

İSLAM HUKUKU ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

Sayı: 27
Nisan 2016



www.islamhukuku.com

www.islamhukuku.org

www.islamhukuku.net

ISSN 1304-1045



İSLAM HUKUKU ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

www.islamhukuku.com www.islamhukuku.org www.islamhukuku.net

Journal of Islamic Law Studies

مجلة البحوث الفقهية الإسلامية

Sayı / Number / العدد : 27

Yıl / Year / السنة : 2016

Nisan ve Ekim aylarında yılda iki sayı çıkar. Hakemlidir. Süreli Yayındır.

Sahibi / Publisher / صاحبا

Mustafa ÖZDEMİR

Mehir Vakfi / Mehir Foundation / مؤسسة المهر لتوزيع الشباب

Editör / Editor-in-Chief / رئيس التحرير

Prof. Dr. Saffet KÖSE

Yayın Kurulu / Editorial Board / هيئة التحرير

Prof.Dr. Halil İbrahim ACAR - Dr. Ahmet AKMAN - Doç.Dr. Abdüsselam ARI - Prof.Dr. Nasi ASLAN - Prof.Dr. Tevhit AYENGİN - Doç.Dr. Tuncay BAŞOĞLU - Y.Doç.Dr. İsmail BİLGİLİ - Prof.Dr. Recep CİCİ - Dr. A. Hakan ÇAVUŞOĞLU - Y.Doç.Dr. Mehmet DİRİK - Prof.Dr. Sabri ERTURHAN - Y.Doç.Dr. Necmeddin GÜNEY - Y.Doç.Dr. Menderes GÜRKAN - Prof.Dr. Hasan HACAĞ - Prof.Dr. Abdurrahman HAÇKALI - Prof.Dr. Abdullah KAHRAMAN - Prof.Dr. Ali KAYA - Doç.Dr. Saim KAYADİBİ - Doç.Dr. Necmettin KIZILKAYA - Prof.Dr. Ferhat KOCA - Prof. Dr. Adnan KOŞUM - Prof. Dr. İsmail KÖKSAL - Doç.Dr. Murtaza KÖSE - Doç.Dr. Muharrem ÖNDER - Dr. Hasan ÖZER - Doç.Dr. Ali İhsan PALA - Dr. Ali PEKCAN - Y.Doç.Dr. İzzet SARGIN - Prof.Dr. Haluk SONGUR - Doç.Dr. Osman ŞAHİN - Doç.Dr. Hasan TANRIVERDİ - Prof.Dr. Talip TÜRCAN - Y. Doç.Dr. Mustafa YAYLA - Prof.Dr. Kemal YILDIZ - Doç.Dr. Yaşar YİĞİT

Danışma - Bilim Kurulu / Advisory - Scientific Board / الهيئة الاستشارية - العلمية

Prof.Dr. Hamza AKTAN - Prof.Dr. Vecdi AKYÜZ - Prof.Dr. H. Yunus APAYDIN - Prof.Dr. Fahrettin ATAR - Prof.Dr. İ. Hakkı AYDIN - Prof.Dr. M. Akif AYDIN - Prof.Dr. Ali BAKKAL - Prof.Dr. Mustafa BAKTIR - Prof.Dr. Ali BARDAKOĞLU - Prof.Dr. Abdülaziz BAYINDIR - Prof.Dr. Murteza BEDİR - Prof.Dr. Faruk BEŞER - Prof.Dr. İbrahim ÇALIŞKAN - Prof.Dr. Orhan ÇEKER - Prof.Dr. Hamdi DÖNDÜREN - Prof.Dr. İ. Kâfi DÖNMEZ - Prof.Dr. Celal ERBAY - Prof. Dr. Mehmet ERDOĞAN - Prof.Dr. Osman ESKİCIOĞLU - Prof.Dr. Şamil DAĞCI - Prof.Dr. Nihat DALGIN - Prof.Dr. Beşir GÖZÜBENLİ - Prof.Dr. Hasan GÜLEÇ - Prof.Dr. Cengiz KALLEK - Prof.Dr. Hayreddin KARAMAN - Dr. Hüseyin KAYAPINAR - Prof.Dr. Muhsin KOÇAK - Prof.Dr. Ahmet ÖZEL - Prof.Dr. Şükrü ÖZEN - Prof.Dr. Mehmet ŞENER - Prof. Dr. Salih TUĞ - Prof.Dr. Mustafa YILDIRIM - Prof.Dr. Davut YAYLALI - Prof.Dr. Y. Vehbi YAVUZ

Yayın Takip / Editorial Secretary / مسكتر التحرير

Arş. Gör. Huzeyfe ÇEKER

Kitap Tanıtımı / Book Review / حول الكتب

Yrd. Doç. Dr. İsmail BİLGİLİ

Özetler / Summaries/Translation / ملخصات

Yrd. Doç. Dr. Yusuf SAYIN

Bibliyografya Kontrol/ Bibliographic Control / مراجعة المصادر

Arş. Gör. Ahmet EKİNCİ - Arş. Gör. Mahmut SAMAR

Uluslararası İlişkiler Koordinatörü / Coordinator of Int. Relations / منسق العلاقات العالمية

Doç. Dr. Necmettin KIZILKAYA- Yrd. Doç. Dr. Necmeddin GÜNEY

Yazı İşleri Müdürü / Editorial Assistant

Abdullah ŞAFAK

e-mail: ihad2003@gmail.com

ISSN 1304-1045

Kapak: Prof. Dr. Muhittin OKUMUŞLAR

Mizanpaj: Furkan Selçuk ERTARGİN, macfurkan@gmail.com

İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi EBSCO'nun hazırladığı Academic Search Complete (ASC)de indekslenmekte ve EBSCO'nun elektronik tarama motorlarında yayınlanarak ilim dünyasına sunulmaktadır.

İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi Index Islamicus tarafından taranmaktadır.

Journal of Islamic Law Studies is indexed by Index Islamicus.

Basım Tarihi: Nisan 2016

Yayın İlkeleri

- 1- Dergide yayımlanması istenen yazılar İslam Hukuku ile ilgili olmalıdır: İslam hukuku ile ilgili çağdaş bir problem, İslam hukuk tarihi, edebiyatı, son dönem, daha önce yaşamış ya da çağdaş İslam hukukçularının ve eserlerinin tanıtımı, önceki fukahanın yazmış oldukları risalelerin neşri ve tercümesi, sempozyum ve tez değerlendirmeleri vb. konularda olmalıdır.
- 2- Araştırma ilmi metotlara uygun olmalıdır.
- 3- Araştırmaya İngilizce veya Arapça özet eklenmelidir.
- 4- Araştırmalar hakemlerin (en az iki hakem) olumlu görüşünden sonra yayımlanır.
- 5- Dergide yayımlanan yazıların dil ve içerik bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.
- 6- Yayımlanmayan yazılar sahiplerine iade edilmez.

Principles and Regulations for Publication

- 1- Papers submitted for publication should be based on Islamic jurisprudence.
- 2- Papers should concentrate on issues, -questions and contemporary problem, -history of Islamic jurisprudence, -its literature, - past and contemporary Islamic legists, dealing with Islamic subjects, with their works, -critical publications and translations of treatises (unpublished manuscripts) of the past Islamic legists / jurists about various subjects, -notes on symposiums, conferences, congresses or theses etc.
- 3- Papers should be followed scientific methods.
- 4- A satisfied abstract should be attached to the paper with translations of English or Arabic.
- 5- Papers should be arbitrated by Islamic legists/jurists according to the methods which indicate principles and procedures of arbitration.
- 6- The opinions expressed in the papers should be solely those of the authors.
- 7- Papers which are not published will not be returned.

قواعد النشر وشروطه

- ۱- أن يكون البحث المراد نشره في المجلة منبئاً على الفقه الإسلامي.
- ۲- أن ينصب البحث على القضايا والمسائل والمشكلات المعاصرة المتعلقة بالفقه الإسلامي أو تاريخه أو أدبه أو تعريف بالفقهاء المتأخرين والمتقدمين والمعاصرين مع بيان إنجازاتهم العلمية أو تحقيق رسائل فقہائنا القدامى وترجمتها أو تقييم المؤتمرات أو الرسائل الخ...
- ۳- أن يوافق البحث على المناهج العلمية.
- ۴- أن يرفق بالبحث خلاصة مستوفية له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية أو العربية
- ۵- تنشر البحوث بعد أن يتم التحكيم من قبل المتخصصين وفقاً لقواعد التحكيم
- ۶- جميع المسؤوليات العلمية والقضائية للبحوث المنشورة في المجلة على مؤلفيها
- ۷- البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها

27. Sayı Hakemleri

Abdullah ÇOLAK (Doç.Dr.) | Abdullah DURMUŞ (Yrd.Doç.Dr.) | Abdullah KAHRAMAN (Prof.Dr.) | Ahmet AYDIN (Niğde Ün.) (Yrd.Doç.Dr.) | Ahmet İNANIR (Yrd.Doç.Dr.) | Ali BAKKAL (Prof.Dr.) | Ali ÖGE (Yrd.Doç.Dr.) | Ali YÜKSEK (Yrd.Doç.Dr.) | Bayram DEMİR (Yrd.Doç.Dr.) | Beşir GÖZÜBENLİ (Prof.Dr.) | Bünyamin ÇALIK (Yrd.Doç.Dr.) | Davut YAYLALI (Prof.Dr.) | Halil İbrahim ACAR (Prof.Dr.) | Haluk SONGUR (Prof.Dr.) | Hasan ÖZER (Dr.) | Hüseyin KAYAPINAR (Dr.) | İlhan BİLGÜ | İsmail BİLGİLİ (Yrd.Doç.Dr.) | Kemal YILDIZ (Prof. Dr.) | M. Fatih TURAN (Yrd.Doç.Dr.) | M. Rahmi TELKENAROĞLU (Doç.Dr.) | Mehmet BAHÇEKAPILI (Doç. Dr.) | Mehmet DİRİK (Yrd.Doç.Dr.) | Menderes GÜRKAN (Yrd.Doç.Dr.) | Metin YİĞİT (Yrd.Doç.Dr.) | Murat ŞİMŞEK (Doç.Dr.) | Mustafa AVCI (Prof.Dr.) | Necmeddin GÜNEY (Yrd.Doç.Dr.) | Necmettin KIZILKAYA (Doç. Dr.) | Nihat DALGIN (Prof.Dr.) | Orhan ÇEKER (Prof.Dr.) | Osman BAYDER (Yrd.Doç.Dr.) | Osman ŞAHİN (Doç.Dr.) | Ousama al-HAMWİ (Prof.Dr.) | Ömer MENEKŞE (Dr.) | Recep CİCİ (Prof.Dr.) | Saffet KÖSE (Prof. Dr.) | Sahip BEROJE (Prof.Dr.) | Salih KUMAŞ (Yrd.Doç.Dr.) | Savaş KOCABAŞ (Doç.Dr.) | Servet BAYINDIR (Prof.Dr.) | Soner DUMAN (Doç.Dr.) | Şevket TOPAL (Prof.Dr.) | Taha NAS (Yrd.Doç.Dr.) | Veddi AKYÜZ (Prof. Dr.) | Zeki KOÇAK (Dr.)

Adres / Address / العنوان :

Musalla Bağları Sarnıç Sk. No: 2 - Selçuklu / KONYA

Tel: 0332 236 14 60

Fax: 0332 236 14 65

www.mehir.org

Mehir Vakfı Türkiye Gönüllü Teşekküllüler Vakfı ve IDSB üyesidir

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Editör'den	7-8
Kemalpaşazâde'nin Risâle fî'ş-shahsi'l-insânî Adlı Eserindeki Bazı Görüşlerinin Değerlendirilmesi <i>The Evaluation on Some of Kemal Pasha-Zade's Views in Risâle fî'ş-shahsi'l-insani</i> Prof. Dr. Ferhat KOCA	9-55
Dini ve Dini Temsil Eden Kaynakları Tanımlayıcı Bir Yöntem Olarak Sahâbe İcmâi <i>İjma of the Companions as a Method Identifying the Religion and the Sources Representing the Religion</i> Prof. Dr. Talip TÜRÇAN	57-67
Sünnet'in Kaynak Değeri Üzerine <i>On The Legal Value of Sunnah</i> Yrd. Doç. Dr. Recep ÇETİNTAŞ	69-87
Hanefî Hukuk Düşüncesinde Hukukî Sorumluluğa Etkisi Bakımından Hükümün Şarta İzafesi Sorunu <i>In Hanafî Legal Thought the Attributing Issue of Provision to Condition in Terms of Its Effect on Legal Responsibility</i> Yrd. Doç. Dr. Ünal YERLİKAYA	89-109
Kıyasın İslâm Ceza Hukukunda Kullanım İmkânı مكانة القياس في القانون الجنائي الإسلامي Yrd. Doç. Dr. Mehmet DİRİK	111-145
İslâm Hukukunda Alzheimer Hastalığının Edâ Ehliyeti Üzerindeki Etkileri <i>Impact of Alzheimer's Disease on Capacity for Execution (Ahliyyah al-Ada) in Islamic Law</i> Dr. Ömer MENEKŞE	147-181
İctihad ve Fetva Faaliyetlerinde Olası Sonuçların Dikkate Alınması (İ'tibârü'l-meâlât) <i>Considering Possible Results in İjtihad and Fatwa Activities</i> Yrd. Doç. Dr. Mehmet Selim ASLAN	183-218
القواعد الأصولية اللغوية عند الإمام السرخسي <i>İmam Serahsî'de Dil Metodolojisi Kuralları</i> د. شامل الشاهين	219-255
Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey' Bi'l-vefânın İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi <i>The Evaluation of Bay' Al-Wafa Used As a Financial Way from the Perspective of Islamic Law</i> Arş. Gör. Kamil YELEK	257-286
"İhmalî Suç" Kavramı ve İslâm Hukukuna Göre İhmal Suretiyle İşlenen Kasten Adam Öldürme Suçu <i>The Concept of "Omission Crimes" and Willful Murder That Committed by Negligence According to Islamic law</i> Doç. Dr. M. Rahmi TELKENAROĞLU	287-330
İslâm Hukukunda Mahkûmun Hakları ve Mahkûma Yapılacak Muamele <i>Prisoner Rights and Prisoner Shall Be Made in Islamic Law</i> Dr. M. Zeki UYANIK	331-391
İslâm Hukukunda Hapis Hakkı (Hakku'l-Haps) Kavramı <i>The Concept of Sales Incarceration (hakku'l-haps) in Islamic Law</i> Arş. Gör. Dr. Recep ÖZDEMİR	393-420

Hanefilerin Kinâyeli Sözlerle Yapılan Boşamaları Bâin Talâk Sayması Üzerine Bir Analiz <i>An Analysis of Hanefies' Acceptance of the Actual Divorces with Allusive Divorce Words as Irreversible Divorce</i> Yrd. Doç. Dr. M. Fatih TURAN.....	421-442
Fıkıh'ta Totolojik Bir Mesele: el-Mes'elletü's-Süreyciyye مسألة دورية في الفقه : المسألة السريجية Arş. Gör. Davut EŞİT	443-455
Kadının İddet Bekleme Yeri ve İddet Esnasında Evden Çıkmasının Hükümü <i>The Place of Iddah and To Go Out Of the House During the Iddah</i> Yrd. Doç. Dr. Ali KUMAŞ.....	457-478
Yatsı Namazının Son Vaktine Dair Görüşün Hanefi Mezhebindeki Evrimi ve Temelleri <i>Fundamentals and Evolution of the Opinion About End of Isha Prayer Time in Hanafi Sect</i> Dr. Fatih ORUM	479-520
İslam Akit Sistematiği: Kâsânî Örneği <i>Systematic of the Islamic Act: Sample of Kâsânî</i> Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÜNEŞ	521-551
Osmanlı'da İlmihal Geleneği: Kadızâde Mehmed Efendi (1045/1635) ve "Risâle-i Kadızâde" Adlı Çalışması <i>Catechism (Ilmihal) Tradition in the Ottoman Period: Lord Kadızâde Mehmed (1045/1635) and His Pamphlet Titled "Risâle-i Kadızâde"</i> Yrd. Doç. Dr. Mehmet ÖZKAN.....	553-574
Bir Fıkıh Klasığı Olarak Ahteri'nin "Câmi'u'l-Mesâil" Adlı Eseri <i>A Classical Book/Codex For Islamic Law: Ahteri's Câmiu'l-Mesâil</i> Yrd. Doç. Dr. Mustafa KELEBEK.....	575-591
Fıkıh İstilahları Yazımına Dair Bazı Değıniler ve On Sekizinci Yüzyılın Sonlarından Müellifi Meçhul Bir Fıkıh Lüğatçesi بعض المعلومات حول تاريخ كتابة المصطلحات الفقهية ونشر مخطوطة مجهولة المؤلف ألفت أواخر القرن الثامن عشر الميلادي في المصطلحات الفقهية Arş. Gör. Dr. Nail OKUYUCU	593-635
– الصحة الإنجابية في الشريعة الإسلامية – دراسة تحليلية <i>İslam Hukukunda Üreme Sağlığı Üzerine Analitik Bir Çalışma</i> Yrd. Doç. Dr. Abdullah TIRABZON	637-659
Molla Hüseyin Küçük ve "El-Emvâl" Adlı Risalesi <i>Molla Hüseyin Küçük and His Risâla "Al-Amvâl"</i> Yrd. Doç. Dr. Adnan MEMDUHOĞLU.....	661-681
I. ve II. Dünya Savaşı ve Sonrasında Batı'da İslâm Hukuku Çalışmalarının Durumu <i>Development of Islamic Law Studies During and After the 1st and 2nd World War</i> Yrd. Doç. Dr. Mustafa YAYLA	683-690
Ebü Muhammed Tâhir b. Ahmed el-Kazvîni en-Neccâr'ın (575/1179-80) Hallu'l-'aybe an hâli'l-ğaybe Adlı Risalesinin Tahkiki تحقيق رسالة حل العيبة عن حال العيبة لأبي محمد طاهر بن أحمد القزويني النجار Yrd. Doç. Dr. Said Nuri AKGÜNDÜZ.....	691-712
رسالة في التقليد وطلاق المكره لعالم محمد بن حمزة الآديبي الكُورْجِصَارِي تحقيق وتحليل <i>Âlim Muhammed b. Hamza el-Aydmî el-Güzelhisârî'nin Taklid ve Mükrehin Talâkına Dâir Risalesi Tahkik ve Tahlil</i> Doç. Dr. Abdüsselam ARI.....	713-741
Kitap Tanıtımları Nuri Kahveci, İslam Aile Hukuku Değerlendiren: Yrd. Doç. Dr. Halis DEMİR	743-750
Asım Cüneyd Köksal, Fıkıh Usulünün Mahiyeti ve Gayesi Değerlendiren: Arş. Gör. Mahmut SAMAR	751-756

Editör'den

Dergimizin 27. sayısı sizlerle...

Okuyucularımıza ulaştırmaktan mutluluk duyduğumuz bu sayımız, İslam hukukunun çeşitli alanlarına ait telif makalelerin yanı sıra iki adet edisyon kritik makalesi ile tanıtım yazılarından oluşmaktadır.

27. sayı, Prof. Dr. Ferhat KOCA'nın Kemalpaşazâde'nin bir risalesi ekseninde çeşitli ilim dallarına ait görüşlerini değerlendirdiği makale ile başlamaktadır. Bu makale, Osmanlı ilim geleneğinin bir dönemine neredeyse adını vermiş olan Kemalpaşazâde'yi ve dönemini tanıma açısından oldukça kıymetli bir çalışmadır. Prof. Dr. Talip TÜR-CAN, sahabe icmasının dinin muhafazasındaki fonksiyonlarına ve önemine dikkat çeken tetkikinde özellikle icmanın işlevine dair oldukça ufuk açıcı değerlendirmelerde bulunmaktadır. Üçüncü makalemizin yazarı Yrd. Doç. Dr. Recep ÇETİNTAŞ, Sünnetin kaynak değerini vurguladığı yazısında özellikle geleneksel deliller hiyerarşisi içinde Kitap'tan sonra yer alan Sünnet üzerinde son zamanlarda gelişen spekülâtif gündeme karşı ciddi bir duruş sergilemektedir. Yrd. Doç. Dr. Ünal YERLİKAYA ise, ceza hukuku ile de bağlantılı olarak son derece teknik bir konu olan hükmün şarta izafesi meselesini vukufu ele almaktadır. Beşinci makalenin sahibi Yrd. Doç. Dr. Mehmet DİRİK, ceza hukukunda son derece sınırlı olan kıyasın imkânı üzerine değerlendirmelerde bulunurken; Dr. Ömer MENEKŞE, ehliyet arızaları arasında mütalaa edilebilecek *alzheimer* hastalığının edâ ehliyeti üzerindeki etkilerini irdelemektedir.

Yedinci makalenin müellifi Yrd. Doç. Dr. Mehmet Selim ARSLAN, ifta usulüne dair olan makalesinde müctehid ve müftinin fetva verirken ortaya çıkabilecek sonuçları da gözetmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Akabinde Dr. Şâmil eş-ŞÂHÎN, Hanefî fukahası arasında özel bir yere sahip olan Serahsî'nin dil metodolojisi ile ilgili gözettiği kurallarını incelemekte; Arş. Gör. Kamil YELEK ise, V/XI. yüzyıl Orta Asya Hanefîlerinin geliştirdiği finansman yöntemi olan vefaen satışın İslam hukukundaki yerini tartışmaktadır.

Doç. Dr. M. Rahmi TELKENAROĞLU, görevi yerine getirmemeden kaynaklanan ölümlerde söz konusu olan ihmali suçun İslam hukukundaki dayanakları ve cezai sonuç doğurması bakımından bu suçun mahiyeti konularını işlemektedir. Sonrasında gelen makalede Dr. M. Zeki UYANIK, hapiste bulunan kimselerin hakları ve onlara yapılacak muamelenin şekli konularını ele almıştır. Arş. Gör. Dr. Recep ÖZDEMİR, müşterinin edimini yerine getirmemesi durumunda bâyi' için söz konusu olan mebbî alikoyma hakkını "hakku'l-haps" kavramı ile incelemiştir.

Aile hukukuna dair olan makalelerin ilkinde Yrd. Doç. Dr. M. Fatih TURAN, kinevi lafızla yapılan boşamaların Hanefî mezhebinde bain talak sonucu doğurma-

sı konusunu ele almıştır. Arş. Gör. Davut EŞİT ise, “Fıkıh'ta Totolojik Bir Mesele: el-Mes'ele'tü's-Süreyciyye” başlıklı makalesinde İbn Süreyc tarafından bulunan, içerdiği devir sebebiyle talak konusunda şerî bir hile olarak değerlendirilen bir meselenin hükmünü tartışmıştır. Aile hukuku ile ilgili son makalede Yrd. Doç. Dr. Ali KUMAŞ, iddet bekleyen kadının hakları ve sorumlulukları bağlamında evden çıkmasının hükmünü irdelemiştir.

İbadetler alanındaki tek makalenin yazarı Dr. Fatih ORUM, yatsı namazının nihai vaktine dair görüşün Hanefi mezhebi içerisinde yaşadığı süreci ve temellerini incelemiştir. Muamelat alanındaki bir diğer makalemizin yazarı Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÜNEŞ ise Kâsânî özelinde akitlerin sistematığı konusunu ele almıştır.

Fıkıh literatürüne dair makalelerde sırasıyla Yrd. Doç. Dr. Mehmet ÖZKAN, Osmanlı ilmihal geleneği içerisinde Kadızâde Mehmet Efendi'nin *Risâle-i Kadızâde* adlı ilmihalini; Yrd. Doç. Dr. Mustafa KELEBEK, Ahterî'nin *Câmi'u'l-mesâil*'ini; Arş. Gör. Dr. Nail OKUYUCU, XII/XVIII. yüzyıla ait yazarı bilinmeyen bir fıkıh lügatçesini; Yrd. Doç. Dr. Adnan MEMDUHOĞLU, Molla Hüseyin Küçük'ün *el-Emvâl* adlı risalesini incelemiştir. Yrd. Doç. Dr. Mustafa YAYLA ise yirminci yüzyılda batıdaki İslam hukuku araştırmalarının durumunu siyasi olaylarla da ilişkilendirerek sunmuştur.

İslam Tıp hukuku alanında yazdığı Arapça makale ile sayımıza renk katan Yrd. Doç. Dr. Abdullah TIRABZON, doğum öncesi ve sonrasındaki dönemde kişinin sağlığının korunmasına yönelik İslam dininin koyduğu hükümleri ele almıştır.

Sayımızın son iki makalesi edisyon kritik ve değerlendirme çalışmalarından oluşmaktadır. Yrd. Doç. Dr. Said Nuri AKGÜNDÜZ tarafından tahkiki yapılan Kazvî'nin *Hallu'l-aybe* adlı risalesi bu iki çalışmanın birincisini teşkil ederken; Doç. Dr. Abdüsselam ARI, Güzelhisârî'nin taklidin ve ikrah altındaki kimsenin talakının hukuki durumunu ele alan bir risalesinin edisyon kritiğini yapmıştır.

Dergimizin bu sayısında iki adet kitap tanıtım yazısı bulunmaktadır. Birinci yazı, Yrd. Doç. Dr. Halis DEMİR tarafından yazılmış olup Prof. Dr. Nuri KAHVECİ'nin *İslam Aile Hukuku* adlı eserini incelemektedir. Arş. Gör. Mahmut SAMAR tarafından yazılan ikinci yazıda ise Doç. Dr. Asım Cüneyd KÖKSAL'ın *Fıkıh Usulünün Mahiyeti ve Gayesi* eseri tahlil edilmiştir.

27. sayının okuyucuyla buluşmasında emeği geçen yazar, hakem ve diğer yayım hizmetlerini gerçekleştiren ekibe, bu derginin ayakta kalması için gerekli olan finansal yükü halleden Vakıf Başkanımız Mustafa ÖZDEMİR'e, bu yönde destek veren kuruluşlarımıza teşekkür ederim.

Derginin ilim dünyasına faydalı olması dileğiyle...

Prof. Dr. Saffet KÖSE

KEMALPAŞAZÂDE'NİN RİSÂLE FÎŞ-ŞAHSÎ'L-İNSÂNÎ ADLI ESERİNDEKİ BAZI GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Prof. Dr. Ferhat KOCA**

Özet: Bu makalede Osmanlı şeyhülislamlarından Kemalpaşazâde'nin (İbn Kemal Paşa) (ö. 940/1534) hayatı ve eserleri hakkında kısa bazı bilgiler verildikten sonra, onun insanın yapısı ve şahsiyeti hakkında yazmış olduğu *Risâle fîş-şahsî'l-insânî* adlı eserindeki bazı görüşleri Kalam, Tefsir, Hadis, Tasavvuf, Fıkıh ve Fıkıh Usulü ilimleri açısından değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kemalpaşazâde, Risâle fîş-şahsî'l-insânî, Ruh, Beden, Nefis.

The Evaluation On Some of Kemal Pasha-Zâde's Views In Risâle Fîş-Şahsî'l-İnsânî

Abstract: After providing the brief information on the life of Kemal Pasha-zâde (the son of Kemal Pasha) (d. 940/1534), one of the Shaikh al-Islams in the Ottoman Empire, and his pieces, this article will evaluate the some of Kemal Pasha-zâde's views in one of his books, *Risâle fîş-şahsî'l-insânî*, written about the human structure and personality, in terms of Kalam, the Science of Interpretation (Tafsîr), Hadith, Sufism, Fiqh (Islamic Law) and Islamic Jurisprudence.

Keywords: Kemal Pasha-zâde, *Risâle fîş-şahsî'l-insânî*, Spirit, Body, Self.

I. GİRİŞ YERİNE: KEMALPAŞAZÂDE'NİN (ö. 940/1534) HAYATI VE ESERLERİ

Kemalpaşazâde'nin asıl adı Şemseddin Ahmed'dir. Şemseddin Ahmed'in dedesi Kemal Paşa, 870/1465 yılında Fatih'in (ö. 886/1481) oğlu Şehzâde Bayezid'e (II. Bayezid) (ö. 918/1512) lalalık yapmak üzere atanmış ve bu sebeple "Paşa" unvanını almıştır. Şemseddin Ahmed, büyükbabası Kemal Paşa'ya nispetle Kemalpaşazâde, Kemalpaşaoğlu, İbn Kemal ve İbn Kemal Paşa lakaplarıyla meşhur olmuştur. Biz bu makalede "Kemal Paşa'nın oğlu" manasına gelen Osmanlıca "Kemalpaşazâde" ve Arapça "İbn Kemal Paşa" lakaplarını kullanacağız.

* Bu makalenin hazırlanması sürecinde bazı kaynakların temini konusunda yardımlarını esirgemeyen Necmeddin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi sayın Prof. Dr. Seyyid Bahçıvan, 29 Mayıs Üniversitesi Uluslar arası İslam ve Din Bilimleri Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Mustafa Altundağ, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Ömer Mahir Alper, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Halil İbrahim Şimşek, Yard. Doç. Dr. Harun Bekiroğlu, Arş. Gör. Osman Aydın ve Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Öğretim Üyesi Yard. Doç. Dr. Mehmet Kaya Beylere bu lütfkâr davranışlarından dolayı derin saygı ve şükranlarımı sunarım.

** Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi, ferhatkoca@yahoo.com

Bazı kaynaklar Şemseddin Ahmed'in 3 Zilkade 873'te (15 Mayıs 1469) Tokat'ta, bazıları ise Edirne'de doğduğunu belirtir. Önce Kur'an-ı Kerim'i ezberleyen Şemseddin Ahmed daha sonra Amasya ulemasından Arap dili ve edebiyatı, mantık ve Farsça öğrenmiştir.

Edirne'de Molla Lutfî'den (ö. 900/1495) dersler alan Şemseddin Ahmed daha sonra Kesteli Muslihuddin Mustafa (ö. 901/1495), Hatibzâde Muhyiddin Efendi (ö. 901/1495), Muarrifzâde Sinâneddin Yusuf ve Müeyyedzâde Abdurrahman Efendi (ö. 922/1516) gibi âlimlerden okuyarak tahsilini tamamlamıştır.

Edirne'deki Ali Bey (Taşlık), Halebîye, Üç Şerefeli ve Sultan Bayezid medreselerinde, Üsküp'teki İshak Paşa Medresesi ve İstanbul'daki Sahn-ı Semân'da müderrislik yapan Kemalpaşazâde 921'de (1515) Edirne kadılığına, 14 Şaban 922'de (12 Eylül 1516) Anadolu kazaskerliğine atanmıştır.

İbn Kemal Paşa, Zenbilli Ali Efendi'nin ölümü üzerine, Şaban 932'de (Mayıs 1526) şeyhülislâmlığa atanmış ve bu görevde iken 2 Şevval 940 (16 Nisan 1534) tarihinde vefat etmiştir.

Kemalpaşazâde İslam düşüncesiyle ilgili konularda hocası Tokatlı Molla Lutfî (ö. 900/1495) - Molla Fenârî (ö. 834/1431) - Kutbüddin İznîkî (ö. 821/1418) - Dâvûd-ı Kayserî (ö. 751/1350) - Abdürrezzâk el-Kâşânî (ö. 736/1335) ve Sadreddin Konevî (ö. 673/1274) kanalıyla Muhyiddin İbnü'l-Arabî (ö. 638/1240) ekolünden etkilenmiştir.

Kemalpaşazâde, Osmanlı uleması arasında ilmî gücünden dolayı "el-muallimü'l-evvel" unvanıyla anılmış; talebesi Ebüssuûd Efendi (ö. 982/1574) ise "el-muallimü's-sâni" kabul edilmiştir. İbn Kemal Paşa ilmî derinliği ve genişliği, muhakeme ve münazara kudreti, şer'î meseleleri çözme konusundaki kabiliyeti sebebiyle "müftî's-sakaleyn" (insanların ve cinlerin müftüsü) lakabıyla anılmıştır.

Kemalpaşazâde İslam felsefesi, Kelam, Tefsir, Hadis, Fıkıh, Fıkıh usulü, Tasavvuf, Dil, Tarih, Edebiyat ve Tıp gibi değişik alanlarda Arapça, Farsça ve Türkçe olmak üzere pek çok eser yazmış velûd (üretken) bir yazardır. Onun eserlerinin toplam sayısı hakkında Ali Emîri 200, Brockelmann 179, Nihal Atsız 209, İsmet Parmaksızoğlu 300'den fazla, Şamil Öçal ise 226 rakamını vermektedir.¹

1 Kemalpaşazâde'nin hayatı ve eserleri hakkında bk. Ahmed b. Mustafa Taşköprizâde, *eş-Şekâiku'n-nu'mâniyye fi ulemâ'ül-devleti'l-Osmâniyye* (nşr. Ahmed Subhi Fırat), İstanbul 1405/1985, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, s. 377-379; Mecdi Mehmed Efendi, *Hadâiku's-Şekâik* (nşr. Abdülkadir Özcan), İstanbul 1989, Çağrı Yayınları, s. 381-385; Hoca Sadettin Efendi, *Tacî'ü't-tevarih* (nşr. İsmet Parmaksızoğlu), Ankara 1999, Kültür Bakanlığı Yayınları, IV, 136-138, 141, 329, 365; V, 163; Takıyyüddin b. Abdilkâdir et-Temîmî, *et-Tabakâtü's-seniyye fi terâcimi'l-Hanefiyye* (nşr. Abdülfettah Muhammed Hulv), Riyad 1403/1983, Dâru'r-Rifâi, I, 355-357; Kâtib Çelebi, Hacı Halife Mustafa b. Abdullah, *Keşfü'z-zunûn an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn* (nşr. Şerefeddin Yaltkaya), Ankara 1941, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, II, 1933; İsmail Paşa el-Bağdâdî, *Hediyyetü'l-arifin esmâ'ül-müellifin ve asârü'l-Müsânnifin*, I (nşr. Kilisli Rifat - İbnülemin Mahmud Kemal); İstanbul 1951-55, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, I, 141; Ayvan-

Kemalpaşazâde'nin eserlerinden biri de insanın genel yapısı hakkında kaleme almış olduğu *Risâle fî'ş-Şahsî'l-İnsânî* adlı eserdir. Bu risâleyi Ahmed Cevdet, *Resâilü İbn Kemâl* isimli eserde dokuzuncu risâle olarak neşretmiştir.² Adı geçen risâle Osmanlılar döneminde Türkçeye çevrildiği gibi³, Cumhuriyet döneminde de hakkında çeşitli çalışmalar⁴ yapılmıştır.

Biz şimdi burada söz konusu risâlenin içeriğini kısa bir şekilde özetlemeye, daha sonra da çeşitli İslâmî ilimler açısından değerlendirmeye çalışacağız.

saraylı Hafız Hüseyin, *Hadikatü'l-cevâmî* (nşr. İhsan Erzi), İstanbul 1987, Tercüman Yayınları, I, 180; Muhammed Abdülhay b. Muhammed el-Leknevi, *el-Fevâidü'l-behiyye fî terâcimî'l-Hanefiyye*, Beyrut 1418/1998, Şirketi Dâri'l-Erkam, s. 42-44; Bursalı Mehmed Tahir, *Osmanlı Müellifleri*, İstanbul 1333, Matbaa-i Âmire, I, 223-224; Ömer Rıza Kehhâle, *Mu'cemül-müellifin: Terâcimü Mûsânnifi'l-kütübî'l-Arabiyye*, Beyrut 1414/1993, Müessesetü'r-Risâle, I, 148; Ahmed Refik Bey, "Şeyhülislam Ve Müftülenâmlar", *İlmiyye Salnâmesi, Dâri'l-Hilâfeti'l-Âliyye* 1334/1916, Matbaa-i Âmire, s. 346-354; Carl Brockelmann, *Geschichte der Arabischen Litterature (GAL)*, Lieden 1943-49, II, 449-453; İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, Ankara ts., Türk Tarih Kurumu Yayınları, VII. Baskı, II, 668-671; M. Tayıb Gökbilgin, *XV-XVI. Asırlarda Edirne ve Paşa Livası*, İstanbul 1952, Üçler Basımevi, s. 19, 22-23, 272, 332-333, 479, 524; V. L. Ménage, "An Autograph of Kemalpaşazâde's Tevarikh-i Âl-i Othman, Book VII", *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, XXIII (London 1960), s. 250-264; a.mlf., "Kemâl Paşazâde", *El²* (İng.), IV, 879-881; Abdülkadir Altunsoy, *Osmanlı Şeyhülislamları*, Ankara 1972, Ayyıldız Matbaası s. 69; Franz Babinger, *Osmanlı Tarih Yazarları ve Eserleri* (trc. Coşkun Üçok), Ankara 1982, Kültür ve Turizm Bakanlığı, s. 68-71; R. C. Repp, *The Müfti of Istanbul*, Oxford 1986, s. 224-239; Ahmet Uğur, *İbn-i Kemal*, İzmir 1987; a.mlf., "Dresden'de Kemal Paşazâde'ye Atfedilen Yazma Eserler", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm İlimleri Enstitüsü Dergisi*, sy. 3, Ankara 1977, s. 315-343; a.mlf., "Kemal Paşazâde'nin VIII. Defteri", *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 3, Kayseri 1986, s. 89-110; a.mlf., "Kemal Paşazâde'nin VIII. Defteri", *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, sy. 3, Kayseri 1989, s. 197-208; Ahmed Refik [Altunay], "Osmanlı Şeyhülislamlarının Terâcim-i Ahvâli: İbn-i Kemal Ahmed Şemsüddin Efendi", *Diyanet İlmî Dergi [Diyanet İşleri Başkanlığı Dergisi]*, 1964, c. III, sy. 5, s. 154; Mahmut Kaya, "İbn Kemâl'in Düşünce Tarihimizdeki Yeri ve Varlık Anlayışı", *Türk Tarihinde ve Türk Kültüründe Tokat Sempozyumu 2-6 Temmuz 1986*, Gelişim Matbaası, Ankara 1987, s. 223-229; Mustafa Fayda, "İbn Kemâl'in Hayatı ve Eserleri", *Şeyhülislam İbn Kemal Sempozyumu* (nşr. S. Hayri Bolay ve diğ.), Ankara 1989, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 47-53; Seyyid Bahçivan, *İbn Kemâl Paşa Ve Arâuhü'l-İ'tikâdiyye*, Mekke 1414/1993 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), (Câmiatü Ömmü'l-Kurâ), s. 39-224; M. A. Yekta Saraç, *Şeyhülislam Kemal Paşazade: Hayatı, Şahsiyeti, Eserleri ve Bazı Şiirleri*, İstanbul 1995; Sayın Dalkıran, *İbn Kemal ve Düşünce Tarihimiz*, İstanbul 1997, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, s. 39-68; Kemal Sözen, *İbn Kemal'de Metafizik*, Fakülte Kitabevi, Isparta 2001; Mustafa Kılıç, "İbni Kemal Paşa (H. 873-940/M. 1468-69-1534)", *Tarihi, Kültürü ve Sanatıyla VI. Eyüpsultan Sempozyumu: Tebliğler (10-12 Mayıs 2002)*, İstanbul 2003, s. 152-157; Ahmet İnanır, *İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslam Hukuku*, İstanbul 2008 (Yayımlanmamış Doktora Tezi) (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), s. 12-34; Ali Öge, *Şeyhu'l-İslam İbn Kemal ve Sünnilik Anlayışı*, Konya 2011, Hüner Yayınevi, s. 62-109; a.mlf., "Tokatlı Alim İbn Kemal'in Osmanlı İlim Dünyasındaki Yeri", *Gaziosmanpaşa Üniversitesi Tokat Sempozyumu 01-03 Kasım 2012 Tokat Bildiriler*, 2013, c. III, s. 349-368; Şamil Öçal, *Kemal Paşazâde'nin Felsefi ve Kelâmî Görüşleri*, Ankara 2000, s. 18-24; a.mlf., *Kışladan Medreseye : Osmanlı Bilgini Kemalpaşazâde'nin Düşünce Dünyası*, İstanbul 2013, İz Yayıncılık; İsmet Parmaksızoğlu, "Kemâl Paşa-zâde", *İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1977, Milli Eğitim Basımevi, VI, 561-566; Şerafettin Turan, "Kemalpaşazâde", *Diyanet İslam Ansiklopedisi (DİA)*, Ankara 2002, XXV, 238-240.

2 İbn Kemal Paşa, *Resâil-i İbn Kemal* (nşr. Ahmed Cevdet), İstanbul 1316, İkdâm Matbaası, I, 97-101.

3 Kemalpaşazâde'nin *Risâle fî'ş-Şahsî'l-İnsânî* adlı risâlesi Osmanlılar döneminde iki defa tercüme edilmiştir. Bunlardan birincisi, mütercimi ve tercüme tarihi bilinmeyen *Risâle-i Tahkik-i Şahs-ı İnsânî* (İstanbul Büyükşehir Belediyesi, Atatürk Kitaplığı, OE_Yz_0699/11, vr. 124a-126b; *Şahs-ı İnsân Tahkiki*, Milli Kütüphane, Yz. A 2196/8, vr. 73b-77b); ikincisi ise, *Şahs-ı İnsânî Risâlesi'dir* (trc. Manastırlı el-Hâc Hafız Dâvid Paşa), (*Din-i İslam Hediyesi içerisinde*), İzmir 1326-1328, Köylü Matbaası, s. 12-18. Bu iki Osmanlıca tercüme "Kemalpaşazâde'nin (ö. 940/1534) *Risâle Fî'ş-Şahsî'l-İnsânî* Adlı Eseri Ve Osmanlıca Tercümeleri" isimli makalemizde neşre hazırlanmıştır.

4 *Risâle fî'ş-Şahsî'l-İnsânî* hakkında Cumhuriyet döneminde yapılan çalışmalar için bk. Meral Yapıcı, *İbn Kemal Paşasının Hayatı Ve Eserleri Ve İnsan Şahsiyeti Hakkındaki Risalesinin Tercümesi*, Ankara 1987 (Basılmamış Lisans Tezi); Emrullah Yüksel, "Risâle fi tahkiki'r-rüh li-Mevlânâ Kemal Paşazâde", *Şeyhülislam İbn Kemal Sempozyumu* (nşr. S. Hayri Bolay ve diğ.), Ankara 1989, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 214-217; Musa Koçar, "İbn Kemal'in Risâle fi Beyânî'n-Nefs ve'r-Ruh ve'l-Beden Adlı Eseri", *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2003/1, sy. 10, s. 1-23; Kemalpaşazâde, "İnsanın Varlık Yapısına Dair" (trc. Ömer Mahir Alper), *Osmanlı Felsefesi: Seçme Metinler*, İstanbul 2015, Klasik Yayınları, s. 211-215.

II. KEMALPAŞAZÂDE’NİN *RİSÂLE FİŞ-ŞAHSİ’L-İNSÂNÎ*’DEKİ GÖRÜŞLERİ

Kemalpaşazâde yaklaşık dört sayfa tutan *Risâle fiş-şahsî’l-insânî* adlı eserinde insani şahsın dış yapısı bakımından zulmânî (karanlığa ait), eksik, ama bir yönden de kâmil, büyüyüp gelişen ve fakat aynı zamanda çözünen bir ceset olduğunu; latîf bânîni yani içyapısı itibariyle ise nûrânî, suyun güle ve ateşin kömüre nüfuz etmesi gibi duyulur yapıya (heykele/bedene) nüfuz edici, kâmil, yok olmaya kabil olmayan, akıl ve anlayış gibi kemal sıfatlarının taşıyıcısı bir cisim olduğunu söyler. Yine ona göre insanî şahıs, yüce “sır”rını bakımından yani kalbe yerleşmiş latife olarak müşahedenin mahalli olması açısından Rabbânî bir lütuftur.

Bu durumda Kemalpaşazâde’ye göre insanî şahıs cesed-i zulmânî (bu yönüyle hayvan, canlı), cism-i nûrânî (bu yönüyle melek, ruh) ve sırrı-ı şerîf-i rabbânî (bu yönüyle nefis, insan) olmak üzere üç unsurdan meydana gelmiştir. Kemapaşazâde bu unsurları şöyle anlatır:

“Sen kesîf cesedinle canlısın/hayvansın. (Bir canlı/hayvan olarak) senin mazharın hareket âleminin zahiri yani mülk âlemi diye adlandırılan hissî mazharıdır. Sen latîf cismine de meleksin; (bir melek olarak) mazharın da hareket âleminin batını yani melekût âlemi diye isimlendirilen hayalin mazharıdır. Oluş ve bozuluş âleminin kirlerinden arınmış (arınık, temiz) cevherinle de insansın; (bir insan olarak) mazharın ise sükûn âlemi yani ceberût âlemi diye adlandırılan aklın mazharıdır. Böylece kesif cesedin, şu duyulur yapı ve görünüşüdür (el-heykelü’l-mahsûs). Latîf cismine de ölüm meleğinin kabzettiği ruhundur. Temiz (arınık) cevherin ise, dünyadan ayrılacağı zaman Yüce Allah’ın vefat ettirdiği mücerret nefisidir.”⁵

Kemalpaşazâde, insanın gözle görülen bedeninin sürekli eriyip çözülürken veya değişikliğe uğrarken onun latîf ve nûrânî cüzlerinin değişikliğe uğramayacağını anlatır ve bu sebeple de bedene bir fesat arız olduğunda o nûrânî latîf cisimlerin fani cesetten ayrılarak saidler (mutlular) zümresinden ise göklere, kutsî ve temiz âleme; şakiler (mutsuzlar) zümresinden ise cehenneme ve afet âlemine gideceklerini söyler.

İbn Kemal Paşa’ya göre bedenin parçaları yok olur, ancak gerçek insanı teşkil eden manevî varlığı (ruh) yok olmaz. Ayrıca, insanın bu gerçek yönünün mücerret (soyut) olması gerekmez, o latîf bir “cisim” de olabilir. İbn Kemal Paşa bu noktada Mîrâc örneğini vererek ruhun hakikatinin anlaşılmasıyla, “cismânî mîrâc”ın sırrının ve Hz. Aişe’nin “Muhammed’in (s.a.v.) cismi Mîrâc gecesinde kaybolmadı, fakat o ruhuyla çıktı” sözünün manasının açığa çıkacağını ileri sürer.

Kemalpaşazâde Ehl-i sünnete göre, ruhun latîf bir cisim olduğunu, başlangıcı (evveli) olduğunu, ancak sonunun bulunmadığını (sonsuz olduğu), aynı zaman-

5 Kemalpaşazâde’nin *Risâle fiş-şahsî’l-insânî*’sinden aynen tercüme edilen bu sözleriyle birlikte yaklaşık risâlenin tam bir sayfası, onun bir diğer risâlesi olan *el-Ferâid*’de aynen geçmektedir. Bk. İbn Kemâl Paşa, *Risâletü’l-Ferâid (Resâil-i İbn Kemal* içerisinde), II, 273-274.

da tenasühün de İslâm'da olmadığını naklederek ruh konusunun anlaşılmasıyla berzah âleminin sırlarının da anlaşılacağını, böylece orada meydana gelecek olan ruhanî ve cismanî elem ve lezzetlerin, “Kabrın ya cennet bahçelerinden bir bahçe veya cehennem çukurlarından bir çukur olduğunu” ifade eden hadisin daha iyi anlaşılacağını ileri sürer.

İnsânî şahsı meydana getiren üçüncü unsur ise, onun sırrı-ı şerîf-i rabbânî olan nazîf (temiz, arınık) cevheridir. Bu cevher, insanın dünyadan ayrıldığı zaman Allah'ın aldığı mücerret nefsidir. İnsan, bu temiz cevheriyle akıl gücüne sahiptir ve bu yönüyle ceberût âlemiyle ilişkilidir.

Kemalpaşazâde'ye göre, “ruh” denilen cism-i latîf ile “beden” denilen kesif ceset arasında bir latif buhar vardır ve o “ruh” ile “beden” arasındaki alakadan ibarettir. Bu latif buhara felsefede (hikmet) “hayvanî ruh” adı verilir. Söz konusu latif buhar, ruh ile beden arasında “alaka” görevini devam ettirdiği sürece “hayat” denilen Rabbani şule devam eder; ruh ile beden arasında “alaka” olabilme yeteneğini (salahiyet) kaybettiği zaman ise hayat ışığı söner ve o anda ruh bedenden ayrılmak zorunda kalır.

Ruhun bedenden zaruri olarak çıktığı gibi, ihtiyarî (iradî) olarak da çıkabileceğini ve istediği vakit geri yerine dönebileceğini ileri süren İbn Kemal Paşa, tasavvuf ehlinin bu duruma “insilah” dediklerini söyler. Ona göre, ruhun bu ihtiyarî çıkışı sebebiyle latif buhar sönmez, ruh ile beden arasında “alaka olma” salahiyetinden çıkmaz ve bu sebeple de ruh ile beden arasındaki alaka kesilmez. Böylece de “Ölmeden önce ölünüz” hadisinin hikmeti anlaşılabilir olur.

Kemalpaşazâde insan şahsiyetinin bu üç yönüne paralel olarak haşrin de üç mertebesi bulunduğu görüşünü benimsemiştir.

Kamillerden (sûfilerden) birine göre haşır genel (âm), özel (hâs) ve en özel (ehâs) olmak üzere üç türdür.

Haşr-i âm, kıyamet gününde cesetlerin kabirlerinden mahşere çıkmalarıdır.

Haşr-i hâs, uhrevî ruhların hayatlarında seyr ve sülûk ile dünyevî cisimlerinden ruhaniyet âlemine çıkmasıdır.

Haşr-i ehas ise, ruhânî enâniyetten (benlik) Rabbânî hüviyete çıkıştır. Bu makam sevgili peygamberimizin makamıdır. O, bu makamda kendinden geçip Allah ile beraber olur. Hz. Peygamber (s.a.v.) bu durumu, “Benim Yüce Allah ile beraber olduğum öyle bir vakit var ki, benimle birlikte o vakit içine ne mukarreb bir melek ne de mürsel bir nebî sığar” diye ifade etmiştir. İbn Kemal Paşa'ya göre, “Hâmîm” ayet-i kerimesinde işaret edilen sırr-ı vahdet (birlik sırrı) budur. Zira “Ha” ve “Mîm” harfleri, Rahman ve Muhammed'in (s.a.v.) ism-i şerifleri arasındaki müşterek noktalarıdır.

Son olarak Kemalpaşazâde'ye göre, ölüm ihtiyarî ve zarurî olduğu gibi, doğum da ihtiyarî ve zarurî olmak üzere iki çeşittir.

Zarurî doğum, Yüce Allah'ın yaratma ve icadıyla hâsıl olup bunda insanın kesp ve ihtiyarının etkisi yoktur.

İhtiyarî/irâdî doğum ise, insanın kesbiyle meydana gelir. Bu doğumu Hz. İsa aleyhisselam şu sözleriyle ifade eder: “İki defa doğmayan semaların melekûtuna giremez.”⁶

III. KEMALPAŞAZÂDE'NİN GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnsanoğlu kendi bedenini, iç ve dış duyularını, ruhunun mahiyetini, hayal ve akıl gibi melekelerini ve evrendeki konumunu merak etmiş ve bu konularda “İnsan nedir, niçin vardır, nasıl bir varlığa sahiptir, Tanrı ve diğer varlıklarla ilişkisi nedir ve hangi boyutlardadır, ölümden sonra onu nasıl bir akıbet beklemektedir?” şeklinde insana dair pek çok soru sormuştur.

İnsana dair bütün bu sorular doğrudan doğruya “varlık” (ontoloji) anlayışıyla ilgilidir ve genel bir varlık tasavvuruna sahip olmadan bu sorulara kuşatıcı ve bütüncül cevaplar verilmesi mümkün değildir.

İslâm düşüncesinde genel olarak “varlık”, özel olarak ise insan ve insanın duyuları, hayal, idrak ve düşünme etkinlikleri, ruh ve nefsiyle ilgili görüşlerin ilmî bir disiplin içerisinde açıklanmasına yönelik çalışmaların tarihi, İslâm toplumunun felsefeye tanıştığı II. (VIII.) yüzyıla kadar uzanır. Müslümanlar Arapçaya tercüme ettikleri Eflâtun, Aristo, Câlînûs (ö. 200?), İskender Afrodisî (ö. III. Yüzyılın ilk yarısı), İshak b. Huneyn (ö. 298/910) ve Kustâ b. Lûkâ'nın⁷ (ö. 300/912-13) özellikle nefis ve ruh hakkındaki kitaplarıyla, İslâm felsefe geleneğinde “ilmü'n-nefs” (psikoloji) adıyla da anılan bir disiplininin literatürünü oluşturmaya başlamışlardır.⁸

Bu tercüme döneminden sonra İslâm dünyasında özellikle insanın yapısı, ruh ve nefsiyle ilgili konuları bütün boyutlarıyla araştırıp müstakil bir ilmî disiplin halinde temellendiren ise İbn Sînâ (ö. 428/1037) olmuştur. İlmü'n-nefsi, ilimler tasni-

6 İbn Kemal Paşa, *Resâil-i İbn Kemal*, I, 97-101; Kemalpaşazâde, “İnsanın Varlık Yapısına Dair” (trc. Ömer Mahir Alper), *Osmanlı Felsefesi: Seçme Metinler*, İstanbul 2015, Klasik Yayınları, s. 211-215.

7 Hüseyin Aydın, “Kusta b. Luka ve Ruh İle Nefs Arasındaki Ayırım Adlı Kitabı”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1999, c. XL, s. 387-402; el-Yunani, Kusta B. Luka, “Ruh ve Nefs Arasındaki Fark Hakkında” (çev. İbrahim Halil Üçer), *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2009, sy. 37/2, s. 195-208.

8 İslâm düşünce tarihinde ilmü'n-nefsin gelişim süreci ve önemi hk.bk. Marûf Züreyk, *İlmü'n-nefsi'l-İslâmî*, Dimaşk 1408/1989, Dâru'l-Ma'rife; Semih Âtuf ez-Zeyn, *İlmü'n-nefs: Ma'rifetü'n-nefsi'l-insâniyye fi'l-Kitâbi ve's-sünne*, Beyrut 1411/1991, Dâru'l-Kitâbi'l-Lübnânî, I-II; Muhammed Osman Necâtî, *ed-Dirâsâtü'n-nefsâniyye inde'l-ulemâi'l-müslimin*, Kahire 1414/1993, Dâru'ş-Şurûk; a.mlf., *Medhal ilâ ilmi'n-nefsi'l-İslâmî*, Kahire 1422/2001, Dâru'ş-Şurûk; Muhammed Kutub, *Dirâsât fi'n-nefsi'l-insâniyye*, Kahire 1414/1993, Dâru'ş-Şurûk; İbrahim Şevki Abdülhamid ve diğ., *İlmü'n-nefs fi't-türâsi'l-İslâmî*, Kahire 1417/1996, el-Ma'hedü'l-Âlemî li'l-Fikri'l-İslâmî, I-II.

finde tabiat felsefesinin sekizinci alt disiplini olarak belirleyen İbn Sînâ'ya göre, bu ilmin konusu, genel ruh öğretisi yanında, özellikle insan ruhunun bir fonksiyonu olan idrak güçlerini kapsamaktadır.⁹ İbn Sînâ *eş-Şifâ*'nın “et-Tabîyyât” kısmının altıncı disiplini (fen) teşkil eden “Kitâbü'n-Nefs”te tabii âlemin inorganik mertebesindeki madenlerin incelenmesinden organik mertebesindeki bitki, hayvan ve insana geçerken ilmü'n-nefsin araya girmesinin uygun olduğunu düşünmüş; ona göre nebâtî nefis beslenme, büyüme, üreme güçleri; hayvânî nefis duyu güçleri, beyinde gerçekleşen psikolojik güçler ve nihayet insânî nefis kendisine has olan akıl gücüyle psikolojinin konusunu meydana getirmiştir.¹⁰

Kelam ve İslam felsefesi, fıkıh ve tasavvuf gibi alanlarda büyük eserler veren Gazzâlî (ö. 505/1111) ise ruh, kalp ve nefis terimlerinin cismanî açıdan anlamlarını verdikten sonra, bunların insanın bilen ve idrak eden gücü olmak bakımından gayri cismanî nitelik taşıdıklarını vurgulamış ve aklı da “bilgi ve idrakin binefsihî kâim aslı ve mahallî” olarak tarif etmiştir.¹¹

Kelam'da Eş'arî geleneğine mensup olan Fahreddin er-Râzî (ö. 606/1210) *Kitâbü'n-Nefs ve'r-rûh* isimli eserinde psikolojiyi (ilmü'n-nefs) ahlâk ilminin temeli yapmaya çalışmıştır.¹²

Selefi ekolün temsilcilerinden İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350) *er-Rûh* adlı eserinde kabir hayatı, uhrevî müeyyidenin mahiyeti gibi konular yanında, ruh kavramı etrafında yapılan metafizik ve psikoloji tartışmalarını dinî açıdan değerlendirmiştir.¹³

Osmanlı ilim geleneğinde ise insanın nefsi, ruhu ve mahiyetiyle ilgili konular, ilmü'n-nefs adında müstakil bir disiplin olarak araştırılmaktan daha ziyade ontoloji, metafizik, kelâm ilmi ve ahlâk teorileri çerçevesinde ele alınmıştır.¹⁴ Bu bakış açısına sahip eserlerden biri de Osmanlıların yükseliş dönemi âlimlerinden ve Osmanlı düşünce ve felsefe geleneğinin en büyük temsilcilerinden biri olan Kemalpaşazâde'nin insanın yapısı ve şahsiyeti hakkında kaleme aldığı *Risâle fî'ş-şahsî'l-insânî* adlı eserdir.

9 İbn Sînâ, *Fî Aksâmî'l-ulûmî'l-akliyye* (a.mlf., *Tis'u Resâil fi'l-hikmeti ve't-tabîyyât* içinde), Kahire ts., Dâru'l-Arab, II. Baskı, s. 110.

10 İlhan Kutluer, “İlmü'n-Nefs”, *DİA*, XXII, 149. İbn Sînâ'nın nefis hakkındaki görüşleri hk.bk. Fethullah Huleyf, *İbn Sînâ ve Mezhebuhâ fî'n-nefs*, Beyrut 1974, s. 63-128.

11 Gazzâlî, *İhyâu ulûmiddîn*, Kahire ts., Dâru İhyâi'l-Kütübî'l-Arabiyye, III, 3-4. Gazzâlî'nin nefis hakkındaki görüşleri için bk. Abdülkerim el-Osmân, *ed-Dirâsâtü'n-nefsiyye inde'l-müslimin ve'l-Gazzâlî bi-vechin hâss*, Kahire 1401/1981, Mektebetü Vehbe.

12 Fahreddin er-Râzî, *Kitâbü'n-Nefs ve'r-rûh ve şerhu kuvâhümâ* (nşr. Muhammed Sagîr Hasan el-Ma'sûmî), İslamâbâd ts., *Matbûâtü Ma'hedî'l-Ebhâsî'l-İslâmiyye*. Fahreddin er-Râzî'nin nefis hakkındaki görüşleri için bk. Mehmet Türken, “Fahreddin Razi'nin Kitabu'n-Nefs ve'r-Ruh'undaki Ahlak Vurguları”, *Uluslararası 13. Yüzyılda Felsefe Sempozyumu Bildirileri*, 2014, s. 746-753; İbrahim Coşkun, “Fahreddin er-Râzî'ye Göre Nefs(Ruh)'in Mahiyeti ve Ölüm Sonrası Durumu”, *Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2005, c. VII, sy. 2, s. 1-17.

13 İbn Kayyim el-Cevziyye, *er-Rûh fî'l-kelâm alâ ervâhî'l-emvâti ve'l-ahyâi* (nşr. Muhammed İskender Yıldı, Beyrut 1402/1982, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye; a.mlf., *el-Furûku'n-nefsiyye beyne sıfâtî'n-nefsî't-tayyibeti ve'l-habise* (nşr. Ebû Huzeyfe İbrahim b. Muhammed), Tanta ts., Dâru's-Sahâbe.

14 İlhan Kutluer, “İlmü'n-Nefs”, *DİA*, XXII, 150.

Varlık ve insana dair yazmış olduğu pek çok nitelikli eserden dolayı kendisine “Varlık ve insan filozofu” diyebileceğimiz Kemalpaşazâde, bu risâlesinde Osmanlı düşünce ve ilim geleneğinden tevarüs etmiş olduğu başta Felsefe, Kelam ve Tasavvuf olmak üzere pek çok ilmî disiplinin farklı kavram ve önermelerini kullanarak insanın yapısı hakkında bir senteze ulaşmaya çalışmıştır. Biz burada adı geçen risâlede yer alan insanın mahiyeti, varlık yapısı ve ölümden sonraki hayatıyla ilgili görüşlerin ontolojik açıdan değerlendirilmesini bu konuların doğrudan doğruya ilgili olduğu felsefeye havale ederek¹⁵, söz konusu risâlede kullanılan İslâm ilimlerine dair bilgi ve malzemenin kaynaklarını ve bunların birbiriyle uyumlu bir bütün oluşturup oluşturmadıklarını Kelam, Tefsir, Hadis, Tasavvuf, Fıkıh ve Fıkıh Usulü ilimleri açısından değerlendirmeye çalışacağız.

A. KELAM AÇISINDAN

Kelâm ilmi, “Allah’ın zat ve sıfatlarından, nübüvvet konularından, başlangıç ve sonuç itibarıyla kâinatın hallerinden İslâm kanunu üzere bahseden bir ilimdir.”¹⁶ Bu ilmin sistematik ve problematiğinde İslâm düşüncesinin ve Müslüman toplumların yaşadıkları gelişmelere ve karşılaştıkları bazı sorunlara paralel olarak birtakım farklılaşmalar meydana gelmekle beraber, onun ana bölümlerini, yukarıdaki tanımda geçen ulûhiyet (Allah’ın varlığı, birliği, sıfatları, âlemin yaratılışı, Allah-varlık-insan ilişkileri), nübüvvet (peygamberlik, mucize, ilahî kitaplar, haber-i sâdik) ve âhiret (sem’iyyât/haşir, cennet ve cehennem gibi kabir hayatı) şeklinde özetlenen üç temel konu (usûl-i selâse) teşkil eder.¹⁷

Kemalpaşazâde’nin *Risâle fiş-şahsî’l-insânî* adlı eserine Kelam ilmi açısından bakıldığı zaman onda ruh, mi’râc mucizesi, hurûf-ı mukattaa adı verilen müteşâbih lafızlar ve haşir gibi bazı Kelâmî konuların tartışıldığını görürüz. Şimdi bu konulara daha yakından bakmaya çalışalım.¹⁸

15 Kemalpaşazâde’nin varlığa ve insana dair yazmış olduğu bütün eserleri ışığında, varlık ve onun bir parçası olarak insanın mahiyeti, yapısı, varlık mertebeleri içindeki yeri ve ölüm sonrası hayatı hakkındaki görüşlerinin İslam felsefesi açısından yapılmış kıymetli bir değerlendirmesi için bk. Ömer Mahir Alper, *Varlık Ve İnsan: Kemalpaşazade Bağlamında Bir Tasavvurun Yeniden İnşası*, İstanbul 2013, Klasik Yayınları, özellikle s. 109-134.

16 Ömer Nasuhi Bilmen, *Muvazzah İlm-i Kelam*, İstanbul 1972, Bilmen Yayınevi, s. 5.

17 Kelam ilminin konuları hk.bk. Bekir Topaloğlu, *Kelâm İlmi: Giriş*, İstanbul 1993, s. 56-64; Yusuf Şevki Yavuz, “Kelam”, *DİA*, XXV, 196-197; a.mlf., “Usûl-i selâse”, *DİA*, XLII, 212.

18 İbn Kemal Paşa’nın akâid, kelam ve felsefeyle ilgili bazı görüşleri ve bu görüşlerin değerlendirilmesi hk.bk. Mahmut Kaya, “İbn Kemâl’in Düşünce Tarihimizdeki Yeri ve Varlık Anlayışı”, *Türk Tarihinde ve Türk Kültüründe Tokat Sempozyumu 2-6 Temmuz 1986*, Gelişim Matbaası, Ankara 1987, s. 223-229; Ahmet Arslan, “Kemal Paşazâde’nin Felsefî Görüşleri”, *Şeyhülislam İbn Kemal Sempozyumu* (nşr. S. Hayri Bolay ve diğ.), Ankara 1989, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 75-103; M. Sait Yazıcıoğlu, “Kelamcı Olarak İbn Kemâl”, *Şeyhülislam İbn Kemal Sempozyumu*, s. 149-155; M. Naci Bolay, “Mantıkçı Olarak İbn Kemâl”, *Şeyhülislam İbn Kemal Sempozyumu*, s. 209-213; Seyyid Bahcivan, *İbn Kemâl Paşa Ve Ârâuhü’l-İtikâdiyye*, Mekke 1414/1993 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), (Câmiatü Ümmü’l-Kurâ), s. 231-639; Salih Sabri Yavuz, “Kelâmîde Efdaliyyet Meselesi ve İbn Kemal’in ‘Efdaliyyetu Muhammed’ Risalesi”, *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi* [www.dinbilimleri.com], 2005, c. V, sy. 1, s. 147-184; Şamil Öçal, “Mevlana ve Kemalpaşazâde’de Varlık Kavramı ve Işık Sembolü”, *Mevlana Araştırmaları - III*, 2009, s. 125-

1. Ruhun Tanımı ve Mahiyeti

Kemalpaşazâde *Risâle fi'ş-şahsî'l-insânî*'de insanî şahsın beden, ruh ve nefisten meydana geldiğini anlatmıştır. O, insanı ruh-beden bütünlüğü içinde ele almış, bedeninin sorumluluğu ile ruhun ölmezliği prensibini insanda telif etmeye çalışmıştır.¹⁹ Beden ve ruh bütünlüğünü savunan bu görüşün en önemli noktasını ise ruh oluşturmaktadır.

Ruhun mahiyeti, bedenle ilişkisi ve bekası İslam kelâmcıları arasında geniş tartışmalara sebep olmuştur. Ruhun mahiyeti hakkında kelâmcılar tarafından ileri sürülen bazı görüşler şunlardır: 1. Ruhun mahiyetini bilmek mümkün değildir; çünkü ruh gaybî bir konudur. 2. Ruh, bedenine şekline bürünen ve duyuyla algılanamayan madde dışı bir varlıktır. 3. Ruh bedeninin canlı olmasını sağlayan bir arazdır. Onun yansması olan ilim, irade ve hayat gibi nitelikler bedenden bağımsız bir varlığa sahip değildir. 4. İnsan duyuyla algılanan bedenden ibaret olup onda ruh veya nefis diye anılan bir unsur mevcut değildir. 5. Ruh latif, nûrânî ve semavî bir "cisim" olup gül suyunun gülün maddesine yayıldığı gibi bedene yayılmıştır. Ruh madde türünden bir cisim, cevher veya araz değil, tek bir cevherdir; başlı başına vardır, zaman ve mekânla sınırlı değildir, duyuyla algılanamaz. Ruhun latif bir cisim olması, onun duyuyla algılanmasını gerekli kılmaz. Bu son görüşü Muammer b. Abbâd (ö. 215/830), Nazzâm (ö. 231/845), Ebû Ali el-Cübbâî (ö. 303/916), Ebû'l-Hasan el-Eş'arî (ö. 324/935-36), Ebû Mansûr el-Mâtürîdî (ö. 333/944), İbn Sînâ (ö. 428/1037), İmâmül-Haremeyn el-Cüveynî (ö. 478/1085), İbn Hazm (ö. 456/10645), Gazzâlî (ö. 505/1111), Fahreddin er-Râzî (ö. 606/1210) ve İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350) gibi âlimler ile bazı sûfiler ileri sürmüşlerdir.²⁰

İbn Kemal Paşa ruhun mahiyeti ve varlığı konusunda, Ehl-i sünnet kelâmcılarının çoğunluğunun savunduğu ruhun latif, nûrânî ve semavî bir "cisim" olduğu görüşünü benimsemiştir. Ruhun bedenle iç içe olan, ancak ölmeyen, başlangıcı olmakla birlikte sonu bulunmayan bir cisim olduğunu kabul eden Kemalpaşazâde ruhun öldüğünü, son bulduğunu veya bir varlıktan diğerine geçtiğini (tenasüh) ile-

136; a.mlf., "Klasik Çağda Bir Osmanlı Filozofu: Kemal Paşazade", *İslam Felsefesi Tarihi*, 2012, s. 421-444; Ali Öge, *Şeyhu'l-İslam İbn Kemal ve Sünnetlik Anlayışı*, s. 119-285; Ömer Mahir Alper, *Varlık Ve İnsan : Kemalpaşazade Bağlamında Bir Tasavvurun Yeniden İnşası*, İstanbul 2013, Klasik Yayınları; Necmettin Erdem-Pehlivan Engin, "Varlığın ve Yokluğun Ötesi: Kemalpaşazade'nin "Leys ve Eys'in Anlamının İncelenmesine Dair Risale"si", *İslam Araştırmaları Dergisi*, 2012, sy. 27, s. 87-116; Recep Demir, "Şeyhü'l-İslâm İbn Kemal'e Göre Mu'cize ve İcazû'l-Kur'an Meselesi", *Tokat Tarihi ve Kültürü Sempozyumu 25-26 Eylül 2014 Tokat, Bildiriler*, 2015, c. III, s. 137-147.

19 Şerafeddin Gölcük, "Kemal Paşazade'nin İnsan Anlayışı", *Şeyhülislam İbn Kemal Sempozyumu*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları Ankara 1989, s. 144.

20 Ebû'l-Hasan el-Eş'arî, *Makâlâtü'l-İslâmiyyin*, (nşr. Ritter), s. 329, 333-337; Kâdî Abdülcebbar, *el-Mugnî*, XI, 310, 334-344; Fahreddin er-Râzî, *Mefâtihu'l-gayb*, XXI, 43-42; XXX, 177; Şihâbüddin Ebû Hafs Ömer es-Sühreverdî, *Avârişü'l-meâriş* (nşr. Abdülhalim Mahmud - Mahmud b. eş-Şerîf), Kahire ts., Dâru'l-Meâriş, II, 243-247; İbn Kayyim el-Cevziyye, *er-Rûh* (nşr. Muhammed Enis İyâde - M. Fehmî es-Sercânî), Kahire ts. (Mektebetü Nusayr), s. 177-186; Erkan Yar, *Ruh-Beden İlişkisi Açısından İnsanın Bütünlüğü Sorunu*, Ankara 2000, s. 205; Mehmet Dalkılıç, *İslam Mezheplerinde Ruh*, İstanbul 2004, s. 45, 52, 55; Yusuf Şevki Yavuz, "Ruh", *DİA*, XXXV, 190.

ri sürenlerin Ehl-i sünnet'e göre, dini inkâr etmiş (mülhid) olacağını söylemiştir.²¹ Dolayısıyla, İbn Kemal Paşa'nın ruh görüşü, genel olarak Ehl-i sünnet kelimcilerinin ruh görüşleriyle uyum içerisinde bulunmaktadır.

2. Mi'râc Mucizesi

Mi'râc, Hz. Peygamber'in hicretten bir yıl kadar önce (Receb ayının 27. gecesinde), Mescid-i Harâm'dan Mescid-i Aksâ'ya, oradan da göğe yaptığı yolculuk demektir. Bu olay, Mescid-i Harâm'dan Mescid-i Aksâ'ya gidiş ve oradan da yükseklere çıkış şeklinde yorumlandığı için "isrâ ve mi'râc" adıyla anılmıştır. İslamî kaynaklara göre, Resûl-i Ekrem'in bir gece Mescid-i Harâm'dan Mescid-i Aksâ'ya yaptığı yolculuğa isrâ, oradan göklere yükselmesine ise mi'râc adı verilmiştir. Kur'ân-ı Kerîm'de belirtildiğine göre, Yüce Allah kudretinin işaretlerini göstermek için kulu Muhammed'e (s.a.v.) Mescid-i Harâm'dan çevresi mübarek kılınan Mescid-i Aksâ'ya geceleyin bir seyahat yaptırmıştır.²²

İslam âlimleri arasında bu seyahatin (isrâ ve mi'rac) mahiyetine yönelik en önemli tartışma onun bedenlen (cismanî) mi yoksa sadece ruhen mi gerçekleştiği hususunda olmuştur. Kelâm ve hadis âlimlerinin çoğunluğu mi'râcın Hz. Peygamber uyanık bir halde iken ve bedenlen gerçekleştiği görüşünü benimsemiştir.²³

İbn Kemal Paşa *Risâle fiş-şahsî'l-insânî'de*, "İnsanî ruhun hakikatini kavradığın zaman cismânî mi'râcın sırrına da vakıf olursun ve sana Hz. Aişe'nin (r.a.) şu sözü açılır: 'Mi'râc gecesi Muhammed'in -aleyhisselam- cesedi kaybolmadı; fakat o, ruhuyla yükseldi.' Bu hadis, *el-Keşşâfta* bu şekilde zikredilmiştir. Hadisin son kısmının anlamını gözden kaçırarak kişi onun tevilinde zorlanarak şöyle demiştir: Bunun manası şudur: Onun cesedi ruhundan ayrılıp gitmedi; aksine onun cesedi, ruhuyla birlikteydi ve dolayısıyla mi'râc, ruh ve ceset birlikte olduğu halde gerçekleşti" demiştir.²⁴

Mi'râc konusunda Hz. Âişe'den rivayet edilen yukarıdaki sözün sıhhatiyle ilgili bazı değerlendirmeleri biraz aşağıda gelecek olan Hadis konusuna tehir ederek burada Kemalpaşazâde'nin cismânî mi'râc ile ilgili görüşünü ortaya koymaya çalışalım.

21 İbn Kemal Paşa, *Resâil-i İbn Kemal*, I, 99-100.

22 el-İsrâ 17/1.

23 Mi'râc ve onun bedenlen (cismânî) veya ruhen meydana geldiği konusundaki tartışmalar için bk. İbn İshak, *es-Sîre*, s. 275; İbn Hişâm, *es-Sîre*, II, 40-41; Fahreddin er-Râzi, *Mefâtihü'l-gayb*, V, 542; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmî'l-Kur'ân*, X, 208; İbn Kesîr, *el-Bidâye ve'n-nihâye* (nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî), Cize 1417/1997, Dâru Hicr, IV, 281; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, Beyrut 1992, III, 34-42; Teftâzânî, *Şerhu'l-Akâid*, İstanbul 1313, s. 174-175; Mustafa Sabri, *Mevkîfü'l-akl*, Beyrut 1992, IV, 199-208; Muhammed Hamidullah, *İslam Peygamberi* (trc. M. Said Mutlu), İstanbul 1966, I, 92; Mehmet Azimli, "İsra ve Miraç Olayları Üzerine Bazı Mülâhazalar", *Bilimname: Düşünce Platformu*, 2009/1, c. VII, sy. 16, s. 43-58; Yener Öztürk, "Muhtelif Yönleriyle Mi'rac Mucizesi", *Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2014, c. XVI, sy. 2, s. 89-130; Salih Sabri Yavuz, "Mi'râc", *DİA*, XXX, 132-135.

24 İbn Kemâl, *Resâil-i İbn Kemâl*, I, 99.

İbn Kemal Paşa hakkında araştırma yapan Mahmut Kaya²⁵, Kemal Sözen²⁶, Şamil Öçal²⁷, Musa Koçar²⁸ ve Ömer Mahir Alper²⁹ gibi araştırmacılar onun yukarıdaki ifadelerinden hareketle, mi'râcın sadece ruhen gerçekleştiğini kabul ettiğini söylemişlerdir. Şerafeddin Gölcük³⁰, Emrullah Yüksel³¹ ve Ali Öge³² gibi bazı araştırmacılar ise, Hz. Âişe'nin sözünü, "Onun cesedi ruhundan kaybolmadı (ayrılmadı), bedeni ruhuyla birlikte idi" şeklinde anlayarak Kemalpaşazâde'nin mi'râcın ruh ve beden bütünlüğü içerisinde vuku bulduğu görüşünde olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Kemalpaşazâde'nin ruh ve cismânî mi'râcla ilgili görüşlerini tespit edebilmek için bu konuyla ilgili onun diğer eserlerinde geçen görüşlerini de dikkate almak ve böylece parçaları birleştirmek daha doğru sonuçlara ulaşmamıza yardımcı olabilir. Mesela, Kemalpaşazâde'nin *Risâle fi'ş-şahsî'l-insânî*'sinde geçen ruh ve cismânî mi'râcla ilgili yaklaşık birbuçuk sayfa metin, *el-Ferâid* adlı risâlesinde de aynen yer almıştır.³³ Adı geçen bu iki risâlenin yazılış tarihlerini tespit etmek ne yazık ki mümkün olamamıştır. Ancak, *el-Ferâid*'de ruhun tanımıyla ilgili -*Risâle fi'ş-şahsî'l-insânî*'de de bulunan- yaklaşık bir sayfalık görüşler aynen verilip konu bitirildikten sonra, "tetimme" (tamamlama, ilave, ek) başlığı altında cismânî mi'râcla ilgili görüşlere yer verilmiş ve konu *Risâle fi'ş-şahsî'l-insânî*'ye göre biraz daha açık bir şekilde anlatılmıştır. Kemalpaşazâde burada şöyle demiştir:

"(İnsânî ruhun hakikatini öğrendiğin zaman cismânî mi'râcın sırrına vâkıf olursun.) Yani -cismânî mi'râcın- kesif ceset ve duyulur heykelle -el-heykelül-mahsûs- olması gerekmediğini bilirsin. (Ve Âişe radiyallahu anhâ'nın 'Muhammed'in -aleyhisselam- cesedi mirac gecesi kaybolmadı ve fakat o ruhuyla yükseldi' sözü sana açıılır.) Hadis *el-Keşşâfta* bu şekilde zikredilmiştir. (Onun sonundan gafil olan) yani Hz. Âişe'nin 've fakat o ruhuyla yükseldi' sözünden gafil olan faziletli Sadeddin -et-Teftâzânî- (onun tevilinde zorlandı), *Şerhu'l-Akâid*'de³⁴ (şöyle dedi: Hadisin manası; onun cesedi ruhundan ayrılmayı gitmedi; aksine onun cesedi, ruhuyla birlikteydi ve dolayısıyla mi'râc, ruh ve ceset birlikte olduğu halde gerçekleşti demektir.) Hâlbuki hadisin sonunda söylenen sözün böyle bir teville ihtimalinin bulunmadığı hususunda bir kapalılık yoktur."³⁵

25 Mahmut Kaya, "İbn Kemal'in Düşünce Tarihimizdeki Yeri ve Varlık Anlayışı", s. 229.

26 Kemal Sözen, *İbn Kemal'de Metafizik*, Fakülte Kitabevi, Isparta 2001, s. 260-261.

27 Şamil Öçal, *Kemâl Paşazâde'nin Felsefi ve Kelâmî Görüşleri*, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara 2000, s. 421.

28 Musa Koçar, "İbn Kemal'in Risâle fi Beyân'ın-Nefs ve'r-Ruh ve'l-Beden Adlı Eseri", s. 5.

29 Ömer Mahir Alper, *Varlık Ve İnsan*, İstanbul 2013, Klasik Yayınları, s. 128.

30 Şerafeddin Gölcük, "Kemal Paşazâde'nin İnsan Anlayışı", *Şeyhülislam İbn Kemal Sempozyumu*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları Ankara 1989, s. 144.

31 Emrullah Yüksel, "Risâle fi tahkiki'r-Rûh li Mevlânâ Kemal Paşazâde", *Şeyhülislam İbn Kemal Sempozyumu*, s. 215.

32 Ali Öge, *Şerhu'l-İslam İbn Kemal ve Sünnilik Anlayışı*, Konya 2011, Hüner Yayınevi, s. 266.

33 İbn Kemal Paşa, *Risâletü'l-Ferâid* (Resâil-i İbn Kemal içerisinde), II, 273-275.

34 Sadeddin et-Teftâzânî, *Şerhu'l-Akâid* (Şerhu Ramazan Efendi alâ Şerhi'l-Akâid içerisinde), Dersaadet 1320, Şirket-i Sahâfiye-i Osmâniyye Matbaası, s. 288-289.

35 İbn Kemal Paşa, *Risâletü'l-Ferâid* (Resâil-i İbn Kemal içerisinde), II, 274-275.

Kemalpaşazâde bu eserlerinden şayet *Risâle fiş-şahsî'l-insânî*'yi önce yazmış ise, orada kullandığı “Hadisin son kısmının anlamını gözden kaçırın kişi” ifade- siyle Sadeddin et-Teftâzânî'yi (ö. 792/1390) kastettiğini *el-Ferâid*'de açıklamış ol- maktadır; şayet *el-Ferâid*'i önce yazmış ise, bu sefer de *Risâle fiş-şahsî'l-insânî*'de mi'râcla ilgili görüşünde ısrar ettiğini göstermiş ve bu konuda Teftâzânî'yi adını zikretmeden eleştirmiş demektir. Sonuç olarak, her halükarda Kemalpaşazâde ruh hakkındaki görüşlerini korumuş ve mi'râcla ilgili Tefâzânî'yi eleştirmiştir.³⁶

Şimdi de Kemalpaşazâde'nin “cismânî mi'râc” konusundan önce ve sonra söy- lediği cümlelere bakalım:

Kemalpaşazâde *Risâle fiş-şahsî'l-insânî*'de ruh hakkında kabul ettiği temel ilke- leri Fahreddin er-Râzî'nin kaleminden şöyle nakletmiştir:

36 Bize göre, Kemalpaşazâde Hz. Aîşeden nakledilen haberi yanlış bir şekilde yorumladığı iddiasıyla Teftâzânî'yi eleştirmeden önce, böyle bir haberin mi'râc mucizesi gibi Kelâmî bir konuda lehte veya aleyhte delil olabilecek bir sıhate ve değere sahip olup olmadığı konusuna girmiş ve bu konuda onu eleştirmiş olsa idi, daha isabetli bir noktadan işe başlamış olurdu. Öte yandan, Kemalpaşazâde'nin yukarıda adı geçen iki risâlesinde de ruhla ilgili görüşünün sonuna mi'râc konusunda Hz. Aîşeden rivayet edilen haberi ekleyerek bu vesileyle Teftâzânî'yi açık ve kapalı bir şekilde eleştirmesi, söz konusu bu iki ilim adamının başta Kelam ve İslam felsefesi olmak üzere temel İslâm ilimleri alanlarında durdukları yerlerin tespit edilmesi gerektiği fikrini doğurmaktadır. Böyle bir çalışma, çeşitli ilmi konularda adı geçen bu iki ilim adamı arasında ilginç karşıtlıkların bulunduğunu ortaya koyabilir. Mesela, Kemalpaşazâde -elinizdeki makalede çeşitli defalar vurgulandığı üzere- Muhyiddin İbnü'l-Arabî geleneğine yakın bir kimse olup onun hakkında olumlu fetva vermiş ve *Risâle fiş-şahsî'l-insânî*'sinde vahdet-i vücud nazariyesini destekleyen görüşleri nakletmiştir. Kemalpaşazâde, Muhyiddin İbnü'l-Arabî hakkındaki meşhur fetvasında şöyle demiştir: “Ey İnsanlar! Biliniz ki, Büyük Şeyh, şerefli önder, âriflerin kutbu, muvahhidlerin imamı Endülüslü Hatem Tay kabilesinden Muhammed b. Arabî kâmil bir müctehid ve fâdil bir mürişid, taaccüp edilecek hayat hikâyeleri ve olağan dışı hadiseleri ve çok talebesi olan bir zattır. Âlimler ve ileri gidenler katında kabule mazhar olmuştur. Bunu inkâr eden hata yapmış olur. İnkârında ısrar ederse, sapıtılmış olur. Sultana onu terbiye etmesi ve onu inancın- dan çevirmesi gerekir. Çünkü Sultan doğruyu yaptırtmak ve kötünden menetmekle memurdur. Onun birçok eseri vardır. Bunların içerisinde *Füsûsü'l-hikem* ve *Fütûhât-ı Mekkiyye* bulunur. Bunların meselelerinin bir kısmının sözü ve manası belli, ilahi buyruğa ve şer-i nebevîye uygundur. Bir kısmı da zahir ehlinin anlayışına göre gizli olup keşf ve bâtin ehlinin anlayışına göre açıktır. Meramını anlamayana bu durumda susmak lazımdır” (Bk. Hüseyin Atay, “İlmî Bir Tenkit Örneği Olarak İbn Kemal Paşa'nın Muhyiddin b. Arabî Hakkındaki Fetvası”, *Şeyhülislâm İbn Kemal Sempozyumu*, Ankara 1986, s. 221-222). Sadeddin et-Teftâzânî ise vahdet-i vücud nazariyesinin bir kısmını eleştirmiş ve Muhyiddin İbnü'l-Arabî hakkında çok ağır ithamlarda bulunmuş bir kişidir. Onun bu eleştiri ve ithamlarına şu örnekler verilebilir: “*Füsûs* sahibi Muhiddin Arabî, büyük bir çığırkanlıkla ve aşırı bir hamakatla, çirkin bir davranışla haddini aşmış, kendi adı varlığını, kararmış gönlüyle aşırı giderek Hz. Âdem (a.s.) ve ondan sonra gelip de o çizgide gidenlerden üstün kabul etmiştir. Çünkü kendi adı nefsinin (varlığını), dini kemale erdirme ve bitirme bakımından, bir binayı tamamlayan altın kerpiç ya da tuğla mesabesinde tutarken, peygamberlerin sonuncusu olan bizim peygamberimizi (s.a.v.) de binadaki gediği kapatan gümüş kerpiç ya da tuğla olarak değerlendirmiştir. Böylece bu sapık kişi, değil sadece peygamberleri, aynı zamanda âlemlerin Rabbi olan Yüce Allah'ı da yalanlamış bulunmaktadır... Oysa bu sinsî ve de sapık adamın kendisi, bu halıyla şüphe uyandıran, çirkin ve iğrenç davranışlarıyla yalancı peygamber olan Müseylemetü'l-Kezzab'ı da geçmiştir... Ayrıca bu melankolik adam, bu kara sevdaya tutulmuş kişi, bu afyon yutmuş adamın durumunun, aşâğılık zındıklarca revaç bulması da bir takım rüyalara dayanmaktadır ki, bu rüyaları da ancak geri zekâlılar ve bunamış olanlar doğrularlar. İbn Arabî'nin *Füsûs* adlı paçavrasının dibacesinde (önsözünde ve takdiminde) yer aldığına göre, kendisi, Hz. Peygamber (s.a.v.)'i rüyada görmüş, Hz. Peygamber (s.a.v.), bu adama rüyasında *Füsûs* adlı kitabı vermiş ve bunu her tarafa yaymayı kendisine söylemiştir. Şimdi sen hiç duydun mu ki, herhangi akıl sahibi bir insan, böyle zındıklık içeren, hem akla ve hem de seriata aykırı olan, baştan sona dek batılla dolu olan böyle bir kitabı Hz. Peygamber vermiş olsun? Bu, hiç olacak bir şey mi ki? Bu kitap verilecek ve bununla, asıl olan Şeriat yani Kitap ve Sünnet baştan sona geçersiz kılınacak, Hz. Peygamber (s.a.v.)'in ölümünden altı yüzyıl sonra gelen sözüm ona bir kitap baş köşeye oturtulacak, hem de bu kitap rüya yoluyla verilmiş olacak öyle mi?... Hiç kuşkusuz akıl sahipleri, bu tür saçma rüyalar üzerinde kurdurulmaya ve oturtulmaya çalışılan sapkınlıkları bilirler... Samimi ve dürüst insanların, İslâm âlimlerinin bildirdiklerine göre, bunlar oldukça yalancı, oldukça afyonkeş kimselerdir. Bu tipler adeta saçma sapan sözler sarf eden adı, düşük seviyeli, delir ve bunak kimselerden farksızdırlar” (Bk. Sâduddin Teftâzânî, *Vahdet-i Vücud Risalesi* (trc. Harun Ünal), s. 6-8 (<http://www.islah.de/mehcec/men00010.pdf>), 24.03.2016).

“İnsan hayatının başlangıcından sonuna kadar baki kalan cisimler, bu duyulur yapının meydana geldiği cisimlerin hakikatine ve doğasına aykırı cisimlerdir. Bu cisimler, zatları dolayısıyla diri, müdrük ve nûrânîdir. Bunlar bedenle karıştığında ve bu duyulur yapıya ateşin kömüre sirayet edişi gibi sirayet ettiğinde bu duyulur yapı, o ruhun nuruyla aydınlanır ve onun hareket ettirmesiyle de hareket eder. Ayrıca bu duyulur yapı, sürekli olarak çözünme, çözümlenme ve değişim içindedir. Ancak o cüzler halleri üzere bakidir. Onlar asla çözülmeye maruz kalmazlar. Çünkü onlar, hakikatleri bakımından bu kalıpsal cisimlere aykırıdır. Dolayısıyla bu kalıp bozulduğunda, o nûrânî ve latif cisimler gökler âlemine, temizlik âlemine ve kutsal âleme gitmek üzere ayrılırlar. Tabii bu durum, onların mutlular zümresinden olması halinde böyledir. Eğer bedbahtlar zümresinden iseler, cehennem ve acılar âlemine giderler.”³⁷

Kemalpaşazâde *Risâle fiş-şahsî'l-insânî*'de cismânî mi'râc konusundan sonra da şunları söylemiştir:

“Sen kesif cesedinle calısın/hayvansın. (Bir canlı/hayvan olarak) senin mazharın hareket âleminin zahiri yani mülk âlemi diye adlandırılan hissî mazharıdır. Sen latif cismî ile de meleksin; (bir melek olarak) mazharın da hareket âleminin batını yani melekût âlemi diye isimlendirilen hayalin mazharıdır. Oluş ve bozulmuş âleminin kirlerinden arınmış (arınık, temiz) cevherinle de insansın; (bir insan olarak) mazharın ise sükûn âlemi yani ceberût âlemi diye adlandırılan aklın mazharıdır. Böylece kesif cesedin, şu duyulur yapı ve görünüşüdür (el-heykelü'l-mahsûs). Latif cismî de ölüm meleşinin kabzettığı ruhundur. Temiz (arınık) cevherin ise, dünyadan ayrılacağı zaman Yüce Allah'ın vefat ettirdiği mücerret nefsidir.”³⁸

Kemalpaşazâde'nin yukarıdaki cümlelerine bir bütün halinde bakıldığı zaman onun, mi'râcın cismen değil de ruhen gerçekleştiği kanaatinde olduğu anlaşılır.³⁹ İbn Kemal Paşa burada ruh ve beden ikisinin de “cisim” olduğunu, ancak ruhun melekût (gayb) âlemine ait olması sebebiyle latîf ve nûrânî bir “cisim” iken, beden mülk (şehâdet) âlemine ait olması sebebiyle kesif ve zulmânî bir “cisim” olduğunu söyler. İşte mi'râc sırasında Hz. Peygamber'in (s.a.v.) cism-i latîf olan ruhu çeşitli unsurlardan meydana gelen kesif cesedini bulunduğu yerde bırakarak mi'râca

37 İbn Kemal Paşa, *Resâil-i İbn Kemal*, I, 98; a.mlf., “İnsanın Varlık Yapısına Dair” (trc. Ömer Mahir Alper), *Osmanlı Felsefesi: Seçme Metinler*, İstanbul 2015, Klasik Yayınları, s. 212.

38 İbn Kemal Paşa, *Resâil-i İbn Kemal*, I, 99; a.mlf., *Risâletü'l-Ferâid (Resâil-i İbn Kemal içerisinde)*, II, 273-274.

39 *Risâle fiş-şahsî'l-insânî*'nin mütercimini ve tercüme ediliş tarihini tespit edemediğimiz *Risâle-i Tahkik-i Şahs-ı İnsânî* adlı tercümesinde cismânî mi'râcla ilgili paragraf ne yazık ki yer almamaktadır. Bk. *Risâle-i Tahkik-i Şahs-ı İnsânî*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi, Atatürk Kitaplığı, OE_Yz_0699/11, vr. 124a-126b; *Şahs-ı İnsân Tahkiki*, Milli Kütüphane, Yz. A 2196/8, vr. 73b-77b. Bu durumun mütercim terçümeye esas aldığı nüshada söz konusu paragrafın bulunmamasından mı kaynaklandığı, yoksa mütercim İbn Kemal Paşa'nın cismânî mi'râca karşı olan görüşünü gizlemek amacıyla mı ilgili paragrafı atlamış olduğu hususlarını tespit etmemiz ne yazık ki mümkün olmamıştır. Ancak, bu risâlenin Manastırlı el-Hâc Hâfız Dâvûd Paşa'nın *Din-i İslam Hediyyesi* adlı kitabında yer alan tercümesinde metne sadık kalmıştır ve bu tercümeden de İbn Kemal Paşa'nın miracın sadece ruhen gerçekleştiği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Bk. *Din-i İslam Hediyyesi*, İzmir 1326-1328, Köylü Matbaası, s. 14-15.

yükselmiş, daha sonra da tekrar cesedine geri dönmüştür. Bu bir anlamda sûfilerin tabiriyle “tam insilâh” (insilâh-i küllî) demektir. Ancak, Elmalılı Hamdi Yazır’ın da belirttiği gibi, “insilâh-ı küllî” -sûfilerin de ileri sürdükleri üzere- ümmet içerisinde pek çok kişiye mükerreren meydana gelmiş hallerdir. Hâlbuki “Mi’râc-ı nebevinin insilâhtan çok yüksek bir âyet-i ilâhiyye olduğunda şüphe edilmemek lâzım gelir.”⁴⁰

Öte yandan, İbn Kemal Paşa *Tefsir*’inde, İsrâ suresinin birinci âyetini, “Bu gece yürüyüşü (isrâ) cismânî (bedenen) idi. Bu sebeple de Kureyş onu (Hz. Peygamber’i) yalanladı. (Ayette geçen) ‘abd’ ibaresi buna bir işarettir”⁴¹ şeklinde tefsir etmiştir. Bu ifadelerden ise, Kemalpaşazâde’nin mi’râcın cismânî (bedenen) gerçekleştiği görüşünde olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır.⁴²

Ayrıca, Kemalpaşazâde’nin üstatları silsilesinde yer alan ve eserlerinde sıkça kendisinden yararlandığı görülen Kemâlüddin Abdürrezzâk el-Kâşânî’nin⁴³ (ö. 736/1335) *Hakâiku’t-Te’vil* adlı tefsirinde bu konuda açıklayıcı bilgiler bulunmaktadır. Kâşânî Duhân suresi 3. Âyeti⁴⁴ ile Nuh suresinin 19-20. Âyetlerinin tefsiri⁴⁵ sırasında mi’râcın bedenle (cismânî) olduğunu açıkça söylemiş, İsrâ suresinin 1. Âyetinin tefsiri sırasında⁴⁶ Mescid-i haram’ı “kalb makamı”, Mescid-i aksâ’yı ise bir

40 Elmalılı Hamdi Yazır Mescid-i Aksâ’ya isradan sonrasının ruhânî olarak cereyan ettiğini savunanlardan bazılarının iddialarını şöyle dile getirdiklerini söyler: “Ruhun iki cesedi vardır, biri âlem-i gaybden lâtif bir ceseddür ki, onda anâsırın dahlî yoktur. Biri de âlem-i şehâdetten kesif bir ceseddür ki, anâsırdan mürekkebdür. Hazreti Peygamber sallâllahu aleyhi vesellem, urûc ederken cesedi unsuru anâsırdan hepsini kendi küresinde bıraktı ve ancak cesed-i lâtif ile kaldı ve ilâ mâşâallah onunla çıktı, sonra da o bıraktığı cesede rücu’ etti. Bu ifade Mi’râc meselesinde ruhânî tabirinin sadece fikri bir urûc demek olmadığını anlatmak gibi bir faideyi müfid olmakla beraber Mi’râcî Sofiyenin insilâh-ı küllî tabir ettikleri vakta mahiyetinde gösteriyor demektir. Hâlbuki insilâh-ı küllînin efrâd-ı ümmetden nice ricâlullahda bile mükerreren vukûu nakledile gelmiştir. Ve elbette Mi’râc-ı nebevinin insilâhtan çok yüksek bir âyet-i ilâhiyye olduğunda şüphe edilmemek lâzım gelir.” Elmalılı Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur’an Dili*, İstanbul 1979, Eser Neşriyat, V, 3152.

41 Kemalpaşazâde, *Tefsir*, Dâru’l-Kütüb’l-Misriyye, nr. 6338, vr. 412 b.

42 Kemalpaşazâde *Risâletü’l-münîre* adlı eserinde ise şöyle demiştir: “Mi’râcî inkâr eden kişiye bakılır: Şayet Mekke’den (Beytü’l-) Makdis’e isrâyı (gece yürüyüşünü) inkâr ederse, o kâfiridir; eğer Beytü’l-makdis’den semaa mi’râcî (yükse-lişi) inkâr ederse, o tekfir edilmez.” Bk. İbn Kemal Paşa, *Risâletü’l-münîre*, İstanbul 1890, Matbaa-i Cemâl, s. 19.

43 Kâşânî’nin hayatı ve eserleri hk.bk. Abdurrahim Alkış, *Abdürrezzâk Kâşânî ve “Şerhu Fusûsi’l-Hikem” Adlı Eserinin Tahkik Ve Tahlîli* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2008, s. 34-113; Necmettin Ergül, “Abdürrezzâk Kâşânî (ö. 730/13309)’nin Hayatı, İlmî-Tasavvufî Kişiliği ve Eserleri”, *Birey ve Toplum Sosyal Bilimler Dergisi*, 2013, c. III, sy. 5, s. 93-125; Mehmet Kaya, “Abdürrezzâk Kâşânî (ö. 730/1330) ve Tefsirdeki Metodu”, *Mütefekkir Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, 2015, c. II, sy. 3, s. 107-135; Süleyman Uludağ, “Kâşânî, Abdürrezzâk”, *DİA*, XXV, 5-6.

44 Kâşânî Duhân suresi 3. Âyetin tefsiri sırasında şöyle demiştir: “Görmez misin ki miracı da cesedi ile olmuştur. Zira cesedi olmasa idi merâtip-tevhide kadar terakkisi mümkün olmazdı.” Bk. Kemâlüddin Abdürrezzâk el-Kâşânî, *Te’vilât-ı Kâşânîyye* (trc. Ali Rıza Doksanyedi), (nşr. M. Vehbi Güloğlu), Ankara 1987, Kadioğlu Matbaası, III, 81.

45 Kâşânî Nuh suresi 19-20. Âyetlerin tefsiri sırasında şöyle demiştir: “Beden cihetinden tevhide giden sema yollarına sülûk etmeniz için arzını size bast eyledi. Nitekim Emirilmü’mininin Ali Aleyhisselam ‘Bana semanın yollarından sorunuz. Ben, semanın yollarını, arzın yollarından daha çok bilirim’ buyurmuştur ki, zühd, ibadet, tevekkül, rıza ve bunlar gibi kemal ehliyi tesbihiyeden tenzih ederim. (Leylen) (Âyet 1) Yani; gavâşi-i bedeniyeye ve taallukat-ı tabiiyye zulmetinde ‘Esra’ eyledi yani geceleyin götürdü. Zira, urûc ve terakki ancak beden vasıtasıyla olur. (Mine’l-Mescidi’l-harâmî) (Âyet 1) Yani ‘kuvây-ı bedeniyeye müşriklerinin tavaf etmesi’ ve ‘orada fevâhiş ve hatalarını irtikab etmesi’ ve ‘fazilet libâsından âri olduğu için, ifrad ve tefridi, edeb mahalleri açık olan behîmiye (havvanlık hali) ve

46 Kâşânî İsrâ suresinin birinci âyetinin tefsiri sırasında şöyle demiştir: “(Sübhanellezî esrâ bi-abdihî) Kendisinde asla tasarruf olmayan; makam-ı ubudiyette kemal ve tecerrüd-i hal lisaniyle abdini geceleyin götürün zâtı, lavâhık-ı maddiyye ve nekâyıs-ı tesbihiyeden tenzih ederim. (Leylen) (Âyet 1) Yani; gavâşi-i bedeniyeye ve taallukat-ı tabiiyye zulmetinde ‘Esra’ eyledi yani geceleyin götürdü. Zira, urûc ve terakki ancak beden vasıtasıyla olur. (Mine’l-Mescidi’l-harâmî) (Âyet 1) Yani ‘kuvây-ı bedeniyeye müşriklerinin tavaf etmesi’ ve ‘orada fevâhiş ve hatalarını irtikab etmesi’ ve ‘fazilet libâsından âri olduğu için, ifrad ve tefridi, edeb mahalleri açık olan behîmiye (havvanlık hali) ve

üst makam olan “ruh makamı” olarak nitelemiş ve mi'râcı beden (kalp) makamından ruh makamına yolculuk olarak yorumlamıştır.

Kemalpaşazâde'nin cismânî mi'râc konusunda *Risâle fi'ş-şahsî'l-insânî* ve *Risâletü'l-Ferâid* adlı eserlerinde yazdıkları ile *Tefsîr*'inde söyledikleri karşılaştırıldığı zaman ortada açık bir çelişki olduğu görülür. Bu çelişki ise, ancak söz konusu üç eserin yazıldıkları tarihlerin tam olarak tespit edilmesi ve en son yazılan eserdeki görüşün “nihai görüş” olarak kabul edilmesiyle giderilmeye çalışılabilir. Ne var ki, bize göre bu durum bile Kemalpaşazâde'nin “cismânî mi'râc” konusundaki gerçek görüşünü belirlemek için yeterli olmayabilir. Çünkü Kemalpaşazâde'nin muhtemelen yaşadığı dönemin siyasi ve kültürel şartları ve şahsî kariyeri sebebiyle bazı ihtilafli konularda sürekli olarak “ortada” bir yerde durduğu görülmektedir. Mesela, aşağıda tasavvuf başlığı altında işaret edeceğimiz üzere, İbn Kemal Paşa tasavvufi konularla ilgili güncel tartışmalarda dengeli bir duruş sergilemeye çalışmış, felsefeciler ile kelamcılar arasındaki gerginlik alanları hakkında Hocazâde Muslihiddin Efendi (ö. 893/1488) ile Alâeddin Ali et-Tûsî'nin⁴⁷ (ö. 887/1482) yazmış olduğu *Tehâfüt*'ler arasında hakemlik yapmaya girişmiş⁴⁸ ve devrin padişahı Fatih Sultan Mehmed'in tercih ettiği Hocazâde'nin *Tehâfütü'l-felâsife*'si⁴⁹ üzerine bir haşiye yazmıştır. Yaşadığı dönemin ilmi, dini ve siyasi bütün tartışmalarında “denge”leri dik kate alan, toplumun ve devletin hassasiyetlerini gözetken ve Osmanlıların yükseliş döneminde kazaskerlik ve şeyhülislamlık gibi çok önemli bürokratik görevler üstlenen bir kişi, bize öyle geliyor ki, dindar ve Sünnî Osmanlı toplumunda mi'râcın sadece ruhen vuku bulduğu fikrini “açıkça” savunmaz. Çünkü Ehl-i sünnet kelamcılarının büyük çoğunluğunun ruh ve beden birlikteliği içerisinde (cismen/bedenen) gerçekleştiğini kabul ettikleri mi'râcın sadece ruhen vuku bulduğunu ileri sürmek, söz konusu kabule göre, bu mucizeyi değersizleştirmek ve hatta onu mucize (hâriku'l-âde) olmaktan çıkartıp tabii/doğal bir ruhsal veya düşünsel (fikrî) olay seviyesine indirgemek olur. Hâlbuki Kemalpaşazâde'nin *Fî Hakîkati'l-Mucize* adlı risâlesinde de belirttiği gibi mucize, “peygamberlik iddia eden kimsenin elinde, inkârcıları muarazadan aciz bırakacak şekilde zuhur eden bir iştir. Bu işin alışılmış olmayan (leyse bi-mu'tâd) bir tarzda zuhur etmesi ya da alışılmış (mutâd) olan şey-

sebûiye (canavarlık) kuvây-ı hayvaniye azgınlarının ona hac etmesi haram kılınmış olan, kalb makamından. (İle'l-mescidî'l-aksâ) (Ayet 1) her makamın tashihi, ancak mâfevki olan makama terakkiden sonra olacağına dair zikr ettiğimiz tezekkürü ve zat ve sabahât-ı vech tecelliyatının şuhûdu ile, âlem-i cismâniden daha uzak bulunan 'Ruh makamından' ibaret 'Mescid-i aksaya' götürdü. (Li-nürriyehü min âyâtinâ) (Ayet 1) kavlimden, sıfat müşâhedesi anlaşıldığından, o abde âyâtımızı göstermemiz için 'Mescid-i aksaya' götürüldü. Zira sıfat tecelliyatının mütalaası, her ne kadar 'kalb makamında' ise de lakin o sıfatlarla mevsuf olan ZAT, celâl ve cemâl sıfatlarıyla kemal üzere ancak, 'Ruh makamına' terakki zamanında müşahade olunabilir. Yani 'o sıfat, bize mensub olduğu cihetten, sıfatımız âyâtını ve o sıfatlarla müşahade olunan ve suretleri ile zahir olan, biz olduğumuzu, abdimize göstermemiz için' demektir.” (Kemâlüddin Abdürrezzâk el-Kâşânî, *Tevîlât-ı Kâşâniyye* (trc. Ali Rıza Doksanedi), II, 200.

47 Tûsî'nin *Tehâfütü*'ü için bk. Alâeddin Ali et-Tûsî, *Tehâfütü'l-felâsife - Kitâbu'z-Zuhr* (trc. Recep Duran, Ankara 1990.

48 Kemal Paşa-zâde, *Tehâfüt Hâşiyesi* (çev. Ahmet Arslan), Ankara 1987, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, s. 6 (çevirenin girişi).

49 Hocazâde, *Tehâfütü'l-felâsife*, Kahire 1302, el-Matbaatü'l-A'lâmiyye.

den alıkoymak şeklinde olması eşittir. Nübüvvet davasında nebinin doğruluğunu bilmenin yolu bu kişinin elinde mucizenin zuhur etmesiyle mümkündür. Bu ise, harikulade ve iddiaya uygun olarak alışılmış olmayan bir şeyi yapmak ya da alışılmış bir şeyi yapmaktan alıkoymaktır.”⁵⁰

Sonuç olarak Kemalpaşazâde'nin *Risâle fiş-şahsı'l-insânî*'sinde kullandığı lafızlar onun mi'râcın sadece ruhanî olarak gerçekleşip bedenlen (cismânî) gerçekleşmediği kanaatinde olduğunu göstermekte ise de *Tefsîr*'inde açıkça mi'râcın cismanî olduğunu söylemiş ve bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmıştır. Burada sorun, “cisim” (ceset, beden) ve “ruh” kelimelerine getirilen kelâmî/felsefi ve tasavvufi yorumların yeteri kadar açık bir şekilde anlatılmamış olmasıdır. Şayet İbn Kemal Paşa söz konusu yorumlarını -Kâşânî gibi- açık bir şekilde anlatmış olsaydı, cismânî mi'râcla ilgili görüşü hakkında herhangi bir tereddüt meydana gelmezdi.

3. Hurûf-ı Mukattaa

Kuran-ı Kerim'de yirmi dokuz surenin başında bir veya birden fazla bazı harfler bulunmaktadır ve bu harflere “hurûf-ı mukattaa” (bağımsız ve ayrı harfler) adı verilmiştir. Bu harfler hemen hemen bütün kelimci ve tefsirciler tarafından mana yönünden birden fazla ihtimal içerdiği için “anlaşılmasında güçlük bulunan” müteşâbih lafızlardan sayılmıştır. Genellikle Ehl-i sünnet âlimleri içerisinden selefi yaklaşıma sahip olanlar müteşâbih lafızların Allah'tan başkası tarafından anlaşılamayacağını ileri sürmüş, diğer âlimler ise müteşâbihlerin ilimde yetkinliğe ermiş kimseler (râsihûn) tarafından anlaşılabilceğini kabul etmişlerdir.⁵¹ İşte bu âlimler hurûf-ı mukattaa'ları Kur'an ve sünnet ışığında makul birtakım manalar vermeye çalışmış ve böylece söz konusu harfler hakkında geniş bir literatür meydana gelmiştir.⁵²

50 İbn Kemâl Paşa, *Resâil-i İbn Kemâl*, I, 147; H. İbrahim Bulut, “Kemal Paşazâde ve Fi Hakikati'l-Mucize Adlı Risâlesinin Tahlil ve Değerlendirilmesi”, *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2002, sy. 6, s. s. 202.

51 Müteşâbih konusundaki tartışmalar için bk. M. Kemal Atik, “Te'vilâtü'l-Kur'an Çerçevesinde Matürîdî'nin Müteşâbih Ayetleri Anlatışı”, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 1989, sy. 3, s. 313-332; Yusuf İçsıcık, “Kur'an-ı Kerimde Müteşâbih ve Te'vilî”, *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1996, sy. 6, s. 55-65; M. Zeki Duman, “Kur'an'da Müteşâbihât”, *Bilimname: Düşünce Platformu*, 2005/3, c. III, sy. 9, s. 13-37; Ömer Pakiç, “Kadı Abdülcebbar ve Müteşâbihü'l-Kur'an Adlı Eseri”, *Araştıran Sosyal Bilimler Enstitüsü İlmî Dergisi*, 2009, sy. 7-8, s. 61-141; Zekeriya Pak, “Müteşâbih Kavramının Semantik Alanı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2010, c. VIII, sy. 15, s. 1-28; Yusuf Temel, “el-Muhkem ve'l-Müteşâbih ve Te'vilü'r-Râsihîn”, *Bilimname: Düşünce Platformu*, 2011/2, sy. 21, s. 179-198; Kerim Özmen, “Osmanlı Âlimi Saçakzâde ve Risâle fi'l Âyâtü'l-Müteşâbihât İsimli Risâlesi”, *İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2012, c. III, sy. 2, s. 163-173; Hacı Önen, “İbn Kesir ve Taberî'nin Muhkem-Müteşâbih ile İlgili Görüşlerinin Mukayesesi”, *EKEV Akademi Dergisi*, 2014, c. XVIII, sy. 60, s. 309-320; Yakup Bıykoğlu, “Ebû'l-Hasan el-Eşârî'nin Kur'an'ı Anlama, Yorumlama Yöntemi ve Müteşâbih Ayetlere Yaklaşımı”, *Uluslararası İmam Eşârî ve Eşârilik Sempozyumu Bildirileri* 21-23 Eylül 2014, 2015, c. II, s. 663-680; Yusuf Şevki Yavuz, “Müteşâbih”, *DİA*, XXXII, 204-207.

52 Hurûf-ı mukattaa ve yorumları hk.bk. M. Ahmed İbrâhim Ebû Ferrâh, *Hurûf-ı mu'cem fi fevâtihi's-süver*, Kuveyt 1413/1992; İsmail Cerrahoğlu, “Bazı Sürelerin Başlangıç Harfleri”, *Diyanet Dergisi*, X/104-105, Ankara 1971, s. 13-18, 76-81, 106-107; X/108-109 (1971), s. 165-168; İyâde b. Eyyüb el-Kebîsî, “İmânü'n-nazar fi fevâtihi's-süver”, *ed-Dirâsâtü'l-İslâmiyye*, XXV/2, İslâmâbâd 1990, s. 5-42; Fehd b. Abdurrahman b. Süleyman er-Rûmî, “Vücühüt-tehaddi ve'l-icâz fi'l-ahrufi'l-mukattaa fi evâli's-süver”, *Mecelletü'l-Buhûsi'l-İslâmiyye*, sy. 50, Riyad 1417-18/1997, s.

Mukattaa harflerle ilgili bu kısa girişten sonra, şimdi tartışma konumuz olan Kemalpaşazâde'nin "Hâ-mîm" ayetinin yorumu hakkında ileri sürdüğü görüşlere geçebiliriz.

İbn Kemal Paşa, kâmil kişilerden birinin haşrin âm, hâs ve ehas olmak üzere üç derece olduğunu söylediğini belirterek bunlardan haşr-i ehassın "rûhânî enaniyet kabirlerinden Rabbânî hüviyete çıkış" anlamına geldiğini, bunun Hz. Peygamber'in (el-Habîb) makamı olduğunu ve onun bu makamda Allah Teâlâ ile hüviyetsiz olarak (yalnız) kaldığını, bu konuda Hz. Peygamber'in "Benim Allah ile beraber olduğum bir vakit vardır ki, o vakit içine ne mukarreb bir melek (yani Cebrail aleyhisselam) ve ne de mürsel bir nebi (Nebî'nin hüviyeti) sığar" buyurduğunu nakletmiştir. İşte o (makam), Yüce Allah'ın "Hâ-mîm" kavli-i şerifinde işaret edilen vahdet sırrıdır. Çünkü ha ve mîm harfleri, Rahman ve Muhammed'in -aleyhisselam- isimleri arasında müşterek olan noktadır.⁵³

Kuran-ı Kerîm'de el-Mü'min 40/1; Fussilet 41/1; eş-Şûrâ 42/1; ez-Zuhuruf 43/1; ed-Duhân 44/1; el-Câsiye 45/1 ve el-Ahkâf 46/1. ayetleri "Hâ-mîm" ile başlamaktadır. Bu "Hâ-mîm"lerin hangi manalara geldiğine dair başta Kemalpaşazâde'nin tefsir kaynakları olan Zemahşerî'nin *el-Keşşaf*⁵⁴, Taberî'nin *Camiu'l-beyan*⁵⁵, Fahreddin er-Râzî'nin *et-Tefsiru'l-kebir*⁵⁶ ve Kurtubî'nin *el-Cami' li ahkâmi'l-Kur'ân*⁵⁷ adlı eseri olmak üzere hemen hemen bütün tefsir kitaplarında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlere şu örnekler verilebilir: İkrime'den (ö. 13/634) gelen bir rivayette Hz. Peygamber "Hâ-mîm Allah Teâlâ'nın isimleridir. O, Rabbî'nin hazinelerinin anahtarıdır"⁵⁸ buyurmuş, İbn Abbas (ö. 68/687-88) "Hâ-mîm Allah'ın ism-i azamıdır" ve "Allah Teâlâ'nın kendisiyle yemin etmiş olduğu isimlerinden bir isimdir"⁵⁹, Katâde (ö. 117/735) "O Kur'ân'ın isimlerinden bir isimdir"⁶⁰, Atâ b. Meyser el-Horasânî (ö. 135/752) ise "el-Ha Allah'ın Hamîd, Hannân, Halîm ve Hakîm isminin başı; el-Mîm ise onun Melik, Mecid, Mennân, Mütekebbir ve Musavvir isminin başıdır"⁶¹ demiştir.

141-191; Ali Akpınar, "Kur'ân'da Hece Harfleri (Hurûf-ı Mukattaa) ve Kuşeyri'nin Hece Harfleri Yorumu", *Tasavvuf: İlmî ve Akademik Araştırma Dergisi*, 2003, c. IV, sy. 11, s. 55-73; M. Zeki Duman - Mustafa Altundağ, "Hurûf-ı mukattaa", *DİA*, XVIII, 401-408. Ayrıca, Hz. Peygamber'in isminin remzi olarak Türk edebiyatında kullanılan bazı harfler için bk. Emine Yeniterzi, "Edebiyatımızda Hazreti Peygamberin İsimleri Ve Harflere Dair", *Yüzakı*, 2006, (http://turkoloji.cu.edu.tr/ESKI%20TURK%20%20EDEBİYATI/yeniterzi_harfler.pdf, 20.02.2016).

53 İbn Kemal Paşa, *Resâil-i İbn Kemal*, I, 100-101.

54 Zemahşerî, *el-Keşşaf* (nşr. Âdil Ahmed Abdülmevcûd - Ali Muhammed Muavviz - Fethî Abdurrahman Ahmed Hicâzî), Riyad 1418/1998, Mektebetü'l-Ubeykân, V, 327-328.

55 Ebû Cafer Muhammed b. Cerir et-Taberî, *Tefsiru't-Taberî* (nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki), Kahire 1422/2001, Dâru Hicr, XX, 274-275.

56 Fahreddin er-Râzî, *et-Tefsiru'l-kebir*, XXVII, 27.

57 Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân* (nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki), Beyrut 1427/2006, Müessesetü'r-Risâle, XVIII, 323-324.

58 Bu rivayet hadis kitaplarında bulunamamıştır. Söz konusu rivayet için bk. Kurtubî, *el-Câmi'*, XVIII, 323-324.

59 Taberî, *Tefsiru't-Taberî*, XX, 274; Kurtubî, *el-Câmi'*, XVIII, 324.

60 Taberî, *Tefsiru't-Taberî*, XX, 275.

61 Kurtubî, *el-Câmi'*, XVIII, 324.

İbn Kemal Paşa gibi Allah'ın sıfatları konusunda “teşbih” yerine “tenzih”e ağırlık veren Eş'arî ve Mâturîdî geleneklerinden yetişmiş bir kalamcı, müfessir ve fakihin yukarıda örnek olarak verilen makul “Hâ-mîm” tefsirlerinden birini tercih edeceği yerde, klasik tefsirlerin hemen hemen hiçbirinde yer almayan “Ha” harfinin “Rahman”, mîm” harfinin ise “Muhammed” ismini temsil ettiğine dair yorumu nakletmesi ve böylesine bâtinî ve hurûfî bir yaklaşımı benimsemesi oldukça ilginç bir durumdur.⁶²

Yaptığımız araştırmalarda, “Hâ-mîm” ayetinde geçen harfleri bu şekilde yorumlayan kişilerin Kübrevî tarikatının şeyhlerinden müfessir Necmeddîn-i Dâye⁶³ (ö. 654/1256) ve Kemalpaşazâde'nin üstat silsilesinde yer alan Abdürrezzâk el-Kâşânî olduğunu tespit etmiş bulunuyoruz. Özellikle Kâşânî “Hâ-mim” ayetinde geçen “Ha”nın Cenab-ı Hak, “Mîm”in ise Hz. Muhammed (s.a.v.) olduğunu belirterek “Muhammed hakikatte Hak'tır. Hulkiyet itibarıyla Muhammed'tir. Hak onu sevdi. Binaenaleyh, onun suretiyle zahir oldu. Hak'kın zuhuru Muhammed'le oldu” demiş, (Hâ-mîm)'in “Vücutun evvelki olan Hak'ka ve âhiri olan Muhammed'e kasem (yemin)” anlamına geldiğini, hatta onun hakiki anlamının “La ilâhe illallah Muhammeden resulullah” demek olduğunu ileri sürmüştür.⁶⁴

62 “Hâ-mîm”i tasavvufî açıdan yorumlayan Kuşeyri (ö. 465/1072) Mü'min (Gâfir) suresinin birinci ayetinde geçen “Hâ-mîm” hakkında şöyle demiştir: “Olacak olan olmuştur anlamındadır (humme). Hâ, Yüce Allah'ın hilmine, mîm ise O'nun mecdine işaretir de denilmiştir. Buna göre mana şöyle olur: Hilmim ve mecdime yemin olsun ki, Bana iman edeni asla ebedi olarak ateşte bırakmam. Bir bedevi Peygamberimize ‘Hâ-mîm ne demek, bizim dilimizde böyle bir şey yok?’ diye sormuş, o da şöyle cevap vermiştir: O'nun isimlerinin ilk harfleri ve surelerin açılışdır.” Bk. Abdülkerim el-Kuşeyri, *Letâîfü'l-işârât* (nşr. İbrahim Besyûni), Mısır 1981, III, 294; Ali Akpınar, “Kur'ân'da Hece Harfleri (Hurûf-ı Mukattaa) ve Kuşeyri'nin Hece Harfleri Yorumu”, *Tasavvuf: İlmî ve Akademik Araştırma Dergisi*, 2003, c. IV, sy. 11, s. 68.

63 Necmeddîn-i Dâye, *Bahrul-hakâik ve'l-maânî fi tefsiri's-Seb'i'l-mesânî*, Süleymaniye Ktp., Hâlet Efendi, nr. 18, vr. 514b (Mehmet Okuyan, *Necmuddin Daye Ve Tasavvufi Tefsiri*, Samsun 1994, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 137'den naklen). Burada Necmeddîn-i Dâye “Hâ-mîm” harflerinin “Rahman” ve “Muhammed” isimlerinin ortalarındaki iki harf olduğunu ve ikisinin arasındaki sırta yemin etmeye işaret manası taşıdığını söylemiştir. Bk. Mehmet Okuyan, *a.g.e.*, s. 137.

64 Kâşânî Mü'min (Gâfir) suresi birinci ayette geçen “Hâ-mîm” hakkında şunları söyler: “Şu sure (Hâ-mîm)'dir. Yani Muhammed ile ihticab edilmiş Hak'tır. Muhammed hakikatte Hak'tır. Hulkiyet itibarıyla Muhammed'tir. Hak onu sevdi. Binaenaleyh, onun suretiyle zahir oldu. Hak'kın zuhuru Muhammed'le oldu... İmdi (Hâ-mîm) kavlinin hakikatte manası (La ilâhe illallah Muhammeden resulullah) Yani Muhammed'le zahir hakikati, batın olan Hak Teâlâ hazretleri sırâdikâtı celalinde izzeti ile meknûn merâtib-i guyûbunda ve mezâhir-i illiyesinde akl-ı furkân mazharında ilminin zahir olduğu suret-i Muhammediyede mütenezzil ve küllisini câmi ayn-ı cem olan kitabın tenzilidir.” Bk. Kâşânî, *Te'vilât-ı Kâşâniyye* (trc. Ali Rıza Doksanyedi), III, 49.

Kâşânî Fussilet (Secde) suresi birinci ayetteki (Hâ-mîm) hakkında “Hakk'ın suret-i Muhammed'iyeye ile zuhuru” (bk. Kâşânî, *Te'vilât-ı Kâşâniyye*, III, 56) derken, Zuhuf suresi birinci ayeti olan (Hâ-mîm) hakkında ise şunları söylemiştir: “Vücutun evvelki olan Hak'ka ve âhiri olan Muhammed'e kasem eyledi. Küllisinin aslı ve kemali olan şey'e kasem ne kadar celil bir kasemdir. Bu sebepten Allah ile Muhammed'e şehâdet İslâm'ın esası ve imanın direği ve vücut ve tesirde tafsilî isbat-ı kaderdir. “Lâ ilâhe illallah Muhammed'ün resulullah' sözümüzle ikisinin arasını cem' ise sırât-ı müstakim ve din-i metindir.” Bk. Kâşânî, *Te'vilât-ı Kâşâniyye* (trc. Ali Rıza Doksanyedi), III, 73. Son olarak Kâşânî Câsiye suresi birinci ayetteki (Hâ-mîm) hakkında ise şöyle demektedir: “Hakikat hüviyyetine ayn-ı cem vâsıl-ı kül olan vücut-u mutlaka ve Muhammed'e yani sureti tafsil ve kemâl-i kül olan vücut-ı izâfiye kasem ederim ki, hakikat-ı hüviyyet ile Muhammed'i beyan eden kitabı elbet inzal ederim.” Bk. Kâşânî, *Te'vilât-ı Kâşâniyye* (trc. Ali Rıza Doksanyedi), III, 89.

Kemalpaşazâde'nin herhangi bir şer'i delile dayanmayan bu bâtinî ve hurûfî yorumları eserine alması, zâhirî ilimlerle uğraşan insanlarda onun yaptığı tefsir ve yorumların tümüne karşı bir şüphe ve güvensizlik duygusunun doğmasına sebep olabilir. Zira "Ha" harfinin "Rahman", mîm" harfinin "Muhammed" ismini temsil ettiğini, haşr-i ehasın Yüce Allah ile Hz. Peygamber arasındaki "en özel birliktelik" anlamına geldiğini ve bu birlikteliğin de "vahdet" (birlik) sırrını ifade ettiğini ile ri sürmek, daha sonra tasavvuf konusunda işaret edileceği üzere, tasavvufî açıdan çeşitli şekillerde yorumlanabilir ise de Kelam ilminin bilgi kaynaklarından "hiss-i selim", "akl-ı selîm" ve haber-i sâdık" ile izah edilebilecek bir husus değildir. Kelam açısından böyle bir "vahdet" (birlik) nasıl bir vahdettir ve böyle bir inanç nasıl bir tevhit inancıdır? Hz. Peygamber'in "Rabbânî hüviyet" makamına sokularak Yüce Allah ile "hüviyetsiz" bir şekilde birlikte kaldığı anlayışı ilk çırpıda Hıristiyanlıktaki "teslis" anlayışını akla getirmektedir. Kaldı ki, bizzat Kemalpaşazâde Cenabı Hak ile diğer varlıklar arasında böyle bir "hakiki ittihad" kurulmasını uygun bulmamış ve sûfilerin bu tarz aşırılıkları hakkında şöyle demiştir: "(Uşşâk-ı ilâhî) vaktâki hâl-i mestileri hafifleşir ve arz-ı Hüdâda mîzân-ı hak olan aklın hüküm ve tasallutuna red olunurlar. Bilirler ki bu, hakikat-i ittihad değil, şibh-i ittihadıdır. Nitekim âşıklar fart-ı aşkları zamanında 'Ben sevdiğim kimseyim, sevdiğim kimse bendir' derler."⁶⁵

Ayrıca, "Muhammed hakikatte Hak'tır. Hulkiyet itibarıyla Muhammed'tir. Hak onu sevdi. Binaenaleyh, onun suretiyle zahir oldu. Hak'kın zuhuru Muhammed'le oldu" diyen Kâşânî de bu sözlerini tezkîp edercesine İhlas suresinin tefsiri sırasında şunları söylemektedir: "Hüviyet-i ehadiyesi dahi kesret ve inkisâmı gayri kâbil, vücud-ı mutlakının maâdası, adem-i mahzdan başka bir şey olmadığından vahdet-i zâtiyenin gayrisine mukâreneti mümkün olmayınca, (Velem yekün lehû küfüven ehadü) (İhlâs suresi 112/4) hiçbir ehad Allah'a mûmâsil, müsâvî, beraber olamadı. Zira adem-i sırf vücud-ı mahza beraber olamaz. Bu sureye bu sebebden sure-i esas da denilmiştir. Zira dinin ve belki vücudun esası, tevhid üzredir."⁶⁶

4. Haşir

Kemalpaşazâde ruhun ölümsüzlüğünü kabul etmesinin bir sonucu olarak ölüm sonrası kabir (berzah) hayatında insanın cismânî lezzet veya elemeleri yaşayacağını ve bu çerçevede kabrin cennet bahçelerinden bir bahçe veya cehennem çukurlarından bir çukur olacağını da kabul etmiştir. Kıyamet gününde insanların yeniden dirtililerek bir araya toplanması manasına gelen haşiri de kabul eden İbn Kemal Paşa ismini vermeden "kâmil kişilerden biri demiştir ki" diyerek haşirle ilgili sûfilerden birinin şu görüşünü nakletmiştir: "Haşir genel (âm), özel (hâs) ve en özel (ehass)

65 İbn Kemal Paşa, *Leâli Meânî* (trc. Midhat), İstanbul 1328, Artin Asaduryân ve Mahdumları Matbaası, s. 25.

66 Kâşânî, *Tevîlât-ı Kâşâniyye* (trc. Ali Rıza Doksanyedi), III, 292.

olmak üzere üç kısma ayrılır. Umumî (genel) olan haşir, cesetlerin kıyamet gününde kabirlerinden çıkarak toplanmasıdır. Hususi (özel) olan haşir, dünya hayatındaki seyr ve sülûk ile uhrevî ruhların dünyevî cesetlerden ruhanî âleme çıkmalarıdır. Çünkü onlar, hayvanî özelliklerden olan ölüm ile ölmeden önce, nefsanî - hayvanî sıfatlardan (bizzat kendi istek ve) iradeleriyle ölmüşlerdir. En özel (ehass) haşir ise, ruhânî benlik (enaniyet) kabirlerinden çıkıp rabbânî hüviyete girmektir. Bu haşir Habîb'in makamıdır. Habîb bu makamda Yüce Allah ile beraber yaratılışında hüviyetsiz bir şekilde bekâ bulur. (Nitekim Hz. Peygamber bu konuda şöyle buyurmuştur:) “Benim Yüce Allah ile beraber olduğum öyle bir vakit var ki, benimle birlikte o vakit içine ne mukarreb bir melek (yani Cebrâil a.s.) ne de mürsel bir nebî (yani Nebî'nin -a.s.- kendisi) sığar.” İşte bu, Yüce Allah'ın “Hâ-mîm” kavli-i şerifinde işaret edilen vahdet sırrıdır. Çünkü ha ve mîm harfleri, Rahman ve Muhammed'in -aley-hisselam- isimleri arasında müşterek olan noktadır.⁶⁷

Kemalpaşazâde'nin haşrin mertebeleriyle ilgili bu görüşü hangi “kâmil” kişiden naklettiğine dair yaptığımız araştırmalarda Nizâmeddin en-Nisâbüri'ye (ö. 730/1329) ulaşılmış bulunmaktayız. Nisâbüri başta tefsir olmak üzere astronomi, matematik, sarf ve belâgat gibi çeşitli konularda eserler vermiş, geniş tasavvufi birikime sahip bir kimsedir. O, *Garâibü'l-Kur'an* adlı tefsirinde geçen tasavvufi yorumlar hakkında özellikle Kübrevî tarikatının şeyhlerinden müfessir Necmeddîn-i Dâye'nin (ö. 654/1256) *Bahru'l-hakâik ve'l-maânî* adlı eserinden yararlanmıştı.⁶⁸ Kemalpaşazâde'nin *Risâle fiş-şahsi'l-insânî*'sinde geçen özellikle haşrin üç mertebesiyle ilgili tanımlar kelimesi kelimesine Nizâmeddin en-Nisâbüri'nin tefsirinde “Onları toplayacağı kıyamet günü, sanki gündüz, birbirleriyle sadece tanışacakları bir saat kadar kalmış gibidirler”⁶⁹ ayetinin tefsiri sırasında yapılmıştır.⁷⁰

Kemalpaşazâde'nin haşrin mertebelerine dair yaptığı bu alıntı hakkındaki bazı değerlendirmelerimizi yukarıda hurûf-ı mukattaa konusunda yaptığımız gibi, biraz sonra tasavvuf konusunda da ifade etmeye çalışacağız. Ancak burada, Kemalpaşazâde'nin haşrin ruh ve beden bütünlüğü içerisinde vuku bulacağı konusunda Ehl-i sünnet kalamcılarıyla aynı görüşte olduğunu belirtmeliyiz.⁷¹ Nitekim

67 İbn Kemal Paşa, *Resâil-i İbn Kemal*, I, 100-101.

68 Nizâmeddin en-Nisâbüri'nin hayatı ve tefsiri hk.bk. Mustafa Özel, *Nisâbüri Ve Tefsirdeki Metodu*, İzmir 1994 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), s. 1-7; Gökçen Kalkan, *Garâibü'l-Kur'an ve Regâibü'l-Furkân'da İşâri Tefsir*, Erzurum 1998 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), s. 1-5; Ali Turgut, “Nizâmeddin en-Nisâbüri”, *DİA*, XXXIII, 181-182.

69 Yûnus 10/45.

70 Nizâmüddin el-Hasan b. Muhammed en-Nisâbüri, *Tefsîru Garâibi'l-Kur'an ve regâibi'l-Furkân* (nşr. Zekeriya Umeyrât), Beyrut 1416/1996, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, III, 592. Öte yandan, Kemalpaşazâde'nin bu risâlesinde naklettiği haşrin mertebeleriyle ilgili görüş için bk. İsmail Hakkı el-Bursevî, *Tefsîru Rûhi'l-beyân*, Dersâdet 1330, II, 43, 96, 174; VII, 25; IX, 144, 256. Özellikle İsmail Hakkı el-Bursevî bu görüşü er-Rûm 25 (*Tefsîru Rûhi'l-beyân*, VII, 25) ve Kâf 43. Ayetlerin tefsiri (*Tefsîru Rûhi'l-beyân*, IX, 144) sırasında Kemalpaşazâde'nin risâlesindeki lafızlarla birebir örtüşen şekilde nakletmiştir.

71 Kabir hayatının ve haşirin sadece ruhanî veya beden/cisim ve ruh bütünlüğü içerisinde olacağına dair kelâmî ve felsefî tartışmalar için bk. İbn Sînâ, *en-Necât*, Kahire 1357/1938, s. 291-295; Gazzâlî, *Tehâfütü'l-felâsife* (nşr. Süley-

o, haşirde cismânî dirilişin meydana geleceği konusunda hususi bir risâle kaleme almış ve bu husustaki görüşlerini açık bir şekilde dile getirmiştir.⁷²

Kemalpaşazâde'nin *Risâle fi'ş-şahsî'l-insânî*'de ileri sürdüğü görüşlerin Kalam ilmi açısından değerlendirilmesiyle ilgili son olarak şunlar söylenebilir: İbn Kemal Paşa bu risâlesinde konuları işlerken ölüm ve doğumun kısımları ve haşrin mertebeleri gibi birtakım taksimler yapmış ve görüşlerini bu taksimler içerisinde açıklamıştır. Bu üslubun başta İbn Kemal Paşa olmak üzere hemen bütün Osmanlı kelimcilerinin genel üslupları olduğu söylenebilir. Zira onlar her konuyu mutlaka mantikî bir form veya muayyen bir kıyas altına sokarak, bölme ve sınıflamalar yaparak incelemiş ve böylece her bir şıkkı ispat veya iskat etmişlerdir. Böyle bir metot şüphesiz ki, konuların açık ve anlaşılır bir şekilde anlatılması bakımından faydalı bir yöntemdir. Ancak söz konusu metodun bazen bu amaca hizmet etmeyecek tarzda kullanıldığı ve bu yöntemle zaman zaman meşru bir gerekçesi veya delili olmayan ya da gerçek bir içeriğe sahip bulunmayan birtakım muhayyel ve farazî kavramlar üretildiği olmuştur. Hatta bazen mantık oyunlarına dönüşen bu üsluptan, onu kullananların nerede durduklarını ve neyi savunup neye karşı çıktıklarını anlamak bile güç hale gelmektedir. Mesela, Kemalpaşazâde'nin bu risâlesinde insanın yapısını “beden (ceset), ruh ve nefis” şeklinde üç unsura ayırması, meşru delil ve gerekçelere sahip, anlaşılabilir bir taksimdir. Ancak burada ruhun “latîf bir cisim” şeklinde tarif edilmesinin bir sonucu olarak mi'râcın nasıl gerçekleştiği tartışmalarında, yeri geldiği zaman mi'râcın “ruhen” gerçekleştiği, yeri geldiği zaman da “cismen” vuku bulduğu şeklinde anlaşılacak bir mantık oyunu ortaya çıkmış, böylece de Kemalpaşazâde'nin miracın sadece ruhen mi yoksa ruh ve ceset birlikteliği içerisinde (cismânî) mi gerçekleştiği konusunda ne düşündüğü tam olarak anlaşılammıştır. Aynı şekilde, Kemalpaşazâde bu ayırimdan hareketle haşri âm, hâs ve ehas şeklinde üçe ayıran bâtinî bir görüşü benimsemiştir. Böyle bir yorum meşru ve mevşuk herhangi bir şer'i delile dayanmadığı gibi, adı geçen haşr-i âm, hâs ve ehas kavramları da Kalam ilmi bakımından gerçek içerikten yoksun hayalî kavramlardır. Hatta Kemalpaşazâde'nin “Hâ-mîm” ayetinde geçen “Ha” ve “mîm” harflerini “Rahman” ve “Muhammed” isimlerinin “ortak nokta”sı (müşterek) olarak niteleyen yorumu benimsemesi, İbn Kemal Paşa derecesinde bir ilmi kariyere sahip Kalamcı ve Fıkıhçıdan beklenebilecek bir yaklaşım değildir. Yine ölümü ve

man Dünya), Kahire 1955, s. 84-90, 285; Şeyhülislâm Musa Kâzım Efendi, *Külliyât* (nşr. Ferhat Koca), Ankara 2002, Ankara Okulu Yayınları, s. 238-262; Fatih Toktaş, “Te'vil ve Tefsir Bağlamında Fahreddin Er-Râzî'nin Cismânî Haşr Meselesine Yaklaşımı”, *Uluslararası 13. Yüzyılda Felsefe Sempozyumu Bildirileri*, 2014, s. 268-276; Emrullah Fatış, “Gazalî ve İbn Sinâ'nın Cismanî Haşre Yaklaşımı”, *Kelam Araştırmaları Dergisi*, 2014, c. XII, sy. 2, s. 147-170; Yusuf Şevki Yavuz, “Ba's”, *DİA*, V, 98-100; Süleyman Toprak, “Haşir”, *DİA*, XVI, 416-417.

72 Kemalpaşazâde'nin haşir hakkındaki görüşlerini anlattığı risâlesi için bk. İbn Kemal, *Risâle fi meâdi'l-cismânî*, Süleymaniye Ktp., Laleli, nr. 3711, vr. 95a-100b; *Risâle fi tahkiki haşri'l-ecşâd*, Süleymaniye Ktp., Ayasofya, nr. 4794, vr. 49a-55a; Bağdath Vehbi, nr. 2041, vr. 285b-293a; *Risâle fi haşri'l-ecşâd*, İstanbul Büyük Şehir Belediyesi, Atatürk Kitaplığı, K538, vr. 9b-22a; ayrıca bk. Sayın Dalkıran, *İbn-i Kemal ve Düşünce Tarihimiz*, İstanbul 1997, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, s. 149-154.

doğumu, ızdırârî (zaruri) ve ihtiyârî (irâdî) şeklinde ikiye ayırması da mecazî ya da felsefî ve tasavvufî bir yorumdur ve bu taksim de hakikî anlamında Kelam ilmi açısından meşru ve mevsuk herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır.

B. TEFSİR AÇISINDAN

Kemalpaşazâde'nin *Risâle fiş-şahsi'l-insânî* adlı eserinde Tefsir ilmini ilgilen-diren konular tefsir kaynakları, delil olarak getirdiği veya yorumladığı ayet-i kerimeler ve İsrâiliyât türü rivayetler hakkındaki yaklaşımı olmak üzere üç ayrı başlık altında incelenecektir.⁷³

1. Tefsir Kaynakları

Kemalpaşazâde *Risâle fiş-şahsi'l-insânî*'de bazı tefsirlere müracaat etmiş ve bunlardan çeşitli nakillerde bulunmuştur. Kemalpaşazâde'nin müracaat ettiği müfessirler Ebül-Kâsım Mahmûd b. Ömer ez-Zemahşerî, Fahreddin er-Râzî, Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî ve Kemâlüddîn Abdürrezzâk el-Kâşânî olmak üzere dört kişidir.

Şimdi bu müfessirlerden yararlandığı hususlara ayrı ayrı bakmaya çalışalım:

a. Ebül-Kâsım Mahmûd b. Ömer ez-Zemahşerî (ö. 538/1144)

İbn Kemâl Paşa bu risâlesinde Zemahşerî'nin *el-Keşşâf an hakâiki gavâmizi't-tenzîl* adlı eserinden yararlanmıştı. Zemahşerî İsrâ suresinin birinci ayetini tefsir ederken isrânın (Mekke'den Kudüs'e gece yürüyüşü) Hz. Peygamber'in uyanıklık halinde mi yoksa uyku halinde mi gerçekleştiği konusunda Hz. Âişe'nin "Vallahi, Allah'ın Resulü'nün (s.a.v.) cesedi kaybolmadı, fakat ruhuyla çıktı" dediğini nakletmiştir.⁷⁴ Ancak Zemahşerî, miracın uyanıklık halinde mi yoksa uykuda mı gerçekleştiği konusundaki görüşlerin çoğunluğunun Hz. Âişe'den rivayet edilen görüşün hilafına olduğunu söylemiştir.⁷⁵ Onun bu ifadesi, ruhani miracı savunanların ulemanın azınlığını teşkil ettiği anlamına gelmektedir. Hâlbuki Kemalpaşazâde'nin Hz. Âişe'nin söylediği iddia edilen yukarıdaki sözü *el-Keşşâf*'tan nakletmesi, okuyucuda Zemahşerî'nin de bu görüşü kabul ettiğine dair bir algı meydana getirmektedir. Ne var ki, Zemahşerî'nin yukarıdaki ifadesi, mi'râcın ruhen vuku bulduğu

73 Kemalpaşazâde'nin tefsir anlayışıyla ilgili olarak bk. Mustafa Kılıç, "İbn Kemâl'in Tefsirdeki Metodu", *Şeyhülislam İbn Kemal Sempozyumu* (nşr. S. Hayri Bolay ve diğ.), Ankara 1989, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 131-139; Orhan Karmış, "Kemâl Paşazâde'nin Tefsir İlmine Getirdiği Yenilikler", *Şeyhülislam İbn Kemal Sempozyumu*, s. 140-143; Enver Arpa, "Şeyhülislam Kemal Paşazade ve Tefsir Anlayışı", *Tokat'ta Kur'an Günleri X. Kur'an Sempozyumu: Kur'an ve Eğitim, 12-13 Mayıs 2007/Tokat*, 2008, s. 195-214; Ali Öge, "Şeyhu'l-İslam İbn Kemal'in Kur'an-ı Kerim'in İcâzıyla İlgili Görüşleri", *Diyanet İlmî Dergi*, 2014, c. L, sy. 2, s. 89-102.

74 Zemahşerî, *el-Keşşâf*, III, 493.

75 Zemahşerî, *el-Keşşâf*, III, 493.

iddiasının azınlık görüşü olduğu, kendisinin de dâhil bulunduğu çoğunluğun ise mi'râcın cismânî olarak gerçekleştiğini kabul ettiği anlamına gelmektedir. Hz. Âişe'den rivayet edilen bu sözün hadis ilmi açısından değerini biraz aşağıda gelecek olan hadis konusuna havale ederek burada şu kadar söyleyelim ki, miracın sadece ruhani olduğu veya hem ruh hem de bedenle birlikte gerçekleştiği konusunda Zemahşeri'nin tefsirinde zengin bir tartışma bulunmamaktadır ve Kemalpaşazâde de *el-Keşşâfı* burada tefsir değil, bir nevi “hadis kaynağı” olarak kullanmıştır. Hâlbuki Zemahşeri'nin *el-Keşşâfı* rivayet yani hadis ve haber naklinden daha çok dirayet (re'y) yönüyle şöhret bulmuş bir tefsirdir.⁷⁶

b. Fahreddin er-Râzî (ö. 606/1210)

Kemalpaşazâde *Risâle fi'ş-şahsi'l-insânî*'sinde en çok Fahreddin er-Râzî'den yararlanmıştıdır.

Fahreddin er-Râzî “(Ey Muhammed!) Sana ruhtan soruyorlar. De ki: “Ruh Rabbimin bildiği bir iştir ve size ilimden ancak az bir şey verilmiştir”⁷⁷ ayetini tefsir ederken hayatın sebebi olarak ruh (ruhun hakikati, mahiyeti ve emir kavramı) ve münhasıran bu ayette geçen “ruh”un hangi manalara geldiği, insanın hakikati ve ruhun bedeninde mevcut bir cisim olduğu, nefis kavramı, nefsi ispat eden aklî deliller ve nefsin cisim olmadığının ispatı konularında geniş tartışmalar yapmıştır.⁷⁸ İşte İbn Kemal Paşa *Risâle fi'ş-şahsi'l-insânî* adlı kısa eserini Fahreddin er-Râzî'nin yaptığı bu tartışmaları özetleyerek ve görüşler arasında bazı tercihler yaparak meydana getirmiştir. Dolayısıyla, Kemalpaşazâde'nin bu risâlesinin içerik bakımından orijinal bir eser olduğu söylenemez.

c. Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî (ö. 671/1273)

Kemalpaşazâde *Risâle fi'ş-şahsi'l-insânî*'de müfessir Kurtubî'nin⁷⁹ (ö. 671/1273) meşhur tefsiri *el-Câmi' li-ahkâmî'l-Kur'ân*'ından daha ziyade, onun âhiret hayatını anlattığı *et-Tezkire fi ahvâli'l-mevtâ ve umûri'l-âhire*⁸⁰ adlı eserinden yararlanmıştıdır.

76 Zemahşeri'nin *el-Keşşâfı* hk.bk. Ali Özek, “el-Keşşâf”, *DİA*, XXV, 329-330.

77 el-İsrâil/85.

78 Fahreddin er-Râzî, *Tefsîru'l-Fahri'r-Râzî (et-Tefsîru'l-Kebîr veya Mefâtihu'l-gayb)*, Beyrut 1401/1981, Dâru'l-Fikr, XXI, 37-54.

79 Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî'nin hayatı ve eserleri hk.bk. Tayyar Altıkulaç, “Kurtubî, Muhammed b. Ahmed”, *DİA*, XXVI, 455-457.

80 *et-Tezkire fi ahvâli'l-mevtâ ve umûri'l-âhire* adlı kitabın çeşitli baskıları için bk. nşr. es-Sâdık b. Muhammed b. İbrâhim, Riyad 1425, Mektebetü Dâri'l-Minhâc, I-III; nşr. Ahmed Hicâzî es-Sekkâ, Beyrut 1405/1985; nşr. es-Seyyid el-Cemîlî, I-II, Kahire-Beyrut 1407/1987; nşr. Ebû Süfyân Mahmûd b. Mansûr el-Bestâvisî, I-II, Medine 1417/1997. Bu kitabı Abdülvehhâb eş-Şârânî *Muhtasarü Tezkireti'l-Kurtubî* (Kahire 1898, 1300, 1301, 1310, 1320, 1926, 1349), Ahmed b. Muhammed b. Ali es-Sühaymî *et-Tezkireti'l-fâhire fi ahvâli'l-âhire* (Meşhûr Hasan Mahmûd Selmân, s. 133) ve M. İbrâhim Sâlim *Yevmü'l-fevzi'l-ekber* (Kahire 1405/1984) adıyla ihtisar etmiş, Şârânî'nin muhtasarı Hasan Tahsin Emiroğlu tarafından *Kısaltılmış Tezkire-i Kurtubî* adıyla Türkçeye çevrilmiştir (Konya 1995). Süyûti, *et-Tezkire'yi Şerhu's-sudûr fi şerhi hâli'l-mevtâ fi'l-kubûr* adıyla şerh etmiştir (Kahire 1309, 1329). Bk. Tayyar Altıkulaç, “Kurtubî, Muhammed b. Ahmed”, *DİA*, XXVI, 456.

Kurtubî bu eserinde ruh ve nefsin aynı manaya geldiğini, onun latif bir cisim olduğunu, hissedilebilir cesetlere karıştığını (müşâbik), insanın onunla semaa çıktığını, ruhun ölmeyip yok olmadığını, başlangıcı (evveli) olup sonunun olmadığını, onun hakkında insanların birçok ihtilaf ettiğini, ancak onunla ilgili söylenenlerden en doğrusunun Ehl-i sünnet'in mezhebi olduğunu, Ehl-i sünnet'e göre de ruhun bir cisim olduğunu, ruhun öleceğini ve yok olacağını söyleyenler ile tenâsühü kabul edenlerin mühlit (inkârcı) olacağını anlatmıştır.⁸¹

Kemalpaşazâde risâlesinde yaklaşık sekiz satırı Kurtubî'nin *et-Tezkire*'sinden aynen almıştır.⁸² Yine bu metnin bir kısmı Kurtubî'nin *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân* adlı tefsirinde de bulunmaktadır.⁸³ Kurtubî tefsirinde iş bu konuyla ilgili haberleri tümüyle *et-Tezkire* adlı kitabında zikrettiğini belirtmiştir.⁸⁴ Dolayısıyla, Kemalpaşazâde'nin ruhla ilgili olarak *el-Câmi*'in İsrâ suresi 85. Ayetin tefsiri sırasında anlatılan konulardan⁸⁵ daha ziyade *et-Tezkire*'den alıntı yapmakla isabetli davrandığı söylenilebilir.

Öte yandan, Kemalpaşazâde ruh, beden ve nefis ilişkisi hakkında el-Hatîb Ebû Bekir'in Mâlik b. Enes'ten (ö. 179/795) "Muhakkak ki, ölüm meleği ruhu kabzeder ve 'Yüce Allah (öleceklerin) ölümleri anında ruhlarını (nefis) alır'⁸⁶ " dediğini nakletmiştir.⁸⁷ Hatîb el-Bağdâdî lakabıyla meşhur olan Ebû Bekir Ahmed b. Ali b. Sâbit el-Bağdâdî'nin (ö. 463/1071) Mâlik b. Enes'den naklettiği bu söz⁸⁸ de senediyle birlikte Kurtubî'nin tefsirinde yer almakta⁸⁹, ayrıca Kurtubî'nin *et-Tezkire*'sinde ise muhtasar bir şekilde bulunmaktadır.⁹⁰

d. Kemâlüddîn Abdürrezzâk el-Kâşânî (ö. 736/1335)

Kemalpaşazâde *Risâle fiş-şahsi'l-insânî*'de yaptığı tasavvufî yorum veya görüşlerin büyük bir kısmını, adını zikretmeden, kendi üstatları halkasında bulunan Kemâlüddîn Abdürrezzâk el-Kâşânî'nin *Hakâiku't-Te'vil*'inden almıştır. Bu tefsir Kâşânî'nin eseri olduğu halde bazıları onun muhtasarını Muhyiddin İbnü'l-Arabî'ye nispet etmiş ve bu sebeple de söz konusu muhtasar İbnü'l-Arabî adına çeşitli defalar basılmıştır.⁹¹

81 Kurtubî, *et-Tezkire fi ahvâli'l-mevtâ ve umûri'l-âhire* (nşr. es-Sâdık b. Muhammed b. İbrahim), Riyad 1425, Mektebetü Dâri'l-Minhâc, I, 367-369.

82 İbn Kemal Paşa, *Resâil-i İbn Kemal*, I, 99.

83 Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân* (nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki), Beyrut 1427/2006, Müessesetü'r-Risâle, XVIII, 286.

84 Kurtubî, *el-Câmi'*, XVIII, 287.

85 Kurtubî, *el-Câmi'*, XIII, 166-168.

86 ez-Zümer 39/42.

87 İbn Kemâl, *Resâil-i İbn Kemâl*, I, 99.

88 Mâlik b. Enes'in bu sözü için bk. Mâlik b. Enes, *Muvatta* (nşr. Muhammed Mustafa el-Azamî), Abudabi 2004, Müessesetü Zâyid b. Sultan, I, 144.

89 Kurtubî, *el-Câmi'*, XVII, 19 (Secde suresinin 11. Ayetinin tefsiri sırasında). Öte yandan, Musa Koçar, Mâlik b. Enes'den yapılan bu rivayetin Kurtubî'nin *el-Câmi*'inde ez-Zümer 39/42. Ayetinin tefsiri sırasında (XIV, 93) geçtiğini söylemekte (bk. Musa Koçar, "İbn Kemal'in Risâle fi Beyânî'n-Nefs ve'r-Ruh ve'l-Beden Adlı Eseri", s. 18, dipnot. 73) ise de belirtilen ayetin tefsir edildiği sayfalarda bu rivayete rastlanılmamıştır. Bk. Kurtubî, *el-Câmi'*, XVIII, 284-288.

90 Kurtubî, *et-Tezkire*, I, 254.

91 Muhyiddin Arabî, *Tefsîruş-Şeyhi'l-Ekber* (nşr. Hasan Hilmi el-Kütübî - Muhammed Hasan Cemâli el-Halebi), Kahire 1317, I-II.

Kemalpaşazâde'nin Kâşânî'den yaptığı alıntıları veya özetlediği bazı görüşleri yukarıda Kelam konusunda gösterdiğimiz gibi, biraz aşağıda risâlede geçen ayet-i kerimeleri incelerken de işaret edeceğiz.

Ayrıca, Kemalpaşazâde bu risâlesinde açıkça adını söylemese de yukarıda haşrin mertebeleriyle ilgili tartışmalar sırasında belirttiğimiz gibi, bazı konularda Nizâmüddin el-Hasan b. Muhammed en-Nisâbü'rî'nin *Garâibi'l-Kur'ân ve regâibi'l-Furkân* adlı tefsirinden de yararlanmıştı.

Kemalpaşazâde'nin *Risâle fi'ş-şahsî'l-insânî*'sinde kendilerinden yararlandığı Zemahşerî, Fahreddin er-Râzî ve Kurtubî gibi müfessirlerin adlarını açıkça zikrettiği halde, Kâşânî ve Nisâbü'rî gibi "işârî tefsir" adı verilen tasavvufî tefsir kaynaklarını belirtmemesi, onun, yaşadığı dönemin sıcak tartışma konuları olan bazı tasavvufî meseleler ve figürler hakkında tarafsız bir konumda bulunduğunu gösterme arzusunun kaynaklanmış olabilir.

2. İncelediği Ayet-i Kerîmeler

Kemalpaşazâde bu risâlesinde "Hâ-mîm" ayeti ve er-Rahmân suresi 33. Ayeti olmak üzere toplam iki ayet-i kerimenin tefsirini yapmıştır.

Bunlardan birincisi olan "Hâ-mîm" ayetiyle ilgili değerlendirmeleri yukarıda hurûf-ı mukattaa konusunda yapmış bulunuyoruz. Şimdi er-Rahmân suresi 33. Ayeti hakkındaki tefsirine değinmek istiyoruz.

Kemalpaşazâde er-Rahmân suresi 33. Ayeti hakkında, "Cismânî heyetlerden ve bedenî alakalardan sıyrılarak 'Göklerin ve yerin çevresini aşıp geçmeye gücünüz yetiyorsa', melekûtî ruhların ve ceberrût nefislerin girdiği yola girmek veya ilâhî hazrete ulaşmak için 'geçiniz', ancak açık bir beyyine -ki o da ilim, amel ve Yüce Allah'da fena bulma yollarıyla tevhid, tecrid ve tefrîddir- olan 'bir sultan olmaksızın geçemezsiniz!'⁹² demiştir.⁹³

Kemalpaşazâde'nin yapmış olduğu bu tefsir kelimesi kelimesine Kâşânî'nin *Hakâiku't-Tevîl* adlı eserinden alınmıştır.⁹⁴ Ancak bu alıntının, söz konusu ayetin anlaşılmasına olumlu katkılar yaptığı gibi, risâlede ortaya konulmaya çalışılan felsefî, kelâmî ve tasavvufî perspektiflerle de uyumlu bir bütünlük içinde olduğu söylenebilir.

92 er-Rahmân 55/33.

93 İbn Kemal Paşa, *Resâil-i İbn Kemal*, I, 101.

94 Kâşânî er-Rahmân suresinin 33. Ayetini şöyle tefsir etmiştir: "Ey ins ve cin güruhu, batını ve zahiri olanlar, taallukât-ı bedeniye ve heyet-i cismaniyyeden tecerrüt ile semavat ve arzın kuturlarından (çaplarından) nüfuz edip geçmeğe kadir oldunuzsa, nüfuz ederek Hazret-i İlahiyyeye vasıl olmak için nüfuz-ı melekiyye ve ervâh-ı ceberûtîye silkinde diziliniz. Nüfuz edemezsiniz, ancak tevhit, tecrid ve ilim ve amel ve fenafillah ile tekarrübden ibaret olan zahir hüccet ile nüfuz edebilirsiniz." Bk. Kemâlüddin Abdürrezzâk el-Kâşânî, *Tevîlât-ı Kâşânîyye* (trc. Ali Rıza Doksanyedi), III, 141.

3. İsrâiliyât

Kemalpaşazâde'nin bu risâlesinde Tefsir ilmi açısından değerlendirmek istediğimiz son konu onun İsrâiliyâta karşı yaklaşımıdır.

İsrâiliyât, Yahudi ve Hıristiyan kaynaklarından İslâm kaynaklarına geçen bilgiler demektir. İsrâiliyatın muhtevası hayli geniş olup bu rivayetler genellikle İsrâiloğulları'na gönderilen peygamberler, onların yaptıkları çeşitli uyarılar, zahitlerin söz ve davranışlarıyla mazhar oldukları birtakım manevi lütuflarla ilgilidir. Bazı İslam âlimleri diğer dinlere ait çeşitli unsurların İslâm'da bulunmasının onun güvenilir ve ilâhî kaynaklı olmasına zarar vermeyeceğini, özellikle Kur'an'da yer alan bazı tarihî hadiseleri, peygamber kıssalarını, Hz. Meryem ve Ashâb-ı Kehf'e dair beyanları aydınlatmak için İsrâilî bilgileri kullanmanın herhangi bir sakıncası bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. Bazı İslam âlimleri ise, Yahudi ve Hıristiyanların kutsal kitaplarındaki birtakım hükümleri gizlediklerini ve değiştirdiklerini belirten ayetleri⁹⁵ delil getirerek onların kitaplarına güvenilemeyeceğini, bu sebeple de İsrâiliyatın rivayet edilmesinin caiz olmadığını söylemişlerdir.⁹⁶ Usul-i fıkıh ilmi açısından aşağıda göreceğimiz üzere, bizden önce yaşamış olan ilahî din ve şeriatlarla (şer'u men kablenâ) ilgili doğru bilginin yegâne kaynağı Kur'an-ı Kerim ve sahih hadislerdir. Şayet bu dinlerle ilgili bir bilgi (hüküm) Kur'an-ı Kerim ve sahih sünnette mevcut değilse, bizim açımızdan o hüküm henüz sahih ve sabit değil demektir. Bu sebeple İslam âlimleri, İslam'dan önceki ilahî dinler, bu dinlerin peygamberleri veya mensuplarıyla ilgili Kur'an-ı Kerim ve sahih hadislerin dışındaki kaynaklarda yer alan bilgiler karşısında hassas davranmış ve kaynağı belli olmayan bu tür haberleri kullanmaktan kaçınmışlardır. Ancak bütün bu hassasiyetlere rağmen bazı tefsir, hadis ve tasavvuf kitaplarında İsrâiliyatla ilgili haberlere özensiz bir şekilde yer verilmiştir. İşte bu konuya dair örneklerden biri de Kemalpaşazâde'nin *Risâle fi'ş-şahsi'l-insânî*'sinde geçmektedir.

İbn Kemal Paşa bu risâlede ölüm gibi doğumun da ızdırârî ve ihtiyârî olmak üzere iki tür olduğu görüşünü kabul etmiştir. Ona göre, ızdırârî (zorunlu) doğum, Cenâb-ı Hak'ın yaratmasıyla meydana gelen ve kendisinde insanın katkı (kesb) ve iradesinin (ihtiyar) herhangi bir etkisinin bulunmadığı doğumdur. İhtiyârî (irâdî)

95 el-Bakara 2/78-79; en-Nisâ 4/46; el-Mâide 5/13; el-En'âm 6/91; en-Neml 27/76; eş-Şûrâ 42/14.

96 İsrâiliyât konusu için bk. Remzi Muhammed Kemâl Na'nâa, *el-İsrâiliyyât ve eseruhâ fi kütübî't-tefsîr*, Dımaşk 1390/1970; Muhammed Hamîdullah, "İslâmî İlimlerde İsrâiliyât Yâhut Gayr-ı İslâmî Menşeli Rivâyetler" (trc. İbrahim Canan), *Atatürk Üniversitesi İslâmî İlimler Fakültesi Dergisi*, sy. 2 [1977], s. 295-319; a.mlf., "İslâm Hukukunun Kaynakları Açısından Kitâb-ı Mukaddes" (trc. İbrahim Canan), *Atatürk Üniversitesi İslâmî İlimler Fakültesi Dergisi*, sy. 3 [1979], s. 379-410; Abdullah Aydemir, *Tefsirde İsrâiliyyât*, Ankara 1979; Muhammed Hüseyin ez-Zehabi, *el-İsrâiliyyât fi't-tefsîr ve'l-hadis*, Kahire 1986; Muhammed Ebû Şehbe, *el-İsrâiliyyât ve'l-mevzûât fi kütübî't-tefsîr*, Kahire 1408/1988; Roberto Tottoli, "Origin and Use of the Term İsrâiliyyât in Muslim Literature", *Arabica*, XLVI/2 [1999], s. 193-210; Mustafa Öztürk, "Kur'an Kıssaları Bağlamında İsrâiliyyât Meselesine Farklı Bir Yaklaşım -Tefsirde İsrâiliyyât Karşıtı Söyleminin Tahsil ve Tenkidi", *İslâmî İlimler Dergisi*, 2014, c. IX, sy. 1, s. 11-68; İbrahim Hatipoğlu, "İsrâiliyat", *DİA*, XXIII, 195-199; Abdülhamit Birışık, "İsrâiliyat-Tefsir", *DİA*, XXIII, 199-202.

doğum ise, insan kesbiyle meydana gelen doğumdur. Hz. İsa'nın (a.s.) “İki defa doğmayan semaların melekûtuna giremez” sözü de buna işaret etmektedir.⁹⁷

Kemalpaşazâde'nin bu ifadeleri, Kâşânî'nin *Hakâiku't-Te'vil* adlı tefsirinde Âl-i İmrân suresinin 34. Ayetinin tefsiri sırasında söyledikleriyle büyük oranda benzerlik göstermektedir.⁹⁸ Kemalpaşazâde'nin, nerden nakletmiş olursa olsun, hakiki anlamlarıyla “ana rahminden doğmak” manasına gelen doğum ile “beyin fonksiyonlarının ve hayatiyetin sona ermesi” manasına gelen ölümü “ızdırârî” (zorunlu) ve “ihtiyârî” (irâdî) şeklinde ikiye ayırmasının Kelâm ilmi açısından herhangi bir şer'i dayanağı bulunmamaktadır. Çünkü böyle bir ayırım bizi kaderci ve cebriyeci birtakım noktalara ulaştırabilir. Dolayısıyla “hakiki” anlamında “ölüm” ve “doğum”un bu şekilde ikiye ayrılmasına karşı çeşitli aklı ve şer'i delillerle itiraz edilebilir. Ancak, burada “doğum” ve “ölüm” kelimelerinin “hakiki” anlamları dışında, “psikolojik, sosyolojik veya kültürel bir ortam, atmosfer veya seviyeden başka bir ortam, atmosfer veya seviyeye geçmek, girmek, çıkmak” şeklinde birtakım mecazi manalarda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Kemalpaşazâde'nin bu risâlesinde olduğu gibi, özellikle felsefi ve tasavvufî kaynaklarda sıkça rastlanan “ölüm” ve “doğum” kelimelerinin mecazî kullanım ve taksimleri ise, kendilerine katılıp katılmamak bir tarafa, tamamıyla tartışma konumuzun dışındadır.

Öte yandan, İsrâiliyât'la ilgili bizi burada ilgilendiren husus, Hz. İsa'ya (a.s.) nispet edilen ve *Kitâb-ı Mukaddes*'te de yer alan “İki defa doğmayan semaların melekûtuna giremez” sözüdür.⁹⁹ Bu söz çeşitli tasavvuf ve tefsir kitaplarında¹⁰⁰ geç-

97 İbn Kemal Paşa, *Resâil-i İbn Kemal*, I, 101.

98 Kâşânî Âl-i İmrân suresinin 34. Ayetini şöyle tefsir etmiştir: “Din ve hakikatde bazı bazısından hâsıl bir zürriyet olduğu halde seçmiştir. Çünkü velâdet iki kısımdır, biri suriye, diğeri maneviyedir, tevhid ve marifetde ve bâtına taalluk eden usul-i dinde diğeri bir nebiye tâbi olan herhangi bir Nebi, tâbi olduğu Nebi'nin manen ve ledidir. Böylece babalar dahi üç kısımdır. Biri seni dünyaya getiren, biri de seni terbiye eden, biri de sana ilim öğreten babadır, denilmiştir. İmdi sûri doğmakta beden vücudu ana rahimde babanın nutfesinden hasıl olduğu gibi böylece hakiki doğmakta da kalb vücudu, istidad nefsi rahminde şeyh ve muallimin nefhasından hasıl olur. İşte İsa Aleyhisselâm'ın “İki defa doğmayan kimse göklerin melekûtuna giremez” sözüyle işaret ettiği doğmak bu doğmaktır.” Bk. Kemâlüddin Abdürrezzâk el-Kâşânî, *Te'vilât-ı Kâşâniyye* (trc. Ali Rıza Doksanyedi), I, 110. Aynı metnin Arapçası için bk. Necmeddin Ergül, *Kâşânî ve Hakâiku't-Te'vil fi Dekâiki't-Tenzil Adlı Eserinin I. Cildinin (Fâtiha-Enâm) Tahkik Ve Tahriri* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), (Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Şanlıurfa 2002, s. 313. Yine aynı metin için bk. Muhyiddin Arabî, *Tefsiru'ş-Şeyhi'l-Ekber* (nşr. Hasan Hilmi el-Kütübî - Muhammed Hasan Cemâli el-Halebî), yy., 1317, I, 240-241; bu metnin tercümesi için bk. Şeyhu'l-Ekber Muhyiddin İbn Arabî, *Tefsir-i Kebir Te'vilât* (trc. Vahdetin İnce), İstanbul ts., Kitsan Yayınları, I, 187.

99 Hz. İsa'nın bu sözünün geçtiği Yuhanna üçüncü baktaki ayetler şöyledir: “Nikodimos adlı, Ferisilerden bir adam, Yahudilerin bir reisi vardı. Bu adam geceleyin İsa'nın yanına gelip dedi: Rabbi, senin Allah'tan gelmiş bir muallim olduğunu biliyoruz; zira Allah kendisi ile olmadıkça, kimsenin senin yaptığın âlâmetleri yapamaz. İsa cevap verip ona dedi: Doğrusu ve doğrusu derim: Bir kimse yeniden doğmadıkça Allah'ın melekûtunu göremez. Nikodimos ona dedi: Bir adam ihtiyarken nasıl doğabilir? Anası rahmine ikinci defa girip doğabilir mi? İsa cevap verdi: Doğrusu ve doğrusu sana derim: Bir kimse sudan ve Ruhtan doğmadıkça Allah'ın melekûtuna giremez.” Bk. *Kitâb-ı Mukaddes*, İstanbul 1995, Kitap-ı Mukaddes Şirketi, II, 94 (*Yeni Ahit*, Yuhanna 3/1-5).

100 Hz. İsa'ya (a.s.) nispet edilen bu sözün geçtiği bazı kaynaklar için bk. Sühreverdi, *Avârifü'l-maârif*, s. V, 74 (Ebû Hâmid el-Gazzâlî, *İhyâu ulûmü'd-dîn*, Beyrut ts., Dâru'l-Ma'rife iferisinde); Muhyiddin b. Arabî, *Resâilü İbn Arabî* (nşr. Kâsim Muhammed Abbâs - Hüseyin Muhammed Uceyl), Abudabi 1998, Menşûrâtü'l-Mecma'i's-Sekafi, s. 341; Kemâlüddin Abdürrezzâk el-Kâşânî, *Te'vilât-ı Kâşâniyye* (trc. Ali Rıza Doksanyedi), I, 48, 110; Muhammed b. İbrahim Sadreddin eş-Şirâzî, *Şerhu Usûli'l-Kâfi*, s. 41; Molla Sadra, *Mefâtihu'l-gayb*, I, 7, 339, 528 (<http://ar.lib.eshia.ir/71486/1/7>, 26.02.2016); İsmail Hakkı el-Bursevî, *Tefsiru Rûhi'l-beyân*, Dersâadet 1330, II, 43, 96, 174; IX, 256; Muhittin Uysal, *Tasavvuf Kültüründe Hadis*, İstanbul 2012, Ensar Neşriyat, s. 386.

mekle birlikte, herhangi bir sahih hadis mecmuasında bulunmamaktadır. Dolayısıyla o, İsrâiliyât kapsamına giren bir sözdür. Herhangi bir sözün/görüşün İslam açısından doğru ve sahih olabilmesi için onun İslam'ın temel kaynaklarında (edile-i şer'iyye) bulunup bulunmadığına veya bu kaynaklara uygun olup olmadığına bakılır. Şayet bir söz herhangi bir kayıt ve şart konulmadan sırf *Kitâb-ı Mukaddes*'te geçtiği için Kelam, Tefsir, Hadis, Fıkıh ve Tasavvuf ilimleri içerisine alınır ve ona birtakım bağlayıcılık dereceleri verilirse, böyle bir durum İslam din ve düşüncesinin *Kitâb-ı Mukaddes*'in kontrolüne geçmesine ve böylece İslam'ın Yahudiliğe veya Hıristiyanlığa dönüşmesine yol açabilir.

