

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İLÂHİYAT ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

DEBÛSÎ'NİN HÜKÜMLERİ
DELİLLENDİRME METODU
(BORÇLAR HUKUKU ÖRNEĞİ)

(Yüksek Lisans Tezi)

Fatih Yakar

124861

Danışman

124861

Prof. Dr. İbrahim Kâfi Dönmez

İstanbul 2003

T.C. YÜKSEK ÖĞRETİM KURULU
KÜLTÜR VE TURİZM BAKANLIĞI
YÜKSEK LİSANS TEZİ MERKEZİ

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	3
ÖNSÖZ.....	4

GİRİŞ

II. DEBÛSÎ'NİN HAYATI VE ESERLERİNE GENEL BİR BAKIŞ	8
III. DEBÛSÎ'NİN HANEFÎ MEZHEBİ İÇİNDEKİ KONUMU	11

BİRİNCİ BÖLÜM

DEBÛSÎ'NİN HÜKÜMLERİ DELİLLENDİRME METODUYLA İLGİLİ ÖZEL TESPİTLER

I. DEBÛSÎ'NİN ESERİNDE BORÇLAR HUKUKUNA TEKÂBUL EDEN FIKIH BAŞLIKLARINA GENEL BİR BAKIŞ.....	14
II. TEK TARAFLI İRADEDEDEN DOĞAN BORÇLAR.....	15
III. AKİTTEN DOĞAN BORÇLAR.....	17
IV. AKİTLERİN ORTAK HÜKÜMLERİ	18
V. AKDİN MUHTELİF NEVİLERİ	22
1. Temlik Borcu Doğuran Akitler	22
2. Kullanma Ve Yararlanma Hakkı Veren Sözleşmeler.....	43
3. İş Görme Ve Eser Oluşturma Sözleşmeleri.....	54
4. Teminat Esasına Dayalı Sözleşmeler	66
5. Ortaklık Esasına Dayalı Sözleşmeler	76
VI. HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN BORÇLAR.....	84
1. Gasp	84
2. İtlaf.....	88
VII- HAKSIZ İKTİSAP/SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME.....	92

İKİNCİ BÖLÜM

DEBÛSÎ'NİN HÜKÜMLERİ DELİLLENDİRME METODUYLA İLGİLİ GENEL TESPİTLER

I. DEBÛSÎ'NİN KULLANDIĞI İFADE KALIPLARI	94
1. Mezhep Âlimleri İçin Kullandığı İfadeler.....	94
2. “Ve lenâ” ifadesi	95
3. “Elâ Terâ” ifadesi.....	95
II. DEBÛSÎ'NİN NAKLÎ DELİLLERİ KULLANMA TARZI:	96
1. Kitab.....	96
2. Sünnet.....	97
3. İcmâ.....	98
4. Sahabî Kavli.....	99
5. Şer’u men kablenâ.....	99
III. DEBÛSÎ'NİN KİYASA BAKIŞI VE BU DELİLİ KULLANMA TARZI.....	100
IV. DEBÛSÎ'NİN İSTİHSÂNA BAKIŞI VE BU DELİLİ KULLANMA TARZI.....	101
V. DEBÛSÎ'NİN MEZHEP İÇERİSİNDE YAPTIĞI TERCİHLER	102
VI. DEBÛSÎ'NİN DELİLLENDİRMEDE KULLANDIĞI DİĞER ARGÜMANLAR	103
1. Örf.....	103
2. Usûl Kaideleri	104
3. Dil Kaideleri.....	105
4. Hukukun Genel Prensipleri	105
5. Mantık Kaideleri	106
VII. MEZHEPİÇİ GÖRÜŞLERİN ELE ALINIŞI VE DİĞER MEZHEPLERLE MUKAYESELER	107
1. Mezhepîçi Görüşlerin Ele Alınışı.....	107
2. Şâfiî Mezhebiyle Mukayese.....	107
3. Mâlikî Mezhebiyle Mukayese.....	108
SONUÇ	109
BİBLİYOGRAFYA.....	111

KISALTMALAR

- a.e. : Aynı eser
- a.g.m. : Adı geçen makale, madde
- a.mlf. : Aynı müellif
- bk. : Bakınız
- DİA : Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
- md. : madde
- nr. : Numara
- nşr. : Neşreden
- s. : sayfa
- S.B.E. : Sosyal Bilimler Enstitüsü
- ts. : Tarihsiz
- Üniv. : Üniversitesi
- v.dğr. : Ve diğerleri, diğer neşreden veya neşredenler

ÖNSÖZ

İslâm medeniyetinin oluşum serüveni ve gelişim evrelerinin sağlıklı biçimde tespit edilebilmesi için Hz. Peygamber'den günümüze uzanan zaman diliminde müslümanlar tarafından ortaya konan ilmî mesaiye ilişkin ciddi çalışmaların yapılmasına ihtiyaç bulunduğu kuşku yoktur. Bu bağlamda İslâmî ilimler sahasında çalışma yapan din bilginlerinin eserlerinin incelenmesi özel bir önemi haizdir. Söz konusu eserler üzerine yapılacak titiz çalışmalar günümüzde mevcut olan bilgi birikiminin düntüne dair ipuçları vereceği gibi bu günle ilgili çalışmalarını da anlamlı hale getirir.

Debûsî'nin Hükümleri Delillendirme Metodu ismini taşıyan bu tezimizde biz, Maveraünnehir bölgesinin önde gelen Hanefî fakihlerinden olan ve kendinden sonra hem mezhep içinde ve hem de diğer mezhepler üzerinde büyük etkiler bırakan Debûsî'yi ve hassaten onun furû ile ilgili olan *el-Esrâr* isimli eserini - "Borçlar Hukuku" örneğiyle sınırlı olarak- mercek altına aldık.

Tezimizin giriş bölümünde müellifin hayatı, eserleri ve Hanefî mezhebi içindeki genel konumuna ilişkin bilgi verdik.

Birinci bölüme *el-Esrâr*'daki borçlar hukuku konularının yerini tespit ederek başlayıp borcun kaynakları bağlamında tek taraflı irade ve akid kavramlarına kısaca değindik. Akidlerin ortak hükümlerine ilişkin açıklamalarımız da bundan sonra yapıldı. Daha sonra *el-Esrâr*'da yer alan sözleşme tiplerini ve hukuka aykırı fiillerden doğan borçları tahlil edici bir gözle inceleyerek özel tespitlerde bulduk. Bunu yaparken de söz konusu bölümlerin bütün meselelerini incelemek yerine genel bir panorama çizmeye ve temsil edici örneklerden yola çıkmaya çalıştık.

Tezin ikinci bölümünde, birinci bölümde yaptığımız özel tespitlerin bir muhassalasını almaya çalıştık. Ayrıca genel mahiyeti itibariyle birinci bölümde zikretmediğimiz tespitleri bu bölümde ele aldık. İkinci bölüm birinci bölümdeki ayrıntılı incelemelere dayalı genel tespitler yapma çabasının ürünü olduğu için, bölümler arasında önemli hacim farklılığının ortaya çıkması kaçınılmaz oldu.

Tezimize temel kaynak olarak seçtiğimiz *el-Esrâr* isimli eserin bir çok yazma nüshası bulunmakla birlikte Sayın Sâlim Özer'in 1997'de Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde doktora tezi olarak

kabul edilen tahkikli çalışmasını esas aldık. Bu vesileyle bize bu imkanı veren Dr. Sâlim Özer'e teşekkürü borç biliriz.

Yetişmemde emeği geçen tüm hocalarıma, bu çalışmanın oluşmasında ve şekillenmesinde katkısı olan herkese teşekkürü borç bilirim. Hassaten yoğun programı arasında yardım, eleştiri ve katkılarını esirgemeyen değerli danışman hocam Prof. Dr. İbrahim Kâfi Dönmez'e çok teşekkür ediyorum.

Fatih Yakar

Üsküdar, 1 Haziran 2003



GİRİŞ

I. ÇALIŞMANIN AMACI VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Hicri 430 yılında vefat eden ve İslâm âlimleri arasında mukayeseli hukuk düşüncesini temellendiren kişi olarak kabul edilen Ebu Zeyd ed-Debûsî'nin -tespit edebildiğimiz kadarıyla- günümüze ulaşan dört kitabı vardır. Bunlardan biri fıkıh usûlü ile ilgili olup *Takvîmu'l-Edille* ismini taşır. Eserin bir çok yazma nüshası mevcuttur ve son dönemde tahkiki yapılarak ilim dünyasına kazandırılmıştır. Debûsî'nin bir diğer eseri kendisine hilâf ilminin kurucusu unvanını kazandıran *Te'sisu'n-Nazar* isimli eseridir. Küçük hacimli olmakla beraber yoğun bir içeriğe sahip olan bu eser mezhepler arası mukayeseli yaklaşımlar sunmaktadır. Debûsî fıkıh çalışmalarının yanında tasavvufla da ilgilenmiş ve bu alanla ilgili *el-Emedü'l-Aksâ* isimli bir eser kaleme almıştır. Ruhun yücelmesi ve nefis tezkiyesi gibi tasavvufî konuları inceleyen Debûsî bu kitabında fıkıhla ilgili görüşler sunmaktan da geri durmamıştır.

Hanefî fikhının Maveraunnehir bölgesindeki önemli temsilcilerinden olan Debûsî'nin fıkıh ile ilgili yazmış olduğu en kapsamlı eser *el-Esrâr fi'l-Usûli ve'l-furû'* isimli kitabıdır. Furû meselelerini çözümlenmeye yönelik olarak kaleme alınmış olan bu eserde Debûsî furû'u'l-fikhî meselelerinin büyük bir çoğunluğunu ve özellikle de mezhepler arası ihtilafî meseleleri inceleme konusu yapmış ve ele aldığı hükümleri gerekçelendirmiştir.

Debûsî'nin Hükümleri Delillendirme Metodu (Borçlar Hukuku Örneği) isimli tezimiz Debûsî'nin ele aldığı furû'u'l-fikhî ile ilgili hükümlerin incelenmesini gerekli kıldığından, Debûsî'nin günümüze ulaşan furû ile ilgili tek kitabı olan *el-Esrâr* isimli eseri tezimizin birinci derecede kaynağını oluşturmuştur. Dolayısıyla tezimizde Debûsî'nin hükümleri delillendirme metoduyla ilgili olarak ortaya koyduğumuz tespitlerin kâhîr ekseriyeti bu kitap merkezli olmuştur. Bunun yanı sıra yer yer Debûsî'nin diğer eserlerinden de yararlanılmıştır.

Debûsî'nin hicri IV. yüzyılın sonu ile hicri V. yüzyılın başlarında Maveraunnehir bölgesinde yaşamış ve Hanefî mezhebine mensup bir âlim olduğu dikkate alınır, kitaplarında Hanefî mezhebi hükümlerini ortaya koyup savunmaya çalışması tabîî karşılanacak, dolayısıyla onun hükümleri delillendirme

metodu dendiğinde bizzat müstakil bir doktrin sahibi gibi davranarak dinî-hukûkî problemlerle ilgili hükümler üretmesi ve bunlara ulaşırken izlediği metotlar hatıra gelmeyecektir. Başka bir deyişle Debûsî'nin metodu dendiğinde onun Hanefî mezhebi hükümlerini veya bunlar içinden kendisinin tercihe şâyân bulduklarını gerekçelendirirken ve savunurken izlediği yöntem anlaşılmalıdır.

Debûsî'nin bu anlamdaki metodunu belirlemek için, delillendirmede kullandığı kalıpların kullanım sıklığını, bu kalıplardan sonra ortaya koyduğu yaklaşım tarzını, bunlar arasındaki ilişkilerin sonucunda ulaşılabilecek genel ilkeleri ve söz konusu kalıplardan sonra yaptığı uzun tahlillerde kullandığı argümanları tespit etmeye çalıştık. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Debûsî'nin mezhep içi konumu gereği onun müstakil olarak ulaştığı hükümlerden çok hükümleri ortaya koyuş şeklini, hükümleri inceleyiş şablonunu yakalamaya çalıştık. Ayrıca mezhebinin hükümlerini ortaya koyarken mezhep içi tercihlerde bulunup bulunmadığını, Hanefî mezhebi üstatlar zincirini mezhep fakihleriyle aynı anlayışa göre oluşturup oluşturmadığını inceledik.

Buna göre tezimizin ana çerçevesini -borçlar hukuku örneği esas alınarak- Debûsî'nin Hanefî mezhebi hükümlerini ele alırken bireysel olarak izlediği yol, hükümlere ve gerekçelerine bakış açısı, savunmada kullandığı yaklaşım tarzı ve kullandığı argümanlar oluşturmaktadır. Bunu gerçekleştirebilmek için, Debûsî'nin ele aldığı borçlar hukuku kapsamındaki bütün meselelerin tek tek incelenmesi hedeflenmiş olmayıp bu kapsamdaki meselelerden ve onun açıklamalarından örnekler seçme yöntemi izlenmiştir. Debûsî'nin eserinde bu çerçevede ele alınabilecek konular içinde “borç kaynakları” ön plana çıktığı ve ağırlıklı bir yere sahip olduğu için, “borç kavramı”, “borç çeşitleri”, “borçların üçüncü kişilerle ilgili etkileri”, “borçların hükmü (borçların ifası, ifa etmeme ve sonuçları, borçların sona ermesi)” gibi konular tezimizin plan ve içeriğinde özel bir yer tutmamıştır. Müellifin borçlar hukuku kapsamındaki konuları sistematize ediş ve ele alış tarzının özet biçimde ortaya konması da bu çalışmanın vazgeçilmez bir gereği ve tabii bir uzantısı olmuştur. Çalışmanın amacı da, belirtilen çerçeve içinde -fıkıh tarihindeki, özellikle Hanefî fikhindeki yerine kısaca değinilen- Debûsî'nin fikhî hükümleri incelerken ortaya koyduğu zihin dünyasını ve hukûkî tefekkürünü keşfetmeye çalışmak şeklinde özetlenebilir. Böyle bir çalışmanın özellikle kurucu dönem Hanefî müctehitlerinin görüşlerinin belirlenmesinde, ilk dönem kaynaklarındaki bilgilerle sonraki eserlerde mezhep imâmına nispet

edilen görüşler arasında yapılacak mukayeselerde önemli bir katkı sağlayabileceğini umuyoruz.

II. DEBÛSÎ'NİN HAYATI VE ESERLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

a) Hayatı:

Kaynaklar, Ebû Zeyd Debûsî'nin hayatı hakkında pek fazla bir şey bilinmediğini yazarlar.¹ Debûsî'nin ismi bazı tabakât kitaplarında Abdullah² bazılarında ise Ubeydullah³ olarak zikredilir. Bu farklı rivayetlerle birlikte değerlendirildiğinde müellifin tam ismi Ebû Zeyd Abdullah (Ubeydullah) b. Ömer b. İsâ ed-Debûsî olarak ortaya çıkar. Diğer taraftan müellifin nisbesi hakkında da farklı rivayetler mevcuttur. Abdullah b. Ömer'in nisbet edildiği Debûse,⁴ Debûs,⁵ veya Debûsiye⁶ Buhara ile Semerkant şehirleri arasında bulunan bir köydür.⁷ Kaynakların birçoğunda Debûsî'nin ölüm tarihi h. 430/1038⁸ olarak verilmekle birlikte doğum tarihi belirtilmez. Bununla birlikte Ömer Rıza Kehhâle, Debûsî'nin 63 yaşında öldüğü bilgisinden hareketle doğum tarihinin h. 367/978 olabileceğini kaydeder.⁹

¹ Sezgin, *Tarihu't-türâsi'l-'arabî*, III, 124.

² Zehebî, *Siyeru a'lâmi'n-nübelâ*, XVII, 21; İbn Kesîr, *el-Bidâye ve'n-nihâye*, XV, 678; Sem'ânî, *el-Ensâb*, V, 272; İbn Hallikan, *Vefeyâtü'l-a'yân*, III, 48; İbn 'İmâd, *Şezerâtü'z-zeheb*, III, 246; Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, II, 500.

³ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 109; İbn Tağriberdî, *en-Nücümü'z-zâhire*, V, 76; İbn Kutluboga, *Tacü't-terâcim*, s. 130.

⁴ Taşkoprizâde, *Miftâhu's-sa'âde*, II, 184; İbn Hallikan, *Vefeyâtü'l-a'yân*, III, 48; Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, II, 500; İbn Kutluboga, *Tacü't-terâcim*, s. 130.

⁵ İbn Kesîr, *el-Bidâye ve'n-nihâye*, XV, 678; Ömer Rıza Kehhâle, *Mu'cemu'l-müellifin*, II, 267.

⁶ Sem'ânî, *el-Ensâb*, V, 272; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 109; Ya'kut el-Hamevî, *Mu'cemu'l-büldân*, II, 499.

⁷ Taşkoprizâde, *Miftâhu's-sa'âde*, II, 184; İbn Hallikan, *Vefeyâtü'l-a'yân*, III, 48; İbn Kutluboga, *Tacü't-terâcim*, s. 130.

⁸ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 109; Zehebî, *Siyeru a'lâmi'n-nübelâ*, XVII, 521; İbn Hallikan, *Vefeyâtü'l-a'yân*, III, 48.

⁹ Kehhâle, *Mu'cemu'l-müellifin*, VI, 96.

İsmi ve doğum tarihiyle ilgili olarak farklı rivayetler bulunmasına rağmen kaynaklar Debûsî'nin hilâf ilminin temelini atan kişi olduğu hususunda hemfikirdir.¹⁰ Debûsî'nin tahsil hayatıyla ilgili olarak da tıpkı hayatı gibi pek fazla bilgi bulunmamaktadır. Hocalarından sadece Ebû Ca'fer el-Uşruşenî'nin adı bilinmektedir.¹¹ Bununla birlikte kaynaklar, Debûsî'nin Buhara'daki yedi kadıdan biri olduğunu ve "Kudât-ı Seb'a" kabrine gömüldüğünü zikrederler.¹²

Geç dönemlerde, Hanefî fakihlerini, mezhep içindeki konumlarına göre tabakalara ayıran Taşköprizâde, Kemalpaşazâde ve İbn Âbidîn Hanefî fakihlerin 7 tabaka olduğunu belirtirler.¹³ Bununla birlikte söz konusu müellifler Debûsî'nin adını bu yedi tabakadan herhangi biri içinde zikretmezler. Debûsî'nin kitabına baktığımızda; gerek mezhep içi imâmlar arasında yaptığı tercihler gerekse görüşleri yorumlarken kullandığı "bu daha incedir", "bu daha açıktır", "bu daha fikhîdir" gibi ifadeler, onun "Ashâbu't-Tercih" tabakasına daha yakın olduğu kanaatini uyandırmaktadır.

b) Eserleri:

Çok yönlü bir ilim adamı olarak temâyüz eden, hem Hanefî mezhebi içinde ve hem de diğer mezhepler nazarında saygın bir yere sahip olan Debûsî fıkıh, fıkıh usûlü ve ahlâka dair eserler yazmıştır. Yazdığı eserlerden bir kısmı günümüze ulaşırken diğer bir kısmı ise sadece isim olarak bilinmektedir. Biz burada bahsettiğimiz ikili tasniften hareketle açıklama yapacak, günümüze ulaşmayan eserlerini zikretmekle yetinip, günümüze ulaşan eserlerine ilişkin özet bilgiler vereceğiz.

A) Debûsî'nin günümüze ulaşmayan eserleri:

¹⁰ Zehebî, *Siyeru a'lâmi'n-nübelâ*, XVII, 521; İbn Kesîr, *el-Bidâye ve'n-nihâye*, XV, 678; Taşköprizâde, *Miftâhu's-sa'âde*, II, 184.

¹¹ Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, IV, 32; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 100, 184; Kavakçı, *Karahanlılar Devrinde İslâm Hukukçuları*, s. 34; Koca, *Mukayeseli İslâm Hukuk Düşüncesinin Temellendirilmesi*, s. 51.

¹² Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, II, 500.

¹³ İbn Âbidîn, *Mecmû'atu resail İbn Âbidîn*, I, 11-12.

a) Hızânetü'l-Hüda fi'l-Fetâvâ¹⁴

b) Tecnîsü'd-Debûsî¹⁵

c) el-Envâr fi usûl'l-Fıkh¹⁶

d) en-Nazm fi'l-Fetâvâ¹⁷

e) Şerhu'l-Câmi'l-Kebîr¹⁸

B) Debûsî'nin günümüze ulaşan eserleri:

a) *el-Esrâr fi'l-Usûl ve'l-Furû*: Debûsî'nin furûa dair yazdığı ve bir çok tabakât kitabında adı geçen temel bir eserdir.¹⁹ Tezimize temel kaynak teşkil eden bu eser Sâlim Özer tarafından “Ebû Zeyd ed-Debbûsî'nin el-Esrâr fi'l-Usûl ve'l-Furû' Adlı Eserinin Tahkik ve Tahlili” isimli doktora teziyle 1997 yılında tahkik edilmiştir.²⁰ Birçok yazma nüshası bulunan²¹ bu eserle ilgili Dr. Sâlim Özer'in tezinin yanısıra Abdullah Sevim 1986 yılında M.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Yüksek Lisans Tezi hazırlamıştır.

b) *Takvîmü'l-Edille*: Fukaha metoduna göre yazılmış temel fıkıh usûlü kitaplarındandır. *el-Esrâr*'da kendine sıkça atıflar vardır. Birçok tabakât kitabında

¹⁴ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 703; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 648.

¹⁵ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 352.

¹⁶ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 196; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 648.

¹⁷ Leknevi, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 109.

¹⁸ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 568; Bağdatlı, *Hediyetü'l-ârifin*, I, 648.

¹⁹ Taşköprizâde, *Miftâhu's-sa'âde*, II, 184; Sem'ânî, *el-Ensâb*, V, 272; İbn Hallikan, *Vefeyâtü'l-a'yân*, III, 48; İbn Kutluboğa, *Tacü't-terâcim*, s. 130; Zehebî, *Siyeru a'lâmi'n-nübelâ*, XVII, 521; İbn Kesîr, *el-Bidâye ve'n-nihâye*, XV, 678.

²⁰ Bu tez 1997 yılında Kayseri Erciyes Üniversitesi'nde doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

²¹ Süleymaniye Kütüphanesi, Hacı Beşir Ağa, nr. 310; Ayasofya, nr. 1021; Karaçelebizade, nr. 97; Damad İbrahim Paşa, nr. 490; Hamidiye, nr. 444; Şehid Ali Paşa, nr. 689; Köprülü Kütüphanesi, nr. 534; Hacı Selim Ağa Kütüphanesi, nr. 279; Nuruosmaniye Kütüphanesi, nr. 1375; Murad Molla, nr. 751.

el-Esrâr ile birlikte zikredilir.²² Yazma nüshaları da bulunan²³ bu eser son dönemde tahkik edilerek²⁴ ilim dünyasına kazandırılmıştır.

c) *Te'sîsü'n-Nazar*: Müellife, mukayeseli hukuku kuran kişi ünvanını kazandıran eserdir. Hilâfiyat alanında yazılmış ilk sistematik eser olarak kabul edilir. Hanefî İmâmların kendi aralarındaki ihtilafları ile Hanefî İmâmlarının diğer mezheplerle olan ihtilaflarını konu edinir. Yazma nüshaları mevcuttur.²⁵ Kitabı son dönemde Ferhat Koca, geniş bir girişle birlikte "Mukayeseli Hukuk Düşüncesinin Temellendirilmesi" ismiyle tercüme etmiştir.

d) *el-Emedü'l-Aksâ*: Müellifin tasavvuf ve ahlâk konularına dair yazdığı eseridir. İstanbul kütüphanelerinde yazma nüshaları bulunan bu eser²⁶ Muhammed Abdülkadir Atâ tarafından neşredilmiştir.

III. DEBÛSÎ'NİN HANEFÎ MEZHEBİ İÇİNDEKİ KONUMU

Yazmış olduğu *Te'sîsü'n-Nazar* isimli eserle İslâm hukuk tarihinde mukayeseli İslâm hukuk düşüncesini temellendiren kişi olarak temâyüz eden Debûsî, hem Hanefî mezhebi içinde hem de diğer mezhepler nazarında saygın bir konuma sahip olmuştur. Esasen onun bu konumu sadece mukayeseli hukuk düşüncesini temellendirmesiyle alakalı değildir. Debûsî'nin yaşadığı dönemde Maveraünnehir Hanefî fakihleri, mezhebin temel kitaplarına şerhler yazarken, Debûsî İmâm Muhammed'in *el-Camiu'l-Kebîr* isimli eserine şerh yazmakla kalmamış aynı zamanda gerçekten orjinal sayılabilecek eserler ortaya

²² Zehebî, *Siyeru a'lâmi'n-nübelâ*, 521; İbn Kesîr, *el-Bidâye ve'n-nihâye*, XV, 678; Sem'ânî, *el-Ensâb*, V, 272; Taşköprizâde, *Miftâhu's-sa'âde*, II, 184; İbn Hallikan, *Vefeyâtü'l-a'yân*, III, 48; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, s. 109; İbn Kutluboğa, *Tacü't-terâcim*, s. 130.

²³ Süleymaniye Kütüphanesi, Bağdatlı Vehbi Efendi, nr. 350; Yeni Cami, nr. 310, 350; Laleli, nr. 690; Feyzullah Efendi Kütüphanesi, nr. 570; Köprülü Kütüphanesi, nr. 71; Âtîf Efendi Kütüphanesi, 660/1; Konya Yusuf Ağa Kütüphanesi, nr. 6799; Carullah, nr. 448.

²⁴ Debbûsî, *Takvîmu'l-edille*, (nşr. Halil Muhyiddin el-Meyyis), Beyrut 2001.

²⁵ Kahire Sâni, nr. 1/379; Leibzig, nr. 349.

²⁶ Âtîf Efendi Kütüphanesi, Âtîf Efendi, nr. 1384; Beyazıt Devlet Kütüphanesi, Veliyyüddin Efendi, 1633, 1682; Süleymaniye Kütüphanesi, Cârullah, nr. 984; Şehid Ali Paşa nr. 1459/2.

koymuştur.²⁷ Usûle dair yazdığı *Takvîmü'l-Edille* fukahâ metoduna göre yazılan kitapların en önemlilerindedir. Ayrıca teziminin temel kaynağını oluşturan *el-Esrâr* isimli kitabı da içerik, üslup ve sistematik itibarıyla orjinal ve seçkin bir eser hüviyetindedir. Bunların yanısıra tasavvuf ve ahlâk konularına dair *el-Emedü'l-Aksa* isimli eserini vücuda getiren Debûsî, sadece zâhiri ilimlerde değil, batınî ilimlerde de söz sahibi olup çok yönlü bir portre çizmektedir.

Yukarıda bahsedildiği üzere tabakât kitaplarında Debûsî'ye dair bilgiler verilirken onun hilâf ilminin kurucusu olduğu hususu vurgulanır. Tespit edilebildiği kadarıyla Debûsî'nin hilâf ilminin kurucusu olduğuna dikkat çeken ilk kaynak İbn Hallikan'ın *Vefeyâtü'l-a'yân* isimli eseridir.²⁸ Daha sonra Zehebî,²⁹ İbn Kesîr,³⁰ gibi müellifler İbn Hallikan'ın bu rivayetini nakletmişlerdir.³¹ Ancak, Debûsî'den önce özellikle ihtilaf ve hilâfiyatla ilgili pek çok eserin yazılmış olması sebebiyle Debûsî'nin ne tür bir hilâfin kurucusu olduğunun veya ona ilm-i hilâfin kurucusu olma vasfını kazandıran özelliklerin neler olduğunun açıklanması gerekir. Çünkü şayet hilâf ilmiyle müctehidlerin görüş ayrılıklarının bir araya getirilmesi kastediliyor ise bu çabaların daha erken bir dönemde başladığı bilinmektedir. Meselâ İmâm Şâfiî'nin *Kitabü'l-Üm*³² adlı eserinde ihtilaf-ı fukahâ konusunda zengin malzemeler bulunmaktadır. Bu eserde yer alan *Kitabü İhtilâfi'l-I'rakyyîn*³³, *İhtilâfu Ali ve Abdullah İbn Mes'u'd*,³⁴ *Kitâbü İhtilâfi Mâlik ve Ş-Şâfiî*³⁵, *Kitâbü'r-Red a'lâ Muhammed b. el-Hasan*³⁶, *Kitâbü Siyeri'l-Evzâi*³⁷ adlı

²⁷ Debûsî'nin yaşadığı dönemde eser ortaya koyan şahıslar ve eserleri için bk. Kavakçı, *Karahanlılar Devrinde İslâm Hukukçuları*; Özel, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, Ankara 1990.

²⁸ İbn Hallikan, *Vefeyâtü'l-a'yân*, III, 48.

²⁹ Zehebî, *Siyeru a'lâmi'n-nübelâ*, XVII, 521.

³⁰ İbn Kesîr, *el-Bidâye ve'n-nihâye*, XV, 678.

³¹ Bu konuda İbn Hallikan gibi rivayette bulunan diğer müellifler için bk. Koca, *Mukayeseli İslâm Hukuk Düşüncesinin Temellendirilmesi*, s. 35.

³² Şâfiî, *Kitabü'l-üm*, I-VIII, Beyrut 1393/1973.

³³ a.e., VII, 96-163.

³⁴ a.e., VII, 164-191.

³⁵ a. e., VII, 191-243.

³⁶ a.e., VII, 305-335.

³⁷ a.e., VII, 336-368.

bölüm ve risâleler, ihtilaf ve hilâfla ilgili ilk kaynaklardandır.³⁸ Diğer taraftan Debûsî'nin *Te'sisü'n-Nazar* isimli eseri, iki yönüyle dikkat çekmektedir ve bu açıdan bir yenilik getirmektedir. Ondan önce yazılan *Ihtilafu'l-fukahâ* türü eserlerde görüşler fıkıh babları esas alınarak kaydedilirken Debûsî başka bir yöntem geliştirerek müctehidleri ikili olarak gruplandırmış ve görüşleri birbirine mukâbil biçimde ortaya koymuştur. Öte yandan fikhî kâidelerdeki görüş ayrılıklarından hareketle âlimlerin ihtilaflarını sınıflandırıp bu ayrılıkların fikhî meselelere nasıl yansıdığını göstermiştir.³⁹ Muhtemelen bu iki özellik hilâf ilminin belirli yöntemlere ve problemlere sahip, müstakil bir ilim haline gelmesine katkıda bulunduğu için, Debûsî kendisinden önce temelleri atılan⁴⁰ bu ilmin gerçek kurucusu sayılmıştır.⁴¹ Bütün bunlara rağmen konunun açıklığa kavuşabilmesi için ayrıca incelenmeye alınmasının uygun olacağı kanısındayız.



³⁸ Koca, *Mukayeseli İslâm Hukuk Düşüncesinin Temellendirilmesi*, s. 35.

³⁹ Özen, "Hilâf" *DİA*, İstanbul 1998, XVII, 533.

⁴⁰ Debûsî'den önce yazılan ve hilâf mahiyeti taşıyan kitapların tasnifi için bk. Özen, a.g.m., XVII, 532, 533.

⁴¹ Koca, *Mukayeseli İslâm Hukuk Düşüncesinin Temellendirilmesi*, s. 36.

BİRİNCİ BÖLÜM

DEBÛSÎ'NİN HÜKÜMLERİ DELİLLENDİRME METODUYLA İLGİLİ ÖZEL TESPİTLER

I. DEBÛSÎ'NİN ESERİNDE BORÇLAR HUKUKUNA TEKÂBUL EDEN FIKIH BAŞLIKLARINA GENEL BİR BAKIŞ

İnsanlığın ilk dönemlerinden itibaren özellikle ikili ilişkilere dayalı olarak ortaya çıkan borç kavramı mevcut olduğu halde bunun “Borçlar Hukuku” başlığı altında toplanması zaman almıştır. Bugün hukuk incelemelerinde yer alan “Borçlar Hukuku” tasnifi de yüzyıllar süren birikimin bir sonucu görünümündedir.

Borç ilişkilerini düzenleyen kurallar, borçlar hukukunun konusunu teşkil eder. Ülkemiz pozitif hukukunda Borçlar Kanunu, borç ilişkilerini düzenleyen kuralların yer aldığı temel kanun niteliğindedir. Borçlar Kanunu'nun birinci kısmı (m. 1-181) borçların umumi hükümlerini, ikinci kısmı ise (m. 182-541) “akdin muhtelif neveleri” başlığı altında çeşitli borç ilişkilerini düzenleyen özel hükümleri bir araya getirmektedir.⁴²

İslâm'da fıkıh ilmi ve müessesesinin temeli -diğer İslâmî ilimlerde olduğu gibi- Kur'ân-ı Kerîm ve sünnettir. İcmâ ve ictehad kaynakları ve metotlarıyla bu iki kaynaktan ve diğer tâli kaynaklardan alınan, geliştirilen ilmi ve uygulaması yapılan fıkıh içinde borçlar hukuku da yerini almıştır. Şüphesiz fıkıh kitapları birer kanun mecmuası değildir; bu kitaplar, kendilerine mahsus tasnif ve düzen içinde ibadetlerden vasiyet ve miras meselelerine kadar bugünkü manada hukûkî olan ve olmayan mesele ve münasebetleri ihtiva etmektedir. İbâdât, muâmelât ve ukûbât şeklindeki üçlü ana kategoriler içinde muâmelât kısmı borçları da içine almıştır. Roma'dan ve Batı'dan farklı olarak fıkıh kitapları hakkın şahsa mı yoksa mala mı bağlı olduğu noktasından hareket etmemiş, borcu doğuran kaynaklardan yola çıkarak bunların her birini ayrı ayrı kitapta (bölümde) umumi nazariyeler, hüküm ve kaideler şeklinde değil, meselecî, tâ'dâdî (kazuistik) bir metotla incelemişlerdir.⁴³

⁴² Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, I, 3.

⁴³ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 9.

Tezimize temel kaynak kabul ettiğimiz kitap olan Debûsî'nin *el-Esrâr*'ı da aynı sistematik içinde ve meseleler üzerinden sonuca vardığından biz modern hukuktaki akdin muhtelif nevilerine uygulanan tasniften hareketle Debûsî'deki sözleşme tiplerini inceledik. Bu bağlamda satım, bağışlama, trampa, kiralama, âriyet, karz, istisna', vekâlet, kefâlet, rehin, şirket, mudârebe, müzâraa gibi sözleşme tiplerini mercek altına aldık. Bununla birlikte söz konusu sözleşmelerin tamamına dair müstakil başlık bulunmayıp meseleler içindeki dağılmış bilgilerden hareketle ayrı bölümler oluşturduğumuzu da belirtmeliyiz. Bu bağlamda satım sözleşmesi (Büyû) ile ilgili bölümde yer alan ve fakat müstakil başlık altında işlenmeyen trampa, istisna' gibi konulara ayrı bölüm açarak tespitlerde bulunduk. Yine aynı şekilde sarf kitabında yer alan karz sözleşmesine dair meseleleri ortak başlık altında topladık. Bunun yanı sıra kitap içerisinde bölüm olarak kendisine atıfta bulunulan âriyet sözleşmesine ilişkin başlığın da *el-Esrâr*'da bulunmadığını tespit ettik. Bununla birlikte borçlar hukukuna dair işlenen sözleşme tipleri incelenirken bu konuya ilişkin yaklaşımların bulunması bizi âriyete ait özel bir bölüm oluşturmaya sevketti.

Tezimizde borç doğuran durumları temel anlamda inceleme konusu yaptığımızdan iki taraflı veya tek taraflı iradeden doğan borçların yanında haksız fiilden doğan borçlara dair meseleleri, bu bağlamda gasp ve itlaftan doğan borçları ele aldık. Ayrıca sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçları da kısaca inceledik. Giriş Bölümü'nde belirttiğimiz üzere Debûsî'nin eserinde bu çerçevede ele alınabilecek konular içinde “borç kaynakları” ön plana çıktığı ve ağırlıklı bir yere sahip olduğu için, “borç kavramı”, “borç çeşitleri”, “borçların üçüncü kişilerle ilgili etkileri”, “haksız fiil sorumluluğunun ayrıntıları”, “borçların hükmü (borçların ifası, ifa etmeme ve sonuçları, borçların sona ermesi)” gibi konular tezimizin plan ve içeriğinde özel bir yer tutmamıştır.

II. TEK TARAFLI İRADEDEN DOĞAN BORÇLAR

Her akitte en az iki irade bulunup, bunların birbirine uygun şekilde birleşmeleri halinde akdin tamam olmasını anlamak kolaydır. Ancak tek taraflı iradenin borç doğurması münakaşa mevzuudur. Tek taraflı iradenin İslâm hukukunda geniş bir tesir sahası vardır. Gerek borç doğurma ve gerekse çeşitli hukûkî neticelere mesned olma yönlerinden tek taraflı iradenin tesir sahası İslâm

hukukunda, batı hukukundan daha geniştir.⁴⁴ Ancak klâsik İslâm hukuku kitaplarında münhasıran tek taraflı hukûkî işlemleri ifade temek üzere kullanılmış bir terime rastlanmamaktadır. “Akid” terimi İslâm hukukçuları tarafından hem çift taraflı ve hem de tek taraflı hukûkî işlemleri ifade etmek üzere kullanılmıştır. O halde akdin, biri dar diğeri geniş iki anlamı vardır ve geniş anlamıyla akid hukûkî işlem manasındadır.⁴⁵

Son dönemde akid teorisine dair yazılan İslâm hukuku kitaplarında, akdin rûknü ve rıza prensibi bağlamında tek taraflı iradenin sonuç doğurması şeklinde işlenen konu⁴⁶ vakıf, ibrâ, kefâlet,⁴⁷ vasiyet, âriyet, hibe⁴⁸ gibi hukûkî işlemleri içerir.

