır. Çünkü rehinenin teslimi hususunda taşıma masrafı olmadığı takdirde bütün yerler aynı sayılır ve bunun için selem babında akit sırasında ödeme yerinin belirtilmesi icmâ' gereğince şart koşulmamıştır.

Eğer rehineyi hazırlamak için taşıma masrafı gibi bir ücret söz konusu olursa, borç verilecek kişi ve rehin alan kişi, rehinenin hazırlaması ile emredilmeyecektir. Çünkü bu, bir nakildir. Hakkında vacip olan, rehinenin teslimidir, bir yerden diğer yere nakletme değildir. Çünkü mükellef tutulmadığı bir masraf külfetiyle, zarar görmüş olur.

"وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه، إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة، فذلك الجواب؛ لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة؛ ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه في باب السلم بالإجماع" وإن كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف إحضار الرهن؛ لأن هذا نقل، والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية، لا النقل من مكان إلى مكان؛ لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه.²²⁹

Eğer rehinenin kıymeti borçtan az ise, ihtilafa göre değerlendirilir. İki imam diyorlar ki; biz birim tartıyı ölçü tutmayız. Çünkü rehin alan, zarar etmiş olur. Kıymete de itibar etmeyiz. Çünkü faiz söz konusu olmaktadır. Biz, cins değişikliğinden tazmini takdir ederiz ki, kabzı bozulup tazmin yerine geçsin. Sonra rehin veren borcunu ödemek suretiyle rehini mülkiyetine alır. İmam Ebu Hanife de diyor ki; faizin girdiği mallarda kendi cinsiyle değiştirilmesi halinde niteliğe itibar edilmez ve iyi kaliteli malın daha düşük kaliteli cinsiyle edası caizdir. Terside caiz olduğu gibi ödeme icmâ' gereğince tamamlanmıştır. Rehinin hakiki helak durumunda icmâ' gereğince borç rehin yerine geçmiş sayılır ve rehin tazmin edilmiş olur.

"فإن كان قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف" المذكور لهما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه

²²⁸ Mergînânî, IV, 413.

²²⁹ Mergînânî, IV, 414.

من الضرر بالمرتهن، ولا إلى اعتبار القيمة؛ لأنه يؤدي إلى الربا فصرنا إلى التضمين، بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها، واستيفاء الجيد بالرديء جائز كما إذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالإجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان؛ لأنه لا يد له من مطالب ومطالب، وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه ويتعذر التضمين يتعذر النقض، وقيل: هذه فريضة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلك ثم علم بالزيف يمنع الاستيفاء وهو معروف، غير أن البناء لا يصح ما هو المشهور؛ لأن مجدا فيها مع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف ليستوفي من عينها، والزيف لا تمنع الاستيفاء، وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض، وقد أمكن عنده بالتضمين، ولو انكسر الإبريق ففي الوجه الأول وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفكك؛ لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين؛ لأنه يصير قاضيا دينه بالجودة على الأفراد، ولا إلى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر خبيرناه، إن شاء افتكه بما فيه وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه، وتكون رهنا عند المرتهن، والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد إن شاء افتكه ناقصا، وإن شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك، وهذا؛ لأنه لما تعذر الفكك مجانا صار بمنزلة الهلاك، وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالإجماع فكذا فيما هو في معناه.²³⁰

38. HELÂLLER ve HARAMLAR

38.1. Hayvan Kesimi

Eğer hayvanı kesen şahıs, besmeleyi kasten terk ederse kesilen hayvan murdar olur, eti yenmez. Unutarak terk ederse yenir. İmam Şafii, her iki durumda da yenir demiştir, İmam malik ise, her iki durumda da yenilmez demiştir. Müslüman ile ehli kitap, besmeleyi terk etmekte birdirler. Bu ihtilaf, avcının, şahin veya tazıyı besmelesiz salıvermesinde veya besmelesiz oku fırlatması hâlinde de caridir, İmam Şafii'nin, besmelesiz kesilen hayvanın haram olmadığına dair sözü, icmâ'ya muhalif düşer; Çünkü ondan önceki âlimler arasında, kasten besmelesiz kesilen hayvanın haram oluşunda ihtilâf yoktur. Ancak unutarak bismelinin okunmaması hâlinde ihtilâf vardır. İbn Ömer'in görüşüne göre; haramdır. Hz. Ali ile İbn Abbas'ın görüşlerine göre ise, helâldir. Ama bu ihtilâf, bismelinin kasten terk edilmesinde yoktur. Bunun içindir ki İmam Ebu Yusuf ile âlimlerimiz, -kesiminde besmele kasten terk edilen hayvan, içtihat konusu olamaz ve eğer Hâkim, satışının cevazına hüküm verirse, geçerli kılınmaz. Çünkü icmâ'ya muhalif olur demişlerdir.

²³⁰ Mergînânî, IV, 423.

İmam Şafii'nin delili peygamberimizin şu hadisidir; 'Müslüman kişi, besmeleyi çeksın veya çekmesın besmele ile kesmiş sayılır' hadisidir. İmam Şafii şunu da demiştir: Eğer kesimde besmele çekmek şart olsaydı unutarak abdest almadan kılınan namaz nasıl batıl ise kesiminde, unutulurak besmele çekilmeyen hayvanın da helâl olmaması lâzım gelirdi. Şayet besmele çekmek şart da olsa, besmele çekmeyi unutan kimsenin dindarlığı nasıl çekmediği besmele yerine geçiyorsa, kasten besmele çekmediği zaman da, dindarlığı çekmediği besmele yerine geçer. Bizim (Hanefîlerin) delilimiz ise; Kitap, Sünnet ve icmâ'dır. Kitaptan: 'Üzerine Allah'ın adının anılmadığı kesilmiş hayvanları yemeyiniz.' ayetidir. Çünkü bu haram kılma içindir. icmâ'yı daha önce açıkladık. Sünnetten de: Adiy bin Hatemi Tai'nin Peygamberimizden rivayet ettiği: 'Sen ancak köpeğini salıverirken Allahın adını anıvermişsin, başkasının köpeği üzerine anmış değilsin.' hadisidir. Çünkü hadiste hayvanın haram olması bescmelenin terkiyle ilişkilendirilmiştir.(İmam Şafii'in açık muhalefeti olan bir meseledir.)

قال: "وإن ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسيا أكل" وقال الشافعي: أكل في الوجهين. وقال مالك: لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب، وعند الرمي، وهذا القول من الشافعي مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا، وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا. فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم، ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم أنه يحل، بخلاف متروك التسمية عامدا، ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله: إن متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد، ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للإجماع، له قوله عليه الصلاة والسلام: "المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم" ولأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطاهرة في باب الصلاة، ولو كانت شرطا فالملة أقيمت مقامها كما في الناسي، ولنا الكتاب وهو قوله تعالى: {وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ} [الأنعام: 121] الآية، نهى وهو للتحريم. والإجماع وهو ما بينا. والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فإنه عليه الصلاة والسلام قال في آخره "فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك" علل الحرمة بترك التسمية²³¹

38.2. Yeme ve İçmede Mekruhluk

İmam Ebu Hanife'ye göre; gümüşle kaplanmış kaplardan içmek caizdir. Gümüş yamalı eğere binmek, gümüş yamalı kürsü veya karyolaya oturup uzanmak, gümüşün bulunduğı yerden sakınmak kaydıyla caizdir. Gümüş yamalı kaptan

²³¹ Mergînânî, IV, 347.

içmenin caiz olması, ağız yerinde gümüşün olmamasına bağlanmıştır. Kimi, hem ağız hem elin tuttuğu yerin gümüşlü olmamasını ileri sürmüştür. Eyer ve karyolada da oturma ve uzanma yerlerinin gümüşlü olmamasına dikkat edilecektir.

İmam Ebu Yusuf, altın ve gümüş yamalı şeylerin kullanılması mekruhtur demiştir. İmam Muhammed'den ise, hem İmam Ebu Hanife'nin hem de İmam Ebu Yusuf'un görüşü gibi iki görüş rivayet edilmektedir. Gümüş ve altın yamalı kap ve oturaklarda olduğu gibi altın ve gümüş parçalı kılıç, bileme âleti, ayna halkası ve bunlardan yapılmış mushaf, gem, üzenge veya altın ve gümüşten yazı işlenmiş elbise de, bu iki maden sade katkısız kullanıldığı takdirde âlimler arasında ihtilâf söz konusudur. Altının veya gümüşün sade olarak kullanılmadığı kaplamalarda icmâ' gereğince bir beis yoktur. İki imam diyorlar ki; kabın bir kısmını kullanan, tamamını kullanmış sayılır. Onun için, altın ve gümüşlü yerin kullanılması hâlinde olduğu gibi, mekruhtur.

İmam Ebu Hanife de diyor ki, kullanılmayan yer, kullanılan yere tâbiidir dolayısıyla etrafı ipekle dikilmiş elbise veya ipekli nişanesi olan elbise ya da gümüşten yüzük taşının raptiyesinde olduğu gibi tâbi olana itibar edilmez yani mekruh değildir.

