

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

# İLÂHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ  
TARAFINDAN YILDA BİR ÇIKARILIR

Cilt: XXXI

*FAKÜLTENİN KURULUŞUNUN 40.  
YIL ÖZEL SAYISI*



## İSTİSNÂ' AKDİNİN MAHİYETİ VE UNSURLARI

Dr. İbrahim ÇALIŞKAN

### I. İstisnâ' Akdinin Tanımı

İstisnâ', arapça bir kelime olup sanat ve mahareti gerektiren bir şey yapmak, imal etmek, üretmek, husule getirmek anlamına gelen s-n-a ( صنع ) kökünden türetilmiş, istif'âl ( استعمال ) babından mastardır. İstisnâ'nın sözlük anlamı, bir sanatkâr'dan, icra ettiği sanatla ilgili bir şeyi imal etmesini istemek, sanatkâra sanatı ile ilgili bir şeyi ısmarlamaktır<sup>1</sup>.

İslâm hukukunda istisnâ', bir sanatkârdan, belirli bir ücret karşılığında sanatıyla ilgili olan ve ısmarlayan tarafından özellikleri belirlenmiş bir şeyi imal etmesini istediği akdin adıdır<sup>2</sup>. İstisnâ' ın tarifini bir örnek içersinde açıklayan İslâm hukukçuları da vardır<sup>3</sup>. Mecelle de böyle bir tarifi benimsemiştir. Nitekim Mecelle'nin 388. maddesinde istisnâ' akdi şöyle tarif edilmektedir:

"Bir kimse ehl-i sanâyi'den birine bana şu kadar kuruşa şöyle bir şey yap deyip o dahi kabul etse istisnaen bey' mün'akid olur.

Meselâ müşteri pabuççuya ayağını göstererek filân nevi sahtiyan-dan şu kadar kuruşa bana bir çift pabuç yap deyip o dahi kabul etse yahut marangoz ile tül ve arzını ve evsâf-ı lâzimesini beyan ederek bir

1 İbn Manzûr, Cemâluddin Muhammed b. Mukrim, Lisânü'l-Arab, Dâru Sâdır, Beyrut (t.y.), c. VIII, s. 209; İsmail b. Hammâd el-Cevherî, es-Sihâh, Dâru'l-İlm il-Melâyîn, Beyrut 1956, c. III, s. 1245.

2 Bedruddin Ebû Muhammed Mahmûd b. Ahmed el-Aynî, Kenzu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik, c. II, s. 56-57; Muhammed Kadri Paşa, Murşidu'l-Hayrân ilâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsan, Matbaatu'n-Nehda, Mısır 1983, s. 104; Abdulaziz b. Ahmed b. Muhammed el-Buhârî, Keşfu'l-Esrâr alâ Usûli'l-Bezdevî, Şirketi Sahafiye-i Osmaniye Matbaası, Dersaadet 1308, c. IV, s. 5.

3 Şemsuddin es-Serahsî, el-Mebsût, Dâru'l-Marife, Beyrut 1978, c. XII, s. 138; Alâaddin Ebu Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, Bedâiu's-Sanâi', Daru'l-Kitabi'l-Arabî, Beyrut 1974, c. V, s. 2; Kemaluddin Muhammed b. Abdilvâhid İbnu'l-Humâm, Şerhu Fethu'l-Kadir, Matbaatu Mustafa Muhammed, Mısır 1356. c. V, s. 354; Muhammed b. Ferâmûz Molla Husrev, Dururu'l-Hukâm fi Şerhi Gurari'l Ahkâm, Şirket-i Sahafiye-i Osmaniye Matbaası, Dersaadet 1319, c. II, s. 197.

kayık yahut gemi yapmak üzere pazarlık etse, istisnâ' mün'akid olur. Kezâlik tûl ve hacmi ve sair evsaf-ı lâzimesi beyan olunarak her biri şu kadar kuruşa olmak üzere bir fabrikacı ile şu kadar iğneli tüfek yapmak üzere pazarlık olursa, istisnâ' mün'akid olur"<sup>4</sup>.

Tariflerden de anlaşılacağı gibi istisnâ', müstesni' (ısmarlayan-iş sahibi) ile sâni' (ısmarlanan, sanatkâr) arasında gerçekleşen bir akid (sözleşme)dir. Ancak bu akidde masnû'un (ısmarlanan şey) hammadde-sinin sâni'e ait olması şarttır. İsmarlanan şeyin hammaddesi ismarlayana ait olduğu takdirde, böyle bir akid istisnâ' akdi değil, hizmet akdi (icare-i âdemî) olur<sup>5</sup>.

Modern hukukta istisnâ' akdi, bir tarafın diğer tarafın vermeyi taahhüt ettiği semen mukabilinde bir şeyi taahhüt ettiği akid olarak tarif edilmektedir. Bir şeyin imalini taahhüt eden kimseye "müteahhit", semeni verecek kimseye "iş sahibi" denmektedir<sup>6</sup>.

BK. 355. md. de istisnâ' akdi şöyle tarif edilmektedir.

"İstisnâ' bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini; iltizam eder".

İstisnâ' akdinde önemli olan, emek değil, emek sonucu ortaya çıkacak olan maldır<sup>7</sup>. Bugünkü hukukta da, istisnâ' akdi, bir iş görme akdi olarak kabul edilmekte ise de, bu akitte önemli olan çalışmanın kendisinden çok bu çalışmadan meydana gelecek ve objektif olarak değerlendirilebilecek olan sonucun önemli olduğu kabul edilmektedir<sup>8</sup>. Ancak bugün istisnâ' akdinde söz konusu olan sonucun, mutlaka maddi bir şey olması aranmadığından, Bilge<sup>9</sup> BK. 388. md. de istisnâ' akdinin tarifi yapılırken kullanılan "şey" kelimesi yerine, mehz kanuna uygun olarak "eser" kelimesinin kullanılmasını önermektedir. Tunçomağ ise, istisnâ' akdi yerine mehz kanununun almanca metnine sadık kalarak "eser sözleşmesi" tabirini kullanmaktadır<sup>10</sup>.

4 Ali Haydar, Duraru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Matbaa-i Ebuzziyâ, Kostantiniyye 1330, c. I, s. 656-657.

5 Ali Haydar, c. I, s. 691.

6 Türk Hukuk Lûgati, Maarif Matbaası, Ankara 1944, s. 172.

7 Bkz. Muhammed Kadri Paşa, s. 104; Ali Haydar, c. I, s. 657.

8 Tandoğan, Haluk, "İstisnâ Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdılması", İmran Öktem'e Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 311.

9 Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962, s. 213.

10 Bkz. Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, c. II, s. 498-499.

İslâm hukukunda istisnâ' akdi, ancak insanlar arasında teâmül haline gelmiş olan şeylerde söz konusu olduğundan, insanların ihtiyaçlarını karşılarken istisnâ' akdini teamül haline getirecekleri şeylerin zamanla çoğalacağını düşünerek, istisnâ' akdine konu olan "şey" in bugünkü hukukta olduğu gibi, çok daha geniş anlamlı, "eser" şeklinde anlaşılması daha uygun olacaktır.

Ayrıca, BK. 388 md. de yer alan "iş sahibi" yerine "ısmarlayan", "müteahhit", yerine "ısmarlanan" tabirlerini kullanan Tunçomağ'a katılarak, İslâm hukukunda istisnâ' akdinde kullanılan "müstesni" yerine "ısmarlayan", "sâni" yerine "ısmarlanan kimse", "masnû" yerine de "ısmarlanan şey" tabirlerini kullanacağız.