Tek taraflı hukûkî işlemler içerisinde vakıflar önemli bir yer tutar. Hanefilere göre vakıf ister lehdarları fakirler, talebeler gibi gayri muayyen, isterse vakfeden kimsenin furûu gibi muayyen olsun vakfî kuran kimsenin tek taraflı bir irade beyanıyla kurulur.⁴⁹ Vasiyet de özellikle lehine vasiyet yapılan kimselerin fakirler, yoksullar gibi gayri muayyen kişiler olması durumunda vakıfta olduğu gibi tek taraflı irade beyanıyla tamamlanan bir hukûkî işlemdir.⁵⁰

Debûsî’de incelediğimiz bölümler arasında yer alan kefâlet, hibe ve âriyet de tek taraflı hukûkî işlemler çerçevesinde yer alır. Gerek âriyet ve gerekse hibe Hanefilerdeki hakim görüşe göre sadece âriyet veren ve bağışlayanın icabıyla geçerli olur.⁵¹ Kefâlet ve ikrazda yalnızca kefilin ve borç verenin irâde beyanının yeterliliği konusu müctehidler arasında tartışılmış sonunda bu iki akdin karşı tarafı

⁴⁴ a.e., II, 40.

⁴⁵ Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s. 221.

⁴⁶ Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-'akd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 274; Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'akd*, s. 191; Senhûrî, *Nazariyyetü'l-'akd*, s. 79.

⁴⁷ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'akd*, s. 195, 196, 197; Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s. 222-224.

⁴⁸ Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s. 222-223.

⁴⁹ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'akd*, s. 195, Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s. 222.

⁵⁰ Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mucebât ve'l-'ukûd*, II, 8.

⁵¹ Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s. 223.

da borçlandırdığı, kefilin alacaklıya ödediğini, asıl borçludan talep edeceği, borç verenin de bir müddet sonra verdiğini geri isteyeceği için karşı tarafın da irade beyanına (kabulüne) ihtiyaç bulunduğu görüşü ağır basmıştır.⁵² Bununla birlikte İmâm Mâlik kefâletin tek taraflı irade ile kurulacağını savunur.⁵³

Genel olarak tek taraflı iradeyle tamam olan tasarruflara gelince bunlar; va'd, taahhüt ve adak şeklinde sıralanabilir. Bunların bağlayıcılığı ve hukûkî sonuçları tezimizde öze bir incelemeye tâbi tutulmamıştır.

III. AKİTTEN DOĞAN BORÇLAR

Akid insana ait tasarruflardan biridir. Tasarruf ise bireyin isteğiyle ortaya çıkan ve dinin kendisine hukuki sonuçlar bağladığı her şeyi içine alır.⁵⁴ Akid, borç kaynağı hukûkî işlemlerin en önemlisidir. Hukuk tarihinde mülkiyetin sebepleri arasında sahipsiz mala el koymadan sonra ikinci sırayı almaktadır.⁵⁵ Akid her iki tarafa da bir borç yüklemektedir. Mesela bey' akdinde satıcı müşteriye malı teslim etmekle, müşteri de parayı ödemekle yükümlüdür. İslâm hukukunda akid serbestisinin olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, çeşitli nedenlerle hukukun yasak kapsamı içine giren akid türleri yasaklanmıştır. Bunun yanında dinin haram kılmış olduğu ve mütekavvim saymadığı nesnelere de akde konu olması İslâm hukukunda mümkün değildir.

Modern hukukta Borçlar Kanunu'nun ikinci bölümü olan ve "akdin muhtelif neveleri" ismini alan kısımda genel olarak satım sözleşmesi, trampa sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, adi kira sözleşmesi, hâsılat kirası sözleşmesi, âriyet sözleşmesi, karz sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, istisna' (eser) sözleşmesi, neşir (yayın) sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, vedfa sözleşmesi, kefâlet sözleşmesi ve ortaklık (şirket) sözleşmesi gibi akid tipleri mercek altına alınmıştır.⁵⁶ Tezimizde akidler, günümüz hukuk incelemelerinde esas alınan tasnife göre incelenmiştir.

⁵² Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 32.

⁵³ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'akd*, s. 197.

⁵⁴ Zerkâ, *Medhal*, II, 288.

⁵⁵ Karaman, "Akid" *DİA*, II, 251.

⁵⁶ Sözkonusu sözleşme tipleri için bk Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, I, 33-346; II, 3-547.

IV. AKİTLERİN ORTAK HÜKÜMLERİ

Akdin kuruluşu, işlerliği ve sonuçlarına ilişkin kural ve kaideler özellikle klâsik dönem fıkıh kitaplarında nazariye olarak ele alınmayıp genellikle büyü başlığına serpiştirilerek incelenmiştir. Satım akdinin uzun geçmişi, yaygınlığı ve önemi bir bakıma borçlar hukukunun bu akit üzerine yoğunlaşarak gelişmesine yol açmış, sonuçta da hem satım akdinin muhtevası genişlemiş, hem de satım akdine ait hükümler ve çözümler zamanla borçlar hukukunda genel kurallar halini almıştır. Klâsik kaynaklarda satım akdinin öncelikli ve ayrıntılı olarak işlenip borçlar hukuku nazariyesini bu akit üzerine kurulması ve satım akdinin diğer akitler için model akit hüviyetini alması bu sebeptir.⁵⁷

Bir akdin kurulması için gereken asgari unsurlar (rukûn, çoğulu erkân) üzerinde Hanefiler ile diğer mezhepler arasında görüş ayrılığı vardır. Hanefilere göre akdin unsuru karşılıklı irade beyânı manasına gelen icap-kabul'dür. İcap kabul ile akdin kurulabilmesi (in'ikad) için ehliyetli tarafların ve akit yapmaya uygun bir konunun bulunması şarttır. Unsur veya kuruluş şartlarının bulunmaması halinde akit bâtil olur, bir akit olarak hukûkî sonuç doğurmaz. Diğer mezheplere göre icap-kabul, taraflar, konu ve bunlara ait vazgeçilmez vasıf ve şartlar da akdin unsurlarıdır; bütün bunların bulunmaması yahut birinin eksik olması halinde akit bâtil olur.⁵⁸ Hanefilerin sözkonusu yaklaşımı bâtil ve fâsid terimlerine özellikle akit ve hukûkî işlemler alanında farklı manalar ve sonuçlar yüklemeleriyle alakalıdır. Yine akit ve hukûkî işlemler alanında diğer mezheplerin aksine tek dereceli hükümsüzlük anlayışını benimsemeyip, fâsid akdi "asıl itibariyle meşru, vasıf itibariyle gayri meşru akit" şeklinde tanımlayarak çoğunluğun aksine akidde asıl vasıf ayrımı yapmışlardır.⁵⁹

Son dönemde yazılan ve akitlerin ortak hükümlerini inceleyen kitaplarda irade beyanı, akdin tarafları ve akdin mevzûuna ilişkin bulunması gereken şartlar ayrıntılı olarak irdelenir. Biz burada akdi oluşturan unsurlara ilişkin bulunması gereken şartları özet halinde vermeye çalışacağız.

⁵⁷ Bardakoğlu, "Bey", *DİA*, VI, 14.

⁵⁸ Karaman, "Akid" *DİA*, II, 253.

⁵⁹ Apaydın, "Fesad", *DİA*, XII, 417.

1- Rıza: Kur'an-ı Kerim akdin karşılıklı rıza temeline dayanmasında, daha doğrusu akdin karşılıklı rızadan ibaret olmasında ısrarlıdır.⁶⁰ Rıza psikolojik bir hal olduğu için bunun dışı vuran objektif bir alametine ihtiyaç vardır. İşte bu alamet de icap-kabul tabiriyle ifade edilen irade beyanıdır.⁶¹ Akit teorisine ilişkin kitapların bir kısmında akdin rüknü başlığı altında icap-kabul başlığı bulunurken⁶² diğer bir bölümünde rıza başlığı yer alır.⁶³ Akdin kurulması esnasında icap ve kabulü oluşturan ifadeler de rızanın belirlenmesi noktasında önemli görülüp, mazi sığınsıyla yapılan icap ve kabul akdin kurulması için yeterli görülmüştür. Diğer taraftan şimdiki zamana delalet eden sözler gelecek zamanı kastetmemek şartıyla akdin kuruluşu noktasında yeterli sayılıp, gelecek zamanı ifade eden ve soru şeklinde yapılan sığınsalarla akdin kurulamayacağı hususu üzerine ittifak edilmiştir. Akdin emirle yapılması durumunda ise kabulden sonra ikinci bir kabul ile akdin kurulacağı hususu da vurgulanmıştır.⁶⁴ Diğer taraftan mektup yoluyla yapılan akitler de kabul makamında olan tarafın, mektubun geldiği mecliste kabul etmesi şartıyla geçerli sayılmıştır.⁶⁵

Akit teorisi kitaplarında rıza ile bağlantılı olarak akit ayıpları başlığı altında (bu başlık bazı kitaplarda rıza ayıpları şeklinde geçmektedir.⁶⁶) rızayı zedeleyen sebepler ele alınmış ve bunların hukûkî işlemlere etkisi tartışılmıştır. Bu sebepler genellikle şu başlıklar altında incelenir:

- 1) İkra
- 2) Galât
- 3) Gabn ve Tağrir⁶⁷

⁶⁰ bk. en-Nisâ 4/29.

⁶¹ Karaman, "Akid" *DİA*, II, 253.

⁶² bk. Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-'akd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 254.

⁶³ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'akd*, s. 199.

⁶⁴ Bilmen, *Hukuk-i İslâmiyye Istilâhât-ı Fikhiyye Kamusu*, XI, 14-15.

⁶⁵ Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-'akd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 269.

⁶⁶ bk. Senhûrf, *Nazariyyetü'l-'akd*, s. 337.

⁶⁷ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'akd*, s. 410-421.

Söz konusu durumlar mezhepler arasında akitlere etkileri bakımından incelenmiş ve bunun sonucunda birbirinden farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

2- Mevzû: Esasen akdin mevzuu akde konu teşkil eden nesne, menfaat, fiil vb.dir. Akdin mevzuu (mahal) ile ilgili şartlar hemen hemen bütün akit teorisi kitaplarında aynıdır. Bunları maddeler halinde sıralayacak olursak:

- 1) Mevzunun akdin hükmüne uygun olması
- 2) Akitleşme esnasında mevcut olması
- 3) Akitleşme esnasında tesliminin mümkün olması⁶⁸
- 4) Hukuku muâmeleye ve teamüle uygun bulunması⁶⁹

Yukarıdaki tasnifin dışında olarak Muhammed Ebû Zehre akdin mahallinin akdin hükmünü ve bunun gereklerini (muktezâ) kabul eder olması şartının yanında ma'kûd aleyhin nizâyâ götürecektir her türlü belirsizlikten uzak olması gereğini vurgular.⁷⁰ Diğer taraftan Muhammed Yusuf Musa da akdin mahallinin muayyen olması gereğine işaret eder.⁷¹

3- Taraflar: Taraflar akdi kuran kimseler olup akit kurma salahiyetine sahip olmak için belli şartları haiz olmaları gerekir. Akitlerin ortak hükümlerinden bahseden kitaplarda bu tarafların sahip olması gereken şartlar kısmında ehliyet konusuna değinilir. Tarafların akit kurabilmeleri için hukûkî ehliyete sahip olmaları gerekir Ehliyet vücûb(hak) ve eda (fiil) ehliyetleri olmak üzere ikiye ayrılır. Vücûb ehliyeti haklara sahip olabilme ve borçlar altına girebilme demektir.⁷² Vücûb ehliyeti kişinin mücerred doğumuyla tam olarak ortaya çıkar.⁷³

⁶⁸ Ferrac Hüseyin, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'akd*, s. 196-202.

⁶⁹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, III, 78.

⁷⁰ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'akd*, s. 26.

⁷¹ Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-'akd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 311.

⁷² Zekiyyüddin Şa'ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 250.

⁷³ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'akd*, s. 278.

Bu nevi ehliyetin temelini hayatta olma özelliği teşkil eder. Onun için vücûb ehliyetine, hayatının başlangıç anından sona erme anına kadar her insan sahiptir.⁷⁴

Edâ ehliyeti ise kişinin hukûkî işlem yapabilme⁷⁵ kavî ve fiilî⁷⁶ tasarruflarda bulunabilme yetkisini ifade eder. Bu nevi ehliyetin temelini ise; vücûb ehliyetinde olduğu gibi hayatta olma özelliği değil, temyiz kudretinin var olması teşkil eder.⁷⁷

Ortaya çıkan akdin sağlam veya bozuk oluşu bakımından akit bâtil, fâsid, mevkûf, nâfiz ve lâzım şeklinde sıralanmıştır. Bunlardan bâtil ve fâsid akitler sahih olmayan; mevkûf, nâfiz ve lâzım akitler ise sahih olan akitler içinde yer alır. Hanefîler dışındaki mezhep müctehidlerine göre bâtil ile fâsid arasında fark yoktur; aynı vasfı taşıyan akde bâtil da fâsid de denebilir. Hanefîlere göre akdin fâsid olmaması için akdin unsurları ve bunlarla ilgili şartların bulunması akdin kurulması için yeterli olmakla birlikte sıhhati için yeterli değildir. Akdin fâsid olmaması için akdin unsurlarıyla ilgili bazı vasıfların da bulunması gerekir. Eğer bu vasıflar bulunmazsa akit aslı (unsurları) itibariyle sahih, fakat vasıfları bakımından gayr-i sahih olur ki, Hanefîler böyle akitlere fâsid adını vermişlerdir. Bu vasıflar müsbet değil, menfi (olmaması gereken) vasıflardır ve rıza unsuruna bağlı olarak ikrahın bulunmaması, mevzu unsuruna bağlı olarak garar ve teslimde zararın bulunmaması, tasarrufa elverişli olma unsuruna bağlı olarak fâsid şart ve fâizin bulunmaması olarak sıralanmıştır.⁷⁸

Akdin sağlam veya bozuk olarak ortaya çıkmasına bağlı olarak isimlendirme ve hukûkî sonuçlar birbirinden farklıdır. Bu bağlamda akitler mevkûf, nâfiz ve lâzım kısımlarına ayrılır. Nâfiz akit ehliyetli ve hukuken tasarruf yetkisine sahip olan kimsenin (velâyet) yapmış olduğu akittir ki yapıldığı anda geçerli olur ve

⁷⁴ Zekiyüddin Şa‘ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 250.

⁷⁵ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'akd*, s. 281.

⁷⁶ Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-'akd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 321.

⁷⁷ Zekiyüddin Şa‘ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 250.

⁷⁸ Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, III, 101-103.

kendisine hüküm bağlanır.⁷⁹ Nâfiz akdin mukâbili mevkûf (askıda olan) akittir ve izin verme konumunda olan kimsenin iznine bağlı olarak⁸⁰ askıda bulunur.

Birbirinin mukâbili olan mevkûf ve nâfiz akitlerin yanısıra bağlayıcılık açısından da akitler lâzım ve gayr-i lâzım olmak üzere ikiye ayrılır. Lüzum (bağlayıcılık) akdin nefâzından sonraki bir kademedir ve bu mahiyeti taşıyan (lâzım olan) akit sonrasında akdin hükümleri tarafları bağlar. Bu akit türünde akdi yapanlardan her biri (âkideyn) diğersinin rızası olmadan akdi feshedemez.⁸¹ Bunun tam karşısında bulunan akit ise tarafların her ikisini veya birini bağlamayan akittir ve akdin başında yapılan antlaşmaya göre taraflardan birine veya her ikisine akdi tek taraflı olarak fesih imkanı verir. Akit nazariyesi kitaplarında muhayyerlikler başlığı altında işlenen bu konu ile ilgili şart muhayyerliği, ayıp muhayyerliği görme muhayyerliliği ve tayin muhayyerliği konuları işlenir.⁸² Bunun yanısıra yukarıdaki muhayyerliklere ek olarak vasıf muhayyerliği, nakit muhayyerliği ve tağrir muhayyerliği de sayılabilir.⁸³

V. AKDİN MUHTELİF NEVİLERİ

Borçlar hukukunun ikinci kısmı (m. 182-541) “akdin muhtelif nevileri” başlığı altında çeşitli borç ilişkilerini düzenleyen özel hükümleri bir araya getirmektedir.⁸⁴ Borçlar hukukunun ikinci bölümünü oluşturan bu kısımda temlik borcu doğuran sözleşmeler, kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmeler, iş görme borcu doğuran sözleşmeler, teminat esasına dayalı sözleşmeler ve ortaklık esasına dayalı sözleşmeler inceleme konusu yapılır. Biz de tezimizde bu tasnifi esas alarak Debûsî'nin *el-Esrâr* isimli eserinde söz konusu ayrıma tekâbul eden fıkıh başlıklarını inceleme konusu yapacağız.

1. Temlik Borcu Doğuran Akitler

a) Satım Sözleşmesi (Bey‘)

⁷⁹ Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-'akd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 446.

⁸⁰ Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve Nazariyyetü'l-'akd*, s. 379.

⁸¹ *a.e.*, 447.

⁸² *a.e.*, s. 466-495.

⁸³ Bilmen, *Hukuk-i İslâmiyye Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, VI, 7.

⁸⁴ Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, II, 3.

Satım sözleşmesiyle ilgili bölüme kitabında 131 sayfalık yer ayıran müellif, bu meyanda bey' kapsamında yer alan birçok sözleşme tipini de incelemiştir. Bununla birlikte sözleşmelerin; kuruluş, işleyiş ve sonuçlarına ilişkin kuralları içeren akit teorisiyle yani akitlerin ortak hükümleriyle ilgili bilgilerin de bu bölümde yoğunluklu olarak ele alındığını görmekteyiz. Bu bağlamda sıhhat, nefâz ve in'ikad ayırımına dikkat çeken⁸⁵ müellif, bunun dışında bölüm içinde fâsid bey' konusunu ayrıntılı olarak işlemiştir. Bölümün, akitleri çeşitli açılardan irdeleyen ve konumlandıran ve bugün akit teorisi başlığı altında işlenen konularla tamamen değilse bile kısmen örtüşen bir tasnifle başlaması da yukarıdaki tespiti kuvvetlendirir mahiyettedir.

Bölümde işlenen konulara genel olarak baktığımızda; akdin mahallindeki problemlerden kaynaklanan fesad, akdin mahallinin "mütekavvim mal" olmamasına dayalı olarak ortaya çıkan fâsid akit, alışverişlerde ribânın isbat yolları, akdi yapandan kaynaklanan fesad, alışverişlerde şart muhayyerliği, Hanefî mezhebine göre sabit olmayan muhayyerlik (meclis muhayyerliği), görme muhayyerliği, ayıp muhayyerliği, aynın satımı, zimmetteki malın satımı (selem), selemde sulh, istisna' (eser) sözleşmesi, murâbaha yoluyla yapılan satım, tevliye yoluyla yapılan satım, bey' ve şiraya (alım-satım) vekil tayin etmeyle ilgili konulardan oluştuğunu görmekteyiz. Bu genel başlıkların altında yer alan meselelerde müellif, diğer furû konularından da örnekler getirerek açıklamalarda bulunmuş ve bu arada da örnek getirdiği konulardaki hakim görüş ve yaklaşımları sunmuştur. Bu bağlamda özellikle gasp meselelerinden örnekler getiren Debûsî konuyu ilgili bölümde incelediği üzere "Gasptan doğan tazmin yükümlülüğü" çerçevesinde ortaya koymuştur. Diğer taraftan rehin, hibe, şuf'a gibi konulardan örnekler getiren Debûsî ibadetler çok alanına giren bir örneği de görüşlerini kuvvetlendirmek üzere kullanmıştır. Bu açıdan geniş çerçevede ele alınmış olan "Kitabü'l-Büyû" başlığı altında borçlar hukukunun hemen hemen bütün konularıyla ilgili yaklaşımlar olduğunu belirtmeliyiz. Müellifin bu başlık altında mesele açıklamalarında kullandığı örneklerde genel bir çerçeve çizmeye çalıştığı gözden kaçmamaktadır.

⁸⁵ Debûsî, *el-Esrâr fi'l-usûli ve'l-furû*, II, 798.

Bölüme satım sözleşmesini çeşitli açılardan tasnif ederek ve dolayısıyla bir çok sözleşmeye uygun düşecek genel bir çerçeve ile başlayan Debûsî, bu meyanda Büyû' kitabında ittifak ve ihtilaf edilen konuların açıklamasını yapmak üzere bölümü kaleme aldığını ifade ederek satım çeşitlerini değişik açılardan tasnif etmiştir.

Konuya önce meşruyyet açısından yaklaşan müellif, şu ayrıma yer verir: Meşru olan bey' iki kısımdır. Bunlardan birincisi helâl olandır ve bey' ismini taşır. İkincisi de haram olandır ve ribâ adını alır. Helâl olan kendi içinde lâzım ve gayri lâzım olmak üzere ikiye ayrılır. Haram olan da iki çeşittir. Bunlardan birisi, sözleşmeyi bozucu unsurun ortadan kalkmasıyla câiz hale gelen, diğeri de hiçbir zaman câiz hale gelmeyendir ki bu da döt çeşittir. Lâzım olmayan helâl sözleşmeye gelince bu, âkide (tek taraflı olarak) akdi fesih muhayyerliği veren bey'dir. Bu bağlamda muhayyerlikler; şart, görme, ayıp muhayyerliği ve istihkak sebebiyle ortaya çıkan muhayyerlik olmak üzere dört çeşittir.

Daha sonra müellif bey'i mebî' açısından tasnif eder; buna göre bey': aynın ayn veya deyn mukâbilinde satımı anlamına gelen mutlak bey', zimmetteki malın satımı demek olan selem, ayn olarak yapılacak olanın satımını ifade eden istisna' ve menfaatin satımını gösteren icâre (kiralama) sözleşmesi olmak üzere dört çeşittir.

Semen⁸⁶ açısından bey' de dört çeşittir. Bunlar; aynın semen karşılığında satımı anlamına gelen mutlak bey', semenin semen karşılığında satımını ifade eden sarf, aynın zimmetteki ölçülen, tartılan veya mütefâvit adedî bir mal karşılığında satımı, aynın zimmetteki tavsif edilmiş elbise karşılığında satımı.

Satım bedelinin belirlenmesi açısından akitler; başlangıçta taraflarca kararlaştırılan bir semen üzerine satım yapılması anlamına gelen müsâveme, satıcının aldığı semen (maliyet) üzerine bir miktar kâr koyması suretiyle satmasını ifade eden mürâbaha, maliyetine satımı ifade eden tevliye ve maliyetten düşük fiyata yapılan satımı anlatan vadia olmak üzere dört kısma ayrılmıştır.

⁸⁶ Semen kavramıyla ilgili bkz. Bilmen, *Hukuk-i İslâmiyye Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, VI, 9.

Fâsid sözleşmeye gelince bu da (mütekavvim mal) vasfını taşımakla birlikte akdin mahallindeki bir sebebe dayanan fesad, ehliyetin mevcudiyetiyle birlikte akdi yapandaki sebebe dayanan fesad, aslın olmasıyla birlikte akitle mevcut olan sebeple ilgili fesad ve asıl itibariyle bedelin “mütekavvim mal” olmamasına dayanan fesad olmak üzere dört kısımdır.⁸⁷

Akitlerin tasnifine ilişkin yaptığı bu açıklamalardan sonra konuya fâsid sözleşme ve çeşitleriyle başlayacağını belirten Debûsî, rıza ilkesine dayalı olarak fâsid akdin sabit olduğunu ifade etmiştir. Şer’an malik olan kimselerin karşılıklı rızayla mallarını diledikleri şekilde alıp satabilecekleri ilkesine atıfta bulunan müellifin, şu sözüyle hükümlerin delillendirilmesinde genel hukuk ilkelerinden veya belirli bir hukuk dalına şamil ilkelere yararlanmanın önemine dikkat çektiği söylenebilir: “Bey’ delile ihtiyacı bulunmayan bir esastır/ilkedir.”⁸⁸ Akit çeşitlerine ilişkin genel bakışı takiben hemen fâsid sözleşme konusuna girmesi müellifin bu konuyu çözümlenmede öncelikli bir yere sahip nitelikte gördüğünün açık göstergesidir.

Bölümün ilk meselesinde Debûsî, fâsid bey’in genel hükmünü açıklarken, Hanefî mezhebi âlimlerine göre, kabzın gerçekleşmesi halinde kararlaştırılan bedel üzerinden olmamakla beraber mebî’in kıymeti üzerinden mülkiyetin intikal edeceğini, Şâfiî’ye göre ise intikal etmeyeceğini belirtir. Müellif bu konunun esasen usûlü’l-fikh meselelerinden biri olan şer’î fiil ve akitler hakkındaki mutlak nehiy meselesiyle ilgili olduğuna dikkat çekerek sözkonusu ihtilafın izahında ve bu çerçevedeki hükümlerin delillendirilmesinde işin temeline ilişkin bir tahlil yapar.⁸⁹

Hanefî âlimlere göre aksine delil bulunmadıkça fâsid bey’de aslolanın mevcut meşruiyyetin varlığını koruması ve sözleşmenin yürürlüğe konması halinde kıymetinin ödenmesi iken, Şâfiî’ye göre aksine delil bulunmadıkça aslolanın meşruiyyetin kalkması ve sözleşmenin feshi olduğunu ifade eden müellif, usûlü’l-fikh’taki açıklamalarına gönderme yapar. Burada ise üzerine icmâ

⁸⁷ Debûsî’nin yaptığı tasniflerle ilgili olarak bk. Debûsî, *el-Esrâr*, II, 736.

⁸⁸ *a.e.*, II, 736.

⁸⁹ *a.e.*, II, 736.

edilen ilkeye göre çıkarımlardan (tahrir) söz edileceğini belirtip öncelikle şu hususun üzerinde icmâ edilmiş olduğunu söyler; şayet nehiy, yasaklananın bizatihi kendisiyle (özüyle) ilgili bir maksada binâen gelmişse bu akdin ref'i ve feshi gerekir, yasaklananın mahiyeti dışında bir maksada binâen gelmişse onu işlemek haram olmakla beraber nehiy o işin temelini etkilemez. Bu bağlamda hür insanın satımını (mütekavvim mal) olmamasından hareketle “haram liaynihi” kavramı çerçevesinde ele alan Debûsî, Cuma namazı vaktinde yapılan alışverişi de “haram ligayrihi” kapsamında görerek konuyu açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır.⁹⁰ Cuma namazı örneğinde alışverişin aslen câiz olduğu ve fakat cumaya gitmekten alıkoyduğu gerekçesiyle vasfen bozukluk taşıdığı hususuna dikkat çeken müellif, fâsid sözleşmenin de tıpkı bu örnekte olduğu gibi aslen sahih ve sağlam olmakla birlikte vasıf itibariyle bozukluk taşıdığını vurgulamak istemiştir.

Haram ligayrihi yaklaşımıyla bağlantılı olarak aile hukukundan, ibadetler alanından ve yeminler bahislerinden örnekler sunan müellifin, bu açıklamalarla ilgili olarak “Müdafaa hüccetle değil, mezheple yapılır ki; bu da zikrettiğimiz gibi delilin aslıdır”⁹¹ ifadesini kullanması da yukarıdaki açıklamalarla bağlantılı olarak değerlendirildiğinde mezhep içi tutarlılığın ve genel kabullerin önemine vurgu yapması açısından değerlidir. Ayrıca fâsid bir fiil üzerine yapılan yeminin bozulması gereğine işaret ederek yeminin asıl itibariyle in'ikadının gerçekleştiğini fakat vasfen bozuk bulunduğundan fâsid olduğunu açıklayarak nehyin sebebi olma açısından asıl-vasıf ayrımını belirginleştirmiştir. Öte yandan “Bu konunun açıklamasını usûlü'l-fikh'ta tamamladık”⁹² ifadesini kullanması, usûlü-furû ayrımına dikkat çekmesi ve usûle dair eserinin bulunduğunu bizzat belirtmesi açısından önem taşımaktadır. Söz konusu ifadede “tamamladık” şeklinde mazi sığası yani geçmiş zaman kipi kullanması da usûle dair eserini, furû ile ilgili olan *el-Esrâr*'dan daha önce yazdığını göstermektedir.

Debûsî'nin fâsid bey'in kabz ile malın kıymeti üzerinden mülkiyeti intikal ettireceğini belirtmesi ve açıklamanın merkezine kabz kavramını koyması, fâsid

⁹⁰ a.e., II, 736-737.

⁹¹ a.e., II, 739.

⁹² a.e., II, 739.

sözleşmenin hukûkî işlem olarak değil de maddi vakıa olarak varlığının bulunduğuna dikkat çekmesi açısından önemlidir. Öte yandan müellif, alış-veriş helâl, ribâyı haram kılan ayeti zikrederek⁹³ buradaki tahrir (haram kılma) olayının da akdin varlığına işaret ettiğini belirtmiştir. Zira alışveriş maddi vâkıa olarak bulunmasa kendisine tahrir hükmü bağlanamaz. Bu yaklaşıma örnek olmak üzere annenin nikahlanması yasağının uygulanması için annenin olmasının şart olduğunu beyan eden müellif, vasıf-mevsuf ilişkisinden hareketle mevsuf olmadan vasfın bulunmayacağı hususunu vurgulamıştır.⁹⁴

Debûsî, fâsid bey'î ve buna bağlı hükümleri açıkladıktan sonra muâmelât alanına giren fâsid nikah sözleşmesinin konunun dışında tutulacağını, dolayısıyla fâsid bey' ile aynı bağlamda düşünülmemeyeceğini ifade etmiştir. Fâsid nikah sözleşmesinin nesebin sabit olması, mehrin ve iddetin gerekmesi gibi sonuçlar doğuracağını ve fakat sahih nikah sözleşmesinde sabit olan kadından faydalanmanın helâl olması hükmünün (hıll) ortaya çıkmayacağını belirten müellif, vasıftaki haramlığın alım-satımdakinin aksine nikahta asla etki edeceğini vurgulamıştır. Böyle bir farkı alım-satım akdi ile nikah akdinin hükümlerinin farklı oluşundan kaynaklanmaktadır. Alım satım akdin hükmü “mülkiyet” nikah akdinin hükmü ise “hıll”dir.⁹⁵ Müellifin böyle bir istisna hükmüne varmasının temelindeki neden Hanefî doktrininde nikahın özel statüsüne binâen bâtıl-fâsid ayrımının bulunmamasıdır. Hanefî doktrininde ağırlıklı bir yere sahip olan bu görüşün gerekçesi esasta nikah akdinin mali mübadeleyi konu alan akitlerden mahiyet itibarıyla farklı oluşuna indirgenebilir.⁹⁶

Konunun başındaki akit çeşitlerini tasnife tabi tutan genel çerçeveden sonra doğrudan doğruya fâsid bey' ve onun hükümlerini açıklamaya girişen Debûsî, esasen “Büyû” başlığında işlediği 112 meseleden 47 tanesini fâsid sözleşme ile ilgili konulara ayırmıştır. Böyle bir yaklaşım, müellifin “Büyû” bölümünde fâsid sözleşmeyi ağırlıklı olarak işleme gayreti içinde olduğunun en açık delilidir. Öte yandan 27 fasıl başlığından 7 tanesini fâsid bey' konusuna ayırması da,

⁹³ el-Bakara, 2/275.

⁹⁴ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 738.

⁹⁵ Apaydın, *İslâm Hukukunda Hukûkî İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, s. 65.

⁹⁶ Apaydın, “Fesad”, *DİA*, XII, 418.

meselelerin orantısı incelendiğinde bölümde en ayrıntılı işlenen konunun fâsid bey' olduğu gerçeğini ortaya çıkaracaktır. Zira 20 fasıl alt başlığı altında toplam 65 mesele inceleyen Debûsî, 7 fasıl başlığı altında 47 mesele inceleyerek konuya verdiği önemi okuyucuya hissettirmiştir. Diğer taraftan fâsid sözleşmeyle ilgili teknik ve mezhep görüşünü teyid eden açıklamalarda bulunan, fâsidin meşru ile menhiyyün anh arasındaki konumuna işaret etmiş⁹⁷ ve bu suretle fâsid sözleşmeyi zihinlerde konumlandırmaya çalışmıştır. Böyle bir sınıflandırma Hanefilerin benimsedikleri dereceli hükümsüzlük anlayışını da temellendirmektedir.⁹⁸

Açıklamalarında ve delillendirmelerinde nakli delillerin yanısıra istihsanı da kullanan Debûsî,⁹⁹ genel olarak yerleşik kuraldan ayrılma şeklinde ortaya çıkan bir yaklaşım sunmuştur. Böyle bir durumda sözkonusu olayın benzerlerine uygulanagelen genel kuralın veya o olayı kapsayan genel bir delilin gereğinin, yahut nasların lafzının dışına çıkılması, olayın tabiatına uygun ve istisnaî nitelikte başka bir çözümün benimsenmesi sözkonusudur.¹⁰⁰

Bey' ile ilgili meseleleri ortaya koyarken genelde Şâfiî mezhebiyle mukayeseli açıklamalar ve gerekçelendirmeler yapan Debûsî, zaman zaman mezhep içerisinde mevcut olan farklı görüş sahiplerini muhatap alarak hüküm vermiş, görüşler arası tercihte de öncelikle Ebû Hanîfe'nin, daha sonra Ebû Yusuf'un, daha sonra da İmâm Muhammed'in görüşünü tercih etmiştir. İmâm Züfer'in görüşleri ise mezhep içi tercihlerde son sırayı almıştır. Şâfiî mezhebiyle mukayese yoluyla incelediği meselelerdeki yaklaşımları çok defa yoruma tabi tutmayan Debûsî, özellikle mezhep içinde farklı görüşlerin bulunduğu meselelerin sonunda tarafların (görüş bildiren tarafların) gerekçelerinin özündeki ilke ve bakış açılarını kısaca nakletmiştir. Buna örnek olarak satıcının bir evdeki payını satın almanın Ebû Hanîfe'ye göre câiz olmayıp, İmâmeyn'in bu konudaki cevaz hükmünü seçtiklerini belirten Debûsî, konunun sonunda "Ebû Hanîfe'nin görüşü kıyasa daha yakındır, İmâmeyn'in görüşü ise istihsan'a daha yakındır" şeklinde

⁹⁷ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 760.

⁹⁸ Apaydın, *a.g.m.*, XII, 417.

⁹⁹ İstihsan örnekleri için bk. Debûsî, *el-Esrâr*, II, 756, 758, 759, 761, 773, 784, 792, 793, 795, 796, 839.

¹⁰⁰ Bardakoğlu, "İstihsan", *DİA*, XVIII, 343.

yorum yapmıştır.¹⁰¹ Yine aynı şekilde kişinin borç ikrarıyla ilgili olarak kişi borcu ikrar ettikten sonra değersiz paradan olduğunu belirtmesi (züyûf) hususunda Ebû Hanîfe'nin ikrarın tasdik edilmeyeceği görüşünü, İmâmeyn'in ise kabul edileceği görüşünü savunduğunu bildiren Debûsî, meselenin sonunda "Ebû Hanîfe durumun hakikatine itibar etti, İmâmeyn ise örf'e itibar etti"¹⁰² ifadesiyle görüşlerin özüne ilişkin yorumlar yapmıştır. Bu yorumlar sırasında objektif yaklaşım sunduğu gözlenen müellifin yapmış olduğu tercihler kitabın geneli göz önünde bulundurulduğunda görüşleri önceleme-sonralama esasına dayalı olarak ortaya çıkmıştır.

Bölüm içerisindeki meselelerin girişlerinde öncelikle tercih ettiği görüşü sunan Debûsî, bundan sonra mukayesenin diğer tarafında yer alan yaklaşımı ortaya koymuş ve bunun gerekçesini açıklama yolunu tutmuştur. Bu esnada müellif karşıt görüşe dair açıklamaları çok defa muhatabının kendi dilinden aktarmıştır. Muhatabının bütün gerekçelerini sunduktan sonra mezhep farkı varsa Hanefî mezhebi âlimlerine atıfla, mezhep farkı yoksa (mezhep içi farklı görüşlerin mukayesesi yapıyorsa) tercih ettiği görüşü ortaya koyduktan sonra savunmaya geçmiştir. Bu savunma esnasında çeşitli yaklaşımlar sunan Debûsî'nin muhatabına hitap şekline onun tartışma üslubuyla ilgili ipuçlarına ulaşmak da mümkündür. Şâfiî mezhebi ile yaptığı tartışmalarda karşı taraf için zaman zaman "hasm" (Bu ifade eserin birçok yerinde geçmektedir. Büyü başlığında örnek olmak üzere bk. II, 750) ifadesini kullanan Debûsî, zaman zaman da mesele bazında mezhepler arası örtüşme noktalarını da belirtmekten geri durmamıştır. Müellif izah ettiği konunun dışında olan bir uygulamanın hükmü ile ilgili olarak "Bu durum sizin mezhebimize göre de bizim mezhebimize göre de böyledir"¹⁰³ ifadesini kullanarak hem konuyu açıklığa kavuşturmaya çalışmış, hem de mezhepler arası uzlaşma noktalarını belirginleştirmiştir. Öte yandan böyle bir yaklaşım, müellifin konuyla ilgili olarak muhatabının görüşünü bildiğini göstermesi açısından da önem taşımaktadır.

¹⁰¹ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 773.

¹⁰² *a.e.*, II, 828.

¹⁰³ *a.e.*, II, 737.