قال: "ويجوز الشرب في الإناء المفضض عند أبي حنيفة والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض إذا كان يتقي موضع الفضة" ومعناه: يتقي موضع الفم، وقيل هذا الجلوس. وقال أبو يوسف: يكره ذلك، وقول محمد يروى مع وموضع اليد في الأخذ وفي السرير والسرج موضع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف، وعلى هذا الخلاف الإناء المضرب بالذهب والفضة والكرسي المضرب بهما، وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمشذ وحلقة المرأة، أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا، وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر إذا كان مفضضا، وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا، وهذا الاختلاف فيما يخلص، فأما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالإجماع. لهما أن يستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره، كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتتابع فلا يكره. كالجبة المكفوفة بالحريز والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص.²³²

38.3. Bakma ve Dokunma

Erkeğin, bir başka erkeğin ağzını, elini veya onun vücudundan herhangi bir yeri öpmesi ve onu kucaklaması mekruhtur. Tahavi bunun Hanife ile İmam Muhammed'in görüşü olduğunu söylemiştir. İmam Ebu Yusuf ise: 'Ne öpmenin ve

²³² Mergînânî, IV, 364.

ne de kucaklamanın bir sakıncası yoktur. Çünkü rivayet olunmaktadır ki, Cafer (r.a) Habeşistan'dan geldiği zaman Peygamber Efendimiz (sav) onu kucaklayıp alnından öpmüştür' demiştir. İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed de, Peygamber Efendimizin kucaklama ile öpmeden nehyettiğine dair rivayete dayanmış ve İmam Ebu Yusuf'un dayandığı hadis, kucaklama ile öpmenin daha haram kılınmadıkları zamana aittir demişlerdir. Derler ki: Kucaklamanın haram olup olmadığı hakkındaki ihtilâf, ikisinin tek bir libas içinde olmaları hâlinde caridir. Bir Erkeğin, bir başka erkeği üzerinde gömlek veya cübbe v.b elbisesi varken, kucaklamasında icmâ' gereğince bir beis yoktur, doğru olan görüş budur. Tokalaşmada ise sakınca yoktur. Çünkü tokalaşma eski zamanlardan beri devam eden bir gelenektir. Nebi (sav), 'müslüman kardeşiyle tokalaşan kimsenin günahları dökülür.' buyurmuşlardır.

قال: "ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئاً منه أو يعانقه" وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي "أن النبي عليه الصلاة والسلام عانق جعفرًا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه" ولهما ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام: "نهى عن المكامعة وهي المعانقة، وعن المكامعة وهي التقبيل". وما رواه محمود على ما قبل التحريم. قالوا: الخلاف في المعانقة في إزار واحد، أما إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس بها بالإجماع وهو الصحيح.

قال: "ولا بأس بالمصافحة؛ لأنه هو المتوارث. وقال عليه الصلاة والسلام: "من صافح أخاه المسلم وحرك يده تنأثرت ذنوبه".²³³

38.4. Tedavi

Tedavi için lavman yapmakta beis yoktur. Çünkü tedavi icmâ' gereğince mubahtır. Nitekim bu konuda Hadis de varit olmuştur. Erkekler ve kadınlar arasında tedavi için fark yoktur. Ancak tedavide haram kılınan şeyler kullanılmamalıdır. Çünkü haramla şifa arama çabası haramdır.

قال: "ولا بأس بالحقنة يريد به التدوي" لأن التدويمباح بالإجماع، وقد ورد بإباحته الحديث. ولا فرق بين الرجال والنساء إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها؛ لأن الاستشفاء بالمحرم حرام.²³⁴

38.5. Eşribe (İçkiler)

Şarabın kendisi haramdır, sarhoşluk verme illetinden dolayı değil ve ona tevakkuf da etmez. Kimileri, zatı itibariyle şarabın haram olmasını inkâr etmiş ve asıl haram olan sarhoşluk verme vasfıdır demiştir. Çünkü fesat, Allah'ı hatırlamamak ve

²³³ Mergînânî, VI, 375.

²³⁴ Mergînânî, IV, 381.

sarhoşluk verme vasfı ile gerçekleşir. Hâlbuki bu küfürdür. Çünkü bununla kitabın inkârı lâzım gelir. Çünkü Allah Teâlâ şaraba rics yani pislik demiştir. Rics, aynen aslı itibariyle haram kılınan şeye denilir. Nitekim Peygamber Efendimizin şarabı haram kıldığına dair bize kadar gelen mütevatir hadisler vardır. Şarabın haramlığı hakkında icmâ' bulunmaktadır. Ayrıca şarap az içeni, çok içmeye sürükler ve bu, şarabın özelliklerindendir. Çünkü içene çok içmekle fazla lezzet vermektedir. Diğer içecek ve yiyecekler böyle değildir.

أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه: ومن الناس من أنكر حرمة عينها، وقال: إن السكر منها حرام؛ لأن به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله، وهذا كفر؛ لأنه جحد الكتاب فإنه تعالى سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين، وقد جاءت السنة متواترة "أن النبي عليه الصلاة والسلام حرم الخمر"؛ وعليه انعقد الإجماع، ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر، ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه، بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات،²³⁵

Şarabı içene her ne kadar sarhoş olmasa da had uygulanır. Çünkü Peygamber Efendimiz (sav) 'Şarap içeni kırbaçlayın, tekrarladı mı yine kırbaçlayın sonra yine tekrarladı mı yine kırbaçlayın. Eğer tekrar dönüp İçerse onu öldürün' buyurmuştur. Ancak öldürme hükmü nesih olunmuş, kırbaçlama hükmü devam etmektedir. Bunun böyle olduğu hakkında Sahâbe icmâ'sı vardır. Şarap içene kaç kırbaç vurulacağı, şer'î cezalar bahsinde zikrettik.(Mesele hakkında sahabe icma'sı söz konusudur.)

أن يحد شاربيها وإن لم يسكر منها لقوله عليه الصلاة والسلام: "من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه" إلا أن حكم. القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا، وعليه انعقد إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وتقديره ذكرناه في الحدود.²³⁶

Pişirilmemiş taze hurma şırası ise, haram ve mekruhtur. Şüreyk bin Abdullah; mubah olduğunu söyler. Çünkü mealen: 'Hurma ağaçlarının meyvelerinden ve üzümlerden şerbet, şıra ve güzel rızık elde edersiniz.' Ayetinden hurma şırasının verilmesiyle nimet sahibi olduğumuz anlaşılmaktadır. Oysa haram olsaydı nimet cinsinden gösterilmezdi.

Biz Hanefiler diyoruz ki: Bizim delilimiz daha önce rivayet ettiğimiz hadis ve sahâbenin icmâ'sıdır. Ve tüm içkilerin mubah olduğunu gösteren Ayet de, İslamiyet'in daha önceki devrelerine içkinin haram kılınmadan önceki zamana aittir.

²³⁵ Mergînânî, IV, 394

²³⁶ Mergînânî, IV, 394

Kimi, Cenabı Allah, Nahl 67. ayeti kerimesi ile bizi korkutmak istediğini söylemiştir. أي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله: إنه مباح لقوله تعالى: {تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا} [النحل:67] امتن علينا به، وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم، ويدل عليه ما روينا من قبل، والآية محمولة على الابتداء إذ كانت الأشربة مباحة كلها، وقيل أراد به التوبيخ.²³⁷

39. AVLANMA

Avlanmanın mubah olması icmâ' gereğince. Öte yandan av bir nevi kazanç olup avlanma için yaratılmış hayvanlardan faydalanmaktır. İlahi emirlerle mükellef olan insanoğlu, avlanma ile hayatını devam ettirebilme ve mükellef olduğu teklifleri yerine getirme imkânına sahip olur. Bunun için odunculuk gibi mubahtır.(İstılahi anlamda icma söz konusudur.)

وعلى إباحته انعقد الإجماع ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك، وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من إقامة التكليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب.²³⁸

Eğer avcı zaman itibariyle avı kesebilecek kadar erken yetişip de avı almasa ve av can verirse, yenmez. Çünkü artık av, kesimi imkân dâhilinde olan kısımdan sayılır. Eğer avı kesemeyecek kadar geç yetişirse, yenir. Çünkü av, el altına alınmamış ve kesimi için fırsat bulunmamıştır. Şayet avcı, avladığı ava canı çıkmadan yetişir ve keserse, helâldir. Çünkü av, yaşayacak kadar canlı olduğu için, zaten icmâ' gereğince kesim yerli yerinde olur. Eğer yaşayacak kadar canlı değilse, İmam Ebu Hanife' ye göre daha önce açıklandığı üzere çaresi kesimdir ve yerine getirilmiştir. İki İmama göre ise kesime ihtiyaç yoktur.

قال: "ولو أدركه ولم يأخذه، فإن كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل"؛ لأنه صار في حكم المقدور عليه. قال: "وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل"؛ لأن اليد لم تثبت به، والتمكن من الذبح لم يوجد. قال: "وإن أدركه فذكاه حل له"؛ لأنه إن كان فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة؛ فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد، وعندهما لا يحتاج إلى الذبح.²³⁹

²³⁷ Mergînânî, VI, 395.

²³⁸ Mergînânî, VI, 401.

²³⁹ Mergînânî, IV, 404.

İKİNCİ BÖLÜM

HİDÂYE'DE 'İTTİFAK' LAFZIYLA GEÇEN İCMÂ' İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

1. ABDESTİ BOZAN DURUMLAR

Baştan (genizden) gelen akıntı abdesti bozmaz bu konuda ittifak vardır. Çünkü baş necaset yeri değildir.

"وهذا إذا قاء مرة أو طعاما أو ماء فإن قاء بلغما فغير ناقض" عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: ناقض إذا كان ملء الفم والخلاف في المرتقى من الجوف أما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق لأن الرأس ليس بموضع النجاسة لأبي يوسف رحمه الله أنه نجس بالمجاورة²⁴⁰

Eğer başın içinden akıp burun yumuşağına kadar inerse ittifakla abdest bozulur. Çünkü kan yıkanılması gereken yere indiği için kesin olarak vücuttan çıkmış sayılır.