Sonuç olarak, Kur'ân-ı Kerîm'de ve herhangi bir sahih hadis mecmuasında yer almayan ve Hz. İsa'ya (a.s.) nispet edilen "İki defa doğmayan semaların melekûtuna giremez" sözü bir İsrâiliyât örneğidir ve İbn Kemal Paşa gibi yetkin bir tefsircinin böyle bir haberi herhangi bir incelemeye tabi tutmaksızın eserine almış olması, ondan beklenmeyen bir tesâhüllük olarak değerlendirilebilir.

C. HADİS AÇISINDAN

Kemalpaşazâde'nin *Risâle fiş-şahsi'l-insânî*'sinde Hadis ilmini ilgilendiren toplam dört haber bulunmaktadır. Şimdi bu haberleri ayrı ayrı değerlendirmeye çalışalım:

1. Miraçla İlgili Hz. Âişe'den Rivayet Edilen Haber

Kemalpaşazâde yukarıda mi'râc konusunu incelerken işaret ettiğimiz üzere, insan ruhunun hakikatine vakıf olan kimsenin "cismânî miracın" sırrına vakıf olacağını ve Hz. Âişe'den rivayet edilen "Mi'râc gecesinde Hz. Peygamber'in (a.s.) cismi kaybolmadı, ancak o ruhuyla mi'râca çıktı" sözünün anlamının açığa çıkacağını söylemiştir.¹⁰¹

Kemalpaşazâde, Hz. Âişe'ye (ö. 58/678) nispet edilen bu sözü Zemahşeri'nin *el-Keşşâf* adlı tefsirinden¹⁰² nakletmiştir. Ne var ki, bu söz herhangi bir muteber hadis mecmuasında mevcut olmayıp daha çok tarih ve tefsir kitaplarında yer almaktadır. Adı geçen haberin ilk kaynağı ise erken dönem İslam tarihçilerinden İbn İshak'tır (ö. 150/767). İbn İshak bu haberi, "Ebû Bekir ailesinden biri Âişe'nin şöyle dediğini bana söyledi (tahdis)" şeklinde nakletmiştir.¹⁰³

101 İbn Kemâl, *Resâil-i İbn Kemâl*, I, 99.

102 Zemahşeri, *el-Keşşâf*, III, 493.

103 İbn İshâk, *es-Sîretü'n-nebeviyye* (nşr. Ahmed Ferid el-Mezîdî), Beyrut 1424/2004, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, I, 309. Ayrıca Hz. Âişe'nin bu sözü hk.bk. İbn Hişâm, *es-Sîretü'n-nebeviyye* (nşr. Ömer Abdüsselâm Tedmürî), Beyrut 1410/11990, Dâru'l-Kitâbî'l-Arabî, II, 50; Ebû Câfer Muhammed b. Cerir et-Taberî, *Tefsîru'l-Taberî: Câmiu'l-beyân an te'vîli âyi'l-Kur'ân* (nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki), Kahire 1422/2001, Dâru Hicr, XIV, 445; Ebû'l-Fidâ

Bir sözün Hz. Peygamber veya sahabeden nakledilmesi sırasında râvilerin adil (doğru sözlü) ve rivayet zincirinin kesintisiz olması konularında hadis ilminde gösterilen hassasiyet ve titizliğin Tarih ilminden beklenmeyeceği izahıtan varestedir. Zira Hadis ilmi bir sözün Hz. Peygamber veya sahabeden nakledilmesi işlemini doğrudan doğruya “din”in (sem’î delil/şeriat) nakli, Tarih ilmi ise sıradan bir sözün nakli olarak değerlendirir.

Öte yandan, Hz. Âişe'nin bi'setten yani Hz. Muhammed'in (s.a.v.) peygamberliğinin başlamasından dört yıl sonra (miladi 614) doğduğu kabul edildiği takdirde¹⁰⁴, hicretten yaklaşık bir yıl önce (miladi 621) gerçekleşen mi'râc mucizesi vuku bulduğu zaman onun henüz yedi yaşında olduğu ortaya çıkar. Ayrıca, İbn İshak'ın yaptığı rivayet doğrudan doğruya Hz. Âişe'nin kendisinden değil, Hz. Ebû Bekir'in aile fertleri arasından adı belirtilmeyen bir kişiden yapılmıştır.

İnanç/itikad alanıyla ilgili olan mucize konusunda ve bu çerçevede özel olarak mi'râc mucizesi hakkında Kelam ilminin aradığı sıhhat şartlarına sahip olmayan böylesi bir haberle ihticac ise, sahih bir istidlâl olmaz.

2. Kabirle İlgili Hadis

Kemalpaşazâde ruhun mahiyetinin anlaşılması sayesinde berzah âlemi ve kabir hallerinin ve orada meydana gelecek olan cismânî lezzet ve elemelerin sırlarına vakıf olunacağını ve kabrin “cennet bahçelerinden bir bahçe veya cehennem çukurlarından bir çukur olması”nın anlamının ortaya çıkacağını söylemiştir.¹⁰⁵ Bu ifadeyle İbn Kemal Paşa, “kabrin cennet bahçelerinden bir bahçe veya cehennem çukurlarından bir çukur olduğu”na dair hadis veya haberlere işaret etmektedir.

Kemalpaşazâde burada söz konusu hadisi senet (en azından ilk râvîsi) ve tam metniyle birlikte ve kaynağını da belirtecek tarzda ilmî bir disiplin ve hassasiyet içerisinde vermiş değildir. Dolayısıyla, onun burada doğrudan doğruya hangi hadis veya haberi kast ettiğini bilmiyoruz. Ancak biz burada konuyla ilgili bazı hadis ve haberler hakkında kısa bilgiler vererek onun işaret ettiği hadisi tespit etmeye çalışabiliriz:

Tirmizi'nin (ö. 279/892) Ebû Saîd el-Hudrî'den (ö. 74/693) rivayet ettiği bir hadiste Hz. Peygamber (s.a.v.) “*Kabir ya cennet bahçelerinden bir bahçe veya cehennem çukurlarından bir çukurdur*”¹⁰⁶ buyurmuştur.

İsmâil b. Kesir, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-azîm* (nşr. Mustafa es-Seyyid Muhammed ve diğ.), Cize 1421/2000, Müessesetü Kurtuba, VIII, 433; a.mlf., *el-Bidâye ve'n-nihâye* (nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki), Cize 1417/1997, Dâru Hicr, IV, 282.

104 Hz. Âişe'nin doğum tarihi hk.bk. Mustafa Fayda, “Âişe”, *DİA*, II, 201.

105 İbn Kemâl, *Resâil-i İbn Kemâl*, I, 100.

106 Tirmizi, *Sünen*, “Kıyâmet”, 26 (nr. 2460); Celâleddin es-Suyûtî, *Serhu's-Sudûr bi-şerhi hâli'l-mevtâ ve'l-kubûr*, Cidde 1985, Mektebetü'l-Medenî, s. 153; Lafız farklılıklarıyla bk. Şireveyh b. Şehredâr ed-Deylemî İkiyâ, *el-Firdevs bi-meşûri'l-hitâb*, Beyrut 1406/1986, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, III, 453 (nr. 5397).

Tirmizî bu hadisi rivayet ettikten sonra onun “hasen-garîb” olduğunu ve sadece bu yolla geldiğini söylemiştir.¹⁰⁷ Garîb, benzeri başka râviler tarafından rivayet edilmemiş veya isnad yönünden tek kalmış ya da senedinin herhangi bir yerinde (tabakasında) râvi sayısı bire düşmüş olan hadis demektir. Bir râvinin hadisin rivayetinde yalnız kalması, onun hata ve yanlış yapma ihtimalini artıran ve râviye karşı güvensizlik doğuran bir unsurdur. Nitekim garîb hadisler taşındıkları zayıflık ve bazı gizli kusurlar (illet) sebebiyle genellikle sahih değildirlir. Bundan dolayı da hadis âlimleri garîb hadis rivayetine rağbet etmemiş hatta ona karşı çıkmışlardır.¹⁰⁸

Senedinde bulunan bazı râvileri cerh edilen¹⁰⁹ Tirmizî'nin rivayet ettiği bu hadis hakkında Muhammed b. Abdurrahman es-Sehâvî (ö. 902/1497) zayıf¹¹⁰, Nâsiruddin el-Elbânî (ö. 1420/1999) “çok zayıf” ifadelerini kullanmış¹¹¹, Şevkânî (ö. 1250/1834) ise onun isnadında zaaf bulunmakla birlikte, mevzu hadisler içerisinde zikredilmesini isabetli bulmamıştır.¹¹²

107 Tirmizî, *Sünen*, “Kiyâmet”, 26.

108 Selahaddin Polat, “Garîb”, *DİA*, XIII, 375.

109 Tirmizî'nin bu rivayetinin senedinde bulunan Kâsım b. el-Hakem b. Kesîr el-Uranî (Ureyîni) (ö. 208/823) hakkında Ebû Nuaym (ö. 219/834) onda gaflet bulunduğunu, Ebû Hâtîm (ö. 277/890) ondan hadis yazılabileceğini ancak onun hadisiyle ihticâc edilemeyeceğini, Ukaylî (ö. 322/934) onun hadisinde münkerler bulunduğunu ve rivayet ettiği hadislerin çoğuna tabii olunmayacağını; Yahya b. Maîn (ö. 233/848), Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855) ve Nesâî (ö. 303/915) onun sığa (güvenilir), Ebû Zür'a (ö. 280/893) ve Mübarekfürî (ö. 1353/1934) gibi bazı hadis bilginleri ise doğru sözlü (sadük) olduğunu söylemişlerdir. Bk. Ahmed b. Ali b. Hacer el-Askalânî, *Tezhîbü't-tehziib* (nşr. İbrahim ez-Zeybek – Âdil Müşîd), Beyrut ts., Müessesetü'r-Risâle, III, 409; Semsüddin Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed ez-Zehabî, *Tezhîbü Tehzîbi'l-kemâl fi esmâ'ir-ricâl* (nşr. Müşâd Kâmil ve diğr.), Kahire 1425/2004, el-Fârûku'l-Hadisîyye li't-Tibâtî ve'n-Neşr, VII, 358-359 (nr. 5500); Muhammed Abdurrahman b. Abdîrahim el-Mübarekfürî, *Tuhfetu'l-Ahvezî bi-şerhi Câmi'it-Tirmizî* (nşr. Abdurrahman Muhammed Osman), Beyrut ts., Dâru'l-Fikr, VII, 157. Ayrıca Süfyan es-Sevrî (ö. 161/778), Ahmed b. Hanbel, Nesâî ve Zekerîyya b. Yahya es-Sâcî (ö. 307/920) gibi bazı âlimler Tirmizî'nin bu rivayetinin senedinde yer alan Kûfeli Şîllerden Ebû'l-Hasan Atiyye İbn Sa'd el-Avfi el-Kaysî'nin (ö. 111/729) müdellis (görüşmediği veya görüşse bile hadis almadığı kişilerden hadis rivayet eden), zayıf bir râvi olduğu ve onun rivayetlerinin hüccet olmadığını; Ebû Hatim ve İbn Adî (ö. 365/976) ise zaafî bulunmakla birlikte onun hadisinin yazılabileceğini, İbn Maîn onun salih, Ebû Zür'a da ciddiyetsiz/gevşek (leyyin) bir kimse olduğunu ileri sürmüştür. Bk. İbn Hacer el-Askalânî, *Tezhîbü't-tehziib*, III, 114-115; a.mlf., *Takrîbü't-Tehziib* (nşr. Ebû'l-Eşbâl Sagîr Ahmed Şâgîf el-Bâkistânî), Riyad ts., Dâru'l-Âsime, s. 680 (nr. 4649); Zehebî, *Tezhîbü Tehzîbi'l-kemâl*, VI, 371-372 (nr. 4649); a.mlf., *Mizânü'l-itidâl fi nakdi'r-ricâl* (nşr. Ali Muhammed Muavvaz – Âdil Ahmed Abdülmevcûd), Beyrut 1416/1995, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, V, 100 (nr. 4055/5673). Yine Yahya İbn Maîn, Ebû Zür'a, Ebû Hâtîm (ö. 277/890), İbn Hibbân (ö. 354/965) ve Sem'ânî (ö. 510/1116) gibi bazı hadis bilginleri bu hadisin senedinde bulunan Ebû İsmail Ubeydullah b. Velîd el-Vassâfî'nin herhangi bir değerinin bulunmadığını veya “zayıf” (vâhin) bir râvi olduğunu, Ukaylî ise Ubeydullah b. Velîd'in hadisinde münker şeylerin olduğunu ve rivayetlerine itimat edilmeyeceğini ileri sürmüştür. Bk. İbn Hacer el-Askalânî, *Takrîbü't-Tehziib*, s. 646 (nr. 4381); Ebû Cafer Muhammed b. Amr b. Musa el-Ukaylî, *Kitâbü'd-duafâ* (nşr. Hamdî b. Abdülmeccid es-Selefi), Riyad 1420/2000, Dâru's-Sumay'i, II, 877-878 (nr. 115); Zehebî, *Mizânü'l-itidâl*, V, 22 (nr. 3955/5410); a.mlf., *Tezhîbü Tehzîbi'l-kemâl*, VI, 244-245 (nr. 4381); Ebû'l-Ferec Abdurrahman b. Receb, *Tefsîru İbn Receb el-Hanbelî* (nşr. Târik İvazullah b. Muhammed), Riyad 1422/2001, Dâru'l-Âsime, II, 377; Mübarekfürî, *Tuhfetu'l-Ahvezî*, VII, 160; Muhammed Nâsiruddin el-Elbânî, *Silsiletü'l-ehâdisi'z-zâifeti ve'l-mevzuati ve eseruhâs-seyyi' fi'l-ümmeti*, Riyad 1408/1988, Mektebetü'l-Mearif, III, 355-355.

110 Muhammed b. Abdurrahman es-Sehâvî, *el-Makâsudu'l-hasene* (nşr. Abdullah Muhammed es-Siddik), Beyrut ts., Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, s. 302 (nr. 757).

111 Muhammed Nâsiruddin el-Elbânî, *Zâifü't-Tergîb ve't-terhib*, Riyad 1421/2000, Mektebetü'l-Mearif, II, 344-345 (nr. 1944).

112 Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, *el-Fevâidü'l-mecmûatü fi'l-ehâdisi'l-mevzuâ* (nşr. Abdurrahman el-Muallimî), Beyrut 1407/1987, el-Mektebetü'l-İslâmî, s. 242 (nr. 196-844).

Öte yandan, kabirle ilgili aynı manalar içeren şu rivayetler de bulunmaktadır:

İbn Ebî Şeybe (ö. 239/853) Hz. Ali'nin şöyle dediğini rivayet etmiştir: “Kabir ya cennet bahçelerinden bir bahçe ya cehennem çukurlarından bir çukurdur. Kabir günde üç kez konuşur ve şöyle der: Ben kurtlar eviyim; ben karanlıklar eviyim; ben vahşet ve yalnızlık eviyim.”¹¹³

Bu söz doğrudan doğruya Hz. Peygamber Efendimizin (s.a.v.) değil, Hz. Ali'nin sözüdür. Dolayısıyla bu haber olsa olsa merfu¹¹⁴ (sahabeye ait söz) bir haber şeklinde değerlendirilebilir.

Taberânî (ö. 360/971), Ebû Hüreyre'den şu hadisi nakletmiştir: “*Allah'ın Resulü (s.a.v.) ile beraber bir cenazeye gittik. O bir kabrin başında oturdu ve şöyle buyurdu: Bir gün gelir ve bu kabir apaçık bir dille şöyle der: 'Ey Âdemoğlu! Beni nasıl unuttun? Bilmiyor muydun ki, ben yalnızlık, gurbet ve vahşet diyarıyım, kurtların yeriyim, -Allah'ın genişlettiği kimse hariç- darlık yeriyim?' Sonra Nebî (s.a.v.) şöyle buyurdu: Kabir ya cennet bahçelerinden bir bahçe ya da cehennem çukurlarından bir çukurdur.*”¹¹⁵

Bazı hadis bilginleri bu hadisin senedinde bulunan Muhammed b. Eyyüb b. Süveyd'in zayıf bir râvi olduğunu söylemiş¹¹⁶, Nâsiruddîn el-Elbânî ise onun mevzu (uydurma) olduğunu ileri sürmüştür.¹¹⁷

Beyhakî (ö. 458/1066) İbn Ömer'den (ö. 73/692) şu hadisi nakletmiştir: “*Kabir ya cehennem çukurlarından bir çukur ya da cennet bahçelerinden bir bahçedir.*”¹¹⁸

113 İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef* (nşr. Hamid b. Abdillâh el-Cum'a - Muhammed b. Abdillâh el-Luheydan), Riyad 2004, Mektebetü'r-Rüşd, XI, 11 (nr. 32191); Celâleddin es-Suyûtî, *Serhu's-Sudûr*, s. 153.

114 Merfu, Hz. Peygamber'e nispet edilmiş söz veya haber demektir. Sahabenin “Hz. Peygamber zamanında şöyle dedik, şöyle yapardık” şeklindeki sözleri âlimlerin çoğunluğu tarafından “hükmen merfu” sayılmış, böyle bir haberde dile getirilen söz veya işten Resûl-i Ekrem'in bilgisi bulunduğunu gösteren bir açıklama bulunması halinde ise onun merfu olduğunda ittifak edilmiştir. Bir hadisin merfu olarak rivayet edilmesinin birtakım sebepleri vardır. Mesela, sahabe bir hadisi Hz. Peygamber'e nispet ederken Hz. Peygamber'in kullandığı lafızları tam olarak hatırlayamamış olabilir veya hadisi kusaltma ihtiyacı duymuş olabilir. Ayrıca, dinin ikinci kaynağı olan sünnet ve hadisi rivayet etmenin büyük sorumluluğu altında olan râvi, bir haberi doğrudan doğruya Hz. Peygamber'e nispet etmek yerine, onu sahabeye nispet etmenin daha kolay olduğunu düşünmüş olabilir. Zira sahâbiler çok defa Resûl-i Ekrem'in hadislerini iktibas ederek kendi sözleri gibi kullanmışlardır. İşte bu ve benzeri sebeplerle hadis kitaplarında zaman zaman bir sözün bir yerde Hz. Peygamber'e, başka bir yerde bir sahâbiye nispet edildiği görülür. Ayrıca, özellikle sonraki dönemlerde bazı söz veya fiillerin yanlışlıkla veya bilerek Resûlullah'a nispet edildiği de olmuştur. Bu tür nispetleri yanlışlıkla ve çokça yapanlara “raffâ” (çokça merfu haber veren), bilerek yapanlara ise “vazzâ” (çok uyduran) adı verilmiştir. Bk. Abdullah Aydınlı, “Merfu”, *DİA*, XXIX, 180-181.

115 Ebü'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed et-Taberânî, *el-Mu'cemu'l-Evsat* (nşr. Târik b. İvâdu'llah b. Muhammed - Abdülmuhsin b. İbrahim el-Hüseynî), 1415/1995, Dâru'l-Haremeyn, VIII, 273. Bu hadisin Bilal b. Sâ'd'den gelen başka bir varyantı için bk. Ebü Bekir Ahmed b. Hüseyin el-Beyhakî, *Şuabü'l-İmân* (nşr. Muhammed es-Said b. Besyûni Zağlûl), Beyrut 1421/2000, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, I, 360 (nr. 401); Nureddin Ali b. Ebî Bekir el-Heysemî, *Buğyetü'r-râid fi tahkiki Mecma'z-Zevâid ve menba'i'levâid* (nşr. Abdullâh Muhammed er-Derîş), Beyrut 1414/1994, Dâru'l-Fikr, III, 164.

116 İbnü'l-Mübârek (ö. 181/797), İbn Maîn, Ebü Zür'a, Ebü Nuaym, İbn Hibbân, Nesâî, el-Hâkim (ö. 405/1014) ve Nureddin Ali b. Ebî Bekir el-Heysemî (ö. 807/1405) gibi bazı bilginler bu hadisin senedinde yer alan Muhammed b. Eyyüb b. Süveyd'in zayıf bir râvi olduğunu söylemişlerdir. Bk. Ahmed b. Ali b. Hacer el-Askalânî, *Lisânü'l-mizân* (nşr. Abdülfettâh Ebü Gu'dde), Beyrut 1423/2002, Dâru'l-Beşâirü'l-İslâmiyye, VI, 584-585 (nr. 6526); Zehebi, *Mizânü'l-itudâl*, VI, 76 (nr. 7132/7266); Heysemî, *Buğyetü'r-râid fi tahkiki Mecma'z-Zevâid*, III, 165.

117 Muhammed Nâsiruddîn el-Elbânî, *Zaifü't-Tergib ve't-terhib*, II, 346 (nr. 1945).

118 Ebü Bekir Ahmed b. Hüseyin el-Beyhakî, *İsbâtü azâbi'l-kabr* (nşr. Şeref Mahmûd el-Kudât), Umman 1413/1992, Dâru'l-Furkân, s. 55 (nr. 50); Celâleddin es-Suyûtî, *Serhu's-Sudûr*, s. 153.

Beyhakî'nin rivayet ettiği bu hadisin senedinde bulunan Vâkîdî (ö. 207/823) çeşitli hadis bilginleri tarafından rivayeti terk edilmesi gereken (metrûkü'l-hadîs), yalancı (kezzâb) veya hadis vazeden (uydurana) bir kişi olmakla itham edilmiştir.¹¹⁹

Görüldüğü üzere, Kemalpaşazâde'nin eserinde geçen kabrin “cennet bahçelerinden bir bahçe veya cehennem çukurlarından bir çukur olması” ibaresi, yukarıdaki hadis ve haberlerin hangisinden alınmış olursa olsun, onların hemen hemen her birinin sened ve metinleri hakkında çeşitli eleştiriler bulunmaktadır. Ancak bütün bu haberlerden, kabrin cismânî olarak (bedenen) lezzet ve elemelerin hissedileceği bir yer olduğu anlaşılmaktadır. İbn Kemal Paşa da dâhil olmak üzere, Ehl-i sünnet kelimcilerinin büyük çoğunluğu da bu görüşü benimsemişlerdir.¹²⁰

3. “Ölmeden önce ölünüz” Sözü

Kemalpaşazâde *Risâle fiş-şahsî'l-insânî*'de “ruh” denilen cism-i latîf ile “beden” adı verilen “kesif ceset” arasında latif bir buhar bulunduğunu ve bu buharın “ruh” ile “beden” arasındaki alakadan ibaret olduğunu söylemiştir. Ona göre, bu latif buhar, ruh ile beden arasında “alaka” görevini yerine getirdiği sürece “hayat” devam eder. İbn Kemal Paşa, ruhun bedenden zaruri olarak çıktığı gibi, ihtiyarî (iradî) olarak da çıkabileceğini ve istediği zaman bedene geri dönebileceğini belirtir. Ona göre, ruhun bu ihtiyarî çıkışı sebebiyle latif buhar sönmez ve ruh ile beden arasındaki alaka kesilmez. İşte ruhun isteyerek yani iradî olarak bedene girmesi ve çıkması olayı anlaşıldığı zaman Hz. Peygamber'in “Ölmeden önce ölünüz” hadisinin anlamı da ortaya çıkmış olur.¹²¹

Kemalpaşazâde'nin burada hadis olarak zikrettiği “Ölmeden önce ölünüz” sözü hakkında hadis âlimlerinden Hâfız İbn Hacer el-Askalânî (ö. 852/1449) onun sabit olmadığını¹²², Ali el-Kârî (ö. 1014/1605) ise onun sūfiyenin sözü olup “hakiki ölümle zorunlu olarak ölmeden önce şehvetleri terk ederek ihtiyarî olarak ölünüz” manasına geldiğini söylemiştir.¹²³

119 Beyhakî'nin naklettiği bu hadisin senedinde bulunan Vâkîdî (ö. 207/823) hakkında Abdullah b. el-Mübârek, İmam Şâfiî (ö. 204/820), İshâk b. Râhûye (ö. 238/853), Yahya b. Maîn, Ahmed b. Hanbel, Buhârî (ö. 256/870) ve Nesâî gibi hadis bilginleri tarafından “metrûkü'l-hadîs”, yalancı (kezzâb) veya hadis vazetme (uydurma) ithamı yapılmıştır. Bk. İbn Hacer el-Askalânî, *Tehzîbü't-tehzîb*, III, 657-658; Ebü'l-Ferec Abdurrahman b. Receb, *Tefsîru İbn Receb el-Hanbelî* (nşr. Târik İvazullah b. Muhammed), Riyad 1422/2001, Dâru'l-Âsime, II, 377.

120 Kabir azabı hk.bk. Ebü Hanife, *el-Vasiyye (İmam-ı Azam'ın Beş Eseri içinde)*, İstanbul 1981, 75; Ebü Cafer et-Tahâvî, *Metnü'l-Akîdeti't-Tahâviyye*, Beyrut 1416/1995, Dâru İbn Hazm, s. 25; Ebü Bekr b. Tayyib el-Bâkîllânî, *el-İnsâf fi ma yecibu'ritikâdüh ve mâ lâ yecüzü'l-cehl bih* (nşr. İmâdudîn Ahmed Haydar), Beyrut 1986/1407, Âlemü'l-Kütüb, 78 vd.; Beyhakî, *İsbâtü azâbi'l-kabr*, s. 27-136; Ebü'l-Muîn en-Neseî, *Kitâbü't-Temhîd li-kavâidi't-tevhîd* (nşr. Habîbullah Hasan Ahmed), Kahire 1406/1986, Dâru't-Tibâati'l-Muhammediyye, s. 351-356; Ali b. Ali b. Ebi'l-İz, *Şerhu't-Tahâviyye fi'l-akîdeti's-selefiyye* (nşr. Ahmed Muhammed Şâkir), Riyad ts., Mektebetü'r-Riyâdî'l-Hadise, s. 344-349; İbn Kemâl Paşa, *Risâle fi haşri'l-ecsâd*, İstanbul Büyük Şehir Belediyesi, Atatürk Kitaplığı, K538, vr. 9b-22a; Galip Türcan, Kur'an'da Ahiret İnancı (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Isparta 2002 (Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), s. 145-151.

121 İbn Kemâl, *Resâil-i İbn Kemâl*, I, 100.

122 İbn Hacer el-Askalânî, *el-İmtâ' bi'l-erbaîn el-mütebayineti's-semâî* (nşr. Ebü Abdillâh Muhammed Hasan İsmail eş-Şâfiî), Beyrut 1997, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, I, 98; Şehâvî, *el-Makâsidi'l-hasene*, s. 439 (nr. 1213).

123 Ali b. Muhammed el-Kârî, *el-Esrâru'l-merfûa fi'l-ahbâri'l-mevzûa* (nşr. Muhammed Lütfî es-Sabbâğ), Beyrut

Netice olarak, İbn Kemal Paşa bu sözün sahih bir hadis olup olmadığı konusunda herhangi bir araştırma yapmamış ve sûfiyye arasında yaygın olan bir sözü¹²⁴ hadis olarak zikretmiştir.

4. “Benim Yüce Allah ile beraber olduğum bir vakit var ki” Sözü

Kemalpaşazâde kâmillerden birinin haşri genel, özel ve en özel (ehas) olmak üzere üç kısma ayırdığını belirterek söz konusu haşir çeşitlerini tarif etmiştir. Bu tanıma göre haşr-i ehas, “ruhânî benlik (enaniyet) kabrinden çıkıp rabbânî hüviyete girmek” demektir. Haşr-i ehas, yaratılmışlık hüviyetinden sıyrılarak “makâm-ı habîb'e ulaşmak ve Yüce Allah ile beraber hüviyetsiz bir şekilde bekâ bulmaktır. Hz. Peygamber bu konuda şöyle buyurmuştur: “Benim Yüce Allah ile beraber olduğum öyle bir vakit var ki, benimle birlikte o vakit içine ne mukarreb bir melek (yani Cebrâil a.s.) ne de mürsel bir nebi (yani Nebî'nin -a.s.- kendisi) sığar.”¹²⁵

Kemalpaşazâde'nin mutasavvifeden hadis olarak naklettiği bu söz ne yazık ki, herhangi bir sahih hadis mecmuasında yer almamaktadır. Ali el-Kârî ve Aclûnî (ö. 1162/1749) gibi hadis otoritelerinin aslı ve senedi bulunmayan bir haber olarak niteledikleri bu söz¹²⁶ daha çok mutasavvıflar tarafından nakledilmiştir.¹²⁷

Ali el-Kârî bu cümlede geçen “melek-i mukarreb”den maksadın Cebrail, “mürsel nebi”den amacın da bizzat Hz. Peygamber'in kendisi olduğunun anlaşıldığını ileri sürerek burada Allah'a kavuşma sayesinde ulaşılan istiğrak makamına ima edildiğini söylemiştir.¹²⁸ Mevzu hadisler konusunda eser veren Muhammed b. Halîl el-Kâvukcî (ö. 1305/1888) bu sözü mevzu hadisler içerisinde saymış ve Ali el-Kârî'nin yorumunu ismini zikretmeksizin aynen nakletmiştir.¹²⁹

1406/1986, el-Mektebetü'l-İslâmî, s. 348, nr. 539. Bu sözün hadis olmadığını belirten diğer bazı kaynaklar için bk. Abdurrahman b. Ali İbnü'd-Deyba, *Temyizü't-tayyib mine'l-habis fimâ yedüru alâ elsineti'n-nâsi mine'l-hadis*, Mısır 1324, el-Matbaatü'l-Âmirî, s. 220; İsmail b. Muhammed el-Aclûnî, *Keşfü'l-hafâ ve müzîlül-ilbâs* (nşr. Yusuf b. Muhammed el-Hâc Ahmed), yy. ts., Mektebetü'l-İlmî'l-Hadis, II, 346 (nr. 2669). Öte yandan, Halvetiyye tarikatının Şemsiyye kolunun kurucusu olan Şemseddin es-Sivâsî (ö. 1006/1597) bu sözle ilgili şu beyti söylemiştir: “Müttü kable en temütü sırrına mazhar olan - Gördü onlar haşr u neşri nefha-i sûr olmadan” Bk. Mehmet Demirci, “Ölümdeki Hayat (Tasavvuf Düşüncesinde Ölüm)”, *Tasavvuf: İlmî ve Akademik Araştırma Dergisi*, 2000, c. II, sy. 4, s. 10.

124 Ahmet Yıldırım, *Tasavvufun Temel Öğretilerinin Hadislerdeki Dayanakları*, Ankara 2000, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 262-263.

125 İbn Kemâl, *Resâil-i İbn Kemâl*, I, 100-101.

126 Ali el-Kârî, *el-Esrâru'l-merfû'a*, s. 291-292 (nr. 392); Sehâvî, *el-Makâsîdu'l-hasene*, s. 356 (nr. 926); Aclûnî, *Keşfü'l-hafâ*, II, 202 (nr. 2159); Ahmet Yıldırım, *Tasavvufun Temel Öğretilerinin Hadislerdeki Dayanakları*, s. 79-80; Muhihtin Uysal, *Tasavvuf Kültüründe Hadis*, İstanbul 2012, Ensar Neşriyat, s. 383-384.

127 Bu sözün geçtiği bazı tasavvufi kaynaklar için bk. Ali Osman Cüllâbî el-Hucvîrî, *Hakikat Bilgisi* (trc. Süleyman Uludağ), İstanbul 1996, Dergah Yayınları, s. 418; a.mlf., *Keşfü'l-mahcûb* (Arapçaya trc. Esad Abdülhâdi Kandil), Kahire 1395/1975, Matâbiu'l-Ehrâm et-Ticâriyye, II, 525; Muhyiddin b. Arabî, *el-Fütühât el-Mekkiyye* (nşr. Osman Yahya), Kahire 1403/1983, el-Mektebetü'l-Arabiyye, VIII, 308.

128 Ali el-Kârî, *el-Esrâru'l-merfû'a*, s. 292.

129 Muhammed b. Halîl el-Kâvukcî et-Trablusî, *el-Lü'lüü'l-mersû' fimâ lâ asle lehü ev bi-aslihi mevzû* (nşr. Fevâz Ahmed Zümrelî), Beyrut 1415/1994, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, s. 155.

Sonuç olarak, Kemalpaşazâde'nin *Risâle fiş-şahsî'l-insânî*'sinde geçen toplam dört haber Hadis ilmi açısından incelendiği zaman, mi'râcla ilgili Hz. Âişe'den rivayet edilen haberin sıhhati konusunda bazı şüpheler bulunduğu, kabrin "cennet bahçelerinden bir bahçe veya cehennem çukurlarından bir çukur olduğu" konusundaki sözün hangi hadisin parçası olduğunun belli olmadığı ve bu cümlenin geçtiği hadislerin hemen hemen tamamının ya senet ya da metin bakımından tartışmalı olduğu, "Ölmeden önce ölünüz" ve "Benim Yüce Allah ile beraber olduğum bir vakit var" sözlerinin uydurma (mevzu) haberler olduğu ortaya çıkmış bulunmaktadır. İbn Kemal Paşa bu haberleri eserine alırken onlar hakkında ne senet ne de metin bakımından herhangi bir araştırma yapmamıştır. Kemalpaşazâde'nin Edirne Dâru'l-hadis'inde hocalık yapmış bir ilim adamı olmasına rağmen, hadislerin nakli ve değerlendirilmesi konularında Hadis ilminin hassasiyetlerine ve tekniklerine uygun hareket ettiği söylenemez. Onun bu tavrı insanda yalnızca bu risâlesindeki haber ve değerlendirmelerine değil, diğer bütün eserlerinde geçen rivayetlere karşı daha dikkatli olunması gerektiği düşüncesini doğurmaktadır.¹³⁰

D. TASAVVUF AÇISINDAN

Kemalpaşazâde'nin *Risâle fiş-şahsî'l-insânî*'deki tasavvufla ilgili bazı görüş ve düşüncelerini yukarıda Kelam, Tefsir ve Hadis ilimleri konularında değerlendirmekle birlikte, burada tekrara düşmek pahasına, yeniden nakletmek istiyoruz:

Kemalpaşazâde bu eserinde, "ruh" denilen cism-i latîf ile "beden" adı verilen "kesif ceset" arasında latif bir buhar bulunduğunu ve bu buharın "ruh" ile "beden" arasındaki alakadan ibaret olduğunu ve bu latif buharın ruh ile beden arasında "alaka" görevini yerine getirdiği sürece "hayat"ın devam edeceğini söyler. Ona göre, ruh bedenden zaruri olarak çıktığı gibi, ihtiyarî (iradî) olarak da çıkabilir ve istediği zaman da bedene geri döner. Bu duruma tasavvufta "insilâh" adı verilir. Kemalpaşazâde'ye göre, ruhun bu ihtiyarî çıkışı sebebiyle latif buhar sönmez ve ruh ile beden arasındaki alaka kesilmez. İşte ruhun isteyerek yani iradî olarak bedene girmesi ve çıkması anlaşıldığı zaman Hz. Peygamber'in "Ölmeden önce ölünüz" hadisinin anlamı da ortaya çıkmış olur.

Kemalpaşazâde burada ismini vermeden "kâmil kişilerden biri demiştir ki" diyerek haşırle ilgili sufilerden birinin haşrın mertebeleriyle ilgili şu görüşü nakleder: "Haşır genel (âm), özel (hâs) ve en özel (ehass) olmak üzere üç kısma ayrılır. Umumî

130 İbn Kemal Paşa'nın hadis ilmindeki yeri hk.bk. Zekeriya Güler, "Vesile Ve Tevessül Hadislerinin Kaynak Değeri", *Tasavvuf Dergisi*, 4 (2003), sy. 10, s. 81-82; Kahraman Bulgurcu, *Kemalpaşazâde'nin Hadis İlmindeki Yeri (Kırk Hadisler Örneği)*, Konya 2004 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), s. 92-94; Salih Özer, "Şeyhu'l-İslam Kemâl Paşazâde'nin (ö. 1534) Hadis İlmine İlişkin Faaliyetleri, Şerhçiliği ve Hadis Usûlü Risâlesinin Tercümesi", *Dini Araştırmalar*, 2006, c. IX, sy. 26, s. 193-210.

(genel) olan haşir, cesetlerin kıyamet gününde kabirlerinden çıkarak toplanmasıdır. Hususi (özel) olan haşir, dünya hayatındaki seyr ve sülûk ile uhrevî ruhların dünyevî cesetlerden ruhanî âleme çıkmalarıdır. Çünkü onlar, hayvanî özelliklerden olan ölüm ile ölmeden önce, nefsanî - hayvanî sıfatlardan (bizzat kendi istek ve iradeleriyle ölmüşlerdir. En özel (ehass) haşir ise, ruhânî benlik (enaniyet) kabirlerinden çıkıp rabbani hüviyete girmektir. Bu haşir Habîb'in makamıdır. Habîb bu makamda Yüce Allah ile beraber yaratılışında hüviyetsiz bir şekilde bekâ bulur. (Nitekim Hz. Peygamber bu konuda şöyle buyurmuştur:) “Benim Yüce Allah ile beraber olduğum öyle bir vakit var ki, benimle birlikte o vakit içine ne mukarreb bir melek (yani Cebrâil a.s.) ne de mürsel bir nebî (yani Nebî'nin -a.s.- kendisi) sığar.” İşte bu, Yüce Allah'ın “Hâ-mîm” kavli-şerifinde işaret edilen vahdet sırrıdır. Çünkü ha ve mîm harfleri, Rahman ve Muhammed'in –aleyhisselam- isimleri arasında müşterek olan noktadır.”

Öte yandan, ölüm gibi doğum da ızdırârî ve ihtiyârî olmak üzere iki türlüdür. ızdırârî (zorunlu) doğum, Cenâb-ı Hakk'ın yaratmasıyla meydana gelen ve kendisinde insanın katkı (kesb) ve iradesinin herhangi bir etkisinin bulunmadığı doğumdur. İhtiyârî (irâdî) doğum ise, insan kesbiyle meydana gelen doğumdur. Bu doğum, Hz. İsa'nın (a.s.) “İki defa doğmayan semaların melekûtuna giremez” sözünde işaret ettiği doğumdur.”¹³¹

Risâle fi'ş-şahsî'l-insânî'nin hacmi dikkate alındığında uzunca sayılabilecek olan bu alıntıda geçen ruh, haşir ve hurûf-ı mukattaa gibi bazı konulardaki görüşlerimizi Kelam, çeşitli hadis iddialarını ise Hadis ilmi açısından yukarıda değerlendirmiş bulunmaktayız.

Yine, daha önce de işaret ettiğimiz üzere, Kemalpaşazâde bu eserinde tefsir kaynaklarını açıkça zikrettiği halde ne yazık ki, tasavvuf kaynaklarını belirtmemiştir. Bunun sebebi, onun yaşadığı dönemde fıkıh – tasavvuf ve fukahâ – meşâyih ilişkilerinde görülen bazı gerginlikler olabilir.¹³² Zira devlet bürokrasisinde Anadolu Kazaskerliği ve Şeyhülislamlık gibi önemli mevkilerde bulunan Kemalpaşazâde kendi döneminde yaşanan bazı olaylar karşısında tarafsız kalmak veya denge gözetmek gibi bir politika izlemiş olabilir. Nitekim o, bir taraftan sûfilerin raks ve deveranları aleyhinde fetva verirken¹³³, diğer taraftan Muhyiddin İbnü'l-Arabî (ö. 638/1240)

131 İbn Kemal Paşa, *Resâil-i İbn Kemal*, I, 100-101.

132 Özellikle Kemalpaşazâde'nin yaşadığı XV ve XVI. Asırlarda Osmanlılar döneminde fıkıh - tasavvuf ve fukahâ – meşâyih arasındaki ilişkiler ve bazı gerginlikler hk.bk. Reşat Öngören, *Osmanlılar'da Tasavvuf*, İstanbul 2000, İz Yayıncılık, s. 355-392; a.mlf., “Şeriat'ın Kestiği Parmak: Kânûnî Sultan Süleyman Devrinde İdam Edilen Tarikat Şeyhleri”, *İLAM Araştırma Dergisi*, 1996, c. I, sy. 1, s. 123-140; a.mlf., “XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı'da Tasavvuf Anlayışı”, *XV ve XVI. Asırları Türk Asrı Yapan Değerler*, İstanbul 1999, s. 207-216; Ferhat Koca, “Fakırlarla Sofular Mücadelesinin Tarihi Serüveni: Osmanlılarda Fıkıh-Tasavvuf İlişkisi”, *Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi*, I/1 (Çorum 2002), s. 73-131.

133 Kemalpaşazâde'nin raks aleyhindeki fetvası için bk. Salim Özer, *İbn Kemal'in İslâm Hukuku Alanındaki Arapça Yazma Risaleleri*, Kayseri 1991 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,

gibi tasavvuf tarihinin en tartışmalı siması hakkında olumlu görüşler belirtmiştir.¹³⁴ Ne var ki, Kemalpaşazâde burada tasavvufî kaynaklarını gizlemiş olsa da eserine hâkim olan tasavvufî bakışın, onun üstat silsilesi içerisinde yer alan Tokatlı Molla Lütî - Molla Fenârî - Kutbüddin İznîkî - Dâvûd-ı Kayserî - Abdürrezzâk el-Kâşânî ve Sadreddin Konevî kanalıyla Muhyiddin İbnü'l-Arabî'ye (ö. 638/1240) ait olduğu görülmektedir. Nitekim bu risâlede geçen bazı tasavvufî yorum ve tefsirleri Abdürrezzâk el-Kâşânî'nin *Hakâiku't-Te'vil* adlı eserinden bire bir olarak aynen aldığı Tefsir ilmiyle ilgili değerlendirmeler sırasında belirtmiştik.

Risâle fi's-şahsi'l-insânî'de geçen haşrin mertebeleriyle ilgili tanımlar ise, haşir konusunda da ifade ettiğimiz gibi, kelimesi kelimesine Nizâmeddin en-Nisâbü'rî'nin *Garâibi'l-Kur'ân ve regâibi'l-Furkân* adlı tefsirinden alınmıştır.¹³⁵

Kemalpaşazâde'nin risâlesinde naklettiği tasavvufî görüşlerden bazılarını özellikle "Hâ-mîm" ayet-i kerimesiyle ilgili olanları hurûf-ı mukattaa konusunu inceleyen ayrıntılı bir şekilde değerlendirmiştik.

Risâle fi's-şahsi'l-insânî'de bulunan tasavvufî görüş ve yaklaşımlara makro bir bakışla bakıldığı zaman ise, onların aslında bir bütünün parçası oldukları söylenebilir. Bu "bütün", Şehâbeddin es-Sühreverdî (ö. 587/1191) tarafından ileri sürülen işrâkî felsefenin Muhyiddin İbnü'l-Arabî tarafından geliştirilen ve daha sonra da "vahdet-i vücüt" adıyla sistematik bir nazariyeye dönüşen versiyonudur.

Sözlükte "varlığın birliği" ve "varlıkta birlik" manalarına gelen vahdet-i vücüt terkihini Abdürrezzâk el-Kâşânî, "varlığın zorunlu ve mümkün şeklinde bölünmeden ele alınması" biçiminde tarif etmiştir. Kâşânî'ye göre vahdet-i vücûdun birincisi isim ve hakikatlerin birliği, ihatası ve cem'i demek olan "cem ve vücüt mertebesi"; ikincisi ise bizzat bu hakikatlerin içerdikleri ve kuşattıkları şeylerin aynının birliği demek olan zatın kendisinin varlığı (el-vücûd aynü'z-zât) olmak üzere iki derecesi bulunmaktadır.¹³⁶

Vahdet-i vücûd, filozoflar ile kelâmçıların varlık ve yaratılışla ilgili görüşlerine karşı geliştirilen bir varlık (ontoloji) nazariyesi ve buna bağlı olarak Tanrı-insan ilişkilerine dayanan bir bilgi teorisidir. Vahdet-i vücûd düşüncesini İbnü'l-Arabî'nin "Vücud Hakk'ın vücududur", "Vücud birdir ve Hakk'ın vücududur", "Vücudda an-

s. 327-332; Ferhat Koca, "Osmanlı Fakihlerinin Semâ, Raks ve Devrân Hakkındaki Tartışmaları", *Tasavvuf: İlmî ve Akademik Araştırma Dergisi*, 2004, c. V, sy. 13, s. 46-5. Ayrıca, Kemalpaşazâde'nin bazı tasavvufî konular hakkındaki fetvaları için bk. Ahmet İnanır, *İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslam Hukuku*, s. 48-55.

134 Kemalpaşazâde'nin Muhyiddin İbnü'l-Arabî hakkındaki fetvası ve değerlendirmesi için bk. Hüseyin Atay, "İlmî Bir Tenkit Örneği Olarak İbn Kemal Paşa'nın Muhyiddin b. Arabî Hakkındaki Fetvası", *Şeyhülislâm İbn Kemal Sempozyumu*, Ankara 1986, s. 263-277.

135 Nizâmüddin el-Hasan b. Muhammed en-Nisâbü'rî, *Tefsiru Garâibi'l-Kur'ân ve regâibi'l-Furkân* (nşr. Zekerîya Umeyrât), Beyrut 1416/1996, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, III, 592.

136 Kâşânî, *Letâifü'l-İlâm fi işârâti ehli'l-ilhâm* (nşr. Ahmed Abdürrahim es-Sâyih ve diğ.), Kahire 1426/2005, Mektebetü's-Sekâfeti'd-Diniyye, II, 710.

cak Allah vardır, ondan başkası ise hayâlî vücuddur”, “Varlıkta ancak Allah vardır” ve Vücut Allaha aittir, adem sana” şeklindeki sözleri özetlemektedir.¹³⁷

Vahdet-i vücûd nazariyesinde bir yandan “Vücut Hak'tır” denilerek “mutlak varlık” kavramı benimsenmiş, diğer yandan da Tanrı-âlem ilişkisini açıklamak için “â'yân-ı sâbite” adı verilen ve eşyanın ilâhî ilimdeki hakikatlerini ifade eden düşünce kabul edilerek birlik (vahdet) ve çokluk (kesret) sorunu çözülmeye çalışılmıştır. Birlik-çokluk problemi ise âlemin Tanrı'dan nasıl çıktığı hususu başta olmak üzere Tanrı ile âlem arasındaki ilişki ve etkileşimler, bilgi, kötülük vb. sorunları ele almayı gerektirmiştir. Vahdet-i vücûd taraftarları bu sorunları “maiyyetü'l-Hak” (Hakk'ın eşya ile beraberliği) terimiyle aşmaya çalışmışlardır. Böylece Tanrı'nın eşya ve diğer varlıklarla doğrudan ilişkisi ve beraberliği vahdet-i vücûd anlayışının temel varsayımı haline gelmiştir.¹³⁸

Aslında Şehâbeddin es-Sühreverdî'nin (ö. 587/1191) işrak felsefesine dayanması sebebiyle ontolojik, bilgi kaynağı olarak hiss-i selim, akl-ı selim ve haber-i sâdık yanında kişisel manevî tecrübe anlamına gelen ilham ve keşfi esas alması hatta onu ilk üç bilgi kaynağından daha üstün tutması¹³⁹ sebebiyle de epistemolojik bir nazariye olan vahdet-i vücûd düşüncesinin¹⁴⁰ savunucuları, İslamî nasları bu nazariye doğrultusunda yorumlayabilmek için Kelam, Tefsir, Hadis ve Fıkıh gibi temel İslam ilimlerinin klasik/geleneksel usul ve ilkelerinden ayrı birtakım esaslar geliştirmeye çalışmışlardır. Çünkü adı geçen ilimlerin geleneksel bilgi kaynakları akıl (duyular/deney-gözlem dâhil) ve haber-i sâdık (peygamberin haberi) iken, vahdet-i vücûd nazariyesine göre hakiki bilginin kaynağı, yukarıda zikredildiği gibi, insanın kişisel manevi tecrübesi yani onun içine doğan keşf ve ilhamdır.

İşte böyle bir varlık (Tanrı-âlem ilişkisi/ontoloji) ve bilgi (keşf ve ilham) teorisini benimsedikten sonra, Kemalpaşazâde'nin bir sūfiden naklettiği en özel (ehass) haşrin “ruhânî benlik (enaniyet) kabirlerinden çıkıp rabbani hüviyete girmek” manasına gelmesi, bu haşrin Habîb'in makamı olup Habîb'in orada Yüce Allah ile beraber hüviyetsiz bir şekilde beka bulması ve yine bu makamın Yüce Allah'ın ‘Hâ-mîm’ kavli-i şerifinde işaret edilen vahdet sırrı olması gibi sözler belirli bir kavramsal

137 Nihat Keklik, *İbnü'l-Arabî'nin Eserleri ve Kaynakları İçin Misdak Olarak el-Futûhât el-Mekkiyye*, İstanbul 1980, Edebiyat Fakültesi Matbaası, II, 405; Ekrem Demirli, “Vahdet-i vücûd”, *DİA*, XLII, 432.

138 Ekrem Demirli, “Vahdet-i vücûd”, *DİA*, XLII, 432-433.

139 Ebû Tâlib el-Mekki, *Kütü'l-kulûb fî muâmeleti'l-mahbûb*, Beyrut ts., Dâru Sadır (Kahire: 1310'un tıpkıbasımı), I, 131, 139. Bu görüşü savunanlara göre, söz konusu “üstün” bâtnî manaları çıkararak sūfiler, nasların zahiri manalarını çıkararak müçtehitlerden daha üstün olup gerçek fakihler de onlardır. Mesela, Ebû Tâlib Mekki'ye (ö. 386/996) göre, “ulema-billâh” denilen Ehl-i bâtin peygamberlerin hakiki vârisleridir; zahir uleması yeryüzünün ve mülk âleminin ziyneti, bâtin uleması semanın ve melekût âleminin ziynetidir; zahir uleması âhirette sultanlar ve yöneticilerle, bâtin uleması ise peygamberler zümresiyle haşr olunur. Bk. Ebû Tâlib el-Mekki, *Kütü'l-kulûb*, I, 131-145; Gazzâlî, *İhyâu ulûmü'd-dîn*, I, 22.

140 Süleyman Hayri Bolay, “Akıl”, *DİA*, II, 239-240; İşrakilik konusu için bk. Mahmut Kaya, “Felsefe”, *DİA*, XII, 315; a.mlf., “İşrakîyye”, *DİA*, XXIII, 435-438.

çerçeveye oturmuş olur. Hatta böyle bir vahdet-i vücud perspektifinden bakıldığı zaman daha önceden Ehl-i sünnet Kelamı açısından eleştirdiğimiz Abdürrezzâk el-Kâşânî'nin "Hâ-mîm" in "vücudun evvelki olan Hak'ka ve âhiri olan Muhammed'e kasem (yemin)" anlamına geldiğine dair görüşlerinin ve "Muhammed hakikatte Hak'tır. Hulkiyet itibarıyla Muhammed'tir. Hak onu sevdi. Binaenaleyh, onun suretiyle zahir oldu. Hak'kın zuhuru Muhammed'le oldu"¹⁴¹ sözlerinin de belirli bir sistematik bütünlük ve tutarlılığa sahip olduğu söylenebilir. Çünkü burada amaç âlem ve insanla doğrudan ilişki kuran ve onlarla birlikte olan bir "Tanrı anlayışı" nı ispat etmektir ve artık bütün naslar bu anlayışa hizmet edecek şekilde yorumlanabilir. Bu çerçevede mesela, "kıyamet gününde gerçek şefaatin bulunmadığı söylenebilir; çünkü "şefa" kelimesi sadece iki ilahi isim olan "Rahîm" ile "Müntakîm" (Öçalıcı) arasında bulunan bir münasebet demektir. Sırat, üzerinde her şeyin yürüdüğü ilahi Hüviyet'e ait olan doğru yoldan başka bir şey değildir; çünkü o, her şeyin kendisinden çıktığı ve tekrar ona döneceği kaynaktır. Cennet, "cenne" (gizlemek) fiilinden gelmektedir ve her şeyin cenneti, orada bütün çokluğun gizleneceği ilahi Hüviyet'tir. Cehennem mesafe veya uzaklık (bu'd) demektir ve hakiki Cehennem, seninle Allah arasında gerçek bir uçurumun olması ve senin O'nunla olan zâtî birliğini idrak etmemendir. Haşir ise, bütün ferdî nefslerin Bir Evrensel Nefs'de bir araya gelmesi demektir. Bu durumda her insanın kıyameti (yeniden dirilişi) nefsinin ölümle bedenden kurtulduktan sonra rûhânî vatanına dönmesidir."¹⁴²

Öte yandan, Kemalpaşazâde'nin vahdet-i vücud nazariyesini çağrıştıran yukarıdaki alıntılara karşın, onun vahdet-i vücud aleyhine fetva vermiş olması ise konuyu daha da karmaşık bir hale getirmektedir. Zira o bir fetvasında şöyle demektedir:

"Zeyd 'Vücûd vâhiddir' dese, 'Muradım bundan yerin ve göğün ve onun gayrının her ne kim mevcud var ise Allah Teâlâ'nın vücûdudur, Allah'tır' dese, zira 'Allah'tan gayrı mevcud şey yoktur' dese, şer'an Zeyd'e ne lazım olur?"

Cevap: Tecdîd-i iman lazım olur."¹⁴³

Yine Kemalpaşazâde, vahdet-i vücudla ilgili bir risalesinde ise, "mümkün" in haddini (sınır) aşmayacağını ve zıddına benzemeyeceğini, "vacib" in ise mümkünin maddesi veya mevzuundan olduğunun söylenemeyeceğini ve Yüce Allah'ın bu durumdan münezzehe olduğunu belirterek, vacib ile mümkün arasındaki alakanın ittisâf (ittisâl/birleşme) ve hulûl alakası değil, zuhur ve kabul alakası olduğunu söylemektedir. (Sufilerden) nakledilen (çeşitli) temsillerden maksat makulün mahsusa

141 Kâşânî, *Te'vilât-ı Kâşâniyye* (trc. Ali Rıza Doksanvedî), III, 49, 56, 73, 89.

142 A. E. Afîfî, *Muhyiddin İbnü'l-Arabî'nin Tasavvuf Felsefesi* (trc. Mehmet Dağ), Ankara 1975, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, s. 145-146.

143 Ahmet İnanır, *İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslam Hukuku*, s. 51 (İbn Kemal Paşa, *Fetâvâ-yı İbn Kemal*, Nuruosmaniye Ktp., nr. 1967, vr. 73b'den naklen).

teşbih edilmesidir. Kemalpaşazâde'ye göre, böyle bir teşbih sadece vacib hakkındaki vehmi gidermek ve onu izan (akla) ve anlayışa (kabule) yaklaştırmak için yapılır. Aksi takdirde, Allah Teâlâ'nın makdûrâtla (mümkînât) irtibatı, kötü ve çirkin iş ve sözlerle (kazurât) ihtilâtı (karişıklığı) söz konusu olamaz. Onun vechinden başka her şey helak olacaktır. Bu vech, Yüce Allah'ın mazhariyet ciheti ve haysiyetidir. Yüce Allah, her gün/an bir şey/durum üzerindedir ve onun şey'nini bulunduğu şey'nden başka hiçbir şey işgal edemez.¹⁴⁴

Kemalpaşazâde'nin bu görüşleri ile hurûf-ı mukattaa hakkında yukarıda tartışılan nakillerinin arasını telif etmek gerçekten güç gözükmemektedir. Bize göre bu konuda isabetli sonuçlara ancak Kemalpaşazâde'nin tasavvuf ve münhasıran vahdet-i vücud hakkındaki görüşleriyle ilgili kapsamlı bir çalışma sayesinde ulaşılabilir.

Ayrıca, *Risâle fi'ş-şahsî'l-insânî*'deki tasavvufî görüşler hakkında dikkat çekmek istediğimiz başka bir husus ise şudur: Kemalpaşazâde bu risâlesinde ruh, beden ve nefis hakkında bir taraftan bütün ilmî mesailerini akli tefekkür çerçevesinde gerçekleştirmiş olan Zemahşerî, Fahreddin er-Râzî¹⁴⁵ ve Kurtubî gibi “tenzih”e ağırlık veren Mutezilî ve Eş'arî geleneklerine mensup olan ilim adamlarının görüşleriyle bir inşada bulunurken, diğer taraftan da bu geleneklerle çatışan ve “teşbih”e ağırlık veren vahdet-i vücud nazariyesine ait görüşleri konuya monte etmiştir. Böylece, başta görüşleri verilen Zemahşerî, Fahreddin er-Râzî ve Kurtubî'den hiçbirinin kabul etmeyeceği¹⁴⁶ “Hâ-mîm kavli-i şerifinde işaret edilen vahdet sırrıdır. Çünkü ha ve mîm harfleri, Rahman ve Muhammed'in -aleyhisselam- isimleri arasında müşterek olan noktadır” şeklinde bir sonuca ulaşmıştır. Hâlbuki yukarıda adı geçen kişilerin de dâhil olduğu zâhir ulemasına (ehl-i zâhir) göre, bir lafzı “zâhirî anlamından muhtemel bulunduğu herhangi bir manaya çekebilmek” demek olan tevilin geçerli (meşru) olabilmesi için onun lafzın vaz'ına (konuluşuna) veya kullanım örfüne ya da şeriat sahibinin âdetine uygun olması ve ayrıca bu tevilin şer'i bir

144 İbn Kemal Paşa, *er-Risâle Fi beyânî'l-vücûd (Resâil-i İbn Kemal içerisinde)*, I, 155; Kemalpaşazâde, *Risâle fi vahdeti'l-vücûd*, 06 Mil Yz A, 4558/17, vr. 127a. Kemalpaşazâde'nin bu risâlesinin birçok yazma nüshaları bulunmaktadır. Bazıları için bk. *Risâle fi vahdeti'l-vücûd* (19 Hk 7825, vr. 70b-72a; 37 Hk 1848/32, vr. 137b-141b); *Risâle-i Vahdet-i Vücûd* (06Mil Yz A 4558/25, vr. 158b-160a).

145 Mesela, Fahreddin er-Râzî akıl ile naklin çatışması halinde, “akılın esas alınıp naklin tevil edilmesi gerektiği” prensibini (kânûn-i küllî) ortaya koymuştur. Bu konuda Râzî, nakli delillerin yakın ve kesinlik ifade etmeyeceğini, zira söz konusu delillerin katî olabilmeleri için sözlük manası, gramer kurallarına göre ortaya çıkan mana, eş anlamlı, mecaz, izmar, nakil, takdim, tehir, tahsis, nesh ve akla aykırı olmama gibi herhangi bir ihtimalin bulunmaması gerektiğini, bu durumda ise nakli delillerin zan, akli delillerin kesinlik ifade edeceğini ileri sürmüştür (bk. Fahreddin er-Râzî, *Meâlimu usûlî'd-dîn*, Kahire 1905, s. 9; a.mlf., *el-Muhassal, -Kelama Giriş*, trc. Hüseyin Atay, Ankara 1978, s. 45-46). Dolayısıyla akıl hem nakil için bir “asıl” hem de yakını bilgiye ulaşmak için bir “yol”dur. Bir şeyin ayrıntısını tashih için aslını çürütmek ise onun her ikisini de çürütmek anlamına gelir. Bk. Fahreddin er-Râzî, *el-Mahsûl fi ilmi usûlî'l-fikh*, nşr. Tâhâ Câbir el-Ulvânî, Riyad 1979, I, 3/112; Adudiddin el-İcî, *el-Mevâkıf fi 'ilmi'l-kelâm*, Kahire ts., Mektebetü'l-Mütenebbi, s. 40.

146 Nitekim Zemahşerî, Fahreddin er-Râzî ve Kurtubî'nin tefsirleri üzerinde yaptığımız araştırmalarda gerek “Hâ-mîm” ayetlerinin gerekse haşırden bahseden ayetlerin (Yûnus 10/45; Meryem 19/85; el-Mü'minûn 23/113) tefsirleri sırasında vahdet-i vücud nazariyesini destekleyici böyle bir görüşe rastlamadık.

delile dayalı olarak yapılması şarttır.¹⁴⁷ “Hâ-mîm” harflerinin “Ha’nın Rahman’ın, Mîm’in ise Muhammed’in (s.a.v.) ismi olduğu ve Habîb’in Yüce Allah ile birlikte hüviyetsiz bir şekilde beka bulacağı” şeklinde tevil edilmesi ise, sahih bir tevilde bulunması gereken bu şartları taşımamaktadır. Çünkü adı geçen harflerin (ayetin) muhtemel manaları -daha önceden geçtiği üzere- bazıları sahabeye de isnat edilen şu görüşler olabilir: “Hâ-mîm Allah Teâlâ’nın¹⁴⁸ veya Kur’ân’ın isimlerinden biridir¹⁴⁹ ya da buradaki Ha’nın Allah’ın Hamîd, Hannân, Halîm ve Hakîm isminin baş harfi; Mîm’in ise onun Melik, Mecid, Mennân, Mütekebbir ve Musavvir isminin baş harfi olması muhtemeldir.¹⁵⁰ Ayrıca, vahdet-i vücudcuları böyle bir teville sevk eden herhangi bir şer’i delil de yoktur. Onların bu konuda getirdikleri “Benim Yüce Allah ile beraber olduğum öyle bir vakit var ki” şeklindeki söz -daha önce geçtiği üzere- sahih ve sabit bir hadis olmayıp uydurma bir haberdir. Ne var ki, vahdet-i vücûd nazariyesini benimseyenler açısından bir tevilin meşru sayılabilmesi için lafzın (nas) tevil edildiği manaya muhtemel olması değil; kişisel tecrübe, sezgi ve ilham (keşf) mahsulü ve vahdet-i vücûd anlayışına uygun olması daha önemli ve önceliklidir. Hatta vahdet-i vücûd anlayışına uygun sahih bir şer’i delil yok ise rakamlardan, harflerden, kelimelerden, rüyalardan veya mevzu hadis literatüründen uygun bir delilin istimdat ya da istismar edilmesi her zaman mümkündür. Somut olarak örnek vermek gerekirse, vahdet-i vücud nazariyesini savunanlar mesela “Ölmeden önce ölünüz” haberini önce sahih hadis olarak kabul etmiş veya onun sahih olduğunu zannetmiş, sonra da bu “sahih” hadisten hareketle hayat ile ölüm arasındaki ilişkiler hakkında bir nazariye geliştirmiş değillerdir. Aksine, önce hayat ile ölüm arasındaki ilişki hakkında görüşlerini ortaya koymuşlar, sonra da bu görüşlerini destekleyebilmek için “yol”da karşılaştıkları her haberi sahih veya sakim olup olmamasına bakmaksızın delil olarak kullanmışlardır. Bu durum tasavvuf külliyatı içerisinde yer alan ve bazı örneklerini *Risâle fi’ş-şahsi’l-insânî*’deki hadisler konusunda incelediğimiz diğer gayr-i sahih rivayetler için de geçerlidir. Netice olarak, Fıkıh ve Fıkıh usulü alanında Hanefî, itikatta Mâtürîdî¹⁵¹ geleneğine mensup bir

147 Bir tevilin sahih olması için gerekli şartlar hk.bk. Tevilin şartları ve özellikle sahabenin tevilinin önemi hakkındaki usul tartışmaları için bk. İmâmü’l-Haremeyn el-Cüveynî, *el-Burhân fi usûli’l-fikh* (nşr. Abdülazîm ed-Dîb), Katar 1399, I, 417-419; 511-517; Şemsüleimme es-Serahsî, *el-Usûl* (nşr. Ebü’l-Vefâ el-Efgânî), Beyrut 1414/1993, Dârü’l-Kütübî’l-İlmiyye, II, 109-111; Gazzâlî, *el-Müstasfâ min ilmi’l-usûl*, Bulak 1322, el-Matbaaatü’l-Emiriyye, I, 106-107, 384, 386-390, 394-402; Bedreddin ez-Zerkeşî, *el-Bahrü’l-muhîd* (nşr. Ömer Süleyman el-Eşkar), Küveyt 1413/1992, Dârü’s-Sahve, III, 443-448; Şevkânî, *İrşâdü’l-fuhûl* (nşr. Ebû Hafs Sâmî İbnü’l-Arabî el-Eserî), Riyad 1421/2000, Dârü’l-Fazile, II, 754-759. Kemalpaşazâde, Sadruşşerîa’nın *et-Tenkîh fi’l-usûl* adlı eserine yazdığı şerhte, Hanefîlere göre açıklık bakımından başka bir manaya çevirmek demek olan tevil hakkında ne yazık ki herhangi bir açıklama yapmamıştır. Bk. İbn Kemal Paşa, *Tağyîru’t-Tenkîh fi’l-usûl*, İstanbul 1308, Cemal Efendi Matbaası, s. 61.

148 Taberî, *Tefsîru’t-Taberî*, XX, 274; Kurtubî, *el-Câmi*, XVIII, 324.

149 Taberî, *Tefsîru’t-Taberî*, XX, 275.

150 Kurtubî, *el-Câmi*, XVIII, 324.

151 Fıkıhta Hanefî, itikatta ise Mâtürîdî mezhebine mensup olan İbn Kemal Paşa, itikat alanında Eş’arî ve Mâtürîdî mezhepleri arasındaki farklılıklar hakkında hususi bir risâle kaleme almıştır. Bk. İbn Kemal Paşa, *Risâletü’l-İhtilâf beyne’l-Eşâire ve’l-Mâtürîdiyye* (*Hams Resâil* içinde), (nşr. Mustafa Lütî Efendi), İstanbul 1304, Cemal Efendi Matbaası, s. 57-59. İbn Kemal Paşa’nın bu risâlesi hakkında bir tanıtım yazısı yazan Mehmet Kalaycı söz konusu

mütekellim, müfessir, muhaddis ve fakih olan Kemalpaşazâde'nin "Hâ-mîm" ayetiyle ilgili böylesi subjektif ve gayr-i makul bir yorumu eserine alırken, en azından birtakım açıklamalar yapıp bazı kayıtlar koyması beklenirdi.

E. FIKIH VE USÛL-İ FIKIH AÇISINDAN

Bilindiği gibi, İslam'ın ana kaynaklarından (edille-i şer'iyye) zihni çaba ile elde edilen dini bilgilerin (şer'i hüküm) tümüne fıkıh adı verilir. Bu kapsamlı fıkıh tanımı Ebû Hanîfe'ye (ö. 150/767) nispet edilmiştir. O fıkıhı, "kişinin hak ve yükümlülüklerini bilmesidir" (*el-fıkhu ma'rifetü'n-nefsi mâ lehâ ve mâ aleyhâ*) şeklinde tarif etmiştir. Ancak, tarihsel süreçte bu bilgilerden inançla ilgili olanlar "el-Fıkhu'l-ekber, İlmü't-tevhîd, İlmü usûliddîn, Kelam" gibi isimlerle anılan müstakil bir ilim dalına; insanın iyi ve kötü huy ve davranışlarıyla ilgili hususlar ise ahlâk (ve tasavvuf) dalına ayrılmış ve fıkıh terimi sadece şer'i-amelî hükümlere tahsis edilmiştir. Böylece Ebû Hanîfe'ye nispet edilen kapsamlı tanım, "fıkıh, kişinin amelî hak ve yükümlülüklerini bilmesidir" şeklinde daraltılmıştır.¹⁵² Şâfîlere nispet edilen bir tanıma göre ise fıkıh, "tafsili delillerden istinbat edilen şer'i-amelî hükümleri bilmektir."¹⁵³ Ayrıca, tafsili delillerden elde edilen şer'i-amelî hükümlerin bizzat kendilerine de fıkıh adı verilmiştir.

Fıkıhın Ebû Hanîfe'ye nispet edilen ilk tanımına göre Kemalpaşazâde'nin *Risâle fi'ş-şahsî'l-insânî* adlı eserindeki insanın yapısıyla ilgili ruh, beden ve nefis konuları fıkıhın kapsamı içerisine girmekle beraber, daha sonra ortaya çıkan ilimlerin alanları dikkate alındığı zaman bu konuların daha ziyade Kelam ve ahlâk (ve tasavvufu) ilgilendirdiği görülür. Ayrıca, bu risâle ruh, beden ve nefisle ilgili kavramları tanımlamaya yönelik küçük bir eser olduğu için adı geçen tanımlar ilerletilerek özellikle insanın iyi ve kötü huy ve davranışları noktasına yani ahlak ve fıkıhın (hukuk) alanına ulaşılmamıştır. Bu sebeple de biz adı geçen risâleyi öncelikle Kelam, Tefsir, Hadis ve Tasavvuf başlıkları altında incelemeyi ve İslam ahlâk ile fıkıh açısından herhangi bir değerlendirmeye tabi tutmamayı tercih ettik.

Öte yandan, Usûl-i fıkıh (Fıkıh usulü) ilmi ise şer'i delillerden ve onlardan şer'i-amelî hükümlerin çıkarılmasına yarayan kurallardan bahseden ilim demek-

risâlenin 1316 yılında İstanbul'da İkdâm Matbaasında basılan *Resâil-i İbn Kemâl* adlı eserin 231-233. Sayfaları arasında olduğunu söylemekte ise de adı geçen risâle bu kitabın ne zikredilen sayfalarında ne de diğer sayfalarında mevcut bulunmamakta yani bu mecmuada yer almamaktadır. Bk. Mehmet Kalaycı, "Kemâlpaşazâde'nin Eşâriyye-Mâtürîdîlik İhtilâfı Konusundaki Risalesi Üzerine", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi [AÜİFD]*, 2012, c. LIII, sy. 2, s. 212, dipnot: 4.

152 Ebû Hanîfe'ye nispet edilen bu tanım için bk. Sadruşşeria, *et-Tavdih li-meini't-Tenkîh*, Beyrut 1377/1957, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, I, 10-11.

153 Şâfîlere isnat edilen bu tanımı Kâdi Beyzâvi yapmıştır. Söz konusu tanım için bk. Kâdi Beyzâvi, *Minhâcü'l-usûl*, I, 22 (Cemâleddin el-İsnevî'nin *Nihâyetü's-sûl fi şerhi Minhâcü'l-usûl*'ü ile birlikte), (nşr. Muhammed Bahit el-Mutîi), yy., ts., Âlemü'l-Kütüb, I, 22; Sadeddin et-Teftâzânî, *et-Telvih ale't-Tavdih*, Beyrut 1377/1957, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye (Sadruşşeria'nın *et-Tavdih*'i ile birlikte) I, 12.

tir.¹⁵⁴ Bu tanıma göre, Usûl-i fıkıh ilminin konusu (mevzuu) şer'i deliller (edile-i şer'iyye), şer'i hükümler, hüküm çıkarma (istinbâtü'l-ahkâm) metotları, içtihat ve taklit olmak üzere dört ana bölümden meydana gelir.

Fıkıh usûlünün temel amacı (gayesi), şer'i-amelî hükümlerin hangi delillerden ve ne tür metotlarla elde edileceğini belirlemek, nihaî amacı (gayenin gayesi) ise ilim veya zan yoluyla Allah'ın hükümlerini bilmek ve insanı dünya ve âhîret saadetine ulaştırmaktır.¹⁵⁵ Ayrıca, Usûl-i fıkıh ilmiyle fıkıh doktrinlerine ait fûrû hükümlerin dayanakları ve elde edilmiş yöntemleri arasındaki sistematik bütünlük ve tutarlılık da sağlanmaya çalışılır.¹⁵⁶

Fıkıh usûlüne ait konuların işlenmesi sırasında söz konusu meseleler için dayanak teşkil eden bazı genel ilke ve önermelere "mebde" (çoğulu mebâdi) adı verilir ve Fıkıh usûlü bu genel ilkelerini Kelam, Fıkıh, Arap dili ve Mantık gibi çeşitli şer'i ve akli ilimlerden alır.¹⁵⁷

Usûl-i fıkıh ilminin tanımı, mevzuu, amacı ve mebâdiyle ilgili bu kısa açıklamalar ışığında Kemalpaşazâde'nin *Risâle fiş-şahs'î-însânî* adlı eserine bakıldığında zaman, genel olarak insanın beden, ruh ve nefsiyle ilgili konuların Usûl-i fıkıhın temel ilke ve önermelerini kendisinden aldığı Kelam ilmini ilgilendirdiği, ayrıca bu konuların ayrıntılarında geçen bazı meselelerin ise Tefsir, Hadis ve Usûl-i fıkıh ilimlerinin ortak konuları oldukları görülür.

Bir meselenin Kelam ilminin konusu olmasının Usûl-i fıkıh açısından anlamı şudur: Kelam ilminde kabul edilmiş olan bir değer yargısı doğrudan doğruya Usûl-i fıkıh ilminde de genel bir ilke olarak kabul edilir. Daha önce de belirtildiği gibi, "Allah'ın zat ve sıfatlarından, nübüvvet konularından, başlangıç ve sonuç itibarıyla kâinatın hallerinden İslâm kanunu üzere bahseden bir ilim"¹⁵⁸ olan Kelâm ilmi, İslâm âlimlerinin çoğunluğuna göre, İslâm'ın inanç ilkelerini belirleyip temellendiren bir disiplin olması hasebiyle dinî ilimlerin aslını oluşturur, diğer ilimler ise ona göre ikinci sırada yer alır. Bu sebeple Gazzâlî, Kelam ilminin bütün dinî ilimlerin mebdelerini ispat ettiğini ve dolayısıyla onun küllî, diğer dinî ilimlerin ise kelama nispetle cüzî olduğunu söylemiştir.¹⁵⁹ Hanefî usulcülerinden Fâhru'l-İslâm

154 Usûl-i fıkıh terkibi hk. bk. Sadruşşeria, *et-Tavâhîh*, I, 8, 20; Muhammed Ali b. Ali et-Tahânevî, *Kitâbu Keşşâfi istilâhâtî'l-fünûn*, İstanbul 1984, Dâru Kahraman, I, 28-30.

155 Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, Beyrut ts., Dâru'l-Ma'rife, s. 5; ayrıca bk. a.mlf., "Fıkıh Usûlünün Tanımı, Konusu ve Faydası" (çev. Ferhat Koca), *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2003, sy. 2, s. 261-266.

156 A. Cüneyd Köksal, *Fıkıh Usûlünün Mahiyeti ve Gayesi*, İstanbul 2008, İSAM Yayınları, s. 167-168.

157 İmâmü'l-Harameyn el-Cüveynî, *el-Burhân fi usûli'l-fıkıh* (nşr. Abdülazim ed-Dîb), Devha 1399, Metâbiu'd-Devhati'l-Hadise, I, 84; Seyfeddîn el-Âmidî, *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm* (nşr. İbrahim el-Acûz), Beyrut 1405/1985, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, I, 72; Molla Fenârî, *Fusûlü'l-bedâyi' fi usûliş-şerâyi'*, İstanbul 1289, Matbaatü Şeyh Yahya Efendi, I, 159 vd.

158 Ömer Nasuhi Bilmen, *Muvazzah İlm-i Kelam*, İstanbul 1972, Bilmen Yayınevi, s. 5.

159 Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazzâlî, *el-Mustasfâ min ilmi'l-usûl*, Bulak 1322, Dâru Sâdır, I, 5; Köksal, *Fıkıh Usûlünün Mahiyeti*, s. 112.

el-Pezdevî (ö. 482/1089) de Kelam (İlmü't-tevhîd ve's-sıfât) ve Fıkhı (İlmü'ş-şerâi ve'l-ahkâm) iki ayrı ilim olarak kabul etmekle beraber, Kitap ve sünnete temessükün ancak Tevhit ilmi sayesinde mümkün olabileceğini ifade eder. Yani bir meselelerin hükmünü belirlerken Kitap ve sünnete istinat etmek ancak Tevhit ilminin temin ettiği neticeye dayanmakla mümkün olur. Bunu da Hz. Peygamber'in risâletini ve Kur'an'ın hakikatini kabul edenler yapabilir.¹⁶⁰ Pezdevî'ye göre, ikinci nevi teşkil eden Fıkh ilmine "füru" denilmesinin sebebi, ondaki küllî delillerin sahih olup olmadığının bilinmesinin Tevhit (Kelam) ilmine bağlı olmasıdır. Mesela Kur'an'ın hüccet olması; Allah'ın varlık ve birliğini, Kur'an'ı tebliğ eden mübelliğin yani Hz. Muhammed'in (s.a.v.) doğruluğunu bilmeye bağlıdır. Bu konular ise, Tevhit ilmi sayesinde bilinir. Dolayısıyla Fıkh ilmi Tevhit ilminin fer'i sayılır. Çünkü fer', varlığı başkasına muhtaç olandır.¹⁶¹ Yine Hanefî-Mâtürîdî geleneğine mensup Alâeddin es-Semerkandî (ö. 539/1144) "Fıkh usulü ilmi ve ahkâm (Usûlü'l-fikh ve'l-ahkâm), Kelam ilminin bir dalıdır. Dal (fer'), kökünden dal-budak salmış olandır; böyle olmayan, kökün neslinden sayılmaz. Bundan dolayı zorunlu olarak Fıkh usulü alanında yapılmış olan bir tasnifin, eserin yazarının itikadına uygun olması gerekir"¹⁶² demiştir. Bütün bu görüşlerden, Usûl-i fıkh ilminin Kelam ilminde kabul edilen inanç esaslarını temel bir veri olarak aldığı ve hatta usul ilkelerinin bu kelâmî kabuller üzerine inşa edildiği anlaşılır.

Kelam ve Usûl-i fıkh ilmi arasındaki ilişki bu şekilde ortaya konulduktan sonra, Kemalpaşazâde'nin *Risâle fîş-şahsî'l-İnsânî* adlı eseri hakkında Usûl-i fıkh açısından şunlar söylenebilir: Kemalpaşazâde'nin bu risâlesinde doğrudan doğruya Kelam ilmini ilgilendiren meseleler ruhun tanımı ve mahiyeti, mi'râc mucizesi, müteşâbihâtta olan hurûf-ı mukattaa ve haşir konularıdır. Bu konularda Kelam ilmi açısından yapılan değerlendirmeler ve varılan sonuçlar doğal olarak Usûl-i fıkh açısından da geçerli kabul edilen sonuçlar demektir.

Öte yandan, *Risâle fîş-şahsî'l-İnsânî*'de Tefsir ilmi açısından İsrâiliyât konusunda incelediğimiz Hz. İsa'ya (a.s.) nispet edilen "İki defa doğmayan semaların melekûtuna giremez" sözü, Usûl-i fıkh ilmi bakımından "Bizden önceki semavi şeriatlar" (Şer'u men kablênâ) konusunu ilgilendirir.

Usul-i fıkh ilmi açısından, bizden önceki ilahi din ve şeriatlarla ilgili doğru bilginin yegâne kaynağı Kur'an-ı Kerim ve sahih sünnettir. Şayet bizden önceki ilahî dinlerle ilgili bir bilgi bu kaynaklarda mevcut ise, onun sabit ve sahih olduğu kabul edilir. Adı geçen hükmün bizim açımızdan bağlayıcı olup olmadığı hususunda ise şu varsayımlar söz konusu olabilir:

160 Fahirü'l-İslam Ali b. Muhammed el-Pezdevî, *Usûl*, I, 29-47 (Abdülaziz el-Buhârî'nin *Keşfü'l-esrâr*'i ile birlikte).

161 Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Bezdevî* (nşr. Muhammed el-Mutasım Billah el-Bağdâdî), Beyrut 1414/1994, Dâru'l-Kütübî'l-Arabî, I, 46-47.

162 Alâeddin es-Semerkandî, *Mizânü'l-usûl* (nşr. Muhammed Zeki Abdülber), Katar 1404/1984, Matâbiu'd-Devhati'l-Hadisiyye, s. 1-2.

Bizden önceki ilâhî dinlere ait bir hüküm Kur'an-ı Kerim ve sahih sünnette zikredilmiş ve bizim hakkımızda da bağlayıcı olduğu açıkça belirtilmiş ise, söz konusu hüküm bizim için de bağlayıcı olur ve artık o, İslam'ın öz hükmü kabul edilir. Şayet adı geçen hükmün bizim için geçersiz olduğu açıkça belirtilmiş ise, o zaman da söz konusu hüküm bizim hakkımızda ilga edilmiş (mensuh) kabul edilir.

Bizden önceki ilâhî dinlere ait bir hüküm Kur'an-ı Kerim ve sahih sünnette zikredilmiş, ancak bizim için bağlayıcı olup olmadığı veya mensuh olup olmadığı hakkında herhangi bir açıklama yapılmamış ise; bazı usul bilginleri o hükmün Müslümanlar için de geçerli olacağını; bazı usul bilginleri ise söz konusu hükmün bizim için de geçerli olduğu Kur'an-ı Kerim veya sünnet tarafından açıkça bildirilmedikçe, İslam dininin kendisinden önceki bütün ilahî dinleri nesh ettiğine dair genel ilkeden hareketle, bizim hakkımızda geçerli olmayacağını ileri sürmüşlerdir.¹⁶³

Hanefî usulcülerinden Sadruşşerîa (ö. 747/1346) *et-Tenkîh* adlı temel usulî fıkıh metninde Hanefî mezhebinin yukarıdaki görüşlerden birinci şıkkı tercih ettiğini söylediği halde, bizzat Kemalpaşazâde bu ifadeye açıklık getirerek “ancak onların kitaplarının tahrif edilmesi sebebiyle söz konusu kitaplara itimat/güven kalmadığı için biz de Yüce Allah'ın inkâr (ret ve iptal) etmeksizin bize onları (tekrar) anlatması (gerektiği)ni şart koştuk”¹⁶⁴ diye açıklamada bulunmuştur.

Bu temel usul ilkeleri ışığında Hz. İsa'ya (a.s.) nispet edilen “İki defa doğmayan semaların melekûtuna giremez” sözüne bakıldığı zaman, bu sözün Kur'an-ı Kerim ve sahih sünnette sabit olmaması sebebiyle, İslam dini açısından herhangi bir delil değerinin bulunmadığı ortaya çıkar.

Yine, *Risâle fi's-şahsi'l-insânî*'deki Hadis ilmiyle ilgili incelenen konular da doğrudan doğruya Usûl-i fıkıh ilmini ilgilendirmektedir. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Usûl-i fıkıh ilminin temel konusu şer'i hükümlerin kaynakları olması itibarıyla şer'i delillerdir. Bu deliller ise başta Kur'an-ı Kerim olmak üzere, Hz. Peygamber'in (s.a.v.) sünneti, sahabenin görüş ve uygulamaları (kavlî's-sahâbe/amelî's-sahâbe) ve diğer delillerdir.

163 Şeru men kablenâ hk. bk. Debûsî, *Takvimü'l-edille fi usûli'l-fıkıh* (nşr. Halil Muhyiddin el-Meys), Beyrut 1401/2001, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, s. 253-255; Şemsüleimme es-Serahsî, *el-Ustûl* (nşr. Ebü'l-Vefâ el-Efgânî), Beyrut 1393/1973, II, 99-105; Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, Bulak 1323, I, 245-260; Muhammed b. Abdülhamid el-Üsmendî, *Bezlü'n-nazar fi'l-usûl* (nşr. M. Zekî Abdülber), Kahire 1412/1992, Mektebetü Dâri't-Türâs, s. 679-688; Necmeddin et-Tüfî, *Şerhu Muhtasari'r-Ravza* (nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki), Beyrut 1410/1990, Müessesetü'r-Risâle, III, 169-184; Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl* (nşr. Ebü Hafs Sâmî b. el-Arabî el-Eserî), Riyad 1421/2000, Dâru'l-Fazile, II, 979-985; Muhammed Hamîdullah, “İslâm Hukukunun Kaynakları Açısından Kitâb-ı Mukaddes” (trc. İbrahim Canan), *İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, sy. 3 (1979), s. 379-390; sy. 4 (1980), s. 313-326; İbrahim Kâfi Dönmez, “Şer'u men kablenâ”, *DİA*, XXXIX, 15-19.

164 Şemseddin Ahmed b. Süleyman b. Kemal Paşa, *Tagyîru't-Tenkîh fi'l-usûl*, İstanbul 1308, Cemal Efendi Matbaası, s. 157.

IV. SONUÇ

Kemalpaşazâde (ö. 940/1534) Osmanlıların yükseliş döneminde kazasker ve şeyhülislamlık yapmış ve Osmanlı uleması arasında ilmî derinliği, muhakeme gücü ve şer'î meseleleri çözme konusundaki kabiliyeti sebebiyle “müftî's-sakaleyn” (insanların ve cinlerin müftüsü) lakabıyla anılmış büyük bir ilim adamıdır. O İslam felsefesi, Kelam, Tefsir, Hadis, Fıkıh, Fıkıh usulü, Tasavvuf, dil, tarih, edebiyat ve tıp gibi değişik alanlarda Arapça, Farsça ve Türkçe olmak üzere, sayıları yüzlerle ifade edilen eserler kaleme almıştır.

Özellikle varlık ve insan hakkında yazdığı düzinelerce eseri sebebiyle “Varlık ve insan filozofu” unvanını hak eden Kemalpaşazâde yaklaşık dört sayfalık *Risâle fiş-şahsi'l-insânî* adlı eserinde Osmanlı düşünce ve ilim geleneğinden tevarüs ettiği olduğu başta Felsefe, Kelam ve Tasavvuf olmak üzere pek çok ilmî disiplinin farklı kavram ve önermelerini kullanarak insanın yapısı ve bu yapıyı meydana getiren unsurlar hakkında bir senteze ulaşmaya çalışmıştır.

Biz bu risâledeki insanın mahiyeti, varlık yapısı ve ölümden sonraki hayatıyla ilgili görüşlerin ontolojik açıdan değerlendirilmesini felsefeye havale ederek, onda yer alan Kelam, Tefsir, Hadis, Tasavvuf, Fıkıh ve Fıkıh Usulü gibi İslâmî ilimlere ait bilgi ve malzemelerin kaynaklarını ve bunların birbirleriyle uyumlu bir bütün oluşturup oluşturmadıklarını incelemeye gayret ettik.

Kemalpaşazâde'nin *Risâle fiş-şahsi'l-insânî*'sine Kelâm ilmi açısından bakıldığında onda ruh, mi'râc mucizesi, hurûf-ı mukattaa ve haşir gibi bazı Kelâmî konuların ele alındığı görülür. Bunlardan ruh hakkında genel olarak Ehl-i sünnet kelimcileriyle aynı görüşleri paylaşan İbn Kemal Paşa, mi'râc konusunda çoğunluğun aksine olarak mi'râcın cismânî değil sadece ruhen vuku bulduğunu savunmuş, hurûf-ı mukattaa (bağımsız ve ayrı harfler) adı verilen müteşâbih lafızların tefsiri ve haşrin mertebeleri konularında ise içinde yetişmiş olduğu “tenzih”e ağırlık veren Mâturîdî geleneğinin yaklaşımları yerine, “teşbih”e ağırlık veren vahdet-i vücudcuların bâtinî ve hurûfî yorumlarını benimsemiştir.

Söz konusu risâleye Tefsir ilmi açısından bakıldığı zaman onun Zemahşerî, Fahreddin er-Râzî ve Kurtubî gibi bütün ilmî mesailerini aklî tefekkürleri ışığında yapmış olan kişilerin eserlerinden yapılan alıntılarla dolu olduğu, “işârî tefsir”le ilgili olarak ise adları açıkça zikredilmemekle beraber özellikle Nizâmeddin en-Nisâbüri ve Abdürrezzâk el-Kâşânî'den yararlanıldığı ve böylece risâlede klasik kelâmî/felsefî görüşler ile vahdet-i vücud nazariyesi arasında bir sentez yapılmaya çalışıldığı görülmüştür.

Risâle fiş-şahsi'l-insânî'de Hadis ilmini ilgilendiren toplam dört haber yer almıştır. Ancak bu haberlerin hemen hemen tamamı ya senet ya da metin bakımından

problemlidir ve hatta bazısı uydurmadır (mevzu). Edirne Dâru'l-hadîs'inde hocalık yapmış bir ilim adamı olan Kemalpaşazâde'nin böylesine zayıf veya uydurma haberleri eserine alması ve bu tür haberlere dayanarak birtakım ilmî/dinî sonuçlara ulaşması, insanda onun yalnızca bu risâlesindeki haber ve değerlendirmelerine değil, diğer bütün eserlerinde geçen rivayetlere ve bu rivayetlere dayalı olarak ulaştığı sonuçlara karşı daha dikkatli olunması gerektiği düşüncesini doğurmaktadır.

Kemalpaşazâde'nin bu eserinde haşrin mertebeleri, ölüm ve doğumun çeşitleri ve hurûf-ı mukattaalar konularında naklettiği bazı tasavvufî görüşler vahdet-i vücud nazariyesi içerisinde anlamlı bir bütünlük oluşturmakla beraber, bunların tenzihe ağırlık veren Kelâmî geleneğe mensup ilim adamlarının genel görüşleriyle uyumlu bir bütünlük oluşturamayacağı sonucuna varılmıştır.

Kemalpaşazâde bu risâlesinde insanın şahsiyetini meydana getiren beden, ruh ve nefsi tanımlarken adı geçen terimleri henüz insanın “iyi ve kötü huy ve davranışları” noktasına kadar ilerletmediği için söz konusu risâle, insanın iyi ve kötü huy ve davranışlarını konu edinen ahlak ve fıkıh (hukuk) açısından değerlendirilmemiştir.

Risâle fi'ş-şahsî'l-İnsânî son olarak Usûl-i fıkıh ilmi açısından incelenmeye çalışılmıştır. Usûl-i fıkıh ilminin temel önerme ve ilkelerini (mebâdi') Kelam ilminden alması sebebiyle, burada Kelâm ilmi açısından olumlu bulunan sonuçların Usûl-i fıkıh açısından da olumlu karşılanacağı ifade edilmiştir. Aynı şekilde, risâledeki Hadis ilmi açısından eleştirilen hususların Usûl-i fıkıh açısından da geçerli olduğu belirtilmiştir. Yine, Kemalpaşazâde'nin bu eserinde nakledip benimsediği bazı vahdet-i vücudçu görüşlerin, keşf ve ilhamı hakiki ve genel bir “şer'i delil” ve “bilgi kaynağı” olarak kabul etmeyen Usûl-i fıkıh ilmi açısından bâtinî, hurûfî, gayr-i ma-kul ve fâsit teviller olarak nitelenebileceği sonucuna varılmıştır.

DİNİ VE DİNİ TEMSİL EDEN KAYNAKLARI TANIMLAYICI BİR YÖNTEM OLARAK SAHÂBE İCMÂİ

Prof. Dr. Talip TÜRCAN*

Özet: İslâm hukukunun klasik teorisinde, müslüman müctehidlerin, Hz. Peygamber'den sonraki herhangi bir dönemde bir meselenin şer'î hükmü üzerinde ittifak etmelerini ifade eden icmâ, işlevi bakımından, deliller arası hiyerarşide en güçlü delil; yürürlük bakımından da müstakil bir kaynak olarak kabul edilmiştir. Buna göre icmâ, şer'î bir hüküm ihdas etmemekte, ilahî iradeyi temsil etme hususunda ona kesinlik kazandırmaktadır. İcmâa dayalı kurallar, herhangi bir pozitif düzeyli yetkiye ihtiyaç duyulmaksızın, bağlayıcılık niteliğine sahiptirler. İcmâın bağlayıcılığı çeşitli açılardan tasnife tâbi tutulmuş, özellikle geçerliliği hususunda, şia da dâhil, ümmetin tamamının ittifakı bulunması nedeniyle, sahâbe icmâının bağlayıcı olduğu üzerinde görüş birliği gerçekleşmiştir. Genelde icmâ, özelde ise sahâbe icmâının en önemli işlevi ise, dinin kaynakları ve onlara ulaşma yöntemlerini tanımlamanın yanı sıra, Kitâb ve Sünnet tarafından öngörülen kavram, kurum ve ilkelerle onların nasıl anlaşılmalı gerektiğini kesin bir biçimde tespit etmektir.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, İcmâ, Sahâbe İcmâi, Din, Dinin Kaynakları, Şer'î Hüküm.

Ijma of The Companions As a Method Identifying The Religion and The Sources Representing the Religion

Abstract: In the classical theory of Islamic law, in point of its function, the ijma, which expresses the unanimous agreement of Muslim mujtahids on the shar'î provision of a matter at any time after the Prophet, is the strongest source (dalil) hierarchically, and ijma has been recognized as a self-contained source in terms of enforcement as well. Accordingly, ijma doesn't create a shar'î provision; it gives a decisive authority/validity to a provision in respect to represent the Divine will. Provisions based on ijma have got characteristics that should be followed even without requiring any positive authority. Authority of ijma has been assorted from various aspects, especially in respect of its validity. The authority of the companions' ijma is recognized by the whole Ummah including the shia. The most important function of ijma, specifically ijma of the companions, is to determine the concept, institution and principles prescribed by Qur'an and Sunnah and how they should be understood in a certain way as well as identifying the sources of religion and methods of reaching them.

Keywords: Islamic Law, İjma, Companions' İjma, Religion, Sources Of Religion, Shar'î Provision.

* Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, talipturcan@hotmail.com
Bu çalışma, *Uluslararası Ortak Yol Haritası İcma ve Kolektif Şuur Sempozyumu* (27-28 Nisan 2013)'nda tebliğ olarak sunulmuştur.

İcmân, klasik sünî fıkıh usûlü doktrininin geldiği nihai aşamada, ‘müslüman müctehidlerin Hz. Peygamber’den sonraki herhangi bir dönemde bir meselenin (beşerî bir davranışın) şer’î hükmü üzerinde görüş birliğine varmaları’ biçiminde tanımlandığı söylenebilir.¹

İslâm’da icmâ, yalnızca fikhî düşüncenin değil, tüm dinî düşüncenin en işlevsel kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır. Fıkıh usûlünün icmâa ilişkin geliştirdiği teorik ilkeler, kelmî meseleler açısından da geçerlidir. Din ve dini temsil eden kaynaklar, müslümanlarca geliştirilen icmâ teorisinden bağımsız ve onun öncesinde olmakla birlikte, onların objektif bir tanımına, icmânın, özellikle sahâbe icmânının işlevi sayesinde ulaşılabilir. İcmân dine ve dini temsil eden kaynaklara dönük işlevi, kuruculuk değil, bir meşruiyet prensibi olmaktan ibarettir. Diğer bir ifadeyle, icmâ, din ve dini temsil eden kaynaklar bakımından tanımlayıcı ve o tanıma aykırı tutumları dışlayıcı bir işlev görmektedir.²

Klasik doktrinde çoğunluk görüşü, her bir beşerî davranışın şer’î bir hükmünün bulunduğu ve şer’iliği de Kitâb ve Sünnet’in münhasıran temsil ettiği biçimindedir. Şer’ilikle bir hükmün ilahî iradeye dayanması niteliği kastedilmektedir.³ Kitâb ve Sünnet dışındaki deliller, herhangi bir davranışın hükmünü tespit bakımından doğrudan kaynak değil, o hükme ulaşma hususunda başvurulabilecek yöntem niteliğindedirler. Başka bir ifadeyle, Kitâb ve Sünnet dışındaki deliller, onlarda açıkça belirtilmeyen hükümlerin, onlardan istinbât edilebilmesini temin eden yöntemlerden ibarettir.

1 Çeşitli tanımlar için bkz. Ebu’l-Huseyn el-Basrî, Muhammed b. Ali b. et-Tayyib, *el-Mu’temed fi Usûli’l-Fıkh*, I-II, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1426/2005, II, 3; eş-Şirâzi, Ebû İshâk İbrâhîm b. Ali b. Yûsuf, *Şerhu’l-Luma*, I-II, Tahkik: Abdulmecid Turki, Dâru’l-Ğarbi’l-İslâmî, Beyrut 1408/1988, II, 665; el-Cuveynî, İmâmu’l-Harameyn Ebu’l-Meâlî Abdülmelik b. Abdillâh b. Yûsuf, *et-Telhis fi Usûli’l-Fıkh*, Tahkik: M. H. Muhammed Hasen İsmâil, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003, 366; es-Sem’ânî, Ebu’l-Muzaffer Mansûr b. Muhammed b. Abdilcebbar, *Kavâtiu’l-Edille fi’l-Usûl*, I-II, Tahkik: M. H. Muhammed Hasen İsmâil eş-Şâfiî, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, I, 461; el-Ğazâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfa min İlmi’l-Usûl*, I-II (el-Ensârî’nin *Fevâtihu’r-Rahamâtu* ile birlikte), İntişârâtü Dâri’z-Zehâir, Kum 1368, I, 173; er-Râzi, Fahrüddin Muhammed b. Umer b. el-Huseyn, *el-Mahsûl fi İlmi Usûli’l-Fıkh*, I-II, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1408/1988, II, 3; el-Âmidî, Seyfuddin Ebu’l-Hasen Ali b. Ebî Ali b. Muhammed, *el-İhkâm fi Usûli’l-Ahkâm*, I-IV, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1405/1985, I, 168; Abdulazîz el-Buhârî, Alâuddin b. Ahmed, *Keşfu’l-Esrâr an Usûli Fahri’l-İslâm el-Pezdevî*, I-IV, Ta’lik: M. el-Bağdâdî, Dâru’l-Kitâbi’l-Arabî, Beyrut 1414/1994, III, 424; Sadruşşeria, Ubeydullâh b. Mes’ûd b. Mahmûd, *et-Tavdih fi Halli Gavâmidit-Tenkîh*, I-II (et-Taftâzânî’nin *et-Telvihi* ile birlikte), Mekteb-i Sanâyi’ Matbaası, İstanbul 1310, II, 498; es-Subkî, Tâcuddin Abdülvehhâb b. Ali, *Cem’u’l-Cevâmî’ fi Usûli’l-Fıkh*, Ta’lik: Abdülmun’im Halîl İbrâhîm, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003, 76; ez-Zerkeşi, Bedruddin Muhammed b. Bahâdır b. Abdillâh, *el-Bahru’l-Muhîr fi Usûli’l-Fıkh*, I-IV, Zabt, Tahrîc ve Ta’lik: M. Muhammed Tâmir, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1421/2000, III, 487; İbnu’l-Humâm, Kemâluddin Muhammed b. Abdilvâhid, *et-Tahrîr fi İlmi’l-Usûl el-Câmi’ beyne Istilahayil-Hanefiyye veş-Şâfiyye*, I-III (İbn Emîri’l-Hâcc’in *et-Takrîr ve’t-Tahbîr* ile birlikte), el-Matbaatu’l-Kubra’l-Emiriyye, Bulak 1316, III, 80; eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *İrşâdu’l-Fuhûl ilâ Tahkiki İlmi’l-Usûl*, Tahkik: Ebû Mus’ab Muhammed Said el-Bedrî, Muessesetu’l-Kütübîs-Sekâfiyye, Beyrut 1412/1992, 132.

2 Bkz. Türcan, Talip, “Klasik İslam Kamu Hukukunun Kaynağı Olarak İcmâ -Tarihî Uygulamanın Hukukileşmesi Üzerine Bir Örnekleme-”, *İslâmiyât*, V (2002), Sayı: 2, 121-122.

3 Şer’ilik kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Türcan, “İslâm Hukuk Biliminde Şer’ilik Kavramı”, *Arayışlar*, Yıl: 3, Sayı: 5-6, 2001, 69-88; a.m.f., “Sünî ve Mu’tezilî Fıkıh Usûlünün Tanımlanmasında Bir Kriter Olarak Şer’ilik Algısı ve İbâha Alanının Şer’iliği Sorunu Bağlamında Bir Örnekleme”, *Marife*, Yıl: 5, Sayı: 3, Kış 2005 (Ehl-i Sünnet), 195-211.

İcmâi diğer yöntemlerden ayıran en önemli husus, onun işlevidir. İcmâ, klasik fıkıh usûlü doktrinine göre, deliller arası hiyerarşi bakımından en güçlü, yürürlük kaynağı anlamında müstakil, fakat *musbit* ve *muzhir* olmayan bir delildir.

İcmâ, bir hükmü Kitâb ve Sünnet gibi ilk baştan *isbât/ihdâs* etmez. İcmâ, bir hükmü, mesela kıyasta olduğu gibi *izhâr* da etmez. Nitekim icmân *musbit* bir delil olmaması ile kastedilen, hükmü ilk baştan koyan bir kaynak; *muzhir* olmaması ile kastedilen de hükmü Kitâb ve Sünnet'ten istinbât etmek suretiyle açığa çıkararak bir yöntem olmadığıdır. İcmâ, nassa ya da ictihada dayalı olarak zaten mevcut olup, zannî düzeyde olan bir hükme sadece kat'îlik kazandırmaktadır. Şu halde müctehidlerin bir meselenin şer'î hükmü üzerinde salt görüş birliğine varmaları yeterli olmayıp, mutlak surette hükmün, görüş birliğinden bağımsız ve ondan önce, şer'î bir dayanağının (sened/mustened) bulunması gerekmektedir.⁴

Kat'îlik ve *zannîlik* tabirleriyle, bir hükmün ilahî iradeye aidiyetine ilişkin kesinlik derecesi kastedilmektedir. Zannîlik, nassa dayalı hükümlerde *subût* ya da *delâlet*teki ihtimalden kaynaklanabileceği gibi, hükmün ictihad yöntemleriyle elde edilmiş olmasından da kaynaklanabilir. İcmâ, şer'î hükmü ihdâs etmemekte, ona, yalnızca, ilahî iradeyi temsil etme hususunda bir kesinlik kazandırmaktadır. Kitâb'ın delâletinde ve Sünnet'in de hem subût hem delâletinde var olan zannîlik, hakkında icmâ gerçekleşmiş bir şer'î hüküm bakımından söz konusu değildir. Sünnet'in büyük kısmı, rivâyet biçimi dikkate alındığında, bize zannî yollarla gelmiştir. Kitâb'ın subûtu kat'î olmakla birlikte, çok azı hariç, içerdiği hükümlere delâleti zannîdir ve te'vile açıktır. Aynı tespit, tek tek hadîslerin delâletleri açısından da geçerlidir.⁵ Ayrıca hem Kitâb'ın hem de Sünnet'in içerdiği hükümler bakımından *nesh* ihtimal ve iddiası her zaman vâridir.⁶ İctihada dayalı hüküm ise, tanımı gereği, zannîdir. Çünkü ancak kat'î delilin olmadığı yerde ictihad yapılabilir.⁷ İlahî iradeyi doğrudan ve tekel halde temsil eden Kitâb ve Sünnet nassları ile ictihad yöntemlerinin şer'î hükümleri belirtme hususunda çeşitli açılardan taşıdıkları bu zannîlik, icmâ bakımından söz konusu değildir. Çünkü icmâ, doktrinde, *ümmetin yanılmazlığı* ilkesi üzerine kurulmuş, ilgili olduğu şer'î hükmün ilahî iradeyi temsil ettiği hususunda kesinliği gösteren bir delil olarak tanımlanmıştır.

İcmânın müstakil delil olması ile, bir meselenin hükmünün icmâa doğrudan atıfla temellendirilmesinin, yani icmâ ile doğrudan istidlâlde bulunulmasının müm-

4 Bkz. ez-Zerkeşi, *el-Bahru'l-Muhît fî Usûli'l-Fıkh*, III, 499-500; İbn Emîrî'l-Hâcc, III, 109-112; eş-Şevkânî, 145-146; el-Ensârî, Abdülalî Muhammed b. Nizâmiddîn, *Fevâtiluhû'r-Rahamût bi Şerhi Musellemi's-Subût fî Usûli'l-Fıkh*, I-II (*el-Mustasfâ* ile birlikte), İntişârâtü Dâri'z-Zehâir, Kum 1368, II, 238-239.

5 Şer'î deliller tek başlarına dikkate alındığında onlarda kat'îliğin bulunmadığı ya da nâdir bulunduğu hususunda bkz. eş-Şatbî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ el-Lahmî el-Ğirnâti, *el-Muvâfakât fî Usûli's-Şeria*, I-IV, Şerh ve Tahrîc: Abdullâh Drâz, Dâru'l-Ma'rîfe, Beyrut 1415/1994, I, 34-35.

6 Bkz. el-Ğazâlî, II, 392; İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullâh b. Ahmed el-Makdisî, *Ravdatu'n-Nâzir ve Cunnetu'l-Munâzir fî Usûli'l-Fıkh alâ Mezhebi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel*, Muessesetu'r-Risâle Nâşirûn, Beyrut 1433/2012, 441; et-Tûfi, Necmuddîn Ebû'r-Rebi' Suleyman b. Abdilkavî b. Abdilkerîm b. Said, *Şerhu Muhtasari'r-Ravda*, I-III, Tahkîk: Abdullâh b. Abdilmuhsin et-Turkî, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 1419/1998, I, 111.

7 ez-Zerkeşi, IV, 515.

kün olması kastedilmektedir. Bir meselenin hükmü hususunda istidlâlde bulunan kimsenin, o konuda gerçekleşmiş icmâ delil olarak göstermesi yeterlidir. İcmânın senedinin ayrıca zikredilmesi gerekmez.⁸ Hakkında icmâ gerçekleşmiş bir hüküm, uygulama bakımından doğrudan bir yürürlük kaynağıdır. Yoksa icmân müstakil bir delil sayılması, ifade ettiğimiz gibi, ilahî iradeyi doğrudan ve bağımsız olarak temsil eden bir kaynak olduğu anlamında değildir. Başka bir deyişle icmânın, şer'î hükümleri isbât etme hususunda bir istiklâli bulunmamaktadır. İcmânın mutlak surette bir senede ihtiyacı vardır.⁹ Şu halde onun istiklâli, istidlâlde sınırlıdır.

İcmâ, şer'î amelî hükümlerin geçerliliği hususunda nihai kriter niteliğindedir. İcmâa aykırı olan şer'î amelî hükümler geçersizdir. Klasik doktrinde çoğunluk görüşü, icmânın ya şer'î delillerin *tertibî* gereği mutlak olarak nasslara *takdîm* edileceği¹⁰ ya da bir teâruz halinde *tercih* edileceği¹¹ şeklindedir. Buna göre, nassın Kitâb ya da Sünnet'e ait olması, mütevâtir veya âhâd olması yahut kat'î veya zannî olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.¹² Bir meselenin şer'î hükmünü arayan müctehidin, şer'î deliller arasında öncelikle icmâa müracaat etmesi gerektiği açıkça vurgulanmıştır.¹³ Bu, icmân deliller arası çatışma durumunda üstün tutulması gerektiği ve hiyerarşik bakımdan en güçlü delil olduğu anlamındadır. İlke olarak, Kitâb ve/veya Sünnet'e dayalı bir hükümle icmâ arasında herhangi bir çatışma farz edilemez. Kitâb ve Sünnet nasslarının icmâa aykırı biçimde anlaşılması ve yorumlanması geçersizdir. Çünkü mütevâtir ya da âhâd yolla gelmiş bir nassın içerdiği anlamın kesinliğinden, ancak o anlam üzerinde icmân gerçekleşmiş olması halinde söz edilebilir.

İcmâa konu olmuş hükümler bakımından icmânın gerçekleşmiş olması, bizatihi geçerlilik kaynağıdır. İcmâa konu olmuş şer'î amelî bir hükmün geçerliliği, icmânın gerçekleşmesi için gerekli olan unsurlar ya da yapısal koşullar dışında, başka bir unsura ya da yapısal koşula ihtiyaç duymamaktadır.¹⁴

İslâm'da hukuk, devletten öncedir. İcmâa dayalı kuralların *hukukî geçerlilikleri* (bağlayıcılık) devletin hukuk koyucu iradesine muhtaç olmadığı gibi, ondan bağımsız, onun öncesinde ve üstündedir. İlke olarak, hakkında icmâ gerçekleşmiş hukuk kurallarının hukukî geçerlilik nitelikleri, devletçe baştan benimsenmiş kabul edilir. Çünkü bu kuralların hukukî geçerlilikleri herhangi bir yetkili organın pozitif düzeyli yetkisine bağlı değildir.¹⁵ Buna göre icmâ, aynı zamanda, pozitif hu-

8 Hakkında icmâ gerçekleşmiş hükmün dayandığı delilin bilinmesinin onunla amel etmek için şart olmadığı hususunda bkz. ez-Zerkeşi, III, 503.

9 İbn Emiri'l-Hâcc, III, 109-110; eş-Şevkânî, 145-146.

10 Mesela bkz. el-Ğazâlî, II, 392; İbn Kudâme, 441.

11 Mesela bkz. el-Âmidî, IV, 476; el-Ensârî, II, 191.

12 Bkz. Türçan, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2003, 207-210.

13 Mesela bkz. eş-Şîrâzî, II, 682; el-Ğazâlî, II, 392; ez-Zerkeşi, IV, 517-518.

14 Bkz. Türçan, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, 207-209.

15 Bkz. el-Karâfî, Şihâbuddîn Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdris, *el-İhkâm fî Temyizi'l-Fetâvâ ani'l-Ahkâm ve Tasarrufâtî'l-Kâdi ve'l-İmâm*, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 1416/1995, 33, 35, 62-64, 88, 162 vd.

kuk düzenini kuran egemen iradenin bağlı olduğu nihai prensibi teşkil etmektedir. İcmâ, belirtilen işlevi açısından, egemen iradeyi sınırladığı kabul edilen temel hak ve hürriyetler teorisi ile mukayese edilebilir görünmektedir. Hukuk devleti ilkesine de, bilindiği gibi, temel hak ve hürriyetlerin devletten bağımsız, onun öncesinde ve üstünde olduğunun kabul edilmesiyle ulaşılabilmiştir.

İcmânın bağlayıcılığı, senedinin kat'î ya da zannî oluşu, gerçekleşme biçimi (sarîh-sukûtî/azîmet-ruhsat), rivâyet keyfiyeti (tevâtür-âhâd) ve icmâ edenlerin kimliği açılarından tasnife tâbi tutulmuş, klasik doktrinde tartışmalara konu olmuştur.

Hanefilerden ed-Debûsî, icmâ edenlerin kimliğini, icmânın gerçekleşme biçimini ve rivâyet keyfiyetini esas alarak icmânın bağlayıcılık derecesini, eş-Şeybânî'ye atfen, dörtlü bir tasnif içinde ifade etmiş,¹⁶ sonraki hanefî usûlcülerden bir kısmı da¹⁷ aşağıda vereceğimiz söz konusu tasnife bağlı kalmışlardır.

Bağlayıcılık bakımından *icmân ilk derecesi*, sahâbenin sarîh icmâıdır. Hanefî doktrininde, sahâbenin sarîh icmânının tevâtürle nakledilmesi halinde, bağlayıcılık açısından en güçlü icmâ olduğu kabul edilmektedir.¹⁸ Bu koşul ed-Debûsî'de bulunmamaktadır. ed-Debûsî, sahâbenin sarîh icmânının en güçlü icmâ sayılmasını, geçerliliği üzerinde şîa dâhil, ümmetin tamamının ittifakının bulunmasına bağlamaktadır. Çünkü sahâbenin sarîh icmâı, ehl-i beyti (ıtratu'r-Rasûl) ve Medine ehlini de kapsamaktadır.¹⁹ Hanefî doktrini sahâbenin sarîh icmânının bağlayıcılığını, onun bir âyet ya da mütevâtir haber gibi olduğunu söyleyerek açıklamaktadır.²⁰

İcmân ikinci derecesi, sahâbenin sukûtî icmâıdır.²¹ Sukûtun, ittifaka delâletinin açık beyana göre daha zayıf olması, gerçekleşen icmân bağlayıcılığının ikinci derecede tasnif edilmesini gerektirmiştir. Hanefî doktrininde sahâbe icmânının bu türünün, kat'î bir delil olmakla birlikte, inkârının küfür sayılmayacağı; çünkü onun âmm nassın delâleti menzilesinde olduğu ifade edilmektedir.²² Şu kadar ki, bu yaklaşımla, hanefî doktrininde sukûtî (ruhsat) icmânın zannî delil sayılması görüşü arasında bir tutarsızlık probleminin açığa çıktığı belirtilmelidir.

16 ed-Debûsî, Ebû Zeyd Ubeydullâh b. Umer b. İsâ, *Takvîmu'l-Edille fî Usûli'l-Fıkh*, Tahkik: H. Muhyiddin el-Meys, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1421/2001, 31-32.

17 Bkz. Sadruşşeria, II, 515-516; İbn Emîrî'l-Hâcc, III, 115-116. Hanefiler içinde aksi kanaat için bkz. es-Semerkandî, Alâuddin Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, *Mizânü'l-Usûl fî Netâici'l-Ukûl (el-Muhtasar)*, Tahkik: Muhammed Zekî Abdulber, Mektebetu Dârî't-Turâs, Kahire 1418/1997, 550.

18 ed-Debûsî, 31; el-Ahsiketî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Umer, *el-Muntehab fî Usûli'l-Mezheb*, Dirâse ve Tahkik: Salim Öğüt, by. ty., 694; en-Nesefî, Ebu'l-Berakât Abdullâh b. Ahmed, *Keşfu'l-Esrâr*, I-II, İhsan Kitapevi, İstanbul 1986, II, 111-112; İbn Emîrî'l-Hâcc, III, 113.

19 ed-Debûsî, 31. Ayrıca bkz. Abdulaziz el-Buhârî, III, 479-480.

20 Abdulaziz el-Buhârî, III, 479-480; en-Nesefî, II, 111; İbn Melek, el-Mevlâ Abdullatif, *Şerhu'l-Menâr fî'l-Usûl*, Salah Bilici Kitabevi, İstanbul 1965, 259.

21 ed-Debûsî, 31.

22 İbn Melek, 259; el-Leknevî, Muhammed Abdulhalim b. Mevlânâ Muhammed Eminillâh el-Ensârî, *Kameru'l-Akmâr alâ Nûri'l-Envâr*, I-II (en-Nesefî'nin *Keşfu'l-Esrâr*'i ile birlikte), İhsan Kitapevi, İstanbul 1986, II, 112.

Üçüncü derecede, sahâbeden sonraki herhangi bir devirde daha önce ihtilafa konu olmamış bir meselenin hükmü üzerinde gerçekleşen icmâ bulunmaktadır.²³ Hanefî doktrini icmân bu türünü kesin bilgi değil, fakat itmi'nân (tuma'nîne) sağlayan meşhûr haber mesabesinde görmektedir.²⁴ Sonraki dönemlerin sarîh icmânının, sahâbenin sukûtî icmândan daha aşağı derecede tasnif edilmesini ed-Debûsî, "Sahâbiler Allah Rasûlü'nün halifeleri idiler, onlardan sonra gelenler ise sahâbenin halifeleridir. Dolayısıyla onlarla sonraki nesiller arasındaki fark, onlarla Allah Rasûlü arasındaki farka yakındır"²⁵ diyerek izah etmektedir.

İcmâm dördüncü derecesi ise, daha önceki nesillerde ihtilafa konu olmuş bir meselenin hükmü üzerinde gerçekleşen icmâdır.²⁶ Hanefî doktrini icmân bu türünü de kendisiyle amelin vâcib olduğu, fakat ilim ifade etmeyen haber-i vâhid hükmünde görmektedir. İcmân bu derecesi, haber-i vâhid gibi, kıyasa tercih olunur.²⁷

Sahâbe icmâi ile, klasik fıkıh usulünde, Hz. Peygamber'i gören kimselerin onun irtihalinden sonra, bir meselenin şer'î hükmü üzerinde gerçekleştirdikleri görüş birliği kastedilmektedir. Çoğunluk, teorik düzeyde, sahâbe dönemine ulaşan tâbiûn neslinden müctehidlerin de o dönemde gerçekleşmiş icmâa katılmalarını, sahâbe icmânının oluşumu bakımından bir zorunluluk olarak aramaktadır. Çünkü icmâ, tanımı gereği, aynı dönemde yaşayan ümmetin müctehidlerinin tamamının bir ittifakı olup, sahâbe dönemine yetişen tâbiûndan müctehidler de ümmetin kapsamına dâhildirler.²⁸ Nitekim çoğunluk, tâbiûndan olan müctehidlerin sahâbe hayatta iken onların görüşlerine muhalif ictihadlar yapabildiklerini ve yargı kararları verebildiklerini tarihî bir tespit olarak ortaya koymaktadır.²⁹ Bu, sahâbe icmânının oluşumunda, birlikte yaşadıkları dönemde tâbiûnun müctehidlerinin dikkate alınmasının gerektiği hususunda tersinden bir delil teşkil etmektedir.

İcmâi şer'î bir delil olarak kabul eden tüm kesimler, sahâbe icmânının bağlayıcılığı üzerinde görüş birliği içindedirler. Bu tespit, sahâbe icmânında, elbette kendi dönemiyle sınırlı olmak kaydıyla, yalnızca ehl-i beytin icmânını ve içinde ma'sûm imâmın bulunduğu icmâi geçerli bir delil sayan şîa görüşü, Medine ehlinin icmânını geçerli bir delil sayan görüş ile yalnızca sahâbe icmânını bağlayıcı görüp, sonraki nesillerin ittifakını icmâ olarak kabul etmeyen zâhirî yaklaşım da dâhil, tüm eğilimlerde aranan kriterlerin temsil olunduğu gerekçesine dayanılarak yapılmaktadır.³⁰

23 ed-Debûsî, 31.

24 en-Nesefî, II, 112; Abdülazîz el-Buhârî, III, 480; Molla Civen, Ahmed b. Ebi Said b. Ubeydillâh, *Nûru'l-Envâr ale'l-Menâr*, I-II (en-Nesefî'nin *Keşfu'l-Esrâr*'ı ile birlikte), İhsan Kitapevi, İstanbul 1986, II, 112.

25 ed-Debûsî, 31.

26 ed-Debûsî, 31, 32.

27 İbn Melek, 259; Molla Civen, II, 112.

28 el-Cassâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *el-Fusûl fi'l-Usûl*, I-IV, Tahkik: Uceyl Câsim en-Neşemî, Vizâretu'l-Evkâf veş-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt 1414/1994, III, 333-336; ez-Zerkeşî, III, 525-527.

29 el-Cassâs, III, 333-334; el-Âmidî, I, 204-206.

30 Bkz. ed-Debûsî, 31; İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Said, *el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm*, I-VIII, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1405/1985, IV, 553 vd.; Abdülazîz el-Buhârî, III, 479-480.

Ebû Hanîfe'den, "Sahâbe bir meselede ittifak ettiği zaman, bunun onların yetki-sinde olduğunu teslim eder (ve ona tâbi oluruz). Tâbiûn ittifak ettiğinde ise onlarla tartışırız"³¹ biçiminde nakledilen sözün, zâhirî yaklaşımda olduğu gibi, sahâbe sonrası dönemlerin icmânının geçerli bir delil oluşunu reddetmek amacı taşımadığı kabul edilmektedir. Başta hanefiler olmak üzere klasik doktrin, ağırlıklı olarak, Ebû Hanîfe'nin 'tâbiûn ittifak ettiğinde onlarla tartışırız' sözünü, onun da tâbiûna dâhil bir müctehid olduğu gerekçesiyle, o sözü söylemeye hakkı bulunduğu biçiminde anlamaktadır. Bu yoruma göre Ebû Hanîfe'nin muhalif kaldığı bir tâbiûn ittifakı icmâ niteliği kazanamayacağı için, onun itirazına açık olacaktır. Diğer bir ifadeyle, Ebû Hanîfe'nin bir müctehid olarak onlara muhalefet etme ve onlarla eşit düzeyde görüş bildirme yetkisi bulunmaktadır.³² Ne var ki, Ebû Hanîfe'den nakledilen sözün icmâ teorisine ilişkin sürecin belli bir gelişim aşamasına denk düşmesi ve onun bir yansıması olması kanaatimizce daha muhtemeldir. Ebû Hanîfe'nin, sahâbe kavli ve uygulaması karşısındaki tutumu³³ da belirttiğimiz tespiti destekler mahiyettedir.

Klasik doktrinde icmân gerçekleşmesinin (vukûnunun imkânı) ve gerçekleşmiş bir icmân bilgisine ulaşmanın imkânı (ittilân imkânı) tartışma konusu olmuştur. Geçerli icmâ olarak yalnızca sahâbe icmânını kabul edenler, yaklaşımlarını, sahâbe icmânının gerçekleşme ve bilinebilme imkânına dayandırmaktadırlar. Onlara göre, sahâbenin sayı bakımından az olması, icmâ etmelerine, görüş ve ittifaklarının tespit edilip bilinebilmesine imkân sağlamaktadır. Sonraki nesiller bakımından ise, bunu söylemek mümkün değildir.³⁴ Sahâbe icmânının, icmân gerçekleşmesinin ve gerçekleşmiş bir icmân bilgisine ulaşmanın imkânına ilişkin tartışmaların dışında kalacağı hususu çoğunlukça da kabul edilmektedir. Bu görüşü savunanlar yine aynı gerekçelere dayanmaktadırlar.³⁵

Klasik usûl doktrininde sahâbe icmâi bağlamında dört halifenin icmâi, yani hulefâ-i râşidinin icmâi da tartışılır.³⁶ Büyük çoğunluk, dört halifenin icmânının teorik olarak bir bağlayıcılığının olmadığını söylese bile, İslâm hukukunun erken teşekkül dönemi bakımından çok önemli ve bunun özellikle uygulamaya dayalı bir kaynak (yürürlük kaynağı) olduğunda kuşku yoktur.

Medine ehlinin icmâi, Kitâb ve Sünnet hükümlerinin anlaşılmasında ve haber-i vâhidlerle amel hususunda İmâm Mâlik tarafından bir yöntem olarak benimsenmiştir. Çoğunluk Medine ehlinin icmânını geçerli bir yöntem olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte, onun, özellikle Hz. Peygamber ve sahâbe uygulamasına

31 el-Cassâs, III, 273.

32 el-Cassâs, III, 273-274; ez-Zerkeşi, III, 527-528.

33 es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, *Usûlu's-Serahsî*, I-II, Eda Neşriyat, İstanbul 1990, II, 105 vd.

34 Bkz. İbn Hazm, IV, 553 vd.

35 es-Subkî, Takıyyuddîn Ali b. Abdilkâfi/es-Subkî, Tâcuddîn Abdolvahhâb b. Ali, *el-İbhâc fî Şerhi'l-Minhâc*, I-III, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1416/1995, II, 352; ez-Zerkeşi, III, 489.

36 ez-Zerkeşi, III, 535-536.

dayandığı için bağlayıcı olduğu biçimindeki gerekçe, sahâbe icmâının evleviyetle dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Esasen klasik doktrinde Medine ehlinin icmâının sahâbe icmâi bağlamında tartışılması ve onu bir delil olarak benimseyenlerin sahâbe icmâi ile irtibatlandırmaları³⁷ da bu tespiti desteklemektedir.

Ebû Hanîfe ve Mâlik'in sahâbe kavlini delil olarak kabul edip, kıyasa tercih ettikleri bilinmektedir.³⁸ Özellikle Ebû Hanîfe, sahâbe icmâına tâbi olacağını ve sahâbe ihtilafının da dışına çıkmayacağını açıkça belirtmektedir ki,³⁹ bu yöntemini, dolaylı olarak ya da tersinden bir sahâbe icmâına dayandırdığı biçiminde anlamak mümkündür. Ebû Hanîfe'ye göre, belli bir hüküm üzerinde ittifak gerçekleşmesi bile, sahâbe ihtilafının hududu, o meselenin hükmü bakımından seçeneklerin daha fazla olmadığını göstermekte ve sonraki nesilleri bağlamaktadır.

Sahâbe icmâını diğer nesillerin icmâından farklı kılan nedir? Klasik doktrin, sahâbe icmâının diğer nesillerin icmâına göre ayrıcalıklı sayılması hususunda ittifak edememiş, hatta çoğunluk teoride bunu reddetmiş olsa bile, kanımızca, sahâbe icmâının fiilî işlevi dikkate alındığında, bir tasnifin yapılması hem mümkün hem de gereklidir. Klasik doktrinde sahâbe icmâını üstün tutan yaklaşımlarda da, hanefî doktrini kısmen istisna edilirse, onun işlevi değil, başka gerekçeler esas alınmıştır.

Sahâbe icmâi dini ve dini temsil eden kaynakları tanımlayıcı bir yöntem olarak işlev görmektedir. Sahâbe icmâını diğer nesillerin icmâlarından ayıran en önemli özellik, icmâa katılanların kimliğidir. Sahâbe, Hz. Peygamber'i görmüş, onun sohbetine katılmış, Kitâb'ın nuzûlüne, Sünnet'in vurûduna şahit olmuş ve ictihadın yöntemlerini Hz. Peygamber'den öğrenmiş bir nesildir. İslâm ümmetinde Kitâb ve Sünnet'i kendi nuzûl ve vurûd bağlamı içinde en iyi ve doğru biçimde kavrayacak; onların yorumunda lafızların, sistematüğün, gözetilen amaçların ve genel ilkelerin ne ölçüde dikkate alınacağını en iyi bilebilecek nesil, kuşkusuz sahâbe neslidir. Nitekim Ebû Hanîfe'nin sahâbenin icmâına tâbi olacağını ve onların ictihadı bir meseledeki ihtilaflarının dahi dışına çıkmayacağını söylemesi, sahâbenin bize dini nakleden nesil olmasından ötürüdür. Özellikle Hz. Ebû Bekr ve Hz. Ömer'in hilâfet dönemlerinde açığa çıkan meselelerin hükümlerini tespit etmek amacıyla sıkça istişareye başvurulduğu; bir hükme ittifakla ulaşılmaması halinde, bunun bireysel ictihadların aksine, bağlayıcı bir hüküm olarak algılanıp uygulandığı müşahede edilmektedir.⁴⁰

İslâm'ın temel kaynakları ilahî iradeyi temsil eden Kur'an ve Sünnet'tir. Kur'an ve Sünnet'in objektif bir tanımı ve onların otoritesine bağlanma ilkesini sahâbe icmâına borçlu olduğumuzu öncelikle söylememiz gerekir. Şöyle ki:

37 Bkz. el-Ğazâli, I, 187; İbn Kudâme, 173-174; el-Âmidî, I, 206-209.

38 Bkz. es-Serahsî, II, 105 vd.; İbn Kudâme, 197.

39 el-Hatîb el-Bağdâdî, el-Hâfız Ebû Bekr Ahmed b. Ali, *Târîhu Bağdâd*, I-XIV, Mısır 1349/1931, XIII, 368.

40 Bkz. Türçan, "Şûrâ", *TDVİA*, İstanbul 2010, XXXIX, 231-232.

Bilindiği gibi Kur'ân'ın cem' edilmesi Hz. Ebû Bekr'in ve nüshalarının çoğaltılması da Hz. Osman'ın hilâfet dönemlerinde gerçekleştirilmiştir. Kur'ân tanımlanırken mushaflarda yazılı olması ve mütevâtir olarak nakledilmiş olması temel unsurlar olarak zikredilir.⁴¹ Çünkü bizler ilahî hitâba doğrudan muhatap olmuş değiliz. Kur'ân'ın ilahî hitâbdan bir parça olduğunu Hz. Peygamber vasıtasıyla biliyor ve ona inanıyoruz. Neyin Kur'ân olduğu hususunda sahâbenin icmâi, onun bize tevâtürle nakledilmesinden daha öncelikli bir aşama olarak karşımıza çıkmaktadır. Sahâbe, Kur'ân'ı cem' edip mushafa kaydetmiş, onun içinde olanların Kur'ân, dışında kalanların ise Kur'ân olmadığına ittifak etmiştir.⁴² Daha sonra onun nesilden nesile tevâtürle nakli gerçekleştirilmiştir. Şu halde ilahî iradeyi yalnızca mânasıyla değil, lafzıyla da temsil eden bir kaynak olarak Kur'ân'ın tanımını sahâbe icmâına borçluyuz. Sahâbenin Kur'ân üzerinde ihtilafa düşmemiş olmaları, onun Hz. Peygamber'e vahyedildiği gibi bize geldiğini gösteren en güçlü kanıttır. Özellikle yeni dönemlerdeki Kur'ân'ın bütünlüğüne yönelik bir kısım tartışmalar dikkate alındığında, tanımlayıcı bir yöntem olarak sahâbe icmânının önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

İslâm'da Hz. Peygamber'in otoritesi ve Sünnet'in bağlayıcılığı hususlarında da sahâbe icmâi gerçekleşmiştir. Hz. Peygamber'in otoritesi ile, onun Allah adına teşri'de bulunma yetkisini kastediyoruz. Hz. Peygamber'in şeriat koyuculuk yetkisi Allah adına olup, Kitâb'da geleni teyid etme, tefsir/tebyin etme ve ona ziyâde hükümler getirme biçiminde açığa çıkmaktadır.⁴³ Şu halde Hz. Peygamber'in otoritesi hususunda bir sahâbe icmâi gerçekleşmiştir. Sünnet'in bağlayıcılığı ile de, Sünnet'in Kitâb gibi, müslümanlarca uyulması zorunlu bir kaynak olduğu ilkesini kastediyoruz. Sahâbilerin, Hz. Peygamber hayatta iken onun din adına ortaya koyduğu *kavl*, *fiil* ve *takrîr*lerine tâbi oldukları ve ona ittiba ile Kitâb'a ittibaı birbirinden ayırmadıkları görülmektedir. Hz. Peygamber irtihal ettikten sonraki tutumları incelendiğinde de yine onların belirtilen anlayışta bir ihtilafa düşmedikleri kesin bir biçimde tespit edilebilmektedir. Nitekim sahâbenin, önlerine çıkan meselelerin hükümlerini tespit etmek için, Kitâb'la birlikte Sünnet'e başvurduklarını gösteren birçok rivâyet bulunmaktadır.⁴⁴ Hz. Peygamber'in otoritesi ile Sünnet'in bağlayıcılığını ayrı ayrı zikretmemizin sebebi, Hz. Peygamber'in otoritesinin yalnızca o hayatta iken değil, irtihal ettikten sonra da Sünnet vasıtasıyla devam ettiğini belirtmek içindir. Sahâbenin Sünnet'in bağlayıcılığı üzerindeki icmâi, Hz. Peygamber'in otoritesini yalnızca Kitâb'ı tebliğ etmekle ya da yalnızca kendi dönemiyle sınırlı

41 Bkz. el-Pezdevî, Ebu'l-Usr Fahrû'l-İslâm Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Huseyn, *Kenzu'l-Vusûl ilâ Mârifeti'l-Usûl*, I-IV (Abdulaziz el-Buhârî'nin *Keşfu'l-Esrâr*'ı ile birlikte), Ta'lik: M. M. el-Bağdâdî, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1414/1994, I, 67-70; el-Gazâlî, I, 101.

42 Bkz. el-Gazâlî, I, 101; İbn Kudâme, 91.

43 Geniş bilgi için bkz. İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr ez-Zer'î ed-Dimaşkî, *İ'lâmu'l-Muvakkim an Rabbi'l-Âlemin*, I-IV, Tertib, Zabt ve Tahrir: M. Abdusselâm İbrâhîm, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1414/1993, II, 225-226.

44 Geniş bilgi için bkz. Abdulğani Abdulhâlik, *Hucciyetu's-Sunne*, Dâru'l-Kur'âni'l-Kerim, Beyrut 1407/1986, 283 vd.

tutan türedi yaklaşımlar karşısında te'vil kabul etmez bir engel olarak durmaktadır. Bu, Sünnet'in bir kaynak olarak tanımlanmasını sahâbe icmâna borçlu olduğumuz anlamına gelmektedir.

Sahâbe, haber-i vâhidlerin Sünnet'i temsil ettiği ve onlarla amel etmenin vâcib olduğu hususunda icmâ etmiştir. Haber-i vâhidlerle amel etmenin vucûbuna ilişkin en temel delil, sahâbe icmâdır.⁴⁵ Kaynaklarımızda sahâbenin haber-i vâhidlerle amel etmeyi vâcib gördüklerine dair çok sayıda örnek olay nakledilmektedir.⁴⁶ Hatta sahâbenin bildikleri hadisleri teyid etmek için bile yolculuk (rihle) yaptıkları bilinmektedir. Mesela Câbir b. Abdillâh'ın ve Ebû Eyyûb el-Ensârî'nin bildikleri hadisleri sırf kontrol etmek amacıyla uzun yolculuklara çıkmış olduklarını görüyoruz. Câbir b. Abdillâh, Abdullâh b. Uneys'e kıyâmet gününde kısâsın nasıl olacağı ile ilgili bir hadîsi sormak için Şam'a ve Ebû Eyyûb el-Ensârî de Ukbe b. Âmir'e mü'mininin ayıbını örtmekle ilgili bir hadîsi teyid ettirmek üzere Mısır'a gitmiştir.⁴⁷ Haber-i vâhidler Sünnet'i temsil etmeseydi ve onlarla amel vâcib olmasaydı, sahâbenin sırf bir hadîsi duymak için o dönemin şartlarında o kadar yolu gitmeleri izah edilemezdi.

İctihadın ve temel bir icthad yöntemi olarak kıyasın meşruiyetindeki kesinlik de sahâbe icmâna dayanmaktadır. Sahâbe bir meselenin hükmünü Kitâb ve Sünnet'te açık bir biçimde bulamadıklarında icthad ediyorlardı ve bir icthad yöntemi olarak kıyasa başvuruyorlardı. Hz. Ömer, Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye yazdığı mektupta kıyas yapmasını açıkça emrettiği gibi, sahâbeden hiçbir kimse de kıyasın meşru bir icthad yöntemi olduğunu inkâr etmemiş, onların tamamı onun şer'î bir yöntem olduğu hususunda ittifak etmişlerdir.⁴⁸ Genel olarak icthad ve özelde de kıyas için Kitâb ve Sünnet'ten getirilen delillerin başka türlü yorumlara da açık olması, sahâbe icmâının kesin düzeyde tanımlayıcı işlevini öne çıkarmaktadır.

Kitâb ve Sünnet'in anlaşılma biçimi üzerinde gerçekleşen sahâbe icmâi da, itikadî, vicdanî ve amelî düzlemde dinin içeriğine ilişkin tartışmaların, kendisinin dışına çıkamayacağı kesin bir tanım niteliği taşımaktadır. İtikadî, vicdanî ve amelî meselelere ilişkin tartışmaların sınırı, sahâbe icmâidir. Kitâb ve Sünnet nasslarının çok önemli bir kısmının delâlet bakımından zanniliği, sözü edilen tartışmaların nereye kadar uzanabileceğini kestirmemize her zaman imkân vermemektedir. Başta ibadetlerin biçimsel tanımları, unsurları ve şartları olmak üzere, fıkıhın birçok kurumunun, en azından ilke düzeyinde, sahâbe icmâna dayandığı görülmektedir. Mesela tarihsel uygulamasındaki sorunlar bir tarafa bırakılırsa, Hz. Peygamber'den

45 Bkz. es-Sem'ânî, I, 356; eş-Şevkânî, 94.

46 Bkz. el-Ğazâlî, I, 148 vd.; es-Sem'ânî, I, 356-358.

47 el-Hatib el-Bağdâdî, *er-Rihle fi Talebi'l-Hadis*, Tahkik: Nûruddin Itr, by. 1395/1975, 109 vd.

48 el-Cassâs, III, 280-281; Ebu'l-Huseyn el-Basrî, II, 216; es-Sem'ânî, II, 86-92; el-Ğazâlî, II, 241 vd.; İbn Kayyim el-Cevziyye, I, 101, 155 vd.

sonra siyasî iktidara (yönetim yetkisi) kimin sahip olacağı meselesinde, sahâbenin seçim ilkesini ittifakla benimsemiş olması,⁴⁹ İslâm'ın bu konudaki yaklaşımını belirleme hususunda temel bir ölçüttür. Bütün bunlardan hareketle, dinin kaynaklarını ve onlara ulaşma yöntemlerini tanımlamanın yanında, sahâbe icmâının bir işlevinin de, Kitâb ve Sünnet tarafından öngörülen kavram, kurum ve ilkeler ile onların nasıl anlaşılması gerektiğini kesin bir biçimde tespit etmek olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak, ilahî irade tarafından öngörülen ve Hz. Peygamber tarafından tebliğ edilen dinin itikadî, vicdanî ve amelî yönleriyle bize kadar bozulmadan nakledilmesini icmâa ve elbette öncelikle sahâbe icmâına borçlu olduğumuzu söylememiz gerekmektedir. Modern dönemde toplumsal değişimin büyük ölçekli ve çok hızlı olması, Kitâb ve Sünnet'in anlaşılması ve yorumlanması hususunda zihinsel bir dağınıklığın açığa çıkmasına ve denetimsiz görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır. Bu itibarla dinin kaynak, ilke ve kurumlarının güvenliğini sağlamada en önemli yöntem, tarih boyunca olduğu gibi, günümüzde de icmâ ve özellikle sahâbe icmâıdır. Modern dönem İslâm düşüncesi zihinsel dağınıklık sorununu aşabilmek için, icmâa yeniden dönmek, yalnızca müslümanlara özgü olduğu anlaşılan bu yöntemi yeniden keşfetmek zorundadır.

49 el-Bâkılânî, Ebû Bekr Muhammed b. et-Tayyib, *Kitâbu Temhidi'l-Evâil ve Telhisi'd-Delâil*, Tahkik: Imâduddin A. Haydar, Muessesetu'l-Kütübi's-Sekâfiyye, Beyrut 1407/1987, 442-443.

SÜNNET'İN KAYNAK DEĞERİ ÜZERİNE

Yrd. Doç. Dr. Recep ÇETİNTAŞ*

Özet: Kur'an, Allah'a itaatla birlikte Hz. Peygamber'e itaati emretmekte ve onun emir ve yasaklarına isyanı Allah'a isyan olarak kabul etmektedir. Hz. Peygamber'in bir tebliğci olduğu gibi bir mübeyyin, bir muallim ve bir kanun koyucu olduğunu ifade etmektedir. Onun şahsında toplanan bu özellikler gerek o hayatta iken gerekse öldükten sonra kıyamete kadar bütün insanların Sünnet'ine uymasının farz olduğunu gösterir. Başta sahabe olmak üzere bütün müctehidler Hz. Peygamber'in Sünnet'ini İslam hukukunun temel kaynağı olarak kabul etmiş ve hüküm istinbat ederken Kur'an'ın yanında ona da başvurmuştur. Hz. Peygamber'in Sünnet'i olmadan Kur'an'ı tam olarak anlamak ve hayata tatbik etmek mümkün değildir. Zira Hz. Peygamber'in Sünnet'i Kur'an'ın ve ilahî vahyin gerçek hayattaki pratik uygulamasından ibarettir. Ancak geçmişte olduğu gibi günümüzde de birtakım insanlar bilerek veya bilmeyerek İslam'ın bu pratiğini yok etmek için gayret sarfetmekte ve Hz. Peygamber'in Sünnet'i hakkında birtakım şüpheler ortaya atarak Müslümanların zihinlerini bulandırmaya çalışmaktadır. Biz burada Sünnet'in kaynak değerini ortaya koyarak onun aleyhinde ileri sürülen tezlere cevap vermeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Kur'an, Sünnet, İslam Hukuku, Kaynak Değeri.

On The Legal Value of Sunnah

Abstract: The Holy Qur'an ordered to obey the Prophet with obedience to God and regarded the revolt against his orders and prohibitions as rebellion against God. Likewise, the Holy Qur'an expressed that the Prophet is a Quranic explanatory (explaining the Qur'an), a teacher (teaching wisdom) and a legislator as well as he is a conveyor. These features collected in His person indicates that all humans are supposed to follow His verbal and actual traditions, while he was alive and after his death until the Day of Judgment. For this reason all sectarians imams, including the Companions primarily, accepted the tradition of the Prophet as the basic source of Islamic law and while they were putting provisions they appealed to it besides the Qur'an. Without Sunnah of the Prophet we will not be able to fully interpreting the Qur'an and apply to the life of people. Because The Sunnah of the Prophet is consist of real-life practice of The Qur'an and the divine revelation. But some people today, as in the past, deliberately or unintentionally strive to eliminate this Islamic practice and tries to cloud the minds of the Muslims posing some doubts about the Prophet's Sunnah. Here, we will discuss the legal value of the Sunnah and will try to answer the arguments put forward against it.

Keywords: The Holy Qur'an, Sunnah, Islamic Law, Legal Value.

GİRİŞ

İslâm tarihinde hadisleri ve Sünnet'i reddedip Kur'an'la yetinme düşüncesinin ne zaman ortaya çıktığı konusu yeterince net değildir. Kaynaklarda kimliği zikredilmeyen ve şefaatten bahsettiği sırada İmran b. Husayn (ö. 52/672)'a itiraz eden bir

* Bülent Ecevit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, recepctintas2006@yahoo.com.tr.

şahısla,¹ yolcu namazının Kur'an'da bulunmadığını belirterek Abdullah b. Ömer (ö. 84/703)'e itiraz eden Ümeyye b. Hâlid (ö. 86/705) hakkındaki haberleri² dikkate aldığımızda böyle bir eğilimin ilk nüvelerini sahâbe asrına kadar götürmek mümkündür. Bireysel tepkiler olduğu anlaşılan bu tarz çıkışların ilk kez Irak'ta zuhur ettiğini gösteren önemli ipuçlarına sahip bulunuyoruz. Zira ilk defa böyle bir itiraza muhatap olan İmran b. Husayn Basra'da ikamet ediyordu. Keza bu tür bir eğilimden 'sapkınlık'³ diye bahseden Eyyûb es-Sahtiyânî (ö. 131/748) de Basralıdır. Aynı şekilde Sünnet'in teşriî yönünü inkâr sadedinde İmam Şâfiî (ö. 204/820) ile tartışmaya giren şahıslar da Basralıdılar.⁴ Hicrî ikinci asra kadar kaleme alınan İslâmî kaynakların sükût etmesine bakılırsa, bu tür bir eğilimin münferit hadiselerden ibaret olduğunu söyleyebiliriz. Ancak ikinci asrın sonlarına gelindiğinde, İmam Şâfiî'nin kelamcı olduklarını belirttiği bir grubun hadisleri toptan,⁵ diğer bir grubun da mütevatir Sünnetten başkasını reddettikleri görülmektedir.⁶ Mutezile ekolüne mensup oldukları anlaşılan bu gruplar tarafından başlatılan Sünnet'i inkâr hareketinin bu dönemden itibaren ekol ya da ekoller haline dönüştüğünü ve Sünnet'i kabul etmeme olgusunun günümüzde ilk defa ortaya çıkan bir şey olmayıp târihî bir olgunun devamı olduğunu söyleyebiliriz. Bu düşünce, mensuplarının kalmaması sebebiyle 19. asra kadar tarihî bir vakıa olarak İslâmî kaynaklarda varlığını sürdürmüş ve bu tarihten sonra müsteşriklerin çabalarıyla yeniden gündeme getirilerek seslendirilmeye başlamıştır.

Hadis ve Sünnet hakkındaki tartışmaları tekrar gündeme getiren ilk müsteşrik muhtemelen 1890 yılında Almanca olarak yayınladığı "Muhammedanischen Studien (İslâmî Dersler)" adlı eseriyle İ. Goldziher olmuş, onu, "The Origins of Muhammadan Jurisprudence (İslam Hukukunun Kaynakları)" adlı eseriyle Joseph Schacht takip etmiştir. Bu eser, "*Schacht'ın bu kitabı, gelecekte İslam medeniyeti ve şeriati üzerine yapılacak tüm araştırmalar için kaynak hâline gelecektir, en azından bu Batı'da böyle olacaktır.*"⁷ diyerek bir nevi kehânette bulunan Gibb'in sözlerini doğrularcasına, batı dünyasında âdetâ kutsal bir kitap görünümü kazanırken ken-

- 1 Hasan-ı Basrî'den rivayete göre, İmran b. Husayn arkadaşlarıyla birlikte oturup hadis rivayet ederken topluluktan bir adam kendisine, "Kur'an-ı terk ederek bize rivayet ettiğiniz bu hadisler nedir?" dedi. Bunun üzerine İmran b. Husayn, "Ne dersin, sen ve ashabın Kur'an'dan başkasını reddetmiş olursanız öğle namazının kaç rekât olduğunu, ikinci namazının kaç rekât olduğunu ve vaktinin ne zaman girdiğini ve akşam namazının kaç rekât olduğunu, Arafatta vakfenin nasıl yapılacağını, cemrelerin ne kadar atılacağını ve -elini bileğine ve omuzuna koyarak- elin şuradan mı, buradan mı yoksa şuradan mı kesileceğini nereden bilecektiniz? Size haber verdiğimiz müddetçe rivayet ettiğimiz hadislerle uyun, aksi takdirde vallahi sapmış olursunuz?" cevabını verdi. Hatip el-Bağdâdî, Ebû Bekir Ahmed b. Ali, *el-Kifâye fi ilmi'r-rivâye* (thk. Ahmed Ömer Hâşim), Beyrut, 1986, s. 31; Bu hadisin diğer bir varyantında adam mezkur konuşmanın sonunda İmran b. Husayn'a "beni ihya ettin Allah da seni ihya etsin" demiştir. Hakim, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdullah, *el-Müstedrek ale's-Sahihayn* (thk. Mustafa Abdülkadir Atâ), Beyrut, 1990, I, 192.
- 2 Ümeyye b. Halid, Abdullah b. Ömer'e "Hazarda kılınan namazla korku namazını Kur'an'da görüyoruz fakat yolcu namazını Kur'an'da bulamıyoruz." dedi. Bunun üzerine Abdullah b. Ömer, "Ey kardeşimin oğlu! Biz hiçbir şey bilmezken Allah bize Muhammed (s.a.v)'i peygamber olarak gönderdi. Dolayısıyla biz ancak Muhammed'i yaparken gördüğümüz şeyleri yaparız." dedi. Hâkim, *el-Müstedrek*, I, 388.
- 3 Hatib el-Bağdâdî, Ebû Bekir Ahmed b. Ali, *el-Kifâye fi ilmi'r-rivâye*, Beyrut 1986, s. 31.
- 4 Azamî, Muhammed Mustafa, *Dirâsât fi'l-hadisî'n-Nebevî ve târihi tedvinihi*, Beyrut 1992, s. 22.
- 5 Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Üm*, (thk. Rif'at Fevzi Abdülmuttalip), Dâru'l-vefâ, 2008, IX, 5 vd.
- 6 Bk. Şâfiî, *el-Üm*, IX, 19 vd.
- 7 Azamî, *Dirâsât fi'l-hadisî'n-Nebevî*, önsöz.

di ülkemiz de dahil İslam dünyasının çeşitli bölgelerinde Sünnet hakkında çalışma yapan bazı müslüman yazarların düşünceleri üzerinde hayli etkili olmuştur. Ahmed Emîn, İsmail Edhem, Tefvik Sıddîkî, A. Zeki Ebû Şâdî, M. Ebû Reyve ve daha birçok Sünnet muhalifi ile “Ehl-i Kur’an” ekolüne mensup Abdullah Çakralvî, Seyyid Muhibbullah Azîmâbâdî, Hafız Eslem Cracbûrî, Hoca Ahmedü'd-dîn, Gulam Ahmed Pervîz, Çarağ Ali vb. yazarların, Sünnet'i reddederken ileri sürdükleri gerekçelerden Goldziher ve Schacht gibi oryantalistlerin bu alandaki iddialarından ne ölçüde etkilenmiş olduklarını açıkça görmek mümkündür.

Batılı müsteşriklerin tesirinde kalan bu müslüman yazarlar, onlardan farklı olarak müslümanların tâbi olacağı yegane kaynağın Kur'an olduğunu söylerler. Onlara göre, 'Resûl', denildiği zaman, yalnız mübelliğ, yani tebliğ edici anlaşılır. O sadece posta müvezzii gibidir. Yazılmış bir mektubu insanlara götürüp ulaştırmaktan başka hiçbir vazifesi yoktur. Mazruf üzerinde ona tasarruf hakkı tanımak, Allâh'ın vahiy ile hüküm bildirmediği konularda yasama yani, dinde bir şeyi helal veya haram kılma gibi bir yetki tanımak caiz değildir.⁸ Biz burada önce İslam hukukunda Sünnet'in kaynak değeri konusunda sahabe ve müctehid imamların görüşlerini; ardından Sünnet ve hadisleri reddeden çevrelerin görüşlerini temellendirmek için ileri sürdükleri tezleri ele alıp incelemeye çalışacağız.

A. SÜNNET'İN KAYNAK DEĞERİ

Hız. Peygamber'e nisbeti sabit ve sahih Sünnet'in İslam hukukunun kaynaklarından olduğu ve bunun gereğine göre amel etmenin vacip olduğu hususunda başta sahabe olmak üzere bütün mezheb imamları ve usulcülerin cumhuru ittifak etmişlerdir.⁹ Onlar bu sonuca varırken Resûlullah'a itaati emreden, ona itaati Allah'a itaat sayan, ona uymayı Allah'ın sevgisine erişmenin ve günahları bağışlatmanın yolu olarak gösteren, onun hükmüne rıza göstermeyen imansız olduğunu ifade eden, ona muhalefet edene şiddetli tehditlerde bulunan âyetlere¹⁰ dayanmışlardır.¹¹

8 Akbulut, Ahmet, *Nübüvvet Meselesi Üzerine*, Ankara 1992, s. 83; Öztürk, Y. Nuri, *Kur'an'ın Temel Kavramları*, İstanbul 1993, s. 505; a. mlf. "Hadis Eğlencesi ve Bir Kur'an Mucizesi" *İktibas Dergisi*, yıl, 1992, sayı, 165, s. 37-38.

9 Cessâs, Ahmed b. Ali er-Râzî, *el-Fusûl fî'l-usûl* (thk. Acil Câsim en-Neşmî), Beyrut 1994, III, 92, 113; İbnü'l-Kassâr, Ebü'l-Hasan Ali b. Ömer, *el-Mukaddime fî'l-usûl* (thk. Muhammed b. el-Hüseyn es-Süleymânî), Tunus 2008, s. 40; Ebû Ya'lâ, Muhammed b. Halef b. el-Ferrâ, *el-Udde fî usûli'l-fikh*, (thk. Ahmed b. Ali Seyr el-Mübârekî), Riyad 1990, II, 554; Şîrâzî, Ebû İshak Cemâleddîn İbrahim b. Ali, *el-Lüma' fî usûli'l-fikh*, (thk. Muhyiddin Mastû-Yusuf Ali Büdeyvi), Dimeşk, ts, s. 157; Cüveynî, İmâmü'l-Haremeyn, *el-Burhân fî usûli'l-fikh*, (thk. Ebû Abdîrrahman Salâh b. Muhammed b. Uveydeh), Beyrut 1997, I, 33, 228-229; Sem'ânî, Ebü'l-Muzaffer Mansur b. Muhammed, *Kavâtiü'l-edille fî'l-usûl*, (thk. Muhammed Hasan Muhammed Hasan İsmâil eş-Şâfiî), Beyrut 1997, I, 335; Pezdevî, Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed, *el-Usûl* (Abdülazîz el-Buhârî'nin *Keşfü'l-esrâr* adlı eseriyle birlikte basılı), Kahire, ts. II, 375; Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, *el-Usûl*, Kahraman Yayınları, İstanbul 1984, I, 112, 324-325; Gazâlî, Ebû Hamid Muhammed, *el-Mustasfâ min ilmi'l-usûl*, (nşr. Nâcî es-Süveyd), Beyrut 2008, I, 13; İbn Akil, Ebü'l-Vefâ Ali b. Akil, *el-Vâzih fî usûli'l-fikh* (thk. Abdullah b. Abd el-Muhsin et-Türki), Beyrut 1999, I, 261; Mâzerî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ali, *İzâhu'l-mahsûl min Burhâni'l-usûl* (thk. Ammar et-Tâlibî), Tunus 2008, s. 448.

10 Âl-i İmran, 3/31; Nisâ, 4/65, 80; Mâide, 5/92; Nûr, 24/63; Ahzâb, 33/36; Haşr, 59/7.

11 Şâfiî, Muhammed b. İdris, *er-Risâle*, (thk. Ahmed Muhammed Şakir), Beyrut, ts. s. 79 vd; Şaban, Zekiyyüddin, *İslam Hukuk İlminin Esasları* (çev. İ. Kâfi Dönmez), Ankara 1996, s. 79.

Hadis kaynaklarında Sahabe fakihlerinin Sünnet'i Kur'an'dan sonra ikinci temel kaynak olarak kabul ettiklerini gösteren birçok ifade ve uygulama göstermek mümkün olmakla birlikte biz burada iki örnekle yetinmek istiyoruz. Abdullah İbn Mes'ud şöyle demiştir: “Size bir mesele sorulduğu zaman Allah'ın kitabına bakınız. Allah'ın kitabında hükmünü bulamazsanız Resulüallah'ın Sünnet'ine bakınız. Resulüallah'ın Sünnet'inde de bulamazsanız Müslümanların üzerinde icma ettikleri görüşü alınız.”¹² Bir diğer örnek de Zeyd b. Sabit'in şu ifadesidir: “Allahın kitabıyla hüküm ver. Allahın kitabında bir hüküm yoksa Peygamber'in Sünnet'i ile hüküm ver. Peygamber'in Sünnet'inde de yoksa rey ehlini çağır, sonra içtihad et.”¹³

Müctehid imamların da bu anlayış ve tutum içinde olduklarını gösteren pek çok olay ve haber bulunmaktadır. Beyhakî'nin kendi senediyle aktardığına göre İmam Ebû Hanîfe şer'î hükümleri çıkarma konusundaki metodunu açıklarken şöyle demiştir: “Kur'an'da bir hüküm bulduğum zaman onu alırım. Kur'an'da bulmadığım zaman Resulüallah'ın Sünnet'i'ni alırım. Allah'ın kitabında ve Resulüallah'ın Sünnet'i'nde bulmadığım zaman ashabının sözlerine başvururum. Onlardan dilediğim kimsenin sözünü alır, dilediğimin sözünü terk ederim fakat onların sözlerinden dışarı çıkıp başkalarının sözünü almam.”¹⁴ İbnü'l-Mübârek, Ebû Hanîfe'yi şöyle derken işitmiştir: “Peygamber'den gelirse başımızla gözümüz üzerinedir (alır kabul ederiz). Peygamber'in ashabından gelirse onların sözleri arasında tercih yaparız. Tabiundan gelirse onlar da insan biz de insanız.”¹⁵ Ebû Hanîfe'nin bu ifadelerinden Hz. Peygamber'in Sünnet'ini Kur'an'dan sonra ikinci temel kaynak olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. İlk devir Hanefi usulcüler de Hz. Peygamber'in dinî hükümleri ortaya koymada hataya düşmekten korunmuş olduğu için bu konularda kendisinden sadır olan sözlerin kesin bilgi ifade ettiğini, bu sebeple onun sözlerine uymanın ümmete farz olduğunu söylemişlerdir.¹⁶ İmam Malik, “Andolsun ki Allah'ın Resulünde sizin için güzel bir örnek vardır.”¹⁷ âyetiyle istidlal ederek ister ibâha ister hürmet ifade etsin, Hz. Peygamber'in Sünnetlerine uymanın vacip olduğunu söylemiştir.¹⁸ İmam Mâlik bir ifadesinde, “Üzerinde icma etmiş olmadıkları müddetçe insanların görüşlerinden (re'y) sakının. Rabbinizden size indirilen Kur'an'a ve Peygamber'inizden gelen Sünnete uyun.”¹⁹ diyerek Müslümanların uymaları gereken birinci temel kaynağın Kur'an, ikincisinin Sünnet olduğuna dikkat çekmiştir. İmam Malik'in herhangi bir konuda Sünnet sabit olduğu zaman içtihadından döndüğünü gösteren birçok haber mevcuttur. Mesela İbn Vehb der ki “Malik'e abdestte ayak parmaklarını

12 Darimî, Ebû Muhammed Abdullah b. Behrâm, *Sünenü'd-Dârimî*, Beyrut, ts , Mukaddime, 20.

13 Beyhakî, Ahmed b. Ali b. Musa, *es-Sünenü'l-kübrâ*, Haydarâbâd 1344, X, 115.

14 Beyhakî, *el-Medhal ilâ Sünenü'l-kübrâ* (thk. Muhammed Ziyâ'u'r-rahmân el-Azamî), Kuveyt, ts, I, 203; Hudârî, Muhammed, *İslam Hukuku Tarihi*, (çev. H. Hatipoğlu), Kahraman Yayınları, İstanbul 1974, s. 238.

15 Beyhakî, *el-Medhal*, I, 111; Abdülgâni Abdülhâlık, *Hucciyetüssünne*, Stuttgart 1987, s. 351.

16 Debûsî, Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer, *Takvîmü'l-edille fi usûli'l-fıkıh*, (thk. Halil Muhyiddin el-Müysü), Beyrut 2007, s. 252; Serahsî, *el-Usûl*, I, 318.

17 Ahzâb, 33/31.

18 İbnü'l-Kassâr, *el-Mukaddime fi'l-usûl*, s. 59-60.

19 Kasimî, Muhammed Cemâlüddîn, *Kavaidü'l-tahdis*, Beyrut 1987, s. 51.

hilallemekten sordum: 'Bu insanlar için bir mecburiyet değildir.' dedi ve kendisinin de insanlara kolaylık olsun diye bunu terk ettiğini söyledi. Ona bu konuda 'bizde bir Sünnet vardır' deyince 'O Sünnet nedir?' dedi. Dedim ki 'Müstevrid b. Şeddad el-Kuraşî, Hz. Peygamberi elinin küçük parmağı ile ayak parmaklarının arasında ovarken gördüğünü söylemiştir.' İbn Vehb devamla, "Bundan sonra Malik'in kendisine bu soru her sorulduğunda parmakları hilallemeyi emrettiğini gördüm." demiştir.²⁰

İmam Şâfiî, "Allah Teala Kur'an-ı Kerim'de Resûlüne itaat etmeyi, yasaklarından sakınmayı emretmiştir. Resûlüllah'ın emirlerini kabul etmek aynı zamanda Allah'ın bir farzını tasdik etmektir."²¹ demiştir. Bir diğer ifadesinde şöyle demiştir: "Allah'ın Kitabında yer alan farzları, Allah'ın emri olarak kabul eden, Peygamber'inin Sünnetlerini de kabul eder. Çünkü Allah kullarına Peygamber'ine itaati farz kılmış ve onun hükmüne başvurmalarını istemiştir. Kim Peygamber'in hükmünü kabul ederse Allah'ın emrini kabul etmiş olur. Zira Allah ona itaati farz kılmıştır."²² İmam Şâfiî Sünnet'in teşriî değerini tartıştığı kelamcı bir gruptan bahsederken de şöyle demiştir: "Allah, Peygamberden sonra gelen hiçbir kimseye ona uymaktan başka bir imkân tanımamıştır. Hiç bir görüş Allah'ın Kitabına ve Resulünün Sünnet'ine dayanmadıkça asla bağlayıcı olmaz. Kitap ve Sünnetten başka deliller bu iki kaynağa tabidir. Allah, bize, bizden öncekilere ve sonrakilere Resulüllah'tan gelen Sünnet'i kabul etmeyi farz kılmıştır."²³ Beyhakî'nin aktardığı bir ifadesinde ise "Benim kitabımda Hz. Peygamber'in Sünnet'ine aykırı bir görüş bulursanız Peygamber'in Sünnet'ini alınız, ben ne söylemişsem onu terk ediniz."²⁴ diyerek Sünnetle amelin gerekliliğini ortaya koymuştur.

İmam Ahmed, hüküm kaynaklarını tavsif ederken "Resûlüllah'dan rivayet edilen Sünnete bakılır, Peygamber'in Sünnet'inde yoksa sahabeden gelene bakılır, sahabenin uygulamasında da yoksa tabiundan gelene bakılır ve ona göre amel edilir."²⁵ demiştir. Bir diğer ifadesinde ise "Kim Peygamber'in hadisini (Sünnet) reddederse o kimse helakin eşiğindedir."²⁶ demiştir.

Mezhep imamlarının bu ifadeleri Sünnet'in, hüküm istinbatında Kur'an-ı Kerim'den sonra kendisine başvurulması gereken bir hüccet olduğu konusunda ittifak ettiklerini göstermektedir. İslam hukuk literatürü, müçtehid imamların teorideki bu kabullerinin pratik uygulamaya da aynen yansıdığına sayısız örnekleriyle doludur.

Müçtehid imamlar Sünnet'in Kur'an'dan sonra İslam hukukunun ikinci temel kaynağı olduğu hususunda ittifak etmekle birlikte haber-i vahid olarak rivayet edi-

20 Râzi, İbn Ebî Hatim, *Kitabü'l-cerh ve't-ta'dil*, Beyrut 1992, I, 32-33.

21 Şâfiî, *er-Risâle*, s. 16.

22 Şâfiî, *er-Risâle*, s.33.

23 Şâfiî, *el-Üm*, IX, 5.

24 Beyhakî, *el-Medhâl ilâ Süneni'l-kübrâ*, I, 205; Nevevî, Muhyiddin Ebû Zekeriyya Yahya b. Şeref, *el-Mecmu şerhu'l-Mühezzeb*, Beyrut, ts. I, 163; İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye, Şemsüddin Ebû Abdillâh, *İ'lâmü'l-muvakkîn*, (thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamid), Beyrut 1977, II, 266.

25 Ebû Ya'lâ, *el-Udde fi usûli'l-fikh*, IV, 1090.

26 İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye, *el-Menâkıb*, Beyrut, ts. s. 182.

len Sünnet'in kabulü noktasında ayrışarak herbiri haber-i vahidle amel edilebilmesi için birtakım kriterler ortaya koymuştur. Bu bağlamda Hanefî mezhebi imamları Hz. Peygamberden âhad tarikiyle gelen Sünnetle amel etme konusunda râvinin rivayet ettiği hadisin aksine hareket etmiş veya bu rivayete aykırı fetva vermiş olmaması, hadisin umumu'l-belvâ kabul edilen hususlarda olmaması, Kur'an'a ve tevatüren gelmiş sabit Sünnete aykırı bulunmaması, akl-ı selime ters düşmemesi ve hadisin ravisi fakih değilse rivayetinin şer'î esaslara aykırı olmaması gibi birtakım şartlar aramışlardır.²⁷ İmam Mâlik prensip olarak âdil bir kimsenin rivayet ettiği haber-i vâhidle amelin vacip olduğunu kabul etmiş²⁸ fakat âhâd haberin Medîne halkının tatbi-katına (amel-i ehli'l-Medîne) aykırı olmamasını şart koşmuştur. Çünkü ona göre Medîne ehlinin ameli mütevâtir haber olup âhad haberden daha üstündür.²⁹ İmam Şâfiî, dininde güvenilir, hadisinde sıdk ile maruf olan sika ravilerin sahih ve muttasıl senedle rivayet ettiği haber-i vâhidle amel edilmesini vacip görmüş,³⁰ Ahmed b. Hanbel ittisal şartı da aramaksızın "*isnadı sahih olduğu zaman haber-i vahidle amel vacip olur.*" demiştir.³¹ Haberin sübut ve sıhhatini tespite yönelik olarak ileri sürülen bu şartları taşıması halinde haber-i vâhidle amel etmenin vucûbu konusunda da söz konusu müctehidler arasında görüş ayrılığı bulunmadığı anlaşılmaktadır.

B. SÜNNET'İN TEŞRÎÎ FONKSİYONUNA YÖNELTİLEN İTİRAZLAR

Geçmişte olduğu gibi günümüzde de bir kısım yazarlar Sünnet ve hadisleri toptan reddederek yalnız Kur'an'la yetinilmesi gerektiği fikrini savunmaktadırlar. Burada bunların Sünnet'i reddederken ileri sürdükleri tezleri ele alarak onların denli isabetli olup olmadıklarını ortaya koymanın konu bütünlüğü bakımından faydalı olacağına inanıyoruz.

1. Bu çevrelerin ortaya attığı en önemli tezlerden bir tanesi "*Kur'an hayatın bütün meselelerini tek başına çözmeye yeter, ayrıca Sünnete ihtiyaç yoktur.*"³² şeklindedir. Bu görüşü ispat için de şu âyetleri delil gösterirler:

- a. "...Biz Kitapta hiçbir şeyi eksik bırakmadık..."³³
- b. "Bugün size dininizi tamamladım..."³⁴
- c. "..Yaş ve kuru hiçbir şey yoktur ki apaçık bir kitapta olmasın."³⁵
- d. "Sana, herşeyi açıklayan ... Kur'an'ı indirdik"³⁶

27 Cessâs, *el-Fusûl fi'l-usûl*, III, 113-114 vd.

28 İbnü'l-Kassâr, *el-Mukaddime fi'l-usûl*, s. 67-68.

29 İbnü'l-Kassâr, *el-Mukaddime fi'l-usûl*, s. 75-77; Bağdâdi, Kâdı Abdülvehhab b. Ali b. Nasr, *Mesâil fi usûli'l-fikh* (İbnü'l-Kassâr'ın *el-Mukaddime fi'l-usul* adlı eseriyle birlikte basılı), Tunus 2008, s. 247.

30 Şâfiî, *er-Risâle*, s. 370, 408, 461; Sem'âni, *Kavâtiü'l-edille fi'l-usûl*, I, 358.

31 Ebû Ya'lâ, *el-Udde fi usûli'l-fikh*, II, 554; İbn Akîl, *el-Vâzih fi usûli'l-fikh*, III, 381.

32 Tevfik Siddiki, *Mecelletü'l-Menâr*, yıl, 9, c. 7, s. 907; M. Ebû Reyeye, *Edevâu ale's-sünne*, Kahire, 1990, s. 404.

33 el-Enâm, 6/38.

34 el-Mâide, 5/3.

35 el-Enâm, 6/59.

36 el-Nahl, 16/89.

Bu deliller üzerinde biraz düşünülünce, bu insanların dikkatlerden kaçması mümkün olmayan ilk ve en önemli sorununun, Kur'an'ı anlamadaki metodoloji sorununu olduğu görülecektir. Zira delil olarak zikredilen bu âyetlerin tamamı, bağlamından kopartılarak ve başı ile sonları yok sayılarak âyet parçacıkları şeklinde sunulmaktadır. Herhangi bir kelâmı tam ve doğru olarak anlayabilmek için, onu söylediği ortam içerisinde başı ve sonu ile birlikte bir bütün halinde düşünmek gerekir. Zira âyet ya da âyetlerin vermek istediği mesajın doğru olarak anlaşılması, ancak sevk olundukları ortam ve Kur'an bütünlüğü içerisinde ele alınınca mümkün olur.³⁷

Meselâ; “*Biz Kitap'ta hiçbir şeyi eksik bırakmamışızdır*” ifadesini ele alalım. Onlara göre; Kur'an, bu ifadeyle herşeyi açıkladığını, bu sebeple de başka bir kaynağa ihtiyaç bulunmadığını dile getirmektedir. Halbuki âyetten mutlak olarak böyle bir sonucu çıkarmak, aşağıdaki sebeplerden ötürü mümkün değildir:

-Her şeyden önce, âyetin Sünnet aleyhine delil sayılabilmesi için, buradaki ‘الكتاب’ lafzıyla Kur'an'ın kastedildiğinde şüphe olmaması ve bütün alimler tarafından böyle anlaşılması lazımdır. Bu lafızdan maksadın; “Kur'an” olduğunu söyleyenler bulunsa bile, müfessirlerin cumhuru, bunun “Ümmü'l-Kitap” ve ‘Levh-i Mahfuz” olduğu görüşündedirler.³⁸ Aşağıda görüleceği üzere âyetin muhtevası da cumhurun görüşünü haklı çıkarmaktadır.