Şimdiye kadar yaptığımız açıklamalardan sonra Debûsî'nin metodu ile ilgili tutumunu örnek bir meselede incelemeye çalışacağız:

Müellif, eserinin 778. sayfasında “anne sütünün satımı bize göre bâtıldır” hükmünü zikreder. Bu hükmün gerekçesini açıklamaya geçmeden önce Şâfiî'nin bu konudaki karşıt görüşünü sunan Debûsî, Şâfiî'nin koyun sütünün satımına kıyasla böyle bir satıma cevaz verdiğini belirtir. Şâfiî'ye göre anne sütü diğer yiyecekler gibi helâl bir yiyecektir. Bu, insanoğluna gıda olarak yaratıldığı içindir. İnsanın yetişmesinin ilk dönemleri onunla yapılmaktadır. Buradan çıkan sonuç sütün mal olduğudur. Çünkü mal, bizim yararımız için yaratılan şeyin ismidir. Ayrıca süt, hizmet sözleşmesindeki “iş”le (amel) aynı statüde olmak üzere sütanne kiralaması sözleşmesinde hak edilmektedir. Dolayısıyla kağıt imalatı ve boyama mesleklerine dair olan rivayete kıyasla bizzat kastedilerek (yani akdin konusu olarak) satımı câizdir.

Şâfiî'nin görüş ve gerekçelerini bizzat onun dilinden açıkladıktan sonra mezhebinin görüşünü sunmaya ve savunmaya geçen Debûsî şunları söyler: Bize göre insan sütü mal değildir ve satımı câiz değildir. Çünkü bey', icmâ ile mal olmayan bir şey üzerine yapılmaz. Sütün mal olmadığı delili ise onun insandan doğan/ortaya çıkan bir ayn olmasıdır. Dolayısıyla insanın kılına, kemiğine, çocuğuna ve kanına kıyasla satımı câiz değildir. Bunların tamamı insandan doğmuştur. Asıldan meydana gelen cüz'de aslının hükmünü alır.¹⁰⁴

Bu açıklamayla asıl-cüz ilişkisini ön plana çıkaran Debûsî, bundan sonra insanın varlıklar hiyerarşisi içindeki konumuna dikkat çekip, insanın varolan malların mâliki statüsünde bulunduğunu, bu haliyle kendisinin mal olmasının yaratılış amacına ters düştüğünü ifade etmiştir.

Şâfiî'nin sütanne kiralama sözleşmesinde sütün akde -tıpkı hizmet sözleşmesinde işçinin amelinin akde konu olması gibi- konu olmasını sütün satımının gerekçesi olarak zikretmesine de cevap veren Debûsî, ayn-menfaat ilişkisinden hareketle yorumlar yapmıştır. Buna göre; menfaatler ayna bağlı

¹⁰⁴ a.e., II, 777.

a'razlardır. Aynlar ise arazların mahallidir. Yoksa a'razlar, aynlardan doğmuş değildir. Dolayısıyla a'razlar aynın dışında bir anlam taşırlar.¹⁰⁵

Bu açıklamasıyla Debûsî, sütün insanın bir parçası olarak ayn mahiyetini taşıdığını, kiralama sözleşmesindeki menfaatin ise bu statüde yer almadığını bildirmiştir. Öte yandan anne sütünün bizâtihi/mahiyeti itibariyle yiyecek olarak yaratılmayıp ancak çocuğun yetişmesinde kullanılacağını belirten müellif, bunun da kiralama sözleşmesiyle hak edilen emzirme işiyle (amel) mümkün olduğunu ifade etmiştir. Böyle bir işlemde sütün, kağıdın üzerindeki mürekkep gibi satıldığını da sözlerine ekleyen Debûsî, bu mahiyeti itibariyle kiralama sözleşmesine konu olduğunu, ayn kapsamında olan sütün bizzat kastedilerek kiralama sözleşmesine konu teşkil edemeyeceğini, yine aynı mantıkla hizmet sözleşmesindeki işçinin ameliyle aynı doğrultuda ele alınamayacağı hususunu vurgulamıştır.

Konuyla ilgili olarak insanın parçalarının yok olması durumunda tazmin yükümlülüğünün ortaya çıkması hükmüne bağlı olarak, sütün de bu statüde yer aldığını belirten muhtemel soruya da cevap veren Debûsî, yaranın iyileşmesi ve kırılan dişin yeniden büyümesi örneklerinde mevcut olan hükmün bu konuya da uyarlanacağını bildirerek bu konuda istisna mahiyeti taşıyan örnekleri zikretmekten geri durmamıştır. Bu bağlamda müellif cinsî ilişkinin her ne kadar insandan parça eksiltmese de bunun dışında tutulacağını, yani tazmin yükümlülüğünü doğruracağını ifade etmiştir. Bu cevabıyla tazmin yükümlülüğünün yokluğunu isbata çalışan müellif, esasen tazmin yükümlülüğünden hareketle sütün mal statüsüne girmesi, dolayısıyla da satımının câiz olması hükmüne giden yolları kapatmak istemiştir. Zira tartışmanın temelinde ve ayrılığın özünde anne sütünün mal olma (mütekavvim) açısından konumu yatmaktadır. Müellif de itlaf bahislerinden de örnekler getirerek görüşünü ispatlamaya çalışmıştır.¹⁰⁶

Şâfiî'ye cevap verirken asıl-cüz ilişkisine vurgu yapan Debûsî, hüküm olarak cüz'ün asıl ile aynı olduğu sonucuna varmıştır. Buradaki açıklamada önemli olan

¹⁰⁵ a.e., II, 779.

¹⁰⁶ a.e., II, 779.

bir nokta Debûsî'nin Mecelle'nin 47 ve 48. maddelerine nüve teşkil edebilecek bir yaklaşım sunmasıdır. Mecelle'nin "Vücutta bir şeye tabi olan, hükümde dahi ona tabi olur" şeklindeki 47. maddesi ve "Tabi olan şeye ayrıca hüküm verilemez" şeklindeki 48. madde müellifin bu yaklaşımın bir sonucudur diyebiliriz.

Savunduğu görüşü bütün yönleriyle ihtilaflardan uzak tutmak amacıyla İmâm Şâfî'nin sütün satımı ile ilgili olarak zikrettiği süt anne kiralama örneğine de cevap veren müellif, kiralamada akdin mahallinin (ma'kûd aleyh) ayn değil menfaat olduğu hususuna vurgu yapıp, ayn-a'raz bağlamında menfaatin hukûkî statüsüne dair ince tahlillere yer vermiştir. Debûsî bu tür açıklamaları muhatabına cevap verirken yapmanın dışında meseleleri açıklarken ispat vesilesi olmak üzere de kullanmıştır. Müellif sözkonusu izahlarda zaman zaman yaklaşımını kuvvetlendirici ve aynı doğrultuda örnekleri zikrederken, zaman zaman da yaklaşımın zıttına olan örnekleri sunmuş ve bir anlamda konunun zihinlerde konumlandırılmasına yardımcı olmuştur.

Kitabü'l-Büyû başlığı altında çeşitli şekillerde ortaya çıkan satım çeşitlerini inceleme konusu yapan Debûsî, bölümün başında yaptığı akit tasnifinde yer alan bütün sözleşme türlerini "Büyû" başlığı altında incelememiştir. Bu bağlamda kiralama sözleşmesi, sarf sözleşmesi gibi bey' türlerine ayrı başlık açarken mesele açıklamalarında söz konusu sözleşmelerle ilgili örneklendirme ve açıklamalar da yapmıştır. Diğer taraftan bölümün sonunda alım-satıma vekâletle ilgili on sayfalık bir açıklama yapan Debûsî, vekâlet kitabında vekâletin ayrı bir yönü üzerinde önemli durmuş ve bunu incelemiştir. Mahkemelerde husûmete vekil tayin etme diyebileceğimiz bu konu, vekâlete ayrılan bölümde ayrıntılı olarak incelenmiş, bununla birlikte alım-satıma vekâletle ilgili kısım kısaca geçilmiştir. Buradan anlaşılabilir müellifin konu sistematığına dikkat ettiği ve her meseleyi yerinde inceleyip gerektiğinde ilgili kısma atıflarda bulunduğu görülmektedir. Nitekim kiralama sözleşmesi (icâre akdi) ile ilgili bölümün başında yaptığı ayrımda istisna' (eser) sözleşmesini de zikretmiş fakat açıklama yapmaksızın "Biz bunu Büyû kitabında açıkladık"¹⁰⁷ şeklinde okuyucuyu ilerki kısma yönlendirmiştir. Büyû bölümünün başında müellifin akit çeşitlerine ilişkin tasnif yapmakla birlikte tasnifte zikredilen akit türlerinin bir kısmını açıklamalarının dışında tutması yukarıda yaptığımız

¹⁰⁷ a.e., II, 902

izahlar ışığında değerlendirildiğinde bey‘in model akit tipi olarak kabul edilip akitlere ait kuralların ve tasniflerin bu bölüm başında yapılması geleneğine uyduğunu göstermektedir.

Konuları açıklarken hukûkî kavramları ustalıkla kullanan Debûsî, bu bağlamda kavramları incelterek önemli tahlil ve tanımlarda da bulunmuştur. Büyû bölümünün hemen ilk sayfasında bey‘i tanımlayan Debûsî, “Bey‘, malın temliki üzerine kurulan bir akiddir”¹⁰⁸ açıklamasını yapmıştır. Ayrıca muâvaza,¹⁰⁹ kabz,¹¹⁰ madmûnu‘l-itlaf,¹¹¹ zevâid-i muttasıla,¹¹² zevâid-i munfasıla,¹¹³ hurmet,¹¹⁴ mütekavvim,¹¹⁵ in‘ikâd¹¹⁶ mübâdele,¹¹⁷ damânü‘l-kıymet,¹¹⁸ semen¹¹⁹ vb. gibi kavramların da sıklıkla ve ustalıkla kullanıldığını görmekteyiz. Bununla birlikte ileriki dönem kitaplarında görülen rûkûn, şart, hüküm gibi sistematik bir ayrımla açıklama yapmayan Debûsî, bu kavramları satır aralarında yeri geldikçe kullanmıştır. Diğer taraftan ilmi gelişme seyri içerisinde sistematik kitaplara geçişi kolaylaştıran bilgileri zikrettiğini belirtmeliyiz.

Muhataplarına karşı zaman zaman çok sert ifadelerle cevap veren Debûsî, karşı görüşün yorumunu yaparken “Hayır öyle değil”¹²⁰ Bu görüş hatalı/yanlış (galat)tır¹²¹ “Bu senin görüşün güçlü değildir”¹²² “Onların şu sözleri zayıftır”¹²³

¹⁰⁸ a.e., II, 736.

¹⁰⁹ a.e., II, 737.

¹¹⁰ a.e., II, 736.

¹¹¹ a.e., II, 779.

¹¹² a.e., II, 937.

¹¹³ a.e., II, 737.

¹¹⁴ a.e., II, 738.

¹¹⁵ a.e., II, 739.

¹¹⁶ a.e., II, 739.

¹¹⁷ a.e., II, 739.

¹¹⁸ a.e., II, 740.

¹¹⁹ a.e., II, 741.

¹²⁰ a.e., II, 740.

¹²¹ a.e., II, 777.

¹²² a.e., II, 811.

gibi ifadelerin yanında görüşleri bildirdikten sonra “Bunların hepsi güzel yaklaşımlardır”¹²⁴ ifadesiyle uzlaştırmacı tavır da takınmıştır.

b) Bağışlama Sözleşmesi (Hibe)

Bağışlama ile ilgili kısmı Kitabü'l-Büyû'dan önce ele alan ve inceleyen Debûsî bu bölüme kitabında 15 sayfalık yer ayırmıştır. (672-686) Bölüme, işleyeceği konuların özetini zikrederek başlayan müellif bu meyanda hibenin rükün, mahal ve hükümünün hibe bahislerinin çerçevesini oluşturacağını okuyucuya bildirmiştir. Böyle bir başlangıç, bölümle ilgili ön bilgi vermesinin yanında sistematik açıdan ileri dönem kitaplarında görülen rükün, şart ve hüküm şeklinde sıralanan tasnifle bağlantılı olması yönüyle de önem taşır. Bölümün girişinde rükün mahal ve hüküm kelimelerinin kullanan Debûsî, bölüm içinde mahal yerine şart kelimesini kullanmıştır. Bu da ileri dönem kitaplarına¹²⁵ ilişkin yaptığımız tespiti kuvvetlendirir mahiyettedir.

Yukarıda belirtilen ana tasnifi yaparak konuların mahiyetini okuyucuya bildirdikten sonra “Rükün faslı” şeklinde bir başlık atarak konuya giriş yapan Debûsî, Hanefî âlimlerinin çoğunluğuna göre hibenin rükününün akit ve teslimle tamam olacağını, kabz olmadan mülkiyetin gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir.¹²⁶ Mesele incelemelerinde genellikle hatta çoğunlukla Şâfiî mezhebiyle mukayeseli açıklamalar yapan Debûsî bu örnekte Mâlikî mezhebiyle mukayese yapmış ve İmâm Mâlik'in konuyla ilgili karşı görüşünü zikretmiştir. İmâm Mâlik, hibe akdiyle mülkün intikal edeceğini (dolayısıyla teslimle gerek olmadığını) ancak vârise yapılan hibede vâhibin (hibede bulunan kimse) teslimden önce ölmesi durumunda hibenin bâtil olacağını belirtmiştir. Mâlik bu görüşüyle hibenin temlik akdi olmasına ve satım, nikah gibi sözleşmelere kıyasla mülkiyetin kabza bağlı olarak askıda bulunmayacağı hususuna vurgu yapmıştır.

¹²³ a.e., II, 825.

¹²⁴ a.e., II, 826.

¹²⁵ Örnek olması için bk. Kasânî, *Bedâyi'u's-sanâyi' fi tertibi's-şerâyi'* (nşr. Ali Muhammed Muavvez v.dğr.), Beyrut 1997.

¹²⁶ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 672.

Debûsî, sünnet ve sahabe icmâından getirdiği delillerle konuyu açıklamasının yanında hibe sözleşmesinin hukûkî mahiyetinden hareketle konunun başında zikrettiği görüşü açıklamıştır. Buna göre hibe sözleşmesi emânet ve teberru mahiyeti taşır. Mülkiyet sadece akit ile intikal edecek olsaydı vâhibe (hibe eden) teslim etme sorumluluğu (damanü't-teslim) yüklenmesi gerekirdi. Hibe akdi de tazmin yükümlülüğü doğurmayan emânet sözleşmeleri kapsamında yer aldığından, başka bir deyişle daman akitleri kapsamında olmadığından teslim yükümlülüğü sonucunu doğurmaz. Dolayısıyla teslim gerçekleşmeden mülkiyet intikal etmez.¹²⁷

Debûsî, hibe kitabına hibenin rüknü ile ilgili bilgileri içeren böyle bir girişten sonra bölüm içinde genel olarak bölünmesi mümkün olan şâyi' hisseli malın hibesi, bir evin bir kısmının bir kimseye diğer bir kısmının da başka bir kimseye hibesi, bir evin birden fazla kişiye hibesi, zimmetteki alacağın hibesi, alacağın borçluya hibesi, hapis ve rukbâ kelimeleriyle yapılan hibe, hibenin şartı (Bu başlık girişteki tasnifte 2. sırayı alan mahal kelimesi yerine kullanılmıştır.) hibenin hükmü, bir kimsenin kardeşinin kölesine yapmış olduğu hibe, ivaz karşılığı yapılan hibede ivazın bir kısmının hak edilmesi durumunda vâhibin durumu, vâhibin hibesinden rucû etmesi, mevhubun (hibe konusu mal) değişmesi durumunda vâhibin rucû hakkı gibi konuları ve hükümlerini incelemiştir. Bölüm girişinde İmâm Mâlik'in hibe sözleşmesinin mahiyetiyle ilgili farklı görüşüne dayanan karşı görüşünü zikredip, bu görüşe mukâbil cevaplar veren Debûsî, bölümün diğer meselelerinden üç tanesinde Şâfiî ile mukayeseli açıklamalar yaparken bunun dışında mezhep içindeki İmâmlarla mukayeseli açıklamalar ve tercihler yapmıştır.

Hibenin rüknü ile ilgili olarak kabz ve teslim kavramlarına vurgu yapan ve hibe sözleşmesinin mahiyetinin, kuruluş ve işlerlik şartlarıyla bağlantısına dikkat çeken Debûsî, bölüm başında mahal olarak zikrettiği başlığı bölüm içerisinde şart olarak ifade etmiştir. Bu başlık altında mevhubun deyn olması durumunda ortaya çıkabilecek fesattan bahseden ve kabz kavramının olmamasını fesad sebebi olarak açıklayan Debûsî, kabzın mümkün olduğu durumlarda (koyunun sırtındaki yün, memedeki süt gibi) hibenin sahih olacağını belirtmiştir. Bu açıklamalarla

¹²⁷ a.e., II, 673.

müellifin bölüm girişinde mahal kelimesini kullanıp, bölüm içinde şart kelimesini kullanmasının sebebi anlaşılmış olmaktadır. O da hibeye konu olan malın (mahal) taşınması gereken şartların belirlenmesidir. Şart bahsinde deynin hibesi konusunu işledikten sonra diğer fasla (hüküm faslı) geçmeden önce şâyi' hisseli malın hibeye konu olamayacağı hükmünü içeren izahlara geçen müellif, bu konunun açıklanması esnasında da, şâyi' hisseli malın, ayırma (kısmet) kavramına bağlı olarak hibe sözleşmesine konu olamayacağını vurgulamıştır.¹²⁸

Debûsî, hüküm bahsinde ise hibenin bağlayıcı olmayan bir akit olup, vâhibe -bir engel yoksa- rucû' muhayyerliği hakkı vereceğini ifade etmiştir. Yukarıdaki bahiste (hibenin şartı) sadece hüküm belirtmekle yetinen Debûsî, bu bahiste İmâm Şâfiî'nin konuya ilişkin farklı görüşünü zikretmiş ve bu görüşün gerekçelerini sunmuştur. İmâm Şâfiî, hibe akdinin bağlayıcı olduğunu belirtip, ancak ârizi bir durum sebebiyle rucû' muhayyerliği hakkının kullanılabileceğini savunur. Ona göre vâhibin hibesinden dönmesini yasaklayan, ancak babanın oğluna yaptığı hibede durumun farklı olduğunu ifade eden ve hibesinden döneni kusmuğunu yiyen köpeğe benzeten hadislerden hareketle hibeden rucû' câiz değildir. Bununla birlikte ilk hadisten hareketle evlad olma. eş olma ve mahremiyet gibi sebeplerle rucû' câizdir.

Şâfiî'nin buradaki yaklaşımı, İmâm Mâlik'le aynı olup hibe sözleşmesini satım sözleşmesine kıyas ederek temlik akdi (kazandırıcı akitler) statüsünde görmesine dayanmaktadır.

Müellif konuyu Şâfiî'nin yaklaşımıyla açıkladıktan sonra "Bizim görüşümüzü destekleyen de sahabenin haberleridir"¹²⁹ ifadesiyle söze başlayarak Muhammed b. Hasan'ın (İmâm Muhammed) rivayet ettiği, Hz. Ömer'in (ra) yakınına hibede bulunan kişinin kabz (teslim)dan sonra rucû' hakkının kalmayacağını ifade eden, bununla birlikte yakınının dışında birine hibede bulunan kimsenin teslim (kabz) gerçekleşse bile rucû' hakkının olmadığını bildiren sözünü nakletmiştir. Konunun devamında Hz. Peygamber'in hibede teslimden önce vâhibin hakkının mevhub leh'ten (hibe edilen kişi) daha fazla

¹²⁸ a.e., II, 680-681.

¹²⁹ a.e., II, 681.

olduğunu ifade eden hadisi mezhebinin görüşünü desteklemek için kullanan Debûsî, sözkonusu hadisin başında “maruf hadiste Hz. Peygamber şöyle buyurmaktadır”¹³⁰ cümlesiyle söze başlamıştır. Daha sonra da “Bizim hadisiimiz daha evlâdır. Çünkü daha meşhurdur ve Allah’ın kitabına daha uygundur”¹³¹ yorumunu yapmıştır. Bu açıklama, müellif açısından meşhur hadisin hükme kaynaklık etme değerini göstermekle beraber, meşhur hadis için kullanılan “maruf hadis” ifadesi de bu konuda mezhep içindeki kavramsal gelişimi anlamamız açısından oldukça önemlidir. Debûsî, bu hadisi Şâfiî’nin zikrettiği ve -babanın oğula yaptığı hibe dışında- hibeden rucû’u nehyeden hadise cevap olarak vermiştir. Öte yandan Şâfiî’nin zikrettiği ikinci hadis olan ve hibeden dönmeyi, köpeğin kusmuğunu yemesine benzeten hadise de cevap veren Debûsî, hurmet-kubuh ayırımına dikkat çekmiş ve köpeğin söz konusu fiilinin kubuh kapsamında olduğunu, hurmet gerektirmeyeceğini belirtmiştir.¹³²

Hibe ile ilgili açıklamalarında istihsan delilini de kullanan Debûsî,¹³³ alacağını hibe eden kişinin hibe ettiği malı, mev’hûb lehine alması sonucunda İmâm Züfer’e göre kıyasen hibe işleminin sahih olmayacağını beyan etmiştir. İmâm Züfer’in bu görüşünü zikrettikten sonra, “üç arkadaşımıza göre (Ashabune’s-selâse) bu işlem istihsanen câizdir”¹³⁴ hükmünü veren müellif, istihsan açıklamasına geçmeden önce Züfer’e ait olan görüşün açıklamasını yapmıştır. Züfer böyle bir hibenin mahallini memedeki süt, buğdaydaki un ve susamdaki yağın satımına kıyasla câiz görmemiştir. Söz konusu malları şâyi’ mal statüsünde gören Züfer, şâyi’in bey’i kabul ettiğini ancak hibeyi kabul etmediğini belirtmiştir. Burada hukuktaki evleviyet tarikini kullanan Züfer, meseleyi açıklamak üzere vasıfların asıllardan bağımsız olarak akde konu teşkil etmeyeceği hususuna vurgu yapmıştır.¹³⁵ Bundan sonraki açıklama ve delillendirmelerinde asıl-vasıf ayırımını belirginleştirmeye çalışan Züfer, ağacın satımında -şart

¹³⁰ a.e., II, 682.

¹³¹ a.e., II, 683.

¹³² a.e., II, 683.

¹³³ a.e., II, 677.

¹³⁴ a.e., II, 677.

¹³⁵ a.e., II, 677.

koşulmazsa- meyvenin sözleşmeye dahil olmayacağı örneğini görüşüne destek olarak kullanmıştır.

İmâm Züfer'in açıklamalarından sonra "istihsanın şekli şudur" (ve vechü'l-istihsan)¹³⁶ ifadesiyle söze başlayan Debûsî, deyn kavramından hareketle açıklamalar yapmıştır. Buna göre deyn, temlik ve teslim işlemlerine konu olan bir maldır. Dolayısıyla ayna kıyasla hibe edilmesi câizdir. Deynin mal olmasını gerekçesinin temeline yerleştiren müellif, bu yaklaşımı açıklayarak görüşünü kuvvetlendirmeye çalışmıştır. Alış-verişte semenin deyn olması ve bunun üzerine akdin kurulması (in'ikad), nikahta deyn olan mehrin geçerli olması, miras bırakılarak bir mülkten diğer bir mülke geçmesi, kendisinden zekât gerekmesi gibi açıklamalarla deynin (buradaki deyn kelimesinden alacak anlamı çıkarılmalıdır) mal olduğunu ispat etmeye çalışmıştır.

Konunun devamında Züfer'in mezhebin üç âlimine zıt görüşlerini teker teker değerlendirmeye tabi tutan Debûsî, verdiği cevaplarla kitapta kullandığı üsluba ilişkin ipuçları vermiştir.

Deynin hibeyi kabul etmemesiyle ilgili olarak "deynin bunu kabul ettiğini söylemiştik"¹³⁷ "deynin kabzı mümkün değildir sözüne gelince bu söz güçlü değildir"¹³⁸ "Deyn sıfat hükmündedir sözüne gelince hayır öyle değil"¹³⁹ gibi açıklamalarda bulunmuştur. Muhatabına karşı kendi görüş ve gerekçelerini sunmakla yetinmeyen Debûsî, aynı zamanda İmâm Züfer'in görüşlerine de teker teker cevap vermiştir. Buradan anlaşılan müellifin konuyu tartışmacı bir üslupla ele aldığıdır. Burada dikkati çeken diğer bir husus da müellifin "Ashâbunâ es-Selâse" ifadesiyle Züfer dışındaki üçHanefî İmâmı kastetmiş olmasıdır.

Açıklamalarında kavramsal çerçeveyi çok iyi oluşturan Debûsî, bu son verdiğimiz istihsan örneğinde deyn ve ayn kavramları arasındaki ilişkiye değinmiş, bu bağlamda lehü deyn (alacak) ve aleyhi deyn (borç) ayrımını

¹³⁶ a.e., , II, 677.

¹³⁷ a.e., , II, 678.

¹³⁸ a.e., , II, 678.

¹³⁹ a.e., , II, 678.

belirginleştirmiştir.¹⁴⁰ Diğer taraftan hibe sözleşmesinin mahiyetiyle alakalı olarak kavramları daraltıp dakik tanımlar da yapan Debûsî, bu bağlamda “Hibe feshe ihtimali olan bir temlik akdidir” tahlilini ortaya koymuştur.

c) Trampa Sözleşmesi (Mukâyaza)

Aynların değişimini konu alan mukâyaza sözleşmesine özel bir başlık açmayan Debûsî, bu sözleşme tipini, Büyû kitabının başında yaptığı satım çeşitlerine ilişkin tasnifte mutlak bey‘ olarak tanımlamıştır. Modern Hukukta Trampa sözleşmesi ismini¹⁴¹ alan bu sözleşme tipi Debûsî’nin kitabında, Büyû başlığı altında fasıl alt başlığı açılmaksızın meseleler halinde işlenmiştir.

Debûsî, satım sözleşmesine ilişkin bölüme fâsid sözleşme ve onun hükmüne ilişkin açıklamalarla başlamış, ölçülebilir ve tartılabilir malların değişiminde ortaya çıkan fâiz şüphesine dayalı problemleri de bunun ardından ortaya koymuştur. Akdın mahalli (ma’kûd aleyh) ile ilgili probleme dayalı fesad başlığı altında ilgili meseleleri inceleyen müellif bu arada aynların değişimi arasında vukû bulan fâiz şüphesi, fâizin varlığı veya yokluğu ile ilgili meseleleri bahis konusu yapmıştır.

Müellifin mukâyaza sözleşmesi kapsamında ele aldığı konulara genel ve seçici bir bakışla göz attığımızda yemeğin yemekle satımında kabzın (teslim) şart olup olmaması,¹⁴² gümüş süslü kılıcın gümüşle değişimi,¹⁴³ canlı koyunun et ile değişimi,¹⁴⁴ hayvan etlerinin değişimi¹⁴⁵ gibi meselelerin inceleme konusu yapıldığını görmekteyiz. Konuyu aynların değişiminden çok aynların değişiminde ortaya çıkabilecek fâiz şüphesi ve değişimde ivaza tekabül etmeyen fazlalık bağlamında ele alan Debûsî, zikrettiğimiz meselelerin üç tanesinde Şâfî

¹⁴⁰ Söz konusu ayırım için bkz. M. Akif Aydın, “Deyn”, *DİA*, IX, 267.

¹⁴¹ Modern hukuktaki trampa sözleşmesinin mahiyeti ve hükümleriyle ilgili olarak bk. Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, I, 173-176; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, II, 371-378.

¹⁴² Debûsî, *el-Esrâr*, II, 752.

¹⁴³ *a.e.*, II, 753.

¹⁴⁴ *a.e.*, II, 758.

¹⁴⁵ *a.e.*, II, 768.

mezhebiyle mukayeseli açıklamalar yaparken bir tanesinde mezhep içerisinde farklı görüşlerin mukayesesi şeklinde bir açıklama tarzı benimsemiştir.

Trampa sözleşmesiyle ilgili yukarıda belirttiğimiz meselelerin ilkinde Debûsî “Arkadaşlarımıza göre yemeğin yemek karşılığında satın alınmasında akit meclisinde kabz şartı yoktur”¹⁴⁶ hükmünü zikreder. Konuyla ilgili Şâfiî, buğdayın buğdayla değişiminde eşitliği ve peşinliği şart koşan hadisteki peşinliği ifade eden “yed” kelimesini “kabz” olarak değerlendirir ve kabzın şart olduğunu belirtir. Diğer taraftan cinslerin farklı olması durumunda eşitlik şartının ortadan kalkıp peşinlik şartının belirleyici konuma yükselmesini de görüşüne ek olarak zikreden Şâfiî, bu hükmün yemekleri de kapsayacak olan umumi bir mahiyet taşıdığı hususuna vurgu yapar.¹⁴⁷

Şâfiî’in görüşünden sonra mezhebini savunmaya geçen Debûsî ise alışverişi helâl, farz, haram kılan ve müslümanların aralarında rıza esasına dayalı ticâret yapmalarını öngören ayetlerde kabz şartının bulunmadığını belirtip, olayın diğer umumi hükümlerle bağlantısına dikkat çekmiştir. Ayetlerle delillendirme yaptıktan sonra olayın hukûkî boyutuna değinen müellif, kabzın akitle gereken bir hüküm olduğunu, mülke kıyasla akdin sıhhati için şart olamayacağını belirtmiştir. Öte yandan akdin hükmünün akitten hemen sonra gerçekleşmesi gereken bir durum olduğunu, şartın ise bir şeye bitişik olmayı ifade ettiğini bildiren Debûsî, akdin cevazı için şart olmayan kabzın akit meclisinde gerçekleşmesinin gerekmeyeceğini dile getirmiştir.¹⁴⁸

Konuyu furû meselelerinden hareketle açıklamaya devam eden Debûsî, selem ve sarf sözleşmesinde kabzın gerekli olduğunu belirtmiştir. Konunun devamında sarf ve selem sözleşmelerinin hükümlerini açıklarken “insanlara kolaylık olsun diye (bu iki sözleşmede kabz gerekli kılındı)” şeklinde bir açıklama yapması müellifin, hükümlerin kaynağı olma açısından toplumsal ihtiyaçların önemine dikkat çekmesi yönüyle önem taşır. Söz konusu iki sözleşme tipinde Hanefî mezhebinin semenin mahiyetiyle ilgili genel yaklaşımdan hareketle

¹⁴⁶ a.e., II, 752.

¹⁴⁷ a.e., II, 752.

¹⁴⁸ a.e., II, 752.

,paranın teslim olmadan taayyün etmeyeceği hususuna vurgu yapan Debûsî, ayn hükümü için kabzın şart olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca müellif yemeğin değişiminde böyle bir mahiyetin olmadığını,¹⁴⁹ yemeğin aslı itibariyle ayn olması nedeniyle selem ve sarf sözleşmelerinde söz konusu olan kabz (ayniyyet) şartının bu örnekte gerekli olmadığını beyan etmiştir.

Diğer taraftan konunun hükmünü açıklarken hukûkî kavramlardan da yararlanan Debûsî, muâvaza kavramından hareketle akit meclisinde kabzın bulunmayışının eşitliği bozucu bir mahiyet taşımadığını ve bedeller arası dengenin ölçüyle belirleneceğini vurgulamıştır. Mecliste kabzın gerçekleşmemesinin eşitliği bozan bir mahiyet taşımasından çok erteleme (tehir) görevi üstlendiğine de değinen Debûsî, selem ve sarf meselelerine atıf yaparak bunlardaki kabz şartının ayniyyeti ispat amacına yönelik olduğunu tekrarlamıştır.¹⁵⁰

Mukâyaza sözleşmesi kapsamında sayabileceğimiz diğer bir örnekte Debûsî, canlı koyun ile etin değişimi konusunu ele almış ve canlı koyun ile etin değişiminin Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre her şekilde câiz olduğunu beyan etmiştir.¹⁵¹ Konuya ilişkin karşıt görüş bildiren İmâm Muhammed ise *Asl'*da zikrettiği, et ile hayvanın değişimi yasaklayan hadisten hareketle böyle bir değişimin kıyasen câiz olmadığını belirtmiş, koyundaki safi etin, değişimdeki etten fazla olması kaydıyla canlı hayvan ile etin değişiminin câiz sayılacağını bildirmiştir.¹⁵²

Kitabın genelinde uyguladığı üzere konunun girişinde Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a atıfla ortaya koyduğu görüşün gerekçesini açıklamadan İmâm Muhammed'in gerekçesini bizzat onun diliyle aktaran Debûsî, bundan sonra mesele başında zikrettiği görüşü açıklamıştır. İmâm Muhammed'e göre böyle bir satımda koyun, aynı cins bir mal ile değiştirilmektedir. Et, koyunun zımında mevcuttur. Satımın câiz olması için koyundaki safi etin, mukâbili bulunan etten

¹⁴⁹ *a.e.*, II, 753.

¹⁵⁰ *a.e.*, II, 753.

¹⁵¹ *a.e.*, II, 758.

¹⁵² *a.e.*, II, 758.

daha fazla olması gerekir. Konuyu başağındaki buğday ile soyulmuş buğday arasındaki satım ve susamın susam yağıyla değişimi şeklinde gerçekleşen satıma benzeten Muhammed, koyun ile et arasındaki değişimin bu örneklerden daha evlâ tarikile kıyasa aykırı olduğunu beyan etmiştir. Bu görüşü, etin koyunda bizzat aynıyla bulunması gerekçesiyle açıklayan Muhammed b. Hasan, şeyheyn'e karşı olan görüşünü kuvvetlendirmeye çalışmıştır. Canlı koyunun tartılabilir mallardan olduğunu da ifade eden Muhammed, bu yaklaşımını (mütekavvim) mal olma kaydıyla sınırlamıştır.¹⁵³

Meselenin başında Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a atıfla hüküm bildiren Debûsî, onların bu hükme nasıl vardıklarını belirtmemiştir. Bununla beraber İmâm Muhammed'in kıyasa göre hüküm verdiğini beyan eden ve bunu ortaya koyan müellif, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a ait görüşü açıklarken istihsan ifadesiyle söze başlamıştır. Bu meselede İmâm Muhammed'in hadise dayandırdığı kıyasına aykırı hüküm bildirmeyi istihsan olarak nitelendiren Debûsî, istihsanın gerekçesini şöyle açıklamıştır: Koyundaki et, ayrılmış et ile hükmen ve mahiyet itibariyle aynı cins değildir. Dolayısıyla, aralarında fâiz (ribâ) gerçekleşmez. Bu, tıpkı Herat elbisesiyle Merv elbisesinin farklı cins olması gibidir. Kesilmekle koyundan ayrılan et ancak yemek için elverişlidir. Canlı koyun ise besleme, çoğaltma ve sürü oluşturma amacıyla elde bulundurulur. Yemek ise bütün bunların dışındadır. Aralarındaki mahiyet farkı Herat elbisesiyle Merv elbisesi arasındaki farktan daha fazladır. Dolayısıyla bunlar iki ayrı cinsi ifade eder. Bunun sebebi de kendilerinden elde edilen menfaatin farklı olmasıdır.¹⁵⁴

Bu açıklama ile canlı koyunun veznî (ölçülebilir) olmadığını ortaya koyan müellif, meselenin sonunda İmâm Muhammed'in kıyasına gerekçe olarak sunduğu hadisle ilişkin olarak "Böyle bir hadis olsa bile ona mukabele etmek gerekir"¹⁵⁵ şeklinde bir yorum yaparak karşıt görüşün bütün argümanlarıyla ilgili açıklamada bulunmuştur. Müellif, İmâm Muhammed'in hadise dayalı genel kural kıyasına karşılık sunduğu yaklaşımı, kıyasa aykırı olması yönüyle istihsan olarak

¹⁵³ Burada İmâm Muhammed parçalanmış hayvanın ancak meşru şekillerde kesilmesi sonucunda veznî olabileceğini vurgulayıp meytenin bu hükmün kapsamı dışında kaldığını belirtir.

¹⁵⁴ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 759.

¹⁵⁵ *a.e.*, II, 759.

nitelendirmiş ve buradaki istihsan gerekçesini açıklarken “vechü’l-istihsan” ifadesini kullanarak söze başlamıştır. Açıklamalarında yaşadığı bölgeden esinlenerek yorumlar da yapan Debûsî, cinslerin farklılığını ifade için Herat ve Merv elbiseleri arasındaki farka dikkat çekerek konuyu açıklığa kavuşturmuştur.

Trampa sözleşmesi örneklerinde dil kurallarıyla ilgili yaklaşımlar da sunan Debûsî, hayvanların etlerinin birbirinden farklı cinsleri ifade ettiğini belirtmiş ve bunu da isim çeşitlerinden hareketle izah etmiştir. Konuya ilişkin Şâfiî, etin gıdası ve şekli açısından mahiyet birliğine vurgu yaparak söz konusu farkın vasıflarla ilgili olduğuna dikkat çekmiştir.¹⁵⁶ Diğer taraftan cins birliğini belirlemede örfün önemini vurgulayan Şâfiî, balığın etinin genel kullanımda et kelimesi içine girmediğini belirtmiştir. Şâfiî’nin bu gerekçelerinden sonra asılların farklı cins olmasının yanında isimlerin, şekillerin ve mahiyetin farklı bulunduğunu söyleyen Debûsî, etin kaynağı canlı iken farklıysa, ondan doğan parçaları da farklıdır gerekçesini konuyu açıklamak için zikretmiştir. Şâfiî’nin, et kelimesinin özel isim olarak bütün etleri kapsamı fikrine cevap olarak isimleri tasnif eden Debûsî şöyle bir açıklama yapar: Buna göre isimler iki kısımdır. Bunlardan biri fert isimdir. Diğeri ise vaz’ı itibariyle tamlama (muzâfe) isimlerdir. Bütün hayvan etlerinin ayrı ayrı fert ismi yoktur. Fert isim bütün hayvan etlerini kapsayan umumi bir anlam taşır. Bu etlerin her biri diğlerinden muzâfe ismiyle ayrılır. Koyun eti, sığır eti bunun örnekleridir. Bu etler birbirlerinden şekil olarak ayrılırlar. Bunları ancak görmekle ayırmak mümkündür.¹⁵⁷

Bu örnekte Debûsî, Şâfiî’ye cevap olarak dereceli bir isim tasnifi yapmış ve özel ismin kısımlarına işaret etmiştir. Bununla birlikte müellifin dile ilişkin yaklaşımını asıl gerekçesi olan esasa ilişkin mahiyet farkından sonra zikretmesi, dil kurallarının hükümlere kaynaklık etme hususundaki tali rolüne işaret etmektedir.¹⁵⁸

2. Kullanma Ve Yararlanma Hakkı Veren Sözleşmeler

a) Kiralama Sözleşmesi

¹⁵⁶ a.e., II, 768.

