

Selçuk Üniversitesi
İlahiyat Fakültesi Kitaplığı

Demirbaş No.

10721

Tasnif No.



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
DERGİSİ

Yıl : 1990

Sayı : 3

İSLAM HUKUKUNDA SİPARİŞLER

Doç. Dr. Orhan ÇEKER

GİRİŞ

İürkçede sipariş adını verdiğimiz muameleler özelliğine göre İslâm Hukukunda iki kısma ayrılır ve iki ayrı isim altında işlenir :

1 — Selem,

2 — İstisna.

Bu iki muamele yapı ve özellik itibarıyla birbirinden farklıdır. Her ikisinin ortak yönü sipariş oluşlarıdır. Bazan «Aralarında ne fark var» gibi bir soru zihinlerde belirir. İşte bu iki sözleşmenin birbirinden farklarını belirten müstakil bir bahse kaynaklarımızda rastlamıyoruz. Her sözleşme ile ilgili özellikler kaynaklarımızda söz konusu yapılmış, ancak, şu hususlarda selem istinadan ayrılır, şeklinde müstakil olarak bir mukayeseye gidilmemiştir.

Selem ile istisna'nın farklarını mukayeseli ve toplu olarak belirtmeyi arzu ettik. Farklarına temas etmeden önce her iki sözleşmeyi ayrı ayrı ele almayı, meseleyi gereği gibi arzetmede zaruri görüyoruz. Bundan dolayı önce selemi, sonra istisna'ı tanıtacak, farklarını maddeleyecek, her akidle ilgili ikaale (cayma) durumunu ele alıp bir sonuca gideceğiz.

I. SELEM (SELEF)

A. TANIMI ve TERİMLERİ

1. Tanımı

س ل م kökünden türeyen selem kelimesi lügatte vermek ve teslim etmek manalarında kullanılır (1). Selem ile selef aynı akdin adı ola-

(1) Ezherî, Tehzibu'l-Luğâ, س ل م maddesi, Kahire, 1966.

rak kaynaklarımıza geçmiştir. Selem ismi daha çok Hicaz'da, selef ismi de Irak'ta yayılmıştır (2).

Selem akdinin terim manası için, mana bakımından aynı fakat farklı lafızlarla çeşitli tarifler yapılmıştır. Bu tariflerden birkaç tanesini örnek olarak aşağıya alıyoruz :

إِسْمٌ لِعَقْدٍ يُوجِبُ الْمَلِكَ فِي الثَّمَنِ عَاجِلًا وَفِي الْمَثْنِ آجِلًا

«Selem; semende hemen, mebi'de ise belli müddet sonra mülkiyeti gerektiren akdin adıdır» (3).

وَهُوَ أَنْ يَسْلَمَ عَوْضًا حَاضِرًا فِي عَوْضٍ مُوصُوفٍ فِي الذَّمَّةِ إِلَى آجَلٍ

«O (selem), hazır (peşin) bir bedeli zimmette tesbit edilmiş bir bedel mukabilinde belli müddetle vermektir» (4)

«O (selem), zimmette tesbit edilmiş olan (şeyi) satmaktır» (5).

عَقْدٌ يَثْبُتُ بِهِ الْمَلِكُ فِي الثَّمَنِ عَاجِلًا وَفِي الْمَثْنِ آجِلًا

«Selem; kendisi, sebebiyle semende âcilen (peşinen), mebi'de ise belli müddet sonra mülkiyetin sâbit olduğu akiddir» (6).

«Selem, müecceli muaccele satmak yani peşin para ile veresiye mal almaktır» (7).

Adı geçen tariflerin sonucunda selem; semen peşin, mebi' veresiye olmak şartıyla yapılan akid olduğunu görüyoruz. Değişik bir ifadeyle selem, veresiye alışverişin tam aksi bir muameledir. Veresiye alışverişte mebi' (satılık mal) peşin, para ise sonradan verilir. Selemde ise semen (para...) peşin, mal sonradan verilir.

Selem bu özelliğinden dolayı Maverdî, semen akid meclisinde âcitetlim edildiği için söz konusu akde selem; semen mebi'den önce verilmesi için selef denmiştir, der (8).

(2) Cezîri, el-Fıkhu ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa, 2/302, Beyrut, 1972.

(3) Mevsih, el-İhtiyâr, 2/33, Beyrut, 1975.

(4) İbn Kudâme, el-Muğni, 3/304, el-Mektebetu'l-Yûsufiyye, Ts.

(5) Nevevî, el-Minhâc, 2/102, Muğni'l-Muhtac'la beraber, Mısır, 1958.

(6) Semerkandî, Tuhfetu'l-Fukahâ, 2/74, Beyrut, Ts. Dâru'l-Fikr.