Bu anlayışın doğru olabilmesi için, Kur'an gerçeğine uygun olması ve onun bugüne kadar insanlığın ulaştığı ve bugünden sonra ulaşacağı bütün ilmî verileri, en azından bir disiplin olarak içine alması icap eder. Ne var ki Kur'an'ın ihtiva ettiği meseleler itibariyle durum hiç de böyle değildir. Bu da zorunlu olarak Kur'an'da herşeyin bilgisinin bulunmadığını, onun herşeyi açıklamasının sadece insanlığı hidâyete erdirecek temel prensiplerle ilgili olduğu hususunu ortaya koyar. Hatta bu hususlarda bile, Kur'an insanlığın ihtiyacı olan her şeyi açıkça ortaya koymaz. Nitekim ibâdet, muamelât, ukûbât vb. gibi birçok meselenin tafsîlât ve teferruatını Kur'an'da bulamayız. Bunları bize Sünnet açıklar.³⁹

Ayrıca başı ile sonunu yok sayarak delil gösterdikleri bu ilâhî ifade, “Yeryüzünde yürüyen hiçbir hayvan ve iki kanadıyla uçan hiçbir kuş yoktur ki sizin gibi birer ümmet olmasınlar. *Biz kitap'ta hiçbir şeyi eksik bırakmamışızdır*. Sonra onlar, Rabb'leri'nin huzurunda toplanacaklardır.” mealindeki En'âm suresi 38. âyetinin ortasında yer alan bir cümleciktir. Âyet, Peygamber'e inanmayan ve O'na Rabb'inden mu'cize indirilmesini isteyen müşriklere cevap olarak gelen âyetler grubu içerisinde sevk edilmiştir. Anladığımız kadarıyla da, insan topluluklarıyla hayvan toplulukla-

37 Albayrak, Halis, *Kur'an Bütünlüğü Üzerine*, Şüle Yayınları, İstanbul 1992, s. 46 vd.

38 Taberî, Muhammed İbn Cerîr, *Camîu'l-beyân fi te'vîli'l-Kur'an*, Beyrut 1992, V, 186; Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, Beyrut 1989, VI, 270; Zemahşerî, Ebû Ömer, *el-Keşşâf*, Beyrut, ts, II, 12; Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, Eser Neşriyat ve Dağıtım, İstanbul 1979, III, 1920.

39 Kırbaoğlu, M. Hayri, *İslam Düşüncesinde Sünnet*, Ankara 1993, s. 148-149.

rını mukâyese ederek biyolojik ve sosyolojik yönden aralarındaki farklılık ve benzerliklerle birlikte rızık, amel, ecel, hayat, memât, mebde ve meâd itibâriyle hepsinin mukadderâtının Allâh'ın ilim ve irâdesi dâhilinde cereyan ettiğine ve bütün bunların, sözü edilen 'Kitap'ta kayıtlı olduğuna dikkat çekmektedir.⁴⁰ Buna göre söz konusu âyet, elimizde yazılı bulunan Kur'an'dan değil, herşeyin ilminin kayıtlı bulunduğu Levh-i mahfuzdan bahsetmektedir.

Keza, "... Bugün, size dininizi tamamladım."⁴¹ âyeti de kesinlikle Sünnet'in teşriî fonksiyonuna karşı delil teşkil etmez. Zira herşeyden önce, âyetteki; "*dininizi tamamladım*" ifadesine Kur'an'dan başka birşeye ihtiyaç olmadığı şeklinde bir anlamın yüklenmesine, bundan sonra nazil olan Kur'an âyetleri engel teşkil eder. Bazı alimler, Kur'an'dan en son bu âyetin nâzil olduğunu söylemişlerse de, bu görüş sahih değildir. Çünkü âyet, 'Veda Haccı' sırasında Resûlüllah Arafat'ta vakfe halinde iken nâzil olmuş⁴² ve Peygamber onun nüzûlünden sonra 81 gün daha yaşamıştır. Bu zaman zarfında ribâ, kelâle vb. konuların hükmünü bildiren âyetler nâzil olmuştur.⁴³ O halde âyet, Sünnet'i reddedenlerin anladığı şekilde, başka bir beyana ihtiyaç olmayacak şekilde dinin tamamlandığını bildirmiş olsaydı, bu hükümlerin nâzil olmaması gerekirdi. Cumhûra göre bu âyet, Veda Haccında müslümanlarla beraber hiçbir müşrik çıplak olarak Kâbeyi tavaf edemediği için haccın hükümleri ve aynı zamanda farzların, helâl ve haramların birçoğunun ikmal edilmesi sûretiyle dinin esaslarının tamamlandığını ifade etmektedir.⁴⁴

Âyeti, siyak-sibakını dikkate alarak tefsir eden müfessirlere göre de, dinin tamamlanmasından maksat, müşriklerin helak edilmesi ve İslâmın bütün dinlerden üstün kılınması anlamında dinin tamamlanmasıdır. Buna göre müşriklerin Mekke'deki hâkimiyetleri sona ermek suretiyle İslâm'ın hakimiyeti tamamlanmıştır.⁴⁵ Görüldüğü gibi, hiçbir müfessir, âyeti Sünnet'i reddedenler gibi anlamamıştır. Kur'an gerçeği göz önüne alındığında böyle anlamaya imkan da yoktur. Zira Allah Teâlâ Peygamber'ini, Kur'an nasslarını beyâna memur etmiş⁴⁶ ve ona ayrıca hüküm koyma yetkisi tanımıştır.⁴⁷

40 Zemaşşerî, *el-Keşşaf*, II, 12; Yazır, Elmalı Muhammed Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, III, 1920.

41 el-Maide, 5/3.

42 İbn Hacer, Ahmed b. Ali, *Fethu'l-Bârî bi Şerh-i Sahih'il-Buhârî*, (thk. M. F. Abdülbâki), Kâhire 1986, VIII, 119.

43 İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî*, VIII, 117; Zerkeşi, Bedrüddin Muhammed b. Abdillâh, *el-Bürhân fî ulûmi'l-Kur'an*, Beyrut 1972, I, 209; Sâbunî, Muhammed Ali, *et-Tibyân fî ulûmi'l-Kur'an*, Beyrut, ts. s. 15.

44 Taberî, *Câmiu'l-beyân fî te'vili'l-Kur'an*, IV, 418-419.

45 Kurtubî, *el-Câmiu liahkâmi'l-Kur'an*, VI, 42-43; Zemaşşerî, *el-Keşşaf*, I, 322-323.

46 "Peygamberler apaçık mucizeler ve kitaplarla gönderildiler. İnsanlara kendilerine indirileni beyân edesin diye sana da bu Kur'anı indirdik. Umulur ki düşünüp anlarlar." el-Nahl, 16/44.

"Biz her Peygamberi mutlaka kendi kavminin diliyle gönderdik ki, onlara (kendilerine indirileni) açıklasın." İbrâhim, 14/4.

"Biz sana Kitabı indirdik ki hakkında ayrılığa düştükleri şeyi onlara açıklayasın ve inanan bir kavim için (o Kitap) yol gösterici ve rahmet olsun." el-Nahl, 16/67.

47 el-Araf, 7/157; et-Tevbe, 9/29; el-Ahzâb, 33/36.

2. İkinci tezleri hükmün yalnız Allâh'a ait olduğu, bu hususta O'na iştirakin söz konusu edilemeyeceği ve bu yetkinin Allâh'ın tekelinde olduğudur.⁴⁸ Bunlar bu tezlerine de “*Hüküm yalnız Allâh'ındır.*”⁴⁹ âyetini delil getirirler.

Bu iddia da vahyin parçacı yorum anlayışından kaynaklanan bir iddiadır. Zira Kur'an'ın üç ayrı yerinde tekrarlanan bu ifade, sevkedildikleri ortam içerisinde ele alındığında bunların teşrî ile alakalı olmadıkları görülecektir. Kur'an tertibinde bu konudaki ilk ifade müşriklerin, Peygamberden, kendileri için vaat edilen azâbı acele getirmesini talep etmelerine cevap olarak bunun Peygamber'in elinde olmadığını ifade etmektedir.⁵⁰ İkinci âyetteki ifade; Hz. Yusuf'un zindan arkadaşlarına karşı söylediği bir söz olup tapındıkları şeylerin asılsızlığını ve bu husustaki hükmün Allah'a ait olduğunu anlatmaktadır.⁵¹ Üçüncü âyetteki ifadenin Yakup'un, oğullarından Mısır'a girerken tedbirli olmalarını, herşeye rağmen, Allah'tan gelecek şeyleri önlemenin kimse için mümkün olamayacağını, bu konudaki hükmün Allah'a ait olduğunu söylemesinden ibaret olduğu görülecektir.⁵²

Buna mukabil teşrî yetkisinden bahseden diğer âyetler birarada mütalaa edildiği zaman, Kur'an'da çözümlü bulunmayan meselelerde hüküm koyma yetkisinin Peygamber'e de verildiği ve O'nun koyduğu hükümlerin de Allâh'ın hükmüne dâhil olduğu görülecektir. Çünkü Kur'an, “*O (Peygamber) ki onlara iyiliği emreder, onları kötülükten meneder. Onlara temiz ve güzel şeyleri helâl, pis ve çirkin şeyleri de haram kılar; üzerlerindeki ağır yükleri ve kendilerini bağlayan bağları kaldırır. O Peygamber'e inanıp ona saygı gösteren, yardım eden ve onunla birlikte gönderilen nura uyanlar var ya, işte kurtuluşa erenler onlardır.*”⁵³, “*... Allâh'a ve âhiret gününe iman etmeyen, Allâh'ın ve Resûlünün haram kıldığını haram saymayan ve hak dini edinmeyenlerle, ezilip büzülerek kendi elleriyle cizye verinceye kadar savaşın.*”⁵⁴ ve “*Allah ve Resûlü bir işte hüküm verdiği zaman, inanan bir erkekle inanan bir kadına, o işi kendi tercihlerine göre seçme hakkı yoktur. Her kim Allah ve Resûlü'ne karşı gelirse apaçık bir sapıklığa düşmüş olur.*”⁵⁵ gibi âyetleriyle Peygamber'e de (Kur'an çizgisinde yürüyerek) hüküm koyma yetkisi tanımaktadır. Zira ilk âyette helâl ve haram kılma konusunda yetkili mercii Allah ve Resûlü olduğu ifade edilirken ikinci âyette sadece Resûlullah'ın haram ve helal kılma yetkisine üçüncü âyette de, Allah ve Resûlünün hüküm koyma yetkisine temas edilmektedir. Bu üç âyetten açıkça Peygamber'e helal ve haram kılma yetkisinin verildiği anlaşılmaktadır. Bu

48 Hadım, Hüseyin, *Fırkatü ehl-i Kur'an*, s. 96; Öztürk, Yaşar, *Kur'an'ın Temel Kavramları*, Yeni Boyut, İstanbul 1993, s. 505.

49 el-En'am, 6/57.

50 el-En'am, 6/57.

51 Yusuf, 12/40.

52 Yusuf, 12/67.

53 el-A'raf, 7/159.

54 et-Tevbe, 9/29.

55 el-Ahzâb, 33/36.

yetki âyetlerin anlamına uygun olmasına rağmen, helal ve haram kılma yetkisinin sadece Kur'an ile sınırlı olduğunun iddia edilmesi ilmi gerçeklerle bağdaşmaz. Allah'ın hakkında hüküm vermediği konularda gerek Kur'an naslarını tahsis, takyid ve şartlarını belirlemek suretiyle gerekse doğrudan Hz. Peygamber de helal ve haram kılabilir. Allah'ın küllî iradesine uygun düşmeyen haram ve helal kılma durumunda Allah Peygamber'ine ikazda bulunur. Eğer böyle bir ikaz vaki olmamışsa, Hz. Peygamber'in helal ve haram kılması küllî iradeye uygun demektir.⁵⁶

3. Bir diğer tezleri de “*Peygamber insandır. İnsan davranışları ise, bulunulan ortama, yaşanılan zamana göre değişir. O halde insanlar için değişmeyecek, çağlar boyunca uygulanacak genel prensipler gerekir ki bunlar, vahiy ile ona bildirilen Allah sözleri yani Kur'an'dır. Dolayısıyla Sünnet ve hadisler dinde delil olmaz...*”⁵⁷ şeklindedir.

Bunlar, bu görüşlerine Hz. Peygamber'in hurmaların aşılması konusunda ilgili olarak söylediği; “*Siz dünyanın işini daha iyi bilirsiniz.*”⁵⁸ sözünü delil getirirler. Şüphesiz bu anlayış, Hz. Peygamber'i insan üstü bir varlık gibi sunmaya çalışan kimselere tepkiden kaynaklanan ve Sünnet'in kapsamını bilmemekten doğan yanlış bir anlayıştır. Biz, Hz. Peygamber'in Sünnet'inden söz ettiğimizde, onun itikad, ibadet, ahlak, ukubât ve muamelat gibi dînî hükümlere müteallik söz ve fiillerini, diğer bir ifadeyle Peygamberlik müessesesinin aslî maksadını oluşturan ‘risâlet’, ‘tebliğ’ ve ‘fetvâ’ nitelikli tasarruflarını kastediyoruz. Hz. Peygamber bu makamda konuşurken ister sarîh bir vahye dayanmış olsun, isterse vahyin yorumundan hareket etmiş olsun, Allah adına konuşmakta, Hak'tan halka tebliğde bulunmakta ve Allâh'ın hükmünü haber vermektedir. İmâmet, siyâset, kaza/yargı vb. gibi bir beşer vasfıyla üstlendiği vazifelerle ilgili tasarrufları ise mutlak bağlayıcı olmayıp, bunlar zaman ve mekanın şartlarına göre imâmet, siyâset ve kazâ/yargı makamına oturan kimseler tarafından değerlendirilecek tasarruflardır.⁵⁹ Zira birinciler risâletin tabîi muktezâsı iken, ikinciler risâletin aslına artı bir vasıf olması itibarıyla birbirinden ayrı şeylerdir.⁶⁰

Bu ayırımla, onların nasıl bir yöntemle Sünnet'i inkara yöneldikleri kendiliğinden anlaşılmalı olacaktır. Bu yöntem, Hz. Peygamber'in beşer vasfıyla yaptığı tasarruflarını, fetva nitelikli Sünnet'lerinin tamamı aleyhine delil olarak kullanan ‘Sofistik Yöntem’den başkası değildir. Zira yukardaki sözüyle Hz. Peygamber, zirâî bir uygulamadan ve sırf dünyevî bir olaydan bahsetmektedir. Bu hususun tamamen beşerî tecrübeye dayalı olduğu, risâletin kapsamıyla, dinin ahkamıyla hiçbir ilgisi-

56 Bakal, Ali, Sünnet'in Kaynak Değeri, HRÜ. İlahiyat Fakültesi Dergisi, sayı. V, yıl, 2003, s. 16-17.

57 Ateş, Süleyman, *Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri*, İstanbul 1991, IV, 33.

58 Müslim, Fadâil, 141; İbn Mâce, Rühûn, 15; Ahmed, *Müsned*, V, 16.

59 Bk. Karafî, Şihâbüddin Ebû'l-Abbas, *el-İhkâm fî temyizi'l-fetâvâ ani'l-ahkâm*, (thk. Abdülfettah Ebû Gudde), Halep, ts. s. 86 vd.

60 Bk. Apaydın, Hacı Yunus, Hz. Peygamber'in Fonksiyonu ve Sünnet'in Değeri, EÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, yıl, 1996, sayı, 7. s. 159.

nin bulunmadığı âşikârdır. Hz. Peygamber de bu sözü söylerken hassâten bu noktaya vurgu yapmakta ve hadisin diğer bir varyantında hurmaların veriminin düştüğü kendisine haber verilince “*Ben ancak bir insanım, size dininizden bir şey emredersem onu hemen alın, kendi re’yimden bir şey emredersem ben ancak bir beşerim.*” buyurmuştur.⁶¹ Bu inceliğin şuurunda olan sahabe, dünyevî tasarrufları hakkında Hz. Peygamber’e sık sık; “Bu şahsî-beşerî görüşünüz mü, Peygamberî tasarrufunuz mu?” diye soru yöneltirlerdi. Şayet beşerî görüşü ise, alternatifi olanlar onu ileri sürer, muvafık görürse Hz. Peygamber de kendi görüşünden vazgeçerek ona uyardı. Peygamber olarak tasarrufta bulunmuşsa, sahâbe kayıtsız, şartsız itaat ederdi.

4. Sünnet’in teşriî fonksiyonunu reddedenlerin bir tezi de şu şekilde formüle edilmektedir: “*Hadisler sübut bakımından zannîdir. Dinin kesin delillere dayanması gerekir. Nitekim biz, Kur’an’da yakın ifade edene uymak, zandan kaçınmakla emrolunduk. Dolayısıyla onunla ihticac edilmesi caiz değildir.*”⁶² Bunlar bu görüşü isbat sadedinde şu âyeti delil getirmektedirler:

“*Onların çoğu zandan başka bir şeye uymuyorlar. Zan ise, haktan hiçbir şey ifade etmez.*”⁶³

Kur’an, Hz. Peygamber zamanından günümüze kadar mütevâtir olarak geldiği için âyetlerin sübutunun kat’î olduğu ittifakla sabittir, ancak delalet yönünden âyetler kat’î olduğu gibi zannî de olabilir. Dolayısıyla zannîlik Kur’an açısından da söz konudur.

Kur’an’ın nehyine muhatap olan zan, inkar edenin veya hakkında şüpheye düşenin küfre varacağı, Allâh’ın vahdaniyeti, sıfatları, nübüvvetin ispatı vb. gibi dinin temel esaslarını oluşturan hususlarda söz konusudur. Bu hususlarda şüphe ve tereddüde yer olmadığı için kat’î ilim ifade eden bir tarikle gelmeyen habere itibar edilmez.⁶⁴ Fakat dinin fer’î hükümlerinde zan ifade eden haber-i vahidle amelin vacip olduğu Sünnet, icmâ ve aklî delil ile sabittir.⁶⁵ Bazı âyetlerin⁶⁶ delaletiyle sika olan tek kişinin haberi de zâhir ilim ifade eder.⁶⁷ Hz. Peygamber’in yabancı devlet başkanlarına birer mektupla birer kişiyi elçi olarak gönderip onları tevhid dinine girmeye, risaletini ve bir kısım dini hükümleri tasdike davet etmelerini istediği; aynı şekilde dinin farzlarını, helal ve haramlarını öğretmesi için Medîne, Yemen, Bahreyn vb. uzak beldelere birer kişiden ibaret muallimler gönderdiği tevâtür

61 Müslim, Fedâil, 140.

62 Cessâs, *el-Fusûl fi’l-usûl*, III, 89; Serahsî, *el-Usûl*, I, 321; M. Tâhir Hekim, *Sünnet’in Etrafındaki Şüpheler* (Çev. Hüseyin Aslan), İstanbul 1985, s. 106.

63 Yunus, 10/36.

64 Serahsî, *el-Usûl*, I, 322.

65 Cessâs, *el-Fusûl fi’l-usûl*, III, 92, 113; Sem’âni, *Kavâtiü ’l-edille fi’l-usûl*, I, 355; Pezdevî, *el-Usûl*, II, 370-371; Serahsî, *el-Usûl*, I, 112, 324-325; İbn Akil, *el-Vâzih fi usûli’l-fikh*, IV, 366.

66 en-Nisâ, 4/171; et-Tevbe, 10/122; Yusuf, 12/81; elz-Zuhruf, 43/86.

67 Cessâs, *el-Fusûl fi’l-usûl*, III, 91-92.

sabittir. Haber-i vahid zan ifade ettiği için dinî hükümlerde hüccet olmasaydı Hz. Peygamber'in buralara birer kişi göndermekle yetinmemesi aksine onları yanına gelip kendisinden duymakla mükellef tutması icabeder ve böyle bir uygulamanın da meşhur olması gerekirdi.⁶⁸ Hz. Peygamber'in İslam'a davet etmeleri, dinin farzlarını, helal ve haramlarını öğretmeleri için islam beldelerine birer kişi görevlendirmekle yetinmesi dini hükümlerde haber-i vâhidin kabul edileceğine delil teşkil eder.⁶⁹ Sahabe de dini hükümlerde haber-i vâhidi kabul konusunda icmâ etmiştir.⁷⁰ Sahabe karşılına çıkan olaylar hakkında Allah'ın Kitabına başvurur, onda aradıkları hükmü bulamazlarsa Hz. Peygamber'in Sünnet'ini araştırır ve ihtilafsız olarak sika ravilerin nakline itimad ederlerdi.⁷¹ Usulcülerin ve fukahanın cumhuru da haber-i vahidle amelin şer'an ve aklen vacip olduğu ve amelî konularda onunla teabbüd edileceği görüşünde birleşmişlerdir.⁷²

5. Sünnet'i reddedenlerin dayandığı bir diğer tez de şu şekilde formüle edilmektedir: Allah Kitabında "O zikri biz indirdik biz; ve O'nu koruyacak olan da el-bette biziz."⁷³ buyurarak Kur'an'ı koruyacağını vadetmiş, Sünnet'i korumayı tekeffül etmemiştir. Sünnet gerekli olsaydı, Allah onu da korumayı tekeffül ederdi.⁷⁴

Sünnet'in reddedilmesi hususunda ileri sürülen bu âyet de bu hususta delil teşkil etmez. Zira âyette 'Biz, sadece Kur'an'ı koruyacağız' şeklinde bir tahsis söz konusu olmadığından âyetten zorunlu olarak Sünnet'i korumayacağız manası istinbat edilemez. Âyeti, sırf Kur'an'ın korunacağı şeklinde anlasak bile Allah, sahabe ve onlardan sonra gelenleri satırlarda ve sadırlarda cemetmek suretiyle Kur'an'ın korunmasına seferber ettiği gibi Hz. Peygamber'in Sünnet'ini muhafaza konusunda da hem sahabe hem de onlardan sonra gelen nesilleri seferber ederek Sünnet'i de koruduğunu söylememize bir engel yoktur.

Biz biliyoruz ki insanlar, çok sevdikleri bir insanın söz ve fiillerini izlemeye ve onları dâima hatırd tutmaya çalışırlar. Sahâbe'nin Hz. Peygamber'i herkesten ziyade sevdikleri izahattan vârestedir. Bir de buna sevdikleri insanın, sözlerini öğrenme ve başkalarına aktarmaları yolundaki talimatları eklenince, sahâbe ve peşinden gelenlerin Sünnet ve hadisleri muhâfaza etmediklerini düşünmek abes olur. Asılsız rivâyetler biryana bırakılırsa, sahâbenin, Kur'an'ı öğrenip muhafaza etmeye azmet-

68 Bu konuda bk. Şâfiî, *er-Risâle*, s. 414 vd.; Cessâs, *el-Fusûl fî'l-usûl*, III, 82-83; Cüveynî, *el-Burhân fî usûli'l-fikh*, I, 228-229; Serahsî, *el-Usûl*, I, 324-325.

69 Cessâs, *el-Fusûl fî'l-usûl*, III, 96; Ebû Ya'lâ, *el-Udde fî usûli'l-fikh*, III, 864.

70 Bâkîllânî, Ebû Bekr Muhammed b. et-Tayyib, *et-Takrib ve'l-irşâd* (thk. Muhammed es-Seyyid Osman), Beyrut 2012, s. 770; Cüveynî, *el-Burhân fî usûli'l-fikh*, I, 229; Sem'ânî, *Kavâtiü'l-edille fî'l-usûl*, I, 355; Pezdevî, *el-Usûl*, II, 375.

71 Cüveynî, *el-Burhân fî usûli'l-fikh*, I, 229.

72 İbnü'l-Kassâr, *el-Mukaddime fî'l-usûl*, s. 67-68; Sem'ânî, *Kavâtiü'l-edille fî'l-usûl*, I, 335; İbn Akîl, *el-Vâzih fî usûli'l-fikh*, IV, 366.

73 el-Hicr, 15/9.

74 Tefvik Siddîkî, *Mecelletü'l-menâr*, VII, 911-913; Mahmud Ebu Reyve, *Edvâu ale's-sünne*, s. 46-50.

tikleri gibi, Peygamber'in Sünnet ve hadislerini de muhâfaza etmeye çalıştıkları, bunun için geceyi üçe bölüp hadis ezberledikleri bir vâkıdır.⁷⁵

Enes b. Mâlik şöyle der: “Biz muhtemelen altmış kadar kişi Peygamberle birlikte mescidde otururduk ve Peygamber bize hadis öğretirdi. Daha sonra O, herhangi bir ihtiyaç için dışarı çıktığı zaman, işittiğimiz hadisleri kendi aramızda ezberledik, mescitten ayrıldığımız zaman, hadisler kalplerimize sanki nakşedilmiş gibi olurdu.”⁷⁶

6. Sünnet'i inkâr edenlerce ileri sürülen bir tez de “Sünnet Asr-ı Saadet şartlarında geçerlidir. Peygamber, o günün ihtiyaç ve şartlarına göre hüküm veriyordu. Bugün zaman değişmiştir. Sünnet'in hükümleri de değişmelidir. Zira ‘Ezmânın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkar olunamaz”⁷⁷ şeklindedir.

Kur'an hiçbir zaman Hz. Peygamber'e kendi asrındaki insanların uyacakları, daha sonraki insanların uymayacakları şeklinde bir sınırlama yapmaz. Aksine; “Biz seni ancak alemlere rahmet olarak gönderdik.”⁷⁸ ve “Biz seni ancak bütün insanlara müjdeleyici ve uyarıcı olarak gönderdik; fakat insanların çoğu bilmezler.”⁷⁹ gibi âyetlerle onun bütün insanlığın rehberi olduğunu gözler önüne serer. Kur'an'da, Peygamber'e itâatı emreden âyetlerle⁸⁰ şârilik⁸¹, muallimlik,⁸² mübeyyilik⁸³ ve örneklik⁸⁴ vasfından bahseden âyetler hep ‘muzârî’ kipiyle gelmektedir. Muzârî kipi ise karinelere soyutlandığı zaman istikbale delalet eder. Bu âyetlerin hiçbirinde hal karinesi mevcut değildir. Ayrıca Hz. Peygamber'in Sünnet'inin sadece ashâbı değil, kendisinden sonra gelen mü'minleri de bağlayıcı olduğuna şu hadisler de delil teşkil eder:

“Sizden burada bulunanlar burada olmayanlara tebliğ edip ulaştırın. Umulur ki kendilerine haber verilen kimse onu işitenden daha iyi ezberleyip koruyabilir.”⁸⁵

“Allah, bizden bir hadisi işitip onu işittiği gibi koruyan ve başkalarına ulaştıran kimsenin yüzünü ağartsın.”⁸⁶ Bu deliller göstermektedir ki Hz. Peygamber karşısında sahabenin mevkii ne ise bütün mü'minlerin mevkii de odur.⁸⁷

75 Bu konuda bk. Hakim, *el-Müstedrek*, I, 94; Azamî, Muhammed Mustafa, *Hadis Metodolojisi ve Edebiyatı* (Çev. Recep Çetintaş), İz Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 36.

76 Benzer uygulamalar için bk. Buhârî, *İlim*, 27; Hakim, *Müstedrek*, I, 27, 94; Ahmed, *Müsned*, VI, 443.

77 Tefvik Siddiki, *Mecelletü'l-menâr*, VII, 913.

78 el-Enbiyâ, 21/108.

79 es-Sebe, 34/28.

80 en-Nisa, 4/59; Âl-i İmran, 3/32, 132.

81 el-Araf, 7/157; et-Tevbe, 9/29; el-Ahzab, 33/36.

82 el-Bakara, 2/129-151; Âl-i İmran, 3/164.

83 en-Nahl, 16/44.

84 el-Ahzab, 33/21.

85 Buhârî, “İlim”, 9, 10, 37, “Hac”, 132; Müslim, “Hac”, 446, “Kasâme”, 29, 30; Ebû Davud, “Tatavvu”, 10; Tirmizî, “Hac”, 1; Nesâî, “Hac”, 111.

86 Ebû Davud, “İlim”, 10; Tirmizî, “İlim”, 7; İbn Mâce, *Mukaddime*, 18.

87 Bakkal, *Sünnet'in Kaynak Değeri*, s. 16.

“Ezmânın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz”⁸⁸ kâidesi, özellikle ve öncelikli olarak örf, adet ve maslahata binaen konulan, içtihadî cüz’î hükümler için geçerlidir. Zira zaman ve mekan değiştiğçe, insanların ihtiyaçları, halleri, örf ve adetleri, kullanımları da değişeceğinden, delile dayanmayıp örfе bina edilmiş bulunan cüz’î hükümler de değişir.

Kur’an ve Sünnet’in kapsamına giren bazı konularda sahih bir yöntemle tatbik edilmesi mümkün olan bu kaidenin alanını, bütün Sünnet’i reddedecek şekilde genişletecek olursak, neticede bu keyfilik bizi Kur’an’ın hükümlerini de inkara götürür. Kaldiki Sünnet ve hadislerin tamamı, yalnızca hukûki konularla alâkalı değildir. Bu itibarla da, şartlar değiştiği için Sünnet’in hükümleri de değişmelidir, şeklinde bütüncül bir yaklaşımla Sünnet’i ele almamız imkansızdır. Zira, itikad, ibadet ve ahlak sahasında sâbit olan Sünnetlerin değişmesi düşüncesini kabul etmek, dünyadaki müslüman sayısınınca farklı din ve ahlak anlayışını kabul etmek anlamına gelir. Böyle bir anlayışı ise, Kadıyânîliğin bir devamı olan⁸⁹ “Ehl-i Kur’an” ekolünden başkası kabul edemez. Ne var ki onlara göre, namazın keyfiyetini, zekatın miktarını, hac menâsikini ve benzeri ibadetlerin şeklini ‘Merkezü’l-milleti’l-İslamiyye/Ehl-i hal ve’l-akd heyeti’ istişare ile belirler, müslümanlar geçmişte Peygamber’e uydukları gibi, bu çağda da bu heyetin belirleyeceği şekle göre ibadetlerini yerine getirirler. Zira bugün Peygamber’in yetkisi bu heyete intikal etmiştir. Her ülke kendi şura heyetini tayin eder ve bu şuranın içtihadlarına göre de ibadetlerini yerine getirir(!).⁹⁰ Görüldüğü gibi, Sünnet ve hadisleri tanımayıp Kur’an’la yetinme düşüncesi sadece Sünnet’i değil, sonuç itibarıyla Kur’an’ı da tahrife kadar varabilmektedir.

7. Sünnet’i reddedenlerin savundukları tezlerden biri de “*Peygamber hadis kitabini yasaklamış ve hadisleri yazdırmamıştır. Sünnet ve hadisler dinde delil olsaydı, Peygamber hadisleri de Kur’an gibi yazdırırdı. Yazdırmadığına göre bizim için geçerliliği yoktur.*”⁹¹ şeklinde dile getirilmektedir.

Bu iddia genel olarak hadislerin en azından bir asır boyunca sözlü olarak rivâyet edildiği, onları ilk defa Ömer İbn Abdilaziz’in emriyle Zührî’nin kayda geçirdiği şeklindeki faraziye ile Ebû Saîd el-Hudrî, Ebû Hüreyre ve Zeyd İbn Sâbit vâsıtasıyla Peygamber’e isnad edilen ve Kur’an’dan başka herhangi bir şeyin yazılmasını yasaklayan bir kısım haberlere dayanmaktadır.⁹² Bu faraziyelerin birincisi ilk devir hadis kitabiyatı hakkındaki bilgi eksikliğinden, ikincisi de söz konusu haberlerin sahih olduğu zannından kaynaklanmaktadır. Halbuki yapılan araştırmalar sahabe asrı boyunca hadislerin tamamen olmasa bile, büyük çoğunluğunun yazıldığını ve

88 Nedvî, Ali Ahmed, *el-Kavâidü’l-fıkhiyye* (thk. Mustafa Celil ez-Zerkâ), Dimeşk, 1991, s. 56.

89 Bu konuda bk. M. Tâhir Hekim, *Sünnet’in Etrafındaki Şüpheler*, s. 97.

90 Azamî, *Dirâsât fi’l-hadîsi’n-nebeviy*, s. 40-41.

91 Tefîk Siddîki, *Mecelletü’l-menâr*, VII, 913.

92 Azamî, *Hadis Metodolojisi ve Edebiyatı*, s. 51.

hadis kitabedinin yasaklandığını ifade eden haberlerin asılsız olduğunu göstermektedir.⁹³ Hadis kitabedinin yasaklandığını bildiren ve Ebû Saïd el-Hudrî'den gelen haberlerin tümü Abdurrahman İbn Zeyd tarafından rivâyet edilmiştir⁹⁴ ki hadis otoriteleri ittifakla onun metruk bir râvi olduğunu söylemektedirler.⁹⁵

Mesela; Hâkim ve Ebû Nuaym'a göre Zeyd mevzû hadisler rivâyet ederdi. İbn Hibbân; "Zeyd, bilmeden hadisleri tersyüz/kalb edenlerdendi. Hatta mürselleri merfû, mevkuf hadisleri müsned olarak rivâyet etmek onun rivâyetlerinde okadar çok olurdu ki bu yüzden terkedilmeye müstahak oldu."⁹⁶ demektedir. Şu halde Ebu Said el-Hudrî'nin Abdurrahman İbn Zeyd tarikiyle gelen rivâyetlerinin hiçbirini makbul değildir.

Öte taraftan Müslim'in kaydettiği bu hadisin merfû mu, mevkuf mu olduğu âlimler arasında ayrıca tartışma konusudur. «Bir kısım âlimler Ebû Said'in bu hadisini illetli bularak; «Doğru olan, bu hadisin Ebu Said'e ait mevkuf bir haber olduğudur.» demişlerdir. Buhârî ve diğerleri bu görüştedir.⁹⁷ Aynı Abdurrahman İbn Zeyd, Ebû Hureyre hadisinde de görülür. Onun için bu hadis de zayıftır ve kabul edilemez.⁹⁸

Hadis kitabedinin yasaklandığı şeklindeki haberi rivâyet eden üçüncü sahâbe, Zeyd b. Sâbit'tir. Onun hadisi ise, mürseldir. Bu hadisi Zeyd'den nakleden râvi el-Muttalib b. Abdillâh b. Hantab'dır ve bu şahıs Zeyd'den hadis almamıştır. Dolayısıyla, senette zikredilmeyen ve güvenilir olup olmadığı bilinmeyen (meçhul) bir râvi vardır. Bu sebeple bu hadis de Hz. Peygamber'in, hadislerinin yazılmasını tasvip etmediğini teyit etmez.⁹⁹ Kaldığı bir metnin delil olması için yazılı olması şart değildir. Zira Peygamber zarûrât-ı diniyye'den olan namaz, oruç, hac ve zekat gibi ibadetlerin keyfiyetini vs. de yazdırmamıştır. Halbuki O, "Beni nasıl namaz kılar halde gördüyseniz, siz de o şekilde kılınız."¹⁰⁰, "Ey insanlar hac menasikinizi benden alıp öğreniniz."¹⁰¹ buyurmuştur.

93 İlk devir hadis kitabedi hususunda bk. M. M. Azamî, *Dirâsât fi'l-hadisî'n-nebeviyy ve târihu tedvinih*, Beyrut 1992; Azamî, *İlk Devir Hadis Edebiyatı* (Çev. Hulusi Yavuz), İz Yayıncılık, İstanbul 1993.

94 Bu haberlerden biri şöyledir: "Benden, Kur'an'dan başka bir şey yazmayın. Kim Kur'an'dan başka bir şey yazmışsa, onu yoketsin" (Müslim, "Züh'd", 72; Hatib el-Bağdâdî, *Takyidü'l-ilm*, Beyrut 1974, s. 28-29. İkincisi ise, "Biz Resûlullah'tan yazma hususunda izin istedik bize izin vermekten imtina etti." şeklindedir. Tirmizî, *Sünen-i Tirmizî*, II, 111; Dârimî, *Sünen-i Dârimî*, I, 119; Hatib el-Bağdâdî, *Takyidü'l-ilm*, s. 33.

95 Ayrıntı için bk. Zehebî, *Mizânü'l-i'tidâl fi nakd'r-ricâl* (thk. Ali M. el-Becâvî), Beyrut, ts. II, 564-566; Ayrıca bk. M. M. Azamî, *Dirâsât fi'l-hadisî'n-nebeviyy*, I, 77.

96 M. M. Azamî, *Dirâsât fi'l-hadisî'n-nebeviyy*, I, 77.

97 Hatib el-Bağdâdî, hepsi de değişik lafızlarla Hemmam tarikiyle gelen bu hadisin 8 varyantını zikrettikten sonra Hemmam'ın bu hadisi Abdurrahman b. Zeyd b. Eslem'den, diğerlerinden teferrüd ederek rivayet ettiğini ve aynı hadisin Zeyd b. Eslem tarikiyle Süfyan es-Sevrî tarafından da rivayet edildiğini belirterek "Sağlam olarak ezberlenen bu hadisin, Peygamber'e kadar ref edilmeksizin Ebû Saïd el-Hudrî'den kendi sözü olarak rivayet edilmiş olduğudur." der. Hatib, *Takyidü'l-ilm*, s. 32. Ayrıca bk. İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, I, 251.

98 Azamî M. Mustafa, *Hadis Metodolojisi ve Edebiyatı*, s. 54.

99 Azamî, *Hadis Metodolojisi ve Edebiyatı*, s. 55.

100 Buhârî, "Ezân", 18; "Edeb", 27, "Âhâd", 1; Dârimî, "Salât", 43; Ahmed, *el-Müsne'd*, V, 52.

101 Nevevî, *Şerhu Sahih-i Müslim*, Beyrut 1987, IX, 50; Nesâî, *es-Sünen*, V, 270.

Demek ki önemli olan, bunların yazılı olmaları değil, haberi verenlerin güvenilirliği meselesidir. Zira haberi verene güvenmediğimiz zaman, haberin yazılı olmasıyla sözlü olması arasında fazla bir fark kalmayacaktır. Sözlü rivâyetlerin uydurma ve yalan olma ihtimali kadar yazılı rivâyetlerin de sahte ve uydurma olma ihtimali mevcuttur. Bu durumda yazılı rivâyetlerin herhâlükârda güvenilir, sözlü rivâyetlerin ise, güvenilmez olduğunu söylemek ne kadar doğru olur?

Sonra okuma-yazma bilen sahâbilerin Peygamber'in izni ve bilgisi dahilinde hadisleri yazdıklarını gösteren pek çok hadis vardır ki bunların râvileri arasında hadis kitabının yasaklandığını rivâyet eden sahabiler de bulunmaktadır. Mesela; Ebu Hüreyre'den gelen şu haber bunu doğrulamaktadır: “*Resûlullah'ın hadislerini benden daha ziyâde bilen hiçbir kimse yoktu. Ancak Abdullah b. Amr müstesna. Çünkü o yazıyordu. Abdullah Resûlullah'tan kendisinden işittiği şeyleri eliyle yazmak için izin istedi, Peygamber de ona izin verdi.*”¹⁰²

Ebû Hüreyre'nin, talebelerinden Hemmam İbn Münebbih'e yazdırdığı hadislerin günümüze kadar geldiği ve M. Hamidullah tarafından Berlin ve Şam kütüphanelerinde iki ayrı elyazma nüshası bulunarak neşredildiği de herkesçe malumdur. Ebu Hüreyre'nin rivâyeti olan bu sahifedeki yaklaşık 140 kadar hadis, kelimesi kelimesine kütüb-i sittede yer alması, aynı zamanda bu hadislerin mânâ itibariyle aynen diğer sahâbiler tarafından da rivâyet edilmiş olması, hadislerin büyük bir kısmının bize kadar son derece sahih ve titiz yollarla geldiğinin bir ispatı olması bakımından önemlidir.¹⁰³ Bunun gibi daha birçok materyal¹⁰⁴ gösteriyor ki Hz. Peygamber, Sünnet'ini ashabına şifâhi yollarla öğretmiş, onlar da öğrendiklerini, Peygamber'in hayatta olduğu devirden başlayarak hem yazmak, hem de ezberlemek suretiyle bize intikâlini sağlamışlardır. Diğer taraftan yazılı olarak gelmedikleri için sahih-mevzû ayırımı yapmadan bütün hadisleri reddederken Hz. Peygamber tarafından yazdırılmayan ve zayıflığında şüphe bulunmayan bazı haberleri delil saymaları ayrıca kayda değer bir çelişkidir.

8. Bu yazarlara göre Hz. Ömer de çok hadis rivâyet ettikleri için İbn Mes'ud, Ebû Musâ el-eş'ârî ve Ebu'd-Derdâ'yı Medîne'de hapsedirmiş, hadis kitaplarını imha ettirmiş ve Kur'an'la yetinilip çok az hadis rivâyet edilmesi için son derece kararlı bir tutum izlemiştir!¹⁰⁵

Hz. Ömer'in, İbn Mes'ud, Ebû Musâ el-Eş'ârî ve Ebu'd-Derdâ'yı Medîne'de hapsedirdiği şeklindeki haber, bu hususta delil olamayacak kadar zayıf, hattâ asılsızdır. Söz konusu rivâyeti *el-İhkâm fî usûli-l-ahkâm*'ında, nakleden İbn Hazm, haberin

102 İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, I, 250. Hadisin diğer varyantları için bk. Buhârî, “İlm”, 39; Tirmizî, “İlm”, 13; “Menâkib”, 46.

103 Koçyiğit, Talat, *Hadis Tarihi*, Ankara 1981, s. 60.

104 Abdullah b. Amr b. As'ın “*Sahife-i Sadıka*”sı bunlardandır.

105 Ebu Reyve, *Edvâu ale's-sünne*, s. 29.

râvilerinden İbrahim b. Abdîrrahman b. Avf'ın, bunu Hz. Ömer'den işitmediğini, dolayısıyla haberin mürsel, hatta asılsız olduğunu ve onunla ihticacın caiz olmayacağını söylemektedir.¹⁰⁶ Beyhakî de İbrâhim'in Ömer'den semânın sâbit olmadığını söylemektedir.¹⁰⁷ Hafız İbn Hacer, İbrahim'in 75 yaşında iken h. 95 veya 96'da vefat ettiğini söylüyor.¹⁰⁸ Bu durumda Hz. Ömer'in vefâtında üç yaşında olmuş olur. Bu yaş ise, teknik olarak tahammül/hadis öğrenme yaşının çok altındadır. Bu durumda haberin munkatî' olduğu açıktır.¹⁰⁹

Bu haberin asılsızlığını gösteren diğer bir husus da Hz. Ömer'in Abdullah b. Mes'ud'u Irak'a gönderdiği sırada Iraklılara: "*Abdullah'ı size göndermekle sizi kendime yeğ tuttum.*"¹¹⁰ diye onlara bunu bir minnet vasıtası sayarak taltif etmesidir. Hz. Ömer'in İslam beldelerine gönderdiği bütün kâri ve muallimleri Kur'an ve Sünnet'i öğretmekle vazifelendirdiği bilindiğine göre bu işle görevlendirdiği bir insanı, hadis rivâyetinden dolayı hapsedmiş olduğu mâkul sayılabilir mi? Ebu'd-Derdâ da Şam'da muallimlik yapıyordu ve çok hadis rivâyet edenlerden biri değildi. Hz. Ömer'in Aişe, İbn Abbas, Cabir b. Abdillâh vb. gibi, çok hadis rivâyet edenleri engellediğine dâir hiçbir rivâyet yoktur. O halde neden çok hadis rivâyet edenler dururken az sayıda hadis rivâyet eden Ebu Zer ve Ebu'd-Derdâ gibi sahabileri hapsedmiş olsun?

Hz. Ömer'in hadis kitaplarını yaktığı şeklindeki haberlere gelince, bunlar Kâsım b. Muhammed ve Yahyâ b. Cudeh tarafından rivâyet edilmiştir. Bu iki râvînin söz konusu rivâyetleri de munkatî' olduğundan muteber değildir.¹¹¹ Hz. Ömer'den, bu hususta bize kadar sahih senedle ulaşan hiç bir haber mevcut olmadığı gibi, onun hilâfeti boyunca hüküm çıkarma konusunda takip ettiği metod bu tür iddiaları açıkça tekzib eder. Mesela Kâdî Şurayh (ö.78/699), Hz. Ömer'e hüküm verme konusunda nasıl bir yol takip edeceğini sorduğunda Hz. Ömer kedisine yazılı olarak şöyle cevap vermiştir: "*Sana Allah'ın kitabındaki bir mesele gelirse Allah'ın Kitabıyla hükmet, insanlar seni ondan başka yöne yöneltmesin. Allah'ın Kitabında olmayan bir mesele gelirse Resulüllah'ın Sünnet'ine bak ve onunla hüküm ver. Allah'ın Kitabı'nda olmayan ve hakkında Resulüllah'ın herhangi bir Sünnet'i bulunmayan bir mesele gelirse âlimlerin üzerinde icma ettiği şeylere bak ve onu al. Allah'ın Kitabında ve Resulüllah'ın Sünnet'inde bulunmayan ve senden önce hiç kimsenin hakkında görürüş beyan etmediği bir mesele gelirse dilediğin iki husustan birini seç: re'yinle içtihad etmek ve ilerlemek istersen ilerle, beklemek istersen bekle. Ancak beklemenin senin*

106 İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saïd, *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm* (thk. Mahmud Hâmid Osmân), Kâhire 2005, I, 290.

107 Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII, 277.

108 İbn Hacer, *Tehzîbü't-tehzîb*, Beyrut 1991, I, 91.

109 Sibâî, Mustafa, *es-Sünnetü ve mekânetühâ fî't-teşrii'l-islâmî*, Dîmeşk 1978, s. 65-66.

110 Sibâî, Mustafa, *es-Sünnetü ve mekânetühâ*, s. 65-66.

111 M. Tahir Hekim, *Sünnet'in Etrafındaki Şüpheler*, s. 131-132.

*için daha hayırlı olacağı görüşümdedir.”*¹¹² Hz. Ömer’in hadis ve Sünnete bağlılığını gösteren yüzlerce örnekten sadece biri olan bu ifade, Hz. Ömer’in insanları Kur’an’la yetinmeye ve onu tek kaynak yapmaya çağırmadığının en açık delilidir.

Hz. Ömer, sırf resmî mektuplar şeklinde 537 hadis rivâyet etmiştir.¹¹³ Hz. Ömer hadisle ilgili kitapları imhâ ettirseydi, resmî mektuplar şeklinde bu hadisleri rivâyet etmiş olur muydu? Bu hususta doğru olan bir şey varsa, o da Hz. Ömer’in sahâbeden, Kur’an’ı büsbütün ihmal edecek meşguliyetlerden kaçınmalarıyla birlikte Resûlullah’tan hadis naklederken dikkatli olmalarını istemiş olduğudur. Nitekim izin isteme hadisini rivâyet eden Ebû Mûsâ el-Eş’ârî ile aralarında geçen şu mesele bunu açıklamaktadır: Ebû Mûsâ el-Eş’ârî izin isteme hadisini rivâyet edince, Hz. Ömer, kendisinden bir şahit getirmesini istemiş, Ebû Mûsâ da Übey b. Ka’bı şahit olarak getirmiştir. Übey, Ömer’e; ‘*Ey Hattaboğlu! Sakın Resûlullah’ın ashabı üzerine azap olma!*’ deyince, Ömer; ‘*Sübhânallâh! Ben, sadece bir şey işittim ve onu iyice tahkik etmek istedim.*’¹¹⁴ demiştir. Diğer bir rivâyette Hz. Ömer: ‘*Resûlullah’ın Sünnetlerinden bana bu gizli kalmış. Beni ondan pazarlarda ticaret alkoymuş*’ demiştir.¹¹⁵

SONUÇ

Buraya kadar sunmaya çalıştığımız hususlar, Hz. Muhammed’in emir ve yasaklarının bağlayıcılığını ve hayâtın her safhâsında ister fert, ister cemiyet ve isterse İslam devletleri olsun bütün Müslümanların ona uymasının farz olduğunu isbat etmeye kafidir. İslam toplumu risâletinin başlangıcından itibaren Hz. Peygamber’in otoritesini tasdik etmiş; dinin itikad, ibadet, ahlak, muamelat ve ahkâmına ilişkin bütün şifâhî emirlerini, fillerini ve takrirlerini hayat nizamı, bağlayıcı bir düstür ve izlenmesi gereken bir model olarak kabul etmiştir. Zira onun tebliğ vazifesi sadece sözlü bir anlatım değil, tüm yaşantısı ile topluma örnek olma vazifesidir. Hz. Peygamber hem ilahi hitabın ilk muhatabı, hem de vahyin şahsında vücut bulduğu ‘model ahlak’¹¹⁶ tır. Bunun içindir ki Hz. Peygamber’den sadır olan sözlü, fiilî ya da takrirî Sünnet’i geçmişte olduğu gibi günümüzde de gelecekte de İslâm Hukûku’nun ana kaynaklarından biri olacaktır. Sünnet’i devre dışı bırakarak Kur’an’ın inanç, ibadet, ahlak ve ahkâma ilişkin emir ve nehiyelerini doğru olarak anlamak ve hayata tatbik etmek mümkün değildir. Örneğin Kur’an’da emredilen namazın vakitleri, kılınış

112 Nesâî, ‘âdâbü’l-kudât’, 11; Dârimî, *Mukaddime*, 20.

113 M. Ebu Şehbe, *Sünnet Müdâfaası*, (Çev. Mehmed Görmez- M. Emin Özafşar), Ankara 1990, s. 53; Tâhir Hekim, *Sünnet’in Etrafındaki Şüpheler*, s. 131 vd.

114 Müslim, *Âdâb*, 37. Benzer uygulamalar için bk. Müslim, *Kasâme*, 34.

115 Hadisin diğer varyantları için bk. Müslim, *Âdâb*, 36- 37; İbn Hacer, *Fethu’l-bârî*, XI, 31-32.

116 Bk. Savut, Harun, *Adaletin Temelleri*, *Turkish Studies - International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic Volume 9/11 Fall 2014*, Ankara, s. 465-467.

şekli, zekâtın hangi mallardan hangi oranlarda verileceği, haccın nasıl yapılacağı, had ve ukubatla ilgili emirlerin tam olarak nasıl uygulanacağı Kur'an'da açıklanmaz. Bunların nasıl yapılacağını bize Sünnet öğretir. Dinin diğer birçok meselesinde de durum böyledir. Bu sebeple Sahabe başta olmak üzere mezheb imamları hüküm istinbat ederken Kur'an-ı Kerim'in yanında Sünnet'in başvurulması gereken ikinci temel kaynak olduğu konusunda görüş birliği etmişlerdir.

Müçtehid imamların âhâd tarihiyle gelen Sünnetlerin kabulü ve onlarla amel konusundaki özel kriterleri Sünnet'i teşri kaynağı olarak kabul etmedikleri anlamına gelmez. Aksine, bu kriterler müçtehidlerin Sünnet olarak aktarılan haberlerin sıhhatini tesbite yönelik hassasiyetlerini ifade eder. Nitekim hulefâ-i râşidînin de Sünnet'in sıhhatini tespit amacıyla râviden şahid isteme ve yemin ettirme gibi çeşitli kriterleri uyguladıkları herkesçe bilinen bir husustur. Sünnet'i reddetmek ve onu İslam hukukunun kaynağı olarak kabul etmemek Hz. Peygamber'i kabul etmemekten farklı bir anlam taşımaz.¹¹⁷ Sünnet'i görmezden gelerek Kur'an'ın tamamını anlamak ve hayata tatbik etmek oldukça güçtür. Muhammed Gazâlî bu hususa işaret ederek "*Hz. Muhammed'in hayatı, Kur'an'ın emir ve yönlendirmelerini bizzat tatbik etmekten ibaretti. İbadet, ahlak, cihad ve muamele hususunda o yeryüzünü değiştirip yepyeni bir medeniyet tesis eden canlı bir Kur'an'dı. Eğer bu amelî ve kavli Sünnet olmamış olsaydı, Kur'an hayal aleminde sabit nazari felsefelere benzerdi.*"¹¹⁸ demektedir.

Sünnet'in bizim için bağlayıcı olmadığını söyleyenlerin görüşlerini ispat için ileri sürdükleri tezlerin hiçbiri bilimsel gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Bu tezlerin ileri sürülüş biçiminden bu çevrelerin hem Kur'an-ı anlama ve yorumlamada metodolojik problemleri olduğu hem de Sünnet'in günümüze intikaline ilişkin sahabe asrından başlayarak ulemanın ortaya koyduğu titiz çalışmalar hakkında bilgi eksikliklerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

117 Debûsî, Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsa, *Takvimü'l-edille fi usûli'l-fikh*, (thk. Halil Muhyiddin el- Müysü), Beyrut 2007, s.79.

118 Gazalî, Muhammed, *Fakihlere ve Muhaddislere Göre Nebvi Sünnet*, (Çev. Ali Özek), İstanbul 1992, s. 192.

HANEFÎ HUKUK DÜŞÜNÇESİNDE HUKUKÎ SORUMLULUĞA ETKİSİ BAKIMINDAN HÜKMÜN ŞARTA İZAFESİ SORUNU

Yrd. Doç. Dr. Ünal YERLİKAYA*

Özet: Cezaî sorumluluktan farklı olarak hukukî sorumluluğun açığa çıkmasında en önemli unsur, fiil ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Bu sebeple İslam hukuk literatüründe, illiyet bağının tespitine dönük tartışmalar önemli bir yer tutmaktadır. Söz konusu tartışmalar, ağırlıklı olarak, illet ve şart kavramlarının ne anlam ifade ettikleri ve zararlı sonuçla ne tür bir ilişki içinde oldukları sorunu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Genel olarak bakıldığında, İslam hukuk düşüncesinde zararlı sonucun ve dolayısıyla hükmün illete izafe edilmesi temel bir prensiptir. Bununla birlikte kimi durumlarda zararlı sonucun, illeti temsil eden davranışa değil, şartı temsil eden davranışa izafe edildiği görülmektedir. Zararlı sonucun şarta izafesi konusunda hanefî hukukçuların, diğer hukukçulardan farklı olarak, daha biçimsel bir yaklaşım ortaya koydukları görülmektedir. Bir diğer ifadeyle hükmün illet veya şarta izafesi konusunda hanefiler, *ihtiyârilik* (*ihtiyârî davranış*) unsurunu, hukukî sorumluluğun belirlenmesi bakımından temel bir ölçüt olarak görmektedirler.

Anahtar Kelimeler: Hanefî Hukuk Düşüncesi, Şart, Şart-İllet İlişkisi, Hukukî Sorumluluk.

In Hanafi Legal Thought The Attributing Issue of Provision to Condition in Terms of It's Effect on Legal Responsibility

Abstract: Unlike the criminal liability, the most important factor in the disclosure of legal responsibility is casual connection between behavior and harmful result. Therefore Islamic law literature, the discussions related to identification of casual connection occupies an important place. These discussions mainly are made on the meaning of reason and condition concepts, at the same time on the relation between these concepts and harmful result. In terms of general, in the idea of Islamic law, attributing of harmful result to reason is a basic principle. However it's seen that harmful result is attributed to condition not to reason. In the matter of the harmful result attributing to condition it's seen that hanafi jurists unlike other approached a more formal approach. In other words, in the matter of attributing of provision to reason and condition, hanafi jurists accept voluntary *behaviour* as basic criteria in terms of determining the legal responsibility.

Keywords: Hanafi Legal Thought, Condition, Relationship Between Condition and Reason, Legal Responsibility.

GİRİŞ

Sorumluluk hukuku bakımından haksız fiil sorumluluğu, bir kimsenin, hukuka aykırı fiiliyle bir başkasına verdiği zararı giderme, bir diğer ifadeyle tazmin etme yükümlülüğünü ifade etmektedir. Haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabil-

* SDÜ İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, unalyerlikaya@sdu.edu.tr

mesi için, genel olarak, işlenen fiilin hukuka aykırı olması, fâilin kusurlu davranmış olması, işlenen fiil sonucu bir zararın açığa çıkmış olması ve aynı zamanda fiille zarar (zararlı sonuç) arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Sözü edilen hususlar, haksız fiil sorumluluğunun genel unsurlarını oluşturmaktadır. Özellikle kusur ve illiyet bağı ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki ilişki bağlamında ifade etmek gerekirse; borçlar hukukunda kusura dayanan sorumluluk dışında ayrıca kusursuz sorumluluğun da var olduğu göz önüne alındığında, haksız fiil sorumluluğunun varlığını tespitte yegâne unsurun kusur değil, illiyet bağı olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü haksız fiille zararlı sonuç arasındaki illiyet bağının varlığı, haksız fiil sorumluluğunun olmazsa olmaz unsurudur. İlliyet bağı ise, açığa çıkan zararlı sonuçla işlenen fiil arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade etmektedir.

İslâm hukuk literatüründe, haksız fiil sorumluluğunun esas olması sebebiyle, illiyet bağının oldukça detaylı biçimde incelendiği görülmektedir. Esasen, bu çalışmaya da konu edildiği üzere, hanefî hukukçuların, zararlı sonuçla ilişkisi bakımından şart konumunda olan unsurun varlığı ile zararlı sonuç arasındaki ilişkinin niteliğine dönük incelemeleri, illiyet bağına dönük incelemelerin bir parçasını teşkil etmektedir. İlliyet bağının, zararlı sonuçla fiil arasındaki sebep-sonuç ilişkisini temsil ettiği göz önüne alındığında, hükümle, daha doğrusu hükme konu olan zararlı sonuçla şart arasındaki ilişki, hanefî hukuk düşüncesi bakımından zararlı sonucun ve dolayısıyla hükmün şarta izafesi sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Hanefî hukuk düşüncesinde hukukî sorumluluğa etkisi bakımından hüküm-şart ilişkisinin kavranabilmesi ise, öncelikle, hanefî hukuk terminolojisinde, zararlı sonuçla ilişkileri bakımından illet, sebep ve şart kavramlarının neyi ifade ettiği ve bunlar arasında ne tür bir ilişki kurulduğunun tespitine bağlıdır. Bu sebeple, elinizdeki bu çalışmada, hanefî hukukçuların, zararlı sonuçla ilişkisi bakımından illet, sebep ve şartı nasıl tanımladıkları ve tasnif ettikleri; aralarında ne tür bir ilişki kurdukları ve nihayetinde hangi koşulların varlığı halinde zararlı sonucun ve dolayısıyla hükmün şart konumundaki unsura hangi ölçüde izâfe edildiği sorunu inceleme konusu edilmektedir.

A. ARALARINDAKİ İLİŞKİ BAKIMINDAN SEBEP, ŞART VE İLLET KAVRAMLARI

Sebep

Kelime olarak sebep, *yol, ip, kapı* ve *kendisiyle belli bir amaca/sonuca ulaşılan şey/vasıta* gibi anlamlara gelmektedir.¹ Söz gelimi, bir kimsenin bir yerden bir yere

1 et-Tehânevî, Muhammed Ali, *Keşşâfu ıstılâhâtî'l-funûn ve'l-ulûm*, I-II, Mektebetu Lubnân Nâşirûn, Beyrut 1996, I, 924.

giderken kullandığı yol, gittiği yere ulaşmasının sebebi konumundadır. Kullanılan yol sebep hükmünde olduğu için, kişinin gittiği yere ulaşması, bir diğer ifadeyle amacın/sonucun açığa çıkması, yola değil, kişinin o yolda yürümesine nispet edilir. Kişinin yürümesi ise, gidilen yere varmanın *illetini* (etken/müessir unsurunu) temsil etmektedir. Hanefî hukuk terminolojisinde, kelime anlamına uygun olarak sebep, genellikle, *hükmü doğrudan açığa çıkararak değil, fakat kendisi vasıtasıyla hükme ulaşılan şey* olarak tanımlanmaktadır.² Sebebin, hükmü doğrudan açığa çıkararak bir unsur niteliği taşımaması, onun, hükmün açığa çıkmasında etken (müessir) bir unsur niteliği taşımadığı anlamına gelmektedir. Hukukî sorumluluğun sebebi olan zararlı sonuçtan hareketle ifade etmek gerekirse, *zararlı sonucun doğrudan kendisiyle açığa çıktığı unsur (fiil veya durum)* illeti; *illetin açığa çıkması kendi varlığına bağlı olan unsur* da sebebi temsil etmektedir.

İlletin açığa çıkmasının kendi varlığına bağlı olması, sebebin, zorunlu olarak illetten önce gerçekleşen bir unsur, dahası illetin açığa çıkmasının zorunlu bir ön koşulu niteliğinde olduğunu göstermektedir. Nitekim kimi hanefî kaynaklarda, şart-sebep benzerliği ya da ayırımına dönük tartışmalarda, sebebin zorunlu olarak illetten önce gerçekleşen bir unsur olduğu özellikle vurgulanmaktadır.³ Esasen, illetten önce gerçekleşen şart türünün, hükümle ilişkisi bakımından sebebe benzetilerek *sebeb hükmünde şart* olarak isimlendirilmesi, yine sebebin, illetin açığa çıkmasında zorunlu bir ön koşul niteliği taşıyan unsur olduğunu vurgulama amacına matuftur.⁴ Ancak, her ne kadar illetin açığa çıkması sebebin varlığına bağlı ise de, illet, her durumda, sebebin varlığının zorunlu bir sonucu değildir. Bir diğer ifadeyle, illetin açığa çıkması ile sebebin varlığı arasında, kimi durumlarda zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi söz konusu iken kimi durumlarda söz konusu değildir. Söz gelimi, asılı bir şeyin ipinin kesilmesi durumunda, ipin kesilmesi ile o şeyin düşmesi arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi söz konusu iken, kazılan kuyuya bir kimsenin düşüp ölmesi durumunda kuyu kazma ile ölüm arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi söz konusu değildir.⁵ Sebebin varlığı ile illetin açığa çıkması arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunması, illetin varlığının ve dolayısıyla hükme konu olan zararlı sonucun sebebe izâfe edileceği; buna bağlı olarak da sebebi gerçekleştiren kişinin, zararlı sonuçtan doğrudan sorumlu tutulacağı anla-

2 es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, *Usûlu's-Serahsî*, I-II, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2005, II, 301; Abdülaziz el-Buhârî, Alâuddin b. Ahmed, *Keşfu'l-esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, I-IV, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, IV, 242; İbn Nuceym, Zeynuddin b. İbrahim b. Muhammed, *Fethu'l-gaffâr bi şerhi'l-Menâr*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2001, 428.

3 el-Pezdevî, Ebu'l-Usr Fahrü'l-İslâm Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Huseyn, *Kenzu'l-vusûl ilâ mar'ifeti'l-Usûl*, I-IV (Abdülaziz el-Buhârî'nin Keşfu'l-Esrâr'ı ile birlikte), Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, IV, 300; Abdülaziz el-Buhârî, IV, 300.

4 Abdülaziz el-Buhârî, IV, 300.

5 Sebep ile zararlı sonuç arasındaki zorunlu sebep-sonuç ilişkisinin örneklenilmesi ve mahiyeti hakkında bkz. Ali Haydar, Hoca Emin Efendizâde (ö. 1915/1334), *Dureru'l-hukkâm şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003, II, 508; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I-III, İz Yayıncılık, İstanbul 2001, II, 491-490.

mına gelmektedir. Buna karşılık, illetin, sebebin varlığının zorunlu bir sonucu olarak değil, ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıkması, bir diğer ifadeyle sebebin varlığı ile illetin varlığı arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunmaması ise, zararlı sonucun yalnızca illete izafe edileceği ve dolayısıyla sebebi gerçekleştiren kişinin zararlı sonuçtan hukuken sorumlu tutulmayacağı anlamına gelmektedir.⁶

İlletin varlığı ile sebebin varlığı arasındaki ilişkinin zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi teşkil edip etmediği, illetin ihtiyârî bir fiili temsil edip etmemesine göre belirlenen bir husustur. Daha açık bir ifadeyle, illeti temsil eden fiil ya da durumun ihtiyârî değil de tabii bir fiil ya da durum olması halinde, söz konusu ilişki, zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisini; aksi durumda ise, zorunlu olmayan bir sebep-sonuç ilişkisini temsil etmektedir. İlet-sebebi ilişkisinin zorunlu olup olmama niteliğinin, sebep ile hüküm (daha doğrusu hükmün konusu olan zararlı sonuç) arasındaki irtibatı belirleyici olması sebebiyle, hanefî terminolojide sebebin, *sebeb-i mahz*, *sûreten sebeb*, *illete benzeyen sebeb* ve *illet hükmünde sebeb* şeklinde tasnif edilmesinde de işlevsel bir ölçüt görevi görmektedir. Kısacası hanefî hukuk düşüncesinde sebebin hükümle irtibatı ve nasıl tanımlanıp tasnif edileceği sorunu, hemen tümüyle, illet-sebebi ilişkisi üzerinden ele alınmaktadır.⁷

Şart

Kelime olarak *ayrılmaz alâmet* anlamına gelen şart, hanefî hukuk terminolojisinde, *hükmün açığa çıkmasında* (إثبات الحكم) *doğrudan etken (müessir) bir unsur niteliği taşımamakla birlikte hükmün varlığı* (وجود الحكم) *kendi varlığına bağlı olan unsur* ifade etmektedir.⁸ Şart, hükmün açığa çıkmasında doğrudan etken bir unsur niteliği taşımaması yönüyle alâmete; hükmün varlığı kendi varlığına bağlı olması yönüyle de illete benzemektedir.

Hükmün varlığının şartın varlığına bağlı olması, illet-şart ilişkisinde olduğu gibi, illetin varlığının zorunlu olarak şartın varlığına bağlı olması sebebiyle değil,

6 Zarar ile illet veya sebep arasındaki ilişkinin (illiyet bağının) tespitinde ihtiyârilik koşulunun belirleyici olması hakkında bkz. Yıldız, Kemal, *İslâm Sorumluluk Hukuku Akit Dışı Sorumluluk*, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005, 75-76.

7 Sebebi-illet ilişkisi hakkında bkz. Dönmez, İbrahim Kâfi, "Sebebi", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2004, c. XXIX, 247.

8 el-Pezdevî, IV, 247; es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 303; İbn Melek, el-Mevlâ Abdullatif, *Şerhu Menâri'l-envâr fi usûli'l-fikh*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2004, 326; İbn Kutübogâ, Zeynuddîn Kâsım, *Hulâsatu'l-efkâr şerhu Muhtasari'l-Menâr*, Thk. Senâüllâh ez-Zâhidî, Dâru İbn Hazm, Beyrut 1424/2003, 177; İbn Nuceym, Zeynuddîn b. İbrâhîm b. Muhammed, *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-Dakâik*, I-IX, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, VII, 233; İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilazîz, *Reddu'l-muhtâr ale'd-Durri'l-muhtâr*, I-XIII, Dirâse, Ta'lik ve Tahkik: Âdil Ahmed Abdulmevûd ve Ali Muhammed Muavvîd, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1423/2003, XI, 355. İslâm hukuk düşüncesinde, genel olarak şartın tanımı ve çeşitleri hakkında ayrıca bkz. Boynukalın, Mehmet, "Fıkıh Usûlünde Şart Kavramı", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 36 (2009/1), s. 7-46; "Şart", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2010, XXXVIII, 364-365; Başoğlu, Tuncay, *Hicrî Beşinci Asır Fıkıh Usûlü Eserlerinde İlet Tartışmaları* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001, 126-128.

biçimsel olarak var olan illetin hüküm doğurabilmesinin şartın gerçekleşmesine bağlı olması sebebiyledir. Şöyle ki, şart, illetin en baştan açığa çıkmasının değil, hüküm doğuracak şekilde işlevsellik kazanmasının zorunlu bir ön koşuludur. Söz gelimi, kişinin eşine karşı söylemiş olduğu “şu eve girersen boş ol” sözünde, kişinin boşama iradesini temsil eden “boş ol” lafzı illeti, eşin kastedilen eve girmesi de şartı temsil etmektedir. Eşin kastedilen eve girmesi, “boş ol” sözünün ilk baştan açığa çıkmasının değil, o söze hüküm bağlanabilmesinin bir ön koşuludur. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere, hanefî hukukçular, şartla, illetten sonra gerçekleşen ancak biçimsel olarak var olan illetin hüküm doğurması kendi varlığına bağlı olan unsur kastetmektedirler. Esasen illetin varlığının zorunlu bir ön koşulu olup olmama, daha doğrusu illetten önce veya sonra gerçekleşme kriteri, hanefiler bakımından şart-sebeup ayırımında belirleyici bir ölçüttür. Buna göre şart, hükme konu olan davranışın açığa çıkmasında müessir bir unsur niteliği taşımaması yönüyle illetten;⁹ illetin varlığının zorunlu bir ön koşulu olmayıp biçimsel olarak illetten sonra gerçekleşmesi yönüyle de sebepten ayrılmaktadır. Ancak, özellikle belirtmek gerekir ki, şartın, *biçimsel olarak var olan illetin hüküm doğurması kendi varlığına; dolayısıyla hükümün varlığı kendi varlığına bağlı olan unsur* biçimindeki tanımı, hanefî kaynaklarda geçen tüm şart türleri bakımından ortak bir tanımı ifade etmemektedir. Öyle anlaşılmaktadır ki, hanefiler, söz konusu tanımı, hiçbir biçimde illet ya da sebebe benzetilemeyen, bu özelliği dolayısıyla da şart-1 mahz olarak isimlendirilen şart türünü ifade etmek üzere kullanmaktadırlar.¹⁰ Esasen hanefilerin, şart-1 mahzdan farklı olarak, aşağıda geleceği üzere, kimi şart türlerini, *illet hükmünde şart, illete benzeyen şart ve sebebe benzeyen şart* biçiminde farklı kayıtlarla isimlendirmeleri, bu hususu açıkça ortaya koymaktadır.

İllet

Fıkıh usûlü eserlerindeki detaylı yaklaşım ve izahlardan sarfî nazar ederek, daha çok sorumluluk hukuku bakımından ele almak gerekirse, kelime olarak *bulunduğu mahalde/yerde değişiklik meydana getiren şey* anlamına gelen illet, hanefî hukuk terminolojisinde, *hükümü gerekli kılan (mûcib), dolayısıyla hükümün vucûbiyeti (وجوب الحكم) kendisine izâfe edilen şey, hükümün kendisiyle sâbit olduğu şey (مثبة) ve varlığı hükümün varlığını zorunlu kılan şey* biçiminde tanımlanmaktadır.¹¹ İletin *mûcib* veya *musbit* olmasıyla, onun, şart ve sebepten farklı olarak, hükümün açığa çıkmasında doğrudan etken (müessir) bir unsur olduğu vurgulanmaktadır.

9 İbn Melek, 326.

10 Nitekim Abdulazîz el-Buhârî, biçimsel olarak illetten sonra gerçekleşme özelliğinin yalnızca şart-1 mahz olarak tabir edilen şart türüne özgü olduğunu; buna karşılık diğer şart türleri bakımından tanımlayıcı bir özellik olmadığını açık bir biçimde ifade etmektedir. Bkz. Abdulazîz el-Buhârî, IV, 300.

11 en-Nesefî, Ebu'l-Berakât Abdullâh b. Ahmed, *Menâru'l-envâr* (İbn Nuceym'in Fethu'l-Ğaffâr adlı eseri içinde), Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2001, 432; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 243-244; İbn Melek, 321.

Hükme konu olan ve cezaî ya da hukukî sorumluluk doğuran fiillerden hareketle ifade etmek gerekirse, illet, *zararlı sonucun (ölüm, malın gasbı vb.), ister ihtiyârî bir fiil şeklinde isterse tabii bir durum olarak açığa çıkmış olsun, doğrudan kendisine izafe edildiği fiil ya da durumu* ifade etmektedir. Söz gelimi, bir kimsenin başkasını kasten öldürmesi durumunda, ölüm, zararlı sonucu, öldürme fiili ise illeti; bir yerde asılı olan eşyanın, ipinin kesilmesi sebebiyle düşüp kırılması durumunda, o eşyanın telef olması zararlı sonucu, (ipin kesilmesi değil) eşyanın düşmesi ise illeti ifade etmektedir.

İlgili örneklerden de anlaşılacağı üzere, tanımda geçen *doğrudan* kaydı, illet-sebepe ve illet-şart ayrımında, daha doğrusu illetin tanımında temel bir ölçüt işlevi görmektedir. Çünkü, illet ile zararlı sonuç arasında bir birliktelik (مقارنة) söz konusudur. Bir diğer ifadeyle, zararlı sonuç, araya başka bir unsur girmeksizin (بلا واسطة), illetin varlığının hemen akabinde ve ona bitişik olarak açığa çıkmaktadır.¹² Ancak, özellikle belirtmek gerekir ki, illetin ihtiyârî bir fiil değil, tabii bir durum şeklinde açığa çıkması halinde,¹³ aşağıda geleceği üzere, sorumluluk hukuku bakımından sebep veya şartın illet yerine ikâmesi ve dolayısıyla hükmün sebep veya şarta izafesi söz konusudur. Sonuç olarak illet, zararlı sonucu doğrudan açığa çıkaran unsuru; sebep, illetin varlığının zorunlu bir ön koşulu niteliğindeki unsuru; şart ise illete hüküm bağlanabilmesi kendi varlığına bağlı olan unsuru temsil etmektedir.

B. SORUMLULUK HUKUKUNDAKİ YERİ VE İŞLEVİ BAKIMINDAN ŞARTIN TANIMLANMA VE TASNİF EDİLME SORUNU

Hanefî usul eserleri incelendiğinde, şartın, ağırlıklı olarak *şart-ı mahz, illet hükmünde şart, sebep hükmünde şart, ismen şart ve alâmet hükmünde şart* biçiminde beşli bir tasnif esas alınarak incelendiği görülmektedir. Bunun dışında kimi usulcüler, *alâmet hükmündeki şartı* dışarıda tutarak şartı dört kısımda incelemektedirler. Her iki tasnif biçiminden farklı olarak es-Serahsî, beşli tasnife *illete benzeyen şart* adını verdiği yeni bir şart türünü de ilave ederek şartı altı kısma ayırmaktadır. Öyle anlaşılmaktadır ki, es-Serahsî, diğer usulcülerin, *illet hükmündeki şart* kapsamında ele aldıkları şart türünü, şart-illet ilişkisini farklı şekilde düşünmesinin bir sonucu olarak, *illet hükmünde şart ve illete benzeyen şart* biçiminde ikiye ayırarak incelemektedir. Bir tespit olarak ifade etmek gerekirse, es-Serahsî'ye özgü olduğunu

12 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 243; İbn Melek, 321. İletinin, *hükmün doğrudan kendisine izafe edildiği şey* biçimindeki tanımı için ayrıca bkz. İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, VI, 211; Şeyhizâde, Abdurrahmân b. Muhammed b. Süleymân el-Kelibûlî, *Mecmeu'l-enhur fi şerhu Multeka'l-Ebhur*, I-IV, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1419/1997, III, 119; İbn Âbidîn, VII, 403.

13 Hanefî literatürde, ya ihtiyârî fiil şeklinde açığa çıkmamış olması ya da şart veya sebebin zorunlu bir sonucu olması sebebiyle kendisine hüküm bağlanamayan illeti ifade etmek üzere *illet olmaya elverişli olmayan illet* (علت لم يصلح علت / مما لا يصلح أن يكون علتاً للحكم) tabirinin kullanımı hakkında bkz. el-Pezdevî, IV, 294; es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 323.

düşündüğümüz bu ayrım, illet ile şart arasındaki ilişkinin zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi teşkil edip etmemesine göre yapılan bir ayrımdır. Bu ayrımın (illet hükmünde şart ve illete benzeyen şart ayrımının) şartın tasnifi bakımından özgün bir yanının bulunması dışında ayrıca, aşağıda bahsi geleceği üzere, sorumluluk hukuku bakımından da işlevsel bir yanı bulunmaktadır. Bu sebeple, çalışmamızda, hükümün şarta izafesi sorunu, es-Serahsî'nin tasnifi esas alınarak inceleme konusu edilecektir.

1. Şart-ı Mahz

Hanefî hukuk terminolojisinde şart-ı mahz (الشرط المحض) tabiri, illetten sonra gerçekleşen ancak biçimsel (صورة) olarak var olan illetin hüküm doğuracak şekilde işlevsel hale gelmesi bir diğer ifadeyle hüküm doğurabilmesi kendi varlığına bağlı olan şart türünü ifade etmektedir.¹⁴ Buna göre şart-ı mahz, illetin biçimsel olarak (sûreten) açığa çıkmasının değil, hüküm doğuracak şekilde işlevsellik kazanmasının (انعقاد العلة) zorunlu bir ön koşulu konumundadır.¹⁵ Örneğin, bir kimsenin eşine “şu eve girersen boş ol” sözü boşamanın illeti, eşinin o eve girmesi ise şarttır. Ne var ki biçimsel olarak (sûreten) var olan bu illetin işlevsel hale gelebilmesi (hüküm doğurabilmesi), o kişinin eşinin sözü edilen eve girmesine bağlıdır. Benzer durum, nikâh akdinde icâb-kabul ile şahitlik şartı arasındaki ilişki açısından da söz konusudur. Şöyle ki, nikâh akdinde, tarafların, illeti temsil eden irade beyanlarının (icâb ve kabulün) hüküm doğurabilmesi, bir diğer ifadeyle nikâh akdinin açığa çıkması, öngörülen sayı ve nitelikteki kişilerin bu akde şahitlik etmelerine bağlıdır. Görüldüğü üzere, söz konusu durumda şart, biçimsel olarak kendisini önceleyen illetin işlevsel hale gelmesinde zorunlu bir ön koşul niteliğindedir.

Şart-ı mahzın, illetin hüküm doğuracak şekilde işlevsel hale gelmesinin zorunlu bir ön koşulu olması sebebiyle, her ne kadar görünürde hükümün varlığı şart-ı mahzın varlığına bağlı ise de, gerçekte hüküm illetin varlığı sebebiyle açığa çıkmaktadır. Bir diğer ifadeyle hükümün açığa çıkmasında etken olan unsur (müessir olan unsur), şart-ı mahz değil, biçimsel olarak şarttan önce var olan illettir. Bu sebeple hüküm, şart-ı mahza değil, illete nispet edilmektedir. Bu ise, şart-ı mahzın, *sebebiyet* ve *illiyet* özelliği taşımayan bir unsur olduğunu göstermektedir.¹⁶

Şart-ı mahzın tanımında esas vurgu, onun, aşağıda bahsi geleceği üzere mahiyeti bakımından diğer şart türlerinden farklı bir yapıda olduğuna değil, hükümün doğrudan illetine izafesi mümkün olması sebebiyle illet yerine ikame edilemeyen

14 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 320-321; en-Nesefî, Ebu'l-Berakât Abdullâh b. Ahmed, *Keşfü'l-esrâr şerhu'l-Musannif ale'l-Menâr*, I-II, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1998, II, 437; Abdulaziz el-Buhârî, IV, 300; İbn Melek, 326; İbn Kutlûboğâ, 177; İbn Nuceym, *Fethu'l-ğaffâr bi şerhi'l-Menâr*, 440.

15 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 320; Sadruşşeria, Ubeydullâh b. Mes'ûd b. Mahmûd, *et-Tavdih li Metni't-Tenkîh fi usûli'l-fikh*, I-II (et-Taftâzânî'nin et-Telvilî'i ile birlikte), Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1996, II, 308.

16 Abdulaziz el-Buhârî, IV, 300.

ve dolayısıyla kendisine hiçbir biçimde hüküm bağlanamayan bir unsur niteliği taşıyor olmasınadır. Esasen *şart-ı mahz* tamlamasında *mahz* tabiri bu hususu vurgulamaktadır. Çünkü hanefî hukuk düşüncesinde, *şart-hüküm* ilişkisi ile *şartın* tanımı ve işlevi sorunu, büyük ölçüde illet-*şart* ilişkisi ile illetin kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olup olmaması sorunu üzerinden ele alınmaktadır. Genel olarak bakıldığında, hanefî literatürde *şart-ı mahz* tabiri, *hükümün varlığı* (وجود الحكم) *kendi varlığına bağlı olmakla birlikte hükümün açığa çıkmasında* (إثبات الحكم) *etken bir unsur özelliği* (müessir olma özelliği) taşımayan ve aynı zamanda illetin kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olması sebebiyle hükümle iribatlandırılmayan, bir diğer ifadeyle kendisine hüküm bağlanamayan *şart*¹⁷ türünü ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

Şart-ı mahz, illet ve hüküm, sözü edilen şekilde ilişkilendirmelerinin bir sonucu olarak hanefiler, zinâ eden kimsenin muhsan olduğu hususunda şahitlik eden ve dolayısıyla cezanın (celde değil) recm olarak belirlenmesinde etkisi olan kimselerin (شهود الإحصان), zinâ eden kimseye recm cezası uygulandıktan sonra şahitliklerinden dönmelerini, kendileri bakımından bir hukukî sorumluluk gerekçesi olarak görmemektedirler. Buna göre, söz konusu kimselerin, kendilerinin sebep olduğu hatalı yargı kararı sonucu öldürülmüş olan kimsenin diyetini ödeme yükümlülükleri bulunmamaktadır.¹⁸ Muhsan olma-zinâ-recm ilişkisi, *şart-ı mahz*-illet-hüküm ilişkisi açısından incelendiğinde, muhsan olma *şart-ı mahz*; zinâ fiili illeti; recm cezası da hüküm temsil etmektedir. Söz konusu durumda zinâ fiilinin, kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte bir illet olma özelliği taşıması sebebiyle, her ne kadar hükümün varlığı kendi varlığına bağlı olsa da *şart-ı mahz*ın (muhsan olmanın) illet yerine ikâmesi ve dolayısıyla hükümün ona izafesi mümkün değildir. Çünkü hükümün (recm cezasının) açığa çıkmasında etken (müessir) unsur, *şart-ı mahz* konumunda olan *muhsan olma* değil, illet konumunda olan *zinâ fiilidir*. Önemle belirtmek gerekir ki, aşağıda geleceği üzere, *muhsan olma* şartının *şart-ı mahz* kapsamında mı yoksa *alâmet hükmünde şart* kapsamında mı ele alınması gerektiği hususunda hanefî hukukçular farklı yaklaşımlar ortaya koymuşlardır. Bu sebeple, kaynaklarda *muhsan olma-recm cezası* ilişkisi her iki *şart* türünü örneklemek üzere başvuru olan bir örnektir.

Muhsan olma-recm cezası ilişkisinde hanefîlerin genel yaklaşımından farklı olarak İmâm Zufer, söz konusu durumda zinâ eden kimsenin muhsan olduğu hususunda şahitlik eden kimselerin şahitliklerinden dönmelerini, recm cezası sonucu

17 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 320; İbn Melek, 326; İbn Emîrî'l-Hâcc, Muhammed b. Muhammed el-Halebî, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, I-III, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1999, III, 273; İbn Âbidîn, III, 313.

18 es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, *Kitâbu'l-mesûât (el-Mesûât)*, I-XXX, Dâru'l-Ma'rîfe, Beyrut ty., IX, 46, 60; el-Haddâd, Ebû Bekr Ali b. Muhammed, *el-Cevheratü'n-neyyira*, I-II, Pakistan ty., II, 341; İbnu'l-Humâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *Fethu'l-kadîr*, I-X, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2003, VII, 461.

öldürülen kimsenin diyetini ödeme yükümlüğü bakımından bir hukukî sorumluluk gerekçesi olarak değerlendirmektedir. Ona göre, zinâ eden kimsenin muhsan olması, her ne kadar hükümün açığa çıkmasında yegâne etken (müessir) unsur olmasa da, cezanın celde değil recm olarak belirlenmesinde etken bir unsurdur. Bu açıdan bakıldığında, cezanın ağırlaştırılması, doğrudan zinâ eden kimsenin muhsan olması sebebiyledir. Dolayısıyla şahitliklerinden dönen kimseler, kendilerinin sebep olduğu hatalı yargı kararı sonucu öldürülmüş olan kişinin diyetini ödemekle yükümlüdürler.¹⁹

2. İlet Hükümünde Şart

Hanefî hukuk düşüncesinde, illetin, kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olmaması durumunda, hüküm, illete değil şarta bağlanır.²⁰ Her ne kadar illet niteliği taşıyan bir unsur olmasa da,²¹ bir bakıma şart, kendisine illet işlevi yüklenerek illet yerine ikâme edilir. Hükümle irtibatı bakımından kendisine illet işlevi yüklenmesi sebebiyle bu tür şarta *illet hükümünde şart* denilmektedir.²² Burada illetin, kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olmamasıyla, onun ihtiyârî bir davranışı değil, *ihtiyârî olmayan bir durumu* temsil ediyor olması kastedilmektedir.²³ Bu sebeple, illet hükümündeki şartın mahiyetini kavrama bakımından vurgulanması gereken temel husus, illetin bulunmaması sebebiyle değil, var olan illetin kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olmaması sebebiyle hükümün şarta bağlanmasıdır.

Yukarıda, çoğunluğun *illet hükümünde şart* kapsamında ele aldığı şart türünü, es-Serahsî'nin, illet ile şart arasındaki ilişkinin zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi teşkil edip etmemesine bağlı olarak *illet hükümünde şart ve illete benzeyen şart* biçiminde iki kısımda incelediği ifade edilmişti. es-Serahsî'nin bu ayrımına karşılık çoğunluk, illet ile şart arasındaki ilişki zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi teşkil etsin ya da etmesin, illetin kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olmaması sebebiyle, illet yerine ikâme edilerek hükümün doğrudan kendisine bağlandığı şart türlerini, illet hükümünde şart kapsamında değerlendirmektedirler. Bu sebeple, es-Serahsî'nin, illet ile şart arasındaki ilişkinin niteliğine bağlı olarak kimini illet hükümünde şart, kimini de illete benzeyen şart kapsamında zikrettiği örneklerin tümü, çoğunluk yaklaşımında illet hükümünde şartın örnekleri olarak zikredilmektedir. Bu husus, sorumluluk hukuku bakımından temel bir farklılığa işaret etmektedir. Şöyle ki, ilgili örneklerden anlaşıldığı kadarıyla, es-Serahsî'ye göre, illet hükümündeki şartı temsil eden davranışın gerçekleştirilmesi, bu davranış sonucu açığa çıkan zararlı sonucun

19 es-Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 46.

20 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 14.

21 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 294.

22 el-Pezdevî, IV, 293-294; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 294; Sadruşşeria, II, 304; İbn Melek, 326-327.

23 el-Pezdevî, IV, 296; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 296; Sadruşşeria, II, 304; İbn Melek, 327.

(suç veya haksız fiil) türüne bağlı olarak, hukukî sorumluluk gerekçesi olabileceği gibi cezaî sorumluluk gerekçesi de olabilir. Buna karşılık çoğunluk yaklaşımının illet hükmündeki şart örneklerinin tamamı, illet hükmündeki şartı gerçekleştirme ile (cezâî sorumluluk değil) hukukî sorumluluk ilişkisi üzerine yoğunlaşmaktadır.

es-Serahsî'nin illet hükmündeki şart olarak ifade ettiği şart türünün mahiyetini kavrama bakımından vurgulanması gereken en temel husus, *illet ile şart arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunmasıdır*. Daha açık bir ifadeyle illet, ihtiyârî bir fiil olarak değil, şartın varlığının zorunlu bir sonucu olarak açığa çıkmaktadır. İletle şart arasındaki ilişkinin zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi biçiminde olması, illet hükmündeki şartın *illete benzeyen şarttan* ayrımında belirleyici bir husustur. Çünkü kimi durumlarda, illetin gerçekleşmesi şartın gerçekleşmiş olmasına bağlı olsa da, illet, şartın varlığının zorunlu bir sonucu değildir. Esasında, illet konumunda olan fiilin şart konumunda olan fiil veya durumun zorunlu bir sonucu olması, aynı zamanda o fiilin (illetin) ihtiyârî bir fiil olarak açığa çıkmadığının da bir göstergesidir.

İletin, ihtiyârî bir fiil şeklinde değil şartın varlığının zorunlu bir sonucu olarak açığa çıkmış olmasına karşılık, şartın, ihtiyârî bir fiili temsil ediyor olması halinde hüküm, illete değil doğrudan şarta bağlanır.²⁴ Sorumluluk hukuku bakımından ifade etmek gerekirse, hukuka aykırı fiilin zararlı sonucundan doğrudan şartı gerçekleştiren kimse sorumlu tutulur. es-Serahsî, zararlı sonuçla illet hükmündeki şartı temsil eden davranış arasındaki ilişkiyi vurgulama amacına matuf olarak *mubâşeret* kelimesini özellikle zikreder.²⁵

Kaynaklarda, yağ dolu tulumu delerek içindeki yağın akıp telefine sebep olma ve asılı kandilin ipini keserek kırılmasına sebep olma, illet hükmündeki şartı örneklemektedir.²⁶ İlk örnek üzerinden ifade etmek gerekirse, görünürde kişi yağı değil, yağın akıp telef olmasına engel olan kabı telef etmektedir. Yağın telef edilmesine nispetle kabın telef edilmesi şart konumundadır. Ancak söz konusu durumda, yağın telef kabın telefonun zorunlu bir sonucu olduğu için, kişi, doğrudan (*mubâşereten*) yağı telef etmiş sayılır.²⁷ Dolayısıyla kendisi bakımından kabı tazmin yükümlülüğünün dışında ayrıca telef olan yağı tazmin etme yükümlülüğü de doğar. Benzer durum, bir kimsenin, kendisine karşı işlenen müessir fiil sonucu ölmesi durumunda da söz konusudur. Şöyle ki, kendisine karşı müessir fiil işlenen kimse, bu fiil sebebiyle ölse, müessir fiili işleyen kişi, işlediği müessir fiilden değil, ölen kişiyi öldürmekten sorumlu tutulur. Çünkü kişinin hayatta kalabilmesi, vücut bütünlüğünün korunmasına bağlıdır. Kişinin, müessir fiili kasten işlemiş olması

24 es-Serahsî, *Usûlûs-Serahsî*, II, 322.

25 es-Serahsî, *Usûlûs-Serahsî*, II, 320-321.

26 es-Serahsî, *el-Mebûsât*, XI, 14; İbn Melek, 327; İbn Nuceym, *Fethu'l-gaffâr bi şerhi'l-Menâr*, 441.

27 es-Serahsî, *Usûlûs-Serahsî*, II, 321-322.

durumunda ise, kısas yoluyla cezalandırılması (öldürülmesi) gerekir.²⁸ Ancak bu, ölümün yaralanma sebebiyle meydana geldiğinin kesin olarak tespiti durumunda söz konusudur.

Özellikle son örneği esas alarak ifade etmek gerekirse; es-Serahsî'nin, şart-illet arasındaki zorunlu sebep-sonuç ilişkisinin varlığından hareketle şartı illet yerine ikâme etmesi ve açığa çıkan zararlı sonuçtan doğrudan (mubâşeret) şartı gerçekleştiren kişiyi sorumlu tutması, onun illet hükmündeki şartı, illet yerine ikâme edilen diğer şart türünden (illete benzeyen şarttan) kesin olarak ayırt ettiğini göstermektedir. Çünkü, aşağıda geleceği üzere, illete benzeyen şartı gerçekleştirme yalnızca hukukî sorumluluk doğuran bir unsur olarak görülürken, illet hükmündeki şartı gerçekleştirme (müessir fiil-kısas yoluyla ölüm cezası örneğinde olduğu gibi) hukukî sorumluluk dışında cezâî sorumluluk doğuran bir unsur olarak da görülmektedir. Kısacası, es-Serahsî'nin yaklaşımında, illet ile şart arasındaki ilişkinin zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi niteliğinde olup olmaması, sorumluluğun türünü belirleme bakımından temel bir ölçüt işlevi görmektedir.

3. İllete Benzeyen Şart

es-Serahsî'nin yaklaşımında, illet hükmünde şart dışında, illet yerine ikâme edilen ve dolayısıyla kendisine hüküm bağlanan bir diğer şart türü de *illete benzeyen şart*tır. İlet hükmündeki şart ile illet arasındaki ilişkiden farklı olarak, illete benzeyen şartla illet arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, illetin açığa çıkması şartın varlığına bağlı olmakla birlikte illet, şartın varlığının zorunlu bir sonucu değildir. Diğer taraftan şarttan sonra açığa çıkan illet, daha doğrusu illet konumunda olan unsur, tek başına illet olmaya elverişli değildir. İlgili örneklerden anlaşıldığı kadarıyla, *illete konumunda olup tek başına illet olmaya elverişli olmayan unsurla, ihtiyârî olarak açığa çıkmayan fiil veya durum*, bir diğer ifadeyle *ihtiyârîlik koşulunu sağlamayan unsur* kastedilmektedir. Sözü edilen hususları esas alarak ifade etmek gerekirse, *illete benzeyen şart* tabiri, *varlığı şartın varlığına bağlı olmakla birlikte onun zorunlu bir sonucu olmayan illetin (illete konumundaki unsurun), tek başına illet olmaya elverişli olmaması sebebiyle, illet yerine ikâme edilen ve dolayısıyla kendisine hüküm bağlanan şart türünü tanımlamaktadır.*²⁹ Bu arada, sözü edilen tanıma, illet hükmünde şart-illete benzeyen şart ayırımının yapılmadığı usûl eserlerinde, yalnızca illet hükmünde şartı ifade etmek üzere başvurulduğunu da ifade etmemiz gerekmektedir.³⁰

İlet-illete benzeyen şart-hüküm ilişkisi, bir kimsenin yolda kazdığı kuyuya bir başka kimsenin düşüp ölmesi örneği üzerinden ele alınmaktadır. Söz konusu ör-

28 es-Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, II, 322.

29 es-Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, II, 323-324.

30 Örnek olarak bkz. Abdulaziz el-Buhârî, IV, 296.

nekte, bir kimsenin yolda kuyu kazması ölümün şartını, yolda yürümek ölümün sebebini ve düşen kimsenin ağırlığı da ölümün illetini temsil etmektedir.³¹ Kuyuya düşüp ölen kimsenin ağırlığının illet niteliği taşınamaması ve sebep konumunda olan yürümenin illet yerine ikâme edilememesi sebebiyle ölüm, düşüp ölmenin şartı konumunda olan *kuyu kazmaya* izafe edilir.³² Dolayısıyla insanların gelip geçtiği yolda kuyu kazan kimse, kuyuya düşüp ölen kimsenin diyetini ödemekle yükümlüdür. Özellikle belirtmek gerekir ki, kuyuyu kazan kimsenin yükümlülüğü, hukukî sorumlulukla, bir diğer ifadeyle ölen kimsenin diyetini ödeme yükümlülüğüyle sınırlıdır. Bu sebeple, kuyuyu kazan kimse, suçtan dolayı tazmin dışında ayrıca keffâret ödemekle yükümlü olmadığı gibi, ölen kimsenin mirasçısı konumunda olması halinde de mirastan mahrum bırakılamaz.³³ Çünkü, illete benzeyen şartı gerçekleştiren kimse, illet hükmünde olan şartı gerçekleştiren kimseden farklı olarak, hükme konu olan hukuka aykırı zararlı fiili/sonucu (ölümü) doğrudan (mübâşeret) gerçekleştirmiş sayılmaz. Sorumluluk hukuku açısından bakıldığında, illet hükmündeki şart ile illete benzeyen şart arasındaki en önemli farkın, illet hükmündeki şartı gerçekleştirmenin hem cezaî hem de hukukî sorumluluk gerekçesi olmasına karşılık illete benzeyen şartı gerçekleştirmenin yalnızca hukukî sorumluluk gerekçesi olmasıdır.

Hanefî hukukçuların, gasbedilen tohumun ekilmesiyle elde edilen ürünün (mülkiyetinin) gasbeden kişiye ait olduğu; tohum sahibinin elde edilen bu üründe herhangi bir mülkiyet iddia edemeyeceği ve tohumu gasbedip ondan ürün elde eden kimsenin yalnızca gasbettiği tohum miktarını tazmin etmekle yükümlü olacağı³⁴ biçimindeki yaklaşımı, onların, hüküm-illet-şart ilişkisini sözü edilen şekilde kavramalarının bir sonucudur. Şöyle ki, hanefilere göre, elde edilen ürünün (sonuç) neye nispet edileceği konusunda iki farklı durum söz konusudur. Onlardan ilkinde göre; tohum, toprak, hava ve suyun bir araya gelmesi sonucu meydana geldiği için ürün (gasbedilen tohumdan elde edilen ürün), gasbedilen tohumun bir parçası olarak kabul edilebilir ve ona nispet edilir. Bir bakıma tohumla ürün arasında asıl-fer' ilişkisi vardır.³⁵ İkinci duruma göre ise bu ürün, tohumu gasbedip onu eken gâsıbın fiiline (ekip-biçmesine) nispet edilir. Bir diğer ifadeyle ürün, gâsıbın ekip biçmesinin bir sonucu olarak kabul edilir. Elde edilen ürünle (sonuçla) ilişkisi bakımından ele alındığında, sözü edilen iki farklı durumdan ilki illet; ikincisi ise şart konumundadır.³⁶ Daha açık bir ifadeyle ürünün meydana gelmesinde, tohum,

31 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XVII, 11; İbnü'l-Humâm, VII, 462.

32 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XVII, 11; el-Bâbertî, Ekmelüddin Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed (ö. 1384/786), *el-İnâye şerhu'l-Hidâye* (İbnü'l-Humâm'ın Fethu'l-Kadir'i ile birlikte), I-X, Dâru'l-Kütüb'l-İlmiyye, Beyrut 2003, III, 399; İbnü'l-Humâm, VII, 462.

33 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 324; Abdulaziz el-Buhârî, IV, 298.

34 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 325; *el-Mebsût*, XI, 94-95; Abdulaziz el-Buhârî, IV, 298.

35 Abdulaziz el-Buhârî, IV, 298.

36 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 322; el-Habbâzî, Ebû Muhammed Celâlüddin Ömer b. Muhammed, *el-Muğni fi usûli'l-fikh*, Thk. Muhammed Mazhar Bekâ, Merkezü'l-Bahsi'l-İlmî ve İhyâ'u't-Turâsi'l-İslâmi, Mekke 1403/1983, 347; Abdulaziz el-Buhârî, IV, 299.

toprak, hava ve suyun bir araya gelmesi birincil/öncelikli unsur (illet); tohumu ekip gerekli bakımı yaptıktan sonra hasat etmek ise ikincil unsurdur (şart). Her ne kadar hükümün illetine izafesi asıl olsa da, söz konusu durumda ürün, illetine değil, şartına nispet edilmek zorundadır. Çünkü illet konumunda olan *tohum*, *toprak*, *hava ve suyun bir araya gelmesi*, ihtiyârî bir durumu temsil etmemektedir. Buna karşılık şart konumunda olan *ekip-biçme* fiili ise, gâsıbın ihtiyârî bir davranışı olarak açığa çıkmaktadır. Dolayısıyla elde edilen ürün, gasbedip ekilen tohumun bir parçası değil, gâsıbın emeği sonucu meydana gelen ve tohumdan tümüyle bağımsız yeni ve farklı bir üründür. Dolayısıyla onun mülkiyeti gâsıba aittir. Ancak gâsıb, gasbettiği tohumu ekmekle onu itlaf etmiştir ve bu itlafı sebebiyle yalnızca gasbettiği tohumu tazmin etmekle yükümlüdür.³⁷

4. Sebep Hükümünde Şart

Hanefî literatürde sebep hükümünde şart tabiri, *hükümün illetinden önce gerçekleşen ancak illetin ihtiyârî fiil şeklinde açığa çıkması sebebiyle kendisiyle illet arasında zorunlu bir sebep-sonuç (sebeb-müsebbeb) ilişkisi bulunmayan; dolayısıyla hükümle irtibatlandırılmayan şartı* ifade etmek üzere kullanılmaktadır.³⁸ Sorumluluk hukuken bakımından şartın hükümle irtibatlandırılmaması ise, şarta hüküm bağlanamayacağı ve dolayısıyla şartı gerçekleştiren kişinin, açığa çıkan zararlı sonuçtan hukuken sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmektedir.

Hanefî hukuk düşüncesinde sebep hükümündeki şart-hüküm ilişkisinin, doğrudan *şart-illet ilişkisi* üzerinden değil de *sebeb-illet ilişkisi* üzerinden izahı, bir diğer ifadeyle şartın sebebe benzetilmesi, sebebin, zorunlu olarak illetten önce gerçekleşmiş olma özelliği taşıması sebebiyledir.³⁹ Bu nedenle, sebep hükümündeki şartın mahiyetini kavrama bakımından vurgulanması gereken temel husus, illetin varlığının şartın (sebeb hükümünde şartın) varlığına bağlı olmasıdır. Ancak sebep hükümündeki şartla illet arasında, zorunlu değil biçimsel bir sebep-sonuç (sebeb-müsebbeb) ilişkisi söz konusudur. Burada biçimsellik, her ne kadar varlığı, şartın varlığına bağlı olsa da, illetin, şartın varlığının zorunlu bir sonucu olmadığı kastedilmektedir. İster zorunlu ister biçimsel olsun, sebep-sonuç ilişkisinde, bir şeyin (müsebbebin) açığa çıkmasına vesile olan şeyin (sebebin), zorunlu olarak o şeyden (müsebbeden) önce gerçekleşmiş olması söz konusudur.⁴⁰ Bu yönüyle sebep hük-

37 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 325; el-Mesbûr, XI, 95; en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 441; Abdulaziz el-Buhârî, IV, 298-299.

38 es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 325; el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâi'u's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, I-X, Tahkik ve Ta'lîk: A. M. Muavvid ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, V, 100; el-Habbâzî, 349; en-Nesefî, *Keşfü'l-Esrâr*, II, 441; Sadruşşerîa, II, 305; İbn Melek, 327; İbn Emîrî'l-Hâcc, Muhammed b. Muhammed el-Halebî, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, I-III, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1999, III, 277; İbn Nuceym, *Fethu'l-ğaffâr*, 441.

39 Sebep farklı olarak şart, kimi durumlarda illetten sonra, kimi durumlarda da illetten önce gerçekleşebilmektedir. Şartın bu özelliği için bkz. Abdulaziz el-Buhârî, IV, 309; İbn Emîrî'l-Hâcc, III, 277.

40 Sadruşşerîa, II, 306; Abdulaziz el-Buhârî, IV, 300.

mündeki şart, şart-1 mahzdan ayrılmaktadır. Şart-1 mahzın sûreten illetten sonra gerçekleşmesine karşılık⁴¹ sebep hükmündeki şart, zorunlu olarak illetten önce gerçekleşmektedir.

Şart-1 mahz-sebepe hükmünde şart ayrımı bakımından ifade etmek gerekirse; şart-1 mahzda illetin, gerçekten illet işlevi görebilmesi, şartın gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Buna karşılık sebep hükmündeki şartta ise, her ne kadar şart illeti öncelemişse de, illetin gerçekten illet işlevi görebilmesi, şartın gerçekleşmiş olmasıyla irtibatlı değildir. Çünkü sebep hükmündeki şartta, illet, şartın gerçekleşmesinin zorunlu bir sonucu değildir. İlet, şarttan (sebepe hükmündeki şarttan) bağımsız bir biçimde illet olma özelliğine sahiptir.⁴² Sebepe hükmündeki şartın zorunlu bir sonucu olarak değil, kendisini meydana getiren iradenin tercihi sonucu ihtiyârî bir fiil olarak açığa çıkmış olması sebebiyle illet, şartın varlığına izafe edilmez. İletin şarta izafe edilmemesinin, sorumluluk hukuku bakımından anlamı ise, sebepe hükmündeki şartı gerçekleştiren kimsenin, illetin gerçekleşmesiyle açığa çıkan zararlı sonuçtan hukuken sorumlu olmadığı ve dolayısıyla kendisi bakımından herhangi bir tazmin yükümlülüğünün söz konusu olmadığı anlamına gelmektedir.⁴³ Kısacası sebepe hükmündeki şartın hükümle irtibatlandırılmaması, özünde onun, zorunlu sebepe-sonuç ilişkisi bakımından illetle irtibatlandırılmamasına ve daha da önemlisi illetin ihtiyârî bir fiil olarak açığa çıkmış olmasına bağlıdır.

Önemle belirtmek gerekir ki, hanefî hukuk düşüncesinde şartın, hükümle ilişkisi bakımından sebebe benzetilmesi ve *sebepe hükmünde şart* olarak isimlendirilmesi, sadece sebeple illet arasında zorunlu bir sebepe-sonuç ilişkisinin bulunmadığı ve dolayısıyla illetin varlığının sebebe izafe edilmediği durumlar için söz konusudur.⁴⁴ Bunun aksine olarak sebeple illet arasında zorunlu bir sebepe-sonuç ilişkisinin olduğu, dolayısıyla illetin varlığının zorunlu olarak sebebin gerçekleşmesine bağlandığı durumlar bakımından ise, şartın sebebe benzetilmesi söz konusu değildir. Hanefî literatürde, illetin kendisine nispet edilmediği sebepe, *sebepe-i mahz (sebepe-i hâlis)*⁴⁵; illetin zorunlu olarak kendisine nispet edildiği sebepe de, *illet hükmündeki sebepe* olarak tabir edilmektedir.⁴⁶ Son olarak, hanefî kaynaklarda *sebepe hükmünde şart* tabiri ile *sebepe-i mahz* tabirlerinin aynı anlamda ve illetle ilişkisi bakımından aynı unsuru ifade etmek üzere kullanılmasından hareketle, hükmün şarta izafesi sorununun, bir yönüyle hükmün sebebe izafesi sorunu olarak açığa çıktığını söylemek mümkün gözükmektedir.

41 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 300.

42 el-Pezdevî, IV, 301; en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 441; et-Taftâzânî, Sa'duddin Mes'ud b. Umer, *et-Telvih ale't-tavdih li Metni't-Tenkîh fi usûli'l-fikh*, I-II, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1996, II, 305.

43 en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 441; et-Taftâzânî, II, 305.

44 es-Serahsî, *Usûlus-Serahsî*, II, 325; Sadruşşeria, II, 305.

45 "السبب المحض لا يكون موجبا للمسبب بذاته بحال" bkz. el-Kâsânî, V, 100; en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 441; Abdulazîz el-Buhârî, II, 105; İbn Melek, 328.

46 el-Pezdevî, IV, 300-301; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 300-301.

5. Sûreten veya İsmen Şart

Sûreten veya ismen şart tabiri, hanefî kaynaklarda, genellikle, hükümle ilişkisi bakımından şart konumunda olan unsurların birden fazla olması halinde söz konusu edilmektedir. Daha açık ifadeyle, hükümün varlığının birden fazla şartın varlığına bağlı olması durumunda, söz konusu şartlardan en son açığa çıkması hariç diğer şartlar, hükümle ilişkisi bakımından gerçekten değil sûreten veya ismen şart konumundadır. Söz gelimi, bir kimsenin hanımına, iki farklı evi kastederek “şu eve ve şu eve girersen boşsun” ya da iki farklı kimseyi kastederek “şu kişi ve şu kişi ile konuşursan boşsun” demesi durumunda boşamanın gerçekleşmesi iki şartın varlığına bağlıdır. Kadının iki evden ilkinde girmesiyle veya iki kişiden ilkiyle konuşmasıyla sûreten veya ismen şart; ikinci eve girmesiyle ya da ikinci kişiyle konuşmasıyla da hakiki/gerçek şart gerçekleşmiş olmaktadır.⁴⁷

Hanefîlerin hakiki şart-sûreten şart ayrımı, özünde, onların şartı, *hükümün açığa çıkmasında etken (müessir) bir unsur niteliği taşımamakla birlikte hükümün varlığı kendi varlığına bağlı olan unsur* olarak tanımlamalarının bir sonucudur.⁴⁸ Onlara göre, kimi durumlarda her ne kadar hükümün açığa çıkması birden fazla şartın varlığına bağlı ise de, gerçekte hüküm, en son gerçekleşen şartın varlığına bağlı olarak açığa çıkmaktadır. Hükümle ilişkileri bakımından gerçek şart işlevi görmemeleri sebebiyle, en son gerçekleşen şartın dışında kalan diğer şartlar, sûreten veya ismen şart olarak isimlendirilirler. Kısacası hanefî literatürde, sûreten veya ismen şart tabiri, gerçek şart işlevi taşımayan ve dolayısıyla hükümün varlığı kendi varlığına bağlanmayan şart türünü ifade etmek üzere kullanılmaktadır. el-Kâsânî, nisâb miktarına ulaşan malda zekâta hükmetmek için, o malın, tüm yıl boyunca değil, yalnızca bir kamerî yıl dolduğu anda (yılın sonunda) nisâb miktarında olmasını yeterli gören hanefî yaklaşımı, hakiki şart ve sûreten şart ile hüküm arasındaki ilişki üzerinden temellendirmektedir. Söz konusu örnekte, zekâtın kişiye farz olması (hüküm) bakımından, malın, yılsonunda nisâb miktarında olma özelliğini koruyor olması hakiki şart; buna karşılık yıl içinde nisâb miktarının altına düşmemiş olması da sûreten şart konumundadır. Dolayısıyla, mal sahibi bakımından zekât yükümlülüğüne hükmedebilmek için, sûreten şart konumunda olan unsurun dikkate alınmaması gerekmektedir. Çünkü bu unsurun varlığıyla hükümün varlığı arasında bir irtibat bulunmamaktadır.⁴⁹

Sözü edilen genel yaklaşımdan farklı olarak kimi hanefîler, hükümü önceleyen şartların birden fazla olması durumunda, bu şartların, birbirinden bağımsız farklı

47 el-Pezdevî, IV, 307; es-Serahsî, *Usûlu's-Serahsî*, II, 327-328; el-Habbâzî, 351; İbn Melek, 328; İbn Kutlûboğâ, 178. Bahse konu şart türünün tanımı ve mahiyeti hakkında ayrıca bkz. *el-Mevsûatu'l-fikhiyye*, I-XLV, Vizâretu'l-Evkâf ve-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt 1412/1992, XXVI, ss. 7-8.

48 Sûreten şartın mahiyeti bakımından kavranabilmesinin, hükümün varlığı ile sûreten şartın varlığı arasındaki irtibata bağlı hakkında bkz. İbn Melek, 328.

49 el-Kâsânî, IV, 281-282.

şartları değil, bir bütün halinde tek bir şartı temsil ettiği; dolayısıyla bunlar arasında hakikî şart-sûreten şart ayrımı yapılamayacağı görüşündedirler. Onlara göre, hükümün varlığı, en son açığa çıkan değil, şart konumunda olan unsurların tümünün varlığına bağlıdır. Örneğin İmâm Zufer'e göre, nisâb miktarına ulaşan mal hakkında zekâta hükmedilebilmesi için, o malın, yılın sonunda nisâb miktarında olma özelliğini korumasının dışında ayrıca yıl içinde de nisâb miktarının altına düşmemiş olması şarttır.⁵⁰

6. Alâmet Hükümünde Olan Şart

Hanefî kaynakların ilgili bölümleri incelendiğinde, hanefî hukukçuların alâmet hükümündeki şartı, mahiyeti bakımından tanımlamaktan ziyade, zinâ eden kimsenin *muhsan olması* ile *recm cezası* arasında ne tür bir ilişki olduğu sorunu bağlamında inceleme konusu ettikleri görülmektedir.⁵¹ Söz konusu ilişkinin, bir diğer ifadeyle *muhsan olma-recm cezası* ilişkisinin, hüküm-şart ilişkisi olarak mı yoksa hüküm-alâmet ilişkisi olarak mı kavranması gerektiğine ilişkin tartışmalar, sorumluluk hukuku bakımından farklı sonuçlar açığa çıkarmaktadır. Sorunun, sorumluluk hukuku açısından önemi, zinâ suçu işlemiş olan kimsenin muhsan olduğu hususunda şahitlik yapan, dolayısıyla cezanın *celde* değil *recm* olarak belirlenmesinde etkisi olan kişilerin (شهود الإحصان), suçluya *recm cezası* uygulandıktan sonra şahitliklerinden dönmeleri, kendileri bakımından *recm* edilen kişinin diyetini ödeme yükümlüğü doğurup doğurmayacağı konusunda açığa çıkmaktadır. Burada ceza infaz edildikten sonra şahitliklerinden dönen kimselerin, *recm* edilen kişinin zinâ ettiğine değil (شهود العلة/شهود الزنا), onun muhsan olduğuna şahitlik eden kimseler olduğu hususu önem arz etmektedir. Çünkü hanefîler, hüküm-illet, hüküm-şart ve hüküm-alâmet ilişkisinden her birini sorumluluk hukuku bakımından farklı değerlendirdikleri için, illetin gerçekleştiği hususunda şahitlik eden kimsenin şahitliğinden dönmesi ile şartın gerçekleştiği hususunda şahitlik eden kimsenin şahitliğinden dönmesi arasında fark gördükleri gibi, şart (şart-ı mahz) şahitlerinin (شهود الشرط) şahitliklerinden dönmeleri ile hükümün alâmeti konumunda olan unsurun varlığı veya gerçekleştiği hususunda şahitlik eden kimselerin şahitliklerinden dönmeleri arasında da hukukî sorumluluk bakımından fark görmektedirler. Bu açıdan bakıldığında hanefîlerin, alâmet hükümündeki şartı, hemen tümüyle *şahitlikten dönmenin hukukî sorumluluğa etkisi* bağlamında ele aldıkları görülmektedir.

Muhsan olma/ihsân vasfı-*recm cezası* (hüküm) ilişkisinin, hüküm-şart ilişkisi çerçevesinde kavranması ile hüküm-alâmet ilişkisi çerçevesinde kavranması

50 el-Kâsânî, IV, 281-282;

51 Abdalzâziz el-Buhârî, IV, 308-309; İbn Melek, 330-331.

arasındaki fark, öncelikle şart ve alâmetten her birinin illetle ilişkisinde açığa çıkmaktadır. Şöyle ki, alâmetin yegâne işlevi, yalnızca hüküm varlığının biçimsel bir göstergesi (muarrif) olmaktan ibarettir.⁵² Dolayısıyla alâmetin, ne illetin ne de hükümün açığa çıkmasında herhangi bir işlevi bulunmaktadır. İletin hüküm doğuracak şekilde açığa çıkmasında herhangi bir işlevi bulunmaması sebebiyle de, alâmetin, (şartta olduğu gibi) kimi durumlarda illet yerine ikâme edilerek hükümle irtibatlandırılması ve hükümün kendisine bağlanması söz konusu değildir. Daha açık bir ifadeyle, illet ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıksın ya da çıkmasın, hükümle alâmet arasında, *hüküm-biçimsel gösterge ilişkisinin* ötesinde bir ilişki bulunmamaktadır.⁵³ Buna karşılık şart, yukarıda bahsi geçtiği üzere, illetin hüküm doğurabilmesi kendi varlığına/gerçekleşmesine bağlı olması sebebiyle, kimi durumlarda (illetin ihtiyârî fiil şeklinde açığa çıkmamış olması durumunda) illet yerine ikâme edilmekte ve hüküm kendisine bağlanmaktadır.

Muhsan olma-recm cezası ilişkisinde zinâ eden kişinin muhsan olmasını, alâmet olarak değerlendiren kimi hanefilere göre, zinâ eden kimsenin muhsan olduğu hususunda şahitlik eden kişilerin, suçluya recm cezası uygulandıktan sonra şahitliklerinden dönmeleri, kendileri bakımından herhangi bir hukukî sorumluluk, bir diğer ifadeyle recm edilen kişinin diyetini ödeme yükümlülüğü doğurmaz.⁵⁴ Çünkü hüküm-alâmet ilişkisinde alâmetin, hüküm varlığının biçimsel bir göstergesi olmanın dışında, ne hükümün açığa çıkmasında ne de illetin hüküm doğuracak şekilde işlevsel hale gelmesinde bir etkisi bulunmaktadır. Zinâ eden kişi hakkında, celde veya recm cezalarından birinin öngörülmesi, alâmet hükümündeki ihsân sıfatının varlığı (ya da yokluğu) sebebiyle değil, bizatihi zinâ fiilinin (illetin) varlığı sebebiyledir. Bu da göstermektedir ki, recm cezasının varlığı bakımından muhsan olma, hiçbir biçimde şart anlamı taşımamakta ve dolayısıyla hükümle bir irtibatı bulunmamaktadır.⁵⁵

Hanefîlerin çoğunluğuna göre ise, mahiyeti bakımından şart, *başka bir şeyin varlığı kendi varlığına bağlı olan şeydir*.⁵⁶ Muhsan olma-recm cezası ilişkisinde de benzer durum söz konusudur. Çünkü zinâ suçuna, ancak zinâ eden kimsenin muhsan olması durumunda recm cezası verilebilmektedir. Bir diğer ifadeyle recm cezasının varlığı, zinâ eden kimsenin muhsan olmasına bağlıdır.⁵⁷ Diğer taraftan, (ta'likî şartta olduğu gibi) hükümü çevreleyen herhangi bir unsurun biçimsel olarak illetten sonra gerçekleşmiş olmasını, o unsurun şart olarak nitelendirilmesinde

52 Hükümle ilişkisi açısından alâmetin mahiyeti hakkında bkz. eş-Şâzelî, Hasan Ali, "Alâmet" *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1989, II, 335-336.

53 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 309; İbn Melek, 330.

54 es-Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 46; el-Habbâzî, 352; en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 440.

55 es-Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 46; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 309; İbn Melek, 330; İbnu'l-Humâm, V, 283.

56 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 309; İbn Melek, 330.

57 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 309; İbn Melek, 330.

yegâne ölçüt kabul etmek, şartın mahiyetini kavrama bakımından yeterli değildir. Çünkü “şu eve girersen boş ol” örneğinde olduğu gibi, kimi durumlarda, her ne kadar illetin hüküm doğurması şartın gerçekleşmesine bağlı ise de, biçimsel olarak şart illetten sonra gerçekleşmektedir.⁵⁸ Söz konusu örnekte, “boş ol” sözü illeti, eşin eve girmesi ise şartı temsil etmektedir. Buna karşılık kimi durumlarda ise, şart, biçimsel olarak da illetten önce gerçekleşmektedir. Zinâ suçuna recm cezası öngörülebilmesi bakımından zinâ eden kimsenin muhsan olması şartı da, bu tür bir şarttır. Zinâ suçunu işlemeden önce (illetin gerçekleşmesinden önce) kişinin muhsan olması, muhsan olmanın recm cezasının şartı olmadığı anlamına gelmez.⁵⁹ Buna göre, illet-şart ve dolayısıyla hüküm-şart ilişkisinin kavranması, biçimsel olarak şartın illetten sonra gerçekleşmiş olması koşuluna değil, mahiyeti bakımından şartın *başka bir şeyin varlığı kendi varlığına bağlı olan şey* olarak tanımlanmasına bağlıdır. Ancak, özellikle belirtmek gerekir ki, muhsan olmayı, recm cezasının şartı olarak gören hanefî hukukçular, zinâ eden kimsenin muhsan olduğu hususunda şâhitlik eden kimselerin, suçluya recm cezası uygulandıktan sonra şâhitliklerinden dönmelerini, hukukî sorumluluk bakımından farklı değerlendirmektedirler. Zinâ eden kimsenin muhsan olmasını, recm cezasıyla ilişkisi bakımından şart-ı mahz konumunda değerlendiren hukukçulara göre, şâhitliklerinden dönen şâhitlerin hiçbir hukukî sorumlulukları bulunmamaktadır.⁶⁰ Muhsan olmayı, illet yerine ikâme edilebilen bir şart olarak değerlendiren hukukçulara göre, ihsân şâhitleri (شهود الإحصان) ile zinâ (illet) şâhitlerinden her birinin şâhitliklerinden dönmeleri durumunda, yalnızca zinâ şâhitlerinin recm edilen kişinin diyetini ödeme yükümlüğü vardır. Çünkü söz konusu durumda hükmün illetine izâfesi mümkündür. Buna karşılık, yalnızca ihsân şâhitlerinin şâhitliklerinden dönmeleri söz konusu olduğunda, recm edilen kişinin diyetini ödeme yükümlülüğü ihsân şâhitlerine aittir.⁶¹ İmâm Züfer'e göre ise, ister tek başlarına isterse zinâ şâhitleriyle birlikte şâhitliklerinden dönmüş olsunlar, her iki durumda da ihsân şâhitlerinin, recm edilen kişinin diyetini ödeme yükümlülüğü vardır. Şu farkla ki, zinâ şâhitleriyle birlikte şâhitliklerinden dönmeleri durumunda, diyeti müştereken öderler. Çünkü zararlı sonucun açığa çıkması, illetin varlığına bağlı olduğu kadar şartın varlığına da bağlıdır. Dolayısıyla açığa çıkan zararlı sonuçtan, illet şâhitleri ile şart şâhitleri müştereken sorumlu tutulurlar.⁶²

58 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 309.

59 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 309.

60 el-Haddâd, II, 341. İhsân şâhitleri bakımından hukukî sorumluluğunun (diyeti tazmin yükümlülüğünün) değil fakat ta'zîr türünden bir cezaî sorumluluğun söz konusu olduğu hakkında bkz. Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstîlâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, I-VIII, Bilmen Yayınevi, İstanbul, ty. VIII, 163.

61 İbn Melek, 330.

62 es-Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 46; Abdulazîz el-Buhârî, IV, 310.

7. Şart-Sebeup-İllet-Mâniin İzâlesi İlişkisi

Sebeup ve şartın, hükme konu olan zararlı sonuçla (ölüm, malın çalınması vb.) ve dolayısıyla hükümle irtibatı, geçen kısımlarda da ifade edildiği üzere, onların illetle olan ilişkisine ve illetin niteliğine göre şekillenmektedir. Aralarındaki sebeup-sonuç ilişkisi bakımından ifade etmek gerekirse, (sebeup hükmündeki, illet hükmündeki ve illete benzeyen şartta olduğu gibi) kimi şart türlerinin veya sebeubin varlığı, illetin varlığının zorunlu bir ön koşulunu oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle illet, ancak onların varlığına bağlı olarak açığa çıkmaktadır. Bununla birlikte illetin varlığı, her durumda şart veya sebeubin varlığının zorunlu bir sonucu değildir. Bir diğer ifadeyle, şart-illet veya sebeup-illet ilişkisi her durumda zorunlu bir sebeup-sonuç ilişkisi biçiminde değildir.

İlletin varlığının, sözü edilen şart türlerinden birinin veya sebeubin varlığına bağlı olması, illetten önce gerçekleşen şart ve sebeubin, illetin mâniî konumunda olduklarını göstermektedir. Bu sebeupla hanefiler, şartın ve sebeubin varlığını/gerçekleşmesini, mâniin izâlesi olarak değerlendirmektedirler. İlletin varlığına mâni olan durumu (şart veya sebeubi) gerçekleştiren, bir diğer ifadeyle mâniî izâle eden kişinin, illetin varlığına bağlı olarak açığa çıkan zararlı sonuçtan sorumluluğu ise, şart ile illet veya sebeup ile illet arasındaki ilişkinin, zorunlu bir sebeup-sonuç ilişkisi biçiminde olup olmamasına ve ayrıca illetin, ihtiyârî bir fiili temsil edip etmemesine göre şekillenmektedir. Örneğin, hanefilere göre, bir kimse, hırsızca, başkasına ait malın (çalacağı malın) yerini gösterse ve hırsızca da o malı çalsaydı, malın yerini gösteren kimsenin herhangi bir hukukî sorumluluğu (tazmin yükümlülüğü) yoktur. Çünkü söz konusu durumda suç/hırsızlık suçuydu, malı bizzat çalan kimsenin iradesine bağlı olarak ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıkmıştır.⁶³ Bu sebeupla, her ne kadar illetin/hırsızlığın varlığı, şartın (malın yerini göstermenin) varlığına bağlı olsa da, malın çalınması ile şartın varlığı arasında bir irtibat bulunmamaktadır. Benzer şekilde, kâtille öldüreceği kişinin yerini gösteren kimsenin de, ölen kişinin diyetini ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁶⁴ el-Kâsânî, mâniin izâlesi anlamına gelen şarta hüküm bağlanamayacağını, şu şekilde örneklemektedir: Bir kimse, insanların gelip geçtiği bir yerde kazdığı kuyunun ağzını, düşmeyi engelleyecek şekilde kapatırsa (veya gerekli tedbirleri alsaydı), daha sonra bir başka kimse gelip kuyuyu kapatan şeyi/engeli/mâniî kaldırırsa, kuyuya düşüp ölen üçüncü kimsenin ölümünden, engeli kaldıran değil, ilk olarak kuyuyu kazanan kimse sorumlu tutulur. Çünkü engeli (düşmeyi engelleyen şeyi) kaldırma, mâniin izâlesi olduğu için onunla zararlı sonuç/ölüm arasında bir irtibat bulunmamaktadır.⁶⁵

63 es-Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, II, 307.

64 es-Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, II, 307.

65 el-Kâsânî, X, 355-356.

Söz konusu örneklerden farklı olarak, yağ dolu kabı delerek içindeki yağın akıp telefine sebep olan kimse ile asılı kandilin ipini keserek kırılmasına sebep olan kimse, açığa çıkan zararlı sonuçtan (itlaftan) doğrudan sorumlu tutulur. Çünkü her iki durumda da, mâniin izâlesi ile illetin açığa çıkması arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisi bulunması sebebiyle, şartın, illet yerine ikâme edilmesi söz konusudur.⁶⁶ İlk örnekte, kabın delinmesi mâniin izâlesini/şartı, yağın akması illeti, yağın telef olması zararlı sonucu; ikinci örnekte ise ipin kesilmesi mâniin izâlesini/şartı, kandilin düşmesi illeti ve kandilin telef olması da zararlı sonucu temsil etmektedir. İletinin açığa çıkması ile şartın varlığı arasında zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunmadığı, bununla birlikte zararlı sonucun yine de şarta izafe edildiği duruma ise, kaynaklarda, yolda kazılan kuyuya bir kimsenin düşüp ölmesi örneği verilmektedir. Söz konusu durumda, düşen kimsenin iradesine bağlı olarak ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıkmadığı için, zararlı sonuç/ölüm, mâniin izâlesi konumunda olan şartın varlığına (kuyu kazmaya) izâfe edilmekte, bir diğer ifadeyle şart, illet yerine ikâmedilmektedir.⁶⁷

SONUÇ

Hanefî hukuk düşüncesinde, hukuka aykırı fiil sonucu açığa çıkan zararlı sonuçla şart arasında ne tür irtibat bulunduğu sorunu, özünde, şart ile illet arasında ne tür bir ilişki olduğu sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Şart ile illet arasındaki ilişkinin niteliği, şart kavramının tanımlanmasında olduğu kadar zararlı sonuçtan hukuken kimin sorumlu tutulacağı hususunda da belirleyici olmaktadır. Hanefî terminolojide şart, genel olarak, biçimsel olarak illetten sonra gerçekleşen ancak illete hüküm bağlanabilmesi kendi varlığına bağlı olan unsur biçiminde; sebep, zorunlu olarak illetten önce gerçekleşen ve dolayısıyla illetin varlığı kendi varlığına bağlı olan unsur biçiminde; illet ise, zararlı sonucun hemen akabinde kendisine bitişik olarak gerçekleştiği unsur biçiminde tanımlanmaktadır. Sebebi, sözü edilen şekilde tanımlamalarının bir sonucu olarak hanefiler, *sebeb hükmünde şart* tanımlamasında olduğu gibi, kimi durumlarda şartı sebebe benzetmekte; illet hükmünde şart, illet hükmünde sebep, illete benzeyen şart ve illete benzeyen sebep tanımlamalarında olduğu gibi, kimi durumlarda da şart ile sebebi aynı durumu ifade etmek üzere kullanılmaktadırlar. Bu husus göz önüne alındığında, hanefî hukuk düşüncesi bakımından hükmün şarta izafesi sorunu, tümüyle olmasa bile, belli ölçüde hükmün sebebe izafesi sorunu olarak da ortaya çıkmaktadır.

Hanefî hukuk düşüncesinde, zararlı sonucun ve dolayısıyla hükmün illetine izafesi esas olmakla birlikte, kimi durumlarda şarta izafesi de söz konusudur. Za-

66 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 14; İbn Melek, 327.

67 Abdulazîz el-Buhârî, IV, 295; İbn Melek, 327.

zararlı sonucun, hangi durumlarda şarta izafe edileceği ya da edilmesi gerektiği ise, şart ile illet arasındaki sebep-sonuç ilişkisinin ve aynı zamanda illetin niteliğine göre belirlenmektedir. Şart ile illet arasındaki sebep-sonuç ilişkisinin zorunlu bir sebep-sonuç ilişkisini temsil ettiği, bir diğer ifadeyle illetin varlığı şartın varlığının zorunlu bir sonucu olduğu; aynı zamanda illetin ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıkmadığı durumlarda zararlı sonuç (dolayısıyla hüküm), şarta bağlanır. Dolayısıyla açığa çıkan zararlı sonuçtan, şartı gerçekleştiren kişi hukuken sorumlu tutulur. İletin varlığı, şartın varlığının zorunlu bir sonucu olmadığı durumlarda ise, hukukî sorumluluğun belirlenmesinde yegâne ölçüt illetin niteliğidir. Şöyle ki, illetin ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıkması durumunda, illeti gerçekleştiren kişinin hukukî sorumluluğu; illetin ihtiyârî bir fiil şeklinde açığa çıkmaması durumunda ise şartı gerçekleştiren kişinin hukukî sorumluluğu söz konusudur. Özellikle belirtmek gerekir ki, gasbedilen tohumun ekilmesiyle elde edilen ürünün (mülkiyetinin) gasbeden kişiye ait olduğu şeklindeki yaklaşım esas alındığında, hanefî hukuk düşüncesinde, şart-hüküm ilişkisinin, zararlı sonuç-şart ilişkisini aşan bir boyutunun olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Kısacası hanefî hukuk düşüncesinde, ister olumlu ister olumsuz/zararlı olsun, her türlü sonucun ihtiyârî davranışa izafe edildiği görülmektedir. Son olarak es-Serahsî'nin, kendisine illet işlevi yüklenen şartı, *illet hükmünde şart* ve *illete benzeyen şart* biçiminde ikiye ayırarak incelemesinin hukuk tekniği bakımından özgün bir yanının bulunduğunu özellikle belirtmemiz gerekmektedir.

KIYASIN İSLÂM CEZA HUKUKUNDA KULLANIM İMKÂNI

Yrd. Doç. Dr. Mehmet DİRİK*

Özet: İslâm hukukunun temel kaynakları naslar, icmâ ve kıyastır. Kıyasın her alanda icra edilip edilmeyeceği hususu usulcüler arasında tartışmalı konulardan biridir. Hanefîler ve bazı Mâlikî usulcüler; ibadet, had, kefâret, ruhsat, mukadderâta ilişkin naslarda kıyas yasağını benimsemişlerdir. Bu görüşteki usulcüler, zikri geçen alanlara ilişkin nasların ta'lîlindeki zorluğu ve bu alanlardaki hükümleri naslarda belirtildiği şekliyle koruma altına alma, cezada kanunîliği ve genelliği sağlama gibi gayeleri gerekçe gösterirler. Cumhuriyet'te ta'lîl imkânı bulunan her alana kıyasın yürütülmesini benimsedikleri için şer'î ameli hüküm bilinmeyen meselelerin çözümünde bu metodun yürütüleceği alanlar hususunda bir sınırlandırmada bulunmamışlardır. Bu makalede hem görüşlerin gerekçeleri hem de tartışma konusu fer'î meseleler üzerinde kıyasın icrasına karşıt ve taraf olanların yaklaşımları, makale boyutları içerisinde, ele alınmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kıyas, Nasların Ta'lîli, İslâm Ceza Hukuku, Fehva'l-Hitâb, Nassın Delâleti.

مكائنة القياس في القانون الجنائي الإسلامي

الملخص: إن أدلة الفقه الإسلامي هي النصوص -أي الكتاب والسنة- والإجماع والقياس المستند عليهما. ولكن اختلف الأصوليون في إجراء القياس بمجالات الفقه كله واستعماله. وذهب الأحناف وبعض المالكية إلى منعه في العبادات والحدود والكفارات والرخص والمقدرات، واستدلوا بصعوبة تعليل النصوص في هذه المواضع، وحفاظ الأحكام على الشكل النصي، وقانونية الجزاء وعموميته، ونحوها. وأما الجمهور فلم يفرقوا بين الأحكام الشرعية العملية؛ لأنهم أجروا القياس بكل الأمكنة التي يمكن تعليل النصوص فيها. وفي هذا البحث أخذت أقوال كلا الطرفين مع أدلتهم بحسب إمكانيات المقال.

الكلمات المفتاحية: القياس، تعليل النصوص، القانون الجنائي الإسلامي، فحوى الخطاب، دلالة النص.

GİRİŞ

İslâm hukukunun temel kaynakları naslar ve icmâdır. Bu kaynaklar, çeşitli meseleler hakkında emir ve yasaklar ihtiva etmektedir. Bu düzenlemelerin insan hayatına ilişkin gerekli hükümleri açıkladığında ihtilaf yoktur. Ancak yalnızca bu hükümlerle yetinilmesi veya bu hükümlerin konmasının gerekçelerinin tespit edilerek o gerekçeleri taşıyan konulara taşınması hususu fakihler arasında tartışmalı konulardan biridir. Bu noktada, fakihlerden bir kısmı naslar ve bunların delâlet yolları ile yetinilmesi; fıkıhçıların çoğunluğu ise dilin imkânları ölçüsünde nasların

* İzmir Katip Çelebi Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, mhmtdrk@hotmail.com

genişletilmesi ve reyle icthad çerçevesinde bazı metotları kullanarak hakkında hüküm bulunan meselelerin hükümlerinin hakkında nas bulunmayanlara taşınması ve bu yolla bu meselelerin şer'î hükümlerinin belirlenmesi gerektiği görüşünü savunmuşlardır. İkinci gruptaki fıkıhçılara göre insan hayatı hem ortam ve kültürün değişmesiyle farklılaşmakta hem de gelişip değişen yaşam beraberinde hakkında şer'î hüküm bulunmayan pek çok mesele getirmektedir. Bu görüşteki fıkıhçılar da sınırlı sayıdaki naslarla sınırsız sayıdaki hayatın meselelerine çözüm üretmek gayesiyle rey ve icthad faaliyetleri çerçevesinde çeşitli metotlar kullanarak hakkında nas bulunmayan konuların şer'î hükmünü belirlemeye çalışmışlardır. Bu süreçte kullanılan metotların en önde geleni, deliller hiyerarşisi içerisinde Kitap, Sünnet ve icmâdan sonra dördüncü sırada yer alan, nassın hükmünü hükme esas özelliği bulunan meselelere taşıma ameliyesi olan kıyastır.

İslâm hukukçularının çoğunluğu şer'î amelî hükümlerin bilinmesinde kıyası muteber bir kaynak kabul ederler. Ancak bu gruptaki hukukçular, kıyasın cereyan edeceği alan hakkında ihtilaf etmişlerdir. Muâmelâta ilişkin konularda kıyas kullanımında ihtilaf bulunmamakla birlikte tahsis edici bir delil bulunmadığı halde, ibâdet, had ve kefâret (ceza), ruhsat ve mukadderât (miktarı belirlenmiş hususlar) konularında kıyas metoduna başvurulması hususu tartışmalıdır. Hanefiler başta olmak üzere bazı fakihler, ta'lîl edilemezlik ve asıl ile fer' arasında hükme konu özelliğin tespiti bakımından kıyasa elverişli durum bulunmadığı için bu alanlarda kıyası kabul etmezler. Bu görüşteki fakihlere göre, had ve kefârete konu fiillerle müeyyideleri arasındaki bağı aklen kavramaya imkân yoktur ve bu sebeple bu nitelikteki hükümleri, taabbüdî saymak gerekir.¹ Buna karşın Mâlikî, Şâfi ve Hanbelî fakihler, şartların oluşması halinde her alanda kıyasın cârî olduğu görüşündedirler. Onlara göre kıyas meşru bir kaynak olarak kabul edildiğinde onun kullanılacağı alanı daraltmanın bir anlamı yoktur.²

İslâm ceza hukuku kendine özgü bir sistematığe sahiptir. Bu hukuk sisteminde suç ve cezalar çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Cezanın infazında hakim olan hakkın mahiyeti ve müeyyidenin kanun koyucu tarafından belirlenmişliği açısından cezalar; had, kısas-diyet ve ta'zîr kapsamında ele alınır.³ Bunlardan kul hakkının ağır bastığı ta'zîr, suç ve cezaları devlet başkanına geniş yetkilerin tanındığı kısımdır. Had ve kefâret suç ve cezaları ise, naslarla belirlenmiş ve kendine özgü

1 Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali, *el-Fusûl fi'l-usûl, Vizâratü'l-evkâfi'l-Kuveytiyye*, 1414/1994, IV, 105; Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. ebî Sehl, *Usûlü's-Serahsî, Dâru'l-ma'rife*, Beyrut, ts., II, 163; İbn Emîru Hâc, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed, *et-Takrîr ve't-Tahbîr, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye*, 1403/1983, III, 241; Abdülhamid, Ömer Mevlüd, *Hucciyyetü'l-kıyas fi usûli'l-fikhi'l-İslâmî*, Bingazi 1409/1988, s. 403.

2 İbnü'l-Kassâr, Ebu'l-Hasen Ali b. Ömer, *Mukaddime fi usûli'l-fikh*, Riyad, 1420/1999, s. 364, 366; Sem'ânî, Ebü'l-Muzaffer Muhammed b. Abdilcebbar, *Kavâti'u'l-edille fi'l-usûl*, Beyrut-Lübnan 1418/1999, II, 114; Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed, *el-Mustasfâ, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye*, 1413/1993, s. 307, 326, 329; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed, *Ravzatü'n-nâzir ve cünnetü'l-münâzir fi usûli'l-fikh 'alâ mezhebi Ahmed b. Hanbel*, Müessesetü'r-reyyân, 1423/2002, II, 298; Âmidî, Seyfüddîn Ali b. Muhammed, *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, Beyrut-Dimaşk-Lübnan, ts., IV, 62; Abdülhamid, s. 403.

3 Bardakoğlu, Ali, "Had", *DİA*, 1996, XIV, 547 (547-551).

müeyyideler içeren alanı ifade eder. Bu kapsamda yer alan suç fiilleri ve müeyyidelerine ilişkin hükümlerin, naslarda ismi yer almayan yeni suç şekillerine (kıyas yoluyla) taşınması, tartışmalı bir konudur. Hanefîler'in başı çektiği bir grup hukukçu modern hukukta benimsenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine⁴ benzer şekilde bu alanlarda teşrî bir kaynak anlamında kıyas yasağını benimsemişlerdir. Bu çalışmada sadece İslâm ceza hukukunda kıyas kullanım imkanı incelenecek, modern hukuktaki kıyas yasağından söz edilmeyecektir.

Şer'î amelî hükümler arasında ta'lîlin ve buna bağlı olarak kıyasın yürütülemeyeceği alan ya da alanlar var mıdır, varsa bunu belirleyen nedir? Leh-te ve aleyhte görüşleri savunan usulcülerin dayanakları nelerdir? Farklı görüşleri savunan fakihler, fer'î meselelerde nasıl hareket etmişler ve farklı usulleri benimseyerek ne tür sonuçlara ulaşmışlardır? Reyle ictihad metotlarını en geniş biçimde kullanan ve bu bakımdan çeşitli eleştirilere maruz kalan Hanefîleri kıyasın cârî olmadığı alanlar belirlemeye sürükleyen sebep nedir? Diğer fakihlerin onları bu alanlarda kıyas kullanmakla eleştirmelerine yol açan uygulamaları nelerdir? Bu çalışmada makale sınırları çerçevesinde bu soruların cevabı aranacaktır.

Ceza hukukunda kıyasın kullanılması meselesi, fıkıh usulü eserlerinin kıyas bölümünde kıyasın gerçekleştirildiği alanlar çerçevesinde ve fûrû eserlerinin cinâyât, hudûd, keffârât, kısas bölümlerinde ele alınmıştır. Bu çalışmada öncelikle kıyas ve ceza hukukundan söz edilecek daha sonra kıyasın ceza hukukunda kullanımını hususunda lehte ve aleyhte delillere yer verilecektir. Daha sonra bu alanlarda kıyasın kullanıldığına dair örnekler incelenecek bir sonraki bölümde görüş ayrılığının sebepleri ele alınacaktır.

A. KIYAS VE CEZA HUKUKU (HADLER VE KEFÂRETLER)

İslâm ceza hukukunda kıyasın imkânıyla ilgili tartışmaların sağlıklı değerlendirilebilmesi için öncelikle kıyas, had ve kefâretlerden söz edilmesi gerekir. Bu sebeple burada kıyas ve nasların ta'lîlinden, had ve kefâret suçları ile bunlarda kıyasın imkânına değinilecektir.

4 Bu ilkeye göre işlendiği sırada yasaca suç sayılmayan bir fiil cezalandırılmaz. Aynı şekilde bir suçta kanunda belirtilenden başka veya belirtilenden daha ağır bir ceza ile de hükmolunamaz. Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku*, Ankara 2009, s. 34. Türk hukukuna değinmek gerekirse, 1982 Anayasası md. 38'de suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini tanzim etmiştir. 5237 sayı 26.9.2004 tarihli TCK madde 2'de "Kanunun açığına suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz" şeklinde suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin önemli sonuçlarından belirlilik ve kıyas yasağı unsurlarına değinmiştir. Bu maddenin 3. fıkrası kanunilik ilkesinin kıyas yasağı kıstasına işaret etmektedir. Ezgi Aygün Eşitli, *Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi*, TBB Dergisi (104) 2013, s. 237 (225-246). İslam hukukunda kanunilik ilkesinin geçerli olup olmadığı hususunda bk. Demir, Bayram, *İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*, (Basılmamış Doktora Tezi) Erzurum 2001.

1. Kıyas ve Nasların Ta'fili

a. Kıyas: Sözlükte takdir, eşitleme, tesviye, vb. anlamlara gelen kıyas⁵, usulcüler tarafından bu metodun hakikati ve unsurları üzerindeki ihtilafların da etkisiyle çeşitli şekillerde tanımlanmışlardır.⁶ Bu makalenin konusu ve amacı bir kıyas tanımına ulaşmak veya mevcut kıyas tanımlarını değerlendirmek olmadığı için burada genel muhtevayı belirli ölçüde yansıtan bir tanımla yetinmek mümkündür. Buna göre fıkıh usulünde kıyas, “hakkında açık hüküm bulunmayan bir meselenin hükmünü aralarındaki ortak özelliğe veya benzerliğe dayanarak hükmü açıklanan meseleye göre belirlemek”⁷ şeklinde tanımlanabilir. Esasen farklı şekillerde tanımlanmış olsa da bu tanımların, aslın hükmünü bu hükmün konulmasına etki eden vasıf sebebiyle fer'e uygulamak noktasında birleştiği söylenebilir. Buna göre hakkında nas bulunan meseledeki hükme esas teşkil eden özellik (mana / illet), nas ve icmâ veya müçtehidin istinbatı ile tespit edildiğinde, bu özelliğin bulunduğu hakkında hüküm bulunmayan her fer'i meseleye o olayın hükmünü uygulama imkânı doğar. Başka bir ifade ile ta'fil yoluyla illeti tespit edilen her hüküm, benzer illeti taşıyan olaya eşitlenerek aslın hükmü diğer meselelere (ta'diye) yürütülür.⁸ Bu, hakkında hüküm bulunmayan meselelere ilişkin Şâri'in hükmünü, bilinenler vasıtasıyla ortaya çıkarma işlemidir.

Usulcüler kıyasın rükünleri hakkında farklı görüşlere sahiptirler. Hanefî usulcüler yalnızca illeti⁹; mütekellimin metodunu benimseyen usulcüler ise asıl, fer, illet ve ta'diye kıyasın rükünü sayarlar. Kıyas işleminin unsurları asıl / makis aleyh hükmü nas ve icmâ ile açıkça belirtilmiş mesele, fer hükmü açıkça naslar ve icmâda yer almayan mesele, illet asıldaki hükmü gerektiren ve iki meseleyi aynı hükümden birleştiren ortak özellik, ta'diye asıldaki hükmün fere de verilmesi anlamındadır.¹⁰

- 5 İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Cemâlüddin Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânü'l-Arab*, Beyrut 1414, VI, 187. “k y s” maddesi.
- 6 Çeşitli hakikatleri içermesi sebebiyle üzerinde ittifak edilen bir tanımın zorluğu hakkında bk. Cüveyni, İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî Rüküddin Abdülmelik b. Abdillâh, *el-Burhân fi usûli'l-fıkh*, Beyrut-Lübnan 1418/1997, II, 5-6; Zerkeşi, Ebü Abdillâh Bedrüddin Muhammed b. Bahâdır, *el-Burhânü'l-muhit fi usûli'l-fıkh*, Dâru'l-kütübü, 1414/1994, VII, 7.
- 7 Apaydın, H. Yunus, “Kıyas”, *DİA*, 2002, XXV, 529 (529-539). Kıyasın tanımı ile ilgili değerlendirme için bk. Apaydın, “Kıyas”, XXV, 531. Kıyas tanımlarından bazıları şunlardır: Akberî, Ebü Ali el-Hasan b. Şihab, *Risâle fi usûli'l-fıkh*, Mekke 1413/1992, s. 65 (هو رد الفروع إلى الأصل بعلّة جامعة بينهما) ; Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, Muhammed b. Ali, *el-Mu'temed fi usûli'l-fıkh*, Beyrut 1403, II, 206 (القياس هو إثبات حكم الأصل في الفرع لأشترّاهما في علّة الحكم) ; Bâcî, Ebü'l-Velid Süleyman b. Halef, *İhkâmü'l-fusûl fi ahkâmî'l-usûl*, Beyrut 1415/1995, s. 544 (عمل أحد المعلومين على الآخر في انتاج حكم) ; Gazzâlî (s. 280) ve Râzî (Fahruddin Ebü Abdillâh Muhammed b. Ömer, *el-Mahsul*, Müessesetü'r-risâle 1418/1997, V, 5) Cüveyni'ye yakın şekilde kıyas tanımları yapmışlardır. Hanbelîler için bk. İbn Kudâme, *Ravza*, II, 141 (عمل فرع على) ; İbn Bedrân, Abdül-kâdir b. Ahmed, *el-Medhal ilâ mezhebi'l-İmam Ahmed b. Hanbel*, Beyrut 1401, s. 300.
- 8 Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, II, 206 (Şer'î hükmün bir kısmı nassın zahiri ile bir kısmı nassın istidlal ile bilinir. Kıyas la bilinenler ikinci kısımda yer alır) ; Serahsî, *Usûl*, II, 150, 163; Bâcî, s. 551; Cüveyni, II, 70; Gazzâlî, s. 329; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 299; Şâtîbî, Ebü İshak İbrahim b. Musa, *el-Muvâfakât fi usûli'l-şer'i'a*, Dâru İbn Affân, 1417/1997 II, 13; Şelebî, Muhammed Mustafa, *Ta'fili'l-ahkâm*, Beyrut 1401/1981, s. 12.
- 9 Serahsî, *Usûl*, II, 174; Şevkânî, Ebü Abdillâh Muhammed b. Ali, *İrşâdü'l-fühûl ilâ tahkiki'l-hak min ilmi'l-usûl*, Dâru'l-kütübü'l-arabî, 1419/1999, II, 207; Dönmez, İbrahim Kâfi, “İllet”, *DİA*, 2000, XXII, 118 (117-120).
- 10 Akberî, s. 66-68; Gazzâlî, s. 280; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 248; Âmidî, *İhkâm*, III, 189, III, 193vd; Tilimsânî, *Miftâhu'l-vusûl ilâ binâi'l-furû' 'ale'l-usûl*, Beyrut-Lübnan, 1419/1998, s. 654; İbn Bedrân, s. 300; Dönmez, “İllet”, XXII, 119;

Buna göre kıyasın hükmü, aralarındaki hükme konu ortak özellik sebebiyle aslın hükmünü fer'î kapsayacak şekilde umumileştirmek ya da fer'in hükmünü aslın hükmüne dahil etmektir. Kıyas metodunun kullanımı nasların ta'liline bağlı bir işlem olduğu için burada öncelikle nasların ta'liline değinmek gerekmektedir.

b. Kıyasın hakikati: Usulcüler, kıyasın hakikatının muzhir bir delil mi yoksa müsbit bir metot mu olduğu üzerinde ihtilaf etmişlerdir. Kıyası geçerli bir metot kabul eden usulcülere göre bu delil, nassın hükmünü aralarındaki ortak özelliğe dayanarak hakkında hüküm bulunmayan meselelere uygulamaktır. Bu bakımdan kıyas, naslar gibi yeni bir hüküm koyan müstakil müsbit bir delil değil; nasların ta'liline bağlı olarak kıyasın şartları çerçevesinde hükme konu vasfın bulunduğu meseleye ilişkin Şâri'in hitabını ortaya çıkaran fer'î muzhir bir delildir.¹¹

c. Kıyasa başvurma sebebi: İlahi hitabın insanların kıyamete kadar tüm ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte gönderildiğinde ihtilaf yoktur. Ancak bu hükümlerin bizâtihi kendileriyle yetinilmesi veya çeşitli metotlarla hakkında nas bulunmayan meselelere yürütülmesi hususunda iki eğilim vardır. Haricîlerin bir kısmı, İbrahim b. Seyyâr en-Nazzâm (ö. 820/231)¹², Şii İmâmiler, Zâhirîler ve bazı hukukçular, nassın ta'liline ve kıyasa karşı çıkarlar. Bu görüşteki fakihler arasında yaklaşım farkları bulunmakla birlikte, naslar bizâtihi lafızlarıyla bütün ihtiyaçları karşılayacak niteliktedir ve muallel değildir. Buna karşın Hanefî, Mâlikî, Şâfi ve Hanbelî usulcülerin yer aldığı çoğunluk ise kıyası meşru bir metot kabul eder ve kullanırlar. Onlara göre nasların her şeyi açıklaması, hem nasların lafız ve delâletleri hem de kıyas vb. metotlar kullanılarak hakkında nas bulunmayan meselelere ilişkin Şâri'in kasdının ortaya konmasıyla mümkündür. Şâri'in her durum için bir hükmü bazen nassın lafzı bazen de manası itibariyle mevcuttur. Şâri, hükümleri belirli manalar üzerine kurmuştur, hükmün bir manaya bağlı olduğu tespit edildiğinde bu mananın bulunduğu her yerde o hükme itibar etmek gerekir. Bu itibarla hakkında hüküm bulunmayan meselelere çözüm üretmede kullanılan metotlar arasında yer alan kıyas da aslın hükmünü aralarındaki ortak mana / özellik sebebiyle fer'de ıss pat etmekten ibarettir.¹³ Başka bir ifadeyle kıyas, asıldaki hükmün ta'lili halinde başvurulabilecek bir kaynaktır.¹⁴ Kıyas, nasların ta'liline bağlı bir işlem olduğu için burada öncelikle ta'lilin ortaya konması gerekir. Zira ta'lili kabul etmedikçe kıyasın meşruiyetinden ve kullanılmasından söz etmenin anlamı yoktur.

Apaydın, "Kıyas", XXV, 535.

11 Cessâs, IV, 9; Serahsî, *Usûl*, II, 145; Zerkeşi, VII, 17; Apaydın, "Kıyas", XXV, 534; Apaydın, "Ta'lil", *DİA*, 2010, XXXIX, 513 (511-514).

12 Koşum'a göre Nazzâm'ın kıyas karşıtlığı usulü fıkıh eserlerinde dile getirilse de kelimacı vasfı gereği onun kelimada kıyasa karşı çıkmış olabileceğini düşündürmektedir. Zira kelimacı ilmi zan üzere değil, katî bilgi üzere kurulmalıdır. Fıkıhta ise zann-ı galip düzeyindeki bilgi yeterlidir. Bk. Koşum, Adnan, *Kıyasın Oluşum ve Gelişim Süreci*, İzmir 2010, s. 63.

13 Cessâs, IV, 74; Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, II, 206; Serahsî, *el-Usûl*, II, 150, 163; İbn Bedrân, s. 310; Şelebî, s. 12; Apaydın, "Kıyas", XXV, 538.

14 Râzî, V, 342.

d. Nasların ta'lili: Ta'lil, bir şeyin illetini ortaya koyma işlemidir. Nasların ta'lili ise hükümlerin kulların maslahatlarını temin ve onlardan mefsetleri gidermek (celb-i maslahat ve def'i mefset) gayesiyle konduğu düşüncesiyle, onların teşriine sebep olan özelliklerin tespit edilmesi ve benzer meselelere tatbik edilmesi amelîyesidir.¹⁵ Şer'î hükümlerin tamamının, kulların dünyevî ve uhrevî maslahatlarını koruma esası üzerine konduğu noktada usulcülerin ittifakı vardır.¹⁶ Bu düşünceden hareketle, ta'lili benimseyip kıyası muteber bir kaynak kabul eden usulcülere göre, hükme kaynaklık eden özelliğin nas-icmâ veya müçtehidin istinbatıyla tespiti halinde o özelliği taşıyan başka meselelere de aynı hükmü verme imkânı doğmakta tır. Böylece Şârî'in belirli olaylar için koyduğu hükümler başka olayları kapsayacak şekilde genişletilmekte; hakkında nas bulunmayan meselelerin şer'î hükümleri ortaya çıkarılmaktadır. Böylece teşriin *maslahatların celbi mefsetlerin def'i* üzerine kurulu olan gayesinin gerçekleştirilme imkânı doğmaktadır.

e. Ta'lil edilebilirlik açısından naslar: Usulcülere göre ta'lil edilebilirlik açısından hukuk normları, muallel (ta'lil edilebilen) ve taabbüdî (ta'lil edilemeyen) şeklinde iki kısma ayrılır.¹⁷ Naslar, ya bizzat nas tarafından ya da müçtehidin istinbatıyla ta'lil edilir. İletin mansûs olması halinde, kıyas reddedilsin veya kabul edilsin, nassın hükmünün umum ifade edeceği ve dolayısıyla söz konusu illetin bulunduğu her meseleye uygulanacağı noktasında Nazzâm, Zâhirîler'in cumhuru ve Şîî İmâmîler dahil bir ittifaktan söz edilebilir.¹⁸ İletin mansûs olmadığı naslar ta'lil bakımından şu şekilde gruplandırılabilir:

1) Bazı naslar ta'lile elverişlidir ve bunlarda kıyas cârîdir.

2) Bazı naslar ta'lile elverişli olsalar bile kişi veya duruma özgü istisnâî hüküm ifade ettikleri için kıyasa kapalıdır. Hz. Peygamber'in kendine has olduğu delille sabit hususlar, Huzeyme b. Sabit'in tanıklığını Hz. Peygamber'in iki şahit sayması¹⁹ ve Ebû Bürde b. Niyâr'ın, sahibi olduğu tek oğlağı kurban edip müslümanlarla paylaşmayı istediğinde Hz. Peygamber'in "Bu sana yeter, fakat bundan sonra senden başka kimseye bu kafi gelmeyecektir"²⁰ buyurması, bu tür naslara örnektir. Bu tür naslar da ta'lile kapalıdır ve bu gibi naslarda hükme kaynaklık eden vasıf tespit edilemediği için bunların hükümleri kıyas yoluyla hakkında hüküm bulunmayan

15 Serahsî, *El-Usûl*, II, 159; Şelebî, s. 12, 129; Apaydın, "Kıyas", XXV, 536; "Ta'lil", XXXIX, 512-513.

16 Şâtubî, II, 9, 11; Âşûr, Muhammed b. Tâhir, *İslâm Hukuk Felsefesi*, çev: Vecdi Akyüz-Mehmet Erdoğan, İstanbul 1996, s. 66.

17 Âşûr, s. 62.

18 Cessâs, IV, 122; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 184; Âşûr, s. 63; Şelebî, s. 154 (Ta'lili kabul eden usulcüler açısından bir illetin kıyasa konu edilmesi açısından mansûs veya müstenbat olması arasında fark yoktur. Sadece tearuz durumunda mansûs illete dayanan kıyas tercih edilir); Diğer bir şey, Koşum'un tespitlerine göre ta'lil fikrini tamamen reddederek kıyasa karşı çıkmanın İbn Hazm ile başladığı söylenebilir. Bk. age, s. 66.

19 Ebû Dâvud, *Akdiye* 20; Nesâî, *Büyü*, 91.

20 Buhârî, "Edâhî", 1, 8, 11, 12, "İydeyn", 3, 5, 8, 10, 17, 23; Müslim, "Edâhî", 4; Tirmizî, "Edâhî", 12.

meselelere ta'diye ettirmek câiz değildir. Bu durumda da bu tür hükümlerin, itaat ve kulluğa dayandığı, sadece kullara imtihan gayesi ile konduğu kabul edilir.²¹

3) Bazı naslar bir bütün halinde ta'lile kapalı olmakla birlikte icare ve kitabet akitlelerinde olduğu gibi ayrıntıda ta'lile elverişlidir.

4) İbadetler, had ve kefâretler, miktar belirten naslar ve ruhsatlar ise ta'lile ve kıyasa kapalıdır.²²

Mansûs illet ve kişiye özgü durum bildirenlerin dışındaki nasların ta'lil edilebilirliğini ve buna bağlı olarak başta kıyas olmak üzere çeşitli metotların kullanımını kabul eden usulcüler, aklın idraki bakımından nasları *manası akıl tarafından kavranamayanlar (taabbüdü)* ve *manası akıl tarafından kavrananlar (ma'kûlü'l-mânâ)* şeklinde iki kısma ayırırlar. Birinci kısım nasların ta'lili ve bu alanda kıyasın icrası ihtilafıdır. Her ne kadar had, kefâret, namaz rekâtları, lian, mest üzerine mesh vb. ile ilgili nasların ta'lil imkânı bulunmadığı veya bulunsa bile bu hükümler sırf kullukla (Allah hakkıyla) ilgili olduğu için, bunlarda kıyasın cereyan etmeyeceği yönünde bir genel kabul bulunsa da ilke olarak her tür nassın ta'lil edilip edilmeyeceği ve bunlarda kıyas imkânı tartışmalıdır. Bazı usulcülere göre bu konularda ta'lile ve kıyasa gidilmez, emri yerine getirmekle yetinilir; bazı usulcüler ise ilke olarak bu konularda da ta'lili ve kıyası câri kabul ederler. İkinci grup naslar ise manaları akıl tarafından idrak edilebildiği, ta'lile elverişli oldukları için ta'lil ölçüsünce kıyas elverişli kabul edilir.²³

f. Ta'lil ya da kıyasın icra edilebileceği alan: Fıkhî hükümler, klasik fürû kaynaklarının sistematüğünde görüldüğü üzere, temizlik ve ibâdet konularından muâmelât, kefâretler, yemin ve ceza hukuku konularına kadar mükellefin fiillerine yönelik pek çok hususu içermektedir. Ta'lili kabul eden usulcüler, ta'lilin hangi alanlarda mümkün ve kıyasın geçerli olduğu hususunda farklı görüşleri savunmuşlardır. İlke olarak konuluş gayeleri ve hükme kaynaklık eden vasfı aklın idrakine açık bulunan (muâmelât gibi) hükümlerin, kıyasın icra alanına girdiği söylenebilir. Meselâ müdâyene ayetinde borç ilişkisinin yazıyla kayıt altına alınması talebinin²⁴ tarafların inkâr, unutmama, ölüm vb. hallerde haklarını güvence altına alma amacı taşıdığı aklın kavrayabileceği bir durumdur. Nitekim nas bu amacı açıkça belirtmiştir. Diğer taraftan usulcüler; ibâdetler, had ve kefâretler (ceza), ruhsatlar

21 Cüveynî, II, 70; Serahsî, *el-Usûl*, II, 151; Gazzâlî, s. 325; Âmidî, *İhkâm*, III, 196-197; Tilimsânî, s. 658-659; Şâtıbî, II, 408-409; Üdeh, Abdülkâdir, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku*, çev: Ali Şafak, İstanbul 2012, I, 209.

22 Sem'ânî, *Kavâtî*, II, 114; Âmidî, *İhkâm*, III, 196-197 (Kıyas kurallarına aykırı naslar iki kısma ayrılır: 1. Manasını aklın idrak edemediği hükümlerdir. Huzeyme'nin şahitliği gibi genel kuraldan istisna edilmiş hükümler ve had, kefâret, namaz rekâtları ve zekât nisapları bu kısma örnektir. 2. Başlangıç itibarıyla konmuş ve benzeri olmayan hükümlerdir. Bu kısmın ta'lil edilebilirliği neticeyi değiştirmemektedir. Yolculukta namazların kısaltılmasındaki gerekçe meşakkattir; fakat bu meşakkat başka hükümlere yürütülemez); İbn Kudâme, *Ravza*, II, 298-299.

23 Cessâs, III, 365; IV, 105; Bâcî, s. 551; Gazzâlî, s. 326; Tilimsânî, s. 658, 663; İbn Bedrân, s. 310; Apaydın, "Ta'lil", XXXIX, 512.

24 el-Bakara, 2/282.

ve mukadderâtın yer aldığı alanın ta'lili ve bu alanda kıyasın icrası hususunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.

Hanefî usulcüler, manasını aklın tam olarak kavrayamayacağını düşündükleri (namaz rekâtları, vâcip oruç günleri vb.) ibâdetler, had ve kefâretler, ruhsatlar ve mukadderât (hayız, nifas, sefer, ikamet, iddet vb.) gibi Allah hakkına dahil konularda kıyas yaşağını benimsemişler, bu konuların sadece tevkifi yolla (nakille) bilineceğini kabul etmişlerdir. Bu yaklaşım sebebiyle onlar, hırsıza (*sârîke*) kıyasla dolandırıcıya (*muhtelise*) hırsızlık haddi uygulanmayacağı görüşünü savunmuşlardır. Aynı şekilde ta'lile kapalı alanda yer alan zina ve iffete iftira (zina iftirası), kefâretler ve namaz rekâtları gibi aklın idrakine kapalı alanda kıyas yaşağını benimsemişlerdir. Bu sebeple bu alanlarda ta'lil imkânı bulunsa bile kıyas yoluyla bu alanda ziyadeye gidilemez. Ancak onlar, bu konuların dışında yer alan ve ta'lil edilebilen her şer'î hükümde kıyası geçerli görmüşlerdir.²⁵ Bazı Mâlikîler de Hanefîler gibi düşünmektedirler.²⁶

Hanefîler'in dışındaki cumhur, başta Şâfiîler olmak üzere, taabbüdî karakter taşımakla birlikte, ilke olarak, ta'lil edilebilen her tür şer'î hükmü kıyasa elverişli kabul ederler ve ta'lile kapalı (ibâdet ve mukadderât gibi) konuları bu genel ilkeden istisna ederler. Onlara göre istisna niteliğindeki meseleleri, ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Zira şer'î hüküm genel olduğuna ve kıyas da ta'lil edilebilirliğe dayandığına göre bir delile dayanmaksızın bazı hükümleri bu muhtevanın dışında tutmak, keyfilik ifade eder. Ancak ta'lil edilemeyen hususlarda kıyasın icrasından söz edilemez.²⁷ Ancak bu gruptaki usulcülerin de ta'lil imkânı bulunmayan kefâret vb. konularda kıyas yaşağını benimsemek durumunda kaldıkları söylenebilir.²⁸ Bu gruptaki usulcülerden Gazzâlî, Şer'in hükmünü ikiye ayırır: Birincisi hükmün kendisi (nfsü'l-hüküm), ikincisi hükme dayanak olan sebeplerdir (nasbu esbâbi'l-hüküm). Ona göre hüküm gibi sebep de şer'î hükümdür. Bu durumda sebebin gerr çekleştiği her yer, şer'î hüküm vasfını alır. Buna göre zina edenin recmedilmesinde ve hırsızın elinin kesilmesinde iki hüküm vardır. Birincisi recmin gerekli olması diğeri zinanın recmin tatbikine sebep yapılmasıdır. Zinada bulunan illet / sebep livâtada bulunduğu göre ona da zina haddi uygulanabilir.²⁹

25 Cessâs, III, 365; IV, 106; Debûsi, Ebû Zeyd Abdullah b. Muhammed, *Takvîmü'l-edille fi'l-usûl*, Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1421/2001, s. 272; Serahsî, *el-Usûl*, II, 111, 163; Gazzâlî, s. 326; İbn Emîru Hâc, III, 241.

26 Apaydın, "Kıyas", XXV, 537.

27 Bâcî, s. 628; Debûsi, s. 272; Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, II, 264-265; Sem'ânî, *Kavâtr*, II, 114; Gazzâlî, s. 326, 329; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 218.

28 Şâfiî usulcülerden Zencânî (ö. 1258/656), bu hususta şunları ifade etmiştir: "Biz kefâret konularında kıyası câri görmedik. Zira şer'iat zihâr yapan kimseye kefâreti vâcip kılmış ve kefâreti de zihâr yapmanın çirkin ve yalan söz söylemesi ile ta'lil etmiştir. Ancak zihârda kefâreti gerekli gören şeriat, zihâr yapmanın sözünden daha büyük ve çirkin söz söyleyen mürtede kefâreti gerekli görmemiştir. Yine yemin bozan kişiye köle azadı, üç gün oruç veya on fakir doyurma; zihâr yapana ise bir köle azadı, iki ay oruç veya altmış fakir doyurma kefâreti gerekli görmüştür. Eğer yemin kefâretinde belirtilen üç gün oruç tutmayı, köle azat etmenin bedeli kabul edersek, zihârdaki iki ay oruç tutmayı köle azat etmenin bedeli olarak neden kabul etmiyoruz." Zencânî, Şihâbüddîn Mahmûd b. Ahmed, *Tahrîcül-fîru' ale'l-usûl*, Beyrut 1398, s. 133.

29 Gazzâlî, s. 329; Âmidî, *İhkâm*, I, 59.

nımlanmasında usulcülerin ta'lil konusundaki yaklaşımlarının belirleyici olduğu³⁶ göz ardı edilmemelidir. Şu var ki ta'lil işlemiyle tespitine çalışılan illet, kendisiyle maslahatların kazanılması ve mefsedetlerin giderilmesi anlamında hikmetin gerçekleştirilmesini sağlayacak zahir, munzabıt ve objektif vasftır.³⁷

Hükme konu vasfın belirlenmesinde hükmün kendisine izafe edildiğinin ve bunda kullar için bir yarar bulunduğu açıkça bilinmesi gerekir. Meselâ şarapla ilgili teklifin dayanağı / menâtı, onda akli giderici bir özellik taşıyan iskar vasfının bulunmasıdır. Bu vasf, akli giderici olduğu için bulunduğu her yerde haramlık vasfını ortaya çıkarmaya munasiptir.³⁸

h. Kıyasın zannî bilgi ifade etmesi: Kıyas, şer'î amelî hükme kaynaklık eden vasfın ta'lil yoluyla tespit edilmesi ve hakkında nas bulunmayan meselelere nasın hükmünü tatbiki şeklinde cereyan ettiğinde, bu işlem katî değil, zannî bilgi (zann-ı galip / ekberürrey) ifade eder. (Ancak kıyas mansûs illete dayanması halinde sonucun kat'î olabileceği durumlar da söz konusudur.) Aralarında farklı yaklaşımlar bulunmakla birlikte Mu'tezile ve Sünnî fıkıh ekollerine mensup fakihlerin çoğunluğu, hakkında nas bulunmayan konularda zanla amel etmeyi gerekli kılan bir delilin bulunması halinde bu bilgiye itibar etmek gerektiği görüşündedirler. Onlara göre akaid konularından farklı olarak amelî konularda bir işin yapılmasının dinî bir gereklilik olduğu yönünde zannın oluşması yeterlidir. Zira zan, Allah'ın her hangi bir meselede hükmünün bu olduğu yönünde kanaat meydana getirir. Bu itibarla kıyasın meşruiyetinden söz edebilmek için fıkhi meselelerde zanla amelin geçerlilikğini kabul etmek gerekir.³⁹ Hanefi usulcülerden Lâmişî (VI/XII. yy.), kıyasın mute lak zanla değil galip rey ve ekber-i zanla amel olduğunu ifade etmiştir. Ona göre, istidlâlin şartlarına uyan ve mansûs aleyhin vasıfları üzerinde iyice teemmül ederek müessirle müessir olmayı ayırt eden kimsenin, akli konularda kesin bilgiye ve şer'î konularda ise galip re'y ve ekber-i zanna ulaşır. Dolayısıyla bu tür bir yolla ulaşılan neticete hata ihtimali bulunsa da galip re'y ve ekber-i zanla amel, aklen ve şer'an vâciptir. Nitekim şüphe ve ihtimal taşımasına rağmen haber-i vâhidle amel etmek şer'an vâciptir.⁴⁰

Haber-i vahit ve kıyas bir yana bizâtihi nasların (bazı ayet ve hadislerin) gereklerinin yerine getirilmesi de zann-ı galibe itibar etmekle mümkündür. Şer'î hüi kümlemler konusunda zanna itibar edileceğini savunanların dayandıkları gerekçelerin

s. 109vd.