¹⁵⁷ a.e., II, 769.

¹⁵⁸ a.e., II, 769.

Kiralama sözleşmesiyle ilgili konuları “Kitabu’l-İcârât” başlığı altında inceleme konusu yapan müellif bu bölüme kitabında 35 sayfalık yer ayırmıştır. (902-937). Bölüm girişinde icâre kavramını tanımladıktan sonra kiralama çeşitlerine değinen ve bununla ilgili tasnifler yapan Debûsî, hizmet sözleşmesiyle ilgili konuları da icâre çerçevesinde işleyeceğini okuyucuya bildirmiştir. Biz hizmet sözleşmesini ayrı bölüm ve ayrı başlık olarak ele aldığımız için bu başlıkta sadece menfaatin satımı şeklinde ifade edilen gayr-i menkulün kiralanması ile ilgili meseleleri inceleyeceğiz.

Kitabındaki bölümlerin giriş kısımlarında çoğu zaman tanım vermeksizin “fasıl” ve “mesele” alt başlıkları çerçevesinde o bölümde ele alacağı konuların izahına geçen müellif, icâre ile ilgili bölüme icârenin mahiyetini açıklayarak ve icârenin türlerini tespit ederek başlamıştır. Bu meyanda icâreyi “menfaatin satımı şeklinde tanımlamakta, onu satımın bir türü olarak nitelemekte ve selem örneğinde olduğu gibi özel bir satım çeşidi olduğundan bu şekilde özel bir isimle anıldığını belirtmektedir.¹⁵⁹

Müellif icâreyi önce a) Sırf menfaatin satımı b) Tarafların kararlaştırmasıyla muhtevası belirli hale gelen emeğin satımı şeklinde iki neviye ayırmakta, sonra bunları şöyle açıklamaktadır: Bunlardan ilki tek çeşittir; o da bir evi bir aylığına kiralamak yahut bir adamı süre belirtmeksizin akit yapmanın geçerli olmayacağı bir işi yapmak üzere bir gün veya bir aylığına ecir tutmak (emeğini kiralamak) demektir. İkincisi yani süre belirtmeksizin tarafların kararlaştırmasıyla muhtevası belirli hale gelen emeğin satımı ise üç çeşittir. Aa) Sırf emeğin satımı. Bu kimsenin terziye kendi kumaşını verip belirli bir para karşılığında bir gömlek dikmesini istemesi örneğinde olduğu gibi. Bb) bir malın aynıyla birlikte emeğin satımı. Boyacının boya malzemesi kendinden olmak üzere bir elbiseyi boyaması örneğinde olduğu gibi. Cc) İstisna‘. Bu da sipariş verenin asıl amacının sipariş alanın emeğini elde etmek değil, belirli bir eşya yapmasını sağlamak olan eser sözleşmesidir. Görüldüğü üzere müellif, İslâm hukukundaki genel anlayışa paralel olarak kira akdinin yanı sıra günümüz hukuk düzenlemelerinde hizmet akdi ve iş akdi şeklinde ele alınan sözleşmeleri icâre üst başlığı altında işlemektedir. İstisna‘ akdinin mahiyeti konusunda burada da kısa bir bilgi vermekle beraber

¹⁵⁹ a.e., II, 902.

konunun ilgili başlıkta özel olarak incelendiğini belirtip okuyucuyu oraya yönlendirmektedir.

Bölüm, icâre sözleşmesinde bir görüşe göre doğrudan (Şâfiî Mezhebi) bir görüşe göre ise dolaylı olarak (Hanefî mezhebi) akdin konusunu teşkil eden menfaatin mahiyeti ve hukûkî statüsüne dair hüküm ve bu hükme dayanan meselelerin açıklanması şeklinde ortaya konmuş olan uzun bir meseleyle başlamaktadır. Müellif söz konusu meseleye otuz beş sayfalık bölümün yedi sayfasını ayırmakla konunun kendi açısından önemini belirtmiş ve çözümlenmesi gereken meselelerin başında bu meselenin yer aldığını okuyucuya hissettirmiştir. Nitekim konunun hemen başında bütün icâre türleriyle ilgili bir ilke (temel bir anlayış) vardır ki Şâfiî ile bizim aramızdaki meseleler bu konu merkezlidir. Bu yüzden önce bu ilkeyi, temel anlayışı belirtip açıklayacak, sonra meseleleri bunun üzerine bina edeceğiz.¹⁶⁰ ifadesini kullanan müellif, bununla icâre sözleşmesiyle ilgili ihtilafların temelinde menfaatin hukûkî statüsüne ilişkin yaklaşım farklılığının yattığını belirtmek istemiştir.

Debûsî önce Hanefî âlimlerinin, menfaatlerin yapısını, yani bir anda mevcut ve hazır olmayışını dikkate alarak, akdin konusu açısından icâre akdinin meydana gelişinin an be an yenilediğine hükmettiklerini, Şâfiî'ye göre ise akdin konusu açısından da icâre akdinin hemen (sözleşmenin yapılması anında) meydana gelmiş sayıldığını ifade etmekte, böylece meselenin özünü ortaya koymaktadır. Daha sonra Şâfiî'nin meseleye bakışını ve dayandığı delilleri etraflı biçimde verişini Debûsî'nin konuya olabildiğince objektif bir tartışma üslubuyla yaklaştığını göstermektedir. Bu meselede karşı görüşün temel gerekçesi satımın diğer nevilerine “kıyas” olduğu için¹⁶¹ Debûsî de birçok örnek zikrederek kıyasın sırf “bey” ve “muâvaza”nın biçimsel yönüyle değil “temlik” kavramı açısından bakılarak yapılması halinde daha sağlıklı sonuca ulaşılabileceğini savunmaktadır.¹⁶² Burada “şu açıdan benzerlerini bulamadıysak da şu açıdan dindeki benzerlerini bulup gösterdik” tarzında bir ifade kullanması, onun karşı

¹⁶⁰ *a.e.*, II, 902.

¹⁶¹ *a.e.*, II, 904.

¹⁶² *a.e.*, II, 906.

tarafın bakış açısıyla da meseleye bakmayı ihmal etmediğinin güzel bir örneğini oluşturmaktadır.

Debûsî, işaret edilen bu tartışma esnasında borçlar hukukunun yanı sıra aile hukuku, eşya hukuku, yargılama hukuku gibi birçok hukuk dalına ait meselelerden örnekler getirerek tezini (özellikle ileriye matuf irade beyanlarına hüküm atfedilmesi fikrini) güçlendirmeye çalışmakta hatta bilginin değeri problemi açısından itikadlar alanından, “şart” teriminin uygulamalarından olmak üzere ibadetler alanından bile örneklendirmeler yapmaktadır. Yine müellif görüşlerini desteklemek üzere “zaruret”¹⁶³ “kaçınılması imkansız durum”¹⁶⁴ gibi kavram kaide ve ilkelerden de yararlanmışır. Bütün bu tartışmalara hakim olan temel amacın, icâre akdinin cevazına delil aramaktan çok, bu cevazı diğer fikhi çözümlerle doktrindeki anlayış ve yaklaşımlarla bağdaşır bir izaha kavuşturma çabası olduğu gözlenmektedir. Yine buradaki delillendirme üslubu, ihtilafı veya yeni meselelerin doktrinde hükmü bilinen ve kabul edilen olaylara yapılan mukayeseler vasıtasıyla çözüme kavuşturulmaya çalışıldığını ve fikhî düşüncenin bu tür bağlar kurma ve birbiriyle insicamlı bir fikir örgüsü oluşturma çabasının ürünü olarak geliştiğini göstermektedir.

Bölümün girişinde belirttiğimiz Debûsî'nin de tasnifinden anlaşıldığı gibi icâre kitabı çerçevesinde mal ve hizmetin ücret karşılığı kiralanması mahiyetindeki hukûkî işlemi¹⁶⁵ beraberce inceleyen Debûsî önceliği malın kiralanması ile ilgili konulara vermiştir. (Konu başında ele aldığı ve kiralama sözleşmesi hükümlerini temel anlamda belirleyen özelliğe sahip menfaatin hukûkî mahiyetiyle ilgili yaklaşımları ve hatta yaklaşım farklılıklarını inceledikten sonra) Bu anlamda müellifin malın kiralanmasına ilişkin olarak işlediği konuların neler olduğunu söylemek gerekirse bir kimsenin kiraladığını kabzettikten sonra kendi ödemesine nispetle daha yüksek bir fiyata kiracı tutması, kişinin evini kendisinin de çalışma noktasında ortak olduğu bir iş karşılığında kiraya vermesi, şâyi‘ hisseli malın kiraya verilmesi gibi konuların ele alındığını, ifade edebiliriz. Bunların yanı sıra hizmet sözleşmesi kapsamına da girmeyen icâre akdinin bir özür nedeniyle

¹⁶³ *a.e.*, II, 907, 909, 910, 915, 916

¹⁶⁴ *a.e.*, II, 916, 922

¹⁶⁵ Bardakoğlu, “İcâre”, *DİA*, XXI, 380.

bozulması, tazir cezası veren devlet başkanının verdiği bu cezadan dolayı suçlunun ölmesi durumunda ortaya çıkan tazmin yükümlülüğü gibi konular da incelenmiştir.

Yukarıdaki genel açıklamalardan sonra Debûsî'nin malın kiralınmasıyla ilgili bir meselede, metoda ilişkin olarak ortaya koyduğu yaklaşımları tespit etmeye çalışacağız.

Kitabının 914. sayfasında şâyi' hisseli malın kiralınması konusunu işleyen Debûsî, şâyi' hisseli gayri menkulün kiralınmasının Ebû Hanîfe'ye göre fâsid olduğunu, bununla birlikte kiracının sözkonusu gayri menkulü iskan etmesi durumunda kendisine ecr-i misil gerekeceği hükmünü zikretmiştir. İmâmeyn ise bu konuda farklı görüş sunmuş ve böyle bir mahiyet taşıyan evin kiralınmasının câiz olduğu sonucuna varmıştır. İmâmeyn bu konudaki görüşünü şöyle açıklar: İcâre, menfaatlerin satımıdır. Böyle bir kiralama şâyi' hisseli bir aynın parçasını satmaya kıyasla, şüyû ile bâtil olmaz.¹⁶⁶

İmâmeyn'in görüşünü naklettikten sonra Ebû Hanîfe'nin mesele başında zikredilen yaklaşımının gerekçesini sunan müellif, Ebû Hanîfe'nin intifa'ın mümkün olmaması fikrinden hareketle bu sonuca vardığını belirtmiştir. Ona göre şâyi' cüzden tek başına faydalanmak mümkün değildir. Mahiyeti böyle olan bir evin kaçan köleye (Âbık) kıyasla kiralınması sahih değildir. Çünkü icâre bir bey'dir. Bey' de teslimi mümkün olmayan şeylerde fâsiddir.¹⁶⁷

Mesele başında zikredilen görüşten hareketle fâsid olarak ortaya çıkan kiralama sözleşmesinde maddi vâkıya dayalı sonucun bulunduğunu ifade eden müellif, fâsid sözleşmeyle kiralanan evde oturan kişinin –hukûkî işleme değil maddi vâkıya dayalı olarak- ecr-i misil ödemesi gerektiğini, teslimden aczin fesad üzerine ortaya çıkan in'ikadı engellemediğini vurgulamıştır. Açıklamalarında ayrıca ayn-cüz ayırımına da dikkat çeken Debûsî, şâyi' cüz'ün tek başına intifaya müsait olmadığı görüşünü desteklemeye çalışmıştır. Söz konusu yaklaşımları sunarken kabz kavramına vurgu yapan müellif, Hanefî mezhebinin

¹⁶⁶ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 914.

¹⁶⁷ *a.e.*, II, 914.

fâsîd sözleşmeye bağladıkları hukûkî sonuçla kabz arasındaki yakın ilişkiye değinmiştir.

Meselenin sonunda tarafların görüşleriyle ilgili yorum yapan müellif, Ebû Hanîfe'nin görüşünün daha ince (edekku) İmâmeyn'in görüşünün ise daha açık (ezhar) olduğunu bildirmiş, İmâmeyn'in görüşünün temelinde şüyû ile birlikte menfaatin bulunmasının olduğunu, Ebû Hanîfe'nin ise kismet (bölme) olmaksızın şâyi' hisseden intifâın mümkün olmadığına dikkat çektiğini belirtmiştir.¹⁶⁸

Bu meselede Ebû Hanîfe'nin görüşünü ilk başta zikretmekle yaptığı tercihi gözler önüne seren Debûsî, İmâmeyn'e ait görüşü zikrettikten sonra kitabın genelinde benimsediği üzere karşıt görüşün gerekçesini de ortaya koymuştur. İmâmeyn'in mevcut gerekçesini sunduktan sonra, önce Ebû Hanîfe'nin gerekçesini zikreden müellif, daha sonra Ebû Hanîfe'nin görüş ve gerekçelerine yenilerini ekleyerek desteklemiştir. Debûsî bu meyanda akdın sıhhatinin mülkün sebebi olduğunu, kiralama sözleşmesinde sıhhatin intifa ile bağlantılı olduğunu, şâyi' hisseli malda da kismet (ayırma) olmadan intifânın mümkün bulunmadığını ifade etmiştir. Ebû Hanîfe açıklamalarında kismet kavramına değinmezken Debûsî'nin onun adına ve onun görüşünü açıklama sadedinde sunduğu bu yaklaşım, onun tercihinin açık göstergesidir. Diğer taraftan in'ikad, sıhhat gibi teknik terimler ışığında açıklamalara girişen Debûsî, akdın fâsîd olarak kurulmuş olduğu gerçeğine dayalı olarak ve şüyû ile de olsa menfaatin aslen bulunması durumunda ecr-i misil gerektiğini vurgulaması da, Hanefî mezhebinin sözleşmelerin kuruluş ve sonuçlarıyla ilgili benimsedikleri dereceli hükümsüzlük anlayışının (fesad) Debûsî'deki tezahürü olarak yorumlanabilir. Büyû kitabının hemen başında kabz kavramıyla birlikte sözleşmeye birtakım sonuçlar bağlanacağını bildiren müellifin bu konudaki yaklaşımı da aynı mantığın ve çözüm kümesinin bir uzantısı olarak kabul edilmelidir. Diğer taraftan konunun açıklığa kavuşması için şirket bahislerinde örnekler getiren Debûsî ortağın evinin yarısını kiralayan kimsenin durumunun bundan farklı olduğunu ve böyle bir durumda teslim probleminin doğmayacağını belirtmiştir.

¹⁶⁸ a.e., II, 915.

İcâre bölümünün malın menfaatinin satımına ilişkin meselelerinde bir meselenin dışında mezhep içi farklı görüşlerin mukayesesini yapan Debûsî, icârenin özre binâen bozulması konusuyla ilgili olarak istihsan deliliyle ilgili açıklamalar yapmıştır. İcâre sözleşmesinin (olmayan fakat) olacak olana atıfla câiz kılındığını, asıl itibariyle dinin özüne uymayıp kıyasen bâtil olduğunu; fakat insanların bu işleme duydukları ihtiyaçlarından dolayı (li hâceti'n-nas) istihsanen câiz sayıldığını bildirmiştir.¹⁶⁹ İhtiyaç umumi olmaktan çıkıp kısmilik taşırrsa kıyas tercih edilir açıklamasını da yapan müellif bu izahında istihsanın kıyasa aykırı olmakla birlikte genelin ihtiyacını giderici özelliğin böyle bir muhalefeti meşrulaştırdığını, bununla birlikte bu umumiliğin ortadan kalkmasıyla kıyasın geçerli olacağını bildirmiştir. Müellif buradaki kıyas kavramıyla genel ve yerleşik kuralı kastetmektedir. Bu konudaki madumun satımını yasaklayan hadise dayanan genel kural, istisnaları dışında varlığını korumaktadır. Diğer taraftan icârenin, insanların ihtiyacına binâen kıyasa aykırı olarak hükme bağlanması da zarurete dayalı istihsan ile câiz kılındığını göstermektedir.

b) Âriyet Sözleşmesi

Debûsî'nin *el-Esrâr* isimli eserinin fihristinde âriyet kitabı şeklinde bir başlığa rastlayamadık. Eser yazma olup birçok nüshası bulunuyor. Bizim faydalandığımız Sâlim Özer'in tahkikli nüshasında böyle bir başlığın bulunmaması, diğer nüshalarda da bu başlığın olmadığı fikrini güçlendiriyor. Zira Sâlim Özer Bey birçok nüshayı inceleyerek bu tahkiki oluşturduğundan, âriyet bölümü nüshalardan her hangi birinde bulunsaydı tahkike dahil ederdi diye düşünüyoruz. Bununla birlikte eserin aslında yani ilk yazıldığı halinde âriyet bölümünün olduğuna kesin nazarıyla bakıyoruz. Zira müellif hibe ilgili başlıkta "âriyet kitabında açıkladığımız gibi"¹⁷⁰ ifadesini kullanmıştır. Bunun yanı sıra müellif, meseleleri açıklarken diğer furû meselelerinden de faydalanıp bu esnada âriyet ile ilgili örnekler de vermektedir. Özellikle âriyete yakın başlıklar olan hibe ve kiralama sözleşmesi gibi başlıklarda örneklerde değinmekten çok âriyetin mahiyet ve hükmüyle ilgili yaklaşımlar sunduğunu görmekteyiz.

¹⁶⁹ a.e., II, 909.

¹⁷⁰ a.e., I, 673.

Hibe bölümünün girişinde hibenin rüknüne ilişkin açıklamalar yapan Debûsî, hibe sözleşmesinde mülkiyetin nakli için teslim (kabz) in şart olduğu hususu üzerinde durmuş, buna mukâbil İmâm Mâlik mülkiyetin salt akitle intikal edeceği fikrini savunmuştur. Bu yaklaşımını bey‘ ve nikaha kıyasla ve temlik akdi kabul etmesinden hareketle ortaya koyan Mâlik, âriyetin bunun dışında olduğunu bildirmiş ve âriyetin ibâha olduğunu belirtmiştir¹⁷¹ İşte Debûsî de buradaki âriyet tahliline cevap verirken âriyetin mahiyetiyle ilgili bilgiler vermiştir. Hibe sözleşmesinin mahiyetini incelerken Mâlik’in ortaya koyduğu temlik kavramına açıklık getiren Debûsî, temlike hakiki olarak konu olmayan tasarrufların birincisinin menfaatin bedelle temlik olan kiralama (icâre) sözleşmesi olduğunu ve bunun sözleşmeyle (kabz olmaksızın) lâzım (bağlayıcı) hale geleceğini, menfaatin bedelsiz temlikinin ise bağlayıcı olmayan (gayri lâzım) bir akdi doğuracağını ve bunun örneğinin de âriyet olduğunu belirtmiştir.¹⁷² Bu açıklamada âriyetin mahiyetine ilişkin bir yaklaşım sunan Debûsî, bu sözleşmeyi menfaatin bedelsiz temlik kapsamında ele almıştır. Öte yandan âriyetin gayri lâzım (bağlayıcı olmayan) bir sözleşme olduğunu belirtmesi de âriyet sözleşmesinin hükmüyle ilgili Debûsî’nin yaklaşımını sunan önemli bir ipucudur.

Âriyetin ibâha olduğunu ifade eden İmâm Mâlik’e karşılık olarak “Âriyet kitabında açıkladığımız gibi âriyet ibaha değil hibedir”¹⁷³ açıklamasını yapan müellif, ayrıca âriyetin ivazsız temlik olduğu hususuna vurgu yapmış, vasiyetin bunun zıddına olduğunu, zira ölümden sonra temlik farkının mevcut olduğunu ifade etmiştir.

Bu açıklamalardan müellifin âriyet sözleşmesine ait bir başlık yazdığını fakat bunun günümüze ulaşmadığını anlıyoruz. Bunun sebebi zaman içindeki kayıplar veya müstensih hataları olabilir. Öte yandan müellifin âriyetin hükmüne ilişkin yaptığı açıklama da söz konusu bölümde nadiren gördüğümüz (bu kitabın pek az bölümünde gördüğümüz) rükün şart ve hüküm şeklinde ortaya çıkan sistematik ayrıma gittiğini gösteriyor olabilir. Zira yakın bir bölüm olan hibede bu sistematigi ortaya koyan Debûsî önce rükün, sonra şart ve sonra da hüküm

¹⁷¹ Sözkonusu yaklaşımlar için bk. Debûsî, *el-Esrâr*, I, 672.

¹⁷² *a.e.*, II, 973.

¹⁷³ *a.e.*, II, 673.

başlıkları açmıştır. Bundan da önemlisi hüküm bölümünde hibenin bağlayıcılığı ile ilgili açıklamalar yapmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere icâre sözleşmesiyle ilgili bölümde menfaatin hukûkî durumunu anlatırken menfaatlerin mirasa konu olmayacağını belirten müellif, âriyetin de aynı şekilde miras bırakılamayacağını vurgulamıştır. Bu açıklamadan sonra âriyetin menfaatin hibesi olduğunu bildiren Debûsî, müddet şartını da eklemiştir.¹⁷⁴

Debûsî âriyet alanın bunu bir başkasına âriyet olarak vermesi ile ilgili olarak Hilal er-Râzî'nin açıklamasını sunmuştur. Hilal er-Râzî âriyet alanın aldığı malı kiraya verme hakkının olmadığını, fakat başkasına âriyet olarak verebileceğini belirtmiştir.¹⁷⁵ Müellifin Hilal er-Râzî'den görüşünü kuvvetlendirmek üzere aldığı bu yaklaşımın, âriyetin, menfaati karşılıksız olarak başkasına temlik edilen (devredilen) mal¹⁷⁶ şeklindeki Hanefilerin yaygın anlayışına uygun olduğu görülmektedir.

c) Karz Sözleşmesi

Âriyetten farklı olarak ma'kûd aleyhin açısından değerlendirildiğinde tüketilerek faydalanılan mallar âriyet akdinin değil, karz akdinin konusu olurlar.¹⁷⁷ Debûsî de muhtemelen bu özelliği sebebiyle karz sözleşmesini nakitlerin değişimine ilişkin meseleleri ele aldığı "Sarf Kitabı"nda incelemiştir.

Sarf ile ilgili bölümün girişinde dirhem ve dinarların muâvaza akitlerinde taayyününün hükmünü inceleyen Debûsî, bölümün devamında borç alanın, (müstakrız) aldığı paranın kesada uğraması sonucunda ortaya çıkan tazmin yükümlülüğü, karz sözleşmesinde tecil (ecel), kendisinden misli olan bir malın borç olarak alınması¹⁷⁸ gibi konuları işlemiştir. Burada Debûsî'nin alışverişten ayrı

¹⁷⁴ *a.e.*, II, 908.

¹⁷⁵ *a.e.*, II, 910.

¹⁷⁶ Gözübenli, "Âriyet", *DİA*, III, 379.

¹⁷⁷ *a.g.m.*, III, 379.

¹⁷⁸ Debûsî'nin karz sözleşmesine ilişkin ele aldığı bu konu, Hanefî mezhebinin karza yüklediği ve piyasada bir emsali bulunan malın, emsali daha sonra iade edilmek üzere başkasına verilmesini

olarak nakitlerin el değiştirilmesi bağlamını göz önünde bulundurarak ve de borç kavramının ve işleminin genelde para ile ortaya çıkması düşüncesinden hareketle sarf bölümünde karza ilişkin konularını işlediğini söyleyebiliriz.

Müellif kitabının 881. sayfasında borç alan kimsenin (müstakriz), borç aldığı paranın kesada uğramaması durumunda ortaya çıkan tazmin yükümlülüğü ile ilgili olarak Ebû Hanîfe'nin "kesada uğrayan para adedî olarak mevcutsa adet üzerinden mislini tazmin eder" şeklindeki görüşünü nakletmiştir. Konuyu kabz ve kabzedilenle aynı bağlamda ele alan müellif, kabzedilen mevcut ise onu vererek boçtan kurtulmanın mümkün olduğunu belirtmiştir. Aynı şekilde gaspedilen paranın da piyasada adedî olarak misli mevcutsa, gâsıbın¹⁷⁹ ödemeyi sayı ile yapacağı ve bu şekilde borçtan kurtulacağını vurgulamıştır.

Ebû Hanîfe'ye ait bu görüşü zikrettikten sonra İmâmeyn'in görüşüne değinen Debûsî, onların altın veya gümüşten, kesada uğrayan paranın kıymetini ödemeyi öngören yaklaşımlarını sunmuştur. Buna göre karz işlemindeki ödeme, borcu, zimmetteki borcun misli olmalıdır. Zimmetteki borç da bu örnekte kesada uğramamış, kârgetiren paradır (Fulûs-i Râbiha) Paranın kesada uğraması helâk. yerine geçer. Zimmetteki borç helâk olduğunda ve bu helâk (yok olma) ten sonra borç konusu paranın tesliminde acziyet ortaya çıktığında gasbedilmiş aynda olduğu gibi misli ödenir.

İmâmeyn bu açıklamalarının devamında asıl-vasıf ayırımına dikkat çekerek, paranın kazandırıcılık vasfının ortadan kalkmasının aslının ortadan kalkması gibi telakki edileceğini, dolayısıyla tazmin yükümlülüğünün kıymet üzerinden gerekeceğini vurgulamışlardır.

Müellif Ebû Hanîfe'nin görüşünü desteklemek üzere açıklamasına "Biz deriz ki" ifadesiyle başlar ve şunları söyler: Ödemede zimmete gereken kabzedilenin muâdilini vermektir. Çünkü gasp, gasbedilen malın aynını vermeyi gerektirir.

öngören hakim anlayışla alakalıdır. Bu konu ile geniş bilgi için bk. Apaydın, "Karz" *DİA*, XXIV, 520-524.

¹⁷⁹ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 881.

Gasp, mutlak anlamda maliyet (mütekavvim olma) sıfatının bulunması üzerine tazmini gerektirir, semeniyet vasfının bulunması üzerine değil.¹⁸⁰

İmâmeyn'in asıl-vasıf ayrımıyla ilgili yaklaşımına da eleştiri getiren Debûsî, hükmün alakalı olduğu vasfı tespit etme noktasından hareketle, hangi hükümle alakalı olan vasfın tespit edilmesinden sonra vasfın ayn hükmünde kabul edileceğini vurgulamıştır. Bunun yanısıra gasp ile karzın ödeme borcunu eşit olarak algılayan müellif, hem gaspta hem de karzda ödemenin, paranın semeniyet vasfıyla alakalı olmayıp aynî mümâselet (eşitlik) ile ilişkili olduğuna dikkat çekmiş, şekil, terkip ve maliyet kavramlarının bu mümâselette unsur olduğunu belirtmiştir.¹⁸¹

Karz sözleşmesine ilişkin yaptığı açıklamalarda karzın âriyet sözleşmesi ile ilişkisine de değinen Debûsî borç vermenin (ikraz) âriyet verme (iâre) olduğunu belirtmiş, borç ile âriyetin farkını ise âriyetle menfaat mülkiyetinden sonra aynın bizzat tesliminin gerekmesi, borçta ise mislinin iadesinin lâzım olması şeklinde ifade etmiştir. Öte yandan konuyla ilgili hasım olarak nitelendirdiği Şâfiî'nin görüşüyle kendi mezhebinin yaklaşımını yorumlayan Debûsî, "Hasım zahire göre hüküm verdi. Karz zahiren ayna geçişli olduğu için temlik hususunda hibe gibi kabul etti".¹⁸² "Biz ise manaya baktık ve her iki sözleşmenin de aynın değil menfaatin temliki için yapıldığı sonucuna vardık."¹⁸³ açıklamasını yapmıştır.

Bu açıklamasıyla Şâfiî'nin ayn-menfaat ayrımında, karz sözleşmesini, ayn ile birlikte menfaate sahip olma şeklinde nitelendirmesinin zâhiri bir yorum olduğuna dikkat çeken müellif, mezhep yaklaşımının sözleşmenin mantığını göz önünde bulundurarak ortaya çıktığını belirtmiştir.

Karz sözleşmesine ilişkin meselelerin 2 tanesine Şâfiî mezhebiyle mukayeseli açıklamalarda bulunan Debûsî, bir meselede mezhep içindeki farklı görüşleri mukayeseli olarak incelemiştir. Kesada uğrayan para örneğinde Ebû Hanîfe ile İmâmeyn arasında mukayese yapan Debûsî, bu örnekte İmâmeyni ifade

¹⁸⁰ a.e., II, 882.

¹⁸¹ a.e., II., 882.

¹⁸² a.e., II, 886.

¹⁸³ a.e., II, 886.

de üzerinde eseri olan aynı hapsedme hakkı, ecir-i müşterekin vermiş olduğu zarardan sorumluluğu; kişinin, karısını ev işlerini yapmak üzere kiralaması, süt anne kiralama, sütçü kiralaması, bir kimsenin kendisi adına hac yapmak için başka birini kiralaması gibi konuların işlendiğini görmekteyiz. Bunların dışında kiralama sözleşmesinde ortaya çıkabilecek tazmin yükümlülüğüyle ilgili olarak hayvan kiralayanın kendi fiili sonucu hayvanın ölmesi veya devlet başkanının tazir cezası verdiği suçlunun ölmesi sonucunda ortaya çıkan tazmin yükümlülüğüne ilişkin konular da işlenmiştir. Bunlara doğrudan değinmemekle birlikte dolaylı yollardan atf yapılması gereken yerlere göndermeler yapacağız.

Debûsî, hizmet sözleşmesine ilişkin olarak ortaya koyduğu ilk meselede (malın kiralınmasına dair örneklerden sonra) ecirin işini bitirdikten sonra iş konusu olan aynda eseri olmak kaydıyla ücretini alana kadar işverenin malını elinde hapsedme hakkıyla ilgili olarak “üç âlimimize göre işçinin ücretine karşılık aynı hapsedme hakkı vardır”¹⁸⁵ hükmünü nakletmiştir. Konuyla ilgili aksi görüşte olan İmâm Züfer işçinin böyle bir hakkının olmadığını zira işçinin iş konusu maldaki tasarruf yetkisinin mal sahibinin yetkisi olduğunu belirtmiştir. Konuyu ecirin hukûkî statüsüyle açıklamaya çalışan Züfer, ecirin tıpkı vedîa alan kimse gibi emin olduğunu vurgulamıştır.

İmâm Züfer’in işçiyi bu görüşünden sonra işçinin amelini satan kimse olup, amelinin karşılığında alması gereken semene mukâbil malı elinde hapsedebileceğini belirten Debûsî, işçinin amelinin satımını aynın satımına kıyaslayarak bu sonuca ulaşmıştır.¹⁸⁶

Hizmet sözleşmesiyle ilgili örneklerde diğer bölümlerden daha fazla örfe atıflarda bulunan Debûsî, kavram olarak sadece örf kelimesini kullanmamıştır. Hayvanın kiralınmasında hayvanın geminden çekmek veya onu kırbaçla yürütmek hususunda örfte olduğu gibi¹⁸⁷ hareket eden kimsenin bu hareketinin sonucunda hayvanın ölmesi durumunda tazmin yükümlülüğünün bulunmadığını belirten müellif, açıklamasının devamında bu miktardaki bir hareketin (hayvanın

¹⁸⁵ a.e., II, 915.

¹⁸⁶ a.e., II, 915.

¹⁸⁷ a.e., II, 917.

gemini çekme, kırbaçla yürütme) örfün delaletiyle¹⁸⁸ izin verilen ölçüde olduğunu bildirmiştir. Diğer taraftan örf kelimesini ve adet kelimesini şer' kelimesiyle yan yana kullanan müellif örfün hükümleri belirlemedeki önemine de dikkat çekmektedir. Kocanın karısını, çocuğunu emzirmek, ekmek yapmak, yemek pişirmek veya kadınların âdeten evde yaptıkları bir işi yapmak üzere kiralaması durumunda icârenin fâsid olacağını belirten Debûsî, bu hükmün açıklamasında bu tür işlerin yapılmasının âdeten ve şer'en kadından beklendiğini¹⁸⁹ nafaka sorumluluğunun da bunlarla bağlantılı olarak kocaya yüklendiğini ifade etmiştir. Yine aynı konunun devamında ve aynı hükmü açıklamak üzere kadının ev işlerini yapmasının şer'an ve örfen kadından beklenen tavırlardan olduğunu beyan etmiştir.

İstihsan delilini bu bölümde bir tek örnekte kullanan müellif, maruf olan yiyecek ve geçimi karşılığında süt anne kiralamanın Ebû Hanîfe'ye göre câiz olduğunu belirtir.¹⁹⁰ İmâmeyn bu konuda kıyasa dayanarak aksi görüş beyan ederler. Onlara göre süt annelik karşılığında alınacak ecr (ücret) meçhuldür. bu tıpkı emzirme dışında belirlenmiş bir işi, yiyecek ve geçim karşılığında yapmak gibidir.

İmâmeynin kıyasına ayetle cevap veren Debûsî, babaya çocuğun ve annesinin maruf ölçüdeki nafakasını yükleyen ayetin, süt annenin maruf yiyecek ve giyim karşılığında kiralınmasına delil teşkil ettiğini belirtmiştir. Meseleyi zevi'l-erhâmın nafakası konusuyla ve oraya atıfta bulunarak açıklamaya devam eden Debûsî, babanın çocuğa ve annesine olan nafaka yükümlülüğünün dinin bir emri olduğunu, burada çocuğun nafakasına tekabül eden bedelin süte karşılık olduğunu, süt annede de dolaylı yoldan aynı işlemin görüldüğünü ifade etmiştir. Meselenin sonunda Ebû Hanîfe'nin manayı almayı güzel gördüğü (festahsene) ifade eden Debûsî, hükmün arka planına da ışık tutmuştur.

Bu örnekte İmâmeynin akitlerle ilgili genel kuralı ifade eden kıyasına aykırı hüküm veren Debûsî, bunu ayetle delillendirerek nass istihsanı yapmıştır. Ayrıca

¹⁸⁸ *a.e.*, II, 917.

¹⁸⁹ *a.e.*, II, 929.

¹⁹⁰ *a.e.*, II, 928.

istihsan yorumunda Ebû Hanîfe'nin manayı almayı güzel gördüğünü ifade etmesi de istihsanın mahiyetine ilişkin önemli bir ipucu mahiyetindedir.

Bölümde, yerleşmiş fıkıh terimlerinin farklı kullanımlarını da görmekteyiz. Belli bir zaman içinde hasıl edeceği emeğini işverene tahsis eden “ecir-i has” terimi yerine “ecir-i vahid” kavramını¹⁹¹ kullanan müellif, bu kullanımı yaptığı yerde Ebû Hanîfe'nin sahabi kavli ile kıyası mukayese eden usûlî yaklaşımına da yer vermiştir. Buna göre Ebû Hanîfe'nin sahabi kavilleri kendisine ulaşmamış gibi kıyas ile delillendirme yapacağını, çünkü onun mezhebinde kıyasın sahabi kavlden daha evlâ olduğunu, kıyasın anca sahabenin icmâ ile terkedileceğini belirtmiştir.¹⁹²

Mesele açıklamalarında hukukun genel prensiplerine de atıflarda bulunan Debûsî; kişinin, kendisi adına hacc yapmak üzere bir kimseyi kiralamasının hükmünü açıklarken Mecellenin 22. kaidesi olan “zaruretlar kendi miktarınca takdir olunur esasına telmihte bulunan izahlar yapmıştır. Aciz olma durumunda belli ibadetlerin nâib tarafından yapılabilir olduğuna dikkat çeken müellif, ölü etinin yenmesinde de acziyet ve zaruretin bulunduğunu ifade etmiş, bu işin zaruretin miktarına göre takdir olunacağını vurgulamıştır.¹⁹³

Bölüm genelinde usûlî açıklamalardan çok diğer furû meselelerinden hareketle gerekçelendirmeler yapan Debûsî, bu esnada belli hukûkî kavram ve yaklaşımları da ön plana çıkarmıştır. Aslında onun bu tavrı meselelerin çözüm kümesinde aykırılığa engel olmak ve mezhep içi tutarlılığı sağlamanın yanında muhatabı da daha güçlü argümanlarla susturma gayesidir. Bölüm içinde faydalandığı meseleler genelde hizmet sözleşmesiyle mahiyet birliği taşıdığı için âriyet, vedâ, karz gibi menfaatin ön plana çıktığı konuların yanında rehin, nikah gibi örneklerden de faydalanmıştır.

Mezhep içindeki âlimlere yaptığı atıflarda da farklı ifadeler kullanan Debûsî, “ulemâune's-selâse” ifadesiyle İmâm Züfer'in dışındaki üç âlimi kastetmiş, bunun dışında meşâyih kavramını kullanan müellif, bu gruba nisbet ettiği görüşten sonra

¹⁹¹ a.e., II, 923.

¹⁹² a.e., II, 923

¹⁹³ a.e., II, 936.