(7) Mecelle, Md: 123.

(8) Şirbîni, Muğni'l-Muhtac, 2/102, Mısır, 1958.

2. Terimleri

Rabbu's-Selem : Müşteri, semeni ödeyen kimse.

Müslemin İleyh : Bayi', sonradan malı teslim eden kimse.

Müslemun fih : Mebi', sonradan teslim edilen mal.

Re'su'l-Mal : Semen, peşin ödenen para vb.

B. MEŞRÛİYYETİ

Selem Dinimizde meşrû görülmüştür. Meşrûiyyeti kıyasın hilafına olarak Kitap, sünnet ve icma ile sabittir :

İbn Abbas, «Şahidlik ederim ki Allahu Teala selemj helal kıldı ve hak-
kıñda en uzun ayeti indirdi» demiş ve «Müdâyene» ayetini okumuştur (9).

بَايَاهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مَسَّ فَاكْتُبُوهُ

«Ey iman edenler, muayyen bir vakte kadar borçlandığınız zaman o
(borcu) yazın» (10).

Peygamberimiz (A.S.) Medine'ye geldiği zaman halk arasında 2-3
seneliğine selemın yaygın olduğunu görmüş ve kendilerine şu tenbihatta
bulunmuştur :

مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَتَى كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ

«Kim bir şeyde selem yaparsa belli ölçek ve belli tartı ile belli müd-
dete kadar yapsın» (11).

Selemın meşrûiyyeti kıyasın hilafınadır. Çünkü bir malın satılabilme-
si için ortada hazır olması gerekmektedir. Peygamberimiz (A.S.) henüz
teslim alınmamış, elde edilmemiş malın satışını yasaklamıştır (12). Selem
de henüz mevcut olmayan bir malın satışdır. Dolayısıyla bir bey' çeşidi
olan selemın de caiz olmaması gerekirdi. Bundan sonra söz konusu ede-
ceğimiz istisna' akdi için de aynı durum mevcuttur. İşte madûmun satışı
demek olan selem ve istisna' akidleri kıyasın hilafına olarak birincisi meş-
rû ile, ikincisi icma' ile sabit olmuştur (13).

(9) Mevsili, a.g.e., 2/34. Bâbertî, Şerhu'l-İnâye, 5/323, Fethu'l-Kadîr'le bera-
ber, Bulak, 1315. Zeylaî, Tebyînu'l-Hakaik, 4/110, Bulak, 1314.

(10) Bakara: 282.

(11) Buharî, Selem: 2. İbn Mâce, Ticârât: 59. Buharî'ye aittir. Ayrıca Bkz. Bu-
harî, Selem: 7.

(12) İbn Mâce, Ticârât: 34. Buharî, İlyû': 55. Nesâî, Buyû': 55, 56, 60. İbn
Hanbel, 3/42.

(13) Kâsânî, el-Bedâî, 5/2, Mısır, 1327.

C. ŞARTLARI

Selemin sahih olarak vukûbulması için riâyet edilmesi gerekli bir takım şartları vardır. Gerekli şartlar Hanefi mezhebi esas alınarak diğer mezheplerin ihtilaflarıyla beraber şöylece maddelenebilir :

1 — Re'su'l-mal (semen) peşin olarak hemen akid meclisinde ödenmelidir. Ödemenin sonraya bırakılması akdi ibtal eder. Çünkü Peygamberimiz (A.S.) mâlî mübadelelerde her iki bedelin de veresiye olmasını yasaklamıştır (14). Mâlikî mezhebinde semenin 2-3 gün geciktirilmesinde bir mahzur görülmemiştir (15).

2 — Re'su'l-mal (semen) mâlûm olmalıdır. Semen nakid (para) ol-

(14) **أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ**

(Resûlullah A.S.) veresiye ile veresiyenin mübadelesini yasakladı.» Bkz. Suyûtî, el-Câmiu's-Sağîr, 6/330, Hadis no: 9470, Hâkim'in Müstedrek'ine ve Beyhaki'nin Sünen'ine atfen, Feyzu'l-Kadir'le beraber, Mısır, 1938.