"ولو قاء دما هو علق يعتبر فيه ملء الفم لأنه سوداء محترقة" وإن كان مائعا فكذلك عند محمد رحمه الله اعتبارا بسائر أنواعه وعندهما إن سال بقوة نفسه ينتقض الوضوء وإن كان قليلا لأن المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحه في الجوف "ولو نزل" من الرأس "إلى ما لأن من الأنف نقض بالاتفاق" لوصوله إلى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج²⁴¹

2. TEYEMMÜM

Namazda iken abdesti bozulan kişi namaza teyemmümle başlamışsa tekrar teyemmüm etmesi ittifakla caizdir. Şayet bu kişi abdest almak zorundadır dersek teyemmümle başladığı namazın fasit olması gerekir.

حقه "وإن أحدث الإمام أو المقتدي في صلاة العيد تيمم وبنى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال لا يتيمم" لأن اللاحق يصلي بعد فراغ الإمام فلا يخاف الفوت وله أن الخوف باق لأنه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلاته والخلاف فيما إذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لأننا لو أوجبنا الوضوء يكون

²⁴⁰ Mergînânî, I, 17.

²⁴¹ Mergînânî, I, 18.

واجدا للماء في صلاته فيفسد "ولا يتيمم للجمعة وإن خاف الفوت لو توضأ فإن أدرك الجمعة صلاها وإلا صلى الظهر أربعاً" لأنها تقوت إلى خلف وهو الظهر بخلاف العيد "وكذا إذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاتته" لأن الفوات إلى خلف وهو القضاء.²⁴²

3. NÂFILE NAMAZI OTURARAK KILMAK

Nafile bir namazı ayakta kılan bir kimse namaz içinde iken herhangi bir özrü olmaksızın oturarak namazı kılmaya devam etmesi ittifakla mekruhtur. İmam azama göre mekruh olmakla beraber sahihtir, diğer iki imama göre ise sahih değildir.

"ومن افتتح التطوع قائماً ثم أعيا لا بأس بأن يتوكأ على عصا أو حائط أو يقعد" لأن هذا عذر وإن كان الاتكاء بغير عذر يكره لأنه إساءة في الأدب وقيل لا يكره عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لو قعد عنده بغير عذر يجوز فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لأنه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء "وإن قعد بغير عذر يكره بالإتفاق" وتجوز الصلاة عنده ولا تجوز عندهما وقد مر في باب النوافل "ومن صلى في السفينة قاعداً من غير علة أجزأه عند أبي حنيفة رحمه الله والقيام أفضل وقال لا يجزئه إلا من عذر" لأن القيام مقدور عليه فلا يترك إلا لعله وله أن الغالب فيها²⁴³

4. CENÂZE NAMAZI

Cenaze namazının başlangıcında imamla beraber bulunmayıp sonradan yetişen kişi, imam bir veya iki tekbir almadıkça tekbir alıp namaza katılamaz. Fakat namazın başında imamla birlikte olduğu halde imamla birlikte tekbir almayan kişi ise imamın ikinci tekbir almasını beklemeden tekbirini alıp namaza katılır. Bu konuda ittifak vardır çünkü bu kişi diğer namazlardaki müdrük (namazın başında imama yetişen) kişi gibidir.

"ولو كبر الإمام تكبيرة أو تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر أخرى بعد حضوره" عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يكبر حين يحضر لأن الأولى للافتتاح والمسبوق يأتي به ولهما أن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاتته إذ هو منسوخ ولو كان حاضراً فلم يكبر مع الإمام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لأنه بمنزلة المدرك.²⁴⁴

5. FİTRE

Müslüman kölenin efendisi kâfir ise, kölenin fitresi ittifakla vacip değildir. "ويؤدى المسلم الفطر عبده الكافر" لإطلاق ما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس رضي الله عنهما

²⁴² Mergînânî, I, 29.

²⁴³ Mergînânî, I, 77.

²⁴⁴ Mergînânî, I, 90.

"أدوا عن كل حر وعبد يهودي أو نصراني أو مجوسي" الحديث ولأن السبب قد تحقق والمولى من أهله وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لأن الوجوب عنده على العبد وهو ليس من أهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق²⁴⁵

6. HAC VE UMREDE İHRAM

Hacca giden kimsenin mikat sınırlarına varmadan önce ihrama girmesi ittifak ile caizdir, sakıncası yoktur.

"والمواقيت التي لا يجوز أن يجاوزها الإنسان إلا محرما خمسة لأهل المدينة ذو الحليفة ولأهل العراق ذات عرق ولأهل الشام الجحفة ولأهل نجد قرن ولأهل اليمن يلملم" هكذا وقت رسول الله عليه الصلاة والسلام هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التأقيت المنع عن تأخير الإحرام عنها لأنه يجوز التقديم عليها بالاتفاق "ثم الأفاقي إذا إنتهى إليها على قصد دخول مكة عليه أن يحرم قصد الحج أو العمرة أو لم يقصد عندنا²⁴⁶

Arefe günü Arafat da peygamberimizin öğle ve ikindi namazını bir arada kıldığına dair rivayetler ittifak ile, ihtilaf yoktur.

قال: "ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر بأذان وإقامتين" وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلاتين وفيما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ صلاهما بأذان وإقامتين ثم بيانه أنه يؤذن للظهر ويقوم للظهر ثم يقيم للعصر لأن العصر يؤدي قبل وقته المعهود فيفرد بالإقامة إعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلاتين تحصيلًا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو أنه فعل فعل مكروها وأعاد الأذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روى عن محمد رحمه الله لأن الاشتغال بالتطوع أو بعمل آخر يقطع فور الأذان الأول فيعيده للعصر²⁴⁷

Hac ayların da öncelikle umre ihramına giren bir kişi, umresini bozarsa ve bozduğu umreyi tamamlayıp tıraş olduktan sonra memleketine dönüp tekrar hac aylarında ikinci kez umre yapar ve hac ihramına girerse üç imama göre temettü hacı yapmış olur çünkü memleketine dönüp geldiği için bu yeni bir yolculuktur. Eğer umre ihramını bozup hac ayları gelinceye kadar Mekke de kalıp geri dönmez ve hac aylarında tekrar umre yapıp ondan sonra hac ihramına girerse ittifakla temettü hacı yapmış olmaz. Çünkü umre ihramına Mekke de girmiş ve birinci yolculuğu fasit bir umreyle son bulmuştur. Mekke de oturanlar içinse temettü hacı yoktur.

قال: "وإذا قدم الكوفي بعمرة في أشهر الحج وفرغ منها وحلق أو قصر ثم اتخذ مكة أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع" أما الأول فلأنه ترفق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج وأما الثاني فقبل هو بالاتفاق

²⁴⁵ Mergînânî, I, 114.

²⁴⁶ Mergînânî, I, 134.

²⁴⁷ Mergînânî, I, 141.

وقيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يكون متمتعا لأن المتمتع من تكون عمرته ميفاتية وحجته مكبة ونسكاه هذان ميفاتيان وله أن السفرة الأولى قائمة مالم يعد إلى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيها فوجب دم التمتع "فإن قدم بعمره فأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند أبي حنيفة" رحمه الله "وقالا هو متمتع" لأنه إنشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين وله أنه باق على سفره مالم يرجع إلى وطنه "فإن كان رجع إلى أهله ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعا في قولهم جميعا" لأن هذا إنشاء سفر لانتهاه السفر الأول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه "ولو بقي بمكة ولم يخرج إلى البصرة حتى اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق" لأن عمرته مكبة والسفر الأول انتهى بالعمره الفاسدة ولا تمتع لأهل مكة "ومن اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه فأيهما أفسد مضى فيه" لأنه لا يمكنه الخروج عن عهدة الإحرام إلا بالأفعال "وسقط دم المتعة" لأنه لم يترفق بأداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة "وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن دم المتعة" لأنها أتت بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل "وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير أنها لا تطوف بالبيت حتى تطهر.²⁴⁸

Ihramda iken içine güzel koku katılmış zeytinyağlarının güzel koku maksadıyla sürülmesi halinde ittifak ile kurban lazım gelir. Çünkü bu durumda zeytinyağı tamamen güzel kokudur. Eğer vücutta bir yara veya çatlak tedavisi için sürülürse kefaret lazım gelmez. Çünkü aslı güzel koku değildir. Misk gibi güzel kokuları sürmekse tedavi maksadıyla bile olsa kurban gerektirir. Çünkü güzel kokudur.

" وقال الشافعي رحمه الله إذا استعمله في الشعر فعليه دم لإزالة الشعث وإن استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه ولهما أنه من الأظعمة إلا أن فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وإزالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل النفث والشعث فتتكمال الجناية بهذه الجملة فتوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وما أشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لأنه طيب وهذا إذا استعمله على وجه التطيب "ولو داوى به جرحه أو شقوق رجله فلا كفارة عليه" لأنه ليس بطيب في نفسه إنما هو أصل الطيب أو هو طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما إذا داوى بالمسك وما أشبهه²⁴⁹

Bakara suresi 196. Ayete göre ihramda iken içinizde hasta yahut başından rahatsız olan varsa fidye olarak ya oruç ya sadaka ya kurban gerekir.' Ayetiyle alakalı olarak kesilecek kurbanın ittifakla 'harem' sınırları içinde kesilmesi şarttır.

²⁴⁸ Mergînânî, I, 156.

²⁴⁹ Mergînânî, I, 157.

Çünkü kan akıtma belli zaman ve yerde ibadet olur. Ayette zaman belli olmadığına göre mekânın belli olması gerekir.