36 Şelebî, s. 112.

37 Şelebî, s. 133.

38 Gazzâlî, s. 311. Münâsebet, kullar için bir yarar sağlamak ya da onlardan bir zararı gidermek; munasip vasif ise, uyarınca hüküm düzenlendiğinde bu hükmün meşruiyet amacı olmaya uygun olan celb-i menfaat def-i mefsedet türünden bir sonucun gerçekleşeceği zahir munzabıt vasıftır. Apaydın, "Kıyas", XXV, 535.

39 Apaydın, H. Yunus, "Zan", *DİA*, 2013, XXXIV, 121-122 (122-124).

40 Lâmişî, Ebu's-Senâ Mahmud b. Zeyd, *Kitâbün fi usûli'l-fıkıh*, Beyrut 1995, s. 182-183.

başında, tahkîku'l-menât ictihadının kaçınılmaz oluşu ve bunun da esas itibariyle zanna dayandığı hususu gelmektedir. Tahkîku'l-menât ictihadının kaçınılmazlığı bazı âyet ve hadislerin anlaşılıp uygulanmasının buna bağlı olması sebebiyledir. Zann-ı galibe itibar etmeksizin kible tayini, şahidin adil olup olmadığı, hac cina-yetinde kefâret olarak kesilecek hayvanın denginin belirlenmesi, zekâtın fakirlefe re verilmesi, namaz vakitleri, akrabalara nafaka miktarı kıyafet takdiri, cinayet diyetlerinin belirlenmesi vb. naslarla⁴¹ amel etmeye imkân yoktur.⁴² Bu hususlardaki bütün naslar, tahkîku'l-menât ictihadına dayanan zann-ı galiple amel etmeyi gerektirir. (Şahitlerin doğruluğu zannına dayanarak hakimim verdiği hüküm kesin ve bağlayıcı olur. Zira tanıkların tanıklıkları yalana dayansa veya hata ihtimali taşısa da hakim hata etmekten korunur. Hakimin doğruluğunu zannettiği söze uyması yeterlidir. Nitekim sahabe içki içme haddi gibi pek çok konuda katî bilgi aramışlar, zannî bilgi ile yetinmişlerdir.⁴³) Kur'an'da bu tür hükümlerin varlığı zannın şer'î hükümler konusunda muteber olduğunu gösterir. Diğer taraftan zan içeren haber-i vâhidle hadler dahil her konuda hüküm sabit olduğuna⁴⁴ göre kıyasın da amelî konularda kullanılmasında bir sakınca bulunmamalıdır. Zira zan içermesi bakımından kıyas, haber-i vâhid gibidir. Haber-i vâhidle hüküm ispatı câiz olduğuna göre kıyasla da câiz olur.⁴⁵

Bazı usulcüler, şüphe ile hadlerin düşmesinden hareketle kıyasın şüphe barındıran zanna dayandığını, şüphe ile hadler düştüğüne göre had suçlarında kıyasın yürütülmeyeceği görüşünü savunmuşlardır. Zira hadlerde asıl olan onları genişletmemek veya daraltmamaktır. Sahabenin şarap içme haddini, zina iftirası haddine kıyas etmesi ise yeni bir had ispatı olmayıp Şâri' (kanun koyucu) tarafından belirlenmiş haddin miktarını tespitle ilgilidir. Bu gruptaki usulcülere göre amden katle (kasten adam öldürme) kefâret ödenmemesi de bu alanın ta'file kapalı olduğu esasına dayanır.⁴⁶

Hanefiler, mansûs illete dayanan kıyasla amelî gerekli görmelerine rağmen müstenbat illetle kıyası, istinbatta zan bulunduğu gerekçesiyle had ve kefâret ko-

41 el-Bakara, 2/150, el-Maide, 5/95; et-Talâk, 65/2.

42 Apaydın, "Kıyas", XXV, 530 ("Zanna itibarın diğer bir gerekçesi de sahâbenin -hakkında nas bulunmayan konularda- re'y ve ictihadla hüküm vermenin cevazı konusunda icmâ etmiş olmasıdır. Re'y ve ictihad kesinlik ifade etmeyip zan ifade ettiğine göre re'y ve ictihadın muteber kabul edilmesi aynı zamanda zannın da muteber sayıldığı anlamına gelir. Esasen zannın muteber olup olmadığı tartışması büyük ölçüde kıyas yönteminin meşruiyetini ispat çerçevesinde sürdürülmektedir. Çünkü kıyas işlemi gerek mevcut hükmün illetinin tespiti, gerekse aynı illetin hükmün nakledileceği problemde varlığının tespiti gibi hususlar kesin olmayıp zanna dayandığı için kıyas yöntemi zannî, dolayısıyla belli ölçüde rölâtif ve sübjektif bir yöntem haline gelmektedir").

43 Gazzâlî, s. 303.

44 Hanefilerde haber-i vâhidin hadlerde kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Ebû Yûsuf'a göre haber-i vâhid ile hadler sabittir ve Cessâs da bu görüştedir. Fakat Kerhî'ye (ö. 340/952) göre hadlerde haber-i vâhid kabul edilmez. Serahsî, *El-Usûl*, I, 333.

45 İbnü'l-Kassâr, s. 371; Bâcî, s. 629; Şirâzî, Ebû İshâk İbrahim b. Ali, *et-Tebîrâ fî usûli'l-fikh*, Dumaşk 1403, s. 441; Lâmişî, s. 183; Gazzâlî, s. 281 (Tahkîku'l-menât ictihadı kesinlikle kıyas işlemi değildir); İbn Kudâme, *Ravza*, II, 298-299; Apaydın, "Kıyas", XXV, 530.

46 Cessâs, IV, 105; Zerkeşî, VII, 70.

nularında cârî görmezler. Onlara göre bu konularda, kesin bilgi ifade eden nassın delâletiyle yetinmek gerekir.⁴⁷

k. Kıyasın şartları: Kıyas metoduyla istenmeyen sonuçların meydana gelmesini önlemek gayesi ile kıyasın rükünleri ve icrası ile ilgili çeşitli şartlar ileri sürülmüştür. Bu şartların gerçekleşmesi halinde aslın hükmünü fer'e ta'diye imkânı doğmaktadır. Bunları şu şekilde belirtebiliriz:

1. Aslın hükmü fer'î meseleyi kapsamamalı veya fer'î mesele bir nassın şümü-lüne dahil olmamalıdır.

2. Nassın hükmü (Hz. Peygamber'e özgü durumlar, Huzeyme b. Sabit'in şahitliği ve Ebû Bürde b. Niyâr'ın oğlak kurbanı gibi) asla mahsus olmamalı, istisnaî nitelik taşımamalıdır.

3. Aslın hükmü, kıyas metodundan ayrılarak konulmuş olmamalıdır. Bu şekilde belirlenen aslın hükmü hakkında kıyas yapılamaz. Hanefiler'e göre bunun iki nedeni vardır: Birincisi, aslın hükmünün illet ve hikmetini, akıl idrak edemez. Hanefiler'e göre hadler, kefâretler, ibâdetlerle ilgili hususlar, ruhsatlar ve lugavî mee selelerin illet ve hikmetleri akılla idrak edilemediği için bu asıllara dayanarak kıyas yapılamaz. İkincisi, aslın hükmünün kıyas metodundan istisna edilerek konmuş olmasıdır. Hanefiler'e göre orucun rüknü imsaktır. Hz. Peygamber unutarak yemek nin orucu bozmayacağını açıklamıştır.⁴⁸ Hanefiler, hata ve ikrahın unutmaya kıyas edilmeyeceği görüşündedirler. Zira unutan kişi ile ilgili hüküm istisnaî nitelikte bir hükümdür.

4. Nas ile sabit şer'î hüküm, hakkında nas bulunmayan ve asla benzeyen bir fer'î meseleye asılda olduğu gibi ta'diye etmelidir. Kıyas yapılacak asıl, Kitap, Sünnet ve icmâ ile sabit olan şer'î bir hüküm olmalıdır. Hükmün fer'e geçmesinde tağyir / değişim meydana gelmemelidir. (Zimmîlerin talâkının geçerli olmasına kıyasla onların zihârlarının da geçerli olduğu söylenemez.) Hanefiler şer'î isimlerde kıyası cârî görmezler. Nebîzin şaraba, livâtanın zinaya kıyas edilemeyeceği bu anlayışla izah edilmiştir. Hanefiler hataen öldürmeye kıyasla amden öldürme durumunda da kefâretin gerekli görülmemesini bu gerekçe ile geçersiz saymışlardır.⁴⁹

47 Serahsî, *el-Usûl*, II, 159.

48 Buhârî, "Savm", 26; "İmân", 15; Müslim, "Siyâm", 17; İbn Mâce, "Siyâm", 15; Dârimî, "Savm", 23.

49 Cessâs, IV, 105; Debûsî, s. 132, 272, 301; Serahsî, *el-Usûl*, II, 149 vd., 156, 159 (İsimler hakikat ve mecaz olmak üzere iki tür manaya sahiptirler. Hakiki mana, dilcilerden işitmekle; mecaz anlam, dilcilerin kelimelere yükledikleri mecaz anlamlara vukûfiyetle mümkündür. Buradaki ikinci tür anlamlar şer'î hükümlerin ta'lil edilerek fer'î meselelere yürütüleceği alanın dışında yer alır.), 162; *el-Mebsût*, Beyrut, 1414/1993, IX, 78; Gazzâlî de isimlerde kıyasa cevaz vermez. s. 324 vd., 328 (فلا يجوز إثبات اسم الخمر للبيذ والزنا للواط والسرقة للبيش والخليط للجار بالقياس؛ لأن العرب تسمى الخمر إذا حمضت حلا لحموضته) (ولا تجزئه في كل حامض) (ولا تجزئه في كل حامض); Âmidî, *İhkâm*, III, 194vd.; Tilimsânî, s. 654 vd.; İbn Bedrân, s. 311; Apaydın, "Kıyas", XXV, 536; Abdülhamid, s. 98vd.

2. Had Suçları ve Kıyas

Sözlükte engel olmak, iki şeyin arasını ayırmak, sınır, tanım vb. anlamlara gelen had⁵⁰, fıkhîta “Allah hakkı olarak yerine getirilmesi gereken, miktar ve keyfiyeti nasla belirlenmiş şartlar ne olursa olsun ziyade ve noksan kabul etmeksizin tatbiki istenen cezaî müeyyideleri” ifade eder. Bu tür suçların ceza, müeyyide, miktar ve keyfiyetlerinde kulların söz hakkı bulunmadığı gibi hiç kimsenin had cezası koyma yetkisi de yoktur. Hadlerin Allah / kamu hakkına mı kul haklarına / şahsî haklara mı dahil olduğu hususu fakihler arasında tartışmalıdır.⁵¹ Hanefîler’e göre hadler Allah hakkı olarak takdir edilmiş müeyyidelerdir.⁵² Şâfiî ve Hanbelîler ise ayrı ayrı suçları esas alarak Allah-kul hakkı ayırımına giderler ve had suçlarından hırsızlık ve iffete iftirada şahsî hakkın Allah hakkından önce geldiğini savunurlar.⁵³ Had kapsamındaki suçların miktar ve keyfiyet bakımından belirlenmiş olmasının sebebi, bu suçları işleyenlere uygulanacak müeyyide sebebiyle tekrarının önlenmesidir. Hadlerin kısıstan farkı kul haklarına ilişkin olmaması, ta’zîrden farkı ise suç ve cezası belirlenmiş olduğu için bu suçlara başkaca müeyyide imkânı bulunmaması, sulh veya af yollarının kapalı olmasından kaynaklanır.⁵⁴

İslâm hukukçuları arasında had bildiren nasların ta’lîli ve nassın hükmünün hükme konu vasfı taşıyan başka meselelere yürütülmesi; başka bir ifade ile hâkında hüküm bulunmayan haram fiillerin ilgili nas çerçevesinde had suçu sayılıp o suça ait cezanın tatbiki hususu tartışmalı bir konudur. Bu konudaki görüşleri, aralarında bazı farklılıklar bulunmakla birlikte iki kısımda değerlendirmek mümkündür.

a. Hanefîler’in başı çektikleri bir grup usulcüye göre ta’lîl imkânı bulunmadığı için hadler ve kefâretlerde kıyas yöntemi kullanılamaz. Bu alanlarda kıyas yasağının benimsenmesi, kıyas yoluyla yeni bir had suç ve cezasının ortaya konulamayacağı anlamına gelir. Ancak mevcut suçların ispatlanması, şartları vb. konularda kıyasa başvurulabilir.⁵⁵

50 İbn Manzûr, III, 140. “h d d” maddesi.

51 Bardakoğlu, “Had”, XIV, 547-550 (Had suçları: 1. Zina (en-Nûr, 24/2), 2. İffete iftira (en-Nûr, 24/4), 3. Hırsızlık (el-Mâide, 5/38); 4. Silahlı gasp, yol kesme ve eşkıyalık (el-Mâide, 5/33-34) ve irtidattır. Had suçlarında, hakimin suçun işlenişi vb. sebeplerle takdir ve tahfif yetkisi; mağdurun af, sulh veya bedeli bir ceza isteme hakkı yoktur. Bu suçlar ve cezaları, çeşit ve miktar yönüyle sınırlıdır. Bu tür hükümlerde kıyas veya genişletici yorumun benimsenmesi sebebi, bu konudaki nasların ta’lîle kapalı olmasından ziyade kısas, diyet ve had cezalarını kitap ve sünnette belirtildiği şekliyle koruma altına alma, cezada kanuniliği ve haksız uygulamaları önleme amacı taşır).

52 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 36; Kâsânî, Ebû Bekir Alâuddin b. Mes’ud, *Bedâi’ü’s-senâi’ fi tertibi’ş-şerâi’*, Dâru’l-kütübîl-ilmîyye, 1406/1986, VII, 33.

53 Şîrbînî, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb, *Muğni’l-muhtâc ilâ ma’rifeti me’âni’l-Minhâc*, Dâru’l-kütübîl-ilmîyye, 1415/1994, V, 460; İbn Kudâme, İbn Kudâme, *el-Muğni*, Mektebetü’l-Kâhire 1388/1968, IX, 138, 156; Bardakoğlu, “Had”, XIV, 549-550.

54 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 36; Kâsânî, VII, 33; Konevî, Kâsım b. Abdullah, *Enisü’l-fukahâ fi ta’rifâti’l-elfâzi’l-mütedâvile beyne’l-fukahâ*, Dâru’l-kütübîl-ilmîyye, 1424/2004, s. 62; Üdeh, I, 627; Zühaylî, Vehbe, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve edilletüh*, Dâru’l-fıkr / Dumaşk, ts., VII, 5274.

55 Cessâs, IV, 105; Serahsî, *El-Usûl*, II, 163; Buhârî, Alâüddin Abdülaziz b. Ahmed, *Keşfü’l-esrâr’an Usûli Fahri’l-İslâm*

b. Şâfîiler'in çoğunluğu, İbnü'l-Hâcib (ö. 1249/646) gibi bazı Mâlikiler, ve Hanbelîlere göre hadlerde kıyas geçerlidir.⁵⁶ Kıyasın kullanılacağı alanlara had ve kefâret gibi bazı konuların dahil olmasına ilişkin usulcülerin görüşleri "Kıyasın Ceza Hukukunda Kullanma İmkanına Dair Deliller" başlığı altında değerlendirilecektir.

3. Kefâretler ve Kıyas

Sözlükte örtmek, gizlemek, inkâr etmek, inanmak gibi anlamlara gelen *k f r* fiilinden türeyen kefâret⁵⁷, fıkıh literatüründe dinin belirli yasaklarını (bilerek yaptığı yemini bozma, zihâr, hataen katl, ihramlı iken avlanma veya tıraş olma, Ramazan orucunu kasden bozma) ihlâl eden kimsenin, bu kusurlu davranış, hata ve günah dolayısıyla, Allah hakkına ilişkin uhrevî sonuçlarını telafi amacıyla yerine getirmesi gereken (köle âzat etme, oruç tutma, fakiri doyurma ve giydirme gibi) malî veya bedenî müeyyideyi ifade eder.⁵⁸ Ayrıca bu müeyyideler, ihlâl edilen durumun taminine yol açması bakımından tevbe yönünü de içinde barındırmakta ve onlardan doğan menfi neticeleri örtmeyi amaçlamaktadır.⁵⁹

Kefâretin ceza / ukûbât veya ibâdet niteliklerinden hangisinin ağır bastığı hui susu ihtilaflı bir konudur. Bu konu hakkında Hanefîler'de iki eğilim bulunduğu söylenebilir. Cessâs'a (ö. 981/370) göre, yasak fiillerin yapılmasına karşılık olarak konmasına bakılırsa o bir cezadır; zira günah işleyenden başkasına bu neticelerin yapılması gerekli değildir.⁶⁰ İbn Nüceym (ö. 970/1562) ise müeyyidelerinin oruç, köle azadı, fakir doyurma ve giydirme şeklinde ibâdet türünden belirlenerek ihlâlin telifisine imkân verilmesi durumunu göz önüne alarak kefâretlerde ibâdet özelliğinin ağır bastığını ifade etmiştir.⁶¹ Görüldüğü üzere Cessâs, yapılan eylemin yasak fiil olmasını, İbn Nüceym ise ihlâlin telifisinin ibâdet nitelikli yaptırma bağlanmasını esas alarak kefâretlerin ceza veya ibâdet niteliği taşıdığına karar vermişlerdir. Şâfîiler'de de iki eğilim vardır ve ibâdet karakterinin ağır bastığı görüşü ağır bastığı görüşü tercihe şayan bulunmaktadır. Nitekim kefârette niyetin şart koşulması bu görüşteki hukukçuların delillerindedir.⁶²

Kefâretler, bildiri mi naslara dayanması, ibâdetler grubunda yer alması ve ifa şekillerinin naslarla belirlenmiş olması bakımından ibâdet karakteri ağır basan mü-

Pezdevî, Dâru'l-kütübî'l-İslâmî, ts., III, 304-305; İbn Emîru Hâc, III, 241.

56 Âmidî, *İhkâm*, IV, 62; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 298-299.

57 İbn Manzûr, V, 144. "k f r" maddesi.

58 Yaran, Rahmi, "Kefâret", *DİA*, 2002, XXV, 179-180 (179-182).

59 Cessâs, IV, 106; Buhârî, *Keşf*, II, 221, IV, 160.

60 Cessâs, IV, 106. Ayrıca bk. Serahsî, *el-Mebsût*, III, 56.

61 İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrâhim, *el-Bahru'r-râ'ik şerhu Kenzi'd-dekâ'ik*, Dâru'l-kütübî'l-İslâmî, trs., IV, 109 (Bu genel kabulün yanı sıra İbn Nüceym kefâret sebebi fiiller hakkında daha ayrıntılı tahliller yapmaktadır. Meselâ ona göre, Ramazan orucunu bozma kefâreti, şüphe halinde düşmesi bakımından hadlere benzemesi ve yeminden farklı olarak hata halinde gerekmemesi bakımından ceza niteliği ağır basan bir özellik arz etmektedir).

62 Şirbînî, V, 40.

eyyidelerdir. Kefâretlerin ifasında ibâdetle mükellefiyet ehliyeti ve ibâdetlere has bazı şartların aranması bu niteliğinden kaynaklanır. Fakihlerin konuya katkısının metinlerin ve rivayetlerin değerlendirilmesi ve yorumlanması ile sınırlı kalması, bu metinlerin ta'lîl edilmesi ve kıyasa asıl teşkil etmesindeki zorluk da kefâretlerin bu karakteri ile yakından ilişkilidir.⁶³

Kefâretlerin ta'lîli ve kıyasa konu edilmesi, başka bir ifade ile kefâret borçlusunun yeniden belirlenebilmesi hususu usulcüler arasında tartışmalı konulardan biridir. Hanefîler'e göre hükme konu vasfı akıl tarafından idrak edilse bile kefâretlerin "miktarı belirlenmiş müeyyideler" olması ve bu ihlâllerin ceza miktarlarının yalnızca tevkîfi yoldan bilinmesi sebepleriyle bu konularda kıyas cârî değildir.⁶⁴ Diğer usulcülere göre ta'lîl edilebilen her hükümde kıyas cârî olacağı ve bunlarda kıyasın icrasını tahsis eden bir delil bulunmadığı için ta'lîl edilebilmeleri halinde bu alanlarda da kıyas cârîdir.⁶⁵

B. KIYASI CEZA HUKUKUNDA KULLANMA İMKÂNINA DAİR DELİLLER

İslâm hukukçularının, kıyas metodunun ceza hukukunda kullanılabilirliği hususundaki görüşlerinin lehte ve aleyhte olmak üzere iki grupta temerküz ettiği görülür. Hatta bu konunun taraflarının Hanefîler ve diğer İslâm hukukçuları olduğu da söylenebilir.⁶⁶ İlke olarak, hukukî meselelerde kıyas metodunun kullanılmasını benimseyen usulcüler, ta'lîl edilebilen meselelerin hükme esas vasfının bulunduğu her yeni olaya aslın hükmünün verilebileceği görüşündedirler. Fakat hukukun diğer alanlarından farklı olarak ceza konularında ve bilhassa had ve kefâret suçlarında kıyasın yürütülüp yürütülemeyeceği hususunda lehte ve aleyhte görüş belirten hukukçular, görüşlerini çeşitli delillerle savunmuşlardır. Bu konudaki tartışma, kıyasla amelin şartları etrafında cereyan etmektedir. Tartışma konusu örneklere geçmeden önce, burada ceza hukukunda (hadler ve kefâretler) kıyas metodunun uygulanabileceği ve uygulanamayacağı yönündeki iddialar incelenecektir.

1. Kıyasın Ceza Hukukunda Uygulanamayacağına Dair Deliller

Haricîler, Zâhirîler, Şîî İmâmîler, Mu'tezileden Nazzâm, şer'î hükümlerde kıyası tamamen reddederler.⁶⁷ Hanefî usulcülerle bazı Mâlikî usulcüler ise kıyası meşru bir delil kabul etmekle birlikte ibâdet, ceza vb. konularda kıyas yasağını benimseyerek kıyas yoluyla yeni had ve kefâret belirlenemeyeceği görüşünü savunurlar. Zira bu alanlar, aklın idrak edemediği (zina haddinde yüz değnek, kazifte seksen

63 Yaran, "Kefâret", XXV, 180.

64 Cessâs, IV, 106; Serahsî, *El-Usûl*, II, 163; Buhârî, *Keşf*, II, 221.

65 İbnü'l-Kassâr, s. 366; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 298-299; Zencânî, s. 132.

66 Şevkânî, *İrşâd*, II, 144; Abdülhamid, s. 401-402.

67 Bâcî, s. 537; Gazzâlî, s. 282.

değnek gibi) düzenlemeler içermektedir.⁶⁸ Hanefiler'in bu alanlarda kıyas yasağını benimsemelerinde, daha önce belirtildiği üzere, onların bu alanların aslına ilişkin yaklaşımları belirleyici olmuştur. Onların bu alanlarda kıyası meşru bir yol olarak görmeme gerekçelerini şöylece sıralamak mümkündür:

a. Ta'lil edilemezlik: Hadler, Allah hakkı olarak konmuş cezalar; kefareter ise daha ziyade ibâdet karakteri taşıyan naslarla belirlenmiş müeyyidelerdir. Bu konulardaki nasların illetlerini, miktar ve sebeplerini akıl tam olarak idrak edemez. Hatta bu alanlardaki naslar ta'lil edilebilseler bile öngörülen müeyyideler yalnızca bu ihlâllerle sınırlıdır. Bu tür naslar ta'lil edilebilseler bile bu alanlarda kıyastan söz edilemez; bu kısım nasların hükümleri başka meselelere yürütülemez. Kıyasın icrası, asıldaki hükmün kıyasa elverişli olmasına bağlıdır.⁶⁹ Bu görüşteki usulcülere göre had ve kefarete ilişkin hükümler, sadece tevkifi yolla bilinebilir. Dolayısıyla bu alanlarda *nassın işareti*, *nassın delâleti* ve *nassın muktezası* ile sabit olanların dışında ta'lile dayanarak rey ve kıyasla hüküm inşası mümkün değildir. Diğer taraftan bu alanlardaki bazı hükümlerin kıyastan istisna edildiği unutulmamalıdır. Meselâ orucun rüknü olan imsak yeme-içme ile bozulduğu halde unutmak bundan istisna edilmiştir. Ancak bu istisnaya unutmamanın dışında başka sebepler kıyas edilemez. Hanefiler'e göre yeme içme için getirilen istisnaî hüküm cinsel ilişki için de geçerli dir. Fakat bu, kıyas yoluyla değil, nassın delâleti yoluyla dir. Benzer durum, ileride geleceği üzere, livâtada da geçerlidir.⁷⁰

b. Kıyasın zan ifade etmesi: Hadler, ceza; kefareter ise ibâdet ve ceza karakteri taşıyan müeyyidelere bağlanmıştır. Bu konulardaki ihlâller ve öngörülen müeyyideleri nas ve icmâ ile belirlenmiştir. Kıyas ise illeti nas ve icmâ ile belirlenmiş olmadıkça, müçtehidin hata ihtimalini içinde barındıran müstenbat illete dayanır. Bu bilgi, ilim değil, zann-ı galip ifade eder. Dolayısıyla bu yolla ulaşılan netice, içerisinde şüphe barındıran bir bilgidir. Şüphe bulunan konularda hadlerin düşürülmesi talep edildiğine⁷¹ göre zan ve yanılma şüphesi içeren kıyasla -katî bir delil olmadığı için- had ve kefarete konularında amel edilemez.⁷² Bu sebeple bir had veya kefarete gerektiren nassın hükmü, kıyas yoluyla hakkında nas bulunmayan meselelere yürütülemez. Buna göre yankesici, kapkaççı, hain ve kefen soyucuya, hırsızlığın dışında bir suç işledikleri için hırsızlığa kıyasla onun haddi tatbik edilmez.⁷³

68 Cessâs, IV, 105 (Had ve kefareterin ispatında kıyas yürütülmez); Serahsî, *el-Usûl*, II, 163 (Kıyasla kefarete ispatının caiz olmaması bizim asıllarımızdandır); İbn Emîru Hâc, III, 241; Şevkânî, *İrşâd*, II, 144.

69 Cessâs, IV, 105-107; Serahsî, *el-Usûl*, II, 163; Buhârî, *Keşf*, III, 304-305. Ayrıca bk. Şirâzî, *el-Lüma' fi usûli'l-fikh*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1424/2003, s. 98; *Tebssıra*, s. 442; Âmidî, *İhkâm*, IV, 63; Şevkânî, *İrşâd*, II, 144; Üdeh, I, 210.

70 Cessâs, III, 365; IV, 106; Debûsî, s. 134; Serahsî, *el-Usûl*, II, 153/164.

71 Ebû Dâvud, "Salât", 14; Tirmizî, "Hudûd", 2.

72 Cessâs, IV, 105-107; Serahsî, *el-Usûl*, II, 159, 163; Âmidî, *İhkâm*, IV, 62-63; Buhârî, *Keşf*, II, 221. Yine bk. Şirâzî *Lüma'*, s. 98; *Tebssıra*, s. 442; İbn Emîru Hâc, III, 241; Şevkânî, *İrşâd*, II, 145; Üdeh, I, 210. Kıyası meşru bir delil kabul etmeyen Nazzâm, illetin mansus olması halinde, bu hükmün umum ifade edeceğini ve onun söz konusu illetin bulunduğu her yerde geçerli olacağını savunur.

73 Cessâs, IV, 107.

Tahsis edici delil bulunmadıkça kıyasın ta'lil edilebilen her alanda kullanılabilceğini kabul eden usulcülere göre, râvinin yanılma ihtimalinden dolayı zan içeren haber-i vâhidle hadler sabit olduğuna göre kıyas yoluyla da ilke olarak had cezası sabit kılınabilir.⁷⁴ Diğer taraftan kıyasta hata ihtimali bulunduğu için bazı konularda kıyas yasağının benimsenmesi, her müçtehidin isabet etmiş sayılacağı ilkesine aykırıdır. Zira burada zann-ı galibe itibar edildiğine göre kıyasın zan ifade etmesinden dolayı had ve kefâretlerde kullanılmayacağı gerekçesi yeterli bir delil değildir.⁷⁵ Çünkü kıyas bizatihi zannî delildir.

c. Ceza konularında aslın hükmünün değişikliğe uğramadan fer'e uygulanmaması: Kıyasın şartlarından biri, fer'e uygulanması sırasında aslın hükmünün bir değişikliğe uğramamasıdır. Had ve kefâret konularında kıyas metodu uygulanırken bu şarta riayet etmek her zaman mümkün olmamaktadır. Meselâ boşama ehliyetine sahip olmasından hareketle zimmînin zihâr ehliyetine sahip olabileceği görüşü Hanefiler'ce fasiddir. Zira asıldaki hüküm bir müslüman açısından kefârettir. Hâlbuki zimmî için kefâret söz konusu değildir.⁷⁶ Şöyle ki, kefârette yer alan üç seçenekten köle azadı ve altmış fakiri doyurma seçeneklerini zimmîler yapabilseler bile onlar oruç tutma seçeneğini yapamazlar. Bu durumda kefâret bir müslüman için üç seçenekli bir müeyyideye sahip iken zimmî için sadece iki seçenекle sınırlı kalmakta, aslın hükmü herhangi bir farklılığa uğramadan fer'e taşınmış olmamaktadır. Aynı şekilde hırsızlıkta haddi gerekli gören Şârî, daha kötü sonuçlar içermek sine rağmen gayrimüslimler lehine casusluk eylemini hırsızlıktan daha kötü bir suç sayarak hırsızlık haddinden daha ağır bir müeyyide öngörmemiştir. Dolayısıyla bir suçtan daha ağır gibi görülen bazı durumlarda o suça denk ceza öngörülmemesi, bu alanlarda kıyasın icrasında imkân olmadığını göstermektedir.⁷⁷

d. Hüküm ile hükme konu olan vasıf arasında bir benzerlik bulunmaması: Kanun koyucu şer'î hükümlerden bir kısmını sıfat ve mana bakımından benzer olmasına rağmen farklı; farklı olmasına rağmen benzer neticeler öngörmüştür. Meselâ namazın iadesini gerektirmesi bakımından meni ile hayız kanının çıkmaâsının arasını ayırmış; gusul gerektirmesi bakımından aralarını birleştirmiştir. Bu sebeple bazı hükümler ile hükme konu vasıf arasında illiyet bağı kurmak mümkün değildir. Had ve kefâretlere ilişkin naslarda bu özellik ağır basmaktadır. Meselâ avlanmada amden ve hataen öldürmenin arasını birleştirmiş; adam öldürmede ayırmıştır. Aynı şekilde katl, zihâr ve oruçlu iken cinsel ilişkide bulunma durumunda kefâreti (köle azadı, oruç, giydirme, yedirme) gerekli görmüş; farklı nitelikteki ihlâllere benzer davranışlarla telafi imkânı tanımıştır. Bu ihlâllerle telafi imkânı vel

74 İbnü'l-Kassâr, s. 372; Bâci, s. 628.

75 Bâci, s. 628; Şîrâzî, *Tebsıra*, 442; Âmidî, *İhkâm*, IV, 63; Şevkânî, *İrşâd*, II, 145.

76 Serahsî, *el-Usûl*, II, 162.

77 Âmidî, *İhkâm*, IV, 63, 64; Üdeh, I, 210.

rilen durumlar arasında aklın idrak edebileceği bir yakınlık veya benzerlik yoktur. Aynı şekilde muhsanın zina fiili, amden katl ve irtidat farklı durumlar olmasına rağmen bu ihlâllere ölüm cezası öngörülmesi bu fiiller arasında bir benzerliğin bulun-
duğu anlamına gelir. Bu iddia Bâcî'ye (ö. 474/1081) göre geçerli değildir. Zira ta'lîle taraf olanlara göre küçüğün hacri gibi şer'î hükümlerden bir kısmı taabbüdü karakterli bir kısmı da ta'lîl edilebilir niteliktedir.⁷⁸ Biz muâmelât hükümleri, cinak yet diyetleri, hadler ve kefâretler hususunda birçok karine sayesinde makul anlamı lar ve dünyevî maslahatlar üzerine bina edildiği bilinen konularda kıyas yapmaktayız.⁷⁹ Bu türden hükümlerin bulunması bu alanların ta'lîl edilebilenlerinde kıyasın kullanılmayacağı anlamına gelmez.

e. *Had ve kefarete suç ve cezalarının belirlenmişliği*: Had ve kefâretler, Allah hakkının ağırlıklı olduğu konulardır ve onların müeyyidesinde -miktar ve keyfiyeti değişen- faili cezalandırmanın yanı sıra işlenen günahın affına yol açan bir yön de vardır. Bu sebeple bu tür nasların özünü kavramak, onların miktarlarına hakim ilkeleri tespit etmek ve bu müeyyidelerle arzulanan neticenin elde edilmesini ve günahın izalesini sağlamak tam olarak mümkün değildir. Dolayısıyla tevkif veya icmâ bulunmadıkça başlangıç itibariyle (مبتدأ) had ve kefarete alanında rey ve kıyasa başvurarak yeni bir suç ve müeyyide ispatına imkân yoktur.⁸⁰ Hanefiler, rey ve icthadla bu kısım nasları kavrama imkânı bulunmadığı için bu konularda teşrî bir kaynak olarak kıyasla hüküm vermeyi kişinin kendisini kanun koyucu yerine koyması ve bu türden yeni bir suç ve ceza ispat etmesiyle eşdeğer bulurlar. Cumhur ise bu konularda kıyasla hüküm vermeyi ilgili nassın ta'lîl imkânına bağlarlar ve bu alanlarda kıyasla hüküm vermeyi başlangıç itibariyle kanun koyma olarak görmezler.

2. Kıyasın Ceza Hukukunda Uygulanacağını Savunanların Delilleri

Hanefiler'in dışındaki (Şâfî ve Hanbelîler başta olmak üzere) usulcülerin çoğunluğu, gerekli koşullar sağlandığında ibâdet, had, kefâret, ruhsat ve miktarlarda kıyası cârî görürler. Onlara göre nassı ta'lîl imkânı doğduğunda, bu alanlarda kıyasın tatbikine bir engel yoktur.⁸¹ Hukukî hüküm olmaları bakımından aralarında benzerlik bulunan ceza konuları da diğer şer'î hükümler gibi hükümde birleşir.⁸²

78 Bâcî, s. 550-551.

79 Gazzâlî, s. 298.

80 Cessâs, II, 312; III, 365-367; IV, 106-107; Buhârî, *Keşf*, II, 221. Gazzâlî de bu hususta şu ifadeleri kullanmıştır: "Namaz rekâtları, zekat mallarının nisapları, had ve kefâretlerin miktarlarında ve zihinde hiçbir anlam canlandırmayan bütün ilk taabbüdü hükümlerde belirlenmiş şeyler / mukadderât, kıyas kurallarına aykırı hükümlerdir." Gazzâlî, s. 326.

81 İbnü'l-Kassâr, s. 364; Bâcî, s. 628-629; Şîrâzî, *Lüma'*, s. 202-203. 98 ويثبت بالنسب جميع الأحكام الشرعية جملها وتفصيلها (وحدودها وكفاراتها ومقدارها); *Tebşıra*, s. 440; Sem'ânî, *Kavâtır*, II, 106, 112, 114; Gazzâlî, s. 326, 329; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 293; Âmidî, *İhkâm*, IV, 62.

82 Üdeh, I, 208.

Hatta İbn Teymiyye (ö. 728/1328) ve öğrencisi İbn Kayyım (ö. 751/1350)'a göre hukukta kıyasa aykırı hüküm yoktur. İslâm hukukunda hükümler, benzerliklerin arasını birleştirme ve farklılıkların arasını ayırma esası üzerine kuruludur. Kıyas ise iki benzerin arasını bulmak kabilindedir.⁸³ Bu görüşteki usulcülere göre, ta'lîlin mümkün olması ve bu illet üzerine had ve kefâret belirlenmesi, başlangıç itibarıyla bir had ve kefâret koyma anlamına gelmez.⁸⁴ Kıyasın meşruiyetine dair deliller umumidir ve bunları kıyasın yürütüleceği alan hakkında tahsis eden bir delil bulunmamaktadır. Kıyas, gerekli şartlar oluştuğunda, muzhir bir delil olarak, her alanda kullanılır. Had ve kefâretlerde kıyasın geçerli olmadığını iddia etmek bir delil gerektirir.⁸⁵ Dolayısıyla ilgili naslarda hükmün illeti tespit edilebilirse bu illetin bulunduğu her meseleye aslın hükmü icra edilir. Ancak ta'lîl edilemeyen hükümlerin kıyasa konu olması düşünülemez.⁸⁶ Bu gruptaki sahip usulcüler görüşlet rini kıyasın meşruiyeti ile ilgili delillere dayandırmışlardır. Bu bakımdan, burada, söz konusu deliller, sadece had ve kefâretlerde kıyas kullanımına asıl teşkil etmesi açısından ele alınacaktır.

a. Bu delillerin başında “*Ey akıl sahipleri ibret alın*”⁸⁷ ayeti gelmektedir ki buna göre kıyas meşru bir delildir ve ta'lîl imkânı bulunan her nas, kıyasa asıl teşkil eder ve hüküm ispatında kullanılabilir.⁸⁸ Buradaki *itibar* umum ifade ettiği için had ve kefâretlerde kullanılmayacağına dair tahsis edici bir delil bulunmadıkça bütün fıkıhın bütün alalarında kıyasın geçerliliğine delil teşkil eder.⁸⁹ Bu ayete dayanarak bütün alanlarda kıyasın yürütüleceğini kabul eden usulcülerin ta'lilde sebep, illet, hikmet veya maslahattan hangisini esas alacaklarında ihtilaf etmişlerdir.

b. Bunlardan biri Muâz b. Cebel'in (ö. 18/639) Allah'ın kitabında ve Peygamb erinin sünnetinde çözümünü bulamadığı konuları “rey içtihadıyla” çözeceğine⁹⁰ dair ifadedir. Burada Muâz'ın ifadesi mutlak bir ifadedir ve rey içtihadıyla ifadesi her hangi bir alan sınırlandırması içermemektedir. Dolayısıyla kıyas metodunun had ve kefârete konu suç fiillerine yürütülmesine bir mani yoktur.⁹¹

c. Kur'an'da ve Sünnet'te şarap içme açıkça yasaklanmış olmakla birlikte bu ya- sağı ihlâl eden kişiye uygulanacak ceza hakkında Hz. Peygamber döneminde sayı

83 İbn Teymiyye, Takiyyüddin Ahmed b. Abdihalim, *Mecmû'u'l-fetâvâ*, Medine 1416/1995, XX, 505 (قَلْبَسَ فِي الشَّرِيعَةِ مَا) (يُخَالَفُ قِيَّاسًا صَاحِبًا لَكِنَّ فِيهَا مَا يُخَالَفُ الْقِيَّاسَ الْفَاسِدَ وَإِنْ كَانَ مِنَ النَّاسِ مَنْ لَا يَعْلَمُ فَسَادَهُ لَيْسَ فِي الشَّرِيعَةِ شَيْءٌ عَلَى حَالِافٍ); İbn Kayyım el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Şemsüddin Muhammed b. Ebî Bekr, *İslâmü'l-muvakkî'in 'an Rabbi'l-âlemîn*, Beyrut 1411/1991, I, 289; (القِيَّاسُ); II, 38; II, 237.).

84 Hariz, Abdulmu'iz Abdulaziz, *el-Kıyâsü fi'l-hudûd ve'l-keffârât*, el-Mecelletü'l-Ürdüniyyetü fîd-dirâseti'l-İslâmiyye, c. 3, sayı: 2, 1428/2007 (89-115), s. 97.

85 İbnü'l-Kassâr, s. 371; Sem'âni, *Kavâti'*, II, 109; Zencâni, s. 183; Şevkânî, *İrşâd*, II, 145.

86 Sem'âni, *Kavâti'*, II, 62; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 298-299; Zencâni, s. 132.

87 Haşr, 59/2.

88 Şirâzi, *Tebşıra*, s. 440-441.

89 İbnü'l-Kassâr, s. 366-369; Bâci, s. 559; Abdülhamid, s. 410.

90 Ebû Dâvûd, “Akdiyye”, 11; Tirmizî, “Ahkâm”, 3; Nesâi, “Kuzât”, 11; İbn Mâce, “Menâsik”, 38.

91 Şirâzi, *Tebşıra*, 440 (بِجُوزِ إِتْيَاتِ الْحُدُودِ وَالْكَفَّارَاتِ وَالْمَقْدَرَاتِ بِالْقِيَّاسِ); Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 62.

ve keyfiyet bakımından farklı cezalar uygulanmıştır.⁹² Hz. Ebû Bekir döneminde şarap içenler kırk celde ile cezalandırılıyordu.⁹³ Hz. Ömer ise içki içene uygulanacak ceza hususunda istişarede bulunmuş ve sahabe bu talebe olumlu yaklaşmıştır. Bu sırada Hz. Ali ve / veya Abdurrahman b. Avf, içki içme suçunun cezasını, sarhoşun iftira atabileceğinden hareketle zina iftirasında bulunmaya kıyaslayarak seksen kırbaç olacağı yönünde görüş belirtmişlerdir. Hz. Ömer bu içtihadı yerinde bulmuş ve tatbik etmiştir.⁹⁴ Bu uygulamaya sahabeden itiraz gelmemiş ve bu hususta icmâ meydana gelmiştir. Görüldüğü üzere şarap içme haddinin cezası, hakkında nas bud lanan iffete iftira suçunun cezasına kıyaslanarak belirlenmiştir.⁹⁵ Sahabe kıyası bir alan sınırlandırmasında bulunmaksızın kullandıklarına, icra imkânı buldukça yeni meseleleri kıyasla hüküm verdiklerine ve elde ettikleri netice üzerinde icmâ hasıl olduğuna göre kıyasın belirli alanlarda kullanılmayacağı yönündeki iddiaya itibar edilmez.⁹⁶

Kıyasla had ve kefâretin sabit olmayacağı görüşündeki usulcülere göre içki haddi, kıyasla ulaşılmış bir netice olsa da, üzerinde icmâ meydana geldiği için bu hükmün kıyasla değil icmâ ile sabit olduğunu kabul etmek gerekir. Kıyasla sabit bir hüküm, taşıdığı zan sebebiyle katî bilgi ifade etmese bile üzerinde icmâ gerçekleştiğinde bu bilgi zannî olmaktan çıkar, bağlayıcı bir hüküm haline hale gelir.⁹⁷ Bu görüşe iki itiraz yapılmıştır: Birincisi, içki içme ile ilgili hüküm, sükûtî icmâ ifade eder ve sükûtî icmâ'nın delil değeri tartışmalıdır. İkincisi, içki haddi konusundaki sahabeye ait bu icthadın tevkife dayanma ihtimali vardır. Bu bakımdan bu hükmün kıyasla sabit olduğu tartışmaya açıktır.⁹⁸ Sahabenin bu konudaki icmâ, hükmün ispat ve bilinmesinde değildir. Bu sebeple bu hükmün kıyasla sabit olduğu söylene mez. Onlar hükmün kendinde icmâ etmiş olurlar. Sahabe, burada, hükmün tariki üzerine değil, kıyasla ulaşılmış netice üzerine icmâ etmiştir.⁹⁹

d. Haber-i vahid zan ifade ettiği ve onunla hadler dahil her konuda hüküm sabit olduğuna göre benzer şekilde zan ifade eden kıyasla da amel edilmesinde bir engel yoktur. Zira kıyas, bilgi değeri bakımından haber-i vâhide benzemektedir. Kıyasta hata ihtimali bulunsa da had ve kefâretlerin ispatının cevazına delille zann-ı galip oluşması halinde şüpheye itibar edilmez. Zira hata ihtimali bulunan haber-i vâhidle zann-ı galip oluştuğunda had ve kefâretlerin ispatına cevaz verilmektedir. Hadler hata yapmaları muhtemel şahitlerin tanıklıklarıyla ispatlanır; hatta bu kişi-

92 Buhâri, "Hudûd", 4; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 35-36.

93 Ebû Dâvûd, "Hudûd", 37.

94 Muvatta', *Eşribe*, 2; Bâci, s. 596; Âmidî, *İhkâm*, IV, 62; Tûfi, Necmüddin Ebu'r-rebî Süleyman b. Abdülvi, *Şerhu muhtasari'r-Ravza*, Müessesetü'r-risâle, 1407/1987, III, 449.

95 İbnü'l-Kassâr, s. 371; Bâci, s. 596; Âmidî, *İhkâm*, IV, 62; Üdeh, I, 209.

96 İbnü'l-Kassâr, s. 371; Tûfi, III, 449; Şevkânî, *İrşâd*, II, 145.

97 Âmidî, *İhkâm*, IV, 62; Üdeh, I, 210.

98 Cessâs, III, 280.

99 İbn Emîru Hâc, III, 241.

lerin yalancı şahitlik yapmaları da mümkündür. Kıyas da hata ihtimali bulunan bir ictihaddır. Şahitlik gibi zann-ı galip ifade eder. Şahitlerin şehadetleri ile ispatı câiz olan şey, kıyasla da câizdir.¹⁰⁰

3. Değerlendirme

Had ve kefâretlerde kıyasın tatbiki hususunda lehte ve aleyhte görüş belirten usulcüler, bir taraftan kendi görüşlerini çeşitli delillerle savunurlarken diğer taraftan karşı görüşün delillerine çeşitli itirazlarda bulunmuşlardır. Bu tartışmanın Hanefiler’le cumhur arasında geçtiği de söylenebilir.

Had ve kefâretlerde kıyasın kullanılabileceği görüşünde olan usulcüler, bilhassa Şâfiîler, Hanefiler’in bu konularda kıyasın câri olmadığını kabul etmelerine rağmen gerçekte çeşitli konularda kıyasla hüküm verdiklerini iddia etmişlerdir. Şâfiî usulcülerden Cüveynî (ö. 478/1085), İmam Şâfiî’nin şu ifadeleri kullandığını kaydetmiştir: “Ebû Hanîfe hadlerde ve kefâretlerde kıyası geçersiz saymasına rağmen pek çok konuda kıyasla hüküm vermiştir. Hatta o, bu alanlarda istihsanla hüküm verecek ölçüde ileri gitmiştir. Meselâ Ebû Hanîfe dört kişinin bir adam hakkında farklı şekillerde ifade vermelerine rağmen onların şahitliklerine dayanarak (zina haddi konusunda) hüküm vermiştir. Oysa şahitlerin aynı şekilde ifade vermeleri gerekirdi. Fakat o, istihsana başvurarak onlar hakkında haddi gerekli görmüştür.¹⁰¹ Bu ve benzeri ifadelerde Hanefiler, kendi belirledikleri usul kurallarına bağlı kalmamakla tenkit edilmiştir.¹⁰² Ancak ceza hukukunda (hadler ve kefâretlerde) kıyas kullanımını ile ilgili iki taraf arasında mevcut tartışmanın aynı muhteva üzerinde gerçekleşmediği söylenebilir. Zira Hanefiler’in kullandığı ve karşı çıktığı had ve kefâret konularıyla, onlara yöneltilen tenkitler arasında farklar vardır.

Hanefiler, nassın bulunduğu alanın dışında ilk olarak had ve kefâret niteliğindeki müstakil yeni bir suç ve cezanın ispat edilemeyeceği görüşündedirler. Onlara göre hakkında nas bulunmayan bir mesele, hükmü (zina haddi gibi) nas tarafından beyan edilmiş bir suça kıyaslanarak nassın hükmü bu olaya verilip faile ilgili had uygulanamaz. Başka bir ifadeyle kıyas bu alanların genişletilmesinde ve yeni had ve kefâretlerin belirlenmesinde kullanılamaz. Ancak Hanefiler, naslarda mevcut ve onlarla sınırlı had ve kefârete konu suçların ispat ve şartları ile ilgili hususlarda kıyasın, hatta istihsanın kullanımına karşı değillerdir. Bu sebeple aynı şekilde haram fiile tanıklık etmeseler de istihsan kuralı gereği belirli koşullarda zina şahitlerinin tanıklıklarını kabul etmişlerdir. Dolayısıyla Hanefiler, nasta var olan hadlerin oluş-

100 İbnü'l-Kassâr, s. 371-372; Bâcî, s. 629; Şîrâzî, *Tebîrâ*, s. 441; Âmidî, *İhkâm*, IV, 63; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 298-299; Şevkânî, *İrşâd*, II, 145; Harîz, s. 98.

101 Cüveynî, II, 68-69. Ayrıca bk. Râzî, V, 350.

102 Zekerîya, Abdülazizzoğlu, *Hanefî Doktrininde İbadet ve Ceza Konularında Kıyas Yönteminin Kullanılışı*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul 2010, s. 77.

ma koşulları, sabit ve sakıt olma durumları vb. hususlarda istidlâlê başvurmaya ve kıyasın kullanımına karşı değillerdir.¹⁰³ Neticede onlara göre nassın hükmü, konduğu alanın dışında benzer suçlara uygulanamaz. Ancak nassın beyan ettiği cezaların oluşma koşulları, şahitlikler, infaz şartları vb. üzerinde kıyasa başvurulabilir.

Hanefiler'in had ve kefâretlerde kıyasın icra edilmeyeceği yönündeki kabulelerine karşılık başta Şâfîler olmak üzere bir kısım usulcü, kıyasın meşruiyetiyle ilgili nasların mutlaklığı ve tahsis edici bir delilin yokluğu dolayısıyla ta'lile imkân bulunması halinde kıyasın her alanda kullanılabileceği görüşünü savunmuşlardır.¹⁰⁴ Bu hususta Gazzâlî şu ifadeleri kullanır: “*Yemenin* (Ramazan orucunu yeme-içme ile bozmanın) *cimaya* (ile bozmaya) *ilhakı kıyastır*. *Nebbâşın* (mezar soyuculuğu) *sârîka* (hırsıza) *ilhakı da kıyastır*. *Şayet bunun, hükmün menâtı* (dayanağı) *için tenkîh olduğu, menât için istinbat olmadığı iddia edilirse, bu da doğrudur*. Söзlerini bu şekilde yorumluyorsa onlara *muvâfakat etmek insafın gereğidir*. Bu durumda kefâretlerde, hadlerde ve hatta diğer hüküm sebeplerinde *cârî olan metodun bir önceki meselede söz konusu edilen ikinci metot değil, ilhak hususundaki birinci metot olduğunu; ikinci metodun ise hükmün menâtını tenkîhe raci olduğunu itiraf etmek gerekir*. Şöyle ki biz, akıl hastasını çocuğa ilhak ettiğimizde, çocukluğun velayetin menâtı olmadığı, tam tersine velayetin menâtının bundan daha genel bir özellik olduğu bizim için açığa çıkar ki bu vasıf, “tedbir aklının yokluğu” yani işin sonunu hesaplamaktan aciz oluştur.”¹⁰⁵

Had ve kefâretlere ilişkin suç fiilleri ve onlara bağlanan müeyyidelerin kıyasa konu edilmesinde ta'lil ile ilgili bazı çekincelerin bulunduğu kuşku yoktur. Ancak bu konulardaki naslar ve cezaları teker teker ele alınarak ta'lil edilse ve hükme kaynaklık eden özellik belirlense bile, Hanefî usulcülerle bazı Mâlikî usulcülerini bu alanlarda teşrîî kaynak anlamında kıyas yasağını benimsemişlerdir. Bu yaklaşımın

103 Cessâs, IV, 106-107; Zina suçunun teşekkülü ve haddin tatbikinde haram fiile ilişkin tanık ifadelerinin kişi, zaman ve mekan bakımından birleşmesi gerekir. (Serahsî, el-Mebsût, IX, 61; İbn Kudâme, el-Muğnî, IX, 72.) Tanık ifadelerinin birleşmemesi (شمهود الروايس) halinde, zina haddinin tatbiki hususu ihtilâfıdır. Fakihlerin cumhuru bu tür şahitlikte tanıkların şahitliğinin kabul edilmeyeceğinde görüş birliği içindedirler. Sadece Hanbeliler, mekan yönüyle yakınlığı yeterli görmüşlerdir. (İbn Kudâme, el-Muğnî, X, 215.) Cumhur ve Hanefilerden Züfer b. Hüzeyle göre, mekan veya zaman bakımından tanık ifadelerinin farklılığı halinde, tek bir haram fiilden söz edilemez ve bu şekilde aleyhine şahitlik yapılan kişilere zina haddi tatbik edilmez. Ancak Züfer'in dışındaki Hanefiler, mekan itil bariyle farklılığı belirli koşullarda bu şahitliği bozmayacağı ve bu şekilde ispat edilen suçun istihsan kuralı gereği zina haddi gerektireceği görüşündedirler. (Serahsî, el-Ustûl, II, 201; el-Mebsût, IX, 61, 102) Hanefilerin bu şekilde şahitlikte istihsana dayanarak zina haddine başvurmaları tenkit edilmelerine yol açmıştır. Zira suçun farklı mekanlarda işlenmesinin şahitliği düşürmesi, iki ayrı evdeki zinaya benzer ve bu suçta haddin sabit olmaması gerekir. Râzî, V, 350. Hanefiler bu şekilde hüküm vermelerini şu şekilde izah etmişlerdir: Tanıklar, aynı eylemde ifade birliğine ulaşmamakla birlikte anlatmakla yükümlü olmadıkları bir konuda aynı ifadeleri vermişlerdir. İki tanıklığın arasını bulmak mümkündür. Bu nedenle farklı şekillerde ifade veren tanıkların ifadeleri ile failere had gerekir. Diğer taraftan burada istihsana had cezasını uygulamak için değil, tanıklardan iftete iftira haddinin düşürülmesi için başvurulmuştur. (Serahsî, el-Mebsût, IX, 61-62.) Görüldüğü üzere burada Hanefiler, had ve kefâretlerde kıyas veya istihsan kullanarak başlangıç itibariyle / ibtidaen yeni bir had ortaya koymamışlar; sadece şahitliğin kabulü ve tashihiyle haddin ispatı hususunda bu delillere başvurmuşlardır.

104 Cüveynî, II, 70.

105 Gazzâlî, s. 331 (H. Yunus Apaydın'ın Türkçe tercümesinden naklen İstanbul-2006).

neticesi olarak Bardakoğlu'nun da ifade ettiği gibi, bu alan (ibadet, had, kefâret, ruhsat ve miktar belirten), naslarda belirtildiği şekilde korunduğu, cezada kanunîlik ve genellik sağlandığı ve ceza ve kefarete konularında keyfî ve haksız uygulamaların önlenildiği söylenebilir. Bu sebeple bu gruptaki usulcülere göre bu alanlardaki kıyas yasağı, bu alanlarda kıyasla istidlâl yasağı anlamında değil, yeni ibâdet ve ceza ispat etme yasağı anlamına gelir. Dolayısıyla bu alanlarda kıyas yoluyla bir yorumlamaya ve genişletmeye gidilmemesi, aynı zamanda, cezalandırmada kanunîlik, genellik, şahsîlik, şüpheden sanığın faydalandırılması, suç-ceza dengesinin korunması gibi ilke ve amaçları da korumuş olmaktadır.¹⁰⁶ Ayrıca bu konularda usulcüler farklı sonuçlara götüren başka bir takım usulî yaklaşımların bulunduğu da göz ardı edilememelidir.¹⁰⁷ Bu sebeple tartışma, daha ziyade had ve kefâretlerde kıyasın icrası etrafında gerçekleştiği için diğer usulî konularla ilgili farklı yaklaşımların ihtilafa temelden etki ettiği ikinci planda kalmaktadır.

C. KIYASIN CEZA HUKUKUNDA KULLANIM İMKANINA DAİR ÖRNEKLER

Kıyasın ceza hukukunda kullanımına dair görüş ayrılığının pratikteki sonuçlarını ortaya koyması bakımından tartışmanın üzerinde geçtiği konulardan bir kaçına burada yer vermek gerekmektedir. Bu, aynı zamanda usulde yaşanan tartışmanın pratiğe yansıyan taraflarının görülmesi açısından önem arz edecektir. Böylece Hanefîler'in yaklaşımları ile diğer usulcülerin yaklaşımlarını daha sağlıklı olarak anlama imkânı doğacaktır. Ceza hukukunda kıyasın kullanımı ile ilgili tartışmanın üzerinde gerçekleştiği konulardan bazıları şunlardır:

1. Livâta Fiilinin Cezası

Fakihler, Lût kavmine nispetle lûtîlik veya livâta ismiyle bilinen erkekler arası ilişkisinin, Kur'an'da *fahşâ* (açık hayâsızlık) kelimesiyle ifade edilmesine¹⁰⁸ ve bu sebeple *dünyevî cezayı gerektiren haram bir fiil olduğunda ittifak etmelerine* rağmen bu suçu işleyen kişilere uygulanacak dünyevî ceza hakkında farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Buradaki ihtilaf bu suçun zinaya¹⁰⁹ dahil edilip had suçu veya zinaya dahil edilmeyip ta'zîr suçu sayılması ile ilgilidir.¹¹⁰ Bu hususta İslâm hukukçularının görüşlerini iki kısımda değerlendirmek mümkündür.

106 Bardakoğlu, "Had", XIV, 550. Bütün bu fonksiyonları sebebiyle Hz. Peygamber "Allah'ın koyduğu cezalardan bir cezanın infazının yeryüzüne kırk sabah yağmur yağmasından daha hayırlı olacağını" buyurmuştur. İbn Mâce, *Hudûd*, 3.

107 Zekerîya, s. 76.

108 Araf (7), 80, 81; Şuara (26), 166. *Fahşâ* kelimesi pek çok ayette özellikle zina anlamında (en-Nisa, 4/15, 25; el-Enam, 6/151; el-Ahzâb, 33/30.) veya öncelikli olarak zinayı ifade edecek şekilde (el-Bakara, 2/169; en-Nahl, 16/90; en-Nûr, 24/ 21; en-Neml, 27/54.) geçmiştir. Esen, Hüseyin, "Zina", *DİA*, 2013, XXXIV, 440 (440-444).

109 en-Nûr, 24/2-3.

110 Esen, "Zina", XXXIV, 441; Yaşaroğlu, M. Kâmil, "Livâta", *DİA*, 2003, XXVII, 198-199 (198-200).

a. Ebû Hanîfe ve Zâhirîler livâta suçunu zinaya dahil etmezler. Ebû Hanîfe'ye göre zina suçu, *bir erkeğin aralarında nikah bağı veya şüphesi bulunmayan canlı bir kadınla önden cinsel birleşme fiilinin* adıdır. Dolayısıyla zina, sadece bu şekilde işlenen suçu ifade etmek için kullanılır. Livâta ise lügat / dilde zinanın dışındadır ve yalnızca erkekler arası ters ilişki fiili için kullanılır. Dilde de “zina etti, livâta yapmadı; livâta yaptı, zina etmedi” denir. Bu itibarla ona göre, üreme organının dışındaki bir yolla kadın ya da erkekle cinsel ilişkide bulunma fiilleri zinaya dahil değildir. Şer'î isimlerde kıyas cârî olmadığına göre zina ve livâtaya ilişkin hükümlerin de farklı olması gerekir. Mana yönüyle zina ile diğer haram fiillerin birleştiği ve bunun lügatten anlaşıldığı iddiası doğru değildir. Zina haddi yalnızca zina olarak işlenmiş suç için tatbik edilir. Livâta fiili veya nikah bağı bulunmaksızın bir kadınla arkadan ilişki ise zina değildir ve zinaya kıyasla bu haram fiilleri işleyen kişilere zina haddi tatbik edilmez. Bu durumda bu fiile tatbik edilecek cezanın türü ta'zirdir.¹¹¹ Ebû Hanîfe'nin delilleri arasında sahabenin bu suçu işleyenleri cezalandırma şekilleri de vardır. Zira sahabe, livâta suçu işleyenleri yakmak, bir duvarın dibine bağlayıp duvarı üzerine yıkmak, yüksek bir yerden atıp üzerine büyük taşlar yuvarlamak, ölünceye kadar hapsedmek gibi cezalar tatbik etmişlerdir.¹¹² Bu itibarla livâta suçu, had suçu olsaydı, miktar ve keyfiyetinde sahabe arasında ihtilaf bulunmazdı. Her iki suçtan *fahşâ* olarak söz edilmesi, onların hükümde birleşmelerini gerektirmez. Zira başka büyük günahlardan da *fahşâ*¹¹³ olarak söz edilmiştir.¹¹⁴ Ayrıca zinanın nesep, mehir, ihsan / iffetli olma sıfatı, boşanma vb. konularda hukukî sonuçları vardır. Ancak livâtada bu sonuçlardan söz edilemez.¹¹⁵ Bu itibarla *livâta*, cezai yaptırım gerektiren bir suç olsa da *zinaya kıyas edilemez* ve bu suçu işleyenlere zina haddi icra edilmez.

b. Hanefîler'den İmâmeyn (Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed), zina fiili livâtayı içerdiği için¹¹⁶; Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîler ise livâta eylemini kıyas ettikleri için bu suçu işleyenlere zina haddini gerekli görmüşlerdir. Zira Allah zinanı *fahşâ* kelimesiyle¹¹⁷ nitelendirerek haddi gerekli görmüş; ancak aynı kelimeyle nitelendirdiği *livâta*¹¹⁸ eyleminin suçundan söz etmemiştir. Her iki suçtan *fahşâ* sıfatıyla bahsedilmesi onların hükümde eşit olduklarına delâlet eder. Bu durumda livâta suçu da mefsedetteki müsavat sebebiyle zina hükmüne dahil edilir.¹¹⁹ İki eylem arasındaki bir diğer benzerlik, her iki suçta da *cinsel organı* haram bir ferce şehvetle girdirme vardır. Bu şekli benzerlik, her iki suçun müeyyidesinin de benzemesini gerektirir.¹²⁰

111 Debûsî, s. 132-133; 300; Serahsî, *el-Ustûl*, II, 156-159, 164; Ayrıca bk. Esen, “Zina”, XXXIV, 440.

112 Serahsî, *el-Mebûsât*, IX, 78-79; Merğînânî, Ebu'l-Hasen Burhâneddin Ali b. Ebi Bekr, *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mübtedî*, Beyrut, trs., II, 346; Yaşaroğlu, “Livâta”, XXVII, 199.

113 el-En'âm, 6/151.

114 Harîz, s. 106. Bu kelime Kur'an'da yirmi dört yerde geçer ve çeşitli kötülükleri ifade etmek için kullanılır.

115 Serahsî, *el-Ustûl*, II, 164.

116 Debûsî, s. 133.

117 el-İsrâ, 17/32.

118 el-Araf, 7/80.

119 Âmidî, *İhkâm*, I, 59 (Âmidî de livâtanın zinadan, nebbâşın sirkatten farklı olduğunu kabul eder; fakat yol açtıkları mefsedetleri esas alarak hükümlerinin birleştirilmesi gerektiğini ifade eder).

120 Âmidî, *İhkâm*, IV, 65-66; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 293-295.

Livâtayı Ebû Hanîfe'nin ta'zîr, İmâmeyn'in zina haddi kapsamında haram bir fiil kabul etmeleri, Hanefileri cumhurun eleştirilerine maruz bırakan konulardan biridir. Zira cumhur İmâmeyn'in bu sonuca kıyasla ulaştığı ve mezhep içe risinde konulmuş kurallara riayet edilmediği iddiasında bulunmuşlardır. Had ve kefâretlerin ta'lele elverişsizliğini kabul etmelerine ve bu alanlarda kıyasla yeni bir had ve kefâret inşasına karşı çıkmalarına rağmen Ebû Hanîfe ve İmâmeyn'in livâta suçundaki ihtilafları, zinanın lugat anlamı üzerindeki görüş ayrılığıyla alakalıdır. Ebû Hanîfe, her bir ismin farklı fiilleri ifade etmek için kullanıldığını kabul ederek zina ile livâtanın arasını ayırmış ve her bir fiile ayrı ceza öngörmüştür. İmâmeyn ise diğer iki suçu da zina kapsamına dahil etmişlerdir. Onlara göre, halis haram olan bu iki fiilin fahşâ sıfatıyla nitelendirilmesi, her iki suçta cinsel organı şehvetle haram bir ferce (ön veya arka) girdirme şeklinin bulunması ve her iki eylemin gusül gerektirmesi bu fiillerin lugat ve mana bakımından zina hükmünde olduğu anlamına gelir. Bu durumda söz konusu haram fiillere zina haddinin uygulanması, kıyasla değil, nassın delâletiyle sabittir.¹²¹ Dolayısıyla zina haddi, diğer iki haram fiil için asıl kabul edilmiş ve kıyas yoluyla onlara zinanın hükmü verilmiş değildir. Zira kıyasla had sabit olmaz.¹²² Görüldüğü üzere sahibeyn her ne kadar livâta fiiline zina haddi öngörmüşlerse de onlar burada kıyası kullanmamışlar; zina ve livâta kelimelerinin naslarda kullanılmasını ve zina suçunun unsurlarının livâta suçunda bulunduğundan hareket etmişlerdir.¹²³

Zinada taraflar arasında evlilik şüphesi bulunması, haddi düşürücü bir etkiye sahiptir.¹²⁴ Livâta eylemine katılanlar arasında bu tür bir şüpheden söz edilemez. Ayrıca livâtadan farklı olarak, zina fiilinin sıhri haramlık meydana getirmesi tartışmalı da olsa vardır.¹²⁵ Bu durumlar da zina ile livâtanın farklı fiiller olduğunu ve her iki fiile farklı hükümler uygulanması gerektiği görüşünü destekler mahiyettedir.

İmâmeyn livâta suçu hakkında öngördükleri cezayı kıyas yoluyla değil, nassın delâleti ile ulaşımlardır. Esasen Abdülazizoglu'nun da belirttiği üzere Ebû Hanîfe zinayı “nikah akdi bulunmayan canlı bir kadınla önden birleşmenin adı” olarak isimlendirerek bir bakıma asıl ile ilgili genel kuralı tespit etmiş; fakat diğer fiilleri bu asla kıyaslama imkânı bulamadığı¹²⁶ için bu konuları kıyasın icra alanının dışında tutmuştur. Bu itibarla Ebû Hanîfe burada kıyas metoduna başvurmuş; ancak asıl ve fer' arasında kıyasın tatbikine elverişli durum bulunmadığı için livâta eylemini zinaya ilhakı yönünde kıyası kullanmamıştır.

Hanefiler, kıyas yasasını had ve kefâret alanında kıyas yoluyla yeni bir suç ve müeyyidesi belirlemeyle sınırlı tutmuşlardır. Bu konudaki hükümlerin uygulan-

121 Cessâs, IV, 107; Debûsî, s. 133-134; Serahsî, *el-Usûl*, II, 164; *el-Mebsût*, IX, 77-79.

122 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 78.

123 Demir, s. 167.

124 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, Mektebetü'l-Kâhire 1388/1968, IX, 62.

125 Esen, “Zina”, XXXIV, 444.

126 Zekerîya, s. 71.

ması, şartları vb.de kıyas yasağı söz konusu değildir. Bu itibarla Hanefiler'e göre bu konulardaki naslar yalnızca nassın delâleti (mefhûmu'l-muvâfaka) çerçevesinde yorumlanabilir. Ta'lîl edilebilen her alanda kıyasın yürütüleceğini benimseyen Cumhur ise Hanefiler'in nassın delâleti kapsamında ulaştıkları neticeleri celî kıyasla elde edilmiş netice kabul ederler. Bu durumda cumhura göre celî kıyas, Hanefiler'e göre nassın delâleti ile benzer içeriğe sahiptir.¹²⁷ Hanefiler'in kıyası, cumhura göre kuvvet ve delâlet bakımından celî kıyastan daha zayıf ve kıyasın bir bölümünü teşkil eden müstenbat illet üzerine kurulu hafî kıyasa tekabül etmektedir. Ebû Hanîfe açısından bakıldığında kıyasla had ve kefâret konması (örnek olarak livâtanın zinaya kıyaslanması), başlangıç itibariyle yeni bir had ve kefâret koymaktır. Zira zina haddi kıyas yoluyla livâta fiiline taşınmakta ve ona da had öngörülmektedir. Böylece nas ve icmâ ile belirlenmişlerin dışında bazı fiiller had haline getirilmekte ve hadlerin sayısında ziyadeye gidilmiş olmaktadır. Bu durum "nassa dayanmayan had yoktur" kuralına aykırıdır.¹²⁸ Oysa hadler Allah tarafından belirlenmiş mukadderâtıdır, artırma veya eksiltme şeklinde onların ihlâli câiz değildir.

2. Mezar Soyuculuğunun Cezası

Fakihlerin cumhuruca göre hırsızlık, başkasına ait nisap miktarı malı korunduğu yerden sahiplenme gayesiyle gizlice almaktır. Hırsızlık suçuna bazı yönlerden benzeyen kapkaç, ihanet, yankesicilik, dolandırıcılık vb. suçlara haddin gerekip gerekmediğinde farklı görüşler vardır. Hırsızlık suçuna benzeyen ve failine hırsızlık haddi öngörülmesi hususunda ihtilafli fiillerden biri de mezar soyuculuğu (nebbâş) fiilidir¹²⁹ ki burada sadece bu eyleme öngörülen müeyyide üzerindeki tartışmalara değinilecektir. Bu konudaki görüşleri iki kısımda ele almak mümkündür:

a. Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre hırsızlık fiili, kefen çalma suçunu ihtiva etmez. Zira her iki suç fiilinin kurucu unsurları farklıdır. Nebbâş, sadece mezardan çalan fail için kullanılır. Tarafeyne göre mezar ne *binefsihî* (kendi başına) ne de *bigayrihî* (başkası sebebiyle) koruma alanı / hırzdır. Koruma alanında bulunmayan bir malın çalınması ise hırsızlık suçuna dahil değildir. Bu sebeple mezar soyucusuna hırsızlık haddi uygulanamaz; ta'zîr kapsamında bir ceza uygulanır. Dolayısıyla hırsızlık suçunun aslî unsurlarından kanunî unsuru ihlal etmiş sayılmayan muhtelis, muntehib, tarrar, hain ve gasıba hırsıza kıyasla hırsızlık haddini tatbik imkânı yoktur. Hırsızlığa benzeyen bu fiilleri, hırsızlığa kıyaslayarak faile had öngörülmesi tevkifin dışında yeni bir had belirlemesidir.¹³⁰

127 Cessâs, IV, 107; Bâcî, s. 633.

128 Harîz, s. 108.

129 Tehânevî, Muhammed A'lâ b. Ali b. Muhammed, *Keşşâfü Istilâhâti'l-Fünûn ve'l-Ulûm*, Beyrut 1996, I, 946.

130 Cessâs, IV, 107; Tehânevî, I, 947. Hırsızlık suçunun unsurları ve bunlardan hırs şartı için bk. Mehmet Dirik, *Hırsızlık Suçunda Koruma Alanı Şartı (Hırs) Kavramı*, DEÜİFD, XLII/2015, 127-175.

b. Hanefîler'den Ebû Yûsuf ile Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîler ise hırsızlığın mezar soyuculuğunu da içerdiği görüşündedirler. Bu sebeple kabrin, meyyite nispetle hırs sayılması mümkündür. Zira her nesnenin koruma alanı, o nesnenin niteliği çerçevesince korumaya münasip yerdir. Kefene rağbet edilmemesi, mütekavvim mal sayılmasına mani değildir. Bu durumda mesruk mal ile ilgili şartlar teşekkül etmiş sayılır ve nebbâşa had uygulanır.¹³¹

3. Amden Katl Suçunda Kefâretin Gerekliliği

Kur'an'da, hata ile bir mümini öldüren mümin kişinin kefâret olarak bir mümin köle âzat etmesi ve maktulün yakınlarına diyet ödemesi, bu mümkün değilse tövbesinin kabulü için peş peşe iki ay oruç tutması istenir.¹³² Yanlışlıkla bir mümin öldürmek, nassın ibaresiyle kefâret gerektirdiği halde, kasten bir mümini öldürmenin kefâret gerektirip gerektirmeyeceği hususunda İslâm hukukçuları farklı görüşleri savunmuşlardır.

Hanefîler'in içinde bulunduğu çoğunluğa göre, hataen öldürme amden öldürme meden daha hafif bir suçtur ve ibâdet karakteri de taşıyan kefâretle işlenen yanlışın telafi imkânı vardır. Ancak ondan daha büyük bir suç olan amden katlin sonucu kefâretle tamir edilecek türden bir ihlâl değildir. Diğer taraftan kefâretlerde ibâdet vasfı bulunduğu için böyle bir günah (amden katl) kefâretle bir araya getirilemez. Ayrıca nasla miktarı belirtilmiş olan kefâretin dinde küçük bir günahı silmek için vazedilmiş olması, büyük bir günahı silmek için de vazedilmiş olmasını da gerektirmez. Hanefîler'in dışındaki usulcüler ise hataen öldürme kefâret gerektirdiğine göre amden öldürmenin evleviyetle kefâret gerektireceği görüşündedirler. Zira amden öldürme suçu, hataen öldürme suçundan daha ağırdır.¹³³

4. Ramazanda Yeme-İçme İle Oruç Bozmanın Kefâreti

Ramazan orucu, bu ibâdetin rüknü olan imsakin kasten, isteyerek ve özürsüz olarak çiğnenmesi halinde bozular. İmsaki bozan haller ise yeme, içme ve cimâ / cinsel birleşmedir. Fakihler, Arabî hadisinden¹³⁴ dolayı cinsî münâsebet (cimâ) ile oruç bozana kefâret gerektiğinde ittifak etmiş olmakla birlikte bu fiilin dışında bir yolla imsaki ihlâl etmenin kefâret gerektirip gerektirmediğinde ihtilaf etmişlerdir.

a. *Kefâretin gerekeceği görüşü*: Hanefî ve Mâlikîler, yeme, içme veya cimâ ile Ramazan orucunu kasten bozan kişinin aynı hükme tabi olacağını ve bu tür bir ihlâlin

131 Cessâs, IV, 107; Serahsî, *el-Usûl*, I, 167; *el-Mebsût*, IX, 159, 161; Âmidî, *İhkâm*, I, 59; Tehânevî, I, 947.

132 en-Nisâ, 4/92.

133 Debûsî, s. 135; Merğînânî, IV, 117; Âmidî, *İhkâm*, IV, 76; Yaran, "Kefâret", XXV, 180-181. Gazzâlî de bu iki öldürme türü arasında fark bulunduğunu, hataen öldürmeden farklı olarak, amden öldürmede kefâretin bu suçu belli oranda gidermeye yeterli olmayabileceğini ifade etmiştir. Gazzâlî, s. 305.

134 Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 281.

kefâret gerektireceği görüşündedirler. Zira cimâ ile yeme-içme arasında orucun bozulması veya imsakin ihlâli bakımından bir fark yoktur. Bu hüküm kıyasla değil, istidlâlle ulaşılan bir neticedir.¹³⁵ Atâ b. Ebî Rebâh (ö. 732/114), Zührî (ö. 742/124), Evzâî (ö. 774/157), Süfyân es-Sevrî (ö. 778/161) ve İshak b. Râhûye (ö. 238/853) de bu görüştedirler.¹³⁶

b. *Kefâretin gerekmediği görüşü*: Şâfiî ve Hanbelîler'e göre, kasten yeme-içme ile ramazan orucu bozmak kefâret gerektirmez. Said b. Cübeyr (ö. 713/94), İbrahim en-Nehaî (ö. 714/96), İbn Sîrîn (ö. 729/110) ve Hammâd b. Ebû Süleyman (ö. 738/120) da bu görüştedir. Bu gruptaki fakihler, ta'lîl imkânı bulunan her alanda kıyası cârî kabul etmelerine rağmen, kefâretlerde Şâri'in belirledikleri ile yetinilmem si gerektiğini savunurlar. Zira cimâ ile oruç bozma, imsaki ihlâl sebepleri içerisinde en ağır olanıdır ve diğer oruç bozma yollarından farklıdır.¹³⁷

Şâfiîler, Hanefîler'in yeme-içme ile oruç bozmaya kefâret gerekli görmelerinin cimâyâ kıyasla ulaşılmış bir sonuç olduğunu ve bu konularda kıyasa karşı çıkmalarına rağmen ona başvurarak belirledikleri asılları çiğnediklerini ve çelişkiye düştüklerini iddia etmişlerdir. Onlara göre, cimâyâ kıyasla diğer oruç bozmalara kefâreti gerekli görmeleri, Hanefîlerin kefâretlerde kıyası kullandıkları anlamına gelir.¹³⁸

Hanefîler, yeme-içme ile oruç bozmaya niçin kefâreti gerekli gördüklerini açıklamışlar ve kendilerine yönelik ithamlara çeşitli şekillerde cevap vermişlerdir. Onlara göre, yeme-içmede kefâretin gerekmesi, bu fiillerin cimâyâ kıyaslanması ile değil, ilgili nassın delâletiyle elde edilmiş bir neticedir.¹³⁹ Zira Arabî, cinsi münâsebetle oruç bozduğunu *helektü* kelimesi ile ifade etmiştir ki esasen karısıyla yaptığı fiilde helak yoktur. Oruç bozmayı anlatırken kullandığı *muvâka'at* kelimesi, mübarek ayın hürmetinin çiğnenmesini ifade etmektedir. Bu anlam, lugatten anlaşılır; bu sonuca ulaşmak için reye dayalı kıyas vb. içtihat metoduna ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla orucu bozan her durum kefâret gerektirir. Pezdevî (ö. 1989/482)'nin ifadesiyle: "Muvâka'at bizâtihi cinayet değıldir. Bilakis o, memlûk mahalde vaki fiil için isimdir. Ancak bu ismin lugattaki kullanımına bakmak gerekmektedir. O da oruca karşı işlenen ve bu yönüyle cinayet sayılan oruç bozmadır. Bu durumda her türlü oruç bozmada kefâretin gerekliliğı, nassın manasıyla sabittir; zâhirîyle değil. Biz bunu ibare ve işaret olarak isimlendirmiyoruz. Zira o, rey olarak değil, nassın manasıyla dil bakımından sabittir. Biz onu kıyas değil, delâlet olarak

135 Debûsî, s. 134; Serahsî, *el-Mebsût*, III, 71, 73; Gazzâlî, s. 307 (Bu görüşteki Hanefîlere göre bu işlem, kıyas değil, istidlaldir. İstidlal türü ise hükmün menâtını tecrit ve gereksiz vasıfları ayıklama kabîlinden bir istidlaldir). Kudâme, *el-Muğni*, III, 130;

136 Kudâme, *el-Muğni*, III, 130.

137 Gazzâlî, s. 326; İbn Kudâme, *el-Muğni*, III, 130; Yaran, "Kefâret", XXV, 180.

138 Bâcî, s. 629; Cüveynî, II, 68; Sem'ânî, *Kavâtrî*, II, 108; Gazzâlî, s. 287, 307, 331.

139 Cessâs, IV, 108; Debûsî, s. 134.

isimlendiriyoruz.”¹⁴⁰ Hanefiler, yeme-içmenin kefâret gerektirdiği hususunda Hz. Peygamber’in Ramazan ayında karısıyla cinsî münâsebette bulunan sahâbi hakkının da kefârete hükmettiği¹⁴¹ rivayetini ve “Ramazan orucunu bozan kişiye zihâr yapana gereken şey vardır”¹⁴² hadisini de delil gösterirler. Zira bu rivayetlerde kefâretin gerekliliği yeme-içme veya cimâ ile sınırlı değildir. Bu sebeple bu nasların lafızları, her oruç bozana kefâret gerektiğini gösterir. Bu netice reye dayalı ta’lil ya da kıyasla değil, söz konusu nasların lafızları ile sabittir.¹⁴³ Görüldüğü üzere Hanefiler, Ramazan orucunun, her ne surette olursa olsun imsaki bozulması halinde kefâreti gerekeceği sonucuna kıyasla değil bu husustaki nasların delâleti ile ulaşmışlardır.

D. GÖRÜŞ AYRILIĞININ SEBEPLERİ

Had ve kefâret hükümlerinde kıyasın kullanılması meselesi usul eserlerinde tartışma konusu yapılmış konulardan biridir. Bu tartışmada tarafların kullandıkları delilleri ve akabinde bu alanlarda kıyasın kullanıldığına dair örnekleri zikrettikten sonra görüş ayrılığının sebeplerini de değerlendirmek gerekmektedir. Bu konudaki tartışmaları iki başlık altında ele almak mümkündür.

1. Fehva'l-hitâbın Nassın Delâleti veya Celî Kıyas Sayılması

Fehva'l-hitâbın delâlete dayanan bir netice veya kıyasa dayalı bir sonuç sayılması gerektiği usulcüler arasında tartışmalı konulardan biridir.¹⁴⁴ Had ve kefâretlerde kıyas yasağını benimseyen ve kısıtlayıcı bir delil bulunmadıkça aklın idrakine açık her alanda kıyası geçerli bir metot kabul eden usulcüler, fehva'l-hitâbın niteliği hakkında farklı görüşler ortaya koymuşlardır.¹⁴⁵ Kıyasın icra alanına dair ihtilafların belirli ölçüde kullanılan terminoloji ile de ilgisi bulunduğunun görülmesi açısından fehva'l-hitâbın muhtevası ile ilgili tartışmalar önem arz etmektedir. Bazı usulcüler kıyası celî ve hafî şeklinde ikiye ayırarak bu muhtevayı celî kıyas sayarlarken bazı usulcüler celî kıyas yerine reyle istinbata dayanmadığı ya da illet üzerine kurulu bir hüküm olmadığı için bu yolla varılan sonucu nassın delâleti olarak kabul etmişlerdir. Nassın delâletinin teknik anlamda kıyas sayılıp sayılmayacağı ile ilgili tartışmaları başka çalışmalara bırakarak konunun ceza hukukunda kıyas kullanımına yansımalarına konumuz açısından değerlendirmek istiyoruz.

140 Pezdevî, Ebû'l-Usr Fahrü'l-İslâm Ali b. Muhammed, *Usûlü'l-Pezdevî*, (Abdülaziz Buhârî'nin *Keşfü'l-esrâr 'an Usûli Fahrî'l-İslâm Pezdevî*, Dâru'l-kütübü'l-İslâmî, ts., kenarında) II, 221.

141 Buhârî, “Savm”, 30-31; “Keffârât”, 2, 4; Müslim, “Siyâm”, 14.

142 Serahsî, *el-Usûl*, II, 163 (من أظفر في رمضان فعليه ما على المظاهر); Zeyla'î, Ebû Muhammed Cemâlüddin Abdullah b. Yûsuf, *Nasbûr-râye li-tahrîci ehâdisi'l-Hidâye*, Beyrut-Lübnan-Cidde 1418/1997, II, 449.

143 Cessâs, IV, 108 (Malik b. Enes de özürsüz olarak oruç bozan kimseye kefâreti gerekli görmüştür); Debûsî, s. 134; Serahsî, *el-Usûl*, II, 163; Zühaylî, III, 1738; Yaran, “Kefâret”, XXV, 181.

144 Bu muhteva hakkında Hanefiler, bazı Şâfiî ve Hanbelîler delâlet; bazı Şâfiî ve Hanbelîler ise kıyasa dayalı bir sonuç olduğu görüşündedirler. İbn Kudâme, *Ravza*, II, 112-113.

145 Her iki tarafın görüşleri ve değerlendirme için bk. Nas, Taha, “Mefhûmu'l-Muvâfaka'nın Delâleti”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2011, sayı: 18, s. 99-102 (91-110).

Usulcüler, fehva'l-hitâbın (a fortiori / evleviyet) yerine nassın delâleti / delâletü'n-nas, delâletü't-delale, mefhûmu'l-muvâfaka, kıyas-ı celî, îmâü'l-kelâm, işâratü'l-kelâm, tenbih, mefhûmu'l-hitab ve lahnu'l-hitab gibi ifadeler kullanmışlardır.¹⁴⁶ Bu muhtevanın delâlet veya kıyasi bir sonuç sayılması hususunda Hanefiler ve cumhur farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Hatta bir mezhep içerisinde bile bu tür muhtevanın delâlete dayalı veya kıyasi bir netice sayılacağı hususunda farklı görüşler vardır. Meselâ Hanbelîlerden Ahmed b. Nasr b. Muhammed İbn Cüzey (ö. 380) bu muhtevanın kıyasa, Ebü'l-Hüseyn Muhammed b. Muhammed Ebü Ya'lâ (ö. 526/1131) ise delâlete dayalı bir sonuç olduğu görüşündedirler.¹⁴⁷

Hanefiler bu muhtevadan *nassın delâleti* olarak söz ederler ve bu kavramı, nas-ta sözü edilen durum için getirilen bir hükmün onda söz edilmeyen başka bir durum için daha öncelikli olması ve nassın hükmünün bu durum için de geçerli kabul edilmesi¹⁴⁸ şeklinde tanımlarlar. Hanefiler'in bu muhtevayı nassın zâhiriyle sabit hükümler (*nassın ibaresi*, *nassın işareti*, *nassın delâleti* ve *iktizanın delâleti*) arasında zikretmelerinin sebebi bu şekilde elde edilen neticenin reyyle içtihadı dayanan istinbat ve kıyas yoluyla değil, lafzî / lugavî olarak ifade etmesinden¹⁴⁹ kaynaklanır. Buna göre bu tasnifteki nassın delâleti; o kelamı işitenin, hakkında nas bulunmayan meselenin şer'î hükmünü, istinbat edilmiş illet üzerine kurulu kıyasla değil, dilin imkânlarıyla doğrudan doğruya elde etmesidir.¹⁵⁰ Bu şekilde ulaşılan sonuçta nassın kuvveti vardır ve ulaşılan netice, nassa dayanmaktadır. Dolayısıyla nassın delâletiyle ulaşılan netice hadlerin nasla sabit olması gerektiği ilkesine uygundur. Kıyas ise reyyle istinbat edilmiş mana üzerine kuruludur. Delâletin bu türüyle elde edilen sonuç, nasla sabit hükmüdür. Hanefiler, had ve kefâretlerin, delâletin bu türüyle sabit olduğu görüşündedirler.¹⁵¹ Bu itibarla nassın delâleti, celî kıyas olarak kabul edilse de gerçekte bu mana nassa dayandığı ve bu neticeye istinbat yoluyla ulaşılmadığı için mefhûmu muvâfakanın kıyastan ayrıldığı söylenebilir. Nassın delâletiyle ulaşılmış had ve kefâretlere ilişkin bir hüküm, kanun koyucunun bu kapsama dahil ederek hakkında hüküm tanzim ettiklerinin dışında yeni bir hüküm inşası anlamına gelmez.

Hanefiler'in dışındaki fakihlerin çoğunluğu, mefhûmu'l-muvâfakanın delâletini kıyasi bir delâlet (ilhak işlemi) olarak görürler.¹⁵² Ancak onlardan delâleti nutkun mahallinin dışında sabit lafzî bir ilhak işlemi görenler de mevcuttur. Zira

146 Nas, s. 93-94.

147 İbn Kudâme, *Ravza*, II, 112-113.

148 Debûsî, s. 132. Mefhûmu'l-muvâfaka için yapılan tanımların özellikleri açısından tasnifi ve değerlendirme için bk. Nas, s. 96-94. Mefhûmu'l-muvâfaka; nasta sözü edilen durum için getirilen bir hükmün onda söz edilmeyen başka bir durum için daha öncelikli olması ve nassın hükmünün bu durum için de geçerli kabul edilmesidir.

149 Cessâs I, 290 (وَمَا يَكُونُ مَعْنَاهُ مَعْقُولًا مِنْ لَفْظِهِ مَا يَفِيدُ مِنْ جِهَةِ الدَّلَالَةِ مَعْنَى لَيْسَ اللَّفْظُ مَوْضُوعًا لَهُ) ; Debûsî, s. 130; Pezdevî, I, 73 (أَمَّا الثَّابِتُ بِدَلَالَةِ فَهُوَ مَا ثَبِتَ بِمَعْنَى النِّظْمِ لَعَلَّ لَا اسْتِنْبَاطًا بِالرَّأْيِ) ; Serahsî, I, 241 (دَلَالَةُ النَّصِّ فَمَا ثَبِتَ بِمَعْنَى النِّظْمِ لَعَلَّ) ; II, 219 (النَّصُّ فَمَا ثَبِتَ بِمَعْنَى النَّصِّ لَعَلَّ لَا اجْتِهَادًا وَلَا اسْتِنْبَاطًا) ; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 113.

150 Cessâs I, 290; Debûsî, s. 130, 132; Pezdevî, I, 73; II, 219-220; Serahsî, I, 241; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 113; (Âmidî, *İhkâm*, III, 68; Araplar bu tür lafızları meskût mahalde hükmü tekid için mübalağa maksadıyla kullanmışlardır).

151 Debûsî, s. 132-133; Pezdevî, II, 220; Serahsî, I, 241 (فَمَا الثَّابِتُ بِدَلَالَةِ النَّصِّ فَهُوَ مَا ثَبِتَ بِمَعْنَى النَّظْمِ لَعَلَّ لَا اسْتِنْبَاطًا بِالرَّأْيِ).

152 Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, I, 158-159; II, 254-255; Bâcî, s. 633; Âmidî, *İhkâm*, III, 68.

orada kıyasa ihtiyaç yoktur. Âmidî (ö. 631/1233) *İhkâm*'da bu görüşü tercih etmiştir.¹⁵³ Dolayısıyla her iki görüş sahibine göre yaklaşım ve ispatta kullanılan yollar farklı olsa bile o hükümlerin pek çoğunda hüküm değişmediği¹⁵⁴ söylenebilir. Şu var ki, farklı usulleri takip edenlerin bazen benzer sonuçlara ulaştıkları vaki olsa da bazen farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Kanaatimizce, usulcileri farklı neticelere ulaştıran başkaca delil ve usulî kaidelerin bulunduğu da göz ardı edilmemelidir. Hadler ve kefâretlerle ilgili şer'î ahkamda kıyas yasağını benimsemekle birlikte nas sını delâletiyle hüküm ispatını kabul eden Hanefîler'in bu yolla ulaştıkları sonuçları dan bir kısmı, cumhura göre kıyasla sabit olmuştur. Burada ihtilafın belirli ölçüde lafzî ve ıstilahî olduğu söylenebilir. Ancak Şâfîler'in kıyasla sabit kıldıkları her bir meselenin Hanefîler'in nassın delâleti ile kast ettikleri sonuçtan farklı olması, bazen ihtilafın başka usulî yaklaşımlarla ilgili olduğu sonucuna götürmektedir.

Kıyasa karşı olan Nazzâm, Şii İmâmîler ve Zâhirîler'den Kâşânî ve Nehrevânî de hakkında nas bulunmayan meselelerin bu şekilde nas bulunanlara ilhakını kabul etmişler; bu işlemin kıyas değil, mefhûm olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁵⁵ Fehva'l-hitâbın mahiyetinin delâlet veya kıyasi bir sonuç sayılması hususunda Gazzâlî, hükme ne şekilde ulaşıldığını itibar etmek gerektiğini zikreder. Buna göre ulaşılan netice illete dayanıyorsa bu hüküm kıyas; mantûktan düşünme yoluyla ulaşıyorsa delâletle elde edilmiş bir neticedir. Buna mefhûmu muhalefe veya fehva'l-lafz denmesi ıstilahî bir ihtilafıdır.¹⁵⁶ Diğer taraftan Gazzâlî, bu tür delâlete kıyas denmesini pek uygun bulmaz. Zira bu tür bir yolla ulaşılan neticede düşünmeye ve illet istinbatına ihtiyaç yoktur. Burada söylenmeyen şey / meskût an, hükme, söylenenden / mantûk bih daha evladır. Kıyası bir tür ilhak sayanlar açısından bu istidlâl türü de kıyas kapsamına girer. Bu görüşte olanların muhalefeti sadece ibarededir.¹⁵⁷ Fehva'l-hitâb veya mefhûmu'l-muvâfaka'nın delâlet türü hakkında usulcüler arasında meydana gelen görüş ayrılığında, bu delâlet türü ile kıyas metodu arasında ki benzerliğin de etkisi vardır. Nitekim Fehva'l-hitâb ve kıyas metodunda benzer unsurlar (mantûk-asıl, meskûtun an-fer', menât-illet ve mantûkun-aslın hükmü) bulunmaktadır.¹⁵⁸ Bu sebeple konuyla ilgili çalışma yapmış bulunan Taha Na'sa göre usulcüler arasındaki bu ihtilaf, kullanılan terminoloji ile ilgilidir ve pratikte bir sonuç doğurmamaktadır.¹⁵⁹

153 Bu konudaki görüşler için bk. Âmidî, *İhkâm*, III, 66 (على السكوت موافقا مدلوله في محل النطق); 68vd.

154 Harîz, s. 92.

155 Gazzâlî, s. 301; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 184. Gazzâlî bu işlemi kıyas olarak isimlendirmeyi uygun bulmaz. Ancak kıyası da bir ilhak türü sayan Sünnî usulcülerin çoğunluğu bu işlemi celi kıyas, vazih kıyas gibi adlarla kıyas türleri arasında saymış, kıyasın en kuvvetli şekli olduğunu söylemişlerdir. Apaydın, "Kıyas", XXV, 532; Ayrıca bk. Koşum, s. 65.

156 Gazzâlî, s. 264-265 (Gazzâlî'nin buradaki şartı, söylenmeyenin söylenenden daha evvel veya onunla birlikte anlaşılması ve ondan geriye kalmamasıdır).

157 Gazzâlî, s. 305.

158 Nas, s. 99.

159 Nas, s. 105.

2. Kıyas Kullanımının Yeni Bir Had ve Kefâret Koymak Anlamına Gelmesi

Hanefîler'in görüşlerinin arzından sonra bu iddialara dair diğer görüşü benimseyen usulcülere geçebiliriz.

a. Hanefîler'e göre had ve kefâret alanına dahil hükümler yalnızca tevkîfî yolla bilinir. Bu alanlarda kıyasa dayanarak teşrîî kaynak olarak başlangıç itibariyle yeni bir suç ve müeyyide belirlenemez. Ancak bu yasak yalnızca yeni had ve kefâret suçu ispatında geçerlidir. Bunun dışında bu nasların muhtevalarının belirlenmesi ve hükümlerinin tatbikiyle ilgili hususların belirlenmesinde kıyasa başvurulabilir. Bu nitelikteki akıl yürütme, başlangıç itibariyle yeni bir had koymak değil; sadece nassın muhtevasının belirleme ile sınırlıdır.¹⁶⁰ Başka bir ifadeyle suç ve cezalarda kıyas, teşrîî bir kaynak olarak değil, hükmün kapsamına giren fiillerin tayin ve tespitine yardım eden açıklayıcı ve tefsir edici bir metot konumundadır.¹⁶¹ Meselâ zina haddine kıyasla yeni bir had belirlenemeyeceği için livâta suçu, zinaya ilhak edilerek bu suçu işleyene zina haddi uygulanamaz. Aynı şekilde hırsızlık, ona benzeyen diğer suçlara (muhtelis, müntehib, nebbâş, hain ve gasıb) asıl kabul edilerek kıyas yoluyla bu suçların faillerine hırsızlık haddine ait ceza tatbik edilemez. Zira had ve kefâretlerin her biri, kendine özgü isimler, muhteva ve terminolojisi ile belirlenmiştir. Şer'î isimler arasında kıyas yürütülmez. Çünkü her bir isim kendine özgü muhteva, şart ve müeyyideye sahiptir. Hırsızlık suçuna ilişkin el kesme cezası, kıyas yoluyla ona bazı yönlerden benzeyen diğer suç fiillere uygulanamaz. Ancak isimlerin muhtevasına giren unsurların ve bunlarla ilgili şartların belirlenmesinde -tevkif manası gözetilmek koşuluyla- kıyasa başvurulabilir. Bu durumda hırsızlık hakkındaki had, şer'î manası çerçevesinde kalır.¹⁶² Şâfiî usulcülerden bazılarının göre isimlerin kıyasla ispatı câizdir.¹⁶³

Cumhur, daha önce geçtiği üzere, Hanefîler'e had ve kefâretlerde kıyas kullanımına ilke olarak karşı çıkmakla birlikte seksen kırbaçlık içki haddinin kıyasa dayanması ile ilgili uygulama sebebiyle çelişkiye düştükleri iddiasında bulunmuştur. Hanefîler'e göre bu uygulama kıyasla ulaşılmış bir netice olsa da üzerinde icmâ meydana gelmiş bir hükümdür. Bu sebeple bu hükme kıyasla elde edilmiş bir hüküm nazarıyla bakılamaz. Ayrıca içki haddi Hz. Peygamber'in tatbik ettiği bir hükümdü.¹⁶⁴ Miktarının seksen kırbaç olarak belirlenmesi, yeni bir hüküm değil, uygulanan haddin miktar ve keyfiyetin belirlenmesi ile ilgilidir ve bu durum had ve kefâretlerde kıyas yasağına aykırı değildir.¹⁶⁵

160 Cessâs, IV, 107.

161 Demir, s. 171.

162 Cessâs, IV, 107 (حكم القطع لأن القطع بالنص واجب) (على السارق); Debûsî, s. 133-134; Serahsî, *El-Usûl*, II, 157-158; Hariz, s. 93.

163 Sem'ânî, *Kavâti'*, II, 110.

164 Buhârî, *Hudûd*, 2, 4; Müslim, *Hudûd*, 36, 37; Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 35; İbn Mâce, *Hudûd*, 16.

165 Cessâs, III, 280.

b. Hanefîler'in dışındaki usulcülerin cumhuru, tahsis edici bir delil bulunmadıkça, ta'lîl edilebilen her nassın hakkında hüküm bulunmayan meselelere asıl olmasını kabul etmişlerdir. Buna göre aklın idrakine elverişli olmayan ibâdet, had, kefâret, miktar veya ruhsatlara ilişkin naslar ilke olarak kıyasa açık olsa da ta'lîl imkânı bulunmadığı için kıyasın yürütülemediği alanı teşkil eder.¹⁶⁶ Gazzâlî bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: "Anlamı akılla kavranamayan "yeni başlanmış bağımsız kural / ilk defa olarak konmuş kural" illetin yokluğu yüzünden, buna başka şeyler kıyas edilemez. Bu kısım mecazen, "kıyas dışı" olarak adlandırılır. Zira kıyas dışılığın anlamı, kıyas metoduna göre olmamaktır. Çünkü öncesinde bir kıyasın genelliği / umumi kıyas ve bir istisna geçmemiştir ki müstesna daha önce dahil bulunduğu şeyden hariç kalmış olarak adlandırılsın. Rekât sayıları, zekât nisabı, had ve kefâretlerin miktarlarında ve zihinde hiçbir anlam canlandırmayan bütün ilk taabbüdî hükümlerde belirlenmiş şeyler –mukadderât- böyledir. Bunların illeti idrak olunamadığı için başka şeyler bunlara kıyas edilemez."¹⁶⁷

Hanefîler, kıyasa kapalı saydıkları ibâdet, had, kefâret, miktar ve ruhsatlara ilişkin alanlarda ta'lîl imkânı bulunmadığı için bu konularda kıyasın câri olmadığını savunurlar. Cumhura ise bu alanların, ta'lîl imkânı bulunması halinde kıyasa olduğu görüşüne sahiptirler.¹⁶⁸ Bu yaklaşım farkına rağmen, Hanefî ve cumhurun benzer hüküm verdikleri çeşitli meseleler vardır. Onların bu alanlarda benzer görüşe ulaşmaları, belirledikleri usullere bağlı kalmadıklarından değil, farklı yollarla da olsalar, neticelerin benzerliği olarak görülmelidir. Hanefîler'in mefhûmu'l-muvâfaka ile vardıkları neticelere cumhurun kıyasa (istidlâl) ulaşması bu durumu açıklamaktadır. Nitekim livâta suçunun tespitinde İmâmeyn ilgili nasların mefhûmu'l-muvâfakası ile cumhur ise zina suçuna kıyasa benzer sonuca ulaşmışlardır.

SONUÇ

İslâm hukuku sistematğinde miktar ve keyfiyeti naslar ve icmâ tarafından belirlenmiş had ve kefâretlerde kıyasın icra edilmesi hususu tartışmalıdır. Bazı usulcüler bu alanlarda kıyas yaşağını; bazıları ise sınırlandırıcı bir delil bulunmadıkça ta'lîl edilebilen her hükmün kıyasa elverişli olduğu esasını benimsemişlerdir.

166 Bâcî, s. 628; Sem'ânî, *Kavâti'*, II, 110 (مبدأ وكذا لا طريق)؛ Zencânî, s. 183; Zerkeşî, VII, 73 (أما إنشاء حد بالقياس على حد فلا)؛ (يجوز بالاتفاق).

167 Gazzâlî, s. 326. Gazzâlî, aslın şartları arasında bulunan kıyasa aykırı olmamayı (ma'dül an süneni'l-kıyâs) da kendi içerisinde çeşitli kategorilere ayırarak açıklamıştır. (Mest üzerine mesih, mesti çıkarmanın güçlüğü yüzünden ve mestin giyili tutulmasına ihtiyaç duyulmasındandır. Sarık, eldiven ve ayağın tamamını örtmeyen şeyler buna kıyas edilemez. Bunun sebebi, mest üzerine mesh hükmünün kıyas dışı olması değil, ihtiyaç duyulma, çıkarmanın güçlüğü ve umumu'l-belva hususunda ona eşit bir şeyin bulunmamasıdır. Yolculuk ruhsatları da meşakkat sebebiyledir. Fakat başka meşakkatler buna kıyas edilemez. Zira diğer meşakkatler, yolculuk meşakkatinin anlamlarına ve maslahatlarına eşit değildir. Gazzâlî, s. 327).

168 Sem'ânî, *Kavâti'*, II, 114; Âmidî, *İhkâm*, IV, 63 (وذلك معقول)؛ (بما علم في مسائل الخلاف لا أنه مجهر).

Bu makalede ceza hukukunda kıyasın icra imkânı, sadece İslâm hukuku açısından ele alınmış; ilgili tarafların delil ve iddiaları ile kendilerine yönelik itirazlar ve onlara verdikleri cevaplar hem usulî yönden hem de tartışmanın üzerinde cereyan ettiği örnekler üzerinde incelenmiştir.

Had ve kefâretlerde kıyasın icrası veya kıyas yasağı ile ilgili tartışma, kıyasın meşruiyeti ile değil, bu alandaki hükümlerin ta'lile ve kıyasa elverişli olup olmadığı ile ilgilidir. İlke olarak bu alanlarda kıyas yasağını benimsemiş olan Hanefiler, ta'lil imkânı bulunmadığı ve/veya ta'lil imkânı bulunsa bile miktar ve keyfiyeti naslar ve icmâ tarafından belirlendiği için bu görüşlerinde ısrarcı davranmışlardır. Buna karşın Hanefiler'in dışındaki usulcülerin çoğunluğu, kısıtlayıcı bir delil bulunmadıkça ta'lili mümkün her alanda kıyasın icrasını benimsemişlerdir. Ancak bu görüşteki usulcüler de söz konusu alanlarda ta'lilin imkânsız olduğundan hareketle bu konularda kıyasın cârî olmayacağı noktasında Hanefiler'e yakın bir konumda yer alırlar.

Ceza konularına (had ve kefâretler) ilişkin hükümlerin mahiyet ve keyfiyetinin nas ve icmâ tarafından belirlenmişliği ve ta'lildeki zorluk bu alanda kıyas yasağının benimsenmesinde etkili olmuştur. Ancak bu gerekçelerin ötesinde bu alanlarda kıyas yasağını benimsemeye sevkeden başka sebeplerin bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Had ve kefâretlerde kıyas yasağının benimsenmesiyle, Bardakoğlu'nun da belirttiği üzere, "bu alanlardaki nasların belirlendiği şekilde muhafaza edilmesi, cezalandırmada kanunîliği ve genelliği sağlama, keyfi ve haksız uygulamaları önleme amaçları da gözetilmiş olmaktadır. Böylece cezalandırmada kanunîlik, genellik, şahsîlik, şüpheden sanığın faydalandırılması, suç-ceza dengesinin korunması gibi ilke ve amaçları da korunmuş olmaktadır." Bütün bu zikredilen sebepler usulcülerini, söz konusu alanlarda teşrîi anlamda kıyas yasağını benimsemeye sevk etmiştir.

Hanefiler ceza konularında kıyas yasağını benimsemelerine, diğer usulcüler ise ta'lili mümkün olan her alanda kıyası cârî görmelerine rağmen bu yaklaşım farklılığı, uygulamada çok farklı neticelere yol açmamıştır. Taraflar, farklı usulleri takip etmelerine rağmen yakın sonuçlara ulaşmışlardır. Kuşkusuz bunda kullanılan usullerin muhteva ve içeriklerine yüklenen anlam etkili olmuştur. Bu bağlamda *fehva'l-hitâb*ın bir delâlet türü mü yoksa kıyasla elde edilmiş bir sonuç mu olduğu Hanefiler ve cumhur arasında tartışmalıdır. Hanefiler bu yolla varılan hükme, istinbat ve içtihadı ihtiyaç duyulmaksızın lafızdan anlaşılan lugavî bir anlam olan delâlet kapsamında değerlendirirlerken cumhur, ta'lile dayanan kıyasla elde edilmiş bir sonuç olarak görmektedirler. Bu durumda *fehva'l-hitâb*, nassın delâleti ile celî kıyas kısmen benzer mefhûmları içermektedir. Had ve kefâretlerde kıyası cârî görenler yalnızca celî kıyasla buna imkân verirler. Bu faaliyette delâlet, istidlâle; kıB yas, istinbata dayanan hüküm yollarıdır; birinci yol, reyle içtihadı başvurmaksızın

lugat bakımından sabit iken ikincisi müçtehidin istinbatına dayanmaktadır. Bu durumda ihtilaf, hükme ulaşmadaki yol ve kullanılan terminoloji ile alakalıdır. *Fehva'l-hitâbı* Hanefiler'in bir delâlet türü, cumhurun celî kıyas kabul etmesi, her iki tarafın farklı terminoloji ile elde ettikleri neticenin benzer noktalarda birleşmesinin sebebi olarak görülebilir.

Uslucüler, uzak durma sebebinde ihtilaf etseler de had ve kefâretlerin miktarıyla ilgili şer'î hüküm ispatından ittifakla uzak durmuşlardır. Cumhur, illetine idrak kudreti bulunmadığı için kıyasla bu türün ispatından uzak dururlarken Hanefiler, ilke olarak bu alanı kıyas dışı kabul etmişlerdir. Hanefiler'e göre yasak, bu alanda kıyasla yeni bir had ve kefâret belirlenmesi ile ilgilidir. Yeni bir had ve kefâret belirlemenin dışında kalmak şartıyla bu alandaki mevcut hükümleri beyan etme, cezayı kaldırma, suçta iştiraki belirleme, cezaların tatbiki vb. hususlar kıyasa kapalı değildir.

İSLÂM HUKUKUNDA ALZHEİMER HASTALIĞININ EDÂ EHLİYETİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Dr. Ömer MENEKŞE*

Özet: Ehliyet, kişinin hak ve yükümlülük sahibi olmasını ifade eden bir terimdir. Kişinin hak sahibi olması ve bu haklar üzerinde tasarrufta bulunabilmesi ehliyetin “vücüb” kısmını oluşturur. Bir takım yükümlülüklerinin bulunması ve hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulması ise kişi ehliyetinin “edâ” kısmını oluşturur. Vücüb veya edâ ehliyetinde ortaya çıkarak her ikisini veya sadece birisini yok eden veya daraltan yahut ehliyetlere etki etmeden onların bazı hükümlerinde değişiklik meydana getiren durumlara ise “ehliyet ârizaları” denmektedir. Bu makalede, İslam hukukunda kişinin hukukî tasarruflarına belirli sınırlamalar getiren bir ehliyet ârizası olan ateh kapsamında, bir akıl eksikliği ve zayıflığı halinden ibaret alzheimer hastalığı ele alınmış, alzheimer hastasının hangi hukukî işlemleri hangi şartlar altında yapabileceği, hangi hallerde bunlardan sorumlu tutulabileceği, hukuka aykırı eylemlerinin hukuk karşısındaki değerinin ne olduğu gibi konular irdelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ehliyet, Vücüb Ehliyeti, Edâ Ehliyeti, Ateh, Bunama, Alzheimer.

Impact Of Alzheimer’s Disease On Capacity For Execution (Ahliyyah Al-Ada) In Islamic Law

Abstract: Capacity (ahliyyah) is a term that refers to an individual’s competence to have rights and obligations. The capability to have rights and act upon them constitutes the “al-wujub” part of said capacity. Bearing certain responsibilities and being held accountable for unlawful acts constitute the “al-ada” segment of one’s capacity. “Capacity defects” are situations that occur under the ahliyyah al-ada or al-wujub, eliminating or restricting both or one, or causing change in various provisions without affecting the individual’s capacity. Within the scope of dementia, a capacity defect which brings certain restrictions to the individual’s legal dispositions in Islamic law, this article deals with Alzheimer’s disease from the phase of a lack of reasoning and weakness of the mind; it attempts to examine issues such as “Which acts can be carried out by an Alzheimer’s patient and under which conditions”, “In which cases can the patient be held accountable for their action”, and “How their unlawful acts are perceived by the law.”

Keywords: Capacity, Ahliyyah Al-Ada, Ahliyyah Al-Wujub, Dementia, Senility, Alzheimer’s.

* DİB Bilgi Yönetimi ve İletişim Daire Başkanı; omer.menekse@diyanet.gov.tr

GİRİŞ

EHLİYET ve EHLİYET ÂRIZALARI

I. Ehliyetin Tanımı ve Mahiyeti

Sözlük anlamı itibarıyla “yetki, yeterlilik, selahiyet, liyakat ve elverişlilik” gibi anlamlar taşıyan¹ ehliyet; Fıkıh usûlü terimi olarak en genel anlamıyla kişinin dinî-hukukî haklara ve yükümlülüklerle konu (muhatap) olmaya elverişliliğini ifade eder.²

Ehliyetin, birisi dinî-hukukî hitaba ehil olma, diğeri kişinin söz ve tasarruflarının onlardan beklenen sonuçları doğuracak şekilde hukuken geçerli biçimde gerçekleşmesi olmak üzere iki yönü bulunur. Bu iki hususiyetten hareketle ehliyet, “Şâri’in kişide takdir ettiği ve onu dinî-hukukî teklifin muhatabı olmaya elverişli kılan özellik”³ şeklinde tarif edilmektedir.

İnsanın şer’î hitaba ehil ve muhatap oluşunun nedenlerinden biri, akıl denen anlama, düşünme ve ona göre davranma kabiliyetine sahip bulunmasıdır.⁴ Kişinin muamelelerinin hukukî netice verebilmesi için, hukuk nazarında muhatap kabul edilmesi gerekir. İşte bu muhatap kabul edilmenin esası ise “ehliyet” denilen insanın liyakati, selahiyeti, kısaca hukukun tanımladığı ölçüde bir vasfın, kabiliyetin bulunmasıdır. Kişi bu vasf ve nitelik sayesinde sözlü ve fiili tüm tasarruflarından sorumlu, bütün ibadetlerle yükümlü, cezaya ehil kabul edilir. İnsanın bu anlamdaki ehliyet ve sorumluluğuna “*ehliyyetül-hitâb= hitaba ehil olma*” adı verilir. Bundan maksat insanın dinin davetini anlayacak konum/akıl ve emirleri ifa edecek ergenlik/kıvamda olmasıdır. Bu tür dinî sorumluluk için aklın tek başına yeterli olup olmadığı veya ne gibi ilave şartlar arandığı gibi hususlar özellikle kelâm ve usûl âlimleri arasında geniş tartışmalara konu olmuştur.⁵

Ehliyet, fıkıh usûlü açısından kişinin şer’î hükümle olan bağını, fûrû’ fıkıh açısından ise dinî ve hukukî hükmün doğmasının veya geçerliliğinin ön şartını ifade eder. Bu yüzden ehliyet bu iki ilim dalını da yakından ilgilendirir. Ehliyet konusu

1 Saâdi Ebû Ceyb, *el-Kamüsü’l-Fıkh Lugaten ve Istilahen*. Dârü’l-Fıkr, Dımaşk 1988, s. 29; Heyet, *el-Mu’cemu’l-vasıt*, I-II, ts., I, 32.

2 Ehliyet kavramının istilâhî tarifi için bkz. Serahsi, *Usulü’s-Serahsi*, I-II, (thk. Ebû’l-Vefâ el-Efgânî) Çağrı Yayınları, İstanbul 1993, II,332; el-Buhârî, *Keşfü’l-esrar ala Usulü’l-Pezdevi* (nşr: Muhammed el-Mu’tasım Billah el-Bağdâdî) Dârü’l-Kütübü’l-Arabîyye, Beyrut 1997: IV, 335; el-Karî, *Şerhu Muhtasarı’l-Menar (Tavzihü’l-Mebani ve Tenkihü’l-Meani)*. (thk. İlyas Kaplan) Daru Sadır, Beyrut 2006, s. 441; Ceburî, *Avârizü’l-ehliyye inde’l-usûliyyin*, Câmîatu Ümmi’l-Kurâ, Mekke 1988, s.70-71; Mustafa Uzunpostalcı, “İslâm Hukuku Açısından Ehliyet”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2006, sy.8, ss. 149-182, s.155-156.

3 Ebû Zehre, *İslam Hukuku Metodolojisi: Fıkh Usulü*, (ter. Abdulkadir Şener) Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara 1973, s.283; Zerka, *el-Fıkhü’l-İslâmî fî Sevbihî’l-cedid : el-Medhalü’l-Fıkhîyyü’l-âm*, I-III, Dârü’l-Kalem, Dımaşk 2004, II,783; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, Nesil Yayınları, İstanbul 1986, I, 178.

4 Hallaf, *İslam Hukuk Felsefesi*, (ter.Hüseyin Atay) Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Ankara 1985, s.319-320; Molla Hüseyin, *Mir’atu’l-usûl Şerhu Mir’ati’l-vusul*, Şirket-i Sahafiye-i Osmaniye, Dersaadet 1321, s. 591; Karaman, H., *age.*,I, 178.

5 Zeki Koçak, “İslâm Hukuk Metodolojisinde Ehliyet ve Kısımları”, *Diyanet İlmî Dergi*, XXXIX/4, Ankara, 2003, ss. 31-54, s.54; Ali Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA.*, X,534.

fıkıh usûlünde, mütekellimîn metoduyla yazılan eserlerde şer'î hüküm bölümünde “mükellef (el-mahkûm aleyh)” başlığı altında, fukaha (Hanefî) metoduyla kaleme alınanlarda ise usûlün son bahsi olarak müstakil bir başlık altında ve daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.⁶

II. Ehliyet Çeşitleri

Kişinin hak ve borçlarının sabit olması, dinî vazifelerle yükümlü tutulması, hukukî işlem ve davranışlarının geçerli sayılması, toplumsal ve cezaî sorumluluk taşıyabilmesi gibi farklı seviyedeki hak ve yükümlülükler onun şer'î hitabın muhatabı olmasının değişik tezahürleridir. Bunların her bir türü farklı seviyede aklî ve bedenî yetişkinliği gerektirir.⁷ Şahıs, bu gelişimiyle önce lehine sonra aleyhine bir takım hakların sabit olmasına, sonra bazı muamele ve tasarruflarının sıhhatine, en sonunda da hukukun gereklerini ihlalden sorumluluk, taahhüt ve bağlantıları sebebiyle borçlanmaya ehil hale gelir.⁸

Ehliyet kişinin haklardan faydalanmaya, bu hakları kullanmaya ve borçlanmaya elverişli olması demektir. Bu yüzden cenin safhasından itibaren aklî ve bedenî gelişim seyrine paralel olarak tedricen bu ehliyet kazanılmakta ve rüşd ile tamam hâle gelmektedir. Nitekim önce bazı haklardan faydalanma şeklinde başlayan bu ehliyeti bütün haklardan faydalanma, ardından da bazı konularda borçlanabilme ve malî sorumluluk altına girme takip eder. Daha sonra da kişinin dinen ve hukuken geçerli söz ve davranışta bulunabilme yetki ve sorumluluğu, yani hakları bizzat kullanabilme ehliyeti gelir. Bu sebeple İslâm hukukunda insan hayatı, hukukî kişiliğin başlamasından itibaren ehliyet açısından çeşitli dönemlere ayrılmış ve her bir dönem için kısmen farklı kurallar belirlenmiştir. Buna bağlı olarak ehliyet için bu dönemlere uygun ayırım ve adlandırmalar yapılmıştır.

Fıkıh eserlerinde ehliyet “vücûp ehliyeti” ve “edâ ehliyeti” şeklinde iki ana kısma, insan hayatı da cenin, çocukluk, temyiz, bulûğ ve rüşd şeklinde devrelere ayrılarak incelenmektedir.⁹ İnsan, cenin devresinden başlayarak sağ olarak doğumuna kadar eksik vücûb ehliyetine, doğumundan ölümüne, hatta ölümünden sonra borçları verilir vasiyetleri yerine getirilinceye kadar da tam vücûb ehliyetine sahiptir. Temyiz çağına ulaşınca eksik edâ ehliyetine sahip olan insan, ergenlik ve rüşd çağına varınca da tam edâ ehliyetine kavuşur.¹⁰

6 A. Cüneyd Köksal, “Hanefî Fıkıh Düşüncesinde Vücub-Eda Ehliyeti Ayırımı ve Bu Ayrımla İlişkili İki Mesele”, *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2011, sy.25, s. 105-122, s.106-107; Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA.*, X,534.

7 Buhari, *age.*,IV, 335; el-Kari, *age.*,s. 441-442.

8 el-Kari, *age.*,s. 442; Bardakoğlu,“Ehliyet”, *DİA.*, X,534.

9 Bardakoğlu,“Ehliyet”, *DİA.*, X,534.

10 Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslamiyye ve Istilahâtı Fıkhiyye Kamusu* , I-VIII, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1985:I, 227-228.

III. Ehliyeti Daraltan Sebepler (Ehliyet Ârızaları)

Ârıza, aslında bulunmadığı halde sonradan meydana gelen şey demektir. İslam hukukunda sonradan meydana gelip kişinin ehliyetini daraltan, eksilten, yok eden veya ehliyeti etkilemeksizin ilgili kişiye nispetle bazı hükümlerin değişmesine yol açan sebeplere “*ehliyet ârızaları*” denir.¹¹ Bu durumlar normal olarak kişide bulunmayan ancak sonradan orta çıkan bir takım durumlardır.

Ehliyeti daraltan veya ortadan kaldıran ârızalar, netice itibariyle edâ (fiil) ehliyetine ait ârızalardır. Çünkü bunlar kişinin ya satım, kira, hibe, vakıf gibi hukukî işlemlerine belirli sınırlamalar getirirler veya onu namaz, oruç, hac gibi dinî mükellefiyetlerden muaf kılarlar.

Bu çerçevede ehliyet ârızaları, oluşumunda bireyin iradesinin rolünün bulunup bulunmaması ölçütüne göre semavi ve müktesep ehliyet ârızaları olmak üzere iki kısma ayrılır.¹²

A. İrade Dışı Sebepler (Semavî Ârızalar)

Meydana gelmesinde kişinin irade ve seçiminin etkili olmadığı, diğer bir ifadeyle kazanılmış değil karşılaşılmış fakat ehliyeti olumsuz etkileyen haller, irade dışı (semavî) ehliyet ârızalarını oluşturur.

Semavî ehliyet ârızalarının nelerden oluştuğu konusunda tam bir fikir birliği yoksa da, çocukluk (küçüklük/sığar), akıl hastalığı (delilik/cünûn), akıl noksanlığı/bunama (ateh), baygınlık (iğmâ), uyku (nevm), unutma (nisyân), ay hali (regl/hayız), loğusalık (nifâs), ölümcül hastalık (maraz-ı mevt), ölüm (mevt) ve kölelik (rıkk) bu kapsamda değerlendirilmiştir.¹³

B. İradeye Bağlı Sebepler (Müktesep Ârızalar)

Meydana gelmesinde mükellefin veya üçüncü şahısların irade ve seçiminin etkili olduğu sonradan kazanılmış haller, müktesep ârızaları oluşturur. Bilgisizlik (cehl),

11 Zerka, *age.*,II,832; Abdülkerim Zeydan, *Fıkıh Usulü:İslam Hukuku*, (trc.Ruhi Özcan) Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı (İFAV) Yayınları, İstanbul 1982, s. 131; Karaman, H., *age.*,I,189; Zekiyüddin Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları: (Usulü'l-Fıkıh)*, (trc. İbrahim Kafi Dönmez) Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1990, s. 281-282; Mehmet Akif Aydın,“Avâriz”, *DİA.*, IV,108.

12 Geniş bilgi için bkz. Buharî, *age.*, IV, 370-371; Habbazi, *el-Mugni fi Usulü'l-fıkıh*. (thk. Muhammed Mazhar Beka) Câmiatu Ümmi'l-Kurâ, Mekke 1983, s. 362; Hudari, *Usulü'l-fıkıh*, el-Mektebetü't-Ticaretî'l-Kübra, Mısır 2002, s.362; Hallaf, *age.*,323; Halit Çalış, *İslam Hukukunda Ehliyet Teorisi : Ehliyet Arızaları Ekseninde Farklı Bir Bakış*, Konya, 2004, s. 118; Uzunpostalcı, “İslâm Hukukunda Ehliyeti Daraltan veya Ortadan Kaldıran Sebepler”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy:9, 2007, ss. 67-100; Şaban, *age.*,s. 252; Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA.*, X/538-539.

13 Zeydan, *age.*, s. 133-144; Ebû Zehre, *İslam Hukuk Metodolojisi: Fıkıh Usulü*, (trc. Abdulkadir Şener) Fecr Yayınevi, Ankara 1986, s. 290-293; Hudari, *age.*, s. 93-97; Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulü*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı (İFAV) Yayınları, İstanbul 1988, s.147; Aydın, “Avâriz”, *DİA.*, IV, 108; Çalış, *age.*,s. 119; Uzunpostalcı, “İslâm Hukukunda Ehliyeti Daraltan veya Ortadan Kaldıran Sebepler”, s. 69-83.

sarhoşluk (sükr), ciddiyetsizlik (hezl), harcamalarda tedbirsizlik (sefeh), yanılmak (hata), yolculuk (sefer), borçluluk ve iflas, genel özelliği bakımından kişinin bizzat kendisinden kaynaklanan müktesep ârizalar iken, zorlama (ikrah), başkasından kaynaklanan müktesep âriza özelliğine sahiptir.¹⁴

Literatürde her bir ehliyet ârizası ayrı bir başlık altında ele alınarak ayrıntılı şekilde incelenir. Bu durum ve sebeplerin edâ ehliyetine etkileri de hayatın tabii seyirini teşkil eden temyiz öncesi dönem, temyiz dönemi ve bulûğ-rüşd sonrası dönem şeklindeki üçlü ayırım modeline göre ele alınır. Meselâ tam delilik, tam bunaklık, baygınlık gibi ehliyeti tamamıyla kaldıran durumlarda kişinin temyiz öncesi çocukluk (gayri mümeyyiz sabi) hükmünde, edâ ehliyetini kısmen etkileyen durumlarda ise mümeyyiz çocuk hükmünde olduğu kabul edilir. Her bir ârizî durumun kaynağı ve mahiyeti farklı olduğundan bunların her birinin dinî ve hukukî sonuçları da Allah hakkı - kul hakkı, ibadetler, hukukî işlemler, sözlü - fiilî tasarruflar gibi birtakım ayırımlar yapılarak incelenir.¹⁵

Diğer taraftan ehliyete olumsuz tesir eden hallerden akıl hastalığı ve akıl zayıflığı gibi bir kısmının salt varlığı, kişiyi kısıtlı (mahcur) yaparken¹⁶; harcamalarda tedbirsizlik gibi diğer bir kısmı için bu sonuç, mahkeme kararına bağlıdır, sırf sebebin varlığı yeterli değildir.¹⁷

Ehliyeti daraltan sebepler, kişinin leh ve aleyhinde birtakım hak ve sorumlulukların doğmasına engel olmaz.¹⁸ Dolayısıyla ehliyetsiz veya eksik ehliyetli sayılanlar (akıl hastaları, mâtuh, sefih vb.) mirasçı olabilirler, kendilerine vasiyet yapılabilir, lehlerine vakıf kurulabilir, kendileri için satın alınan malların mülkiyetini kazanırlar. Aynı şekilde aleyhlerinde birtakım borçlar da sabit olur. Kanunî temsilcileri olan velî veya vasîlerinin onlar adına yapabildikleri satış vb. hukukî muamelelerden doğan borçlar, ayrıca nafaka nevinden olan borçlar haklarında sabit olur. Haksız fiilleriyle bir kimsenin malına zarar verilerse tazmin etmek zorundadırlar.¹⁹

Dikkat edilirse klasik fıkıh ve usul literatüründe bir şekilde hükümde farklılaşmaya sebep olan her durum ehliyet ârizası olarak değerlendirilmiştir. Bu konuda hâkim olan ortak temayül, Allah hakları konusunda akıl ve temyiz gücü bulunmadığı sürece muaf tutmak, kul ve toplum hakları konusunda ise kişiyi farkında olarak işlediği söz ve davranışlarından dolayı mümkün olduğunca sorumlu tutmak,

14 Zeydan, *age.*, s. 145-187; Ebû Zehre, *İslam Hukuk Metodolojisi: Fıkıh Usulü*, s. 293-310; Hudari, *age.*, s. 97-109; Atar, *age.*, s.152; Tuba Yılmaz, *İslam Hukukunda Ehliyeti Daraltan veya Ortadan Kaldıran Sebepler*, Atatürk Üniv. Sosyal Bilimler Enst. Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum 2012, s. 90-141; Uzunpostalcı, "İslâm Hukukunda Ehliyeti Daraltan veya Ortadan Kaldıran Sebepler", 2007, s. 83-98.

15 Serahsi, *Usul*, II, 341-353; Bardakoğlu, "Ehliyet", *DİA.*, X/538-539; H. Yunus Apaydın, "Hacir", *DİA.*, XIV, 513-517.

16 Mecelle, md. 957.

17 Mecelle, md. 958-959.

18 Mecelle, md. 980.

19 Aydın, "Avâriz", *DİA.*, IV,108

ehliyetini etkileyen bu durumlar ileri sürülerek başkasının haklarının ihlâl edilmesine imkân vermemek, üçüncü şahısların haklarının korunması ilkesine öncelik tanımak yönündedir.²⁰

I. BİR EHLİYET ÂRIZASI OLARAK ATEH ve ALZHEİMER HASTALIĞI

A. ATEHİN TANIMI

Sözlükte “aklı zayıflamak, eksilmek, bunamak, bir şeye düşkün olmak”²¹ anlamlarına gelen “ateh”, hukuk usulcülerine göre “akıl karışıklığı, kişinin sözünde istikrar olmayışı, bazen akıllı bazen de akıl hastası kişilerin söyleyebileceği sözleri söylemesidir.²² Başka bir ifade ile akıldaki idrak ve kavrama noksanlığından doğan zayıflık, idrak eksikliği, insanın söz ve fiillerinde meydana gelen karışıklıktır.²³ Bu durum akıl ve zekânın yeteri kadar gelişmemiş olmasından kaynaklanabileceği gibi yaşlılık sebebiyle sonradan da meydana gelmiş olabilir. Kendisinde bu hal görülen kişiye “ma’tûh” denir. Ma’tûh akli melekeleri gelişmemiş, idrak ve anlayışları noksan, sözü ve davranışları tutarsız, işlerinde tedbiri eksik kimsedir.²⁴

Hukukçular ma’tuhla ilgili çeşitli tanımlar yapmışlardır: “Ma’tuh, akli eksik olan kimsedir.”²⁵ “Ma’tuh, anlayışı az, sözleri karışık ve aklının bozukluğundan dolayı yeterli tedbiri alamayan kimsedir.”²⁶ “Ma’tuh bunamış kimsedir.”²⁷

Mecelle’de ma’tûh, “Ma’tûh, ol muhtelleş-şuur olan kimsedir ki, fehmi kalîl ve sözü müşevveş ve tedbiri fâsîd olur.” ifadesiyle şuuru bulanık, anlayış ve kavrayışı az, konuşmaları gayri muntazam ve işlerini gereği gibi görmekte yetersiz kişi olarak tarif edilmiştir.²⁸

İbn Âbidin (1252/1836) ise mâtuhu şöyle tanımlamıştır: “Ma’tuh, mecnun gibi rast geldiğine söverek sataşmayan, akıl ve şuuru bozulmuş, anlayışsız ve ifadesi karışık kişidir.”²⁹

20 Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA.*, X/539.

21 İbn Manzur, Ebû'l-Fazl Muhammed b. Mükerrerem b. Ali el-Ensârî, *Lisani'ül-Arab*, I-XV, Dâru Sadır, Beyrut ts. “ateh” mad. XIII, 512; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, İstanbul 2005, s. 91; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005, s. 36.

22 Buhârî, *age.*, IV, 384; Teftazani, *Şerhü't-Telvih ale't-Tavzih*, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1957: II, 337; Ceburi, *age.*, s.197; Molla Hüsvre, *age.*, s. 606; er-Racihi, *Avarizü'l-ehliyyeti's-semâviyye ve Eserüha fi Bâbi'l-muâmelat* (Yüksek Lisans Tezi), Câmîiatu Ümmi'l-Kurâ, Mekke 2013, s. 63.

23 Hudari, *age.*, s. 94; Subhi Receb Mahmesani, *en-Nazarıyyetü'l-amme li'l-mu'cebat ve'l-ukud*, Dârü'l-İlm li'l-Melayin, Beyrut 1983, s.371; Şaban, *age.*, s. 299; Beşir Gözübenli, “Ateh”, *DİA.*, IV, 51.

24 Zeylai, *Tebyinü'l-hakaik fi Şerhi Kenzid-dekaiik*, el-Matbaatü'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak 1313, V,191; Mustafa Akman, *İslâm Hukukunda Aklın Korunması ve Edâ Ehliyeti*, Dokuz Eylül Üniv. Sosyal Bilimler Enst. Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2005, s.130; Uzunpostalcı, “İslâm Hukukunda Ehliyeti Daraltan veya Ortadan Kaldıran Sebepler”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.9, 2007, s. 74.

25 Debusi, *Takvimü'l-edile fi Usuli'l-fikh*, (thk. Halil el-Meys) Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2001, s. 431; Serahsi, *el-Mebcut*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1983, XXIV,156.

26 Bilmen, *age.*, VII, 268; Vehbe Zuhayli, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, I-VIII, Dârü'l-fikr, Dımaşk 1985, V, 438.

27 Yılmaz, Ejder, *age.*, s.454.

28 *Mecelle*, md. 945.

29 İbn Âbidin, *Reddül-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Beyrut, 2000, VI, 144.

Kanaatimize göre ma'tuhun değişik şekillerde tanımlanmasının sebebi, kişideki atehlik hâlinin değişik oranlarda olmasına göredir. Bundan dolayıdır ki atehi hafif olan ma'tuh hukukî yönden mümeyyiz gibi, atehinin şiddetli olması durumunda ise gayr-i mümeyyiz gibi kabul edilerek mecnun ile bir tutulmuştur. Ancak her hâlükarda ateh, kişinin akletme gücüne olumsuz tesir etmektedir.³⁰

B. ATEH KAVRAMI İLE BAĞLANTILI TERİMLER

1. Akıl Hastalığı (Cünûn):

Akıl hastalığı (mental illness), kişilerde sıkıntı duygusu yaratan ve zihinsel işlevlerin önemli bir bölümünde bozukluğa yol açan psikolojik ya da psikofizik belirtiler bütünü olarak tanımlanabilir.³¹

“Akıl hastalığı; hukuk süjesinin medeni hakları kullanma ehliyetinin şartlarından birisi olan mümeyyizliği kaldırıcı fizyolojik unsurlardan birisidir.”³²

Akıl hastalıkları tıp bilimine göre, psikoz manyaklık, şizofreni, paranoya, organik reaksiyon tipleri, sara, histeri ve akli muvazenesizlik şeklinde gruplara ayrılabilir.³³

Akıl hastalığı, İslam hukuk literatüründe cünûn tabiri ile ifade edilmektedir. Buna göre cünûn, söz ve fillerin nadir haller dışında normal cereyan etmesini engelleyen akıl bozukluğudur. Fıkıhî sonuçları bakımından bir zihnî rahatsızlığın cünûn kapsamında değerlendirilebilmesi için bu hastalığın kişiyi temyiz gücünden yoksun kılıcı özellikte yani makul şekilde hareket edebilme iktidarını, hastanın fiillerinin sebep ve sonuçlarını idrak edebilme kabiliyetini ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekir. Dolayısıyla akıl hastalığı denilince daha çok niteliği ya da etkileri gereği temyiz kudretini engelleyen akli bir bozukluk anlaşılmaktadır. Diğer taraftan akıl hastası sayılan bazı kişilerde zaman zaman gelen nöbetlerin etkisiyle ve nöbet sırasında temyiz ortadan kalktığı, nöbet dışındaki zamanlarda da kişinin bir durgunluk dönemine girdiği, yani temyiz kudretine sahip olduğu görülmektedir. Sara, histeri, sıtma nöbetleri gibi.

Fıkıh usulünde ateh diğer ehliyet ârizaları gibi cünûndan farklı değerlendirilmiş ve ayrı olarak incelenmişse de fıkıh literatüründe cünûn kapsamına dâhil edilmiş, bu muhtevanın gereği olarak da mecnun “mecnûn-ı mağlûb” ve “mecnûn-ı

30 Çalış, *age.*, s. 167; Serahsi, *el-Mebcut*, XXIV, 156.

31 Adnan Öztürel, *Adli Tıp*, Sevinç Matbaası, Ankara 1983, s. 364; Selvi Yıldız, “Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Akıl Hastalarının Yargılanması”, *Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 2002, sy. 4, s. 141-151, s. 145; Vehbi Umut; Erkan, & İpek Yücer, “Ayırt Etme Gücü”, *AÜHF*, LX/3, 2011, ss. 485-522, s.491.

32 *Türk Hukuk Lügatı*, Maarif Matbaası, Ankara 1944, s. 10.

33 Öztürel, *age.*, s. 64; Erkan & Yücer, *agm.*, s. 491.

gayr-i mağlûb” olarak ikiye ayrılmış, birincisi akıl yokluğunu, ikincisi akıl zayıflığını belirtmiştir.³⁴

Cünûnun ikinci kısmının ateh olarak da ifade edildiği Merginânî'nin şu sözünde görülmektedir:

“*Mecnun, her ne kadar maslahat mefşedeti tercihte sıkıntısı bulunsa da alım satım akledip kastedebilir ki işte bu başkasına vekil olması câiz görülen ma'túhtur.*”³⁵

İslâm hukukçuları ateh (noksânü'l-akl, akıl zayıflığı, bunaklık), ile cünûnun aynı tür hastalığın iki farklı derecesi mi, yoksa ayrı birer hastalık mı olduğu konusunu ele almışlar ve bu hususta farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Nitekim bazı İslâm hukukçuları, atehle akıl hastalığının aynı türden olduğunu, diğer bir deyişle, bunların aynı türün iki farklı mertebesi olduğunu ileri sürmüşler, akıl yokluğu ve akıl zayıflığı / noksanlığı durumlarını cünûn kapsamında ele almışlardır. Nitekim Yeni Mısır Medeni Kanunu (mad.14) böyle bir yol izlemiş ve ma'tuha, cünûn'a ait bütün hükümlerin uygulanmasını öngörmüştür.³⁶

Bu arada akıl zayıflığını akıl hastalığı gibi değerlendirenler yanında, akıl bakımından kusursuz kişiler gibi değerlendirenler de olmuştur. Fakat doğrusu bu hallerin üçünün de birbirinden farklı olmasıdır. Zira âkil, söz ve eylemleri düzgün olup nadiren bozukluk görülendir. Mecnun bunun tam zıddıdır. Ma'tuh ise, söz ve fiillerinde düzen bulunmayan, bazen düzgün, bazen de bozukluk görülen kişidir.³⁷

Vakıa da akıl zayıflığı ile akıl hastalığının farklı değerlendirilmesini gerektirmektedir. Çünkü akıl zayıflığına duçar olmuş kişilerin durumları tek tek incelendiğinde, bunların hepsinin rahatsızlığının aynı seviyede olmadığı görülür. Kimisinde bu hâl, idrak ve temyiz kudretini yok edecek dereceye ulaşmış, kimisinde ise bu dereceye varmamıştır. İdrak ve temyiz gücünden tamamen mahrum olmayanlar, mümeyyiz küçük hükmünde olup eksik ehliyetlidirler. Şüphesiz böyle durumda olanlara ehliyet bakımından tamamen akıl hastası gibi bakılması ve akıl hastalarına ait hükümlerin uygulanması doğru olmaz. Onun için akıl zayıflığına duçar olan kişi hakkında peşinen hüküm verilmeyip durumunun araştırılması yoluna gidilmesi ve buna bağlı olarak hangi hüküm uygun düşüyorsa onun tatbik edilmesi daha isabetli olur.³⁸

Şu halde akıl zayıflığı, akıl hastalığının bir çeşidi ya da bir derecesi olmayıp, ondan farklı bir bozukluktur. Bu sebeple İslam hukukçularının çoğunluğu onu cezaî

34 Dönmez, “Cünûn”, *DİA*, VIII, 126; Ayşe Etyemez, *İslam Hukukunda Akıl Hastasının (Mecnun) Tasarruflarının Hukuki Sonuçları*, Ankara Üniv. Sosyal Bilimler Enst. Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1994, s.30-31; Çalış, *age.*, s. 171-175.

35 Merğînâni, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mübtedi*, Kahraman Yayınları, İstanbul 1986, III, 280.

36 Şaban, *age.*, s. 300.

37 Mahmesani, *age.*, s. 371.

38 Şaban, *age.*, s. 300.

ehliyet bakımından akıl hastasından ayırmazlar ve ehliyetsiz kabul ederler. Ancak hukukî işlemler bakımından akıl hastasından farklı kabul edilmiştir.³⁹

Bazı bilginler, bir takım furû-ı fıkıh hükümlerinden hareketle akıl zayıflığını iki kısma ayırırlar:

1. İdrak ve temyiz kudretinden mahrum bırakan akıl zayıflığı. Bu durumdaki kişi, bütün hükümler bakımından akıl hastaları gibidirler. Bunlar aynen gayri mümeyyiz küçükler gibi ehliyetsizler grubunda yer alır ve edâ ehliyetini tamamen kaybederler.

2. İdrak ve temyiz kudretini ortadan kaldırmayan fakat normal reşid kimsele- rin idrak derecesinden aşağı bir dereceye indiren akıl zayıflığı. Bu durumdaki kişi, bütün hükümler bakımından tıpkı mümeyyiz küçükler gibi olup eksik ehliyetlidir. Hukuk literatüründe de ma'tüh denilince daha çok ikinci grup kastedilmektedir.⁴⁰

Dolayısıyla aklından özrü bulunan bir kimse, eğer hiç bir şeyi düşünüp kavrayamayacak bir durumda ise ona "akıl hastası"; eğer bazı olaylara akıl erdirebiliyorsa; bazı sözleri akıl hastasının sözlerini andırmakla birlikte, bazı sözleri de normal insanların sözlerine benziyorsa "ma'tüh" (gel-git akıllı, bunamış) denilmektedir.⁴¹

Diğer yandan, İslâm hukukçularının büyük bir bölümü biraz daha farklı bir yol izleyerek, bunamış kimsenin ancak mümeyyiz olabileceğini, temyiz gücünü yitirdiğinde ise akıl hastasından hiç bir farkı kalmayacağını ifade etmişlerdir.⁴²

Görüldüğü üzere, bu konuda temyiz gücünün mevcut olup olmadığını esas almak, İslâm hukukunun prensiplerine daha uygundur.

Ateh ile cünûn arasındaki temel fark; birincide sükûnet ve durgunluk; cünûnda ise heyecan ve taşkınlık hâkimdir.⁴³ Mecnûn saldırgan deliye ma'tuh ise pasif deliye karşılık gelmektedir.⁴⁴

Ateh, anlama/dikkat ve idrak zaafından kaynaklanan akıl zayıflığı iken cünun, dengesiz davranışlara sebep olan akıl bozukluğudur.⁴⁵

Bazı çağdaş fakihlere göre ateh, cünûn halinin en düşük derecesidir. Çünkü ateh, akılda zafiyet olup ma'tuhu reşit derecesine ulaştırmaz.⁴⁶

39 Serahsi, *Usul*, I, 348; Şaban, *age.*, s. 300; Çalış, *age.*, s. 169.

40 Bkz. Şaban, *age.*, s. 299; Gözübenli, "Ateh", *DİA.*, IV, 51; Çalış, *age.*, s. 169; Akman, *age.*, s.130-131.

41 Aişe Muhammed Sıddık, *Eserü'l-emrâzül-müzmîne ale'l-hayati'z-zevciyyeti fi'l-Fıkhi'l-İslâmî* (Yüksek Lisans Tezi) Külliyyetü'd-Dirasati'l-Ulyâ, Camiatü'n-Necahi'l-Vataniyye, Nablus, Filistin 2014, s.113; Ceburî, *age.*, s. 97; Emir Padişah, *Teysirü't-Tahrir Şerhi ala Kitâbi't-Tahrir*, Beyrut 1996, II, 253; er-Racihi, *age.*, s. 65.

42 Ebû Zehre, *el-Ahvâluş-şahsiyye*, Kahire: Dârü'l-Fikri'l-Arabî, 1957, s. 445-446; Çalış, *age.*, s. 170.

43 Ebû Zehre, 1986:291; Udeh, *et-Teşriü'l-cinaiyyü'l-İslâmî : Mukarenen li-kanunî'l-vaz'i*, Müessesü'r-Risâle, Beyrut 1992: I, 586.

44 Veysel Aksoy, "Ortaçağ İslam Toplumlarında Zihinsel Yetersizliği Olan Bireylerin Toplumsal Statüleri ve Eğitimle- ri", *International Journal of Early Childhood Special Education (INT-JECSE)*, VI (1), 2014, ss. 102-114, s.104.

45 Debusi, *age.*,433; Dönmez, "Cünun", *DİA.*, VIII, 126; Mian, Ali Altaf, "Mental Disability in Medieval Hanafi Lega- lism", *Islamic Studies*, LI/3, 2012, ss. 247-262, s.253.

46 Udeh, *age.*,I, 586.

Hukuken akıl hastalığı hükümlerinin uygulanabilmesi, bu hastalıkların kişinin hukukî değerlendirmeye tâbi tutulan fiili işlediği sırada temyiz kudretini ortadan kaldırmış olmasına bağlıdır. Bu yaklaşım ile İslâm hukukundaki cünûn-ı mutbik (uzun süreli akıl hastalığı) ve cünûn-ı gayr-i mutbik (kısa süreli akıl hastalığı) ayırımının temelindeki düşünce ve cünûna bağlanan fikhî sonuçlar arasında paralellik bulunduğu görülmektedir. Öte yandan İslâm hukukunun, akıl hastalarının işlem ehliyeti bakımından tam ehliyetsiz sayılması ve kural olarak bütün işlemlerinin geçersiz kabul edilmesi noktasında Kara Avrupası hukuk çevresine dahil hukukların çoğunluğu ile birleştiği, akıl hastalarının yaptığı sözleşmeleri hükümsüz değil fesih edilebilir nitelikte sayan ve fesih imkânını da sadece kötü niyetli (akıl hastalığını bilen) kişiye karşı tanıyan İngiliz hukukundan ise ayrıldığı tespit edilebilmektedir.⁴⁷

2. Akıl Zayıflığı:

Akıl; insanı diğer canlılardan ayıran ve onu sorumlu kılan temyiz gücü, düşünme ve anlama melekesidir.⁴⁸ Âkıl da hukuk bakımından temyiz kudretine sahip kimsedir.

Akıl zayıflığı, (mental weakness) akli melekelerin yeterince gelişmemiş bulunması sebebiyle, makul surette hareket edebilme iktidarına engel olan bir durumdur. Akıl zayıflığı, bir kimsenin akli fonksiyonlarının yavaş yavaş doğal bir şekilde zayıflaması olarak da tanımlanabilir. Akıl zayıflığı, bir hastalık değil, kişide doğuştan var olan ya da sonradan ortaya çıkan akılsal işlevdeki bir yetersizlik, bir az gelişmişlik, bir duraklama ya da gerileme durumudur. Aşırı ihtiyarlık sebebiyle akli melekelerin (fonksiyonların) zayıflaması ve alzheimer hastalığı bu kategoriye girer.⁴⁹

Akıl zayıflığında, zekânın ve muhakeme yeteneğinin yeterli derecede gelişmemiş olduğu durumlar söz konusudur. Tıbbi bakımdan çeşitli zeka gerilikleri bu tanım kapsamına dâhil olmaktadır. Akıl zayıflığına sahip olan kişilerde idrak etme yeteneğinden çok, irade kuvvetinde zafiyet görülür.⁵⁰

3. Bunama:

İnsanın aklına arız olan “bunama” onun bazen akıllı, bazen de akıl hastası gibi hareket etmesine sebep olmaktadır.

47 Dönmez, “Cünun”, *DİA.*, VIII, 126.

48 Süleyman Hayri Bolay, “Akıl”, *DİA.*, II, 238; Akman, *age.*, s. 5.

49 Kemal Oğuzman & Özer Seliçi, *Kişiler Hukuku Dersleri* (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 33; Jale G. Akipek & Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Kanunu – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 306-307; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 56; Erkan & Yücer, *agm.*, s. 492; Ahmed Ukkâşe, *et-Tıbbu'n-nefsi'l-mu'asır*, Mektebetü'l-Enclö'l-Misriyye, Kahire 1992, s. 599-601; Fayız Muhammed Ali, *el-Emrazü'n-nefsiyye*, el-Mektebü'l-İslami, Beyrut 1987, II, 299; Hüda, *Nazariyyetü'l-ehliyye : Dirâse Tahlîliyye Mukârene Beyne'l-fikh ve İlmi'n-nefs*, el-Ma'hedü'l-Alemi li'l-Fikri'l-İslâmi [The International Institute of Islamic Thought], Herndon 2011, s. 24.

50 Erkan & Yücer, *agm.*, s. 492; Öztürel, *age.*, s. 359.

Latince'deki kullanım biçimiyle “demans-dementia” olarak bilinen ve halk arasındaki yaygın kullanımıyla bunama; tıbbi bir terim olarak, beyinde hasardan kaynaklanan ve ilerleyen bir bozukluk olup yerleşmiş, varolan, edinilmiş olan zekânın, zihinsel ve sosyal yeteneklerin kişinin günlük yaşam aktivitelerini etkileyecek derecede yitirilmesidir. Özellikle etkilenen bölgeler hafıza, dikkat, dil ve problem çözme alanlarıdır. Durumun ileri aşamalarında kişi zaman, yer ve kişi oryantasyonunu kaybeder. Alzheimer hastalığı da, yetişkinlerde meydana gelen ve tamamen tedavi edilemeyen en sık demans türüdür.⁵¹

Bunak kavramı da, atehle aynı kökten gelen “mâ'tuh” kavramı ile eşdeğer olarak kullanılmakta, şuuru karışmış, anlayışı kıt, konuşması karışık, tedbiri bozuk olan kimseler için nitelenmektedir.⁵²

Arapça'da bunamanın karşılığı olarak ayrıca “haref”, (حرف), “habal” (خبال) vb. kavramlar kullanılmaktadır.⁵³

4. Erzel-i Ömür:

Erzel'in aslı rezil kelimesidir. Bu da kötü, bozuk, tasvip edilmeyen şey olduğundan istenmeyen, kendisinden uzak durulan, terkedilen ve vazgeçilen anlamındadır.

“Erzel-i ömür” ise ‘kendine yeterliliğin kaybedildiği, ömrün aciz, sefil ve en düşkün olunan çağ’ anlamına gelmektedir.⁵⁴

*“İnsan, bilirken hiçbir şey bilmez olur. Bu, insanın organik gelişme sürecini belirten bir ifadedir. İnsan doğar, gelişir, gücünün, zeka ve bilgisinin doruğuna erişir. Sonra da giderek geriler, yaşlanır ve bazı hallerde yeni doğan bir çocuk kadar düşkün ve çaresiz bir duruma düşer.”*⁵⁵

Kur'an-ı Kerim'de; insanoglunun hayat safhaları belirtildikten sonra, bazı kimselerin bilgili iken bir şey bilemez hale gelmesi için erzel-i ömre yani “ömrün en kötü, en zayıf ve sıkıntılı çağına” iletileceği belirtilmektedir.⁵⁶

Erzel-i ömür; insanın iyice ihtiyarladığı, düşkün hâle geldiği, başkalarına muhtaç olduğu, bildiklerini unutup tekrar çocukluk günlerine döndüğü ve böylece

51 Engin Eker, “Yaşlıda Demans”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Geriatrik Hasta ve Sürekli Tıp Sorunları Sempozyumu (12-13 Kasım 1998), İstanbul, 1998, ss. 43-58, s.43; İdil Işıl Gül, *Demansın Hukuki Boyutları*, İstanbul Bilgi Üniv. Sosyal Bilimler Enst. Hukuk Yüksek Lisans Programı (İnsan Hakları Hukuku), İstanbul 2012, s. 5; Yahya Karaman, *Alzheimer Hastalığı ve Diğer Demanslar*, Lebib Yalkın Matbaası, Kayseri 2002, s. 63.

52 Erdoğan, *age.*, s.347.

53 İbn Manzur, *age.*, “haref” mad. IX,62-66; “habal” mad. XI, 197; *el-Mevsuatü'l-Arabiyyetü'l-alemiyye*, 1999:X,41; Hamdani, *el-Cünûn ve Envâuhû fi'l-manzûri'l-İslâmî: Dirasetün Asriyyetün*, 2012, s. 29-30,51-52; <http://www.almany.com/ar/thes/ar-ar-az/>, tarih yok (erişim, 15.01.2016.).

54 İbn Manzur, *age.*, “erzel-i ömr” mad. XI, 281; Süleyman Ateş, *Kur'an Ansiklopedisi*, Kur'an Bilimleri Araştırma Vakfı (KUBA), İstanbul trs., V,496.

55 Muhammed Esed, Kur'an Mesajı (Meal- Tefsir), (Çev.Cahit Koytak, & Ahmet Ertürk,) İşaret Yayınları, İstanbul 1997, s. 543.

56 Nahl, 16/70; Hac , 22/5; Ayrıca bkz. Rûm, 30/54; Yâsîn, 36/68.

âcizliğinin, güçsüzlüğünün, bunaklığının, bilgisizliğinin ve anlayışsızlığının iyice ortaya çıktığı, insanın organik ve zihinsel yeteneklerinin en zayıf ve verimsiz noktaya geldiği perişanlık günleridir.⁵⁷ Nitekim Hz.Peygamber (s.a.s.) sık sık “*Allah’ım, erzel-i ömre düşmekten sana sığınırım.*” duasını tekrarlamıştır.⁵⁸

Alzheimer, genelde yaşlılıkla ortaya çıkan bir hastalık⁵⁹ olması sebebiyle ayette söz konusu edilen duruma uygun düşmektedir. Yani bu hastalık, bilgisizliği, unutkanlığı doğuran o devrenin unsurlarından biridir.⁶⁰

C. ALZHEİMER HASTALIĞI

1. TANIMI, EVRELERİ, NEDENLERİ, KLİNİK BELİRTİLERİ VE TEDÂVİ

a. Tanımı ve Mahiyeti

Alzheimer (AH) hastalığı ilk kez Alman psikiyatristi ve nöropatoloğu Alois Alzheimer tarafından 1906 yılında “Presenil Dementia” olgusu olarak sunulmuş, psikiyatrist Emil Krapelein tarafından “Alzheimer hastalığı” olarak tanımlanmıştır.⁶¹

Alzheimer, yaşlılık ve öncesi en çok görülen bunama nedenlerinden biri olup genellikle sinsi başlayan, ilerleyici olan ve zihinsel işlevlerde, bellek, yargılama, algılama ve soyut düşünmede ağır yetersizliklerin söz konusu olduğu bir beyin hastalığıdır.⁶²

Alzheimer hastalığı (AD), bellek bozukluğunun yanı sıra, konuşma, yönelim, praksi (anlama, motor beceri, duyu, öğrenilmiş hareketlerin düzgün yapılabilmesi), soyut düşünme, problem çözme işlevlerinden en az birinin bozulmasıyla ortaya çıkan bilişsel işlevlerde bozulma, günlük yaşam aktivitelerinde azalma ve davranışsal ve psikolojik bozukluklarla sonuçlanan ilerleyici bir nörodejeneratif⁶³ hastalıktır.⁶⁴

57 Bkz. Heyet, *Kur’an Yolu: Türkçe Meal ve Tefsir*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2003: III, 420, Nahl sure-si, 16/70 tefsiri.

58 Buhari, “Daavât”, 37; Müslim, “Zikir”,52.

59 Hüseyin A. Şahin & Tuba Gül Yazıcı, “Alzheimer Hastalığı”, *Klinik Gelişim* (1), 2010, ss. 48-52. (http://www.klinik-gelisim.org.tr/kg_10_1/8.pdf) s. 48 (erişim, 04.04.2016.).

60 eş-Şirbini: “Vesailü İlac merazi Alzheimer”; Dudeh, “Erzel-il Umr” (<http://www.islamtoday.net/bohooth/art-show-86-8913.htm>) (erişim, 16.01.2016.); ez-Zagla, “Alzheimer: Muanatü Reddîl-Cemil li Merza fi Erzelîl-Umr”, (<http://www.maghress.com/attajdid/104458>); 2013(erişim, 16.01.2016.); Hamdani, *age.*, s. 31.

61 Kaynak Seçlekler, “Alois Alzheimer ve Alzheimer Hastalığı”, *Geriatric Dergisi Demans Özel Sayı*, XIII (3), s. 9-14, 2010, s. 9; Ebû Hamîd, *Maraz Alzaymur, en-Nisyan min-ni’metin ilâ Nıkmetin*, Mektebetü Mümin Kureyş, Dimaşk 2009, s. 9; Eker, “Yaşlıda Demans”, s. 8.

62 Gül Ünsal Barlas & Nevin Onan, “Alzheimer Hastası ve Aileleri ile İletişim”, *Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi*, XI(4), 2008, ss. 105-111, s. 106; Ümide Demir Özkay, Yusuf Öztürk, & Özgür Devrim Can, “Yaşlanan Dünyanın Hastalığı: Alzheimer Hastalığı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, XVIII(1), 2011, ss. 35-42, s. 35; Ukaşe, *age.*, s. 680.

63 Nörodejeneratif ; sinir hücrelerinin ilerleyici kaybı ile giden ve bu kayba bağlı olarak sinir sistemi fonksiyonlarının yitimine neden olan bir grup hastalıktır. Bkz. <http://www.tubitak.gov.tr/sites/default/files/1003-sab-ttip-2015-2.pdf>. (erişim, 21.03.2016.)

64 EsraYalçın, Bektaş Murat Yalçın, M. Fevzi Dikici, & Erkan Melih Şahin, “Alzheimer Hastasıyla Yaşamak”, *Türk Aile*

b. Evreler

Alzheimer hastalığı süreci, belirli evrelerden geçer: Alzheimer üç farklı evrede görülebilir ve her bir evre bazı belirtilerle karakterizedir. Evrelerin belirli bir süresi yoktur, bir evreden diğerine uzun yıllar sonra geçilebilir.

Erken evrede; yakın bellek bozukluğu, yeni bir bilginin öğrenilmesinde belirgin güçlük gözlenmektedir. Yeni bir bilgi öğrenme kapasitesi çok sınırlıdır. Akıl yürütme becerileri etkilenmiştir. En belirgin bulgu unutkanlıktır. Hasta sözcük bulma zorluğu çekebilir ve zamanı şaşırabilir. Hobi ve etkinliklere ilgisini yitirmeye başlar.

Orta evrede; hasta giderek daha unutkan olur. Belirginleşen bellek kaybı, yolunu kaybetme, hesaplamada zorluklar, iletişim sorunları, eşyaları kaybetme, yerini karıştırma, ajitasyon (tutarsız, aşırı davranış; yanlış anlamalar ve bunlara bağlı davranış kusurları ve hezeyan), amaçsız dolaşma, halüsinasyon, agresyon (çevredeki kişilere, objelere ve kendine yönelik düşmanca davranışlar) gibi psikiyatrik belirtiler, öz bakımın azalması, yıkanma, giyinme gibi gündelik işlerde yardıma ihtiyaç duyma vardır.

İleri evrede; hastanın yaşamı tümünden başkalarına bağımlı duruma gelir. Zihinsel işlevler en alt düzeye iner; bellekte sadece parçacıklar kalmıştır. Hasta daha önce tanıdığı kişileri tanıyamaz. Konuşmaları anlamsız sözcükler ya da sesler çıkarma biçimindedir. İdrar ve dışkı tutmada sorunlar vardır. Beslenme, yıkanma, giyinme tamamen bağımlı hale gelmiştir. Bu evrenin sonuna doğru hastalar; bakıma tam muhtaç, konuşmayan, anlamayan, genelde sakin, bırakıldığı yerde oturan, yürümesi yavaşlamış ya da yardımsız yürüyemeyen, en sonunda ise tümüyle yatağa bağımlı duruma gelirler.⁶⁵

Görüldüğü üzere, Alzheimer, yavaş ilerleyen, ancak zaman içinde günlük yaşamı etkileyerek, hastayı geri dönüşsüz bir şekilde bakıma muhtaç bırakan bir hastalıktır.

c. Nedenleri

Alzheimer hastalığının nedenleri arasında beyinde protein birikimi, beyin hücrelerinin ölümü, kalıtsal (genetik) faktörler, sinirsel iletimin bozulması, aşırı stres, travmaya maruz kalma, kötü ve dengesiz beslenme gibi çevresel faktörler yer almaktadır.⁶⁶

d. Klinik Belirtiler

Alzheimer hastalığının ilk belirtisi genellikle unutkanlıktır. Yakın zamana ait bilgileri hatırlama ya da yeni bilgiler öğrenme güçlüğü görülür. Ayrıca konuşma

Hekimliği Dergisi, IX(4), 2005 s. 167-173, s. 167; Murat Altın, *Alzheimer Tipi Demans Hastalarına Bakım Verenlerde Tükenmişlik ve Anksiyete (Uzmanlık Tezi)*, Haydarpaşa Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Psikiyatri Kliniği, İstanbul 2006, s. 4; Ukkāṣe, *age.*, s. 679.

65 Barlas & Onan, *age.*, s. 106-107; Hüseyin A. Şahin & Tuba Gül Yazıcı, *agm.*, s. 49-50; Hüdâ, *age.*, s. 260; Ebû Hamîd, *age.*, s. 21-22; Eker, "Yaşlıda Demans", s. 91-92.

66 Hüseyin A. Şahin & Tuba Gül Yazıcı, *agm.*, s. 48-49; Demir Özkay, Yusuf Öztürk, & Özgür Devrim Can, *agm.*, s.35.

bozukluğu, karar verme güçlüğü, kişileri tanıyamama ya da yolunu kaybetme gibi başka zihinsel sorunlar da baş gösterir.

Alzheimer hastalarında tabloya çoğu kez davranış ve kişilik bozuklukları da eşlik eder. Özellikle hastalık ilerledikçe, birçok hastada depresyon, saldırganlık, huzursuzluk, hayaller görme, uyku bozuklukları ya da amaçsızca dolaşma gibi ruhsal sorunlar görülebilir.⁶⁷

e. Tanısı ve Tedavi

Kesin Alzheimer tanısı, biyopsi veya otopside alınan doku incelemesi ile patolojik olarak konabilir. Klinikte konulan tanı olası Alzheimer hastalığı tanısıdır. Bununla birlikte, hasta öyküsü, fizik ve nörolojik muayene, nöropsikolojik testler, bilgisayarlı tomografi (BT), manyetik rezonans (MR) görüntüleme, pozitron emisyon tomografi (PET) ya da tek foton emisyon tomografi (SPECT) gibi görüntüleme yöntemleri, ve laboratuvar incelemeleri ile yüksek oranda (%85-90) doğrulukla klinik tanı koymak mümkündür.⁶⁸

Alzheimer hastalığının klinik tanısı için yayınlanan ve yaygın biçimde kullanılan iki tanı ölçütü bulunmaktadır. Bunlardan birisi, Ulusal Nörolojik ve İletişim Hastalıkları Enstitüsü ve İnme-Alzheimer Hastalığı ve İlişkili Hastalıklar Derneği (NINCDSADRDA) tarafından geliştirilen tanı ölçütü, diğeri ise Tanısal ve Sayımsal El Kitabı (DSM) ölçütüdür. Bu ölçütlerden yararlanılarak hastada öğrenme ve bellek bozukluğunun olup olmadığı, afazi, apraksi, agnozi, yönetsel işlevlerde (planlama, organize etme, sıralama, soyutlama gibi) bozukluğun görülüp görülmediği ve MSS ile ilişkili başka bir patoloji bulunup bulunmadığı gibi değerlendirmeler yapılmakta ve AH tanısı konulabilmektedir.⁶⁹

Alzheimer hastalığının tamamen tedavisi mümkün değildir. Tedavi mümkün olabildiğince uzun süre günlük becerilerin devamını sağlamak ve mağdurlar ile yakınlarının ihtiyaçlarını daha iyi karşılamayı amaçlamaktadır. Ancak eken tanı ve teşhis ve kullanılan bazı ilaçlar ile zihinsel performans biraz daha uzun süre korunabilmekte, hastalığın ilerleme hızı yavaşlatılarak semptomlar azaltılabilmektedir.

Hasta ve yakınlarının yaşam kalitesini yükseltmek, depresyon, huzursuzluk, uykusuzluk gibi bilişsel olmayan bozukluklar ile tepkisel davranışları hafifletmek için ilaçlar dışındaki yöntemler de faydalı olmaktadır. Terapi, ilgi gösterme, aktif ve meşgul etme, tepkisel davranışlarla baş ederken makul olma ve hastanın yaşam alanını ona göre düzenleme alzheimer hastaları için özel önem taşımaktadır.⁷⁰

67 Geniş bilgi için bkz. Eker, "Yaşlıda Demans", s. 91-92.

68 Selekler, *agm.*, s. 12.

69 Özkay, Yusuf Öztürk, & Özgür Devrim Can, *agm.*, s.36.

70 Emine Neşe Tuncer Elmacı, "Alzheimer Hastalığı'nda Güncel Tedaviler", *Türkiye Klinikleri Nöroloji (Özel Sayı)*(2),

II. İSLAM HUKUKU'NDA ALZHEİMER HASTALIĞINA BAKIŞ

A. GENEL OLARAK

Alzheimer; ateh durumunu içeren, beynin, öncelikle hafıza olmak üzere, tüm bilişsel fonksiyonlarında ilerleyici kayba neden olan tıbbi bir hastalıktır.⁷¹

Günümüzde gelişen tıp, psikoloji ve psikiyatri çalışmaları neticesinde ateh kavramı farklı şekilde tanımlanmış ve bu kapsamda ateh ile ilgili şer'i hükmün belirlenmesinde yeni bir çerçeve çizilmiştir. Ayrıca aklın, idrakin ya da temyizden ortadan kalkması olan menatin/illetin ortaya çıkmasına göre yeni durumları mukayese etmeye ve ilgili şer'i hükmü belirlemeye imkan veren yeni bir takım kıstaslar ortaya çıkmıştır.

Nitekim bu bağlamda, klasik fıkıh kitaplarında yer alan, “*Ya akıl ve bedenî kemâli ile tam (kâmil) veya ikisinden birinin eksikliği ile eksiklidir. (nâkıs)*” şeklindeki ehliyet tanımı⁷² artık günümüzde yetersiz kalmaktadır. Zira akli olgunluğa sahip kimse, bedenî hasta olduğunda ehliyeti aslında tam olup bu durum ehliyetine etki etmemekte, ancak bedensel aciziyeti sebebiyle yerine getiremediği bazı vebibelerden muaf olmaktadır.⁷³

Nitekim İbn Hümam'ın bu gerçeği ifade sadedinde “*Edâ ehliyeti iki türdür: Akli ve bedenî olgunluğu eksik olan çocuklar ve -bedenen güçlü olsa da- aklında gelgit yaşayan (ma'tuh) eksik edâ ehliyetine sahip kimseler ile akli ve bedenî olgunluğu tam olan, ruhen ve bedenî hasta olmayan tam (kâmil) edâ ehliyeti olanlar.*”⁷⁴ şeklindeki sözleri de bunu destekler mahiyettedir. Dolayısıyla ona göre ehliyetin oluşumu birinci derecede akli olgunluk ile ilgilidir.

Ayrıca yine klasik fıkıh kitaplarında deli, bunak ve bunların türleri arasında ayırım yapılmadan ehliyeti ortadan kaldıran veya daraltan sebepler (avâriz) konusunda genellemeye gidilmiştir.⁷⁵

Ancak şu var ki, akıl hastalıkları farklı belirtiler gösteren çok sayıda ve çok çeşitte karşılaşılan hastalıklardır. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü tarafından oluşturulan ICD-10 (International Classification of Diseases) Hastalıkların ve İlgili Sağlık Sorunlarının Uluslararası İstatistiksel Sınıflamasına ilişkin listesinin son güncel-

2009, s. 57-63; Ebû Hamid, *age.*, s. 11, 38-41; Eker, “Alzheimer Hastalığı”, *İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Türkiye'de Sık Karşılaşılan Psikiyatrik Hastalıklar Sempozyumu, İstanbul (6-7 Mart 2008)* (<http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/62/6207.pdf>) ss. 85-110, s. 94-97. (erişim, 19.03.2016.)

71 Gassan, “Harefüş-şeyhuhati “Alzheimer”, *Merazu Fikdani'z-Zâkireti*, Beyrut, 2005, s. 53; Aişe Muhammed Sıddık, *age.*, s. 81.