Adı geçen hadisten şu kaideyi çıkarmak mümkündür: «Mâli mübadelelerde bedellerden en az bir tanesinin peşin olması, diğer bedelin de ödeme gününün tesbit edilmesi gerekir.» Bedellerden her ikisinin veresiye olması caiz değildir. Bu hususta ulemanın icmaı vardır. Veresiye alışveriş ve selem gibi. Veresiye alışverişte mebi' peşin verilir, paranın da ödeme günü tesbit edilir. Ödeme günü tesbit edilmezse akid fasid olur. Selemde de semen peşin, mebi' veresiye verilir. Semen peşin verilmézse akid bâtil olur. Aynı şekilde müslemun fihin ödeme günü de mecburen tesbit edilir. Veresiye alışverişlerde mebiin sonra teslim edilmesi şartı caiz değildir. Hülâsa mal ile mal mübadele edildiği zaman bedellerden en az birinin peşinen verilmesi zarûridir. Bu husus nass ve icma ile sabittir. Kaideye «Mâli» kaydının konması menfaat ile malın mübadelesi demek olan icareyi hariç bırakmak içindir. Çünkü icarede ücretin peşinen verilmesi zarûri değildir. Menfaat da zamanla hasıl olacağından sonra teslim edilmiş olur. Yani menfaat ile malın mübadelesinde bedellerin her ikisinin veresiye olması caizdir. Aklımıza şöyle bir soru gelebilir: İstisna' akdinde sipariş verilen mal ile para değiştirildiği yani istisna' mâlî bir mübadele olduğu halde para sonradan ödenebilmektedir. Siparişi verilen mal da tabiatıyla sonradan teslim edilecektir. Her iki bedelin sonradan ödenebilmesi, söz konusu kaideye aykırı düşmüyor mu? Bu soruya «Hayır, aykırı düşmüyor», diye cevap verilir. Çünkü: Marangoza pencere kereste almıyoruz. Kereste ile beraber marangozun işçiliğini yani emeğini de satın alıyoruz. Emek menfaattır. Yani istisna' akdi mal ile menfaatin beraberce satılışdır. Yukarıda açıkça beyan edildiği gibi tamamen mâlî mübadelelerde bu kaide geçerlidir. İşin içine menfaat karıştığı zaman kaidemizin dışına çıkar. Menfaat ile malın mübadelesinin de veresiye olarak caiz olduğunu yukarıda söylemiştik.

(15) İbn Rüşd, el-Bidâye, 2/202, Kahire, Ts. el-Matbaatu'l-İstikâme. Sehnûn, el-Müdevvene, 4/38, Mısır, 1923. İbn Kudâme, el-Muğnî, 4/328.

ması şart değildir. Dolayısıyla herhangi bir mal peşin olarak semen adıyla verilebilir. Ancak burada re'su'l-mal ile sonradan ödenecek olan müslemun fihin arasında ribanın tahakkuk etmemesine dikkat etmelidir. Mesela 3 ay sonra 50 teneke buğday alınmak üzere peşinen 70 teneke arpa verilip selem yapılamaz. Çünkü bu muamele bir riba-yı nesie muamelesi-dir. Gerek nakid olsun ve gerekse diğer mallardan olsun, semenin mâlûm olması şarttır. Bu ma'lûmiyyet semenin özelliğine göre cinsini, nev'ini, vasfını ya da mikdârını bilmekle te'min olunur.

Mâlikî ve Şâfiî mezheplerine göre menfaat selemde semen olabilir (16).

3 — Müslemun fih (mebi') mâlûm olmalıdır. Müslemun fih henüz mevcut olmadığı için görülmesi söz konusu olmaz. Dolayısıyla müslemun fih ancak vafedilmekle, eb'âdı, markası, cinsi, mikdârı... söylenmekle mâlûm olabilir.

4 — Müslemun fihin teslim zamanı mâlûm olmalıdır.

Hanefî ve Şâfiî mezheplerine göre teslim zamanının hasad vakti, hacıların gelişi, üzüm ya da pamuk vakti gibi tam mâlûm olmayan bir zamana bırakılmaması aksine ay'ıyla, günüyle tesbit edilmesi gerekir. Mâlikîler hasad vakti gibi az çok mâlûm olan bir vakit tayin etmeyi caiz görmüşlerdir. Ahmed b. Hanbel'den bu hususta müsbet ve menfî rivayetler yapılmıştır (17). Mezhepde tercih edilen görüş ilk iki mezhebin görüşüdür (18).

Selem, peşin semen ile veresiye mebi' satın almak olduğuna göre bir müddet söz konusu olacaktır. Selem akdi özellik itibarıyla bu müddeti ister istemez akla getirir. Müddet hususunda mezhepler arası ihtilaflar olduğu gibi mezhep içi ihtilaflar da olmuştur. Mesela Hanefî mezhebinde 1 ay, 3 gün, yarım günden biraz fazla bir zaman şeklinde değişik müddetler söylenmiştir. Bu arada değişik rivayetlerle beraber Mâlikî mezhebi selem için en az müddeti 15 gün, Hanbelî mezhebi 1 ay veya 15 gündür demiş, Şâfiî mezhebi ise bir müddet tanımamış, müslemun fih peşin de olabilir ihtihadında bulunmuştur. Hanefî mezhebinde müftâ bih görüş selem için müddetinin en az 1 ay olmasıdır ki İmam Muhammed'in görüşü olarak nakledilmiştir (19).