“bu zayıftır”¹⁹⁴ yorumunu yaparak söz konusu grubun görüşünü benimsemediğini ortaya koymuştur.

b) İstisna‘ (Eser) Sözleşmesi

Eser sözleşmesini Büyû kitabında bir mesele halinde inceleme konusu yapan Debûsî, diğer furû mesele açıklamalarında da istisna‘ örneğini pek kullanmamıştır.¹⁹⁵ İcâre sözleşmesini tasnif ederken yaptığı ikili ayırmda ikinci grupta yer alan, tarafların kararlaştırmasıyla mahiyeti belirli hale gelen amelin satımı başlığının üçüncü örneği olarak istisna‘ı zikretmiş, bununla birlikte açıklama yapmadan okuyucuyu Büyû’deki başlığa yönlendirmiştir. Esasen böyle bir tavır müellifin kitap içindeki sistematığe hakimiyetini göstermesinin yanı sıra, konu bütünlüğünü sağlamaya verdiği önemi de göstermektedir. Zira birçok meselede tekrardan uzaklaştığını gördüğümüz Debûsî, meselelerin bütünlüğünü sağlamak adına başlıklar halinde belli konuları zikretmeyi de unutmamıştır.

İstisna‘ sözleşmesine özel fasıl açarak inceleyen Debûsî, bu özel fasıl altında bir mesele inceleyerek konuyu bitirip mürâbaha yoluyla yapılan satıma geçmiştir. İstisna‘ meselesinde sözleşmenin mahiyetini ortaya koyan Debûsî, açıklamalarını Ebû Hanîfe ile İmâmeyn mukayesesine üzerine yapmıştır.

Müellif Ebû Hanîfe’ye göre istisna‘ sözleşmesinde süre belirlendiğinde sözleşmenin selem olacağını ve böyle bir durumda selem sözleşmesi şartlarına itibar edileceğini belirterek istisna‘ ile ilgili meseleye başlamıştır.¹⁹⁶ Diğer taraftan İmâmeyn, süre belirleme ile istisna‘ sözleşmesinin seleme dönüşmeyeceği, ancak istisna‘ın câiz olmadığı durumlarda selem olacağı görüşünü savunur. İmâmeyn bu açıklamasına gerekçe olarak, istisna‘ sözleşmesinin sanattan ortaya çıkan bir aynın satımı mahiyetini taşıdığını, zimmetle alakasının olmadığını sunar. Ayrıca istisna‘ sözleşmesinde sipariş veren kimsenin görme muhayyerliğinin bulunduğunu (aynı gördüğünde) selemde ise böyle bir hakkın olmadığını vurgulayan İmâmeyn, söz konusu iki sözleşmenin ayn satımı-deyn satımı ayırımına dayalı olarak farklılık taşıdığı hususunu belirtmişlerdir.

¹⁹⁴ a.e., II, 919.

¹⁹⁵ İstisna ile ilgili örneğe sadece icâre bölümünde rastladık. bk. Debûsî, *el-Esrâr*, II, 913.

¹⁹⁶ a.e., II, 843.

Ebû Hanîfe'nin süre ile bağlantılı olarak selem sözleşmesi mahiyetine bürünür açıklamasına da cevap veren İmâmeyn, buradaki sürenin mahiyet olarak selemden farklı olup, işçinin işi geciktirmesini engelleme amacını güttüğünü, yoksa ameli geciktirme mahiyeti taşımadığını ifade etmiştir.¹⁹⁷

Konunun diğer bir yönüne işaret eden Debûsî, Ebu Hanîfe'nin istisna' sözleşmesinde sanatkârın yaptığı aynı akde konu olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Ebû Hanîfe'nin görüşünden sonra İmâm Muhammed'in açıklamalarına geçen müellif, bu meyanda şunları söylemiştir: Muhammed diyor ki; sipariş veren kimse malı gördüğünde muhayyerliğe sahiptir. Çünkü o, görmediğini satın almıştır. Sözleşmenin istisna' şeklinde isimlendirilmesinin nedeni sanatkârın sanatından ortaya çıkan ayn (ayakkabı)ın kastedilmiş olmasıdır. Sanatın kendisi maksud değildir. Sanat ancak aynın sıfatı olabilir. Dolayısıyla mevsuf, mebî olmaya sıfattan daha layıktır (evlâ). Vadeli bir aynın mebî olması da selem sözleşmesini ortaya çıkarır. İstisna' da selemden kinâye olan bir sözleşmedir. Kıyas (akitlerle ilgili genel hüküm) istisna'sözleşmesinin câiz olmamasını gerektirir. Çünkü o, selem sözleşmesinden daha fâsittir (genel hükme aykırılığı seleme göre daha fazladır). Selem, vasfı bilinebilen herşeyde olabildiği gibi istisna' olarak cevazı teâmülün gerektirdiği şeylerde câiz olur. İstisna' olarak cevazına hükmedilemediği durumlarda selem statüsünde cevazına hükmedilir.¹⁹⁸

İstisna' sözleşmesiyle ilgili olarak İmâm Muhammed'e nisbetle yapılan bu açıklamada istisna'-selem bağlantısına dikkat çekildiği gibi her iki sözleşmenin mahiyetine ve meşruiyet zeminine ilişkin açıklamaların da yapıldığını görmekteyiz. Mesele başında Ebû Hanîfe'ye ait olan ve selemle bağlantılı bir hükmü içeren açıklamaya İmâmeynin katılmadığını ifade eden müellif daha sonra İmâm Muhammed'in istisna'ın konusuna ilişkin açıklamasını zikretmiştir. Bu izahında Muhammed istisna' sözleşmesinin konusuyla ilgili olarak Ebû Hanîfe'yle aynı fikirde olduğundan müellifin bu yaklaşımı sunduğu kanaatindeyiz. Çünkü mesele girişlerinde benimsediği görüşü veren, ardından karşı olan görüşü ve gerekçesini zikreden Debûsî, benimsediği görüşün gerekçesini açıklamaya giriştikten sonra genel olarak karşı görüşün gerekçelerini

¹⁹⁷ a.e., II, 843.

¹⁹⁸ a.e., II, 844.

sunmamıştır. Bu mantıktan hareketle İmâm Muhammed'in görüşünü, Ebû hanife'yi desteklemek üzere aldığını düşünüyoruz. Öte yandan İmâm Muhammed'in istisna' sözleşmesiyle ilgili olarak teâmül kavramına vurgu yapması da sözleşmenin temeldeki meşruiyet zeminini anlamamız açısından önem taşımaktadır.¹⁹⁹

c) Vekâlet Sözleşmesi

Vekâlet sözleşmesine ilişkin konuları kitabının iki ayrı yerinde ve ayrı başlıklar halinde işleyen Debûsî, satım sözleşmesine ait bölümün sonunda alım-satıma vekâletle ilgili bir fasıl açıp yaklaşık on sayfalık bir bölümde vekâlet sözleşmesinin hukûkî yapısına ilişkin yaklaşımlar sunmuştur.

Bey' ve şirâya ilişkin ortaya koyduğu ilk meselede Hanefî âlimlerine göre alım-satıma vekil olan kişinin akdin hukukunda akdi yapan mâlik statüsünde kabul edileceğini bildirmiş ve akdin hukuku kavramını açmak üzere semeni kabzeme, mebî teslim etme vb. gibi hususların akdin hukuku içinde mütalaa edileceğini vurgulamıştır.²⁰⁰

Müellif konuyla ilgili Şâfiî'nin vekili elçi statüsünde kabul ettiğini ve akdin hukukuna ilişkin hiçbir şeye sahip olmadığını ifade eden görüşünü de mezhep âlimlerinin gerekçesinden önce zikretmiştir. Şâfiî'ye göre vekil sadece akdi yapmaya yetkilidir. Bunun dışındaki tasarruflar hususunda yabancı kimse (ecnebi) gibidir. Öte yandan sarf sözleşmesini konunun dışında tutan Şâfiî, sarf sözleşmesinin mahiyetiyle bağlantılı olarak vekilin akit meclisinde kabza yetkili olduğunu belirtmiştir.

Şâfiî'nin gerekçelerini açıkladıktan sonra mezhebinin görüşünü savunmaya geçen müellif, Hz. Peygamberin Hakim b. Hizam'a bir dinar verip kurbanlık almasını emrettiğini onun da bir dinara kurbanlık alıp 2 dinara sattığını, paranın bir dinarıyla tekrar kurbanlık alıp Hz. Peygambere kalan dinarla kurbanlığı

¹⁹⁹ İstisna sözleşmesinin mahiyeti ve hukûkî dayanağı ile ilgili mezhep yaklaşımlarını tespit için bkz. Aktan, "İstisna", *DİA*, XXIII, 393-396.

²⁰⁰ *a.e.*, II, 857.

götürdüğünü, Hz. Peygamberin de bunu övgüyle karşıladığını nakletmiştir.²⁰¹ Bu hadisi zikrettikten sonra bu hadiste Hz. Peygamberin Hakim'i kabza vekil kıldığına dair bir bilgi olmadığını da belirten Debûsî, buradan hareketle vekilin kabz yetkisinin akdin hükmü²⁰² ile bağlantılı olarak mevcut olduğunu ifade etmiştir.

Açıklamalarının devamında vekilin hukûkî statüsüne ilişkin izahlarda bulunan müellif, bu meselede vekilin hür, akıllı ve bâliğ olduğu gerçeğine dikkat çekmiş, kendi malları hakkında tasarruf yetkisine sahip kimsenin vekil olabileceğini vurgulamıştır. Böyle bir kişinin kişisel yetkinliğinin yanında akdin mahalli üzerinde yetkili olma durumu (velâyet) meydana geldiğinde tasarrufunun geçerli olacağını (tenfiz), ancak başkasının malı üzerinde tasarruf yetkisinin (velâyet) dini kısıtlama (hacr-i şer'i) yüzünden geçerli olmayacağını bildirmiştir. Dolayısıyla mal sahibinden izin alındığında vekilin, bireysel yetkinliğe de sahip olduğundan vekâletle akdin hukuku hususunda mal sahibinin yerine geçeceğini belirtmiştir.²⁰³

Vekil-müvekkil ilişkisini belirleme hususunda merkezde yer alan akdin hükmü ile hukuku ayırımına dikkat çeken müellifin bu açıklamaları, akit teorisiyle ilgili çerçeve çizmenin yanında yaşadığı dönemin fıkıh kültürünün gelişmişlik düzeyini göstermesi açısından önem taşımaktadır. Öte yandan vekilin hukuken yetkin sayılan kişilerden olması ve mal üzerindeki velâyet kavramlarına da değinen Debûsî, vekil açısından vekâlet sözleşmesinin kuruluş şartlarını da ön plana çıkarmış görünmektedir.

Diğer taraftan vekâlet işleminin, hükmü bir mâlikten diğer bir mâlike geçmeyi (intikal) kabul eden akit türlerinde geçerli olacağını da sözlerine ekleyen Debûsî, Şâfiî'nin rasûl (elçi) benzetmesine de cevap vermiştir. Rasûlün ibareyi nakletmekle görevli olduğunu, akit yapmakla emrolunmadığını, ibareyi (akit

²⁰¹ *a.e.*, II, 858.

²⁰² Bu bölüm metinde akdin hükmüyle irtibatlandırılrsa da biz bunun akdin hukuku bağlamında ele alınmasının daha doğru olduğunu düşünüyoruz. Metinde geçen hüküm kelimesi kanaatimizce müstensih hatasından kaynaklanmaktadır. Akdin hukuku ile Debûsî'nin açıklamaları için bk. Debûsî, *el-Esrâr*, II, 857.

²⁰³ *a.e.*, II, 858.

ibaresi) ulaştırınca da görevinin sona ereceğini bildirerek akdin hukukuyla bağlantısının olmadığı hususuna vurgu yapmıştır. Açıklamasında rasln akitleşme noktasında (mukade) sınırlı (mahcur) olduğunu da belirten Debûsî, vekil ile rasul arasındaki statü farkını belirginleştirmeye çalışmıştır.

Bey‘ ve şirya vekâlet faslını, vekilin akdin hukuku üzerindeki yetkisi konusuyla açan müellif, bundan sonra sırasıyla alım yapmaya vekil olan kişinin malı satın alıp kabzettikten sonra müvekkili semeni deyene kadar malı elinde hapsetme hakkı satıma veklette vekilin müşteriyi semenden ibrâ etmesi, selem sözleşmesine vekâlet, mutlak olarak satıma vekâlet, satıma vekil olan kişinin malı, lehinde şehadeti câiz olmayan kişilerden birine satması, müslümanın zimmyi şarap ve domuz satın almaya vekil tayin etmesi gibi konuları incelemiştir.

Söz konusu meseleleri incelerken yukarıda zikrettiğimiz vekilin akdin hukukuna ilişkin tasarruflardaki konumuna değinen meselenin dışındaki meselelerde şfi ile değil de mezhep içindeki İmâmların görüşleri arasında mukayeseler yapan Debûsî, bu tartışmalar esnasında By bölümünde zikrettiğimiz tercih sırasını izlemiştir. Açıklamalarında usl yaklaşımlardan çok furû örneklerini kullanan müellif, bu bağlamda özellikle aile hukukundan örnekler getirmiştir. Buna misal olarak tevkil işlemini hükmü intikal edebilen akit türleriyle sınırlayan müellif, nikah sözleşmesini, böyle bir özelliği haiz olmadığından bu hükmün dışında tutmuştur.²⁰⁴

Açıklamalarında örfe de işaret eden müellif özellikle ticâret erbabı arasında geçerli olan kurallara işaret etmek üzere “teâruf”²⁰⁵ kelimesini kullanmıştır. Ayrıca zimmetteki alacağa dinin (şer‘) mal hükmünü verdiğini belirttikten sonra rfn de böyle bir kullanımı desteklediğini belirterek din ile rf yan yana kullanmış ve bir anlamda rfn önemine dikkat çekmiştir. Burada dikkat çeken diğer bir husus da rfn başlı başına değil de yardımcı bir delil olarak işlev gördüğüdür.

Satım sözleşmesinin sonuna eklenen bey‘ ve şirya vekil tayin etme ile ilgili bölümde yukarıda bahsedilenin dışında vekilin sözleşmedeki konumunu

²⁰⁴ a.e., II, 857

²⁰⁵ a.e., II, 864.

irdelemeye yönelik açıklamalar yapan Debûsî, bir anlamda bölüm girişindeki hüküm-hukuk ayırımında vekilin konumunu belirginleştirmeye çalışmıştır.

Vekâlete dair açtığı özel başlıkta alım-satıma vekâlet konularını başlıklar vererek geçen Debûsî 12 sayfalık vekâlet kitabına husûmete vekil kılınan kişinin müvekkili aleyhine ikrarda bulunduğu bunun geçerli olup olmayacağı meselesini ele alarak başlamıştır. Kitabının genelinde müstakil bölümlere fasıl veya meselelerle giriş yapan müellif, bu kısma doğrudan doğruya yukarıda belirttiğimiz konuyla ilgili görüşleri zikrederek başlama yolunu seçmiştir.

Bölümde işlenen konulara baktığımızda genel olarak husûmete tevkil, irtidad eden ve dâru'l-harbe giden vekilin durumu, kısas ve kazif haddinin isbatıyla ilgili tevkilin hükmü, deyni (alacak) kabza tevkil, alım ve satıma tevkil, vekilin azli gibi konulara değinildiğini görmekteyiz. Yukarıda işaret edildiği üzere alım-satıma vekil tayin etme ve bunun hükümleri satım sözleşmesi kısmında incelendiğinden burada değinilip geçilmiş ve vekâlet sözleşmesiyle ilgili farklı meseleler inceleme konusu yapılmıştır.

İlk olarak husûmete vekil olan kişinin mahkeme meclisinde müvekkili aleyhine ikrarda bulunduğu bunun geçerli olacağını, mahkeme dışında ise bunun geçerli olmayacağını belirten müellif, bu hükmün gerekçesini açıklamadan önce Şâfî ve Züfer'in nerede olursa olsun böyle bir ikrarın sahîh olmayacağı kanaatini taşıdıklarını nakletmiştir.²⁰⁶ Yine müellifin belirttiğine göre Ebû Yusuf'un ilk görüşü de bu yönde olmakla beraber daha sonra kanaati değişmiş ve ister mahkeme içinde isterse mahkeme dışında olsun böyle bir ikrarın geçerli olacağına hükmetmiştir. Nerede olursa olsun böyle bir ikrarın sahîh olmayacağını savunanlar bu görüşü şöyle delillendirmişlerdir: Burada husûmete vekil kılınan kişiden söz edilmektedir, “husûmet” de hasımla yapılan tartışma yolla konuşmanın ismidir, destekleme yollu konuşma ise “husûmet” ve “münâzaa” olarak isimlendirilemez. Dolayısıyla husûmete tevkil edilen kişi, davaya ve husûmete yetkilidir. İkrar bunun dışındadır.²⁰⁷

²⁰⁶ a.e., II, 984.

²⁰⁷ a.e., II, 984.

Debûsî karşı görüşün gerekçesini açıkladıktan sonra kendisinin de benimsediği mezhepteki hakim kanaati şöyle savunmaktadır. Bu lafzın hakikat anlamı muhalif tarafın hükmettiği sonucu gerekirse de biz onu terkettik ve sözü mecaza hamlettik ki bu da tevkilin hasma cevap verme anlamında kabul edilmesi demektir. Çünkü hasma cevap bizâtihi/mahiyeti bakımından husûmet olmayıp destek niteliğinde olsa da başkasıyla husûmet sebebine dayanmasından veya bir husûmet karşılığında ortaya konmuş olduğundan dolayı mecazen husûmet olarak nitelendirilir.²⁰⁸ Diğer taraftan müellif, Kur'an'daki bir kullanımı da (eş-Şurâ 42/40) delil göstererek dil kaidelerinden yararlanmış, sözün hem hakiki hem de mecazi anlamda kullanılabilceğini, bu olayda da sözün mecaza hamlinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Konuyu açıklığa kavuşturmak ve mezhebinin görüşünü desteklemek amacıyla yeminlerde kullanılan ifadelerden örnekler vermiş ve bu ifadelerin hakiki anlamla birlikte mecaz anlamı da kapsayacak şekilde hüküm icra ettiğini, eğer mecaz anlamı ihlal eden bir durum olursa yeminin bozulacağını belirtmiştir.

Müellifin bu izahları sırasında karşı tarafça ileri sürülebilecek muhtemel itirazları dile getirip bunlarda durumun farklı olduğunu ortaya koymaya çalışması, mesela vasinin gözetimi altında olan çocuğun aleyhinde ikrarda bulunamayacağı meselesinin bu meseleye benzemediğini açıklaması onun hükümleri delillendirme metoduna ışık tutması açısından dikkat çekicidir.

Bütün bu izahlardan sonra Ebû Yusuf'un ister mahkeme içinde, isterse mahkeme dışında olsun böyle bir ikrarın geçerli olacağı şeklindeki son (üzerinde karar kıldığı) görüşünü de ele alan müellif, hem Ebû Yusuf'un hem de Ebû Hanîfe'nin görüşlerini hangi gerekçelere dayandırdıklarını açıklamaktadır. Esasen Ebû Yusuf'un gerekçesi buradaki hukûkî ilişkinin mahiyetine Ebû Hanîfe'nin gerekçesi ise lafzî bir izaha dayandığı halde Debûsî'nin Ebû Hanîfe'nin görüşünü tercih ederken "Bu hem daha iyi bir izah tarzıdır hem de nizâyâ açık olmaktan uzaktır"²⁰⁹ şeklindeki ifadesini kullanması kendisini bu görüşü tercihe yönelten asıl amilin, bu çözümü hukûkî düzenlemelerin olabildiğince nizâyâ kapalı tutulması ilkesine yakın bulması olduğunu düşündürmektedir.

²⁰⁸ *a.e.*, II, 984.

²⁰⁹ *a.e.*, II, 985.

Bu bölümde müellifin geniş biçimde ele aldığı diğer bir mesele hasmın buna muvafakat etmemesinin tevkil geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği konusudur. Ebû Hanîfe'ye göre –hastalık veya yolculuğa çıkma gibi bir özür dışında- hasmın rızası olmadıkça husûmete tevkil işlemi geçerli değildir.²¹⁰ Ebû Yusuf da başta böyle düşündüğü halde bu görüşünden vazgeçmiş ve geçerli olacağına hükmetmiştir. Muhammed b. Hasan ve Şâfi'nin görüşü de geçerlilik yönündedir. Bu görüşte olanların delillerini ortaya koyarken müellif öncelikli olarak Hz. Ali'nin konuya ilişkin uygulamasına değinmekte daha sonra hukûkî tahlillere yer vermektedir. Bu, müellifin sahabe ve özellikle Hulefa-i Raşidin uygulamalarına atfettiği önemi göstermektedir. Diğer yandan bu gruptaki fakihler görüşlerini hak kavramıyla bağlantılı olarak açıklamışlar ve vekil tayin etme hakkının müvekkile ait bir hak olduğunu, bunun geçerli olabilmesi için başkasının rızasına ihtiyaç olmadığını belirtmişlerdir. Buna karşılık müellif konu başında zikrettiği ve Ebû Hanîfe'ye ait olan görüşü bizzat Ebû Hanîfe'nin diliyle aktarmıştır. Buna göre hasmın rızası olmaksızın yapılan tevkil işlemi hasma zarar verme ihtimaline bağlı olarak geçersiz sayılmaktadır. Görüşe ilişkin sorulması muhtemel sorulara az önce belirttiğimiz perspektiften hareketle cevaplar veren müellif, hükmü güçlendirmek amacıyla davacının davalıdan yemin isteme hakkını ifade eden hadis-i şerifi zikretmiştir.

Yaptığı açıklamalarla hasmın zarara uğrama ihtimalinin habersiz tevkil işleminin geçerli olmaması hükmünün temeline koyan Debûsî, (esasen bu görüş Ebû Hanîfe'ye ait olup Debûsî savunmaktadır) husûmete tevkil işleminde câri olan duruma atıfta bulunarak müvekkil konumunda bulunan kimselerin genellikle hakkın ortaya çıkmasını istemekten çok her türlü hile ile müdafaayı arzu ettiklerini açıklamıştır. Öte yandan ortaya konan görüş ve gerekçelerin temelindeki fikri de açıklama gereği hisseden Debûsî, İmâm Muhammed ve Şâfi'nin hak kavramından hareketle sonuca ulaştıklarını, Ebû Hanîfe'nin ise meydana gelen genel durumdan (adet) hareketle (ve zarar ihtimalinden dolayı) hükme vardığını belirtmiştir.²¹¹

²¹⁰ Hanefî mezhebinde hakim görüş bu olmakla birlikte vekilin davaya katılmasını hakimnin görüşüne bırakan fakihler de vardır. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz Tanrıverdi, *İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta Vekâlet Akdi*, s. 75.

²¹¹ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 988.

Vekâlet sözleşmesine ilişkin meselelerin sadece bir tanesinde istihsana dayalı açıklamalar yapan Debûsî,²¹² usûle dair tanımlarda da bulunmuş ve vekilin haber-i vâhid ile azli konusunda haber-i vâhid ile ıstışhâbı karşılaştıran bir değerlendirmede bulunmuştur. İlk olarak haberi vâhidin doğruluğuna dair delil bulunmadıkça hüccet olamayacağı gerektiğini belirten müellif,²¹³ Hz. Peygamberin haberinin bile adalet şartını taşıması gereğine vurgu yaptıktan sonra karşı görüşün muâmelât alanında tevkil ve azl işlemlerinin zaruretin sonucu olduğunu ve adalet şartının insanları sıkıntıya sokacağını ifade eden görüşlerine cevap olarak muâmelât alanında herhangi bir haberi işiten kişinin ıstışhab-ı halden başka delilinin olmadığını, haber-i vâhidin de zarureti defetme noktasında ıstışhaptan daha evlâ olduğunu vurgulamıştır.²¹⁴

4. Teminat Esasına Dayalı Sözleşmeler

a) Kefâlet Sözleşmesi

Kefâlet sözleşmesini, kitabında 21 sayfa (1015-1036) çerçevesinde ele alan ve kefâletle ilgili meseleleri zikretmeden önce kefâletle ilgili teknik bir ayrıma giden Debûsî, nefse kefâlet (özellikle ceza hukukunda suç işleyenin teslimine yönelik kefâlet) ve ayna kefâletin (özü itibariyle tazmine konu olan, geri vermek suretiyle –âriyette olduğu gibi- tazmin gerektiren kefâlet) Hanefî mezhebi âlimlerine göre câiz olduğu hükmünü açıklamıştır.²¹⁵ Konuya ilişkin İmâm Şâfiî'nin nefse kefâleti bâtil saydığını bildiren Debûsî, gaspedilmiş aynın kefâletiyle ilgili olarak ise biri olumlu diğeri olumsuz olmak üzere iki görüşünün olduğunu belirtmiştir. Böyle bir girişten sonra “İmâmımız Şureyh” .ifadesiyle (Burada zikredilen Şureyh, İbrahim en-Nehaî ve Şa‘bî'nin fıkıh tahsil ettiği Şureyh b. Hâris olmalıdır) söze başlayarak kefâlet sözleşmesinin hukûkî mahiyetini açıklamaya girişmiştir. Buna göre kefâlet, tazmini gerektiren aslın iltizamı hususunda temvil yoluyla değil, (zimmetin zimmete) eklenmesi yoluyla asıl borçlu yerine geçmektir. Burada kefâlet kelimesinin lugat anlamından da

²¹² a.e., II, 992.

²¹³ a.e., II, 993.

²¹⁴ a.e., II, 993.

²¹⁵ Kefâletle ilgili diğerk mezheplerin kullandığı farklı kavramlar için bkz. Kahraman, *İslâm Borçlar Hukukunda Kefâlet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı*, s. 29.

yararlanarak kefâlet sözleşmesinde zimmetin zimmete eklenmesi (zamm) kavramı üzerinde titizlikle duran Debûsî, kefâleti, zimmetin borçlanması olarak tanımlamıştır. (İkrâzü'z-zimme). Konunun devamında mekfûlün anh'ın (asıl borçlu) emri olmaksızın teberru mahiyeti taşıyan kefâlet işlemlerinde kefilin ödemesi ile ilgili olarak asile rucû hakkının bulunmadığını belirten Debûsî, burada kefilin yaptığı işlemin kendini bağladığını ve böyle bir işlemin sonucunda asile rucû hakkının bulunmadığını vurgulamıştır. Öte yandan zimmetin zimmete eklenmesi şeklinde ortaya çıkan kefâlet sözleşmesinde mekfûlün bih yani kefâlete konu olan ve asilin tazminle yükümlü olduğu şeyin deyn mahiyeti taşıması gereğine de dikkat çeken Debûsî, bunu da kefâletin zimmeti zimmete ekleyen mahiyetinden hareketle deynin mahallinin zimmet olması gerçeğiyle açıklamıştır.

Müellif ayrıca kefâletin deyn kabilinden olan borçlarda vukû bulacağını belirttiikten sonra aynı zimmete taalluk etmeme özelliğinden dolayı kefâlete konu olamayacağını ancak helâk olması durumunda (deyn mahiyeti taşıyacağından) zimmete taallukuyla birlikte kefâlet için uygunluk taşıyacağından bahsetmiştir.²¹⁶

Kefâletin mahiyetine ilişkin bu açıklamalardan sonra borç-zimmet ilişkisi açısından kefâlet işleminin borcun aslını iltizam etmek değil, mutâlebeyi iltizam etme mahiyeti taşıdığını bildiren müellif, bu yaklaşımını mantık yönünden yaptığı bir açıklama ile kuvvetlendirmiştir. Buna göre birşeyin iki yerde (aynı anda) bulunması nasıl mümkün değilse bir borcun kefâlet işlemiyle iki borç haline gelmesi de mümkün değildir.²¹⁷ Konuyla ilgili zimmetin meşgul edilmesi açısından bir borcun (deyn) hükmen iki borç mahiyeti taşımasının mümkün olduğunu ifade eden muhtemel bir soruya da cevap veren Debûsî, böyle bir durumun (hükmen iki borç mahiyeti taşıma durumunun) ancak zarureti defetmek amacıyla geçerli olabileceğini, mutâlebeyi iltizam hususunda Hanefî mezhebinin ortaya koyduğu hükmün ise zarureti defedici mahiyet taşıdığını dile getirmiştir.²¹⁸

Diğer bölümlerde konunun özüne ilişkin mezhep görüşünü zikrettikten sonra aksi görüşü ve bu görüşün argümanlarını ortaya koyarak başlayan müellif, bu

²¹⁶ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 1015.

²¹⁷ *a.e.*, II, 1016.

²¹⁸ *a.e.*, II, 1016.

bölümde Şâfiî'in şahsa ve ayna kefâlet ile ilgili görüşünü zikretmekle yetinmiştir. Bununla birlikte soru ve cevaplarla yaptığı açıklamalarda aksi görüşün yaklaşımlarını ele alan Debûsî, zaman zaman da bölüm içerisinde zikretmediği ve fakat karşı görüş sahiplerine ait olan yaklaşımları cevaplandırmıştır. Aksi görüşte olanlar için hasım ifadesini²¹⁹ kullanan Debûsî, yaptığı açıklamalarda diğer furû meselelerinden de faydalanmıştır. Kefâletle ilgili olarak mutâlebenin iltizamı (talep sorumluluğu) görüşüne karşılık, mutâlebenin asıl borçtan ayrı düşünülmemeyeceğini ifade eden farazî bir soruya cevap verirken alın satıma vekil olan kişinin mutâlebe hakkının bulunduğunu, satımda vekilin kendi malını satan kimse hükmünde olduğundan semeni isteme hakkının olduğunu, satın almada ise kendisinden mutâlebede bulunulacağını ifade etmiştir.²²⁰ Debûsî'nin bu yaklaşımı Hanefî doktrininde özellikle sonraki dönem fakihleri arasında kabul gören zimmetin, mutâlebe hususunda diğer bir zimmete eklenmesini ifade eden görüşün bir uzantısı görünümündedir.²²¹

Kefâletin mahiyetiyle ilgili olarak yaptığı açıklamalara bölüm girişinden itibaren yaklaşık beş sayfa ayıran Debûsî daha sonra sırasıyla kısas veya kazif haddi ile ilgili olarak yapılan nefse kefâlet, müflis ölünün borcuna karşılık yapılan kefâletin hükmü, şarta bağlı olarak yapılan kefâlet, kefâlet-i muzâfe, gâib lehine yapılan kefâlet, aleyhine borç havale edilen kişinin müflis olarak ölmesi durumunda borcun asile geçip geçmemesi, şarta bağlı olarak yapılan kefâlet binnefs işlemi, asilin kefil borçtan ibrâ etmesi, alacaklının ölüyü borçtan ibrâ etmesine karşılık ölünün vârisinin reddinin hükmü, muaccel kefâletin müeccele dönüşmesi, gibi konuları incelemiştir.

Bölüm genelinde usûlî yaklaşım sunmayıp furû meselelerinden hareketle sonuca ulaşan Debûsî, sebebe bağlı olarak yapılan kefâleti (Kefâlet-i muzâfe) konusunda Kur'andaki Hz. Yusuf kıssasında anlatılan kefâletle ilgili meseleden hareketle şer'u men kablena deliline ilişkin yaklaşım sunmuştur. Hz. Yusuf'un adamlarının, kralın kabını bulana bir deve yükü vadetmeleri ve bu konuda aralarından birinin bu hususa kefil olması (zeîm) olayını anlatan Debûsî, burada

²¹⁹ *a.e.*, II, 1018.

²²⁰ *a.e.*, II, 1017.

²²¹ Apaydın, "Kefâlet", *DİA*, XXV, s. 169.

malın Hz. Yusuf'a ait olduğunu ancak adamlarından birinin gerektirici sebebe dayanarak (sebeb-i vücûb) Hz. Yusuf'a kefil olması câiz olunca belli sebeplere dayalı olarak yapılan (mesela ayın hilal olması sebebi gibi) kefâletin sahih olduğunu bildirmiştir Bu yaklaşıma dayalı olarak şer'u men kablena ile ilgili yaklaşım sunan Debûsî, geçmiş ümmetlerin şeriatinin neshi ortaya çıkmadıkça bağlayıcı olduğunu söylemiştir.²²²

Bölümün geneline ilişkin olarak verdiğimiz bu bilgilerden sonra Debûsî'nin yaklaşım tarzını bir örnek üzerinde incelemeye çalışacağız.

Müellif Kitabının 1019. sayfasında müflis olarak ölenin borcuna kefâletin Ebû Hanîfe'ye göre sahih olmadığını belirtmiştir. Konuyla ilgili İmâmeyn ve İmâm Şâfiî, Hz. Peygamber'in borcu olan birinin cenazesini kılmadığını, Hz. Ali ile Katâde'nin borcu üstlenmesi üzerine kıldığını ifade eden hadisten hareketle böyle bir kefâletin sahih olacağı görüşüne varmışlardır. Onlara göre kişinin ölmesiyle mekfûlün bih vasıf değiştirmez ve yine ölüm haklardan berî olmayı gerektirmez.²²³ Söz konusu görüş sahiplerine göre kefâletin zimmeti bağlamasıyla alakalı olarak zimmetin ortadan kalkması, (ölümle) zimmeti bağlayan ve zimmetin kendisine mahal olduğu borcun (deyn) ortadan kalkmasını gerektirmez. Tıpkı para kesesinin yok olmasıyla paranın yok olmaması gibi.²²⁴

Ebû Hanîfe'nin görüşünün gerekçelerini açıklamadan önce aksi görüşte olanların görüşlerinin gerekçesini ayrıntılı olarak inceleyen Debûsî, bu açıklamalardan sonra Ebû Hanîfe'nin gerekçesini sunmuştur. Buna göre kefâlet asilin mutâlebenin iltizâmı hususunda yüklendiği sorumluluğu yüklenmektir. Ölen borçlunun dünyevî hükümler açısından sorumluluğu kalmayıp, borçları sâkıt olduğundan böyle bir borç hakkında dünyevi sorumluluk getiren hükümler geçerli olmaz. Borç hükmen sâkıt olunca da kefâlet sahih olmaz.²²⁵

Ebu Hanîfe'nin görüşünü savunmaya geçen Debûsî, açıklamaları esnasında mürted olarak dâru'l-harbe iltihak eden kişinin hükmen ölüp sayılıp kendisi

²²² a.e., II, 1025.

²²³ a.e., II, 1019.

²²⁴ a.e., II, 1020.

²²⁵ a.e., II, 1020.

hakkında hakiki ölü muâmelesi yapılacağını vurgulamış, borcun vücûbunun zimmetle ilgili olduğunu ve kişinin zimmetinin de dinen sorumlu olmasına bağlı bulunup, ölümle sorumluluğun yokolduğunu ve zimmetin ortadan kalktığını ifade etmiştir. Öte yandan ölen kişinin dünya ahkâmıyla değil ahiret ahkâmıyla alakalı olduğunu, kefâletin ise dünyevi hükümlerden biri olması hasebiyle ölü hakkında geçerli sayılmayacağını belirtmiştir. Yaptığı bu izahların yanısıra karşı görüş sahiplerinin gerekçelerine de cevap veren Debûsî, ölümle hakların yok olmayacağı fikrine katıldığını bununla birlikte hakların mahallinin yokolmasıyla alakalı olarak yokluk hükmünü verildiğini yoksa ölümün hakları yoketme özelliğine sahip olmadığını vurgulamıştır.²²⁶ Bu açıklamasıyla Debûsî, meseleye objektif bir bakış açısıyla yaklaştığını göstermiştir. Zira kişinin ölmesiyle birlikte aleyhine olan hakları yokolmadığı gibi lehindeki hakları da devam etmektedir. Bununla birlikte haklar zimmeti bağladığı için ve ölümle de zimmet ortadan kalktığından hakların mahalli yok olmuştur.

Meseleyi akli açıdan ve hukûkî bir yaklaşımla Ebû Hanîfe'yi desteklemek üzere açıklayan müellif, İmâmeyn ile İmâm Şâfiî'nin görüşlerine mesned olan hadise de cevap vermeyi ihmal etmemiş, buradaki kefâletin ikrar ihtimaline açık olduğunu bildirmiştir.²²⁷

Son olarak kefâletlere dair bölümde rûkûn, şart ve hüküm başlıkları altında sistematik bir ayrıma gitmeyen Debûsî, bölüm girişinde zikrettiği mezhep görüşünü -Kefâletin hükmü mutâlebeyi iltizam hususunda zimmeti zimmete eklemektir. Borcun aslı iki zimmette birden bulunmaz- bölüm genelindeki meselelerde temel dayanak noktası olarak kullanmıştır.

b) Rehin Sözleşmesi

Rehinle ilgili meseleleri kefâletten hemen sonra ondokuz sayfa çerçevesinde işleyen Debûsî bölümün hemen girişinde rehne dair meselelerin genelini, rehlin mürtehin açısından sabit olan hükmü üzerine bina edileceğini vurgulayarak, inceleyeceği konuların genel bir özet ve mahiyetini okuyucuya açıklamıştır.²²⁸ Bu

²²⁶ a.e., II, 1021.

²²⁷ a.e., II, 1022.

²²⁸ a.e., 1037.

açıklamayla birlikte Muhammed b. Hasan'ın bu konularla birlikte (yukarıda zikredilen konular) rehnin cinayetlerin (burada rehin konusu mal hükmünde olan köledir) ilişkin meseleleri de incelediğini ayrıca belirtmiştir. Böyle bir açıklama Debûsî'nin kitabında işleyeceği konuları belirlerken İmâm Muhammed'in kitabını (*el-Asl*) göz önünde bulundurduğunu göstermesi açısından önemlidir.