ثم الصوم يجزئه في أي موضع شاء لأنه عبادة في كل مكان وكذلك الصدقة عندنا لما بينا. وأما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان "ولو اختار الطعام أجزاءه فيه التعذية والتعشية عند أبي يوسف" رحمه الله اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد رحمه الله لا يجزئه لأن الصدقة تنبئ عن التملك وهو المذكور.²⁵⁰

Abdestsiz gusülsüz yapılan ziyaret tavafının bir daha yapılması veda tavafı gibi vaciptir. Veda tavafının ziyaret tavafı yerine sayılması durumunda veda tavafı yapılmamış olur. Veda tavafının yapılmaması halinde ise ittifakla kurban lazım gelir. "ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في آخر أيام التشريق طاهرا فعليه دم فإن كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند أبي حنيفة" رحمه الله "وقالا: عليه دم واحد" لأن في الوجه الأول لم ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه واجب وإعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وإنما هو مستحب فلا ينقل إليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه مستحب الإعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن أيام النحر فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق وبتأخير الآخر على الخلاف إلا أنه يؤمر بإعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا.²⁵¹

Hac ihramında olup bayram günlerinde iken haremın dışında tıraş olan kimseye kimilerine göre kurban lazım gelir. Bu konuda ittifak vardır. Çünkü hacda hep Mina da tıraş olunmaktadır. Mina ise harem sınırlarındadır. Belirli yer ve vakitte olmayan tıraş ile de ittifakla ihramdan çıkılır.

"وإن حلق في أيام النحر في غير الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند أبي حنيفة ومحمد" رحمهما الله تعالى "وقال أبو يوسف" رحمه الله "لا شيء عليه". قال رضي الله عنه: ذكر في الجامع الصغير قول أبي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج قيل هو بالاتفاق لأن السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والأصح أنه على الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لأن النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه أحصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما أن الحلق لما جعل محلا صار كالسلام في آخر الصلاة فإنه من واجباتها وإن كان محلا فإذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل أن الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في

²⁵⁰ Mergînânî, I, 160.

²⁵¹ Mergînânî, I, 163.

حق التضمين بالدم وأما في حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق "والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالإجماع" لأن أصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لأنه موقت به.²⁵²

İhramda olan kimsenin yakalayıp sonra elinde tuttuğu avı kaçıran kimseye de ittifakla bir şey lazım gelmez. Çünkü kişi ihramda iken yakaladığı ava malik olamaz. "وإن أصاب محرم صيدا فأرسله من يده غيره لا ضمان عليه بالاتفاق" لأنه لم يملكه بالأخذ فإن الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعالى: {وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا}²⁵³

7. TAVAF

Eğer kişi tavafa başlayıp Hacerülesved'e selam verdikten sonra Mikata dönerse ittifak ile ondan kurban sakıt olmaz. Kurban gerekir. Eğer ihrama girmeden Mikata dönerse ondan ittifakla kurban sakıt olur. Kurban gerekmez.

ولنا أنه تدارك المتروك في أوانه وذلك قبل الشروع في الأفعال فيسقط الدم بخلاف الإفاضة لأنه لم يتدارك المتروك على ما مر غير أن التدارك عندهما بعوده محرما لأنه أظهر حق الميقات كما إذا مر به محرما ساكتا وعنده رحمه الله بعوده محرما ملبيا لأن العزيمة في الإحرام من دويرة أهله فإذا ترخص بالتأخير إلى الميقات وجب عليه قضاء حقه بإنشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملبيا وعلى هذا الخلاف إذا أحرمت بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرناه ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد إليه قبل الإحرام يسقط بالاتفاق " ²⁵⁴

Hacca kurban gönderen kişi hacca kurbansız yetişiyorsa ihramdan çıkması istihsanen caizdir. Hareme kurban gönderip adamlarına kurbanı falan günde kesin diye talimat verdikten sonra umre ihramında olan muhsarın ihramdan çıkması ittifak ileldir. Çünkü umre ihsarı kurbanını kesimi için belli bir vakit yoktur.

وإن كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل "استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لأن دم الإحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقفت الدم بيوم النحر.²⁵⁵

8. MEHİR

Eğer mihr vadeli olursa kadın kendini kocasına teslim etmek zorunda değildir, gerdeğe girmiş bile olsa hüküm böyledir. Şayet kocası onu zorlamış veya kadın

²⁵² Mergînânî, I, 164.

²⁵³ Mergînânî, I, 171.

²⁵⁴ Mergînânî, I, 172.

²⁵⁵ Mergînânî, I, 177.

ergenliğe ulaşmamış yâda kadın deli ise o zaman hanımın kendini kocasına teslim etmeme hakkı ittifakla devam etmektedir.

ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع نفسها" لإسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله وإن دخل بها فذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا ليس لها أن تمنع نفسها والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لا يسقط في حقها الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتني على هذا استحقاق النفقة لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة.²⁵⁶

9. ŞARTLI BOŞAMA

Eğer kişi gerdeğe girmediği karısına eğer şu işi yaparsan bir talak ile ve bir talak ile boşsun derse kadında o işi yapsa kadın iki talak ile boşanır. Bu ittifak iledir. Çünkü ve edatı hükümde ortaklığı ifade eder.

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا تقع ثنتان ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين" بالاتفاق لهما أن حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما إذا نص على الثلاث أو آخر الشرط وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الأول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا تقع إلا واحدة كما إذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر الكلام فيتوقف الأول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رحمه الله وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح "وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال" لأنها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالاته.²⁵⁷

Bir kişi hanımına 'şu işi yaparsan benden boşsun' sözünde olduğu gibi boşamayı bir şarta bağlarsa, şart meydana gelir gelmez ittifakla boşanma meydana gelir. Çünkü bu kişi boşanmayı şarta bağlarken bu yetkiye sahiptir söylediği şart meydana gelinceye kadar bu yetkisi sürmektedir.

"وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق" وقال الشافعي رحمه الله: لا يقع لقوله عليه الصلاة والسلام "لا طلاق قبل النكاح". ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالمنصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل

²⁵⁶ Mergînânî, I, 206.

²⁵⁷ Mergînânî, I, 204.

مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما. "وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق" وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط فيصح يمينا أو إيقاعا²⁵⁸

10. NAFKA

Bir evli kadın bir yakınıyla hac yolculuğuna çıkarsa kocasından ona nafaka düşmez, şayet kocasıyla hac yolculuğuna çıkarsa ittifakla ona nafaka gerekir. Çünkü her an kocasının emrindedir. Lakin yolculuk nafakası değil evde iken lazım olan nafaka onun hakkıdır.

"وإذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها" لأن فوت الاحتباس منها بالماطلة وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا إذا غصبها رجل كرها فذهب بها. وعن أبي يوسف أن لها النفقة والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف رحمه الله أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الإحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا.²⁵⁹

Kayıp olan kişinin malları nafaka için bile olsa hâkim tarafından satılamaz. Bu konuda ittifak vardır. Ebu Hanife'ye göre kişi hazırken bile rızası olmadan malları satılamadığına göre kayıpkın satılamaması öncelikle lazımdır.

"وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا إذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به" لأنه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر أن حق الأخذ لها لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فإنه لو أنكر أحد الأمرين لا تقبل بينة المرأة فيه لأن المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في إثبات حقوق الغائب فإذا ثبت في حقه تعدى إلى الغائب وكذا إذا كان المال في يده مضاربه وكذا الجواب في الدين وهذا كله إذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنائير أو طعاما أو كسوة من جنس حقها أما إذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا لأنه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب وأما عندهما فلا لأنه إن كان يقضي على الحاضر لأنه يعرف امتناعه لا يقضى على الغائب لأنه لا يعرف امتناعه.²⁶⁰

11. HAD CEZALARI

İmam Muhammed'e göre, nasıl ki zina eden kimseye, zina ettiğini ikrar ettiğinde ceza lâzım geliyorsa, içki içen kimseye de -yukarıda da geçtiği üzere- içki

²⁵⁸ Mergînânî, I, 244.

²⁵⁹ Mergînânî, I, 286.

²⁶⁰ Mergînânî, I, 289.

içtiğini söylediğinde ceza lazım gelir. İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf ise: 'içki içene ceza ancak, eğer henüz ağzından içki kokusu gitmemişken içtiğini ikrar ederse lazım gelir. Çünkü içki içmenin cezası Ashabın icmâ'sı gereğince sabit olmuştur. Ashabın icmâ'sı da ancak Abdullah İbn Mesut' un da onlara katılmasıyla tamam olur. Abdullah İbn Mesut ise -yukarıda da rivayet ettiğimiz üzere- içene ceza lâzım gelmesi için ağzından içki kokusunun duyulmasını şart koşmuştur.' demişlerdir.

"وأن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد" وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد فالتقدم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيرن كما قيل²⁶¹

Hırsızın eli mallarını çaldığı tüm davacıların dava açması sonucu kesilmişse o zaman ittifakla çaldıklarının hiç birini ödemek zorunda değildir.

Bir kumaş hırsız tarafından çalınıp ve kusura uğramış, bunun üzerine kumaş hırsıza bırakılarak değeri ona ödettirilmiş ise ittifak ile hırsızın eli kesilmez.

قال: "ومن سرق سرقات فقطع في إحداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا يضمن كلها إلا التي قطع لها" ومعنى المسئلة إذا حضر أحدهم فإن حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي فإذا استوفى فالمستوفى كل الواجب ألا ترى أنه يرجع نفعه إلى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف إذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض والله تعالى أعلم بالصواب.....