## II. İstisna Akdinin Hukuki Mahiyeti

İstisnâ' akdinin hukukî mahiyeti konusunda İslâm hukukçuları ihtilaf etmişlerdir. Hanefî hukukçularından el-Hâkim eş-Şehîd, Saffâr, Muhammed b. Seleme, istisnâ' akdinin bir va'd olduğu, akid olmadığı görüşündedirler. Çünkü akid, ısmarlanan kimse, ısmarlanan şeyi bitirip ısmarlayana ancak teslim ettiği anda kurulmuş olur, daha önce bir akid kurulması söz konusu olmaz, bu akid bey' (alım-satım) akidir. Bu sebeple ısmarlanan kimse, ısmarlanan şeyi yapmayabilir, selem akdinin<sup>11</sup> aksine, yapmaya da zorlanamaz. Ayrıca bu akidde, ısmarlayanın, ısmarlanan şey tamamlanmadan ya da tamamlansa da görmeden akidden vazgeçmesi söz konusudur<sup>12</sup>. Bu hukukçulara göre, eğer istisnâ' bir akid olsaydı, akdin taraflarının bu akdi feshetme ya da devam ettirme konusunda muhayyerlik haklarının bulunmaması gerekirdi. İstisnâ' akdinde belirtilen muhayyerlik hakkı, va'd'a ait özelliklerdendir. Bu sebeple istisnâ', bir satım vaadidir, bir malın satımı söz konusu değildir<sup>13</sup>.

İstisnâ' ın bir akid olduğunu kabul eden Cumhûr-u ulemaya, istisna akdinde mevcut olmayan (ma'dûm) şeyin nasıl akde konu olduğunu sormaktadırlar. Cumhûr ise bu soruya, ma'dûmun bazan hükmen, mevcut gibi kabul edildiğini söyleyerek hayvanı boğazlarken besmele çekmeyi unutan kimseyi buna örnek göstermektedirler. Unutma özründen do-

11 Selem akdi: Peşin para ile veresiye mal almaktır.

12 Serahsî, el-Mebsût, c. XII. s. 138 vd; Kâsanî, c. V, s. 2; İbnu'l-Humâm, c. V, s. 355; İbn Nuceym, Zeynulâbidin b. İbrahim, el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd Dekâik; Daru'l-Mârife, Beyrut (t.y.) c. VI, s. 185-186.

13 Kâsib Abdulkerim el-Bedrân, Akdu'l-İstisnâ' fi'l-Fikhi'l-İslamî, Dâru'd Da've, İskenderiye (t.y.) s. 80.

layı, tesmiye (besmele çekmek) burada hükmen mevcut sayılmıştır<sup>14</sup>. İnsanların teâmül halinde bulunmaları sebebiyle, istisnâ' akdinde ma'dûm hükmen var kabul edilmiştir. Gerçekte var olan şey de bazan hükmen yok kabul edilebilir. Nitekim suya ihtiyacı olan bir kimsenin yanında bulunan su, su varken teyemmümün caiz olabilmesi için hükmen yok farzedilmektedir<sup>15</sup>.

Cumhûra itiraz edilen diğer husus, diğer akitlerde akde konu olan şeylerin mal olmasını şart koşan Cumhûrun, istinâ' akdinde akde konu olan şeyin mal olması şartını aramayıp bir şeyin yapılmasını (sanat) kabul etmesidir<sup>16</sup>. Bu itiraza, istisnâ' akdinde akde konu olan şeyin, iş değil mal olduğu, bu sebeple ısmarlanan kimsenin, kendisinin yapmadığı ya da kendisinin akidden önce yaptığı bir malı vermesi halinde, ısmarlayan kimsenin bunu kabul etmesiyle de akdin geçerli olacağı belirtilerek cevap verilmiştir<sup>17</sup>.

Cumhûr'a yapılan diğer bir itiraz da, istisnâ' akdinin ısmarlanan kimsenin ölümüyle son bulmasıdır. Halbuki akidleri, taraflardan birinin ölümü sona erdirmez. İtiraz, ısmarlanan kimsenin ölümüyle sona eren bu akdin hükmünün ne olacağı konusundadır. Bu itiraz, icâre akdine benzeyen bir akit olması sebebiyle, icâre akdinde olduğu gibi, ısmarlanan kimsenin ölmesiyle istisnâ' akdinin de sona ermesinin gayet tabii olduğu, bunun istisnâ'nın bir akit olmasını engellemeyeceği şeklinde cevaplandırılmıştır<sup>18</sup>.

Cumhûr'a göre istisnâ' akdi, bir va'd değil akiddir. Zira İmam Muhammed istisnâ' akdini ispat için kıyas ve istihsânî delil göstermektedir. Halbuki va'd için böyle bir delile ihtiyaç yoktur<sup>19</sup>.

İstisnâ' akdi, sadece teamülün cari olduğu şeylerde geçerli olduğu halde, va'd her şeyde geçerlidir<sup>20</sup>.

İmam Muhammed, istisnâ' akdini aynı zamanda şirâ (satım) olarak da isimlendirmektedir. Zira ısmarlayan, ısmarladığı şeyi gördüğü zaman

14 İbnu'l-Humâm, c. V, s. 355; Bedruddin Ebû Muhammed Mahmûd b. Ahmed el-Aynî, el-Binâye fi Şerhi'l-Hidâye, Dâru'l-Fıkr, (Dımaşk) 1980, c. VI, s. 663-668.

15 Aynî, el-Binâye, c. VI, s. 663-668.

16 İbnu'l-Humâm, c. V, s. 355; Aynî, el-Binâye, c. VI, s. 663-668.

17 Kâsânî, c. V, s. 2; İbnu'l-Humâm, c. V, s. 355; Aynî, el-Binâye; c. VI, s. 663; Ali Haydar, c. I, s. 657.

18 Bâbertî, el-İnâye, c. V, s. 355; Zuhayrî Vehbe, el-Fıkhü'l İslâmî ve Fdilletuh, Daru'l-Fıkr, Dımaşk 1985, c. IV, ss. 631-632.

19 İbn Nuceym, c. VI, s. 185-187; İbnu'l-Humâm, c. V, s. 355.

20 İbn Nuceym, c. VI, s. 185-187.

muhayyerlik hakkı vardır. Çünkü o, görmediği şeyi satın almıştır<sup>21</sup>. Halbuki va'dde muhayyerliğe ihtiyaç yoktur<sup>22</sup>.

İstisnâ' akdinde, tarafların alacaklarından dolayı birbirlerini dava etme hakları vardır. Dava açma hakkı, sadece akdin tarafları için söz konusudur. Halbuki va'dini yerine getirmeyen kimsenin aleyhine dava açılması söz konusu değildir<sup>23</sup>.

İstisnâ' akdinde, ısmarlanan kimse, ısmarlanan şeyi imal etmeye zorlanır<sup>24</sup>. Halbuki bir şey vaadeden kimse, vaadettiği şeyi yerine getirmeye zorlanamaz.

İstisnâ' akdinde, ısmarlayan kimse de, ısmarladığı şeyden vazgeçemez<sup>25</sup>.

Ebu'l Yusr'a göre<sup>26</sup>, hem ısmarlayanın hem de ısmarlananın muhayyerlik hakkına sahip olmaları, istisnâ' akdinin bir bey' akdi olmadığına delil teşkil etmez. Bey-i mukâyada'da (trampa) olduğu gibi. Bu akitte şâri', ma'dumu mevcut kabul etmiştir. İslâm hukukunda bunun örnekleri çoktur. Özürlü sahibinin tahareti, hayvan boğazlarken besmele çekmeyi unutan kimsenin tesmiyesi (besmele çekmesi), vadedilen bir borç karşılığında rehin ve imama uyan kimsenin kıraati buna örnektir<sup>27</sup>.

İstisnâ' akdinde parayı alan ısmarlanan kimse, parayı aldığı anda paraya malik olur. Eğer istisnâ' bir va'd olsaydı, bu paraya malik olmayacaktı<sup>28</sup>.