(16) Dimyâti, İanetu't-Tâlibin, 3/17, Mısır, 1938. Bilmen, İstâlâhât, 6/114, İstanbul, 1968.

(17) İbn Kudâme, a.g.e., 4/322.

(18) Aynı yer. İbn Dûyân, Menâru's-Sebil, 1/343, Dâru's-Selâm, 1353.

(19) Meydâni, el-Lübâb, 2/43, baskı yeri yok, 1963. Bâberti, a.g.e., 5/336. İbn Rüşd, a.g.e., 2/203. Ba'li, er-Ravdu'n-Nedi, s. 231, el-Mektebetu's-Selefiyye, Ts.

Selemde mebiin peşin olarak da verilebileceğini söyleyenler herhalde «selem» kelimesinin lafzının zahirine aşırı bağılıklarından buna kail olmuşlardır. Bunu ifade eden ibareler mevcuttur (20). Gerçekte böylesi bir selem akdi peşin alışverişten başka birşey değildir. Görünmeyen malın satışını - meşhur görüşlerince - kabul etmeyen Şafii mezhebi peşin selemi kabul etmekle zımnen görülmeyen malın satışını caiz görmüş olmaktadır ki bu, belirttiğimiz gibi lafzın zahirine sıkı bağılıklarından ileri gelmektedir (21).

5 — Müslemun fih, eğer teslimi bir masrafı ve meşakkati gerektiriyorsa, teslim yeri de tesbit edilmelidir. Ebu Hanife ve bir rivayetinde Şâfiî'nin görüşleri bu şekildedir (22). Tesliminde masraf ve meşakkat bulunan malların teslim yerlerinin tayini, nizamın önlenmesi açısından önemlidir. Buna riâyet edip teslim yerini tesbit etmek gerekir.

6 — Müslemun fih misli bir mal olmalıdır. Kıyemî mallarda selem caiz değildir. Daha önce söylendiği gibi, bir malın zimmette sabit olması için misli olması gerekmektedir (23). Mekîlât (ölçekle satılanlar), mevzûnât (tartı ile satılanlar), mevrûât (metre ile satılanlar) ve adediyyât-ı mütekaribe (aynı büyüklükte olup tane ile satılanlar) misli mallar; adediyyât-ı mütefâvite (farklı büyüklükte olup tane ile satılanlar) ise kıyemî mallardır. Süt, şeker, kumaş, yumurta ve koyun sırasıyla bunların misalleridir. Bunlardan sadece koyun kıyemî maldır. Dolayısıyla ilk dört maldan selem caiz, sonuncusunda ise caiz değildir. Hanefi mezhebinin görüşü bundan ibarettir. Ama diğer mezheplerde hayvanlarda selem caiz görülmüştür (24). Sıfatı, eb'adı... tesbit olunabilen yani anlatılmakla mâlûm olabilen herşeyin selemi caizdir (25). Bütün mezhepler bu esasta mütefiktirler. Ancak neler anlatılmakla mâlûm olur konusunun teferruatında ihtilaf etmişlerdir. Hayvanların selemi hususundaki ihtilaf bu türdendir.

7 — Müslemun fihin makdûru't-teslim (teslim edilebilir) olması şarttır. Teslimi mümkün olmayan bir mal seleme mahal değildir. Bunun temin edilmesi bakımından Hanefi mezhebi müslemun fihide akid zamanından teslim gününe kadar hiç inkıtân olmamasını şart koşturmuştur. Onlara göre müslemun fihin çarşıda satışa sunulmuş olması (arz) şart olup satışa arz olunmayan ve evlerde bulunan mallar seleme mahal olmaz. Diğer üç

(20) Nevevî, a.g.e., 2/102. Cezîrî, a.g.e., 2/303.

(21) Cezîrî, a.g.e., 2/214 vd. İbn Rüşd, a.g.e., 2/155.

(22) Kâsânî, a.g.e., 5/213. İbn Rüşd, a.g.e., 2/303.

(23) Eşi ve benzeri çarşıda satılabilen mallar misli, eşi ve benzeri bulunmayan mallar kıyemî mallardır.

(24) Cezîrî, a.g.e., 2/307, 311, 314, 317.

(25) Kudûrî, el-Kitâb, 2/45, Lübâbla beraber.

mezheb ise müsemun fihin sadece teslim zamanlarında yeterince mevcut olması kifayet eder demişlerdir (26).

Müsemun fihin teslim edilememe endişesinden dolayı belli bir tarlanın ya da ağacın veya köyün... bitireceği mahsulden de selem yapılamayacağına kail olunmuştur. Çünkü biza'tihi bir ağacın... o mahsulu verip vermeyeceği, bir âfete uğrayıp uğramayacağı kesin değildir (27).