Debûsî Hanefî âlimlerine göre rehinle sabit olan hükmün, borca karşılık hak sahibinin yanında mahbus olarak bulunması olduğunu belirtmiştir. Öte yandan buradaki ihtibas kavramına açıklık getirmek üzere açıklamalarına devam eden Debûsî, ihtibasın (yani rehin konusu malın hak sahibinin yanında bulunması) şîrâdaki (alımdaki) ayn mülkiyeti mesâbesinde olduğunu, şîrâda alım yapan kişiye aynın memlukiyeti hükmü gerektiği gibi rehinde de hak sahibi için aynın mahbusiyeti hükmünün doğduğunu açıklamıştır. Bu izahıyla Debûsî, alım sözleşmesinin hükmünden hareketle rehin sözleşmesinin hükmünü açıklığa kavuşturmuş ve rehindeki ihtibas kavramına dikkat çekmiştir.²²⁹

Mezhep âlimlerine ait olan bu görüşü zikrettikten sonra İmâm Şâfiî'nin konuya ilişkin görüşünü açıklayan Debûsî, bu görüşten sonra Şâfiî'nin gerekçelerini de ayrıntılı olarak sunmuştur. Şâfiî sözleşmenin teminat olma özelliğine vurgu yaparak, kişinin borcuna mukâbil olarak bir malın aynı hakkında daha yetkili olması durumunun rehni ifade edici mahiyetine değinmiştir. Öte yandan sözleşmenin hibe gibi teberru niteliği taşımasından hareketle akdın tamam olmasının kabz şartıyla bağlantılı bulunduğunu vurgulamıştır. Açıklamalarında kefâlet sözleşmesiyle mukayeseler de yapan Şâfiî kefâletin zimmetle ilgili bir vesika olduğunu rehinde ise istîfâ açısından bir teminat niteliğinin bulunduğunu ifade etmiştir. (Borcun ödenmesi imhansız olunca rehin olarak bırakılan maldan istifâ etme cihetine gidilmesi açısından böyle bir hükme varılmıştır.)

Şâfiî'nin görüşlerini zikrettikten sonra öz olarak ifade edilen bu yaklaşımların çeşitli görüş ayrılıklarına neden olduğunu belirten müellif, bu ayrılığın pratik sonuçlarına da değinerek sözlerine şöyle devam etmiştir: Burada ortaya konan sözler açıktır ve bunlar üzerine bina edilen meselelerden biri, râhinin (rehin veren kimse) rehinden faydalanma hakkının olmasına dairdir. Çünkü rehin,

²²⁹ a.e., II, 1037.

mürtehine borca karşılık satım hakkını verir. Mal sahibinin faydalanması da bu hakkı iptal etmez. Bu görüşünü iki tane hadisle kuvvetlendiren Şâfiî, rehin mahlûb (sağılır) ve merkûb (binilir) dur; mealindeki hadisle rehnin nimetinin de (ğunm) külfetinin (ğurm) de sahibine ait olduğunu ifade eden hadisleri zikretmiştir.²³⁰ Yine Şâfiî'nin muşâ' (şâyi' hisseli) malın rehin verilmesinin sahih olduğu görüşünün, temeldeki ayrılığa dayandığını belirten Debûsî, Şâfiî'nin temeldeki ayrılığa dayalı farklı çözümlerine geçmeden önce şâyi' hisseli malın rehninin sahih olmasını ifade eden görüşüne cevap vermiştir.

Şâfiî'nin şâyi' hisseli malın rehin akdine mahal olmasını sahih gören görüşünün temelinde şâyi' hisseli malın deyn borç karşılığı satımının câiz olması hükmü yatmaktadır. Yine Şâfiî, rehnin hak sahibi yanında tazmin yükümlülüğü mahiyeti taşımaksızın yani emânet hükmünde bulunduğunu savunmuştur.²³¹

Şâfiî'ye ait bu görüşleri ayrıntılı olarak ele aldıktan ve gerekçelerini sunduktan sonra mezhebinin görüşünü açıklamaya ve gerekçelendirmeye geçen Debûsî, Vâkıa suresindeki rehinle ilgili ayetten hareketle²³² delillendirme yaparak "kabzedilmiş rehin" ifadesindeki kabz kavramını açıklamaya girişmiştir. Buna göre buradaki kabz rehnin sıfatı olup rehin akdinin hükmüne işaret eder mahiyettedir. Yoksa nassın buradaki "makbûza" ifadesi tahsis anlamı içermez, aksine rehniyet vasfıyla beraber kabzedilmiş olma vasfını da taşımasını gerektirir.

Konuyu fikhî açıdan değerlendirmeye tabi tutarak gerekçelendirmesini sürdüren müellif, kefâletle bağlantılı olarak yaptığı açıklamada Şâfiî gibi rehin sözleşmesinin ek vesikayı gerektirici özel ayrımına işaret etmiştir.²³³ Bunun yanı sıra Şâfiî'nin borca karşılık sahip olunan ayn görüşüne cevap veren Debûsî, malların mütekavvim olup (maliyet açısından) mahiyet itibariyle eşit sayıldıklarını, rehnin de borca karşılık olarak malın değerinden hareketle borcun istifası açısından bir teminat olduğunu belirtmiştir. Burada malın zarf olduğu

²³⁰ *a.e.*, II, 1037.

²³¹ *a.e.*, II, 1038.

²³² el-Vâkıa, 56/66.

²³³ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 1039.

hususuna vurgu yapan müellif, aynın değere atıfla elde bulundurulduğunu açıklamak istemiştir.

Gerekçelendirmesi esnasında rehni hukûkî konumuna da işaret eden Debûsî bu bağlamda sonuçları açısından sözleşme tiplerini ele alarak satım sözleşmesinin ayn mülkiyeti ve elde bulundurma hakkını, nikah sözleşmesinin kadından faydalanmayı mübah kılmayı, rehni ise hapis mülkiyeti ve elde bulundurma hakkını gerektiren nitelik taşıdığını nakletmiştir.²³⁴ Rehni ayrıca rakabe mülkiyetine benzeten müellif, rehni mahiyetini belirginleştirmeye çalışmıştır.

İmâm Şâfiî'nin rehni verenin (râhin) rehinden faydalanma hakkının olduğunu belirtmesi ve bunu iki hadis yoluyla gerekçelendirmesine de cevap veren Debûsî, rehni veren kimsenin merhûndan intifa hakkının bulunmadığını zira böyle bir durumda râhinin rehni mürtehinden alma gereğinin doğacağını, rehni elde bulundurma hakkının da mürtehinin sahip olduğu lâzım bir hak mahiyeti taşıdığını belirtmiştir. Buradan rehni hükümüne dair açıklamalara geçen müellif, Hanefî bilginlerinin ittifakıyla (icmâ) rehni lâzım (bağlayıcı) bir sözleşme olduğunu, bu yönüyle kölesini kiraya verip teslim eden kimsenin bu köleden faydalanmayı istemesi durumunda, kiracının menfaat ve elde bulundurma hakkının iptali sonucunu doğurması gerekçesiyle intifa hakkının bulunmayacağı örneğine kıyas yapmıştır.

İmâm Şâfiî'nin râhinin rehinden faydalanma hakkını ifade eden hadisine usûlî bir yaklaşımla cevap veren Debûsî, hadisin zayıf olduğunu ve nakil ehlinin bu hadis için mevkûf yorumunu yaptığını belirtmiştir. Bununla birlikte (hadisi rivayet eden) Ebû Hureyre'nin râhinin rehinden faydalanmasını mübah görmediğini nakleden Debûsî, bu açıklamasının üzerine usûle dair yorumunu ekler, buna göre hadisi rivayet eden ravi, rivayet ettiği hadise aykırı görüşe sahipse o hadisle delillendirme yapılamaz. Burada Debûsî, Hanefî mezhebinin haber-i vâhidle alakalı olarak ravinin ameli şartına vurgu yapmıştır.²³⁵

Bölüm başından buraya kadar olan bölüm Debûsî'nin metodu açısından yorumlanacak olursa Debûsî rehin ile ilgili bölümde, kiralama sözleşmesine

²³⁴ a.e., II, 1040.

²³⁵ a.e., II, 1040.

ilişkin bölümde izlediği metodu takip etmiştir denebilir. Zira kiralama sözleşmesine menfaatin hukûkî statüsüne ilişkin yaptığı açıklamadan sonra Şâfiî'nin menfaati ayn olarak nitelemesi ve bunun akabinde akdin hemen mün'akit olması sonucuna varması hükmünü zikrettikten sonra temeldeki ve meselenin özündeki bu yaklaşımın pratik meselelere yansımaları ile ilgili açıklamalar yapmıştır. Bunun yanı sıra müellif, Şâfiî'nin farklı düşüncesinin sonucunda ortaya çıkan mesele bazındaki ayrılıklar zikrettikten sonra bu meselelere teker teker cevap vermiştir. Rehin kitabında da Şâfiî'nin farklı görüşüne dayalı olarak ortaya çıkan meseleleri teker teker ele alması ve bunlara cevap vermesi okuyucuya kiralama sözleşmesindeki sistematigi hatırlatmaktadır. Öte yandan bölümlere girerken konunun özüne ilişkin yaklaşımları sunmayı kitabın genelinde ihmal etmeyen müellif, her bölümde mesele ayrılıklarına değinmek yerine farazî sorulara cevaplar vermek suretiyle sonuca ulaşma yolunu tercih etmiştir.

Rehin ile ilgili bölümde genel olarak şâyi' hisseli malın rehni, rehni tazmin sorumluluğu doğurup doğurmaması, mürtehinin merhûnun çocuğu üzerinde hak sahibi olup olmaması, râhinin merhûn köleyi âzâd etmesi, sarf sözleşmesi yapan kişinin sarf bedelini rehin olarak alması ve bunun akit meclisinde helâk olması, külçenin rehin bırakılması, bir ölü hakkında iki kişinin rehin aldığına dair delil getirmesi, rehni âdil kişinin kabziyle tamam olması, müste'men olan kimsenin müslümana rehin verip dâru'l-harbe gitmesinden sonra savaş esiri olması durumunda rehni hukûkî durumu, mürtehinin râhini borçtan ibrâ etmesinden sonra rehni helâkine dayalı olarak ortaya çıkan tazmin yükümlülüğü, rehin konusu malın verdiği zararlar (cinayât) gibi konuları incelemiştir.

Bölüm içindeki açıklamalarında sahabe icmâını delil olarak kullanan müellif, rehni tazmin hükmüne bağlı bulunduğunu belirttikten sonra konuya ilişkin sahabenin icmâını nakletmiştir. Konuyla ilgili Hz. Ömer'den Hanefî mezhebiyle aynı kanaati ifade eden rivayet olduğunu, Hz. Ali'nin de aynı görüşte olduğunu bildirmiştir. Öte yandan Abdullah İbn Mesud'un da rehni borca mukâbil tazmin yükümlülüğü doğuracak statüde ele alınacağı görüşünde olduğunu belirttikten

sonra bütün bu rivayetlerin rehnin emânet değil daman hükmünde bulunduğunu gösteren sahabe icmâinı oluşturduğunu beyan etmiştir.²³⁶

Konuların izahında diğer furû meselelerini de örnek olmak üzeri zikreden müellif, mürtehinin hakkının rehnin çocuğuna sirayet edip etmemesiyle ilgili olarak nikah hakkının rehinden farklı olarak çocuğa sirayet etmeyeceğini bildirmiştir.²³⁷ Furû kaynaklı ve daha çok hukûkî yaklaşımlar sunarak açıklamalar yapan müellif, bölüm içerisinde sadece birtek yerde istihsan delilini kullanmıştır. Mürtehinin râhini borçtan ibrâ etmesinden sonra rehnin helâk olması durumunda Züfer'e göre kıyasen tazmin yükümlülüğü doğduğunu, mezhep âlimlerinin çoğunluğuna göre ise istihsanen tazmin gerekmediğini açıklamıştır.²³⁸ Züfer konuyla ilgili yaklaşımını, müşteriye semenden ibrâ eden satıcının bu ibrâsından sonra, müşteri mebbî ayıplı olması nedeniyle geriye verse satıcı için nasıl semenin tazmini gerekirse aynı şekilde mürtehin de aynı şekilde tazminle yükümlüdür örneğiyle açıklamıştır. Züfer bu örnekte kabz kavramının varlığı ve yokluğundan hareketle sonuca varmakta ve kabzın varlığının tazmin sebebi olduğuna dikkat çekmektedir.

Konunun istihsan şeklini Züfer'in gerekçesini sunduktan sonra ortaya koyan müellif, rehnin, borcun tazminine bağlı olarak tazmin hükmünde bulunduğunu ibrâ ile borcun düşmesi sonucunda ise onun sıfatı hükmünde olan rehine bağlı daman hükmünün de ortadan kalkacağını belirtmiştir.²³⁹ Konuyu kefâlet meselesiyle daha da açık hale getirmeye çalışan müellif, kefâlette asilin ibrâ edilmesinin kefâleti sonlandırmasının da aynı bağlamda ele alınması gereğine vurgu yapmıştır. Müellif hukûkî tasarruf olarak ibrâ ile ortaya çıkan berâetin rehnin helâki ile aynı hükme sahip olduğunu belirterek borçtan ibrâ ile helâk arasında mahiyet birliğine dayalı bir tahlil yapmıştır.²⁴⁰

²³⁶ a.e., II, 1043.

²³⁷ a.e., II, 1044.

²³⁸ a.e., II, 1049.

²³⁹ a.e., II, 1050.

²⁴⁰ a.e., II, 1050.

5. Ortaklık Esasına Dayalı Sözleşmeler

a) Şirket Sözleşmesi

Şirket sözleşmesine ayırdığı bölümde şirketlerin genel olarak mahiyet ve niteliklerine değinen Debûsî, kitabının 938 ile 946. sayfaları arasında bu konuları incelemiştir. Müellif Bölüm girişinde şirket sözleşmesine ilişkin meseleleri ele almadan önce akit şirketinin iki ana kısmından biri olan inan şirketinin hukûkî mahiyet ve sonuçlarına dair açıklamalar yapmıştır. Hanefî âlimlerine göre inan şirketinin sermayenin cinsi ister aynı olsun ister farklı olsun, sermayenin biri diğerine karışsın veya karışmasın, ortaklar arasında kâr oranı sermaye miktarına göre şart koşulsun veya ortaklardan birine diğerinden daha fazla kâr şartı konsun sahih olduğu hükmünü nakletmiştir.²⁴¹ Konuyla ilgili olarak Şâfiî, ve Züfer sermayenin cinsinin aynı olup karışmasını ve kâr miktarının sermaye oranına göre belirlenmesini inan şirketinin cevazına şart olarak sunarlar. Şâfiî ile Züfer'in bu yaklaşımlarından hemen sonra diğer bir şirket türü olan şirket-i vücûh'un da Hanefî âlimlerine göre câiz sayıldığını bildiren müellif, şirketi- tekabbül (â'mâl) konusunda amelin cinsi bir veya farklı olsun cevaz hükmü olduğunu nakletmiştir.

Vücûh şirketi ve tekabbül şirketine ait mezhep yaklaşımını sunduktan sonra Şâfiî ve Züfer'in sözkonusu iki şirket türüne ilişkin hükümlerini de açıklamayı ihmal etmeyen Debûsî, sözkonusu iki âlimin şirket-i vücûhu bâtil saydıklarını, şirket-i tekabbülü ise amelin cinsinin aynı olması şartına bağlı olarak sahih gördüklerini ifade etmiştir. Akit şirketinin ikinci kısmı olan müfâvaza şirketine ilişkin hükmü de bildiren müellif Hanefilere göre müfâvaza şirketinin sahih olduğunu, Şâfiî'nin ise bu konuda müfâvaza şirketinin ne olduğunu bilmediğini beyan edip, şayet câiz olsaydı sözkonusu iki kişi arasındaki sözleşme fâsid olmazdı yaklaşımını sunduğunu nakletmiştir.

Debûsî şirketlerin çeşitleriyle ilgili olarak hüküm açısından yaptığı bu mukayeseli yaklaşımlardan sonra Şâfiî ile Züfer'in şirket sözleşmesinin mahiyetine ilişkin ortaya koydukları yorum ve gerekçeleri zikretmiştir. Buna göre Şâfiî ve Züfer şirket sözleşmesinde ortaklığın esas itibarıyla mal merkezli olduğu hususuna vurgu yaparak sermayeye konu teşkil eden malın ortaklar arasında

²⁴¹ a.e., II, 938.

müşterek olması gereğine işaret ederler. Diğer taraftan Şâfiî, sermayenin belirli ve müşterek olmamasından hareketle tekabbül (a'mâl) şirketinin câiz sayılmayacağı hükmüne varır. Konuyla ilgili mudârebe şirketinin farklı algılanması gereğine değinen Şâfiî mudârebede kâr ortaklığı mahiyetine vurgu yaparak bu şirkette sermayenin müşterek ve malum olması gereğinin bulunmadığını ifade eder. Zira mudârebede kâr aslın bir parçası hükmünde olup, sermaye ortaklığı mevcut değildir. Mudâribin aldığı kâr da şirket hükmüne dayalı olmayıp, mal sahibinin kârın bir kısmını ameli karşılığında mudâribe cuâle tarikiyle vermesi mahiyetindedir. Böyle bir durumda hem sermaye sahibinin hem de mudâribin amacı gerçekleşmiş olmaktadır. Çünkü insanların bir kısmının malı olup amele ihtiyaç hisseder, yine bir kısım insan da amele sahip bulunup sermaye bulamaz. Mudârebe sözleşmesi de böyle bir zarurete binâen kıyasa aykırı olarak câiz kılınmıştır.

Şâfiî şirketin mahiyetine ilişkin olarak maldaki ortaklık hususuna dayalı temel anlayışının bir sonucu olmak üzere kârın, sermaye oranının zıddına belirlenmesini câiz görmez. Yine Şâfiî, malum olmayan bir şey üzerine vekâleti sahih görmez.²⁴²

İcâre ve rehin kısımlarında olduğu gibi bu bölümde de şirketin mahiyetine ilişkin olarak ortaya konan temel ihtilaf noktasına dayalı oluşan mesele bazındaki farklılıkları bir bir sıralayan müellif Şâfiî'nin bütün bu açıklama ve gerekçelerinden sonra mezhebinin görüşünü açıklamaya ve savunmaya girişmiştir. Buna göre şirket sözleşmesinde akde konu olan (mahal) Şâfiî'nin belirttiği gibi mal olmayıp ortakların ortaya koydukları ticâret amelidir. Bunun sonucunda ortaklardan birinin yaptığı iş (amel) şirket akdinin hükmü gereğince her iki ortağın yaptığı iş mesâbesinde olur. Bu temel fikirden hareketle Şâfiî'nin yaklaşımlarına cevaplar veren Debûsî, kâr oranlarının sermaye oranlarına göre belirlenmesinin şart olmadığını belirtmiştir. Zira şirket sözleşmesinde amelin ma'kûd aleyh mahiyeti taşınmasından hareketle ortaklardan birinin ameldeki mahareti (hızk) fazla kâra sebep olabilir.²⁴³

²⁴² a.e., II, 939.

²⁴³ a.e., II, 940.

İmâm Şâfiî'nin görüş ve gerekçelerine temeldeki amel-mal ayırımından hareketle cevaplar veren Debûsî, Şâfiî'ye mantıksal ilkeler ışığında açıklamalar da yapmıştır. Onun müfâvazanın ne olduğunu bilmediğini söylemesi ve bu ifadeden sonra eğer müfâvaza yapan kişilerin sözleşmesi câiz olsaydı akit fâsid olmazdı şeklinde bir açıklama yapması üzerine Debûsî şöyle bir mantıksal yaklaşım sunar: Şâfiî'nin bu sözü tenâkuz (çelişki) dur. Zira bir şeyi bilmediğimiz zaman onun cevaz veya fesada dair olan sıfatını da bilmeyiz.²⁴⁴ Bu açıklamasıyla Debûsî Şâfiî'nin düştüğü çelişkiyi dile getirmiş ve bir şeyin aslı bilinmiyorsa vafına dair fikir beyan etmenin imkansızlığına vurgu yapmıştır. Öte yandan müfâvaza ile ilgili olarak Muhammed b. Hasan'ın, kelimenin semantik tahliline dayalı yaptığı açıklamanın bu konuda huccet sayılacağını belirten Debûsî, müfâvaza şirketinin ortaklardan her birine yayılıcı özelliğini vurgulamak üzere suyun taşması ve yayılması için “fâda” fiilinin kullanıldığını, yine haberin yaygınlaşması için de “istefâdâ” fiilinin kullanıldığını belirtmiştir.²⁴⁵ Diğer taraftan müfâvaza'nın umum (yayıma) özelliğinin yanısıra her anlamda tam eşitlik gerektirdiği hususunu dile getirmiştir.²⁴⁶

Bölüm girişinde konunun özüne ilişkin yaptığı açıklama ve gerekçelendirmelerden sonra sırasıyla zimmî ile müslümanın müfâvaza sözleşmesi, bir kimsenin başka bir kimse hakkında müfâvaza iddiasında bulunması ve delil getirmesi, mütefâvizlerden her birinin kefâletinin diğerini bağlayıp bağlamaması, mütefâvizlerden birinin diğerine emri sonucunda ortaya çıkan mâlî tasarrufun şirkete etkisi, amel-alet ortaklığı gibi konuları incelemiştir.

Açıklamaları esnasında hukukun genel prensiplerine de atıflarda bulunan müellif, müfâvaza şirketinde ortaklardan birinin diğerine “kendine câriye satın al” demesi üzerine emredilen kişinin câriyeyi satın alıp semeni şirketin malından ödemesi durumunda câriyeyi alanın ortağına borçlu olmadığı hükmünü açıklarken Mecelle'nin 4. kaidesi olan “Şek ile yakın zail olmaz” ilkesine nüve olabilecek yaklaşımlar sunmuştur. Buna göre şirket sözleşmesinin var olduğunu ve câriyeyi satın alan kişinin şehvetinin varlığının bilinemediğini ifade eden Debûsî, itibarın

²⁴⁴ *a.e.*, II, 942.

²⁴⁵ *a.e.*, II, 942.

²⁴⁶ *a.e.*, II, 943.

yokluğa olduğunu, şüphe ile kesin olan şirket hükmünün ortadan kalkmayacağını vurgulamıştır. Öte yandan müfâvaza şirketinin umum ve müsâvât özelliklerine değinen müellif, ancak zaruret durumunda hükmün değişeceğini ve bunun zaruretin miktarına göre takdir olunacağını belirtmiştir. Burada Mecellenin 22. kaidesine atıfta bulunan Debûsî bu yaklaşımını açıklamak üzere i'tikafa giren kimsenin zaruri ihtiyaçları ve cuma namazı için i'tikaftan çıkmasının fesadı gerektirmediğini belirterek görüşünü desteklemiştir.²⁴⁷ Konuyu usûl açısından da değerlendiren müellif, şirketin hüküm olarak tamimi gerektirdiğini tahsisin ise ihtiyaçla ortaya çıkacağını, umum hükmünün ise husus ihtimaline dayalı olarak değiştirilemeyeceğini dile getirmiştir.²⁴⁸

b) Mudârebe Sözleşmesi

Şirket bölümünde şirket çeşitlerinin genel hükümlerine değinen ve bu arada da mudârebe sözleşmesinin hükmüne dair açıklamalar yapan Debûsî, şirket bölümündeki genel tasnifte yaptığı atıflarla yetinmeyerek mudârebe sözleşmesine ayrı bir başlık açmıştır. Mudârebe ile ilgili hükümleri yaklaşık 3 sayfa (970-972) çerçevesinde inceleme konusu yapan Debûsî, şirket sözleşmesinin amelde ve sermayede ortaklığı sağlamak amacıyla kurulması gibi mudârebenin de kâr ortaklığını meydana getirmek için kurulduğunu (in'ikad) belirtmiştir.²⁴⁹ Müellif sözleşmenin mahiyetine dair yaptığı izahta sermayenin bir taraftan, amelin de sermaye sahibine tahsis edilmek üzere diğer taraftan sözleşmeyi oluşturan iki unsur olduğunu ifade etmiştir. Konuyu açıklarken ameli yerine getirenin sermaye sahibinin emriyle çalışmasından dolayı vekil makamında bulunduğunu, yerine getirdiği iş karşılığı ücret alması açısından icâreye benzediğini ve son olarak da sermayede ki artışa dayalı olarak ücrete hak kazanıp sermayede bir şey değişmezse hakkının bulunmaması açısından da şirkete benzediğini belirterek mudârebede üç sözleşmenin de mahiyetinin bulunduğunu bildirmiştir.²⁵⁰ Bu açıklamasıyla mudârebenin karmaşık niteliğine değinen müellif, Şâfi'nin mudârebede şirket mahiyetinin bulunmayıp kârın bir kısmının cuaâle tarikiyle iş

²⁴⁷ a.e., II, 946.

²⁴⁸ a.e., II, 946.

²⁴⁹ a.e., II, 970.

²⁵⁰ a.e., II, 970.

sahibine verildiği görüşünü savunduğunu belirtmiştir. Bu konuyla ilgili olarak biz bunu şirket bölümünde açıklamıştık şeklinde bir gönderme yapan Debûsî, Şâfiî'nin bu görüşünün ayrıntısının yönlendirme yapılan yerde olduğuna işaret etmiştir. Böyle bir yaklaşım müellifin, kitabındaki iç sistematığe hakimiyetinin anlaşılması açısından da oldukça önemlidir.

Bölümü kısa meseleler halinde düzenleyen Debûsî yaklaşık olarak üç sayfa tutan mudârebe başlığında toplam beş meseleyi incelemiştir. Girişteki sözleşme mahiyeti ve buna karşılık Şâfiî'nin yaklaşımını sunduktan sonra sermaye sahibinin mudâribi ortak (şerîk) olarak isimlendirmesi durumunda kârın oranı, mudâribin bin dirhemle, tanesi bin dirhem olan iki köle satın alması sonucunda kârdaki hakkı, kârın taksiminden sonra sermaye sahibinin kârı artırması veya mudâribin eksiltme yapması, mudâribin iki ayrı işlem yapıp ikinci işlemde birinci işlemin kârını helâk etmesi, kiralama ile mudârebe işleminin birleşmesi durumunda işçinin kârpayı alıp alamaması konularını incelemiştir.

Debûsî bölümün ikinci meselesinde bin dirhemlik sermaye ile mudâribin tanesi bin dirhem eden iki köle alması durumunda mudârib olan kimsenin kölelerden birşeye sahip olmadığı ve âzâd etmesinin de sahih sayılamayacağı hükmünü zikretmiştir.²⁵¹ Konuyla ilgili olarak aksi görüş savunan Züfer, kölelerden herbirinin dörtte birinin mudâribe ait olduğu görüşünü savunur. Çünkü mudârib bin dirhem kâr etmiştir ve bu kârın yarısı onundur. (Bin dirhem yarısı da iki köleye bölüştürüldüğünde herbirinin değerinin dertte biri mudâribe aittir.)

Züfer'in bu görüşüne mudâribin hakkının kârda mevcut olup, kârın da ancak sermayenin tahsilinden sonra tahakkuk edeceğini belirterek cevap veren Debûsî, bu açıklamasıyla mudârebenin şartlarından olan kârdan pay alma esasına gönderme yapmıştır.²⁵²

Bölümün tamamında yaptığı incelemelerde usûlî yaklaşımlar sunmayan müellif diğer furû meselelerinden de örneklendirmelere girişmemiştir. Sadece son örnekte icâre sözleşmesine kısaca değinmiştir. Müellifin bu tavrının sebebi

²⁵¹ *a.e.*, II, 970.

²⁵² *a.e.*, II, 971.

konunun spesifik olması, şirket bölümünde incelenmesi olabilir. Ayrıca müellifin yaşadığı dönemde bu tip şirketin yaygın olarak kullanılmadığı da düşünülebilir.

c) Müzâraa Sözleşmesi

Müzâraa sözleşmesini de mudârebe sözleşmesi gibi kısaca ele alan Debûsî, bu bölümde kitabında beş sayfa ayırmıştır. (II. 965-969). Bölüm girişinde Ebû Hanîfe'nin müzâraa ve muâmeleyi bâtil kabul ettiğini nakleden müellif, İmâmeyn'in söz konusu iki sözleşmeyi sahih saydıkları hükmüne yer vermiştir. Şâfî'nin muâmeleyi sahih, müzâraayı ise ancak muâmele için yapılan bir satım olması koşuluyla câiz görüp, aksi takdirde fâsid kabul ettiğini bildirmiştir.²⁵³ Bu üçlü açıklamadan sonra Ebû Hanîfe'nin görüşünün temelindeki düşünceyi ortaya koyan müellif, bu yaklaşımın Hz. Peygamber'in ziraati nehyeden hadisine dayandığını, Muhammed b. Hasan'ın bu hadisi kitapta (Bu kitap *Kitâbü'l-asl* olmalıdır) zikrettiğini ve ayrıca kıyasın da bu hükmü gerektirdiğini vurgulamıştır.

Ebû Hanîfe'nin bu meseledeki görüşünün hukûkî dayanağını da açıklayan Debûsî, müzâraa ve muâmelenin esas itibariyle icâre kapsamında olduğunu ve böyle bir icârenin iki alternatifine dayandığını açıklamıştır. Buna göre bu işlem ya amelinden ortaya çıkan bir bölümü karşılığında işçinin kirallanmasıdır ya da tohum işi yapandan olmak üzere, âmilin işinden ortaya çıkan bir kısmı karşılığında yeri (arz) kiralamaktır. Böyle bir kiralama fâsittir. Çünkü ücret yoktur ve meçhuldür. Bu iki durum da sözleşmenin fesadını gerektirir.²⁵⁴

Müzâraa ve muâmelenin icâre olduğunun deliline de işaret eden Debûsî, sözkonusu sözleşmelerin muvakkat (vakte bağlı) olarak kurulmaları hususuna dair bilginlerin ittifakı bulunduğunu, vaktin de icâre konusunda akde konu olan menfaatin belirlenmesi amacıyla şart koşulduğunu ifade etmiştir. Bu açıklamasıyla işlem mahiyeti ve işlemin konusu açısından icâre ile müzâraa-muâmeleyi karşılaştıran Debûsî, Ebû Hanîfe'nin hadise dayandığını belirtmekle birlikte sözleşme mahiyetinin de ayrıca fesad hükmünü gerektirdiğini açıklamak istemiştir.²⁵⁵

²⁵³ a.e., II, 965.

²⁵⁴ a.e., II, 965.

²⁵⁵ a.e., II, 965.

Konuya dair hüküm ve mahiyetle ilgili izahlardan sonra müzâraa ve muâmele sözleşmelerinin asıl itibariyle şirket olmadığını zira muâmele (müsâkât) sözleşmesinde meyvenin, işçinin amelinden değil ağaçtan çıktığını yine müzâraa sözleşmesinde de ekinin daneden çıktığını işçinin amelinin bu noktada belirleyici olmadığını belirtmiştir. Müellifin bütün bu açıklamalarının temelinde sözkonusu iki sözleşmenin şirket mahiyetinden çok muâvaza niteliği taşıdığı hususuna vurgu yapmak vardır. Nitekim müellif ortaya çıkan ürünün ya şirket hükmüne tabi olacağını, bu durumda ise müştereken sahip olunan hurma ağacının meyvesinin aslın hükmüne bağlı bulunan fer' mahiyeti taşıması gereğinin ortaya çıkacağını belirtmiştir. Diğer taraftan muâvaza hükmü gereğince menfaat için belirlenen (kararlaştırılan) bedel mahiyetinin ön planda tutulacağını bildirmiştir.²⁵⁶

Meselenin devamında ilginç örneklendirmelerle konuyu izah eden Debûsî, sözkonusu iki sözleşmenin yumurtanın üzerine kuluçkaya yatan tavuk ve ortaya çıkan civciv örneğiyle benzeştiğini, tavuğun kuluçkaya yatmasının civcivin sebebi olmadığını dolayısıyla işçinin amelinin de ekinin veya meyvenin asıl sebebinin oluşturmadığını açıklamıştır.

Konunun özüne ilişkin yaptığı bu tahlillerden sonra karşı tarafın (aksi görüş sahiplerinin) sunulan bu yaklaşıma nass ile muhalefet ettiklerini ve nass olarak da Hz Peygamber'in Hayber topraklarını ganimet sahipleri arasında taksim ettikten sonra sözkonusu toprakları ortaya çıkacak ürün işçi ile toprak sahibi arasında yarı yarıya bölüşülmek üzere müzâraa ve muâmele yoluyla bölge halkına vermesi örneğini zikrederler. Karşı görüş sahiplerinin bu yaklaşımına İmâm Muhammed'in kitabına (*Asl*) gönderme yaparak cevap veren Debûsî, yasaklamaların (menâhî) bütün müzâraa çeşitlerini kapsadığını ve tamamının fâsid sayıldığını bu konuyla ilgili açıklamanın Muhammed b. Hasan'ın kitabında bulunduğunu nakletmiştir.²⁵⁷

Müzâraa ve muâmelenin hükmüne dair açıklamalarını farazî sorulara verilen cevaplarla sürdüren müellif, genel olarak karşı tarafın delil olarak sunduğu Haber topraklarının muâmele ve müzâraa yoluyla sahiplerinde kalması olayına atıflarla

²⁵⁶ a.e., II, 965.

²⁵⁷ a.e., II, 966.

ve mezhebin yaklaşımını kuvvetlendirici izahlarla meseleyi açıklığa kavuşturmuştur. Sözleşmenin mahiyetinin icâre ile aynı olması hususu Ebû Hanîfe'nin görüşü olduğundan bu yaklaşımı savunan Debûsî, bu meselede sözleşmenin ortaya çıkma noktasında icâre mahiyetini tercihe şayan gördüklerini, daha sonra ise ortaya çıkan mahsulün icâre yoluyla değil, şirket sebebiyle taraflardan birine gerekmesi için şirket mahiyetini öne aldıklarını ifade etmiştir.²⁵⁸

Açıklamaları esnasında evleviyet metodunu da kullanan müellif; muâmeleye cevazın, müzâraanın cevazına delil olduğunu bunun da evleviyet tarihiyle meydana geldiğini ifade etmiştir.²⁵⁹ Yine müellifin bu bölümde Ebû Hanîfe'nin görüşünü savunmakla birlikte özellikle aksi görüş sahiplerine cevap verirken Muhammed b. Hasan'dan ve onun kitabından (*Asl*) sıklıkla bahsettiğini görmekteyiz. Müellifin savunduğu görüşün aksine yaklaşım sunan muhatablarına hasım şeklinde²⁶⁰ hitap etmesi, onların görüşlerini değerlendirirken “zeame”²⁶¹ fiilini kullanması tartışmada benimsediği usûlün anlaşılması açısından önem taşımaktadır.

Bölümün büyük kısmında müzâraa'ın hukûkî statüsünü, buna dair görüşleri ve gerekçeleri ele alan Debûsî son sayfada bir kimsenin arazisini tohum kadından olmak üzere ve mahsulü yarı yarıya paylaşmak şartıyla nikah karşılığında müzâraa'ya vermesi meselesini inceleyen müellif, böyle bir sözleşmede müzâraa'nın fâsid, nikahın ise sahih olduğu hükmünü zikretmiştir.²⁶²

Konuyla ilgili Ebû Yusuf İmâm Muhammed'in görüşlerini karşılaştıran müellif, meselenin sonunda Ebû Yusuf'un görüşünün daha evlâ olduğunu belirterek yaptığı tercihi gözler önüne sermiştir.²⁶³

²⁵⁸ *a.e.*, II, 968.

²⁵⁹ *a.e.*, II, 968.

²⁶⁰ *a.e.*, II, 968.

²⁶¹ *a.e.*, II, 968.

²⁶² *a.e.*, II, 968.

²⁶³ *a.e.*, II, 969.

VI. HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN BORÇLAR

Klâsik İslâm hukuku kaynaklarında, cirâh (yaralamalar), cinâyât (cinayetler), diyât (diyetler) başlıkları altında genel olarak insanların can ve vücüt bütünlüğüne karşı işlenen suç ve cezalar ele alınmaktadır.²⁶⁴ Özellikle öldürme, yaralama vb. tazminat sorumluluğu doğuran haksız fiiller bu kapsamda yer almakla birlikte söz konusu konular fıkıh kitaplarında cinâyât bölümünde (Ceza ve tazminat yöntemi) karma biçimde ele alındığından biz burada konulara değinmeyeceğiz.

1. Gasp

Müellif gasp bölümünün girişinde, gaspa dair açıklamalar yapmadan önce İmâm Muhammed'in gasp ile itlafi bir arada ele aldığını ve meseleye gasp ile başladığını belirtmiştir. Böyle bir açıklama müellifin mezhep hükümlerini tedvin ve sistematize etme noktasında İmâm Muhammed'e atfettiği değeri göstermektedir. Bununla birlikte gaspın tanım, şart ve hükmünün bilinmesi gereğini de ifade eden Debûsî tıpkı hibe sözleşmesinde olduğu gibi gaspa dair bölümde de sonraki dönem kitaplarında görülen tasnifi esas almıştır.²⁶⁵

İmâm Muhammed'in gasp ile itlafi bir arada ele aldığını ve önce gaspı incelediğini belirten Debûsî, aynı sistemden hareketle gasp ile itlafi birlikte işlemiş, konuya da yine girişte belirttiği tasnifin ilk başlığıyla (gaspın tanımı) adım atmıştır. Konuyla ilgili olarak Hanefî âlimlerine göre gasp konusu malda meydana gelen fazlalıkların (zevâid) emânet hükmünde olduğunu bildiren müellif, bu hükmün gerekçesini zikretmeden önce Şâfiî'nin konuya ilişkin karşıt görüşünü zikretmiştir. Şâfiî'ye göre gasp konusu malda meydana gelen fazlalık (zevâid) gasıpta tazmin yükümlülüğüne dayalı olarak bulunur, çünkü teaddi sonucu madmûn (tazmin gerektirici) mahiyetini taşıyan asıldan ortaya çıkmıştır. Görüşünü Harem bölgesinde dişi ceylan avlayan kimsenin, ceylanın doğan yavrusunu da tazmin etme yükümlülüğü ile aynı bağlamda göstererek kuvvetlendirmeye çalışan Şâfiî, tazmin hükmünün asla istila ile gerektiği hususuna vurgu yapmıştır. Elde bulundurma durumunun asıl hakkında asıldan ortaya çıkan fazlalıkta da aynı hükme dayalı olarak ele alınacağını belirten Şâfiî,

²⁶⁴ Yiğit, *İslâm Ceza Hukukunda Cezaların Yürürlüğü*, s. 82.