İstisnâ' akdi, selem akdine benzeyen bir akiddir. Zira istisnâ' akdinde de, selem akdinde olduğu gibi ma'dûmun (mevcut olmayan) satılması söz konusudur. İmal edilmesi gereken şey, akdin kurulması anında satıcı durumunda olan ısmarlanan kimsenin zimmetindedir. Ancak istisnâ' akdi, ücretin hemen verilmesinin şart olmaması, ısmarlanan şeyin yapılması ve teslimi için bir sürenin belirlenmemesi, ısmarlanan şeyin çarşıda pazarda bulunan şeylerden olmaması bakımından selem akdinden farklıdır. İstisnâ' akdi, icâre akdine de benzemektedir. Ancak istisnâ' akdi, ısmarlanan şeyin hammaddesinin ısmarlanan kimseye ait olmasıyla icâre akdinden ayrılmaktadır.

21 İbn Nuceym, c. VI, s. 185-187.

22 Serahsî, c. XII, s. 138 vd; Kâsânî, c. V, s. 2.

23 Serahsî, c. XII, s. 138 vd; Kâsânî, c. V, s. 2.

24 Ali Haydar, c. I, s. 659.

25 Ali Haydar, c. I, s. 659.

26 İbnü'l-Humâm, c. V, s. 355.

27 İbn Nuceym, c. VI, s. 185-187.

28 İbn Nuceym, c. VI, s. 185-187.

Hanefilere göre, istisnâ' akdi, bir bey' (alım-satım) akdidir, satış va'di veya icâre (kira) akdi değildir. İstisnâ' akdinde, akde konu olan sanatkârın işi değil, neticede ortaya çıkacak olan eserdir. Bu sebeple, başka birinin ya da sanatkârın kendisinin, akitten önce yaptığı ve şart koşulan özelliklere uygun bir şeyi getirdiği takdirde akit yine geçerlidir<sup>29</sup>.

İstisnâ' akdi, Mâlikilerce selem akdi olarak kabul edildiğinden selem akdinde bulunması gereken şartlara tâbidir<sup>30</sup>. Şafîiler de sanatkârlara ısmarlanan şeyleri selem akdi olarak görmekte<sup>31</sup>. Hanbelîler ise, bir şeyin ısmarlanması ile ilgili akdi, bey-i mevsûf olarak isimlendirmektedirler. Bu akitte belli bir sürenin öngörülmemesi, bu akdi selem akdi olmaktan çıkarmaktadır<sup>32</sup>. Bu üç mezhebe göre de istisnâ' akdi, selem akdi ve insanların örfü esasına göre geçerlidir. Selemde aranan şartlar istisnâ' akdinde de aranır. Ayrıca akit anında, selem akdinde olduğu gibi paranın tamamının teslimi gerekir<sup>33</sup>. Şafîilere göre, ısmarlanan şeyin teslimi için bir süre verilsin ya da verilmesin, semen hemen ödeniyorsa böyle bir akit geçerlidir<sup>34</sup>.

### III. İstisnâ Akdinin Rükünleri

Diğer akitlerde olduğu gibi istisnâ akdinin rükünleri, ısmarlayan ve ısmarlanan kimseden yapılacak icab ve kabulden ibarettir. Ayrıca bütün akitlerde olduğu gibi tarafların ehliyeti de aranmaktadır<sup>35</sup>.

### IV. İstisnâ' Akdinin Hukukî Esası

Hanefîler, istisnâ' akdinin hukukî geçerliliğini kabul etmektedir. Hukukî dayanakları ise örfdür<sup>36</sup>. Hanefîler istisnâ' akdini, amelî icmâ'

29 Kâsânî, c. V, s. 2; İbnü'l-Humâm, c. V, s. 355.

30 İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed, el-Mukaddemât ve'l-Mumehhedât, Matbaatu's-Saâde, Mısır 1325, c. II, s. 159.

31 Ebü Abdillâh Muhammed b. İdrîs eş-Şafîî, el-Umm, Daru'l-Ma'rife, Beyrut 1973, c. III, s. 131.

32 el-Bâbertî, Ekmeluddîn Muhammed b. Mahlûd, el-İnâye ala'l-Hidâye, (Fethu'l-Kadir'in hâmişinde) c. V, s. 355.

33 Zuhaylî, c. IV, s. 632.

34 Celâluddîn Abdurrahman es-Suyûtî, el-Eşbâh ve'n-Nezâir Kavâid ve furû'ş-Şafîî, Dâru İhyâ'î'l-Kutubi'l-Arabiyye, Mısır (t.y.) s. 99.

35 Mavsîlî, c. II, s. 4; Ahmed Ebnü'l-Feth, Kitabu'l-Muâmelât fi'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye ve'l-Kavâini'l-Misriyye, Matbaatu'n-Nehda, Mısır 1922, s. 388; Ahmed Fehmî Ebü Sünne, el-Urf ve'l-Âde fi Ra'yi'l-Fukahâ, Matbaatu'l-Ezher, (Mısır) 1947, s. 131; Abdurrezzâk Senhûrî, Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fikhi'l-İslâmî, Dâru İhyâ'î't-Turâsî'l-Arabî, Beyrut 1953-1954 s.54, 388.

36 Örf: İnsanların muâmelât ile ilgili konularda devamlı bir şekilde yapageldikleri ve işlerinin düzgün gitmesini sağlayan şeydir. Hanefîler ve Malikîler nass bulunmayan konularda örfü asıl olarak kabul etmektedirler. (Bkz. Muhammed Ebü Zehra, İslâm Hukuku Metodolojisi, çev.

ile sabit olmuş istihsânın bir çeşidi olarak görmektedir. Zira bu akit, kıyasa göre değil, istihsâna göre geçerlidir. Çünkü insanlar bu akdi örf haline getirmişlerdir. İstisnâ' akdi de sadece insanların örf haline getirdikleri şeylerde geçerlidir<sup>37</sup>.

Bâbertî de, insanların istisnâ' akdini geçmiş asırlardan beri aralarında uygulayageldiklerini, böyle bir teâmül sebebiyle kıyasın terkedildiğini söylemektedir<sup>38</sup>. Hanefî fıkıh kitaplarında, istisnâ' akdinin, Hz. Peygamber devrinden günümüze kadar insanların teâmül halinde uygulayageldikleri bir akit olduğu belirtilmektedir<sup>39</sup>. Ayrıca Hz. Peygamber'in yüzük ısmarlaması, istisnâ' akdine delil olarak gösterilmektedir<sup>40</sup>.