72 Teftazani, *age.*, II, 164; Habbazi, *age.*, s. 365.

73 Hüda, *age.*, s. 122.

74 Emir Padişah, *age.*, II, 253.

75 Bkz. Kasani, *Bedaiü's-Sanai' fi Tertibi's-şerai'*, (thk. Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcut) Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1997, VI, 175; Habbazi, *age.*, s. 371; Zeylai, 1313: VI, 252; Merginani, *age.*, III, 280.

leştirilen halinde, “Akıl ve Davranış Bozuklukları” başlığı altında pek çok hastalık grupları sayılmıştır: Semptomatik olanlar da dâhil olmak üzere organik akıl hastalıkları; madde kullanımına bağlı akıl hastalıkları; şizofreni, şizotipal ve delüzyonel akıl hastalıkları; duygulanım (affektif) akıl hastalıkları; nörotik, stresle bağlantılı ve somatoform akıl hastalıkları; psikolojik sıkıntılar ve fiziksel faktörlerden kaynaklanan davranışsal sendromlar; yetişkin kişiliği ve davranışlarına ilişkin hastalıklar; mental retardasyon (zihinsel gerilik); psikolojik gelişime ilişkin bozukluklar; genellikle çocukluk veya gençlik dönemlerindeki saldırılara dayalı davranışsal ve duygusal bozukluklar; bu kategorilere dâhil edilemeyen diğer akıl hastalıkları.⁷⁶

Günümüz hukukunda hâkim olan yaklaşım, tıbbın akıl hastalığı kabul ettiği her rahatsızlığın kişinin edâ/fiil ehliyetini (özellikle işlem ehliyetini) mutlaka ortadan kaldırmış sayılmaması yönündedir. Buna göre akıl hastalığının bu anlamdaki ehliyeti etkileyebilmesi için temyiz gücünü, yani mâkul şekilde hareket edebilme iktidarını, hastanın fiillerinin sebep ve sonuçlarını idrak edebilme kabiliyetini ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekir. Meselâ sara, şizofreni ve alzheimer tıp ilmi yönünden akıl hastalığı olmakla birlikte kişinin sırf bu sebeple fiil ehliyetine sahip olmadığı söylenemez; hukuken akıl hastalığı hükümlerinin uygulanabilmesi, bu hastalıkların kişinin hukukî değerlendirmeye tâbi tutulan fiili işlediği sırada temyiz kudretini ortadan kaldırmış olmasına bağlıdır.⁷⁷

Bu itibarla, alzheimer hastasının fiil ehliyetinin belirlenmesinde, psikiyatri biliminin verileri çerçevesinde hastalığın hangi derecede olduğu önem taşımaktadır. Şüphesiz hafıza, düşünme ve anlamayı içeren birçok üst kortikalların fonksiyonunu yitirdiği alzheimer hastalığına⁷⁸ dâhil olma durumunda ehliyet kısıtlılığı söz konusudur. Zira alzheimer, kişiyi şer’i teklifi anlama gücünden yoksun bırakmakta, kronik bir hal alarak evresi ilerledikçe de hasta kendi hakkında kararlar verememekte, yanlış finansal seçimler yapmakta ve fiil ehliyetini kaybetmektedir. Fiil ehliyetinin tümüyle yitirilmesi zaman almakta, hastalığın geçirildiği evrelere göre değişmektedir. Erken evrede hastalar henüz tüm yetilerini, kendi iradelerini yönlendirme yeteneğini tam olarak yitirmemektedir. Ancak orta ve ileri evrede hasta yanlış kararlar vermekte, kendini ve yakınlarını maddi ve manevi olarak zarara uğratabilmektedir.⁷⁹

76 Bkz. Güner Hande Ulutürk, *Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Kusur Yeteneğine Etkisi*, Bahçeşehir Üniv. Sosyal Bilimler Enst. Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009, s. 68-107; <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#IV> (erişim, 19.03.2016.);

77 Dönmez, “Cünûn”, *DİA.*, VIII, 126.

78 Ukkâşe, *age.*, s. 679.

79 Geniş bilgi için bkz. Özge Gülmez, Ali Rıza Tümer, Emre Karacaoğlu, Ramazan Akçan, & Aysun Balseven Odabaşı, “Alzheimer Hastalığında Fiil Ehliyeti”, *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, (STED), XXIII(1), 2014, ss. 30-38, s. 31-32; 36-37 (<http://www.tb.org.tr/STED/images/files/dergi/2014/1.pdf>) (erişim, 21.03.2016.); Michael N. Kane, “Legal Guardianship and Other Alternatives in The Care of Elders With Alzheimer’s Disease”, *American Journal of Alzheimer’s Disease and Other Dementias*, XVI(2), ss. 89-96.

Bilişsel işlevlerde ilerleyici kayıplarla ve sinsice seyreden bu hastalığın ileri evresinde hasta tümüyle başkalarına bağımlı duruma gelebilmektedir. Erken evrelerde hastalar, tam ya da kısmi olarak fiil ehliyetine sahip olmakta iken ileri evrede fiil ehliyetlerinin olmadığı kabul edilmektedir. Gene de bu durum tıp ve hukuk çevrelerinde oldukça tartışmalı bir konu olup, mahkemeler gerek ceza gerekse hukuk yargılaması sürecinde psikiyatri ve nöroloji uzmanı gibi bilirkişilere hastanın fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı konusunda görüş sormaktadır.⁸⁰

Amerikan hukuk sisteminde Alzheimer hastalarının fiil ehliyetinin tam ya da hiç olmadığı görüşü benimsenmektedir. Oysa erken evrede hastalar karmaşık finansal hesaplar yapamasa da günlük basit finansal hesapları yapabilmektedir. Bu hastaların fiil ehliyetinin olmadığı görüşü tıp çevreleri tarafından doğru bulunmamaktadır.

Literatürde hastanın tanısı konulduğu andan itibaren hukukî konuların tartışılması gerektiği görülmektedir. Nitekim tanı konulduğu anda vasi tayini edilmesi gerektiğini savunanlar olduğu gibi, hastanın evresine ve klinik durumuna göre daha geç dönemlerde vasi tayini edilmesi gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır.⁸¹ Ayrıca bazı nöroloji uzmanları da Alzheimer hastalarında hukukî işlemlerde fiil ehliyetinin her işlem için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini, hastaların bir durum için yeterli iken başka bir durum karşısında yetersiz olabileceğini, hatta Alzheimer hastalarının fiil ehliyeti yokken zamanla tedaviyle düzelebileceğini, özellikle de ikinci evreden itibaren yeterlilik durumunun, hastaya vasi tayini konusunun yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁸²

Yaşlı istismarının önlenmesini savunan yazarlar ise, hasta eğer kendine ve çevresine zarar verici davranışlar sergilemiyorsa, vasi tayini yapılmasına gerek olmadığını belirtmektedir. Ayrıca erken evrede vasi tayini yapılan hastalar, otonomilerini kaybederek özgüvenlerini yitirmekte, bağımsız davranmaları kısıtlandığından dolayı olumsuz yönde etkilenmektedir.⁸³

İslam hukuku açısından ehliyet kriterini alzheimer hastasına uyguladığımızda; hafıza, zaman ve mekanı bilme bozukluğunun gerçekleştiği ilk aşamada hastanın ehliyeti, kısmi olarak akıl zayıflığı bulunduğundan ergenlik çağındaki insanın ehliyeti gibidir ve ibadetlerden muaf tutulmaz. Unuttuğu ibadetlerde unutkanlık hükümü uygulanır.

80 Bkz. Marson Daniel, "Loss of Competency in Alzheimer's Disease: Conceptual and Psychometric Approaches", *International Journal of Law and Psychiatry*(24), 2001, ss. 267-283; Yeşim Can, Mustafa Sercan, Ömer Saatçioğlu, Hüseyin Soysal, & Niyazi Uygur, "Hukukî Ehliyeti Değerlendirme Formu (Hedef] Geçerlilik, Güvenilirlik ve Duyarlılığı", *Klinik Psikiyatri Dergisi*, IX (1), 2006, ss. 5-16, s. 9; Fatih Selami Mahmutoğlu, "Nöroloji Uzmanlarının Bilirkişilik Sfatıyla Adli Bilimler Bağlamındaki Rollerini", *Türk Nöroloji Dergisi*, XVIII(2), 2012, ss. 46-53, s. 50.

81 Gülmez, Tümer, Karacaoğlu, Akçan, & Aysun Balseven Odabaşı, agm., s. 37.

82 Marson Daniel, a.g.m. 269-270; Gülmez, Tümer, Karacaoğlu, Akçan, & Aysun Balseven Odabaşı, agm.,s. 37.

83 Bkz. Kane, agm.,s. 89-96.

Konuşma ve yazma zorluğu ve yürüme değişikliğinin görüldüğü ikinci aşamada ise hastanın ehliyeti, temyiz dönemi çocuğun (mümeyyiz sabî) ehliyeti gibidir.

Zihinsel ve fiziki çöküntünün görüldüğü üçüncü aşamada ise temyiz öncesi döneme (gayrı mümeyyiz çocukluk) girer ve tam vücup ehliyeti devam etmekle birlikte eda ehliyeti tamamen ortadan kalkar.⁸⁴

Alzheimer hastasının fiil ehliyetinin belirlenmesinde önemli olan bu evreler, onun hangi hukukî işlemleri yapıp yapamayacağını ve hangi hallerde yaptığı işlemlerden sorumlu tutulacağını tespit açısından önem arz etmektedir. Bir sonraki bölümde bu konu detaylı bir şekile irdelenmeye çalışılacaktır.

B. Şahıs ve Şahsiyet Kavramları, Şahsiyetin Başlangıcı ve Sona Ermesi

1. Şahıs Kavramı

Dinin ve hukukun tanıdığı haklara sahip olabilen ve yükümlülük/borç altına girebilen varlıklara şahıs denir. Bu varlıkların başında insan gelir.

Hukuk dilinde “şahıs”, hak sahibi, hak süjesi, öznesi anlamında gelmektedir. Bu anlamda haklara ve borçlara sahip olma, ehil olma iktidarı kendilerine hukuk düzeni tarafından verilmiş olan varlıklar, birer şahıstır.⁸⁵ Bu anlamı ile şahıs terimi aynı zamanda “*hak ehliyeti*” terimini de karşılar; keza hak süjesi olması nedeni ile her kişi haklara ve borçlara ehil olma iktidarına da sahiptir ki bu da hak ehliyetinden başka bir şey değildir. Bu nedenle “şahıs” terimi modern hukuklarda “*hak ve borçlara sahip olabilme ehliyeti*” olarak tanımlanan “hak ehliyeti” ile aynı anlamda kullanılmaktadır.⁸⁶

İslam hukuk metodolojisinde kişi ve mükellef kavramları «mahkûmun aleyh» terimi ile ifade edilmiştir.⁸⁷ Yani ilahî emirle muhatap kabul edilen, üzerine bir takım borçlar yüklenen ve bir kısım haklara sahip olan kişi anlamında kullanılmaktadır.

İslam hukukunda da bütün insanlar “kişi” olarak kabul edilmekte olduğuna göre,⁸⁸ alzheimer hastası da, bir “insan” olarak “kişi” (gerçek kişi) olarak kabul edilmektedir ve hak ehliyetine sahiptir.

84 Hüdâ, *age.*, s. 206, 301-302.

85 Karaman, *age.*, I, 171; Salih Ağcakaya, *İslam Hukukunda Hakiki Şahsın Fiil Ehliyeti*, Uludağ Üniv. Sosyal Bilimler Enst. Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bursa 1997, s. 3; Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1974, s. 9; Turgut Akıntürk, *Medeni Hukuk*. Ankara: Savaş Yayınları, 1989, s. 79; Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 15; Mustafa Dural & Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2006, II, 5-6.

86 Akipek & Akıntürk, *age.*, s. 241-243; Dural & Ögüz, *age.*, II, 5.

87 Emir Padişah, *age.*, II, 395; Şaban, *age.*, s. 293; Zeydan, *age.*, s. 117; Koçak, *age.*, s. 32-33; Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, *İslam Hukukunda Şahsiyet Hakları*, Ankara Üniv. Sosyal Bilimler Enst. Tefsir-Hadis Anabilim Dalı (Doktora Tezi), Ankara 1991, s. 41.

88 Dönmez, “Şahıs”, *DİA.*, XXXVII, 270.

2. Şahsiyet Kavramı

Dar anlamıyla şahsiyet; haklara ve borçlara ehil olmayı ve hak süjesini ifade eder yani şahıs kavramını karşılar. Geniş anlamda şahsiyet çok daha kapsamlı bir muhtevaya sahip olup kişinin bütün hukukî ehliyetlerini, hukuken değer taşıyan maddi ve manevi varlıklarını (şahsiyet hakkı), kişisel durumlarını (ahvâl-i şahsiyye) içine alır. Buna göre şahsiyet kavramı hak süjesinin:

a) Bir yandan haklara ve borçlara ehil olmasını (hak ehliyeti), diğer yandan kendi fiil ve işlemleriyle kendini alacaklı veya borçlu kılabilmesini (fiil ehliyeti);

b) İsmi, maddî ve fizikî bütünlüğü, manevî bütünlüğü ve iktisadî bütünlüğü üzerindeki haklarını (kişilik hakkı);

c) Kendini aile ve toplum içerisinde başkalarından ayırmaya yarayan, hukuk düzenince birtakım hüküm ve sonuçların bağlandığı niteliklerini (şahsî haller) kapsamaktadır.⁸⁹

Şahsiyet; *“gerçek kişilerin doğumlarından ölümlerine kadar, tüzel kişilerin ise hak ehliyetini kazandıkları andan sona ermelerine kadar kişi olmaları nedeniyle ayrılmaz bir biçimde sahip oldukları, hukuken korunan değerlerin bütünüdür.”*⁹⁰

3. Şahsiyetin Başlangıcı ve Sona Ermesi

İslam hukukunda, hukuki kişilik anne rahminde oluşmayla birlikte başlamakta ve bu konuda tam bir görüş birliği bulunmaktadır. Her ne kadar ceninin bağımsız bir şahıs varlığı yoksa da, rahimde, bir süre sonra bağımsız kişilik kazanacak olan canlı bir insan nüvesi bulunmaktadır. Bu özelliği sebebiyle cenin, geciktirilmesi zarara sebep olabilecek ve işlerliği sağ doğmasına bağlı olan nesep, miras lehine yapılan vasiyet ve vakıftan yararlanma hakkı gibi bazı haklara sahiptir.⁹¹

Şahsiyetin sona ermesi; hukuken şahıs olarak kabul edilen ve bu sayede bir takım haklara ve borçlara sahip olan; şahsi halleri ve şahsiyet hakları bulunan kişinin bu hak ve tasarruflarla ilişkisinin tamamen kesilmesini ifade etmektedir. Bu da şahsiyetin ortadan kalkmasıyla meydana gelir.

İslam Hukuku'na göre anne karnında oluşumla başlayan şahsiyet, ölümle sona erer. Doğal bir hadise olan ölüm, aynı zamanda kendisine bilhassa miras ve aile hukuku bakımından birçok hükmün bağlandığı hukukî bir olay niteliğindedir. Yaşam destek üniteleri sayesinde de olsa canlılık devam ettiği sürece ölüm kararı verilemez.

89 Dönmez, “Şahıs”, *DİA.*, XXXVIII, 272.

90 Helvacı, *age.*, s. 19.

91 Uzunpostalcı, “İslam Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*(7),2006, ss. 55-88, s. 62-66; Dönmez, “Şahıs”, *DİA.*,XXXVIII, 271; İsmail Bilgili, “İslam Hukukunda Cenin Hakkı ve Onuruyla İlgili Hükümler”, *İHAD*, sy. 24, 2014, ss. 219-240, s. 239-40.

Ölüm, biyolojik hayatın sona ermesi şeklinde olabileceği gibi (gerçek ölüm), nerde olduğu bilinmeyen, hayatta ya da ölü olduğuna dair bilgi alınamayan kişiler (mefkûd) hakkında hukuken ölümüne hükmedilmesi şeklinde de olabilir. (hükmen ölüm)⁹²

4. Vücûb Ehliyeti – Edâ Ehliyeti

a. Vücûb (Hak) Ehliyeti

İslam hukukçuları vücûb ehliyetini “dinî-hukukî hak ve borçların doğmasına kişinin elverişli olması”⁹³, bir başka deyişle kişinin haklara sahip olabilme ve borç altına girebilmeye, “ilzam (borçlandırılmaya) ve iltizama (borçlanmaya) selahiyetli olma hâli” şeklinde tanımlamaktadır.⁹⁴

Çağdaş hukukta ise vücûb ehliyeti⁹⁵ “hak ve borç sahibi olabilme, yani hakların ve borçların sujesi, hamili olabilme iktidarı” şeklinde tanımlanmakta bu nedenle de bazen “hak ehliyeti” veya “medeni haklardan istifade ehliyeti” ile “şahıs” kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır.⁹⁶

Vücûb ehliyetinin özünü nesep, hidâne, miras, vasiyet, vakıf ve satın alma yoluyla mülk edinme gibi haklardan kişinin faydalanması oluşturur. Borç altına girmeyi ifade eden vergi ödeme, haksız fiilin yol açtığı zararı tazmin etme gibi yükümlülükler ise, daha çok üçüncü şahısların haklarını korumaya yönelik bir önlem mahiyetindedir.⁹⁷ Ancak vücûb ehliyeti İslâm hukukçularınca “zimmet” kavramına dayandırılarak açıklanır.⁹⁸

Usulcülerin genelde benimsediği anlayışa göre zimmet, her insanın doğumdan itibaren sahip olduğu var sayılan itibarî bir vasıf, vücûb ehliyetinin de dayandırıldığı mahaldir.⁹⁹ Bir bakıma kişinin borçlanma ve borçlandırma kapasitesidir. Zimmet de insanın hayatta olması esasına dayandığından neticede vücûb ehliyeti için kişinin sırf hayatta bulunuşu yeterli olup bulğ, akıl, temyiz gibi bedenî veya ruhî yetişkinlik aranmaz. Çağdaş modern hukukta buna “hukukî kişilik” adı verilir.¹⁰⁰

92 Uzunpostalcı, “İslam Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs”, s. 71; Gökmenoğlu, *age.*, s. 57-60; Karaman H., *age.*, I, 174-176.

93 Serahsi, *Usul*, II,332; Molla Hüsrev, *age.*, s. 591; Teftazani, *age.*, II,162.

94 Zerka, *age.*, II,785; Zuhayli, *age.*, I, 163.

95 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 6. Maddesinde “Herkes her nerede olsun hukuk kişiliğinin tanınması hakkını haizdir.” ifadesiyle vücûb (hak) ehliyeti kavramına yer verilmiştir. Türk Medeni Kanunun (MK) 8. Maddesinde de “Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.” şeklindeki düzenleme ile hak ehliyeti kavramına yer verilmiştir. Bkz. Zevkliler, *Medeni Hukuk : Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku : Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler, Aile Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara 1992, s.191.

96 Oğuzman & Seliçi, 1988: s. 22; Akıntürk, *age.*, s. 90; Hatemi, *age.*, s. 21; Bardakoğlu, Ehliyet”, *DİA.*, X, 534; Atar, *age.*, s.143.

97 Çalış, *age.*, s. 63-64; Bardakoğlu, Ehliyet”, *DİA.*, X/534.

98 Habbazi, *age.*, s. 90; Şaban, *age.*, s. 296; Ebû Zehre, 1986:283; Bardakoğlu, Ehliyet”, *DİA.*, X/536.

99 Serahsi, *Usul*, II, 333-334; Buharî, *age.*, IV, 338; Molla Hüsrev, *age.*, s. 32; Zuhayli, *age.*, I, 163; Zeydan, *age.*, s.123; Teftazani, *age.*, II, 348-349; Köksal, *agm.*, s.110.

100 Şaban, *age.*, s. 250; Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA.*, X, 534-535.

Vücûb ehliyeti tam ve nâkıs (eksik) olmak üzere ikiye ayrılır. Anne karnındaki ceninin vücûb ehliyeti nâkıstır. Miras, vasiyet, nesebinin sübûtu gibi lehine olan haklar sabit olurken; borçlanma, yakınların nafakasını karşılama gibi sorumlulukları bulunmamaktadır. İnsan sağ olarak doğduktan sonra ise tam bir vücûb ehliyetine sahip olur.¹⁰¹

İnsan, tam vücûb ehliyetiyle malî haklardan faydalanmaya ve malî borçlar altına girmeye tam ehil olur. Satım, kira, miras, vasiyet, hibe gibi akid ve hukukî işlemler sonucu kendisine intikal eden her türlü hakkı kazanabildiği gibi kendisi adına yapılan hukukî işlemlerden doğan borçlara, akrabalık nafakası, haksız fiilden doğan tazmin, öşür ve haraç gibi kamu düzenini ve sosyal yardımlaşmayı gerçekleştirmeye yönelik malî borçlara muhatap olur. Bunlar kişinin vücûb ehliyetine sahip olmasının tabîî sonuçlarıdır. Vücûb ehliyeti insaniyet vasfı ile sabit olduğu için kişi hayatta olduğu sürece ne eksilir ne de yok olur.¹⁰² Dolayısıyla vücûb ehliyetinin temelini hayatta olma özelliği teşkil eder; bu ehliyetin yaş, akıl, temyiz ve rüşd ile alâkası yoktur. Aklî ve bedenî gelişimi ne durumda olursa olsun yaşayan her insanın bu tür ehliyete sahip olduğu kabul edilir. Bu itibarla alzheimer hastası da tam vücûb ehliyetine sahiptir. Zira kişi doğumdan itibaren tam vücûb ehliyetine sahip olur. Bu yüzden malî haklardan faydalanmaya ve malî borçlar altına girmeye tam ehil olur. Bu ehliyete sahip olan kişi;

1) Satım, kiralama, miras, vasiyet, hibe gibi akit ve hukukî işlemler sonucu kendisine intikal eden her türlü hakkı kazanabildiği gibi kendisi adına yapılan hukukî işlemlerden doğan borçlara, akrabalık nafakası, haksız fiilden doğan tazmin, öşür ve haraç gibi kamu düzenini ve sosyal yardımlaşmayı gerçekleştirmeye yönelik malî borçlara muhatap olur.

2) Zekât ve sadaka-i fıtrda malî yönü ağırlıklı gören fakihler bunların gerekmesi için de vücûb ehliyetini yeterli kabul ederler.

Alzheimer hastalarının hakları bizzat kullanma yetkileri (edâ ehliyeti) bulunmadığı için hak ve borç doğurucu hukukî işlemleri onlar adına kanunî temsilcileri tarafından yapılır. Kanunî temsilcileri, temsil ettikleri kişinin sırf zararına olan hibe (bağış) ve vakıf gibi hukukî işlemlere yetkili değildir.

3) Vücûb ehliyeti sadece başkası adına yapılması (niyabet) mümkün olan hukukî işlemleri kapsadığından, niyabet kabul etmeyip şahsen ifası gereken iman, bedenî ibadetler ve malî yönü bulunmayan cezaî sorumluluk gibi ödevler için kişinin vücûb ehliyetinin yanı sıra akıl, niyet ve iradesi önem taşıdığından belli derecede aklî yetkinlik kazanması da esastır.

101 Çalış, *age.*, s. 68-69; Uzunpostalcı, "Cenin", *DİA.*, VII, 369.

102 Zerka, *age.*, II, 785; Şaban, *age.*, s. 278; Bardakoglu, "Ehliyet", *DİA.*, X/535.

Ancak haksız fiilden doğan malî borçlarda failin kusurundan ziyade mağdurun hakkının korunması esas alındığından kişinin bu tür borçlarla yükümlü tutulması için vücûb ehliyetine sahip bulunması yeterli görülmüştür.¹⁰³

b. Edâ (Fiil) Ehliyeti

Modern hukukta “*medenî hakları kullanma ehliyeti*”ne tekabül eden edâ ehliyeti;¹⁰⁴ kişiyi şerî hitabın yönelmesine ve edânın vücûbiyetine, dinen ve hukuken meşru ve muteber olacak tarzda davranmaya ve hukukî işlem yapmaya elverişli kılan özelliktir.¹⁰⁵

Edâ ehliyeti vücûb ehliyetinin daha kapsamlı hale gelmiş ikinci safhası sayılabilir. Edâ ehliyetiyle birlikte bir yandan inançtan ibadete bütün dinî taleplerle mükellef olma, diğer taraftan ise, vücûb ehliyetiyle kazanılan hakları bizzat kullanma, kendi fiilleriyle hak edinme ve borç altına girme, söz ve eylemlerinin hukukî sorumluluğunu üstlenme söz konusu olmaktadır.

Edâ ehliyetinin temelini akıl ve temyiz gücü (iyiyle kötüyü birbirinden ayırabilme yeteneği) teşkil eder. Temyiz, kişinin iyiyi kötüden, faydalıyı zararlıdan ana hatlarıyla olsun ayırabilmesi demektir. Kişinin hak ve borçlar doğurabilecek şekilde hukukî işlem yapabilmesi, dinî ve hukukî hükme şahsen muhatap olabilmesi için belli seviyede anlama ve muhakeme etme gücünün bulunması gerekir.¹⁰⁶

Kişi başlangıçta akıl ve temyiz gücünden yoksun iken gerek ruhî gerekse bedenî kabiliyetleri itibariyle tedricî bir gelişme seyri izlediğinden ehliyet de kişinin bu gelişimini bir gölge gibi takip ederek onunla uyumlu bir kapsam kazanır. Bunun için de edâ ehliyeti başlangıçta hiç bulunmazken temyiz döneminde eksik olarak başlar. Kişinin, beden ve akıl itibariyle gerekli gelişimini tamamlamasıyla birlikte (bülüğ ve rüşd) kamil hale gelir. Artık birey, bütün dinî-hukukî tekliflerle yükümlü olur.¹⁰⁷

Ayırt etme gücüne (temyiz kudreti, sezginlik) sahip ve kısıtlı (mahcur) olmayan her ergin (reşit) kişinin fiil ehliyeti olduğu kabul edilir. Ayırt etme gücünün iki ögesinden biri irade yani isteme ve istediğini yapabilme, istemediğini yapmama diğer bir deyişle davranışlarını yönlendirme yetisi; diğeri idrak yani kişinin eylemlerinin neden ve sonuçlarını değerlendirebilme yetisidir.

103 Çalış, *age.*, s. 62-71.

104 Hukuka uygun fiiller yapabilme ve hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyeti olan edâ (fiil) ehliyeti Türk Medenî Kanunu 9. Maddesinde “Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir” şeklinde kanunlaştırılmıştır. Temyiz kudretine sahip, reşit (ergin) olan ve kısıtlı (mahcur) olmayan kişi fiil ehliyetine sahip kabul edilmiştir. Edâ ehliyeti, yalnızca hakların kullanılması yeteneği olmayıp, buna ilave olarak kişinin hukukî işlem, borç edinme, eylemlerinden sorumlu olma ve dava yeteneğini de içerir. Bkz. Özsunay, *age.*, s.25-28; Hatemi, *age.*, s. 30-31; Zevkliler, *age.*, s.197; *Türk Hukuk Lügati*, s. 61.

105 Serahsi, *Usul*, II, 340; Zerka, *age.*, II, 783; Şaban, *age.*, s. 250; Atar, *age.*, s.144.

106 Şaban, *age.*, s. 250; Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA.*, X/536.

107 Hayatın gelişim safhalarına göre insanın ehliyetinin gelişim merhaleleri için bkz. Zerka, *age.*, II, 790-831; Zeydan, *age.*, s. 124-130; Hudari, *age.*, s. 90-93; Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA.*, X, 536.

Kişinin durumuna göre edâ ehliyeti tûmden ya da kısmen kısıtlanabilir. Bu kişilere mahkeme tarafından vasi tayini yapılır ya da yasal danışman atanır.¹⁰⁸

Günümüz hukuk doktrini anlayışında, fiil ehliyetinin şartlarının hepsinin bir kişide bulunup bulunmamasına göre kişiler fiil ehliyeti yönünden bir ayrıma tabi tutulmakta, ehliyetliler (tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler) ve ehliyetsizler (tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler) olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁰⁹

Bu ayrım, İslam hukuk doktrininde yukarıda da ifade ettiğimiz nakis ve tam eda ehliyeti kapsamında değerlendirilmekte olup,¹¹⁰ her birinin alzheimer hastalığı açısından önemi ve fonksiyonu farklıdır.

Alzheimer hastasının bu kategorilerden hangisine girdiği sorunu; her somut olayın özelliğine göre kişinin o olaya konu olan eylem ve davranışı yaparken mümeyyiz olup olmadığının ayrıca tespit edilmesi sureti ile çözümlenecektir. Bundan dolayı her bir ehliyet çeşidinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tam ehliyetliler, mümeyyiz ve reşid olup, aynı zamanda kısıtlı (mahcûr) da olmayanlardır. İslam hukuk doktrininde tam edâ ehliyetinin şartı akıllı olarak buluş çağına girmek olarak ifade edilmektedir.¹¹¹ Tam ehliyetliler, edâ ehliyetinin bütün şartlarına sahip bulunan kimselerdir. Dolayısıyla, tam ehliyetliler her türlü hukukî muameleyi hiç kimsenin iznine muhtaç olmaksızın bizzat yapabilir ve bu suretle de kendi lehlerine haklar ve aleyhlerine borçlar doğurabilir.¹¹² Bu şahısların aynı zaman da dava ehliyetleri de mevcut olduğundan mahkemelerde davacı ve davalı sıfatıyla bulunup her türlü usul hukuku muamelelerini de bizzat yapmaları mümkündür.¹¹³

Alzheimer hastası bir kişinin, eğer bu hastalığı daha henüz ilk evrede olup Türk Medeni Kanunu (MK) madde 405'te öngörülen şartları¹¹⁴ ihtiva etmiyor ve ayırt etme gücünün bulunduğu da söylenebiliyor ise, tam ehliyetli olduğu söylenebilir. Ancak böyle bir olasılıkla çok nadir karşılaşılabileceği de kabul edilmelidir; neticede alzheimer hastalığının evreleri arasındaki geçiş sürecinin belirsizliği ve

108 Türk Medeni Kanunu'nda «fiil ehliyeti» madde 13-9'te, «fiil ehliyetsizliği» madde 16-14'da ve «vesayeti gerektiren haller» madde 403, 405 ve 409'da ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

(Bkz. www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.doc.)

109 Geniş bilgi için bkz. Oğuzman & Seliçi, 1988: 45-58; Akıntürk, *age.*, s. 100-107; Hatemi, *age.*, s. 35-78; Helvacı, *age.*, s. 60-81; Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanunu Başlangıç Hükümler ve Hakiki Şahıslar Hukuku)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1980, s.365-419.

110 Ağcakaya, *age.*, s. 55-57.

111 Hudari, *age.*, s. 90; Hallaf, *age.*, s.323; Ağcakaya, *age.*, s. 56.

112 Nuri Kahveci, “Kusur Sorumluluğu Açısından Ehliyetin Önemi”, *Dini Araştırmalar*, IV(12), 2002, ss. 71-85, s. 80; Akıntürk, *age.*, s. 100.

113 Akipek & Akıntürk, *age.*,s. 319; Gül, *age.*, s. 67.

114 “Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır. Görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idari makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.”

hastalık belirtilerinin ciddileşmesinin her an söz konusu olabileceği düşünüldüğünde, bir kişiye alzheimer tanısının konulmasından sonra bu kişinin tam ehliyetli olduğunun söylenebilmesi oldukça güçtür.

Unutulmamalıdır ki, tam ehliyetliler, kendi fiilleriyle hak kazanabilmelerinin yanında, aynı şekilde borç altına girebilir ve hukuka aykırı (haksız) fiilleriyle neden oldukları her türlü zarardan da bizzat sorumludur.¹¹⁵

Sınırlı (mahdut) ehliyetliler, henüz gelişimin ilk safhasında olan mümeyyiz çocuklar ile gelişimlerini tamamladıkları halde sonradan arız olan durumlardan dolayı eksik ehliyetli durumuna düşen bunaklar, sefihler vb. kişiler olup¹¹⁶ aslında tam ehliyetli oldukları halde, bazı sebeplerden dolayı belli konularda ehliyetleri sınırlandırılmış bulunan şahıslardır. Bu kimselerde ehliyet esas, ehliyetsizlik istisnadır.

Kanun koyucu bunların menfaatini göz önüne alarak fiil ehliyetlerini kısıtlamıştır. Bu duruma “sınırlı ehliyetlilik” denmektedir.¹¹⁷

Türk Medeni Kanunu’nda da sınırlı ehliyetliler, kendilerine yasal danışman atanmış olan kişilerden oluşmaktadır. Bu kişiler kural olarak fiil ehliyetine tam olarak sahip olmakla beraber bunların ehliyetleri bazı işlemler açısından sınırlandırılmış olup, sınırlanan bu işlemleri yapabilmeleri için kanunî temsilcilere ihtiyaçları bulunmaktadır.¹¹⁸

Bu itibarla, evreler halinde ilerleme özelliği gösteren bir hastalık olan alzheimerin ilk evresinde, hastanın henüz ayırt etme gücünü sürekli bir şekilde yitirmediği ve vesayet altına alınması için aranan şartların oluşmadığı bir durumda bu kişiye yasal danışman atanması söz konusu olabilir.

Tam ehliyetsizler kategorisine giren şahısların fiil ehliyetleri yoktur. Bunlar, fiil ehliyetinin en önemli şartı olan temyiz kudretinden yoksun olan (gayr-ı mümeyyiz) şahıslardır.

Tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukukî işlemler geçersiz, yani batıldır.¹¹⁹ Temyiz kudretinden yoksun bulunan kimse adına (onu temsilen) hukukî işlemi kanunî mümessili yani velisi veya vasisi yapar. Tam ehliyetsizlerin cezaî ehliyetleri de bulunmadığı için işledikleri fiilerden dolayı malî cezaî sorumlulukları da yoktur.¹²⁰

Kişinin temyiz gücüne sahip olup olmadığı somut hukukî işlem açısından ve bu işlemin yapıldığı an göz önüne alınmak sureti ile belirlenebilir. Bu bağlamda, alzheimer hastası bir kişinin temyiz gücünün bulunmadığı tespit olunduğunda, onun tam ehliyetsiz olduğu söylenebilir ve hukukî sonuçlar da buna göre değerlendirilir.

115 Gül, *age.*, s. 68; Gülmez, Tümer, Karacaoğlu, Akçan, & Aysun Balseven Odabaşı, *agm.*, s. 33,37.

116 Ağcakaya, *age.*, s.56-57.

117 Kahveci, *age.*, s. 80; Akıntürk, *age.*,s. 101.

118 Dural & Ögüz, *age.*,II, 727-728.

119 TMK, md. 14-15.

120 Gül, *age.*, s. 69-71; Akıntürk, *age.*, s. 105-107; Kahveci, *age.*, s. 81.

Özellikle bu hastalığın ileri evresinde, hastanın içinde bulunduğu dramatik durum (konuşma, hatta hareket etme yeteneğini kaybetmesi vb.), onun ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması anlamına gelmektedir.

Sınırlı ehliyetsizler (kısıtlılar), temyiz kudretine sahip olmakla birlikte reşit olmayan veya kısıtlı olan kişilerdir. Yani bunlar edâ ehliyetinin mümeyyiz olmak şartının dışındaki diğer iki şartından birine sahip, diğerine sahip değildirler.

Sınırlı ehliyetsizler açısından ehliyetsizlik asıl, ehliyet ise istisnadır. Başka bir ifade ile sınırlı ehliyetsizler kural olarak ehliyetsiz olsalar da karşılıksız kazanmada (ivazsız iktisap), kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada ve haksız fiillerinden sorumlu tutulabilmelerinde ehliyetli kabul edilirler.

Sınırlı ehliyetsizler ancak, kanunî temsilcilerinin rızası ile satım, kira, istisna sözleşmeleri gibi kendilerini borç altına sokan işlemleri ve tasarruf işlemlerini geçerli olarak yapabilirler ya da bu işlemleri kanunî temsilcileri onlar adına yapabilir.¹²¹

Görüldüğü üzere modern hukukta kişinin akıl, irade ve şuurunu yok eden veya zayıflatan hastalık ve arızî durumların edâ ehliyetine etkisi de bu dörtlü ayırım içinde incelenmektedir. Nitekim günümüz hukukçuları da alzheimer hastalığının evreler halinde ilerleme özelliği göstermesi ve ağırlaşan bir sürece sahip olması nedeniyle, bir süre için temyiz gücü bulunduğu bahisle sınırlı ehliyetsiz sayılan alzheimerli kişinin hastalığın evresi ve klinik durumuna göre temyiz gücünü kaybetmesi ile tam ehliyetsiz durumuna gelebileceği kanaatindedir. Bu nedenle, sınırlı ehliyetsiz sayılan bir alzheimer hastasının bu durumunun geçici olduğu ve önceden belirlenemeyen bir süre sonra tam ehliyetsiz hale geleceği dikkate alınarak, kendisine bir vasi veya kanunî temsilci atanması ve bununla da yetinilmeyip bu kişinin sürekli takip altında tutulması gerektiği görüşündedirler.¹²²

(i) Dinî Edâ Ehliyeti

Vücüb ehliyeti zimmete ve hukukî kişiliğe dayanırken edâ ehliyeti şer'î hitabı anlamayı sağlayan akıl ve temyiz gücü ile onun gereğini yapabilmeyi sağlayan beden gücüne dayanır. Kişinin geçerli hukukî işlemler yapabilmemesi, dinî ve hukukî hükme şahsen muhatap olabilmesi, belli seviyede anlama ve muhakeme etme gücüne, dinin davetini anlayacak konum ve kıvama sahip olmasıyla mümkündür.¹²³ Bu itibarla kişinin, Allah'ın kendisine farz kıldığı ibadetleri, üzerine yüklenen ödevleri ve yükümlülükleri yerine getirebilmesi için ehliyeti bozan, iradeyi sakatlayan ârizalara sahip olmaması gerekir.

121 Bkz. Oğuzman & Seliçi, *age.*, s. 51-57; Hatemi, *age.*, s. 70-78; Akıntürk, *age.*, s. 102-105; Helvacı, *age.*, s. 73; İmre, *age.*, s. 403-414.

122 Gül, *age.*, s. 68, 74; Gülmez, Tümer, Karacaoğlu, Akçan, & Aysun Balseven Odabaşı, *agm.*, s. 33,37.

123 Serahsi, *Usul*, II, 340; Zerka, *age.*, II, 803.

Klasik fıkıh ve usûl literatüründe ehliyet ârizaları kapsamında, ehliyetin temel unsuru olan idrak ve temyiz kabiliyeti ekseninde ehliyeti daraltıcı özelliğe sahip ateh değerlendirilirken; ma'tuhun bazı sözlerinin akıllıya, bazı sözlerinin mecnuna benzediği, yaptığı diğer işlerde de durumun böyle olduğu ifade edilmiş, “nasıl ki mecnunun hâli, akli olmaması sebebiyle, çocuğun temyiz çağı öncesi dönemine benziyorsa, ma'tuhun durumu da akli noksan olması sebebiyle, çocuğun temyiz çağı sonrası dönemine benzer.” denilmiş¹²⁴ ve bu sebeple ma'tuh için, “Ma'tuh olan kimse sağır-i mümeyyiz hükmündedir.”¹²⁵ denilerek akli olmasıyla beraber, ibadetlerde çocuk gibidir görüşü serdedilmiştir.

Ayrıca ibadetler konusunda “Üç kişiden sorumluluk kaldırılmıştır; baliğ olunca kadar çocuktan, uyanuncaya kadar uyuyandan, iyileşinceye kadar ma'tuhtan.”¹²⁶ hadis-i şerifi gereğince ma'tuhun mümeyyiz küçük hükmünde olup eksik edâ ehliyetine sahip bulunduğu, dolayısıyla bedenî ibadetlerle yükümlü olmadığı, ancak edâ ettiği ibadetlerin sahih olup,¹²⁷ bundan ötürü de sevap alabileceği görüşü benimsenmiştir. Bununla birlikte ma'tuhun bazen akıllı olması nedeni ile ihtiyaten ibadetle sorumlu olacağı görüşünde olan hukuk bilginleri de olmuştur.¹²⁸

Nitekim alzheimer hastalığı da; akıldaki idrak ve anlama noksanlığı ile hafıza kaybından oluşan bir hastalıktır. Zihni fonksiyonlarda bozulmaya yol açan beyindeki hasarın derecesi kişiden kişiye değişmekle birlikte sürekli ilerleyici vasıftadır.

Ancak alzheimer hastasının, hastalığın başlangıcından itibaren hukukî ehliyeti, yani attığı imzanın anlamını anlayabilecek vasıfları hemen kaybettiğini söylemek mümkün değildir. Gerçi tanı konmuştur, ancak hastalığın kişinin akli melekelerini tamamen yok edip ortadan kaldırdığı söylenemez. Zira bu hastalığa yakalanan kişi bazen normal hâlde olur ve etrafında olup biteni anlar, bazen de kendini kaybeder ve etrafında neler olup bittiğini anlamaz. Bu nedenle de bu hastalık cünûn gibi değildir. Bu kapsamda; alzheimer hastalığının ibadete ilişkin sonuçları, ehliyeti etkilemiş oranına göre değişir.

Ehliyeti ortadan kaldırıcı bir duruma ulaşmadıkça, kişi ibadetlerini aksatmasından sorumlu olur. Hastalığın uzun müddet sürmesi veya hastalığın ehliyeti ortadan kaldırıcı bir duruma ulaşması, yani yakınlarını dahi bilemeyecek bir safhaya gelmesi halinde namaz ve oruç gibi ibadet mükellefiyeti düşer.

Alzheimer hastalığı akli melekeleri tamamen ortadan kaldırmadığı için, alz-

124 Serahsi, *el-Mebsut*, XXIV, 137.

125 Mecelle, md. 978.

126 Ebû Dâvûd, “Hudûd”, 17.

127 Buhârî, *age.*, IV, 385; Zeydan, *age.*, s.135.

128 Debusi, *age.*, s. 433; Molla Hüsvrev, *age.*, s. 606; Nuray Topdemir, *İslâm Fıkıhında Ehliyet Arızalarının İbadetlere Etkisi*, Marmara Üniv. Sosyal Bilimler Enst., İlahiyat Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2007, s. 91.

heimer hastaları tutamadıkları oruçların fidyesini verirler. Ancak rahatsızlığı akli başında olmayacak derecede bulunan kimseler ibadetle mükellef olmadıklarından, tutamadıkları oruçlar için fidye vermeleri de gerekmez.

İleri derecede alzheimer hastası olan kişi, artık bilinçli hareket etmekten uzak olduğu, hemen hemen her şeyi unuttuğu için zekât vermeleri onlara farz olmaz. Çünkü bu durumda onlar, cünûn-ı mutbik (uzun süreli akıl hastalığı) halinde kabul edilir ve kendilerinden zekât yükümlülüğü düşmüş olur.

Hanefiler dışındaki mezheplerde ergen ve akıllı olmak, zekâtın farz olması için şart olmadığından her halükarda zekâtla mükellef olur.¹²⁹

Fitre ile mükellef olmada akıl sağlığı aranmadığı için, nisab miktarı mala sahip olan herkesin fitre vermesi gerekir. Çocuklar ve akıl sağlığı yerinde olmayanlar, kendileri veremezlerse velileri veya vasileri, onların malından fitrelerini verir.¹³⁰

(ii) Hukukî (Medenî) Edâ Ehliyeti

Hukukî edâ ehliyeti; kişinin vücûb ehliyeti sebebiyle faydalanmaya ehil olduğu hakları bizzat kullanmasını, hak ve borçlar doğurabilecek şekilde hukukî işlem yapabilmesi, kendi iradî davranışıyla hukukî bir sonuç meydana getirebilmesidir. Şüphesiz ki bu haklarda ve borçlarda değişiklik yapabilmeyi, bunları devredebilmeyi ya da sona erdirebilmeyi de kapsar.¹³¹

Edâ ehliyeti açısından önemli olan, kişinin kendi fiileri ile hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesidir. Şayet kişi kendi fiilinin sonucu olarak hak sahibi olmuyor veya borç altına giremiyorsa, o kişi edâ ehliyetine sahip değildir.¹³²

Edâ ehliyeti, insanın yaptığı fiilinin hukukî sonucun kendisine isnad edilebilmesini ifade etmektedir. Kendilerine hukukî sonuç bağlanmış insan fiileri de hukuka uygun ve hukuka aykırı olarak ortaya çıkar.¹³³

1. Hukuka Uygun Fiillerde Bulunabilme Ehliyeti

Hukuka uygun fiilerin içinde en önemli kısmı hukukî işlemler oluşturur. Edâ ehliyetinin hukukî işlem yapabilme tarzındaki görünümüne hukukî işlem ehliyeti veya kısaca işlem ehliyeti denilmektedir.¹³⁴

129 Vecdi Akyüz, *Mukayeseli İbadetler İlmihali: İslâm Fıkhdında İbadetler*, I-IV, İz Yayıncılık, İstanbul 1995., III, 136;

130 <http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=44056>; (erişim, 18.03.2016.); Muhammed Refik Mü'min eş-Şubkî, "Hükümü Savmî'l-ma'tûh ve'l-Muharrif ve'l-Muğma aleyh", 29.06.2015, <http://www.islamiatonline.net/spotlight/0/88592/1/> / (erişim, 18.03.2016.).

131 Niyazi Uygur, "Yeni Türk Medeni Kanunu ve Demanslı Hastalar", *Demans Dergisi* (2), 2002, ss. 21-26, s.23; Erkan & Yücer, agm., s.487.

132 Helvacı, *age.*, s. 46; Gül, *age.*, s. 41.

133 Oğuzman & Seliçi, *age.*, s. 27-29; Helvacı, *age.*, s. 46-47.

134 Oğuzman & Seliçi, *age.*, s. 27.

Hukukî işlem; hukukî bir sonuç elde etmek üzere irade beyanında bulunmaktır. Hukukî işlemler, tarafları bakımından “tek taraflı hukukî işlemler”¹³⁵ ve “çok taraflı hukukî işlemler”¹³⁶ olmak üzere ikiye ayrılır.

Hukukî işlem ehliyeti, borçlandırıcı işlem yapabilme ehliyeti (sözleşme ehliyeti) gibi tasarruf işlemi yapabilme ehliyetini (tasarruf ehliyetini) de kapsar. Tasarruf ehliyeti, kişinin, hakları üzerinde kendi fiilleriyle doğrudan doğruya etkiler yapabilme konusunda sahip olduğu iktidardır. Edâ ehliyetine sahip bir kimse, bir hakka doğrudan doğruya etkiler yaparak onu nakletme, sınırlama, değiştirme ve ortadan kaldırma ehliyetine de sahiptir. Örneğin, mülkiyet hakkını aynı haklarla sınırlayabilir, üzerinde rehin kurabilir, mülkiyet hakkını başkalarına devredebilir veya terk edebilir.¹³⁷

İşte hukukî sonuç doğuran ve hukukî sonuçlar dolayısıyla eylemi yapana hak kazandıran veya onu yükümlü kılan, borçlandıran eylemleri yapabilmek için, bir kimsede “edâ ehliyeti” şartlarının bulunması gerekir.

Edâ ehliyeti için gerekli şartlar yoksa o kişinin –miras veya ölüme bağlı tasarruf dışında-hak kazanması “temsil” yolu ile olur.¹³⁸

İslam hukuku bağlamında her insan gibi kişi sayılan ve vücûb ehliyetine sahip olduğu kabul edilen alzheimer hastasının hukukî edâ ehliyetinin belirlenmesinde; ateh kavramı çerçevesinde kendisi için hak ve borç doğuran hukukî işlemleri yapabilme yetkisinin ve kendilerine vasi tayini gerekip gerekmediği hususunun tam olarak tespiti önem arz etmektedir.

Bu kapsamda, malî sonuçları da olan onun kişisel durumu, ailevi ilişkileri, mallar üzerindeki yetkileri, diğer şahıslarla olan borç ilişkileri, ölümlerinden sonra miraslarının akıbeti gibi hukukî tasarruflarını mümeyyiz küçüklerin tasarrufları gibi geçerlilik açısından üçlü ayırımı tabi tutmak mümkündür. Buna göre;

a. Tamamen menfaatine olan tasarruflar

Vasiyet, sadaka, bağış ve hibe kabulü gibi tamamen lehine olan, sadece fayda yönü bulunan, doğrudan onun mal varlığında bir artış meydana getiren tasarrufları kimsenin rızasına bağlı olmaksızın geçerli olur.¹³⁹

Nitekim İslâm hukukçuları, hibede bulunacak tarafın tam edâ ehliyetine sahip olması gerektiğinde görüş birliği içindedir. Mecelle’de bu husus, “*Vâhibin âkıl ve*

135 Vasiyet ve vakıf kurma gibi sadece bir tarafın iradesini açıklamasıyla meydana gelen hukukî muamelelerdir. (Akıntürk, *age.*,s. 99; İmre, *age.*,s. 226-228.)

136 Akit, mukavele, alım-satım, kira gibi birden fazla şahsın karşılıklı irade beyanlarıyla meydana getirilen hukukî muamelelerdir. (Akıntürk, *age.*,s. 99; İmre, *age.*,s. 226-228.)

137 Gül, *age.*,s. 45; Oğuzman & Seliçi, *age.*,s. 28.

138 Hatemi, *age.*,s. 32.

139 Bilmen, *age.*,I, 228; Gül, *age.*,s. 38,294.

bâliğ olması şarttır; binaenaleyh sagir (küçük), mecnun ve ma'tuh (bunak) un hibesi sahih değildir; amma bunlara hibe sahihtir." şeklinde ifade edilir.¹⁴⁰

Hibeyi kabul eden açısından hibe sırf kazandırıcı bir hukukî işlem olduğundan lehine bağışlama yapılan kimsenin tam vücûb ehliyetinin bulunması, yani hakikî veya hükûmî şahıs olması ve o sırada hayatta bulunması yeterlidir. Dolayısıyla ma'tuh için, hibe kabulü gibi tamamen lehte olan muameleler kimsenin rızasına bağlı olmaksızın geçerlidir.¹⁴¹

b. Tamamen zararına olan tasarruflar

Başkasına yapacağı bağış (hibe), sadaka, vakıf, vasiyette bulunma, borç ikrarı veya ibrası, kefalet, boşama gibi tamamen aleyhine olan, mal varlığının azalmasına neden olabilecek türden tasarruflar ise kanunî temsilcilerinin iznine ihtiyaç olmaksızın geçersizdir.¹⁴² Zira hastalık sebebiyle akli melekesi yerinde olmayan ve bu nedenle kendi adına tasarrufta bulunma ehliyetine sahip bulunmayan alzheimer hastalarının gerçekleştirdikleri tamamen zararlarına olan bu işlemleri geçersizdir.¹⁴³

Nitekim bu doğrultuda boşama (talak) da tamamen hastanın aleyhine olan bir hukukî tasarruftur. Öyle ki talâk tasarrufunda bulunacak kişinin akli dengesinin yerinde, hem akıl hem de idrak bakımından ehliyetinin tam olması gerekir; akıl hastasının, bunağın (ma'tuh), hastalık vb. sebeplerle akli dengesini kaybeden kimsenin talâkı geçerli değildir. Bu konuda mezhepler arasında ihtilâf da söz konusu değildir.¹⁴⁴

Hz. Peygamber (s.a.s) şöyle buyurmuştur: "*Bunaklığı aklını galebe çalanın talâkı hariç herkesin talâkı geçerlidir.*"¹⁴⁵

Bu hadiste de bunaklığı sebebiyle akli melekelerinden istifade edemeyen kimsenin boşamasının sahih olmadığı belirtilmiştir.

Bunaklığı aralıklarla gelip giden ma'tuhların boşamasına gelince; böyle kimseler sıhhat bakımından ne söylediklerini idrak edebilecek seviyeye ulaşırlarsa boşamaları muteberdir. Ne söylediğinin farkında olamayacak kadar bunamış akıl hastalarının boşaması ise geçersizdir.¹⁴⁶

Mecnûnun boşamasında olduğu gibi ma'tuhun boşamasında da ne velisi ne de bir başkası onun yerine boşama hakkını kullanamaz. Bu hususta yetki sahibi olan

140 Mecelle, md. 859.

141 Kasani, *age.*, VI, 20; Bilmen, *age.*, VII, 273.

142 Karaman, *age.*, I, 243.

143 TMK., md. 449.

144 Aişe Muhammed Sıddık, *age.*, s. 112; Ebû Zehre, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, Dârü'l-Fikri'l-Arabi, Kahire 1957, s. 289; Ayrıca bkz. Muhammed Aktaş, *İslam Aile Hukukunda Ehliyet Arızalarının Talak Üzerine Etkileri*, Cumhuriyet Üniv. Sosyal Bil. Enst., (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Sivas 2012, s. 16-17.

145 Buharî, "Talak", 11; Tirmizî, "Talak", 15. İbn Mâce, "Talak", 15.

146 Heyet, *el-Fetava'l-Hindiyye*, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2000, I, 387.

hâkimdir. Konunun hâkime intikal etmesi halinde hâkim uygun görürse eşlerin arasını ayırır.¹⁴⁷

Medeni Kanunda da alzheimer hastasının mevcut rahatsızlığı diğer taraf için iyileşmez niteliği ve “ayırt etme gücünden sürekli yoksunluk, ara sıra geçirilen buhranlar, diğer eşin hayat ve sağlığının tehlikeye koyabilecek veya onu sürekli korku altında bulunduracak saldırıların yapılması, veya akıl hastalığının sürekli olarak bir sağlık kurumunda tedavi ve bakım altında bulunulmasını gerektirmesi” gibi özelliklerle ortak hayatı çekilmez hale getiriyorsa, somut olayın durumuna göre diğer tarafın boşanma davası açma hakkı, MK. 166. madde bağlamında mevcuttur. Hatta evlenirken karşı taraf eşin bu rahatsızlığını bilmiyorsa, evliliğin hata veya hileyle uğrama gerekçeleri ile iptali dahi istenebilir.¹⁴⁸

Alzheimer hastasının vasiyette bulunma gibi aleyhine olan hukukî işlemleri de geçersizdir. Zira vasiyet düzenleme ve mal bağışlama gibi durumlar, kişinin ruhsal bakımdan sağlıklı olmasını gerektirir. Yaptığı işin ne olduğu ve sonuçları hakkında yeterli bilgiye sahip olmayan bir kimsenin vasiyeti geçerli değildir. Bunamış bir hasta ayırt etme gücü yani fiil ehliyeti olmadığından vasiyet düzenleyemez. Mal ve mülklerini vasiyet düzenleme veya hibe yolu ile başkalarına veya kurumlara devredemez.¹⁴⁹

c. Hem menfaate hem zarara ihtimali olan tasarruflar

İster alıcı ister satıcı taraf olarak satış sözleşmesi, ister kiracı ister kiralayan taraf olarak kira sözleşmesi, ortaklık sözleşmesi ve evlenme sözleşmesi gibi mahiyeti itibariyle lehte ve aleyhte olması muhtemel hem kâr hem de zarar yönü bulunan tasarruflar ise kanunî temsilcilerinin (velî, vasî veya hâkim) izin ve onayı ile geçerlidir.

Edâ ehliyeti, kişinin her türlü dinî hitaba ehil olması yanında, sahip bulunduğu hakları bizzat kullanmasını da ifade ettiğinden, şahsın ehliyetini olumsuz etkileyip salahiyetlerinde daralmaya sebep olan ârizî haller, beraberinde kısıtlılığı (hacr) getirir. Akıl zayıflığı hali bu açıdan değerlendirildiğinde ma'tûh, kendiliğinden mahcûrdur; bunun için ayrıca mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Bu itibarla ma'tûh kişiye bir kanunî temsilci tayin edilir.¹⁵⁰

Mecellede bu hüküm şöyle düzenlenmiştir: “Sagîr ve mecnûn ve ma'tûh, zaten mahcûrlardır.”¹⁵¹

147 Ebû Zehre, *el-Ahvâlü'sh-Şahiyye*, s. 292.

148 Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara: Turhan Kitapevi Yayınları, 2004, s. 399; Gül, *age.*, s. 162-171; Mahmutoğlu, “Nöroloji Uzmanlarının Bilirkişilik Sıfatıyla Adli Bilimler Bağlamındaki Roller”, s. 51.

149 Eke, Salih Murat, Taktak, Şafak, & Bakar, Bülent (2013), “Türkiye’de Yaşlılık ve Adli Tıp Yönleri”, *Türkiye Klinikleri J PM&R-Special Topics*, VI(4), ss. 75-82, s.79.

150 Gözübenli, “Âteh”, *DİA.*, IV, 52.

151 Mecelle, md. 957.

Edâ ehliyetinin aslı itibariyle mevcut oluşu, izinsiz yaptığı bu tür işlemlerin hukukî varlık kazanması, eksik oluşu ise yürürlüğünün askıda (mevkuf, gayri nâfiz) olması sonucunu doğurmaktadır. Başlangıçta verilen izin veya sonradan verilen onay ise edâ ehliyetindeki eksikliği kaldırıcı bir rol üstlenmektedir.¹⁵²

Bu itibarla alzheimer hastasının alım-satım, kira, şirket ve evlenme gibi hukukî işlemlerinin işlerlik kazanıp hüküm ve sonuçlarını meydana getirebilmesi, kanunî temsilcisinin icazetine bağlıdır.

İzin alınmadan yapılan işlem icazet verilinceye kadar askıda kalır (mevkuf); icazet verilince işlem yapıldığı andan itibaren işlerlik kazanır. Dolayısıyla kanunî temsilci, icazet verip vermemekte serbest olup, icazet verirse akit muteber olur, vermezse batıl olur.¹⁵³ Bu Hanefî ve Mâlikîler'in görüşü olup Şâfiî ve Hanbelîler'e göre kural olarak tarafların bulûğu esas olup bu ehliyete sahip olmayanlar veli izni bulunsa bile hukukî işlem tesis edemez.¹⁵⁴

“Akıl hastalığı , bunama , akıl za'fı ve sefâhet sebebiyle kısıtlı (mahcur) olanlara kayyim tayin edilir ki, çocuğun vasisi mesabesinde dir.”¹⁵⁵

2. Hukuka Aykırı Fiillerden Sorumlu Tutulabilme Ehliyeti

Bu ehliyet, bir kişinin borca aykırı davranışı ya da haksız fiiliyle bir başka kişiye zarar vermesi durumunda bu hareketi nedeni ile sorumlu tutulabilme ehliyetidir; bir kişinin bu tarz fiillerinin sonucuna katlanması, o kişinin fiili ile verdiği zararı tazmin etme sorumluluğudur.

Hukuken suç sayılan bir fiil sebebiyle bir şahsın cezalandırılabilmesi, onun sorumluluk taşıyabilmesine dayanmaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk ise kişinin sorumluluk alabilmeye elverişli, işlediği fiilin mahiyetini, suç teşkil edip etmediğini fark edebilecek anlama kabiliyetine sahip olmasına yani ehliyetine ve suçun kendisine isnat edilebilmesine dayanmaktadır.¹⁵⁶

Suçun teşekkülü için eylemde bulunan kişinin cezaî ehliyete sahip olması ve kişinin iradesinin suça yönelmesi (kusur) gerekmektedir. Cezâî ehliyet, cezaî sorumluluğa ehil olmayı ve ceza ile yükümlü tutulabilmeyi gösteren bir vasfı ifade etmektedir. Bu kişiye cezanın terettüp edebilmesi ve infazı için gerekli bir vasıftır. Modern hukukta ise “Cezâî ehliyet”; cezayı gerektiren fiilde bulunan şahsın cezalandırılabilmesi yeteneği olarak tanımlanmıştır.¹⁵⁷

152 Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA.*, X, 537.

153 Bardakoğlu, “Bey”, *DİA.*, VI, 13-14; Ayrıca bkz. Mecelle, mad. 967, 978.

154 Bkz. Cezeri, *Dört Mezhebe Göre İslam Fıkhı : Kitâbu'l-fikh ale'l-Mezâhibi'l-erbaa*, (Çev.Mehmet Keskin) Çağrı Yayınları, İstanbul 1993, II, 366-372.

155 Karaman, *age.*, II, 276.

156 Oğuzman & Seliçi, *age.*, s. 29, Helvacı, *age.*, s. 47; Gül, *age.*, s. 47.

157 Hüseyin Tefvik Ruza, *Ehliyyetü'l-ukube fiş-Şeriatil-İslâmiyye ve'l-Kanunil-mukaren*, Matabiu Amun, Kahire 2000, s.33, 177; Talip Atmaca, *İslam Hukukunda Ceza Ehliyeti*, Ankara Üniv. Sosyal Bilimler Enst. İslam Hukuku Bilim

İslam hukukçuları, bir fiilin suç olarak değerlendirilebilmesi ve failine cezaî müeyyide uygulanabilmesi için bu fiili işleyenin âkil ve baliğ olmasını şart koşmuşlardır.¹⁵⁸

Cezaî ehliyet; kişinin emredilen fiili terk veya yasaklanan fiili işleme sonucunda gereken cezayı alabilme vasfı, cezanın infazı ve kişinin cezaya muhatap olabilmesi için şart olan bir vasıftır. Cezanın verilebilmesi de suçun işlenmesi anında ehliyetin varlığına bağlıdır.¹⁵⁹

Şuur ve irade sahibi olmayan kimsenin işlemiş olduğu yasak bir fiil dolayısıyla o kimseye ceza uygulanması mümkün değildir. Günümüz modern hukukçularının bu konuya yaklaşımı ise şöyledir: Kanunun suç saydığı bir fiilden dolayı bir şahsın cezalandırılabilmesi için onun sorumlu olması lazımdır. Cezaî sorumluluk ise o şahsın, ceza hukuku bakımından ehliyeti haiz bulunması ve başkasına (mağdur, zarar gören) hukuka aykırı olarak bir zarar vermesi ve bu zarar veren eylemde, failin kusurlu olması halidir.¹⁶⁰

İşlenen fiilin ceza hukukunda bir netice doğurması için failin işlediği fiili fark ve temyiz edebilecek idrak ve kabiliyet hassası, sonra da neticesini arzu ederek fiili işlemiş olması yani serbest irade ve şuur ile fiilin sonucunu arzu etmiş olması arandır. Ceza hukukunda birinci hâle ehliyet, ikinci hâle de mesuliyet denir. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı idraki yok etmesi veya azaltması itibari ile ehliyete; kast, meşru müdafaa ve ızdırar hali gibi hâller ise mesuliyete müessir amillerdir.¹⁶¹

Cezaî sorumluluk için failin serbest iradesiyle fiili gerçekleştirmiş olması, Şâri'in hitabını anlama özelliği olan aklının bulunması, akli olgunluğu ve yaptığı hareketlerin sonucunu kavrayabilmesi itibariyle çocukluk ve bunaklıktan uzak olması gerekmektedir. Çocuk ve akıl hastası mükellef olmadıkları hâlde tazminle yükümlü olmaları onların fiilleri ile değil mal ve zimmetleri ile ilgilidir.¹⁶²

Akıl hastalığı kişinin temyiz gücünü yok ettiği için edâ ehliyetini ortadan kaldırır. Cezai ehliyet için akıl en önemli şart olduğu için akıl hastası olan kimse-lerin cezai ehliyetleri yok kabul edilir. Aslında insanın en büyük özelliği aklının mevcudiyeti ve bunu güzel bir şekilde kullanma yetisine sahip olmasıdır. Bundan dolayı akli melekeleri hiç ya da gereği gibi olmayan kişi işlemiş olduğu fiillerden doğrudan doğruya sorumlu tutulamaz. Bu fiillerin cezai müeyyideyi gerektirmesi

Dalı (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2002, s. 33,37, 48-50; Ümit Karslı, *Mezheplere Göre Ceza Ehliyeti ve Günümüz Hukukuyla Mukayesesi*, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniv. Sosyal Bilimler Enst. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kahramanmaraş 2006, s. 42; Mücahit Çolak, "İslâm Hukukunda Ceza Ehliyeti Açısından Yaş Küçüklüğü", *Atatürk Üniv. İlahiyat Fak. Dergisi*, sy.35, 2011, ss. 103-124, s. 108-109.

158 Serahsi, *el-Mebcut*, IX, 39; Hudari, *age.*,s. 88,91; Zuhayli, *age.*,I, 158.

159 Rıza, *age.*,s. 3,33, 49, 269; Atmaca, *age.*,s. 19.

160 Hatemi, *age.*,s. 33.

161 Çolak, *agm.*,s.109.

162 Zuhayli, *age.*,I, 159.

durumunda ona ceza uygulanamaz, ancak tazmini gerektiren fiillerinin sorumluluğundan da kurtulmuş kabul edilmez.

Aslında akli zayıf olan kimse, tam bir akıl hastalığına müptela olan kişi gibi yaptıklarının sonucunu hiç idrak edemeyecek durumda değildir. Ancak bu kişinin icra ettiği fiillerini bütün yönleri ile idrak ettiği de söylenemez. Bu sebeple İslam hukukçularının çoğunluğu onu ceza ehliyeti bakımından akıl hastasından ayırmayıp ehliyetsiz kabul ederler ve akıl hastası gibi muameleyle tabi tutarlar.¹⁶³

Akıl hastasının gerek had ve kısas gerekse ta'zîr cezasını icap ettiren fiilleri bakımından cezaî sorumluluğu bulunmadığı hususunda İslâm hukukçuları fikir birliği içindedir. Nitekim ma'tûha had ve kısas cezası verilmez; kısas yerine diyet cezası uygulanır. Yani ma'tûha bedeni ceza uygulanamaz. Malî yönden mükellef tutulur.¹⁶⁴

Bununla beraber, ma'tûhun fiilî tasarrufları geçerlidir. Buna göre sahipsiz bir mala el koyan ma'tûh, ihrâz yoluyla bunun mülkiyetini kazanacağı gibi başkalarının mallarına gasp ve itlâf gibi haksız fiillerle zarar vermesi durumunda da bunları tazmin etmek zorundadır.¹⁶⁵

İslam hukukçularına göre ma'tûh olan kişi dinî sorumluluklar açısından mükellef olarak kabul edilmediğinden ve Şari'in hitabını anlama kabiliyetinden mahrum olduğundan dolayı dinden irtidat etmiş olması durumuna da itibar edilmez.¹⁶⁶

Atehle ilgili sonuç olarak Allah hakkını ilgilendiren konularda atehtin özür sebebi kabul edildiği, insan haklarını ihlalle ilgili hususlarda ise ceza ehliyetinin yokluğundan dolayı dokunulmazlık prensibi esas alınarak hukuken bu fiillerin affi mümkün olmadığından ma'tûhun başkasına vermiş olduğu tüm zararları tazmin etmekle yükümlü olacağı ilkesi kabul edilmiştir.¹⁶⁷

Günümüz ceza hukukunda alzheimerin bir akıl hastalığı olarak ceza sorumluluğuna olan etkisi, hastalığın ait olduğu kategoriye göre farklı değerlendirmeye tabi tutulmuş, genel bir kabulte ceza sorumluluğunu ortadan kaldırdığı ya da kaldırmadığı gibi bir belirleme yoluna gidilmemiştir. Hastalık durumunda, başlangıç evresi ile son evresi arasında ciddi farklılıklar bulunduğu, bu nedenle başlangıç aşamasında olan alzheimer hastalığında, Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun 34/1.fıkrasındaki; *"Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili*

163 Zeydan, *age.*,s.135.

164 Buhari, *age.*,IV, 385; Serahsi, *el-Mebsut*, XX,16; Ebû Zehre, *el-Cerime : el-Cerime ve'l-ukube fi'l-Fıkhi'l-İslâmi*, Kahire: Dârü'l-Fikri'l-Arabi, 1976, s. 435; Şaban, *age.*,s. 299-300.

165 Mahmesani, *age.*,s. 370; Gözübenli, "Ateh", *DİA.*, IV, 52.

166 Ceburî, *age.*,s. 201.

167 İbn Âbidin, *age.*,II, 258; Karşlı, *age.*,s. 57; er-Racihi, *age.*,s. 67; *Mecelle*, md. 945, 978.

olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.” hükmünün uygulanmasıyla problemin çözülebileceği, başka bir ifadeyle bu kişilerin ceza sorumluluğuna gidilemeyeceği fikri hakim olmuş, hastalık son aşamaya ulaşmışsa da TCK 32'deki “Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.” hükmünün uygulanması gerektiği ve failin ceza sorumluluğunun bulunmadığı ancak, güvenlik tedbirine başvurulabileceği fikri benimsenmiştir.¹⁶⁸

SONUÇ

Fertlerin hukukî ve kanunî haklara sahip olup borçlanma yükümlülüğünün bulunması ehliyet kavramı ile ifade edilmektedir. Haklara sahip olmak ile hakları kullanmaya ehil olmak birbirinden farklı nitelik taşıdığı için hukukî bir ıstılah olan ehliyet, vücûb ve edâ ehliyeti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kişinin dinî-hukukî hitaba ehil, lehine ve aleyhine olan meşrû hakların lüzumuna elverişli olması vücûb ehliyetini tanımlarken; insanların sahip oldukları hakları bizzat kullanması, söz ve eylemlerinin onlardan beklenen sonuçları doğuracak şekilde hukuken geçerli biçimde gerçekleşmesi edâ ehliyetini ifade etmektedir. Vücûb ehliyetinin temel dayanağını zimmet ve insan olma oluştururken, edâ ehliyetininkini akıl ve yaş olgunluğu oluşturur.

Hayatın tabii seyrine göre insanların akli ve bedeni gelişimi bir tekâmül süreci izler ve belirli bir sürede kâmil hâle gelir. Bu sebeple doğum ile başlayıp bulûğ ve rüşd çağına kadar süren zaman diliminde edâ ehliyeti aşama aşama gelişim gösterir. Artık birey bütün dinî-hukukî tekliflerle yükümlü olur, her türlü hakkı tek başına kullanabilir.

Edâ ehliyetine sahip olunduktan sonra, kişinin akıl, irade ve şuurunu yok eden veya zayıflatan hastalık ve ârizî durumlar ortaya çıkabilmektedir. İslam hukukunda ehliyete tesir eden bu arızalar, genellikle ayrı ayrı ele alınarak şahsın hem ibadetinin sahip olup olmaması ve hem de tasarruflarının geçerliliği açısından değerlendirilmiştir.

İnsanın hür irade, ihtiyar ve rızasıyla tasarrufta bulunmasına engel olan ve ehliyet ârizaları olarak nitelenen bu ârizalardan biri de “ateh” (akıl noksanlığı/bunama) tir. Ateh; akıldaki idrak ve anlama zayıflığından doğan zayıflık, akılsal işlevlerde yetersizlik, bir az gelişmişlik, bir duraklama ya da gerileme durumudur.

168 Fatih Selami Mahmutoğlu, “Ceza Hukuku Boyutuyla Epilepsi ve Demans”, *Klinik Aktüel Tıp*, 2010, IV(1), ss. 14-16, s. 16.

Kişinin olayları algılama ve doğru kararlar verebilme yeteneğine önemli ölçüde tesir eden, ictimaî ve ruhî faaliyetlerini ciddi bir şekilde etkileyen alzheimer hastalığı da İslam hukuk doktrininde ateh kapsamında değerlendirilmiş, literatürde cünûn (akıl hastalığı) kapsamında ele alındığı gibi, bunama, akıl zafiyeti, demans ve erzel-i ömür tabirleri çerçevesinde bir tahlile tabi tutulmuştur.

Alzheimer hastalığı daha çok yetişkinlerde meydana gelen ve tamamen tedavi edilemeyen bir hastalıktır. Hastalığın şiddeti hafif, orta ve ağır olabilmektedir. Ayrıca hastalığın başlangıç kısmı ile son aşaması arasında büyük fark bulunduğu için alzheimer ile ilgili hukukî değerlendirmenin; psikiyatri biliminin verileri çerçevesinde hastalığın derecesine ve geçirilen evrelere göre yapılması önem arz etmektedir.

Nitekim bilindiği gibi günümüzde psikiyatri ve nörolojiyi ilgilendiren pek çok rahatsızlık bulunmaktadır. Eskiden çoğu akıl rahatsızlığı olarak ifade edilen bu hastalıklar, bugün farklı isimler altında tanımlanmaktadır. Bu nedenle, İslam hukukunun, her hastalığının türüne, insan hayatındaki etkisine, davranışları gerçekleştirme esnasındaki ehliyetine vb. sebeplere göre yeniden yorumlanması gerekmektedir. İslam hukuku açısından alzheimer hastasının hukukî fiil ehliyeti de; hastalığın ilk evresinden itibaren zihinsel fonksiyonların seyrine ve kişinin bu konumu kadar karşılaşılan hak ve borcun, dinî ve hukukî fiil ve işlemin mahiyetine göre belirlenmektedir.

Bu kapsamda; bellek kaybı ve unutkanlığın yaşandığı, zaman ve mekanı bilme bozukluğunun gerçekleştiği ilk aşamada, alzheimer hastasının ehliyeti, kısmen temyiz ve muhakeme gücü bulunduğu ve akli melekelerini henüz tam olarak kaybetmediğinden dolayı ergenlik çağındaki insanın ehliyeti gibidir. Balığ olduğundan artık dinin bütün hitabına ehil hale gelmiş, yani mükellef olmuştur. Bu dönemde iman, ibadet ve içtimai, hukuki bütün vecibelerden sorumludur.

Dil, beceri, oryantasyon gibi işlevlerin bozukluğunun, yazma zorluğu ve yürüme değişikliğinin görüldüğü ikinci aşamada ise nakıs edâ ehliyeti söz konusu olup, hastanın ehliyeti, mümeyyiz sabînin ehliyeti gibidir. Kısmen temyiz ve muhakeme gücü bulunmakla birlikte aklî melekeleri tam gelişmemiş olduğundan, üzerindeki hukukî velayet devam etmektedir. Bu itibarla eksik edâ ehliyeti söz konusudur.

Zihinsel ve fiziki çöküntünün görüldüğü, hastanın çevresine bağımlı hale geldiği üçüncü aşamada ise temyiz öncesi çocukluk dönemine (gayrı mümeyyiz sabî) girer ve tam vücup ehliyeti devam etmekle birlikte eda ehliyeti tamamen ortadan kalkar.

Alzheimer hastalığının gelişim sürecini belirleyen bu evreler, onun hangi tür hukukî işlemlere ne ölçüde ehil olduğu ve hangi hallerde yaptığı işlemlerden sorumlu tutulacağını tespit açısından önem arz etmektedir.

İCTİHAD VE FETVA FAALİYETLERİNDE OLASI SONUÇLARIN DİKKATE ALINMASI (İ'TİBÂRU'L-MEÂLÂT)

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Selim ASLAN*

Özet: Müctehid ve müfti, yalnızca nasların/delillerin lafızlarına başvurarak yorum yapmak veya tasarrufun şekil şartlarına bakarak hüküm vermekle görevlerini yerine getirmiş sayılmazlar. Onların görevi, belirli bir metodu takip ederek günün şartlarını, kişinin içinde bulunduğu durumları ve dahası verilecek olan hükmün ve fetvanın ne tür sonuçlara yol açacağını hesaba katarak değerlendirmelerde bulunmaktır. Zira herhangî bir hükmün değeri, fert ve toplum açısından bu hükmün yarattığı sonuçlara göre değerlendirilir. Çünkü sonuçlar, varılan hükmün ve verilen fetvanın hukukun gayesine uygun olup olmadığını ölçen sağlam kriterlerdir. Nitekim hukuk kurallarının işlevselliği bu kuralların toplumda neden olduğu/olacağı sonuçlara göre belirlenir. Bu nedenle müctehid ve müfti, verdikleri hükümlerin yol açacağı sonuçları da nazar-ı itibara almak zorundadırlar. Zira sonuçları dikkate alma yönteminin hukuk ve hayat arasında uyum sağlaması açısından ve dolayısıyla hükümleri uygulama bakımından önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Ayrıca mubah hatta meşru bazı tasarruflar, bazen istenilen sonuçların aksine neticeler doğurmaktadır. Çünkü bu tasarruflar maslahattan ziyade bazen mefsetlere yol açabilmektedir. İşte maslahat ve mefsetetin uyumsuzluğu söz konusu olduğu durumlarda fakih bunları nazar-ı itibara almalıdır. Ancak menfaat ve mefsetet kavramları belirgin değildir. Aynı belirsizlik sonuçlar için de söz konusudur. Dolayısıyla icthad ve fetva faaliyetlerinde dikkate alınacak olan sonuç, Kitab, Sünnet ve kıyasla çatışmamalı, aynı şekilde daha büyük bir maslahatın zayı olmasına neden olmamalıdır. Böylece dikkate alınacak sonuçlar zapturapt altına alınmış olur. Bir başka ifade ile fakih, icthad ve fetva faaliyetlerinde hassas davranmalı ve sorumluluk bilincinde olmalıdır. Bu çalışmada fetva usulünün bu önemli meselesi, yani icthad ve fetva hususlarında olası sonuçların dikkate alınıp alınmayacağı meselesi, icthad-sonuç ve fetva-sonuç ilişkisiyle bağlantılı bir şekilde değişik açılardan inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İctihad, Fetva, Maslahat, Mefsetet, Sonuçları Dikkate Alma

Considering Possible Results in Ijtihad and Fatwa activities

Abstract: Mujtahid and mufti are not considered to have carried out their duties by commenting through applying wording of proofs or by adjudicating through looking at conditions of the form of disposition. Their job is to make assessments considering conditions of the time, of people and, moreover, consequences of the judgement and fetawa. Value of a judgement is evaluated according to the consequences it created in individual and societal perspective. The consequences are robust criteria showing whether a judgement and a fetawa is appropriate to the purpose of the law. Functionality of rules of law is assessed according to the consequences it created/will create in society. Due to this reason, mucitehid of mufti has to consider the results of his judgements. It can be seen that method of considering the results plays an important role in providing a balance between life and law as well as in application of the judgements. There are also some permissible and even legitimate uses that sometime lead to results contrary to desired outcomes. Because these dispositions sometimes cause disorders rather than business. When it comes to discrepancy between business and disorder, the canonist should take these into consideration. But business and disorder concepts are not clear. But the same unclarity is also true for the results. Therefore, the result which will be taken into account in law and fatwa activities must not in a conflict with the Quran, the Sunnah and the analogy. It also should not lead to loss of a greater business. In this way, the considered results are taken for granted. In other words, the jurisprudents should be sensitive and be aware of their responsibilities in law and fatwa issues. In this study, the method of this important fatwa issue, namely, possible results which will be taken into account in matters of ijthad and fatwa, and some details related to the relationship ijthad-result and fatwa-result will be investigated in different ways.

Keywords: Ijtihad, Fatwa, Busines, Disorder, Considering Results

* Yrd. Doç. Dr. Yüzüncü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Öğretim Üyesi, mehmet.selim.aslan@hotmail.com

GİRİŞ

Fakihin herhangi bir metoda bağlı kalmaksızın icthad veya fetva faaliyetlerinde bulunması halinde tutarsız neticelerin meydana gelme olasılığı yüksek olduğu gibi sonuçları dikkate almadan da söz konusu faaliyetleri yerine getirmesi hukukun ruhuna ve mantığına ters düşen hükümleri vermesine neden olabilir. Dolayısıyla icthadda bulunurken veya fetva verirken hükmün ve fetvanın ne tür neticeler meydana getireceğini göz önünde bulundurması gerekmektedir. Günümüz İslam hukukçuları tarafından *i'tibâru'l-meâlât* şeklinde ifade edilen bu husus, hem icthadda bulunurken hem de fetva verirken dikkat edilmesi gereken bir durumdur. *اعتبار المآلات* iki kelimedenden oluşan bir isim (izâfet) tamlamasıdır. Bu terkipte tamlayan (muzâf) durumundaki *اعتبار* sözcüğü, ifti'âl vezninde mastar olup hesaba katmak, dikkate almak, göz önünde bulundurmamak, saymak anlamlarına gelir.¹ Tamlanan (muzâfun ileyh) konumundaki *مآلات* kelimesi ise *مال* sözcüğünün çoğulu olup sonuç, netice, varılan şey gibi anlamlara gelir.² Tamlanan sözcük, varılan sonuç ve neticeler anlamına göre yorumlanırsa *اعتبار المآلات* terkinin, *fakihin hükmünün ve fetvasının yol açacağı sonuçları icthad ve fetva faaliyetlerinde göz önünde bulundurması* şeklinde tanımlanabilir. Yaptığımız araştırmada Mâlikî hukukçularından Şâtîbî (ö. 1388/790) dışında klasik dönem fukahâsından bu konuyu ele alan kimseye rastlamadık. Ancak bu fetva usulünü ortaya koymaya imkân verecek gerek usul eserlerinde gerekse klasik fûrû fıkıh müdevvenatında zengin bir malzeme bulunmaktadır. Bu çalışmada sözü edilen malzemelerden yararlanılarak bu fetva usulü teorisi temellendirilmeye çalışılacaktır. Bunun yanı sıra konu salt teorik zeminde tartışılan bir mesele olarak değil, her konu örneklendirmelerle anlatılacaktır.

I. İCTİHAD VE FETVA FAALİYETLERİNDE OLASI SONUÇLARIN GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULACAĞININ HUKUKÎ DAYANAĞI

Sonuçların dikkate alınacağına dair hem Kitap'tan hem de Sünnet'ten deliller vardır. Nitekim “*Allah'tan başkasına tapanlara sövmeyin; sonra onlar da bilmeden, taşkınlık yaparak Allah'a söverler...*”³ âyeti, yanlış yolda olanlara sövmenin yasaklanmasının nedenini muhatabın kin duygusunu harekete geçirmesini ve dolayısıyla Allah'a sövmelerini önlemek olduğunu göstermektedir. Zemahşerî de onlara sövmenin tâat olduğunu ve dolayısıyla yasaklanmaması gerektiği şeklindeki muhtemel

1 İbn Manzûr, Ebû'l-Fazl Cemâlüddin Muhammed b. Mükerrrem b. Ali b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî, *Lisânü'l-Arab*, Dâru sâdir, Beyrut ts., IV, 531; Zebidî, Muhammed Murtezâ el-Hüseynî, *Tâcu'l-arûs min cevâhiri'l-kâmûs*, thk. Mustafa Hicâzî, Kuveyt 2004, XII, 511; Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed b. Ali el-Mukrî, *el-Misbâhu'l-münîr*, Mektebetu Lübnan, Beyrut 1987, s. 148.

2 İbn Fâris, Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Fâris b. Zekerîyya b. Muhammed er-Râzî el-Kazvîni el-Hemedânî, *Mu'cemü mekâyisi'l-luğa*, thk. Abdüsselam Muhammed Harun, Dârü'l-fıkr, 1979, I, 162; İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, XI, 32, 34; Feyyûmî, *el-Misbâhu'l-münîr*, s. 12; Heysem Hilâl, *Mu'cemü mustalahi'l-usûl*, Dârü'l-cil, Beyrut 2003, s. 268.

3 وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ Enâm, 6/108.

itiraza, sövme daha zararlı sonuçlara yol açtığı için tâat kapsamından çıktığını ve bu yüzden yasaklandığını söyleyerek⁴ Allah yolunda olsa bile yapılacak bir görevin, güdülen maksadın dışında bir neticeyi doğuracaksa ondan uzak durulması gerektiğiyle karşılık verir. Aynı şekilde Beyzâvî de bu âyetin izahında günaha sebep olan fiillerin terk edilmesi gerektiğine, zira kötülüğe yol açan fiilin de kötü olduğunu belirterek⁵ herhangi bir fiilin şer olup olmadığına bu fiilin yol açtığı sonuca bağlı olduğuna vurgu yapmaktadır.

Nitekim Medine'de münafıklar tarafından mescit süsü verilerek fesat ve nifak yuvası olarak inşa edilen mescitle ilgili bilgi veren, “*bir de zararlı faaliyetlerde bulunmak, küfre yardım etmek, mü'minler arasına ayrılık sokmak için ve öteden beri Allah ve Resulüne karşı savaşanlara üs olsun diye bir mescit yapanlar vardır. Bunlar, “bizim iyilikten başka hiçbir kastımız yok” diye de mutlaka yemin ederler. Fakat Allah şahitlik eder ki bunlar mutlaka yalancılardır.*”⁶ âyeti, yapılan herhangi bir işin İslam'a göre değerli olup olmaması hususunun, bu işten güdülen kasta, yani neticeye bağlı olduğuna delalet eder. Âyette söz konusu olan ve İslam tarihinde *Dırâr Mescidi* olarak bilinen bu mescit, görünürde her ne kadar iyi bir iş olarak görülse de, yapanların kastı bu mescitle zararlı faaliyetlerde bulunmak, küfre yardım etmek ve Müslümanlar arasına ayrılık sokmak olduğu için Hz. Peygamber tarafından yıktırılmıştır. Bu da mükellefin söz ve fiillerinde güttüğü kastın göz önünde bulundurulması ve hükmün buna göre verilmesi gerektiğini gösterir. Nitekim Kurtubî, âyetin izahında fiillerin durumunun kasıt ve iradeye göre değiştiğini söyleyerek neticelerin göz önünde bulundurulması gerektiğine vurgu yapar.⁷ Şöyle ki mescitleri inşa etmek ibadettir ve bundan sevap elde edilir. Fakat Müslümanlara zarar vermek kastıyla mescitlerin inşa edilmesi ise yol açtığı mefsedetlerden ötürü haramdır ve dolayısıyla böyle mescitlerde namaz kılınamaz.⁸

Sonuçların göz önünde bulundurulacağını gösteren âyetlerin yanında hadisler de vardır. Bu hadislerden sadece iki tanesini vermekle yetineceğiz. Rivayete göre bir yolculukta biri Muhacir diğeri Ensar olan iki sahabe arasında çıkan bir çekişmeden ötürü münafıkların başı Abdullah b. Übey'in “*Vallahi onlar bunu yaptılar! Medine'ye dönersek şerefli olan şerefsiz olanı oradan mutlaka çıkaracaktır*” sözü üzerine Hz. Ömer: “*Bana müsaade et de şu münafiğın boynunu vurayım!*” dedi. Hz. Peygamber de “*Brak onu! İnsanlar Muhammed ahabını öldürüyor diye konuşmasınlar*”⁹

4 Zemahşerî, Ebü'l-Kasım Mahmud b. Ömer, *el-Keşşâf 'an hakâiki't-tenzil ve 'uyâni'l-ekâvil fi vucâhi't-tevil*, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut 1997, II, 53.

5 Beyzâvî, Nâsirüddin Ebû Saïd Abdullah b. Ömer b. Muhammed, *Envârü't-tenzil ve esrârü't-tevil (el-ma'rûf bi Tefsîr-i el-Beyzâvî)*, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut ts., II, 177.

6 وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا شِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِضَاعًا لِمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِنْ قَبْلِ وَلِيخْلِفُوا إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْأَحْسَنَى وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ Tevbe, 9/107.

7 Kurtubî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Ebû Bekr, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'an*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetür-risâle, Beyrut 2006, X, 376.

8 Südeys, Abdurrahman b. Abdülaziz, *Kâidetü i'tibâri'l-meâlât*, Ümmü'l-Kurâ, Mekke 1428, s. 15.

9 لَا يَتَحَدَّثُ الشَّامُ أَنَّ مُحَمَّدًا يَقْتُلُ أَصْحَابَهُ Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Ca'fi,

şeklinde cevap vermiştir. Bu hadis münafıkların öldürülmesinin doğuracağı kötü neticelere itibar edildiğine delalet etmektedir.¹⁰ Hz. Peygamber, kendilerini tanıdığı ve ölüm cezasını hak ettikleri halde “insanların Muhammed dostlarını öldürüyor” demelerinden çekindiği için münafıkları öldürmekten kaçınmıştır. Burada Allah Resulü münafıkların öldürülmesinin doğuracağı sonuçları göz önünde bulundurmuş ve buna göre hüküm vermiştir. Zira böyle bir durumda insanların İslam’dan nefret ederek ondan kaçmaları olası bir durumdur. Çünkü insanlar, münaf tesiplerinin birbirlerini öldürdükleri bir dine girmekten endişe duyarlar.¹¹

Aynı şekilde Hz. Peygamber, çoğu yeni Müslüman oldukları için Araplar arasında kargaşa çıkmasını diye Kâbe’yi eski temelleri üzerine yeniden inşa etmekten, Hz. Aişe’ye şöyle hitap ederek vazgeçmiştir: “*Ya Aişe şayet kavminin zamanları küfre yakın olmasaydı (küfürden yeni kurtulmuş olmasalardı) kesinlikle Kâbe’yi yıkar ve ona biri insanların gireceği, diğeri de çıkacakları iki kapı yapardım.*”¹² Bu yüzden âlimler Kâbe’nin yıkılıp yapılmasını caiz görmemişlerdir. Hatta Abbasî halîk felerinden Harun Reşid’in, Kâbe’yi yıkarak yeniden İbn Zübeyr’in bina ettiği şekilde inşa etmek istediği ve bunu İmam Mâlik’e sorduğunda onun “padişahların, Allah’ın evi ile oynamamaları için sakın bunu yapma!” şeklinde cevap verdiği belirtilir.¹³ Buradan hareketle İbn Kayyim müftünün, vereceği fetvanın büyük bir mefâ sedete sebep olacağını bilmesi halinde fetva vermemesi gerektiğini söyler ve buna Hz. Peygamber’in Müslümanların, dini inkâr etmelerine neden olur düşüncesiyle Kâbe’yi yıkmasını delil gösterir.¹⁴

Bu bağlamda meşru bir fiilden beklenen maslahattan daha büyük bir mefsedet meydana gelmesi söz konusu olursa bu fiil terk edilir.¹⁵ Başka bir tabirle maslahatla mefsedet çatışması halinde daha kuvvetli olan göz önünde bulundurulur hareket edilir. Çünkü Hz. Peygamber Kâbe’yi yıkarak Hz. İbrahim’in kurduğu temeller üzerine bina etmenin bir maslahat olduğunu haber vermiş, fakat bu maslahata ondan daha büyük bir mefsedet teâruz etmiştir. O da yeni Müslüman olan bazı kimselerin fitneye düşmesi korkusudur. Çünkü Araplar cahiliye döneminde Kâbe’nin faziletine inanır ve onu değiştirmek onlara çok ağır gelirdi. Bu sebeple

Sahîhu’l-Buhârî, Dârü’l-ğaddîl-cedid, Mısır 2002, Menâkıb, 11; Müslim, Ebü’l-Hüseyn b. Haccâc el-Kuşeyrî en-Nisâbüri, *el-Câmi’u’s-Sahih*, Dâru İhyâi’t-türâsîl-Arabî, Beyrut 2000, el-Birr ve’s-sıla ve’l-âdâb, 16.

10 Velid, b. Ali el-Hüseyn, *İtibârü’l-ef’âl ve eseruhü’l-fıkhiyye*, II. Bsk., Dâru’t-tedemuriyye, Riyad 2009, s. 137; Südeys, *Kâidetü i’tibârî’l-meâlât*, s. 18.

11 Dahîl, Abdurrahman b. Muhammed, *el-Fetvâ ehemmiyyetühâ, davâbitühâ, âsâruhâ*, Medine 2007, s. 272-273.

12 *يا عائشة لولا فؤادك حديث عهدهم بكم، لقتلت الكتبة فتعلت لها بابين: باب يدخل الناس وباب يخرجون* Buhârî, İlim, 48.

13 Nevevî, Ebü Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî, *el-Minhâc fi şerhi Sahîhi Müslim b. Haccâc*, el-Matbaatu’l-Misriyye, 1929, IX, 89.

14 İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemsüddin Ebü Abdullah Muhammed b. Ebü Bekr, *İlâmu’l-muvakkî’in ‘an Rabbi’l-âlemin*, nşr. Ahmed Abdüsselam ez-Zü’bî, Şirketu dâri’l-Erkâm b. Ebi’l-Erkâm, Beyrut 1997, III-IV, 408.

15 Şâtîbî, Ebü İshâk İbrahim b. Musa b. Muhammed el-Lahmî el-Gurnâtî, *el-Muvâfakat fi usûliş-şerîa*, thk. Muhammed el-İskenderânî ve Adnan Derviş, Dârü’l-kitâbî’l-Arabî, Beyrut 2008, s. 712.

Hız. Peygamber Kâbe'yi yıkmaktan vazgeçmiştir.¹⁶ Bu iki hadisin, olası sonuçların dikkate alınması gerektiğine delalet ettiği şöyle izah edilir: Şayet olayların sonuçlarına itibar edilmemiş olsaydı münafıkların öldürülmesi ve Kâbe'nin İbrahim'in temelleri üzerine yeniden inşasına izin verilmesi icab ederdi. İzin verilmiş olsaydı birinci durumda insanlar, nifak suçlamasıyla öldürülecekler endişesiyle İslam'dan kaçabilirlerdi; ikinci durumda da Araplar, Peygamber mukaddes olan yerleri yıkıyor ve özelliklerini bozuyor şeklinde fitne yayabilirlerdi.¹⁷

Sahabenin icthadda bulunurken olası sonuçları dikkate aldıklarını gösteren birçok örnekten sadece birkaçıyla yetinilecektir. Rivayete göre Sa'na halkından yedi kişi bir çocuğu hıleyle öldürmüşlerdi. Hız. Ömer de onları kısasla cezalandırmış ve "Şayet maktulü Sa'na halkı birlikte öldürmüş olsalardı, hepsine ölüm cezası uyguldardım,"¹⁸ demiştir. Hız. Ömer, bu sözü sahabenin huzurunda söylemiş ve hiçbirisi buna karşı çıkmamıştır. Dolayısıyla bu hususta icma oluşmuştur.¹⁹ Buradan hareketle bir kişi karşılığında, birden çok kişinin kısas edilmesinin hukukî sonuçlara riayet etme sebebiyle olduğu söylenebilir. Zira kısas cezasının uygulanması insanların birbirlerini öldürmelerini önlemek içindir. Nitekim "Kısasta sizin için hayat vardır"²⁰ âyeti bu duruma delalet etmektedir. Buna karşılık şayet bir kişi karşılığında birden çok kişi kısas edilmezse kısastan güdülen maksat gerçekleşmez. Çünkü böyle bir durumda bir kişiyi öldürmek isteyen kimse, kısas edilmekten kurtulmak için birkaç kişiyle birlikte onu öldürmeye teşebbüs eder.²¹ Aynı şekilde Hanbelî fukahâsından İbn Kudâme de "Eğer bir topluluğun birlikte cinayet işlemlerine kısas cezası verilmeseydi bu durum insanları müştereken öldürmeye teşvik ederdi, dolayısıyla kısastan kastedilen amaç da gerçekleşmez ve kısasın hikmeti ortadan kalkardı,"²² diyerek hukukî hükümlerde sonuçların göz önünde bulundurulmasının gerekli olduğuna işaret etmektedir.

Hız. Ömer döneminde Irak topraklarının fethedilmesi üzerine Sevâd (Irak) arazisinin gaziler arasında dağıtılıp dağıtılmaması hususunda ortaya çıkan tartışmalar sonucunda verilen fetvada, yine sonuç dikkate alınmıştır. Şöyle ki Hız. Ömer döneminde Müslümanlar Irak ve Şam bölgelerini fethedince sahabenin bir kısmı

16 Nevevî, *Minhâc*, IX, 89; Senûsî, Abdürrahman b. Muammer, *İtibâru'l-meâlât ve murâ'atu netâici't-tasarrafât*, Dâru İbni'l-Cevzî, Riyad 1424, s. 149. Benzer değerlendirmeler için bk. İbn Hacer el-Askalânî, Ahmed b. Ali, *Fethu'l-bârî bi şerhi Sahihî'l-Buhârî*, Dâru taybe, Riyad 2005, I, 390; a.m.lf., a.e., IV, 497.

17 Ahmet er-Raysûnî, *Nazarıyyetü'l-makâsîd inde'l İmâm eş-Şâtıbî*, IV. Bsk., el-Ma'hedu'l-âlemi li'l-fikri'l-İslâmî, Herndon, ABD 1995, s. 382.

18 *Mâlik b. Enes, el-Muvattâ'*, thk. Muhammed Fuad Abdülbaki, Dâru İhyâi'l-kütübî'l-Arabî, 1951, II, 871.

19 Mevsilî, Abdullah b. Muhammed b. Mevdûd, *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*, Dâru'l-kütübî'l-ilmıyye, Beyrut ts., V, 29.

20 *Bakara*, 2/179.

21 İbn Rüşd, Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktasîd*, thk Abdülmeccid Ta'ame Halebî, Dâru'l-ma'rife, Beyrut 1997, IV, 228.

22 İbn Kudâme, Muvaffakuddin Ebü Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed el-Makdisî, *el-Muğni*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki ve Abdülfettah Muhammed el-Halevî, III. Bsk., Dâru âlemi'l-kütüb, Riyad 1997, XI, 491.

fethedilen arazinin Kur'an'da ve Hz. Peygamber'in uygulamasında olduğu gibi mücahitler arasında paylaşılması gerektiğini savundular. Hz. Ömer ise bu arazinin mücahitler arasında bölüştürülmemesini, Müslümanların ortak malı olmasını, arazinin sahiplerinin elinde bırakılıp *haraç* vergisine tabi tutulmasını, bu verginin memurların maaşlarının ödenmesinde bir gelir kaynağı olmasını ve böylece bütün Müslümanların istifadesinde kalmasını istiyordu. Kısacası Hz. Ömer paylaşmanın doğuracağı sorunları düşünüyordu; Sevâd arazisinin dağıtılması halinde sonradan gelen Müslümanlar için bir şeyin kalmayacağını bildiriyordu. Sonra “*Allah'ın (fethedilen) memleketlerin ahalisinden savaşılmaksızın Peygamber'ine kazandırdığı mallar; Allah'a, Peygamber'e, onun yakınlarına, yetimlere yoksullara ve yolda kalmışlara aittir. O mallar içinizden yalnız zenginler arasında dolaşan bir servet haline gelmesin diye (Allah böyle hükmetmiştir)*”²³ âyetini okuyarak onları da ikna etti.²⁴ Hz. Ömer, âyetin “*O mallar içinizden yalnız zenginler arasında dolaşan bir servet haline gelmesin diye (Allah böyle hükmetmiştir)*” kısmını delil göstererek arazinin bölüştürülmesi halinde ortaya çıkabilecek sorunlara dikkat çekerek bu arazilerin kamu yararına kullanılması hususunda onları ikna etmiştir. Günümüz İslam hukukçularından Senûsî'nin ifade ettiği gibi, bu durum Hz. Ömer'in verdiği fetvada tasarrufların varacakları sonuçları ve fiillerin neticelerini göz önünde bulundurmadan başka bir şey değildir.²⁵

Sahabenin fetvalarında neticelere riayet ettiklerini gösteren örneklerden birisi de İbn Abbas'ın verdiği şu fetvadır: Rivayete göre kasıtlı olarak bir Müslümanı öldüren birisinin tevbe hakkı var mıdır? diye soran kişiye İbn Abbas “Hayır ancak ateş vardır” cevabını verir. Soran kişi oradan ayrıldıktan sonra İbn Abbas'a “Bize böyle mi fetva veriyorsun? Oysa daha önce katilin tevbesinin makbul olduğunu söylüyordun?” itirazı yöneltince şu yorumu yapmıştır: “Ben bu kişiyi, bir Müslümanı öldürmeyi tasarlayan kızgın birisi olarak gördüm.” Gerçekten de peşinden gidip araştırdıklarında soru soran kişinin aynen öyle olduğunu fark etmişlerdir.²⁶ Hz. Peygamber'den sonra ictihadda bulunan sahâbenin verdikleri hükümleri inceleyen bir kimse, onların pek çok hükmü, neticeleri göz önünde bulundurarak verdiklerini ve hiçbirinin bu hususta itirazda bulunmadığını rahatlıkla görebilir.

Ayrıca hüküm koymaktan maksat insanlara fayda sağlamak, onları zarardan da korumaktır. Hiç şüphesiz zamanın değişmesiyle yeni maslahatlar ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla gün geçtikçe ihtiyaçlar da değişmektedir. Bu yeni ihtiyaçlar göz önünde bulundurulmadan verilen fetvalar insanların ihtiyaçlarını gidermekten ziyade onları meşakkat ve sıkıntılara sokar.²⁷ Aynı zamanda böyle bir fetva İslam

23 مَا آتَاهُ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ حَتَّىٰ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ Haşr, 59/7.

24 Ebû Yusuf, Yakub b. İbrahim, *Kitâbu'l-harâc*, Dâru'l-ma'rife, Beyrut 1979, s. 23-26.

25 Senûsî, *İtibâru'l-meâlât*, s. 164.

26 Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, VII, 40-41.

27 Buna benzer değerlendirmeler için bk. Heysem Hilal, *Mü'cemü mustalahi'l-usûl*, s. 269.

hukukunun donmasına ve dolayısıyla gelişmelere ayak uydurmamasına yol açar. Aslında bu durum İslam hukukunun gelişmeye uygun bir hukuk sistemi olma özelliğine ters düşer.

Buna göre müctehid ve müftî şer'î hüküm verirken hükümlerinin ve fetvalarının ne tür sonuçlara yol açacağını hesap etmelidirler. Dolayısıyla onların görevi, hükümlerinin ve fetvalarının konusu olan fiille ilgili hüküm verirken ictihadlarının sonu veya sonuçlarını göz önüne almaları ve doğuracağı etkileri takdir edip ona göre hüküm vermeleridir.²⁸ Nitekim Şâtûbî "fiillerin sonuçlarını göz önünde bulundurmak dinin gözettiği bir amaçtır. Mükellefler tarafından işlenen fiiller, ya hukukça serbest olan uygun fiillerdir ya da yasaklanan muhalif fiillerdir. Hal böyle olunca müctehid, mükelleflerden sadır olan bir fiil hakkında, bu fiilin doğurabileceği neticeleri göz önünde bulundurmadan hemen hüküm vermemelidir"²⁹ diyerek İslam hukukçusunun hüküm verirken söz konusu hükmün doğuracağı neticeleri hesaba katması gerektiğini vurgulamaktadır. Buna göre bir amel aslı itibariyle meşru olur, fakat mefsedete yol açarsa yasaklanır; aynı şekilde yasak olan bir amel de maslahat gerektirdiğinde hakkındaki yasak kaldırılır.³⁰

II. SONUÇLARIN GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASININ ŞARTLARI

Sonuçların dikkate alınması yönteminin müctehid ve müftiye etkin bir rol tanıdığı dikkat çekmektedir. Ancak bu yöntemin fakihe sağlıklı bir faaliyet alanı sağladığı söylenemez. Çünkü bu yöntem subjektif olduğundan aynı konu hakkında farklı hükümler verilebilir. Dolayısıyla onu objektif bazı kurallara bağlamak gerekir. Buna göre onların fonksiyonu, hukuk kurallarına bağlı kalarak neticeleri göz önünde bulundurmalarıdır. İşte bu yüzden fukahâ ictihad ve fetva hususlarında sonuçları dikkate alabilmek için bir takım şartları ileri sürmüşlerdir.

a. Sonucun vâki olmasından emin olunmalıdır. Buna göre vehme dayanan sonuçlar göz önünde bulundurulurken hüküm verilmez. Meydana geleceğinden emin olunan sonuca itibar edileceği hususunda fukahâ ittifak halindedir. Mesela herkese açık bir yolda kuyunun açılması durumunda birilerinin ona düşeceği kesindir. Aynı şekilde yemeğe konan zehrin onu yiyen kişiye zarar vereceği muhakkaktır.³¹ Dolayısıyla böyle bir yolda kuyu açan veya yemeğe zehir katan kimse, bir başkasının kuyuya düşmesi ya da bu yemekten zehirlenmesi halinde sorumlu tutulur. Hatta Zâhiriler bile gerçekleşeceğinden emin olunan sonuçlara itibar etmektedirler. Nitekim bu mezhebin mensuplarından İbn Hazm Allah'a isyan olduğu gerekçesiyle içki

28 Raysûnî, *Nazariyyetü'l-makâsîd inde'l İmam eş-Şâtûbî*, s. 381; Dahîl, *Fetvâ*, s. 270.

29 Şâtûbî, *el-Muvâfakât*, s. 773.

30 Heysem Hilal, *Mü'cemü mustalahi'l-usûl*, s. 269.

31 Velîd, *İ'tibâru'l-ef'âl ve eseruhu'l-fıkhiyye*, s. 217.

üreticisine üzümün satışının helal olmadığını söyleyerek vukuundan emin olunan sonuçların göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret etmektedir.³²

b. Sonuç şer‘î bir maksadı gerçekleştirmelidir. Buna göre sonuçlara riayet edilmesi için onların Şâri‘in maksadına uygun olması gerekir. Bu da ancak sonucun bir menfaati celb etmesi veya mefsedeti defetmesi ya da meşakkati ortadan kaldırması şeklinde şer‘î maksatları gerçekleştirmekle mümkün olur. Zira sonuçların dikkate alınmasındaki hikmet mükelleflerin fiillerinin Şâri‘in kastına uygun hale getirilmesidir.³³ Buna göre mefsedet içerdiğinden dolayı caiz olmayan bir fiil, daha güçlü bir maslahatı gerektirdiği zaman caiz olur. Örneğin mefsedet içeren *yalan*, aslı itibariyle yasak iken insanlar arasını bulmak için meşru olur. Nitekim Hz. Peygamber “Yalancı, insanların arasını bulan ve hayır söyleyip hayır kasteden kimse değildir,”³⁴ buyurmuştur. Böyle bir durumda söylenen yalan sözün, doğruduğu netice dikkate alınarak cevazına hükmedilmiştir.³⁵ Aynı şekilde aslı itibariyle caiz olan bir fiil, mefsedet gerektirmesi halinde yasak olur. İşte bu yüzden kâfirlerin ilahlara kötü söz söylemek yasaklanmıştır. Çünkü her ne kadar bu ilahlara söylenen kötü söz, caiz olsa da vardığı sonuç Allah’a kötü söz söylemeye sebebiyet vermek gibi bir mefsedet olduğu için yasaklanmıştır. Keza zekât yükümlülüğünden çıkmak isteyen bir kimsenin, elindeki malını nisaptan düşürmek için bir kısmını birisine hibe etmesi de caiz değildir. Her ne kadar hibe, caiz bir fiil olsa da hile yoluyla zekât mükellefiyetinden kurtulmak gibi bir mefsedeti doğurduğu için yasaklanmıştır.³⁶

c. Sonuç munzabıt (istikrarlı) olmalıdır. Buna göre her hangi bir neticeye itibar edilebilmesi, fiilin vardığı maslahatın veya mefsedetini istikrarlı olmasına bağlıdır. Dolayısıyla neticenin kişiden kişiye, durumdan duruma değişmemesi gerekir. Fiilin doğurduğu maslahatın munzabıt olması, Şâri‘in tasarruflarına uygun olmasıyla mümkün olur. Buradan hareketle fiillerin doğurduğu maslahatlar vehme dayanır veya İslam hukuku’nun prensiplerine ters düşerse hukuken göz önünde bulundurulmaz. Örneğin Müslüman olur düşüncesiyle müşrik bir kadınla evlenme caiz değildir. İşte böyle bir maslahat, “*İman etmedikleri sürece Allah’a ortak koşan kadınlarla evlenmeyin*”³⁷ âyetine ters düştüğü için vehme dayalı bir maslahattır³⁸ ve dolayısıyla dikkate alınmaz.

32 İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Said el-Kurtubi, *el-Muhallâ*, thk. Muhammed Şakir v.dğr., Matbaatü’l-nehda, Mısır, ts., IX, 29-30.

33 Velid, *‘İtibâru’l-ef‘âl ve eseruhu’l-fikhiyye*, s. 222.

34 *لَيْسَ الْكُذَّابُ الَّذِي يُضْلِعُ بَيْنَ النَّاسِ، وَيَقُولُ حَيْزًا وَيَنْهَى حَيْزًا* Buhârî, Sulh, 2; Müslim, el-Birr ve’s-sıla ve’l-âdâb, 27.

35 Yalan, özü itibariyle mefsedet içerir ve dolayısıyla haramdır, fakat bir maslahatı gerektirmesi veya bir mefsedeti defetmesi halinde caiz; hatta yerine göre vacip olur. Konuyla ilgili daha fazla bilgi ve örnekler için bk. İbn Abdüsselâm, *Kavâidu’l-ahkâm fi mesâlihi’l-enâm*, I. 152.

36 Şâtibi, *el-Muvâfakât*, s. 776.

37 *وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنُوا* Bakara, 2/221.

38 Velid, *‘İtibâru’l-ef‘âl ve eseruhu’l-fikhiyye*, s. 226.

d. Neticenin göz önünde bulundurulması daha kuvvetli bir maslahatı yok ete memesine bağlıdır. Zira kuvvetli olan maslahat önceliklidir. Nitekim İbn Teymiyye, “Maslahatları gerçekleştirmek ve mefsedetleri de yok etmek gerekir. Şayet iki maslahat çatışırsa daha güçlü olan tercih edilir. Aynı şekilde iki mefsedet çatışması halinde de daha ağır olan mefsedet defedilir,”³⁹ diyerek bu duruma vurgu yapar. Örneğin özel maslahat ile genel maslahat birbiriyle çatıştığında genel maslahat daha güçlü olduğu için özel maslahata takdim edilir. Ayrıca Şâtîbî de şer'î yükümlülüklerde, konuş amacının dışında bir sonucu elde etmeyi kasteden kimsenin yaptığı amelin bâtil olduğunu söyleyerek müftilerin fetvalarında Şâri'in kastına ters düşen kasıtları da göz önünde bulundurmasının gerektiğine işaret etmektedir. Zira fiiller, yalnızca insanlara fayda sağlamak ve onlardan zararları uzaklaştırmak için meşru kılınmıştır. Fakat bu fiiller konuş amaçlarının dışında kullanıldıkları zaman onlarda maslahatın temininden veya mefsedetin definden söz etmek mümkün olmaz.⁴⁰ Tasarruflarda ve meşru kılınan fiillerde sonuçlar amaç olduğuna göre bu tasarruflar ve fiillerin hükmü, doğurdıkları neticelerine bağlıdır. Şöyle ki netice meşru ise vasıta kılınan tasarruflar da meşrudur; aksi takdirde tasarruflar bâtil addedilir. Dolayısıyla konuş amacının dışında gayrı meşru bir sonucu elde etmeye vasıta kılınan meşru fiiller caiz sayılmazlar.⁴¹

e. Neticelerin itibara alınması daha ağır bir zararı gerektirmemesine bağlıdır. Zira hükümler insanların maslahatı için meşru kılınır. Kendisine eşit veya daha güçlü bir mefsedetın mümkün olmasıyla birlikte maslahattan söz edilemez. İşte bu yüzden daha güçlü bir zararı defetmek için hafif zarar tahammül edilir.⁴² İslam hukukuna göre fiyatlara müdahale edilmez. Fakat özellikle yiyecek maddelerinin belirli bir kesimin elinde karaborsa olup fiyatların gereğinden daha yüksek olduğu durumlarda toplumun zararını engellemek için yetkili makamlarca tavan fiyat uygulaması yapılır ve mal sahibinin bu fiyattan daha yüksek bir fiyatla satış yapmasına engel olunur.⁴³ Bu durum “Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur”, “İki fesad teâruz ettikte ehaffı irtikâb ile a'zamının çaresine bakılır”, Ehven-i şerrayn ihtiyar olunur”⁴⁴ şeklinde kanunlaştırılmıştır.

f. Göz önünde bulundurulacak olan sonucun kat'î nassa ters düşmemesi gerekir. Kat'î nass ile çelişen sonuçlar muteber değil, aksine vehme dayalı ve hukuken

39 İbn Teymiyye, Ebü'l-Abbas Takıyüddin Ahmed b. Abdilhalim b. Mecduddin Abdüsselam el-Harrânî, *Mecmû'atu'l-fetâvâ*, III. Bsk., Dâru'l-vefâ, 2005, XXVIII, 158-159.

40 Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, s. 402.

41 Senûsî, *İtibâru'l-meâlât*, s. 65-67. Caiz ve meşru olan fiillerde gayrı meşru bir neticenin elde edilme maksadının ortada olması halinde dört mezhep fukahâsı bu fiillerin yasak olduğu görüşündedirler. Fakihler arasındaki tartışma ise, gayrı meşru maksadı ortaya çıkaran delil hakkındadır. Mezheplerin bu hususta dayanak olarak kabul ettikleri deliller hakkında daha detaylı bilgi için bk. Zekiyüddin Şa'bân, *İslam Hukuk İlminin Esasları* (trc. İbrahim Kâfi Dönmez), XIX. Bsk., TDV yayınları, Ankara 2014, s. 204.

42 Mecelle, md. 26.

43 Mustafa Yıldırım, *Mecelle'nin Küllî Kâideleri*, II. Bsk., İFV yayınları, İzmir 2009, s. 88.

44 Mecelle, m. 27-29.

itibara alınmaması gereken neticelerdir. Söz gelimi dayanılmaz acılar içerisinde yaşayan, tedavilere cevap vermeyen ve doktorların iyileşmesinden umutlarını kestiği bir hasta, sırf dayanılmaz acılarından kurtulmak kastıyla kendi ölümüne (ötanazi) onay verse, bu durumda müftinin onun çektiği o dayanılmaz acılardan kurtulmasının neticesini göz önünde bulundurmamak suretiyle ölümüne yönelik vereceği fetva geçersizdir. Zira canı korumakla ilgili olan bunca kat'î nasslar,⁴⁵ böyle bir sonucun hukuk bakımından göz önünde bulundurulmayacağını göstermektedir. Ayrıca “Mevrid-i nassda ictihada mesağ yoktur”⁴⁶ külli kaidesi de hakkında nass bulunan bir meselede ictihada gidilemeyeceğini göstermektedir. Zira bir meselenin hükmü nassla elde edildiğinde ictihada ihtiyaç duyulmaz. Çünkü ictihad zan ifade ettiği için onunla varılan hüküm de zannî olur. Buna karşılık nassla sabit olan hüküm, kat'îdir. Kat'î olan şey de zannî olan bir şey için terk edilmez.⁴⁷

Sonuç olarak neticelere riayet edilebilmesi için fikhî hükümlerin öncelikle muallel, yani aklen gerekçelendirilebilen muamelat alanında olması gerektiğini ifade etmeliyiz. Neticede yoruma açık alanlarda verilmiş olan fetvaların; zamana, mekâna, duruma, sosyal şartlara bağlı olarak değişebileceği bir gerçektir.⁴⁸ Öte yandan ictihad ve fetvada sonuçlara riayet edilmesi, ahkâmın değişeceği alanının çok geniş tutulması düşüncesine ve dolayısıyla nassa rağmen maslahat gerektirmesi halinde hükmün değişebileceği fikrine dayanak kılınması doğru değildir.⁴⁹

III. SONUÇLARI BİLME YOLLARI

Sonuçların göz önünde bulundurulup hükümlerin ona göre verilmesi bu sonuçların belli olmalarına bağlıdır. Zira yukarıda da geçtiği üzere sonuçların vukundan emin olunmalıdır ki onlara hükümler bina edilebilsin. Sonuçlar da açık olup olması bakımından farklılık göstermektedir. Bir kısmı açık iken diğer bir kısmı müctehidin gayret gösterdikten sonra bilebileceği sonuçlardır. İşte hükümlerin kendilerine bina edilebilmesi için onların bilinme yollarının belirtilmesi konunun anlaşılmasında faydalı olacaktır.

a. Kanun koyucunun veya mükellefin, sonucu açıkça belirtmesi. Sonuçlar baîzen Şâri'in nassıyla bilinir. Örneğin “*Kısasta sizin için hayat vardır*”⁵⁰ âyetinde kısasın uygulamasının bulunduğu sonuç -ki o da hayattır- açıkça belirtilmiştir. Çünkü

45 Bakara, 2/178, 179; Mâide, 5/32, 45.

46 Mecelle, md. 14.

47 Ahmed ez-Zerkâ, *Şerhu kavâidil-fıkhiyye*, II. Bsk., Dâru'l-kalem, Dımaşk 1989, s. 147.

48 Ahmet Yaman, “Fikhin Sosyolojik Yürürlüğü Bağlamında Fetvada Değişim”, *Diyanet İlmî Dergi*, 50/2, Ankara 2014, s. 12.

49 Benzer ifadeler için bk. Saffet Köse, “Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bir Bakış”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 7, Konya Nisan 2006, s. 22.

50 وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ Bakara, 2/179.

birisini kasten öldürmesi halinde kendisinin de kısasen öldürüleceğini bilen kişi, insanları katletmekten çekinir. Öte yandan bazen de mükellef şahsın kendisi fiilden neyi kastettiğini söyler. Örneğin kocasından üç talâkla boşanan kadının, eski kocasıyla tekrar evlenebilmesi için bu kadınla evlenen kimse, kastını açıkça belirtmesi durumunda bu tasarrufun doğurduğu neticeyi söylemiş olur. Mükellefin açıkça ifade ettiği neticenin hüküm verme hususunda hesaba katılacağı hakkında fukahâ arasında ittifak vardır.⁵¹ İslam hukukçuları arasındaki ihtilaf ise, akit sırasında açıkça ifade edilmeyen neticenin göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı hususundadır. Örneğin Şâfiî fukahâsı böyle bir neticeye riayet etmez. Nitekim İmam Şâfiî, “bir kimse ilk kocasına helal kılmak kastıyla bir kadınla evlense bu durumda hem kadın hem de ikinci kocanın ya da onlardan birinin cinsel birleşmeden hemen sonra niyetleri ayrılmak olsa bile bu durumda da nikâh akdi geçerlidir. Ayrıca kadınla erkek arasında bir anlaşma olur ve erkek kadına birkaç gün veya gittiği şehirde ikamet ettiği vakte kadar veyahut cinsel birleşmeden sonra kadını boşayacağına dair yemin ederek veya yemin etmeksizin söz verirse bu durumda böyle bir anlaşmayı onlar için kerih görür ve daha sonra akde bakarım; herhangi bir şart koşulmama sureti ile akit mutlak ise bu nikâh akdi geçerlidir. Ama boşanmak şartı ile nikâh akdinde bulunulursa bu durumda akit, mut'a nikâhı niteliğinde olup bu şarttan dolayı fâsiddir,”⁵² diyerek mezhebinin genel yaklaşımını belirtmektedir.

Buna göre bu hukuk ekolünde akit sırasında ileri sürülmeyen herhangi bir şartın akdin geçerliliği hususunda hiçbir etkisi söz konusu değildir. Dolayısıyla hukukî tasarruflarda Şâri'in gözettiği sonuç dışında başka bir şey gözetilmiş ve bu durumb da tasarrufun şekil şartları yerine gelmiş ise tasarruf sahihtir. Nitekim İmam Şâfiî, akitlerin arkasında gizli olan kasıttan ziyade kişinin beyanına itibar edileceğini açık bir dille ifade etmektedir. Böylece bir kimse bir şehre gidip orada bir kadınla evlenmek istese ve hem kendisi hem de evleneceği kadın evliliğin onun orada kalacağı zamana kadar süreceğini bilir veya bu kimsenin bir, iki ya da üç gün nikâhlı kalacağına yönelik niyeti olur fakat nikâh akdi sırasında herhangi bir şart ileri koşulmazsa nikâh geçerlidir. Çünkü niyet insanın içinde meydana gelen gizli bir durumdur. Allah, insanları kalplerinden geçirdikleriyle sorumlu tutmaz. Dolayısıyla böyle bir niyet nikâh akdini ifsâd etmez. *Zira insan bir şeyi yapmaya niyet eder fakat bazen onu yapmaz, bazen de yapar. Demek ki fiil niyet dışında bir olaydır.*⁵³

b. Karineler vasıtasıyla sonuçların bilinmesi. Karineler sonuçların ortaya çıkmasını sağlayan yollardan kabul edilir. Özellikle de insanların kastını gösterme hususunda önemli bir yoldur. Nitekim Hanbelî fukahâsından İbn Kudâme, üzüm sırasının satışını açıklarken “satıcı, müşterinin beyanıyla veya karineler vasıtasıyla

51 Velid, *İtibârü'l-ef'âl ve eseruhu'l-fıkhiyye*, s. 247-249.

52 Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, thk. Rıf'at Fevzi Abdülmuttalip, Dârü'l-vefâ, 2001, VI, 206.

53 Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 206.

onun, şıradan içki yapacağını bilirse bu durumda satış akdi geçersizdir,” diyerek karinelerin tasarrufların sonuçlarını belirlediğine işaret etmektedir.⁵⁴ Aynı şekilde bu hukuk ekolüne mensup Buhûti de fitne zamanında herhangi bir kimseye veya düşmana ya da yol kesicilere silahların satılmasının, satıcının bu durumları karinelerle bilmesi halinde sahih olmadığını belirtir.⁵⁵ Bu fakih de karinelerin kişinin kastını ortaya çıkardığını belirtmektedir. Şâtîbî de mükellefin içinde bulunduğu özel durumlarının değerlendirilmesi ve onlarla ilgili olan teklifi delillerin dikkate alınması gerektiğini söyleyerek bu duruma dikkat çekmektedir. Sözlerinin devamında da insanların içinde buldukları şartları bilen fakihin, nurlu olduğunu ve her kişiye kendisine uygun olan nassın hükmünü getirdiğini belirtmektedir.⁵⁶ Nitekim Hz. Peygamber de “*hangi amel üstündür?*” sorusuna kişilerin durumunu göz önünde bulundurarak farklı cevaplar vermiştir. Şöyle ki bir defasında “Allah’a imandır”⁵⁷ derken başka bir zaman “vaktinde kılınan namazdır,”⁵⁸ demiştir.

c. Zann-ı gâlibe sonuçların bilinmesi. İslam hukukunda zann-ı gâlib itibara alınır. Dolayısıyla müctehid fiile terettüp eden sonucun vaki olacağını zannederse ona göre hüküm vermelidir. Nitekim fukahâ da böyle bir zannı göz önünde bulundurmuştur. Buradan hareketle, hasta bir kimse oruç tuttuğu zaman hastalığının artacağını veya geç iyileşeceğini zannederse orucunu bozabilir.⁵⁹ Bu bağlamda zann-ı gâlibin, sonuçların ortaya çıkmasının yollarından biri olduğu söylenebilir. Mesela sene sonu, malını birisine hibe eden kimsenin kastının zekâtta kaçma olduğu açıktır. Fakih, bu durumu göz önünde bulundurarak onun kastının zıddıyla hüküm vermeli, yani böyle bir durumda onun zekât vermesi gerektiğini söylemelidir.⁶⁰

d. Tecrübe vasıtasıyla sonuçların bilinmesi. Gazzâlî tecrübeye dayalı bilgilerin, tecrübe eden kimse açısından kesin bilgi ifade ettiğini söyler. Aynı şekilde Gazzâlî doktorun sekamonyanın (bir ilaç ismi) müshil olduğunu bilmesi, suyun kandırıcı olduğunu bilmen gibidir diyerek tecrübeye dayanan bilginin ilim olduğuna dikkat çekmektedir.⁶¹ Yine Gazzâlî “su kandırıcıdır ve şarap sarhoş edicidir” gibi tecrübeye elde edilen bilgilerin zarurî bilgilere yakın olduğunu belirtir.⁶² İzz b. Abdüsselam da dünyevî maslahatların tecrübe ve örf - adetlerle kavranabileceğini söyleyerek

54 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 319.

55 Buhûti, Mansûr b. Yunus b. Salahaddin, *Keşşâfü'l-kanâ' an metni'l-Iknâ'*, thk. Ebû Abdullah Muhammed b. Hasan, Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2009, III, 209.

56 Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, s. 728.

57 Hz. Süleyman bin Abdülâzîz r.rah. külliyetinde: «سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الأعمال أفضل؟ قال: «إيمان بالله»، قال: ثم ماذا؟ قال: «الجهاد في سبيل الله»، قال: ثم ماذا؟ قال: «حج متبرور». Hz. Peygamber'e amellerin hangisinin daha faziletli olduğu soruldu. “Allah'a imandır,” buyurdu. Sonra nedir sorusuna “Allah yolunda cihaddır,” buyurdu, ondan sonra nedir sorusuna da “Hacc-ı mebrûrdur,” şeklinde cevap verdi. Buhârî, “Hac”, 4; Müslim, “İmân”, 36.

58 Bir adam Hz. Peygamber'e amellerin hangisinin daha faziletli olduğunu sordu. O da “vaktinde kılınan namazdır, anne - babaya itaattir ve sonra da Allah yolunda cihaddır” buyurdular. Buhârî, “Mevâkîtu's-salât”, 5, “Tevhid”, 48; Müslim, “İmân”, 36.

59 Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, s. 119.

60 Veldî, *İtibârü'l-ef'âl ve eseruhul-fikhiyye*, s. 267-268.

61 Gazzâlî, Hüccetü'l-İslam Ebû Hamîd Muhammed b. Muhammed b. Muhammed, *el-Müstasfâ min 'ilmi'l-usûl*, nşr. Necvâ Davv, Dârü ihyâ't-türâsî'l-Arabî, Beyrut 1997, I, 51-52.

62 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I, 132.

tecrübeyle elde edilen bilgilerin dikkate alınması gerektiğine vurgu yapar.⁶³ Nitekim fukahâ da görüşlerinin bir kısmının tecrübeye dayandığını açıkça ifade etmektedirler. Örneğin İbn Rüşd ay halinin en kısa ve uzun süresi ile temizlik döneminin en kısa sürelerinin tecrübe ve örfe dayandığını söyleyerek bu gerçeğe işaret etmektedir.⁶⁴ Dolayısıyla bir fiilin doğurduğu sonuçlar tecrübelerle belirlenebilirse müctehidin söz konusu fiil hakkında hüküm verirken onun meydana getirdiği sonuçları da göz önünde bulundurması gerekmektedir.⁶⁵

IV. SONUÇLARIN GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI ESASI ÜZERİNE BİNA EDİLEN PRENSİPLER

İslam hukuku ekollerince şer'î hükümlerin tespitinde başvuru prensiplerinin bir kısmı icthad ve fetva konusu olan meselenin hükmünün yol açacağı sonuçların göz önünde bulundurulması esasına dayanmaktadır. Buradan hareketle bu meseleyi teorik olarak ilk ele alan Mâlikî hukukçularından Şâtıbî sedd-i zerâi', istihsân, hilâfa riâyet, hiyel gibi prensiplerin bu esas üzerine bina edildiğini söyler. Bu kurala bağlı olduğu belirtilen maslahat, sedd-i zerâi', istihsân, hilâfa riâyet, hiyel ve zaruret gibi prensiplerin, çalışmanın sınırlarını açacağı için yalnızca konuyla ilgili yönleri ele alınacaktır.

A. MASLAHAT

Gazzâlî, maslahatı "şer'in maksatlarını korumaktır" şeklinde tanımlayıp şer'in insanlara ilişkin amacının onların dinini, canını, aklını, neslini ve malını korumak olduğunu, bu beş aslı koruyan her şeye maslahat, ortadan kaldıran her şeye de mefsedet denildiğini söylemekte ve bu mefsedeti gidermenin de maslahat olduğunu belirtmektedir.⁶⁶ Buna göre müctehid ve müftünün hükme varırlarken hükmün varacağı sonucu hesaba katmaları ve maslahatı göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.⁶⁷ Nitekim Gazzâlî, maslahatı 'şer'in maksatlarını korumaktır' şeklinde ifade edecek olursak onun, delil olup olmaması hususunu tartışma konusu yapmanın anlamsız olduğunu, zira bu tanıma göre onun, hüccet olduğunu kabul etmek gerektiğini söylemektedir.⁶⁸ Aynı şekilde maslahatın önemine dikkat çeken İbn Abdüsselâm da İslam hukukunu (şeriatı) inceleyen, Kitap ve Sünnet'in maksatlarını kavrayan kimsenin bütün emredilenlerin, maslahatı temin, mefsedeti gi-

63 İzzeddin, Abdülaziz b. Abdüsselâm, es-Sülemî ed-Dımaşkî, *Kavâidu'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm (el-Kavâidu'l-kübrâ)*, thk. Nezih Kemâl Hammâd ve Osman Cuma Damiriyye, Dâru'l-kalem, Dımaşk 2000, I. 13.

64 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I, 86.

65 Velid, *İtibâru'l-ef'âl ve eseruhu'l-fikhiyye*, s. 272.

66 Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, I, 216-217.

67 Velid, *İtibâru'l-ef'âl ve eseruhu'l-fikhiyye*, s. 293.

68 Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, I, 222.

derme ve nehyedilenlerin de mefsedeti defetme veya maslahatı sağlama olduğunu kolayca anlayacağını ifade etmektedir.⁶⁹ Günümüz araştırmacılarından Muhammed Said Ramazan el-Bûtî de tümevarım (istikrâ) yöntemiyle Allah'ın emirlerinin insanların maslahatlarına uygun olduğuna ve hem dünyevî hem de uhrevî hayatlarında mutlu olmaları için vaz edildiğine yönelik olduğunu vurgulamaktadır.⁷⁰

Öte yandan yararlar ve zararlar izâfî olduklarından, yani bunların halden hale, kişiden kişiye ve zamandan zamana değişkenlik gösterdiklerinden ötürü⁷¹ fukahâ maslahatın itibara alınabilmesi için onunla ilgili esasları zapturapt altına alma hususunda çaba sarf etmişlerdir. Şöyle ki maslahatın belirlenmesindeki subjektifliğin, hukukî istikrara zarar verebileceğini düşünen Gazzâlî, maslahatın dikkate alınmasının onun vazgeçilmez (zarûrî), kesin (kat'î) ve herkesi ilgilendiren tarzda kapsamlı (küllî) olmasına bağlı olduğunu söyleyerek sınırlarını belirtmiştir.⁷² Ramazan el-Bûtî de maslahatın delil olarak kullanılması halinde keyfiliğin önüne geçilebilmesi için onun sınırını şu şartları ileri sürerek belirlemektedir. 1. Maslahat, Şâri'in maksatları içerisinde bulunmalıdır. 2. Kitab ile çatışmamalıdır. 3. Sünnet'e aykırı olmamalıdır. 4. Kıyasa ters düşmemelidir. 5. Daha önemli bir maslahatın zayı edilmesine yol açmamalıdır.⁷³ Ayrıca maslahat gözetilerek yapılacak ictihad faaliyetlerinin sağlıklı ve doğru bir şekilde yapılabilmesi, fakihin bir yandan nassların ruhuna ve gayelerine nüfuz edebilme, diğer yandan da olayın mahiyetini kavrayıp içerdiği yarar ve zararları buna göre değerlendirebilme hususunda gerekli birikime ve melekeye sahip olmasına bağlıdır.⁷⁴ Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, maslahatın belirlenmesinde söz konusu olabilen izâfiliğin sebep olacağı istikrarsızlığa ve kargaşaya mahal vermemek için maslahat fikrine karşı ihtiyatlı davranmaktır. Dolayısıyla hakkında hüküm verilmek istenen meselelerin dikkatle incelenip onlardaki faydaların, varacakları sonuçların tespit edilmesi ve varsa konu hakkında tafsili delillere bakılması gerekmektedir.

Maslahatın, sonuçların üzerine bina edildiği hususuna gelince, aslında maslahat kaidesi sonuçlara riayet kuralından kaynaklanmaktadır. Çünkü maslahatlara riayet etmek sonuçların göz önünde bulundurulmasına bağlıdır. Zira herhangi bir fiil, doğurduğu sonuca bakıldıktan sonra maslahatı veya mefsedeti getirmekle nitelenir. Şöyle ki fiilin doğurduğu maslahata ve bu maslahatın hukukun genel ga-

69 İbn Abdüsselâm, *Kavâidu'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm*, I, 13.

70 Muhammed Said Ramazan el-Bûtî, *Davâbitu'l-maslahâ fi ş-şer'ati'l-İslamiyye*, IV. Bsk, Dâru'l-fikr, Dımaşk 2005, s. 89.

71 Muhammed Ebû Zehra, *Mâlik*, Dâru'l-fikri'l-Arabî, ts., s. 413. Ebû Zehra, Hanbeli hukukçularından Tüff'nin maslahata ilişkin görüşlerini aktardıktan sonra özellikle günümüzde sosyal çatışmaların bulunduğunu, çağdaş meselelerin girift olduğunu ve bu meseleler karşısında ilim ehlinin çaresiz kaldığını ve dolayısıyla onların da görüşlerinin birbiriyeli çatıştığını; birinin maslahat gördüğü şeyi diğerinin mefsedet telakki ettiğini söyleyerek maslahatın değişkenlik arz ettiğine ve kişiden kişiye değiştiğine işaret etmektedir. A.mlf., *Mâlik*, s. 422.

72 Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, I, 218.

73 Ramazan el-Bûtî, *Davâbitu'l-maslahat*, s. 131, 141, 176, 229, 260.

74 İbrahim Kâfi Dönmez, *Fıkıh Usulü İncelemeleri*, İSAM yayınları, İstanbul 2014, s. 305.

yelerine uygun olduğuna, nasslara ve hukukun genel kaideleriyle çatışmadığına, daha önemli bir maslahatın elden kaçırılmasına neden olmadığına bakıldığı zaman bu fiilin makasıduş-şeri'a denen hukukun genel gayelerine uygunluğu kabul edilir. Aksi takdirde makâsıda uygun hareket edilmiş olmaz. Buna göre maslahatı veya mefsedeti içerdiği için bir fiilin meşru olup olmadığı bu fiilin doğurduğu sonucun göz önünde bulundurulmasına bağlıdır.⁷⁵

Her ne kadar ictihad faaliyetlerinde sonuçların dikkate alınması meselesi fıkıh usulü eserlerinde yer almasa da dört mezhebe ait fûru kitaplarında sonuçlar temel alınarak yapılan sayısız ictihad örneklerine rastlanır. Bu örneklerde sonuçlara riayetinin tesirleri görülmektedir. Daha açık bir ifade ile bu meselelerde yapılan ictihadların temelinde insanların yararlarının gözetilmesi amacı bulunmaktadır. Mesela tamirci, terzi gibi zanaatkârların (ecir-i müşterek) kendilerine bırakılan eşyanın korunmasında titiz davranmamaları ve bunun hak kaybına yol açması karşısında tazmin yükümlülüğünün getirilip getirilmemesi meselesi fukahâ arasında tartışmalara neden olmuş konulardandır. Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed bunlara bırakılan malın zayi olması halinde tazminle yükümlü oldukları görüşündedirler.⁷⁶ Şâfiî mezhebi ve Ebû Hanife ise müşterek ecirin malın telef olması durumunda tazminle mükellef olmadığı görüşünü savunmaktadırlar.⁷⁷ Zanaatkârların kendilerine müşterileri tarafından bırakılmış malların zayi olması halinde onu tazminle sorumlu olduklarını savunan fukahâ insanların malını korumayı, yani toplumun yararını sağlamayı amaçlamışlardır. Nitekim Mâlikî hua kukçularından İbn Rüşd “zanaatkârları tazminle mükellef tutanların maslahat ve sedd-i zerâi’ dışında başka delillerinin olmadığını”⁷⁸ söyleyerek sonuçların dikkate alındığına işaret etmektedir. Hz. Ömer ile Hz. Ali'nin de terzi vb. zanaatkârlara verilen malın telef olması halinde tazmin edileceği görüşünde oldukları ve Hz. Ali'nin “insanları ancak bu (tazmin hükmü) ıslah eder,” dediği nakledilir.⁷⁹ İşte burada toplumun yararı düşünülerek hüküm verilmiştir. Zira İslam hukukunun genel prensibine göre zanaatkârlar, emindir, dolayısıyla kusurları olmadığı sürece kendilerine bırakılan malın zayi olması halinde tazmin sorumluluklarının olmaması gerekirdi. Ancak insanların malını korumak için tazminin gerektiği şeklinde hüküm verilmiştir.

75 Velid, *İtibârü'l-ef'âl ve eseruhu'l-fikhiyye*, s. 293-294.

76 Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, *Mebûsât*, Dârü'l-ma'rife, Beyrut 1989, XVI, 9-10; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, IV, 19; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 103; Kâsânî, Alaüddin Ebû Bekr b. Mesud, *Bedâi'ü's-sanâi' fi tertibiş-şerâi'*, Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2010, VI, 54; Merğînânî, Ebû'l-Hasan Burhânüddin Ebû Bekr b. Abdulcelil el-Fergânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübedî*, Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1990, III-IV, 274.

77 Mâverdi, Ebû'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib el-Basrî, *el-Hâvi'l-kebir*, thk. Ali Muhammed Muavviz ve Adil Ahmed Abdülmevcüd, Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1994, VII, 426; Merğînânî, *Hidâye*, III-IV, 274.

78 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, IV, 19.

79 Mâverdi, *el-Hâvi*, VII, 426.

B. SEDD-İ ZERÂİ‘

Mâlikî hukukçularından Şatîbî sedd-i zerî‘ayı maslahat olan bir şeyin, mefsea det olan bir şeye vesile kılınması şeklinde tanımlamaktadır.⁸⁰ Buradan hareketle sedd-i zerî‘a, gayrı meşru sonuçlara götüren mubah fiillerin yasaklanması olarak tarif edilebilir. Buna göre kendi başına mubah olan bir fiilin şer‘an meşru olmayan bir sonuca götüreceğinden emin olunması veya kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle yasaklanmasını ifade eder. Meşru olmayan sonuçlara yol açtığından yasak olan fiillerin gerçekten mefsetet doğurduğunun bilinmesi gerekir. Yoksa sadece vehme dayanılarak böyle bir hükmün verilmesi doğru değildir. Örneğin topluma zarar veren sonuçlara vasita kılınan mubah fiiller yasaklanabilir.⁸¹

Sedd-i zerî‘a, fiillerin yol açtığı sonuçların itibara alınması kuralının bir sonucudur. Zira zerî‘a delilinin ana düşüncesi meşru bir sonuca götüren vasitanın meşru; gayrı meşru bir sonuca götüren vasitanın gayrı meşru sayılması kuralına dayanmaktadır. Bunun mantikî izahı şöyle yapılır: Bir sonucun yasak olması kendisi gibi ona vasita kılınan araçların da yasaklanmasını gerektirir. İşte bu yüzden Ebû Zehra, zerâ‘e itibar edilmesi hususunda asıl olanın, fiillerin sonucunu dikkate almak olduğunu ve dolayısıyla bir fiilin, sebebiyet verdiği sonuca göre hükme bağlanacağını söyler. Bu durumda ister failin bu sonuca yönelik kastı bulunsun ister bulunmasın, iyi bir sonuca yol açan fiilin yapılması istenirken kötülüğe sebep olan fiil de yasaklanır.⁸² Mâlikîlerden Karâfî de konu hakkında şunları söyler: “Hükme konu olan şeyler makâsîd ve vesâil olmak üzere iki kısım: Makâsîd, maslahat veya mefsetet içeren fiiller iken vesâil ise bu fiillere götüren yollardır. Vesâilin hükmü, götürdüğü maksadın hükmü gibidir; maksat haram ise ona götüren vesile (vasita) de haram, maksat mubah ise ona götüren vesile de mubahtır.”⁸³ Buna göre herhangi hukukî bir işlem şekil şartları itibariyle hukukun gerektirdiği esasları içeriyor ve hukuken yasak olan herhangi bir sonuca yol açmıyorsa hukukî açıdan bu işlem geçerlidir ve dolayısıyla neticeleri meydana gelir. Ancak şekil şartları tamam olmakla beraber hukukî işlemle hukuken yasak olan bir sonuç elde edilmek isteniyorsa bu hukukî işlem geçersiz sayılır. Mâlikî mezhebine göre îne satımı her ne kadar şeklen hukuka uygun ise de faiz gibi yasak olan bir sonuca vesile yapıldığından îne satımının bâtil sayılması bu esasa dayanmaktadır.⁸⁴ Bu izahlardan, bir fiilin sadece kendi başına hükmünü esas almanın yeterli olmayıp götüreceği sonuçların da göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.⁸⁵ Nitekim

80 Şatîbî, *el-Muvâfakât*, s. 775.

81 Zekiyüddin Şa‘bân, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 206-207.

82 Muhammed Ebû Zehra, *Usulü’l-fikh*, Dâru’l-fikri’l-Arabî, s. 288.

83 Karâfî, Ebû’l-Abbas Şihabuddin Ahmed b. İdris, *Kitâbü’l-furûk envârü’l-bürûk fî envâi’l-furûk*, thk. Muhammed Ahmed Serrâc ve Ali Cum‘a Muhammed, Dârü’s-selâm, Kahire 2001, I-IV, 451.

84 Mehmet Selim Aslan, *İslam Borçlar ve Aile Hukukunda Kasıt ve Etkisi*, (basılmamış doktora tezi) Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 118.

85 Dönmez, *Fıkıh Usulü İncelemeleri*, s. 401-402.

Şâtibî şer'î yükümlülükleri meşru kıldıkları amaçları dışında kullanan kimsenin amelinin bâtil olduğunu söyleyerek bu duruma vurgu yapmaktadır.⁸⁶

Ayrıca Şâtibî, meşru kılınan hükümler, yalnızca maslahatların temini ve meft sedetlerin defi için konulduğuna göre değerlendirmelerin de bu maslahat prensibi üzerinde yapılması gerektiğini ifade eder. Şöyle ki herhangi bir fiil şeklen hukuka uygun olduğu gibi içerik olarak da bir mefsedet içermiyorsa bu fiilin geçerli olması hususunda problem bulunmamaktadır. Buna karşılık bir fiil, dış görünüş itibarıyla hukuka uygun olur, fakat içerdiği sonuç aykırıysa sahih addedilmez. Zira şer'î ameller bizatihi değil, içinde barındırdıkları maslahatlar sayesinde meşru kılınmışlardır. Şâtibî bunu şu örnekle izah eder: Zekâtın meşru kılınmasındaki amaç, yoksulların ihtiyaçlarının giderilmesidir. Hal böyle iken bir kimse sırf zekât yükümlülüğünden kurtulmak için sene sonuna doğru malını bir başkasına hibe etse bu durumda hibe, meşru kılınış amacının dışında kullanılmış olur. Şöyle ki hibe, kendisine hibede bulunulan şahsın ihtiyacının giderilmesi ve sevgisinin kazanılması gibi durumlar için meşru kılınmıştır. Ancak sadece zekât yükümlülüğünden kaçmak için yapılan hibenin Şâri' tarafından mendub sayılan hibe ile hiçbir ilgisinin olmadığı ortadadır.⁸⁷

Fıkıh eserlerinde gayrı meşru sonuçları elde etmek için vesile kılınan tasarrufların yasaklanmasıyla ilgili örnekler bulunmaktadır. Bu örneklerden bir tanesi de îne satımıdır. İne satımı için değişik tanımlar yapılmıştır. Fakat en yaygın tanımlamaya göre îne satımı; *bir malın belli bir fiyat karşılığında vadeli olarak satılıp, satılan fiyattan daha düşük bir fiyatla peşin olarak geri satın alınmasıdır*.⁸⁸ Bu işlem, bazen araya üçüncü bir kişi sokularak yapılır. Bu alım satım akdinde genelde faiz yasasını aşmak ve bir fazlalığı elde etmek isteyen kimseler bulunur. İşte İslam hukuk literatüründe îne satımının faiz konusu çerçevesinde ele alınmasının sebebi budur. Zira tarafların asıl maksadı alım satımdan ziyade faizli borçlanmayı meşrû bir şekil içerisinde gösterme ihtimali olabilir.

Hanefî fukahâsı, Hz. Aişe'nin konuya ilişkin bir sözünü dikkate alarak îne sae tımının câiz olmadığını belirtir.⁸⁹ Mâlikîler, îne satımının seddi-i zerâi' prensibi

86 Şâtibî, *el-Muvâfakât*, s. 402.

87 Şâtibî, *el-Muvâfakât*, s. 437-438.

88 بيع العينة : هو أن يبيع غيره شيئاً بئمن موحل ويسلمه إليه ثم يشتريه قبل قبض الثمن بأقل من ذلك الثمن نقداً Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhyiddin b.Şeref ed-Dimaşki, *Ravzatu'l-tâlibin*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhmmmed Mauvviz, Dâru âlemi'l-kütüb, Riyad 2003, III, 86; Zeyla'î, Cemalüddin Ebû Muhammed Abdullah b. Yusuf, *Nasbü'r-râye li-ehâdisi'l-Hidâye*, Müessesetü'r-reyyân, Cidde 1997, IV, 16.

89 Heyet, *el-Fetâvâ'l-Hindiyeye el-ma'rifetu bi'l-Fetâvâ'l-Alemgiriyye*, nşr. Abdüllatif Hasan Abdurrahman, Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2000, III, 208. Hanefî hukukçuların bu konudaki dayanağı Hz. Aişe'den nakledilen şu haberdur: Ümmü Mühibbe adında bir kadın Hz. Aişe'ye gelerek şöyle dedi: "Benim bir câriyem vardı. Zeyd b. Erkâm'a veresiye 800'e sattım. Zeyd onu satmak isteyince peşin olarak 600'e satın aldım." Bunun üzerine Hz. Aişe bize döndü, "çok kötü alım satım yapmışsın. Zeyd'e haber ver, Allah onun Hz. Peygamber'le birlikte yaptığı cihadı iptal etti. Ancak tövbe ederse o başka" diye cevap verdi. Bunun üzerine kadın Aişe'ye, "anaparamı alıp fazla kısmı iade etsem olur mu?" diye sordu. Aişe de "kime rabbinden bir öğüt gelip vazgeçerse, daha önce yaptıkları kendinedir." (Bakara

açısından bâtil olduğu kanaatine varmışlardır. Bir diğer ifade ile bu hukuk ekolüne mensup hukukçular, îne satımını harama götüren yolları kapatma prensibi açısından değerlendirmişler ve şekil şartları açısından tam olduğu hâlde faize götürdüğü için söz konusu akdi câiz görmemişlerdir.⁹⁰ Nitekim bu hukuk ekolüne mensup Haraşî görünürde câiz olup fakat yasak olan bir sonuca götüren alım satımların töhmetten dolayı yasak olduğunu belirtir.⁹¹ Hanbelîler de meseleyi birinci akdin ikinci akde vesile olması açısından ele almışlardır.⁹² Buna göre ikinci akit faizli bir işlem olduğu, birinci akit de ona vasıta kılındığı için her iki akit bâtil sayılır.⁹³ Zira îne satımını gören üçüncü bir şahıs, akdi tesis eden tarafların gayelerinin, satılan ve tekrar geri alınan mala sahip olmak değil fazlalığı elde etmek olduğunu anlar.⁹⁴ Şâfiî fukahâsı ise îne işlemindeki iki satım akdini birbirinden bağımsız ve ikinci satımı, birinci satımın dışında bir akit olarak değerlendirdiklerinden şekil şartlarını taşıyan birer muamele oldukları takdirde her ikisinin de câiz olduğuna hükmederler. Nitekim İmam Şâfiî, böyle bir satışta herhangi bir sakıncanın olmadığını ve ikinci satımın birinci satımdan farklı bir akit olduğunu belirtir.⁹⁵ Hatta Cüveynî, iki akit söz konusu olduğu sürece birinci akdi ikinci akde vesile olarak görmediklerini açıkça ifade eder.⁹⁶ Bu mezhebe göre prensip olarak şekil şartları bakımından hukuka aykırı olmayan muameleler hukuk bakımından geçerlidir ve geçerli hukukî sonuçlar doğurur. Bu ekolde îne satımı bu prensip doğrultusunda ele alınarak görünürde hukuka aykırı bir husus bulunmadığından hukuken geçerli addedilmiştir.

İmam Şâfiî'nin bu görüşünden onun, hukukî tasarruflarda neticeleri hiç göz önünde bulundurmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira o da diğer imamlar gibi harama ulaşma maksadının açık olduğu tasarrufları caiz görmez. Şâtıbî'nin deddiği gibi bütün alım satım akitleri barındırdıkları maslahatlardan ötürü caizdir. İne satımında yapılan ikinci satım akdi ile, -birinci akdin sağladığı maslahattan ayrı-başka bir maslahat elde edilmektedir. Dolayısıyla her iki akdin birbirinden farklı sonuçları vardır. Her ikisinin de sağladığı netice maslahattır. Bu yüzden iki akit de geçerlidir ve hukukî sonuçlarını doğurur. Buna karşılık yasak olan bir neticeyi elde etme kastı ortadaysa bu durumda İmam Şâfiî de böyle bir tasarrufu caiz görmez.⁹⁷

2/275) âyetini okudu. Dârekutnî, Ali b. Ömer, *Sünenü'd-Dârekutnî*, thk. Hasan Abdülmün'im eş-Şelebî ve Abdüllatif Hirzullah, Müessesetü'r-risâle, Beyrut 2004, III, 477.

90 İbn Abdilberr, Ebû Ömer Yusuf b. Abdullah b. Muhammed en-Nemerî, *el-İstizkâr*, nşr. Abdülmütî Emin al'acî, Dârü'l-va'yi, Kahire 1993, XIX, 252.

91 Haraşî, Ebû Abdullah Muhammed, *Şerhu Muhtasari Halîl*, el-Matbaatu'l-hayriyye, 1307/1792, IV, 1.

92 İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed el-Makdisî, *el-Kâfi*, thk. Abdullâh b. Abdülmuhsin et-Türki, yy., III, 40.

93 İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemsüddîn Ebû Abdullah Muhammed b. Ebû Bekr, *Câmi'u'l-fikh*, nşr. Yüsrî Seyyid Muhammed, Dârü'l-vefâ, 2000, IV, 334.

94 İbn Kayyim, *Câmi'u'l-fikh*, IV, 326-327.

95 Şâfiî, *Ümm*, IV, 73.

96 Cüveynî, İmâmü'l-Harameyn Abdülmelik b. Abdullah b. Yusuf, *Nihâyetü'l-matlab fi dirâyeti'l-Mezheb*, thk. Abdülazîm Mahmud ed-Dib, Dârü'l-minhâc, Cidde 2007, V, 311.

97 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, s. 775; Fethî ed-Düreynî, *Nazariyetü't-ta'assuf fi isti'mâli'l-hak fi'l-fikhi'l-İslami*, IV. Bsk., Müessesetü'r-risâle, Beyrut 1988, s. 179-180.

Nitekim bu hukuk ekolüne mensup Mâverdî, Hanefî hukukçuların îne satımında karşılığı olmayan bir fazlalığın meydana geldiğini gerekçe göstererek söz konusu satımın câiz olmadığı şeklindeki gerekçelerine, her iki satım akdinin birbirinden bağımsız olduğunu ve dolayısıyla her akdin ayrı bir karşılığının bulunduğu şekilde cevap vererek, karşılıksız bir fazlalığın söz konusu olmadığını ve akitlerin birbirinden ayrı akitler olduğunu belirtir.⁹⁸

Kanaatimizce îne satımına, faize ulaşabilmek kastıyla başvuruluyorsa satımın câiz olmaması gerekir. Yani îne satımı dolaylı yoldan faiz elde etmek için yapılırsa satım câiz değildir ve geçerli hukukî bir netice doğurmaz. Çünkü böyle bir akit her ne kadar gerekli şekil şartları ihtiva ediyorsa da İslam'da yasaklanan faize ulaşmak kastıyla yapıldığı için Şâri'in alım satım akdindeki kastına aykırıdır. Fakat bu satım akdi faiz alabilmek için değil de bir malı veresiye olarak satın alan bir kimse, herhangi bir sebeple satın aldığı bu malı peşin ve daha ucuz bir fiyatla satmak isterse bu durumda bu kimse malını uygun gördüğü fiyatla istediği şahsa satabilmelidir. Satacağı şahıs başka birisi olabileceği gibi, satan şahıs da olabilmelidir. Dolayısıyla akitten önce veya akit sırasında herhangi bir fazlalık şartı ileri sürülmeden bu şekilde yapılan îne akdinin câiz olması gerekir. Buna göre böyle bir akdi yapmayı âdet edinmeyen bir kimsenin faiz kastı olmaksızın vadeli olarak sattığı bir malı, daha ucuz bir fiyatla peşin olarak geri satın alması câizdir ve dolayısıyla akit hukukî sonuçları doğurur.

İslam hukukunda caiz fiiller gayrı meşru bir sonucu doğurması halinde yasaklanır. Nitekim fukahâ meşru olmayan sonuçlara yol açan tasarrufları geçersiz saymaktadır. Mesela suçlunun düşmana katılmasına yol açabileceği düşüncesiyle savaş esnasında bazı ağır cezaların infazı yasaklanmıştır. Çünkü cezanın uygulanması, suçlunun düşmana katılması gibi olumsuz bir netice doğurmaktadır. İşte bu yüzden netice göz önünde bulundurularak hüküm verilmiştir. İslam hukukçuları buna "Savaş sırasında el kesilmez"⁹⁹ hadisini delil gösterirler.¹⁰⁰

Kur'an'da Müslüman bir erkeğin Ehl-i kitabın muhsan hanımlarıyla evlenmesi-ne izin verilmiştir (Mâide, 5/5). Fakat Hz. Ömer, Ehl-i kitap bir kadınla evlenmeyi kamu yararı için yasaklamıştır. Şöyle ki Medâin'de vali olan Huzeyfe'nin Yahudi olan bir kızla evlenmesi üzerine ülke güvenliği endişesiyle Hz. Ömer bu kızıdan ayrılmasını istemiştir.¹⁰¹ Ayrıca Ehl-i kitap kadınla evlenilmesi, beraberinde Müslüman kadınların evde kalmasına neden olmuştur. Böyle bir tehlike belirdiğinde Hz.

98 Mâverdî, *el-Hâvî*, V, 289-290.

99 لَا تَقْطَعُ الْأَيْدِي فِي الْعُرُوِّ Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Sevre, *el-Câmi'u's-sahîh*, thk. Ahmed Muhammed Şakir, 1987, yy., ts., "Hudûd", 20.

100 Senûsî, *İ'tibârü'l-meâlât*, s. 153; Südeys, *Kâidetü i'tibârî'l-meâlât*, s. 67.

101 Hz. Osman'ın Nâile adında Hristiyan bir kadınla ve Talha b. Ubeydullah'ın da Yahudi bir kadınla evlendiği rivayet edilmektedir. Detaylı bilgi için bk. Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, İstanbul 1335, s. 324-325.

Ömer Ehl-i kitabın muhsan hanımlarıyla evlenme iznini askıya almıştır.¹⁰² Hatta günümüz İslam hukukçularından Raysûnî, günümüzde dâruharbde oturan Ehl-i kitap bir kadınla, Müslüman bir erkeğin evlenmesinin caiz olmadığını söylemekte ve doğacak çocuklar üzerinde olumsuz etkisi olabileceğini de gerekçe göstermektedir. Raysûnî, böyle bir evliliği doğuracağı olumsuz sonuçlarından ötürü caiz görmez. Buna karşılık İslam ülkesi vatandaşı olan Ehl-i kitap bir kadınla evlenmekte böyle bir endişe söz konusu olmayacağı için onunla evlenmeyi caiz görmektedir.¹⁰³ Ehl-i kitap kadınla evlenilmesine izin verilmesiyle elde edilmek istenen sonuç, Ehl-i kitap kadınların Müslüman olmaları ihtimalinin bulunmasıdır. Fakat Ehl-i kitapla evlenilmesi vasıtasıyla elde dilen sonuç kalktığından dolayı hüküm de kalkmıştır. Buradan hareketle mubah olan bazı fiiller kamu yararını temin etme veya kamudan zararı defetme amacıyla bir süreliğine yasaklanabilir. Bir başka ifadeyle bir fiilin caiz veya yasak olması bu fiilin yol açtığı ya da açacağı sonuca bağlıdır. Şöyle ki fiilin doğurduğu sonuç Şâri'in kastıyla uyuşuyorsa caiz, çelişiyorsa yasaktır.¹⁰⁴

Aynı yaklaşım murisini öldüren vârisin mirastan mahrum bırakılması meselesinde de söz konusudur. Katil olan mirasçıyı mirastan mahrum bırakmadaki amaç, insanları mirasçısı oldukları kimselerin malını bir an evvel ele geçirmek için onları öldürmekten uzak tutmaktır.¹⁰⁵ Başka bir anlatımla katil mirasçı şayet mirastan mahrum bırakılmasaydı insanlar, bir an evvel mirasa sahip olmak için vârisi olacak kişileri öldürmeye kalkışırlandı. İşte katilin mirastan pay alması, beraberinde böyle bir sıkıntı doğuracağından dolayı katil mirastan mahrum bırakılmıştır.¹⁰⁶ Zira fasit bir sonucu kasteden kişi şayet bu sonuçtan mahrum edilerek cezalandırılmazsa insanlar böyle sonuçları elde etmek kastıyla hukukî olmayan bir takım teşebbüslerde bulunabilirler.¹⁰⁷

Buradan hareketle müctehidin fiillerin neticelerini ve bu fiillere ilişkin vereceği hükmün yol açacağı sonuçları takdir etmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla müctehidin sırf şer'î hükmü vermekle meşgul olması yeterli değildir; verdiği hükmün ne tür sonuçlara sebebiyet verdiğini de hesaba katması şarttır. Ayrıca herhangi bir fiilin hangi maslahat için meşru kılındığını veya mefsedetten ötürü yasaklandığını da bilmesi gerekir. Zira belirli bir maslahat için meşru olan ya da mefsedetten dolayı yasaklanan fiil bazen konuş amacının dışında bir sonuç meydana getirebilir. Müctehidin, ictihadında bütün bunları hesaba katması doğru bir hüküm vermesi bakımından oldukça önemlidir.¹⁰⁸ Dolayısıyla müctehidin, ictihadlarında sonuçları

102 Senûsî, *İtibârü'l-meâlât*, s. 165-166, 262.

103 Ahmed Raysûnî, *Makâsıd'ul-makâsıd*, eş-Şebeketu'l-Arabiyye, Beyrut 2013, s. 125.

104 Düreynî, *Nazariyetu'l-ta'assuf*, s. 166-169.

105 İbnü'n-Nüceym, Siracüddin Ömer b. İbrahim, *en-Nehru'l-fâik şerhu Kenz'id-dekâik*, thk. Ahmed İzz ve Anâye, Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2002, II, 318.

106 Südeys, *Kâidetü i'tibâri'l-meâlât*, s. 59.

107 Ahmito, Yusuf b. Abdullah, *Mebdeu i'tibâri'l-meâl fi'l-bahsi'l-fikhi*, Beyrut 2012, s. 175.

108 Südeys, *Kâidetü i'tibâri'l-meâlât*, s. 63-64.

gözetmesi gerekir. Başka bir anlatımla ictihadın doğuracağı sonuçlar göz önünde bulundurulmadan hüküm verilmemelidir.¹⁰⁹ Sedd-i zerâi' için getirilen örneklere bakıldığında bu prensipte fiil ile, fiilin doğurduğu netice arasındaki ilişkinin dikkate alındığı ve fiile neticesinin hükmü verildiği açıkça görülmektedir.¹¹⁰ Hatta sedd-i zerâi', fiillerin sonuçlarından hareketle elde edilen bir prensiptir. Çünkü bu prensipte fiilin aslı itibarıyla meşru olması nazarı itibara alınmayarak fiil, yol açtığı sonucunun hükmünü almaktadır.¹¹¹

C. İSTİHSÂN

Konumuz gereği burada istihsân prensibinin edille-i şer'îyye arasında yer alıp almamasını ve dolayısıyla konu hakkındaki ihtilafları ele almayacağız. İstihsânın mahiyetinin anlaşılması için tanımını verdikten sonra onu fiillerin sonuçlarının dikkate alınması açısından söz konusu edeceğiz. Hanefilerden Abdülaziz el-Buhârî, Kerhî'ye atfen istihsânı "bir meselede daha kuvvetli bir sebepten dolayı benzeri meselelerde kabul edilen hükmü vermektен vazgeçmek"¹¹² olarak tarif etmektedir. Hanbelî fukahâsından Tûfi de "özel şer'î bir delilden dolayı bir meseleyi benzerlerinden ayırarak farklı bir hükme bağlamaktır"¹¹³ şeklinde tanımlarken; Şâtıbî, "külli delile mukabil cüzî bir maslahatın alınması"¹¹⁴ olarak tarif eder. Bu tanımlarda dikkat çeken husus, müctehidin bir meselede benzerlerindeki hükümden vazgeçip başka hüküm vermesi, yani istihsânda bulunması ya bir delile dayanması ya da maslahatı göz önünde bulundurmasıdır. Usulcülerin özellikle bu duruma dikkat çekmeleri istihsânda bulunan fukahânın yalnızca kendi arzu ve istekleri doğrultusunda hareket etmediklerini, aksine bu prensip sayesinde hükme bağlanan meselelerde Şârî'in kastını gözettiklerini göstermek içindir. Örneğin genel bir ilkedен hareketle verilen hüküm maslahatın ortadan kalkmasına ya da mefsetetin meydana gelmesine sebebiyet verdiği için fakih başka bir delile ya da maslahata binaen söz konusu meseleye yeni bir hüküm bağlar.¹¹⁵ Nitekim çağdaş İslam araştırmacılarından Allâl el-Fâsî istihsân prensibinin dayanağı olan bir delilin bulunduğunu -ki ona da "istihsânın vechi" dendiğini- ve dolayısıyla istihsân hukuken dikkate alınan bir husustan (muraccih) ötürü çatışan delillerden birisini diğerine öncelemek olduğunu söyleyerek söz konusu duruma vurgu yapmaktadır.¹¹⁶

109 Ahmito, *Mebdeu i'tibâri'l-meâl*, s. 78.

110 Ahmito, *Mebdeu i'tibâri'l-meâl*, s. 173.

111 Ebû Zehra, *Mâlik*, s. 433; Velid, *İtibâru'l-ef'âl ve eseruhu'l-fikhiyye*, s. 338-339.

112 Abdülaziz, Alâuddin b. Ahmed b. Muhammed el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr 'an usûli Fahri'l-İslam el-Pezdevî*, thk. Abdullah Mahmud Muhammed Ömer, I. Bsk., Darü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2009, IV, 4.

113 Tûfi, Ebû'r-Rebî' Necmüddin Süleyman b. Abdülkavî b. Abdülkerim, *Şerhu Muhtasari'r-Ravza*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki, Müessesetü'r-risâle, Beyrut 1990, III, 190.

114 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, s. 777.

115 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, s. 777.

116 Allâl el-Fâsî, *Makâsıduş-şer'î'ati'l-İslamiyye ve mekârimuhâ*, V. Bsk., Dâru ğarbi'l-İslamî 1993, s. 138.

İstihsân delili, maslahatı gerçekleştirme ve mefsedeti defetme hususunda sonuçları göz önünde bulundurma esasına dayanmaktadır.¹¹⁷ Nitekim Mâlikî fukahâsından İbnu'l-Arabî'nin istihsânı, "herhangi bir delili, gerektirdiği bazı sonuçlarından ötürü kendisiyle çatışan bir delil sebebiyle terk etmektir" şeklindeki tanımı istihsân delilinin fiillerin sonuçlarına itibar edilmesi esasına üzerine bina edilen bir prensip olduğunu göstermektedir. Şâtıbî de istihsânla ilgili olarak onun, delillerin gereğinden çıkmadan, yine delillerin gerektirdikleri ve doğurdıkları sonuçları göz önünde bulundurmaktan öte bir şey olmadığını söyleyerek aynı duruma vurgu yapmaktadır.¹¹⁸ İstihsânla ilgili hem usul hem de furû' eserlerde çok çeşitli örnekler yer almaktadır. Burada konunun anlaşılmasını sağlayacak nispette birkaç örnekle yetinilecektir.

İslam'a göre başkalarının avret mahalline bakmak haramdır. Fakat tedavi amacıyla avret mahalline bakılabileceği hususunda icma bulunmaktadır. İstihsânı delil olarak kabul eden fakihler bu durumu istihsân prensibiyle gerekçelendirmektedirler. Şöyle ki genel kurallara göre bir başkasının avret mahalline bakmak haramdır. Şayet bu genel ilkedен hareketle tedavi için bile olsa haram olduğu ileri sürülse, bu hüküm hayati olan bir maslahatın yok olmasına sebebiyet verecektir. İşte genel ilkedен hareketle verilecek olan haram hükmü doğuracağı olumsuz neticeden dolayı terk edilir ve doktorların, sağlıklı yaşamaları için tedavi ettikleri hastaların avret mahalline bakmaları caizdir.¹¹⁹

Emanet bırakılan malın zayi olması halinde genel kural, kendisine emanet mal bırakılan şahsın (emîn), kastı ve kusuru bulunmaksızın emanet edilen malda meydana gelen zararı tazmin etmekle mükellef olmaması yönündedir. Bu kural gereğince terzi, tamirci gibi zanaatkârlara (ecîr-i müşterek) dikilmesi veya tamir edilmesi için bırakılan malların zayi olması halinde bu zanaatkârların kusuru bulunmadığı zaman tazmin gerekmemektedir. Fakat fukahâ genel kurala aykırı hüküm vererek zanaatkârların, kendilerine bırakılan malların zayi olması durumunda her hâlükârda tazmin etmekle mükellef oldukları görüşündedirler.¹²⁰ Fakihlerin genel ilkeye aykırı hareket etmelerinin nedeni, zanaatkâr kimselerin, tazminle sorumlu tutulmamalarının doğuracağı olumsuz sonuçları göz önünde bulundurmalarıdır. Çünkü zanaatkârlar zamanla kendilerine bırakılan malları gerektiği gibi korumaktadırlar. Bunun da insanların zararına yol açtığı ortadadır.

Arâyâ alım satımı da sonuçların dikkate alınması esasına üzerine çözüme kavuşturulan fikhî meselelerdendir. Ariyye alım satımı, ağaçtaki taze hurmanın, tartıl-

117 Südeys, *Kâidetü i'tibârî'l-meâlât*, s. 42.

118 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, s. 778-779.

119 Südeys, *Kâidetü i'tibârî'l-meâlât*, s. 42.

120 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, s. 778.

madan kuru hurma ile değiştirilmesine denilir. Bu satım akdi faizli işlem olduğundan dolayı caiz olmaması gerekir. Çünkü yaş hurmanın, kuru hurma karşılığında tahmini olarak satılması riba kapsamına girer. Zira ribevî mallarda aynı cinsten iki malın eşit olmayan miktarda birbirine karşılık olarak satılması durumunda faiz söz konusu olmaktadır. Fakat bu alım satım akdi, ona ihtiyaç duyan her iki tarafın da ihtiyaçları göz önünde bulundurularak caiz kılınmıştır.¹²¹ Bu hükümde böyle bir akdin caiz görülmemesi halinde insanların düşecekleri sıkıntı dikkate alınmıştır.

D. HİLÂFA RİÂYET (مراعاة الخلاف)

Mâlikî fukahâsından Ahmed el-Kubâb (ö. 1377/779), hilâfa riâyeti “iki delilden her birinin hükmünü ortaya koymaktır” şeklinde tanımlamaktadır. Şöyle ki müctehid önce kendince kuvvetli (râcih) olan delile dayanarak henüz meydana gelmeyen bir fiilin hükmünü belirler. Ancak fiil vuku bulduktan sonra hakkındaki zayıf (mercûh) bir delile göre başka bir hüküm verir.¹²² Buna göre hilâfa riâyet, ihtilaflı olan konu hakkında karşı görüşün deliline riâyet etmek demektir.¹²³ Dolayısıyla ittifak edilen meselelerde hilâfa riâyet prensibine başvurulmaz. Zira ittifak konusu olan meselenin delili dışında, başka bir delil dikkate alınmaz. Buna mukabil ihtilaflı olan meselelerde karşı tarafın görüşü dikkate alınır ve ona göre hüküm verilir. Hatta Mâlikî mezhebine göre delili zayıf bile olsa karşı tarafın görüşü göz önünde bulundurulur.¹²⁴

Fukahâ bir meselenin hükmünü açıklarken kendisine muhalif olan fakihlerin görüşlerini de dikkate alır. Literatürde buna *hilâfa riâyet* denilir.¹²⁵ İctihad ve fetva faaliyetlerinde “sonuçların da dikkate alınması” meselesi üzerine çalışan hukukçular fiillerin sonuçlarının dikkate alınması esası üzerine bina edilen prensipler arasında hilâfa riâyeti de saymaktadırlar. Konumuz münasebetiyle hilâfa riâyet prensibi, sonuçların göz önünde bulundurulması bakımından ele alınacaktır. Hilâfa riâyet prensibini Mâlikî mezhebi dışında diğer üç mezhep hukukçuları teorik olarak ele almamışlardır.¹²⁶ Buna mukabil klasik fıkıh literatüründe böyle bir teorinin çerçevesini çizecek zengin bir malzeme bulunmaktadır. Nitekim Hanefî fakihlerinden Haskefî, kadına dokunmanın abdesti bozmadığını, bununla birlikte hilâftan çık-

121 Şâtibi, *el-Muvâfakât*, s. 778.