²⁶⁵ a.e., 1063.

gaspın tanımını yaparak başkasının malını istila ve kahr yoluyla elde bulundurma mahiyetine dikkat çekmiştir.²⁶⁶ Konuya ilişkin farklı özellik taşıyan örnekleri de görüşünü belirginleştirmek için kullanan Şâfiî, elde bulundurma fikrinden hareketle âriyetin de tazmin hükmüne bağlı olduğunu belirtmiştir.²⁶⁷

Şâfiî'nin görüşünü gerekçelerini ve bunlara dayalı farklı yaklaşımları ortaya koyan müellif, mesele başında zikrettiği mezhep görüşünü açıklamaya ve savunmaya başlar. Konuya ilişkin İmâm Muhammed'in yaklaşımına yer veren müellif, Muhammad b. Hasan'ın birbirine zıt iki hükmü içeren yaklaşımını sunmuştur. Buna göre gasbeden kimsenin, ortaya çıkan fazlalıkla bir emeği (sun') bulunmadığından tazmin yükümlülüğü doğar. Diğer taraftan gâsıb, asıldan ortaya çıkan fazlalığı gaspetmediği cihetle de tazmin yükümlülüğü altına girmez.²⁶⁸ İmâm Muhammed'in yaklaşımını ve bunun gerekçelerini sunduktan sonra Şâfiî'nin ortaya koyduğu görüşlere teker teker cevap veren müellif şunları söylemiştir: Birincisine cevaba gelince harem bölgesindeki av ile insanların malı arasındaki fark daha önce geçmişti. İkinci sözüne gelince asıl gibi artışın da gasp yoluyla elde bulundurulması fikrine katılmıyoruz. Asıl birdir fakat biz onu gâsıbın elinde tutmasından dolayı aslın zımında kabul edemeyiz. Tazmin ancak ibtidâen istila ile mümkün olur.²⁶⁹

Karşı görüşe, yukarıda nakledildiği gibi temel ayrılık hakkında teker teker cevap veren Debûsî, konu gaspa dayalı tazmin yükümlülüğü olduğundan daman kavramına dair ince tahliller yapar. Bu bağlamda daman bir hakkın lüzumundan ibarettir. Lüzum ise gâsıbın zimmetindedir. Bu, gâsıbın sıfatıdır, malın değil. Mal ancak bir sebeptir. Açıklamasını Şâfiî'nin âriyetle ilgili yaklaşımına cevap vererek devam ettiren müellif, müsteîr'in (âriyet alan) her ne kadar malı elde bulundursa da mal sahibinin yetkisini kısıtlamadığını, mal sahibinin de malı kendi isteğiyle teslim etmesinin ibtidâen malı ortadan kaldırıcı bir mahiyet taşımadığını, dolayısıyla âriyet konusu malın emânet hükmünde bulunduğunu bildirmiştir. Öte yandan yaptığı bu tahlilden sonra konuya ilişkin iki yaklaşımın özündeki hareket

²⁶⁶ a.e., II, 1063.

²⁶⁷ a.e., II, 1064.

²⁶⁸ a.e., II, 1064.

²⁶⁹ a.e., II, 1065.

noktasını da açıklama ihtiyacı hisseden Debûsî, Şâfiî'nin daman kavramına elde bulundurma ile gerçekleşen malın tazmini fikriyle baktığını, Hanefî mezhebinin ise cebr kavramıyla bağlantılı olarak mal sahibinin, malı üzerindeki yetkisini sınırlama çerçevesiyle ele aldığını ifade etmiştir.²⁷⁰

Meselelerin sonlarında nadiren yukarıda naklettiğimiz gibi görüşlerin özüne ilişkin tahliller yapan müellif, özellikle mezhep içi tercihler sözkonusu olduğunda tahlillerden sonra tercihinin sebebini açıklayan yorumlar da yapmıştır.

Konu girişinde de belirttiğimiz gibi gasp ile ilgili bölümü tanım, şart ve hüküm bağlamında ele alan müellif, şarta ilişkin fasılda akarların gaspedilmesi durumunda tazmin yükümlülüğünün bulunup bulunmaması konularını incelemiştir. Meselenin başında Ebû Hanîfe'nin tazmin yükümlülüğünün olmadığını, ifade eden görüşünü zikreden müellif, Ebû Yusuf'un son görüşünün de bu yönde olduğunu bildirmiştir. Buna mukâbil Ebû Yusuf'un ilk görüşüne, Şâfiî'ye ve Muhammed'e göre akarın gaspedilmesi durumunda tazmin yükümlülüğünün doğmayacağını nakletmiştir. Bu görüş sahipleri Hz. Peygamberin, gasbedene dünyada tazmini yükleyen hadislerini delil olarak kullanmışlardır. Diğer taraftan aynı görüş sahipleri akarı, menkul mala kıyas ederek bu sonuca ulaşmışlardır.²⁷¹

Ebû Hanîfe'nin görüşünün karşısında bulunan bu görüşü ve gerekçelerini açıklayan Debûsî bundan sonra "Bizim görüşümüzü destekleyen"²⁷² ifadesiyle söze başlayarak yaptığı tercihi ortaya koyar. Ebû Hanîfe de bu konuda karşı tarafın kullandığı hadisi delil olarak kullanır ve hadisin sonundaki kıyamet gününde ortaya çıkacak sorumluluğu ifade eden kısmı gerekçesinin merkezine yerleştirir. Hz. Peygamber sorumluluğu kıyamet günü ile ifade etmişse dünyevi sorumluluğu eklemek kıyasa göre câiz değildir.

Öte yandan Ebû Hanîfe'nin konuya ilişkin tahliline de yer veren müellif, buradaki hükmün akarın menkul olmamasına bağlı olarak ortaya konduğunu vurgulamıştır. Konuyu akli zeminde açıklığa kavuşturmak için matık yönü ağır

²⁷⁰ *a.e.*, II, 1066.

²⁷¹ *a.e.*, II, 1068, 69.

²⁷² *a.e.*, II, 1068.

basan izahlara girişen Debûsî, gasbın ortaya çıkmasını, mal sahibinin elinden malını almakla mümkün olacağını, aynı şekilde bir yerde bulunan nesnenin başka yerde bulunamayacağını söylemiştir.²⁷³ Müellifin bu yaklaşımı, Hanefî mezhebinde Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf'un ichtihadına dayanan ve gasp fiilini mala yönelik bir eylemle mâlikin zilyedliğini gidermek ve aynı zamanda gâsıbın zilyedliğini tesis etmek şeklinde tanımlanan hakim görüşün uzantısı görünümündedir.²⁷⁴ Konuya ilişkin benzer gözüktüp aynı hükmü taşımayan örnekleri de görüşü kuvvetlendirmek üzere kullanan Debûsî, vedîayı inkar eden kişinin tazmin yükümlülüğü olduğunu, aynı şekilde başkasının hayvanına binip onu götürmeyen ve fakat bu binme suretiyle hayvanın ölmesi durumunda tazmin gerekeceğini vurgulamıştır. Bununla birlikte müellif buradaki tazmin yükümlülüğünün itlafa girdiğini, gasptan farklı sayılması gerektiğini de açıklama gereği hissetmiştir.²⁷⁵

Bölüm girişinde had, şart ve hükmün tasnifine giden Debûsî, bölüm içinde hükmü ayrıca atıf yapmayı doğrudan doğruya itlaf ile ilgili meselelere geçmiştir. Diğer taraftan gaspedilen aslın ortaya çıkardığı fazlalığın tazmini konusunda İmâmeyn'in Kitabı'l-Asl'daki gerekçelerine değinen müellif, aynı sayfa içinde Zâhiru'r-rivâye'ye de atıfta bulunmuştur.²⁷⁶ Diğer taraftan gasp ile itlafı ayrı başlıklar olarak algılamayan müellif, itlafa dair meselelere girdikten sonra gaspın hükmünü inceleme konusu yapmıştır.

Bölüm genelinde kullanılan metodun tıpkı hibe bölümünde olduğu gibi sistematik ayrıma tabi tutulduğunu, söyleyebiliriz. Ayrıca hibedeki şart faslında hibenin mahalli ile ilgili açıklamalar yapan müellifin bu başlıkta da akarın tazmini meselesini inceleyerek şart kavramıyla akdın mahallinin taşınması gereken şartları kastettiği düşünülebilir. Müellifin gasp bölümünde de temel ihtilaf noktasını zikrettikten sonra bunun furû meselelerine yansıma şekillerini gösterdiğini de belirtmeliyiz.

²⁷³ *a.e.*, II, 1068.

²⁷⁴ Gaspın mahiyetiyle ilgili Hanefî mezhebi ve diğer mezhepler arasındaki ayrılıklar için bk. Aydın, "Gasp", *DİA*, XIII, s. 387-392.

²⁷⁵ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 1068.

²⁷⁶ *a.e.*, II, 1066.

2. İtlaf

Esasen gasp ile itlafı bir bölüm içerisinde inceleyen ve kesin çizgilerle ayırmayan Debûsî, gasp bölümünde zikrettiğimiz yaklaşımlardan sonra “itlaf faslı” şeklinde bir başlık açarak itlafa dair meseleleri incelemiştir. İtlaf ile ilgili fasıla menfaatlerin itlaf edilmesi durumunda tazmin yükümlülüğünün bulunup bulunmaması konusuyla başlayan müellif, Hanefî bilginlerine göre menfaatlerin itlaf durumunda tazmin edilmeyeceği hükmünü verir.²⁷⁷ Konuya ilişkin aksi görüş bildiren Şâfiî, menfaatlerin itlaf durumunda tazmin edildiği sonucuna vararak menfaatlerin itlafının aynın intifaıyla olduğunu açıklar. Öte yandan konunun fikhî yönüne de değinen Şâfiî, menfaatlerin ayna kıyasla tazmin edileceğini açıkladıktan sonra menfaatlerin hakikaten, hükmen ve örfen mal olduğu hususuna vurgu yapar. Görüşünü gerekçelendirmek üzere aile hukukundan deliller getiren Şâfiî, menfaatlerin mehir olarak belirlenebilip, mehrin de bilginlerin ittifakıyla mal hükmü taşıyan şeylerde geçerli olduğunu belirtmiştir.²⁷⁸

Şâfiî'nin görüşlerini ve gerekçelerini zikrettikten sonra mezhebinin yaklaşımını savunmaya girişen Debûsî, konuya ilişkin sahabe icmâını zikretmiştir. Satıldıktan sonra çocuğu olan ve daha sonra da istihkak zuhur etme durumunda Hz. Ömer'in müşteriye câriyeyi, çocuğun kıymetini ve ukr vermeyi gerekli kıldığını, konuyla ilgili Hz. Ali ile istişare ettiğini ve sahabenin de bu hükme karşı çıkmadıklarını, bunun da ittifak anlamına geldiğini ifade etmiştir.²⁷⁹ Buradaki örnekte Hz. Ömer menfaatin kıymetinin reddi hükmüne varmamış, bu yaklaşıma da sahabeden bir tepki gelmemiştir. Buradaki tepkisizlik hali esasen sükûtf icmâı oluşturmaktadır.

Mezhebin görüşünün mesnedini öz olarak veren müellif, farazî sorulara cevaplar vererek konuyu daha anlaşılır hale getirmeye çalışmıştır. Hz. Ömer'in ukr diyetine hükmetmesi menfaatin ücrete tabi olmasını gerektirir görüşünü dillendiren muhtemel bir soruya karşılık Debûsî, ukr'un menfaatin ücretlendirilmesi değil etrâf erşi makamında olduğunu, konunun da Büyû

²⁷⁷ *a.e.*, II, 1069.

²⁷⁸ *a.e.*, II, 1070.

²⁷⁹ *a.e.*, II, 1070.

kitabında anlatıldığını belirtmiştir. Diğer taraftan bilginlerin ittifakıyla ukr'un menfaatin tazmini meselesiyle örtüşmediğini, zira elde tutma (imsak) ile ukr tazminatı gerekmeyeceğini, menfaatin bedeli olsa diğer menfaatlerin bedelinde olduğu gibi ödenmesi gerektiğini bütün bu açıklamaların da ukr'un menfaatin değil aynın bedeli olduğunu ortaya çıkardığını, belirtmiştir.²⁸⁰ Bu açıklamasıyla ukr'u menfaatin bedeli olarak algılayan muhtemel soruya cevap veren müellif, ukr tazminatının ayna bağlı bir ödeme olduğuna dikkat çekerek izahta bulunmuştur.

Müellif menfaatlerin mütakavvim (maliyetli) olmadığını açıklarken ayn menfaat ilişkisine değinmiş, gerekçelendirme yaparken de Büyü bahsinde ayrıntılı olarak ortaya koyduğu veznî ve keyfî mallardaki vasfın tekbaşına mütakavvim olmadığı hususunu hatırlatmıştır. Diğer taraftan yargılama hukuku örneklerinden konuyla benzeşenleri de zikreden müellif bir adamın aleyhine deyn (borç) şahadetinde bulunan iki kimsenin borç ödenmeden rucû etmeleri durumunda, aleyhine hüküm verilen kimsenin şahitlerden tazmin yükümlülüğü ve ödeme istemesinin mümkün olmadığını söylemiştir. Burada nakit-deyn ayrımına giden Debûsî, deynin vaz'ı itibariyle maliyet olarak (mütakavvim) nakitten düşük olduğunu belirtmiştir. Müellifin bu açıklamalarıyla ulaşmak istediği amaç aynın menfaatten hukûkî değer (maliyet) olarak üstün olduğu sonucuna varmaktır.²⁸¹

Diğer taraftan menfaatin statüsünü belirlemeye yönelik açıklamalar da yapan müellif, aynın cevher olduğunu menfaatin ise a'raz mahiyeti taşıdığını cevherin de zatı itibariyle arazdan daha üstün olduğunu vurgulamıştır.²⁸² Konuya ilişkin şahadetler bahislerinden benzer gözükken ve fakat farklı hükme sahip olan meseleleri de zikreden Debûsî, iki şahidin bir adamın alacağını düşürdüğüne (ibrâ) dair şahadetleri sonucunda hakimin de ibrâya hükmetmesinden sonra şahitlerin rucû etmelerinin alacaklı şahsa nakit ödeme borcu doğurduğunu bildirmiştir. Burada alacağın itlafından kaynaklanan borcun, kabz ile taayyün eden cinsten olup, şahitlerin kabzı iptal etmeleri hususuna vurgu yapmıştır.²⁸³

²⁸⁰ *a.e.*, II, 1071.

²⁸¹ *a.e.*, II, 1071.

²⁸² *a.e.*, II, 1071.

²⁸³ *a.e.*, II, 1071.

Yine menfaatin temevvülü ile ilgili muhtemel soruya ince bir tanımla cevap veren müellif; temevvülün ihtiyaç zamanı için korumadan ibaret olduğunu belirterek²⁸⁴ Mecellenin yaptığı mal tanımının benzerini ortaya koymuştur.

İtlaf bahislerine menfaatin hukûkî statüsüne dair açıklamalarla başlayan Debûsî, buradan hareketle tazmin yükümlülüğü konusunu incelemiştir. Müellifin bu yaklaşımı, menfaatin hukûkî statüsüne dair fikrî ayrılığın Hanefî ve Şâfiî mezhepleri arasında meydana gelen tartışmaların en temel konularından biri olduğunu düşündürmektedir. Konuyu özellikle şahitlikle ilgili bahislerden örneklendiren Debûsî, mezhep görüşünü belirginleştirmeye çalışmıştır.

İtlaf konuları içerisinde hüküm faslı şeklinde bir başlık açan Debûsî, bu başlık altında ilk olarak bir hayvanı veya bizâtihi mütefâvit olan bir hayvanı gaspedip geriye veremeyen kişiye gaspedilen malın kıymetinin gerektiğini nakletmiştir.²⁸⁵ Mezhebine ait bu görüşü nakettikten sonra “insanlardan bazıları der ki” ifadesiyle söze başlayarak farklı olan görüşü nakletmiştir. Buna göre böyle bir durumla karşı karşıya gelen kimse malın kendisinden kıymeti muâdil olan mislini geriye verir. Zira bu, hem şekil hem de mahiyet olarak eşitlik (müsâvât) daha yakındır. Bu görüş sahipleri Hz. Âişe'nin Hz. Hafza'nın sayfasını yırttığını, Peygamberimizin de mislini vermeye hükmettiğini söylerler. Yine aynı görüş sahipleri Hz. Osman'ın bir bedeviye kesilen ve yenen devesinin mislini verdiğini ifade eden hadisi delil olarak kullanmışlardır.²⁸⁶

Karşı tarafın görüşlerini ve gerekçelerini ortaya koyan Debûsî, iki kişinin sahip olduğu bir kölenin ortaklardan biri tarafından azat edilmesi durumunda, azat eden kimsenin ortağının payını da ödemesini öngören hadisin Hanefî âlimlerine göre delil olduğunu belirtmiştir. Konuyla alakalı olarak zikredilen hadis için, Debûsî'nin, “Bu hadis meşhurdur ve bilginlerin ittifakıyla makbuldür”²⁸⁷ yorumunu yaparak meşhur hadise atıfta bulunması, Hanefîlerin meşhur habere verdikleri önemi göstermesi açısından dikkat çekicidir. Öte yandan muhalif

²⁸⁴ a.e., II, 1073.

²⁸⁵ a.e., II, 1076.

²⁸⁶ a.e., II, 1076.

²⁸⁷ a.e., II, 1076.

görüŖün hadislerini de tevile tabi tutan müellif, Hz. ÂiŖe hadisinde sulh ihtimali bulunduğu gibi olayın adedîyyât-ı mütekarike hakkın da olma ihtimalinin açık olduğunu belirtmiŖtir. Hz. Osman'ın hadisinin ise sadece sulh olmaya müsait bulunduğunu vurgulamıŖtır.

İtlafa dair fasıl açmasına rağmen gasp ile ilgili meseleleri incelemeye devam eden müellif, tazminden sonra mağsûbun hükmü, gaspedilen câriyenin çocuğunun düşmesi, yemeği gaspeden birinin gaspettiği yemeği sahibine yedirmesi gaspedilen buğdayın öğütülmesi sonucunda ortaya çıkan tazmin yükümlülüğü, gaspedilen malın teğâyürü, gibi konuları incelemesinin yanında hırsızın çaldığı elbiseyi boyaması, fâsid bir sözleşmeyle tarla alan kimsenin sözkonusu tarlaya ev yapması, zimmînin zimmîden Ŗarap borç istemesi veya gaspetmesi, gaspedenden satın alma konularını da incelemiŖtir. İtlafa dair meselelerde, gasptan sonra ortaya çıkan yok olma veya gasp konusu malın ciddi ölçüde deđiŖmesi sonucunda gâsıbın yüklendiği tazmin sorumluluğunun mahiyeti üzerinde durulmuŖtur.

Gasp bölümünün uzantısı olarak değerlendirebileceğimiz itlaf kısmında daha çok furû meseleleri yoluyla açıklamalar yapan Debûsî, usûlî yaklaŖımlar sunmamıŖtır. Açıklamaları esnasında insan ruhunun temsil edici özelliklerine de değinen müellif, zaruret, garar gibi hukûkî kavram ve kaidelerden de yararlanmıŖtır. Diğer taraftan gasp ve itlaf konularında sözkonusu iki iŖlemden doğan tazmin yükümlülüğü ile ilgili dakik tahlillerde bulunan Debûsî, itlaf bahsinin girişinde (itlaf kapsamında) menfaatin hukûkî statüsüne ve hukûkî değerine (mütekavvim) iliŖkin yorumlarıyla dikkat çekmiŖtir. Bölüm girişinde İmâm Muhammed'in tasnifini gözönünde bulunduran müellif, kitabının birçok yerinde de “Muhammed bunu kitabında açıkladı” gibi ifadeleri sıkça kullanmıŖtır. Bölümün sonunda gâsıbtan mal satınalma baŖlıđı altında mesele açan Debûsî, konuya iliŖkin açıklama yapmaksızın okuyucuyu Büyû kitabına yönlendirmiŖtir. Alım-satımla iliŖkisinden dolayı satım sözleşmesi konusunda iŖlenmiŖ olan bu baŖlıđın burada da yer alması bölümleri oluŖturan baŖlıkların seçiminde gösterilen titizliği gösterdiği gibi, yapılan yönlendirme de, müellifin, kitabının iç sistematiğine hakimiyetini anlamamız açısından önemli bir ipucu oluŖturmaktadır. Yapılan bu göndermenin akabinde baŖkasının üzerinde görülen elbiseye “bu

benim elbisem. Bu şahıs onu benden çaldı”²⁸⁸ şeklindeki ikrarın sonucuna ilişkin açıklamaların *Câmi*’de açıklandığını bildiren müellifin, kendi kitabının dışındaki Hanefî mezhebi kitaplarına hakimiyeti de bu ifadeden anlaşılmaktadır.

VII- HAKSIZ İKTİSAP/SEBESİZ ZENGİNLEŞME

İslâm hukukunun klâsik literatürü meseleci bir metotla tedvin edildiği, hukuk doktrinini ve genel teoriler ve fikhî meseleler arasında serpiştirilmiş olarak işlendiği için bu literatürde haksız iktisap genel bir borç kaynağı olarak ayrıca ele alınmaz.²⁸⁹ Debûsî de aynı sistem üzerinden yürüdüğünden, haksız iktisaba ilişkin özel bir başlık açmamıştır. Bununla birlikte hukûkî sebebe dayanmayıp haksız iktisap kapsamında sayabileceğimiz bir örneğe kiralama sözleşmesiyle ilgili başlıkta rastladık. Esasen bu meseleyi ilgili bölümde ele almamıza rağmen konuyu haksız iktisap çerçevesinden incelemeye çalışacağımız için tekrarda beis görmüyoruz.

Debûsî kitabının 914. sayfasında, Ebu Hanîfe’ye göre şâyi’ hisseli gayri menkûlün kiraya verilmesinin fâsid olduğunu, bununla birlikte kiracının iskanı durumunda ecr-i misil (takdirî karşılık) gerektiğini bildirmiştir. İmâmeyn bu konuda şâyi’ hisseli aynın satımına kıyasla şâyi’ hisseli menfaatin satımını câiz görür.

Debûsî, İmâmeynin görüşünü aktardıktan sonra Ebu Hanîfe’nin intifa kavramından hareketle ortaya koyduğu gerekçelendirmeyi sunar. Ardından yaptığı tercihi açığa çıkararak “biz deriz ki” ifadesiyle söze başlayan Debûsî, Ebu Hanîfe’ye ait görüşü çeşitli gerekçelerle savunma yolunu tutar. Şâyi’ cüzden faydalanmanın imkansızlığı fikrini gerekçesinin temeline yerleştiren müellif, şâyi’ cüz aynî cüz ayırımına dikkat çeker. Kiracının iskanı durumunda ecr-i misil gerekmesi hükmünü de akdin in’ikâdı (kuruluş) fikrinden hareketle açıklayan Debûsî, mebî’den faydalanmanın imkansızlığı ve teslimin mümkün olmaması sebeplerinin akdin kuruluşunu engellemediğini vurgular. Konuyu diğer furû meseleleriyle daha anlaşılır hale getirmeye çalışan müellif, satım sözleşmesiyle ilgili bölümden “kaçan kölenin satımı” örneğini zikreder. Böyle bir örnekte köle

²⁸⁸ *a.e.*, II, 1091.

²⁸⁹ Aydın, “Haksız İktisap”, *DİA*, XV, 212.

sahibin aldığı bedel sözleşmenin fesadına bağlı olarak haksız iktisap kapsamında yer almaktadır. Zira akdin temel unsurlarından olan mebî mevcut değildir.

Konunun sonunda tarafların görüşlerini değerlendirmeye tabi tutan Debûsî, Ebu Hanîfe'nin görüşünü daha ince (edekku) İmâmeynin görüşünü ise daha açık (azhar) olarak nitelendirir. Müellifin bu yorumu, Ebu Hanîfe'nin daha derine nüfûz etmek suretiyle hükme vardığını gösterir ki bu da esasen istihsan delilinin mahiyetiyle örtüşmektedir.

Bu örnekte fâsid bir sözleşme sonucu ortaya çıkan sebepsiz zenginleşme durumu mevcuttur. Böyle bir olayda taraflardan biri, diğerine menfaat devretmiştir. Bunun sonucunda karşılık alması gerekir. Fakat buradaki karşılık akde dayanmaz. Çünkü ortada ifâsı gerekli bir akit yoktur ve borç sebepsiz iktisaba dayanmaktadır. Debûsî de fesadla birlikte ortaya çıkan in'ikâdın gereği olmak üzere kiracıya ecr-i misil gerektiğini bildirmiştir. Bunu yaparken Ebu Hanîfe'nin görüşünü savunan müellif mesele sonunda mevcut yaklaşımları yorumlamaktan da geri durmamıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

DEBÛSÎ'NİN HÜKÜMLERİ DELİLLENDİRME METODUYLA İLGİLİ GENEL TESPİTLER

I. DEBÛSÎ'NİN KULLANDIĞI İFADE KALIPLARI

1. Mezhep Âlimleri İçin Kullandığı İfadeler

Hükümleri delillendirme metodunu incelediğimiz Debûsî, Hanefî mezhebine mensup bir âlim olduğundan, zikrettiği hükümleri mezhebine atıfla nakletmiştir. Bu esnada kullandığı bazı ifadelerin özel anlamlar taşıdığı anlaşıldığından biz de oku malarımızda bu noktaya dikkat etmeye ve bazı tespitlere ulaşmaya çalıştık.

Müellif, Hanefî mezhebine ait olan ve mezhep içindeki İmâmlardan herhangi birinin ihtilafının söz konusu olmadığı görüşleri naklederken genellikle “kâle ulemâunâ” ifadesini kullanmıştır.²⁹⁰ Bu görüşlerden sonra Şâfiî'ye ait görüşü zikreden ve sözkonusu görüşle mukayeseli açıklamalar yapan müellif, “kâle ulemâunâ” ifadesinden sonra pek az yerde²⁹¹ Şâfiî ile birlikte Züfer'in de zikredilen mezhep görüşüne aykırı hüküm verdiğini bildirmiştir. Yukarıda belirtilen kalıbın dışında nâdiren “âmmetü'l-ulemâ”²⁹² ifadesini kullanan müellif bu ifadeyle de mezhep içindeki yaygın kanaati ifade etmiştir. Diğer taraftan hükümleri ortaya koyarken “ulemâüne's-selâse”²⁹³ ve “Ashabüne's-selâse”²⁹⁴ ifadelerini de kullanan müellif söz konusu yerlerde İmâm Züfer'le mukayeseli açıklamalar yaparak, kullandığı ifadelerle Hanefî mezhebinin Züfer dışındaki üç İmâmını (Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf, İmâm Muhammed) kastettiğini okuyucuya hissettirmiştir.

²⁹⁰ Bu ifadenin geçtiği yerler için bk. Debûsî, *el-Esrâr*, I, 673, 681, 684; II, 751, 799, 810 820, 825, 826, 829, 832, 857, 894, 902, 938, 947, 954, 970, 1010, 1015, 1037, 1063, 1075, 1077.

²⁹¹ Debûsî, *el-Esrâr*, I, 684; a.mlf., II, 938.

²⁹² *a.e.*, II, 883, 1076.

²⁹³ *a.e.*, II, 883, 887, 915, 918, 1079.

²⁹⁴ *a.e.*, I, 677.

Hanefî mezhebine mensup âlimlere atıflarda bulunurken “ba‘zu meşâyihinâ”²⁹⁵ ifadesiyle bazı hükümler de zikreden müellif, söz konusu hükümlerden sonra ya hiçbir fikir beyan etmeyerek ya da “bu görüş zayıftır”, “hakiki cevap şudur” şeklinde, açıklamalarına devam ederek bu görüşlere itibar etmediğini okuyucuya hissettirmiştir.²⁹⁶

Debûsî “Alimlerimiz” ve “ashâbımız” gibi ifadelerin yanısıra “bize göre” (indenâ) ifadesini kullanır; fakat bu, diğer ifadelere göre biraz daha az kullanmıştır. Diğer taraftan “bize göre” (indenâ)²⁹⁷ ifadesiyle söze başladıktan sonra karşıt görüş olarak Şâfiî’nin yanısıra İmâm Züfer’i de zikreden müellif, bu yaklaşımıyla ifadenin mahiyetine ilişkin ipuçları vermiştir. Anlamı itibariyle mezhep içindeki genel kanaati göstermesi gereken bu ifade esasen birçok yerde Züfer’i dışarıda tutan mezhep görüşünü nakletmek için kullanılmıştır.²⁹⁸

2. “Ve lenâ” ifadesi

Debûsî Hanefî mezhebine ait hükümleri açıklarken konuya ilişkin nakli delil mevcutsa öncelikli olarak onu zikrederek gerekçelendirmede bulunmuştur. Bu bağlamda nakli delillerin (özellikle Kur’ân ve Sünnet) nakledilmesinden önce genellikle “ve lenâ” ifadesini kullanan Debûsî, zaman zaman da konu örnekli ve kavram ağırlıklı açıklamalar yapmıştır. Aynı şekilde “li ulemâinâ” ifadesinden sonra da genellikle, hatta çoğu kez nakli delillerle gerekçelendirmede bulunan müellif, okuyucuyu bir anlamda ortaya koyacağı gerekçenin mahiyeti hususunda aydınlatmıştır.

3. “Elâ Terâ” ifadesi

Açıklamalarını nakli delillerle değil de daha çok konu örneklerinden ve hukûkî kavramlardan hareketle yapacağı zaman bu ifadeyi kullanan Debûsî,

²⁹⁵ *a.e.*, II, 870, 919, 926, 954, 1028.

²⁹⁶ Meşâyih gruplarının ortaya çıkışı ve Buhara, Semerkant, Irak ve Belh meşâyih kavramları için bk. Kaya, *Hanefî Mezhebinde Nevâzil Literatürünün Doğuşu ve Ebû'l-Leys es-Semerkandî'nin Kitâbü'n-Nevâzili*, s. 35-42.

²⁹⁷ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 793, 795, 880, 890, 1005, 1035, 1049, 1069, 1082.

²⁹⁸ Bu ifadeden sonra İmâm Züfer ile mukayeseli olarak yapılan açıklamalar için bk. *a.e.*, II, 793, 880, 890, 1035.

genellikle uzun açıklamaların sonuna doğru “fe sebete” ifadesiyle söze başlayıp özet mahiyet taşıyan ve mezhep görüşünü destekleyen izahlarda bulunmuştur. Bu ifade ile yaptığı açıklamalarda serbest bir gerekçelendirme metodu izlediğini gördüğümüz Debûsî, savunduğu görüşü her türlü argümanla pekiştirmeye çalışmıştır. Diğer taraftan açıkladığı görüşlerin ve hatta hükmün konuluş amacını belirtmek üzere “ve’l-ma’nâ fihi”, ve’l-fikhu fihi” gibi ifadeler de kullanan Debûsî, bu tür açıklamaları genellikle –varsa- nakli delilleri sunduktan sonra destekleyici mahiyette olmak üzere yapmayı tercih etmiştir.

II. DEBÛSÎ’NİN NAKLÎ DELİLLERİ KULLANMA TARZI:

Konuları açıklarken nakli delillerden kitap, sünnet, icmâ, Sahabî kavli ve şer’u men kablena’ya atıflarda bulunan müellifin, nakli delilleri tasnife tabi tutan bir yaklaşımını tespit edemedik. Eserin furû kitabı olması bu durumu tabîf kıldığı gibi, bazı yerlerde bizzat yaptığı atıflardan da anlaşıldığı üzere müellif bu konuyu kaleme almış olduğu usûlle ilgili eserinde ayrıca incelemiştir.

1. Kitap

Gerekçelendirmeleri esnasında Kitap delilini kullanan müellif, Kur’an’ın diğer delillere göre konumunu belirlemeye yönelik tahliller yapmamıştır. Bununla birlikte rehinlere ait bölümde menfaatlerin tazmini konusunu işlerken “kitap, sünnet ve icmâ-ı ümmet” sıralamasını yaparak usûldeki deliller sıralamasını burada da uyguladıklarına dikkat çekmek istemiştir.²⁹⁹

Gerekçelendirmesi esnasında Kur’ân-ı Kerîm ayetlerine sünnet kadar atıfta bulunmayan müellif, Kur’an’dan delillendirme yaparken ayetin sadece ilgili kısmını zikretmektedir. Bu esnada gerekçe olarak sunduğu ayetle ilgili yorumlar da yapan müellif, sadece lafızdan hareketle sonuca ulaşmayı lafzın arka planını da irdelemiştir.³⁰⁰ Diğer taraftan ayetlerdeki lafzı kullanımları dil açısından değerlendirmelere de tabi tutan Debûsî, bu yolla savunduğu görüşü kuvvetlendirmeye çalışmıştır.³⁰¹

²⁹⁹ Sözkonusu sıralama ile ilgili olarak bk. *a.e.*, II, 1071.

³⁰⁰ Örnek olmak üzere bk. *a.e.*, II, 938.

³⁰¹ bk. *a.e.*, II, 765.

2.Sünnet

Nakli delillerden en fazla sünneti kullanan Debûsî, kitap delilinde olduğu gibi sünneti de yorumlayarak gerekçelendirmeler yapmıştır. Bu yorumları esnasında usûle dair açıklamalar da getiren müellif, buğdayın buğdayla eşit miktarda değişimini ifade eden hadisi yorumlarken, usûldeki “iktizânın delaleti” konusuyla bağlantılı olarak “Nassların iktizâsı doğrultusunda istidlâl yoluyla yapılan delillendirmeye gelince” ifadesini kullanmıştır. Bununla birlikte konu usûle dair olduğu için bu kadarıyla yetinmiştir.³⁰² Bu yaklaşım ayrıca hükümlerin delillendirilmesi esnasında yapılacak çıkarımların nasslara dayandırılmak suretiyle meşruiyet zeminine oturtulması açısından da önem taşımaktadır.

Debûsî'nin sünneti nakli deliller içinde sıklıkla kullanmasının yanında meşhur hadislere yaptığı atıflar da konumuz açısından önem taşımaktadır. Hükümlere kaynak olacak hadisin meşhur olmasını tercih sebebi olarak sunan Debûsî, bu meyanda “bizim hadisimiz daha evlâdır, çünkü meşhurdur”³⁰³ gibi yaklaşımların yanısıra karşı tarafın görüşünü eleştirmek amacıyla da meşhur hadise dair yorumlar yapmıştır. Büyü bölümünde kuru hurmayla yaş hurmanın değişiminin hükmünü incelediği meselede Ebû Hanîfe'ye karşı görüş bildiren İmâmeyn'in hadisini tenkit ederken “Bu hadis icmâ ile makbul sayılan meşhur hadise muhaliftir”³⁰⁴ açıklamasını yapmıştır. Bu açıklamasıyla Debûsî, hem hükümlere kaynaklık etme açısından meşhur hadisin değerine işaret ederken diğer yandan Ebû Hanîfe'nin görüşünü İmâmeynin görüşüne tercih ettiğini göstermiştir.³⁰⁵

Meşhur hadise atıfta bulunurken hibe bölümünde “maruf hadis”³⁰⁶ ifadesini kullanan Debûsî, meşhur hadisle ilgili Hanefî mezhebinde ortaya çıkan kavramsal çerçeveye de işaret etmiştir.

³⁰² Debûsî'nin yaklaşımı için bk. *a.e.*, II, 744.

³⁰³ *a.e.*, II, 683.

³⁰⁴ *a.e.*, II, 756.

³⁰⁵ Meşhur hadise atıfta bulunulan yerler için bk. *a.e.*, II, 683, 756, 787, 829, 853, 1076.

³⁰⁶ *a.g.e.*, I, 682.

3. İcmâ

Kitabında icmâyâ atıflarda bulunarak açıklamalarda bulunan Debûsî, bu açıklamaları esnasında birbirinden farklı ifadeler kullanmıştır. Tek başına icmâ kelimesini kullandığı gibi³⁰⁷ “bilâ hilâfi beynenâ”³⁰⁸ “kâme biicmâin beynenâ”³⁰⁹ “aleyhi’l-icmâ”³¹⁰ “ecma‘na”³¹¹ “mücma‘ aleyh”³¹² “alâ mâ karrarnâ”³¹³ ifadelerini de kullanmıştır. Müellif bu ifadelerle, doğrudan doğruya icmânın terim anlamına gönderme yapmayı bölgesel ve hatta mezhep içi ittifakı ön plana almıştır diyebiliriz. Bu ifadelerin yanında Debûsî naklî icmâ³¹⁴ diyebileceğimiz “müslümanlar icmâ ettiler”³¹⁵ ve “icmâu’l-ümme”³¹⁶ gibi ifadeleri az da olsa kullanmıştır.

Açıklamalarında sahabe icmâna dayanarak hükümler nakleden³¹⁷ Debûsî, sahabe icmâyıyla kıyası mukayese ederek “kıyas ancak sahabenin icmâyıyla terkedilir”³¹⁸ ifadesini kullanmıştır. Debûsî’nin sahabe icmâ ile ilgili yapmış olduğu bu açıklama kıyas ile sahabe icmânın kaynak değerini belirlemesinin yanında fıkıh bilgileri nazarında sahabe icmâna ilişkin genel kanaati pekiştirme yönüyle de önem taşır.