"ومن سرق ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع" وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يقطع لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري إذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما أن الأخذ وضع سببا للضمان لا للملك وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الأخذ وكما إذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لأن البيع موضوع لإفادة الملك وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستندا إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث

²⁶¹ Mergînânî, I,354

شبهة وهذا كله إذا كان النقصان فاحشا فإن كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة²⁶²

12. CİHAD

Bir kişinin savaşta müşrikler içinde olan babasını kastederek öldürmesi mekruhtur. ‘anne babanla dünya işlerinde iyi geçin’ emri gereğince kişinin babasını yaşatması ittifak iledir. Savaşta onun karşısına çıkıp öldürürse bu emre aykırı olmuş olur. Lakin kendisini de ona öldürtmez, onu başka bir İslam askerine bırakır. Ancak çaresiz kalırsa öldürebilir.

"ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله" لقوله تعالى: {وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا} [لقمان: 15] ولأنه يجب عليه إحياءه بالاتفاق فيناقضه الإطلاق في إفنائه "فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره" لأن المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وإن قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به لأن مقصوده الدفع ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا فهذا أولى والله أعلم بالصواب" وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبيذ إليهم وقتلهم" لأنه عليه الصلاة والسلام نبذ المودعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه الصلاة والسلام "في العهود وفاء لا غدر" ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته لأن بذلك ينتفي الغدر. قال: "وإن بدعوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم" لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في لأنه باتفاقهم معنى.²⁶³

Müslümanlarla savaş halinde olan bir gayrimüslime, Müslümanlardan birinin güvence (himaye) vermesi durumunda Müslümanlar eman verilen bu kişiye dokunamazlar. Bu konuyla ilgili olarak eğer aklî olgunluğa erişmiş ve kendisine de savaş için izin verilmiş bir Müslüman çocuk, bir gayrimüslime güvence vermiş ise bu verdiği güvence ittifak ile geçerlidir.

ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وإن كان مأذونا له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق والله أعلم بالصواب.²⁶⁴

²⁶² Mergînânî, I, 374.

²⁶³ Mergînânî, I, 381.

²⁶⁴ Mergînânî, I, 383.

13. GANİMETLER

Ganimetler konusunda eğer bir kişi atıyla savaşa iştirak etmiş savaş alanına girmiş fakat yer darlığı sebebiyle atından inip yaya olarak savaşırsa ittifak ile atlı savaşçıların hissesi kadar ganimeti hak eder.

والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له أن السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت وتعليق الأحكام بالقتال يدل على إمكان الوقوف عليه ولو تعذر أو تعسر تعلق بشهود الواقعة لأنه أقرب إلى القتال ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الواقعة لأنه حال النقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهرا إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارسا كان أو رجلا ولو دخل فارسا وقاتل رجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهب أو أجر أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا إذا باع في حالة القتال عند البعض والأصح أنه يسقط لأن البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أنه ينتظر عزته.²⁶⁵

14. DİNDEN ÇIKAN KİMSENİN TASARRUFLARI

Dinden dönen kişinin, cariyesinin doğurduğu çocuk için ‘bu benim çocuğumdur demesi’ gibi hakiki mülkiyete ve tam velayete ihtiyaç olmayan tasarrufları ittifakla geçerlidir. Evlenmesi, hayvan kesmesi gibi dindarlık şartına bağlı tasarrufları ise ittifakla geçersizdir. Çünkü dini yoktur. Şu tasarrufları da ittifakla mevkuftur; ‘kar ortaklığı akdi’ gibi taraflar arası eşitlik bulunmasını gerektiren tasarrufları mevkuftur. Çünkü mürtetle mümin eşit değildir.

قال: "وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله في حال رده فهو موقوف فإن أسلم صحت عقوده وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت" وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين. اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام

نافذ بالاتفاق كالاستيلاء والطلاق لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك وتام الولاية وباطل بالاتفاق: كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة له. وموقوف بالاتفاق: كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد مالم يسلم. ومختلف في توقفه وهو ما عدناه لهما أن الصحة تعتمد الأهلية والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود

²⁶⁵ Mergînânî, I, 390.

الأهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته قبل المدة²⁶⁶

15. ŞERİKE (ORTAKLIK)

Ortakların sermaye malları, buğday arpa, zeytinyağı v.b. gibi ayrı cinsten olup birbirine karıştırılması durumunda ittifakla ayrı cins malların katıştırılmasıyla ortaklık kurulamaz.

"ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر" والنقرة فتصح الشركة بهما، هكذا ذكر في الكتاب "وفي الجامع الصغير: ولا تكون المفاوضة بمناقيل ذهب أو فضة" ومراده التبر، فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات. وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا يفسخ العقد بها بهلاكه قبل التسليم، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما، وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمينين في الأصل، إلا أن الأول أصح؛ لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص؛ لأن عند ذلك لا تصرف إلى شيء آخر ظاهرا إلا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال. ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب، ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط، ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته، وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف، والشركة شركة ملك لا شركة عقد. وعند محمد تصح شركة العقد. وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشترط التفاضل في الربح، فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله. ولمحمد أنها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة. ومبيع من حيث إنه يتعين بالتعيين، فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين، بخلاف العروض؛ لأنها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تتعقد الشركة بها بالاتفاق. والفرق لمحمد أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال، ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض، وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء.²⁶⁷

Bir satıcı, sattığı malın bedelini, sattığı kişinin ortaklarının herhangi birinden alabilir bu konuda ittifak vardır. Çünkü bu durum ticarete gerçekleşen müşterek bir borçtur. Şirket ise ortaklar arasında karşılıklı kefaleti gerektirir.

"وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة، وقالوا: يرجع عليه بنصف الثمن" لأنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة "وهذا" لأن الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك. وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبهه حال عدم الإذن، غير أن الإذن يتضمن هبة

²⁶⁶ Mergînânî, I, 409.

²⁶⁷ Mergînânî, II, 8.

نصيبه منه؛ لأن الوطء لا يحل إلا بالملك، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه مخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن، بخلاف الطعام والكسوة؛ لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة. وفي مسألتنا قضى ديناً عليهما لما بينا "وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء" بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة، والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة²⁶⁸

16. VAKIF

Vakıf konusunda, eğer bir şey vakfeden kişi yaşadığı sürece vakıf malının bazısının veya hepsinin, çocuk sahibi cariyeleri ile müdebbir kölelerine, bu kişiler öldükten sonrada vakfettiği şeyin fakirlere geçmesini şart koşarsa bu şart ittifakla caizdir geçerlidir.

"وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف" قال رضي الله عنه: ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه. أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف، ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي. وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز. وقيل هي مسألة مبتدأة، والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء؛ ولو وقف وشرط البعض أو الكل لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين، فقد قيل يجوز بالاتفاق، وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح لأن اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه.²⁶⁹

17. ALIŞ VERİŞTE RİBÂ

Alışveriş mevzuunda; 'mallar aynı türden istediğiniz şekilde satın' hadisine dayanarak, kavrulmuş buğdayla kavrulmamış buğdayın satışında olduğu gibi yaş üzümüne karşılık kuru üzümü satmak ittifakla caiz değildir.

"وبجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة" وقالوا: لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سأل عنه "أو ينقص إذا جف؟ فقل نعم، فقال عليه الصلاة والسلام: "لا إذا" وله أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى إليه رطب: "أ و كل تمر خبير هكذا؟" سماه تمر. وبيع التمر بمثله جائز لما روينا، ولأنه لو كان تمرًا جاز البيع بأول الحديث، وإن كان غير تمر فبآخره، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: "إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم" ومدار ما رواه علي زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال: "وكذا العنب بالزبيب" يعني على الخلاف والوجه ما بيناه. وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية، والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً لأنه بيع التمر بالتمر، وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة، أو التمر أو الزبيب المنقوع بالمنقوع منهما متماثلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.²⁷⁰

²⁶⁸ Mergînânî, II, 14.

²⁶⁹ Mergînânî, II, 19.

²⁷⁰ Mergînânî, II, 64.

18. SELEM AKDİ

Selem akdi konusunda; iki taraflar arasında ihtilaf oluştursa ve ikisinden birinin iddiasının geçersiz olduğu durumda ittifakla diğerinin iddiası sözü geçerli olur. Çünkü selem akdi tarafları bağlayıcıdır.

"ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم" لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقا له وهو الأجل، والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال، بخلاف عدم الوصف، وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقا له عليه فيكون القول قوله وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة. وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا، بخلاف مسألة المضاربة لأنه ليس بل لازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح، أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق،²⁷¹

Alış veriş konusunda; teamül (genel kabul görmüş usul) bulunmayan malın teslimi hususunda süre belirtilirse bu muamele ittifakla selem akdine dönüşür.

وهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه" لأنه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع، كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح، لأنه باع ما لم يره. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له الخيار أيضا لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره. وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما. أما الصانع فلما ذكرنا. وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرار بالصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليتمكن التسليم، وإنما قال بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة خلافا لهما، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق. لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الأجل على التعجيل، بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح. ولأبي حنيفة أنه دين يحتمل السلم، وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى، والله أعلم.²⁷²

19. KEFÂLET

Bir kişi bir başkasının haracını, vergilerini, payını taahhüt ederse bu caizdir. Eğer vergilerden kastedilen, müşterek nehir kirası bekçi yâda ordu donatan

²⁷¹ Mergînânî, II, 76.

²⁷² Mergînânî, II, 77.

görevlinin ücreti ve esiri kurtarma fidyesi gibi meşru vergiler ise bunlara kefil olmak ittifakla caizdir.