Abdulkadir Şener, Fon Matbaası, Ankara 1981, s. 235). Örfü İslâm hukukunun kaynaklarından birisi olarak kabul eden İslâm hukukçuları, Kur'an ve Sünnet'e dayanmaktadırlar. A'râf suresinin 199. âyetini "خذالعمو وأمر بالعرف" örfün hukukî bir kaynak olacağına delil olarak göstermektedirler. (Bkz. İbn Âbidin Muhammed Emin, Neşru'l-Urf, Mecmûatu Resâil İbn Abidin, Şirket-i Osmaniye Matbaası, Dersaadet 1325, c. II, 114; Tarablusî, 'Alâuddin, Muînu'l-Hukkâm fi mâ yeteradded Beyne'l-Hasmeyn mine'l-Ahkâm, Mâtbaatu Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Mısır 1973, s. 128-130). Bu İslâm hukukçularına göre, âyette geçen "urf" kelimesiyle, insanların âdetleri ve yapmaya devam ettikleri, diğer bir ifadeyle teâmül haline getirdikleri şeyin kastedildiği, Allah'ın Hz. Peygamber'e örfü uymasını emretmesinin, örfün İslâm hukukunda bir kaynak olarak kabul edilmesini gerektirdiği, yoksa Allah'ın "örf" ile emretmesinin bir anlam ifade etmeyeceği görüşündedirler (Bkz. Mustafa Dîb el-Buğâ, Eseru'l-Edilleti'l-Muhtelif fiâ fi'l-Fikhi'l-İslâmî, Dâru'l-İmâmi'l-Buhâri, Dimaşk (t.y.), s. 273). Sünnet'ten delil olarak da Hz. Peygamber'in "Müslümanların güzel gördüğü şey Allah katında da güzeldir" (Ahmed b. Hanbelî, el-Musned, Daru Sâdir, Beyrut (t.y.) c. I, s. 379. Bu sözün İbn Mes'ud'a, ait olduğu hakkında bkz. Nasbu'r-Râye, c. IV, s. 133; Muhammed Abdurrahman es-Sehâvî, el-Mekâsîdu'l-Hasene fi Beyâni Kesirin mine'l-Ehâdisi'l-Müştehra alâ'l-Elsine, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1985, s. 581. ve "Benim ümmetim dalâlette birleşmez". (el-Heysemî, Nureddin Ali b. Ebî Bekr, Mecmau'z-Zevâid ve Menbau'l-Fevâid, Dâru'l-Kitab, Beyrut (t.y.), c. I, s. 177.) hadisini göstermektedirler. Suyûti (el-Eşbâh ve'n-Nezâir, s. 99.) ve İbn Nuceym (el-Eşbâh ve'n-Nezâir -Hamevî şerhi ile birlikte- c. I, s. 126.) örf konusunda bu hadisi delil olarak almışlardır. Birçok İslâm hukukçusu da menkul malların vakfı ve istisnâ' akdi gibi furû' ile ilgili konularda örf ile hareket ederken bu hadisi esas almışlardır. Örfün İslâm hukukunun kaynaklarından biri olduğunda genel olarak ittîfak eden İslâm hukukçuları, örfü dayandırılmış olan birçok fer'î meselede ihtilâf etmişlerdir. İhtilâf, ya örfün kendisinde veya fıkhi meselede örfün mevcut olup olmadığı konusundadır. Fıkhi mezheplerin hemen hepsi, örfün delil olarak ele alınması gereken yerler ve örfün sınırı konusunda ihtilâf etseler de-örfün gözönüne alınması gerektiği konusunda ittîfak etmişlerdir. Çünkü hepsi, İslâm hukukunda ortaya koydukları hükümlerin çoğunda, örfü kendilerine kaynak olarak almışlardır. (Bkz. Muhammed Ebû Zehra, Ebû Hanîfe, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, (Mısır) (t.y.), s. 356-363; Mâlik, Daru Garîb, Kahire (t.y.) s. 353 vd; Ebû İshâk İbrahim b. Mûsa eş-Şatîbî, el-Muvâfakât, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1975, c. II, s. 284-286).

37 Kâsânî, c. V, s. 2-3; İbn Nuceym, c. VI, s. 185-187.

38 Bâbertî, c. V, s. 354-355.

39 Serahsî, c. XII, s. 138; Kâsânî, c. V, s. 2-3; İbnu'l-Humâm, c. V, s. 355.

40 İbnu'l-Humâm, c. V, s. 3; Ali Haydar, c. I, s. 656.

Gerçekten istisnâ' akdinin, kıyâsa göre hukukî geçerliliği yoktur. Zira istisnâ akdi, insanın, henüz elinde mevcut olmayan bir şeyi satmasıdır. Bu bir selem akdi değildir. Nitekim Hanefî hukukçularından İmam Züfer de, ma'dûmun alm-satımı söz konusu olduğundan istisnâ' akdini geçerli saymamıştır<sup>41</sup>. Bâbertî de, istisnâ' akdinin, Hz. Peygamber'in ruhsat verdiği selem akdine-süre belirlenmediği için-kıyâs edilemeyeceği, bu sebeple istisnâ' akdinin geçerli olamayacağı görüşündedir<sup>42</sup>. Hz. Peygamber ise, mevcut olmayan bir şeyin satımını yasaklamış, ancak selem akdine izin vermiştir. İnsanların, istisnâ' akdi hususunda icmâ olduğu için. istihsân ile geçerli sayılmıştır. Çünkü insanlar bunu asırlar boyunca uygulayagelmışlerdir. Burada kıyâs, icmâ' ile terkedilmiştir. Bu sebeple, hamama girerken verilen ücret hususunda, içeride kalma süresi ve sarfedilecek su miktarı belli olmadığı halde, insanların buna olan ihtiyaçları sebebiyle kıyâs terkedilmiştir. İstisnâ' akdinde de durum aynıdır. İnsanların her aradığını her yerde, her zaman, istedikleri özellikle bulabilmesi mümkün olmadığı için istediklerini ısmarlamak zorunda kalmıştır. İnsanların ihtiyacından doğan bu akit geçerli sayılmadığı takdirde, insanların büyük bir güçlük ve sıkıntıya düşecekleri gayet açıktır<sup>43</sup>.

İslâm hukukçuları, istisnâ' akdini, sadece insanların ısmarlamayı örf haline getirdikleri şeylerde geçerli saymışlardır. Çünkü bu konuda mevcut olan örf sebebiyle, böyle bir akdi geçersiz kılan kıyâsın uygulanmasından vazgeçilmektedir<sup>44</sup>. Zira istisnâ' akdinde mevcut olmayan

41 Bkz. İbn Nuceym, c. VI, s. 185-187.

42 Bâbertî, c. V, s. 355.

43 Kâsânî, c. V, s. 3.

44 Kıyâs'ın terkedilmesi bazan nass, bazan icmâ', bazan da zaruret ile olmaktadır.

Kıyâs'ın nass ile terkedilmesine örnek olarak oruçlu bir kimsenin unutarak bir şeyi yemesi gösterilebilir. İmam Ebû Hanîfe, "eğer bu konuda Hz. Peygamber'in hadisi olmasaydı, 'bu kimsenin orucunu kaza etmesi gerekir' derdim" demiştir. Sünnet, sübûtu kesin olduktan sonra kendisiyle amel etmeyi ve ona muhalif olan bütün kıyâsların batıl olduğuna inanmayı gerektiren bir nastır. Akid anında ma'dûm olan bir şey üzerine kurulduğu için, kıyâsa göre caiz olmayan selem akdinde, Hz. Peygamber'in selem akdine ruhsat veren hadisi sebebiyle kıyâs terkedilmektedir.

İcmâ delil olması sebebiyle kıyâsın terkedildiğine örnek olarak, Hz. Peygamber devrinden günümüze kadar insanların teâmül halinde uygulayageldikleri istisnâ' akdi gösterilebilir. Burada da teâmülde vukubulan icmâ sebebiyle kıyâs terkedilmektedir. Zira bu akitte yapılacak kıyâsta, hatâ etme ve yanılma ihtimali vardır. Nass ya da icmâ ile, istisna akdinde yapılacak kıyâsta, hatânın olabileceği ortaya çıkmaktadır.

Zaruretin varlığı sebebiyle kıyâsın terkedilmesine örnek olarak, kirlendikten sonra kuyu ve havuzların ve teknelerde yıkandığı zaman pis olan elbisenin temizlenmesi ile ilgili hüküm gösterilebilir. Kıyâsa göre bunlar temiz olmaz. Zira kendisinde necaset bulunan bir şey, değdiği şeyi de kirletecektir. Burada da kıyâs, bütün insanlar bunu yapmak zorunda oldukları için terkedilmiş-

(ma'dûm) şeyin alım-satımı söz konusudur. Hz. Peygamber, insanların, olmayan bir şeyi satmalarını yasaklamıştır. Ancak selem akdine izin vermiştir<sup>45</sup>. İstisnâ' akdi ise, süre belirtilmediği için selem akdinden ayrılmaktadır<sup>46</sup>.