122 Venşerîsî, Ebu'l-Abbas Ahmed b. Yahya, *el-Mi'yâru'l-mu'rib ve'l-câmi'u'l-Mağrib*, Dâru'l-ğarbi'l-İslâmî, Beyrut 1981, VI, VI, 388.

123 Velîd, *İtibârü'l-ef'âl ve eseruhu'l-fıkhiyye*, s. 387; Dahîl, *Fetvâ*, s. 275.

124 Şâtibi, *el-Muvâfakât*, s. 753.

125 Hilâfa riâyetle ilgili tartışmalar hakkında bk. Venşerîsî, *el-Mi'yâru'l-mu'rib*, 377-381, 387.

126 Mâlikî mezhebi fukahâsî arasında hilâfa riâyeti bir usul prensibi olarak kullanma hususunda ittifak yoktur. Onu bazen kullandıkları bazen kullanmadıkları belirtilir. Ali Cum'a Muhammed, *el-Madhal ilâ dirâseti'l-mezâhibi'l-fıkhiyye*, Dâru's-selâm, Kahire 2012, s. 184. Ayrıca bk. Hacvî, Muhammed b. el-Hasan es-Se'âlebî el-Fâsî, *el-Fikru's-sâmî fi târihi'l-fıkhi'l-İslâmî*, nşr. Eymen Salih Şaban, Darü'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1995, I-II, 455.

mak için böyle bir durumda abdest almanın mendup olduğunu söyler ve başka bir mezhebin hilâfına riâyetin Hanefî mezhebi ilkelerine göre mekruh bir durumu gerektirmediği sürece mendub olduğunu da belirtir.¹²⁷ Şâfiî mezhebine göre mehrin alt sınırı yoktur. Zira mehrin verilmesinin gerektiğini ifade eden âyetlerde malın az veya çok oluşuna ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.¹²⁸ Fakat Şâfiîlerden Şîrbînî Ebû Hanife'nin muhalefetinden çıkmak için onun görüşünü dikkate alarak mehrin alt sınırının 10 dirhem olarak kabul edilmesinin sünnet olduğunu söyler.¹²⁹

Mâlikî mezhebine göre velisiz yapılan nikâh akdi fasittir ve hiçbir hukukî netice doğurmaz. Mâlikîler bu hükme “*velisinin iznini almaksızın evlenen kadının nikâhı bâtıldır, bâtıldır, bâtıldır*”¹³⁰ hadisini delil gösterirler. Buna göre tarafların hemen ayrılmaları gerekir. Bunun yanında bunlar birbirlerine mirasçı olamaz, doğacak çocuğun nesebi sabit olmaz ve sıhrî hısımlık gerçekleşmez. Fakat fasit nikâh akabinde taraflar arasında karı-koca hayatı yaşanmışsa, bu durumda miras hükümleri cereyan eder ve doğacak çocuğun nesebi sabit olur. Tıpkı sahih nikâh akdi gibi zifaktan sonra fasit nikâh akdinden ötürü sıhrî hısımlık meydana gelir. Fasit nikâh akdinin bu hükümlerde sahih nikâh akdi gibi addedilmesi, onun kısmen sahih kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim yukarıda geçen hadisin devamında “*eğer zıfaf olursa kadın için kocanın kendisinden istifade etmesi karşılığında mehir hakkı vardır*”¹³¹ kısmı bu duruma işaret etmektedir. Şöyle ki bir bakıma yasak olan bir şey (velisiz yapılan nikâh) sahih kılınmıştır. Böylece sıhhati hakkında tartışma bulunan nikâh akdindeki ihtilaf dikkate alınmış ve hüküm buna göre verilmiştir. Zira fasit nikâhta zıfafın meydana gelmesi halinde akdin sahih olmasını gerektiren mehrin verilmesi, çocuğun nesebinin sabit olması gibi bazı hükümler akde terettüp etmiştir. Bütün bunlar, fasit nikâh akdinin iptal edilmesi, yani ona herhangi bir hükmün terettüp etmemesi halinde meydana gelmesi muhtemel daha ağır mefsedetlerin, yani sonuçların göz önünde bulundurulduğunu göstermektedir.¹³² Başka bir ifade ile bir meselede mezheplerin farklı görüşleri dikkate alınarak mefsedet içeren sonuçlar ortadan kaldırılmıştır. Bu bağlamda hilâfa riâyet prensibi fiillerin sonuçlarını dikkate alma esasından kaynaklandığını söyleyebiliriz. Zira bu prensipte fiillerin yol açtığı sonuçlar nazarı itibara alınmaktadır.¹³³

127 Haskefi, Muhammed b. Ali b. Abdurrahman, *ed-Dürrü'l-muhtâr şerhu Tenviri'l-ebzar ve câmi'i'l-bihâr*, thk. Abdülmun'im Halil İbrahim, Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2002, s. 25.

128 Mahallî, Ebû Abdullah Celalüddin Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Ensârî, *Kenzü'r-râğibîn fi şerhi Minhâci't-tâlibîn*, thk. Hişâm b. Abdülkerim el-Bedrâni el-Mevsilî, Dâru İbn Hazm, Beyrut 2012, III, 322.

129 Şîrbînî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed, *Muğni'l-muhtâc ilâ mâ'rifeti me'âni elfâzi'l-Minhâc*, Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut ts., III, 291-292.

130 أَلْمَأْمُرَةُ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَرِثَتِهَا فَيَكُونُ بَاطِلٌ فَيَكُونُ بَاطِلٌ فَيَكُونُ بَاطِلٌ Ebû Davud, “Nikâh”, 20; Tirmizî, “Nikâh”, 14.

131 تَرْمِزِيٌّ قَالَ دَخَلَ بِهَا فَلَمَّا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا Tirmizî, “Nikâh”, 14.

132 Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, s. 777.

133 Velid, *İtibâru'l-ef'âl ve eseruhu'l-fikhiyye*, s. 397.

E. HİYEL

Sonuçların göz önünde bulundurulması üzerine bina edilen esaslardan bir tanesi de hile-i şeriyedir. Sözlükte hile idrakin mükemmel olması, tasarruflarda hasas olma kudreti, kabiliyet, maharet demektir. Çoğulu hiyeldir.¹³⁴ Hukuk dilinde hile, *dış görünüş itibariyle hukuka uygun, esas itibarıyla bâtil olan bir işlemin vasıta kılınarak yasaklanmış bir sonucu elde etme çabasıdır*.¹³⁵ Örneğin bir kimse faizli muamele gibi yasak bir kâide ile karşılaşınca, bu kâideye riâyete mecbur olduğu için bundan kurtulmak kastıyla aynı sonucu doğuran ve şeklen hukuka uygun bir muameleden istifade ederek istediği neticeye ulaşmaya çalışır. Bu kimsenin böyle bir muamele ile güttüğü gaye, şeklen meşrû bir muamele vasıta kılınarak yasak olan faizli alım satıma ulaşmadır.

İbn Aşûr, hileyi “hukuka karşı sorumluluktan kurtulmak kastıyla gözetilen bir amaç için, hukuk bakımından yasak olan bir işin, câiz olan bir iş şeklinde ya da hukukun muteber olmayan bir işin muteber olan bir iş görüntüsünde ortaya konulması” olarak tanımlar. İbn Aşûr, İslam hukukçularının terminolojisinde hile sözcüğü mutlak olarak zikredildiğinde bu anlamdaki hilenin kastedildiğini belirtir.¹³⁶ Buna göre dış görünüş ve şekil bakımından hukuka uygun bir tasarruf tesis edilir, fakat güdülen maksat ve takip edilen gaye hukuka aykırıdır. Daha açık bir ifade ile, şeklen hukuka uygun olan tasarrufla hukukun yasakladığı bir sonucu elde etme amacı söz konusudur. Bu durumdaki tasarrufun sonucu şer'î kaideleri çiğnemektir. Örneğin zekât yükümlülüğünden çıkmak isteyen bir kimsenin yılın dolması sırasında elindeki malını nisaptan düşürmek için bir kısmını birisine hibe etmesi, hibeden güdülen gayeye ters düşmektedir. Hibe aslı itibarıyla caiz olmakla birlikte zekâtтан kaçmak için yapılan hibe zekâtın ödemesinin iptali sonucunu doğurmaktadır. Bu ise bir mefsedettir. Böyle bir hibe için verilecek hüküm hususunda bu sonucunu da dikkate almak gerekir. Şâtibî şer'î hükümleri düşürmeye yönelik bu tür hilelerin, meydana getirdikleri sonuçları nazarı itibara alarak bâtil olduğunu belirtir.¹³⁷ Nitekim Hanefî fukahâsından Ebû Yusuf, “Allah'a ve ahiret gününe iman etmiş bir kimsenin, zekâtı menetmesi helal değildir. Yine bir kimsenin malının bölünmesi ve dolayısıyla zekâtтан düşmesi için malını bir başkasına vermesi haramdır. Başka bir ifade ile birine deve, diğerine sığır ve bir diğerine de koyun vermekle malın zekât nisabının altına düşürülmesi helal değildir. Hiçbir şekilde ve hiçbir sebeple zekâtın düşmesi için hileye başvurulmaz” der ve Abdullah b. Mes'ûd'un “zekâta engel olan kimsenin müslüman olmadığı ve zekâtı ödemeyen şahsın (cenaze) namazının kılınmayacağı” şeklindeki sözlerini de nakleder.¹³⁸

134 İbn Manzûr, *Lisânu'l-'Arab*, XI, 185; Zebîdî, *Tâcu'l-'arûs*, XXVIII, 368.

135 الخيلة : شغل على قلب الأحكام الثابتة شرعا إلى أحكام آخر بفعل صحيح الظاهر لغو في الباطن Şâtibî, *el-Muvâfakât*, s. 435.

136 التحيل : إبراز عمل ممنوع شرعا في صورة عمل جائز ، أو إبراز عمل غير معتد به شرعا في صورة عمل معتد به لغرض التفضي من مواخذته şer'atî'l-İslamiyye, s. 353-354.

137 Şâtibî, *el-Muvâfakât*, s. 776.

138 Ebû Yusuf, Yakup b. İbrahim, *Kitâbu'l-harac*, Dârü'l-ma'rife, Beyrut 1979, s. 80.

Sonuç olarak söylemek gerekirse, kişinin kanun namına bulunduğu muamele, şer'î bir hükmü ihlal etmeye yönelik ise bu muamele tesirsiz bırakılır ve bu şekilde hileye başvuran kişinin hilesinden istifade etmesi engellenir. Bu yüzden şer'î bir hükmü ihlal eden muamelelere hüküm bağlanmaz. Böylece tasarrufların geçerliliği hususunda kişinin hilede bulunmayı kastedip etmemesi, yani tasarruflarla elde edilmek istenen sonuç göz önünde bulundurulmalıdır.

F. ZARÛRÎ FİİLLERİN YAPILMASI HALİNDE ORTAYA ÇIKACAK OLUMSUZ DURUMLARA RİÂYET ETMEMEK

Sonuçların göz önünde bulundurulması esassından hareketle elde edilen kaidelerden birisi de *zarûrî bir şeyin yapılması sırasında şer'î olmayan bazı hususların ortaya çıkması söz konusu olursa mümkün merteye gayrı meşrudan uzak durmak şartıyla zarûrî olan bu şeyin yapılabilmesidir*. Yani maslahatları gerçekleştirmek için gayrı meşru olan bir takım mefsedetlerden ötürü zârûrî olan fiillerin yapılmasında herhangi bir sakınca yoktur. Mesela helal kazanç yollarının tıkanıdığı; haram ve şüpheli yolların bol olduğu bir zamanda kişinin, evlilikten sonra ailesinin geçimini temin etmeye çalışırken caiz olmayan bazı yollara düşeceği endişesi bu kişinin evlenmesine hukukî açıdan engel teşkil etmez. Zira evlenme sonucunda meydana gelme olasılığı olan mefsedet -ki o da harama düşme korkusudur- evlenmeme halinde gerçekleşecek mefsedetlere -ki o da zinaya düşme, neslin kesilmesi gibi durumlardır- yol açacaktır. Hatta Şâtibî kendi dönemi ile ilgili olarak özellikle harama düşme endişesiyle evlilikler terk edilecek olursa nikâh diye bir akdin olmayacağını ve böyle bir müessesenin temelden ortadan kalkacağını söylemektedir.¹³⁹ Böylece zarûrî fiiller, yapılması durumunda gayrı meşru durumlar söz konusu olur endişesiyle terk edilmez. Buradan hareketle bu kaidenin, amellerin yol açacağı sonuçların dikkate alınması esası üzerine bina edildiği söylenebilir. Dolayısıyla hüküm verirken mutlak surette sonuçların göz önünde bulundurulması gerekmektedir ki Şâri'in maksadına uygun bir şekilde hareket edilmiş olsun.

V. EL-İCTİHADU'L-MEÂLÎ (الاجتهاد المالى)

Yaptığımız araştırmalara göre günümüz İslam hukukçularından Senûsî ilk olarak *el-ictihâdu'l-meâlî* (الاجتهاد المالى) kavramını kullanmıştır. Ancak açık bir şekilde mahiyetine ilişkin bilgi vermemektedir. Buna mukabil sözlerinden bu kavramdan neyi kastettiği anlaşılmaktadır. Şöyle ki el-ictihâdu'l-meâlî, aslı itibarıyla caiz olan herhangi bir tasarrufun bir mefsedeti gerektirmesi veyahut bir maslahatın yok olmasına sebep olması durumunda yasaklanmasına denilir.¹⁴⁰ Buna göre müctehid,

139 Şâtibî, *el-Muvâfakât*, s. 779.

140 Senûsî, *'İtibâru'l-meâlât*, s. 355.

hüküm istinbatında bulunurken ictihad konusu olan vakıyı kendisini çevreleyen şartları ile birlikte bu vakıya ilişkin vereceği hükmün yol açacağı muhtemel sonuçları da gözetmelidir. Dolayısıyla ictihadda bulunan fakih, ictihadının doğuracağı sonuçları da göz önünde bulundurmalıdır. Zira Şâri' sonuçları gözettiği gibi onun namına hüküm veren müctehidin de onları dikkate alması gerekir.¹⁴¹

Sonuçların dikkate alınacağı hususunda genel hatlarıyla fakihler farklı düşünmez. Aralarındaki ihtilaf ise, meseleler bazında sonuçların göz önünde bulundurulması hususundadır.¹⁴² Zira ictihadda Şâri'in maksadının gözetilmesinin gerekli olduğu görüşünde olan fakuhânın aynı zamanda sonuçları da dikkate aldığı görülmür. Fukahânın çoğu ictihad faaliyetinde bulunacak fakihin makâsîd ilmini bilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Nitekim Şâfiî fakihlerinden Cüveynî, İmam Şâfiî'nin dayanaklarının önce Kur'an sonra sırasıyla mütevatir ve âhâd haberler, tahsise uğramamış olma şartıyla Kur'an'ın zahiri, mütevatir ve âhâd haberin zahiri şeklinde bir sıralamasının olduğunu belirttiikten sonra, şunları kaydeder: "İmam Şâfiî araştırma konusunun hükmünü bu kaynaklarda bulamazsa hemen kıyasa dalmaz; hukukun küllî kaidelerine ve genel maslahata bakar." Bu noktadan hareketle İmam Şâfiî, birisinin üzerine ağır bir madde atarak öldüren kişinin kısas edileceğini söyler. Zira bu kâtilin kısas edilmemesi caydırıcılık ilkesini yok etmektedir. Şayet genel bir maslahat da bulamazsa icmaa başvurur...¹⁴³ Günümüz İslam hukukçularından Ahmed Raysûnî, Cüveynî'nin İmam Şâfiî'nin dayanaklarına ilişkin verdiği bilgilerden hareketle, onun başvurduğu dayanaklarının sıralamasından ziyade asıl önemli olan hususun, dört mezhep kurucuları arasında mesâlihe ve makâsîda en az dayanan İmam Şâfiî olmasına rağmen, onun ictihad metodunun hukukun küllî kaidelelerine ve genel maslahatlarına dayanması olduğunu söyler. Bir başka deyişle hukukun genel makâsîdını göz önünde bulundurup ona göre hüküm vermesidir. Şu hususun altını çizmek lazımdır: Şâfiî usulcülerin, İmam Şâfiî'deki ictihad yöntemine ilişkin bu ifadeleri, ictihad için makâsîd-ı şerî'a bilgisinin zımnen şart koşulduğunu göstermektedir.¹⁴⁴ Aynı mezhebe mensup İbnü's-Sübkî de, müctehidin bilmesi gereken dil, usul, belagât gibi ilimleri sayarken onu "bu ilimlerin kendisinde meleke haline geldiği, şer'î kaidelerin çoğunu kuşatan ve Şâri'in maksadını anlayacak ölçüde bunları kullanabilen kişidir" şeklinde tanımlayarak aynı durumu ifade etmektedir.¹⁴⁵

Çağdaş İslam hukukçularından Allâl el-Fâsî, makâsîdın önemine binâen şunları kaydetmektedir: Makâsîd-ı şerî'a, İslam hukukunda yasama ve yargının kaynağıdır.

141 Velîd, *İtibârü'l-ef'âl ve eseruhu'l-fıkhiyye*, s. 502.

142 Senûsî, *İtibârü'l-meâlât*, s. 355.

143 Cüveynî, *İmâmü'l-Harameyn Abdülmelik b. Abdullah b. Yusuf, el-Burhân fî usûli'l-fikh*, thk. Abdülazîm ed-Dîb, yy., 1399/1978, s. 1338.

144 Raysûnî, *Nazariyyetü'l-makâsîd inde'l İmam eş-Şâtîbî*, s. 356.

145 Sübkî, Tâceddin Abdülvehhâb b. Ali, *Cem'ü'l-cevami' fî usûli'l-fikh*, II. Bsk., Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 2003, s. 118.

Zira o, İslam hukukunun öz kaynaklarından. Hatta nasslarla çözüme kavuşturulmuş meselelerde bile etkili olabilmektedir. Nitekim Hz. Ömer'in kıtlık yılında hırsızlık cezasını uygulamaması tamamen makâsıdı göz önünde bulundurmasından dolayıdır. Zira Şâri'in hırsızlık cezasındaki kastı haksızlık edenleri cezalandırmak ve onları bu haksızlıktan caydırmaktır. Zor durumda olan hırsız, haksızlık etmiş sayılmaz. Çünkü haksızlık eden, zengin olup da etrafında aç insanların bulunduğu halde onlara yardım etmeyen kimsedir.¹⁴⁶ Hırsızın cezası nassla belirtildiği halde kıtlık zamanında hırsızlık eden kişiye Hz. Ömer'in makâsıdı-ı şer'i'yi göz önünde bulundurarak ceza uygulamadığını görüyoruz. Buradan hareketle ictihadın sonuçlarla sağlam bir bağı bulunduğunu söyleyebiliriz. Buna göre müctehid bir fiille ilgili hüküm verirken sonuçları nazar-ı itibara almadan bu fiilin yasak veya meşru olduğunu söylememelidir. Zira maslahat düşüncesiyle meşru olduğu söylenen bir fiilin mefsedete yol açma ihtimali olduğu gibi mefsedetin ortadan kaldırılması için yasaklanan fiilin de daha büyük bir maslahatın elden kaçmasına sebebiyet verebilir. Dolayısıyla ictihad edip hüküm veren müctehid veya fetva veren müftî hüküm ve fetvalarının konusu olan fiillerin yol açtıkları sonuçları da hesaba katmalıdır.¹⁴⁷ Nitekim Şâtıbî, hem kulların maslahatlarını bilen hem de lafızları dikkate alan fakihin ictihad ehliyetine sahip olduğunu, *rabbânî, hâkim, ilimde rüsûh sahibi, âlim, fakih ve âkil* sözcükleriyle isimlendirildiğini ve böyle bir fakihin, kendisine soru soran kimsenin özel durumunu dikkate alarak cevap veren ve sorulara cevap vermeden önce cevabının yol açacağı sonuçları da göz önünde bulunduran kimse olduğunu belirterek¹⁴⁸ müctehid ve müftînin cevaplarının doğuracağı muhtemel neticeleri dikkate almaları gerektiğine işaret etmektedir.

Fukahânın, fetvanın zaman, mekân ve kişiye göre takdir edileceğini söylemesi "sonuçların dikkate alınması" ilkesiyle ilişkilidir. Çünkü bu ilke zaman, mekân ve kişilerin durumlarını bilmeye bağlıdır. Bunları göz önünde bulunduran müftî, fiillerin sonuçlarını ve bu fiiller için verdiği fetvanın neticelerini takdir edebilir.¹⁴⁹ Dolayısıyla müftînin yalnızca konu hakkındaki şer'î nassları ayrıntılı bir şekilde bilmesi fetva vermesi için yeterli olmaz, aynı zamanda günün şartlarını ve fetvasının ne tür sonuçlara yol açacağını da hesaplaması şarttır.¹⁵⁰ Bir başka ifade ile müctehidin, ictihadında sonuçları gözetmesi gerekir ve kişinin kastına bakmaksızın bir fiile, varacağı sonuçlara göre izin vermeli ya da onu yasaklamalıdır.¹⁵¹ Buna göre

146 Allâl el-Fâsî, *Makâsıdu's-şer'i'ati'l-İslamiyye*, s. 55-56.

147 Velîd, *İtibârü'l-ef'âl ve eseruhu'l-fikhiyye*, s. 510.

148 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, s. 788-789.

149 Raysûnî, *Nazariyyetü'l-makâsîd inde'l İmam eş-Şâtıbî*, s. 383. Bir konuda ictihad eden müctehidin vakıayı, zamanın şartlarını ve ictihadının yol açacağı sonuçları dikkate alması gerektiğine ilişkin daha fazla bilgi için bk. Velîd, *İtibârü'l-ef'âl ve eseruhu'l-fikhiyye*, s. 518-519.

150 Ahmet Yaman, "Güncel Bazı Örnekleri Bağlamında Fetvada Kaynak ve Yöntem Sorunu Üzerine", *SÜİFD*, sy. 28, 2009, s. 12.

151 Düreynî, *Nazariyyetü't-ta'assuf*, s. 178.

fetva veren fakihin yalnızca şer'î nassları ayrıntılı bir şekilde kavrayan bir hukukî çu olması yetmez, aynı zamanda hem insanları ve özelliklerini hem de toplumsal olayları ve olası sonuçları iyi bilmesi gerekir.¹⁵² Buna göre müftî, verdiği hükmün müsteftî hakkında ne tür sonuçlara yol açacağını da hesaba katarak durumuna uygun olarak hüküm vermelidir.¹⁵³ Hatta Şâtîbî müctehidin, icthadı neticesinde vardığı hükmün fitneye sebebiyet vereceği bir zamanda açığa vurmasının doğru olmadığını şu sözleriyle ifade etmektedir: “Konuyu önce İslam hukuku prensiplerine arz edeceksin. Şayet sahih ise, bu durumda da zamanın şartlarına nispetle ne tür sonuçlara yol açacağına bakacaksın: Varılan hükmün anlatılması bir mefsedete neden olmayacaksa, bu defa kendi zihninde onu akıl sahiplerine arz etmen durumunda şayet kabul edecekleri kanaatine varırsan insanlara anlatabilirsin; yok eğer kabul etmeyeceklerini düşünürsen şer'î ve akli maslahata uygun olan, bu hüküm hakkında sükût etmelidir.”¹⁵⁴

Nitekim Mustafa ez-Zerkâ, *recm* cezasıyla ilgili rivayetlerin sahih olduğunu ve dört mezhep imamının recmi kabul ettiğini belirtir. Fakat onlardan farklı olarak Hz. Peygamber'in, bu cezayı *hadd* değil, *ta'zir* cezası olarak uyguladığı kanaatini taşıdığını söyler. Hz. Peygamber, kendi döneminde yaygın olan cahiliye zinasını ortadan kaldırmak için muhsanın bekâra göre daha ağır bir şekilde cezalandırılması uygun görmüştür. Buna göre diğer *ta'zir* cezalarında olduğu gibi bu cezanın uygulanması da devlet başkanının takdirinde olmalıdır. Dolayısıyla devlet başkanı uygun görürse bu cezayı uygular, aksi takdirde celde haddiyle yetinir. Başka bir ifade ile zamanın şartlarını, zinada bulunan şahsın durumunu ve ihtiyacı göz önünde bulundurarak maslahata uygun hareket edecektir. Zerkâ, sözlerinin devamında günümüzde bu denli ağır bir cezanın uygulanması durumunda İslam düşmanlarının, İslam'a saldırmalarına sebebiyet vereceğinden ve olumsuz tepkilere yol açacağından ötürü uygulanmasının uygun olmadığını söyleyerek¹⁵⁵ sonuçların dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir.

Buna göre caiz olan bazı fiiller yapılması halinde şayet kamuoyunda fitne ve infiale sebep olacaksa bu tür fiillerin cevazının askıya alınması netice bakımından daha uygundur. Nitekim bazı Mâlikî fakihlerinin, necis olduğu bilinmeyen bir ayakkabıyla namaz kılmanın sahih olduğunu, fakat günümüzde ayakkabıyla namaz kılmanın uygun olmadığını, özellikle büyük camilerde halk nezdinde (çirkin bir hareket sayıldığından dolayı) büyük bir mefsedete sebebiyet vereceğini ve temizliğe riayet etmeyen insanların da camilerde namaz kılmalarına yol açacağını söylemesi¹⁵⁶

152 Yaman, “Güncel Bazı Örnekleri Bağlamında Fetvada Kaynak ve Yöntem Sorunu Üzerine”, s. 13.

153 Velid, *İ'tibârü'l-ef'âl ve eseruhu'l-fıkhiyye*, s. 508.

154 Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, s. 772.

155 Mustafa ez-Zerkâ, *Fetâvâ, Dâru'l-kalem, Dimaşk 2010*, s. 392-395.

156 Hattâb er-Ruaynî, Ebû Abdullah Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahman el-Mağribî, *Mevâhibu'l-celil li şerhi Muhtasarı Halil, Dâru'l-kütüb'l-ilmiyye*, Beyrut 1995. I, 203.

verilecek fetvanın kamuda meydana getireceği rahatsızlıkların dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir. Dolayısıyla toplumsal realiteye ve insanî gerçeğe ters düşen hükümler ve düzenlemeler toplum tarafından kabul görmez.¹⁵⁷

Abdullah b. Mes'ûd Mina'da namazın kasredilerek (kısaltılarak) kılınması gerektiği görüşündeydi. Hz. Osman namazları orada kasretmeksizin tam olarak kıldırınca, İbn Mes'ûd Hz. Peygamber, Hz. Ebû Bekir, Hz. Ömer ile iki rekât kıldığını söyleyerek buna itiraz etmiş, fakat ardından da ona uyararak tam kılmıştı. Kendisine, Hz. Osman'a itiraz ettin, fakat sen de dört rekât kıldın sorusuna, İbn Mes'ûd'un "karşı çıkmak kötü sonuçlara yol açar" şeklindeki cevabı¹⁵⁸ aynı amaca yöneliktir. Dolayısıyla müctehid nassın tatbik alanına bakmalıdır ki kendisinden beklenen hedefi gerçekleştirip gerçekleştiremediği ortaya çıksın. Aynı zamanda yeni olayları hükme bağlarken veya fetva verirken hükmün ve fetvasının yol açacağı sonuçlara bakmadan acele etmemelidir.¹⁵⁹

Ayrıca klasik fûrû-ı fıkıh müdevvenatında sonuçlar gözetilerek meselelerin hükme bağlandığını gösteren örnekler vardır. Malum olduğu üzere kendileriyle evlenilmesi haram olan kadınlarla (muharremât) yapılan evlilik bâtıldır¹⁶⁰ ve dolayısıyla hiçbir hukukî netice doğurmaz. Buna karşılık Ebû Hanife böyle bir evliliğin bâtil sayılması durumunda doğacak çocuğun babasız kalacağını göz önünde bulundurarak evlenmeleri ebedi olarak haram olan bir kadınla bilerek veya bilmeyeerek yapılan nikâh akdinin fasit olduğu görüşünü savunur¹⁶¹ ve akdin bâtil sayılması halinde doğacak çocuğun babasız kalacağını da gerekçe gösterir.¹⁶² Hukuk-i Aile Kararnamesi de Ebû Hanife'nin görüşünü kabul etmiş ve "nikâhlarının memnuiyeti 13, 14, 15, 17, 18, 19'uncu maddelerde beyan olunan kadınlardan birini nikâh fasiddir"¹⁶³ şeklinde kanunlaştırmıştır.

Aslında ictihadda bulunurken veya fetva verirken sebep-sonuç ilişkisinin dikkate alınması gerekmektedir. Zira sebeplerin hukukî hükmü, sonuçlarının hükmüne tabidir. Şâtibî, "eşyanın haram veya helal olması sonuçlarına bağlıdır" diyerek

157 Sahip Beroje, *Günümüz ve İslam Ceza Hukukunda Af*, Fecr yayımları, Ankara 2013, s. 277-278.

158 صَلَّى عُثْمَانُ بَعِيَّ أَرْبَعًا، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: «صَلَّيْتُ مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَكْعَتَيْنِ، وَمَعَ أَبِي بَكْرٍ رَكْعَتَيْنِ، وَمَعَ عُمَرَ رَكْعَتَيْنِ»، زَادَ، عَنْ حَفْصِ بْنِ غَسَّيَانَ صَدْرًا مِنْ إِمَارَتَيْهِ، ثُمَّ أَتَمَّهَا زَادَ مِنْهَا هُنَا عَنْ أَبِي مُعَاوِيَةَ، ثُمَّ تَفَرَّقَتْ بِكُلِّ الطَّرْفِ فَلَوَدِدْتُ أَنْ لِي مِنْ أَرْبَعِ رَكْعَاتِ رَكْعَتَيْنِ مُتَّفِقَتَيْنِ. قَالَ: الْأَحْمَشُ، فَحَدَّثَنِي مُعَاوِيَةُ بْنُ قُرَّةَ، عَنْ أَشْيَابِهِ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ قَالَ: «كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَكْتُبُ رَكْعَتَيْنِ مُتَّفِقَتَيْنِ، فَكُنْتُ أَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: «الْجَلَّافُ»»

159 Müsfir b. Ali b. Muhammed el-Kahtânî, *Menhecu istinbâti ahkâmî'n-nevâzili'l-fikhiyyeti'l-mu'âsıra*, II. Bsk., Dâru İbn Hazm, Beyrut 2010, s. 333.

160 Nisâ, 4/23.

161 İbn Âbidin, Muhammed Emin, *Reddül-muhtâr 'alâ'd-Durri'l-muhtâr şerhi Tenvirî'l-ebâsâr*, Dâru İhyâ'it-türâsî'l-Arabî, Beyrut 1998, V, 158; Vehbe Zuhaylî, *el-Fikhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, II. Bsk., Dârü'l-fikr, Dimaşk 1985, VII, 111.

162 İbnü'n-Nüceym, Zeynüddin İbrahim, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzid-Dekâik*, el-Matbaatu'l-ilmîyye, ts., III, 183-184.

163 Hukuk-i Aile Kararnamesi, md. 54.

bu hususa vurgu yapmaktadır.¹⁶⁴ Dolayısıyla bir takım olumsuzlukların meydana gelmesine sebep olabilecek tasarrufların yasaklanması hukukun ruhuna uygun düşmektedir. Nitekim fıkıh eserlerinde gayrı meşru sonuçlara götüreceği belli olan bazı mubah, hatta teşvik edilen fillerin yasaklanmasıyla ilgili örneklere rastlanır. Mesela hediye verme meşru bir fiil iken haksız hüküm vermesine yol açacağına kuvvetle muhtemel olduğu düşüncesiyle hâkime hediye verilmesi ve onun da kabul etmesinin yasak sayılması¹⁶⁵ sonuçların dikkate alınması bakımından önemli kararlardandır. Aslında birçok meseleye bakıldığında sonuçlara riayet edildiği görülmektedir. Örneğin sahabenin, bir taraftan yaşlı olan kimseye oruçlu iken eşini öpmesi hususunda ruhsat tanınması, öte taraftan benzer durumda olan genç kişiye öpmeyi yasaklaması¹⁶⁶ sonuçları göz önünde bulundurmadan başka bir şey değildir. Zira böyle bir durumda yaşlı ile genç olan kimselerin durumları farklıdır. Sonuçlara itibar edildiğine göre hüküm ve fetva verilirken fetva konusu olan fiiller, yol açacağı sonuca göre meşru veya gayrı meşru sayılmalıdır. Çünkü bunlar aslen meşru tasarruflar olsa bile gayrı meşru bir sonuç doğurduğunda ya da yol açtığında bu tasarrufların yasaklanması gerekir. Ayrıca bazı tasarruflar, farklı şartlarda farklı sonuçlar doğurabileceği gibi aynı şartlarda maslahat ve mefsedet bakımından değişik sonuçlar da meydana getirebilir. Bu farklılıklar tasarrufun geçerliliği hususunda etki ettiğinden bunların dikkate alınması gerekmektedir. Çağdaş araştırmacılardan Said Ramazan el-Bûtî'nin hukukî işlemlerin sıhhat şartlarının, niteliklerinin ve bu işlemlerin doğurdıkları neticelerin farklı farklı olmasını, muamelelerin insanlar için maslahatı gerçekleştirmeye yönelik olduğuna delil göstermesi¹⁶⁷ bu anlayışı yansıtmak bakımından önemlidir.

Mezhebin istikrar bulmasından sonra gelen Hanefî fukahâsı zamanın, örfün ve maslahatın değişmesine bağlı olarak, mezhep imamlarının görüşleri arasından, içinde yaşadıkları zamana ve toplumsal şartlara daha uygun buldukları görüşü tercihte tereddüt etmemişlerdir. Hatta gerektiğinde Hanefilerce on yedi yerde İmam Züfer'in görüşü benimsendiği gibi mezhebin ikinci halkasındaki önderlerin görüşlerinden de istifade etmişlerdir.¹⁶⁸ Nitekim Hanefî mezhebine göre ezan, hac, imamlık, Kur'an ve fıkıh öğretmeye karşılık ücret almak caiz değildir. Çünkü Müslümanlar dinî olarak yapmak zorunda oldukları görevlere karşılık ücret alamazlar. Buna karşılık bazı Hanefî fukahâsı, insanların dinî hususlarda gevşediklerini ve dolayısıyla ücret alınmaması durumunda Kur'an öğretiminin inkıtaa uğrayacağını gerekçe göstererek istihsân prensibine göre Kur'an öğretimine karşılık ücret almanın caiz olduğunu

164 Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, s. 585.

165 Merğînânî, *Hidâye*, III-IV, 114.

166 *وَالْحَتَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَغَرِبَ فِي الْقَلْبِ لِلصَّالِحِينَ: فَرُخَصَ بَعْضُ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْقَبْلِ لِلصَّيْحِ، وَلَمْ يُرْحَسُوا لِلصَّالِحِينَ نَحَاةً* و ترمذî, *Sıyâm*, 31.

167 Ramazan el-Bûtî, *Davâbitü'l-maslahat*, s. 94.

168 Yaman, "Fetva ve Mezhep Fetva Usulü ve Tarihinin Tartışmalı Bir Konusu Olarak Fetva-Mezhep İlişkisi", s. 20.

belirtmektedirler.¹⁶⁹ Görüldüğü üzere onlar, dini hizmetler karşılığında ücret alınmasının caiz olmaması halinde meydana gelebilecek olumsuz neticeyi göz önünde bulundurmuş ve buna göre hüküm vermişlerdir. Nitekim Serahsî, Belh fukahâsından bir kısmının bu görüşü savunduklarını naklettikten sonra “zamanın şartlarına göre hükümlerin değişebileceğini” belirterek¹⁷⁰ bu duruma işaret etmektedir.

Bu bilgilerden hareketle müctehidin, mükelleflerden sadır olan bir fiile, bu fiilin doğuracağı neticeleri göz önüne almadan hüküm vermemesi gerektiği anlaşılmaktadır.¹⁷¹ Dolayısıyla müctehid veya müftî, yalnızca zahire bakarak yorum yapma görevini yerine getiremezler. Çünkü menfaat ve mefsedetlerin çatışması halinde onların görevleri bunların değerlendirilmesi ve sonuç bakımından daha yararlı olanıyla çözüm getirmeleri ya da genel anlayışa göre mefsedeti yarara tercih etmeleridir. Zira sosyal hayatın düzenini sağlamak için kurallar koyan hukukun, yöneldiği hedefler ve gerçekleştirmek istediği amaçlar vardır. Şâri’ tarafından bu kurallar vazedilirken bir takım amaçların öngörüldüğü açık bir gerçektir. Söz gelimi faizli bir muameleyi yasaklayan Şâri’in bu yasağı koymadaki amacı insanların birbirlerinin malını haksız yollarla yemelerini önlemektir. Aile hayatıyla ilgili kurallar belirlenirken insanların, nesillerini devam ettirmeleri, huzurlu ve mutlu bir hayat yaşamaları gibi amaçlar göz önünde bulundurulmuştur.

Şunu da belirtmek gerekir ki ictihad ve fetva hususlarında sonuçların gözetilmesi metodu müctehide ve müftîye geniş bir alan tanımaktadır, fakat onların görevi sonuçları göz önünde bulundurmakla birlikte nasslara bağlı kalmalarıdır. Sonuçlara dikkat edilerek meseleleri hükme bağlamak müctehidden müctehide, müftîden müftîye değişebilir. Bu nedenle bu metodun, bazı belirsizlikleri taşıdığı da unutulmamalıdır. Dolayısıyla sonuçla - nass arasındaki ilişki üzerinde durmak gerekir. Bu şekilde müctehid ve müftînin izleyecekleri yol belirlenmiş olur. Buna göre nassla çelişen neticelerin esas alınması bâtıldır. Şöyle ki konu hakkında nass varsa, nassın bulunduğu yerde neticeye dayalı çözümlere itibar edilmez. Şunu da ifade etmek gerekir ki ictihad ve fetva faaliyetlerinde sonuçların dikkate alınmasını objektif esaslara bağlamanın hukuk güvenliğinin ve hukukî istikrarın sağlanması açısından önemi inkâr edilemez. Nitekim menfaat ve mefsedet kavramları belirgin değildir. Aynı belirsizlik sonuçlar bakımından da söz konusudur. Dolayısıyla sonuçlar gözetilerek yapılan ictihad ve fetva faaliyetlerini, nadiren meydana gelen sonuçların dikkate alınmaması, sonuçların şer’î maksatlara ters düşmemesi, onlara riayet etmenin daha kuvvetli bir maslahatı ortadan kaldırmaması gibi şartlarla zapturapt altına almak gerekir.

169 Merğînânî, *Hidâye*, III-IV, 269; İbn Âbidîn, Muhammed Emin, “Neşru’l-’arf fi binâi ba’dî’l-ahkâm ale’l-’urf”, *Mecmûatu’r-Resâil-i İbn Âbidîn*, ‘Âlemu’l-kütüb, ts., II, s. 125-126.

170 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 37.

171 Şâtibi, *el-Muvâfakât*, s. 789.

İslam hukukunda yarar içeren tasarruflar meşru kılınırken mefsedeti kapsayanlar ise yasaklanmıştır. Bir tasarrufun meşru sayılıp sayılmaması onun yol açtığı sonucun meşru olup olmamasına bağlıdır. Dolayısıyla icthadda bulunurken müctehidin, icthadının yol açacağı sonuçlara dikkat etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bir tasarruf başlangıçta olmasa bile, devamında mefsedete yaklaştıkça hüküm de ona göre değişikliğe uğramalıdır. Zira hayat aynı seyir içerisinde sürmez. Toplumda gelişmelerin ve değişmelerin bulunması her zaman rastlanan bir durumdur. Dolayısıyla nass ile izin verilen bazı tasarruflar istenilen sonuçların dışında meşru olmayan neticeler doğurabilmektedir. İşte hüküm veya fetva verecek fakih de bu duruma dikkat ederek hüküm veya fetva vermelidir. Daha açık bir ifade ile sonuçlar dikkate alınarak karar verilmelidir. Hukukî işlemlerin geçerliliği hususunda tercih edilecek sonuç, İslam'ın dikkate aldığı sonuçlara ters olmamalıdır. Nitekim sonuçların göz önünde bulundurulduğunu gösteren sahabe icthatları, özellikle Hz. Ömer'in fetvaları özel bir yere sahiptir. Mesela Hz. Ömer'in Kur'an'da Ehl-i kitaptan olan kadınlarla evlenme müsaadesi yer aldığı halde, bu müsaadenin kullanılmasyla ilgili olarak tespit ettiği Müslüman kadınların evde kalması gibi bazı sakıncalı sonuçlardan dolayı bu konuda yasak koyması bunun güzel örneklerindedir. Ayrıca bundan devlet başkanının toplumun yararını temin amacıyla bazı mubahları yasaklama yetkisine sahip olduklarını da anlamaktayız.

Buna göre verildiği dönemdeki maslahata ve amaca ulaştırmayan, aksine mefsedete ve suistimallere yol açan hükümler dışında, başka bir hükümlerle fetva verilebilir. Örneğin tarafların haklarını ispat edip korumak amacıyla gerekli görülen iki şahidin bulunması küçük toplumlarda yeterli görülmüştür. Fakat günümüzün kalabalık toplumlarda evlilik akdini ilan etmeden yalnızca iki şahidin hazır bulunmasını yeterli görmek bir takım hakların kaybolmasına neden olabilir. Dolayısıyla günümüzde nikâh akdinin ilan edilmesi, hatta tescil edilmesi şart koşulabilir.¹⁷²

Buradan hareketle câiz olan akit ve tasarrufların kötüye kullanılması halinde onların yasaklanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Bilindiği gibi Hanefî mezhebine göre âkıl ve bâliğ olan kız, velisinin iznini almaksızın dengi olan birisiyle evlenebilir. Fakat günümüzde bu durum bazen suistimal edilmektedir. Şöyle ki duygularıyla hareket eden bazı kızlar ileride kendilerini üzecek evlilikler yapabilirler. Nitekim bazı kızlar velisinin haberi bile olmadan kendilerine zarar verecek evlilikler yapmaktadırlar. Bu sebeple olsa gerek 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi şöyle bir düzenleme getirmiştir: “*Evlenme ehliyeti için erkeklerin 18, kızların 17 yaşını bitirmeleri şarttır. Evlenme ehliyetine sahip erkekler diledikleri gibi evlenebilirler. Fakat kızlar için hâkim, durumu velisine bildirip bir itirazı olup olmadığını sorar. Veli itiraz etmez ya da yaptığı itiraz yerinde bulunmazsa, hâkim, tarafları evlendirir.*”¹⁷³

172 Yaman, “Fetva ve Mezhep Fetva Usulü ve Tarihinin Tartışmalı Bir Konusu Olarak Fetva-Mezhep İlişkisi”, s. 13.

173 Hukuk-i Aile Kararnamesi, md. 4, 5, 8.

Günümüz şartlarında da hem kızlar için hem de aileleri için benzer uygulamanın esas alınması daha uygundur. Hasan b. Ziyâd'ın (204/819) da *zâhiru'r-rivâyeye* aykırı olduğu gerekçesiyle Hanefilerce benimsenmeyen hür, bâliğ ve âkil kızların dengi olmayan erkeklerle yaptıkları evlilik akdinin sahih olmayacağı rivayeti, *fesâdü'z-zaman* gerekçe gösterilerek tercih edilir olmuştur.¹⁷⁴

Bulûğ çağına gelmiş bir kızı, kendi rızâsı olmadığı halde velisi, denk olma şartıyla dilediği kişiyle zorla evlendirebileceğine ilişkin Şâfiilerin ictihadı¹⁷⁵ veliler tarafından istismar edilmeye müsait bir görüştür. Dolayısıyla bu ictihadla fetva veren fakih, fetvanın doğurabileceği sonuçları dikkate alması gerekir. Zira bazı babalar kendi menfaatleri uğruna kızlarını hiç istemedikleri kimselerle evlendirebilmektedirler. Nitekim genç yaştaki kızlar kendilerinden yaşça çok büyük olan erkeklerle velileri tarafından evlendirilmektedirler. Aslında bu konuda her iki görüşün de sünnet olarak kabul ettiği hem veli hem de kızın rızâları alındıktan sonra evliliğin yapılabilmesidir ki, bu şekilde hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmek mümkündür.

Yukarıda geçtiği üzere Şâfiî mezhebine göre prensip olarak şekil şartları bakımından hukuka aykırı olmayan muameleler hukuk bakımından geçerlidir ve geçerli hukukî sonuçları doğurur. Bu ekolde îne satımı da bu prensip doğrultusunda ele alınarak görünürde hukuka aykırı bir husus bulunmadığından hukuken geçerli sayılmıştır.¹⁷⁶ Ancak Şâfiilerin yoğun yaşadıkları bölgelerde tefecilik yapanlar, faizli işlemlerine kılıf uydurmak için bu hukukî işlemi yapmaktadırlar. Onların asıl maksatları satış konusu edilen malı alıp satmaktan ziyade îne satımı vasıtasıyla faiz elde etmektir. Dolayısıyla bir akdin yol açtığı veya açacağı sonuçlarına bakmaksızın yalnızca şekil şartlarını dikkate alarak ona cevaz verilmemelidir. Özellikle insanların tefecilikle muamelede buldukları yerlerde faiz ve tefeciliğe yol açma durumu varsa îne satımına fetva verilmemesi daha uygun bir karardır. Zira böyle bir durumda bu satım akdi, konuş amacının dışında faiz gibi gayrı meşru bir kazanç elde etmek için vasıta olarak yapılmaktadır. Nitekim Şâfiî fukahâsından Ebû İshak el-İsferâyîni (ö. 1027/418) îne satımını yapan kimsenin böyle bir âdeti olması durumunda ikinci satımı birinci satımda şart koşulmuş gibi addederek hem birinci hem de ikinci akdi bâtil sayar.¹⁷⁷ Hatta Şâfiîlerden Şirbîni ayrıntıya girmeden îne satımının mekruh olduğunu söyler.¹⁷⁸ Buradan hareketle yukarıda Şâtıbîden alıntıladığımız gibi hukuken geçerli olan bir tasarruf, şayet kötüye kullanılması söz

174 İbn Âbidin, "Neşru'l-arf", II, s. 127. Bu konuda daha fazla bilgi için bk. Yaman, "Fıkhnın Sosyolojik Yürürlüğü Bağlamında Fetvada Değişim", s. 14.

175 Mahallî, *Kenzü'r-râğibin*, III, 258-259.

176 Şâfiî, *Ümm*, IV, 73; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, V, 311.

177 Râfi'i, Ebû'l-Kasım Abdülkerim b. Muhammed b. Abdülkerim el-Kazvîni, *el-'Azîz şerhu'l-Vecîz el-ma'rûf biş-Şerhi'l-kebir*, thk. Ali Muhammed Muavviz ve Adil Ahmed Abdülmevcûd, Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 1997, IV, 136-137; Nevevî, *Ravzatu't-tâlibin*, III, 86.

178 Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, II, 54.

konusu olacaksa maslahat gereği insanlara anlatılmamalıdır.¹⁷⁹ Dolayısıyla bu gibi bölgelerde mezhep prensiplerine göre îne satımı her ne kadar şeklen hukuka uygun ise de yalnızca kendi başına ele alınması yerine, faiz gibi yasak olan bir sonuca vesile yapılmasını da göz önünde bulundurarak değerlendirmeye tabi tutmak ve buna göre hükme bağlamak hukukî anlayışa daha uygun düşmektedir.

SONUÇ

Günümüz İslam hukukçularınca *i'tibâru'l-meâlât* şeklinde ifade edilen *sonuçlara dikkat etme hususu*, fakihin, ictihad ve fetva neticesinde vardığı hükmün ve fetvasının ne tür sonuçlara yol açacağını hesaba katmasıdır. Bu bağlamda müctehid ve müftû yalnızca nassların lafızlarına bakmakla yetinmeyip aynı zamanda verdikleri fetvanın ne tür sonuçları doğuracağını da göz önünde bulundurmaları gerektiği anlaşılmaktadır. Öte taraftan sonuçlara riayet etme ilkesi, tasarrufların ve fiillerin neticelerini göz önünde bulundurma esasına dayanır. Hükümleri belirleme noktasında sonuçların dikkate alınması meselesi, Mâlikî fukahâsından Şâtıbî tarafından usul-i fikhî ilminin bünyesine dâhil edilmiştir. Şâtıbî onu teorik olarak ele almış, örneklerle izah etmiş ve onu temellendirmiştir.

Bunun yanında klasik dönem furû fikhî eserlerinde de sonuçların göz önünde bulundurulmasının fikhî mirasımızda köklü bir yeri olduğunu ve İslam hukukunun bizzat kendi tabiatından kaynaklandığını gösteren birçok örnek yer almaktadır. Nitekim bu eserlerde bazı tasarruflar, bizzat kendi bünyesi içindeki rükün ve şartların yetersizliğinden değil, onlara terettüp eden sonuçtan dolayı geçersiz addedilmiştir. Bunların bu şekilde değerlendirilmesi, sonuçların dikkate alınmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda hukukî işlemlerin sıhhat şartlarına, niteliklerine ve bu işlemlerin doğurdukları yararları dikkate edilmesi, aslında bu işlemlerin neden olduğu sonuçların göz önünde bulundurulması anlayışından kaynaklandığını söylemek mümkündür.

İslam hukukunda yarar içeren tasarruflar meşru kılınırken mefsedet kapsayanlar ise yasaklanmıştır. Bu da herhangi bir tasarrufun meşru sayılıp sayılmamasının, onun yol açtığı sonucun meşru olup olmamasına bağlı olduğunu gösterir. Dolayısıyla fakihin, ictihad ve fetva faaliyetleri neticesinde vardığı hükmün yol açacağı sonuçlara dikkat etmesi hukuk bakımından daha uygun olur. Zira *sonuçlara itibar etme ilkesi* makâsıdî şerî'anın, üzerine tesis edildiği önemli kaidelerdendir. Nitekim fukahâ yalnızca meydana gelmiş sonuçları dikkate almaz, aynı zamanda ileride büyük bir olasılıkla gerçekleşebilecek sonuçları da göz önünde bulundurur.

179 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, s. 772.

Sonuçların göz önünde bulundurulması meselesi müftülere daha önce verilmiş olan fetvaları gözden geçirme ve usulünce yeni fetva verme kapısını açmaktadır. Fakat sonuçlar kişiden kişiye ve halden hale değişkenlik gösterdiğinden, belirsizlik taşımaktadırlar. Bir başka tabirle sonuçları dikkate alma prensibi her ne kadar fakihe etkin bir rol tanısa da onların özünde belirsizlik söz konusu olduğu için fakih, nasslara/dellillere bağlı kalmak suretiyle sonuçları göz önünde tutarak ictihad ve fetva faaliyetlerinde bulunmalıdır. Bununla birlikte toplumun güven içinde yaşaması için sonuçlara riayet etmek kaçınılmazdır. Ayrıca fetvaların yol açtığı neticelerin göz önünde bulundurulması toplumda hukuk emniyetini sağladığı gibi; hükümlerin insanlar tarafından benimsenmesine ve dolayısıyla uygulanmasına da katkıda bulunmaktadır. Hâsılı sonuçları dikkate alma yönteminin hukuk ile hayat arasında uyum sağlamak bakımından önemi inkâr edilemez, diye düşünmekteyiz.

Burada şunun altı çizilmelidir ki, sonuçlara bağlı olarak hüküm vermek, hem müctehidin hem de müftinin fıkıh kabiliyeti ile yakından ilgilidir. Hem var olan görüşlerin dayanaklarını hem de tercih edecekleri görüşün gerekçe ve sonuçlarını metodolojik bir bakışla tahlil edebilen müctehid ve müftî sonuçları göz önünde bulundurarak hüküm verebilirler. Ayrıca sonuçlara riayet edip bu doğrultuda hüküm elde eden müctehid ve fetva veren müftinin, bu durumu özellikle belirtmeleri gerekmektedir.

Ayrıca bir takım örneklerin bazı yönlerden maslahata veya sedd-i zerâî'e, bazı yönlerden ise istihsâna, hatta hiyele örnek teşkil ettiği görülebilmektedir. Haliyle bu prensipler için gösterilen örnekler benzer ve iç içe olurlar. Hatta bu prensiplerden bir kısmının diğer prensipleri temin etmenin bir sonucu olduğunu görmekteyiz.

القواعد الأصولية اللغوية عند الإمام السرخسي

د. شامل شاهين*

مستخلص: يبين هذا البحث أهمية القواعد الأصولية اللغوية ، وأنها هي الميزان لفهم النصوص الشرعية، كما سعى البحث إلى استخراج القواعد الأصولية اللغوية التي ذكرها الإمام السرخسي في أصوله تأصيلاً لهذه القواعد في المذهب الحنفي ، والوقوف على شخصية الإمام السرخسي الأصولية ، ودقة فهمه للأصول والقواعد التي بنى عليها شرحه للكتب التي صنفها الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، وكان هذا البحث في تمهيد وثلاثة فصول :

الفصل الأول في : التعريف بالقواعد الأصولية اللغوية.

والفصل الثاني في : التعريف بالإمام السرخسي.

والفصل الثالث : القواعد الأصولية عند الإمام السرخسي.

وخاتمة ذكر فيها أهم نتائج البحث.

الكلمات المفتاحية: أصول الفقه، القواعد الأصولية، الإمام السرخسي، محمد بن الحسن الشيباني، القواعد الأصولية اللغوية، علاقة القواعد اللغوية بالقواعد الأصولية، القواعد الفقهية، قواعد المذهب الحنفي.

İmam Serahsî'de Dil Metodolojisi Kuralları

Özet: Bu araştırmada dil ve yöntem kurallarının önemi ele alınmış ve bunların Şer'î metinleri anlamada denge unsuru olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca bu araştırma, İmam Serahsî'nin Hanefî mezhebine dayanarak 'Usûl'ünde zikrettiği dil metodolojisi kurallarını belirlemeye çalışmakta ve İmam Serahsî'nin metodolojik şahsiyeti ve İmam Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî'nin tasnif ettiği kitapların şerhinde izlediği metod ve kaideleri anlamadaki ustalığı üzerinde durmaktadır. Araştırma bir giriş ve üç bölümden oluşmaktadır:

Birinci bölümde dil metodolojisi kuralları açıklanmaktadır.

İkinci bölümde İmam Serahsî tanıtılmaktadır.

Üçüncü bölümde İmam Serahsî'nin ortaya koyduğu metodolojik kaidelere yer verilmektedir.

Sonuç bölümünde ise araştırmayla ilgili önemli sonuçlar zikredilmektedir.

Anahtar kelimeler: Fıkıh Usûlü, Usûl Kaideleri, İmam Serahsî, İmam Muhammed B. El-Hasen Eş-Şeybânî, Dil Metodolojisi Kuralları, Fıkıh Kaideleri, Dil Metodolojisi Kuralları.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على رسوله النبي وعلى آله وصحبه ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين ، وبعد : فإنّ القواعد الأصولية اللغوية من أهم مسالك وطرق مناهج استنباط الأحكام الشرعية ، وهي الميزان لفهم النصوص ، والنهج القويم إلى الإدراك السليم والصحيح لما تضمنته النصوص من أحكام.

ولأهمية هذه القواعد في طرق الاستنباط ، وحاجة الفقهاء والمجتهدين إليها من أجل الاستنباط وفهم الدليل كان الدافع لاختيار موضوع هذا البحث الموسوم « القواعد الأصولية اللغوية عند الإمام السرخسي » الذي سعيت من خلاله إلى التأسيس العلمي لهذه القواعد في المذهب الحنفي من خلال كتاب « أصول السرخسي » والوقوف على شخصية السرخسي الأصولية ، وعمق فكره الأصولي وإدراكه لمقاصد الشريعة الإسلامية ، ودقة فهمه للأصول والقواعد التي بنى عليها شرحه للكتب التي صنفها الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، ولقد جعلت هذا البحث في تمهيد وثلاثة فصول وخاتمة :

الفصل الأول : في التعريف بالقواعد الأصولية اللغوية.

الفصل الثاني : التعريف بالإمام السرخسي.

الفصل الثالث : القواعد اللغوية الأصولية عند الإمام السرخسي.

والحمد لله رب العالمين أولاً وآخرًا على حسن توفيقه.

تمهيد :

اهتمّ علماء الأصول بتتبع الأساليب اللغوية وعباراتها ومفرداتها ، واستمدوا من هذا الاستقراء و التتبع ومما وضعه علماء اللغة قواعد وضوابط يمكن من خلالها فهم الأحكام والنصوص الشرعية ، وعليه تُعتبر هذه القواعد والضوابط مستمدة من أساليب العربية وما قرّره علماء اللغة العربية وليس لها صبغة دينية.

وبمراعاة هذه القواعد يُتوصل إلى فهم الأحكام من النصوص الشرعية فهمًا صحيحًا يطابق ما يفهمه منها أهل اللغة ، ويتوصل بها أيضًا إلى إيضاح ما فيه خفاء من النصوص ، ورفع ما قد يظهر بينها من تعارض وتأويل.

لقد وضعت هذه القواعد لفهم غرض المتكلم من كلامه ، فهي تتعلق بالتفسير والبيان ، وهي ضوابط وأصول ذهنية يتم على أساسها التفاهم والتخاطب بين ذوي اللسان العربي ، وبما أنّ نصوص التشريع نزلت باللغة العربية اقتضى ذلك أن تُفهم هذه النصوص في ضوء القواعد اللغوية التي تمثل في حقيقتها ميزاناً لفهم النصوص ، ونهجاً إلى سبل الإدراك السليم والصحيح لما تضمنته النصوص من أحكام.

لقد عرفت هذه القواعد الأصولية اللغوية بقواعد تفسير النصوص ، لأنها هي التي ترسم الطريق إلى فهم هذه النصوص وتفسيرها بهدف الوصول إلى استنباط الأحكام بشكل سليم صحيح . ويبين الأصوليون من خلال تفسير النصوص قواعد فهم النص كما وضعه العرب وكما استخدمه القرآن الكريم وبينته السنة النبوية للوصول إلى المعاني الشرعية للألفاظ في ضوء المعاني اللغوية.

إن قواعد استنباط الأحكام وطرقها تقوم على ثلاثة أمور هامة ، هي :

الأول : القواعد الأصولية اللغوية.

الثاني : مقاصد التشريع العامة.

الثالث : معرفة الناسخ والمنسوخ والتعارض والترجيح.

وتُعد القواعد الأصولية اللغوية هي أهمها ، وذلك يرجع إلى اعتبارها أوسع وأدق مباحث علم أصول الفقه التي تُعين وبشكل مباشر على معرفة كيفية الاستنباط بل هي من أهم طرقه ومسالكه ، ومن ناحية أخرى فهي أكثر ارتباطاً بالمباحث المتعلقة بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية باعتبارها مصدر التشريع المباشر الذي تُستنبط منه الأحكام.

وهي قواعد مهمة تعمل على تقوية ملكة الاستنباط والوقوف على حقائق الفقه ومداركه ، وتغني عن حفظ الجزئيات ، وتنظم منشور المسائل ، وتقيّد الشوارد ، وتقرب المتباعد ، وتوسّع مدارك الاجتهاد ، وتوضح مناهج الفتوى.

الفصل الأول : تعريف القواعد الأصولية اللغوية :

القواعد : جمع قاعدة . القاعدة في اللغة : الأساس ، ومنه قوله تعالى : (وإذ يرفع إبراهيم

القواعد من البيت وإسماعيل ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم^١ ، ومن معانيها أيضًا : الضابط ، وهو الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات ، أو هو الحكم المنطبق على جميع جزئياته.

فالقاعدة في اللغة لها معان متعددة متقاربة تدور حول :

١- الأساس الذي يُبنى عليه غيره.

٢- الأصل الذي تتفرّع عنه الفروع.

٣- القضية الكلية التي تنطبق على جميع جزئياتها.

٤- القانون الذي يحكم العلاقات بين الأشياء ، وبين المقدمات والنتائج.

والقاعدة تتعلق بمختلف العلوم فهناك قواعد أصولية ، وفقهية ، ونحوية ، وهناك قواعد شرعية وعقلية وقانونية ، فلكل علم قواعده.

والقاعدة في اصطلاح الفقهاء : هي قضية كلية تنطبق على جزئياتها التي تندرج تحتها.

وقيل : هي حكم أغلبيٌّ ينطبق على معظم جزئياته.

وقيل : هي قضية كلية يُتعرّف منها على أحكام جزئياتها^٢. وقال أبو البقاء : «هي قضية كلية من حيث اشتغالها على أحكام جزئيات موضوعها ، وتسمى فروعًا ، واستخراجها منها تعريفًا ، كقولنا : كل إجماع حق»^٣.

وقيل : هي مجموعة الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها ، أو إلى ضابط فقهي يربطها ، وهي ثمرة للأحكام الفقهية الجزئية المنفرقة ، كقواعد الضمان ، وقواعد الخيارات وغيرها^٤.

القواعد الفقهية في الاصطلاح : هي أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكامًا تشريعية عامّة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها^٥.

فهذه القواعد هي مفاهيم ومبادئ فقهية كبرى ضابطة لموضوعها ، امتازت بالإيجاز في صياغتها محكمة بالألفاظها.

١ سورة البقرة ، الآية رقم ١٢٧.

٢ انظر : شرح الكوكب المنير لابن النجار ١ : ٤٤-٤٥ ، المحلي على شرح ، جمع الجوامع ١ : ٢١.

٣ كليات أبو البقاء ص ٧٢٨.

٤ انظر : أصول الفقه : محمد أبو زهرة ، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية ص ١١٧.

٥ المدخل الفقهي العام : أحمد الزرقا ٢ : ٩٤٧ ، شرح القواعد له ص ٣٤.

قال الزركشي في المنثور : « فَإِنَّ ضَبْطَ الْأُمُورِ الْمُنْتَشِرَةَ الْمُتَعَدِّدَةَ فِي الْقَوَانِينِ الْمُتَّحِدَةِ هِيَ أَوْلَى لِحِفْظِهَا ، وَأَدْعَى لَضَبْطِهَا ، وَهِيَ إِحْدَى حِكْمِ الْعَدَدِ الَّتِي وَضَعَ لِأَجْلِهَا ، وَالْحَكِيمُ إِذَا أَرَادَ التَّعْلِيمَ لَا بَدَّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ بَيَانَيْنِ : إِجْمَالِي تَتَشَوَّفُ إِلَيْهِ النَّفْسُ وَتَفْصِيلِي تَسْكُنُ إِلَيْهِ »^٦.

وقال القرافي في الفروق : « وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بما يعظم قدر الفقه ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف ، وتوضح مناهج الفتاوى وتكشف ، فيها تنافس العلماء ، وتفاضل الفضلاء »^٧.

ثم قال : « وَمَنْ ضَبَّطَ الْفَقْهَ بِقَوَاعِدِهِ اسْتَعْنَى عَنْ حِفْظِ أَكْثَرِ الْجُزْئِيَّاتِ ، لِانْدِرَاجِهَا فِي الْكَلِّيَّاتِ وَاتَّحَدَ عِنْدَهُ مَا تَنَاقَضَ عِنْدَ غَيْرِهِ وَتَنَاسَبَ ، وَأَجَابَ الشَّاسِعَ الْبَعِيدَ وَتَقَارَبَ ، وَحَصَلَ طَلْبَتُهُ فِي أَقْرَبِ الْأَزْمَانِ ، وَانْشَرَحَ صَدْرُهُ لِمَا أَشْرَقَ فِيهِ مِنَ الْبَيَانِ »^٨.

وقال السيوطي في الأشباه : « اعلم أنّ فنّ الأشباه والنظائر فنّ عظيم ، به يُطَّلَعُ عَلَى حَقَائِقِ الْفَقْهِ وَمَدَارِكِهِ ، وَمَأْخِذِهِ وَأَسْرَارِهِ ، وَيُتِمَّهَّرُ فِي فَهْمِهِ وَاسْتِحْضَارِهِ ، وَيُقْتَدَرُ عَلَى الْإِلْحَاقِ وَالتَّخْرِيجِ ، وَمَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الْمَسَائِلِ الَّتِي لَيْسَتْ بِمَسْطُورَةٍ ، وَالْحَوَادِثِ وَالْوَقَائِعِ الَّتِي لَا تَنْقُضِي عَلَى مَرِّ الزَّمَانِ ، وَلِهَذَا قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : الْفَقْهُ مَعْرِفَةُ النَّظَائِرِ »^٩.

قال الإمام الزركشي : « قال ابن نجيم : والفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي : أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى ، والضابط يجمعها في باب واحد »^{١٠}.

إنّ دراسة هذه القواعد هي من قبيل دراسة الفقه لا من قبيل دراسة أصول الفقه ، وكانت تسمى عند المتقدمين « أصولاً » ، وكانوا يقولون : من أصول أبي حنيفة ، أو الأصل عند أبي حنيفة كذا وكذا ويذكرون هذه القواعد ، كما يرى في قواعد الكرخي ، وتعلية تأسيس النظر للدبوسي وفي أصول السرخسي حيث يقول : « وعلى هذا الأصل قلنا » ، ويعني القاعدة.

والقواعد الشرعية تنقسم إلى قواعد أصولية وقواعد فقهية ، وقسم من العلماء^{١١} من جعلها في قسمين أساسيين هما : قواعد أساسية وقواعد فرعية ، ويمكن أن نجعلها في قسمين أيضاً هما :

قواعد شرعية عامة ، وقواعد شرعية خاصة.

٦ المنثور في القواعد للزركشي ١ : ٦٥ .

٧ الفروق للقرافي ١ : ٦ .

٨ المرجع السابق ١ : ٦ .

٩ الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦ .

١٠ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٢ .

١١ منهج الشيخ مصطفى الزرقا في كتابه المدخل الفقهي ١١٧ - ١١٨ .

إنَّ المدقق والمتبع للقواعد الفقهية يجد أنها في حقيقة الأمر ترجع إلى رعاية مقصد المقاصد ، أعني بالثاني (المقاصد) : مقاصد الشريعة في الفروع الفقهية ، وهو المعنى الظاهر ، وأعني بالأول (مقصد هذه المقاصد) المعنى الخفي الذي يشمل : العدل ومصالح العباد ، وهما دعائم وركائز الشريعة الإسلامية.

مصادر القواعد الفقهية :

إنَّ مصادر هذه القواعد إما أن يكون النصوص الشرعية ، أي مستمدة من الكتاب ، كقاعدة : (أحل الله البيع ، وحرم الربا) ، أو من السنة كقاعدة : (الزواج بالضمان)^{١٢} ، أو تكون مصادر هذه القواعد غير النصوص ، وهي أنواع :

١- قواعد مصدرها الإجماع.

٢- قواعد مصدرها القياس.

٣- قواعد أوردتها الفقهاء والمجتهدون مستنبطين إياها من أحكام الشرع عامة ، ومستدلين لها بنصوص من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو معقول النص.

٤- قواعد أوردتها الفقهاء والمجتهدون في مقام الاستدلال الفقهي.

قلت : إنَّ معظم هذه القواعد الفقهية المهمة مأخوذة أو مستنبطة من مصادر التشريع الإسلامي الأصلية الأربعة ، وهي الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس^{١٣}.

فوائد القواعد الفقهية :

١- إنَّ القواعد الفقهية هي الجامعة للجزئيات ، ودراستها تربي الملكة الفقهية ، وتنمي القدرة على إلحاق المسائل وتخريج الفروع لمعرفة أحكامها.

٢- كان لهذه القواعد الدور الكبير والمهم في تثبيت الفقه ومسائله ، ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام مشتتة.

٣- دراسة القواعد الفقهية يعين على معرفة مقاصد الشرع ، والوقوف على أثر نظرية

١٢ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٢ .

١٣ أما القواعد التي لم يكن مصدرها النصوص الشرعية أو الإجماع ، فلا يمكن أن تكون دليلاً يُحتج به ، ولا يصح الرجوع إليها كأدلة قضائية وحيدة .

- المقاصد في الفروع الفقهية بشكل قد لا يتيسر ولا يدرك من خلال الجزئيات.
- ٤- بهذه القواعد الفقهية والإحاطة بما يعظم قدر الفقيه ويشرف ، ويظهر رونق الفقه ، ويُعرف ، وتنضح مناهج الفتوى وتُكشف^{١٤}.
- ٥- تضبط القواعد الفقهية للفقيه أصول مذهبه ، وتنظم له المنشور من المسائل في مسلك واحد ، وتقيد الشوارد.
- ٦- تربّي الملكة الفقهية لدى الباحث والفقيه ، وتساعده على المقارنة بين المذاهب الإسلامية المختلفة.
- ٧- دراستها تجعل الباحث الفقيه قادرًا على الاستدلال والتخريج للمسائل الفقهية.
- ٨- اختصرت هذه القواعد أحكام المسائل الفقهية الكثيرة في جملة واحدة.
- ٩- يرتقي بها الفقيه إلى درجة الاجتهاد.
- ١٠- قال السيوطي : « إن فنّ الأشباه والنظائر فن عظيم ، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ، وآخذه وأسراره ، ويُتمهّر في فهمه واستحضاره ، ويُقدّر على الإلحاق والتخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة ، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مرّ الزمان ، ولهذا قال بعض أصحابنا : الفقه معرفة النظائر»^{١٥}.
- ١١- تعين هذه القواعد في تكوين قابلية الاستنباط الفقهية.
- ٢١- تساعد هذه القواعد الباحث الفقيه على ربط مسائل الفروع الفقهية مع بعضها ، وضبطها في أبواب وأحكام معينة.
- ٣١- تسهّل على الباحث اقتباس المسائل الفقهية الجديدة بناء على ما سبقها من نظائرها.
- ٤١- دراستها يساعد على الحفظ والضبط للمسائل الفقهية الكثيرة المتناظرة والمتشابهة.
- ٥١- دراستها تسهل طريق معرفة الأحكام والمسائل وتذكرها.
- ٦١- تيسّر للباحث تتبع المسائل الفقهية (أحكام الجزئيات) واستخراجها من موضوعاتها المختلفة.

١٤ أنوار البروق للقرافي ١ : ٣ .

١٥ الأشباه والنظائر للسيوطي ١ : ٥٦-٥٧ .

- ٧١- تساعد هذه القواعد في إعطاء النوازل والوقائع الأحكام الفقهية المناسبة لها.
- ٨١- تساهم القواعد الفقهية على الترجيح بين الأدلة واختيار الصحيح منها بعيداً عن الهوى والغرض.
- ٩١- تساعد هذه القواعد المتفقه في دراسة مسائل الفقه وتسهل عليه فهمها واستيعابها.
- ١٠٢- تعمل هذه القواعد على بث روح الثقة لدى الفقيه ، وزرع الطمأنينة في نفسه تجاه الأحكام التي يستخرجها من الأدلة الجزئية.
- ١٢- تصون هذه القواعد الفقيه والمتفقه من تناقض الأحكام في القضايا المتماثلة وتمنع الخلل والزلل في ذلك ، كما أنها توحد الحكم أو الأحكام في قضايا مختلفة.
- ٢٢- تيسر القواعد دراسة الفقه وعلومه ، حيث إنها تمتاز بعباراتها الموجزة وكلماتها القلائل.

القواعد الأصولية^{١٦} : هي حكم كلي^{١٧} يتوصل به^{١٨} إلى استنباط حكم الفروع الفقهية من أدلتها. أو : هي قواعد ومناهج يستفيد منها المجتهد عند شروعه في الاستنباط.

أو : هي قضايا أصولية كلية يُستند إليها في استنباط الأحكام الشرعية العملية ، أو الترجيح بين الأقوال المتعارضة.

أي : هي الأسس والأصول والمعايير التي يُعتمد عليها في استنباط الأحكام الشرعية والترجيح بين الأقوال والمذاهب المتعارضة ، وعليه يكون العمل بهذه القواعد الأصولية هو من اختصاص المجتهد الذي يملك فرط الذهن وقوة القريحة لاستخراج المعاني والأحكام . أي أن هذه القواعد الأصولية وُضعت لاستنباط الأحكام الشرعية من أدلتها ، وإن الاختلاف فيها هو من أهم أسباب اختلاف المجتهدين والفقهاء في الفروع.

وعليه تعتبر القواعد الأصولية جزءاً من أصول الفقه ، بل هي لبُّ أصول الفقه وعمدته.

١٦ الأصولية : صفة للقواعد ويخرج بهذا الوصف القواعد غير الأصولية .

١٧ أي أن الحكم يكون على كل فرد ، وبهذا القيد تخرج القواعد الفقهية التي تنطبق على معظم الجزئيات لا كلها لكثرة الاستثناءات فيها .

١٨ يتوصل به يعني : أن هذه القواعد غير مقصودة بالذات لنفسها ، حيث إن الغاية منها حصول غيرها .

- ومن أهم صفات هذه القواعد الأصولية ، ما يلي :
- أولاً : الصياغة الموجزة .
- ثانياً : الاستيعاب والشمول .
- ثالثاً : الصياغة المحكمة^{١٩} .
- رابعاً : عدم معارضتها للشرع^{٢٠} .
- خامساً : الاطراد^{٢١} .

القواعد الأصولية اللغوية :

هي الأصول الذهنية التي على أساسها يتم التفاهم والتخاطب بين ذوي اللسان العربي .

أو : هي القواعد والأصول التي تفيد في استنباط المعاني والأحكام من النصوص الشرعية .

أو : هي القواعد والضوابط التي وُضعت لفهم قصد المتكلم من كلامه ، فهي متعلقة بالتفسير والبيان .

أو : هي قواعد لغوية تمثل في حقيقتها ميزاناً لفهم النصوص الشرعية والإدراك الصحيح لما تضمنته من أحكام .

قال ابن أمير الحاج إن القواعد الأصولية اللغوية : « هي (أحكام) كلية لغوية

(استنبطوها) أي استخراجها أهل هذا العلم من اللغة العربية باستقراءهم إياها ، إفراداً وتركيباً (لأقسام من العربية جعلوها) أي علماء هذا العلم الأحكام المستنبطة المذكورة (مادة له) أي جزءاً لهذا العلم ، وإن كانت هذه الأحكام في نفس الأمر (ليست مدونة قبله) أي تدوين أهل العلم»^{٢٢} .

إن هذه القواعد الأصولية اللغوية أخذت تُعرف لدى المتأخرين من الأصوليين بـ « قواعد تفسير النصوص» لأنها توضح المنهج والطريق للمجتهد من أجل فهم النصوص وتفسيرها بما يمكن من استنباط الأحكام منها وبشكل سليم .

١٩ أي غير مترددة ، ويفهم منها معنى واحد .

٢٠ فكل قاعدة لا تتفق مع أصول الشريعة باطلة .

٢١ أي : تكون مطردة بينها وبين موداها تتابع وتسلل وتلازم .

٢٢ التقرير والتحجير لابن الحاج ١ : ٦٥ — ٦٦ .

نشوء القواعد الأصولية :

إن الترتيب المنطقي للأمر ليقضي بأن القواعد الأصولية سابقة في الوجود على الفقه^{٢٣} . وإذا رجعنا إلى تاريخ التشريع الإسلامي نجد أن الفقه مسبق بقواعد أصولية كان يأخذ بها الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم وبينون أحكامهم على أساسها ، ويلاحظونها عند استنباطها ، ومن ذلك ما روي عن علي بن أبي طالب يقول في عقوبة شارب الخمر : إنه إذا شرب هذى ، وإذا هذى افتري ، فيجب أن يحدّ حدّ القاذف^{٢٤} . ندرك من ذلك أن علياً رضي الله عنه كان يسلك في ذلك منهج الحكم بالمأل ، أو الحكم بسد الذرائع ، وهي من قواعد الأصول.

وحكم ابن مسعود بأن عدة الحامل المتوفى عنها زوجها بوضع الحمل ، ويستدل بقوله تعالى : (وأولات الأحمال أحلهن أن يضعن حملهن)^{٢٥} ويقول في ذلك : أشهد أن سورة النساء الصغرى نزلت بعد سورة النساء الكبرى ، أي : سورة الطلاق نزلت بعد سورة البقرة التي جاء فيها : (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً)^{٢٦} . وهو بذلك يشير إلى قاعدة من قواعد الأصول وهي أن المتأخر ينسخ المتقدم أو يخصه.

وحكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإبقاء أراضي سواد العراق في أيدي أصحابها ، ويجعل الجزية على رقايمهم والخراج على أراضيهم ، وهو يعلل حكمه هذا بالمصلحة التي هي قاعدة من قواعد الأصول ، وكذلك حكمه رضي الله عنه بقتل الجماعة بالواحد ، وإيقاع الطلاق ثلاثاً على من طلق امرأته ثلاثاً بلفظ واحد.

فمن هذه الوقائع وأمثالها من الصحابة وغيرهم نستنبط أنهم لم يحكموا بفرع إلا وهو مستند إلى أصل في نفوسهم ، ولكنهم قد يعبرون عن هذا الارتباط ، وقد يتركون ذلك^{٢٧} .

٢٣ انظر أثر الاختلاف في القواعد الأصولية : مصطفى الخن ص ١٢١ .

٢٤ أخرج مالك في الموطأ عن ثور بن يزيد أن عمرًا استشاره في الخمر فقال علي بن أبي طالب : نرى أن نجعله ثمانين فإنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افتري ، فجلد عمر في الخمر ثمانين .

الموطأ : كتاب الأشربة : الحد في الخمر .

٢٥ الآية رقم ٤ من سورة الطلاق .

٢٦ الآية رقم ٢٣٤ من سورة البقرة .

٢٧ انظر : أصول الفقه لمحمد أبو زهرة ص ١١ ، أثر الاختلاف في القواعد للخن ص ١٢٢ .

المصادر التي أُستمدت منها هذه القواعد الأصولية :

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- السنة النبوية.
- ٣- الإجماع^{٢٨}.
- ٤- اللغة العربية^{٢٩}. - آثار الصحابة والتابعين : حيث وردت عنهم عبارات كانت أساساً لكثير من القواعد.
- ٥- آثار الصحابة والتابعين : حيث وردت عنهم عبارات كانت أساساً لكثير من القواعد.
- ٦- أصول الدين : وهي التوحيد والعقيدة^{٣٠}.
- ٧- أقوال بعض الأئمة المجتهدين الجارية مجرى القواعد مما استنبطوه من الفروع الفقهية ومستدلين لها بنصوص من الكتاب أو الإجماع.
- ٨- الاستقراء^{٣١}.
- ٩- قواعد أصولية أوردتها الأصوليون والمجتهدون في مقام الاستنباط من مصادر التشريع الإسلامي.
- ١٠- المنطق العقلي السليم^{٣٢}.

أهمية هذه القواعد الأصولية ومميزاتها :

- ١- إن القواعد الأصولية سابقة في الوجود على الفقه.
- ٢- هي الأساس التي كان فقهاء الصحابة ومن بعدهم يبنون أحكامهم عليها ، ويلاحظونها عند الاستنباط.

٢٨ ومنها قاعدة : (مذهب الصحابي في مسائل الاجتهاد لا يكون حجة على غيره من الصحابة المجتهدين)
انظر : البحر المحيط للزرکشي ٨ : ٥٥ ، مختصر ابن الحاجب ٣ : ١٩٥ .

٢٩ ومنها قاعدة : (الواو للجمع المطلق) ، وقاعدة (إلى تنفيذ نهاية الغاية) .
انظر : أصول الشاشي ص ١٨٩ ، كشف الأسرار للبخاري ٢ : ٣٣١ .

٣٠ ومنها قاعدة : (عصمة النبي ثابتة بالشرع لا بالعقل) انظر : الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١ : ١٢٨ .

٣١ أي : القواعد الأصولية التي بنيت على استقراء الفروع الفقهية ، ومنها عند الحنفية قاعدة :
(الأمر لا يقتضي التكرار ، أما عن أمثلة هذا المصدر قاعدة : (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) ، وقاعدة : (لا يمكن الجمع بين الحظر والوجوب في فعل واحد من جهة واحدة) . انظر : قواعد ابن اللحام ١ : ٣١٥ ، ونهاية الوصول للهندي ٢ : ٦٠٠ .

٣٢ ومن أمثلة هذا المصدر قاعدة « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب » وقاعدة « لا يمكن الجمع بين الحظر والوجوب في فعل واحد من جهة واحدة » .
انظر : قواعد ابن اللحام ١ : ٣١٥ ، ونهاية الوصول للهندي ٢ : ٦ .

٣- تُنظَّم هذه القواعد المنتور من المسائل وتقيّد الشوارد ، وتُقَرَّب كل متباعد ، وتيسر سبل الوصول إلى معرفة أحكام الشرع.

٤- تضبط القواعد الأصولية حفظ الفروع ، وتغني العالم والمجتهد بضوابطها عن حفظ أكثر الجزئيات.

٥- هي جزء من المنهج السليم في استنباط الأحكام الشرعية الذي يحفظ الشريعة.

٦- تشكل هذه القواعد ضوابط لفهم القرآن الكريم والسنة النبوية وبقية الأدلة الشرعية.

٧- تساعد القواعد على الممارسة والتطبيق العملي والتدريب على الاستنباط والترجيح وتخريج المسائل والتفريع لها واستنباطها من الأدلة.

٨- إنّ فهم هذه القواعد وحفظها يساعد المجتهد على فهم مناهج الفتوى والاستنباط.

٩- القواعد الأصولية تجعل الفقيه والمجتهد قادرين على الاستدلال والتخريج للمسائل ، وتوضح لهما المنهج الاستنباطي للأحكام.

١٠- تضبط هذه القواعد أصول الاستدلال وذلك ببيان الراجح من المرجوح والأدلة الصحيحة من الزائفة.

١١- تساهم القواعد الأصولية وبشكل كبير في إعطاء النوازل والوقائع الأحكام الفقهية المناسبة لها وذلك من خلال جمع التماثلات ، ورد الجزئيات إلى الكليات وربط الفروع بالأصول.

٢١- تساعد هذه القواعد المناهج الأصولية على الترجيح بين الأدلة والأقوال والاختيار بعيداً عن الهوى والغرض.

٣١- تعمل القواعد الأصولية على منع الخلاف وتقلّله ، لأن ضبط الأصول ينشأ عنه صحة الحكم على الفروع ، وتعمل أيضاً على نبذ التعصب ، ومعرفة الخلاف المقبول من الخلاف المردود والمذموم.

٤١- تساهم هذه القواعد في تكوين الملكة الفقهية القادرة على استنباط الأحكام الشرعية ، أو الترجيح بين الأقوال الفقهية المتعارضة.

- ٥١- إن تخريج الفروع استناداً على القواعد الأصولية يجنب المجتهد والفقهاء التناقض الذي قد يترتب على التخريج من المناسبات الجزئية.
- ٦١- تساعد هذه القواعد على إدراك حكمة التشريع ، ومعرفة مقاصد الشرع الحكيم.
- ٧١- تعين هذه القواعد الأصولية في دراسة مسائل الأصول وتسهل عليه فهمها واستيعابها.
- ٨١- بهذه القواعد يرتقي العالم والفقهاء إلى درجة الاجتهاد.
- ٩١- تعين هذه القواعد على دراسة الفقه المقارن بين المذاهب والترجيح بينها.
- ١٠٢- تضبط القواعد الأصولية مسالك الأصوليين وتنظم أصول مذاهبهم.
- ١٢- تعين هذه القواعد في تكوين قابلية الاستنباط لدى الفقهاء والمجتهد.
- ٢٢- تعتبر القواعد الأصولية مصادر خصبة للإفتاء والقضاء ؛ فبضبط الأصول تستقيم الأحكام.

علاقة القواعد اللغوية بالقواعد الأصولية :

إن معرفة دلالات الألفاظ من الكتاب والسنة وأقوال أهل الحل والعقد من الأمة تتوقف على معرفة موضوعاتها في هذه اللغة العظيمة : من جهة الحقيقة والمجاز ، والعموم والخصوص ، إلى غير ذلك مما لا يعرف إلا بعلم العربية.

إن علم أصول الفقه يستمد قواعده من الكتاب والسنة معتمداً على قواعد اللغة العربية وعلومها وأساليبها في البيان ، فاللغة العربية هي وسيلة لفهم الكتاب والسنة ، بما أنزل الله تعالى كتابه الكريم . قال تعالى : (إنا جعلناه قرآناً عربياً لعلكم تعقلون)^{٣٣} ، وقال تعالى : (وهذا لسان عربي مبين)^{٣٤} . فالله عز وجل اختار هذه اللغة لآخر الكتب السماوية ، ورسوله صلى الله عليه وسلم بما تكلم وبيّن ، فالكتاب والسنة نصوص قولية يجري عليها ما يجري على أي نص لغوي عند فهمه وتفسيره ، ولا سيما وأن اللغة العربية واسعة الألفاظ والمعاني ومتعددة الأساليب في مخاطبة القلب والعقل ؛ ففيها المشترك والمفردات والتركيب ، والمعاني المتضادة ، وفيها التعبير الدقيق والمحتمل والمنطوق والمفهوم والعام والخاص وغير ذلك مما يحتاج إلى فهم وإتقان . وعليه فلا يمكن أن تعرف دقائق الكتاب والسنة ولا الضوابط المتعلقة بها ولا أحكامها إلا من خلال

٣٣ الآية رقم ٣ من سورة الزحرف .

٣٤ الآية رقم ١٠٣ من سورة النحل .

معرفة اللغة العربية فهي الطريق الموصل إلى الأحكام والدقائق واللطائف ، وهي الطريق الذي به يمكن إدراك مداركها.

إنّ المطلّع على تاريخ نشأة القواعد الأصولية يجد أن هناك علاقة وثيقة بينها وبين القواعد اللغوية ، وذلك لأن القواعد الأصولية إنما وُضعت لاستنباط الأحكام الشرعية من أدلتها ، وأدلة الأحكام الأصلية هي نصوص الكتاب والسنة التي ترجع إليهما سائر الأدلة التبعية الأخرى ، وهذه النصوص عربية يتوقف العلم بها على العلم بقواعد اللغة العربية ، أي أن الخطاب الشرعي ورد باللّغة العربية وكان فهمه واجباً ومتوقفاً على معرفة اللغة العربية ، وهو دليل على وجوب معرفة تلك اللغة وقواعدها وأصولها.

وإن أصول الفقه وفهمه يتوقف على معرفة اللغة العربية ، لأنها السبيل الوحيد لاستثمار الأدلة وبيان كيفية الاستفادة منها ، وإن هذه الأدلة الشرعية تحيطها مباحث لغوية كثيرة لا يمكن الاستغناء عنها في فهم هذه الأدلة أولاً ، ولا يمكن الاستنباط منها ثانياً ، لأن تلك الأدلة إنما صيغت باللغة العربية التي من مباحثها : الكلام وأقسامه ، سياق النظم ، ودلالة الألفاظ ، والاشتقاق وأقسام النظم الدال على المعنى ، وصيغ الأمر ، و اللفظ والمعنى ، والتخصيص ، والمخصص ، والقرينة اللغوية ، والاستثناء ، والعموم والخصوص ، والإطلاق والتقييد ، والحقيقة والمجاز ، والصريح والكناية ، والتأصيل والزيادة ، والتوكيد ، والحذف ، والإضمار ، والاشتراك ، وحروف المعاني والترادف ، والبيان وأنواعه وغيرها من المبادئ والأصول اللغوية التي أدخلت في معظم أبواب علم أصول الفقه ومباحثه.

إنّ الكتاب والسنة لا يمكن فهمهما إلاّ من خلال مفهوم البيان العربي ، وعلى هذا الأصل والأساس كانت الخطوة الأولى في مجال البحث عند الأصوليين وهو تحديد مفهوم البيان ، وهو عندهم اسم جامع لمعانٍ مجتمعة الأصول متشعبة الفروع ، وإن كان بعضها أشدّ بياناً من بعض ومختلفة عند من يجهل لسان العرب^{٣٥}.

قال الإمام الشافعي : (فإنما خاطب الله تعالى بكتابه العرب بلسانها ، على ما تعرف من معانيها ، وكان مما يعرف من معانيها اتساع لسانها)^{٣٦}.

٣٥ انظر : الرهان للجويني ١ : ١٥٩ .

٣٦ الرسالة للإمام الشافعي ص ٥١ ، فقرة ١٧٣ .

ثم قال : (وتكلم بالشيتعرفه بالمعنى دون الإيضاح باللفظ ، كما تعرف الإشارة ، ثم يكون هذا عندها من أعلى كلامها ، لانفراد أهل علمها به ، دون أهل جهالتها)^{٣٧}.

قال الشاطبي : (ومن عادة العربي التوسع في خطابه فهو يستعمل العام الظاهر ويريد به العام الظاهر أو الخصوص ، وقد يتكلم بالشيء يعرفه بالمعنى ، دون الإيضاح باللفظ كما تعرف بالإشارة)^{٣٨}.

وقال ابن خلدون في علوم اللسان العربي : (أركانها أربعة وهي : اللغة ، والنحو ، والبيان ، والأدب ، ومعرفتها ضرورية عند أهل الشريعة إذ مأخذ الأحكام الشرعية كلها من الكتاب والسنة وهي بلغة العرب ، ونقلتها من الصحابة والتابعين عرب ، وشرح مشكلاتها من لغاتهم ، فلا بد من معرفة العلوم المتعلقة بهذا اللسان لمن أراد علم الشريعة)^{٣٩}.

لذلك تعد اللغة العربية أهم مكون من مكونات الخطاب الأصولي ، وهذا الأمر بين وواضح من خلال المنهج الذي وضعه الأصوليون منذ بداية تدوين هذا العلم ، فجدد الإمام الشافعي رحمه الله تعالى قد تكلم في مقدمة كتابه الرسالة عن : عربية القرآن الكريم ، واتساع اللسان العربي معللاً ذلك بقوله : (وإنما بدأت بما وضعت من أن القرآن نزل بلسان العرب دون غيره ؛ لأنه لا يعلم من إيضاح جمل علم الكتاب أحد جهل سعة لسان العرب ، وكثرة وجوهه ، وجماع معانيه وتفرقها ، ومن علمه انتفت عنه الشبه التي دخلت على من جهل لسانها)^{٤٠}.

قال الجويني : (ومن مواد أصول الفقه العربية ، فإنه يتعلق طرف صالح منه بالكلام على مقتضى الألفاظ ، ولن يكون المرء على ثقة من هذا الطرف حتى يكون محققاً مستقلاً باللغة العربية)^{٤١}.

ثم قال : (اعلم أن معظم الكلام في الأصول يتعلق بالألفاظ والمعاني ، أما المعاني فستأتي في كتاب القياس إن شاء الله تعالى ، وأما الألفاظ فلا بد من الاعتناء بها ، فإن الشريعة عربية ، ولن يستكمل المرء خلال الاستقلال بالنظر في الشرع ما لم يكن ربيّاناً من النحو واللغة)^{٤٢}.

٣٧ المصدر السابق ص ٥٢ ، فقرة ١٧٤ .

٣٨ الموافقات للإمام الشاطبي (تحقيق عبد الله دراز) ٢ : ٩٦ .

٣٩ مقدمة ابن خلدون (الفصل السادس والثلاثون : في علوم اللسان العربي) ، ص ٥٤٥ .

٤٠ الرسالة للإمام الشافعي ص ٥٠ ، فقرة ١٦٩ .

٤١ البرهان في أصول الفقه للجويني ١ : ٨٤ .

٤٢ البرهان في أصول الفقه للجويني ١ : ١٩٦ . مناهل العرفان للزرقاني ١ : ٣١٣ — ٣١٤ .

قال ابن الساعاتي : (لما علم الله سبحانه وتعالى حاجة هذا النوع الشريف إلى إعلام بعضهم بعضاً بما في نفوسهم لتحصيل مقاصدهم التي لا يستقل الواحد بتحصيلها أقدره على تركيب المقاطع الصوتية عناية به ، فإنه من أخف الأفعال الاختيارية مقدور عليه عند الحاجة من غير تعب مستغني عنه عند عدمها ، ومن اختلاف التركيب حدثت العبارات ، فما ليس منها موضوعاً لمعنى مهمل ومن وضع لمعنى ، فالنظر في أنواعه وابتداء وضعه وطريق معرفته^{٤٣} .

قال ابن النجار : (أما توفقه « علم أصول الفقه » من جهة دلالة الألفاظ على الأحكام ، فلتوقف فهم ما يتعلق بها من الكتاب والسنة وغيرها على العربية ، فإن كان من حيث المدلول فهو علم اللغة ، أو من أحكام تركيبها فعلم النحو ، أو من أحكام أفرادها فعلم التصريف ، أو من جهة مطابقتها لمقتضى الحال وسلامته من التعقيد ووجوه الحسن فعلم البيان بأنواعه الثلاثة^{٤٤})^{٤٥} .

إن المعرفة الأصولية لا يمكن أن تتم إلا بعلوم اللغة العربية وذلك لتوقف معرفة دلالات الأدلة اللفظية من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وغيرها على معرفة موضوعاتها لغة — كما ذكرنا — من جهة الحقيقة والمجاز ، والعموم والخصوص ، والإطلاق والتقييد ، والحذف والإضمار ، والمنطوق والمفهوم ، والاقتضاء والإشارة والتنبيه والإيجاز ، وغيره مما لا يعرف في غير علم العربية .

قال الزمخشري : (إنه لا يوجد علم من العلوم الإسلامية فقهاً وكلاماً وتفسيراً أو أخباراً إلا وافقارها إلى العربية)^{٤٦} .

ثم قال : (إن الكلام في معظم أبواب أصول الفقه ومسائلها مبنية على علم الإعراب)^{٤٧} .
لذلك لا يكون فهم الأحكام الشرعية فهماً صحيحاً إلا إذا روعي فيه مقتضى أساليب اللغة العربية وطرق الدلالة فيها وما تتضمنه ألفاظها من معان ، ومن هنا كان التفاعل بين العلوم الشرعية وعلوم اللغة العربية قديماً نشأ منذ القرون الأولى ولا يزال حتى يومنا هذا.

ونصوص الكتاب والسنة هي نصوص لغوية تتأثر بطبيعة اللغة واستخدام الشارع لصيغ الكلية المرنة وغير القطعية ، كما تتأثر بطريقة الأصوليين في معالجة تلك النصوص وتفسيرها واستنباط الأحكام منها.

٤٣ بدعي النظام (النهاية) لابن الساعاتي ١ : ١٦ .

انظر كذلك : امتحان القضاة للأكيني ص ٤٩ .

٤٤ وهي : المعاني ، والبيان ، والبدعي .

٤٥ شرح الكوكب المنير لابن النجار ١ : ٤٩ — ٥٠ .

٤٦ المفصل في صناعة الإعراب للزمخشري ١ : ١٨ .

٤٧ المرجع السابق ١ : ١٨ .

فاللغة العربية هي الوسيلة لفهم هذه النصوص ولا يتصور معرفتها دون معرفة اللغة ، ولهذا ذهب كثير من العلماء إلى فرضية تعليمها لأن مأخذ الأحكام الشرعية كلها من الكتاب والسنة وهي باللغة العربية ، ولأن اللغة العربية هي إحدى علوم الوسائل التي لها نفس أحكام المقاصد. قال الزركشي : قال أبو الحسين بن فارس : تعلم علم اللغة واجب على أهل العلم لئلا يجيدوا في تأليفهم أو فتيانهم عن سنن الاستقراء . قال : وكذلك الحاجة إلى علم العربية فإن الإعراب هو الفارق بين المعاني ، ألا ترى إذا قلت : ما أحسن زيد ، لم تفرق بين التعجب والاستفهام والنفي إلا بالإعراب .

ونازع الإمام فخر الدين في « شرح المفصل » في كونهما فرض كفاية ، لأن فرض الكفاية إذا قام به واحد سقط عن الباقي . قال : واللغة والنحو ليس كذلك ، بل يجب في كل عصر أن يقوم به قوم يبلغون حد التواتر ، لأن معرفة الشرع لا تحصل إلا بواسطة معرفة اللغة والنحو ، والعلم بمما لا يحصل إلا بالنقل المتواتر ، فإنه لو انتهى النقل فيه إلى حد الآحاد ، لصار الاستدلال على جملة الشرع استدلالاً بجزء الواحد ، فحينئذ يصير الشرع مظنوناً لا مقطوعاً ، وذلك غير جائز^{٤٨}.

لقد تناول علماء الأصول مباحث كثيرة من مباحث اللغة في أصولهم نتيجة للعلاقة التلاحمية بين الشريعة واللغة ، كما دعتهم الشبه التي أثرت حول بعض المسلمات والمبادئ والأحوال التشريعية بدعوى اللسان إلى دراسة اللغة والاهتمام بها في مقدمات كتبهم.

كما جعلوا تلك المباحث اللغوية كتمهيد لاستنباط الأحكام الشرعية من الكتاب والسنة. قال الزركشي : (وإنما ذكرناها « مباحث اللغة » في أصول الفقه لأن معظم نظر الأصولي في دلالات الصيغ ، كالحقيقة والمجاز ، والعموم والخصوص ، وأحكام الأمر والنهي ، ودليل الخطاب ومفهومه . فاحتاج إلى النظر في ذلك تكميلاً للنظر في الأصول)^{٤٩}.

ثم قال : (نه الأبياري في كلام له على شيء ينبغي معرفته هنا ، وهو أن الأصولي إنما احتاج إلى معرفة الأوضاع اللغوية ليفهم الأحكام الشرعية ، وإلا فلا حاجة بالأصولي إلى معرفة ما لا يتعلق بالأحكام والألفاظ)^{٥٠}.

٤٨ البحر المحيط للزركشي ٥ : ٢ .

٤٩ المرجع السابق ٥ : ٢ .

٥٠ المرجع السابق ٥ : ٢ .

أدرك علماء الأصول أهمية ومكانة القواعد الأصولية اللغوية في فهم الخطاب الشرعي وفي فهم النصوص ، لذا نظروا إلى الألفاظ في علاقتها بمعانيها ، كما بحثوا أوجه العلل والأمارات ، وتحققوا من المقاصد والأسلوب والوجوه ، كما اعتنوا باستقراء الأساليب واستمدوا من هذا الاستقراء ومما قرره علماء اللغة أيضاً قواعد وضوابط يتوصل بمراعاتها إلى النظر السليم في الكتاب والسنة ، وفهم الأحكام منها فهماً صحيحاً يطابق ما يفهمه العربي الذي جاءت النصوص بلغته . وقرروا أن من شروط المجتهد أن يكون عالماً باللغة وأحوالها ، محيطاً بأسرارها وقوا نينها ، ملماً إلماماً جيداً بأساليب العرب في الكلام ليتوصل إلى إيضاح ما فيه خفاء من النصوص ، وإلى رفع ما قد يظهر بينها من تعارض ، ولا يمكنه ذلك إلا بتعلم اللغة والصرف .

إن القواعد الأصولية إنما تعنى بتصرفات المكلفين ، ومعظم تصرفات المكلفين تصرفات قولية منها العموم والخصوص ، والإطلاق والتقييد ، والترادف ، والاشتراك ، والاشتقاق ، والخصوص والعموم والإطلاق والتقييد والبيان ، وغير ذلك من المباحث اللغوية ، ومن هنا كانت العلاقة الوثيقة والتشابه بين القواعد اللغوية والقواعد الأصولية .

قال الشاطبي : (إن المجتهد لا يلزمه الاجتهاد في شيء من علوم الوسائل إلا علوم اللغة العربية)^{٥١} .

إن علم أصول الفقه من حيث مصطلحاته وقواعده ومناهجه أصبح المنهج السليم لحل مشكلة الفهم اللغوي الخاص للدليل الشرعي سواء من حيث مقاصده الدلالية أو متعارضاته الإشكالية ، كما امتاز بضبط قواعد الدلالة حاصراً طرقها : منطوقاً ومفهوماً ، ومرتب مراتبها ، نصاً وظهوراً وإجمالاً ، ومفصلاً فيما يتصل بالأحكام من وجوهها : الأمر والنهي ، والعموم والخصوص ، والإطلاق والتقييد ، ومحددًا شروط التأويل وقواعد الترجيح^{٥٢} .

لقد حاول الأصوليون من أجل إثبات الخبر وفهم القصد المترتب عليه أن يجدوا منهجية أصولية تجريدية تهتم أساساً بتحديد طرق ووسائل إدراك المعنى واستخراجه من النص ؛ لذلك قاموا بتقنين قواعدهم الأصولية اللغوية مع اعتقادهم بأن عملاً مثل هذا لا بد أن يكون مصحوباً بنظرية لغوية متكاملة شاملة تمثلت في المباحث والقواعد الأصولية اللغوية لكي تمكنهم من الحكم على صحة الفكر والاستنباط وخطئه وكانت مقاصدهم في ذلك هي خدمة الجانب العلمي والأصولي من الاجتهاد في استخراج الأحكام .

٥١ الموافقات للشاطبي ٤ : ١١٤ .

٥٢ انظر : المصطلح الأصولي لفريد الأنصاري ص ١٣٤ .

وهذا ما يوضح لنا أسباب تأليف كتاب الرسالة للإمام الشافعي الذي أكد فيه على تأسيس علم يجنب عملية الاستنباط والمستنبط سوء الفهم للخطاب القرآني في وقت امتزجت فيه اللغة العربية باللغات الأجنبية ، كما كثر الدخيل في لسان العرب ، مما تسبب في فساد السليقة العربية ، فضعت المدارك عن فهم مقاصد الشريعة ، وأشار غير مرة إلى هذا السبب ، كما ندد كثيراً بمن تكلموا في العلم وهم يجهلون أسلوب العرب ، مما أدى إلى اختلافات ومنازعات كان المسلمون في غنى عنها^{٥٣}.

سعى الأصوليون منذ عصر الشافعي إلى تععيد القواعد الأصولية اللغوية لفهم نصوص الكتاب والسنة ، حتى اتضحت معالم مناهج الاستنباط ، ولقد ساهمت هذه المنهجية الأصولية اللغوية في رصد معاني النصوص إسهاماً حقيقياً في إثراء الفكر اللغوي الإسلامي خاصة والإنساني عامة ، ونجد أن كبار فحول أهل الأصول^{٥٤} قد أخذوا ونقلوا هذه القواعد والمباحث اللغوية عن أئمة أهل اللغة والبلاغة أمثال : سيبويه ، وأبي علي الفارسي ، وابن جني ، وثعلب وقطرب ، وابن خالويه ، والزجاج والأخفش ، وابن الأنباري وابن هشام ، والزنجشيري وغيرهم .

إن التصور اللغوي للغة عند الأصوليين يُعتبر تصوراً عقلياً ، يمكن أن يوصف بالتصور العلمي للغة ، لأنهم يخلصون اللغة من الشوائب والتشخيص والتخيل ، وما يدخلها من أنواع الجمال اللفظي ، ولقد مكنتهم ذلك التصور الواضح الكلي للغة من إنشاء قواعدهم الشرعية الكلية في استنباط الأحكام الشرعية من ألفاظ الوحي .

ولم يكن تصورهم الكلي في فهم النصوص واستخلاص الأدلة يقتصر على القواعد اللغوية وحدها ، بمفهومها الضيق ، بل كان اهتمامهم متجهاً نحو الاعتماد على كل ما يمكنهم من ضبط الأدلة اللغوية ، سواء تعلق الأمر بالبيانات اللغوية ، أو السياقية عامة أو خاصة ، والتي تكشف عن قوانين وقواعد المحاورات المعرفية في زمن صدور النصوص لتتمكن من معرفة مداليل الخطابات المتضمنة للحكم الشرعي بشكل واقعي أو قريب من الواقع .

ولأهمية اللغة العربية ومكانتها وصلتها الوثيقة بعلم أصول الفقه وأنها وسيلة إلى الأحكام والمقاصد فقد وضع الأصوليون ملخصاً لعلوم اللغة العربية ، ومنها القواعد اللغوية الأصولية

٥٣ انظر الرسالة للإمام الشافعي ص ٤٠ .

٥٤ كالجصاص والدبوسي ، والسرخسي ، والأخستكي ، والنسفي ، والشيرازي ، والباقلاني ، وإمام الحرمين ، والغزالي ، والرازي ، والبيضاوي ، والأمدي ، وابن حزم ، وابن قدامة ، والزنجاني ، والتفتازاني ، والقرافي ، وابن الحاجب ، والزرکشي ، والسمرقندي ، والنمرثاشي ، والكرما.... ، والشاطبي ، والسبكي ، والباحي ، والسيوطي ، والبناني ، والطار ، والشاشي ، والإسنوي ، وملا خسرو ، والفناري ، والكوراني ، والأزميري ، والطرسوسي ، وابن عابدين ، وابن كمال باشا ، والشوكاني ، والأكيني .

لتكون أداة لفهم النصوص الشرعية ، حتى إنهم أضافوا إلى هذه الأداة ما لم يذكره المتخصصون في علوم العربية ، ودققوا في فهم أشياء من كلام العرب لم تصل إليها النحاة ولا اللغويون ، لأن اللغة العربية وعلومها متسعة جدًا والنظر فيها متشعب كثيرًا.

قال إمام الحرمين الجويني : (واعتنوا « الأصوليون » في فهم بما أغفله أئمة العربية ، واشتد اعتنائهم بذكر ما اجتمع فيه إغفال أئمة اللسان ، وظهر مقصد الشرع ، وهذا كالكلام على الأوامر والنواهي ، والعموم والخصوص ، وقضايا الاستثناء وما يتصل بهذه الأبواب) .^{٥٥}

قال السبكي : (إنَّ الأصوليين تعرضوا لأشياء لم يتعرض لها أهل العربية) .^{٥٦}

وقال الزركشي : (إنَّ الأصوليين وقفوا النظر في فهم أشياء من كلام العرب لم تصل إليها النحاة ولا اللغويون ، فإنَّ كلام العرب متسع والكلام فيه متشعب ، فكتب اللغة تضبط الألفاظ ومعانيها الظاهرة دون المعاني الدقيقة التي تحتاج إلى نظر الأصولي باستقراء زائد على الاستقراء اللغوي ، مثاله : دلالة صيغة (افعل) على الوجوب ، و (لا تفعل) على التحريم ، وكون (كل) وأخواتها للعموم) .^{٥٧}

ويرى كثير من الباحثين والدارسين المحدثين : أنَّ الأصوليين كانوا أول من اشتغل بدراسة المعنى بطريقة علمية ، لارتباطه بالحكم الذي يراد فهمه وتطبيقه ، ومن ثم اتجهت مقدماتهم اللغوية الأصولية لدراسة المعنى عندهم من منطلق علمي تجريدي ، ومن منظور أن اللغة العربية مورد من موارد الاستدلال في إثبات القواعد الأصولية ، وأن تلقي الخبر وفهم القصد المترتب عليه من المقدمات الأولى .^{٥٨}

لقد انصب اهتمام الأصوليين على دراسة اللغة بصفة عامة والمعنى على وجه الخصوص نظرًا للارتباط الوثيق بين فهم اللغة والمعنى وفهم الشرع المستمد من القرآن والسنة النبوية.

ونتيجة لذلك الاهتمام ولما ذكرته آنفًا فلقد بحث الأصوليون في مقدمات كتبهم ومؤلفاتهم جملةً من المباحث والقضايا والقواعد اللغوية ذات الارتباط الوثيق بمباحث اللغة والألفاظ ، وجعلوها كالمدخل إلى علم أصول الفقه ، أو مبادئ تمهيدية لفهم جملة من المسائل الأصولية

٥٥ البرهان للجويني ١ : ١٦٩ .

٥٦ الإجماع في شرح المنهاج لابن السبكي ١ : ١١ .

٥٧ البحر المحيط للزركشي ١ : ١٤ .

٥٨ انظر : التصور اللغوي عند الأصوليين : أحمد عبد الغفار ص ١٠ ، ودراسة المعنى عند الأصوليين : طاهر سليمان حمودة ص ٢٠ .

القائمة ، والمباحث اللغوية كالمباحث المتعلقة بأقسام الكلام ، والنحو ، والصرف ، والاشتقاق ، والترادف ، والتوكيد ، وحروف المعاني ، والمجمل ، والمبين ، والمفرد والمركب وغيرها .

وأطلقوا على تلك المبادئ أو القضايا أو القواعد أو المسائل والتي تتعلق باللغة العربية وعلومها أسماء عديدة ، منها : « المقدمات اللغوية الأصولية » ، أو « المبادئ اللغوية » ، أو « المدخل إلى أصول الفقه » ،

ثم عرفت بعد ذلك بـ :

« القواعد الأصولية اللغوية » ، أو « مسائل لغوية » ، أو « طرق استنباط القواعد اللغوية » ، أو « المباحث الأصولية اللغوية » .

ثم سماها المحدثون من الأصوليين بـ : « تفسير النصوص » ، أو « النظرية اللغوية عند الأصوليين » .

فصل الثاني: التعريف بالإمام شمس الأئمة السرخسي

هو الإمام الفقيه الأصولي النظار شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، نسبة إلى بلد سرخس (١) من بلاد خراسان ، أحد الفحول والأئمة الكبار أصحاب الفنون ، كان إماماً في المذهب الحنفي علامة مجتهداً حجة مناظراً متكلماً ، حتى صار في النظر فري لزم الإمام شمس الأئمة أبا محمد عبد العزيز الحلواني (ت ٨٤٤ هـ) ولقب بلقبه وتخرج به ، وأخذ عن شيخ الإسلام علي السغدري (ت ١٦٤ هـ) وهو من كبار علماء الحنفية ما وراء النهر^{٥٩} ، عده ابن كمال باشا من المجتهدين في مسائل المذهب الحنفي .

وإذا أطلق الشيخ في أصول الفقه ذهب إلى الإمام السرخسي .

أخذ في التصنيف والتعليق وشاع ذكره بين العلماء ، وكان يمللي على الطلبة من الجب وهو أعلى الجب يكتبون ما يمللي عليهم ، ومن ذلك كتاب المبسوط في الفقه ألفه في أربعة عشر مجلداً^{٦٠} ، إملاء عن ظهر غيب وهو محبوس في الجب بسبب كلمة كان فيها من الناصحين ، وقيل إنه كان يحفظ اثني عشر ألف كراسٍ .

٥٩ انظر الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ١٥٩ .

٦٠ المطبوع في ثلاثين جزءاً .

توفي سنة ٠٩٤ هـ^{٦١}.

تلاميذه :

وممن تفقه عليه :

- ١- أبو بكر محمد بن إبراهيم الحصري.
- ٢- وأبو عمر عثمان بن علي بن محمد البيكندي.
- ٣- أبو حفص عمر بن حبيب ، جد صاحب الهداية لأمه.

آثاره العلمية :

وهي متعددة وأكثرها في الفقه الحنفي ، وهي :

١- كتاب المبسوط في الفقه :

للكتاب عدة نسخ مخطوطة في دار الكتب المصرية وفي خزائن مكتبات إستانبول^{٦٢}.
طبع الكتاب عدة طبعات ، منها : طبعة مصر ، و طبعة دار الكتب العلمية في بداية عام ٤١٤١ هـ / ٣٩٩١ م.

٢- تمهيد الفصول في الأصول المعروف بأصول السرخسي ، (وسيأتي الكلام عنه مفصلاً في الفصل القادم ، التعريف بهذا الكتاب).

طبع عدة طبعات بدون تحقيق منها :

ط ٣- بيروت : دار المعرفة ، ١١٤١ هـ / ١٩٩١ م.

ثم طبع عدة طبعات بتحقيق أبو الوفا الأفغاني ، منها :

ط ٤- بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ٥٢٤١ - ٦٢٤١ هـ / ٥٠٠٢ م.

كما طبع بتحقيق : رفيق عجم.

ط ١ بيروت : دار المعرفة ، ٨١٤١ هـ / ٧٩٩١ م^{٦٣}.

٣- شرح مختصر الطحاوي.

قال الأفغاني : رأى العلامة المرحوم الكوثري قطعة منه.

٤- شرح كتاب الكسب لمحمد بن الحسن الشيباني.

٦١ وقيل : كانت وفاته في سنة ٤٨٣ هـ ذهب إليه المحقق أبو الوفاء الأفغاني ، وقيل : في حدود الخمسمئة من الهجرة كما ذكره الشهاب المقرئ في تذكروته ، وهو بعيد .

٦٢ مناهل العرفان للزرقاني ١ : ٣١٣ - ٣١٤ .

٦٣ ذكره حاجي خليفة في كشف الظنون ٢ : ٥٨٠ ، وإسماعيل باشا البغدادي في هدية العارفين ٢ : ٧٦ .

انظر : الدليل الجامع إلى كتب أصول الفقه المطبوعة باللغة العربية للشاهين ص ١٣٢ .

- وهو جزء أيضا من مبسوطه موجود في آخر جزء الثلاثين منه (٦٤).
توجد نسخة مخطوطة من هذا الشرح في مكتبة شيخ الإسلام عارف حكمت بالمدينة المنورة.
- ٥- شرح الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني.
٦- شرح الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني.
يوجد المجلد الرابع منه مخطوطا في دار الكتب المصرية ، وكذلك بعض أجزاءه في خزائن مكتبات إستانبول.
- ٧- شرح الزيادات لمحمد بن الحسن الشيباني.
٨- شرح زيادات الزيادات للإمام محمد بن الحسن الشيباني.
توجد منه نسخة في مكتبات إستانبول.
- ٩- شرح كتاب الكافي^{٦٥} للحاكم الشهيد محمد بن محمد المروزي.
- ١٠- شرح السير الكبير : في جزئين ضخمين أملاهما وهو في الحب ، فلما وصل إلى باب الشروط حصل الفرج فأطلق فخرج في آخر عمره إلى فرغانة فأنزله الأمير حسن بمترله فوصل إليه الطلبة فأكمل الإملاء في دهليز الأمير^{٦٦} . وهذا الشرح مطبوع في دائرة المعارف
- ١١- شرح كتاب النفقات للخصاف.
٢١- شرح أدب القاضي للخصاف.
٣١- أشراط الساعة^{٦٧}.
٤١- الفوائد الفقهية^{٦٨}.
٥١- كتاب الحَيْض^{٦٩} . ٧٠.

٦٤ وهو يقول في أوله : أودعت كتابي هذا معاني محمد بن الحسن في كتبه المبسوطه ، ومعاني جوامعه المؤلفه مع اختصار كلامه وحذف المكررات من كلامه . مقدمة أصول السرخسي للأفغاني ص ٦ .
٦٥ ذكر الكتاب إسماعيل باشا البغدادي في هدية العارفين ٢ : ٧٦ .
٦٦ قال أبو الوفا الأفغاني : ولعل أفرزه بعض العلماء منه ليعم نفعه . مقدمة أصول السرخسي ص ٥ ذكر هذا الشرح إسماعيل باشا البغدادي في هدية العارفين ٢ : ٩١ . مفتاح السعادة ٢ : ٥٥ (وفيه أنه توفي في حدود ٥٠٠ هـ) معجم المؤلفين ٨ : ٢٣٩ .
٦٧ ذكره صاحب كشف الظنون ١ : ٤١٧ .
٦٨ ذكره صاحب كشف الظنون ١ : ٥٥٣ .
٦٩ ذكره صاحب كشف الظنون ١ : ٥٦٣ .
٧٠ انظر : مراجع ومصادر ترجمة الإمام السرخسي في : الجواهر المضية : ٣ : ٧٨ — ٨٢ ، طبقات الفقهاء لطاش كبرى زاده ص ٨٥ ، كشف الظنون ١ : ١١٢ ، ٤١٧ ، ٥٥٣ ، ٥٦٣ ، الفوائد البهية ص ١٢٤ — ١٢٥ (ط ١ ، ص ١٥٨) ، تاج التراجم لابن قطلوبغا ص ٥٢ ، هدية العارفين ٢ : ٧٦ ، سير أعلام النبلاء ١٨ : ٦٠٢ — ٦٠٣ ، الأعلام للزركلي ٥ : ٣١٥ ، مقدمة تحقيق كتاب أصول السرخسي لأبي الوفا الأفغاني ص ٣ — ٦ ، ترجمة السرخسي لمحمد زاهد الكوثري ، أعلام الفوائد البهية لأحمد مهدي الخضر ص ٢٥ ، فهرس المصنفين والمصنفات الوارد ذكرها في حاشية ابن عابدين لأحمد مهدي الخضر ص ٣٤

الفصل الثالث : القواعد اللغوية الأصولية عند الإمام السرخسي :

اختلف الأصوليون في ترتيب المقدمات الأصولية اللغوية والتي احتوت على القواعد اللغوية الأصولية على نهجين أو طريقتين نتيجةً لاختلافهم في طرق التأليف الرئيسية أو الأولى عرفت بطريقتين : طريقة المتكلمين أو الشافعية ، وطريقة الحنفية أو الفقهاء ،

وكان ترتيب تلك المباحث اللغوية في المدرستين على النحو التالي :

أولا : مدرسة الشافعية أو المتكلمين :

١- المقدمات المنطقية واللغوية.

٢- الأحكام.

٣- الأدلة.

٤- الاجتهاد والتقليد

ثانيا : مدرسة الأحناف أو الفقهاء :

١- المقدمات في تعريف علم أصول الفقه ، وفي ثناياها تذكر القضايا اللغوية.

٢- الأدلة.

٣- التعارض والترجيح.

٤- الحكم الشرعي وقضاياه.

فالشافعية والمتكلمون يبدؤون بالمقدمات ، وذلك راجع لضرورة تركيز التصور عندهم ، ثم يتبعونها بالأحكام فالأدلة فالاجتهاد والتقليد . والأحكام هي المقصودة بالأدلة.

قال الغزالي في المستصفي : (اعلم أنك إذا فهمت أن نظر الأصولي في وجوه دلالة الأدلة لم يخف عليك أن المقصود معرفة كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة ، فوجب النظر في الأحكام ثم الأدلة وأقسامها)^{٧١}.

أما الحنفية فقد اتجهوا أولا للأدلة ، لأن أصولهم قائمة على ضرورة الاستدلال لفروعهم والعمل من أجلها قبل أن تقوم على أساس المنطق الموضوعي المحدود.

قلت : إن علماء الأصول الأحناف قد اختلفوا في ترتيبهم للقواعد اللغوية التي ذكروها في كتبهم ومباحثهم الأصولية ، كما أنهم اختلفوا أيضا في أماكن ومواضع ذكرها من مصنف إلى آخر^{٧٢}.

٧١ المستصفي للغزالي ١ : ٧ - ٨ .

٧٢ انظر على سبيل المثال : أصول السرخسي ، أصول البزدوي ، منار الأنوار ، التلويح على التوضيح ، المرأة شرح المرقاة ، امتحان القضاة للأكبري .

إن الباحث المطلع على المباحث اللغوية الأصولية في أصول السرخسي يجد أن الإمام السرخسي قد سلك في ترتيبه ترتيباً يختلف بعض الشيء عن عامة كتب أصول الحنفية حيث شرع فيه في الحديث عن الأمر والنهي^{٧٣} ، ثم تحدث عن الخاص والعام والمشارك والمؤول ، ثم الظاهر والنص والمفسر والمحكم ، وأضدادها : الخفي ، والمشكل ، والمجمل ، والمتشابه ، ثم الحقيقة والمجاز ، والصريح والكناية ، ثم تحدث عن حروف المعاني ، ثم عن متعلقات النصوص : عبارة النص ، وإشارته ، ودلالته ، واقتضائه^{٧٤} .

ونجد من خلال النهج والترتيب العناية الفائقة التي أعطاها الإمام السرخسي لبيان هذه المباحث اللغوية والاستدلال لها ، وبيان آراء العلماء والأصوليين في بعضها ، وإن كانت تلك المباحث من مسائل الخلاف فإنه يذكر المذاهب وأدلتهم ، ويناقش ما يراه قابلاً للنقاش منها ، مرجحاً للصواب ، كما نراه في المباحث اللغوية يورد الاعتراضات عليها ويحجب عنها مدلالها ، وإذا تطلب المقام التوضيح أتى ببعض الفروع الفقهية لتوضيح تلك المباحث .

إن الصلة بين المباحث اللغوية والأصولية والصلة بين القواعد اللغوية والقواعد الأصولية من جهة أخرى تدل على الارتباط والصلة القوية بين تلك المباحث والقواعد عند الإمام السرخسي . للنقاش منها، مرجحاً للصواب ، كما نراه في المباحث اللغوية يورد الاعتراضات عليها ويحجب عنها مدلالها ، وإذا تطلب المقام التوضيح أتى ببعض الفروع الفقهية لتوضيح المباحث إنَّ الصلة بين المباحث اللغوية والأصولية من جهة والصلة بين القواعد اللغوية والقواعد الأصولية من جهة أخرى تدل على الارتباط والصلة القوية بين تلك المباحث والقواعد عند الإمام السرخسي .

منهج السرخسي في ذكر القواعد اللغوية الأصولية :

بالاستقراء يتبين لنا أن الإمام السرخسي ذكر هذه القواعد في كتابه هذا متفرقة وموزعة في أبواب الكتاب وفصوله ومباحثه ، ولقد ذكر بعضها على سبيل الاستدلال ، والبعض الآخر على أنها شاهد لمسألة معينة ، أو لما ذهب إليه ، والبعض الآخر ذكرها على أنها بيان وتوضيح

٧٣ قال السرخسي : (فأحق ما يبدأ به في البيان الأمر والنهي ، لأن معظم الابتلاء بهما ومعرفتهما تتم معرفة الأحكام ، ويتميز الحلال عن الحرام) أصول السرخسي ص ٨ .

٧٤ ثم انتقل بعدها للحديث عن الأدلة الشرعية : الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، ثم ذكر الاحتجاج بما ليس بحجة ، ووجوه الاعتراض على العلل ، وجعل خاتمة كتابه في بيان الحكم والسبب والعلة والشرط والعلامة .

لقاعدة أخرى مع مراعاة التسلسل الأصولي للموضوعات والمباحث الرئيسة ككل ، والتي ذكرت فيها تلك القواعد.

لقد أعطى الإمام السرخسي بعض هذه القواعد الاهتمام الخاص وأسهب في عرضها وفي ذكر الآراء والاستدلال لها ، كما أكثر في شرح بعضها من ذكر الأمثلة الفقهية ، وما يترتب عليها من الاختلاف بين الحنفية والشافعية^{٧٥}.

ولأهمية بعض هذه القواعد اللغوية نجد أن الإمام السرخسي قد قام بتكرار ذكر هذه القواعد في أكثر من موضع في مؤلفه هذا^{٧٦}.

امتاز أسلوب الإمام السرخسي بتوضيح هذه القواعد وشرحها بالأسلوب العلمي والفقهني العميق الخالي من التعقيدات والمصطلحات الفلسفية المنطقية ، وبعبارات سهلة دقيقة.

كما نجد أن عبارات الإمام السرخسي وألفاظه التي سبقت تلك القواعد قد تعددت وتنوعت ، ومنها :

مما اتفق عليه الفقهاء.

المذهب عند الجمهور.

ما قاله علماؤنا رحمهم الله.

ثم الأصل.

والتقرير ، ومن المقرر في المذهب.

ولا خلاف في.

التنصيب عند أصحابنا.

المختار عندنا.

اعلم بأن.

المذهب هو.

وعلى هذا الأصل قلنا.

٧٥ كما فعل في بعض القواعد اللغوية الأصولية التي ذكر في « طرق دلالات الألفاظ » .

٧٦ انظر : على سبيل المثال قاعدة : (لا عموم لمقتضى اللفظ) فإنه تكرر ذكرها في الصفحات : ٢١ ، ٩٣ ، ٩٥ ، ص ٢١٩ .

وقاعدة : (المطلق يثبت الحقيقة دون المجاز) فإنه تكرر ذكرها في الصفحات : ٥٠ ، ٤٢٧ .

وقاعدة : (لا يُحمل الكلام على المجاز إلا عند تعذر الحقيقة) فإنه تكرر ذكرها في الصفحات : ١٥٣ ، ٣٢٣ ، ٤٢٧ .

أما القواعد التي ذكرها على سبيل التعليل ، فلقد اختلفت عباراته في ذكرها ، وإن أكثر ما استهل به هذه القواعد هو حرف التعليل « اللام » ، ومنها :

(لأن المشروع لا يخلو عن الحكمة)^{٧٧} .

(لأن الأسباب الشرعية تراد لأحكامها)^{٧٨} .

(لأن في العمل تقرير الثابت بالنص لا نسخ له)^{٧٩} .

(لأن ترك الواجب بعذر يرفع الإثم)^{٨٠} .

(لأن العلة هي الموجبة شرعاً)^{٨١} .

(لأن التعليق بالشرط لا يوجب نفي الحكم)^{٨٢} .

(لأن التعليق بالشرط يمنع الوصول إلى المحل)^{٨٣} .

(لأن العمل بالقياس جائز فيما لا نص فيه)^{٨٤} .

(لأن القياس حجة بإجماع السلف من الصحابة)^{٨٥} .

(لأن كون القياس الصحيح حجة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع)^{٨٦} .

(لأن الشرط مانع من وجود العلة)^{٨٧} .

(لأن موجب الاستثناء نفي الحكم في المستثنى بدليل المعارض)^{٨٨} .

(لأن الإطلاق بعد التقييد نسخ كما أن التقييد بعد الإطلاق نسخ)^{٨٩} .

(لأن الشرعيات لا تصير موجودة بركنها قبل وجود الشرط)^{٩٠} .

٧٧	أصول السرخسي ص ٦٤ .
٧٨	المرجع السابق ص ٧١ .
٧٩	المرجع السابق ص ٨٩ .
٨٠	المرجع السابق ص ٩٤ .
٨١	المرجع السابق ص ١٨٥ .
٨٢	المرجع السابق ص ٢٠٥ .
٨٣	المرجع السابق ص ٢٠٦ .
٨٤	المرجع السابق ص ٢٥٤ .
٨٥	المرجع السابق ص ٢٦٢ .
٨٦	المرجع السابق ص ٢٦٤ .
٨٧	المرجع السابق ص ٣١٨ .
٨٨	المرجع السابق ص ٣١٩ .
٨٩	المرجع السابق ص ٣٤٣ .
٩٠	المرجع السابق ص ٤٠١ .

- (لأن النص مقدم على القياس بلفظه ومعناه)^{٩١}.
 (لأن التعليل في معارضة النص أو فيما يبطل حكم النص باطل بالاتفاق)^{٩٢}.
 (لأن الفرع ليس بنظير النص)^{٩٣}.
 (لأن علل الشرع أمارات للأحكام)^{٩٤}.
 (لأن الصفة تابعة للأصل وبانعدام الوصف لا ينعدم الأصل)^{٩٥}.

الفصل الثالث: القواعد اللغوية الأصولية عند الإمام السرخسي^{٩٦}

- الأمر أحد أقسام الكلام^{٩٧, ٩٨}.
 أمر الرسول صلى الله عليه وسلم يشمل أقواله وأفعاله^{٩٩}.
 الأمر من أعظم المقاصد^{١٠٠}.
 العبارات لا تقصر عن المقاصد^{١٠١}.
 المصادر لا بد أن توجد عن فعل أو يوجد عنها فعل^{١٠٢}.
 اسم الأمر يتناول ما هو للإلزام حقيقة^{١٠٣}.
 موجب الأمر حقيقته الإيجاب و..... التخيير^{١٠٤}.
 موجب مطلق الأمر الإلزام إلا بدليل^{١٠٥}.
 مطلق الأمر بعد الحظر للإيجاب^{١٠٦}.

-
- ٩١ المرجع السابق ص ٤٠٢
 ٩٢ المرجع السابق ص ٤٠٩ .
 ٩٣ المرجع السابق ص ٤١٠ .
 ٩٤ المرجع السابق ص ٤٢١ .
 ٩٥ المرجع السابق ص ٥١٨ .
 ٩٦ مرتبة على أبواب كتاب (أصول السرخسي) .
 ٩٧ بمثولة الخبر والاستخبار ، والخبر عند أهل اللسان : قول المرء لغيره أفعال ، وعند الفقهاء هي كلمة إذا خاطب المرء بها من هو مثله أو دونه فهو أمر ، وإن خاطب من هو فوقه لا يكون أمرا .
 ٩٨ المرجع السابق ص ٩ .
 ٩٩ المرجع السابق ص ١٠ .
 ١٠٠ لأن الإنسان خلق للابتلاء ، والابتلاء إنما يتحقق بالأمر .
 ١٠١ المرجع السابق ص ١٠ .
 ١٠٢ المرجع السابق ص ١٠ .
 ١٠٣ المرجع السابق ص ١١ .
 ١٠٤ المرجع السابق ص ١٢ .
 ١٠٥ المرجع السابق ص ١٢ .

- صيغة الأمر لا توجب التكرار ولا تحتمله^{١٠٧}.
- الإطلاق في الاسم والفعل يوجب العموم حتى يقوم دليل الخصوص^{١٠٨}.
- مطلق الأمر لا يوجب التكرار^{١٠٩}.
- صيغة الجمع لا تحتمل الفرد حقيقة ، وصيغة الفرد لا تحتمل الجمع حقيقة^{١١٠}.
- الأمر المطلق عن الوقت لا يوجب الفور^{١١١}.
- لا عموم لمقتضى اللفظ^{١١٢}.
- لا عموم لمقتضى الحال^{١١٣}.
- النهي الواجب يثبت على الفور^{١١٤}.
- لا يكون حكم المطلق هو حكم المقيّد فيما ثبت التقييد به^{١١٥}.
- الوقت يكون ظرفاً للأداء وشرط له وسبب للوجوب^{١١٦}.
- الترجيح بإيجاد أصل الشيء أولى بالمصير إليه من الترجيح بالصفة^{١١٧}.
- الصفة تتبع الموصوف لا العكس^{١١٨}.
- الاحتمال ساقط بالاعتبار في مقابلة النص^{١١٩}.
- المطلق يثبت الحقيقة دون المجاز^{١٢٠}.
- النهي ضد الأمر^{١٢١}.
- مقتضى النهي قبح المنهي عنه^{١٢٢}.

١٠٧ المرجع السابق ص ١٥ .

١٠٨ المرجع السابق ص ١٥ - ١٦ .

١٠٩ المرجع السابق ص ١٦ .

١١٠ المرجع السابق ص ٢١٧ ، ٨٠ .

١١١ المرجع السابق ص ١٩ .

١١٢ المرجع السابق ص ٢٠ .

١١٣ المرجع السابق ص ٢١ ، ٩٣ ، ١٩٥ ، ٢١٩ .

١١٤ المرجع السابق ص ٢١ .

١١٥ المرجع السابق ص ٢١ .

١١٦ المرجع السابق ص ٢١ .

١١٧ المرجع السابق ص ٢٤ .

١١٨ المرجع السابق ص ٣٢ .

١١٩ المرجع السابق ص ٣٢ .

١٢٠ المرجع السابق ص ٤١ .

١٢١ المرجع السابق ص ٥٠ ، ٥١ .

١٢٢ المرجع السابق ص ٦٣ .

- أصل النهي موجبٌ للانتهاء^{١٢٣}.
- الأمر بالشيء يقتضي كراهة ضده^{١٢٤}.
- الزيادة على النص نسخ^{١٢٥}.
- لفظ الواحد لا ينتظم المعاني المختلفة^{١٢٦}.
- العام موجب للعمل بعمومه^{١٢٧}.
- المجاز لا يعارض الحقيقة^{١٢٨}.
- ثبوت المجاز يكون بإرادة المتكلم لا بصيغة الكلام^{١٢٩}.
- العام إذا لحقه خصوص يبقى حجة فيما وراء المخصوص^{١٣٠}.
- إن دليل الخصوص بمثلة الاستثناء في حق الحكم وبمثلة الناسخ باعتبار الصيغة^{١٣١}.
- النكرة من الاسم للخصوص في أصل الوضع^{١٣٢}.
- النكرة عند الإطلاق لا تعم^{١٣٣}.
- التقييد بالوصف يكون زيادة لا تخصيصاً ويكون نسخاً ورفعاً لحكم الإطلاق^{١٣٤}.
- النكرة في النفي تعم وفي الإثبات تخص^{١٣٥}.
- اللفظ الواضح أربعة أقسام هي: الظاهر، والنص، والمفسر، والمحكم^{١٣٦}.
- العبرة لعموم الخطاب لا لخصوص السبب^{١٣٧}.
- اللفظ الخفي أربعة أقسام، هي: الخفي، والمشكل، والمجمل، والمتشابه^{١٣٨}.

١٢٣ المرجع السابق ص ٦٣ ، ٦٤ .

١٢٤ المرجع السابق ص ٦٩ .

١٢٥ المرجع السابق ص ٧٥ .

١٢٦ المرجع السابق ص ٨٩ .

١٢٧ المرجع السابق ص ٩٩ ، ١٠٠ .

١٢٨ المرجع السابق ص ٩٩ ، ١٠٠ .

١٢٩ المرجع السابق ص ١٠٦ ، ١٥٤ .

١٣٠ المرجع السابق ص ١٠٩ ، ١٣٥ .

١٣١ المرجع السابق ص ١٠٩ .

١٣٢ المرجع السابق ص ١١٤ .

١٣٣ المرجع السابق ص ١١٧ .

١٣٤ المرجع السابق ص ١٢٥ .

١٣٥ المرجع السابق ص ١٢٦ ، ٣٩٥ .

١٣٦ المرجع السابق ص ١٢٥ .

١٣٧ المرجع السابق ص ١٢٦ ، ٣٩٥ .

١٣٨ المرجع السابق ص ١٢٩ .

إذا كانت الحقيقة مهجورة فحينئذ يتعين المجاز^{١٣٩}.
 ترجح الحقيقة على المجاز عند إطلاق اللفظ^{١٤٠}.
 الحقيقة والمجاز لا يجتمعان في لفظ واحد في حالة واحدة على أن يكون كل واحد منهما مراداً بحال^{١٤١}.
 تعرف الحقيقة بالسمع^{١٤٢}.
 الأصل في الكلام الصريح^{١٤٣}.
 جملة ما تدرك به الحقيقة خمسة أنواع : دلالة الاستعمال عرفاً ، دلالة اللفظ ، السياق والنظم ، الدلالة من وصف المتكلم ، ومن محل الكلام^{١٤٤}.
 لا يحمل الكلام على المجاز إلا عند تعذر الحقيقة :
 موجب الكلام عند الإطلاق العموم^{١٤٥}.
 الواو للعطف مطلقاً^{١٤٦}.
 طرق دلالة الألفاظ على الأحكام ، أربعة أقسام ، هي :
 دلالة عبارة النص ، ودلالة إشارة النص ، ودلالة النص ، ودلالة اقتضاء النص^{١٤٧}.
 الألفاظ مطلوبة للمعاني^{١٤٨}.
 الثابت بدلالة النص لا يحتمل التخصيص^{١٤٩}.
 الثابت بمقتضى النص لا يحتمل التخصيص^{١٥٠}.
 الثابت بالاقتضاء بمترلة الثابت بدلالة النص^{١٥١}.
 التنصيص على الشيء باسم العلم لا يوجب التخصيص ولا قطع الشركة بين المنصوص وغيره من جنسه في الحكم^{١٥٢}.

١٣٩ المرجع السابق ص ١٢٩ .

١٤٠ المرجع السابق ص ١٣١ .

١٤١ المرجع السابق ص ١٣٥ .

١٤٢ المرجع السابق ص ١٣٥ .

١٤٣ المرجع السابق ص ١٣٩ .

١٤٤ المرجع السابق ص ١٣٩ .

١٤٥ المرجع السابق ص ١٤٨ .

١٤٦ المرجع السابق ص ١٥٣ ، ٣٢٣ ، ٤٢٧ .

١٤٧ المرجع السابق ص ١٥٤ .

١٤٨ المرجع السابق ص ١٥٧ .

١٤٩ المرجع السابق ص ١٨٤ .

١٥٠ المرجع السابق ص ١٨٨ .

١٥١ المرجع السابق ص ١٩٨ ، ٤٧٥ .

١٥٢ المرجع السابق ص ١٩٨ ، ٤٧٥ .

- التخصيص يكون فيما فيه احتمال العموم^{١٥٣}.
- لا يحمل المطلق على المقيد^{١٥٤}.
- لا يحمل المقيد على المطلق^{١٥٥}.
- لا يخصص العام بغرض المتكلم^{١٥٦}.
- الكلام المذكور للمدح والذم والثناء والاستثناء له عموم^{١٥٧}.
- الجمع المضاف إلى جماعة لا يكون مضافاً إلى كل واحد منهم^{١٥٨}.
- إعجاز القرآن في النظم والمعنى معاً^{١٥٩}.
- مراعاة اللفظ في الرواية أولى ويجوز بالمعنى بعد حسن الضبط^{١٦٠}.
- عند الإطلاق في الكلام لا يثبت إلا أدنى الكمال^{١٦١}.
- بيان التفسير يكون موصولاً ومفصلاً ، ويجوز أن يتأخر عن أصل الكلام^{١٦٢}.
- العام الذي لم يدخله خصوص لا يكون حكمه مثل العام الذي لم يدخله^{١٦٣}.
- بيان التغيير والتبديل يكون موصولاً لا مفصلاً^{١٦٤}.
- دليل العموم إذا اقترن بالعموم يكون بياناً ، وإذا تأخر يكون نسخاً^{١٦٥}.
- البيان الذي للخصوص قد يتأخر عن العموم^{١٦٦}.
- موجب الاستثناء أن يصير الكلام ما وراء الاستثناء وينعدم الحكم في المستثنى^{١٦٧}.
- الاستثناء يوجب نفي الحكم في المستثنى بدليل معارض^{١٦٨}.

١٥٣ المرجع السابق ص ١٩٣ .

١٥٤ المرجع السابق ص ١٩٨ ، ٢٠١ ، ٢٠٨ .

١٥٥ المرجع السابق ص ١٩٨ .

١٥٦ المرجع السابق ص ٢٠٧ .

١٥٧ المرجع السابق ص ٢٠٩ ، ٣٤١ .

١٥٨ المرجع السابق ص ٢١٢ .

١٥٩ المرجع السابق ص ٢١٢ .

١٦٠ المرجع السابق ص ٢١٤ .

١٦١ المرجع السابق ص ٢١٩ .

١٦٢ المرجع السابق ص ٢٧٥ .

١٦٣ المرجع السابق ص ٢٩٢ .

١٦٤ المرجع السابق ص ٣١٢ .

١٦٥ المرجع السابق ص ٣١٣ .

١٦٦ المرجع السابق ص ٣١٣ ، ٣٢٥ .

١٦٧ المرجع السابق ص ٣١٨ .

١٦٨ المرجع السابق ص ٣١٩ .

- صدر الكلام في الاستثناء لا يتناول المستثنى أصلاً^{١٦٩}.
- الاستثناء في الجمل المتعاطفة يقتصر على ما يليه^{١٧٠}.
- بعد النسخ لا يبقى الحكم الأول^{١٧١}.
- النسخ في المشروعات يكون مؤقتاً ومؤبداً^{١٧٢}.
- لا نسخ في معاني الأخبار^{١٧٣}.
- لا نسخ في أصل التوحيد والدين^{١٧٤}.
- يجوز نسخ الأحف بالأنقل ، والأثقل بالأحف^{١٧٥}.
- الإطلاق بعد التقييد نسخ ، والتقييد بعد الإطلاق نسخ^{١٧٦}.
- يجوز النسخ بطريق الزيادة على النص^{١٧٧}.
- التخصيص للإخراج ، والتقييد للإثبات^{١٧٨}.
- الأصل في النصوص التعليل^{١٧٩}.
- الأحكام الشرعية إنما تبني على الأسامي الثابتة شرعاً^{١٨٠}.
- الثابت بضرورة النص كالثابت بالنص^{١٨١}.
- الكلام محمول على الحقيقة حتى يقوم دليل المجاز^{١٨٢}.
- الترجيح في النصوص لا يقع بالعموم والخصوص^{١٨٣}.
- الصفة تابعة للأصل ، وبانعدام الصفة ينعدم الأصل^{١٨٤}.

١٦٩ المرجع السابق ص ٣٢٠ .

١٧٠ المرجع السابق ص ٣٢٤ .

١٧١ المرجع السابق ص ٣٣١ .

١٧٢ المرجع السابق ص ٣٣٤ .

١٧٣ المرجع السابق ص ٣٣٥ .

١٧٤ المرجع السابق ص ٣٣٥ ، ٣٦٢ .

١٧٥ المرجع السابق ص ٣٤٠ ، ٣٥٣ .

١٧٦ المرجع السابق ص ٣٤٣ .

١٧٧ المرجع السابق ص ٣٥١ .

١٧٨ المرجع السابق ص ٣٩٤ ، ٤٥٥ .

١٧٩ المرجع السابق ص ٤٠٦ .

١٨٠ المرجع السابق ص ٣٥٣ .

١٨١ المرجع السابق ص ٤١٤ .

١٨٢ المرجع السابق ص ٤٤٧ ، ٥٠٠ .

١٨٣ المرجع السابق ص ٤٨٣ .

١٨٤ المرجع السابق ص ٥١٨ .

خاتمة :

في نهاية هذا البحث وبعد أن تجولت بين أبواب وفصول ومباحث كتاب أصول السرخسي ، مستصحباً فرائده المتمثلة في القواعد الأصولية اللغوية وما يتفرع منها ، أخلص إلى الأمور التالية :

أولاً : إن نشأة القواعد الأصولية سابقة لنشأة القواعد الفقهية.

ثانياً : علم القواعد الأصولية اللغوية من أشرف العلوم ، وإنّ هناك فروقاً جوهرية بين القواعد الأصولية اللغوية وبين القواعد الفقهية.

ثالثاً : الوقوف على الترجمة الخاصة بالإمام السرخسي ، وكيف تكونت شخصيته العلمية.

رابعاً : حاولت في هذا البحث جاهداً معرفة فكر الإمام السرخسي التأصيلي للقواعد الأصولية اللغوية.

خامساً : التعرف على منهج الإمام السرخسي في التعييد الأصولي لهذه القواعد وبيانها.

سادساً : إنّ هناك علاقة وثيقة بين القواعد الأصولية وبين القواعد النحوية أو اللغوية.

سابعاً : إن القواعد الأصولية اللغوية إنما وضعت لفهم النصوص الشرعية ، ولاستنباط الأحكام الشرعية.

ثامناً : العلم بالنصوص الشرعية العربية يتوقف على العلم بقواعد اللغة العربية.

تاسعاً : هناك مباحث لغوية أدخلت في صلب علم أصول الفقه ، وهي مباحث أصلية وليست عارضة.

عاشراً : إن القواعد الأصولية تُعنى بتصرفات المكلفين ، ومعظم تلك التصرفات إنما هي تصرفات قولية فيها العموم والخصوص ، والإطلاق والتقييد ، والحقيقة والمجاز ، وغيرها من المباحث اللغوية.

الحادي عشر : اهتمام الإمام السرخسي العميق بعلم الأصول والقواعد الأصولية اللغوية

الثاني عشر : تجاوز فهم الإمام السرخسي للأصول إلى منهجية الابتكار والبعث لأنواع من الضوابط والقواعد على مختلف أنواعها ودرجاتها.

الثالث عشر : الوقوف على الأصول والقواعد التي بنى عليها الإمام السرخسي واعتمدها في منهجه العلمي الأصولي لشرح الكتب التي صنفها الإمام محمد بن الحسن الشيباني.

الرابع عشر : إن دراسة القواعد الأصولية اللغوية عند الإمام السرخسي يكون معيناً على فهم ما هو الحقيقة في الفروع.

الخامس عشر : إن كبار علماء الأصول ومنهم السرخسي قد أخذوا ونقلوا المباحث اللغوية من أئمة اللغة.

السادس عشر : أدخلت بعض القواعد اللغوية في علم أصول الفقه.

السابع عشر : حاول الإمام السرخسي التأصيل للقواعد الأصولية اللغوية التي اعتمدت في المذهب.

الثامن عشر : بيان مكان وأهمية القواعد الأصولية التي ذكرها محمد بن الحسن في مصنفاته.

التاسع عشر : الوقوف على النظرة المقاصدية لدى الإمام السرخسي من خلال هذه القواعد الأصولية اللغوية.

العشرون : أهمية القواعد الأصولية اللغوية في الفهم الأصولي ومناهج استنباط الأحكام.

الحادي والعشرون : اشتركت كتب الأصول مع كثير من مباحث اللغة ، فهناك المباحث اللغوية والنحوية الأصولية.

الثاني والعشرون : تخريج بعض الفروع الفقهية على القواعد اللغوية.

الثالث والعشرون : إن مؤلفات المتقدمين في القواعد الأصولية اللغوية ما هي إلا اللبنة الأولى التي ينطلق ويعرج منها الفقيه والمجتهد.

الرابع والعشرون : الوقوف على بعض القواعد الأصولية اللغوية لدى المتقدمين من علماء الأصول الأحناف.

الخامس والعشرون : مساهمة القواعد الأصولية اللغوية في تفعيل عملية الاجتهاد واستنباط الأحكام الشرعية.

السادس والعشرون : معرفة أهمية هذه القواعد في علم أصول الفقه من جهة ، وأهميتها في مناهج وطرق الاستدلال والاستنباط الفقهي للأحكام الشرعية.

السابع والعشرون : تفاوت اهتمام الإمام السرخسي في تكوينه للقواعد وصياغتها ، وبحسب مكانة القاعدة وما يتعلق بها من موضوع وبحث أصولي.

أهم المصادر والمراجع

- الإبهام في شرح المنهاج: السبكي، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن تمام، (ت ٦٥٧هـ). كتب هوامشه وصححه: جماعة من العلماء. ط ١. بيروت: دار الكتب العلمية، ٤٠٤١هـ / ٣٨٩١ م.
- أثر الاختلاف في القواعد الأصولية: مصطفى سعيد الخن. ط ٢. بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٠٤١ / ١٨٩١ م.
- الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد التغلي، (ت ١٣٦هـ). تحقيق: سيد الجميلي. ط ١. بيروت: دار الكتاب العربي، ٤٠٤١هـ / ٤٨٩١ م.
- الأشباه والنظائر: ابن نجيم، زين العابدين بن محمد بن نجيم الحنفي المصري، (ت ١٧٩هـ). بيروت: دار الكتب العلمية، ٠٠٤١هـ / ٠٨٩١ م.
- الأشباه والنظائر: السبوطي، جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، (ت ١١٩هـ). تحقيق: محمد محمد تامر. ط ١. القاهرة: دار السلام، ٨١٤١هـ / ٨٩٩١ م.
- أصول السرخسي: أبو بكر، محمد بن أبي سهل السرخسي. حقق أصوله: أبو الوفاء الأفغاني، بيروت: دار المعرفة، ٣٧٩١هـ / ٣٩٣١ م.
- أصول السرخسي: محمد بن أبي سهل السرخسي، حقق أصوله: أبو الوفاء الأفغاني. ط ١. بيروت: دار الفكر، ٥٢٤١هـ / ٥٠٠٢ م.
- أصول الشاشي: الشاشي، أبو علي محمد نظام الدين إسحاق بن إبراهيم السمرقندي، (ت ٤٤٣هـ). م. ط. الطبعة الثانية. بيروت: دار الكتاب العربي، ٢٠٤١هـ / ٢٨٩١ م.
- أصول الفقه: محمد أبو زهرة. م. ط. القاهرة: دار الثقافة العربية، ٣٩٣١هـ / ٣٧٩١ م.
- البحر المحيط: الزركشي محمد بن بهادر، حققه وخرج أحاديثه: لجنة من علماء الأزهر، ط ١، القاهرة، دار الكتي، ٤١٤١هـ / ٤٩٩١ م.
- البرهان في أصول الفقه: إمام الحرمين الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف (ت ٨٧٤هـ). تحقيق: عبد العظيم محمود الديب. م. ط. الطبعة الثالثة. القاهرة: دار الوفاء، ٢١٤١هـ / ٢٩٩١ م.
- بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: شمس الدين أبو الثناء محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني الشافعي (ت ٩٤٧هـ).
- التصور اللغوي عند الأصوليين: أحمد عبد الغفار. ط ١. الرياض: دار عكاظ، ١٠٤١هـ / ١٨٩١ م.
- التقرير والتحرير شرح التحرير: ابن أمير الحاج، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الحلبي الحنفي، (ت ٩٧٨هـ). م. ط. الطبعة الثانية. بيروت: دار الكتب العلمية، ٣٠٤١هـ / ٣٨٩١ م.
- التلويح إلى كشف حقائق التنقيح: مسعود بن عمر التفتازاني. ضبط نصوصه وعلق عليه وخرج آياته وأحاديثه وقدم له: محمد عدنان درويش. ط ١. بيروت: شركة دار الأرقم، ٩١٤١هـ / ٨٩٩١ م.
- دراسة المعنى عند الأصوليين: طاهر سليمان حمودة. ط ٢. القاهرة: الدار الجامعية ٨٠٤١هـ / ٨٨٩١ م.
- الدليل الجامع إلى كتب أصول الفقه المطبوعة: شامل الشاهين. ط ١. دمشق: دار غار حراء، إستانبول: مركز مرمرة، ٤٢٤١هـ / ٤٠٠٢ م.
- الرسالة: الشافعي، محمد بن إدريس المظلي (ت ٤٠٢هـ). ط ١. بيروت: المكتبة العلمية
- شرح أصول البيزودي = كشف الأسرار عن أصول البيزودي: البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد،

- (ت ٣٧٠ هـ) م. ط. ٣. بيروت: دار الكتاب العربي، ٤٩٣١ هـ / ٤٧٩١ م.
- شرح الكوكب المنير (مختصر التحرير) = المختبر المبتكر شرح المختصر: ابن النجار، أبو البقاء تقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوى، (ت ٢٧٩ هـ). تحقيق: محمد الزحيلي، نزيه حماد. م. ط. ٢. الرياض: مكتبة العبيكان، ٨١٤١ هـ / ٧٩٩١ م.
- أصول السرخسي: محمد بن أبي سهل السرخسي (ت ١٠٩٤ هـ). حقق أصوله: أبو الوفاء الأفغاني، بيروت: دار المعرفة، ٣٩٣١ هـ / ٣٧٩١ م.
- عصارة الأصول (امتحان القضاة): محمد رحي بن عبد الله الأكبي، (ت ٧٢٣١ هـ). دراسة وتحقيق وتعليق: شامل الشاهين. ط ١. دمشق: دار النهضة، ٧٢٤١ هـ / ٦٠٠٢ م.
- عنوان التعريف بأسرار التكليف = الموافقات في أصول الشريعة = الموافقات في أصول الأحكام: الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، (ت ١٠٩٧ هـ). شرح وتحريج: عبد الله دراز، ومحمد عبد الله دراز. م. ط. ٤. بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٢٤١ هـ / ١٠٠٢ م.
- الفروق: القرافي، شهاب الدين أبو العباس، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (ت ٤٨٦ هـ). بيروت: دار المعرفة. د. ت.
- الفصول في الأصول: الحصص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي (ت ١٠٧٣ هـ). ط ٢. الكويت: وزارة الأوقاف، ٤١٤١ هـ / ٤٩٩١ م.
- الفوائد البهية: عبد الحي اللكنوي. الهند: مكتبة ندوة العلماء، ٧٨٣١ هـ / ٧٦٩١ م.
- القواعد والفوائد الأصولية: ابن اللحام، علاء الدين علي بن محمد الخنبلي البعلي، (ت ٣٠٨ هـ). ط ٣. بيروت: دار الكتب العلمية ٣٠٤١ هـ / ٣٨٩١ م.
- كشف الظنون على أسامي الكتب والفنون. كاتب جلي، مصطفى بن عبد الله، (ت ٧٦٠ هـ). ط ١. استانبول، ١٤٩١.
- المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا. ط ٩، بيروت: دار الفكر، ٧٦٩١ م / ٨٦٩١ م.
- المستصفي من علم الأصول: محمد بن محمد الغزالي، تحقيق وتعليق: محمد سليمان الأشقر، ط ١، بيروت، مؤسسة الرسالة، ٧١٤١ هـ / ٧٩٩١ م.
- المفصل في صناعة الإعراب: الزمخشري، جار الله أبو القاسم محمود بن عمر. الطبعة الأولى. بيروت: دار ومكتبة الهلال، ٤١٤١ هـ / ٣٩٩١ م.
- مناهل العرفان: محمد عبد العزيز الزرقاني. القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٦٨١ هـ / ٢٤٩١ م.
- المنثور في القواعد: الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر (ت ٤٩٧ هـ). ط ٢. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دار الكويت للصحافة، ٥٠٤١ هـ / ٥١٩١ م.
- الموطأ: الإمام مالك بن أنس. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. ط ١. مطبعة عيسى بابي الحلبي، ١٥٩١ هـ / ١٥٩١ م.
- نهاية الوصول إلى علم الأصول: صفي الدين محمد بن عبد الرحيم الأرومي (ت ٥١٧ هـ). ط ٢. مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز، ٣١٤١ هـ / ١٩٩١ م.
- نهاية الوصول (بديع النظام): ابن الساعاتي، أحمد بن علي ابن الساعاتي (ت ٤٩٦ هـ). ط ١. مكة المكرمة: جامعة أم القرى، ٨١٤١ هـ / ٨٩٩١ م.

BİR FİNANSMAN YÖNTEMİ OLARAK KULLANILAN BEY' Bİ'L-VEFÂNIN İSLAM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Arş. Gör. Kamil YELEK**

Özet: İslam dini faizi şiddetle yasakladığı için, faize bulaşmadan insanların finansal ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir takım finansman yöntemleri ve şer'i çıkış yolları geliştirilmiştir. Tarih içerisinde faizsiz yoldan finans temini için geliştirilmiş işlemlerden biri de bey' bi'l-vefâdır. Bu, insanların açıktan açığa faize düşmeden ihtiyaç duyduğu parayı temin etme, borç verene alacağını teminat altına alma ve alacağı karşılığında menfaat sağlama imkânı verecek bir usul ve gayeyle, V/XI. yüzyılda ihdâs edilen bir akid türüdür. Hanefi fukahâsı, bunun, faize karşı bir hile-i şer'iyye ve insanlar arasında örf haline gelen bir satış olduğunu söylemektedir. Bu uygulama ilk başta Türklerin meskûn olduğu Buhâra, Semerkand, Belh, Maverâünnehir ve Nesef civarında ortaya çıkıp sadece o bölgeye has iken, daha sonra diğer İslam beldelerine de yayılarak kabul görmüştür. Bu çalışmada bir finansman yöntemi olarak kullanılan bey' bi'l-vefânın fikhî durumu Hanefi mezhebi özelinde tahlil edilerek bazı değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, Bey' bi'l-vefâ, Hile-i şer'iyye, Akit, Finans.

The Evaluation of Bay' Al-Wafa Used As A Financial Way From The Perspective of Islamic Law

Abstract: Since Islam strictly prohibits interest, some financial ways and Shariah solutions were developed in order to respond people's financial needs without involving interest. Historically, one of the solutions for financial supply without interest is bay' al-wafa. This is a type of contract that was created in Vth/XIst century in order to supply the money needed by people without explicitly using interest, securitize the lenders' money due and allow to gain benefit in return for the money due. Hanafi (legal) scholars, state that this hila al-Shar'iyya (legal stratagems) in response to riba/interest and a transaction that emerged/developed as a custom between people. While emerged in areas that Turks lived such as Bukhara, Samarkand, Balkh, Transoxiana and Nasaf was particular to these regions at first, this practice spread to other muslim regions and receive acceptance. In this study, legal status of bay' al-wafa is examined according to Hanafi school as a financial tool and some evaluations are presented.

Keywords: Islamic Law, Bay' al-wafa, Hila al-Shar'iyya, Contract, Finance.

* Bu makale, *İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı ve İslam Finans Uygulamalarına Yansımaları* başlığıyla 2014'te sunulan yüksek lisans tez çalışmamızın üçüncü bölümünün -yeni ilavelerle gözden geçirilerek- makale şeklinde yeniden düzenlenmiş halinden ibarettir.

** Kırklareli Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, kamilyelek@gmail.com.

GİRİŞ

İslam dini faizi şiddetle yasakladığı için, İslam hukukunda faizli işlemler fasit kabul edilmiştir. İslamiyet faizi yasaklamakta fakat bununla birlikte ihtiyacı olan kimseye borç vermeyi de sevap sayarak, insanları borç vermeye teşvik etmektedir.¹ İslam dininde her ne kadar borç vermek sevap sayılıp teşvik edilse de, fert ve toplumdaki çeşitli sebeplerden dolayı ihtiyaç sahipleri her zaman ihtiyaç duyduğu parayı bulamamaktadır.² Özellikle ekonomik istikrarsızlıklar, insanlar arasında karşılıklı güvenin azalması gibi durumlar ihtiyaç anında insanların meşru yoldan borç bulmasına engel olabilmektedir.³ Dolayısıyla ihtiyaç sahiplerinin istediği kadar faizsiz borç bulması her zaman mümkün olamamaktadır. Faiz de kesinlikle yasak olduğuna göre ihtiyaç sahipleri bu ihtiyaçlarını nasıl giderecektir? İşte bu sebeple zaman içerisinde faize bulaşmadan insanların ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir takım şer'î çıkış yolları geliştirilmiştir ki, bu yollardan biri de bey' bi'l-vefâdır.⁴

BEY' Bİ'L-VEFÂ'NIN TANIMI

Bey' bi'l-vefâ: "Bir malı, satış bedelini iâde edince geri almak üzere bir kimseye para veya borç karşılığında geçici olarak satmak" anlamına gelir.⁵ Bey' bi'l-vefânın başka bir çeşidi olan bey' bi'l-istiğlâl ise; müşterinin vefâ yoluyla aldığı bir malı satıcısına/ilk sahibine kiralaması anlamına gelir.⁶ Mecellede bu satış işlemleri şu şekilde tarif edilmiştir:

Bey' bi'l-vefâ: Bir kimse bir malı ahara, semeni reddettikte geri vermek üzere şu kadar kuruşa satmaktır ki, müşteri mebi ile intifa eylesine nazaran bey-i caiz hükmünde ve tarafeynin bunu feshede muktedir oldukları cihetle bey-i fasit ve müşteri mebî ahara satmadığı cihetle rehin hükmündedir. Bey' bi'l-istiğlâl: Bâyi', bir malı istîcar etmek üzere vefâen bey' etmektir.⁷

Bu akit tarafların aralarında anlaşarak, paranın müşteriye iâde edilmesiyle satılan malın da satıcıya iâde edilmesi esasına dayalı olarak yaptıkları bir satıştır.

1 el-Bakara, 2/ 280.

2 Gözübenli, Beşir, "Bey' Bi'l-Vefa (vefâen satış) ve Bey' Bi'l-İstiğlâl", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1990, sayı: 9, 109.

3 Gözübenli, Beşir, *age.*, 109.

4 Molla Hüseyin, Muhammed b. Feramuz. *Dürrü'l-hükkâm fî şerhi Gureri'l-ahkâm* (İstanbul 1317), II, 207; İbn Abidin, Muhammed Emin, *Reddu'l-muhtâr 'alêd-Dürri'l-muhtâr* (Beyrut: Daru'l-Fikir, 1421), V, 276. Ayrıca bkz. Gözübenli, Beşir, *age.*, 109.

5 Zeylâi, Ebu Muhammed Fahreddin Osman b. Ali, *Tebyinu'l-hakâik fî şerhi Kenzî'd-dakâik ve Haşiyetü's-şelebi* (Bulak: Matbaatü'l-Kübra'l-Emiriyye, 1314), V, 184; Ekmelüddin Muhammed b. Mahmud el-Baberti, *el-İnâye şerhu'l-hidâye* (Daru'l-Fikir, t.y) IX, 236; Şeyh Bedreddin Mahmud b. İsrail, (İbn Kadî Simavna) *Camîu'l-fusûleyn* (Mısır 1300), I, 234; Ebu Muhammed (Ebû's-Sena) Bedreddin Mahmud b. Ahmed b. Musa el-Aynî el-Hanefî, *el-Binâye fî şerhi'l-hidâye* (Beyrut: Daru'l-Kutubî'l-İlmiyye, 1420), XI, 46; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, V, 276-277.

6 Bey' bi'l-istiğlâl, vefâ akdinin bir türü olduğu için bu çalışmada konuyu vefâ başlığında sunmayı uygun gördük. Dolayısıyla vefâ akdi hakkında fikhî açıdan söyleyeceğimiz şeyler istiğlâl akdi için de geçerlidir.

7 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (İstanbul: Matbaaa-i Tevsi-i Tibaat, 1330), I, 225-222 (118. ve 119. madde).

Bu işlemde satıcı, ileriki bir tarihte satış bedelini geri vermeyi veya daha önceden kalma borcunu ödemeyi; müşteri de buna karşılık malı iade etmeyi vaad etmektedir. Tarafların arasında geçen sözleşme (vaadleşme) ve içerisinde ahde vefâyı içermesinden dolayı da bu akde vefâ yoluyla satış anlamında “*bey' bi'l-vefâ*” veya “*bey'ul-vefâ*” denmiştir.⁸ Bunun yanı sıra bu satışa “*bey'ul-câiz*”, “*bey'ul-muâmele*”, “*bey'ul-emâne*”, “*bey'ul-itâa veya bey'ut-tâa*”, “*bey'us-seniyya*”, “*bey'ul-uhde*” ve “*er-rehmu'l-muâd*” gibi isimler de verilmiştir. Anadolu topraklarında ise bey' bi'l-vefâ suretinde yapılan bu akit, “*para faizsiz, tarla kirasız*” veya “*para faizsiz, ev kirasız*” diye bilinmektedir.¹⁵

A. BEY' Bİ'L-VEFÂ'NIN ORTAYA ÇIKIŞI VE NEDENLERİ

Bey' bi'l-vefânın, Buhâra halkının borç ilişkilerinin artmasıyla birlikte sonradan ortaya çıkan bir akit türü olduğu Hanefi geleneğinde bilinen bir bilgidir. Buhâra ahâlisi ticari işlemlerini devam ettirirken herhangi bir malını borç aldıkları kişiye rehin bırakıp bunun karşılığında borç para almak suretiyle ihtiyaç duydukları sermayeyi temin ediyorlardı. Ancak zamanla borçların artmasıyla birlikte ticaret mallarının rehin olarak bırakılması artık Buhâralıların ihtiyacına cevap vermiyordu.

- 8 Babertî, *el-İnâye*, IX, 236-237; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, V, 276; Kayapınar, Hüseyin, “*İslâm Hukukunda Beyu'l-vefâ ve Bey' Bi'l-İstiğlâl Aktileri*” (Yüksek Lisans Tezi, M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1986), 14.
- 9 Bazı fakihler insanları faizden kurtarmak ve bu tür satış vesilesiyle yedikleri ve harcadıklarının helal olmasını sağlamasından dolayı buna, “*bey'ul-câiz*” adını vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kâdîhan, Fahrüddin Mahmud el-Ezcundi el-Fergandi, *Fetâvâ Kâdîhân* (Beirut 1980), II, 164; İbn Nüceyrn, *Bahru'r-râik* (Beirut: t.y.), VI, 8; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, V, 276; Kayapınar, Hüseyin, *age.*, 14.
- 10 Diğer bazı fakihler buna “*bey'ul-muâmele*” adını vermektedir. Muamele satışı; borç olarak verilen para karşılığında bir kâr elde etmektir. Yani borç veren kişi mal satın alma suretiyle vermiş olduğu borç karşılığında bir fayda temin etmiş olduğundan bunun adına “muamele satışı” denmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İbn Abidin, *age.*, V, 276; Nasuhi Bilmen, Ömer, *Hukuku İslâmiyye ve Istilahatı Fikhiyye Kamusu* (İstanbul 1967), VI, 126; Kayapınar, *age.*, 14.
- 11 Bazıları ise bu akde “*bey'ul-emâne*” adını vermektedir. Bunun gerekçesi ise satın alınan malın müşteri yanında emanet hükmünde olmasıdır. Bu da rehin mesabesinde kabul edilmiş olmasından kaynaklanmış olabilir. Çünkü rehin, rehin olan kişinin elinde emanet hükmündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeylâi, *Tebyinül-hakâik*, V, 184; İbn Abidin, *age.*, V, 276; Kayapınar, *age.*, 14.
- 12 Bu akde Şamda bey'ul-itâa veya bey'ut-tâa denmiştir. Çünkü itaat kelimesi karşı tarafın ileri sürdüğü şartlara boyun eğme manasına gelir. Buna göre borç veren kişi borçluya evini borç karşılığı satmasını emredip karşı tarafın da buna itaat etmesi ile meydana gelen satışa “*itaat satışı*” adı verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. el-Haskefi, Muhammed Alauddin, *ed-Dürrü'l-muhtâr* (Beirut t.y.), IV, 246; İbn Abidin, *age.*, V, 276; Kayapınar, *age.*, 15.
- 13 Dusûkî, *Haşiyetü'l-Dusûkî ala şerhi'l-kebir*, Dâru'l-Fikr, Beirut, ts, III, 71.
- 14 Şafilere tarafından da “*bey'ul-uhde* ve *er-rehmu'l-muâd*” gibi isimler de verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İbn Abidin, *age.*, V, 276; Heysemî, *el-Fetâvâ'l-fikhiyyetu'l-kübrâ*, Dâru'l-Fikr, Beirut, ts., II, 157; Kayapınar, *age.*, 15; Bayındır, Abdulaziz, “*Bey' bi'l-vefâ*”, *DİA*, İstanbul 1992, VI, 20;
- 15 Bu şekilde gerçekleşen akitte, nakde ihtiyacı olan birisi evini ya da tarlasını vefâ yoluyla (satış bedelini iade ettiğinde mallarını geri alma şartıyla) satarak nakit ihtiyacını karşılar. Müşteri (sermaye sahibi) de parasını geri alıncaya kadar vefâ yoluyla aldığı bu ev ya da tarlayı kullanır ve buna karşılıklı satıcıya (ihtiyaç sahibine) herhangi bir kira vermez. Daha sonra satıcı, evin veya tarlanın parasını müşteriye vererek mallarını geri alır. Başka bir ifadeyle, sermaye sahibi (vefâ aktindeki müşteri) ihtiyaç sahibine borç verip alacağını tahsil edene kadar ücretsiz bir şekilde müstakrizin (satıcı yerinde) evini veya tarlasını alıp kullanırken, nakde ihtiyacı olan kimse de (vefâ aktindeki satıcı) faizsiz bir şekilde ihtiyaç duyduğu parayı temin etmektedir. İşte taraflar arasında gerçekleşen bu akde “*para faizsiz, tarla kirasız*” veya “*para faizsiz, ev kirasız*” denilmektedir. Bkz. Kayapınar, *age.*, 35; Kaşıkçı, Osman, *Eski Hukukumuzda Bir Hile-i Şer'iyye Örneği: Geri Alma Şarhı Satım* (Konya: Mimoza Yayınları, 2002), 4; Turan, M. Fatih, “*Bey' Bi'l-Vefâ ve Bey'ul-İne ile Mukayeseli Olarak Günümüz Repo İşlemlerinin Fikhi Boyutu*”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2015, 2015/1, c. 14, sayı: 27, s. 117-146.