قال: "ومن ضمن عن آخر خراجة ونوائبه وقسمته فهو جائز. أما الخراج فقد ذكرناه وهو" يخالف الزكاة، لأنها مجرد فعل ولهذا لا تؤدي بعد موته من تركته إلا بوصية. وأما النوائب، فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق، وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله، وممن يميل إلى الصحة الإمام علي البزدوي، وأما القسمة فقد قيل: هي النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو، وقيل هي النائبة الموظفة الراتبية، والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه²⁷³

Nafaka mutlak bir borç çeşidi değil bilakis bir tür yardımdır. Ölüm vaki olunca ölen kişinin nafaka yükümlülüğü ittifakla ortadan kalkar.

قال: "ولا يحبس فيه ما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه" لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين، وعلى المدعي إثبات غناه، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة. ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال. وفي النفقة القول قول الزوج إنه معسر، وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق، والمسألتان تؤيدان القولين الأخيرين، والتخريج على ما قال في الكتاب أنه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق، وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الإعتاق، ثم فيما كان القول قول المدعي إن له مالا، أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبس شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحا²⁷⁴

20. MİRÂS

Miras kalan bir taşınır mal hakkında eğer dava açılmışsa kimisine göre bu mal kimin elindeyse ittifakla o kişide alınır. Çünkü bu dava konusu taşınır malın zarar görme ihtimaline binaen korunması gerekmektedir.

وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أبوه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخوه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل، وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: إن كان الذي هي في يده جاحداً أخذ منه وجعل في يد أمين، وإن لم يجحد ترك في يده" لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال في يده، بخلاف المقر لأنه أمين. وله أن القضاء وقع للميت مقصوداً واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض يده كما إذا كان مقراً وجوده قد ارتفع بقضاء القاضي، والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصبرورة الحادثة معلومة له وللقاضي، ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه

²⁷³ Mergînânî, II, 95.

²⁷⁴ Mergînânî, II, 104.

إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه، بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير.²⁷⁵

21. ŞÂHİTLİK

Bir kimse şahitlik yaptığına dair kendi yazısını görürse, bu yaptığı şahitliği hatırlamadıkça, buna şahitlik edemez. Çünkü yazılar bir birine benzer ve kesin bilgi meydana gelmez, kimileride; ittifakla şahitlik yapamaz demiştir...

Bir kimse tasarrufunda bulunan bir şeyin kendisinin olduğuna şahitlik edebilir çünkü tasarruf etmek mülkiyetin vaki olduğuna en kuvvetli bir delildir. Fıkıhçılarda demişlerdir ki; bir şahidin bir şey üzerinde tasarruf edenin o şeyin sahibi olduğuna inanması ittifakla şarttır.

"ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة" لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم. قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما يحل له أن يشهد. وقيل هذا بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته، لأن ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره، وعلى هذا إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت. قال: "ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به" وهذا استحسان. والقياس أن لا تجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع. وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعينة أسبابها خواص من الناس، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام، بخلاف البيع لأنه يسمعه كل أحد، وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب. ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم. وقيل في الموت يكتفي بإخبار واحد أو واحدة لأنه قلما يشاهد غير الواحد إذ الإنسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج، ولا كذلك النسب والنكاح، وينبغي أن يطلق أداء الشهادة. أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة، ثم إذا فسر لا تقبل كذا هذا. ولو رأى إنسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا وكذا إذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج كما إذا رأى عينا في يد غيره. ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معينة، حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف. وعن أبي يوسف رحمه الله آخر أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب لقوله عليه الصلاة والسلام: "الولاء لحمة كلحمة النسب". وعن محمد رحمه الله أنه يجوز في الوقف لأنه يبقى على مر الأعصار، إلا أنا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعينة فكذا فيما يبتنى عليه. وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون

²⁷⁵ Mergînânî, II, 112.

شرائطه، لأن أصله هو الذي يشتهر. قال: "ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له" لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفي بها. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له. قالوا: ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطاً على الاتفاق.²⁷⁶

22. ALIŞ-VERİŞTE VEKÂLET

Eğer vekâlet veren kişi vekilinden bir köle almasını ister ve vekilde kölenin yarısını satın alsa bu akit mevkuf kesinleşmemiş olur. Şayet vekil kalan yarısı da satın alırsa akit mütevekkil adına kesinleşir. Mütevekkil vekilinin yaptığı ilk satış akdini bozmaz ve vekilde kalan payları ayrı ayrı alırsa akit kesinleşir bu ittifak ile. قال: "وإذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله"; لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع؛ ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى "وقال: لا يجوز"; لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة "إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما"; لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة، وإذا لم يبيع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز، وهذا استحسان عندهما. "وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف، فإن اشترى باقيه لزم الموكل"; لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثاً بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقفاً شقصاً، فإذا اشترى الباقي قبل رد الأمر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الأمر، وهذا بالاتفاق. والفرق لأبي حنيفة أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر. وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقيد والإطلاق.²⁷⁷

23-DAVA VE TESLİM ALMADA VEKİLLİK

Mütevekkile ait belli bir şeyi teslim almaya vekil edilen bir kişi ittifakla onun dava vekili değildir. Çünkü bu kimse malın teslim alınmasında güvenilen kişidir teslim alma değil tokuş değildir. Dolayısıyla bu kişi haberci hükmündedir.

قال: "والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة" بالاتفاق لأنه أمين محض، والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول "حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عبد له فأقام الذي هو في يده البينة أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب" وهذا استحسان، والقياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت لأعلى خصم فلم تعتبر. وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع، فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في قصر يده كذا هذا.²⁷⁸

²⁷⁶ Mergînânî, II, 120.

²⁷⁷ Mergînânî, II, 146

²⁷⁸ Mergînânî, II, 149

İki kişi arasında ortak olan bir köleyi ortaklardan biri azat etse, diğer ortakla azat edeni başka birisi kölenin değerinin yarısından fazla bir değerle sulh etmeye kalksa bu ittifakla batıldır, geçersizdir.

قال: "وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل" وهذا بالاتفاق، وأما عندهما فلما بينا. والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه، وبخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها "وإن صالحه على عروض جاز" لما بينا أنه لا يظهر الفضل، والله أعلم بالصواب.²⁷⁹

24-EMANET BAHSİ

Emanetçinin bir müdahalesi olmadan, emanet mal emanetçinin kendi malına karışırsa emanetçi emanetin sahibine ortak olur. Çünkü burada emanetçinin müdahalesi olmadan mallar karıştığı için emanetçi zamin olmaz. Tazmin etmez. İkisi mala ittifak ile ortak olmuş olurlar.

يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان، وهذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس، ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة. ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك إلى ضمان لما ذكرنا، وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعا للأكثر اعتبارا للغالب أجزاء، وعند محمد شرکه بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع، ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة لأنه يصير مائعا بالإذابة قال: "وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها" كما إذا انشق الكيسان فاختلطا لأنه لا يضمها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق.²⁸⁰

25. DEĞER KONULAMAYAN ŞEYİN GASBI

Bir kişi Ümmüvelet veya müdebbir cariyeyi gasp ederse, bu gasibe gasp edenin elinde ölürse gasp eden müdebbire cariyenin değeriyle yükümlü olur. ümmüveledin değeriyle yükümlü olmaz. Çünkü müdebbire cariyeye, ittifakla maliyeti değerlendirilebilen cinsten sayılır.

قال: "ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد" عند أبي حنيفة، وقال: يضمن قيمتهما؛ لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق، ومالية أم الولد غير متقومة عنده، وعندهما متقومة، والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب والله أعلم بالصواب.²⁸¹

²⁷⁹ Mergînânî, II, 193

²⁸⁰ Mergînânî, II, 214.

²⁸¹ Mergînânî, II, 308.

26. ŞUF'A TALEBİ DAVASI

Şayet bir memlekette hâkim bulunmadığı biliniyorsa şuf'a talep davasının ertelenmesinden dolayı şuf'a hakkı ittifakla iptal olmaz. Çünkü davalar ancak hâkim karşısında muhakeme edilebilir. Bu sebepten davanın tehiri geçerli mazeret sayılır. يتضرر به المشتري؛ لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقد رناه بشهر؛ لأنه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الأيمان. ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائبا، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر، ولو علم أنه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالاتفاق؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذرا. قال: "وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه بإقامة البينة" لأن اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لإثبات الاستحقاق.²⁸²

26.1. Şuf'a'ya Dâhil Olan Olmayan Şeyler

Eğer bir gayrimenkul, muhayyerlik şartıyla satın alınırsa, şuf'a hakkı sabit olur. Çünkü alıcı tarafından muhayyerlik, satıcıdan mülk değişikliğini ittifakla engellemez. şuf'a mülkün satıcıdan alıcıya geçmesiyle sabit olur.

قال: "وإن اشترى بشرط الخيار وجب الشفعة" لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق، والشفعة تبتنى عليه على ما مر، وإذا أخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد، ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط، وهو للمشتري دون الشفيع، وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها²⁸³

26.2. Şuf'a'yı İptal Eden Şeyler

Baba veya vasinin, bir gayrimenkulün değerinden fazla değerde satılması durumunda çocuk adına şuf'a hakkından vazgeçmeleri ittifakla caizdir. Kimisi ise; 'bu durumda baba ve vasi yabancı gibidirler, ne şuf'a ile almaya nede şuf'a hakkından vazgeçmeleri ittifakla sahih olmaz, yetkili değildir' demişlerdir.

"وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله: هو على شفيعته إذا بلغ" قالوا: وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبوا الشفعة، وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته وقوده، ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضرارا به ولهما أنه في معنى التجارة فيملكان تركه؛ ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الأب والوصي، ولأنه دائر بين النفع

²⁸² Mergînânî, II, 312.