8 — Müsemun fihi, ta'yin ile taayyün eden şeylerden olmalıdır (28). Hanefilerce ileri sürülen bu şarta göre paralar (dinar ve dirhemler) gibi tayin ile taayyün etmeyen şeylerde selem yapılamaz. Çünkü bu doğrudan doğruya bir veresiye satış muamelesidir. Bunda selem yapılacağına hiç selem adı karıştırılmadan veresiye alışveriş yapılsa maksad hasıl olur. Paralarda selemin caiz görülmemesi de yine «selem» kelimesinin zahiri-ne sıkı bağılıktan ileri gelmektedir. Mânâlara önem verilseydi bunun selem lafzıyla yapılsa bile vadeli bir alışveriş olacağı rahatlıkla söylenebilirdi. Zâten bunun bâtil görülmesinin yanısıra, vadeli bir bey' olarak mün'akid olur diyenler de çıkmıştır (29).

9 — Müsemun fihi deyn olmalıdır. Ayn'ın (30) zıddı olan deynin, ortada muayyen ve müşahhas olmayan, aksine zimmette bulunan şey olduğunu hatırlayacak olursak müsemun fihin ortada mevcut olmaması gerektiğini anlarız. Ayn olan birşeyin selemi söz konusu olsaydı, ortada mevcut ve hazır olan bir malın mesela 1,5 ay sonra teslim edilmesi şartıyla satılması düşünülmüdü ki bu muamele dört mezhebin ittifakıyla caiz değildir (31).

oooOooo

Müsemun fihin ödeme vakti geldiği halde müsemun ileyh malı teslim edemeyecek olursa rabbu's-selem muhayyerdur: Dilerse akdi feshedip semeni geri alır ve dilerse müsemun ileyh'in, malı teslim edeceği zamanı bekler. Hanefi, Hanbelî mezheplerinin görüşleri ile Mâlikî ve Şâfiî mezheplerinde tutulan görüşler budur. Ama Hanefilerden İmam Züfer ve

(26) Cezîri, a.g.e., 2/308, 309, 315, 316. Kâsânî, a.g.e., 5/211. İbn Kudâme, a.g.e., 4/326. İbn Rüşd, el-Mukaddimât, s. 513, Dâru's-Saâde, Beyrut, Ts.

(27) Mëvsili, a.g.e., 2/37 vd.

(28) «Ta'yin ile taayyün etmek» demek, tesbit edilip «Şu mal verilecek» denildikten sonra değiştirilemeyen ve yerine başka mal verilemeyen demektir.

(29) İbnü'l-Hümân, Fethu'l-Kadîr, 5/324 vd. Bulak, 1315.

(30) «Ayn», ortada ayrı ve müşahhas duran şeydir. Mesela ortada ayrı vaziyette duran ve bir kişinin mülkünde olan 10 bin lr. veya 5 teneke buğday ayn'dır.

(31) İbn Rüşd, a.g.e., 2/204.

Kerhî akid bâtil olur demişlerdir (32). Akid bâtil olunca; rabbu's-selem muhayyer olmaz. Sadece semeni geri alır.

Müslem'in fi'h, teslim müddeti dolmadan ve dolayısıyla teslim edilmeden önce müslemun ileyh (bâyi') ölecek olsa selem'in müddeti sona erer. Müslemun fi'h terikesinden alınır ve rabbu's-seleme teslim edilir. Ama rabbu's-selem ölecek olsa selem akdi sona ermez (33).

II. İSTİSNA'

A. TANIMI ve TERİMLERİ

صنع kökünden türeyen bu kelime lügatte birşeyi yaptırmak veya yaptırmayı istemek mânâlarına gelir.

İstilahta; belli bir bedel karşılığında bir kimsenin sanat erbabıyla bir eşya yaptırmak için anlaşmasına istisna' denir (34).

İstisna'ın tanımı hakkındaki Mecelle'nin ilgili maddesi şöyledir :

«İstisna' bir şey yapmak üzere ehl-i san'at ile akd-i mukavele etmektir ki yapana *sânî'* ve yaptırana *müstasni'* ve yapılan şeye *masnû'* denilir» (35).

Mesela bir kimse ayakkabıcıya ayağının ölçüsünü verip onunla bir çift ayakkabı yapması için anlaşsa bir istisna' akdi yapmış olur. Aynı şekilde marangoza bir kapı veya pencere yaptırarsa, müteahhide belli bir plan üzere bir ev bina ettirse yapılan muameleler birer istisna' akdi olmuş olur.

B. MEŞRÛİYYETİ'nin DELİLLERİ

İstisna' akdi istihsânen caiz görülmüş ve meşrû olduğunda icma' edilmiştir (36).