Çünkü halkın giderek borcunun artıp bunu ödeyemez duruma gelmesi ve insanlar arasında güven duygusunun iyice azalıp ihanetin yaygınlaşması gibi nedenler sermaye sahiplerini rehin karşılığında borç vermek için ikna etmeye yetmiyordu. Bu yüzden de sermaye sahipleri eskiden olduğu gibi sadece rehin karşılığında borç vermeye yanaşmıyorlardı. Çünkü borç veren kimse alacağını alamadığı gibi rehin aldığı malı da kullanamıyordu. (Zira mal, rehin alanın elinde emânet olup, onun rehinden ve rehinde meydana gelen fazlalıklardan faydalanması helal olmaz.)

Yukarıda zikredilen sebeplerden dolayı toplumda iki problem zuhûr etmiştir. Bunlardan biri, müslüman halkın faize bulaşmadan borç para temin etmekte zorluk çekmesi; diğeri de borç verenin yani sermaye sahiplerinin verdikleri borcu geri alamamalarıdır. İşte bu sebeple bey' bi'l-vefâ adında bir akit türüne ihtiyaç duyulmuştur. Böylece halk faizsiz bir şekilde ihtiyaç duyduğu parayı temin edebilmiş, borç verenin de alacağı garanti altına alınmıştır. “*hacet, umumi veya hususi olsun, zarûret derecesine indirilir*” ve “*âdet muhakkemdir*” kaidelerine binâen bu akde cevaz verildiği söylenir.¹⁶ Bu uygulama ilk başta Türklerin meskûn olduğu Buhâra, Belh ve Semerkand civarında ortaya çıkıp, sadece o bölgeye has iken daha sonra diğer İslam beldelerine de yayılarak kabul görmüştür.¹⁷

Görüldüğü üzere bey' bi'l-vefâya ilk önce, faizden kurtulma gayesiyle Buhâra ve Belh'teki ekonomik sıkıntıdan dolayı başvurulmuş daha sonra da bu konuda teâmül oluşmuştur. İşte bu sebeple Buhâra fukâhası, insanların ihtiyaç duyması sebebiyle zarûrete binâen bu akdin cevazına hükmetmişlerdi.¹⁸ Dolayısıyla söz konusu akdin cevazı, bu konuda teâmül oluşmasına ve bölge ahalisinin bu uygulamayı âdet haline getirmesine dayanmaktadır. Her ne kadar Hanefî mezhebinin temel öğretisine göre yerel bir örfe (*orf-i hass*) dayanarak genel bir kanun/hüküm inşa edilmese de, Buhâra fukâhasının bir kısmı bey' bi'l-vefâ konusunda yerel örfe itibar ederek fetvâ vermişlerdir.¹⁹

Buradan anlaşıldığı üzere bey' bi'l-vefâ, zarûrete binâen cevaz verilen bir akit türüdür. Aslında kıyâsa, yani İslam hukukunun temel ilkelerine göre böyle bir akdin fasit olması gerekir. Çünkü bu işlemde alacaklı borçludan aldığı bir malın menfaatini kullanıyor. Bu ise “*Menfaat elde edilen tüm karzlar ribadır.*” kâidesine aykırıdır. Bey' bi'l-vefâ da bu kabilden olduğundan asla caiz değildir. Ancak “*hâcet, umumi veya*

16 Bu bilgiler Ahmet Cevdet Paşa'nın *Risâletü'l-vefâ* adlı eserinden tercüme edilerek alınmıştır. Beyazıt Devlet Kütüphanesi'nin Veliyyüddin Efendi bölümü, 13816 numarada bulunmakta olan bu risale, 2008 yılında İslam Hukuku Araştırmaları dergisinin 12. sayısında Huzeyfe Çeker tarafından tahkik edilerek yayınlanmıştır. Bkz. Çeker, Huzeyfe, “Risâletü'l-vefâ”, *İslam Hukuk Araştırmaları Dergisi*, sy.12, 2008, 259-266. Ayrıca bkz. Kayapınar, Hüseyin, *age.*, 18.

17 Merginâni, *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mübtedî* (Beyrut: Dâru'l-ihyâit-turasi'l-Arabî, , t.y), III, 273; Babertî, *el-Înâye*, IX, 236-237; Çeker, Huzeyfe, *Risâletü'l-vefâ*, 261; Kaşıkçı, *Eski Hukukumuzda Bir Hile-i Şer'iyye Örneği*, 2.

18 Muhammed Mahrus, Abdullatif, *Meşâyih-u Belh mine'l-Hanefiyye* (Bağdat: Dâru'l-Arab, 1978), II, 809-814.

19 İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezâir* (Dimeşk: Daru'l-fikr, 1986), 113-114; İbn Mâze, Ebu'l-Meâlî Burhânuddîn Mahmûd b. Ahmed el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-burhânî fi'l-fikhi'n-Nu'mânî* (Beyrut: 1424/2004), VII, 473; Yelek, Kamil, “Hanefî Mezhebinde Örfün Hükümlere Etkisi”, *AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt:3, Yıl:3, Sayı:6, s. 91-94.

hususî olsun, zarûret derecesine indirilir” kaidesi gereğince fakihler Buhâra ehli için buna cevaz vermişlerdir.²⁰

Mecelle şarihlerinden Ali Haydar Efendi (v. 1355/1936) “*Hacet, umumi veya hususî olsun, zarûret derecesine indirilir.*” kâidesinin akabinde şu açıklamalara yer verir: “*Bey' bi'l-vefânın tecvizi bu kabildendir ki, Buhâra ahâlisinde borç tekessür etmekte görülen ihtiyaç üzerine bu muamele, mer'iyü'l-icra olmuştur.*”²¹ Ömer Nasuhi Bilmen (v. 1971) ise bu maddenin şerhinde Ali Haydar Efendi'nin mezkûr ifadelerine ek olarak şunları zikreder: “*Vefâ yoluyla satış, bir nevi riba kabilinden olmakla esasen memnu olmak iktiza ederken zarûrete binâen tecviz edilmiştir.*”²²

Dolayısıyla bey' bi'l-vefâ, insanların faizsiz bir şekilde ihtiyaç duyduğu parayı temin etme ve sermaye sahiplerinin verdikleri bu borcu garanti altına alıp bir kazanç elde etmelerini sağlama gayesiyle ortaya çıkıp zarûrete binâen cevaz verilen bir akit türüdür.²³

Fıkıhın oluşum döneminde böyle bir akit türüne ve buna bağlı olarak da konu ile ilgili görüşlere rastlanmaz. Bu akit türünün tam olarak ne zaman ortaya çıktığı belli değildir. Bazıları bu uygulamanın, IX/XV. yüzyıldan itibaren örf hâline geldiğini söylese de²⁴, konuyu ele alan müelliflerin yaşadıkları dönem dikkate alındığında bunun isabetli olmadığı son derece aşikârdır. Nitekim bu akdin hükmü hakkında ilk defa görüş beyan edenlerden Ebu Hasan Ali es-Suğdi'nin vefâtı 461/1069, Atâ b. Hamza es- Suğdi'nin vefâtı 471/1078, Kadı Ebu'l-Hasan el-Mâtürîdi'nin vefâtı 511/1117, Ebu Hafs Ömer en-Nesefî'nin vefâtı ise 537/1142'dir. Sonuç olarak söz konusu akdin ilk olarak ne zaman ortaya çıktığı hususunda net bir tarih söyleyemesek de, en azından bey' bil vefânın V/XI. yüzyıldan itibaren tartışmalara konu olduğunu söyleyebiliriz.²⁵

B. BEY' Bİ'L-VEFÂ'NIN KEYFİYETİ

Yukarıda bey' bi'l-vefâyı “*Bir malı, satış bedelini îade edince geri almak üzere bir kimseye bir para veya borç karşılığında geçici olarak satmak*” anlamına geldiğini ifade etmiştik. Tanımdan hareketle bey' bi'l-vefânın para ve borç karşılığında yapıldığını söyleyebiliriz. Dolayısıyla bey' bi'l-vefâyı şu şekilde ikiye ayırmamız mümkündür:

20 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 88.

21 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, 88.

22 Bilmen, *Hukuku İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, I, 265.

23 Molla Hüseyin, *Dürrü'l-hükkâm*, II, 207.

24 Döndüren, Hamdi, “Osmanlı Tarihinde Bazı Faizsiz Kredi Uygulamaları ve Modern Türkiye'de Faizsiz Bankacılık Tecrübesi”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 1, 2008, 8.

25 Zerkâ akdin beşinci yüzyıl sonlarına doğru ortaya çıktığını ileri sürerken, Kayapınar bunun daha önce ortaya çıktığını ileri sürmektedir. Ali es-Suğdi'nin vefâtı göz önünde bulundurulduğunda Kayapınar'ın tespitinin daha isabetli olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd* (Dünyaşık: Daru'l-Kalem, 1998), I, 232 (ikinci dipnot); Kayapınar, “Beyu'l-vefa ve Bey' Bi'l-İstıglâl”, 17. Ayrıca bkz. Turan, “Bey' Bi'l-Vefâ ve Bey'u'l-İne”, 122.

a) Para karşılığında yapılan bey' bi'l-vefâ: Bey' bi'l-vefânın bu şekli insanların faize bulaşmadan meşru bir şekilde ihtiyaç duyduğu parayı temin etmesidir. Para karşılığında yapılan bey' bi'l-vefânın nasıl gerçekleştiğini şu şekilde izah edebiliriz:

Bâbertî'nin (v. 786/1384) *el-Înâye* adlı eserinde belirttiğine göre bu akit, finansman ihtiyacı olan satıcının müşteriye (*likiditesi bulunan*) hitaben “Şu malı sana şu fiyata, parasını sana geri verdiğimde senin de malı bana geri vermen şartıyla satıyorum.” şeklindeki ifadesiyle gerçekleşir.²⁶

Örneğin; paraya ihtiyacı olan Ahmet, arsasını 1000 liraya, parasını geri verdiğinde sattığı arsayı geri alma şartıyla Mehmet'e satar ve böylece aralarında vefâen satış gerçekleşir. Daha sonra Ahmet, arsanın parasını Mehmet'e verdiğinde satmış olduğu arsasını geri alır. İşte böylece Ahmet ihtiyacı olan parayı faize bulaşmadan temin etmiş olur. Mehmet ise, parasını geri alıncaya kadar bu maldan istifade eder.²⁷

b) Borç karşılığında yapılan bey' bi'l-vefâ: Bey' bi'l-vefânın bu şekli ise sermaye sahiplerinin verdikleri borcu garanti altına alma ve borçlunun vade süresini faizsiz olarak erteletmesidir. Borç karşılığında yapılan bey' bi'l-vefânın nasıl gerçekleştiğini de şu şekilde izah edebiliriz:

Bâbertî'nin belirttiği üzere satıcının müşteriye hitaben, “Benim üzerimdeki alacağına karşılık sana şu malımı, borcumu geri ödeyince malımı geri alma şartıyla satıyorum.” şeklindeki ifadesiyle gerçekleşir.²⁸

Örneğin; Mehmet'e borcu olan Ahmet, arsasını 1000 liraya, borcunu ödediğinde sattığı arsayı geri alma şartıyla Mehmet'e satar ve böylece aralarında vefâen satış gerçekleşir. Daha sonra Ahmet, Mehmet'e olan borcunu ödediğinde satmış olduğu arsasını geri alır. İşte böylece Ahmet faizsiz bir şekilde borcunu erteletmiş olurken, Mehmet borcunu garanti altına alır ve parasını geri alıncaya kadar da bu maldan istifade eder.

Örnekleri incelediğimizde her iki durumda da Mehmet, alacağını tahsil edene kadar Ahmet'teki borcuna karşılık, Ahmet'in malından istifade etmektedir. Borç veren kimsenin (mukriz) borç vermesine karşılık, borç verdiği kimseden (müstakriz) ödücün dışında şart koşulmuş bir menfaat sağlaması caiz değildir. Bu yüzden dolayı taraflar bunu meşru kılmak için, aralarında anlaşarak muvakkat bir satış muamelesi yapmaktadırlar. Bey' bi'l-vefâ, borçlunun borcunu ödeyince parayı verip malı geri alması, yani alışverişin fesh edilmesi esasına, bir de bu satışın fesh edilmesine kadar müşterinin maldan istifade edebilmesi esasına dayanmaktadır. Hanefi fukahâsı, bu şekillerde meydana gelen vefâen satışın, faize karşı bir hile-i şeriyye olduğunu ve insanlar arasında örf haline gelen bir satış şekli olduğunu söylemektedirler.²⁹

26 Zeylâi, *Tebyînül-hakâik*, V, 183-184; Babertî, *el-Înâye*, IX, 236-237; Kayapınar, “Beyu'l-vefa ve Bey' Bi'l-İstiglâl”, 19.

27 Müşterinin maldan kullanmasının caiz olup olmadığı ileride açıklanacaktır.

28 Zeylâi, *age.*, V, 183-184; Babertî, *age.*, IX, 236-237; Kayapınar, Hüseyin, *age.*, 19.

29 Şeyh Bedreddin *Camiu'l-fusûleyin*, I, 234; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, II, 207; Gözübenli, “Bey' Bi'l-Vefa”, 109.

C. BEY' Bİ'L-VEFÂNIN HÜKMÜ VE HUKUKİ SONUÇLARI

Hanefi fukahâsı bey' bi'l-vefânın hükmü konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.³⁰ Bu konuda *Fetâvâ-yı Bezzâziye*'de dokuz görüş zikredilmektedir.³¹ Konunun daha iyi anlaşılması açısından bu akdin hükmü hakkında ileri sürülen görüşleri altı başlık altında sunmaya çalışacağız.

1. Rehin Olarak Kabul Eden Görüş

Hanefi fakihlerinden bazılarının göre, bu akit mahiyeti ve hakikati itibariyle rehindir. İmam es-Seyyid Ebu Şucâ³² ve oğlu ile İmam Ali es-Suğdı (v. 461/1069)³³, Atâ b. Hamza es-Suğdı (v. 471/1078)³⁴, Kadı Ebu'l-Hasan el-Mâtürîdî (v. 511/1117)³⁵ ve Necmüddîn en-Nesefî (v. 537/1142)³⁶ bey' bi'l-vefâyı rehin hükmünde kabul edenler arasındadır.³⁷ Ancak zikredilen görüşlerden birinde Nesefî'nin bu akdi rehin, diğerinde ise caiz bir satım akdi olarak kabul ettiği görülmektedir.³⁸ Dolayısıyla bu konuda Nesefî'ye isnad edilen iki görüş mevcuttur.

Ayrıca bkz. Turan, "Bey' Bi'l-Vefâ ve Bey'u'l-İne", 122.

- 30 Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 234; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, II, 207; Gözübenli, "Bey' Bi'l-Vefa", 112.
- 31 Hâfîzüddîn Muhammed b. Muhammed b. Şihâb el-Kerderî el-Hârîzî el-Bezzâzî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye* (Diyarbakır: Mektebetü'l İslâmiyye, 1973), IV, 405-410.
- 32 Ebu Şucâ, Zahirüddin el-Kebir el-Merğînânî'nin hocasıdır. Zahirüddin el-kebir el-Merğînânî ise Mahmud el-Özcendî'nin kardeşi olup Semerkandıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çeker, Huzeyfe, "Hanefî Mezhebinin Fıkıh Silsileleri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2012, sayı: 19, 163-201. Ebu Şucâ'ya "Bir kimse bağı, vefâ yoluyla satar, taraflar arasında teslim ve tesellüm gerçekleşikten sonra satıcının bağı müşteriden kiralaması durumda satıcının kira ücreti ödemesi lazım gelir mi?" diye sorulan bir soruya Ebu Şucâ "Hayır. Çünkü o rehindir. Rehin veren kişi, rehin verdiği malî alandan kiralasa bunun için ücret ödemesi lazım gelmez." şeklinde cevap vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 235.
- 33 Ali es-Suğdı, Serahsî'nin hocası olup Semerkand ve Buhara civarında yaşamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çeker, *age.*, 190.
- 34 Atâ b. Hamza es-Suğdı, Necmüddîn en-Nesefî'nin (v. 537/1142) hocası olup Buhara, Nesef ve Maverâünnehir civarında yaşadığı bilinmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çeker, "Hanefî Mezhebinin Fıkıh Silsileleri", 194.
- 35 Kadı Ebu'l-Hasan el-Mâtürîdî'nin Semerkand'da kadılık yaptığı bilinmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, Şükür, "Mâtürîdî", *DİA*, XXVIII, 146. Bu konuda bir imam Kadı Ebu'l-Hasan el-Mâtürîdî'ye "Bu akit (bey' bi'l-vefâ) insanlar arasında yaygın hale gelmiştir. Bunun büyük bir mersedet olduğu da açıktır. Bu konudaki fetvânızın rehin olduğu gibi, benim fetvâmda aynı istikamettedir. Doğru olan, imamları da aynı görüş üzerinde toplayarak insanlara bir fetvâ vermemiz ve bunu halk arasında yaymamızdır." dediğinde, o "Bugün muteber olan, insanlar arasında yaygın hale gelen bizim fetvâdır. Bize muhalefet eden kendisini ortaya koysun ve delilini ibraz etsin" diyerek cevap verir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 234; Hayreddin b. Ahmed er-Remlî, *el-Fetâvâ'l-Hayriyye li-nef'i'l-beriyye* (Bulak: Matbaatu'l-Kubra'l-Emiriyye), 1300, 225-226; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, V, 276.
- 36 Nesefî'nin de Nesef, Maverâünnehir, Semerkand ve Buhara civarında yaşadığı bilinmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çeker, "Hanefî Mezhebinin Fıkıh Silsileleri", s. 194. Nesefî, *Fetâvâ*'sında bu konuyla ilgili olarak şunları zikreder: "Bizim zamanımız halkının ribâdan kaçınmaya bir çâre olmak üzere âdet edindikleri ve bey-i vefâ adını verdikleri bu satış, gerçekte rehindir. Satın alan ona malik olamaz ve asıl sahibinin izni olmadan ondan faydalanamaz. Yediği meyve ve telef ettiği ağaçları öder. Eğer zayı olursa borç da düşer. Bize göre onunla rehlin hükmü arasında hiçbir fark yoktur. Akdi yapanlar ona satış deseler bile işlem, teamül hâline gelmiş rehindir ve gayesi alacağı teminat altına almaktır. Çünkü mezkûr akitten sonra satıcı durumunda olan şahıs, herkese "mülkümü filâna rehin verdim" alan da "filânın mülkünü rehin aldım" demektirler. Tasarruflarda ise muteber olan mana ve maksatlarıdır." Ayrıntılı bilgi için bkz. Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 234; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, II, 207.
- 37 Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, V, 83; Bezzâzî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*, V, 405; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, II, 207; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, V, 276; Gözübenli, "Bey' Bi'l-Vefa", 113.
- 38 Zeylâî, *Tebyînül-hakâik*, V, 184; Bezzâzî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*, IV, 405; Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 234; Aynî, *el-Binâye*, XI, 46; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, II, 207.

Ebu Şucâ, Ali es-Suğdi, Atâ b. Hamza es-Suğdi, Ebu'l-Hasan el-Mâtûridi ve Nesefî bu akit hakkında ilk defa görüş beyan eden kimseler olup; bunlar Buhâra, Semerkand, Maverâünnehir ve Nesef civarında yaşamış ve ilimlerini bu bölgede tahsil etmişlerdir. Bu da bey' bi'l-vefânın ilk başta Türklerin meskûn olduğu Buhâra, Belh ve Semerkand civarında ortaya çıktığı tezini teyit etmektedir.

Bu akdin rehin olarak kabul edilmesi durumunda şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

- Müşteri elindeki mebî, mürtehinin elindeki rehin gibidir.
- Müşteri almış olduğu mala (mebî) mâlik olmaz.
- Müşteri ancak mâlikin rızasıyla ve izniyle ondan yararlanabilir. Satıcının izniyle kullanması ve gelirinden istifade etmesi caiz olup bu hibe sayılır.
- Müşteri, mebîden elde edilen ürünleri izinsiz yere tazmin eder.
- Müşteri bu yolla almış olduğu mala malik olmadığı için onu bir başkasına ya da satıcıya kiralaması (bey' bi'l-istiğlal) caiz değildir. Çünkü bu akit rehin hükmünde olduğu için, malın mülkiyeti satıcı görünümündeki râhine aittir.
- Mebî müşterinin elinde helak olduğunda, helak olan şey borca tekabül ederse, borç onun helâk olmasıyla düşer. Ancak malın kıymeti fazla ise ve bunda müşterinin kusuru olmaksızın mebî helak olursa, ziyâdede ödemesi gerekmez. Malın kıymeti düşükse de kıymeti kadar düşülüp üstü borç olarak kalır.
- Satıcı borcunu ödediğinde satılan şeyi geri alma hakkı vardır.
- Malın vergisi, giderleri, tamiri, zekâtı ve şuf'a hakkı da satıcıya aittir.³⁹

Burhâneddîn el-Mergînânî (v. 593/1197) bireylerin maksatları açısından bu akdin bazıları tarafından rehin olarak kabul edildiğini belirtir. Mergînânî, bir kimsenin malını vefâ yoluyla satması yahut alışılmış şekliyle icâre bedelini belirlemesi durumunda bey' bi'l-vefânın rehin hükmünü alacağını ve rehinde olduğu gibi müşterinin maldan faydalanmasının caiz olmadığını ifade eder. Çünkü ona göre tarafların satıştan sonra icâreye yönelmeleri, onların bununla satış değil rehin kastettiklerini gösterir.⁴⁰ Her ne kadar taraflar buna satış deseler de, Bâbertî (v. 786/1384) onların maksatlarının aslında rehin olduğunu söyler. Çünkü o, akitlerde muteber olanın maksat ve manâ olduğunu, burada da rehin hükümlerinin cereyân edeceğini belirtir.⁴¹

39 Bezzâzî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*, IV, 405-406; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, II, 207; Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 236; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, V, 276; Gözübenli, "Bey' Bi'l-Vefa", 113; Turan, "Bey' Bi'l-Vefa ve Bey'u'l-İne", 123.

40 Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 244; Dürri Mehmed Efendi, *Dürrü'l-beyzâ fi beyâni ahkâmîş-şer'iatî'l-garra*, ter. Dürrizâde Mustafa Efendi, Süleymaniye Kütüphanesi, Pertev Paşa, no. 215, vr. 324.

41 Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 273; Babertî, *el-İnâye*, IX, 236-237.

Osmanlı Şeyhülislâmlarından İbn Kemal⁴², (v. 940/1533) Ebussuûd⁴³ (v. 982/1574) ve Yahya b. Zekeriyya (v. 1053/1644) da bu akdin rehin hükmünde olduğunu kabul edenler arasında olup fetvâları bu yöndedir.⁴⁴

Gerek Ankaravî'nin *Fetâvâ'sında*, gerekse Akifzâde'nin *Mecelletü'l-mehâkim*'inde Ebussuûd'un bu akdi rehin olarak kabul ettiği belirtilmektedir. Bu durum Ebussuûd'un bazı fetvâlarında da açıkça görülmektedir.⁴⁵ Ancak Ebussuûd'a nisbet edilen bazı fetvâlarda, istiğlal akdiyle ilgili fetvâların bulunması bir hayli ilginçtir.⁴⁶ Normal şartlarda bu akdi rehin olarak kabul edenlere göre istiğlal akdinin caiz olmaması gerekir. *Camiu'l-fusuleyn*, *Mecelletü'l-mehâkim*, *Reddu'l-muhtâr*, *Risaletü'l-vefâ*, *Neticetü'l-fetâvâ* gibi pek çok eserde belirtildiği üzere istiğlal akdi; rehin veya bey-i fasit kabul edilen görüşe göre sahih olmaz.⁴⁷ Çünkü rehin, satıcının mülkü olduğundan onun kira ödemesi gerekmez. Bey-i fasit kabul edildiğinde ise –hangi yolla olursa olsun– mal satıcının eline geçince akit fesholur ve mal onun mülkiyetine döner. Dolayısıyla Ebussuûd'un bey' bi'l-vefâyı rehin olarak kabul etmekle bunun caiz olmadığını veya evin ilk sahibine kiralanması durumunda ücret gerekmediğini, yani rehin hükümlerinin carî olacağını söylemesi beklenir. Fakat bunun söylenmesi bir yana, Ebussuûd'un bazı fetvâlarında vefâ yoluyla satılan evin ilk satıcısına kiralanması durumunda (istiğlal) tahliye konusundaki zorluğu aşmak için nasıl bir hilenin izleneceği anlatılıyor.⁴⁸ Bu durum Ebussuûd'un *mezheb-i*

42 İbn Kemal, *Fetâva-yı İbn Kemal*, Süleymaniye Kütüphanesi, Nuru Osmaniye, no. 1967, vr. 47b, 150b, 151a; Muhammed b. Hüseyin el-Ankaravî, *Fetâva-yı Ankaravî* (Bulak: Matbaa-i Amire, 1281), I, 293; Akifzâde, Abdurrahim b. İsmail b. Mustafa Akif el-Amasî, *Mecelletü'l-mehâkim*, Süleymaniye Kütüphanesi, Kasidecizâde, no. 274, vr. 294b. Bu konudaki fetvâ örneklerinden bir kaçısı şu şekildedir:

a. "Bey' bi'l-vefâ ile bey' olan mebiin galesi (menfaati-kirası) şer'an bâyinın midir müşterinin midir? Cevap: Bâyinindir."

b. "Zeyd mülkünü bey-ü vefâ ile Amr'a verirse, Zeyd ne vakit borcunu verirse mülkünü alır mı? Cevap: Alır."

c. "Zeyd Amr'a bağını bey' bi'l-vefâ ile bey' eylese ol bağın galesi Zeyd'inmi olur? Cevap: Zeyd'in olur."

d. "Zeyd Amr'a evini bey' bi'l-vefâ ile bey eylese ba'dehû Amr'ı mezkûr evi Bekir'e bey etmek istese Zeyd, Amr'ın evi bey'ine mani olabilir mi? Cevap: Olabilir."

e. "Zeyd, Amr'ın yedindeki bağı bey' bi'l-vefâ ile bey eylediğine beyine ikamet edip aldıktan sonra Zeyd Amr'ın bağından eklettiği gâlesini dahi Amr'dan almak istese şer'an alabilir mi? Cevap: Alamaz"

43 Ebussuûd, *Fetâva-yı Ebussuûd*, İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi, no. 178, vr. 102a- 104a; Ebussuûd, *Fetâva-yı Ebussuûd*, Süleymaniye Kütüphanesi İsmihan Sultan Bölümü, no. 223, vr. 137b-139a; Ankaravî, *Fetâva-yı Ankaravî*, I, 293; Akifzâde, *Mecelletü'l-mehâkim*, vr. 294b.

44 Nitekim Ankaravî haşiyesinde bununla ilgili olarak şunları zikreder: "İbn Kemal ve Ebussuûd, bu akdin hükmü rehin hükmüdür diye fetvâ vermiştir. Bu durumda müşteri vefâ yoluyla almış olduğu maldan yediği kısmı tazmin eder. Merhum Yahya b. Zekeriyya da bu konuda onlara tabî olmuştur." Akifzâde (v. 1223/1808) ise *Mecelletü'l-mehâkim*'de Ankaravî'nin bu ifadelerini şu şekilde nakleder: "...Cümle-i akvâlden bazı hakikaten rehin olmahtır. Ve buna dahi kibar-i fukahâdan zahib çoktur. Meşâyih-i devlet-i âliyeden dahi İbn Kemal, Ebussuûd ve Zekeriyzâde buna zahib olduklarını Ankaravî merhum hâmiş-i mecmuâsında beyan eder..." Ayrıntılı bilgi için bkz. Ankaravî, *age.*, I, 294; Akifzâde, *Mecelletü'l-mehâkim*, vr. 294b, 295a. Ayrıca bkz. Kaya, Süleyman, "XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri" (Doktora Tezi, M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007), 82.

45 Ebussuûd, *Fetâva-yı Ebussuûd*, vr. 138a, 139a.

46 Ebussuûd, *age.*, vr. 137b, 138a.

47 Ankaravî, *Fetâva-yı Ankaravî*, I, 293; Akifzâde, *Mecelletü'l-mehâkim*, vr. 294b; Şeyh Bedreddin, *Camiu'l-fusuleyn*, I, 239-240; Dürrizâde Mehmed Ârif Efendi, *Neticetü'l-fetâvâ* (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1265), 494; Dürrî Mehmed Efendi, vr. 324b; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, V, 278; Çeker, Huzeyfe, "Risaletü'l-vefâ", s. 263-264.

48 Ebussuûd, *Fetâva-yı Ebussuûd*, Süleymaniye Kütüphanesi İsmihan Sultan Bölümü, no. 223, vr. 137b, 138a. Bu durum "Ebussuûd bey' bi'l-vefâ hakkında acaba kuşatıcı görüşü benimseyebilir mi?" tarzında bir soruyu akllara

câmi” veya “*el-kavlu’l-câmi*” diye ileride açıklanacak olan kuşatıcı görüşü benimse-
diği izlenimini vermektedir.

Hayreddin b. Ahmed er-Remli’nin (v. 1081/1671) *Fetâva-yı Hayriyye* adlı ese-
rinde zikredilen bir görüşe göre, bey’ bi’l-vefânın caiz olup bu akitteki şartı ifâ et-
menin gerekli olduğu, ekseriyetle bu akdin rehin olarak kabul edildiği ve ahkâm
açısından rehinle aralarında herhangi bir fark olmadığı ifade edilir.⁴⁹

Osmanlı Şeyhülislâmlarından Dürri Mehmed Efendi (v. 1149/1736) de bey’ bi’l-
vefânın rehin hükmünde olduğunu, müftâ-bih olan görüşe göre istiglal akdinin caiz
olmadığını ve böyle bir durumda ücretin gerekmediğini söyler.⁵⁰ Ancak müftâ-bih
olan görüşün terk edilip bu konuda farklı görüşlerle amel edildiği de vakîdir. Bu
konuda Musazâde Mehmet Efendi’nin (v. 1197/1782) *Tuhfetü’l-kitab*’ındaki bir dava
örneğinde, bir vakıf mütevellisi istiglal akdiyle birisine borç verir, daha sonra da
bu kişi kayb olduğu için vakıf kira alamaz. Çünkü bu kişi uzun zamandan beri ka-
yıptır ve hayatta olup olmadığı da belli değildir. Bu sebeple vakıf mütevellisi vakfın
zararını gidermek için evin satılarak alacağın tahsilini talep eder. Normalde istiglal
akdinin rehin hükümlerine tabi olmasına nazaran müşterinin, malın satılarak alaca-
ğını tahsil edememesi ve satıcının parayı ödemesi durumunda malı geri alabilmesi
gerekir. Ancak Kadı “*kişinin kaybolup hayatta olduğunun bilinmemesi ve vakfın kira
alamaması yüzünden zarar görmesi*” gibi gerekçelerle bazı Hanefî fukahâsının bu
akdi sahîh bey’ hükmünde görmelerine atıfla müftâ-bih olan görüşü terk ederek va-
kıf mütevellisinin talebini kabul eder ve evin satılarak alacağın tahsiline izin verir.⁵¹

İbn Âbidîn (v. 1252/1836) de bey’ bi’l-vefâyı rehin olarak kabul edenler ara-
sında olup ilgili fetvâları bu yöndedir.⁵² O, bu akitte tamamen rehin hükümlerinin
geçerli olduğunu ifade ederek *Cevâhirü’l-fetâvâ*’da nakledilen görüşü şu şekilde
açıklar:

getirse de, bunun kapsamlı bir şekilde araştırma ve incelemeye ihtiyacı vardır. Buna örnek olarak Ebussuûd’un şu
fetvâlarını verebiliriz:

a. “Zeyd müteveli-i vakıf (veya Zeyd-i müteveli-i vakıf) akçe ile Amr’dan evini üç yıl istiglal tarihiyle almak istese,
ne tarik ile almak gerek? Cevap: Akçesini verdikte yine evini vermek niyeti üzerine alıp amma bu niyeti telaffuz
etmeden bey’ ve şira’ edip, müteveli evi tahliye ettirip yahut cümle asbabını Amr müteveliye emanet verdikten
sonra evi dahi müteveliye teslim ettikten sonra, müteveli evi Amr’a kiraya verip, evi içindeki esbabı ile ki emaneti
de Amr’a teslim etmek gerekir. Ebussuud.”

b. “Müteveli istiglal tarihiyle iştirâ ettiği evi kable’l-kabz ve’t-tahliye sahibine icâreye verse sahîh olur mu? Cevap:
Olmaz. Amma vakıf olmağın ecir misil lazımdır. Ebussuud”

c. “Zeyd evini istiglal ile Amr’a satar oldukça evine tahliye lazımdır. Cevap: Olmaz. İcâre de lazımdır. Esbabı
Amr’a emanet verip cümleten teslim etmek dahi sıhhati icârede kifayet eder. Ebussuud” .

49 Hayreddin er-Remli, *Fetâva-yı Hayriyye*, 225-226; Benzer ifadeler Molla Hüsrev’de de mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için
Bkz. Molla Hüsrev, *Dürerü’l-hükkâm*, II, 207.

50 Dürri Mehmed Efendi, *Dürretü’l-bezâ fi beyanı Ahkâmiş-şer’iatî’l-garra*, ter. Dürri zâde Mustafa Efendi, Süleymani-
niye Kütüphanesi, Pertev Paşa, no. 215, vr. 324.b.

51 Mehmed b. Abdullah Musazâde, *Tuhfetü’l-Kitab*, Süleymaniye Kütüphanesi, İzmir, no. 782, vr. 59a, 59b; Kaya,
“Karz İşlemleri”, s. 85-86. Bu dava örneğinin transkripsiyonun tamamı için bkz. Yelek, Kamil, *İslam Hukukunda
Vaadin bağlayıcılığı ve İslam Finans Uygulamalarına Yansımaları* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal
Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014), s. 79-80.

52 İbn-i Âbidîn, *el-Ukûd’üd-dürriyye*, 19, 231, 232, 241.

Bu malı, parasını sana geri getirdiğimde tekrar bana satman şartıyla sattım demesi suretiyle yapılan bu satış batıldır ve rehindir. Bunun hükmü rehin olup sahih olan da budur. Hayriye isimli eserde, ekseri fakihlerin kabul ettikleri görüş rehin olduğu istikametindedir.⁵³

Ali Haydar Efendi 3. maddenin⁵⁴ şerhinde; bu akitte “*bey*” lafzı telaffuz edilmiş olsa da tarafların asıl maksatlarının bey' olmayıp teminat gayeli bir işlem (te'min ve istisâk-ı deyn) olduğunu ve rehin ile arasında hiçbir fark olmadığını ifade ederek bey' bi'l-vefâda rehin hükümlerinin cereyân edeceğini belirtir.⁵⁵ Ayrıca Ali Haydar Efendi 398. maddenin⁵⁶ şerhinde; şart koşulmadığı halde müşterinin izinsiz olarak malı kullanamayacağını, kullandığında tazmin edeceğini ve vefâen satılan malın mahsûlüne mâlik olamayacağını ifade eder.⁵⁷ Burada dikkat edilmesi gereken nokta vefâ yoluyla satılan malın menfaatinin müşteriye ait olmayacağı, ancak şart koşulması durumunda böyle bir hakka sahip olacağıdır. Yukarıdaki ifadeler açıkça Ali Haydar Efendi'nin bu akdi rehin olarak kabul ettiğini gösterir.

Kısaca ifade etmek gerekirse bu görüşü savunanlara göre, hukûki açıdan rehin ile bey' bi'l-vefâ arasında herhangi bir fark yoktur. Çünkü taraflar her ne kadar yapmış oldukları bu işleme satış adını verseler de, onların amaçları rehindir ve borcu garanti altına almaktır. Çünkü satıcı, bu akitten sonra herkese; “*ben mülkümü falana rehin ettim*” derken müşteri de, “*ben falanın mülkünü rehin aldım*” der.⁵⁸ Ayrıca bu görüşü savunanlar “*akitlerde itibâr söze değil, manâ ve maksâdlara göredir*” kaidesinden hareketle bu akdin gerçekte bir satış olmayıp manâ ve maksat açısından bir rehin akdi olduğunu ileri sürmektedirler.⁵⁹ Çünkü akitlerde ve genel olarak hukukî işlemlerde ağızdan çıkan sözlere ve ifade biçimine değil, o sözlerin ne maksatla söylendiğine bakılır. Dolayısıyla söz konusu akdin rehinden farkı yoktur.

Bey' bi'l-vefâda taraflar manâ ve maksat açısından her ne kadar bunun bir rehin akdi olduğunu ileri sürseler de, bu görüşün tutarlı olmayan yönleri vardır. Eğer maksat ve gaye sadece alacağın teminat altına alınıp tevsik edilmesi olsaydı, böyle bir akde ihtiyaç duyulmazdı. Çünkü rehin ve kefalet türü akitlerle alacağın teminatı

53 İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, V, 276; Hayreddin er-Remli, *Fetâva-yı Hayriyye*, 225-226.

54 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 35.

55 Mecellenin 3. maddesinin şerhinde bu durum şu şekilde izah edilmiştir: “*Binâen alâ zalike ukûddan olan [bey' bi'l-vefâda] maksat, “bey” lafzının delâleti vechile mebi'in müşteriye temellükü olmayıp, belki müşteriye olan deyni temin ve onu ifâya kadar tevsik olduğundan ve bu ise “rehin” manası idiğünden (olduğundan) [rehin hükmü cereyân eder.] Şöyle ki, bayi' müşteriye olan borcunu edâ ile –müşteri razı olmasa dahi– mebi'i müşteriden istirdâd edebileceği gibi –müşteri dahi bayi' razı olmasa bile– mebi'i bayi'ine red ile alacağını ondan talep edebilir. Zirâ âkideyn her ne kadar “bey” lafzını telaffuz ettiseler de maksatları bey' olmayıp temin ve istisâk-ı deyn olduğundan tamamıyla ahkâm-ı rehn cereyân eder. Ve bey' bi'l-vefâ ile rehin arasında hiçbir hükümde fark yoktur.*” Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 35-36.

56 “*Mebî'in menâfi'inden bir miktarı, müşteriye âid olmak üzere şart kılınsa, ol şarta riayet olunur.*” Bkz. Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 666.

57 398. maddenin şerhindeki ifadeler şu şekildedir: “*Amma menâfi'-i mezkûrenin müşteriye aid olması şart kılınmadığı halde müşteri o menâfi'î bilâ izin istihlak etse zâmin olur. Çünkü vefâen satılan maldan mütevellid mahsûle müşteri malik olmaz.*” Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 666.

58 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 35-36.

59 Molla Hüseyin, *Dürrü'l-hükkâm*, II, 207.

mümkündür. Dolayısıyla burada maksat sadece alacağın güvence altına alınması değil, aynı zamanda alacaklının söz konusu maldan faydalanabilmesini sağlamaktır. Nitekim Nesefti bunun, alacaklının alacağı karşılığında menfaat sağlamasına imkân vermek üzere ihdâs edilen bir akit olması için, faize karşı hile olarak uygulamaya konulduğunu söylemektedir.⁶⁰ Aynı şekilde Şeyh Bedreddin (v. 823/1420) de bu akitte tarafların maksatlarının sadece alacağın güvence altına alınması (tevsik) olmadığına dikkat çekerek şunları zikreder:

Bana göre bu akitte alacağı güvence altına almak kadar, maldan yararlanmak da esastır. Satıcı, müşterinin maldan yararlanmasına razı olunca, bu akdi rehin saymanın hiçbir manası yoktur. Buna göre; bey' bi'l-vefâ ne lafız ne de mana itibarıyla rehindir.⁶¹

İslam hukukunda rehin kullanım amaçlı değil, teminat amaçlı bir akitir. Hanefi mezhebinde hâkim olan görüşe göre de, mürtehin (rehin alan) ancak rehin verenin izniyle rehinden yararlanabilir. Ancak bunun sözleşmede şart koşulmaması gerekir. Eğer sözleşme sırasında şart koşulmamış ise rehinden yararlanmak mümkündür, aksi takdirde mümkün değildir.⁶² Yani amaç sadece teminat olsaydı, bu işlemin rehin olarak kabul edilmesi ve yukarıdaki şartlar çerçevesinde rehinin mürtehin tarafından kullanımı mümkündür. Nitekim taraflar arasında herhangi bir anlaşma olmadığında, nakde ihtiyacı olan kişinin verdiği para karşılığında, teminat olarak teslim ettiği ev veya arazinin -borç geri ödeninceye kadar- alacaklı tarafından kullanımında bir sakınca yoktur. Ancak bu işlemde asıl gaye rehin değil, borç/karzdır. Çünkü söz konusu akitte borç verecek olan kişi bunu menfaatsiz yapmak istemediği için alışveriş şeklindeki bir muâmele ile borç alınmakta ve buna karşılık da borç verene malın menfaati bırakılmaktadır. Görüldüğü üzere bu işlem, satıcının ihtiyaç duyduğu parayı temin etmesi, müşterinin de alacağını teminat almakla birlikte parasını alıncaya kadar akit konusu maldan istifade etmesi esasına dayalıdır. Bu yüzden tarafların söz konusu işlemi hangi niyetle yaptığı, oldukça önemlidir. Çünkü likidite sağlayan kişi, verdiği para karşılığında menfaat sağlamayı amaçlarsa, bu işlemin “*menfaat elde edilen tüm karzlar ribadır*” kâidesi gereğince riba kapsamına girmesi gerekir.⁶³ Buhâra ahâlisinin herhangi bir fayda sağlamadığı takdirde karşılıksız borç vermeye yanaşmamaları da, bu durumu desteklemektedir. Nitekim ileride de açıklanacağı üzere çağdaş İslam hukukçularının bazıları, bey' bi'l-vefâ'yı menfaat içeren bir karz muamelesi olarak kabul etmiş ve caiz görmemişlerdir.⁶⁴ Ayrıca rehinin râhine kiralınması durumunda ise icâre akdi

60 Molla Hüsvrev, *Dürrü'l-hükkâm*, II, s. 207.

61 Şeyh Bedreddin, *Camiu'l-fusûleyn*, I, 235.

62 İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, VI, 482-483.

63 Turan, “Bey' Bi'l-Vefâ ve Bey'u'l-İne”, 126.

64 el-Emânetü'l-âmme li-heyeti kibârî'l-ulemâ bi'l-memleketi'l-arabiyyeti's-suûdiyye (Riyad: İlmi Araştırmalar ve Fetva İdaresi Başkanlığı, 1426/2005), IV, 232; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühü* (Dimaşk: Daru'l-Fıkr, 1989/1409), VII, 173; Ali Ahmed es-Salûs, *Mevsûatü'l-kazâyâ el-Fıkhiyye el-Muâsira ve'l-İktisâdi'l-İslâmî* (Daru'l-Kur'an, 2002), s. 615. Ali el-Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve*

batıl olur.⁶⁵ Hâlbuki istiğlal akdinde, vefâ yoluyla alınan malın satıcıya kiralanması söz konusudur.

Son olarak kaynaklarda bey' bil vefanın, Buhâra fukâhası tarafından ihtiyaç duyulması sebebiyle zarûrete binâen cevazına hükmedildiği söylenmekle birlikte bu fakihlerin kimler olduğu tespit edilememektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, söz konusu akit hakkında ilk defa görüş beyan Ebu Şucâ, Ali es-Suğdi, Atâ b. Hamza es-Suğdi, Ebu'l-Hasan el-Mâtûridi ve Nesefî bunun caiz olduğunu değil, rehin olduğunu belirtmektedir. Ancak söz konusu akdin rehin olduğunu söylemek, mevcut şekliyle bunun caiz olduğu anlamına değil; aksine tamamen rehin hükümlerine tabi olduğu anlamına gelir.

2. Sahih Bir Satış Olarak Kabul Eden Görüş

Hanefi fakihlerinden bazılarının göre de, bu akit sahih bir satıştır. Bey' bi'l-vefâyı sahih bir satış olarak kabul edenler, bu işlemin bazı hükümlerinin netice verdiğini belirtip buna da müşterinin mebiden faydalanmasını delil olarak gösterirler.

Kâdihan'a (v. 592/1196) göre bey' bi'l-vefâ, "bey" lafzıyla yapıldığı için rehin olamaz.⁶⁶ Eğer taraflar hiçbir şart koşmadan bey' akdini yapıp sonradan karşılıklı bir vaad olarak vefâ şartını ileri sürerlerse akit sahih olur ve bu vaad ile vefâ bağlayıcı hale gelir. Anlaşmalarına uygun olarak sonradan koydukları şartları da yerine getirmeleri gerekir. Çünkü vaadler bazen bağlayıcı kabul edilir. Burada da insanların ihtiyacına binâen vaad bağlayıcı kabul edilir.⁶⁷ Görüldüğü üzere Kâdihan'a göre bey' bi'l-vefâda ileri sürülen vefâ şartı, bir vaaddir ve insanların böyle bir sözleşmeye olan ihtiyaçları nedeni ile bu vaade uyulması gerekir. Kâdihan ihtiyaçtan dolayı bu vaadi genel kuraldan istisna etmektedir.⁶⁸

Merginânî (v. 593/1197) ile Bâbertî'nin (v. 786/1384) belirttiğine göre; Semerkand ulemâsından bazıları ihtiyaçtan dolayı, mutad olduğu üzere mebiden faydalanma gibi (bey' ve hibe hariç) bazı hükümlerinin faydalı (helal) olması bakımından bu satışı caiz bir satış saymışlardır. Bâbertî "mutad" ifadesini açıklarken bey' bi'l-vefânın insanlar arasında örf haline geldiğini, onların bu şekilde yapılan bir

Hükümleri (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2011), çev. Rahmi Yaran, , 509; Muhammed Mahrus, Abdulatif, *Meşayih-u Belh Mine'l-Hanefiyye* (Bağdat: Dâru'l-Arab, 1978), II, 812.

65 Kâdihan, *Fetâvâ Kâdihân*, III, 596.

66 Kâdihan bu akdin rehin olduğu yönündeki görüşleri aşağıdaki şu sözleriyle reddeder: "Bey-i vefâ veya bey-i caiz diye isimlendirilen bey hakkında ihtilaf edilmiştir. es-Seyyid İmam Ebu Şuca' ve Kadı İmam Ebu'l-Hasan Ali es-Suğdi gibi âlimlerin çoğu bu akdin rehin hükmünde olduğunu söylediler. Hâlbuki doğru olan, taraflar arasında bey' lafzıyla yapılan bu akdin rehin olmamasıdır." Ayrıntılı bilgi için bkz. Kâdihan, *Fetâvâ Kâdihân*, II, 165; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükâm*, II, 207.

67 Kâdihan, *Fetâvâ Kâdihân*, II, 165; Bezzâzî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*, IV, 406.

68 Aslında Hanefi mezhebinde vaadin bağlayıcılığı şarta ta'lik edilmesine bağlıdır, aksi takdirde bağlayıcı olmaz. Ancak Kâdihan ihtiyaçtan dolayı buradaki vaadi genel kuraldan istisna ederek bağlayıcılığına hükmetmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yelek, Kamil, *Vaadın bağlayıcılığı*, 12-48.

satışla akdin bağlayıcılığını [lüzûm] anlamadığını, bilakis ne satıcının semeni müşteriye, ne de müşterinin mebbîyi satıcıya geri vermesini reddetmeksizin [min gayri imtinâ'] onayladıklarını belirtir. Bâbertî, Merginânî'nin bu görüşü benimsediğini ve metinde geçen "caiz ve mutad satış" sözüyle de buna işaret ettiğini belirtmektedir.⁶⁹ Nitekim Şeyh Bedreddin'in belirttiğine göre de Merginânî ile dönemin meşayihî, müşterinin vefâ yoluyla almış olduğu malın gelirine sahip olacağına ve bunları tüketmesi durumunda tazmin etmeyeceğine dair fetvâ vermiştir.⁷⁰ Ancak Merginânî, müşterinin vefâ yoluyla satın aldığı evi teslim almadan önce (kabz gerçekleşmeden), ilk satıcısına kiralaması (bey' bi'l-istiğlal) durumunda ücretin gerekmediğini ifade eder. Bu konuda "Bir kimse evini bey' bil-vefâ ile satıp, henüz kabz gerçekleşmeden önce onu müşterisinden kiralayıp oturması durumunda satıcının emsal ücreti (kirası) vermesi vacip olur mu?" diye sorulan bir soruya Merginânî "Hayır, çünkü halis bir köleyi (kınn) satın alıp kabzetmeden önce onu satıcısına kiralasa ücret gerekmez. Durum kesin alışverişte böyle olunca bey' bil-vefâda ne olduğunu sen düşün." şeklinde cevap vermiştir.⁷¹ Çünkü Merginânî'ye göre, tarafların satıştan sonra icâreye yönelmeleri, onların bununla rehin kastettiklerini gösterir ki, bu durumda bey' bi'l-vefâ rehin hükmünü alır ve rehinde olduğu gibi müşterinin maldan faydalanması da caiz olmaz.⁷² Dolayısıyla rivayetler birlikte değerlendirildiğinde, dış görünüşü itibarıyla Merginânî'nin vefâ akdini normal bir satım gibi gördüğünü; ancak akitten sonra tarafların bununla gerçek bir satımı kastetmedikleri anlaşıldığında da, söz konusu akdi satım olarak kabul etmediğini söyleyebiliriz. Çünkü onun belirttiğine göre, tarafların icâreye yönelmeleri, onların bununla gerçek bir satımı kastetmediklerini göstermektedir. Kısacası, bey' bi'l-vefâda tarafların bu akitle rehin kastettiği ortaya çıkarsa; işte o zaman Merginânî'ye göre bu akit rehin hükmündedir.

Zeylâî (v. 743/1343) *Tebyinu'l-hakâik* adlı eserinde Nesefî'nin bey' bi'l-vefâyla ilgili söylediği şu ifadeleri zikreder: "Zamanımızda meşâyihimiz bu akdin cevazına ve bu akde hüküm bina edilmesine hükmettiler. Bu hüküm de mebbîden faydalanmaktır. Bu, insanların ihtiyacına binâen bu konuda teâmül oluşmasına dayanır. İstisna' akdinde olduğu gibi fıkıh kaideleri teâmüle binâen terk edilir."⁷³ Zeylâî yukarıdaki ifadelerde bu akdin caiz olup müşterinin maldan yararlanabileceğini ve insanların ihtiyacına binâen bir konuda teâmül oluşmuşsa fıkıh kaidelerinin terk edilebileceğini nakleder. Zeylâî'nin Nesefî'den aktardığı bu ifadeler, birçok kaynakta mevcut

69 Merginânî, *el-Hidâye*, III, 273; Babertî, *el-İnâye*, IX, 236-237.

70 Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 237.

71 Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 239.

72 Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 244. Bazı müteahhirün âlimlere göre, teslim alınmadan önce satış caiz olan her şeyin, teslim alınmadan önce kiraya verilmesinin caiz olduğu, dolayısıyla gayri menkullerin de teslimden önce satışının ve kiraya verilmesinin mümkün olduğu söylenir. Fakat Şeyh Bedreddin, *Letâifu'l-İşârât* adlı eserinde, vefâ yoluyla satılan evin teslimden önce kiraya verilmesinin en sahih olan görüşe göre caiz olmadığını ve fetvânın buna göre olduğunu ifade eder. Çünkü o, icâre akdinde satılan şeyin menfaat, menfaatin ise taşınır mal hükmünde olduğunu söyler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 239.

73 Zeylâî, *Tebyinül-hakâik*, V, 184.

olmakla birlikte “*insanların ihtiyacına binâen bir konuda teâmül oluşmuşsa fıkıh kaidelerinin terk edilebileceği*” kaydı sadece Zeylâi ve Kâzerûnî'nin *İşaratü Ba'zı Ehli'l-vefâ bi Cem'i Ahkâmi Beyi'l-vefâ* adlı eserinde mevcuttur.⁷⁴ Ayrıca Zeylâi, müşterinin bey' bi'l-vefâ ile satın almış olduğu malın ürününden istifade edebileceğini, ancak onu bir başkasına satamayacağını ve bunun caiz bir satış olduğunu söylemektedir. Yani müşterinin satın aldığı bu maldan istediği şekilde istifade edebilmesi helal olur, ancak bunu satmaya malik değildir. Zeylâi, ikrah babında fetvânın da bu istikamette olduğunu söylemiştir.⁷⁵ İbn Âbidîn'in (v. 1252/1836) belirttiğine göre *en-Nehru'l-fâik*⁷⁶ adlı eserde de “*amel bizim ülkemizde Zeylâi'nin yapmış olduğu tercihe göredir.*” denmektedir.⁷⁷

Fetâvâ-yı -Bezzâziye'de zikredilen ikinci görüşte, Ahmed b. İsa el-Keşşî'nin (v. 550/1155) rivayetine göre Semerkand ulemâsından bazılarıyla Necmüddîn en-Neseî (v. 537/1142) bey' bi'l-vefânın sahih bir satış akdi olduğu görüşündedir.⁷⁸ Şeyh Bedreddin (v. 823/1420) ve Aynî (v. 855/1451)'nin ifadesine göre Neseî *Fetâvâ*'sında şunları kaydeder:

Bu zamanda âlimlerimiz, bazı selef âlimlerinin kabul ettiği gibi bu akdin sahih olduğu üzerinde ittifak ettiler. Çünkü taraflar akid sırasında “*aldım, sattım*” ifadelerini kullanmaktadırlar. Zira muteber olan maksat değil, telaffuz edilendir. Nitekim birisi, hiçbir beyanda bulunmadan bir yıl sonra boşama niyetiyle bir kadını kendine nikâhlaşsa bu hukuki açıdan mütâ değil sahih bir nikâh akdi sayılır.⁷⁹

Ankaravî (v. 1098/1687) Zahîrüddîn Mergînânî'nin bu akit hakkındaki görüşlerini belirtirken, bazı Semerkandlı büyük âlimlere göre bu akdin ve akitte ileri sürülen şartın caiz olduğunu belirtmektedir. Ayrıca Ankaravî, Zahîrüddîn Mergînânî ile amcası Kadî Mahmud'un⁸⁰ da bu görüşe meyilli olduğunu aktarmaktadır.⁸¹

Bu akdin sahih bir satış akdi sayılması durumunda şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

- 74 17. yüzyılda (1084/1670'te) Kâzerûnî tarafından kaleme alınan bu eser, bey' bi'l-vefa hakkındaki farklı görüşleri bir araya getirmek üzere hazırlanmıştır. Yazma halinde olan bu eser, İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi'ndedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kâzerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-vefâ bi Cem'i Ahkâmi Beyi'l-vefâ*, İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi, no. 967, vr. 2b-3a.
- 75 Zeylâi, *Tebyinül-hakâik*, V, 184; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, V, 277.
- 76 Bu eser Sirâcüddîn Ömer b. İbrahim b. Nuceym el-Mısıri el-Hanefî (v. 1005/1596)'ye aittir. Hanefî bir fakih olan bu şahıs, İbn Nuceym (v. 970/1563)'in kardeşi olup her ikisi de dedelerinin ismi ile “İbn Nuceym” olarak bilinir.
- 77 İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, V, 277.
- 78 Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu konuda Neseî'ye isnad edilen iki görüş mevcut olup, zikredilen görüşlerden birinde Neseî'nin bu akdi rehin, diğerinde ise bey'î caiz olarak kabul ettiği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeylâi, *Tebyinül-hakâik*, V, 184; Bezzâzî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*, IV, 405; Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 234-234; Aynî, *el-Binâye*, XI, 46; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, II, 207.
- 79 Zeylâi, *Tebyinül-hakâik*, V, 184; Bezzâzî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*, IV, 405; Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 235; Aynî, *el-Binâye*, XI, 46; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, II, 207. Aynı ifadeler Kâzerûnî'nin *İşaratü Ba'zı Ehli'l-vefâ* adlı eserinde de mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kâzerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-vefâ*, vr. 2b.
- 80 Zahîrüddîn Mergînânî'nin “*amcam Kadî Mahmud*” diye ifade ettiği kişi Mahmud el-Özcedî'dir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çeker, “Hanefî Mezhebinin Fıkıh Silsileleri”, 195.
- 81 Ankaravî, *Fetâvâ-yı Ankaravî*, I, 294; Çeker, “Risaletü'l-Vefâ”, 261.

- Sahih bir akittir, ancak sahih satış akdinin doğurduğu tüm sonuçları doğurmaz. Bundan dolayı da müşteri satın aldığı bu malı diğer mallar gibi başkasına satamaz.

- Kendi mülkiyetine geçtiği için, müşteri satın aldığı bu malı kullanabilir, kiraya verebilir, meyve vb. semerelerinden faydalanabilir. Dolayısıyla bu akdin sahih olduğunu söyleyenlere göre müşterinin, malı istiğlal (bey' bi'l-istiğlal) yoluyla satıcıya ya da bir başkasına kiralaması caiz olur.

- Gayrimenkul ise malı teslim almadan önce kira akdi yapabilir.

- Malın vergisi, tamir masrafları ve diğer giderleri müşteriye aittir.

- Mal müşterinin elindeyken helak olsa taraflardan hiçbirinin diğerinde bir hakkı kalmaz.

- Malın değerini düşüren bir ayıp meydana gelmişse satıcı malı geri almaya zorlanamaz.

Bey' bi'l-vefânın sahih bir satış akdi olduğunu söyleyenler, bu akdin rehin olmayacağını ifade ederler. Eğer bu akit, rehin olarak kabul edilirse, müşteri mürtehin, satıcı râhin, vefâen satılan şey de rehin konumunda olur. Ancak mürtehinin, rehinden faydalanması caiz olmadığı gibi, onu râhine de kiralayamaz. Şayet müşteri vefâ yoluyla satın aldığı şeyi satıcıya kiralarsa, bu rehin hükmünde olacağı için batıl olur. Mürtehinin rehinden faydalanması, râhinin iznine bağlı olup; râhin izin vermezse, mürtehin rehin bırakılan şeyden istifade edemez.⁸² Dolayısıyla bu akdi rehin olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu akit, rehin olarak kabul edildiğinde müşteri almış olduğu maldan istifade edemez. Bu ise, bey' bi'l-vefânın yapıma maksadına uygun değildir. Çünkü bu akdin hangi gerekçelerden ortaya çıktığını zikrederken, vefâen satışta borcun garantiye alınmasının yanı sıra müşterinin maldan faydalanması gibi bir maksadın da olduğunu ifade etmiştik. Yani satıcı faizsiz bir şekilde ihtiyaç duyduğu parayı temin ederken, sermaye sahibi olan müşteri de parasını alıncaya kadar o maldan istifade eder. Ayrıca bir takım gerekçelerden dolayı Buhâra ahâlisinin bir fayda sağlamadığı takdirde karşılıksız borç vermeye yanaşmadığını da yukarıda zikretmiştik. O halde müşterinin maldan faydalanmasına müsaade edilecekse, akdi rehin saymak mümkün değildir. Dolayısıyla bu görüşü savunanlar, bey' bi'l-vefânın sahih bir satış olduğunu ifade ederler.

Müşterinin maldan yararlanabilmesi için tarafların teminat yerine temlik amaçlı bir akit yapmaları daha isabetli olabilir. Çünkü bu akitteki amaç, satıcının

82 Zeylâi, *Tebyînül-hakâik*, V, 184; Şeyh Bedreddin, *Camîu'l-fusûleyn*, I, 235; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, II, 207; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, V, 276.

almış olduğu parayı faizsiz, müşterinin de malı kullanabilmesidir. Ancak bey' bi'l-vefâda tarafların “aldım sattım” ifadelerine bakılarak bu akdin sahih olduğu söylenirse de, tarafların ortaya koyduğu irade, onların gerçek iradelerini değil, dışa yansıyan iradelerini yansıtmaktadır. Çünkü bu işlemde, her ne kadar malın mülkiyetinin müşteriye geçtiği söylene de, burada tam bir mülkiyetten bahsetmek mümkün değildir. Zira müşteri satın aldığı bu malı diğer mallar gibi başkasına satamaz. Bu görüşü savunanlar istiğlal akdinden yola çıkarak bunun sahih bir satış olduğunu ileri sürmektedirler. Ancak bey' bi'l-vefâ ve bey' bi'l-istiğlal akitleriyle ilgili karşılaşılan pek çok davada bunun hakikaten rehin olduğu,⁸³ borcun ödenip akdin sona erdirilmesi durumunda ise “*eda-i deyn ve fekk-i rehin*” ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir.⁸⁴ Son olarak, bu akit sahih bir satış olarak kabul edilirse, vergi ve tamir masraflarının müşteriye (yeni sahibine) ait olması gerekir, ancak vefâen satımda bunun satıcıya ait olduğu görülmektedir.⁸⁵ Dolayısıyla bunun mutlak bir satış akdi olarak değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün gözükmemektedir.

3. Fasit Bir Satış Olarak Kabul Eden Görüş

Hanefi fakihlerinden bazılarına göre de, bu akit fasit bir satıştır. Zeylâ'nın *Tebyinu'l-hakâik* ve onun üzerine yazılan Şelebî haşiyesinde bu akdi mükrehin yaptığı satışa benzetip fasit sayanlar arasında Zahirüddîn Merginani⁸⁶, Zahirüddîn Velvâli (v. 540/1146), Sadru's-Şehid İbn Mâze (v. 536/1141)⁸⁷ ve Sadru's-Sa'id İbn

83 Ayrıntılı bilgi için bkz. *İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Sadareti Mahkemesi 80 numaralı Sicil* (H. 1057-1059/M. 1647-1649), Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011, XV, 81, 133; *İstanbul Kadı Sicilleri Bab Mahkemesi 54 numaralı Sicil* (H. 1102/M. 1691), Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011, XX, 239, 254.

84 Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Sadareti Mahkemesi 56 numaralı Sicil* (H. 1042-1043/M. 1633), Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011, XIV, 82; *İstanbul Kadı Sicilleri Bab Mahkemesi 3 numaralı Sicil* (H. 1077 /M. 1666 - 1667), Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011, XVII, 126, 245; *İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 18 numaralı Sicil* (H. 1086-1087/M. 1675-1676), Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2010, XVIII, 488-489, 551-552, 553-554, 583; *İstanbul Kadı Sicilleri Bab Mahkemesi 46 numaralı Sicil* (H. 1096-1097/M. 1685-1686), Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011, XIX, 126, 245; *İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 49 numaralı Sicil* (H. 1054/M. 1644), Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011, XVI, 67; *İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 90 numaralı Sicil* (H. 1090-1091/M.1679-1680), Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011, XXXI, 377-378.

85 Bu görüşü savunanlar, buna “*Satıcı bunları kendi isteğiyle yapmaktadır, onu bu konuda icbar eden yoktur.*” şeklinde cevap vermişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*, IV, 406; Şeyh Bedreddin, *Camii'l-fusûleyin*, I, 236; Kaşıkçı, *Eski Hukukumuzda Bir Hile-i Şer'iyye Örneği*, 12-13.

86 Zahirüddîn Merginani Mahmud el-Özcendî'nin yeğenidir. Özcendî aynı zamanda Kâdihan'ın da dedesidir. Zahirüddîn Merginani babasının (Zahirüddînü'l-kebir el-Merginani) da hocası olan Burhânüddîn el-Kebir İbn Mâze'den ve Özcendî'den fıkıh tahsil etmiştir. Kaynaklarda fıkıh tahsilinin Buharâda olduğu bildirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çeker, “Hanefi Mezhebinin Fıkıh Silsileleri”, 195.

87 Tam adı Ebû Muhammed Ömer b. Abdilaziz b. Ömer b. Mâze'dir. Hüsâmüddîn lakabını almıştır. Şehit edildiği için es-Sadru's-şehid olarak meşhur olmuştur. Babası Burhânüddîn el-Kebir İbn Mâze'den fıkıh öğrenmiş. Babası ise fıkıh tahsilinin Serahs'de yapmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çeker, “Hanefi Mezhebinin Fıkıh Silsileleri”, 193-194.

Mâze'nin⁸⁸ isimleri zikredilir.⁸⁹ Yukarıda zikri geçen şahıslar da Buhâra ve Semerkand bölgesinde yaşamış ve ilimlerini buralarda tahsil etmişlerdir.

Mergînânî (v. 593/1197) *el-Hidâye* adlı eserinin ikrah bahsinde bu akitle ilgili olarak şunları kaydeder: “*Caiz ve mutad satışı* (satıcının bedeli iade ettiğinde malı tekrar geri almak üzere yaptığı satışı) *fasit sayanlar, bunu mükrehin yaptığı satış gibi kabul etmişlerdir. Buna göre alıcının, malı bir başkasına satması caiz değildir. Çünkü yapılan bu akit fasit olup, buradaki fasitlik ise rızanın yokluğundandır.*”⁹⁰ Bâbertî ve Aynî *Hidâye*'nin bu ifadelerini şerh ederken buradaki caiz ve mutad satıştan kastedilenin bey' bi'l-vefâ olduğunu belirterek bunun nasıl yapıldığını anlatır.⁹¹

Kâdihan'a (v. 592/1196) göre; bu akit “bey” lafzıyla yapıldığı için akdin yapılışına bakılır: Eğer taraflar akit esnasında satışı fesh edeceklerini şart koşarak akdi yapmışlarsa, bu satış fasit olur. Taraflar fesih şartını zikretmez, fakat vefâ şartıyla birlikte “bey” (bey' bi'l-vefâ) veya “bey'u'l-caiz” lafızlarıyla akdi yaparsa, İmameyne göre bu, bağlayıcı (lazım) olmayan bir akit olup satış da fasittir.⁹²

Görüldüğü üzere Kâdihan'a göre; akitte zikredilen bu şartın, akitten sonra veya akit esnasında ileri sürülmesi durumu değiştirmektedir. Buna göre; taraflar akit esnasında fesh edeceklerini belirlerse bu satış fasit olurken, akitten sonra yapıldığında sahih olur. Bu, Ebu Hanife (v. 150/767) ile İmameynin sonradan ileri sürülen şartın akdin aslına iltihak edip etmeyeceği noktasındaki görüş ayrılığına dayanır. Akit esnasında herhangi bir şart ileri sürülmeyip sonradan akdi ifsat edecek bir şart koşulursa, Ebu Hanife'ye göre akitten sonraki bu şart da akdin aslına iltihak edeceğinden, akit fasit olmaktadır.⁹³ İmameyne göre ise akitten sonra fasit bir şartın ileri sürülmesi, akdin aslına iltihak etmeyeceğinden akdi ifsad etmez.

Camiu'l-fusuleyn'de belirtildiğine göre, fetvâ (müftâbih) bey' bi'l-vefânın fasit olması yönündedir. Buna bağlı olarak bu akit hakkında fasit alışveriş hükümleri cereyân eder. Ancak müşteri bu malı başka birine satarsa, ilk satıcısının onu geri alma hakkı vardır.⁹⁴

Bu akdi fasit görenlere göre, vefâ yoluyla alınan evin sahibine kiralanmasının (bey' bi'l-istiğlal) caiz olmadığı, akdi caiz görenlere göre ise ilk satıcı ya da

88 Tam adı Ahmed b. Abdülaziz b. Ömer b. Mâze'dir. Tâcüddin lakabını almıştır. es-Sadru's-sa'id olarak bilinir. Burhânüddin el-Kebir'in oğlu, es-Sadru's-sa'id'inde kardeşi olup bunlar İbn Maze kardeşler olarak bilinir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çeker, “Hanefi Mezhebinin Fıkıh Silsileleri”, 193-196.

89 Zeylâi, *Tebyinül-hakâik*, V, 183.

90 Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 273

91 Baberti, *el-İnâye*, IX, 236-237; Aynî, *el-Binâye*, XI, 46.

92 Kâdihan, *Fetâvâ Kâdihân*, II, 165. Kâdihan'ın zikrettiği bu ifade Bezzâziye'nin üçüncü görüşünde şöyle zikredilir: “Eğer taraflar akit esnasında satışı fesh edeceklerini şart koşar ve vefâ şartıyla birlikte “bey” veya “bey'u'l-caiz” lafzını telaffuz ederse sahibeyne göre bu, bağlayıcı (lazım) olmayan bir akitten ibarettir ve de bu satış fasittir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Bezzâzi, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*, IV, 406.

93 Bezzâzi, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*, IV, 406; Zeylâi, *Tebyinül-hakâik*, V, 184; İbn Nüceyrn, *el-Bahru'r-raik*, VI, 8.

94 Tıpkı mükreh satıcıdan malı satın alan müşterinin o malı başka birine satması durumunda olduğu gibi. Bkz. Şeyh Bedreddin, *Camiu'l-fusuleyn*, I, 237.

bir başkasına kiralamasının caiz olduğu belirtilir. Bu durum *Camiu'l-fusuleyn*'de Fahreddin ez-Zâhid'in *Fetâvâ*'sından nakledilerek şu şekilde anlatılır:

Bey' bi'l-vefâyı fasit kabul edenlere göre satılan malı teslim alıp başkasına kiraya veren kimse kira ücretini hak eder. Çünkü bir kimse bir malı gasp edip kiraya verse ücretini alma hakkına sahip olur. Dolayısıyla bunun ücretini almak daha evlâdır. Fakat bunu malın sahibine kiralarsa, bu caiz olmaz. Çünkü kişinin gasp edilen bu malı sahibine geri vermesi vaciptir ve böyle bir durumda üzerine düşeni yapmış olur... Bu hüküm, alışverişin fasit olduğu görüşüne göredir. Bunu caiz görenlerin görüşüne göre ise malın hem satıcıya hem de bir başkasına kiralınması sahih olup, kiraya verenin ücret almaya hakkı vardır.⁹⁵

Ankaravî (v.1098/1687)'nin belittiğine göre; bazı Semerkandlı âlimlerin fetvâlarında zikredildiği üzere bey' bi'l-vefâ fasittir ve şartlı bir satıştır, akde konu olan malın (mebî) kabzedilmesiyle de mülkiyet ifade eder. Ankaravî Zahîrüddin Merginânî'nin bu akit hakkındaki görüşlerini belirtirken, bir kısım Semerkand ulemâsına göre bey' akdine şart girdiğinde akdin fasit olduğunu, (şart girmediğinde ise fasit olmayacağını) bazı Semerkandlı büyük âlimlere göre de bu akdin ve akitte ileri sürülen şartın caiz olduğunu belirtmektedir. Ona göre bu akdin ve akitte ileri sürülen şartın sahih olduğunu, kendisinin görüşünün de bu yönde olduğunu yukarıda belirtmiştik.⁹⁶ Fakat Zeylâî'nin (v.743/1343) *Tebyinu'l-hakâik*'inde Zahîrüddin Merginânî'nin bu akdi fasit olarak kabul ettiğini gösteren başka bir ifade mevcuttur. Zira Zeylâî, bey' bi'l-vefâyı mükrehin (zorlanan kimse) yaptığı satışa benzetip fasit sayanlar arasında "*Zahîrüddin*" ismini zikretmiştir.⁹⁷ Haşiyede ise bu kişinin Zahîrüddin Merginânî olduğu ifade edilmektedir.⁹⁸ Bu durumda *Tebyinu'l-hakâik* ve onun şerhinde belirtildiğine göre Zahîrüddin Merginânî'nin bu akdi fasit, Ankaravîde açıklandığına göre de sahih olarak kabul ettiği hususunda farklı iki görüş mevcuttur.

Akit esnasında taraflardan birine menfaat sağlayan şartla yapılan akdin fasit oluşu, isabetli bir görüştür. Ancak bu işlem "*fasit bir akit*" olarak kabul edildiğinde, fasit bir sözleşmenin bütün hükümlerini doğurması gerekir. Sözgelimi fasit bir alışverişte müşteri malı satıcının izni ile kabz etmişse, o mala malik olur ve üzerinde tasarrufta bulunabilir. Böyle bir durumda, söz konusu mal başka birisine satılırsa, bu satış geçerli olur. Bey' bi'l-vefâda ise, müşteri malı üçüncü bir kişiye satamaz.

95 Şeyh Bedreddin, *Camiu'l-fusuleyn*, I, 239-240.

96 Ankaravî'nin zikrettiği ifadeler şu şekildedir: "*Bey' bi'l-vefâ hakkında üç görüş vardır. Ya çoğunluğun benimsediği gibi rehindir veya Hâniyede belirtildiği üzere (Bey' bi'l-vefâ Semerkand meşâyihuna göre rehin, bizim meşâyihimize göre ise fasit bey hükmündedir.) şart zikredilmeden yapıldığında caizdir veyahut da fasittir. Denildi ki, fetvâ bununladır. Semerkandlı âlimlerin fetvâlarında zikredildiği üzere bey-i vefâ; fasitdir, şartlı beydir ve mebiin kabzedilmesiyle müldkiyet ifade eder. Zahîrüddin Merginânî konuyla ilgili görüşünü şöyle beyan eder: Bey akdine şart girdiğinde akit fasit olur, şart girmeyince fasit olmaz. Bazı Semerkandlıların görüşü de bu yöndedir. Ancak Semerkandlı büyük âlimlere göre -ki benim görüşüm de bu doğrultudadır- bey akdi de şart da sahihtir. Amcam Kadî Mahmud da bu görüşe meyilliydi.*"Ayrıntılı bilgi için bkz. Ankaravî, *Fetâva-yı Ankaravî*, I, 294; Çeker, "Risâletü'l-vefâ", 261.

97 Zeylâî, *Tebyinül-hakâik*, V, 183.

98 Zeylâî, *Tebyinül-hakâik*, V, 183.

Müşteri malı teslim aldıktan sonra malın ilk sahibi olan satıcıya kiraya vermişse, herhangi bir ücret gerekmez. Çünkü bu şekilde akit fasit olacağı için akdin feshedilmesi gerekir. Akit feshedilince de bu malın mülkiyeti satıcıya döneceği için herhangi bir ücret gerekmez. Çünkü fasit satım akdinin taraflarca feshedilmesi veya eksikliğin giderilerek geçerli hale getirilmesi gerekir. Eğer bunun düzeltilmesi mümkün değilse ve mal mevcutsa aynen geri verilir. Zira fasit bir akitle satın alınan malda sabit olan mülk, habîs (temiz olmayan) bir mülkiyeti ifade ettiği için, burada yapılacak olan her türlü tasarruf fasittir ve mutlak olarak yararlanma hakkını ifade etmez.⁹⁹ Doğurduğu sonuçlara baktığımızda bunun fasit bir işlem olarak da kabul edilmesi kanaatimizce mümkün görünmemektedir.

4. Batıl Bir Satış Olarak Kabul Eden Görüş

Hanefi fakihlerinden bazıları hâzilin¹⁰⁰ satımına, bazıları da telcie¹⁰¹ satışına benzeterek bu akdin batıl bir satış olduğunu düşünmekle birlikte bu görüşün kimlere ait olduğu hususunda herhangi bir bilgi mevcut değildir.¹⁰² Söz konusu akdin, hâzilin veya telcie satışına benzetilmesi durumu değiştirmez. Akdin tarafları “*al-dım-sattım*” şeklindeki ifadeleri telaffuz ettiğinde, söylenen bu ifadeler, hukuki açıdan herhangi bir sonuç doğurmaz. Çünkü her ikisinde de, tarafların asıl maksadı satış olmadığı için, yapılan bu işlemler batıldır. Buradan hareketle mezkûr görüşü savunanlar, bey’ bi’l-vefâyı hâzilin veya telcie satışına benzeterek tarafların ortaya koyduğu iradenin gerçeği yansıtmayıp onların dışı yansıyan iradelerini yansıttığını, bu ifadelerin herhangi bir sonuç doğurmadığını ve söz konusu işlemin batıl olduğunu düşünmektedirler.

Ancak bey’ bi’l-vefânın, hâzilin veya telcie satışına kıyas edilmesinin tutarlı olmayan yönleri vardır. Çünkü taraflar bu akdin şaka olduğunu dilleriyle ifade etmemekle birlikte, akit esnasında hezl manasına gelen veya bunu gösteren herhangi bir işaret de yoktur. Nitekim Sadi Çelebi (v. 945/1538) “*hezlin ne anlama geldiğini bilenler, [bey’ bi’l-vefâda]bu şekilde bir söz ile konuşan kimsenin hâzil olmayacağını bilirler*” şeklindeki ifadesiyle bu akdi hâzilin satışına kıyas edenleri eleştirmektedir.¹⁰³

99 Merginâni, *el-Hidâye*, III, 51-53.

100 Gayri ciddi irade beyanıyla şaka olarak yapılan satımı.

101 Bir kimsenin müsadere, hırsızlık, gasp, ağır vergi gibi, zulüm ve haksızlığa uğrayarak mallarını kaybetmekten korkan kimsenin yapacağı muvazaalı satışı ifade eder. Burada zâlim veya gâsıp olan bir kimsenin korkusundan birine sığınma/iltica olduğu için buna telcie satışı denilmiştir. Kişi burada şekli olarak yaptığı akdi kendisine bir örtü/kalkan yaparak kendi malını korumaya alır. Örneğin kişi, kendi malını bir zâlimin veya sultanın gasp etmesinden korkarak; satış öncesinde “*ben zahiren sattım diyeceğim, ama hakikatte bu bir satış değil telciedir*” diyerek başkalarını buna şahit tutar, sonrasında da görünüşte her hangi bir şart koşmaksızın -anlaşmalı olarak- malın satımı gerçekleşir. Bkz. Kallek, Cengiz, , “Telcie”, *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul 2011, XL, 397.

102 Merginâni, *el-Hidâye*, III, 273; Babertî, *el-İnâye*, IX, 236-237; Aynî, *el-Binâye*, XI, 46. Ayrıca bkz. Kayapınar, “Beyu’l-vefa ve Bey’ Bi’l-İstiğlâl”, 52-56.

103 Kadızâde, Ahmed Şemseddin, *Netâicü’l-efkâr fi keşfi’r-rumûz ve’l-esrâr* (Beyrut: Dâru’l-Küttübîl-İlmiyye, 2003), IX, 242.

Ayrıca, telcie satışında bay'î zâlimin veya sultanın gasp etmesinden korumak için değil, kendi rızasıyla bir fayda temin etmek için malını satmaktadır. Dolayısıyla bunun hâzilin veya telcie satışına kıyas ederek hükmünü açıklamak mümkün gözükmemektedir.

5. Mürekkep ve Müstakil Bir Akit Olarak Kabul Eden Görüş

Hanefi fakihlerinden bazılarında göre de, bu akit iki veya üç akitten mürekkep (karma) bir akittir. Bir görüşe göre bey' bi'l-vefâ sahih satış ve rehinden mürekkep bir akittir. Vefâ şartı akit esnasında zikredilmezse, bu muamele müşteri hakkında sahih bir satış akdi sayılır ki, bu durumda müşteri aldığı maldan kendi malı gibi istifade eder. Aynı muamele satıcı hakkında da rehin sayılır ki, bunun neticesinde de satıcı bedeli îade ettiğinde müşterinin bunu kabul edip malı geri vermesi gerekir.¹⁰⁴ Bu durum *Camii'l-fusuleyn*'de Fahreddîn ez-Zâhid'in *Fetâvâ*'sından nakledilerek şu şekilde anlatılır:

Zamanımızın bazı meşayihî, 'Eğer akit esnasında şart (vefâ şartı) koşulmamışsa biz bu akdi müşteri için sahih olarak kabul ederiz. Böylece müşteri satın aldığı bu maldan diğer mallarından yararlandığı gibi yararlanabilir. Bay'î için de rehin kabul ederiz – ki bu durumda – satıcı bu malı başkasına satamaz.' demişlerdir. Böyle bir durumda müşteri bedeli kabul etmeye ve malı bay'î'ye geri vermeye zorlanır. Çünkü bu akit, her iki yönü (rehin ve bey-i sahih) de içermektedir... Ahkâmın birçoğunun bu şekilde farklı açılardan iki hükmü vardır. Bey' bi'l-vefâ'yı da, özellikle memleketimizde bu muameleyle duyulan ihtiyaç sebebiyle, ribadan kaçınmak amacıyla iki farklı hükmü bulunan akitler kapsamına dâhil ettik. Çünkü insanlar, Belh'te bu konuda borç ve icâre muamelesi yapmayı âdet hâline getirmişlerdir. Üzüm bağında da icâre bilindiği gibi sahih değildir fakat Buhârada insanlar uzun süreli icâreyi âdet hâline getirmişlerdir. Bunu yapmak ise ancak ağaçları satın aldıktan sonra mümkün olur. İşte bu bey' bi'l-vefâdır. Bu söylemiş olduğumuz şeyi yapmaya mecbur kalmışlardır. Bir şey insanlara darlık veriyorsa onun kükmü genişler.¹⁰⁵

Diğer bir görüşe göre de bazı muhakkik ulemâ bey' bi'l-vefânın bey' (satış) veya rehin olmadığını, bilakis bey-i fasit, bey-i sahih ve rehine benzeyen başka bir akit olduğunu söyler. Buna göre bey' bi'l-vefâ ne sahih satış, ne fâsid satış ve ne de rehindir. Bu, üç akitten de farklı hususiyetlere ve mevzuya sahip yeni bir akittir, fakat her üç akde de benzeyen tarafları vardır. Bundan dolayı onu zürafaya benzetirler. Çünkü zürafada, kaplan, sığır ve deve suretleri mevcuttur. Fasit olması bakımından, tarafların akdi diledikleri zaman feshetme yetkileri vardır. Sahih olması bakımından, mebûin ürünlerinden istifade etmenin helal olduğu, müşterinin elinde olduğu süre zarfında da menfaatlerinin ona ait olduğu söylenebilir. Rehinden olması bakımından da; müşteri bunu bir başkasına satamaz, rehin olarak veremez,

104 Bezzâzî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*, IV, 407-408.

105 Şeyh Bedreddîn, *Camii'l-fusuleyn*, I, 237. Aynı ifadeler Kâzerûnî'nin *İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ* adlı eserinde de mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kâzerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ*, vr. 3a.

mebûin helakiyle borç düşer, mebûide meydana gelen noksanlık oranında borç azalır.¹⁰⁶ Her iki tarafın karşılıklı almış oldukları bedellerin taraflara ait olması şartıyla kendisine ihtiyaç duyulması bakımından bu akde cevaz verilmiştir. İbn Nüceym (v. 970/1562) fetvâda kavli câmi (kuşatıcı görüş) denilen bu görüşten şaşılmaması gerektiğini ifade demektedir.¹⁰⁷ Her ne kadar rehin olarak kabul ettiği nakledilse de, bazı fetvâlarından hareketle Ebussuûd'un (v. 982/1574) da kuşatıcı görüşü benimsediği söylenebilir.¹⁰⁸

Çatalcalı Ali Efendi'nin (v. 1103/1692) fetvâlarına bakıldığında, ilgili fetvâda yer alan hüküm hangi akde aitse, bey' bi'l-vefânın o akdin hükmünde olduğuna dair bir görüşün nakledildiği görülür. Örneğin bazı fetvâlarda bu akdin fasit, bazılarında ise rehin olduğuna dair nakiller yapılmaktadır. İlk bakışta bunların çelişkili olduğu söylenebilir. Ancak buradaki fetvâlarda kastedilen; bey' bi'l-vefânın bazı açıdan rehin, bazı açıdan da bey'-i fasit hükmünde olduğudur. Bu da kuşatıcı görüşün benimsediğini göstermektedir. Netice itibarıyla söz konusu fetvâlarda; bazı meselelerde bu akdin rehin hükmünde olduğunu söyleyenlerin, bazı meselelerde bey'-i fasit hükmünde olduğunu söyleyenlerin, bazı meselelerde de bey'-i caiz hükmünde olduğunu söyleyenlerin görüşü benimsenmiştir.¹⁰⁹

Dürrizâde Mehmed Ârif Efendi (v. 1215/1800) bey' bi'l-vefânın hükmüyle ilgili olarak, Osmanlı Şeyhülislâmı Minkarizâde Yahya Efendi (v. 1088/1678)'den şu rivayeti nakletmektedir:

Bey' bi'l vefânın hükmü nedir? Rehlin mesabesinde mi, bey'-i fasit ya da batıl mesabesinde mi, yoksa dördüncü bir durum mu söz konusudur? Cevap: Dördüncü bir durum söz konusudur. Zira bu akit, müşterinin akit konusu malı kabzettikten sonra satıcıya kiraya veribilmesi açısından bey'e benzer, satıcının parayı ödeyince malı geri alabilmesi açısından ise rehine benzer. Bunu zürafaya benzettiler.¹¹⁰

Dürrizâde'nin yapmış olduğu bu rivayete göre; bey' bi'l vefâ mürekkep bir akit olup üç akitten de farklı hususiyetlere ve mevzuya sahip yeni bir akit, fakat her üç akde de benzeyen tarafları vardır. Bundan dolayı onu zürafaya benzetmişler.

Akifzâde (v. 1223/1808) *Mecelletü'l-mehâkim* adlı eserinde bey' bi'l-vefâ hakkında genel bir malumât vererek bu akdin hükmü konusunda Osmanlı ulemâsının “mezheb-i câmi” diye ifade edilen kuşatıcı görüşü tercih ettiğini belirtir. Akifzâde'nin buradaki ifadeleri şu şekildedir:

106 Zeylâi, *Tebyînül-hakâik*, V, 184; Molla Hüsrev, *Dürrerü'l-hükkâm*, II, 207; İbn Abidin, *Reddu'l-muhtâr*, V, 277.

107 İbn Nüceym, *el-Bahru'r-raik*, VI, 9.

108 Ebussuûd, *Fetâva-yı Ebussuûd*, Süleymaniye Kütüphanesi İsmihan Sultan Bölümü, no. 223, vr. 137b, 138a.

109 Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâva-yı Ali Efendi*, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1311-1312, I, 298-302. Ayrıca bkz. Kaya, “Karz İşlemleri”, 83-84; Yelek, *Vaadîn bağlayıcılığı*, 112-113.

110 Dürrizâde Mehmed Ârif Efendi, *Neticetü'l-fetâvâ* (İstanbul: Matbaa-i Âmire), 1265, 496-497. Ancak bu rivayetin aynısını daha önce Ebussuûd bir başkasından nakletmektedir. *Ayrıntılı bilgi için bkz. Ebussuûd, Fetâvây-ı Ebussuûd*, vr. 137b.

Bey' bi'l-vefâ, müçtehit imamlardan sonra ortaya çıkan bir akit türü olup, bu konuda Hanefî fukahâsına ait pek çok görüş vardır. Bazılarına göre bu akit, rehin hükmünde olup Osmanlı Şeyhülislâmlarından İbn Kemal, Ebussuûd ve Yahya b. Zekeriyazâde bu görüştedir. Bazılarına göre ise bu akit, bey'-i caiz hükmündedir, fakat çoğunluğa göre bey'-i fasittir. Ancak mezheb-i câmi' diye ifade edilen bir görüş daha vardır ki, buna göre bey' bi'l-vefâ caiz, fasit ve rehinden mürekkebe bir muameledir. Kanaatim odur ki, Osmanlı ulemâsının çoğu bu mezheb-i câmi görüşle amel etmektedir. Çünkü fetvâların bazıları bey'-i caiz görüşüne mebnidir. Buna göre tahliye ve kabzdan sonra malı satıcıya kiralamak sahihtir. Çünkü rehin ve bey'-i fasit olarak kabul edilen görüşe göre icâre asla sahih olmaz. Pek çok fetvâları da rehin olmasına yöneliktir. Nitekim borcu karşılığında evini vefâen satıp alacaklısına teslim eyledikten sonra borcunu ödemedikçe akit fesh olmaz. Edâ edince akit fesh olur ve malını geri isteyebilir. Borcunu ödmeden önce kaybolursa varisleri bunu ödeyip malı geri alabilir. Kabz gerçekleşmiş ise alacaklı diğerleri arasında öncelikli olup ev satılarak alacağını tamamen alır. ... Ve'l-hâsil meşâyihimiz vefâ ve istiğlâl meselelerinde mezheb-i câmi' ile amel edip, bazı açılardan rehin, bazı açılardan bey'-i fasit ve bazı açılardan da bey'-i câiz hükmüne itibâr edip insanların ihtiyaçları sebebiyle fetvâ vermişlerdir.¹¹¹

Akifzâde'nin bu ifadeleri 18. yüzyılda bey' bi'l-vefâ hakkında “*mezheb-i câmi'*” veya “*el-kavlu'l-câmi'*” diye isimlendirilen kuşatıcı görüşün benimsendiğini göstermektedir. Bu durumda bey' bi'l-vefâ bazı açılardan rehin, bazı açılardan bey'-i fasit ve bazı açılardan da bey'-i caiz hükmündedir. Akifzâde'nin bu ifadeleri, son derece önemlidir. Çünkü o, – 18. yüzyılda yaşayan birisi olarak – bu akitle ilgili geçmiş dönemdeki farklı kanaatlere/görüşlere vakıf olarak konuyu genel hatlarıyla ortaya koymaktadır. Ancak bu yüzyılda vefâ akdini rehin olarak kabul eden, dolayısıyla istiğlâl akdini sahih görmeyenler de vardır.¹¹² Örneğin Osmanlı Şeyhülislâmlarından Dürrî Mehmed Efendi (v. 1149/1736), bey' bi'l-vefânın rehin hükmünde olduğunu, müftâ bih olan görüşe göre istiğlâl akdinin caiz olmadığını ve böyle bir durumda ücretin gerekmediğini söyler.¹¹³

Ahmet Cevdet Paşa ise (v. 1312/1895) bey' bi'l-vefânın hükmü konusunda kendi tercihinin kuşatıcı görüşten yana olduğunu ifade ederek bunun içinde buldukları asırda insanlara daha faydalı ve memleketin maslahatına daha uygun bir görüş olduğunu belirtir. Ayrıca Ahmet Cevdet Paşa Mecelle'nin 3, 118, 119 ve 396. maddelerinde de kuşatıcı görüşün benimsendiğini söyler.¹¹⁴

Mecelle'nin 118. maddesine bakıldığında kuşatıcı görüşün benimsendiği görülmektedir.¹¹⁵ Ancak Mecelle'nin bey' bi'l-vefâ bölümünde 396. madde ile başlayıp

111 Bu ifadeler metnin aslından sadeleştirilerek alınmıştır. Akifzâde, *Mecelletü'l-Mehâkim*, vr. 294b-295a. Ayrıca bkz. Kaya, “Karz İşlemleri”, 81-82. Akifzâde'nin bu ifadelerinin orijinalinin latinize hali için bkz. Yelek, *Vaadın bağlayıcılığı*, 77.

112 Kaya, “Karz İşlemleri”, 83.

113 Dürrî Mehmed Efendi, *Dürretü'l-beyzâ fi beyanı Ahkâmîş-şer'iatil-garra*, ter. Dürrizâde Mustafa Efendi, Süleymaniye Kütüphanesi, Pertev Paşa, no. 215, vr. 324.b.

114 Çeker, “Risâletü'l-vefâ”, 263-262

115 Bu görüşe göre bey' bi'l-vefâ her üç akde (rehin, sahih bey ve fasit bey) benzeyen tarafları olmakla birlikte üç akitten de farklı özelliklere ve mevzûa sâhip yeni bir akitir. Buna göre bey' bi'l-vefâ ne sahih satış, ne fâsîd satış ve ne de

devamında yer alan ilgili hükümler (396. ile 403. madde arası) rehinle paralellik arz eder.¹¹⁶ Özellikle 398. maddede¹¹⁷ satılan malın menfaatlerinden bir kısmının müşteriye ait olması, şart koşulursa, bu şarta riayet edileceği belirtilir.¹¹⁸ Bu maddeden vefâ yoluyla satılan malın menfaatinin müşteriye ait olmayacağı, ancak şart koşulması durumunda böyle bir hakka sahip olacağı anlaşılır.¹¹⁹ Nitekim Ali Haydar Efendi bu maddenin şerhinde; bey' bi'l-vefâda şart koşulmazsa müşterinin izinsiz olarak malı kullanamayacağını, kullandığında tazmin edeceğini ve bu malın mahsûlüne mâlik olamayacağını ifade eder.¹²⁰ Kuşatıcı görüşe göre, böyle bir şartın varlığına ihtiyaç duyulmadan malın menfaatinin müşteriye ait olması veya onu kullanabiliyor olması gerekirdi. Çünkü 118. maddede müşterinin mebî ile intifa eylemesine nazaran bu akdin bey'-i caiz hükmünde olduğu ifade edilir. Müşterinin mâlikin izniyle mebîden yararlanabilmesi veya ürünleri izinsiz yemesi durumunda tazmin etmesi ise, bu akdin rehin olarak kabul edildiği durumlarda söz konusudur. Ahmet Cevdet Paşa'ya göre de; bey' bi'l-vefâda mal sahibinin izni olmadan müşterinin akit konusu malı tüketmesi durumunda bunun tazmin edilmesi gerektiğini söylemek, kuşatıcı görüşün benimsenmediğini gösterir.

Mehmed Said, *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* adlı eserinde Mecelle'nin bu maddelerindeki zıtlığa işaret ederek adliye memurlarının farklı, hatalı sonuçlara vardığını zikreder. Kendisi de bu tür yanlışlıkları, çelişkileri ortadan kaldırmak üzere risalesini yazdığını belirtir ve bu maddeleri 118. madde doğrultusunda şerh eder. Mehmed Said, Ahmet Cevdet Paşa'nın *Risaletü'l-vefâ* adlı risalesinin ilgili bölümünden alınlar yapıp tercüme ederek kuşatıcı görüşün esas alınması gerektiğini söyler.¹²¹

rehindir. Bey' bi'l-vefâ 118. madde de şu şekilde ifade edilmiştir: "Bey' bi'l-vefâ, bir kimse bir malı ahara, semeni reddetmekte geri vermek üzere şu kadar kuruşa satmaktır ki, müşteri mebi ile intifa eylemesine nazaran bey-i caiz hükmünde ve tarafeynin bunu fеше muktadir oldukları cihetle bey-i fasit ve müşteri mebi ahara satamadığı cihetle rehin hükmündedir." Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 222-223 (118. madde).

116 Bu maddeler şu şekildedir:

Madde 396: "Bey'-i vefâda bâyi, semeni red ile, mebî'i istirdad edebilirdiği gibi, müşteri dahi mebî'i red ile, semeni istirdad edebilir."

Madde 397: "Bey'-i vefâ ile satılan mebî'i, gerek bâyi' ve gerek müşteri ahara satamaz."

Madde 398: "Mebî'in menâfi'inden bir miktarı, müşteriye âid olmak üzere şart kılınsa, ol şarta riayet olunur."

Madde 399: "Vefâen satılan malın kıymeti, deyne müsâvi olduğu halde müşteri yedinde telef olsa, mukaabili olan deyn sâkit olur."

Madde 400: "Vefâen satılan malın kıymeti, deynen nâkis olduğu halde, müşteri yedinde telef olsa kıymeti, miktar-ı deynen sâkit olur. Ve üst tarafını dahi müşteri bâyi'den ahz ve istirdad eder."

Madde 401: "Vefâen satılan malın kıymeti, deynen ziyade olduğu halde müşteri yedinde telef olsa, kıymetinden deyn mukaabili olan miktarı sâkit olur. Ve taaddi vukûbulmuş ise ziyadeyi dahi müşteri zâmin olur." Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 665-668; Kaya, "Ahmet Cevdet Paşanın Risaletü'l-Vefâ Adli Eseri", 267.

117 "Mebî'in menâfi'inden bir miktarı, müşteriye âid olmak üzere şart kılınsa, ol şarta riayet olunur." bkz. Ali Haydar, *age.*, I, 666.

118 Kaya, *age.*, 267.

119 Kaya, Süleyman, *age.*, 267.

120 398. maddenin şerhindeki ifadeler şu şekildedir: "Amma menâfi' -i mezkûrenin müşteriye aid olması şart kılınmadığı halde müşteri o menâfi' i bilâ izin istihlak etse zâmin olur. Çünkü vefâen satılan maldan mütevellid mahsûle müşteri malik olmaz." Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 666. Ayrıca bkz. Kaya, *age.*, s. 267.

121 Mehmed Said, *Ahkâmu'l-Bey' bi'l-vefâ*, İstanbul, yazma, ty. Beyazıd Devlet Kütüphanesi, Beyazıd, no. 8946, 2-4, 13-15; Ayıca bkz. Kaya, "Ahmet Cevdet Paşanın Risaletü'l-Vefâ Adli Eseri", 267.

Bey' bi'l-vefâyı daha önceki bilinen akitlerden birine benzeterek hükmünü açıklama ve tesbit etmek yerine, bunu yepyeni bir akit olarak değerlendirmek daha doğrudur. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi diğer akitlere benzeyen yönleri olsa da, bu akit farklı hususiyetlere ve mevzuya sahip yeni bir akitir. Sonuç itibarıyla bu akdin; satış (bey') akdinin bir türü olarak değil de, müstakil bir akit olarak kabul edilip değerlendirilmesinin daha isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

6. Çağdaş Görüşler

Ahmed ez-Zerkâ *“Ukudda itibar; makasid ve meâniyedir, elfaz ve mebaniye değildir.”* şeklindeki maddeyi açıklarken, öncelikle bey' bi'l-vefânın rehin hükmünde olduğunu, ancak buradaki rehin hükümlerinin akdin tamamında değil de bir kısmında cereyan ettiğini, Mecellede de belirtildiği üzere fetvânın kuşatıcı görüşten yana olduğunu söyler.¹²² Ona göre aslında bu akdin caiz olmaması gerekir. Çünkü bu akitte “ayn”dan faydalandığı için ribâ kabilinden olması veya bir safka içinde şart koşulmuş ikinci bir safka (bir işlemde iki satış) olması yönüyle caiz değildir. Ancak Buhârâ halkının borçlarının artması sebebiyle bu akde ihtiyaç duyulduğu için rehin olarak cevaz verilmiştir. Bunun neticesinde ise müşterinin maldan faydalanması helal olmuştur.¹²³

Mustafa ez-Zerkâ (v. 1420/1999), bey' bi'l-vefânın yapılaş gayesinin rehinden farklı olduğunu, bu akitte alacağın teminatının yanı sıra alacaklı konumundaki müşterinin gayrimenkul malından faydalanma gibi bir maksadının da bulunduğunu ifade eder.¹²⁴ Çünkü rehinle yetinilmemiş, bey' bi'l-vefâyı ihtiyaç duyulmuştur. Zira rehin akdi; mürtehin, rehinden faydalanma ve onu kiraya verme hakkı vermez. Râhin, mürtehin izin vermiş olsa da, dilediği zaman bundan rucû edebilir. Bu yüzden –rehin ile satışın hükümleri birlikte yer alarak– mürtehin akdin gereği olarak rehinden faydalanabilsin diye bu akit ihdas edilmiştir. Çünkü insanlar menfaat olmaksızın mallarını borç olarak vermez hale gelmişlerdi. Bu sebeple bey' bi'l-vefâ, –insanların ribaya karşı bir alternatif olarak sığınabileceği bir şey olsun diye– satın alma ve menfaatleşme suretinde bir akit olarak örf haline gelmiştir.¹²⁵ Ayrıca Zerkâ bey' bi'l-vefânın, satış (bey') akdinin bir türü olarak değil de, müstakil bir akit olarak kabul edilmesinin ve daha iyi anlaşılması için fıkıh kitaplarında rehinden sonra yer almasının daha uygun olduğunu belirtmektedir. Çünkü ona göre bey' bi'l-vefâ; bey' ve rehnin karışımından oluşmuş bir akit olmakla birlikte içerisinde rehin hükümleri ağırlıktadır. Bu sebeple bunun anlaşılması rehin ve satışın (bey') hükümlerinin bilinmesine bağlıdır.¹²⁶

122 Zerkâ, Ahmed Muhammed, *Şerhu'l-Kavaidi'l-Fikhiyye* (Dımaşk: Daru'l-Kalem, 1409/1989), 56.

123 Zerkâ, *Şerhu'l-Kavaidi'l-Fikhiyye*, 210.

124 Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Fikhu'l-İslâmî fi Sevbihi'l-Cedid* (Dımaşk: Daru'l-Kalem, 1998), I, 232 (ikinci dipnot).

125 Zerkâ, *el-Fikhu'l-İslâmî*, I, 612.

126 Zerkâ, *el-Fikhu'l-İslâmî*, I, 611-612

Ali el-Hafifi, bey' bi'l-vefânın faiz sayılmayan bir usulle menfaat teminine bir çare (hile) olarak muameleye koyulan bir akit olduğunu ifade eder. Her ne kadar bu akit, faize bulaşmama gibi bir gayeyle ortaya çıkmış olsa da, Hafifi bu işin onların umduklarından çok uzak olduğunu belirtir. Çünkü hangi yolla gidilirse gidilsin haram haramdır. O, âlimlerin çoğunluğuna göre bu satışın sahih bir akit olmadığını, akit yapıp mal teslim edilmişse tamamen rehin hükümlerinin câri olacağını ve bu akdin rehin olduğu yönündeki görüşün en isabetli görüş olduğunu belirtir. Bunun neticesinde ise; müşteri mala malik olamaz, ondan faydalanması ve tasarrufta bulunması da helal olmaz.¹²⁷

Muhammed Mahrus'un söylediğine göre de; bu akit mürtehinin rehinden faydalanabilmesini sağlamak için, faize karşı bir hîle olarak Belh ve Buhârâ âlimleri tarafından ihdas edilmiştir. Meşrû olan bir muamele ile kötü niyet besledikleri için bu akit batıldır. Bunun rehin olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü akdi yapanlar teminatın dışında başka bir gaye gütmektedirler. Tarafların asıl maksadı menfaat sağlamaya yöneliktir, bu ise akdin muktezasına uygundur.¹²⁸

Ebû-Zehrâ'nın görüşü de, Ali el-Hafifi ve Muhammed Mahrus ile aynı doğrultudadır. Nitekim o, bu muâmelenin yeni bir akit olmadığını, bilinen akitlerden birine dayandırmak suretiyle Hanefiler'in bunu mübah gördüğünü, fâiz yiyenler tarafından icât edilen fâizli bir alışveriş olduğunu ve zâruret hâli bulunmadan da mübah olmadığını ifade eder.¹²⁹

Son olarak İslam Fıkıh Konseyi'nin (Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî) bu konudaki kararını aktaracağız. 1992'de Ciddede düzenlenen toplantıda bey' bi'l-vefâ hakkında alınan karar şu şekildedir: Bu akit gerçekte menfaat sağlayan bir borç işlemidir. Faize karşı bir hile olarak yapılan bu işlemin sahih olmadığını ise cumhur ulemâ söylemektedir. Kısacası konsey, bey' bi'l-vefânın caiz olmadığı kanaatindedir.¹³⁰

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Görüldüğü üzere bey' bi'l-vefâ; insanların açıktan açığa faize düşmeden ihtiyaç duyduğu parayı temin etme, borç verene alacağını teminat altına alma ve alacağı karşılığında menfaat sağlama imkânı verecek bir usul ve gayeyle, V/XI. yüzyılda ihdâs edilen bir akid türüdür. Hanefi fukahâsı, bunun, faize karşı bir hile-i şeriyeye ve insanlar arasında örf haline gelen bir satış olduğunu söylemektedir. Bu uygulama ilk başta Türklerin meskûn olduğu Buhâra, Semerkand, Belh, Maverâünnehir

127 Ali el-Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*, 509.

128 Muhammed Mahrus, Abdullatif, *Meşayih-u Belh Mine'l-Hanefiyye*, II, 812.

129 el-Emânetü'l-âmme li heyet-i kibârî'l-ulemâ (Haz.), *ebhâsü heyet-i kibârî'l-ulemâ bi'l-memleketi'l-arabiyyeti's-suûdiyye*, IV, 232.

130 Ali Ahmed es-Salûs, *Mevsûatü'l-kazâyâ el-Fıkhîyye el-Muâsira ve'l-İktisâdi'l-İslâmî*, s. 615.

ve Nesef civarında ortaya çıkıp sadece o bölgeye has iken, daha sonra diğer İslam beldelerine de yayılarak kabul görmüştür. Buradan hareketle söz konusu yöntemin Türkler tarafından geliştirildiğini söyleyebiliriz.

Bu işlemde, amaç bir malın satın alınması ya da satılması değil, bir başkasına borç verilmesi ya da borç alınmasıdır. Ancak borç verecek olan kişi bunu menfaatsiz yapmak istemediği için alışveriş (bey') şeklindeki bir muâmele ile borç alınmakta ve borç verene malın menfaati bırakılmaktadır. Dolayısıyla İslam hukukunun temel ilkelerine göre bu akdin caiz olmaması gerekir. Çünkü akitte hem akdin gereğinden olmayan bir şartın varlığı, hem de alacak karşılığında menfaat sağlama söz konusudur. Hâlbuki alacak karşılığında menfaat sağlamak riba olup dinen caiz değildir. Fakat bu akit, Buhâra halkının borç bulma ihtiyaçlarının artması ve faizsiz borç bulmada da sıkıntılar yaşanması sebebiyle ortaya çıkmış, ihtiyaca binâen kıyasa aykırı olarak da meşru sayılmıştır. Bu işlemin meşruiyetiyle ilgili fıkıh kitaplarındaki ifadelerden anlaşıldığına göre bu akdin hukuki dayanağının istihsan olduğu anlaşılmaktadır. İslam hukukunda ihtiyaçların zarûret derecesine indirildiği ve bunların da yasak olan şeyleri mubah kıldığı şeklinde kaideler mevcuttur. Ancak zarûretler, kendi miktarları ile takdir olunur; yani ihtiyaç ve zarûret ne kadar ruhsatı gerektiriyorsa o kadarı helâl olur, onun ötesine bir adım dahi atılamaz. Zarûret halinin ortadan kalkması durumunda ise, söz konusu yasak tekrar geri gelir ve o fiil câiz olmaktan çıkar. Ayrıca bu akdin meşruiyetinde "*hâcet, umumi veya hususi olsun, zarûret derecesine indirilir*" şeklindeki kâidenin esas alındığı söylenmiştir. Ancak söz konusu işlemin varlığı ihtiyaç sebebiyle zarûret sınıfına sokuluyorsa, bunu temin için böyle bir yöntem ihtiyacı duyulmaması gerekir. Çünkü zarûretler, haram olan şeyleri zaten mubah kılar.

Buhâra halkının içinde bulunduğu bu durum zarûret olarak kabul edilmektedir. Ancak bu durumda bey' bi'l-vefâ ruhsatının –zarûret ne kadar ruhsatı gerektiriyorsa– sadece ihtiyaç halindeki kişilere verilmesi icap ederdi. Fakat kaynaklara bakıldığında zarûret halinde ihtiyaca binâen, faize karşı bir hile olarak ortaya çıkan bu akdin, zamanla herkesin istediği vakit uygulayabileceği bir akit haline dönüştüğü ve bu konuda bir örfün/teâmülün oluştuğu görülmektedir.

Bununla birlikte Hanefî âlimleri bey' bi'l-vefânın hükmünde ihtilaf etmiş, konuyla ilgili farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Buradaki tartışmaların kilit noktası, "*Bunu yeni bir akit olarak mı değerlendireceğiz, yoksa daha önceki bilinen mevcut akitlerden birine mi kıyas edeceğiz?*" şeklindeki soruyla yakından ilgilidir. Akdin ilk defa uygulanmaya başlandığı dönemlerde asrın fukahâsı, bey' bi'l-vefâyı bilinen akitlerden birine benzeterek açıklama ve hükmünü tesbit etme yolunu tercih etmiş ve bu konuda ihtilâfa düşmüşlerdir. Âlimlerin büyük bir kısmı bunu rehne benzetirken; bazıları sahih satışa, bazıları da fâsit bir satışa, benzetmişlerdir. Fakat

daha sonraki Hanefî fukahâsı görüşleri birleştiren (*el-kavlu'l-câmi*) söz diye ifade ettikleri rey üzerinde karar kılmışlardır. Bu görüşe göre; bey' bi'l-vefâ üç akitten de farklı hususiyetlere ve mevzuya sahip yeni bir akittir, fakat her üç akde de benzeyen tarafları vardır. Bu sebeple de Hanefî fukahâsından birçoğu, onu bu üç akitten herhangi birine dâhil etmemiş, fakat her üçünden istifade ederek çıkarımları hükümlere tâbi kılmışlardır. Osmanlı döneminde bu akdi rehin olarak kabul edenler olsa da, fetvâ kitaplarıyla şer'îyye sicillerine bakıldığında genel olarak kuşatıcı görüşün tercih edildiği görülmektedir. Bu görüşlerin yanı sıra bu akdin caiz olmadığını söyleyenler de vardır. Çünkü onlara göre; bu işlem faize karşı bir çare (hile) olarak ortaya çıkmış ise de, tarafların asıl maksadı satış olmayıp menfaat sağlamaya yöneliktir, bu ise akdin muktezasına uygun değildir. Bunun neticesinde de; müşteri mala malik olamaz, ondan faydalanması ve tasarrufta bulunması da helal olmaz. Bunun faize karşı bir *hile-i şer'îyye* olduğu söylene de, İbn Hacer'in ifade ettiği gibi hile, "*gizli bir yolla maksada ulaştırılan şey*" olup ancak haramdan uzaklaşmak için olursa güzeldir. Eğer bunun vasistasıyla Şarî'in yasakladığı bir şey meşrulaştırılmaya çalışılıyor ise, bunun kabul edilmesi mümkün değildir. Her ne kadar bu akit, insanların faizsiz bir şekilde ihtiyaç duyduğu parayı temin etme ve sermaye sahiplerinin verdikleri borcu garanti altına alıp bir kazanç elde etmelerini sağlama gibi bir gayeyle ortaya çıkmış olsa da, Ali Hafîfi'nin dediği gibi, haram olan bir şeye farklı yollardan ulaşılması sonucu değiştirmemektedir. Çünkü akitler, tarafları varmak istedikleri hedefe götüren birer vasitadır; vasıtaların meşru olması da sonucun meşru olması anlamına gelmez. Bu yüzden söz konusu akdin meşruiyetini tespit için, tarafların varmak istedikleri asıl gayeye/hedefe bakılması gerekir. Bey' bi'l-vefâda rehinle teminat altına alınan karz (borç) akdine satım görüntüsü verilerek faiz yasağına karşı dolaylı bir yol bulunmaya çalışılmıştır. Zira taraflar burada şeklen hukuka uygun olan bu işlemi vasita kılarak haram olan bir şeyi elde etmeye çalışmaktadırlar. Buhâra ahâlisinin herhangi bir fayda sağlamadığı takdirde karşılıksız borç vermeye yanaşmamaları da, bu iddâyı doğrulamaktadır.

Gerek şer'îyye sicilleri gerekse fetvâ mecmuâlarında bey' bi'l-vefâ ve bey' bi'l-istiğlal akitlerine bir takım ekonomik sıkıntılardan dolayı başvurulduğu ve genellikle bu akitlerin bir bedel veya eski bir borç karşılığında bir malın vefâen satımı şeklinde gerçekleştiği görülmektedir. Bu konudaki fetvâ ve mahkeme kararları incelendiğinde ulemânın Hanefî mezhebine bağlı kaldıkları, ancak zarûret halinde veya ihtiyaca binâen mezhepte yer alan müftâ-bih olan görüşü terk edip zayıf görüşle amel ettiği de görülür. Bunun neticesinde de aynı konuda, farklı açılardan farklı şahısların görüşleri esas alınabilmekte, yani mezhep içi tercih yapılabilmektedir.

Şer'îyye sicillerindeki bey' bi'l-vefâ ve bey' bi'l-istiğlal akitleriyle ilgili karşılaşılan pek çok davada; zikredilen bey'in hakikaten rehin olduğu, semenin de zimmet-

te borç olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu dava örneklerinde; bir yandan bey', bayi'-müşteri, mebi', teslim-tesellüm, kabz ve tahliye gibi satışa ait kavramlar kullanılırken; diğer taraftan borcun ödenip akdin sona erdirilmesi durumunda “*eda-i deyn ve fekk-i rehin*” ifadelerinin kullanılması, 17. ve 18. yüzyılda yaygın olarak Osmanlı ulemâsının kuşatıcı görüşü benimsediğini göstermektedir. İlk bakışta çelişkili gibi görünen bu ifadelerin birlikte kullanılması; bey' bi'l-vefânın farklı açılardan farklı akitlerin hükümlerine tabi olmasına (kuşatıcı görüşe göre) bağlıdır. Bu ise, akit hakkında farklı kavramların kullanılmasına yol açmıştır.

Her ne kadar âlimler bu akdin hükmünün ne olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürmüş olsalar da, buradaki vaadin bağlayıcılığı hususunda herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir. Bu akitteki vaadin bağlayıcılığını belirten metinlerin çoğunda kaynak olarak Kâdihan'ın (v. 592/1196) görüşü zikredilir. Kâdihan'a göre; taraflar hiçbir şart koşmadan “bey” lafzıyla akdi yapıp sonradan karşılıklı bir vaad olarak vefâ şartını ileri sürerlerse, bey' sahih olur ve bu vaad ile vefâ bağlayıcı hale gelir. Çünkü vaadler, bazen bağlayıcı olur. Dolayısıyla burada da insanların ihtiyacına binâen vaad bağlayıcı kabul edilir. Aslında Hanefi mezhebinde vaadlerin bağlayıcı olabilmesi, şarta ta'lik edilmesine bağlıdır, aksi takdirde bağlayıcı olmaz. Çünkü şarta ta'lik edilen vaad bağlayıcı olup, mücerret vaad bağlayıcı değildir. Ancak Kâdihan ihtiyaçtan dolayı buradaki vaadi genel kuraldan (*kıyas*) istisna ederek bağlayıcılığına hükmetmiştir. Kâdihan'ın yanı sıra Hanefi fakihlerinden İbn Nüceym (v. 970/1562) ile Hamevî (v. 1098/1687) vaadin bey' bi'l-vefâda da – şarta ta'lik edilmemiş de olsa– bağlayıcı olduğunu ifade ederken, Ali Haydar Efendi (v. 1355/1936) mücerret vaad ile bir şeyin bağlayıcı olmayacağını, ancak bey' bi'l-vefânın bu kuraldan istisna edilerek söz konusu akitteki vaadin bağlayıcı olduğunu belirtmektedir.

KADI SİCİLLERİ

İstanbul Kadı Sicilleri Bab Mahkemesi 3 numaralı sicil (H. 1077 /M. 1666 - 1667). / hazırlayan Rifat Günalan; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Mustafa Oğuz; proje yönetmeni M. Akif Aydın; editör Coşkun Yılmaz, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011.

İstanbul Kadı Sicilleri Bab Mahkemesi 46 numaralı sicil (H. 1096-1097/M. 1685-1686). / hazırlayanlar Sabri Atay, Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca, Rasim Erol, Salih Kahrıman, Fuat Recep; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Fikret Sarıcaoğlu; proje yönetmeni M. Akif Aydın; editör Coşkun Yılmaz, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011.

İstanbul Kadı Sicilleri Bab Mahkemesi 54 numaralı sicil (H. 1102/M. 1691). / hazırlayanlar Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca, Rasim Erol, Salih Kahrıman, Fuat Recep, Sabri Atay; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Fikret Sarıcaoğlu; proje yönetmeni M. Akif Aydın; editör Coşkun Yılmaz Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011.

İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 49 numaralı sicil (H. 1054/M. 1644). / hazırlayan Ayşe Seyyide Adıgüzel, Zeynep Trabzonlu; Arapça metin Tahsin Özcan; kontrol eden Tahsin Özcan; proje yönetmeni M. Akif Aydın, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011.

İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 90 numaralı sicil (H. 1090-1091/M.1679-1680). / hazırlayanlar Fuat Recep, Hüseyin Kılıç, Rasim Erol, Sabri Atay, Salih Kahriman, Yılmaz Karaca; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Fikret Sarıcaoğlu; proje yönetmeni M. Akif Aydın, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011.

İstanbul Kadı Sicilleri Hasköy Mahkemesi 5 numaralı sicil (H. 1020-1053 / M. 1612-1643), editör Coşkun Yılmaz, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011.

İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 18 numaralı sicil (H. 1086-1087/M. 1675-1676). / hazırlayanlar Salih Kahriman, Fuat Recep, Sabri Atay, Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca, Rasim Erol; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Fikret Sarıcaoğlu; proje yönetmeni M. Akif Aydın, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2010.

İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Sadareti Mahkemesi 56 numaralı sicil (H. 1042-1043/M. 1633). / hazırlayanlar Fuat Recep, Sabri Atay; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Fikret Sarıcaoğlu; proje yönetmeni M. Akif Aydın, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011.

İstanbul Kadı Sicilleri Rumeli Sadareti Mahkemesi 80 numaralı Sicil (H. 1057-1059/M. 1647-1649). / hazırlayanlar Fuat Recep, Rasim Erol; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Fikret Sarıcaoğlu; proje yönetmeni M. Akif Aydın, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2011.

İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 9 numaralı sicil (H. 940-942 / M. 1534-1536). / hazırlayan Kenan Yıldız; kontrol eden Recep Ahıskalı; proje yönetmeni M. Akif Aydın; editör Coşkun Yılmaz, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2010.

İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 26 numaralı sicil (H. 970-971/M. 1562-1563) / haz. Rıfat Günalan; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Fikret Sarıcaoğlu; proje yönetmeni M. Akif Aydın; editör Coşkun Yılmaz, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2010.

İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 51 numaralı sicil (H. 987-988/M. 1579-1580) / haz. Rıfat Günalan; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Feridun Emecen; proje yönetmeni M. Akif Aydın; editör Coşkun Yılmaz, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), İstanbul 2010.

“İHMALÎ SUÇ” KAVRAMI VE İSLAM HUKUKUNA GÖRE İHMAL SURETİYLE İŞLENEN KASTEN ADAM ÖLDÜRME SUÇU

Doç. Dr. M. Rahmi TELKENAROĞLU*

Özet: Ceza hukukunda suçlar, maddi unsuru bakımından, “icrai” ve “ihmalî” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İcrai suç; yasak normu çiğnemekle, ihmalî suç ise; emir norma karşı gelmekle işlenmektedir. Genel yardım yükümlülüğünü ihlal, tanıklıktan kaçınma, acil yardım görevini ihmal, suçu bildirmeme, emre uymama, terk gibi suçlar, ihmalî suçlardır. Bahsi geçen suçlar, ceza hukuku genel teorisinin en sorunlu alanlarından birisidir. Bu çalışmada, hukuktaki ihmal kavramı, ihmalî suçun unsurları, ihmal ile netice arasındaki nedensellik bağı ve ihmalî davranışla işlenen kasten adam öldürme suçu ele alınmıştır. Buna göre hukuki açıdan ihmal, bir yokluk değildir. İhmalî suçlarda fiil ile netice arasında maddi bir sebebiyet alakası vardır. Fakat bu alaka mekanik değil, varsayımsaldır. Yapması gereken bir ödev karşısında hareketsiz kalan kişi, söz konusu eylemsizlik halinden sorumludur.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Ceza, İhmalî Suç, Nedensellik Bağı, Adam Öldürme.

The Concept of “Omission Crimes” and Willful Murder That Committed by Negligence According to Islamic law

Abstract: The crimes divided, in terms of material elements, into action crime and omission crime. The action crime is committed by come against to prohibition norms, but the omission crime is committed by failure to comply with orders norms. Crimes such as negligence, refrain from testifying, neglect for emergency aid, neglect of duty, not reporting crime, disobeying orders, criminal abandonment are omission crimes. And mentioned crimes are one of the most problematic areas in the field of criminal law. In this study, the topics like concept of negligence in law, elements of omission crimes, causality between an omission and damages and willful murder that committed by negligence were discussed. As a result, the omission isn't a nothing in law. There is a material causal link between verb and result in omission crimes. But this link is hypothetical, not mechanical. The negligent people about a duty to be done are responsible for their state of inactivity.

Keywords: Islamic Law, Penalty, Omission Crimes, Causal Link, Murder.

GİRİŞ

Bütün diğer hukuk sistemleri gibi İslam hukuku da normatiftir. Bunun doğal sonucu olarak, yapılmaması istenen fiillerin işlenmesine ödetme (cevâbir) ve önleme (zevâcir) amaçlı müeyyideler öngördüğü gibi, yapılması emredilen ödevlerin terkine de bu kabilden yaptırımları zorunlu kılmıştır. Nitekim pozitif yükümü ifa-

* Nevşehir H. B. V. Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi, mr.telkenaroglu@hotmail.com

de eden “emir norm”a karşı hareketsiz kalmak, negatif yükümü ifade eden “yasak norm”a karşı gelmek kadar ağır sonuçlar doğurabilmektedir.

Bu doğrultuda, hukukun “yapma!” dediğini yapmak icraî bir suç iken, “yap!” dediğini yapmamak ihmali bir suçtur. Diğer bir tabirle, icraî suçlar; işlenmesi yasak olan fiillerin icrası yoluyla ortaya çıkmakta, ihmali suçlar ise; hukuken tanımlanan davranış yükümlülüğü karşısında durağan kalmakla ve emredici normun yüklediği icraî davranışın yapılmaması ile gerçekleşmektedir. Yani icraî suçlarda kişinin hareketsiz kalması istenirken, ihmali suçlarda harekete geçmesi beklenmektedir.

Dolayısıyla yeryüzünde hüküm sürmüş her ceza hukukunun icraî davranışla işlenenlere olduğu gibi, ihmali davranışla işlenen suçlar için de öngördüğü bir takım müeyyideleri vardır. Metinlerde açıkça tanımlanmamış olsa da bu böyledir. Zira hukuk düzeni doğası gereği emreder ve yasaklar. Bireylerden emirlerine itaat etmelerini; yasaklarına ise saygı göstermelerini ister. Bu bağlamda, Alman müsteşirlik Joseph Schacht’ın (1902-1969) ihmal kavramının İslam hukukunda bilinmediği şeklindeki iddiası¹ kabul edilemez. Meseleyi kavramsal ve kuramsal boyutu ile ele almak zorunluluğu varsa, kıta Avrupası hukuk sisteminin de uzun yıllar ihmali suçu bilmediğini söylemek yerinde olur. Zira aydınlanma çağına gelinceye kadar Avrupalı hukukçuların eserlerinde, ihmali suçlara ilişkin genel kurallara rastlanmamakta, sadece somut olaylara ilişkin çözümler görülmektedir.² Büyük olasılıkla ihmali suçlarla ilgili bilimsel sorunlar, suçu unsurlarına ayırarak inceleme yönteminin (tahlilci metot) ağırlık kazanmasıyla, Batılı ceza hukukçuları tarafından XIX. yüzyıldan itibaren gündeme getirilmiştir. Bu itibarla İslam hukuku, ihmal suçları alanında kronolojik bakımdan kıta Avrupası hukukundan geri değildir. Kaldı ki bazı yazarlar, Müslüman hukukçuların konuyu batılı meslektaşlarından daha evvel tanıdığını dahi iddia etmektedirler. Zira Avrupa ceza siyasetine ihmalin bir hareketsizlik olduğu, hareketsizliğin ise yokluktan başka bir anlama gelmediği düşüncesinin egemen olduğu dönemlerde, İslam hukukunda *adam öldürme* suçunun ihmal suretiyle de işlenebileceği kabul edilmekteydi.³

Burada ihmali suçlar konusunun nazari ve tatbiki açıdan birçok problemlili yönünün olduğunu peşinen belirtmeliyiz. Bilhassa meseleye İslam hukuku perspektifiyle bakmanın bazı güçlükleri bulunmaktadır. Her şeyden önce dinî kaynaklarda “suç” denilen olguya metafizik atıfların yapılmış olması, ilgili ceza siyasetinin merî hukuktan daha farklı şekillenmesine neden olmaktadır. Bu durum, özellikle kulluk vecibelerine ilişkin yükümlülüklerin terk edilmesine getirilen cezai sorumlulukta

1 Joseph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Mehmet Dağ ve Abdulkadir Şener, Ankara 1986, s. 188.

2 Bkz. Sulhi Dönmezer, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 9, Sayı: 3-4, s. 475; Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara 2003, s. 36, 37. Meseleye doktrinal karakterini ilk defa veren kişi Alman hukukçu Luden’dir. Dönmezer, *age.*, s. 481.

3 ‘Abdulkâdir ‘Üdeh, *et-Teşri’u’l-cinâi’l-İslâmî mukâranan bi’l-kânûni’l-vad’i*, Beyrut ts., I, 88; Ahmed Fethî el-Behnesî, *el-Kisâs fi’l-fikhi’l-İslâmî*, Kahire ve Beyrut 1409/1989, s. 82.

açığa çıkmaktadır. Hukuk sistemleri arasında mukayese yapmanın taşıdığı zorluklar bir tarafa, konunun kendi içinde çözüm bekleyen oldukça müşkil yanlarının bulunduğu da belirtilmelidir. Örneğin, ihmalin hukuki bakımdan ontolojik gerçekliği, kavramsal arka planı, hareketsiz kalmanın cezalandırmaya nasıl konu edilebildiği, tipik bir neticenin gerçekleşmesini engellememenin hangi şartlar altında aynı neticenin icraî bir fiil ile gerçekleşmesine eşdeğer tutulabildiği, ihmalî suçun teşekkülünde aranan zorunlu unsurlar, infaz, ispat hukuku gibi ceza hukukunun yan branşlarıyla olan münasebeti, teşebbüs, iştirak ve içtima kurumlarının ihmalî suçlarda uygulanma olanağı vb. konular hakkında birçok farklı fikir ve teori ortaya atılmıştır.

İşbu çalışmamızın birinci bölümünde; irtikâp şekli dikkate alınarak suça getirilen icraî- ihmalî şeklindeki sınıflandırmanın kavramsal boyutu, ikinci bölümünde; ihmalî suçun unsurları ve ihmal ile netice arasındaki nedensellik bağı, üçüncü bölümde ise; ihmalî davranışla işlenen kasten adam öldürme suçu karşılaştırmalı olarak tetkik edilecektir.

I. KAVRAMSAL BELİRLEME VE ÖGELERİ

A. İLGİLİ TERİMLER: İHMAL, FİİL, HAREKET

İhmal, sözlükte “gereken özeni göstermeme, baştan savma, savsaklama, dikkatli olmama, hesaba katmama, ilgisiz kalma, gözden kaçırma” gibi manalara gelmektedir.⁴

İhmal, sözlük anlamından uzak olmayan hukuki-teknik anlamıyla, iradenin hareket etmek görevi varken hareketsizlikte bulunması⁵, failin iktidarında olmasına rağmen mevcut bir vakanın gidişatına müdahale etmemesidir.⁶ Doktrinde “menfi davranış” olarak da adlandırılan bu kelime, insan vücudunun pasif durumunu, hareketsizliğini ifade eder.⁷ Diğer bir ifadeyle, bireyin yapmak zorunda olduğu bir hareketi yapmamasıdır.⁸ Çünkü ceza kanunları sadece olumlu hareketleri cezalandırmaz; bir hareketin yapılmaması da ceza kanununa göre suç sayılabilir.⁹

Dış dünyada ihmalin varlığı ile yokluğu fark edilmez. İhmalî ceza hukuku bakımından önemli kılan husus, hukuken beklenen hareketin yapılmamasıdır.¹⁰

4 *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedi*, İstanbul 1986, IX, 5586.

5 Sahir Erman, “Mesleki İhmalen Doğan Cezai Sorumluluk”, çev. Süheyl Donay, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 34, Sayı: 1-4, Yıl: 1969, s. 591.

6 Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2011, s. 309.

7 Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı*, Ankara 1975, s. 135.

8 Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku*, Eskişehir 2011, s. 30.

9 Selahattin Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 40, Sayı: 1-4, Yıl: 1988, s. 156.

10 Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1989, II, 126.

Nitekim bir ceza hukuku kavramı olarak *ihmal*, değerli bir kavramdır; bir şeyin yapılması beklentisi vardır ve bu yapılmayan şey, ihmaldir. Yapılması beklenen hareket hukuk alanında “emredilen hareket” ismini alır. Dolayısıyla ihmal hiçbir şey yapmamak değil, normatif olarak beklenen bir hareketin yapılmamasıdır. Zira yapabildiği bir şeyi yapmayan herkesin o şeyi ihmal ettiği söylenemez. Ancak belli bir norm karşısında bir şey yapmama ihmal şeklini almakta¹¹ ve sadece hukuk kuralı ile çatışan ihmali davranışlar hukuku ilgilendirmektedir.¹²

Fiil ise (eylem, davranış) genel olarak, insan iradesinin olumlu veya olumsuz şekilde ortaya konulmasıdır.¹³ Fiil, sadece dış dünyada ortaya çıkan insan davranışları olmayıp, düşünce, arzu, istek gibi bilinç alanında gerçekleşen davranışları da içine almaktadır. Ancak, tamamen insanın iç dünyasına ilişkin olan davranışlar ceza hukukunu ilgilendirmez.¹⁴ Bunun başlıca sebebi, fiilin dış dünyada meydana getirdiği ceza normlarınınca önemli sayılan bir etkisi ve neticeyi birbirine bağlayan maddi bir illiyet bağı var olmadıkça cezai bir etkisinin bulunmamasıdır.¹⁵

Hareket de, insanın dışta beliren her tür davranışı¹⁶ ve insan vücudunun somut faaliyetleridir. Ceza hukukunda, beden dış dünyada daha önce var olan şartları değiştirmek suretiyle bir hukuki menfaati ihlal eden (zarar/tehlike oluşturan) olumlu davranışları *hareket* olarak nitelenir¹⁷ ve el, kol ve bacak devinimleri belli başlı hareket tipleridir. Ancak hareket, sık sık sözle de somutlaşır ve çok defa vücudun tek bir faaliyetinden değil, birden çok faaliyetinin bütününden oluşur.¹⁸

Türk ceza hukuku terminolojisinde icra ve ihmali kapsayan üst kavram olarak öteden beri “hareket” kelimesi kullanılırken, İtalyan Ceza Kanunu’nda “fiil (azione)”, Alman hukukunda ise “davranış (verhalten)” kavramı kullanılmaktadır.¹⁹

Biz ise çalışmamızda, icraî ve ihmali bütün eylemleri içine alan “davranış” kelimesini tercih ettik. Zira *davranış*, ya yapma veya yapmama biçiminde olabilir. Birinci halde *hareket*, ikinci halde *ihmal* söz konusudur.²⁰ Bazen de aynı anlama gelen “fiil” ve “eylem” ifadelerini kullandık. Bizi böyle bir tercihe iten şey, icra ve ihmalden her ikisinin de bir davranış, fiil ve eylem sayılabilesidir. Bu itibarla, icra ve ihmali genel ve soyut bir üst kavram altında birleştirmek, bu üç kelimeden (davranış, fiil, eylem) herhangi birisiyle mümkün olmaktadır.²¹

11 Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı*, s. 209.

12 Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 30.

13 Toroslu, *age.*, s. 161.

14 Toroslu, *age.*, s. 30.

15 Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 122.

16 Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Ankara 1975, s. 40.

17 Keyman, *age.*, s. 154.

18 Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 30.

19 Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı*, s. 21-22.

20 Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 30.

21 İhmal ve icranın üst kavramı, “hareket” olamaz. Nitekim “icraî hareket” ya da “ihmalî hareket” tabirleri mantıksal

B. İHMALÎ SUÇUN TANIMI VE ÖRNEKLERİ

1. İhmalî Suçun Tanımı

a. Pozitif Hukukta

Hemen belirtmeliyiz ki, suçların icraî-ihmalî şeklinde ikili bir tasnife tabi tutulmuş ve bu yöndeki kavramsallaşma süreci, Batılı –özellikle Alman– hukukçuların eliyle tamamlanmıştır. Öyle ki, Avrupâda icra ve ihmal, XIX. yüzyılın başından itibaren kanun koyucular tarafından eşit kabul edilmeye başlanmış ve bu durum ceza yasalarına yansımıştır.²²

O günden bu yana süregelen tarihsel gelişim içerisinde konuyla ilgili bazı farklı düşünceler öne sürülse de, pozitif hukukçular arasındaki genel kabul, bir kimseye suç isnadında bulunmak için, dış âlemde değişiklik yapan icraî veya ihmalî (olumlu veya olumsuz) bir davranışın yapılmış olmasının zorunlu olmasıdır. Bu mahiyetteki bir insan davranışı yoksa suçun varlığından bahsedilemez.²³ Buna göre, suçlar, maddi unsuru bakımından ikiye ayrılmaktadır: “İcraî Suçlar” ve “İhmalî Suçlar”. İcraî suçlarda kanunun işlenmesini yasak ettiği fiillerin yapılması söz konusudur ve davranışlar, tabii olarak tezahür etmektedir.²⁴ Örneğin, bir kişiye silahla ateş etmek, tokat atmak, hakaret etmek gibi. Buna karşın ihmalî suçlar (*İng. crimes of omission*, *Alm. unterlassungsdelikte*), belirli bir hareketin yapılmasını öngören kurallara aykırı nitelikteki olumsuz davranıştır.²⁵ Zira toplumsal açıdan arzu edilmeyen bazı sonuçların ve etkilerin doğmasını engellemeye ya da bireyleri toplumun nihaî amaçları için gerekli bazı davranışlarda bulunmaya zorlayan normlar vardır. İşte bu özellikteki normalara aykırı davranış, ihmalî suçları ortaya çıkarmaktadır.²⁶

İhmalî suçu “kişinin yapması gereken, yani, kendisinden beklenen şeyi yapmaması” diye tanımlamak da mümkündür.²⁷ Bu tanımdan anlaşılacağı gibi, hukuken önemli yahut hukuk düzeninin kendisine sonuçlar bağladığı ihmal, hukuk normunun mecbur kıldığı veya hukuk normunun beklediği hareketin yapılmamasıdır.²⁸ Aynı zamanda ihmalî suçlar, beklenen hareketin hiç yapılmamasıyla gerçekleşebildiği gibi, geç yapılması ya da kanunun gösterdiği yer dışında yapılmasıyla da işlenebilir.²⁹

olarak doğru değildir. Zira icra ile hareket, eşanlamlı iki kelimedir. Hukuk dilinde bir eylemi icraî olarak nitelemek ile harketsel olarak nitelemek arasında bir fark bulunmamaktadır. Diğer taraftan, ihmalî suçlar, durağanlıkla ortaya çıkar. Durağanlık ise hareketin öteki hali değil, onun tersidir.

22 Örneğin Hollanda 1809 CK md. 97, Avusturya CK md. 2, İtalya CK md. 40/II, Portekiz CK md. 10/no. 2, Brezilya CK md. 13/2, 1962 ABD CK md. 2.01 III, 1987 İsviçre CK tasarısı md. 10. Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı*, s. 37.

23 Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 9.

24 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 212.

25 Dönmezer, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, s. 473; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009, s. 217-218.

26 Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 156.

27 Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 43-44.

28 Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 138. Ayrıca bkz. Kayhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, Adem Sözüer, İzzet Özgenç, Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver, *Suç Teorisi*, İstanbul 2000, s. 61.

29 Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1954, I, 59.

Bu konuda müstakil bir çalışmanın sahibi olan Hakan Hakeri, ihmali suçları bütün unsurlarına da işaret edecek şekilde; “*Kanunda yer alan hareket yükümlülüğüne rağmen kanunun öngördüğü hareketi yapmamak suretiyle işlenen suçlar veya hukuksal olarak bir neticeyi önlemekle yükümlü kılınan bir kimsenin, neticeyi önlemesi mümkün olduğu ve neticeyi önlemesi ondan beklenebilir olduğu halde, neticeyi önlememesi suretiyle işlenen suçlar*” olarak tanımlamaktadır.³⁰

b. İslam Hukukunda

İslam hukukunda da genel olarak suçlar, maddi unsuru bakımından, icraî (الجرائم) ve ihmali (الإيجابية) olarak ikiye ayrılmaktadır.³¹ Bu ayrıma göre ihmali suç, hukuk düzeninin emrettiği şeyi yerine getirmekten imtina etmeye denk düşmektedir.³² İslam hukukçuları, ihmali suçlara karşılık gelmek üzere “*cerâimü’l-ımtinâ*” (جرائم الامتناع) ve “*cerâimü’t-terk* (الجرائم الترك)” şeklinde iki farklı terim daha kullanmaktadırlar.³³ Kanaatimizce “*el-cerâimü’s-selbiyye*” ile birlikte “*cerâimü’l-ımtinâ*” tabiri, ihmali suçlar için kabul edilebilir bir terim iken, “*cerâimü’t-terk*” ifadesi tam anlamıyla uygun düşmemektedir. Zira imtina, terkten daha dar anlamlı bir kelime olup maksadı daha iyi ifade etmektedir. Çünkü imtinada ihmalde olduğu gibi genellikle normatif olarak beklenen/gerekli olan hareketi yapmama hali söz konusudur. Aynı şekilde ihmal de, hiçbir şeyi yapmamak değil, belli bir şeyi yapmamaktır. Buna karşılık terk, manası itibarıyla hareketsiz kalmak, hiçbir şey yapmamak, herhangi bir davranışta bulunmamaktır. Örneğin suçüstü halinde şüpheliyi yakalamayan polis memurunun tutumunu nitelerken “görevini terk etti” yerine, “görevden imtina etti” demek daha dikkatli ve tutarlı bir ifade şeklidir.

İslam hukukunda ihmali suçların tanımlanması bakımından “*vâcib*” terimi, kritik bir değere sahiptir. Zira icraî suçlar menhiyyun ‘anh olan şeyleri (harâm) işlemekle, ihmali suçlar ise me’mûrun bih (vâcib) olan şeyleri terk etmekle gerçekleşmektedir.³⁴ İslam hukukunda emir normu ifade eden *vâcib*, yapılması kesin olarak emredilen, terk edilmesine ceza terettüp eden istektir.³⁵ Belirli yönde bir yü-

30 Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı*, s. 33.

31 ‘Üdeh, *et-Teşrî’u’l-cinâil-İslâmî*, I, 86; Muhammed Ebu Zehra, *el-Cerime*, Kahire 1998, s. 92; ‘Abûd es-Sirâc, *et-Teşrî’u’l-cezâil-mukâran fi’l-fikhi’l-İslâmî ve’l-kânûnîs-Sûri*, Dimaşk ts, s. 54.

32 ‘Üdeh, *et-Teşrî’u’l-cinâil-İslâmî*, I, 86; el-‘Uteybî, *el-Mevsû’atü’l-cinâiyye*, s. 21; Mahmûd Muhammed Mansûr el-Hafnâvî, *eş-Şübühât ve eseruhâ fi’l-ukûbâtü’l-cinâiyye fi’l-fikhi’l-İslâmî mukâranen bi’l-kânûn*, by. 1406/1986, s. 87 vd.; Şâzelî, Hasen ‘Alî, *el-Cinâyât fi’l-fikhi’l-İslâmî mukâranen beyne’l-fikhi’l-İslâmî ve’l-kânûn*, by. ts., s. 23.

33 Bkz. Su’ûd b. ‘Abdulâlî el-‘Uteybî, *el-Mevsû’atü’l-cinâiyye el-Mukâran bi’l-enzmetü’l-ma’mûl bihâ fi’l-Memleketü’l-‘Arabîyyetis-Su’ûdiyye*, Riyad 1427, s. 21; ‘İmâd Misbâh Nasru’d-Dâye, *Cerimetü’l-ımtinâ fi’l-fikhi’l-İslâmî*, el-Câmi’atü’l-İslâmiyye ‘İmâdetü’d-dirâseti’l-‘ulyâ (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazze 1432/2011, s. 34; Dâvûd Nu’aym Dâvûd, *Nazarîyyetü’l-cerimetis-selbiyye*, Câmi’atü’n-necâh el-vataniyye külliyyetü’d-dirâsâti’l-‘ulyâ (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Nablus 2007, s. 24.

34 ‘Üdeh, *age.*, I, 87; Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 92.

35 Vâcibin tanımı için bkz. Şirâzî, Ebu İshâk İbrâhîm b. ‘Alî, *el-Mühezzeb fi’l-fikhi’l-İmâmîs-Şâfi’î*, by. ts., s. 37; Cüveynî, Ebu’l-Me’âlî ‘Abdûlmelik b. ‘Abdullâh, *el-Varakât*, by. ts., s. 8; Gazzâlî, Ebu Hâmid Muhammed b. Muhammed, *el-Mustaşfa min ‘ilmi’l-usûl*, by. 1413/1983, s. 23; Fahreddin er-Râzî, *el-Mahsûl fi’l-ilmî usûli’l-fikh*, by., 1418/1997, II, 202; Muvaffakuddin İbn Kudâme, *Ravdatü’n-nâzir ve cünnetü’l-münâzir*, by. 1423/2002, s. 109; Bedruddin ez-

kümlülük bildiren bu terim, söz konusu yükümlülüğün ihmal edilmesiyle birlikte doğrudan doğruya suç işlenmiş olacağına açık bir göstergesidir. Diğer bir ifadeyle fail, icraî suçlarda hareketsiz kalma, ihmalî suçlarda ise harekete geçme doğrultusundaki ilahi iradeye karşı koymaktadır.

Bilindiği üzere, vâcibler de kendi içinde “aynî” ve “kifâî” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır:

Aynî vâcib, namaz, oruç, zekât, hac gibi her Müslümanın bireysel olarak yapması gereken ödevlerdir. Bu ödevlerin başka kişilerce yerine getirilmesi kişisel sorumluluğu ortadan kaldırmaz.³⁶ *Kifâî* vâcib ise, yeterli sayıda kişinin yerine getirmesiyle diğerleri üzerinden sorumluluğun kalktığı; cenaze namazı ve defin işlemleri, ülke savunması, bilimum meslek faaliyetlerini icra etmek vb. kolektif görevlerdir. Bu görevlerin belli bir kesim tarafından ifa edilmemesi halinde tüm toplum vebal altında kalacaktır.³⁷ Ayrıca *aynî* vâcibte kullara bireysel menfaatler kazandırmak amaçlanırken, *kifâî* vâcibte bir bütün halinde kamu yararı ön planda tutulmaktadır.³⁸

Bazı hallerde ise *kifâî* vâcib *taayyün* edebilmekte, yani *aynî* vâcibe dönüşebilmektedir. Bu tür durumlarda kişinin emredilen şey karşısındaki mükellefiyeti, *aynî* vâcibte olduğu gibidir. İhmalî suçlar bahsinde mükellefiyetin sınırlarını belirlerken karşımıza sıklıkla çıkan bu halleri şu şekilde sıralayabiliriz.³⁹

1) Farz-ı kifâye olan toplumsal bir ödevin yerine getirilmesi amacıyla devlet tarafından sürekli veya geçici bir atama yapılması. Cenaze teşhiz-tekfin işlemlerinin gerçekleştirilmesi için belli kişilerin görevlendirilmesi buna örnek verilebilir.

2) Söz konusu ödevlerin yerine getirilmesi hakkında taraflar arasında belirli bir sözleşmenin bulunması. Hekim ile hasta arasındaki iş görme akdinde olduğu gibi.

3) Zorunlu olarak ihtiyaç duyulan meslek gruplarının bir bölgede tek kişi tarafından icra ediliyor olması.

4) Acil yardım gerektiren –yangın, kaza, deprem, boğulma gibi– olağan dışı vakalarda olay mahallinde sadece belli kimselerin bulunması.

5) *Kifâî* vâcib olan bir emrin başka kişiler tarafından ifasını mümkün görmeyen her mükellef, birebir o emri yerine getirmekten sorumlu olmaktadır.

Zerkeşi, *el-Bahru'l-muhît*, by. 1414/1994, I, 239; İbn Emîrî'l-Hâc, Muhammed b. Muhammed el-Halebî, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, by. 1403/1983, II, 119; Abdülkerim en-Nemle, *el-Câmi' li mesâilî usûli'l-fikh*, Riyad 1420/2000, s. 23.

36 Takıyyüddin ve Tâcüddin es-Sübki, *el-İbhâc fi şerhi'l-Minhâc*, Beyrut 1416/1995, I, 100; 'Abdulvahhâb el-Hallâf, *İlmü usûli'l-fikh*, by. ts., s. 108; Muhammed b. Hüseyin el-Cizânî, *Me'âlimü usûli'l-fikh*, by. 1427, s. 293.

37 Muhammed b. İdris eş-Şâfi'î, *er-Risâle*, Mısır 1358/1940, s. 366-367; Abdülhamid Muhammed es-Sanhâcî, *Mebâdii'l-usûl*, by. 1980, s. 20.

38 Ebu İshâk İbrâhîm eş-Şâtübî, *el-Muvâfakât fi usûli'l-ahkâm*, by. 1417/1997, II, 301.

39 Bkz. Tâcüddin es-Sübki, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, by. 1411/1991, II, 91; Hasen b. Muhammed el-'Attâr, *el-Hâşiye 'alâ şerhi'l-Celâli'l-Mahallî*, by. ts., I, 240-241; Abdülkerim en-Nemle, *el-Mühezzeb fi 'ilmi usûli'l-fikhi'l-mukâran*, Riyad 1420/1999, I, 215; Muhammed Mustafa ez-Zuhaylî, *el-Kavâ'idü'l-fikhiyye*, Dimaşk 1427/2006, II, 952-955.

6) Asli vasfı farz-ı kifâye olan bir vacibin bir kişi tarafından fiilen yerine getirilmeye başlanması (şurû), artık o kişi hakkında sözü edilen vacibin aynî hale dönüşmesine yol açmaktadır. Düşmanla savaşmak için cephede hazır olmak ya da cenaze namazı kılmak üzere safta bulunmak gibi.

Bu iki sınıf (aynî/kifâî) vacibi terk edenlere verilen cezanın şekli konusunda kabaca şu tanımlama yapılabilir: Aynî vâcibi terk edenler, bazen uhrevi, bazen dünyevi cezaya, bazen de her ikisine birden müstehak olurlar. Kifâî vâcibe gelince, bunu ihmal eden toplum, bir bütün olarak manevi zemme mahkûm olup ilahi yargı önünde bir gün hesap verecektir. Dünyevi hükümleri itibariyle ise, bu tür ödevleri terk edenler, bazı durumlarda ceza yaptırma maruz kalabilmektedirler. Sözelimi bir yerleşim yerinde ezan veya cemaatle namaz gibi bazı kifâî vâcibleri topyekûn ihmal etmek, bireysel itaatsizliği aşarak siyasi bir hüviyete büründüğü için, devlet otoritesine karşı topluca başkaldırma ve müesses nizama kitlesel bir isyan hareketi (bağy) olarak değerlendirilmektedir.⁴⁰

İslam ceza hukukundaki ihmal suçları, genel olarak, “*günah (ma’siyet)*” kelimesinin içeriğinde de konumlandırılabilir. Zira dinî literatürde günahlar, ana olarak iki kısma ayrılmaktadır: *Birincisi*; haramı işleme, *ikincisi*; vacibi terk etmektir. *Ta’zîr* cezası uygulamanın meşru oluşu noktasında bu iki kısım günah arasında bir fark bulunmamaktadır. Söz gelimi borcunu ödemekten ya da emanet eşyayı sahibine iade etmekten imtina eden kişi hakkında bir takım ceza ve disiplin işlemleri uygulanabilir.⁴¹ Böylelikle Allah Teâlâ tarafından hakkında belirli bir ceza tayin edilmiş bu tür ihmalî suçlar için öngörülen müeyyidelerin tamamı ta’zîr cezaları kapsamında değerlendirilmektedir.⁴²

Öte yandan muayyen bir yükümlülük karşısında durağan kalmak, İslam hukukçularına göre bir *yokluk* değildir. İhmalin yokluk olmaması ise, cezai sonuç doğurabilmesinin hukuksal dayanağını teşkil etmektedir. Fıkhi öğretilerdeki bu iddia, ihmal kavramının hukuki değeri ve varoluşsal açıklamasından rahatlıkla anlaşılmaktadır. Zira Şâriiden sadır olan emir normun gereğini yerine getirmemek (terk), usulcülerin büyük çoğunluğu tarafından bir nevi *eylem* (fiil) olarak değerlendirilmiştir.⁴³ Söz konusu teze karşı çıkanlar⁴⁴ olsa da, birçok muhakkik bilgin, bu doğrultuda görüş

40 Ebu İshâk eş-Şirâzî, *et-Tebsira fî usûli’l-fikh*, Dımaşk 1403, s. 71; Zerkeşi, *el-Bahru’l-muhît*, I, 326; Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, I, 211; İbnü’l-Hümâm, Muhammed b. ‘Abdilhâhid, *Fethu’l-Kadîr*, by. ts., I, 240.

41 İbn Teymiyye, Ebu’l-Abbâs Takıyyuddîn, *Mecmû’u’l-fetâvâ*, Medine 1416/1995, XXXV, 402.

42 Muhammed Selîm el-‘Avvâ, *Fî usûli’n-nizâmi’l-cinâi’l-İslâmî*, Kahire 2006, s. 166.

43 Serahsî, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed, *el-Usûl*, Beyrut 1414/1993, I, 79; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I, 72. Ayrıca bkz. Muhammed Ribhî Muhammed Mellâh, *et-Terk ‘inde’l-usûliyyin*, Câmî’atü’n-necâh Külliyyetü’l-dirâsâtî’l-ulyâ (Bat sılmamış Yüksek Lisans Tezi), Nablus 2010, s. 42 vd. İmam Serahsî (v.483/1090), bu görüşün Ehl-i sünnet ve’l-cemaat’ın temel kabulü olduğunu vurgulamaktadır. Serahsî, *a.y.*

44 Emrin gereğini yerine getirmemenin beşerî bir eylem olmadığı görüşü bazı İslam âlimlerine atfedilmekle birlikte bunların kim olduğu noktasında bir belirsizlik bulunmaktadır. Bkz. Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, IV, 419; Zerkeşi, *el-Bahru’l-muhît*, II, 109.

bildirmiştir.⁴⁵ Zira bir şeyi *terk* etmek o şeyi yapmaktan sakınmak (الكفَّ عن عمل) anlamına gelmektedir. Sakınmak da kişinin bir tür eylemidir.⁴⁶ Nitekim oruç tutmayı emretmek, yeme içme gibi bir takım beşerî ihtiyaçlardan sakınmayı gerektirmekte ve kul kendisinden istenen bu sakınma eylemini gerçekleştirerek ilahi mükâfata erişmektedir.⁴⁷ Hatta sakınma tavrının kesintisiz (mütemadi) bir fiil olduğunu dahi söyleyebiliriz.⁴⁸ Sakınmanın fiil olduğunu gösteren diğer bir belirti de, konuşmayı gerektiren bir olay karşısında susmanın o olayı ikrar etme anlamına gelmesidir.⁴⁹

Ayrıca çirkin sözler sarf eden ve haram lokma yiyenlere engel olmayan din bilginlerinin yaptıkları şeyin kötülüğünü ifade eden âyet-i kerîme⁵⁰ ile, kişinin, şerrini insanlardan uzak tutmasını “sadaka” olarak niteleyen hadis-i şerîf⁵¹, belli bir şeyden kaçınma yolunda gösterilen hareketsizliğin yerilmeye ve övülmeye layık bir “davranış” olduğuna işaret etmektedir.⁵²

İslam hukukunda ihmal suçu, her tür hareketsizlik için değil, ancak şer’an ve örfe kaçınılması yasaklanan fiiller için bahse konu edilmiştir. Burada hukuki ve örfi bir yükümlülüğün bulunması zorunlu görülmektedir. Yükümlülüğün doğması için “şer’an ve örfe” emredilmiş olması gerektiğine dair kayıt, üstü kapalı olarak hem kanunların hem de sözleşmelerin muktezasını içine almaktadır. Çünkü siyasi otorite tarafından getirilen yasal düzenlemelere saygılı olmak ve sözleşmelere bağlılık İslam hukukunca da kabul edilmektedir.⁵³ Toplumunu oluşturan bireylerin birbirine karşı yükümlülükleri hukuki olarak belirlenirken ise, adı geçen hukuk sisteminin genel karakteristiği göz ardı edilmemelidir. Zira İslamiyet, bünyesini oluşturan her bireyin aynı gemide seyahat eden yolcular gibi⁵⁴, beraber yaşadığı diğer insanların kusurlu davranışlarından sorumlu olduğu, dayanışma ve kontrol mekanizmasına sahip bir toplum oluşturmayı hedeflemektedir.

2. İhmalî Suç Örnekleri

26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nda ihmalî bir eylemle işlenen suç tipleri şöyledir:⁵⁵

45 Takıyyüddin ve Tâcüddin es-Sübki, *el-İbhâc*, II, 72, 263; Tâcüddin es-Sübki, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, II, 158; Cemâluddin el-İsnevî, *Nihâyetu’s-sül fi şerhi Minhâcî’l-usûl*, Beyrut 1999/1420, s. 156; Zerkeşi, *el-Bahrü’l-muhît*, V, 95; İbn Emîrî’l-Hâc, *et-Takrîr ve’t-tahbîr*, II, 223; Şâtübî, *el-Muvâfakât*, IV, 419.

46 Zerkeşi, *el-Bahrü’l-muhît*, V, 95; Şâtübî, *el-Muvâfakât*, IV, 419.

47 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I, 72; Zerkeşi, *age.*, II, 109.

48 Ebu’l-Muzaffer es-Sem’ânî, *Kavâti’u’l-edille*, Beyrut 1418/1999, I, 71.

49 Şihâbüddin Ebu’l-Abbâs el-Karâfî, *el-Furûk (Envâru’l-burûk fî envâ’i’l-furûk)*, by. ts., II, 134.

50 Mâide 5/63.

51 Müslim, *İmân*, 136; İbn Hibbân, *es-Sahih*, X, 149, H.no: 4311.

52 Zerkeşi, *el-Bahrü’l-muhît*, II, 109; Mellâh, *et-Terk ‘inde’l-usûliyyin*, s. 43.

53 ‘Üdeh, *et-Teşrî’u’l-cinâi’l-İslâmî*, I, 89.

54 Buhârî, *Şirket*, 6; Tirmizî, *Fiten*, 10.

55 S. Cankat Taşkın, “Kasten İhmalî davranışla Adam Öldürme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 79, Yıl: 2008, s. 144, 145; Emre Akbulut, “İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 66, Yıl: 2006, s. 188-189. Ayrıca bkz. Dönmezer, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, s. 473.

Yaşı, hastalığı veya yaralanması nedeniyle ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye yardım etmeme ya da bu durumu derhal ilgili makamlara bildirmeme (md. 98/1), konut dokunulmazlığının ihlali (md. 116), dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi (md. 121), verileri yok etmeme (md. 138), kaybedilmiş olması nedeniyle mâlikinin zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirdiği eşyayı iade etmeme veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeme (md. 160), bir hukuki ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın aslında suç işlemek yoluyla elde edildiğini öğrenmesine rağmen, suçu takibe yetkili olan makamlara derhal haber vermemek (md. 166), akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmek (md. 175), inşaat veya yıkım eylemleri sırasında gereken önlemleri almamak (md. 176), gözetimi altında bulunan hayvanı kontrol altına almada ihmal göstermek (md. 177), herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri koymamak (md. 178), bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (md. 195), aile hukukundan doğan yükümlülüğün ihlali (md. 233), denetim görevinin ihmalî (md. 251), görevi kötüye kullanma (md. 257), kamu görevinin terki veya yapılmaması (md. 260), işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte, neden olduğu sonuçların halen sınırlandırılması olanağı bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmemek (md. 278), kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (md. 279), sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi (md. 280), kaçak olan tutuklu veya hükümlüyü bildirmemek (md. 284/1), bir suça ait delillerin saklandığı yeri bildirmemek (md. 284/2), denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesine imkân sağlamak (md. 251/2), kamu görevlisinin görevinin gereğini yapmakta ihmal ve gecikme göstermesi (md. 257/2), kamu görevlisinin, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği halde yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu konuda gecikme göstermesi (md. 279), savaş zamanında emirlere uymama (md. 321), savaş zamanında yükümlülükler (md. 322), seferberlikle ilgili görevin ihmalî (md. 324).

Modern dönem İslam hukukçuları ise ihmalî suçlara şu örnekleri vermektedirler:⁵⁶

Genel yardım yükümlülüğünü ihlal, emre uymama, tanıklıktan kaçınma, insan hayatını tehlikeye sokan bir hadise karşısında hareketsiz kalma, hürriyeti tahdit suretiyle adam öldürme, sağlık personelinin acil yardım görevini ihmal etmesi, anenin bebeğini emzirmekten imtina etmesi, namaz kılmama, zekât vermeme.

56 Bkz. "Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâi'l-İslâmî*, I, 87; Abdullâh b. İbrâhîm el-Mûsâ, "İmtina'u't-tabîb 'ani'l-ilâc beyne'sş-şerî'ati ve'l-kânûn", *Mecelletü'sş-şerî'a ve'l-kânûn*, Sayı: 44, Yıl: 1431/2010, s. 312; Şâzelî, *el-Cinâyât fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 12.

OLAY: “Yardıma gitmeyen kaptan tutuklandı”. “Balık yiyorum, denize çıkamam” diyerek Bozcaada’da geçen hafta 5 kişinin öldüğü deniz kazasında kazazedelere yardıma gitmeyen kaptanı mahkeme tutukladı. Türk ceza tarihinde ilk kez rastlanan tutuklama kararına yol açan olay, geçen Cumartesi Bozcaada’da bir teknenin batmasıyla gelişti. Bir düğüne yetişmek için Sarıkız adlı tekneyi kiralayan bir grup çalgıcı, kaza geçirdi. Alabora olan tekne battı, çalgıcılar denize düştü. Kazada dört kişi yaşamını yitirdi, bir kişi ise aramalara rağmen bulunamadı. Kurtarma çalışmaları sırasında Bozcaada kaymakamı ile ilçe emniyet amir vekili, limandaki “Motali” isimli yatın kaptanı Erhan Uzunyayla’dan yardım çalışmalarına katılmasını ve teknenin üzerindeki projektörleri yakarak, yardımcı olmasını istediler. Ancak yatın kaptanı, “Şimdi balık yiyorum, denize çıkamam” diyerek kurtarma çalışmalarına katılmayı reddetti. Bunun üzerine yat kaptanı, ertesi gün yardım etmediği gerekçesiyle gözaltına alınıp savcılığa sevk edildi. Uzunyayla, Bozcaada savcısı tarafından ifadesi alındıktan sonra mahkemeye gönderildi. Sulh ceza mahkemesinde önceki gün görülen duruşmada, hâkim, TCK’nın 380’nci maddesine ek olarak çıkarılan, 4922 sayılı Deniz Kanunu’nun 14, 15 ve 24’üncü maddelerine göre, Uzunyayla’yı tutukladı. “Batan Düşman gemisi bile olsa, kazazedelere yardım etmeyi” şart koşan 4922 sayılı Deniz Kanunu’nu çiğneyen Uzunyayla’nın, “Lakayt ve kayıtsız kalmak, toplumsal infiale sebep olmak” suçuyla 1-3 ay arası hapis ve 3-6 ay denizden men cezası istemiyle yargılanacağı belirtildi.⁵⁷

II. İHMALÎ SUÇUN UNSURLARI VE NEDENSELLİK BAĞI

A. İHMALÎ SUÇUN UNSURLARI

1. Genel Unsurlar

a. İhmalî Suçun Kanuni Unsuru

İslam hukuku suç genel teorisine göre, bir eylemin suç olarak kabul edilmesi için, o eylem hakkında hukuki bir düzenlemenin yapılmış olması, yani eylemi yasaklayan; işlenmesi halinde failin ceza göreceğini beyan eden bir nassın varlığı gereklidir. Bu kural günümüzde ceza hukukçularının “suçun kanuni unsuru” (الركن الشرعي للجريمة) olarak adlandırdığı ilkenin tam bir yansımasıdır. Suçun mekân, zaman ve fail gibi yapısal mütemmimleri bütünüyle göz ardı edilerek salt nassın varlığı suçun cezalandırılmasında yeterli olmayıp, aynı zamanda bu nassın suçun işlenme anında yürürlükte olması ve suçun işlendiği mekân ve suçu işleyen fail hakkında geçerli olması şer’î bir zorunluluktur.⁵⁸

57 15 Ekim 1998 tarihli Hürriyet gazetesi haberi. 4922 sayılı “Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun”un 14. Maddesi şöyledir: “Her kaptan, denizde, can tehlikesine uğramış olarak rast geldiği kimselere, düşman bile olsa, kendi gemisini, gemi adamlarını ve yolcusunu ciddi bir tehlikeye atmaksızın elinden gelen her yardımı yapmakla ödevlidir.”

58 “Üdeh, et-Teşrî’u’l-cinâî’l-İslâmî, I, 112; Ebu Zehra, el-Cerime, s. 92.

Buradan açıkça anlaşıldığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez bir ögesi olan suçun kanuniliği ilkesi, suç ve cezaların yasal bir düzenleme ile belirlenmesi ve bunları usulüne uygun olarak ilan etmek suretiyle herkes tarafından öğrenilmesini sağlamayı ifade etmektedir.⁵⁹ Ayrıca hâkimin yargılama faaliyeti sonucunda verdiği kararı bir kanun metnine isnat etmesi, tipik suç eylemini işleyen faili cezalandırırken kanunun çizdiği çerçeve içinde kalma zorunluluğu, ceza hukukundaki geriye yürüme yasağı, yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması halinde sanık hakkında beraat kararının verilmesi, hep bu ilkenin sonuçlarıdır.⁶⁰

Bu noktada önemle üzerinde durmamız gereken husus şudur ki, ihmalî suçların kanuni unsuru – en azından bu unsurun ‘kanunsuz suç olmaz’ kısmı için –, kişiye belli yönde hareket etme yükümlülüğü tanımlayan, bu yükümlülüğü yerine getirmemeyi ise tabiatıyla suç kabul eden naslardan müteşekkildir.⁶¹ Bu bağlamda İslami referanslarda hukuk düzeninin insanlardan uymasını beklediği kuralların ya yasak norm (menhiyyât) ya da emir norm (me’mûrat) niteliğinde olduğu unutulmamalıdır.⁶² Yasak norm icraî suçun, emir norm ise ihmalî suçun yasal dayanağıdır. Şâriin insanoğlundan kesin ve bağlayıcı tarzda bir eylemi gerçekleştirmesini istemesi, bu eylemi ihmal etmesini suç olarak gördüğü ve cezalandırılmasını irade ettiği anlamına gelmektedir.⁶³

b. İhmalî Suçun Maddi unsuru

Bir eylemin suç kabul edilebilmesi için her şeyden önce icraî ya da ihmalî bir davranışın yapılmış olması gerekir. Diğer bir deyişle, icra ya da ihmal biçiminde beliren bir fiilin varlığı, suçun varlığı için zorunludur. Bu koşul ceza hukukunda suçun maddi unsuru (ي.حالم.ن.كرلا) olarak isimlendirilmektedir. Söz konusu unsurun tabii bir sonucu olarak insanların aktif ya da pasif bir eylemde bulunmaksızın, yalnız düşünce ve tasarımlarından ötürü cezalandırılmaları imkânsızdır.⁶⁴

59 Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem ve Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2001, s. 42.

60 ‘Abdulfettâh Hıdır, *el-Hükmü haysü yen’adimü’n-nassu’l-cinât*, by. ts., s. 4.

61 Suçun kanuni unsuruna ilişkin olarak, İslam’da icra gibi ihmalin de hukuk düzenine aykırı ve cezalandırılmayı mucip bir insan davranışı olduğunu desteklemek üzere öne sürülen belli başlı deliller için bkz. Kıyâme, 75/13; Me’âric, 70/21; Kâf, 50/25; Mâ’ûn, 107/4-7; Mâide, 5/2; Tevbe, 9/71; Fetih, 48/29; Buhârî, “Müsâkât”, 10, “Şehâdât”, 22, “Edeb”, 6, “Mezâlim”, 5; Müslim, “İmân”, 173, “Akdiye”, 12, “Bir ve Sıla”, 32, “Selâm”, 151; Tirmizî, “Fiten”, 68; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, IX, 259, H.no: 5356, XXV, 361, H.no: 15985; Taberânî, *el-Mu’cemu’l-kebir*, VI, 73, H.no: 5554; Beyhâkî, “Şu’abu’l-imân”, X, 100, H.no: 7227.

62 Bedruddin ez-Zerkeşi, *el-Mensûr fi’l-kavâ’idi’l-fikhiyye*, Kuveyt 1405/1985, III, 307.

63 *الشريعة فثمان مأمورات ومنهيات*

64 İbn Kayyim el-Cevziyye, ‘*Uddetü’s-sâbirin ve zahîratü’s-şâkirin*, Dımaşk 1409/1989, s. 39. İbn Kayyim el-Cevziyye, cinlerin atası olan Şeytan’ın Hz. Âdem’e secde etmeyerek işlediği günahın emir normu terk (ترك المأمور), insanların atası olan Hz. Âdem’in yasak meyveden yiyerek işlediği günahın ise yasak normu işlemek (فعل المحظور) olduğunu bildirmektedir. İbn Kayyim, a.y. Böylelikle varlık âleminde işlenen ilk suçun ihmalî, ikinci suçun ise icraî olduğu anlaşılmaktadır.

64 Muhammed Sellâm Medkür, *el-Medhal li’l-fikhi’l-İslâmî târihuhû ve mesâdiruhû ve nazariyyatuhû’l-âmmе*, Kuveyt ts., s. 736; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 39. Hariç bir vücuda sahip olmaksızın kişinin sadece içinden geçen düşüncelerden cezai ve hukuki anlamda sorumlu olmayacağı hakkında bkz. Müslim, *İmân*, 201; Nesâî, *Talâk*, 22.

İhmalî suç icraî suçtan ayıran en bariz vasıf, ihmalî suçun taşıdığı maddi unsurun niteliğidir.⁶⁵ İhmalî suçun maddi unsuru; kişinin yapmakla yükümlü olduğu hareketi yapmamasıdır.⁶⁶ Saf ihmalî suçları da içine alacak şekilde bir belirleme yapmak gerekirse, normal koşullarda bir zararın doğmasına etki eden her tür eylemsizlik, ihmal suçlarının maddi unsurunu oluşturmaktadır.⁶⁷ Hukuk ihlali, icraî suçlarda hareket etmekten kaynaklanırken, ihmalî suçlarda hareketsiz kalmaktan doğmaktadır. Örneğin adam öldürme, hırsızlık etme, zina yapma gibi icraî suçların oluşumu için dış dünyada karşılığı olan somut bir hareketin varlığı gerekirken, karşılıksız yararlanma, tanıklıktan çekinme, görev veya yardım yükümlülüğünün ihmalî gibi suçları işlemiş olmak için sadece hiç bir şey yapmamak yeterli görülmektedir.