²⁸³ Mergînânî, II, 320.

والضرر، وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كإبطالهما لكونه دليل الإعراض، وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي، وإن بيعت بأقل من قيمتها محابة كثيرة، فعن أبي حنيفة أنه لا يصح التسليم منهما أيضا ولا رواية عن أبي يوسف، والله أعلم.²⁸⁴

27. TAKSİMDE HATA ve İSTİHKÂK DAVASI

Bir taksimatta Ortaklardan birinin payının belirli bir miktarı başkasının hakkı olduğu ortaya çıkarsa taksimin fesih olmayacağında imamların icmâ'sı vardır. Şayet ortak akarın hepsinde -belirsiz bir kısım-başkasının hakkı olduğu ortaya çıkarsa imamların ittifakıyla taksim fesih edilir.

"وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا، وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه" لما بينا "وإن قامت لأحدهما بينة قضى له، وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا" كما في البيع فصل: قال: "وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه. وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة". قال رضي الله عنه: ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه، وهكذا ذكر في الأسرار. والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما، فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع، ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق، فهذه ثلاثة أوجه. ولم يذكر قول محمد، وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح. لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما، والقسمة بدون رضا باطلة، كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين.²⁸⁵

28. MÜZÂRA'A

Müzaraa akdinde mahsulün olgunlaşmasından sonra yapılması gereken ekinin biçilmesi gibi şeyler şayet işçiye şart koşulursa bu ittifakla caiz olmaz. Çünkü o anlaşmanın evvelinde bu durumu bilmiyordu. Olgunlaşmadan sonra yapılması gereken biçme, harmanlama gibi şeylerle her ikisine aittir. Çünkü mahsul artık bir maldır ve akit yoktur. Şayet biçilmesi tarla sahibine şart koşulursa bu da örf olmadığı için buda icmâ'en caiz olmaz.

قال: "وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتنزيرة عليهما بالحصص. فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت" وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات. ووجه ذلك أن العقد يتناهي بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما. وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الضمن على العامل. وعن أبي يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخي. قال شمس الأئمة السرخسي: هذا

²⁸⁴ Mergînânî, II, 324.

²⁸⁵ Mergînânî, II, 334.

هو الأصح في ديارنا. فالحاصل: أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه، وما كان بعد القسمة فهو عليهما. والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل، وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما؛ ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه. وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد، ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه، ولو أراد فصل القصيل أو جد التمر بسرا أو التقاط الرطب فذلك عليهما لأنهما أنهما العقد لما عزم على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الإدراك، والله أعلم.²⁸⁶

29. İHTİKÂR (KARABORSACILIK)

Gıda maddeleri depolayıp satmayan stokçu kimsenin rızası olmadan, hâkim karaborsacının stok ettiği yiyecek maddelerini ittifak ile satar. Bu genel zararın önlenmesi gerekçesiyle yapılır.

"ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس" لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق" ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره. فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين. وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعاً للضرر عن الناس، فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسكير فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة، فإذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازة القاضي، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما، إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم. ومن باع منهم بما قدره الإمام صح؛ لأنه غير مكره على البيع، هل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه. قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون، وقيل يبيع بالاتفاق؛ لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام، وهذا كذلك.

قال: "ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة"²⁸⁷

30. YENİLMESİ ve İÇİLMESİ HARAM OLAN ŞEYLER

Haram olan içecekler konusunda; eğer üzüm suyu 3/2 si buharlaşıp 3/1 kalıncaya kadar pişirilirse her ne kadar keskin olsa dahi yine helaldir. Ama içilmesiyle eğlence âlem yapılırsa imamların ittifakıyla helal değildir. Deliliyse sarhoşluk veren her şey haramdır. Çoğu içildiğinde sarhoş edenin azını içmek haramdır' hadisidir.

²⁸⁶ Mergînânî, II, 342.

²⁸⁷ Mergînânî, II, 378.

قال: "وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وإن اشتد" وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي: حرام، وهذا الخلاف فيما إذا قصد به التقوي، أما إذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما، وعنه أنه كره ذلك، وعنه أنه توقف فيه لهم في إثبات الحرمة قوله عليه الصلاة والسلام: "كل مسكر خمر" وقوله عليه الصلاة والسلام: "ما أسكر كثيره فقليله حرام" ويروى عنه عليه الصلاة والسلام: "ما أسكر الجرة منه فالجرة منه حرام" ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه الصلاة والسلام: "حرمت الخمر لعينها" ويروى "بعينها قليلا وكثيرها، والسكر من كل شراب"²⁸⁸

31. AVLANMA

Avcının avlayıp koruma altına alamadığı yakalanmış av eğer av alanında bırakılmış ise ittifakla haram sayılır. Çünkü av daha yakalanmamış gibidir. Ölüm nedeninin bilinmemesi v.b. sebeplerle şüpheli duruma düştüğü için ihtiyaten haram sayılır.

قال: "ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد" لأنه علامة الجهل، ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق، وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان: إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم؛ لأن الحرفة قد تنسى، ولأن فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه الاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله؛ لأن المقصود قد حصل بالأول، بخلاف غير المحرز؛ لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الإحراز فحرمانه احتياطا وله أنه آية جهله من الابتداء؛ لأن الحرفة لا ينسى أصلها، فإذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل للشبع لا للعلم، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود؛ لأنه بالأكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء قال: "ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حيناً ثم صاد لا يؤكل صيده"؛ لأنه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد.²⁸⁹

Bıçağın keskin olmayan tarafı gibi, bir şeyle av yaralandıktan sonra bu yara ile can verirse ve eğer kanı akıyorsa ittifakla bu av helaldir. Yara büyük olsun küçük olsun fark etmez.

قال: "وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل، وإن جرحه يؤكل" لقوله عليه الصلاة والسلام فيه: "ما أصاب بحدته فكل، وما أصاب بعرضه فلا تأكل" ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه. قال: "ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها"؛ لأنها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض إذا لم يخزق، وكذلك إن رماه بحجر، وكذا إن جرحه قالوا: تأويله إذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله، وإن كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح، ولو كان الحجر خفيفا، وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فإنه يحل؛ لأنه يقتله بجرحه،

²⁸⁸ Mergînânî, II, 397.

²⁸⁹ Mergînânî, II, 403.

ولو رماه بمروءة حديدية ولم تبضع بضعا لا يحل؛ لأنه قتله دقا، وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه؛ لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوق الشك أو لعله مات قبل قطع الأوداج، ولو رماه بعضا أو بعود حتى قتله لا يحل؛ لأنه يقتله ثقلا لا جرحا، اللهم إلا إذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به؛ لأنه بمنزلة السيف والرمح. والأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافا إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالا، وإذا كان مضافا إلى الثقل بيقين كان حراما، وإن وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطاً، وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحدته فجرحه حل، وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل؛ لأنه قتله دقا، والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح، إن كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق، وإن لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة؛ لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله عليه الصلاة والسلام: "ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل".²⁹⁰

32. TAZMİNATLAR

Bir kabileye ait mescitte o aşiretten biri otururken, başka biri ona takılıp düşüp ölürse, eğer oturan kişi itikâfta ise kimisi bu kişi ittifakla zamin olmaz. Tazminat ödemez demişlerdir.

قال: "وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن، وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن" قالوا: هذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن في الوجهين جميعا، لأن هذه من القرب وكل أحد مأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة، كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد. ولأبي حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهلها فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة، وقصد القرية لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهلها. قال: "وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة، وإن كان في غير الصلاة ضمن" وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن على كل حال. ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف. وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف، وقيل لا يضمن بالاتفاق.²⁹¹

33. VASIYET

Bir kişi Allah hakkıyla ilgili vasiyette bulunursa, eğer vasiyetleri arasında aynı derce farzlar kefarete ve ödemeler bulunur ve terekenin 3/1 bunu ödemeye yetmiyorsa önce hangi farzı vasiyet etmişse ondan başlanır. Fitrenin kuran emriyle kuran emriyle vacip kılındığında ittifak vardır.

²⁹⁰ Mergînânî, II, 409.

²⁹¹ Mergînânî, II, 477.

فصل: قال: "ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات" وذكر الطحاوي أنه يبتدئ بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد. وجه الأولى أنهما وإن استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى. وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج أقوى، ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة، إذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات، والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الأضحية، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض.²⁹²

34. ŞAHİTLİK

Eğer iki kişi bir ölüyü kastederek; 'bu adam şu iki kişiye tarlasını vasiyet etti' der ve o iki kimsede; ölen kişi malının 3/1 ini bu iki kişiye vasiyet etti diye şahitlik ederlerse, her iki şahitlikte ittifakla geçerlidir. Çünkü bu iki şahitlikte ortaklık söz konusu olmadığından şahsi menfaat gözetimi bulunmaz.

ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق "لأنه لا شركة فلا تهمة." ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلاث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلاث ماله فالشهادة باطلة، وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلاث ماله فهي باطلة "لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة"²⁹³

35. HÜNSA BAHSİ

Şayet hünsa kişinin her iki organından da eşit miktarda idrar çıkıyorsa, o zaman bu çocuk ittifak ile hünsa müşkül sayılır. Çünkü onun erkek veya kadın olduğunu gösteren güçlü bir delil yoktur.