³⁰⁷ İcmâ kelimesinin geçtiği yerler için bk. *a.e.*, II, 756, 771, 789, 795, 811, 821, 853, 856, 857, 885, 886, 904, 907, 932, 958, 959, 960, 962, 966, 1006, 1016, 1025, 1032, 1035, 1040, 1045, 1059, 1059, 1071, 1078, 1082, 1087.

³⁰⁸ *a.e.*, I, 674, 948.

³⁰⁹ *a.e.*, I, 675; II, 815.

³¹⁰ *a.e.*, II, 746, 763, 962.

³¹¹ *a.e.*, II, 746, 748, 774, 823, 835, 834, 953, 998.

³¹² *a.e.*, II, 778, 1072,

³¹³ *a.e.*, II, 941, 1020, 1027.

³¹⁴ İcmâm çeşitleriyle ilgili olarak bk. İbrahim Kâfi Dönmez, “İcmâ”, *DİA*, XXI, 424-425.

³¹⁵ bk. Debûsî, *el-Esrâr*, II, 1075.

³¹⁶ bk. *a.e.*, II, 1071.

³¹⁷ Bu konunun örnekleri için bk. *a.e.*, I, 672; *a.e.*, II, 1043, 1057, 1060.

³¹⁸ *a.e.*, II, 923.

4. Sahabî Kavli

Usûle dair eser yazmış olduğundan usûlle ilgili konuları furû meselelerinde çok fazla açıklama konusu yapmayan Debûsî, incelediğimiz bölümlerin birkaç yerinde sahabî kavline ilişkin tahlillerde bulunmuştur. Kitabının bir yerinde sahabî bir konuda iki tane hüküm verirse bunun birine uyar, diğerine muhalefet ederiz. Bu, söz konusu iki hükmün birbirinden ayrılabilir olması şartına bağlı olarak böyledir. İki hüküm, birbirinden ayrılamaz mahiyetini taşıyorsa birindeki ihtilaf ikisindeki ihtilafı aynı konumdadır³¹⁹ açıklamasını yapan Debûsî, başka bir yer de de Ebû Hanîfe'ye atıfla sahabî kavlini kıyasla mukayese eden bir açıklamaya yer vermiştir. Ebû Hanîfe'nin sahabî kavlinin de delil olarak bulunduğu bir durumda kıyas ile delillendirme yapacağını, zira Ebû Hanîfe'nin mezhebinde kıyasın sahabî kavlinde daha evlâ olduğunu, kıyasın ancak sahabe icmâ ile terkedileceğini söylemiştir.³²⁰ Müellifin bu açıklaması sahabî kavlinin delil değerine işaret etmesi açısından oldukça önemlidir. Diğer taraftan sahabenin ihtilaf ettiği bir durum olup, iki hüküm ortaya çıkarsa bunlardan birine uyup, diğerine muhalefet etme gereğinden bahseden müellif mesele açıklamalarında bu yaklaşımını bizzat uygulamıştır. İcâre başlığında tazir cezası veren devlet başkanının verdiği cezadan sonra suçlunun ölmesi durumunda tazmin yükümlülüğünü incelediği meselede sahabenin başından geçen bir olayla ilgili olarak, Hz. Ali ve Abdurrahman bin Avf'ın görüş bildirdiğini naklettikten sonra "Biz Abdurrahman b. Avf'ın görüşünü alıyoruz"³²¹ açıklamasını yaparak usûle dair belirttiği hususun furûdaki örneğini vermiştir.

5. Şer'u men kablenâ

İncelediğimiz bölümlerin sadece bir yerinde şer'u men kablenâ deliline ilişkin yorum yapan Debûsî, kefâlet konularını işlerken Kur'ân'daki Hz. Yusuf kıssasında geçen bir olayı anlattıktan sonra "şer'u men kablenâ neshi zahir olmadıkça bizi bağlayıcıdır"³²² ifadesini kullanmıştır. Furû ile ilgili örnekleri çok

³¹⁹ a.e., II, 816.

³²⁰ a.e., II, 923.

³²¹ a.e., II, 923.

³²² a.e., II, 1025.

olmasa bile bu usûlî yakalaşım müellifin konuya ilişkin düşünce ve tercihini ortaya koyma bakımından açıktır.

III. DEBÛSÎ'NİN KİYASA BAKIŞI VE BU DELİLİ KULLANMA TARZI

Debûsî'nin eserinde kullandığı kıyas, fıkıh usûlünde teknik anlamda kullanılan kıyasla ortak özellikler taşımakla birlikte daha çok tikel olaylara uygulanabildiği gibi tikel çözümlerin doğruluk kriteri olarak da kullanılan “tümevarım yoluyla ulaşılmış genel kural” mahiyeti taşımaktadır. Bununla birlikte açıklamaları esnasında usûlî kıyasın mahiyetine ilişkin yorumlar yapan müellif, zâhirîlerin kıyas anlayışını eleştirerek, şunları söyler: Bu durum kıyas konusunda zâhirîlerin ihdas ettiği bir şeydir. Onlar illetleri gösteren vasıfları ortaya çıkaran fikhî manaları anlamaktan acizdirler. Böyle olduğu halde mesele hakkında hasımlarına karşı hükmü ve illetini açıklamaksızın üstünkörü konuşurlar.³²³

Müellifin bu açıklaması, usûlî kıyasın meselelerin çözümünde esas olduğunu göstermesinin yanında, zâhirîlerin kıyasa bakış açılarını eleştiriye tabi tutması yönüyle de önem taşır.

Açıklamaları esnasında mezhep içinde mevcut olan genel kaidelere atıfla hüküm bildiren Debûsî bu bağlamda “aslen indenâ”,³²⁴ alâ usûlî ulemâinâ”³²⁵ “alâ aslinâ”³²⁶ “liennehu sebete min aslinâ”³²⁷ gibi ifadeler de kullanmıştır. Müellifin bu yaklaşımı mezhep içinde hükümlere kaynaklık eden genel kaidelere atıfta bulunmasının yanında Hanefîlerin benimsediği genel kural kıyası anlayışının da temellerine ilişkin ipuçları vermektedir.³²⁸

³²³ a.e., II, 749.

³²⁴ a.e., II, 749.

³²⁵ a.e., II, 769, 907.

³²⁶ a.e., II, 831, 910.

³²⁷ a.e., II, 909.

³²⁸ Kıyasın mahiyeti ve kıyasın yaygın anlamları için bk. Apaydın, “Kıyas” *DİA*, XXV, 529.

IV. DEBÛSÎ'NİN İSTİHSÂNA BAKIŞI VE BU DELİLİ KULLANMA TARZI

İstihsan örneklerini kıyasın mukâbili olarak zikreden Debûsî'nin kitabının genelinde gizli kıyas istihsanından çok çeşitli nedenlere dayalı olarak genel kuraldan ayrılmayı ifade eden istihsanı kullandığını görmekteyiz. Böyle bir durumda karşılaşılan hukûkî bir olaya çözüm getirilirken o olayın benzerlerine uygulana gelen genel kuralın veya o olayı kapsayan genel bir delilin gereğinin yahut nasların lafzının dışına çıkılması, olayın tabiatına uygun ve istisnai nitelikte başka bir çözümün benimsenmesi sözkonusudur.³²⁹ Şimdi Debûsî'nin istihsanı kullanım tarzını bir örnekle açıklamaya çalışacağız:

Kitabının 784. sayfasında gâsıbtan köle satın alan kimsenin köleyi satın aldıktan sonra âzâd etmesi ve bundan sonra da mal sahibinin izin vermesi durumunda İmâm Züfer'e göre kıyâsen âzâd işleminin geçerli olmayacağını bildiren Debûsî, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre böyle bir âzâd işleminin geçerli olacağını belirtmiştir. Züfer'in bu konudaki gerekçesi, mal sahibinin icâzet muhayyerliğinin müşterinin mülkiyetini engelleyen mahiyet taşımasına dayanır ki, bu da alım satımla ilgili genel bir kuraldır.

Züfer'in gerekçesini açıkladıktan sonra konunun istihsan deliline göre açıklamasını yapan müellif, mülk sebebinin ehil olan kimse tarafından ve akdin mahalli üzerinde gerçekleştiğini, problemin ise akdin mahalli üzerindeki velâyetin bulunmamasına dayandığını bildirmiştir. Velâyete dair ortaya çıkan problemin üçüncü şahsın hakkıyla alakalı bulunduğunu, bunun da akdin mevkûfiyetini (askıda olma hali) gerektireceğini, mal sahibinin izin vermesi durumunda da akdin nâfiz (geçerli) olacağını vurgulamıştır. Konuyu, borcu mal varlığını geçen kimsenin vârisinin terekeden köle âzâd etmesi durumunda, alacaklıların iznine bağlı olarak geçerli olma örneğiyle mukayese ederek açıklığa kavuşturmaya çalışan Debûsî, bu açıklamasıyla kıyas istihsanı yapmıştır. Diğer taraftan icâre bölümünde, icâre sözleşmesinin esasen kıyasa aykırı (genel kurala aykırı) bir

³²⁹ Bardakoğlu, "İstihsan", *DİA*, XXIII, 343.

mahiyet taşıdığını, bununla birlikte insanların ihtiyaçlarına binâen istihsan yoluyla câiz kılındığını belirterek zaruret istihsanına örnek vermiştir.³³⁰

Kaynaklar, bir istidlal yöntemi olarak istihsanın Ebu Hanîfe ile başladığında adeta hem fikirdir. Ancak istihsanın teknik bir usûl terimi olarak literatürde yerini alması, ehl-i hadisin sert eleştirileri karşısında istihsanı tanımlamaya ve ona doktrin içinde kavramsal çerçeve kazandırmaya çalışan sonraki nesil Hanefî usûlcülerin gayretiyle olmuştur.³³¹ Kanaatimizce Debûsî de bu usûlcülerden biridir. Usûle dair yazdığı eserinde istihsan vecihlerinden söz eden müellif³³² yapmış olduğu furû çözümlerinde usûlünde belirttiği üzere istihsan vecihleri üzerinden hükümlere varmıştır. Bu da onun istihsan deliline kavramsal çerçeve kazandırma noktasında önceki dönem âlimleriyle sonrakiler arasında bir köprü vazifesi gördüğünü göstermektedir. Diğer taraftan usûl kitabında istihsanla ilgili yaptığı açıklamaları furûa dair meselelerde uygulaması da onun teori-pratik bütünlüğüne dikkat ettiğini göstermesi açısından önemlidir.

V. DEBÛSÎ'NİN MEZHEP İÇERİSİNDE YAPTIĞI TERCİHLER

Debûsî, mezhep görüşlerini açıklarken ilk sıraya Ebû Hanîfe'yi alır. Ondan sonra Ebû Yusuf mezhep içinde tercih edilirken son sırayı İmâm Muhammed almaktadır. Bunun yanısıra İmâmlara ait görüşler zikredilirken birden fazla İmâm görüş bildiriyorsa yine Ebû Hanîfe'nin içinde bulunduğu grup tercihe şayandır. Yaptığı tercihleri belirtirken çeşitli yöntemler izleyen Debûsî, çok defa tercih ettiği görüşü mesele başında zikrederek yaptığı tercihi gözler önüne serer. Bununla birlikte tercih ettiği görüşü savunurken “biz deriz ki” ifadesini de kullanan müellif, tercih yapmasının yanısıra savunduğu görüşü benimsediğini ifade etmek üzere kendisini de görüş sahiplerinin yanında zikretmesi, konumuz açısından önem taşımaktadır.

Diğer taraftan savunduğu görüşü -ki bu genellikle Ebû Hanîfe'ye ait olan görüştür- çeşitli kelimelerle yorumlayan müellif “ahfâ”, êdakku” gibi ifadeler kullanırken karşı tarafın görüşünün yorumunda genellikle “ezhar” ifadesini

³³⁰ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 909.

³³¹ Bardakoğlu, “İstihsan”, *DİA*, XXIII, 340.

³³² Debûsî, *Takvîmu'l-edille*, s. 405

kullanmıştır.³³³ Müellifin böyle bir yaklaşım ortaya koyması, mezhep içinde tutarlılığı sağlamak amacıyla yapılan tahlillerin özünde, istihsan mantığının hakim olduğunun göstergesidir. Zira Debûsî daha ince, daha fikhî, daha gizli gibi ifadeler kullanmaktadır. Bunun yanısıra şekil-mana ayrımına da işaret eden müellifin,³³⁴ buradaki mana ifadesiyle istihsanın özündeki felsefeyi götüğünü söyleyebiliriz. Zira istihsanda olayın karakterine uygun olan istisnâî çözümün ön plana alınması sözkonusudur.

VI. DEBÛSÎ'NİN DELİLENDİRMEDE KULLANDIĞI DİĞER ARGÜMANLAR

Buraya kadar belirtilen hususların yanısıra örf, usûl kaideleri, dil kaideleri, hukukun genel prensipleri, mantık kaideleri gibi argümanları da delillendirme yaparken kullanan müellif, bunları daha çok yardımcı unsurlar olarak ele almıştır.

1. Örf

Ele aldığı hükümleri gerekçelendirirken örfü de kullanan Debûsî, örfü ifade etmek üzere farklı kavramlardan hareket ederek sonuca varmıştır. Bu bağlamda sadece örf kelimesini kullandığı gibi³³⁵ “örfen ve şer‘en” gibi şer‘ kelimesiyle yayana da kullanmıştır.³³⁶ Bunun yanısıra “ecra’l-âdeh”³³⁷ “yecri fihi’l-örfü şer‘en”,³³⁸ “cereyânü’l-âdeh”³³⁹ “cerat bihi’l-âdeh”³⁴⁰ “feinne’l-âdete tecrî”,³⁴¹ “âdetü’l-câriye”³⁴² “âdeh”³⁴³ “emrun zâhirun beynennâs”³⁴⁴ “teâruf”³⁴⁵

³³³ Sözkonusu yorumlar için bk. Debûsî, *el-Esrâr*, II, 799, 843, 850 vd.

³³⁴ *a.e.*, II, 854.

³³⁵ *a.e.*, II, 795, 828, 852, 861, 865, 954, 988, 1073.

³³⁶ *a.e.*, II, 796, 861, 929.

³³⁷ *a.e.*, II, 742.

³³⁸ *a.e.*, II, 744.

³³⁹ *a.e.*, II, 795.

³⁴⁰ *a.e.*, II, 831.

³⁴¹ *a.e.*, II, 869.

³⁴² *a.e.*, II, 869.

³⁴³ *a.e.*, II, 779.

³⁴⁴ *a.e.*, II, 839.

³⁴⁵ *a.e.*, II, 777, 833, 864.

“İstılâhunnâs”³⁴⁶ “liennennâse lem ya’tebiru zâlike”³⁴⁷ “alâ vifakı’l-âdeh”³⁴⁸ “biurfi’l-beled”³⁴⁹ “zahara’l-amelu bihilâfi hâzâ beynennâs”³⁵⁰ “örfü’t-tüccâr”³⁵¹ “amelü’t-tüccâr”³⁵² “İstalahû beynehüm”³⁵³ gibi ifadeleri de kullanan müellif bu tarz açıklamalarını genellikle asıl gerekçeyi sunduktan sonra yapmıştır. Bu da müellifin örf, gerekçelendirme hususunda tâli bir işlev yüklediğini göstermektedir.

Şirket, müzâraa ve müdârebe başlıklarında örf delilini kullanmayan Debûsî, sözkonusu başlıklarda diğer furû meselelerinden diğer başlıklarda olduğu kadar örnekler getirmemiştir. Müellifin bu tavrı şirket sözleşmesine dair hükümlerin o dönemde yeteri kadar yerleşmemiş olduğunu göstermesinin yanında sözleşmenin tarihi gelişim süreci içindeki yerine işaret etmesi açısından da önem taşımaktadır.

2. Usûl Kaideleri

Açıklamaları sırasında usûle dair yazdığı esere atıfta bulunarak “Biz bunun açıklamasını usûlde tamamlamıştık”³⁵⁴ gibi ifadeler kullanan müellif, usûle dair açıklamalarını çok derin tutmayarak sadece gerekli bilgiyi nakletmiş ve okuyucuyu usûlü’l-fıkha dair yazdığı esere yönlendirmiştir. Müellifin bu tavrı kitaplarındaki sistematığe dikkat etmesinin yanısıra yazdıklarına hakimiyetini göstermesi yönünden de önem taşımaktadır. Öte yandan usûl konularının ilişkin özet açıklamalar da yapan müellif, büyü bölümünde illet konularına ilişkin ince tahliller yapmıştır.³⁵⁵ Diğer taraftan usûle dair pek fazla kaide vermeyen Debûsî kitabının 1009. sayfasında “el-Emru alâ’l-vücûb” (emir vücûba delalet eder) kaidelerini nakletmiştir. Debûsî’nin bu tavrı furûa dair yazdığı “el-Esrâr” isimli

³⁴⁶ a.e., II, 756.

³⁴⁷ a.e., II, 754.

³⁴⁸ a.e., II, 876.

³⁴⁹ a.e., II, 876.

³⁵⁰ a.e., II, 988.

³⁵¹ a.e., II, 1023.

³⁵² a.e., II, 1024.

³⁵³ a.e., II, 828.

³⁵⁴ a.e., II, 739.

³⁵⁵ a.e., II, 739, 738.

eserde usûl konularına girmeyi gereksiz görmesiyle açıklanabilir. Yapmış olduğu göndermeler de bu tespiti kuvvetlendirir mahiyettedir. Müellifin usûle dair atıflarda bulunurken geçmiş zaman kipi kullanması da usûl eserini furû eserinden daha önce yazdığını göstermektedir. Öte yandan kitabın genelinde sadece “usûlde zikrettik” ifadesini kullanan Debûsî, eserin 453. sayfasında *Takvîmu Usûli'l-Fıkh* ismini de okuyucuya bildirmiştir.

3. Dil Kaideleri

Fıkhın dışında tasavvuf ve nahiv üzerine de çalıştığı bilinen Debûsî açıklamalarında zaman zaman dil ile ilgili yaklaşımlar da sunmuştur. Şirket bahislerini açıklarken mufâvaza şirketinin mahiyetine açıklık getirmek amacıyla kelimenin kökeniyle ilgili İmâm Muhammed'in sunduğu yaklaşımı aktarmıştır.³⁵⁶ Bunun yanısıra kelimelerin lügat anlamlarına da değinen müellif,³⁵⁷ sözkonusu açıklamaları tâli gerekçeler olarak sunmayı tercih etmiştir. Zaman zaman örf delilinde olduğu gibi meseleyi açıklığa kavuştururken “lüğaten ve şer'an”³⁵⁸ ifadesini de kullanmıştır.

4. Hukukun Genel Prensipleri

Debûsî Hanefî mezhebine ait hükümleri gerekçelendirirken hukukun genel prensiplerinden ve bunlara nüve teşkil edebilecek yaklaşımlardan da yararlanmıştır. Bu bağlamda “zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur”³⁵⁹ “zarar izâle olunur”³⁶⁰ “birşeyin nef'i zamanı mukabelesindedir”³⁶¹ “ukûd'da itibar makâsıd ve meâniyedir, elfâz ve mebâniye değildir”³⁶² gibi kaidelere atıfların yapıldığını görmekteyiz. Bununla birlikte Debûsî'de geçen genel prensiplerin Mecelle'de yer aldığı şekliyle değil de Mecelle'deki kaideyle örtüşür mahiyette olduğunu da belirtmeliyiz. Mesela Mecelle'nin 20 kaidesi olan “zarar izâle

³⁵⁶ a.e., II, 942.

³⁵⁷ a.e., II, 775, 796.

³⁵⁸ a.e., II, 910.

³⁵⁹ Mecelle md. 22. bkz. Debûsî, a.e., II, 936.

³⁶⁰ Mecelle md. 20. bkz. Debûsî, a.e., II, 815.

³⁶¹ Mecelle md. 85. bkz. Debûsî, a.e., II, 973.

³⁶² Mecelle md. 3. bkz. Debûsî, a.e., II, 792.

olunur” ifadesi Debûsî’de “İslâm’da zarar medfûdur”³⁶³ ve “Zarar İslâm’da nefyedilmiştir”³⁶⁴ (menfiyyün) şeklinde geçmektedir. Diğer yandan hukûkî kaidelere nüve teşkil edebilecek yaklaşımlar da sunan Debûsî, anne sütünün satımının câiz olmadığını açıklamak üzere asıl-fer’ ilişkisine değinmiş ve fer’in aslın hükmüne tabi olduğunu belirtmiştir.³⁶⁵ Müellifin bu yaklaşımı “vücutta birşeye tabi olan hükümde dahi ona tabi olur”³⁶⁶ ve “Tabi olan şeye ayrıca hüküm verilemez”³⁶⁷ maddelerinin özüne ilişkin bir tahlil mahiyetindedir.³⁶⁸

Müellif hükümleri gerekçelendirirken salt olarak zarar, zaruret gibi kavramlara atıflar yapmanın yanında garar³⁶⁹ gabn³⁷⁰ cehâlet³⁷¹ kaçınılması imkansız durum³⁷² gibi kavram, kaide ve ilkelerden de yararlanmıştır.

5. Mantık Kaideleri

Açıklamalarında nadiren mantık açıklamaları yapan Debûsî, kitabının 786. sayfasında “Muhâl (imkansız olan) birşeyin aynı anda iki mekanda birden olmasıdır” açıklamasıyla mantıksal bir yaklaşım sunmuştur. Yine aynı şekilde şirket bahislerinde mufâvaza şirketinin ne olduğunu bilmediğini ifade eden Şâfiî, daha sonra “eğer mufâvaza şirketi câiz olsaydı iki kişi arasındaki akid fâsid olmazdı” açıklamasını yapmıştır. Şâfiî’nin bu yaklaşımına mantık yönü ağır basan bir cevap veren müellif şöyle der: “Biz bir şey hakkında bilgi sahibi değilsek onun sıfatını da bilemeyiz. Dolayısıyla Şâfiî’nin bu yaklaşımı bir tenâkuz oluşturmaktadır”.³⁷³ Bu açıklamasıyla mantıksal yönden muhatabına cevap veren müellif, Şâfiî’nin sözündeki mantıksal çelişkiye işaret etmiştir.

³⁶³ Debûsî, *el-Esrâr*, II, 815.

³⁶⁴ *a.e.*, II, 802

³⁶⁵ *a.e.*, II, 778.

³⁶⁶ Mecelle, md. 47.

³⁶⁷ Mecelle md. 48.

³⁶⁸ Müellifin kullandığı hukuk prensipleri için bk. Debûsî, *el-Esrâr*, II, 492, 802, 974, 1021.

³⁶⁹ *a.e.*, II, 783, 870, 872, 873 vd.

³⁷⁰ *a.e.*, II, 793, 849, 866.

³⁷¹ *a.e.*, II, 791, 794.

³⁷² *a.e.*, II, 916, 922.

³⁷³ *a.e.*, II, 942

VII. MEZHEPİÇİ GÖRÜŞLERİN ELE ALINIŞI VE DİĞER MEZHEPLERLE MUKAYESELER

1. Mezhepîçi Görüşlerin Ele Alınışı

Hanefî mezhebi dışındaki mezheplere karşı –ki bu kitapta genelde Şâfiî mezhebi muhatap alınmaktadır- oldukça sert bir üslupla cevaplar veren müellif, mezhep içinde mevcut olan ihtilaflara dayalı açıklamalar yaptığında tercihlerde bulunmuştur. Tercih ettiği ve dolayısıyla savunduğu görüşü ortaya koyarken ve karşıt görüşe cevap verirken tıpkı diğer mezheplere karşı kullandığı üslupla cevap veren müellif, bu esnada oldukça sert sayabileceğimiz ifadeler kullanmıştır. Kitabının birçok yerinde İmâm Muhammed’in görüşlerine dayanarak gerekçelendirme yapan ve yine birçok yerde İmâm Muhammed’in “*el-Asl*” isimli eserine atıflarda bulunan Debûsî,³⁷⁴ İmâm Muhammed, Ebû Hanîfe’nin görüşüne karşı görüş bildirdiğinde tartışma usûlüne ait ifadeler kullanmıştır. Bu bağlamda “Muhammed çok defa ihtilaflı konularla delillendirme yapıyor”³⁷⁵ şeklinde açıklamalarda bulunmuştur. Bu yaklaşım Debûsî’nin mezhep içinde yaptığı tercihleri göstermesinin yanında, kullanmış olduğu tartışmacı üslubu mezhep İmâmlarına karşı da sergilediğinin en açık kanıtıdır.

2. Şâfiî Mezhebiyle Mukayese

Müellif, Şâfiî mezhebiyle mukayeseli olarak yaptığı açıklamalarda, özellikle Şâfiî mezhebinin görüş ve gerekçelerini eleştiri maksadıyla ele almadan önce “Bu güçlü değildir”³⁷⁶ “Bu görüş zayıftır”³⁷⁷ “Bu söyleyenin düşüncesinin kılığından kaynaklanan bir şeydir”³⁷⁸ “Bu bağlayıcı değildir”³⁷⁹ gibi ifadeler kullanmıştır. Bunun yanı sıra müellif çok defa Şâfiî mezhebi için “hasm” ifadesi kullanmıştır.³⁸⁰ Bununla birlikte zaman zaman da karşı tarafın sunduğu gerekçeyi doğru

³⁷⁴ Bu atıflar için bk. *a.e.*, I, 674; II, 952, 973, 980, 1027 vd.

³⁷⁵ *a.e.*, II, 820, 847.

³⁷⁶ *a.e.*, II, 811, 864.

³⁷⁷ *a.e.*, II, 821, 825, 1033.

³⁷⁸ *a.e.*, II, 800.

³⁷⁹ *a.e.*, II, 932, 1018, 1045.

³⁸⁰ *a.e.*, II, 831, 835, 836, 1032, 1084.

bulduğunu gösteren “evet öyle”³⁸¹ gibi ifadeler de kullanan Debûsî, çok defa bu tarz açıklamalardan sonra muhatab tarafından işaret edilen hususun hükmü bildirilen meseleye uygulanamayacağını açıklamaya çalışır. Debûsî’nin bu tavrı tartışma usûlünü kullanmakla birlikte objektif kriterlere göre hareket etmek suretiyle gerekçelendirme yaptığını da göstermektedir. Şunu da belirtmeliyiz ki, Debûsî, Şâfî’ye karşı çok sert bir üslup kullanmasına rağmen onun görüşlerini bildirmeden önce bir çok yerde saygı ifadesi olarak “*Rahimehullah*” kullanmayı ihmal etmemiştir.

3. Mâlikî Mezhebiyle Mukayese

Bugün mevcut olan dört büyük mezhepten en azından bizim inceleme konusu yaptığımız bölümlerde Hanbelî mezhebine hiç atıfta bulunmayan Debûsî, İmâm Mâlik’e çok az değinmiştir. Kitapta kullandığı üslubu İmâm Mâlik’e karşı da sergileyen müellif, saygı ifadeleri de kullanmıştır.

³⁸¹ *a.e.*, II, 794, 987, 1021.

SONUÇ

Debûsî'nin furûa dair yazdığı eserinin borçlar hukukuna tekabül eden kısmından hareketle ortaya koyduğumuz tezimizde Debûsî'nin konuları ele alış tarzını ve referans noktalarını yakalamaya çalıştık. Giriş mahiyeti taşıyan bilgilerden sonra özel tespitler ve genel tespitler şeklinde iki bölüm halinde sunmaya çalıştığımız bu yaklaşımlar aynı zamanda müellifin Hanefî mezhebi içindeki konumunu belirleme amacını güdüyordu.

Yaptığımız tahliller sonucunda müellifin Hanefî mezhebine bağlı olmakla birlikte ortaya koyduğu açıklamalar esnasında kendine ait orijinal yaklaşımlarının bulunduğunu tespit ettik. Fıkıh dışında nahiv ve tasavvuf gibi ilim dallarıyla da meşgul olan Debûsî, tasavvufa dair yazdığı eserinde kendi döneminin mezhep anlayışını eleştiriye tabi tutarak insanların sadece taklitle hayatlarını yönlendirdiklerinden şikayet etmiştir. Gerçekten de fıkıhın gelişimini büyük ölçüde tamamladığı ve taklidin başladığı bu dönemde müellifin kaygısı yerinde olmakla birlikte kendisinin de aynı yolu takip ettiği düşünülebilir. Bununla birlikte böyle bir düşünce dönemin şartlarından soyutlanmış bir değerlendirme olur. Öte yandan Debûsî fıkıh tarihinde derin izler bırakan bir müellif olup, Hanefî mezhebi çözüm mantığını çok iyi kavramış ve bu mantıktan hareketle mezhep içi tutarlılığı da göz önünde bulundurarak açıklamalar yapmıştır. Yaşadığı dönemde bir çok Hanefî bilgini, mezhep içinde muteber olan *Zâhiru'r-Rivâye* eserlere şerhler yazarak ilmî faaliyet gösterirken Debûsî gerek usûl, gerekse furûa dair yazdığı eserlerle orjinalliğini ve yeterliliğini ispat etmiştir.

Debûsî'nin metoduyla ilgili en önemli hususlardan biri de kavramlardan örülü bir anlatım benimsemesi ve bunun yanında kavramlardan hareketle fıkıh üretmesidir. Zira meseleleri açıklarken kavramları yoğun bir şekilde kullanıma alan Debûsî, aynı zamanda işlediği bölümler içinde de belli kavramlardan hareketle çözüme ulaşmıştır. Mesela *Büyû* başlığında “fâsid” kavramını, *İcâre* başlığında “menfaat” kavramını, *Sarf* başlığında “taayyün” kavramını, *Kefâlet* başlığında “zamm” kavramını *Şüf'a* başlığında “zarar” kavramını, *Rehin* başlığında “hapis” kavramını ön plana alan Debûsî'nin bu yaklaşımı kavram hukukçuluğu yaptığı fikrini güçlendirmektedir. Müellifin, konu anlatımları esnasında ilgili konunun dışındaki furû meselelerinden de örnekler getirmesi, onun konulara hakimiyetini göstermesinin yanında mezhep içi tutarlılığı sağlamak

ve üretilen hükümlerden insicamlı bir bütün oluşturmak gayesini güttüğünü de düşündürmektedir. Debûsî'nin, sık sık mezhep içinde kabul edilen genel kaidelere göndermeler yapması ve mezhep için kaidelere dayalı çıkarımlardan (tahrir) bahsetmesi de yukarıda belirtilen hususu kuvvetlendirir mahiyettedir.

Belirtilmesi gereken diğer bir husus da Debûsî'nin *el-Esrâr* isimli eserinin mahiyetine ilişkin olmalıdır. Bölüm başlarında genellikle ilgili mesele hakkında mezheplerarası -özellikle Hanefî ve Şâfiî mezhepleri arasındaki- ihtilafın temeline işaret edip bundan sonra bu ihtilafa dayalı olarak ortaya çıkan meseleleri irdeleyen Debûsî'nin bu yaklaşımı, eserinin geniş hacimli bir *Hilâf Kitabı* olduğu hususunu güçlendirmektedir. Kitap içinde yer alan *Şüf'a* bölümünün girişinde “Bu bölümün ihtilafî meseleri” şeklinde söze başlaması ve kitap içinde zaman zaman cedel üslubuna yaklaşan tartışmacı bir metot izlemesi de yukarıdaki tespiti doğrular mahiyettedir.

BİBLİYOGRAFYA

Aktan, Hamza, “İstisna”, *DİA*, İstanbul 2001, XXIII, 393-396.

Apaydın, Yunus “Fesad”, *DİA*, İstanbul 1995, XII, 417-421.

-----, “Karz”, *DİA*, İstanbul 2001, XXIV, 520-525.

-----, “Kefâlet”, *DİA*, Ankara 2002, XXV, 168-177.

-----, “Kıyas” *DİA*, Ankara 2002, XXV, 529-539.

-----, *İslâm Hukukunda Hukûkî İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, (Ankara Üniv. S.B.E., Basılmamış Doktora Tezi), Ankara 1989.

Aydın, M. Akif, “Deyn”, *DİA*, İstanbul 1994, IX, 266-268.

-----, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul 1996.

-----, “Gasp”, *DİA*, İstanbul 1996, XIII, 387-392.

-----, “Haksız İktisap”, *DİA*, İstanbul 1997, XV, 211-216.

Bağdatlı İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-ârifin*, İstanbul 1951.

Bardakoğlu, Ali, “Bey”, *DİA*, İstanbul 1992, VI, 13-19.

-----, “İcâre”, *DİA*, İstanbul 2000, XXI, 379-388.

-----, “İstihsan”, *DİA*, İstanbul 2000, XXIII, 339-347.

Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-i İslâmiyye Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul ts.

Debûsî, *el-Esrâr fi'l-usûlî ve'l-furû* (nşr. Salim Özer), (Erciyes Üniv. S.B.E., Basılmamış Doktora Tezi), Kayseri 1997.

Debûsî, *Takvîmü'l-Edille* (nşr. Halil Muhyiddin el-Meyyis), Beyrut 2001.

- Dönmez, İbrahim Kâfi, "İcmâ", *DİA*, İstanbul 2001, XXI, 417-431.
- Ebû Zehre, Muhammed, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd*, Kahire, ts.
- Ferrac Hüseyin, Ahmed, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-'akd fi'ş-şerâti'l-İslâmiyye*, Beyrut ts.
- Gözübenli, Beşir, "Âriyet", *DİA*, İstanbul 1991, III, 379-380.
- İbn Âbidîn, *Mecmûatu resâil İbn Âbidîn*, y.y., ts.
- İbn Hallikan, *Vefeyâtü'l-a'yân* (nşr. İhsan Abbas), Beyrut 1398/1978.
- İbn Kesîr, *el-Bidâye ve'n-nihâye* (nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî), Beyrut 1998.
- İbn Kutluboğa, *Tacü't-terâcim* (nşr. İbrahim Salih), Dimeşk 1992.
- İbn Tağriberdî, *en-Nücûmü'z-zâhire*, Kahire 1956
- İbn 'Îmâd, *Şezerâtü'z-zeheb*, Beyrut, ts.
- Kahraman, Abdullah, *İslâm Borçlar Hukukunda Kefâlet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı*, (Marmara Üniv. S.B.E., Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul 1997.
- Karaman, Hayreddin, "Akid" *DİA*, İstanbul 1989, II, 251-257.
- , *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, İstanbul 1986.
- , *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1991.
- Kasânî, *Bedâyi'u's-sanâyi' fi tertibi'ş-şerâyi'*, (nşr. Ali Muhammed Muavvez v.dğr.), Beyrut 1997.
- Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, İstanbul 1971.
- Kavakçı, Yusuf Ziya, *Karahanlılar Devrinde İslâm Hukukçuları*, Ankara 1976.
- Kaya, Eyyüp Said, *Hanefî Mezhebinde Nevâzil Literatürünün Doğuşu ve Ebû'l-Leys es-Semerkindî'nin Kitâbü'n-Nevâzili*, (Marmara Üniv.

S.B.E., Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1996.

Kehhâle, Ömer Rıza, *Mu'cemu'l-müellifin*, Beyrut 1993.

Koca, Ferhat, *Mukayeseli İslâm Hukuk Düşüncesinin Temellendirilmesi*, Ankara 2002.

Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudıyye*, (nşr. Abdülfettâh M. el-Hulv), Riyad 1993.

Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, (nşr. M. Bedreddin Ebû Firâs), Beyrut, ts.

Mahmesânî, Subhî, *en-Nazariyyetü'l-âmmе li'l-Mücebât ve'l-'ukûd*, Beyrut 1948.

Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, Ankara 1990.

Özen, Şükrü "Hilâf", *DİA*, İstanbul 1998, XVII, 527-538.

Öztürk, Osman, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul 1973.

Sem'ânî, *el-Ensâb*, (nşr. Abdurrahman b. Yahya el-Muallimî), Beyrut 1965.

Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed, *Nazariyyetü'l-'akd*, Beyrut 1934.

Sevim, Abdullah, *Kadı Ebû Zeyd Debûsî ve Kitabü'l-Esrâr*, (Marmara Üniv. S.B.E., Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1986.

Sezgin, Fuat, *Tarihu't-türâsi'l-'Arabî*, (trc. Mahmud Fehmi Hicâzî v.dğr.), Riyad 1983-1984.

Şâfiî, Muhammed b. İdrîs, *Kitabü'l-üm* (nşr. Muhammed Zührî en-Neccâr), Beyrut 1393/1973.

Tanrıverdi, Hasan, *İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta Vekâlet Akdi*, (Harran Üniv. S.B.E., Basılmamış Doktora Tezi), Şanlıurfa 1998.

Taşköprizâde, *Miftâhu's-sa'âde* (nşr. Kâmil Kâmil Bekri, Abdülvehhab Ebû'n-Nûr), Kahire 1968.

Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, İstanbul 1977.

Ya'kut el-Hamevî, *Mu'cemü'l-büldân*, (nşr. Ferîd Abdülaziz el-Cündî), Beyrut 1990.

Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1983.

Yiğit, Yaşar, *İslâm Ceza Hukukunda Cezaların Yürürlüğü*, (Uludağ Üniv. S.B.E., Basılmamış Doktora tezi), Bursa 1998.

Yusuf Musa, Muhammed, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-'akd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire 1987.

Zehebî, *Siyeru a'lâmi'n-nübelâ* (nşr. Şuayb el-Arnaût v.dğr.), Beyrut 1983.

Zekiyüddin Şa'ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fikh)*, (trc. İbrahim Kâfi Dönmez), İstanbul 1990.

Zerka, Mustafa Ahmet, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-Âmm*, Dimeşk 1968.