(32) İbnu'l-Hümâm, a.g.e., 5/332. Ba'li, a.g.e., s. 231. Nevevi, a.g.e., 2/106. İbn Rüşd, a.g.e., 2/205.

(33) Bilmen, İstılâhât, 6/113. Selem hakkında toplu ve mukayeseli bilgi için Bkz. Mecelletul Külliyyeti'l-İmâmi'l-A'zam, yıl: 1976, sa. 3, s. 295 - 416, Hâşim Cemil Abdullah, Ahkâmu's-Selem.

(34) el-Fetâva'l-Hindiyeye, 3/207, Bulak, 1310.

(35) Mecelle, Md: 124.

(36) Kâsânî, a.g.e., 5/2.

Bir sipariş olarak istisna' da kıyasın hilafına meşrû kılınmıştır. Daha önce de belirtildiği gibi sonradan teslim edilecek olan mal henüz mevcut değildir. Mevcut olmayan şeyin satışı da yasaktır (37). Bu bakımdan istisna'nın meşrûiyeti kıyasa muhaliftir.

Kaynaklarımızda istisna' akdinin istihsan ve icma ile sabit olduğu beyan edilmekte ise de kanaatimizce istisna' akdi Kitap ile meşrû kılınmıştır. Çünkü Kehf sûresinde Zülkarneyn'den bahsedilirken şöyle denilmektedir :

قالوا يا ذا القرنين إن بأجوج و مأجوج مفسدون في الأرض فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا ﴿٣٨﴾ قال ما مكنى فيه ربي خير فأعينوني بقوة أجعل بينكم و

بينهم رد ما

«(Zülkarneyn'in karşılaştığı kavim) dediler ki; Ey Zülkarneyn, şüphesiz Ye'cûc ve Me'cûc yeryüzünde fesad çıkaran (kabile)lerdir. Bizimle onların arasına sir sed yapman üzere sana bir vergi verelim mi? (Zülkarneyn cevaben) dedi ki: Rabbimin bana verdiği ni'met (sizin vereceğinizden) daha hayırlıdır. Haydi siz bana (bedenî) kuvvetle yardım edin de sizinle onların arasına sağlam bir sed yapayım» (38).

Bu âyetlerde Zülkarneyn'e, rastladığı insanlar bir bedel mukabilinde kendilerine bir sed yapmasını teklif ediyorlar. Böylece bu sed kale gibi kendilerini düşmandan koruyacak. Zülkarneyn ise böyle bir sözleşmenin caiz olmayacağını beyan etmemiş ancak seddi kendisinden bir lütuf olarak yapacağını, Allah'ın verdiği ni'metlerle iktifa edeceğini, bunun daha hayırlı olduğunu ifade etmiştir. Burada sözü edilen ve yasak olduğu söylenmeyen sözleşme bir istisna' akdidir. Geçmiş şeriatlerin, İslâm'la ilğâ edilmeyen hükümlerinin bizim için de delil olduğunu kabul edecek olursak (39) istisna' akdinin Kitab (Kur'an)la sabit olduğu neticesine varırız.

B. HÜKÜMLERİ

İstisna'-akdinin vasfı (lâzım veya gayri lâzım oluşu) hakkında müctehidlerimiz arasında ihtilaflar olmuştur. Biz bunun teferruatına girmeyeceğiz. Sadece maslahata en uygun olan görüşü zikretmekle yetineceğiz :

(37) Bkz. 12 no'lu dipnottaki yerler.

(38) Kehf: 49 - 95.

(39) Bkz. Fıkıh Usûlü kaynakları, Geçmiş Şeriatler (Şer'u men kablena) bahsi.

İmam Ebû Yûsuf, akid yapıldıktan sonra artık tarafların tek başlarına bundan dönemeyeceğini söylemekle istisna' akdinin her iki taraftan lâzım bir akid olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Bu görüş özellikle zamanımız açısından önemlidir. Bir marangozun 70 - 80 daireslik 2 - 3 tane blok binanın kapı, pencere ve dolap gibi işlerini kabullendiğini düşünelim. Bu usta belki de iki - üç sene çalışacak ve taahhüd ettiği işi yapacaktır. Bütün kapı, pencere ve dolaplar hazırlandıktan sonra binayı yapmakta olan müteahhid bu marangozun hazırladığı eşyaları reddedip akdi tek başına feshedecek olursa bu fesh, marangozun iflası mânâsına gelecektir. İşte bu önemli zararın önlenmesi yönünden istisna' akdinin iki taraftan lâzım olması zarûridir. Maslahatı temin ve zararı def bakımından Mecelle bu görüşü uygun bulmuş ve bünyesine almıştır :

«İstisna' mün'akid olduktan sonra tarafeyn pazarlıktan dönermez...» (40).