قال: "وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى، فإن كان يبول من الذكر فهو غلام، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى" لأن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورث؟ فقال: "من حيث يبول" وعن علي رضي الله عنه مثله. ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب "وإن بال منهما فالحكم للأسبق" لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي "وإن كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة. وقالوا: ينسب إلى أكثرهما بولا" لأنه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا، ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة. وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة، لأنه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر، وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لأنه لا مرجح. قال: "وإذا بلغ الخنثى وخرجت له اللحية أو وصل إلى النساء فهو رجل" وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل

²⁹² Mergînânî, II, 528.

²⁹³ Mergînânî, II, 545.

أو كان له ثدي مستو، لأن هذه من علامات الذكران "ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة" لأن هذه من علامات النساء "وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل" وكذا إذا تعارضت هذه المعالم.²⁹⁴

²⁹⁴ Mergînnânî, II,546

SONUÇ

Burhânuddîn Mergînânî'nin *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî* adlı eserinde, doksan konuda icmâ' lafzını kullandığı kırk mevzuda ise “ittifak” kelimesini kullandığını tesbit etmiş bulunmaktayız. İcmâ' ile hükmü verilmiş olan meselelerin bir kısmı bütün mezheplerde aynı şekilde kabul görmüşken bir takım meselelerde ise sadece mezheb içi bir icma' olarak karşımıza çıkmaktadır.

“icmâ” lafzı kullanılarak tesbit ettiğimiz konuların bir kısmının, ıstılahi anlamda icmâ' şartlarını taşıdığı yani usul kitaplarında şartları zikredilen cumhurun ittifak ettiği icmâ'a tanımına uygun nitelikte olduğu görülecektir. İcmâ' şartlarını taşıyan bu örneklerin bir kısmında icmâ'ın dayanağının ayet-i kerimeler, diğer bir kısmında da hadisi şerifler olduğu tespit edilmiştir. *Hidâye*'de genellikle Bu tür örneklerin ‘bütün Müslümanlar icmâ' etmişlerdir’ veya ‘sahâbe icmâ'sı vardır’gibi kapsayıcı lafızlarla ifade edildiğini görmekteyiz.

Hidayede “icmâ'” lafzı kullanılarak ifade edilen konuların bir kısmında ıstılahi anlamda icmâ'ın vukû' bulmadığı, o konuda fukaha arasında ihtilafların vâkî olduğu görülmektedir. Bu meselelerde Hanefî mezhebi özelinde mezhep içi ittifakın veya mezhep içi çoğunluğun ittifakının söz konusu olduğu, bir kısmında ise fukahanın bir kaçının fikir birliği içinde olduğu ortaya çıkmaktadır.

Mergînânî ele aldığı konularda muhalif görüşleri açıkça zikretmekte sonrada o konuda icmâ'ın bulunduğunu söylemektedir. Bu durum Mergînânî'nin icmâ' lafzına sadece cumhurun ittifak ettiği ıstılahi anlamdaki icmâ' anlamını yüklediğini göstermektedir. Her hangi bir meselede, icmâ'ın ıstılahi anlamı esas alınırken diğer bir konuda ise sözlük anlamı kullanılmaktadır. Tespitlerimizdeki ibareler incelendiğinde ıstılahi anlamda bir icma kavramı iddiasının bulunmadığı görülecektir. Metinlerde muhalif görüşlerin icma lafzının bazen bir cümle evvelinde kimi zaman ibarenin devamında açıkça zikredildiği görülmektedir.

“İttifak” kelimesi kullanılan konulara bakıldığında, buralarda ıstılahi anlamda bir icmâ'ın varlığından çok, Hanefî mezhebi özelinde mezhep içi bir ittifakın söz konusu olduğu görülmektedir. Netice olarak Mergînânî'nin icmâ' kavramını, ıstılah anlamının yanısıra mezhep içi fikir birliklerini bazen ise fukahanın tamamının değil

çoğunluğunun ittifak ettiği görüşleri ifade etmek için sözlük anlamıyla da kullandığı anlaşılmaktadır.

Bu meseleleri diğer mezheplerin fıkıh eserleriyle karşılaştırdığımızda, icmâ' lafzının kullanıldığı meselelerin bir kısmında tevafuk bulunmakta bir kısmında ise böyle bir uyum söz konusu olmamaktadır.

Bazı konularda ise örneğin 'ramazan orucunun farzlığı' hidayede icmâ'' lafzıyla ifade edilirken diğer mezhep kitaplarında bu duruma değinilmeden oruçla ilgili diğer meselelere yer verilmiştir. Birçok konuda ise durum bunun tam tersidir. Konuların içeriği incelendiğinde meselelerin icmâ' lafzıyla ifade edilmemesine rağmen icmâ'i oldukları zımnen anlaşılmakta ve herhangi bir muhalefetin eseri dahi görülmemektedir.

Sonuç olarak Mergînânî'nin icmâ', ittifak ve görüş birliği gibi, birlik ifade eden terimlere yüklediği anlam kısmen cumhurla birleşmekte ekseriyetle ıstılahi anlama tam olarak tekabül etmeyen, sözlük anlamı etrafında tezahür etmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

- AHMED B. HANBEL, *el-Müsned*, İstanbul 1982.
- ANSAY, Sabri Şakir, *İslam Hukuku*, Ankara 2002.
- ATAR, Fahrettin, *Fıkıh Usulü*, MÜİFV Yayınları, İstanbul 1988.
- BAĞDATLI, İsmail Paşa (v.1338/1920), *Hediyyetü'l-ârifîn esmâü'l-müellifîn ve âsâru'l-musannifîn*, I-II, İstanbul 1951
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Hukuk-i İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen basım ve yayınevi, İstanbul ts.
- BUHÂRÎ, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail (v.256/870), *es'Sahîh, el-Mektebetü'l-İslâmiyye*, İstanbul 1979
- CEZİRÎ, Abdurrahman (v.1941) *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhi*, I-VII, (trc.Mehmet Keskin) Çağrı Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 1993
- ÇANTAY, Hasan Basri, *Kur'ân-ı Hakîm ve Meali Kerîm*, İstanbul 1969.
- DÂREKUTNÎ, Ebü'l-Hasan Ali b. Ömer b. Ahmed (v.385/995), *es'Sünen*, I-IV, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1966.
- DÖNMEZ İbrahim Kâfî, "icmâ'" *DİA*, c.XXI, TDV. yay. Ankara, 2000
- HEYET, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2005.
- HEYET, *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2000
- EGE, Hasan, *Hidâye Tercümesi*, İstanbul 1982.
- EBÛ DÂVUD, Süleyman b. Eş'as b. İshak el-Ezdî es-Sicistânî (v.275/889), *es'Sünen*, I-V (thk. Muhammed Avvâme) Dâru'l-Kible li's-Sekâfeti'l-İslâmiyye, Cidde 1419/1998.
- EBÛ ZEHRÂ, Muhammed, (v. 1394/1974), *İslam Hukuku Metodolojisi, Fıkıh Usulü*, (trc. Abdulkadir Şener) Ankara 1986.

- ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 2010.
- HALLAF, Abdülvehhab, *Usulü'l-Fıkıh*, Daru'l-Fikr, Kahire 1995
- HUDARÎ, Muhammed, *Usulu'l-fıkıh*, , Daru'l-Hadis, Kahire 2003
- İBN MÂCE, Ebû Abdillâh Muhammed bin Yezîd, *es-Sünen*, I-II, İstanbul 1981
- KARATAY, Fehmi Edhem, *Topkapı Sarayı Müzesi Kütüphanesi Arapça Yazmalar Kataloğu*, İstanbul 1964
- KARAKILIÇ, Celaleddin, *Fıkıh Usulu*, Ankara 2001
- KARAMAN, Hayrettin, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, Ankara 2008
- KAVAKÇI, Yusuf Ziya, *XI. ve XII. Asırlarda Karahanlılar Devrinde Mâvarâ al-Nahr İslam Hukukçuları*, Ankara 1976
- KAYAPINAR, Hüseyin, "Mergînânî ve Eseri Hidâye", *Diyanet Dergisi*, XXII/2 Ankara 1986
- KESKİOĞLU, Osman, *Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku*, Ankara 1988
- KOCA, Ferhat, "Mergînânî", *DİA*, Ankara 2004
- KÖSE, Murtaza, "Ferganalı Bir Hukukçu, Mergînânî ve Hidâye Adlı Eseri", *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, sy.17, Erzurum 2001
- LEKNEVÎ, *el-Fevâidü'l-behiyye*, Mısır 1324.
- MEYLÂNÎ, Ahmed, *el-Hidâye Tercümesi*, Kahraman Yayınları, İstanbul 1990
- MERGÎNÂNÎ, Burhânuddîn Ebu'l-Hasan Ali b. Ebî Bekir, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*, Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, Beyrut 1992
- ÖZEL, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, Ankara 2006
- ŞEVKANÎ, Ali bin Muhammed, *İrşadü'l-fuhûl*, Daru's-Selam, Kahire 1998
- ŞA'BAN, Zekiyyüddin, *Usulu'l Fıkıh*, (trc. İbrahim Kâfi Dönmez) Ankara 1990
- TİRMİZÎ, Ebû İsa Muhammed b. İsa (v.279/892), *el-Câmiü's-sahîh*, (thk. Ahmed Muhammed Şâkir, Mustafa el-Babî el-Halebî) Kahire 1398 /1978

- YILDIRIM, Suat, *Kur'ân-ı Hakîm ve Açıklamalı Meali*, İstanbul 1998
- YAZIR, Elmalılı Muhammed Hamdi, *İslâm Hukuku ve Fıkıh İstılâhları Kâmûsu*,(haz. Sıtkı Gülle-Ayhan Yalçın) İstanbul 1997
- ZEYDAN, Abdülkerim, (v.2014) *el-Veciz fî usuli'l fıkıh*, Müessesetü'r-Risale, Beyrut 2000
- , *İslam Hukukuna Giriş* (trc. Ali Şafak) Ankara 1995