İsmarlanan şey, akdin yapıldığı anda, ismarlayanın istediği özellikte hazır olmadığından, istisnâ' akdi, akit esnasında henüz mevcut olmayan bir şeyin imal edilmesi için insanların arasında yaşayan örfе uygun olarak kurulan bir akittir. Akitlerde, alım-satıma konu olan malın, akit esnasında mevcut ve belirlenmiş olması şartı aranmaktadır. Bu sebeple İslâm hukukçuları, alım-satıma konu olan malın akit esnasında mevcut olması gerektiği, mevcut olmayan bir şeyin alım-satımının caiz olmadığı konusunda ittifak etmişlerdir<sup>47</sup>. İslâm hukukçuları, akit esnasında mevcut olmayan bir şeyin alım satımının caiz olmamasını, böyle bir alış-verişin meçhul alışveriş olması sebebiyle, taraflar arasında anlaşmazlığa sebebiyet verebilecek olmasına bağlamışlardır. Hz. Peygamber'in meçhul alış-verişi nehyeden hadisini de delil olarak almışlardır<sup>48</sup>. Şirazi, hadiste nehyedilenin, sadece aldatmaya yönelik ve zarara sebep olan ma'dûmun satışı olduğu görüşündedir. Bu sebeple, Şiraziye göre, akit esnasında mevcut olmasa bile, örfе göre istikbalde tahakkuk edecek olan bir şeyin alım-satımı, selem ve istisnâ' akdinde olduğu gibi, nehyedilmemiştir<sup>49</sup>.

İslâm hukukçularının ma'dûm olan bir şeyin alım-satımının caiz olmadığına delil olarak gösterdikleri, Hz. Peygamber'in muhâkale, muâveme, muzâbene ve muhâbereyi nehyeden hadisidir<sup>50</sup>. Ma'dûm olan bir

tır. Çünkü zorluk, sıkıntı nass ile defedilmiştir. ("Allah sizin için dinde bir güçlük kılmadı" Hacc, 78.) Zarûretin söz konusu olduğu yerde güçlük var demektir. Böyle bir durumda kıyas ile amel edilirse, nass terkedilmiş olur. İnsanların ihtiyaçları sebebiyle, kıyâsa muhalif olan icâre (kira) akdinin caiz olması da buna örnek gösterilebilir. (Bkz. Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, Usûlu's-Serahsî, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Mısır 1954, c. II, s. 207-208).

45 Zeylai, Cemâluddin Ebu Muhammed Abdullah b. Yûsuf, Nasbu'r-Râye, c. IV, s. 45. el-Mektebetu'l-İslâmiyye, (b.y.) 1973, c. IV, s. 45.

46 İbnu'l-Humâm, c. V, s. 354-355.

47 İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed, el-Muğni, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1972, c. IV, s. 3.

48 Bkz. Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, Neylu'l-Evtâr Şerhu Muntekâ'l-Ahbâr, Matbaatu Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Kahire 1971, c. V, s. 166; eş-Şirazi, Ebû İshâk İbrahim b. Ali b. Yûsuf, el-Muhezzeb, Matbaatu Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Mısır (t.y.), c. I, s. 262.

49 Şirazi, c. I, s. 262; Şevkânî, c. V, s. 167.

50 Bkz. Şevkânî, c. V, s. 198.

Muhâkale: Başaktaki buğdayı buğday karşılığı satmak.

Muzâbene: Ağaçtaki hurmayı, hurma karşılığı satmak.

Muâveme: Belli yıllar için meyvalı bir ağacı satmak.

Muhâbere: Bir tarlayı, çıkacak mahsulün belli miktarı (yarısı, üçte biri vb.) karşılığında kiralamak.

şeyin alım-satımı da, hadiste zikredilen muâvemenin şumûlüne girdiği için nehyedilmektedir<sup>51</sup>. Bu görüş, zikredilen hadiste yer alan muâveme ile, birden çok sene için satılan meyvanın kasedildiği, böyle bir alışverişte zararın açık olduğu, ancak böyle bir sebep ve illete dayanarak nehyi genişletip bütün ma'dûm olan şeylerin alım-satımına teşmil etmenin uygun olmayacağı düşüncesiyle reddedilmiştir<sup>52</sup>. Ma'dûmun alım-satımının nehyedildiğine delil olarak, Hz. Peygamber'in, insanın henüz kendisine ait olmayan bir şeyi satmasını nehyeden hadisi gösterilmektedir<sup>53</sup>. Kâsânî, hadiste zikredilen "ما ليس عندك" den kasedilenin, "ماليس" "ملوك اللبائع" olduğunu, ma'dûm olan şey ile, satıcının maliki olduğu, ancak akit esnasında yanında bulunmayan şeyin bu ifadenin kapsamına girmeyeceği görüşündedir<sup>54</sup>. Zira hadiste zikredilen Hâkim b. Hizâm, mülkiyetinde olmayan şeyleri satıyor, sattığı şeylerin parasını peşin aldıktan sonra, pazara gidip sattığı şeyleri satın alıp müşterilere teslim ediyordu. Bu durum Hz. Peygamber'e intikal edince Hz. Peygamber ona "لا تبع ما ليس عندك" demiştir<sup>55</sup>.

Ancak burada akla şöyle bir soru gelebilir: Kişinin mevcut olan ancak maliki olmadığı bir şeyi satması caiz olmadığına göre, ma'dûm olan bir şeyin alım satımının caiz olmaması daha tabii bir şey değil midir? Burada söz konusu olan, akit esnasında satıcının mülkiyetinde mevcut olmayan bir malın satımıdır. Açıkça bir aldatma ve aldanma söz konusudur. Böyle bir aldatmaya ve aldanmaya meydan vermeyecek bir alım-satım akdi nehyedilmemiştir<sup>56</sup>.

Biz, ma'dûmun alım satımında, zarar ve aldatmanın var olup olmadığına bakılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira bu akdin (ma'dûmun satılmasının), mutlak olarak zikredilip yasaklandığı bir âyet, hadis veya sahabi kavli yoktur<sup>57</sup>.

Hadislerde zikredilen nehyin illeti, alım-satıma konu olan şeyin varlığı veya yokluğu değil, hadiste zikredilen "bey'u'l-garar" meçhul

51 Şirazi, c. I, s. 262.

52 el-Bedrân, s. 41.

53 et-Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Sevre, el-Câmiu's-Sahih (Sunen), Dâru İhyai't-Turâsi l-Arabî, Beyrut (t.y.), c. III, s. 534.

54 Kâsani, c. V, s. 2-4.

55 Tirmizî, c. III, s. 334.

56 Abdurrazzâk es-Senhûri, Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, Daru İhyai't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 1953-1954, c. III, s. 40-41.

57 İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemsuddin ebû Abdillâh Muhammed b. ebî Bekr, l'Îlâmü'l-Muvakkî'in an Rabbi'l-Âlemin, Şirketu't-Tibâati'l-Fenniyyeti'l-Muttehide, Kahire 1968, c. II, s. 28.

olan bey'dir. Bey'u'l-garar, satıcının müşteriye, teslim edemeyeceği bir malı satmasıdır. Bu malın akit esnasında mevcut olup olmamasının bir önemi yoktur. Kaçmış köle ve devenin satılması böyledir. Alım-satım akdi, satılan şeyin (mcbi') teslimini gerektirir. Satan kimse, sattığı şeyi teslimden aciz ise, bu bir aldatmadır. Zira böyle bir şey ancak müşteriye aldatarak satılabilir. Hadislerde nchycdilen de, aldatmak suretiyle, teslim edilemeyecek bir ma'dûmun satılmasıdır<sup>58</sup>. Hz. Peygamber, bazı durumlarda ma'dûm olan şeyin satılmasına cevaz vermiştir<sup>59</sup>. Ma'dûmun alım-satımı konusunda, teslimin gerçekleşmesi kesin olmayan şeylerde alım-satım akdinin geçerli olmayacağı; teslimin gerçekleşmesi muhakkak olan şeylerde ise, örf gereği alım-satım akdinin geçerli olacağı görüşünün<sup>60</sup> isabetli olduğu kanaatindeyiz.