Taraflar, işin başında yapılacak olan eşyanın tarif ve tavsifini yapıp mâlûm hale getirmek mecbûriyetindedirler.

Yapılan eşya (masnû) tarif ve tavsiyeye uygun olarak imal edilmişse müstasni' onu kabul veya red hususunda muhayyerdir. Bu muhayyerlik duruma göre ayıp, vasıf veya görme muhayyerliği olur (41).

Masnûun bedeli peşin veya veresiye olarak ödenebilir (42).

İstisna' akdinde müddet tayin edildiği takdirde Ebû Hanife'ye göre akid seleme dönüşür ve onun hükümlerine tabi olur (43).

İstisna'da hammaddenin sani'den olması gerekir (44). Aksi halde akid istisna' akdi olmaktan çıkar ve mücerred bir icare akdi haline gelir. Çünkü burada sâni' (usta), ücretle iş gören bir insan durumuna düşer. Dolayısıyla akid icare akdinin hükümlerine tabi olur.

III. SELEM ile İSTİSNA'ın FARKLARI

Selem ile istisna'ın bir takım farkları vardır. Her ne kadar ikisi de birer sipariş akdi ise de her birinin kendisine göre hususiyetleri mevcuttur. Bazan birisi için şart olan birşey diğeri için aranmayabiliyor. Umûmen selem, istisna' göre daha özeldir ve titizlik ister .

(40) Mecelle, Md: 392. İmam Ebû Yusuf'un görüşü için Bkz. Ali Haydar Ef. Mecelle Şerhi, 1/659, İstanbul, 1330.

(41) Ali Haydar Ef. a.g.e., aynı yer.

(42) İbn Abidin, R. Muhtar, 4/213, Beyrut, Ts.

(43) el-Fetâva'l-Hindiyye, 3/208.

(44) Ali Haydar Ef. a.g.e., 1/656.

Tesbit edebildiğimiz kadarıyla selem ve istisna' arasında şu farklar vardır :

1 — Selemin belli müddetle yapılması, bu müddetin taraflarca ke-sinkes bilinmesi şarttır. Müddetin mâlûm olması şartiyeti konunun başın-da verilen âyet ve hadislerle sabittir (45). İstisna'da ise müddet tayin edip etmemek o kadar önem taşımaz. Hatta kayıt edildiği üzere istisna'da müddet konduğu zaman Ebû Hanife'ye göre akid seleme bile dönüşür.

2 — Sifat yönünden selem istisna'dan ayrılır.

Selem her iki taraftan lâzım bir akiddir. Akid yapıldıktan sonra, ta-rafları bağlar. Artık tek taraflı olarak feshedilemez. Bunda ittifak var-dır (46). Zâten müctehidlerimiz büyük çoğunlukla selemde ikaaleyi caiz görmeleri selemin iki taraftan lâzım olduğunu gösterir. Çünkü ikaale bir sonraki bahiste de anlatılacağı gibi ancak, lâzım olup bununla beraber karşılıklı rıza ile feshi mümkün olan akidlerde yapılabilir.

Fakat istisna'ın lâzım veya gayri lâzım oluşu hem çeşitli durumlara, hem de ictihadlara göre farklılık arzeder (47). Mecelle bu görüşlerden İmam Ebû Yusuf'un kavlini (48) kanunlaştırmış ve akid yapıldıktan sonra istisna akdinin artık her iki taraftan lâzım hale geldiğini, tek taraflı ola-rak bozulamayacağını ifade etmiştir (49). Mecelle'nin kanunlaştırdığı bu görüş maslahatı temin bakımından çok elverişli bir görüştür.

3 — Selemde re'su'l-mal (semen) peşin ödenir. Peşin ödenmesi itti-fakla şart görülmüştür. Halbuki istisna'da paranın peşin veya sonradan ödenmesi önemli değildir.

4 — Selemde, akdin mahalli mal (müslemun fih)dir. Müslemun iley-hin rabbu's-seleme bu malı hazırca teslim etmekten başka bir görevi yok-tur. Halbuki istisna' akdinde mahal hem iş hem de maldır. Sâni' iş gücü-nü ve hammaddeyi birleştirip yeni bir mal imal ederek mustasnia teslim eder.

5 — Selemde mahal (müslemun fih) üzerinde herhangi bir ameliye ve değişiklik yapılmaz. İstisna'da ise bir ameliye ve değişiklik mutlaka gereklidir. İstisna'ın varlığı bu ameliyeye bağlıdır.

6 — Selem her iki taraftan lâzım bir akid olduğundan taraflardan birinin ölmesi, akdi ibtal etmez. Bu halde bile akid hüküm ifade eder ve

(45) Bakara: 282. Buhari, Selem: 1, 2, 7. İbn Mâce, Ticârat: 59.