İstisnâ' akdi, ma'dûmun alım-satımı açısından incelendiğinde, bu akdin şer'i nasslara aykırı olmadığı, aksine İslâm hukukçuları arasında ihtilâf edilen İslâm hukuku kaynaklarından biri olan istihsanla-hadisle cevaz verilen selem akdine izafeten-geçerli sayıldığı görülecektir. Bunun yanında istisnâ' akdi, insanların örf halinde uygulayageldikleri bir akiddir. Hz. Peygamber, insanların faydasına olan, anlaşmazlığa ve tarafların zararına sebep olmadığı sürece, örf haline gelmiş akitlere dokunmamıştır.

İstisnâ' akdi, yapıldığı anda gerçekleşen, ancak satıma konu olan şeyin mevcut olmaması sebebiyle, hazır olduğunda teslimi şart koşulmuş bir akittir. İstisnâ' akdinde bir aldatma da söz konusu değildir. Zira ismarlanan şeyin özellikleri, ismarlayan tarafından belirtilmiştir. İbnü'l-Kayyim de, hadiste geçen "لا تبع ما ليس عندك" ifadesiyle Hz. Peygamber'in, Hâkim b. Hizâm'dan, akit esnasında kendisine ait olan belirli bir şeyi ya da teslim edebileceği bir şeyi satmasını istemiş olabileceğini söylemektedir<sup>61</sup>.

### V. İstisnâ' Akdinin Şartları

İstisnâ' akdinin geçerli olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

1. İsmarlanan şeyin cinsinin, çeşidinin, miktarının ve diğer özelliklerinin belirtilmesi lazımdır. Zira satıma konu olan mal, ismarlanan şey (eser) dir. Bu sebeple ismarlanan şeyin her bakımdan belirlenmiş olması gerekmektedir<sup>62</sup>.

58 İbn Kayyim el-Cevziyye, II, s. 28.

59 Bkz. Şevkânî, c. V, s. 195; İbn Kayyim el-Cevziyye, c. II, 28-29.

60 Bkz. Senhûri, c. III, s. 31.

61 İbn Kayyim el-Cevziyye, c. II, s. 19.

62 Kâsânî, c. V, s. 3.

2. İsmarlanan şeyin, insanların istisnâ' akdi yapmayı örf haline getirdikleri şeylerden olması gerekmektedir. İstisnâ' akdi yapılması örf haline gelmemiş şeylerde istisnâ' akdi caiz olmamaktadır<sup>63</sup>.

3. İstisna akdinde sürenin belirlenmemiş olması lâzımdır. İsmarlanan şeyin teslimi için bir süre belirlenmiş ise, İmam Ebû Hanîfe'ye göre, bu akid selem akdine dönüşmektedir. Artık bu akidde selem akdinde aranan şartlar aranır. İmam Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre ise, sürenin belirlenmemesi şartı aranmaz. Süre ister belirlenmiş olsun ister belirlenmesin akid istisnâ' akdidir. Zira istisnâ' akdinde sürenin belirlenmesi âdet haline gelmiştir<sup>64</sup>. İmam Ebû Ebû Yûsuf ile İmam Muhammed'in görüşleri, hayatın gerçeklerine ve toplumun uygulamalarına daha uygun olduğundan, uygulanmaya daha müsait görünmektedir<sup>65</sup>.

Hanefîler, ismarlanan şeyin bedelinin hemen ödenmesinin şart olmadığı, selem akdinin aksine, ücretin geciktirilmesinin caiz olduğu görüşündedirler<sup>66</sup>.

## VI. İstisnâ' Akidinin Unsurları

### A. İsmarlanan Şey (Eser, Masnû')

İstisnâ' akdinin varlığından söz edilebilmesi için her şeyden önce ortada ismarlanan şeyin (eser) bulunması gereklidir. İslâm hukukçuları, istisnâ' akdinin, sadece insanların ismarlamayı örf haline getirdikleri şeylerde geçerli olacağını kabul etmişlerdir. Çünkü örfün varlığı sebebiyle, bu akdi geçersiz kılan kıyâsın uygulanmasından vazgeçilmektedir. Zira istisnâ' akdi bir bakıma ma'dûmun alım-satımıdır. İstisnâ' akdinin geçerliliğini sağlayan örfün, örf-ü âmm<sup>67</sup> olması şart kılınmıştır. Zira örf-ü âmm, şer'î bir nassı tahsis etmektedir<sup>68</sup>.

63 Kâsânî, c. I, s. 3.

64 Serahsî, c. XII, s. 138; Kâsânî, c. V, s. 3, İbnu'l-Humâm, c. V, 2355; İbn Âbidin, Muhammed Emîn, Raddu'l-Muhtâr alâ'd-Durri'l-Muhtâr, Matbaa-i Âmire, (İstanbul) 1307, c. IV, s. 294-296.

65 Zuhaylî, c. IV, s. 633.

66 İbn Nuceym, c. VI, s. 185.

67 Örfü hüküm istinbatı için delil olarak kabul eden bilginler, örfün Kitab ve Sünnet bulunmayan yerlerde geçerli olduğunu kabul etmektedirler. Örf, Kitab ve Sünnet'e aykırı olduğu takdirde, muteber olmaz. Nassların açıkça ihmali sayılan içki ve faizcilik, insanlar tarafından âdet haline getirilmiş olsa bile, bu örf sayılmaz. Bu sebeple örf, sahîh ve fasid olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Sahîh örf, şer'î bir asıl olarak kabul edilen örfür.

Fasid örf, kat'î bir nassa aykırı olduğu için muteber olmayan örfür.

Sahîh örf de, örf-i âmm ve örf-i hâss olmak üzere ikiye ayrılır. Örf-i âmm, bütün belde-lerde insanların teâmül haline getirdikleri örfür. (Bkz. Muhammed Ebû Zehra, s. 235-236).

68 Ebû Sünne, s. 133.

Hanefiler, örf-ü âmm karşısında kıyâsı terketmektedirler ve buna "örf sebebiyle istihsân-istihsanu'l-'urf" adını vermektedirler. Zannî olan âmm'ı da örf-i âmm ile tahsis etmektedirler. Bu sebeple Hz. Peygamber'in, şartlı satışın yasaklandığını bildiren hadisin<sup>69</sup> umumiliğini, örf sebebiyle nazara almamaktadırlar. Çünkü, daha önce de belirttiğimiz gibi, Hanefî ve Malikîlerin çoğuna göre, örf ile sabit olan her şart muteber sayılmaktadır. Bu İslâm hukukçuları, istisnâ' akdini şöyle açıklamaktadırlar: "Kıyâsa göre bu akid caiz olmaz fakat sahâbîler, tabîiler ve her çağda bilginlerin itiraz etmeden kabul ettikleri teâmül sebebiyle biz kıyâsı terkettik. Kıyâsı terketmeye sebep olan hüccet budur". Görüldüğü gibi, örf-i âmma, icmâ' denilebilir. Çünkü sahâbîler ve sahâbî olmayanlar, müctehidler ve müctehid olmayanlar örf-i âmm üzerinde ittifak etmişlerdir. Bu sebeple, örf-i âmmı, geçmiş veya gelecek çağda diye bir kayıtlamaya gitmeksizin, bütün beldelerde hâkim olan örf şeklinde tanımlamak daha uygundur<sup>70</sup>.