(46) Suyûti, el-Eşbâh, s. 275, Mısır, 1959.

(47) Bkz. İbn Abidin, R. Muhtar, 4/213.

(48) Ali Haydar Ef. Mecelle Şerhi, 1/659.

(49) Mecelle, Md: 392.

varlığını sürdürür. Yani müslemun ileyh re'su'l-mala, rabbu's-selem ise müslemun fihe sahibtir (50). İstisna' ise taraflardan birinin ölümü ile bâtil olur (51).

7 — Delil yönünden de istisna' ile selem arasında fark vardır. Selem nass ile sâbit olduğu halde istisna' icma (52) ve istihsan yoluyla meşrû görmüştür (53). Kendi bahsinde istisna'ın nass ile sâbit olduğu yolundaki kanaatimizi belirtmiştik.

IV. SİPARİŞLERİN İKAALESİ

İkaale, tarafların karşılıklı rıza ile (54), önceden yapmış oldukları akdi feshetmeleridir.

Tarifte «karşılıklı rıza ile» dendiğine göre bu fesh akid şeklinde olacaktır. Dolayısıyla ikaale akid şeklinde feshtir. Ayrıca «karşılıklı rıza ile» kaydı ikaalenin tek taraflı olarak bozulamayan akidlerde söz konusu olabileceği akla gelir. Tek taraflı olarak bozulabilen (gayri lâzım) akidlerde ikaaleye gerek kalmaz. Kendisi açısından akdin gayri lâzım olduğu kimse tek taraflı irade beyanıyla akdi bozar. Ama karşı tarafın rızası olmaksızın bozulması imkânsız olan (lâzım) akidlerde fesh mutlaka karşılıklı rıza ile olur. Dolayısıyla ikaale, lâzım olan akidlerde söz konusudur.

Selem ve tercih edilen görüşe göre istisna' iki taraftan da lâzım akidlerdir. Bunların feshedilmesi (ikaalesi) için iki tarafın rızası mecbûrîdir. Taraflar arzu ettikleri takdirde karşılıklı rıza ile selem veya istisna'ı feshedebilirler.

Selem ikaale edildiği takdirde müslemun ileyh, rabbu's-selem'e semeni iade edecektir. İstisna'da ise sâni', müstasni' nâmına eşya yapmaktan vazgeçecek ve şâyet teslim almışsa müstasnia semeni geri gerektirir.

Selemin ikaalesini Zahirîyye mezhebinin meşhur imamı İbn Hazm mutlak olarak caiz görmemiştir. Bu görüşü, ikaaleyi fesh olarak değil, yeni bir akid olarak telakki etmesinden ileri gelmektedir (55).

(50) Bilmen, Istılâhât, 6/113.

(51) İbn Abidin, R. Muhtar, 4/213.

(52) Kâsânî, el-Bedâi', 5/2 vd.

(53) Mevsilî, el-İhtiyar. 2/38.

(54) Aynı eser, 2/11.

(55) H. C. Abdullah, Ahkâmu's-Selem, Mecelletu Külliyyeti'l-İmâmi'l-A'zam, sa. 3, yıl: 1976, s. 414.

SONUÇ

İslâm Hukukunda siparişler konusunda vardığımız sonuçları şöylece maddeleyebiliriz :

- 1 — Türkçemizde sipariş dediğimiz sözleşme İslâm Hukukunda selem ve istisna' adlarıyla iki akid halinde işlenir.
- 2 — Selemde semen (para...) peşin olarak verilir, mal ise veresiye olur. Bu haliyle selem, veresiye alışverişin tam aksi bir muameledir.
- 3 — Selem, kitab ve sünnetle sâbittir.
- 4 — İstisna' sanat erbabına bir eşya yaptırma sözleşmesidir.
- 5 — İstisna', istihsan ve icma ile sâbittir deniliyorsa da kitabla sâbit olduğu (Kehf: 94 - 95) kanaatini taşıyoruz.
- 6 — Selem umûmiyetle titizlik isteyen bir akid olmakla istisna'dan ayrılır.

THE ORDERS IN ISLAMIC LAW
(İstisna and Selem)

Doç. Dr. Orhan ÇEKER

The orders in Islamic Law are showed in two different manner: One of them is manufacturing (İstisna) and the other is Selem.

Manufacturing is to make artisan do something. Selem is to give money for cash and to buy goods in credit. So, there is a difference between Manufacturing and Selem.

These differences aren't showed in our sources independently.

We have to introduce these differences between them under the one title.

In spite of the Manufacturing is legal by approval (İstihsan) and general consent (İcma') in our sources, we are of the opinion that İstisna is fixed in Holy Qur'an (Kehf, 18/94.).