İbn Nuceym de, "ihtiyaç umumi veya hususî olsun, zaruret menzilesindedir " الحاجة تنزل منزلة الضرورة " usûl kaidelerini izah ederken, istisnâ' akdine, insanların ihtiyacı sebebiyle, kıyâsa muhalif olarak cevaz verildiğini söyleyerek, istisnâ' akdini bu kaideye örnek göstermektedir<sup>71</sup>.

İstisnâ' akdinde asıl olan, ısmarlanan şey (eser) dir, iş değildir. İşçilik ısmarlanan şeyin bir özelliğidir<sup>72</sup>. Bu sebeple, ısmarlanan kimsenin imal etmediği bir şeyi de ısmarlayan gördüğünde beğenip alırsa, akit geçerli olur<sup>73</sup>. Bu, İslâm hukukçularının çoğunluğunun görüşüdür. İstisnâ' akdinde asıl olanın, üretilecek mal değil, işçilik olduğunu söyleyen İslâm hukukçuları da vardır<sup>74</sup>.

İstisnâ' akdi yapılması örf halini almış olan şeyler, klâsik fıkıh kitaplarında teker teker sayılmıştır. Ancak bunların, müellifin yaşadığı devirde ne tür eşyada istisna akdinin yapıldığını göstermesi dışında pek fazla bir önemi yoktur. Asıl olan genel kaidedir. O da "insanların örf halinde istisnâ' akdi yapageldikleri şeyler"dir. O halde, bu eşyanın, her asırda insanların ihtiyaçları sebebiyle değişmesi ve çoğalması gayet tabiidir.

69 Zeyla'î, Nasbu'r-Râye, c. IV, s. 17.

69 Zeyla'î, Nasbu'r-Râye, c. IV, s. 17.

70 Muhammed Ebû Zehra, s. 235-236.

71 Hamevî Ahmed b. Muhammed, Gamzu Uyûni'l-Besâir Şerhu'l-Eşbâh ve'n-Nezâir, Matbaatu'l-Âmire, (İstanbul) 1290, c. I, s. 126.

72 Serahsî, c. XII, s. 39; İbnu'l-Humâm, c. V, s. 355; Molla Husrev, c. II, s. 198.

73 Serahsî, c. XII, s. 39;

74 Bkz. İbnu'l-Humâm, c. V, s. 355.

Nitekim klâsik fıkıh kitaplarında leğen, ibrik vb. zikredilirken, Mecelle'de fabrikadan, tüfekten söz edilmektedir. İslâm hukukçuları da bunu böyle anlamışlardır<sup>75</sup>. Gerçekten istisnâ' akdini ister ayrı bir akid olarak kabul eden Hanefiler olsun ister böyle bir akdi selem akdi olarak kabul eden Malikî, Hanbelî ve Şafüiler olsun, ısmarlanan şeyin, ısmarlanması teâmül haline gelmiş olan şeylerde bu akdin geçerli olduğunu söylerlerken, yaşadıkları devirde halk arasında ısmarlanması teâmül haline gelmiş değişik örnekler vermektedirler. Kanaatimizce, istisnâ' akdinin konusunu teşkil edecek şeylerin tespitinde, fıkıh kitaplarında zikredilen muayyen eşyayı almak yerine, insanlar arasında ısmarlanması teâmül halini almış şeyleri esas almanın, günümüz hukuk sistemlerinde de oldukça geniş tutulmuş bulunan istisnâ' akdinin, her zaman geçerliliğini koruyan bir akit olma özelliğini sürdürecektir. Fıkıh kitaplarında örnek olarak gösterilen eşyanın ancak istisnâ' akdine konu olabileceğini düşünmek yerine, toplumlarda geçen zamanın gereği ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak için insanların teâmül haline getireceği ısmarlama konusu olacak birçok yeniliklerin doğmasının tabii olduğunu düşünerek ve hukukun insanlarla var olduğunu, insanlarla yaşadığını ve olaylarla genişleyip geliştiğini göz önünde tutarak, insanların zamanla teâmül haline getirdikleri istisnâ' akdine konu olacak eşyada örfü gözönünde tutmanın, ortaya çıkacak zorlukların giderilmesi bakımından daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Ancak, İslâm hukukçularının eserlerinde istisnâ' akdine örnek olarak gösterdikleri şeyler, yaşadıkları devirde istisnâ' akdinin nelerde geçerli olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Bugün sağlık, ziraat, ekonomi, eğitim ve sanayi, özellikle harp sanayii alanlarında istisnâ' akdine konu olan birçok yeni şeylerin ortaya çıkacağı muhakkaktır.

Türk hukukunda da doktrin, "eser" kavramını geniş tutan görüşü paylaşmaktadır. Buna göre, insan emeği ürünü olup bir bütün görünümü arzeden ve ekonomik değeri bulunan her hukukî varlık, maddi nitelikte olsun olmasın eser sayılmaktadır<sup>76</sup>.

İslâm hukukçuları istisnâ' akdinde diğer akitlerde olduğu gibi sözleşmeye taraf olanların zarara uğramalarına ihtimam göstermişlerdir. Bu sebeple, ısmarlanan şeyin özelliklerinin bütün ayrıntılarıyla belirlenmesi, kullanılacak malzemenin tespit edilmesi gerekmektedir<sup>77</sup>.

75 İbn Nuceym, c. VI, s. 185-187

76 Tunçomağ, c. II, s. 498-499; Bilge, s. 256.

77 Kâsânî, c. V, s. 3.

### B. Meydana Getirme (İmal)

İstisnâ' akdinde, akde konu olan, sarfedilecek emek, maharet değil, meydana getirilecek olan şeydir. Zira istisnâ' akdinde istenen şey, sanat-kârın emeği sonucu ortaya çıkacak eserdir. Ebû Sa'îd el-Berdâi, istisnâ' akdinde akde konu olan şeyin imal edilecek malın değil, işin yani sanatın olduğu görüşündedir. Delil olarak da, istisnâ' kelimesinin, s-n-a kökünden türetildiğini, anlamının da bir sanatın yerine getirilmesini istemek olduğunu ileri sürmektedir. Kullanılan malzemenin ise, iş için bir alet durumunda olduğunu söylemektedir. Ancak bu görüş fazla itibar görmemiştir. Gerçekten istisnâ' akdinde akde konu olan şey, sanatkârın imal edeceği eserdir, sanatçının işi, sanatı değildir. Bu sebeple ismarlanan şeyin özellikleri belirtilmektedir ki, neticede o özellikleri taşıyan bir eserin ortaya çıkması arzulanmaktadır. Bu görüşte olan İslâm hukukçuları İmam Muhammed'in istisnâ' akdinde görme muhayyerliğini kabul etmesini delil olarak göstermektedirler. Çünkü görme muhayyerliği, ancak bir mal üzerinde söz konusu olabilir. İstisnâ' akdine konu olan şeyin iş değil, ortaya çıkarılacak mal olduğuna, başkasının imal ettiği ya da akit öncesi kendisinin imal ettiği bir mal getirdiğinde ismarlayanın bunu kabul edip olmasıyla akdin geçerli olacağı hükmünü de delil olarak getirmektedirler. İstisnâ' akdinde eğer akde konu olan sanatkarın işi olsaydı, böyle bir alım-satımın geçerli olmaması gerekirdi<sup>78</sup>.

Meydana getirme teriminin de, ismarlanan şey (eser) de olduğu gibi yorumlanmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira örfün câri olduğu şeylerde geçerli olan istisnâ' akdi, aynı şekilde ismarlanan şeyin meydana getirilmesinde de zamanın geçmesiyle, toplumlara göre değişecek ve genişleyecektir<sup>79</sup>. Nitekim bugünkü hukukta da meydana getirme teriminin geniş yorumlanması, yeni bir eser meydana getirmek kadar, mevcut bir eseri değiştirmek veya tamirinin de imal etmek kapsamına girdiği kabul edilmektedir<sup>80</sup>. Bu cümleden olarak yeni bir bina, yol, köprü inşası, kanal açılması, makina, alet, mobilya imali, elektrik tesisatı, kalorifer tesisatı yaptırılması, gemi inşası, arı kovanı yapımı, ilaç imali, elbise ve başka giyim eşyasının dikilmesi gibi faaliyetler bugün hep istisnâ' akdinin konusunu teşkil etmektedir<sup>81</sup>.

### C. Ücret

İstisnâ' akdinde, ismarlanan şeye ödenecek ücretin de belirtilmesi gerekmektedir. Belirlenen ücretin selem akdindeki gibi peşin ödenmesi şart değildir. Peşin verilebileceği gibi, bir kısmı peşin, kalanı eserin tes-

78 Aynî, c. VI, s. 663-668.

79 'bn Nuceym, c. VI, s. 185-187

80 Bkz. Tunçomağ, c. II, s. 500; Tandoğan s. 320.

81 Tandoğan, s. 320.

limi anında ya da hepsi teslim anında ödenebilir<sup>82</sup>. İsmarlanan kimse, ismarlayan ile akit yaptığı andan itibaren, ismarlanan şeye karşılık ismarlayandan ücreti almaya hak kazanır. Ancak bu ücret, ismarlanan kimsenin mülkiyetine, eseri ismarlayana teslim ettiği anda geçmektedir. Bu sebeple, ismarlanan kimse, ismarlanan şeyi teslim etmeden önce, ismarlayan kimseden ücret talep edemez<sup>83</sup>. İsmarlayan kimse de, ismarlanan kimsedeki esere, ancak gördüğü anda kabul ettiği takdirde mâlik olabilmektedir. Bu sebeple, ismarlayan görmeden önce, ismarlanan kimse, imal ettiği malı başkasına satabilmektedir.

Bugünkü hukukta karşılığın, satımda olduğu gibi, mutlaka para ile tayin edilmesi gerekmektedir. Taraflar bazı hallerde para yerine malî değeri olan bir eşya veya çalışmayı karşılık olarak gösterebilmektedirler<sup>84</sup>. Taraflar arasında münazaaya sebebiyet vermeyecek şeylerin ücret olarak tespit edilebilmesinin İslâm hukuku açısından da akdin kurulmasını kolaylaştırması bakımından mahzurlu olmayacağı düşünülebilir.

#### D. Taraflar Arasında Anlaşma

İstisnâ' akdinin teşekkül edebilmesi için, ismarlanan eser ve karşılık (semen) konusunda tarafların anlaşmış olmaları gerekmektedir. Yani haklarında hüküm ifade edecek karşılıklı rızalarını ifade eden icab ve kabul, akdin kurulması için şart olduğu gibi akitlerde şart olan tarafların ehliyeti de tabii olarak aranmaktadır<sup>85</sup>. İstisnâ' akdi bugünkü hukukta da rizaî akit sayılmaktadır. Tarafların, sanatkâr tarafından yapılacak olan ve eser niteliğini taşıyan şeyin, açık bir şekilde belirtilmiş iş görme sonucu üzerinde anlaşmaları istisnâ' akdinin tamam olması için yeterlidir. Sanatkârın meydana getirdiği eseri teslim borcu, ismarlayanın ise, ücret ödeme borcu bu anlaşmadan kendiliğinden doğan sonuçlardır<sup>86</sup>.

#### VII. İstisnâ' Akdinin Hükümü

İstisnâ' akdinin, ismarlanan şeyin meydana getirilmesinden önce bağlayıcı bir özelliği yoktur. İsmarlanan şeyin imal edilmesinden sonra, ancak ismarlayanın görmesinden önce tarafların her ikisinin de akdi devam ettirme, feshetme ve vazgeçme hakları vardır. Bu sebeple, is-

82 Serahsî, c. XII, s. 139 vd; Kâsânî, c. V, s. 2-3.

83 Kâsânî, c. V, s. 3.

84 Tunçomağ, c. II, s. 501.

85 Abdullah b. Mahmûd b. Mevlûd el-Mavsîlî, el-İhtiyâr li Ta'îlî'l-Muhtâr, Daru'l-Ma'rife, Beyrut 1975. c. II, s. 4.

86 Tandoğan, s. 324.

marlanan kimse, imâl etmiş olduğu şeyi ismarlayan henüz görmeden önce satabilir. Çünkü akit bağlayıcı değildir. İmâl edilmiş olan şey, muhakkak ismarlayana ait bir şey değildir. Ancak onun benzeri, imâl eden kimse- nin zimmetindedir. İsmarlanan kimse, imâl ettiği şeyi, ismarlayana getirdiği takdirde, imâl edilen şeyi ismarlayana tahsis ettiği için, kendisine ismarlanan kimsenin muhayyerlik hakkı düşer. Bu malı artık başkasına satamaz. İsmarlayan kimse ismarladığı şeyi gördüğü zaman, muhayyerlik hakkı vardır. İsterse ismarladığı bu şeyi alır, isterse almaz. İmam Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre, ismarlayan isterse akdi feshedebilir. Zira o, görmediği bir şeyi satın almış olduğundan muhayyerlik hakkına sahiptir. İsmarlanan kimsenin, bu safhada muhayyerlik hakkı yoktur. Çünkü görmediği şeyi satmıştır. İmam Ebû Yûsuf, ismarlayanın, ismarlanan şeyi görmesinin artık bağlayıcı olduğu ve ismarlayanın muhayyerlik hakkının olmadığı görüşündedir. İsmarlanan şey ismarlayanın belirttiği şartlara ve isteğe uygun olduğu takdirde artık ismarlayanın muhayyerlik hakkı ortadan kalkar. Bu safhada ismarlayana muhayyerlik hakkının tanınması, ismarlanan kimsenin zararına olacaktır. Çünkü ismarlayanın isteğine uygun olarak hazırladığı şeyin değer kaybına uğraması söz konusudur. Ayrıca, ismarlayanın isteğine göre hazırlanmış olduğu esere, rağbet edenin bulunamaması ihtimali de vardır. Bu konuda İmam Ebû Yûsuf'un görüşü, muhayyerlik hakkının iptaliyle ismarlayana verilecek zarar, ismarlanan kimseye verilecek zarardan daha fazladır, zira ismarlayan her halükârda ismarlanan şeyi (eseri) almak zorunda kalacaktır, denilerek reddedilmiştir<sup>87</sup>.

Mecelle'de de, İmam Ebû Yûsuf'un görüşü benimsenmiştir<sup>88</sup>. Taraflar arasında münazaayı, ismarlanan kimsenin zarara girmesini önlemesi bakımından bu görüş daha makuldür. Çünkü bu görüş, İslâm hukukunda akitlerin genel hatlarıyla bağlayıcı olması esasına uygun düşmektedir. Günümüzde büyük meblağlara mal olan siparişlerde büyük önem kazanan istisnâ' akidinin, bağlayıcı bir akid olma özelliği taşıması son derece önemlidir. Zira böyle büyük siparişler, bağlayıcı özelliği olmayan akitlerle gerçekleştirilemezler.

87 Serahsî, c. XII, s. 139; Kâsânî, c. V, s. 3; İbnu'l-Humâm, c. V, s. 356; İbn Âbidin, c. IV, s. 294-296; Senhûri, c. III, s. 39.

88 Bkz. Ali Haydar, c. I, s. 657.