Bilindiği üzere, bir suçta maddi unsurun varlığı, kişinin iradesiyle hâkim olduğu ve belli bir amaca yönelik olarak dış dünyada gerçekleştirdiği davranış (fiil), bir kimsenin şahıs ya da mal varlığında meydana gelen azalma (zarar), fiil ile netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisi (nedensellik bağı) olmak üzere üç temel şarta dayanmaktadır.⁶⁸

Bu üç şarta ilişkin, ihmalî suçlarda maddi unsurun çekirdeği olan *eylemsizlik* halinin de bir “fiil” olduğunu, kişinin yükümlü olduğu eylemi terk ederek sonuca engel olmamasının fiil ile tipik sonuç arasındaki “nedensellik” bağının kurulmasına yeterli olduğunu özellikle ifade etmeliyiz. “Fiil” ve “nedensellik” konularıyla ilgili ayrıntıyı ileride gelecek başlıklara havale ederek, ihmal suçlarıyla verilen zararlar hakkında kısaca şunları söyleyebiliriz:

İslam hukukunda vazedilen bütün emir ve yasakların sonuç itibarıyla, korunan hukuki bir yarara hizmet ettiği kabul edilir. Mekâsîd-ı şerî’a olarak adlandırılan ve hukuk düzeninin tesisiyle beklenen bu yararlar; din, can, akıl, nesil ve mal sıralamasıyla ele alınmaktadır.⁶⁹ Suçlar ve cezalar da bu genellemeden müstesna değildir. Naslarla tespit edilen bütün suçların tanzimi, Şâri Teâlâ tarafından bunlardan bir veya birkaçına yönelik zararlar göz önünde tutularak yapılmıştır. Söz gelimi zina suçu ile ihlal edilen hukuki değer, aile yapısı ve insan türünün devamı (nesil), müessir fiil ve adam öldürme suçları ile vücut bütünlüğü ve yaşama hakkı (can), alkol ve uyuşturucu yasağı ile zihin sağlığı (akıl), hırsızlık suçu ile kişilerin mülkiyet hakkıdır (mal). Aynı şekilde cezaların belirlenmesi ve uygulanması da, sözü edilen zararların her durumda bertaraf edilmesini amaçlayan hayati tedbirlerdir.⁷⁰

65 Salâhayn, “*el-Cerâimü’s-selbiyye: Ahkâmuhâ ve davâbituhâ fi’l-fikhi’l-İslâmî*”, s. 127.

66 Dâvûd Nu’aym Dâvûd, *Nazariyyetü’l-cerîmeti’s-selbiyye*, s. 24.

67 ‘Imâd Misbâh, *Cerîmetü’l-îmtinâ*, s. 53.

68 Bkz. Tufan Öğüz v.dğr., *Borçlar Hukuku*, Eskişehir 2013, s. 62; Göktürk v.dğr., *Ceza Hukukuna Giriş*, Eskişehir 2012, s. 20, 23, 24.

69 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I, 174; Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II, 20.

70 Bkz. Ebu Zehra, *el-Cerîme*, s. 272.

Günümüz ceza teorilerine hâkim olan anlayışa göre, insan bir fiili aracılığı ile dış dünyada hiçbir şeyi etkilemiyor, gözle görünen bir zarar vermiyor ve somut bir hak ihlalinde bulunmuyorsa suç işlemiş sayılmamaktadır.⁷¹ İslam hukukuna özgü olarak bireyin bazı ibadetleri terk etmekle suç işlediği göz önüne alındığında bu hususun seküler ceza hukuku sistemleriyle İslam ceza hukukunu birbirinden ayıran temel özellik olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ne var ki, özelde namaz ve zekât genelde diğer ibadetlerle ilgili ihmali suçlarda, suçun maddi konusu ve pasif süjesinin (mağdur) mevcut olmaması, suçun hukuki konusunun da bulunmamasını gerektirmemektedir. Gerçekten de, salt kulluk görevleri olarak nitelenen ibadetleri yerine getirmemekle işlenen suçlarda, bu suçları öngören norm tarafından korunan ve suç tarafından ihlâl edilen bir takım hukukî varlık veya menfaatler bulunmaktadır. Nitekim bu görevlerin bir bütün halinde terkiyle her suç için ortak olan “devamlı ve genel pasif süje (toplum ve devlet)” zarar görmekte, şer’an korunan kamusal ve sosyal nitelikteki menfaatler ihlal edilmektedir. Buna karşın, adı geçen suçlarda, suç tarafından ihlâl edilen hukukî varlık veya menfaatin muayyen bir hamili bulunmadığı gibi, tipik davranışın üzerinde işlendiği ve failin fiziki faaliyetinden somut olarak etkilenen bir şahıs/şey de mevcut değildir.

c. İhmali Suçun Manevi Unsuru

ca. Genel Bilgi

Ceza hukukunda belli bir suçtan söz edebilmek için, failin tipe uygun ve zararlı bir fiili gerçekleştirmesi yanında, suçu oluşturan fiil ile fail arasında psişik bir bağın bulunması gereklidir. İşte manevi unsur aslında bu bağın varlığını temsil etmektedir.⁷²

Suçun manevi unsuru (بيدلاً ان كرا), cezai sorumluluğun kaynağı olduğu gibi cezanın belirlenmesinde de temel kriterdir. Manevi unsurun özünü teşkil eden ve kanun koyucunun emir ve yasaklarına karşı gelmekle gün yüzüne çıkan hukuk karşıtlığı, verilecek cezanın ağırlaşması ya da hafifleşmesinde etkin bir role sahiptir.⁷³

Manevi unsur, ceza sorumluluğunun (el-mes’ûliyyetü’l-cinâiyye) önemli bir parçasıdır. İslam hukukçularına göre cezai sorumluluk “kişinin, anlamını ve doğuracağı neticeleri bilerek, kendi rızasıyla işlediği cezayı mucip bir fiilin sonucuna katlanmasıdır.”⁷⁴ Bu ilkenin hukuki karşılığı ise, kişinin bir fiilden dolayı cezalan-

71 Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 122.

72 Mahmut Gökpınar, “Ceza Sorumluluğunun Temeli: Kast”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 79, Yıl: 2008, s. 198.

73 ‘Üdeh, *et-Teşri’u’l-cinâi’l-İslâmî*, I, 409.

74 ‘Üdeh, *age.*, I, 339. Farklı tanımlar için bkz. Beşüş ‘Âiše, *el-Mes’ûliyyetü’l-cinâiyye*, s. 6-7. Modern döneme ait bir istilâh olan “el-Mes’ûliyyetü’l-cinâiyye” kelimesini klasik dönem fukahânın kullandığını görmemekteyiz. Onlar, bu terimi daha çok benzer bir anlama gelen *vücûbu’l-’ukûbe* ve *damân* ifadeleriyle karşılamışlardır. Günümüz bazı

dırılması için, yasak bir fiili işlemiş olmasının yanında özgür bir iradeye ve idrak yeteneğine sahip olmasının gerekliliğidir.⁷⁵

Dolayısıyla, kişinin fiilini serbestçe yönlendirecek isteme kabiliyetine sahip olması (el-ihdiyâr vel-irâde) ve yaptığı fiilin nitelik ve sonuçlarını kavrayacak düzeyde akli ve bedeni olgunluğa ulaşmış olması (el-‘akl ve’l-bulûğ), bir suç sebebiyle cezalandırılmasının ön koşulunu teşkil etmektedir.⁷⁶ Faildeki isteme ve kavrama kabiliyetini sakatlayan ikrah, ıztırar, akıl hastalığı, bayılma gibi daimi ya da geçici durumlar ise cezalandırılmasını engelleyen durumlardır.⁷⁷ Herkes, kendi isteğiyle (muhtar) ve sonucunu bilerek (müdrık) gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylemlerinden cezai ve/veya hukuki anlamda sorumludur. Bu tür bir sorumluluğun oluşmasında ise, söz konusu eylemin icraî veya ihmalî şekilde tamamlanmış olması arasında bir fark yoktur.⁷⁸

cb. İhmalî Suçlarda Kast (Amd)

Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.⁷⁹ Öğretide kast konusunda, farklı teorilerden hareketle farklı tanımlamalar yapılmaktadır. Egemen olan görüşe göre *kast*; suçun kanuni tanımında yer olan unsurların failce bilinmesi ve istenmesidir.⁸⁰ Diğer bir tanıma göre ise kast, suç teşkil eden bir eylemin gerek icra ediliş tarzı, gerekse sebebiyet vereceği neticelerin düşünülerek gerçekleştirilmesidir.⁸¹

Kusurluluğun bir çeşidi olan kastta, düşünme ve öngörme (bilme) ile irade (isteme) unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir. Kastın iki unsuru (kasıt için aranan şartlar) bilme ve istemedir. Failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için hukuken suç sayılan hareketi önceden tasavvur ve tahayyül etmiş, zihninde

ceza hukukçuları ise cezai sorumluluk için "tahammülüt-tebi'a" kelimesini kullanmayı tercih etmektedir. Abdullâh b. Sa'd er-Raşid, *el-Mes'ûliyyetü'l-cinâiyye*, Câmî'atü Ümmi'l-kurâ Külliyyetü's-Şerî'a (Basılmamış Doktora Tezi), Mekke 1401, s. 28-29; Hüseyin Tefvik Rızâ, *Ehliyyetü'l-ukûbe fiş-şerîati'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'l-mukâran*, by. 1421/2000, s. 265.

75 Üdeh, *et-Teşri'u'l-cinâi'l-İslâmî*, I, 340. Doktrinde cezai sorumluluğu ve cezalandırmanın amacını belirli bir fikri temele oturtma çabasıyla çeşitli görüşler öne sürülmüş ve *klasik okul*, *pozitivist okul*, *ruhani okul* gibi düşünce akımları ortaya çıkmıştır. Bkz. Ahmed Fethi el-Behnesî, *el-Mes'ûliyyetü'l-cinâiyye*, Kahire 1409/1988s. 23-24. Krş. İlhan Üzülmöz, "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1-4, Yıl: 2001, s. 260 vd.

76 Bkz. Üdeh, *et-Teşri'u'l-cinâi'l-İslâmî*, I, 392; Ahmed Fethi el-Behnesî, *es-Siyâsetü'l-cinâiyye*, Kahire 1409/1988, s. 209-221. Bazı Alman hukukçular, bu her iki özelliği "temyiz kudreti" başlığı altında birlikte değerlendirmeyi tercih etmekte ve bunu "kişinin eylem veya eylemsizliğini kontrol edip edememesi" şeklinde tanımlamaktadırlar. Erwin Deutsch, "Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2, Yıl: 1981, Çev. Şeref Ertaş, s. 246-247.

77 Medkür, *el-Medhal*, s. 736.

78 Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 287; Abdullâh b. Sa'd er-Raşid, *el-Mes'ûliyyetü'l-cinâiyye*, s. 28.

79 TCK, md. 21/1.

80 Fatih Birtok, "Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırıt Edilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 58, Sayı: 2, Yıl: 2009, s. 234. Yargıtay'a göre kast; "Failin bir fiili suç olduğunu bilerek ve isteyerek işlemesidir. Manevi isnadiyetin unsurları şuur ve iradedir." YCGK, 27.1.1984, 6-360/32.

81 İçel v.dğr., *Suç Teorisi*, s. 241-242.

canlandırmış, yani onun suç olduğunu bilmiş olması gerekmektedir. Ceza hukukunda *irade*, hareketin yapıldığı an, kanuni tarifte, tipiklikte yer alan hareketin ve neticenin istenmesidir. Kasıtlı harekette fail fiili ve sonucunu hür iradesi ile istemiş olmalıdır.⁸²

Verilen bilgilere paralel olarak ihmali suçun manevi unsuru da, kasdî bir ihmalkârlıktır. Mesela çocuğunun ölümünü isteyen bir annenin bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihlal etmek yoluyla aktif hareketle ortaya çıkacak sonucun aynısını pasif kalarak meydana getirmektedir.⁸³ İhmali suçlarda kasttan anlaşılması gereken, failin tipikliğin tüm objektif unsurlarını bilerek hareketsiz kalmaya ve hiçbir şey yapmamaya karar vermesi, yani harekete geçebileceği bilinci içinde ihmal göstermesidir.⁸⁴

cc. İhmali Suçlarda Taksir (Hata)

Bir eylem dolayısıyla kişinin cezalandırılabilmesi için, kural olarak eylemin kasten işlenmiş olması gerekir. Ancak, bir eylemin taksirle işlenmesinin suç olarak tanımlanması halinde, taksirle gerçekleştirilen eylemler de cezalandırılmaktadır.⁸⁵

İhmali suçlarının taksirle işlenmesi de mümkündür.⁸⁶ Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.⁸⁷

İhmali suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık, aşağıdaki durumlarda gerçekleşebilir:⁸⁸

cca. Failin Hareket Yükümlülüğünün Bulunduğunu Bilmemesi veya Görmemesi: İslam hukukunda failin, dinin açık ve herkesçe bilinebilir hükümleri (zarûriyyât-ı dîniyye) değil de, ayrıntı ödevlere ilişkin bilgisizliği – özellikle yeni İslam'a girmiş kişiler için –, aslî cezanın uygulanmasına engel görülmektedir.⁸⁹ Kişinin, suçu ihbar yükümlülüğünün bulunduğunu bilmemesi gibi. Bu madde altında incelenen ikinci bir ihtimal ise, failin harekete geçme yükümlülüğünü görmemesidir. Örnek: Bir kimsenin su isteyen birisine susuzluktan ölmek üzere olduğu halde, ihtiyaç derecesini bilmediği için su vermemesi.⁹⁰

82 Bkz. Nihat Dalgın, “Cezai Sorumlulukta Kasıt”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 10, Yıl: 1998, s. 216 vd; Sait Ramazan Tiyek, *İslâm Ceza Hukukunda Kast Unsuru*, s. 37 vd.

83 Dönmezer, “İhmali Suretiyle İcra Suçları”, s. 474.

84 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 327.

85 İçel, *age.*, s. 62. Bu ilke, Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.” (TCK, md. 21/1), “Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır” (TCK, md. 22/1).

86 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 313.

87 TCK, md. 22/2.

88 Bkz. Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmali Kavramı*, s. 243, 244, 255.

89 Behnesi, *es-Siyâsetü'l-cinâiyye*, s. 221.

90 Ebu Zehra, *el-Cerîme*, s. 287.

ccb. Failin Tipik Durumu Hatalı Tanınması: İhmalî suçlarda özen eksikliği, tipik durumun bilinmemesinden kaynaklanabilir. Örneğin; yeni anne olmuş bir kadın, çocuk bakımı konusunda yeterli bilgiye sahip olmadığı için gerekli temizliği aksatması sonucu bebeğin ağır bir hastalığa yakalanmasına neden olursa “taksirle ihmalî müessir fiil” suçu işlemiş olur. Ayrıca özen yükümüne aykırı davranış, kendi hareket yeteneğinin farkında olmamaktan da kaynaklanabilir. Örneğin, boğulmakta olan bir kimseye, orada bulunmasına rağmen dikkatsizliğinden dolayı göremediği cankurtaran simidini atmayan kimse, “taksirle ihmalî adam öldürme” suçundan sorumlu tutulabilir.

ccc. Failin Kurtarma Hareketini Hatalı Yürütmesi: Taksirle ihmal suçlarında bizzat yetersiz ve eksik kurtarma hareketi de söz konusu olabilir. Bu duruma, suç planından haberdar olan kişinin suçu yetkili bir merciye telefonla ihbarı düşünmemesi veya cankurtaranın boğulmakta olan çocuğu kurtarmak için kendisi atlayacağına kurtarma simidi atması ya da uyku ilacı ile zehirlenen arkadaşına doktor çağıracağına kendisinin müdahale etmesi örnek verilebilir.

ccd. Failin Meydana Gelmek Üzere Olan Neticeye Özen Yükümlülüğüne Aykırı Olarak Dikkat Etmemesi: Söz konusu durum, bir kişiye dikkatsizlik sonucu çarpan sürücünün mağdurun ağır yaralandığı açık olmasına rağmen öldü sanarak olay yerini terk etmesi örneğinde olduğu gibi, failin neticeyi harekete geçmeye karar vermeden önce gerçekleşmiş sanması ile ortaya çıkabilir. Öte yandan böylesine bir fail yanılıgı, neticenin ileride hiçbir zaman gerçekleşmeyeceğini sanması ile de karşımıza çıkabilir. Örneğin; su vermediği kişinin susuzluktan ölmeyeceğini ya da sığınma izni vermediği kişinin düşmanından bir şekilde kurtulacağını düşünen fail, mağdurun ölmesi halinde, hataen ihmalî davranışla adam öldürme suçuyla yargılanmalıdır.⁹¹

cd. İhmalî Suçlarda Kast-Taksir Kombinasyonu (Şibh-i Amd)

Kast-taksir kombinasyonu (şibh-i amd), kişinin suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır bir neticenin gerçekleşmiş olmasıdır. Bu gibi durumlarda “netice sebebiyle ağırlaşmış suç” söz konusudur.⁹² Buna; faile ait kastın müessir fiile yönelik olmasına rağmen, bu hareket sonucu mağdurun ölmesi⁹³ ya da cinsel saldırı sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi⁹⁴ örnekleri verilebilir. Birinci aşamada kasten işlenen temel suç, ikinci aşamada ise taksirle sebebiyet verilen ağır neticeden oluşmaktadır.⁹⁵

91 İbn Hazm, Ebu Muhammed ‘Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, Beyrut ts., XI, 186.

92 Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 267. Krş. Hasen ‘Ali eş-Şâzeli, *el-Cinâyât fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 350.

93 Bkz. Vural Savaş ve Sadık Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, III, 4227.

94 yTCK, md. 102, f. 6.

95 Fatih Birtek, “Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi”, s. 252.

İhmalî suçların kast-taksir kombinasyonu (şibh-i ‘amd) yoluyla işlenmesi mümkündür. Böyle bir duruma, bir kimseyi aç ve susuz bırakma davranışının işkence etmek niyetiyle yapılmasına rağmen önceden öngörülemeyen ölüm sonucunun ortaya çıkması⁹⁶ ya da bir infaz koruma memurunun cezaevi kurallarına uymayan mahkûmu tedaviden mahrum etmek suretiyle –kendisince– cezalandırmasının, mahkûmun amansız bir hastalığa yakalanmasıyla sonuçlanması örnek verilebilir. Birinci örnekte fail, “şibh-i ‘amd yoluyla ihmalî adam öldürme”, ikinci örnekte ise “şibh-i ‘amd yoluyla ihmalî müessir fiil” suçundan sorumlu olacaktır.

d. İhmalî Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, genel bir ifadeyle, hukuka (hakka) karşı gelme, onunla çatışma halinde olma demektir. Suçun unsuru olarak hukuka aykırılık ise, işlenen fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemesi, fiilin hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelmektedir.⁹⁷ Suç genel teorisinde hukuka uygunluk nedenleri, suçun hukuka aykırılık unsuru ile birlikte işlenen bir konudur. Bir fiilin hukuka aykırı olduğu hususundaki kesin hüküm ancak herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin somut olayda mevcut olmaması halinde verilebilir. Dolayısıyla suçun unsurlarından hukuka aykırılık unsuru daha açık bir şekilde “hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması unsuru” olarak ifade edilmektedir. Bir hareketi uygun gören veya emreden başka bir hukuk kuralının mevcudiyeti halinde, fiili suç olmaktan çıkaran bir haklılık sebebi vardır, denilir.⁹⁸ Kısaca; ceza hukukundaki hukuka uygunluk nedenleri, fiili suç olmaktan çıkaran haklılık sebepleridir.

İhmalî suçlarda hukuka aykırılığın pratik değeri icraî suçlara oranla oldukça azdır. Sözelimi *meşru müdafaa* ve *ıztırar hali* ihmal suçlarında nadiren söz konusu olmaktadır. Bunlardan ıztırar hali, failin, tabii veya beşerî bir olay sonucunda bizzat kendisini veya bir başkasını ağır, yakın ve başka türlü kaçınılması mümkün olmayan bir tehlikeden korumak için suç teşkil eden bir fiilde veya ihmalde bulunmaya mecbur kaldığı haldir.⁹⁹ Ne var ki, yine bir hukuka uygunluk nedeni sayılan *mağdurun rızası* ise, ihmalî suçlarda her daim uygulama alanı bulabilir. Bunun ihmalî suçlardaki karşılığı “ilgilinin tehlikenin önlenmesini istememesi”dir. Örneğin hastanın tedaviyi reddetmesi halinde doktor görevi ihmal suçundan dolayı cezai kovuşturmayaya tabi tutulamaz.¹⁰⁰ Keza hastanın yapılan bir ilk yardım müdahalesine kendisinin engel olması nedeniyle (kanamalı bir yarası bulunan kişinin yarasını sardırma istememesi durumunda olduğu gibi) hayatını kaybetmesi halinde, ilk yardımda bulunmayan kişi, “mağdurun rızası” sebebiyle ihmalî davranışından ötürü “adam öldürme” suçlamasıyla teczie edilemez.¹⁰¹

96 Desûkî, Muhammed b. Ahmed, *el-Hâşiyeye ‘aleş-şerhi’l-kebir*, by. ts., IV, 242.

97 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 210.

98 Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 233-234.

99 Nevzat Toroslu, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara 1968, s. 6.

100 Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı*, s. 261.

101 İbn Hacer el-Heytemî, *el-Fetâvâ’l-fikhiyyetü’l-kübrâ*, by. ts., IV, 221.

Emir yanılıgısı da ihmalî suçlardaki hukuka uygunluk nedenlerinden birisidir. İcraî suçlardaki “hukuki yanılıgı”ya¹⁰² karşılık gelen bu yanılıgı türü, kişinin bir eylemi gerçekleştirmeye dönük hususi bir yükümlülüğünü bilmemesidir. Örneğin bir memurun görevini yaptığı sırada görevine müteallik bir suç işlendiğini öğrenip de ilgili daireye bildirmede yükümlü olduğunu¹⁰³ bilmemesi ya da kişinin bir yaralıya veya tehlikede bulunan bir kimseye tesadüf edip de mümkün olan yardımı yapmakta “yardım etme” yükümlülüğü¹⁰⁴ hususunda böyle bir ödevininin olmadığını sanması cezaya engel bir mazeret sayılmaktadır.¹⁰⁵

İhmalî suçlarda bir diğer hukuka uygunluk nedeni daha vardır ki bu, sadece ihmal suçlarına mahsustur. O da “*yükümlülüklerin çatışması*”dır. Burada fail açısından en azından iki hareket yükümlülüğü söz konusu olmakta, fakat fail bunlardan sadece birisini yerine getirebilmekte; diğer yükümlülüğü ise ihmal etmek durumunda kalmaktadır. İki yükümlülüğü birden yerine getirmenin mümkün olmadığı böyle durumlarda hukuk düzeni sadece bir yükümlülüğün yerine getirilmesiyle yetinmek durumundadır. Örneğin iki çocuğunun da boğulma tehlikesi geçirdiği bir olayda, baba, çocuklarından sadece birisini kurtarabilmişse, ötekini ihmalî davranışla öldürmekten dolayı sorumlu tutulamaz.¹⁰⁶ Aynı şekilde bir hekimden, acil tıbbi yardıma muhtaç olan ve eş zamanlı olarak sağlık kuruluşuna müracaat eden hastaların bütününe aynı anda müdahale etmesi beklenemez.¹⁰⁷

Son olarak ihmalî suçlarda, *ikrah* (zorlama, tehdit) halinden de söz edilebilir. Yüzme bilen bir kişi boğulmakta olan bir kimseyi görüp kurtarmak için suya atlamak üzereyken bir kişi kolundan tutarak onun suya atlamasına engel olsa, bu durumda yüzme bilen kişi, *ikrah* yoluyla iradesi sakatlandığı için cezai anlamda sorumlu tutulamaz.¹⁰⁸

102 *Hukuki yanılma*, ceza normu tarafından tanımlanmış suç tipinin yok sayılması, yani var olan ceza normunun bilinmemesi demektir. Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 382. Hukuki yanılma, hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olarak Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenmiştir. Konuyla ilgili kapsamlı bir çalışma için bkz. Olgun Değirmenci, “*Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2014, Sayı: 110, s. 129 vd. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda ceza kanunlarını bilmemek mazeret olmaktan çıkarılmış, ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimsenin cezaen sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. yTCK, md. 4.

103 eTCK, md. 235.

104 eTCK, md. 476/II.

105 Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı*, s. 255-256.

106 Hakeri, *age.*, s. 259.

107 Tıbbi müdahale zorunluluğu ve hayati tehlike bakımından eşit durumda olan ve aynı anda sağlık kuruluşuna müracaat eden hastaların tedavi önceliğinin neye göre belirleneceği konusunda, “aralarında kura çekilmesi” ya da “tabibin tercihine bırakılması” şeklinde iki farklı öneri bulunmaktadır. ‘Abdulkerim b. Muhammed b. Ahmed *es-Simâ’îl*, “*el-İmtinâ’ an isâfi-l-marîd*”. e-Makale için bkz. <http://www.imamu.edu.sa/events/conference/reseashe/Pages/res30.aspx> (Erişim: 02.09.2013). Vakit darlığı, hasta yakınlarının yanlış anlamaya mahal olabileceği, aynı zamanda meslek onuru ve olayın ciddiyetine uygun düşmemesi nedeniyle kura çekmek yerine, bu konuda doktora tercih hakkı vermek bızce en doğru olanıdır.

108 Salâhayn, “*el-Cerâimûs-selbiyye: Ahkâmuhâ ve davâbituhâ fi'l-fikhi'l-İslâmî*”, s. 130.

2. Özel Unsurlar

a. Beklenebilirlik

Beklenebilirlik şartı, ihmalî suçlarda tipikliği sınırlayan bir içi prensiptir. Kişinin hareketsizliğiyle suç işlemiş olduğunu kabul etmek için hareketin failden beklenebilecek durumda olması gerekir. Hareket etmenin somut olayda bir kimseden beklenebilmesi halinde ise, hareket yükümlülüğü olan kimseden harekete geçmesi hukuken talep edilemez. Bu itibarla hareketin yapılmasının bir kimseden istenemeyeceği, beklenebileceği, umulamayacağı hallerde kişi kusurlu sayılmaz.¹⁰⁹ Örneğin böbrek hastası olan çocuğunun ölümünü, kendi böbreğini çocuğuna bağışlamak suretiyle engellemeyen baba, ihmal suretiyle kasten adam öldürme suçu çerçevesinde sorumlu kabul edilemez. Zira babadan, kendi böbreğinden fedakârlık etmek suretiyle oğlunun ölüm neticesini önlemesi talep edilemez.¹¹⁰ Yine AIDS virüsü taşıdığını bildiği yaralıya ağızdan suni solunum yapması kimseden beklenebilir.¹¹¹

Türk Ceza Kanunu, “yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçuyla ilgili olarak; “*hal ve koşulların elverdiği ölçüde* yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi”¹¹² ifadesini kullanmak suretiyle beklenebilirliğe temas etmektedir.¹¹³ Ayrıca “Suçu Bildirmeme” (TCK, md. 278/4) ve “Suçluyu Kayırma” (TCK, md. 283/3) suçlarında cürüm işleyen üstsoy, altsoy, eş, kardeş gibi yakın akrabalarından olması halinde cezaya hükmolunmaması ihmalî suçlardaki beklenebilirlik esasının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹⁴ Konuyla ilgili olmak üzere Anayasa’nın 38. maddesinde de “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda bir delil göstermeye zorlanamaz” denilmektedir.

İslam Hukukuna göre de, şahitler, kendisi ya da yakınları hakkında ağır bir tehdit oluşturan veya menfaat ihlalinin söz konusu olduğu her koşulda tanıklık yapmaktan çekinebilirler.¹¹⁵ Sağlık görevlileri, kendi can ve mal güvenliklerini tehlikeye düşüren bütün durumlarda hastaya tıbbi yardımda bulunmaktan kaçınırlıdır.¹¹⁶ Emr-i bi’l-mar’uf nehy-i ani’l-münker ödevi, ortadan kaldırılmak istenen mevcut durumdan daha vahim sonuçlar doğurmadığı sürece vaciptir.¹¹⁷ Nafaka yükümlüsü olan kişiden bu yükümlülüğünü mali gücünü zorlayacak şekilde ifa etmesi beklenebilir.¹¹⁸ Bu ve benzeri hükümler, İslam’ın hiç kimseden kendi hayatını tehlikeye sokacak ya da yararlarına esaslı ölçüde zarar verecek şekilde başkasının lehine fedakârlıkta bulunmasını beklemediğini gösteren somut verilerdir.

109 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 330; Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı*, s. 248-249.

110 Akbulut, “*İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu*”, s. 193-194.

111 Hakeri, *age.*, s. 250.

112 TCK, md. 98.

113 Bkz. Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 313.

114 Hakeri, *age.*, s. 248-249.

115 Şemsüddin Ebu’l-ferec İbn Kudâme, *el-Muğnî fi fihri’l-İmam Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî*, Kahire 1388/1968, X, 129.

116 Simâ’il, “*el-İmtinâ’ an is’âfi-l-marid*”.

117 Celâleddin es-Suyûtî, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, by. 1411/1990, s. 414.

118 Bakara 2/233.

b. Hareket Olanığı

Aktif bir müdahaleden kaçınan kimsenin ihmalî bir suç işlemiş sayılması için, sadece hukuki yükümlülüğünün bulunması yeterli olmayıp, ayrıca onun bunu yerine getirebilme maddi imkânına sahip olması gerekir.¹¹⁹ Başka bir deyişle, öngörülen sonucu engellemekle yükümlü sayılan bir kişinin sonuca engel olmadığından bahsedebilmek, somut olayda başka türlü hareket etme olanağından yoksun bulunmasıyla ancak mümkündür.¹²⁰ Bu yüzden ihmal suçlarında cezai sorumluluk, ihmalî failin gerçekleşmek üzere olan neticeyi önlemenin kendisi açısından mümkün olduğunun bilincinde olmasıyla doğrudan ilgilidir. Failin kendi hareket kabiliyetinin bilincinde olmaması halinde ise hareketsizliği bir haksızlık teşkil etmez. Bu durumda ihmalî hareket yapan failin kastı yoktur.¹²¹ Bu itibarla bir kimse, sonucun gerçekleşmesini önleme yükümlülüğü altında bulunmasına rağmen, buna engel olma olanağı yoksa ya da ilgili olayda başka türlü devinme olanağı bulunmuyorsa, kişinin ihmalî davranışı suç oluşturmaz.¹²² Kimseden yerine getiremeyeceği bir yükümlülüğü ifa etmesi istenemez.¹²³ Dolayısıyla boğulmakta olan oğlunun ölümünü engelleme konusunda hukuken yükümlü olan baba, eğer kendisi de yüzmeye bilmiyor ve etrafta kimse olmadığından yardım çağırıyor, meydana gelen ölüm neticesi kendisine isnat edilemeyecektir. Çünkü böyle bir durumda babanın çocuğunun ölümünü engelleme imkân ve iktidarı bulunmamaktadır.¹²⁴

Kavramsal açıdan da kişinin fiilen veya potansiyel olarak yapamadığı işler için “ihmal ve imtina” kelimelerini kullanmak olanaksızdır. Bir davranışın ihmal veya imtina kabul edilebilmesi için bu davranışın kişinin gücü dâhilinde bir fiil olması gerekmektedir. Örneğin, yüzmeyi bilmeyen kişi hakkında “yüzmekten imtina etti” ya da cansız varlıklara hayat verme yeteneğine sahip olmayan insanoglu hakkında “hayat vermeyi ihmal etti” demek mantık kurallarıyla bağdaşmaz.¹²⁵

İhmalî suçlarda hareket olanağıyla ilgili olarak, failin sözü edilen sonucu önleme noktasındaki fiziki çaresizliği ve bireysel güçsüzlüğü yanında, dış şartlar ve *mücbir sebepler* (zorlayıcı nedenler) nedeniyle sonucu önleyememesi halleri de ayrıca incelenmelidir. *Mücbir sebep*, dışarıdan gelen güce karşı çaba göstermenin

119 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 246; Akbulut, “*İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu*”, s. 193.

120 Önder, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, II, 128; Taşkın, “*Kasten İhmalî davranışla Adam Öldürme*”, s. 147.

121 Bkz. Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı*, s. 216-220, 240.

122 Taşkın, “*Kasten İhmalî davranışla Adam Öldürme*”, s. 146.

123 Bu ilkeyi “Allah, kimseyi gücünün yetmeyeceği bir şeyle mükellef tutmaz” (Bakara 2/286) âyeti açık bir şekilde ifade etmektedir. Aynı mana Roma hukukunda “*Ultra posse nemo obligatur*” (Kimse yapabileceğinin ötesinde zorlanamaz) özdeyişle karşılanmıştır.

124 Akbulut, “*İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu*”, s. 193-194. Aynı şekilde Yargıtay, evinin çeşitli işleri ve diğer çocukları ile meşgul olmak zorunda bulunan annenin emekleme çağındaki çocuğunu her zaman gözetlemesinin mümkün olmayacağından bahisle sanığın sonuç ile illiyeti bulunan ve kusur oluşturan bir eyleminin bulunmadığına hükmetmiştir. Yargıtay 2. CD. 18.9.1991 tarih ve 8563 E-9506 K. Bkz. Yılmaz Erbudak, *Türk Ceza Kanunu*, Ankara 1994, s. 815.

125 Ebu'l-bekâ Eyyüb el-Kefevî, *el-Külliyyât*, Beyrut ts., s. 299.

yararsız olduğu ve iradenin herhangi bir şekilde ona karşı koyamadığı maddî ya da manevî güçtür. Mücbir sebep durumunda fail, kendini hukuka uygun hareket etme imkânsızlığı içinde bulur ve bu da kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedendir.¹²⁶ Gerçekten de, doğa olayları nedeniyle ölüm sonucunu önleyememe durumunda failin kusurluluğuna hükmedilemeyecek; dolayısıyla da sorumluluğuna gidilemeyecektir.¹²⁷ Zira yapmamanın (hareketsizlik) hukuka aykırı sayılabilmesi, her şeyden evvel, zararlı sonucun beşerî imkânlar aracılığı ile kontrol edilebilir durumda olmasına bağlıdır.¹²⁸ Örneğin; yüzme bilen bir kişi, denizde boğulmak üzere olan bir çocuğu görüp kurtarmak için tam atlamak üzereyken, araya şiddetli bir fırtına ya da yüksek bir dalganın girmesi veya üçüncü bir kişinin kolundan tutarak onun suya atlamasına engel olması durumunda, zorlayıcı neden yoluyla iradesi sakatlandığı için cezai anlamda sorumlu tutulamaz.¹²⁹

İslam hukukçularının da ihmal yoluyla işlenen suçlara ilişkin olarak, sonucu engellemeye gücü yeten fail ile gücü yetmeyi birbirinden ayırmaları ve cürmi neticeden sadece gücü yetenin sorumlu olacağı yönündeki kanaatleri, doğrudan doğruya hareket olanağıyla ilgili bir koşuldur.¹³⁰ Fakihlerin bir kişinin mal varlığına ihmalî davranışla verilen zararlarda, tazmin sorumluluğunun doğması için failin bireysel olarak doğacak zararı engellemeye yönelik hareket yeteneğinin bulunmasını şart koşmaları da bu bağlamda ele alınmalıdır.¹³¹

B. İHMALÎ SUÇLARDA NEDENSELLİK BAĞI SORUNU

1. Genel Bilgi

Nedensellik bağı (تَبَيُّنُ السَّبَبِ); insan davranışı ile kanunun suç saydığı sonuç arasında “bu davranış olmasaydı o sonuç meydana gelmezdi” denebilecek şekilde var olan ilişkinin adıdır.¹³² İnsan düşüncesinin bir kanunu olan nedensellik, hukuk biliminde, neticenin failin eseri olması gerektiğini¹³³, kısaca; gerçekleşen sonuçla sorumluluğu doğuran davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisini¹³⁴ ifade eder. Bir neticeden dolayı sorumlu tutulabilmenin temelini hareket ile netice arasındaki bu

126 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 280, 396.

127 Taşkın, “Kasten İhmalî davranışla Adam Öldürme”, s. 146.

128 Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 168.

129 Bkz. Salâhî, “el-Cerâimü’s-selbiyye: Ahkâmuhâ ve davâbituhâ fi’l-fıkhi’l-İslâmî”, s. 130.

130 Üdeh, *et-Teşrî’u’l-cinâî’l-İslâmî*, I, 372.

131 Bkz. Karâfî, *el-Furûk*, II, 207; Ebu Abdillâh Muhammed el-Huraşi, *Şerhu Muhtasari Sidi Halil*, Beyrut ts., III, 20.

132 Nebhân, *Mebâhis fi’l-teşrî’i’l-cinâî’l-İslâmî*, s. 35; Uteybi, *el-Mevsû’atü’l-cinâiyye*, s. 21.

133 Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 126.

134 Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı*, Ankara 1975, s. 1. Terminolojide nedensellik bağına, “sebebiyet alâkası”, “illiyet bağı”, “illiyet rabitası” gibi adlar da verilmektedir. Sulhi Dönmezer, “Maddi Sebebiyet Alâkası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 9, Sayı: 2-1, s. 88; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı*, s. 1.

ilişki oluşturmaktadır.¹³⁵ Zira yalnız icraî veya ihmalî bir hareketin varlığı, suçun maddî unsurunu tamamlamaya yetmez. Bunun yanında icraî ve ihmalî hareketin bir sonuç doğurması ve dış âlemde değişiklik meydana getirmesi gerekir. İşte nedensellik bağı, hareket ve sonuç yanında yer alan ve suçun maddî unsurunu tamamlayan üçüncü bir unsurdur.¹³⁶

2. Nedensellik İlişkisi Hakkında Kuramlar

Dış dünyada meydana gelen değişikliğin (sonucun) bir insana bağlanabilmesi için, bu değişikliğin o insanın davranışından kaynaklanması gerektiğini söyledik. Bu kuralın fiil ile sonuç arasındaki irtibatın açıkça kavranabildiği basit vakalara uygulanması güç değildir. Ancak somut olayların birbiri içine geçtiği ve sonuç ile ilk olay arasının düşünsel olarak açıldığı müteselsil vakalara uygulamak o kadar da kolay olmayabilir.¹³⁷ Mesela, (A) tarafından bıçakla yaralanan (B)'nin, hastaneye kaldırılırken, onu taşıyan ambulansın trafik kazası yaptığını ve bu kaza sonucu yarası ağırlaşan (B)'nin, kaldırdığı hastanede, ona bakmakla yükümlü acil servis hekiminin görevini ihmal etmesi veya hastanede çıkan bir yangın sonucunda öldüğünü düşünelim.¹³⁸ Ya da (A), (B)'nin çayına ölüm neticesi için gerekli olan miktarın yarısı kadar bir zehri katıyor, (C) de bu miktarın geri kalanı kadar zehir katıyor ve her iki zehrin etkisi birleşerek (B)'nin ölümünü sağlıyor. Veya (A), (B)'nin çayına öldürücü miktarda zehir katıyor, zehir etkisini göstermeden önce (C), (B)'yi tabancayla vurarak öldürüyor.¹³⁹

Örneklerde olduğu gibi, sonucu birden çok şartın meydana getirmesi ve insanın dış dünyada oluşan değişikliklerin bütün şartlarını gerçekleştirmemiş olması, aksine onun davranışlarına başka şartların da katılmış bulunması halinde cezai sorumluluğun kime ve hangi oranda nispet edileceğiyle ilgili çok değişik kuramlar ileri sürülmüştür. Bunların içinde önemli olanları şunlardır:

a. Şartların Eşitliği (تساوي الظروف)

Doğal nedensellik veya şartların eşitliği anlayışına göre, bir sonucun meydana gelmesi için gerekli ve yeterli olan şartların hepsi o sonucun nedenidir. İnsan davranışı ile sonucu var eden diğer sebeplerin birleşmesi halinde bu sebeplerin tamamı cezai neticeden eşit şekilde sorumlu olur. Olayların zincirleme şekilde birbirini takip etmesi, ortaya çıkan sonuçta her birinin payı olduğunu göstermektedir. Eğer bir önceki eylem olmasaydı bir sonraki eylem de olmayacaktı. Dolayısıyla sonucun

135 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 114-115.

136 Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 9.

137 Nebhân, *Mebâhis fi'l-teşri'i'l-cinâi'l-İslâmî*, s. 35-36.

138 'Abûd es-Sirâc, *et-Teşri'u'l-cezâi'l-mukârân*, s. 156-157.

139 Nedensellik bağıyla ilgili problemlerle olay grupları için bkz. Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 128-133.

çeşitli şartları arasında o sonuca neden olma yönünden hiçbir fark yoktur; bütün şartlar birbirine eşittir. Bu itibarla nedensellik bağının varlığı için, failin sonucun oluşması bakımından zorunlu olan şartlardan herhangi birini gerçekleştirmiş olması yeterlidir.¹⁴⁰

b. Etkin Sebep (نظرية الهيمنة)

Bu kuram, tipik neticenin doğmasına yardım eden bütün faktörlerin incelenerek bunların içinde en güçlü olanına cezai sorumluluğun yüklenmesidir. Diğer sorumluların ise işledikleri fiillerin derecesine göre cezalandırılmasını öngörmektedir.¹⁴¹ Bu teorinin esası, “sebep” ve “vesile” ayırımına dayanmaktadır. Buna göre, bir olayın oluşmasını mümkün kılan olaya *vesile*, onun doğmasına sebep olan olaya ise *sebep* denmektedir. Bu bakımdan *vesile*, neticenin, yani diğer bir olayın meydana gelmesinde ikinci derece rolü olan bir diğer olaydır; *sebep* ise neticeyi bizzat meydana getiren olaydır. Görüldüğü gibi *vesile* ile gerçekleşen sonuç arasında imkân, *sebep* ile bu sonuç arasında zorunluluk bağı bulunmaktadır; yani, neticenin oluşumu yönünden zorunlu olmayan hareket *vesile* iken, netice yönünden zorunlu olan hareket *sebep* tir. Cezai sorumluluk itibarıyla önemli olan da “sebep” tir.¹⁴²

c. Uygun Nedensellik (نظرية الملاءمة)

Gerçekleşen bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti itibarıyla meydana getirmeye elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağı *uygun illiyet bağı* denilir.¹⁴³ Dolayısıyla bir neticenin meydana gelmesine sebebiyet veren hareketlerden yalnızca neticeyi meydana getirmeye elverişli olan hareketler nedensellik değeri taşır.¹⁴⁴ Uygun nedensellik anlayışına göre, bir davranışla ortaya çıkan sonuç arasında “nedensellik bağı vardır” diyebilmek için davranış, sonucun olmazsa olmaz şartı olmalı, ayrıca gerçekleştirildiği andaki şartlara göre sonucu meydana getirmeye uygun olmalıdır. Şu halde bir insan davranışı, sadece gerçekleştirildiği sırada olayların büyük çoğunluğuna göre muhtemel kabul edilmesi gereken sonuçların nedenidir. Buna karşılık olayların genelinde gerçekleşmeyen, yani olağan dışı veya atipik sonuçların nedeni sayılamaz.¹⁴⁵ Bugün özel hukuka egemen olan teori, uygun illiyet teorisidir. Gerçekten bu teori, Türk, İsviçre ve Alman hukukuna ait doktrin ve uygulamada hâkim teori olarak geçerliğini muhafaza etmektedir.¹⁴⁶

140 Nebhân, *Mebâhis fi't-teşrî'i'l-cinâi'l-İslâmî*, s. 36 vd.; Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 33.

141 Nebhân, *age.*, s. 37.

142 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 238.

143 Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı*, s. 52.

144 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 120.

145 Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 33.

146 Eren, *age.*, s. 51.

d. İnsanı Nedensellik

İnsanı nedensellik anlayışı, yukarıda açıklanan teoriler arasında ortalama bir çözüm ortaya koymayı amaçlamaktadır. Adı geçen doktrin, sadece doğal olayları gözleyerek, olduğu gibi kabul ederek hukuktaki sebebiyet ilişkisinin tanımlanamayacağı ve açıklanamayacağı kanısındadır.¹⁴⁷ Bu anlayışa göre, insanın bilme ve isteme yetenekleri ile olaylara hükmedebileceği bir egemenlik alanı vardır. İnsan sadece kontrol veya egemenlik alanına giren sonuçlara neden olmuş sayılabilir. Buna karşılık insanın hükmedemeyeceği sonuçlar onun değil, sadece doğa güçlerinin eseridir. Bu itibarla bir insan davranışının ortaya çıkan bir sonucun nedeni sayılabilmesi için, bu davranışın o sonucun zorunlu şartı olması, yani bu davranış olmadan o sonucun gerçekleşmemesi gerekir. Şu halde, yapılan davranış, sonucun zorunlu şartı değilse, yani örneğin “bu davranış yapılmısaydı dahi o sonuç yine de gerçekleşecekti” denilebiliyorsa nedensellik bağından söz edilemez. Öte yandan yapılan davranış sonucun zorunlu şartı olsa bile, yani “o davranış yapılmısaydı sonuç gerçekleşmezdi” denilebilse bile, eğer bu sonuç, dönemin en ileri bilim ve tecrübesine göre o davranışın olağan sonucu olarak öngörülebilir bir şey değilse; yani sonuç istisnai bir sonuç ise, davranış, sonucun nedeni sayılamaz.¹⁴⁸

OLAY: “Çocuklarını –30 derecedeki odaya kilitledi”. ABD’nin Alaska eyaletinde beraber yaşayan Esther G. Edwards-Gust ile erkek arkadaşı Richard Tilden Gust’ın 1 ve 3 yaşındaki çocukları altılarını ısıtınca sinirlendi ve çocukları yatak odasına kilitledi. –30 derece havada camı açık odada kalan çocuklardan 3 yaşında olanı donarak ölürlen 1 yaşındaki çocuk aşırı düşük vücut ısısı teşhisiyle hastanede tedaviye alındı. Tilden, polise verdiği ifadesinde çocukların altını ısıtılmalarına sinirlendiğini ve odanın kapısını içeriden açılmayacak şekilde kilitlediklerini söyledi. Konuyla ilgili olarak açıklama yapan yetkililer Gust ile Tilden’in cinayet suçundan hüküm giydiğini belirtti.¹⁴⁹

3. İslam Hukukunda Nedensellik Bağı

Her hukuk sisteminde olduğu gibi İslam hukukunda da, suç ve cezadan bahsedebilmek için failden sadır olan davranış ile zararlı sonuç arasında nedensel bir ilişkinin varlığı gerekli görülmüştür.¹⁵⁰

Konuyla alakalı olarak fakihler, cezai eylemin maddi varlığını nazara alarak suçları “doğrudan (mübâşir)” ve “dolaylı (tesbîben/tesebbûben)” olmak üzere iki

147 Erem v.dğr., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 281.

148 Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 33.

149 05 Mart 2012 tarihli haber için bkz. <http://www.ntvmsnbc.com/id/25327516/> (Erişim: 19.03.2014).

150 Nebhân, *Mebâhis fi’l-teşri’i’l-cinâi’l-İslâmî*, s. 38.

temel kategoride incelemişlerdir.¹⁵¹ Şu halde *mübaşeret* terimi fıkhıta, doğrudan suç isnadını mümkün kılan, fail ile sonuç arasında başka bir araç olmaksızın işlenen haksız fiiller için kullanılmaktadır. Cürmi neticeye ulaşmak için fiilin dolaylı yöntemlerle ve araçlar kullanılarak işlenmesi hali ise *tesebbüb* olarak anılmaktadır.¹⁵²

Fiil ile sonuç arasındaki maddi münasebetin ve dolaylı suçlarda failin ne oranda sorumlu olacağına ipuçlarını veren *tesebbüb* mevzuuyla ilgili olarak, dört büyük fıkıh mezhebinin görüşleri ana hatlarıyla şöyledir:

a. Hanefî Mezhebi

Hanefî hukukçulara göre, kısas cezası, adam öldürme suçunun yalnızca doğrudan (mübâşir) işlenmesi halinde uygulanabilir. Bunun anlamı, suçun dolaylı (tesbîben/tesebbûben) yolla işlenmesinin doğrudan işlenen şekline eşit olmadığıdır. Zira doğrudan adam öldürme hem şeklen hem de manen katil iken, dolaylı adam öldürme sadece manen katil olup; şeklen değildir. Dolayısıyla arada denklik bulunmamakla kısas cezasının tatbiki imkânsız hale gelmektedir.¹⁵³ Örneğin kazdığı çukura bir kişinin düşüp ölmesi halinde, ölüm neticesini irade etmiş bile olsa, çukuru kazan kimseye kısas cezası uygulanamaz.¹⁵⁴ Keza Hanefîler, tanıkların adam öldürme kastıyla yalan beyanda bulunmasına dayanarak verilen idam kararı ve bu kararın infazından sonra yalan beyanlarının açığa çıkması halinde, tanıklara yalnızca diyet cezasını zorunlu görürler.¹⁵⁵ Hanefî ekolün büyük müctehidlerinden Ebu Yûsuf (v.182/798) da dolaylı suç olarak gördüğü *ikrah* halini bu bağlamda inceleyerek hem tehdit edildiği için birisini öldüren kimse (mükreh), hem de azmettiricisi (mükrih) hakkında kısas cezasını uygun görmemektedir.¹⁵⁶

Diğer taraftan Hanefîlere göre, hukuki sorumluluğun doğmasında, kişinin bir durum karşısında hareketsiz kalmasının etkisi olamaz. Sözelimi buluntu eşyayı muhafaza altına almamak, onu itlaf etmek anlamına gelmez. Dolayısıyla söz konusu eşyanın zayi olması durumunda kıymetinin gerçek sahibine ödenmesi de gerek-

151 Nedensellik bağı, fıkıh edebiyatında genellikle tazmin sorumluluğu ve adam öldürme suçu bağlamında ele alınmaktadır.

152 Bkz. Kâsânî, 'Alâaddin Ebu Bekr b. Mes'ûd, *Bedâi'us-sanâi' fî tertibiş-şerâi'*, Beyrut 1406/1986, VII, 165; Karâfî, *el-Furûk*, IV, 27; Şemsüddin er-Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, Beyrut 1404/1984, VII/253; Emir 'Abdulazîz, *el-Fıkhu'l-cinâi fî'l-İslâm*, by. 1417/1997, s. 49.

153 Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi'*, VII, 239.

154 Kâsânî, *age.*, VII, 239.

155 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 181. Ayrıca bkz. Ahmed fethî el-Behnesî, *Nazariyyâtü'l-İsbât fî'l-fıkhi'l-cinâi'l-İslâmî*, Kahire 1403/1983, s. 135; Vehbe ez-Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhü*, Dimaşk ts., VIII, 6055.

156 Burhânuddîn el-Merğînânî, *Bidâyeti'l-mübtedî*, Kahire ts., s. 200; Ebu'l-Fadl Mecdüddîn el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*, Kahire 1356/1937, II, 108. Diğer Hanefî müctehidlerin *ikrah* halinde mükrih için kısası öngörün yor olmaları, ölüm neticesi ile azmettirme arasında muayyen bir nedensellik bağı kurgulamalarından dolayı değil, mükrehi mükrihin elindeki bir silah gibi tasavvur ettikleri ve mükrihin fiilinde mübaşeret halinin söz konusu olduğunu düşündüklerinden ileri gelmektedir. Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 89; Zeynüddîn İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzî'd-dekâik*, by. ts., VIII, 84.

mez.¹⁵⁷ Aynı şekilde bir hayvanın tarladaki ekini yemesi veya ezmesi durumunda, buna seyirci kalan kimsenin –hayvan kendisine ait değilse– ortaya çıkan zararı karşılaması gerekmez.¹⁵⁸

b. Şâfiî Mezhebi

Mübâşereti sonuca etki eden ve meydana getiren; *tesebbübü* ise sadece etki eden¹⁵⁹ şeklinde tanımlayan Şâfiî fakihler, Hanefilerin aksine, kasten adam öldürme suçundaki cezai sorumluluk bakımından bu iki ipotez arasında bir ayrıma gitmemişlerdir.¹⁶⁰ Buna rağmen, aç bir kişiyi yiyecek vermeyerek ölüme terk eden kişi hakkında, yardım yükümlülüğünün ihmali ile netice arasında illî bir münasebetin bulunmadığı ve sonucu doğuran pozitif bir davranışın sergilenmediği gerekçesiyle, –kısas veya diyet– hiçbir yaptırımın uygulanamayacağı kanaatine sahip olmuşlardır.¹⁶¹

Şâfiîlere göre tipik sonucun oluşumunda dolaylı yöntemlerin kullanılması üç şekilde mümkündür:¹⁶²

Şer’î (السبب الشرعي): Adli mercileri ve yargının işleyişini gayri meşru yollarla etkileme hali için geçerlidir. Örneğin; gerçeğe aykırı şekilde bir kişinin kasten adam öldürdüğüne dair mahkemede tanıklık yapan şahitlerin ifadeleri, yargı kararlarını etkilediğine göre, somut olayda yalancı tanıklar için öngörülecek ceza, kısas olmalıdır.¹⁶³

Örfî (السبب العرفي): Olayların doğal akışı içinde fiil, bir kişiye yüklenebiliyorsa bu durumda örfî bir nedenselliğin bulunduğu varsayılır. Şâfiîlere göre maktule öldürme özelliği taşıyan bir kimyasal veren kişi, kasten adam öldürme suçuyla yargılanır.¹⁶⁴

Hissî (السبب الحسي): İkraah örneğinde olduğu gibi, başkasını suç işlemeye azmettirme halidir. Tehditle işlenen adam öldürme ve müessir fiil suçlarında, kanunda gösterilen ceza, hem dolaylı fail olan azmettirici (mükrih), hem de asıl faile (mükreh) uygulanmalıdır.¹⁶⁵

157 Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, VI, 200.

158 Muhammed Emin İbn ‘Âbidin, *Reddül-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr*, Beyrut 1412/1992, IV, 277. Hanefilere göre tesebbübün mala zarar verme suçunda tazmin sorumluluğunun oluşumu için gerekli şartlar başlıklar halinde; haksız fiil, kasıt ve sonucun oluşmasıdır. Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî ve edilletuhû*, VI, 4833-4835.

159 Ramlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, VII, 253; Dimyâtî, *İ’ânétü’t-tâlibin*, IV, 128.

160 Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 179; Ebu Zekeriyâ en-Nevevî, *el-Mecmû’ şerhu’l-Mühezzeb*, Beyrut ts., XVIII, 391. Ayrıca Bkz. Emir ‘Abdulazîz, *el-Fıkhu’l-cinâi fi’l-İslâm*, s. 48 vd.

161 Ramlî, *Nihâyetü’l-muhtâc*, VIII, 162.

162 Gazzâlî, *el-Vasît fi’l-mezheb*, Kahire 1417, VI, 259-261; Ebu Yahyâ Zeynüddin es-Süneykî, *Esne’l-metâlib fi şerhi Ravd’i-tâlib*, by. ts., IV, 4-5; Nebhân, *Mebâhis fi’t-teşrî’i’l-cinâi’l-İslâmî*, s. 40-41.

163 Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 179; Nevevî, *el-Mecmû’*, XVIII, 391.

164 Süneykî, *Esne’l-metâlib*, IV, 5.

165 Behnesî, *Nazariyyetü’l-İsbât*, s. 135; Mustafa Sa’id el-Hın Mustafa el-Bugâ, ‘Ali eş-Şerbecî, *el-Fıkhu’l-menhecî ‘alâ mezhebi’l-İmâm eş-Şâfi’î*, Dimaşk 1413/1992, VII, 207.

Ölüm sonucunu doğuran müteselsil olaylarda Şâfiiler, *yakın sebep teorisini*¹⁶⁶ kabul etmektedirler. Örneğin mağdurun yüksekte atıldığı esnada, daha yere düşmeden üçüncü bir kişi, mağduru kesici bir aletle ikiye bölse, kısas cezası sadece son fiili gerçekleştirene uygulanır.¹⁶⁷ Sonradan eklenen sebeplerin etkisiyle ölümün gerçekleştiği bu tür olaylarda Şâfiî fakihler, ölüm neticesini doğuran son olaydan önceki olay/olayları *şart* olarak isimlendirmektedirler.¹⁶⁸

c. Mâlikî Mezhebi

Mâlikîlere göre kasten adam öldürme suçu (المعلا ل يتقلا), dolaylı olarak da işlenmeye elverişlidir. Kısası gerektiren kasten adam öldürme suçunun oluşmasında, mübaşeret ve tesebbüb arasında nedensellik bakımından bir fark bulunmamaktadır.¹⁶⁹ Failin mağduru ateşli bir silahla öldürmesi ile onu zehirleyerek, yılan dolu bir kuyuya atarak, üzerine vahşi bir hayvanı saldırtarak veya geçtiği yola derin bir çukur kazarak ölümüne neden olması arasında cezai sorumluluk bakımından hiçbir fark bulunmamaktadır.¹⁷⁰ Aç ve susuz kişiye yiyecek ve içecek vermeyerek ölümüne neden olan kişinin cezası da kısastır.¹⁷¹ Hukuki sorumluluk bakımında ise, bir elbiseyi yakarak ya da bir hayvanı itlaf ederek ortaya çıkan zararları tazmin mükellefiyeti ile işyerinin penceresini açık bırakarak hırsızların girmesine ortam hazırlamak, kafesin kapısını ya da ahırın kapısını açarak hayvanların kaçmasını sağlamak, rüzgârlı bir günde ateş yakarak bir eşyanın yanmasına sebep olmak arasında ayırım yapılmaz.¹⁷² Ayrıca Mâlikîler, aşerme dönemindeki hamile bir kadına kokusuyla rahatsız ettiği bir yiyecek veya içeceği vermeyerek kadının bebeğini düşürmesine sebep olan kişi hakkında *ğurre*¹⁷³ cezası öngörmüşler¹⁷⁴, belirli bir yükümlülüğü ihmal etmeyi tazmin sorumluluğunun kaynağı saymışlardır.¹⁷⁵ Sözgelimi tuzağa düşmüş bir hayvanın şer'î kesim işlemini uygulamayarak murdar oluşunu seyreden kimse- nin tazmin yükümü altına gireceği görüşündedirler.¹⁷⁶

166 Yakın sebep teorisine göre; hukukî anlamda sebep, son şart sayılmalıdır. Yani sebep, sonucu doğurmaya yönelik güçler yığına üstünlük sağlayan olay, başka bir deyimle kendinden önceki şartları bertaraf ederek sonucu meydana getiren son şarttır. Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ, s. 35-36.

167 Cüveynî, Ebu'l-Me'âlî 'Abdülmelik, *Nihâyetü'l-matlab fi dirâyeti'l-mezheb*, by. 1427/2007, XVI, 577. Bizim de deteklediğimiz kanaate göre, bu tür *sollayan nedensellik* (Bkz. Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 132) vakalarında son darbeyi vuran faili kasten adam öldürme suçuyla, önceki failleri ise duruma göre *müessir fiil* ya da *suça teşebbüsle* yargılamak gerekir. Bkz. Ebu Zehra, Muhammed, *el-Ukûbe*, Kahire ts., s. 410.

168 Gazzâlî, *el-Vasit*, VI, 262; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibin*, IX, 133.

169 Emîr 'Abdulazîz, *el-Fikhu'l-cinâî fi'l-İslâm*, s. 47.

170 Karâfî, *el-Furûk*, IV, 27-28.

171 'Uleyş, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, *Minehu'l-Celil şerhu Muhtasari Halil*, Beyrut 1409/1989, IX, 19.

172 İbn Cüzey, Ebu'l-Kâsım Muhammed, *el-Kavânimü'l-fikhiyye*, by. ts., s. 218.

173 *Ğurre*; "ceninin diyeti", yani anne karnındaki çocuğun düşürülmesinden dolayı ödenmesi gereken tazminattır. Bu da tam diyetin % 5'idir (nakit olarak yaklaşık 50 dinar ya da 500 dirhem). Bkz. Neseî, *Tilbetü't-talebe*, s.167; Zuhaylî, *el-Fikhu'l-İslâmî ve edilletuhû*, IV, 2646; Muhsin Koçak, "Ğurre", *DİA*, XIV, 211.

174 İbn Mehnâ, Ahmed b. Gânim b. Sâlim, *el-Fevâkihu'd-devânî 'alâ risâleti İbn Ebi Zeyd el-Kayravânî*, by. 1405/1995, II, 197; Huraşî, *Şerhu Muhtasari Sidi Halil*, VIII, 32.

175 Ahmed Muhammed el-Hâc Halil, *el-Kavâ'idü'l-fikhiyyetü'l-müte'allika bi'l-mübâşera ve't-tesebbüb ve tatbikâtuhâ fi'l-fikhi'l-İslâmî*, el-Cami'atü'l-Ürdüniyye külliyyetü'd-dirâsâti'l-ulyâ (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ürdün 2005, s. 60.

176 Desûkî, *el-Hâşîye 'aleş-şerhi'l-kebir*, II, 110; Huraşî, *Şerhu Muhtasari Sidi Halil*, III, 21.

Diğer taraftan Mâlikîler, doğrudan fail ile dolaylı failin aynı olayda birleşmesi halinde suçun doğrudan faile isnat edileceğine¹⁷⁷ dair Hanefî fakihlerce kabul edilen genel kurala şiddetle karşı çıkmışlardır.¹⁷⁸ Ayrıca Mâlikî ekol, iki kişiden birisinin mağduru tutup ötekinin öldürmesi gibi çok failli suçları da tessebbüben adam öldürme sınıfına dâhil ederek müşterek failin de asli fail gibi cezalandırılması gerektiğini savunmuşlardır.¹⁷⁹ Yargı mercileri huzurunda verdikleri beyan doğrultusunda kısas kararı uygulanan, fakat beyanlarının gerçeği yansıtmadığı sonradan anlaşılan tanıklar hakkında da kısasa hükmetmişlerdir.¹⁸⁰

d. Hanbelî Mezhebi

Hanbelî kaynakların ilgili bahislerinden edindiğimiz izlenim, onların da suçları *doğrudan* ve *dolaylı* olmak üzere ikiye ayırmayı tercih ettikleridir. Örneğin Hanbelî müctehidler, düşmanca duygularla ve haksız yere idam kararı veren yargıç ve masum bir insanın idamına yol açan yalancı tanıkların kasten adam öldürme suçlamasıyla yargılanması gerektiğini ifade etmişlerdir.¹⁸¹ Ne var ki Hanbelîler, doğrudan ve dolaylı failin aynı olaya iştirak etmesi halinde kısas cezasının uygulanma mahalli olarak sadece doğrudan faili göstermektedirler.¹⁸² Söz gelimi birinin tutup ötekinin öldürdüğü etkili eylem suçunda, mağdura vuran asıl fail kısasen öldürülürken, mağduru tutan kişi ömür boyu hapse mahkûm edilecektir.¹⁸³ Öte yandan Hanbelî fakihler, elindeki ihtiyaç fazlası gıda veya suyu ihtiyacı olan bir kişiye vermeyerek o kişinin ölümüne yol açan fail hakkında diyet cezasına hükmetmişlerdir.¹⁸⁴

e. Değerlendirme

Suç genel teorisi içinde, ana temasını hareket ve netice arasındaki ilişkinin oluştuğu nedensellik sorunsalında, İslam hukukçularının genel olarak insani nedensellik anlayışını benimsediklerini söyleyebiliriz. Bunu gösteren en önemli ipucu *cinâyât* bahislerinde sıklıkla tekrar ettikleri ¹⁸⁵ أبلأغ ل بققوام (normal şartlar altında öldüreren şey) ifadesidir. İlgili kaynaklar incelendiğinde, bilhassa Şâfiî ve Hanbelî hukuk-

177 *Mecelle-i Ahkâm-i Adliye*, md. 90.

178 Mâlikî fakih ve kelâm âlimi Şemsüddin en-Desûkî (v.1230/1815), Hâşiye'sinde bu kural için “İlginç bir uydurmadır” ifadesini kullanmaktadır. Desûkî, *el-Hâşiye 'aleş-şerhi'l-kebrî*, IV, 246.

179 Huraşî, *Şerhu Muhtasari Sîdî Halil*, VIII, 10.

180 Ebu Ömer İbn 'Abdilber, *el-Kâfi fi fikhi Ehli'l-Medîne*, Riyad 1400/1980, II, 919.

181 Muvaffakuddin İbn Kudâme, *el-Kâfi fi fikhi'l-İmâm Ahmed*, III, 261; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 276; Ebû İshak Burhanuddin İbn Müflih, *el-Mübdî' fi şerhi'l-Mukni*, Beyrut 1418/1997, VII, 198.

182 Mansûr b. Yûnus el-Behûtî, *Şerhu Münthehal-irâdât*, by. 1414/1993, III, 257.

183 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 364.

184 İbn Kudâme, *age.*, VIII, 433.

185 Örneğin bkz. Serahsî, *el-Mebûsât*, XXIV, 68; Zeyla'î, *Tebyinü'l-hakâik*, VI, 101; İbn 'Âbidin, *Reddül-muhtâr*, VI, 529, 543, 767; Karâfi, *ez-Zahira*, Beyrut 1994, XII, 34, 279, 282; Huraşî, *Şerhu Muhtasari Sîdî Halil*, VIII, 7; 'Uleyş, *Minehu'l-Celil*, IX, 19; Şirâzî, *el-Mühezzeb*, III, 170, 175, 176, 177; Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab*, XVI, 41, XVII, 121; Nevevî, *el-Mecmû'*, XVIII, 349, 373, 374, 375; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 261, 262, 263, 264; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, VII, 193, 194, 197, 198; Ebu'l-Hattâb Mahfûz el-Kelvezânî, *el-Hidâye 'alâ mezhebi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî*, by. 1425/2005, s. 506, 514, 515.

çuların bu kıstası (normal şartlar altında öldürme niteliğine sahip araçların kısas için ölçü alınması) sıklıkla kullandıkları görülmektedir. Şu halde fakihler, bir insan davranışının ortaya çıkan cürmi neticenin nedeni olduğunu kabul edebilmek için, bu davranışın o neticenin zorunlu şartı olması gerektiğini vurgulamışlar, davranış ile netice arasında böyle bir ilişkinin tespiti amacıyla da me'lûf (tipik) ve şâz (atipik) sebepleri birbirinden temyiz etme yönünde bir teamül geliştirmişlerdir.¹⁸⁶ Onlara göre, bilimin verileri ve genel hayat tecrübeleri ışığında “davranış olmasaydı netice de ortaya çıkmayacaktı” denilebiliyorsa nedensellik bağından söz edilmelidir.

Bahsi geçen bu genellemeden ayrıksı bir husus, Hanefî öğretiyeye katı bir mekanik nedensellik anlayışının egemen oluşudur. Bu eğilim, kasten adam öldürme suçuna getirdikleri tanımdan büyük oranda anlaşılmalıdır. Zira Hanefî müctehidler, adam öldürme suçunda taammüdü fiil işlenirken kullanılan suç aletin parçalara ayırma özelliği ile açıklamaktadırlar.¹⁸⁷ Özellikle Ebu Hanife'ye (v.150/767) göre, ağır bir cisimle başa vurarak, yuksekten atarak, iple veya suda boğarak öldürme yöntemlerinde kısas gerekmemektedir.¹⁸⁸ Bu anlayış ağır eleştirilere uğramıştır.¹⁸⁹ Onun bir davranışın tipik sonucu doğurmaya uygun olup olmadığı hakkında verdiği bu değer hüküm, cezai sorumluluğu aşırı derece daraltarak olayların çoğunda yargı kararını sanık lehine sonuçlandıracağı muhakkaktır.

Hanefî mezhebi başlığı altında verdiğimiz örneklerden de anlaşıldığı kadarıyla, Hanefî öğretiyeye egemen olan teorik bakış, hiç kimse görgü ve ahlak kuralları gerekçesiyle hukuken zorunlu olmadığı bir şeyi yapmaya zorlanamaz. Aksi halde, bireyin kendi eylemlerini özgürce yönlendirme yetkisi daralacak, yükümlülük sınırları ise alabildiğince genişleyecektir. Üstelik sözünü ettiğimiz ekole göre, bir kimse belli bir olay karşısında eylemsizliği tercih etmekle açık bir hukuk düşmanlığı sergilemiş olmaz. Hukukta masumiyet karinesi esastır ve kişi şahsi sorumluluğa kaynak teşkil edecek pozitif bir harekette bulunmadığı sürece yargısal takibatın muhatabı yapılamaz.

Netice olarak, kabaca bir niteliklemeyle nedensellik konusuyla ilgili en sert tavrı Hanefî müctehidler sergilediği söylenebilir. Bunun karşısında sonucun gerçekleşmesi için varlığı zorunlu olan bütün şartları sonucun nedeni sayarak cezai sorumluluğu oldukça genişleten Mâlikî ekol bulunmaktadır. Şâfiî ve Hanbelî hukukçular da bu iki anlayış arasında, ortalama bir çözüm bulmaya çalışmışlar; Şâfiîler Hanefîlere, Hanbelîler ise Mâlikîlere yakın bir duruş sergilemişlerdir.

186 Bkz. 'Abûd es-Sirâc, *et-Teşrî'u'l-cezâi'l-mukâran*, s. 162-163.

187 İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VIII, 327; 'Alâuddin Muhammed el-Haskefi, *Dürri'l-muhtar fî şerhi tenviri'l-ebâr*, Beyrut 1412/1992, VI, 527-528.

188 Burhânuddin el-Merğînânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*, Beyrut ts., IV, 447; Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi'*, VII, 234; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, V, 29.

189 Örneğin, Mâlikî hukukçu İbn Rüşd (v.595/1198), Ebu Hanife'nin bu yaklaşımını “şaz görüş” şeklindeki bir söya lemle tenkit etmektedir. Ebu'l-Velîd Muhammed İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Kahire 1425/2004, IV, 189.

C. İHMALÎ SUÇLARDA NEDENSELLİK BAĞIYLA İLGİLİ TEORİLER

İhmalî suçlarda nedenselliğin bulunup bulunmadığı önemli bir sorundur. Hatta bu sorun, “ceza hukuku biliminin şimdiye kadar tartıştığı en akim mesele” olarak nitelendirilmiştir.¹⁹⁰ İhmalî suçlardaki temel problem, tipik bir neticenin gerçekleşmesini engellememenin hangi şartlar altında aynı neticenin icraî bir fiil ile gerçekleşmesiyle eşit tutulabileceği problemidir.¹⁹¹

İhmalî suçun nedenselliği hakkında ortaya atılan iki temel görüş bulunmaktadır:

1. İhmalî Suçlarda Nedensellik Bağını Reddeden Görüş

Bazı hukukçulara göre ihmalî suçlarda illiyet bağı yoktur. Çünkü ihmal, bir yokluktur; yokluktan ise sadece yokluk doğar.¹⁹² Zira bu tür suçlarda fail pasif bir vaziyettedir. Failin bir fiili olmadığı için ortaya çıkan sonuç ile fail arasında bir nedensellik münasebeti kurgulanamaz. Negatif davranışın, bir varlığı, bir gerçekliği yoktur. Bir şey yapılmamış ise dış dünyada bir değişiklik (dolayısıyla bir sonuç) meydana gelmemiştir. Hareket, yani harici davranış, ancak pozitif şekilde tecelli eder. Yapmama şeklinde gün yüzüne çıkan menfi davranış bir hiç olduğuna göre, bunun teorik dahi olsa bir olayın şartları arasında yer alması mümkün değildir. Esasen bu görüş, köken itibarıyla Aristo’ya ait olup, “ex nihilo nihil fit” (out of nothing comes nothing/hiçten hiç doğar) şeklinde formüle edilen felsefi düşüncenin hukuka uyarlanmasının doğal bir sonucudur.¹⁹³

2. İhmalî Suçlarda Nedensellik Bağını Kabul Eden Görüş

Bu görüşü savunan bilim adamlarına göre, icra ile ihmal arasında cürmi neticeye neden olma yönünden bir fark yoktur. İhmalî suçlarda icraî suçlarda olduğu gibi failin neticeye engel olma olanağına sahip olup olmadığına bakarak nedensellik bağının varlığına hükmedilir. Fail bu iktidara sahip ise, ihmal ile netice arasında nedensellik bağı vardır. İhmal bir neticeye neden olduğu anda bir “hiç” olmaktan çıkmaktadır.¹⁹⁴

Söz konusu kanaatin destekçileri nezdinde, neticenin önüne geçmemek, nedensellik bağının varlığı için yeterlidir. Somut olayda “kendisinden yasal olarak istenen fiili ifa etseydi failin cezai sorumluluğu olmayacaktı” denilebilecek şekilde

190 Franz V. Liszt, *Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts*, s. 21, 22, Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı*, s. 223’den naklen.

191 Hakeri, *age.*, s. 41.

192 Bkz. ‘Üdeh, *et-Teşrî’u’l-cinâi’l-İslâmî*, I, 88.

193 Bkz. Dönmezer, “*Maddî Sebebiyet Alakası*”, s. 94; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı*, s. 136; Erem v.dğr., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.286.

194 Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, İstanbul 1959, I, 474.

bir yargıya varılabiliyorsa failin yükümlü olduğu eylemi terk etmesi ile işlenen suç arasında mantıksal bir bağın bulunduğu varsayılır. Muayyen neticeye ulaştıracağı herkes tarafından rahatlıkla bilinebilecek faktörleri failin bilmesi ya da bilebilecek durumda olmasıyla nedensellik bağının varlığına hükmedilir. Hareketsiz kalması ile cezai neticenin doğacağını bilmesine ilaveten bunu istemesi halinde kasttan da bahsedilebilir ki, aslında fail icraî bir davranışla gerçekleştirebileceği amacı ihmal ile gerçekleştirmek istemektedir.¹⁹⁵

İhmalî davranışın sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığına ilişkin düşüncelerin teorik zeminini şekillendiren nedensellik probleminde¹⁹⁶, İslam hukukçularının üç farklı duruş sergiledikleri gözlemlenmektedir. Bunlar;¹⁹⁷

a. Fiil ile sonuç arasında nedensellik bağının oluşması için salt ihmalî yeterli gören, bir suçun ihmal yoluyla işlenmesini aynı suçun icraî bir davranışla işlenmesine eşdeğer sayan Mâlikî ve Zâhiri ekol,

b. İhmalin illî bir değer taşıması ve icra ile aynı cezai müeyyideye sahip olabilmesi için öncesinde icraî bir hareketi şart koşan; diğer bir ifadeyle suç yolunun pozitif bir davranış ile başlaması gerektiğini savunan Şâfiî ve Hanbelî ekol,

c. İhmalin hiçbir durumda icraî harekete denk olmayacağı, hareketsiz kalmanın cezai sorumluluğun kaynağı kılınamayacağı şeklindeki fikri benimseyen Hanefî ekol.

Kanaatimizce de, ihmalî davranışların nedenselliğini tümüyle reddetmek mümkün değildir. Aksine ihmalî suçlarda bir maddî sebebiyet alâkası vardır. Çünkü ihmalî suçlarda da bir netice mevcuttur ve bu netice fiilî bir durumdan ibarettir. Negatif davranışlar da hukukta bir neden olarak kabul edilebilir. Zararlı bir neticeyi önleyebilecek kimsenin bu neticeyi önlememesi, nedensellik içinde gayet tabii değerlendirilebilir. Bu noktada neticeyi önleme görevi nedenselliği açıklamaktadır.¹⁹⁸ Evet, ihmalin göreceli bir “yokluk” ve “olmama” hali olduğunu kabul edebiliriz. Ancak ihmal, bir “hiç” değildir. Fail, hareketin yapılması varsayımında neticenin meydana gelmemesi için potansiyel olarak nedenseldir. Hukuksal bakış açısı için, tabii

195 Dâvûd Nu'aym Dâvûd, *Nazariyyetü'l-cerîmeti's-selbiyye*, s. 49-50.

196 Bazı müelliflerin ihmalî mübaşeretin bir şekli olarak sunmaları (Bkz. Ahmed Muhammed el-Hâc Halil, *el-Kavâ'idü'l-fikhiyyetü'l-müte'allika bi'l-mübâşera ve't-tesebbüb ve ta'bikâtuhâ fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 40) kanaatimizce isabetli değildir. Mübaşeretin terim anlamından çok uzak olmayan “elle dokunma, bir şeyi bizzat gerçekleştirme” (İbn Manzûr, Ebu'l-Fadl Cemâluddin, *Lisânü'l-'Arab*, Beyrut 1414, IV, 61; Zebîdî, Ebu'l-fadl Muhammed, *Tâcu'l-'arûs fi cevâhiri'l-kâmûs*, by. ts., X, 192) gibi sözlük anlamına bakacak olursak ihmalî mübaşeret içinde değil tesebbüb içinde değerlendirmemiz icab eder.

197 Ebu Zehra, *el-'Ukûbe*, s. 412. Ayrıca bkz. Dâvûd Nu'aym Dâvûd, *Nazariyyetü'l-cerîmeti's-selbiyye*, s. 75-76.

198 Dönmezer, “*Maddî Sebebiyet Alakası*”, s. 94; Erem v.dğr., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 287. İtalyan Ceza Yasası da 40. maddesinde nedensellik bağına açıkça değinmiştir: “Suçu meydana getiren zararlı veya tehlikeli sonuç, bir kimsenin icra veya ihmalinden doğmuş olmadıkça, hiç kimse yasa tarafından suç sayılan bir eylemden dolayı cezalandırılmaz. Önlenmesi hukukî bir yüklem olan bir sonucun önlenmemesi, ona sebebiyet vermeye eşittir”. Alacaptan, *Suçun Unsurları*, s. 81.

bilimlerin nedensellik kavramı ölçüt teşkil etmez. Kanunların amacı ve konusu pozitif bilimlerininkinden başkadır. Hukuk biliminde *sebeb* kelimesi göreceli olarak daha geniş bir manada kullanılmaktadır. Dolayısıyla ihmalî suçlarda nedensellik ile kastedilen mekanik manada nedensellik ilişkisi değil, varsayımsal bir nedensellik-tir.¹⁹⁹ Her ihmalî eylem de *kişiliğin bir dışa vurumu* olup soyut düşünceyi aşan, dış dünyada belli ölçüde tanımlanabilir bir değişiklik düzeyine ulaşan insan davranışıdır.²⁰⁰ Zira her hukuk normu, kişilere bir şeyi yapmak veya yapmamak hususunda emirler verir. Hukuk normunun yap dediği şeyi yapmayan kişinin davranışı, başka bir deyimle bir zararın önlenmesi için hukuk düzeninin yükümlü kıldığı bir ödevin yapılmaması, zararlı sonucun sebebi olabilir. Meselâ, bir yüzme havuzunda yüzme bilmeyenleri kurtarma yükümlülüğü bulunan bir cankurtaranın boğulmak üzere olan bir şahsı kurtarmaması durumunda, ölüm sonucuyla kurtarmama (görevini yapmama) arasında sebep-sonuç bağının bulunmadığı herhalde iddia edilemez.²⁰¹

Şu halde, “fail, icraî hareketi yapmış olsaydı netice meydana gelmeyecekti diyebiliyorsak” ihmalî neticenin sebebi sayabiliriz. Ancak “fail, hareket etse idi netice meydana gelmeyecekti” diyebildiğimiz birçok durumda, bulunacak ölçü çoğu kez değişken olacaktır. O halde, adil bir sorumluluk için daha nesnel bir ölçüt belirlenmelidir. Bugün öğretisi ve uygulamada şu ölçüt kullanılmaktadır: “*Fail, hareket etmiş olsa idi tipik neticenin meydana gelebilme ihtimali gerçeğe yakın bir derecede engellenebilecektiye, ihmal illî değer taşımaktadır.*”²⁰² Yani bir şahıs, hareketsiz kalacağı yerde, belirli bir harekette bulunsaydı, hukuken önem arz eden sonuç meydana gelmeyecek idiyse, yapmama ile sonuç arasında illiyet bağı gerçekleşmiş sayılır. Başka bir deyimle, belirli bir hareket (müspet davranış) yapılsaydı, sonucun gerçekleşmesi önlenemez idiyse, yapmama (menfi davranış), zararlı sonuç için illî bir değere sahiptir.²⁰³

İhmalin maddi varlığıyla ilgili ontolojik açıklamalar bir tarafa, bir ödev karşısında hareketsiz kalmaya nedensel bir kıymet atfetmemenin toplum hayatında bir takım olumsuz yansımaları görülecektir. Her şeyden önce, ihmalî suçlarda nedensellik bağını kabul etmeme doğrultusunda şekillenecek yargı kararları, yasaklanmış olan bir sonuca yasal yolla ulaşmayı (*hîle-i şer’iyye, kanuna karşı hîle*) isteyenlerce çokça müracaat edilen bir araç haline gelerek adalet idesine ciddi anlamda zarar verecektir.²⁰⁴

199 Dönmezer, “Maddi Sebebiyet Alakası”, s. 94 (22. dipnot).

200 İçel v.dğr., *Suç Teorisi*, s. 62; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 213.

201 Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı*, s. 136-137.

202 Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1989, II, 129; Taşkın, “Kasten İhmalî davranışla Adam Öldürme”, s. 149.

203 Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı*, s. 137.

204 Bkz. Dâvûd Nu’aym Dâvûd, *Nazariyyetü'l-cerîmeti’s-selbiyye*, s. 75-76.

III. İSLAM HUKUKUNDA İHMAL SURETİYLE KASTEN ADAM ÖLDÜRME

Adam öldürmek, “insan hayatı”nı insanlara karşı korumak için suç sayılmıştır. “Hayat hakkı” diğer bütün haklardan istifade edebilmek için ön şart olduğuna göre, hayat hakkına saldırı, diğer bütün haklara saldırı manası taşımaktadır.²⁰⁵

Kelâm-ı Ezelî’de adam öldürme suçunu işleyenlerin ebedi olarak cehennemde kalarak cezalandırılacağı ifade edilmiş²⁰⁶, hadîs-i şerîflerde ise adam öldürmenin kıyamet günü insanlar arasında görülecek ilk dava olduğu²⁰⁷ ve bu suçun Allah nezdinde bütün dünyanın yok olup gitmesinden daha vahim bir hadise olduğu belirtilmiştir.²⁰⁸

İslam hukukunda genel bir kabul olarak adam öldürme suçunun icraî bir fiil ile gerçekleştirilebileceği gibi ihmalî bir fiil ile de işlenebileceği düşünülmektedir.²⁰⁹ Bu da failin belli bir eylemi yerine getirmekten kaçınarak mağdurun ölümüne yol açması halinde söz konusu olmaktadır.²¹⁰

Fakihlerce böyle bir ayırımı tabi tutulmamasına rağmen biz, suçun maddi unsurunda bulunan ve ihmale eklenilen “hareket” faktörünün var olup olmamasına bağlı olarak ihmal suretiyle adam öldürme suçunu “nitelikli ihmalî davranış ile adam öldürme” ve “saf ihmalî davranış ile adam öldürme” şeklindeki iki bölüm altında incelemeyi uygun gördük.

A. NİTELİKLİ İHMALÎ DAVRANIŞ İLE ADAM ÖLDÜRME

Bu gruba giren suçlara “ihmal suretiyle icra suçları” da denilebilir. Aslında olumlu eylemle işlenebilen bir suçun olumsuz eylemle işlenmesi durumudur.²¹¹ Bunun tipik örneği “*hürriyeti tahdit ile adam öldürme*” suçudur.

Burada ihmalî suç, icraî bir fiilden kaynaklanmakta olup iki unsurdan meydana gelmektedir: *Birincisi*; icraî fiil yani özgürlüğü bağlayıcı pozitif eylemler (hapis), *ikincisi* ise; ihmalî tutum, yani; yiyecek ve içecek vermemek suretiyle kişiyi temel yaşam ihtiyaçlarından mahrum bırakmaktır. İki unsurdan birisi yoksa maddi unsurların yokluğu nedeniyle nitelikli ihmalî suçun da işlenmemiş olduğuna karar verilir. Buna göre, bir kişi hapsedilmiş fakat hayati fonksiyonlarını devam ettirmesi

205 Faruk Erem, “Adam Öldürme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, Sayı:1-4, Yıl: 1953, s. 33.

206 Nisâ 4/93.

207 Buhârî, “Rikâk”, 48; Müslim, “Kasâme”, 28.

208 Nesâî, *Tahrîmü'd-dem*, 1; Beyhakî, *Şu'abü'l-îmân*, VII, 254, H.no: 4956; Taberânî, *el-Mu'cemu'l-kebir*, XIII, 416, H.no: 14256

209 Bkz. Ahmet Fethi el-Behnesî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire ve Beyrut 1409/1989, s. 81.

210 Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî'l-İslâmî*, II, 57 vd.

211 Bkz. Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 218.

için gereken asli gereksinimleri karşılanmış ise, yahut özgürlüğüne herhangi bir sınırlama getirilmemiş bir kimseye ihtiyaç duyduğu şeyler –örneğin gıda maddesi- takdim edilmemişse nitelikli ihmalî suçun varlığından söz edemeyiz.²¹²

“*Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma*” suçu mütemadi (kesintisiz) suçun klasik örneğidir. Bu tür suçlarda kanuni tarifteki fiilin icrası bir anda tamamlanmamakta, aksine süreklilik arz etmektedir.²¹³ 5237 sayılı TCK’nun 109. maddesinde bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak cezalandırılmış olup, bu suçun ihmal suretiyle işlenmesi de mümkündür. Gerçekten yanlışlıkla kapıyı üzerine kilitlediği kimseyi durumun farkına vardıktan sonra serbest bırakmayan ve bu suretle kurtarma yükümlülüğüne aykırı hareket eden, hatasını fark ettiği andan itibaren kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu ihmalî bir hareketle işlemiş olacaktır.²¹⁴ Ancak bizim burada bahsini ettiğimiz suç, salt bir hürriyeti tahdit eylemi değil, özgürlükten yoksun bırakma fiilinin mağdurun ölümünü sağlamak bilinç ve iradesiyle işlenmesine ilişkindir.

OLAY: *Eşi, kayınpederi ve kayınvalidesi tarafından çetin kış şartlarında 3 ay boyunca tuvalete kapatılıp aç bırakılan, durumunun kötüye gittiğini gördükleri halde herhangi bir tıbbi müdahale uygulanmayan ve ailesinin şikâyeti üzerine polisler tarafından tuvalette sert bir tahta parçasının üzerinde yatar vaziyette bulunan M. K. (24), kaldırıldığı hastanede 6 gün verdiği yaşam savaşını kaybetti.*²¹⁵

İslam hukukçularının çoğunluğu, yukarıdaki olayda görüldüğü gibi, kapalı bir mekâna hapsederek bir kişinin ölümüne neden olan failin “kasten adam öldürme” suçuyla cezalandırılması gerektiğine kanidirler.²¹⁶ Zira bu durumda ölüm, suç isnadını mümkün kılan bir eylemin sonucu olarak meydana gelmektedir. Her ne kadar mağdurun ölümü, failin doğrudan bir fiili ile gerçekleşmemiş olsa da, ölüm sonucu, şahsı dar bir mekânda alıkoymaktan kaynaklanan açlık, susuzluk, havasızlık, ısı kaybı gibi tabii etmenlerin etkisiyle vukua gelmektedir.²¹⁷ Elbette cezai sorumluluğun derecesi, suç kastının oluşum sürecine dâhil olan; mağdurun yaşı, içinde bulunduğu şartlara mukavemeti, suçun işlenme zamanı, suç yolunda sergilenen eylemlerin mahiyetine bağlı olarak değişecektir. Sözgelimi çok sıcak bir havada susuz bırakılan bir adamın dayanıklılığı serin havadaki kimseye, çocuğun açlığa karşı tahammül derecesi yetişkin bir insanla aynı olmayacaktır. Adam öldür-

212 Salâhâyn, “*el-Cerâimü’s-selbiyye*”, s. 121.

213 Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 176; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 110.

214 Akbulut, “*İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu*”, s. 191.

215 Örnek olay için bkz. <http://www.sabah.com.tr/Gundem/2013/10/04/melek-karaaslan-davasinda-6nci-celse> (Erişim: 07.10.2013).

216 ‘Udeh, *et-Teşrî’u’l-cinâi’l-İslâmî*, II, 57; Behnesî, *el-Kısâs*, s. 81.

217 Behûtî, Mansûr b. Yûnus, *Keşşâfu’l-knâ’ an metni’l-iknâ’*, by. ts., V, 507.

menin kasten mi, yoksa taksirle mi gerçekleştiği hususu, bahsi geçen opsiyonlardan her birisi için ayrı ayrı değerlendirilecektir. Normal koşullarda ve aynı özelliklere sahip başkaca kişilerin ölümüne neden olacak her ihmâl, suçun kasten olup olmadığını belirlemede rol oynayacaktır. Her durumda manevi unsur, olayların doğal akışı (halin mutad cereyanı) ve genel hayat tecrübeleri göz önüne alınarak tespit edilecektir.²¹⁸

Yukarıdaki genel kabule aykırı olarak, hürriyeti tahdit yoluyla ölüme neden olan failin hareketi ile sonuç arasında herhangi bir nedenselliğin bulunmadığı düşüncesine sahip olan Ebu Hanîfe (v.150/767), ölüm sonucunun özgürlüğün sınırlanmasıyla doğduğu hallerde, faile *ta'zîr* dışında bir cezanın verilemeyeceği görüşündedir.²¹⁹ Buna mukabil onun iki büyük öğrencisi Ebu Yûsuf (v.182/798) ve İmam Muhammed (v.189/804), somut olayda doğrudan olmasa da dolaylı bir ölüme sebebiyet verildiği için fail hakkında *diyât* cezasını gerekli görmekteyler.²²⁰

Nitelikli ihmâlî davranış ile adam öldürme ya da yaralama suçuna ilişkin olarak yukarıda verdiğimiz tartışmanın tarafları, özetle şu delilleri öne sürmüşlerdir:

1. Ebu Hanîfe'nin Delilleri

a. Konuyla ilgili Ebu Hanîfe'nin temel argümanı, ihmâl ile tipik netice arasında varsayımsal da olsa bir illiyet bağının bulunmamasıdır. Zira mağduru öldüren şey, -kapıyı kapatmak, kilitlemek, bağlamak gibi- özgürlüğünü sınırlandırıcı eylemlerin kendisi değil, açlık ve susuzluktur. Söz konusu iki şey ise, sanığın iradesi dışında gelişen doğal olgulardır.

b. Ebu Hanîfe'ye göre bir fiilin suç teşkil etmesi, onun mübâşeret yoluyla icraî bir davranışla işlenmiş olmasına bağlıdır. İhmâl ise bir tesebbübdür ve hareketsiz kalmakla ortaya çıkmaktadır.

c. Yaşam, beden bütünlüğü ve sağlık gibi kişilik değerlerini ihlal eden saldırılar, ancak hareket ve somut eyleme isnat edilebilir olaylardır. Bir kişinin malvarlığı veya şahıs varlığında belli ölçüde zarar meydana gelmesine neden olan haksız fiiller, sadece çekimsiz kalmakla işlenmiş sayılamaz. Ayrıca hukuk düzeni, hiçbir kimseyi mutlak bir hak olan mülkiyet hakkını üçüncü kişiler lehine kullanmaya zorlayamaz. Sahibi olduğu gıda maddeleri de sözü edilen mülkiyet kapsamı içinde

218 Bkz. Mâverdi, Ebü'l-Hasen 'Alî b. Muhammed, *el-Hâvi'l-kebir fî fıkhi mezhebi'l-İmâmi-Ş-Şâfi'i*, Beyrut 1419/1999, XII, 41; Nevevî, *el-Mecmû'*, XVIII, 383-384, İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 265; Şirbîni, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'âni elfâzi'l-Minhâc*, by. 1415/1994, V, 215; Ebu 'Abdillah el-Mevvâk el-Ğirnâti, *et-Tâc ve'l-iklîl li Muhtasari Halîl*, by. 1416/1996, VIII, 304; Huraşî, *Şerhu Muhtasari Sidi Halîl*, VIII, 7.

219 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 153; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VI, 543.

220 İbn Nüceym, *el-Bahrur-râik*, VIII, 336; Ebu Bekr b. Ali el-Haddâdi, *el-Cevheratü'n-neyyira*, by. 1322, II, 120; İbn 'Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VI, 543. Hanefî fıkıh dilinde, hürriyeti tahdit suçuyla ilgili olarak genellikle *tatyîn* (التطيين) kelimesi kullanılmaktadır.

bulduğuna göre, bunları başkasına sunmamak, *adam öldürme* gibi ağır bir suçta terettüp eden kısas ve benzeri cezai yaptırımların dayanağı olamaz.²²¹

2. İmâmeyn’in Delilleri

a. Fail, mağdurdan temel besin maddelerine ulaşmasını engellemek suretiyle gösterdiği selbî davranışıyla neticenin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu durumdaki failin cezaî sorumluluğu bir nevi, yol ortasına kuyu kazan kişinin sorumluluğuna benzemektedir. Bahsini ettiğimiz adam öldürme suçunun işlenme yönünde ise tessebbüb bulunmaktadır ve tessebbübe adam öldürme şeklen değil, manendir. Bu durumda failin, maktul yakınlarına diyet ödemesi gerekmektedir.

b. Nitelikli ihmalî davranışla adam öldürme suçunda, hareket ile netice arasında nedensellik bağı bulunmaktadır. Zira failin hareketi olmasaydı mağdur, yiyecek ve içecek maddelerine ulaşacaktı. Dolayısıyla bu tür adli olaylarda yaşam, beden bütünlüğü ve sağlık gibi kişilik değerlerine doğrudan bir saldırı söz konusudur. Ancak mübaşeret ile tessebbüb arasındaki denklik kaydının bulunmaması sebebiyle kısas değil, diyet cezası öngörülmelidir.

c. Aktif süjenin taammüden adam öldürmekten sorumlu tutulması için önkoşul, kullandığı suç aletinin bir bütünü parçalara ayırma özelliği bulunan bıçak gibi kesici bir alet olmasıdır. İhmal suretiyle işlenen adam öldürmede ise adı geçen koşul bulunmamakla, suçun cezasının ölen kişinin ailesine verilecek kan bedelinden (diyet) öteye gidemeyeceği kabul edilmelidir.²²²

3. Cumhurun Delilleri

a. Kısas cezasının temel dayanağı olan “*Kim size bir saldırıda bulunursa siz de yaptığınız saldırının benzeri ile ona saldırın!*”²²³ âyeti, ekseriyeti teşkil eden ve nitelikli ihmalî eylemle kasten adam öldüren fail hakkında taammüden katil cezasını öngören alimlerin başlıca delilidir. Kişinin işlediği suçta eşdeğer şekilde cezalandırılmasını bildiren bu âyet, birisinin hayat hakkına saldırının bunu hayatıyla ödemesini amirdir. Bu hususta adam öldürme cürmünün icraı ya da ihmalî bir davranışla irtikâp edilmiş olması sonucu değiştirmemektedir.

b. Nitelikli ihmalî davranışla adam öldürme suçunda mağdurun öldürülmesi, “genellikle” ölüm sonucu doğuran bir yöntemle gerçekleştirilmiştir. Bir kişiyi hapsederek katletmek ile kılıç ile katletmek arasında ölümün meydana gelmesi ve kişiliğin sona ermesi itibarıyla bir fark yoktur.

221 Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 153; Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, VII, 234-235.

222 Bkz. Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, VII, 234-235; Dâvûd Nu’aym Dâvûd, *Nazarîyyetü’l-cerîmeti’s-selbiyye*, s. 83-84

223 Bakara, 2/194. Benzer anlama gelen âyetler için bkz. Nahl, 16/126; Şûrâ, 42/40.

c. İhmal suretiyle icraî adam öldürme suçlarının icraî hareketle işlenen adam öldürme suçuna öngörülen müeyyideye eşdeğer şekilde cezalandırılmaması, icraî yolla işlenmesiyle aynı sonucu doğuran ihmalî yollara tevessülü artıracaktır.²²⁴

4. Değerlendirme

a. İslam hukukunda, adam öldürme suçunu kısas ile cezalandırmakla korunan hukuki yarar, doğal olarak insan hayatıdır. Hayat hakkının insana ait maddi ve manevi varlığın en başında gelmesi, şüphesiz cumhur ulemayı bu yönde görüş bildirmeye iten en önemli etken olmuştur.

b. Kasten adam öldürme suçu, her türlü şekilde ve her araç ile işlenebilen bir suçtur ve kullanılan araçların, tipik sonucu meydana getirici nitelikte (elverişli)²²⁵ olması, bu suçun teşekkülü için yeterli görülmüştür. Ateşli silahlar, kesici, parçalayıcı, delici aletler ve zehir, çoğunlukla kullanılan araçlardır. Suç faili bu araçları kullanarak mağdurun vücudu üzerinde ağır tahribat oluşturan bir eylemde bulunmaktadır. Hatta günümüz ceza hukukunda, ölüme götüren hareketlerin maddi olabileceği gibi manevi ve psikolojik yollarla olabileceği dahi kabul edilmektedir.²²⁶

c. İhmalî davranış ile adam öldürme suçlarını icraî yolla işlenmesinde olduğu gibi ağır cezai müeyyidelere bağlamamak, hayata kast cürümlerinde icra yerine ihmale yönelimi önemli ölçüde artıracak, bir tür *kanuna karşı hile* yolunu açacaktır. Hasminin ölümünü gerçekleştirmek için özgürlükten yoksun bırakmak gibi ihmalî yolla işlenen kasten adam öldürme yöntemleri, yükümlülük ve sorumluluğun önünü kesen bir istismar aracı olarak kullanılacaktır. Dolayısıyla sedd-i zerî'a olarak da değerlendirebileceğimiz bir tür düzenleme ile bu kapı kapatılmalı ve hukuku arkadan dolaşma eğilimiyle hareket eden kişilere fırsat verilmemelidir.

d. Susuz kişinin, hukuka uygunluk nedenlerinden zorunluluk (ıztırar) haline dayanarak suyu vermemekte direnç gösteren tarafın mülkiyet hakkını silah zoruyla gasp edebileceğini belirten, hatta bu yolla öldürülen mülk sahibinin kanını heder gören Hanefiler'in²²⁷ bahsini ettiğimiz suçta, fiil ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunmadığını söylemeleri açık bir çelişkidir.

224 Bkz. Nevevî, *el-Mecmû'*, XVIII, 383; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, V, 215; Behûti, *Keşşâfu'l-kinâ'*, V, 507. Ayrıca bkz. Salâhâyn, *"el-Cerâimü's-selbiyye"*, s. 144-145; Dâvûd Nu'aym Dâvûd, *Nazariyyetü'l-cerimetî's-selbiyye*, s. 85 vd.

225 İslam hukukçuları bu manayı ما يقتل غالباً kelime öbeğiyle karşılaşmışlardır. Örnek olarak bkz. Şirâzî, *el-Mühezzeb*, III, 170; Karâfî, *ez-Zahîra*, XII, 279; İbn Müflih, *el-Furû'*, X, 208; İbrâhîm el-Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, Beyrut 1419/1998, s. 309.

226 Örneğin kalp hastası olduğu bilinen bir kimseye ölmesini sağlamak maksadıyla çok ağır bir haberin uydurularak verilmesi, adam öldürme suçunu işlemek için yeterli görülmektedir. Bkz. Savaş ve Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, III, 4213; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 2011, s. 27.

227 Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 29; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, I, 150.

e. Kanaatimizce söz konusu suçta, fiil ile netice arasında nedensellik bağının bulunduğu muhakkaktır. Zira aktif süjenin özgürlüğü kısıtlayıcı eylemleri olmasaydı mağdur yeme-içmesini sürdürecekti ve hayatını idame ettirmesi mümkün olacaktı. Binaenaleyh gerçekleşen sonuçla, sorumluluğu doğuran davranış arasında sebep-sonuç ilişkisi bulunmaktadır ve netice, failin eseridir.

Sonuç olarak kasten adam öldürme suçu, icraî şekilde işlendiği gibi, ihmal suretiyle icraî davranışla da meydana getirilebilir. İhmal suretiyle icraî suç, aslında icraî hareketle işlenebilen suçun somut olayda ihmalî davranışla gerçekleştirilmesi halidir. Bu durumda, ihmalî davranış icraî hareketin yerini almakta ve cürmi neticenin oluşmasına neden olmaktadır.²²⁸

B. SAF İHMALÎ DAVRANIŞ İLE ADAM ÖLDÜRME

Adam öldürme suçu ekseriyetle bir icra suçudur. Fakat öldürmek kastı ile açsuz bırakmak, yeni doğmuş çocuğun göbeğini bağlamamak gibi saf ihmalî fiillerle de işlenebilir.²²⁹

Bir hadîs-i şerifte, Yüce Allah'ın kıyamet günü, arazisinde ihtiyacından fazla suya sahip olup da oradan geçen yolcuları bundan mahrum eden kişiyle konuşmayacağı ve onun yüzüne bakmayacağını beyan edilmesi²³⁰ bu yapılanın ahlaki açıdan ne kadar vahim olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Nitekim mezhep âlimleri ittifakla²³¹, hayati risk bulunan hallerde ihtiyaç fazlası gıda maddelerini muhtaç insanlarla paylaşmayan kişinin elinden bu maddelerin gerekirse tehdit yoluyla ve zor kullanarak alınabileceği kanaatindedirler.²³² İztırar ve meşru müdafaa hallerini akla getiren böylesi bir durum, mutlak bir hak olan mülkiyet hakkına yönelik saldırıdaki kusurluluğu ortadan kaldırmaktadır.

228 Köksal Bayraktar, “Kasten Adam Öldürme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 65.

229 Savaş ve Mollamahmutoglu, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, III, 4214.

230 Müslim, “İmân”, 173; İbn Mâce, “Cihâd”, 42; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, XII, 410, H.no: 7441.

231 Mâlik b. Enes, *el-Müdevvene*, by. 1415/1994, IV, 468; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 433; Kâsânî, *Bedâi'uş-sanâi'*, VI, 188; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, VI, 162.

232 Bkz. 'Abdullâh b. İbrâhim el-Mûsâ, “İmtina'u't-tabîb 'ani'l- 'ilâc beyneş-şerî'ati ve'l-kânûn”, s. 284, 285.

OLAY: “Bebeğini ölüme terkeden öğretmen anneye müebbet hapis cezası”. Kocaeli’nin Gölcük İlçesi’nde geçtiğimiz yıl Ekim ayında 2 aylık bebeğini evde yalnız bırakıp 9 günlük Kurban Bayramı tatilinde Hatay’daki ailesinin yanına giderek bebeğinin ölümüne neden olduğu iddiasıyla tutuklu yargılanan öğretmen Seçil Müge D. bugünkü duruşmada önce ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırıldı. Mahkeme daha sonra duruşmalardaki iyi halini göz önüne alarak Seçil Müge D.’ye müebbet hapis cezası verdi. Öğretmen Seçil Müge D. cezayı çok bularak mahkeme heyetine “Hakkımı helal etmiyorum” diye bağırdı. Gölcük İlçesi’nde 20 Ekim 2013’te Necati Çelik Devlet Hastanesi’nde polis memurlarının cumhuriyet savcısını arayarak hastaneye ölü bir bebeğin getirildiğini söylemesi üzerine başlatılan soruşturma kapsamında daha sonra “Berk” adı verilen bebeğin açlık ve susuzluk nedeniyle öldüğü tespit edilmişti. Gölcükteki bir okulda sınıf öğretmenliği yapan Seçil Müge D.’nin dünyaya getirdiği bebeğin, babasının Tayyar A. olduğu anlaşılmıştı. Kurban Bayramı tatili öncesinde anne Seçil Müge D. bebeği evde yalnız bırakarak 9 günlüğüne Adana’ya yakınlarının yanına tatile gitmiş, bebek ise açlık ve susuzluktan ölmüştü.²³³

Tipik sonucu engellemek hususunda hareket olanağına sahipken saf ihmali davranışıyla bir kişinin ölümüne seyirci kalan fail hakkında İslam hukukçuları, üç farklı görüş öne sürmüştür.²³⁴

1. Birinci Görüş

Mâlikî hukukçular, elinde ihtiyaç fazlası yiyecek ve gıda malzemesi bulunan ve bu malzemedan açlık içindeki bir kişi lehinde fedakârlıkta bulunmayarak o kişinin ölümüne neden olan şahıs hakkında *kısas* cezasına hükmetmişlerdir. Elbette böyle bir hüküm, yaptığı şeyin yasal olmadığını bilen kişiler hakkında uygulanacaktır. Mâlikîler, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali (şibh-i ‘amd, kast-taksir kombinasyonu) olan; işkence ve tazip niyetiyle işlenmesine rağmen, öngörülme-ye sonucun (ölüm) ortaya çıkışını da aynı hükme bağlamışlardır. Bu ipotez, Mâlikî ekolde şibh-i ‘amd suçlarına kısas cezasının verileceği²³⁵ şeklindeki düşüncenin doğal bir sonucudur. Yine Mâlikîlerce, aç bırakma olayının kast unsurunu zedeleyen –hareketin hukuki niteliğini bilmeme yahut sonucunu kestirememeye gibi– yorumlarla olması halinde, fail için diyet cezası öngörülmektedir.²³⁶

233 9 Eylül 2014 tarihli Hürriyet gazetesi haberi.

234 ‘İmâd Misbâh, *Cerîmetü’l-İmtinâ*, s. 88-90. Tarafların delilleri için bkz. s. 89 vd; Salâhâyn, “el-Cerâimü’s-selbiyye”, s. 143.

235 Zuhaylî, *el-Fikhu’l-İslâmî ve edilletuhû*, VII, 5720.

236 Desûkî, *el-Hâşîye ‘ale’ş-şerhi’l-kebir*, IV, 242; Sâvî, Ebu’l-Abbâs Ahmed b. Muhammed, *Bülğatü’s-sâlik li akrabi’l-mesâlik*, by. ts., IV, 339.

Zâhiriyye mezhebinin ünlü fakihlerinden İbn Hazm’a (v.456/1064) göre de, suya hiçbir şekilde ulaşma imkânının bulunmadığını ve su vermediği takdirde öleceğini kesin olarak bilmesine rağmen, kendisinden su isteyen bundan mahrum bırakan kişiler, söz konusu neticenin gerçekleşmesi durumunda *kasten adam öldürme* suçuyla yargılanmalıdır. İbn Hazm, sahip olduğu bu görüşü benzer olaylara da uygulamakta, sözgelimi vahşi bir hayvandan kurtulmak için kapalı bir mekâna sığınma talebinde bulunan kişiyi savunmasız ve açıkta bırakarak ölümüne neden olması halinde mekân sahibinin de ilgili suç mucibince muamele görmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ancak bütün bu örneklerde İbn Hazm, failin ihmalden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, “hareket etme olanağının bulunması” ile suçun manevi unsurunun bir parçası olan “neticeyi yakinen öngörmüş olmasını” şart koşmaktadır.²³⁷

2. İkinci Görüş

Ölüm riski altındaki kişinin durumunu bildiği ve kurtarma imkânına sahip olduğu halde hareketsiz kalan kişi için kisası gerekli görmeyen, buna mukabil böyle bir davranışı hiçbir müeyyideye tabi kılmamanın da hakkaniyet ölçüleriyle uyumlayacağı kanısındaki bazı âlimler, olayı *taksirle adam öldürme* kapsamında değerlendiren failin *âkilesi*²³⁸ aleyhine diyet cezasına hükmetmişlerdir. Ahmed b. Hanbel (v.241/855)²³⁹, Ebu’l-Hasen el-Mâverdi (v.450/1058)²⁴⁰, Takıyyüddîn b. Teymiyye (v.728/1328)²⁴¹ ve İbn Kayyim el-Cevziyye (v.751/1350)²⁴² bu kanaattedirler.

3. Üçüncü Görüş

Bahsini ettiğimiz davranış biçiminin karşılığını yalnızca uhrevi sorumluluktan (günah) ibaret gören bir grup hukukçu, –kamu otoritesine ait cezai bir takdir yetkisi saklı kalmak koşuluyla– suça ne kisas ne de diyet herhangi bir dünyevi yaptırım bağlamamışlardır. Hanefî²⁴³ ve Şâfiî²⁴⁴ mezhebinin konuya ilişkin genel kanaati bu yöndedir.

237 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 185-186.

238 *Âkile*: Kasıt unsuru bulunmayan bir öldürme veya yaralama hadisesinde suçlu adına diyet ödemeyi yüklenen şahıslar topluluğudur. Hanefiler dışındaki mezhepler, âkilenin suçlunun baba tarafından erkek akrabalarından (*asabe*) oluştuğu görüşündedir. Hanefilere göre ise, suçlunun âkilesi, öncelikle onun bağlı bulunduğu “sanat ve meslek erbabı (divan ehli)”dir. Hamza Aktan, “Âkile”, *DİA*, II, 248.

239 İbn Ebi Ya’lâ, *el-Mesâil elleti hâlefe ‘aleyhâ Ahmed b. Hanbel*, Riyad 1407, s. 37.

240 Mâverdi, *el-Hâvi’l-kebîr*, XV, 173.

241 İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ’l-kübrâ*, V, 531.

242 İbn Kayyim el-Cevziyye, *et-Turuku’l-hükmiyye*, by. ts., s. 219.

243 Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî, *Kitâbu’l-kesb*, Dimaşk 1400, s. 88; *el-Fetâvâ’l-Hindiyye (Fetâvâ-yı Âlemgiriyye)*, by. 1310, V, 338.

244 Nevevî, *el-Mecmû’*, IV, 45; Şirbînî, *Muğni’l-muhtâc*, VI, 162.

4. Görüşümüz

Kanaatimizce, bir suçu icraî bir hareketle işlemekle saf ihmali bir yolla işlemek arasında fiilin haksızlığı ve kusur yoğunluğu noktasında fark bulunmaktadır. Gerçekten de bir kimseyi suda boğarak öldürmekle suda boğulmak üzere olan bir kimseyi kurtarmamak fiilleri bir tutulamaz ve bu itibarla aynı cezaya tabi tutulamaz.²⁴⁵ Böylelikle kasten adam öldürme suçunun saf ihmali eylemle işlenen şekline verilecek cezalarda, icrai yolla işlenen klasik tiplerine oranla mutlaka indirime gidilmelidir. Bunun nedeni, ihmaldeki kusur yoğunluğunun icradakinden daha az olmasıdır. İcraî fail seyirci kalan faile nazaran, prensip itibariyle daha kuvvetli bir hukuk düzeni düşmanlığı göstermektedir.²⁴⁶ Saf ihmali davranışla adam öldürme ve yaralama suçlarında kastın yokluğu, önceden planlanmamış olması gibi cezayı hafifletici nedenler ise ayrıca değerlendirilmesi gereken hususlardır.

Bilinçsiz taksirli ihmali suçlarda ise, ihmali davranışın bu anlamda iradi olduğu yani iradenin bilinçli bir itişin ürünü olduğu söylenemez. Hastanın karnında tampon unutarak ölümüne neden olan cerrah veya hemzemin geçidi kapatmayı unuttuğu için kazaya yol açan demiryolu bekçisi, bu davranışıyla ne bir şey yapmak ne de yapmamak istemektedir.²⁴⁷

Öte yandan ölümle sonuçlanan kasten saf ihmali davranışın –kıyas veya diyet–muhakkak somut bir müeyyideyle karşılanması gerektiğini öngören ilk iki görüşteki hukukçular, bunun ancak belli koşullar altında gerçekleşebileceğini belirtmişlerdir. Konuyla ilgili mezhep metinlerine ait satır aralarından çıkarsadığımız bu ilave koşulları üç ana başlık altında toplamak mümkündür:

a. Suçun Kanuni Unsuruyla İlgili Koşul

Saf ihmali suçun teşekkülü için öncelikle naslardan veya örften kaynaklanan pozitif bir davranışta bulunma yükümlülüğü var olmalıdır.²⁴⁸

b. Suçun Maddi Unsuruyla İlgili Koşullar

ba. Bu tür suçların oluşumunda yükümlülüğün taayyün etmiş olması, yani; olayı gören başka bir kişinin olmaması ya da olay mahallinde bulunan diğer insanların yardım etmeye güç yetirememesi gerekir.²⁴⁹

bb. İhmal sahibinin yardım edecek imkâna sahip olması ya da bizzat yardım konusunun mümkün olması (hareket olanağı) zorunludur.²⁵⁰

bc. İcraî davranışta bulunmanın fail ya da mağdur aleyhinde kesin bir zarar doğurmaması (beklenebilirlik) şarttır.

245 Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı*, s. 58.

246 Hakeri, *age.*, s. 60.

247 Keyman, "Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", s. 140.

248 Desûkî, *el-Hâşîye 'aleş-şerh'l-kebir*, IV, 242; Sâvî, *Bülğatü's-sâlik*, IV, 339; 'Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâi'l-İslâmî*, II, 59.

249 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 185.

250 İbn Hazm, *age.*, XI, 185; İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ'l-kübrâ*, V, 531; İbn Kayyım, *et-Turuku'l-hükmiyye*, s. 219.

c. Suçun Manevi Unsuruyla İlgili Koşullar

ca. Kovuşturmaya tabi olan davranışın faili, seçme özgürlüğünü sakatlayan bir zorlama (mülci ikrah) altında olmamalıdır. Örneğin; plajda cankurtaran olarak çalışan bir kimse, boğulmak üzere olan bir kişiye yardım etmek için denize atlayacakken üçüncü bir kişinin cebir kullanarak engel olması halinde ihmalinden sorumlu tutulamaz.²⁵¹

cb. Fail, hayati tehlikeyle yüz yüze olan mağdurun durumundan haberdar²⁵² ve yardım etmezse mağdurun kurtulamayacağını kesin olarak biliyor olmalıdır.²⁵³ Mağdurun yardım istememesi nedeniyle meydana gelen ölüm neticesinde ise, fail aleyhine cezai ya da hukuki herhangi bir sorumluluk doğmamaktadır (kanı hederdir).

SONUÇ

Semavi dinlerin insanlara yönelik talep ve buyrukları, emir norm (*evâmir*) veya yasak norm (*nevâhi*) şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda İslam dini, yasak normun *ihlalini* suç kabul ettiği gibi, emir normun *ihmalini* de suç kabul etmektedir. Tabiatıyla dinimizin önerdiği hukuk sistemi de, başkasına zarar vermesi halinde, fiil (*icra*) gibi terki (*ihmal*) de cezai sorumluluk kapsamına dâhil etmekte, ihmalinden dolayı sorumluluğu olanların ihmallerini bir takım cezai müeyyidelere bağlamaktadır. Zira en geniş tanımlamayla, hukuk düzeninin kendisinden kesin ve bağlayıcı şekilde yapılmasını beklediği eylemleri yerine getirmeyen ve yükümlülükler karşısında hareketsiz kalmayı tercih eden herkes, İlahi adalet nezdinde, *ihmalî* bir suç işlemiş kabul edilmektedir.

Bu bağlamda, pozitif hukukun önemli bir sorunsalı sayılan ihmalî suçların ceza genel teorisindeki suçun kanunilik ilkesine aykırılığı, İslam hukuku söz konusu olduğunda ciddi bir problem oluşturmamaktadır. Gerçekten de, her bir ihmalî suç için varit olan özel nasların yanında, toplumsal dayanışma, imkân dâhilinde zararın izale edilmesi, bütün türleriyle haksızlığın ortadan kaldırılması, emr-i bi'l-ma'ruf nehy-i 'ani'l-münker, iyilik üzere yardımlaşma, hayatın kutsallığı gibi değerler İslam hukukunda ihmalî suçların ilkesel dayanaklarını teşkil etmektedir.

Elbette meydana gelen neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için bu neticeler ile failin fiili arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bu durum, en ilkel hukuk sistemlerinde bile kabul edilmektedir. Aksi halde failin bu neticelerden sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Ne var ki, ihmalî suçlarda aranması gereken nedensellik, icraî suçlardaki gerçek nedensellik değil, *hukuki ve varsayımsal* bir ne-

251 'Imâd Misbâh, *Cerîmetü'l-İmtinâ*, s. 96.

252 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XI, 185.

253 Desûkî, *el-Hâşîye 'aleş-şerhi'l-kebir*, IV, 242; Sâvî, *Bülğati's-sâlik*, IV, 339.

denselliktir. İhmalde bulunan kimse, neticeye yol açmaktan dolayı cezalandırılmaz ise de, neticeyi önlemediğinden dolayı cezalandırılmalıdır. Ancak ihmalî davranış yapılacak olsaydı neticenin önleneyeceği hususunda bir tereddüdün bulunması halinde “*Şüpheden sanık yararlanır*” kuralının uygulanmasına özen gösterilmelidir.

İhmalî suçlarda, pasif davranış ile tipik netice arasındaki maddi ilişki (nedensellik/illiyet bağı) konusuyla ilgili en sert tavrı Hanefî müctehidlerin sergilediği söylenebilir. Bunun başlıca sebebi, Hanefî öğretiyeye mekanik nedensellik anlayışının egemen oluşudur. Onların karşısında, sonucun gerçekleşmesi için varlığı zorunlu olan bütün şartları sonucun nedeni sayarak cezai sorumluluğu alabildiğince genişleten Mâlikî ve Zâhirî ekol bulunmaktadır. Elbette söz konusu bu iki karşıt tutum, ihmalî suçların cezalandırılma olanağı hakkındaki eğilimlerine de doğrudan yansımaktadır. Bu yönüyle Hanefî ekol, ihmal ile icrayı birbirine denk görmeyen Fransız kanun yapıcılarına, Mâlikî ve Zâhirî ekol ise, icraî fiille işlenebilen suç tiplerinin ihmalî davranışla da gerçekleştirilebileceğini savunan Alman ceza hukukçularına benzetilmektedir.²⁵⁴

İhmal suçlarının *manevi* unsuruna ilişkin genel bir belirleme yapmak gerekirse, hareket yeteneğine sahip olduğu halde hareketsiz kalan fail, hareket etme yükümlülüğünün bilincinde olarak, tipik neticenin vukuunu yakinen biliyor ve istiyor ise suçu *kasten* (‘amd); istemediği neticenin istemli bir ihmalî davranışla ortaya çıkmasına neden olmuşsa *kast-taksir kombinasyonu* (şibh-i ‘amd); fail, yükümlülüğünün bilincinde değil ise ya da netice, dikkatsiz bir hareketle oluşmuşsa *taksirle* (hataen) işlemiş sayılır. Ayrıca koruma ve gözetim yükümlülüğü olan kişinin güvenlik açısından alınması gereken tedbirleri almaması halinde *mâ cerâ’l-mecra’l-hata* (hata benzeri) suç tipi düşünülebilir. Kişinin hareket yeteneğinin olmaması halinde ise failin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Failin neticeyi gerçekleştirmiş veya gerçekleştirecek sanması ya da kimlik beyanında bulunma görevinde olduğu gibi böyle bir yükümlülüğünün olduğunu bilmemesi (emir yanılığısı) durumlarında da yine taksirle suç işlediği kabul edilmelidir.

Son olarak şunu da belirtmeliyiz ki, ihmalî suça yönelik kalem oynatanların sayısı ve yazılanların niteliğine baktığımızda Batılı hukukçulara nazaran bu alanda bir hayli geriden gelmekteyiz. Üstelik İslam dünyasında konunun teorik tarafını ele alan müstakil çalışmaların yok denecek kadar az oluşu dikkat çekmektedir. Esasen uygulama ve örneksel veri bakımından geçmiş fıkıh edebiyatının konuya yabancı olmadığı bir gerçek.. Lakin muhtelif başlıklar altında ve dağınık halde duran tatbiki hükümler, bunları analiz ederek nazari sonuçlar çıkaracak bilim adamlarının gayretine muhtaçtır. Teknolojik gelişmeler gibi insanlığın ortak birikimi kabul edilen ceza hukuku (umumi) malumatına Müslüman hukukçuların sunacağı müstakbel katkının burada derdest ettiğimiz mevzuya yeni boyutlar kazandırması memuldür.

254 Hafnâvî, *eş-Şübühât ve eseruhâ fil-‘ukûbâtîl-cinâiyye*, s. 90; ‘Abdullâh b. İbrâhim el-Mûsâ, “*İmtina’u’t-tabîb ‘ani’l-‘ilâc beyneş-şerîati ve’l-kânûn*”, s. 316.

İSLÂM HUKUKUNDA MAHKÛMUN HAKLARI VE MAHKÛMA YAPILACAK MUAMELE

Dr. M. Zeki UYANIK*

Özet: İnsanın doğuştan sahip olduğu bir takım hakları vardır. Bu haklar bütün insanlar için söz konusudur ve İslam'ın koruması altındadır. Suç işlemiş mahkûm da bu haklara sahip olan insanlardan birisidir. Bir suçtan dolayı hapse atılmış ama insan olarak bir takım hakları olan mahkûma haklarını kullanabilmesi için ortam hazırlamak idarenin görevidir. Bununun unutulmaması ve insani haklarından yararlan-dırılması gerekir ki, buna mahkûmun hakları denilmektedir. Bu makalede mahkûmun bu haklarını, haklarının sınırlarını ve ortadan kaldıran kriterleri ele alacağız.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Suç, Ceza, Hapis, Mahkûm, Mahkûmun Hakları.

In The Islamic Law Prisoner Rights And Prisoner Shall Be Made

Abstract: There are some rights that are inherent to man. This is the case for all people's rights and is under the protection of Islam. One of the people who have committed crimes, prisoners are entitled to those right. He imprisoned for a crime, but to prepare the environment to use the prisoner's rights as human rights, which is a set of administrative tasks. For that prisoners are human beings and should not be forgotten that benefit from human rights, it is called the prisoner's rights. In this article of the rights of prisoners, the rights will consider the limits and criteria to eliminate.

Keywords: Islamic Law, Crime, Criminal, Prison, Prisoner, Rights of Prisoners.

GİRİŞ

Suç işleyip âdil yargılama neticesi mahkûmiyet kararı alan ve hakkındaki bu hüküm onanan kimseye mahkûm ya da hükümlü denir. Günümüzde mahkûm denildiğinde genellikle hapis cezasına çarptırılmış kişi anlaşılmaktadır.¹

Mahkûmun insani hakları denildiğinde ise anlaşılması gereken, “insan olmasından kaynaklanan ve hukukun kendisine tanıdığı haklardır.”²

İşlediği bir suç neticesinde cezaya çarptırılarak hapse atılan mahkûmun, doğal olarak hürriyeti kısıtlanmakta ve bir takım özgürlükleri ve istekleri rafa kaldırılmaktadır. Fakat bir insan olması hasebi ile yaşamı için vazgeçilmez kabul edilen bu maddi ve manevi haklarından istifade etmesi mahkûm da olsa insanın en doğal kanuni ve dinî hakkıdır. Bu aynı zaman da toplumsal huzur ve güvenlik için de

* Uzman Vaiz, Çukurova Müftülüğü / Adana, mzuyanik@hotmail.com

1 Aslan, Nasi, “Kur'an ve Sünnete Göre Sanık ve Mahkûm Hakları”, *Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları*, İstanbul 2014, s. 545-546.

2 Yıldırım, Ahmed Hamdi, *İslam Hukukunda Mahpusun İnsani Hakları* (Yüksek Lisan Tezi), Sakarya 1997, s. 11.

elzendir. Çünkü hapse mahkûm edilmiş suçlu, hayatını idame için gerekli olan bu haklardan mahrum bırakıldığı vakit; topluma, yargıya, hâkime hatta inanca bile küser. Bunun yanında mahkûm, her ne kadar hapisanede toplumdaki uzak yaşasa da, dış dünya ile bağı kopmuş olsa da unutmamak gerekir ki cezası bittiğinde yine aynı topluma dönecek ve hayatını sürdürecektir. Bu anlamda hapisanede hakkı gasp edilmiş, kendisi yok sayılmış, bir takım arzu ve isteklerine karşılık verilmemiş bir mahkûm, dışarıya çıktığında toplum için bir tehlike arz edecektir.

İşte bu itibarla İslam hukukunda mahkûmlara uygulanacak insani muamelenin boyutları ele alınarak ideal bir hapisane teşkilatı modeli ortaya konmuştur. Nitekim Hz. Peygamber ve ondan sonra gelen Raşit Halifeler, İslam hukuku açısından mahkûma yapılacak muamelenin çerçevesini çizmiş, daha sonraki idareciler de mahkûmun hakları ve mahkûma yapılacak muamele konusunda kendilerini örnek almışlardır.

Bu idarecilerden birisi de Ömer b. Abdilaziz'dir. Mahkûmun hakları ve mahkûma yapılacak muamele hususunda Hz. Peygamberi ve kendinden önceki idarecileri örnek alan Ömer b. Abdilaziz'in, valilerine şöyle bir mektup gönderdiği nakledilmektedir:

“Zindanları araştırın, suçu sabit olanları orada tutun. Suçu olmayanları hapsedmeyin. Kim içinden çıkmaz, karışık bir durumla karşılaşır, o hususta bana yazsın. Mahkûmlar hakkında bilgi toplayın. Muhakkak ki hapis onlar için felakettir. Cezalarını arttırmayın. Malı mülkü olmayan, yalnız yaşayan insanlarla anlaşma yoluna gidiniz. Borcu nedeni ile hapsedilenlerle diğer mahkûmları bir arada tutmayın. Kadın mahkûmlarla erkek mahkûmları ayrı koşullara yerleştirin. Rüşvet alan kimseleri, hapisanelere görevli tayin etmeyin.”³

Ömer b. Abdilaziz, bu ifadeleri ile infaz hukukunun önemli ilkelerine temas etmektedir.

Bu örneklerden ve mektuplardan anlıyoruz ki Halife Ömer b. Abdilaziz'in halkın huzurunu temin için ne cezaların tatbik edilmesinden vazgeçtiğini ne de hukukun üstünlüğünü ve devlet otoritesini sağlamlaştırma düşüncesini kılıf olarak kullanıp amaç dışı aşırı uygulamalara gittiğini görmekteyiz. Buna ilaveten Ömer b. Abdilaziz'in genelde adalet özelde ise hapisane ve mahkûmlarla ilgili izlemiş olduğu siyaseti derinlemesine tetkik ettiğimizde, modern bir hapisanenin hangi özelliklere sahip olması gerektiğini görmekteyiz.⁴

3 Ebû Yüsuf, Yakûb b. İbrahim, *Kitabü'l-Harâc*, Umman 2009, s. 465; İbn Sa'd, Ebû Abdillâh Muhammed b. Sa'd ez-Zühri, *et-Tabakâtü'l-kübrâ*, Beyrut, ts, V, 356.

4 Yılmaz, Metin, “İslâm Tarihinin İlk Üç Asrında Hapishanelere ve Mahkûmların Durumlarına İnsan Hakları Bağlamında Genel Bir Bakış”, *OMÜİFD*, sy. 12-13, Samsun 2001, s. 557; Tillier, Mathieu, “Prisons et Autorites Urbaines Sous Les Abbassides”, *Arabica*, 55 (2008), s. 406.

Halife Ömer b. Abdilaziz, vatandaşın mağdur olmaması ve adaletin gecikmeden tecelli etmesi için devlet başkanı olarak görevlilerden hapisaneleri araştırıp suçlu ile suçsuzu ayırt etmelerini istemektedir. Çünkü geciken her adalet aynı zamanda adaletsizliktir. Zira geç tecelli eden adalet, hakların yok olmasına ve tarafların mağduriyetine neden olabileceği için zulümden başka bir şey değildir.⁵ Bu anlamda suçsuz bir insanın yıllarca zindanlarda çürüdükten sonra suçsuz olduğu ortaya çıksa adalet tecelli etse de geç vuku bulduğundan bir adaletsizliktir. Dolayısıyla halife bu isteği ile adalet mekanizmasını hızlandırarak adaletin vaktinde tecelli etmesini ve kimsenin suçsuz bir şekilde hapisanede tutulup mağdur edilmesini istemektedir.

Bunun yanında Ömer b. Abdilaziz, kimsenin keyfi olarak mahkûmların cezarını artırıp onlara haksızlık etmemesini isteyerek cezada haddi aşmayı, suç-ceza dengesini bozmayı ve cezada keyfiliğe yol açmayı engellemek istemiştir.

Adi suç işleyenle borcunu ödemeyen ya da ödeyemeyen kimsenin aynı yerde hapsedilmemesini isteyerek adi suç işleyenle imkanı olmayanları aynı yerde tutup hapsedmenin doğru olmadığını göstermek istemiştir. Halife bu isteği ile modern dünyanın kullanmış olduğu hapisane ya da koğuştan tipinin ilk temellerini atmış sayılır.

Ayrıca Halife, kadın ve erkek mahkûmların ayrı koğuştanlara koyulmasını da isteyerek onların mahremiyetini korumak istemiştir.

Ömer b. Abdilaziz, rüşvet alarak hukukun en temel gayesi olan adaleti zedeleyen, toplumun yozlaşmasına sebebiyet veren kimselerin, hapisanelere tayin edilmemesini istemiştir. Zira hapisanede adalet ve düzeni koruyan bu memurlar rüşvete bulaştığında artık hapisanede. Adalet ve düzenden söz etmek mümkün değildir.

İslam hukukçuları, yaşadıkları dönemde mahkûmlara uygulanan muamelelerdeki aksaklıkları ve kötü uygulamaları görerek, olması gerekeni kurallar manzumesi olarak dönemin idarecilerine takdim etmiş veya hatırlatmışlardır.

Ömer b. Abdilaziz'in valilere, hapis, hapisane şartları ve mahkûmların hakları ile ilgili olarak gönderdiği mektubun içeriğini Hanefi hukukçu Ebû Yûsuf daha da genişleterek Harun er-Reşid'e takdim ettiği tavsiye niteliğindeki kararlar, bu kuralmanzumesinin en meşhuru ve kapsamlısıdır.

Ebû Yûsuf'un bu tavsiyeleri bu gün dahi mahkûmların ve hapisanelerin ıslahı için yapılacak düzenlemelerde, üzerinde önemle durulması ve dikkate alınması gereken niteliktedir.

5 Aslan, Nasi, "Kur'an ve Sünnete Göre Sanık ve Mahkûm Hakları", *Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları*, s. 543.

İnsan ve mahkûm hakları açısından döneme damgasını vuran, günümüze de ilham olan, İslam hukukunun bu konudaki görüşünü ortaya koyan bu tavsiyeleri şöyle sırlamak mümkündür:

1. Geçim sıkıntısı olan ve akrabalarının da yardım etmediği fakir mahkûmların iâşesi, zekat mallarından veya beytü'l-maldan karşılanmalıdır. Ancak beytü'l-maldan karşılanmasını tercih ederim. Fakat mahkûm zengin ise iâşesinin parasını kendisi karşılamalıdır. Geçmişte Hz. Ali Irak'ta, Muaviye Şam'da mahkûmlara yemek, yazlık ve kışlık elbise vermiştir.

2. Mahkûmun konulduğu hücreler tek kişilik olmalı ve mahkûmun namazını ayakta kılamayacak kadar dar olmamalıdır.

3. Mahkûmlara mevsim şartlarına göre, yazlık-kışlık elbise verilmelidir.

4. Hapisten maksat, beraber yaşadığı insanları zarara uğratan, kuralları çiğneyen kimseleri, belirli süre zarfında tüm tasarruflarından men amacıyla bir yerde tutmaktır. Onun için mahkûmlara işkence yapılmamalı aç ve açık bırakılmamalıdır.

5. Mahkûmlara iyi davranılması gerektiği gibi, aynı şekilde esirlere de iyi davranılmalıdır.

6. Mahkûmlara zincire vurulup çarşı pazar teşhir için gezdirilmemelidir. Düşmanın eline düşen bir Müslüman'a böyle bir uygulama reva görülmezken, Müslümanlar tarafından kendi din kardeşine yönelik böyle kötü bir uygulama yapılması düşünülemez.

7. Kimsesi bulunmayan mahkûm vefat ettiğinde, devlet teşhizini ve tekfinini yapıp İslami usullere göre defnetmelidir.

8. Suçu olan ile suçu olmayan kişiler ayırt edilmeli suçu olan hapsedilmeli, suçu olmayan ise serbest bırakılmalıdır.

9. Mahkûmlar, yöneticiler ve akrabaları tarafından ziyaret edilip durumları araştırılmalıdır.

10. Mahkûmlara verilen giyecek ve yiyecek yardımlarının, mahkûmlara ulaşmama riski varsa bunların kıymeti tespit edilip, aylık maaş olarak kendilerine verilmelidir.

11. Mahkûmların isimleri güvenilir bir kişi tarafından bir deftere yazılmalı, aylık iâşe ödenekleri bu deftere göre ödenmelidir.⁶

Ebû Yûsuf, halifeye bu tavsiye mektubunda Hz. Ali, Muaviye ve daha önceki halifelerin de uygulamalarını örnek vererek bu maddelerin mahkûmun bir hakkı ve devletin bir görevi olduğunu hatırlatır.⁷

6 Ebû Yûsuf, *Kitabü'l-Harâc*, s. 463-470; er-Rahbi, Abdulaziz b. Muhammed el-Hanefi, *Fıkhü'l-mulûk ve miftahu'r-ritâc el-mursad alâ hizâneti Kitâbi'l-Harâc*, Bağdad 1973, II, 237-245; Yılmaz, "İslâm Tarihinin İlk Üç Asrında Hapishaneler...", s. 565-566.

7 Ebû Yûsuf, s. 463-470; er-Rahbi, II, 237-245.

Mahkûmların haklarını ve mahkûmlara yapılacak muameleyi hatırlatan bu tavsiye kararları, aynı zamanda İslam hukukunun da kabul ettiği görüşlerdir.

Tavsiye kararlarında birkaç konu dikkat çekmektedir. Bunlar, işkence, tutukluluğun süresi, hapisanenin şartları ve esir ile mahkûmun hapsidir. Söz konusu bu tavsiyelerden de anlaşıldığı gibi işkence sadece asrımızın konusu ve sıkıntısı değil, Ebû Yûsuf döneminde de, belki de tarih boyunca var olan bir vakadır. Yine günümüzde de çok tartışılan tutukluluk süresi Ebû Yûsuf'un döneminde de yaşanan sıkıntılardan birisi olsa gerek ki Ebû Yûsuf ona atıfta bulunmaktadır. Ebû Yûsuf'un da işaret ettiği gibi, suçu olan cezalandırılmalıdır. Suçu olmayan ise serbest bırakılmalıdır. Bunun için de adalet mekanizması harekete geçirilmeli, uzun süre gecikmelere mahal verilmemelidir. Çünkü çabukluk ilkesi, yargılamanın özülüyle doğrudan ilgili olmasa bile gecikmenin doğurduğu neticeler itibarıyla tarafları yakından ilgilendirmektedir. Geç tecelli eden adalet, hakların yok olmasına ve tarafların mağduriyetine sebebiyet verebileceği için zulümden başka bir şey değildir. Bu bağlamda yargılamanın makul bir süre içinde sonuçlanması insan hakları açısından önemlidir.

Ebû Yûsuf, mahkûmun tutulduğu yer olan hapisanenin tek kişilik hücrelerden oluşmasını ve mahkûmun namazını ayakta kılamayacak kadar da dar olmamasını istemektedir. Belki Ebû Yûsuf'un döneminde nüfusun az, suç işleme oranlarının düşük oluşu tek kişilik hücrelerden müteşekkil bir hapisaneye imkan tanıyordu. Ancak günümüz koşullarında nüfusun ve suç işlemenin çok olmasından dolayı böyle bir imkan pek yoktur. Fakat diğer mahkûmlara zarar vermemesi ya da işlediği suça binaen diğer suçluların kendisine zarar vermemesi için bazı mahkûmlara tek kişilik hücreler yapılabilir. Aynı şekilde mahkûmun ibadet etme hakkı olduğundan ona bu imkanı tanımak gerekir. Bunun için de hapisanenin fiziki şartları buna müsait olmalıdır.

Ebû Yûsuf, esir ile mahkûmun hürriyeti kısıtlı olduğundan her ikisini de tutsak kabul etmiş, insan olmaları hasebiyle de her ikisinin yeme-içme, giysi gibi zaruri ihtiyaçlarının bulunduğunu ve bunun temin edilmesinin mahkûmun bir hakkı, devletin de bir görevi olduğunu devlet başkanına hatırlatmıştır.

İslam dini, insana eşref-i mahlukat olarak kabul eder. Bu değer göz önünde bulundurularak mahkûmun dövülmemesi, ağır işlerde çalıştırılmaması, işkence edilmemesi, ayrıca küfür, hakaret ve teşhir edilmemesi gerekir. Bunun yanında hapsedileceği mekanın ya da hapisanenin insani bir yaşamın idame edilmesini sağlayacak nitelikte olması gerekir. Aksi bir durumun ise Kur'an, Sünnet ve insanın yaratılış gayesi ile bağdaşmayacağı aşikârdır.

Şimdi mahkûm haklarını irdeleyebiliriz.

I. MAHKÛMUN CAN GÜVENLİĞİNİ SAĞLAMA

İnsanın hayatını onurlu bir şekilde sürdürebilmesi için vazgeçilmez kabul edilen temel hakları vardır. Din, akıl, namus, can ve mal güvenliği bu hakların önde gelenleridir. Korunması gereken bu beş şeye “**zarurat-ı diniyye**” (dinin vazgeçilmez temel değerleri) denir. İslam dininin emir ve yasaklarının temel amacı bu değerlerin korunması ve insanın güven, huzur ve mutluluk içerisinde yaşamasıdır.

Temel hakların ilki yaşam ve can güvenliğidir. İslam dini nazarında her can değerlidir. Bunun için hapisane binaları mahkûmun temel haklarını kullanmasına uygun olarak inşa edilmelidir. Bu konuda can güvenliği ve vücut bütünlüğünün korunması için gerekli tedbirler öncelik arz eder. Bununla birlikte mahkûm, kendi iradesi ile canına kıymak isterse ya da açlık grevine giderek hayatını noktalamak isterse, buna izin verilmez. Çünkü insanın kendi vücut bütünlüğü üzerinde, bu tarz tasarruf hakkı yoktur. Can kişiye, mahkûm da yönetime yani devlete emanettir. Dolayısıyla kendi iradesiyle de olsa canına kıymasına izin verilemez. Zira kendi canı da olsa, bu büyük günahdır. Nitekim Kur’an-ı Kerim’de haksız şekilde cana kıymak yasaklanmıştır.”⁸ Binaenaleyh mahkûmun canına kıymasına, ölümle sonuçlanacak açlık grevinde bulunmasına izin verilemez. Böyle bir fiile giriştiğinde de müdahale etmek bir görevdir. İhmal etmek ise, bir canın ölmesine göz yummak olur.

Mahkûmların haklı veya haksız gerekçelerle bazen başvurdukları ölüm oruçları veya açlık grevleri, Allah indinde aziz olan canı ölüme götürdüğü için, İslam hukuku açısından “*kendi elinizle kendinizi tehlikeye atmayın...*”⁹ ve “*bir cana kıymak bütün canlara kıymak gibidir.*”¹⁰ ayetlerine ve benzeri naslara binaen caiz görülmemiştir.

Böyle bir fiil, caiz görülmediği gibi aynı zamanda böyle bir eylemin sonucunda ölen kimse en büyük günahlardan birini işlemiş olur. Durum bu olunca devlet, canına kıymak isteyen bu kimselere izin veremez.

Günümüz hukuku da açlık grevini ölümle neticelenmediği sürece uygun bulmakta ancak ölüm tehlikesi belirlediği anda ise müdahale etme zorunluluğu getirmektedir. Nitekim 5275 sayılı İnfaz Kanununun 82. maddesine göre, kendisine verilen yiyecekleri ve içecekleri reddeden hükümlüler, cezaevi idaresi tarafından bu hareketlerin kötü sonuçları konusunda bilgilendirilir. Sonuç alınamaması halinde kurum hekimi tarafından belirlenen rejime göre uygun ortamda beslenmeye başlanır. Beslenmeyi reddederek açlık grevi ve ölüm orucuna giren hükümlüler, yaşamlarının tehlikeye girmesi ve bilinçlerinin bozulması halinde isteklerine bakılmaksızın kurum hekimi tarafından beslenir.”

8 el-Maide, 5/32.

9 el-Bakara, 2/195.

10 el-Maide, 5/32.

II. MAHKÛMUN SAĞLIĞINI KORUMA ve TEDAVİ ETTİRME

İslam dini, mahkûmun canını önemseydiği ve korumaya aldığı gibi, aynı şekilde sağlığını da önemsemiş ve koruma altına almıştır. Aynı zamanda sağlığının bozulmaması için de gerekli tedbirleri almayı yetkililere yüklemiştir. Zira, sağlık hakları açısından mahkûmun diğer insanlardan bir farkı yoktur.

Nitekim Hz. Peygamber ve ilk dönem halifeler mahkûmların sağlıkları ile yakından ilgilenmiş ve onlara gerekli sağlık hizmetlerinin verilmesi yönünde tedbirler almışlardır.

Aynı hassasiyet sonraki dönemlerde de gösterilmiştir. Mesela Ömer b. Abdilaziz valilerine yazdığı mektuplarda: “Hapishanedeki mahkûmlara iyi bakmalarını ve hasta olanları tedavi ettirmelerini” istemiştir.”¹¹

“Mahkûmların içinde buldukları hâlet-i ruhiye sebebiyle beden sağlıkları kadar ruh sağlıkları da önemlidir. Ruh sağlığı problemlerinin en çok rastlandığı gruplardan birisi de mahkûmlardır. Zira ruh sağlığını bozabilecek bütün sebepleri, mahpuslarda bulmak mümkündür. Bunları kişinin yapmış olduğu büyük bir hata, yalnızlık hissi, korku ve dışlanmışlık olarak özetleyebiliriz. İşlediği hata sebebiyle vicdan azabı çekenler olabileceği gibi hırsını yenemeyip intikam duygularını teskin edememiş olanlar da olabilir. Ayrıca ailesinden ve diğer yakınlarından ayrılmış olması diğer sıkıntılara sebep olabilir. Bu nedenle yalnızlık ve bir boşluk içindedir. Geleceğini görememenin verdiği bir tedirginlik vardır. Yaşamakta olduğu zor koşullar onu yıpratmakta, sevgiden ve merhamet hislerinden yoksun kalmaktadır. Bu nedenledir ki, hapishanelerde yeterli sayıda psikolog bulundurulması ve mahpusların bu gibi sorunlarıyla ilgilenilmesi gerekmektedir.”¹²

Hapsin bir ta'zîr cezası olduğu dikkate alınırsa bu cezanın gayelerinden birisi suçlunun ıslahıdır. Temyiz kudretini kaybetmiş birinin, cezadaki gayeyi anlaması ve ıslahı mümkün olmadığı için cezanın düşmesi, mahkûmun serbest bırakılması gerekir.¹³ Bunun için de ya ailesine teslim edilir ya da topluma zarar vermesinden korkuluyorsa güvenlik tedbiri olarak bir tedavi kurumuna yerleştirilip tedavi ettirilir, özgürlüğü de bu şekilde kısıtlanır.

Hapishaneler kalabalık ve diğer sebeplere bağlı olarak hastalıkların çokça yayıldığı mekanlardır. Buralarda mahkûmların hastalanmaması için, koruyucu tedbirlerin alınması gerekir. Buna rağmen bir hastalık söz konusu olursa, mahkûmu tedavi ettirmek de bir görevdir. Bu bakımdan mahkûmların düzenli olarak sağlık

11 Ebû Yûsuf, s. 465.

12 Yıldırım, s. 49.

13 İbn Âbidin, Muhammed Emin Alaaddin, *Reddül-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Beyrut 2003, VIII, 57; “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, Kuveyt 1983, XVI, 290; Bardakoğlu, Ali, “Hapis”, *DİA*, İstanbul 1997, XVI, 61; Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul 1990, s. 264; Hülagu, Metin, *İslam Hukukunda Hapis Cezası*, Kayseri 1996, s. 90.

kontrollerinin yapılması gerekir. Periyodik bakımların dışında mahkûmun rahat-sızlanması veya talebi halinde tedavi etmek de idarenin bir görevi, mahkûmunun da bir hakkıdır.¹⁴ Tedavi masrafları da devletçe karşılanır.¹⁵

İslam hukukçuları, hastalanan mahkûmun tedavi edilmesi gerektiği hususunda ittifak etmişlerdir. Ancak tedavi hapishanede mi yoksa hapishane dışında bir mekanda mı yapılmalı, hususunda ihtilaf etmişlerdir.

Bütün İslam hukukçularına göre hastalanan mahkûm veya tutuklu, hapishanede tedavi imkanı varsa orada tedavi ettirilir. Hapishanede böyle bir imkan yoksa dışarıda tedavi hususu ihtilaf konusu olmuştur. Maliki ve Şafiî mezhebine göre hapishanede tedavi ettirmek mümkün değilse dışarıya sevk edip bir hastahane de tedavi ettirmek gerekir. Fakat hasta mahkûmun ölüm tehlikesi yoksa tedavi imkanı varsa hapishanede ve kendisine hapishanede bakacak birisi varsa hapishane dışına çıkarılmaz, infazına ara vermeden hapishanede tedavisi devam eder. Bunun için doktorlar bulundurulur, ilaçlar verilir, hizmet etmesi için de birileri yanında bulundurulur.¹⁶ Ancak borç için hapsedilen kişi, hastalığı sebebi ile hapishanede tedavi ettirilir. Çünkü borçluyu hapsedmenin amaçlarından birisi de onu hapsen tazyik edip borcunu ödetmedir. Bu durumda hapsin etkisini daha fazla hissedeceği ve borcunu ödeme yolunu arayacağı için hapishanede tedavi ettirilir. Ancak hayatı tehlikeye girecekse onu bir hastahane sevk edip, dışarıda tedavi ettirmek gerekir. Zira borçluyu hapsedmeden amaç, onu helak etmek değil, borcu tahsil etmektir.¹⁷ Hatta Şafiîler hastalığı, borç için hapis yatmaya engel görürler.¹⁸ Onlara göre hasta olan borcundan dolayı hapsedilmez.

Hanefi hukukçular, hasta mahkûmun tedavisi hususunda söz konusu bu hukukçulardan farklı düşünmektedir. Hanefi hukukçu Ebû Yûsuf'a göre hasta mahkûmu tedavi etmek bir görevdir. Ancak onun tedavisi hapishanede yapılmalıdır. Ne olursa olsun mahkûm dışarıya çıkarılmaz. Hasta mahkûmun, hapishanede veya hapishane dışında vefat etmesi aynıdır. Onun için mahkûm hapishane dışına çıkarılamaz, dolayısıyla mahkûmun tedavisi hapsedildiği mekanda yapılmalıdır.¹⁹

Diğer Hanefi hukukçulara ve Hanefi mezhebinde müftâ bih olan görüşe göre ise, hasta olan mahkûm bir kefil ile hastahane sevk edilir, orda tedavisi yapılır.²⁰

14 "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, XVI, 320; Ebû Gudde, Hasan Abdulğani, Ahkamü's-Sicn, Riyad 2006, s. 388; Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, İstanbul 1997, XVI, 61; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul 1990, s. 261; Kal'aci, Muhammed Revvas, *el-Mevsuatu'l-Fikhiyye*, Beyrut 2000, I, 701.

15 Kal'aci, I, 701; Yıldırım, s. 53.

16 Şirbini, Şemsüddin el-Hatib Muhammed b. Ahmed el-Kahiri, *Muğni'l-muhtâc*, Kahire 2006, III, 95; Derdîr, Ebû'l-Berekât Ahmed b. Muhammed, *eş-Şerhu'l-kebir 'alâ Muhtasari Sidi Halil*, Kahire 1303, III, 282; "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, XVI, 320; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul 1968, VII, 306; Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 61; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 264.

17 "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, XVI, 320.

18 Şirbini, III, 95.

19 İbn Âbidin, VIII, 57.

20 İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrâhim, *el-Bahru'r-râ'ik şerhu Kenzi'd-dekâ'ik*, Kahire 1333, VI, 308; İbn Âbidin, VIII,

Sonuç olarak, bütün hukukçuların da kabul ettiği gibi hasta olan mahkûm öncelikle hapisanede tedavi ettirilmelidir. Çünkü Hz. Peygamber, esir ve mahkûmları ziyaret etmiş, ellerini çözdürmüş, yemek yedirtmiş,²¹ aynı şekilde zina yapmış ve bunu itiraf etmiş bir kadını doğuma kadar iyi bakması için birine emanet etmiştir.²²

Bu hadislerden şunu anlıyoruz ki mahkûmu yedirmek-içirmek bir görev, kendisinin de bir hakkı ise hasta olduğunda onu tedavi ettirmek de bir görev ve haktır. Özellikle hayati bir tehlikenin bulunduğu hallerde tedavi hastahaneye bağlı ise, bu hak ve görev daha büyük bir önem arz etmektedir. Bu tür durumlarda hasta hastanede tedavi edilmeli, firarını önlemek için de tedbirler alınmalıdır.

III. MAHKÛMUN GIDA VE BESLENMESİNİ SAĞLAMA

Mahkûmun yaşamını devam ettirebilmesi için sahip olduğu haklardan birisi de yeme içme hakkıdır. Hürriyeti elinden alınmış mahkûm, dışarıda yaşayan özgür insanlar gibi yeme içme hakkına sahiptir. Bir kediyi hapsedip aç ve susuz bırakarak ölümüne sebebiyet veren kadın cehennemle tehdit edilirken,²³ suçlu da olsa bir insanı açlığa ve susuzluğa terk ederek ölümüne sebep olmak daha büyük bir cezayı ve akıbeti gerektirir. Bu suçun ahiretteki cezası bir yana, dünyadaki cezası İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kısastır.²⁴ Çünkü mahpusu aç susuz bırakarak ölümüne sebep olunmuştur.

Dolayısıyla hapisaneye düşmüş bir mahkûmun, yeme içme hakkı vardır. Bu onun bir hakkı olduğu gibi bu ihtiyacını karşılamak da devletin bir görevidir. Ancak mahkûmun bu ihtiyacının masrafı kim tarafından karşılanacağı İslam hukukçuları açısından ihtilaflıdır.

Bu konuda iki görüş vardır:

a. Bazı İslam hukukçularına göre mahkûm topluma karşı işlediği suç sebebiyle bunun maddi ve manevi cezasını çekmeli ve iâşe masraflarını kendisi karşılamalıdır. Bunun için mahkûm, iâşesinin masrafını kendi karşılamalıdır. Masrafını karşılayacak mali güce sahip değilse bu görevi devlet yerine getirir. Devletin bu ihtiyaçları karşılayamaması durumunda ise imkanı olan Müslümanlar tarafından karşılanır.²⁵

57.

21 Buhâri, "Husumat", 6-7.

22 Müslim, "Hudud", 24.

23 Buhâri, "Ehâdisu'l-Enbiya", 54.

24 Üdeh, Abdulkâdir, *et-Teşri'u'l-cinâ'i'l-İslami*, Kahire 2005, II, 64.

25 Kâsânî, Aluüddin Ebû Bekir b. Mes'ûd el-Hanefî, *Bedâi'u's-sanâi' fi tertîbiş-şerâ'i'*, Beyrut 2003, X, 101; Remli, Şemsüddin, *Nihâyetü'l-muhtâc ila şerhi'l-minhâc*, Beyrut 2003, VIII, 22; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtar*, X, 101; Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 61.

b. Mahkûmun yeme içme masrafını devlet karşılar: İslam hukukçularının geneli, mahkûmun yeme içme masraflarının devlete ait olduğu görüşündedir. Çünkü mahpus özgürlüğü ile birlikte her türlü kazanç imkanlarını ve hukuki tasarruf ehliyetini kaybetmiştir. Bunun için mahpusun bu ihtiyaçları, devlet bütçesinden karşılanmalıdır.²⁶

Bu hukukçulara göre mahpusun suçlu da olsa özgürlüğünün devlet tarafından alınması ve hapis yoluyla toplumun kendisinden korunması sebebiyle bu cezasının topluma da bir yararı söz konusudur. Durum bu olunca bu kimsenin iâşe masraflarını karşılamak, devletin görevidir. Onun için Hz. Peygamber, hiçbir mahkûmdan bir ücret almamış ve aldırmamıştır. Aynı şekilde hapishaneyi kurumsallaştıran Hz. Ali ve daha sonra gelen Muaviye ve halifeler de mahkûmlardan bir ücret almamışlardır.²⁷

Nitekim kendisinden bu ve benzeri konularda görüş isteyen halife Harun Reşid'e, Ebû Yûsuf buna dikkat çekerek tavsiyede bulunmaktadır. Ebû Yûsuf'un halife Harun Reşid'e yaptığı tavsiyeyi aynen nakledelim: "Ey Müminlerin Emiri! Halifeler devamlı olarak mahpuslara, yemeleri, içmeleri, kışta ve yazda giymeleri için kafi gelecek nafakayı temin ederler. Bunu ilk yapan, Irak'da Hz. Ali oldu. Sonra Muaviye de Şam'da aynı şeyi yaptı. Daha sonra bütün halifeler aynı şekilde hareket ettiler. Ey halife! Sen de tutukluların yeme, içme ve giyimlerine kifayet edecek miktarın takdir ve tespit edilmesini emret. Her ay ödenmek üzere onlara verilecek parayı ayır ve nafakalarını para olarak ver. Çünkü sen onlara ekmek, yiyecek ve gıda maddeleri tahsis edersen, hapishane müdürleri, bekçiler ve polislerin gıda maddelerini alıp götürmeleri, mahpuslara vermemeleri kendilerinin faydalanmaları muhtemeldir. Bu işlere hayır ve salah ehlinden olan, doğru ve sağlam kimseleri tayin et. Onlar hapishanede kendilerine nafaka verilmesi gerekli kimselerin isimlerini muntazam bir şekilde defterlere kayıt ve tespit etsin. İsimler, onların yanında muhafaza edilsin. Hapishane müdürü, bir yere otursun, mahpusları birer birer adlarıyla ve defterdeki sıraya göre çağırsın. Her şahsın nafakasını kendi eli ile teslim etsin. Hapishaneden çıkanlar, serbest bırakılanlar olunca, onları kayıttan ve nafaka hesabından düşsün. Her şahsa ayda verilecek nafakanın miktarı en az 10 (on) dirhem olmalıdır. Hapishanede bulunanların hepsine maaş vermek gerekmez. Zira içlerinde zengin kişiler de bulunabilir."²⁸ Ebû Yûsuf'a göre mali durumu iyi olana nafaka verildiği zaman daha sonra ondan tekrar tahsil edilir. Ancak mahkûm eğer fakir ise, nafaka ödemekle yükümlü olduğu ailesinin masrafları bile devletin zekat fonundan karşılanır.²⁹

26 Ebû Yûsuf, s. 463; Mâverdi, Ali b. Muhammed b. Habib, *Ahkâmü's-Sultaniyye*, Kahire 2006, s. 323; Kettâni, el-Haseni el-İdrisi, et-*Terâtibu'l-idariyye* Beyrut, ts, II, 249; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 265; Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 61; Üdeh, II, 64; Âmir, Abdülaziz, et- *Ta'zîr fiş-şer'i'ati'l- İslâmiyye* Kahire 2007, s. 357; Günay, H. Mehmet, "İslam Hukuk Doktrininde Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele", *SÜİFD*, 2/2000, s. 50.

27 Ebû Yûsuf, s. 464; Ebû Gudde, s. 309; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 265.

28 Ebû Yûsuf, s. 465; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 265-266.

29 Ebû Yûsuf, s. 465.

Ömer b. Abdilaziz de bir genelgesinde mahkûmların yemesinin, içmesinin ve giyiminin zekat mallarından karşılanmasını istemektedir.³⁰

Osmanlıda da ihtiyaç sahibi mahkûma ve mahkûm yakınlarına maaş bağlanmıştır. Nitekim Kıbrıs'ta hapis yatan fakirlere onar dirhem; Rodos'ta yatanlara ise ikişer dirhem yevmiye tahsis edilmiştir.³¹

Aynı şekilde beş yıl kürek cezası alan Bekir adındaki bir suçlunun, ceza süresi dolmamış olmasına rağmen çok fakir olduğundan ve çocukları sefaletе düştüğünden affı istenmiştir. Cezanın bitimine üç yıldan fazla bir zaman olduğundan ve tahliye şartları oluşmadığından Bekir'in tahliyesine kadar, çocukların infaki için 60 kuruş yevmiye tahsis edilmiştir.³²

Yine 1851 Osmanlı Ceza Kanunu birinci fasıl 15. maddesine göre infak ve ik-sasına icbar olunacak velisi ve akrabası olmayan mahpusun masrafı hazineden karşılanmaktadır.³³

Bugünkü mevcut kanunlarımızda da fakir, zengin, hükümlü veya tutuklu olsun fark etmeksizin hapisyanede olan herkesin iâşesini devlet karşılamaktadır. Ancak tahliye olunduğunda şayet mahkûm zengin ise iâşesinin bedeli kendisinden tahsil edilmektedir. Fakir olan ve fakirlik durumunu muhtarlık kanalı ile resmileştirebilen mahkûmlardan ise iâşe bedeli tahsil edilmemektedir.

Bizim de kanaatimiz mahkûmun iâşesinin devlet tarafından temin edilmesi ve bu iâşe bedelinin devlet tarafından karşılanmasıdır. Zira Bedir savaşının esirleri ile ilgili olarak Resulullah: "Esirlere iyi davranın."³⁴ diye tavsiye etmiştir. Müslümanlar da Hz. Peygamberin tavsiyesine uyarak, sabah akşam yemek yediklerinde esirlere de yedirmişlerdir.³⁵

Hz. Peygamber, inanmayan bir esir için bunu emrediyorsa inanmış ama suç işlemiş bir Müslüman mahkûma evveliyatla emrederdi. Zira esir de mahkûm da insandır ve bir takım zaruri ihtiyaçları söz konusudur. Suçlu da olsalar insan olmaları hasebiyle zaruri ihtiyaçlarının karşılanması İslâm'ın ana ilkelerine uygundur. Dolayısıyla devlet, kendisine savaş açmış esire yeme-içme imkanı tanıyorsa, aynı şekilde mahkûm vatandaşına da aynı imkanı tanımalıdır.

Aynı şekilde Hz. Ömer'in de mürtedin üç gün hapsedilip, her gün için kendisine bir rağif (çörek) verilmesini emrettiği nakledilmektedir.³⁶

30 Ebû Yûsuf, s. 465.

31 Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Konya 2014, s. 525.

32 Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara 1996, s. 111.

33 Şekerci, Osman, *İslam Ceza Hukukunda Tâzir Suçları ve Cezaları*, İstanbul 1996, s. 121.

34 Taberânî, Ebû'l-Kâsım Süleymân b. Ahmed, *el-Mu'cemü's-sağîr*, Medine 1968, I, 146.

35 İbn Kesir, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, Beyrut 1998, VIII, 288; Hamidullah, Muhammed, *İslam Peygamberi*, Ankara 2003, I, 227.

36 Malik, b. Enes, *el-Muvatta*, (nşr. M. Fuad Abdülbâkî), Kahire 2005 "Akdiyye", 16; Ahmed, Muhammed b. Abdillah,

H. Ali de, kendisini hançerleyen İbnü'l- Mülcem için "onu yediriniz, içiriniz, hapiste ona iyi bakınız." demiştir.³⁷

Yine H. Ali'nin mahkûmlara düzenli olarak yiyecek ve içecek tahsisini yaptığını bilmekteyiz.³⁸

Ebû Yûsuf da Harun Reşid'e yazdığı tavsiye mektubunda mahkûmların iaşesinin ve giyimlerinin devlet tarafından karşılanmasını, bu masraflar için de mahkûmlara aylık bir maaş tahsis edilmesini istemektedir.³⁹

Bütün bu delillerden, devletin mahkûmun temel ihtiyaçlarını karşılamakla görevli olduğunu, ücret talep etmemesi ve herhangi bir ayırım yapmaması gerektiği sonucunu çıkarabiliriz.

IV. MAHKÛMUN GİYİM-KUŞAMINI TEMİN

Mahkûmların giyim kuşamlarının karşılanması devletin sorumluluğu altındadır. Kış ya da yaz mevsimine uygun giyecekler giymek, hastalıklardan ve iklimlerin olumsuz etkilerinden kendilerini koruyarak sağlıklı yaşamak mahkûmların temel hakları arasındadır.

Nitekim H. Peygamber, Bedir savaşından sonra esir edilen Abbas'ı çıplak görünce giydirmiştir.⁴⁰ Yine zina yapmış bir hamile kadın, kendisine cezalandırılması için geldiğinde kadının velisini çağırılmış başta yeme, içme ve giyinme olmak üzere kadına iyi bakmasını tavsiye etmiştir.⁴¹

İslam hukukçuları, H. Peygamberin esire ve hamile suçluya yaptığı bu muameleden hareketle, mahpusu giydirmeyi devletin bir görevi kabul etmişlerdir. Ancak giyim masraflarının kim tarafından karşılanacağı hususunda ihtilaf etmişlerdir.

Bazı Maliki ve Şafîi hukukçulara göre, mahkûm, işlediği suçun cezasını maddi ve manevi olarak çekmelidir. Dolayısıyla giyim-kuşamını kendi temin etmeli, ücretini de kendi ödemelidir. Mahkûmun buna güce yetmezse devlet bu masrafı karşılar.⁴²

Bu görüşte olan bazı Maliki ve Şafîi fıkıhçılar olmakla birlikte, İslam hukukçularının geneli mahpusun giyiminin ve kuşamının, yeme ve içme hususunda olduğu gibi devlete ait olduğu görüşündedirler.⁴³

Hüküm'l-Habs fi Ş-Şeriat'l-İslamiyye, Riyad 1984, s. 325.

37 Şafîi, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Kahire 1994, IV, 308; Şirâzi, Ebu İshâk İbrahim b. Ali el- Firûzâbâdi, *el- Mühezzeb fi fikh'l-İmâm eş- Şafîi*, Beyrut 1995, II, 221.

38 Ebû Yûsuf, s. 463.

39 Ebû Yûsuf, s. 463.

40 Buhârî, "Kisvetü'l- üsêrâ", 4; İbn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l- Bâri bi- Şerhi Sahihî'l-Buhârî*, Beyrut 1379, III, 215.

41 Müslim, "Hudud", 24; Tirmizi, "Hudud", 9; Ebû Dâvud, "Hudud", 25.

42 Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III, 96; Remli, IV, 334; Desûki, Muhammed b. Ahmed, *Hâşiyetü'd-Desûki alâ Şerhi'l-Kebîr Desûki*, Beyrut, ts, IV, 333.

43 Ebû Yûsuf, s. 463; Mâverdi, s. 323; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, Beyrut 1991, IV, 527; Kettâni, II, 249; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 265; Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 61; Üdeh, II, 64; Âmir, s. 357; Ahmed, s. 324.

Zira bu hukukçulara göre mahpus hapse düşmekle, özgürlüğünü kaybetmiştir. Özgürlüğünü kaybettiği gibi aynı şekilde kazanç imkanlarını da kaybetmiştir. Buna binaen mahpusu mahkûm edip hapseden devlet, onun giyim-kuşamını karşılamalıdır.

Yine bu hukukçulara göre, devlet bir yazlık ve bir kışlık olmak üzere yılda iki defa mahpusa elbise vermelidir.⁴⁴ Nitekim Hz. Ali, Muaviye, Ömer b. Abdilaziz halifelikleri döneminde bunu yapmışlardır.⁴⁵

Mahkûma verilen kışlık elbise, bir gömlek ve bir de hırkadır. Yazlık elbise ise bir gömlek ve izar (belden aşağıyı saran elbise)dır. Kadınların kışlık elbisesi bir gömlek, bir başörtüsü ve bir de hırka (manto)dır. Yazlık elbise ise gömlek, başörtüsü ve izardır.⁴⁶

Takdir edilen bu elbise çeşidi ve miktarı Arap yarımadasındaki örfe ve iklim şartlarına göre belirlenmiştir. Dolayısıyla bir mahkûm için takdir edilecek giysi şartlara uygun şekilde ilgili mercilerce belirlenir. Belirlerken de mahpusun yaşadığı ya da yattığı bölgenin, iklimi, örfü ve adeti göz önünde bulundurulur. Bunun yanında yılda iki defa değil, ihtiyaç duyulduğu kadar verilmesi daha uygun olur kanısındayız. Nitekim Ebû Yûsuf halifeye yazdığı tavsiye mektubunda şöyle söyler: "...Ey Halife! Mahpusların giyimlerine kifayet edecek miktarın takdir ve tespit edilmesini emret."⁴⁷

Aynı şekilde Ömer b. Abdilaziz de bir genelgesinde, mahpusların giyimlerine kifayet edecek miktarı zekat mallarından sarf ediniz, demektedir.⁴⁸

Buna göre mahkûmun kılık-kıyafeti, bölgenin iklim şartlarına ve örfüne uygun olarak devlet tarafından temin edilip kendisine verilmelidir.

V. MAHKÛMUN YATAK HAKKI

Uyumak, istirahat etmek bir insanın en temel ihtiyaçlarından birisidir. Bunun için gerekli olan yatak ve levazımın sağlanması ve istirahata uygun şartların oluşturulması mahkûmların en fazla ihtiyaç duydukları hususlardır. Bunun için mahkûmun hapisanede yatacağı müstakil, kendine ait bir yatağının olması gerekir. Mevsim şartlarına uygun olarak malzemesini de vermek devletin görevidir.⁴⁹

Yetişkin iki insanın aynı yatakta yatması, dinen uygun değildir. Hz. Peygamber bir hadislerinde, "Çocuklarınız on yaşına geldiklerinde yataklarını ayırınız."⁵⁰ bu yurmaktadır.

44 Ebû Yûsuf, s. 463.

45 Ebû Yûsuf, s. 464; Kettâni, II, 249.

46 Ebû Yûsuf, s. 464.

47 Ebû Yûsuf, s. 464.

48 Ebû Yûsuf, s. 465.

49 Ebû Gudde, s. 372.

50 Ebû Dâvûd, "Salat", 26.

Hız. Peygamber küçük çocuklar için bu uyarıyı yaptığına ve bu çocukların aynı yatakta uyumaları uygun olmadığına göre, yetişkin iki bayanın ya da iki erkeğin aynı yatakta uyuması da aynı hükme tabidir. Kâdı Şurayh bir kefalete binaen hapsedtiği oğluna, yemek ve yatak verilmesini istemiştir.⁵¹

Ancak mahpusa verilecek yatak da çok yumuşak ve rahat olmamalıdır ki insanı suça teşvik etmesin, kişiyi hapis cezasına ve hapis haneye özendirip sevdirmesin.⁵² Yani yemek, içmek, kılık kıyafet, yatak gibi insan hayatının idamesi için elzem olan ihtiyaçlar, mahkûma sağlanmalıdır. Ancak sağlanan bu imkanların hiç biri mahkûma hapis haneyi sevdirmemeli, suça da teşvik etmemelidir. Mahkumun kendi evinde dahi sahip olamadığı, yumuşak yatak ve yastıkları kullanması, her istediğini elde etmesi gibi hapis cezasının maksadını aşan uygulamalardan da kaçınmak gerekmektedir.⁵³ Örneğin borcunu ödemediği için cezalandırılan bir mahkumun, az da olsa muzdarip olup hatasını anlaması açısından kapatıldığı yerin kısmen mahrumiyet içerisinde bulunması, verilen cezanın amacına ulaşması için daha isabetlidir.

Nitekim Serahsî, “borcundan dolayı hapsedilmiş kimseye yatak verilmemelidir ki hapis hanede daralsın, sıkıntı yaşasın, parası varsa borcunu ödesin.”⁵⁴ Demektedir.

VI. MAHKÛMUN İBADET GÖREVİNİN İFASINI TEMİN

Bir insan için ibadet hem bir görev hem de bir haktır. Diğer insanların ibadete engel olma yetkileri yoktur. Zira ibadet inancın bir tezahürü ve zorunlu sonucu olur, en derinlikli ruh halinin yaşanması, inanılan varlıkla o yolla ilişkinin kurulmasıdır. Müslüman açısından ibadet insanın yaratılış gayesidir. Kur’an-ı Kerim bunu şöyle ifade eder: “Ben insanları ve cinleri bana ibadet etsinler diye yarattım.”⁵⁵

Bu ayetten de anlaşıldığı gibi ibadet görevi ile her mükellef mü’min sorumludur. İbadet etmek mahkûmun bir görevi ve hakkı olduğuna göre bu görev ve hakla çelişecek veya engel olacak hiçbir ceza ya da uygulama İslam hukukundan onay almaz. Çünkü cezalar toplum düzeninin ve hakların korunması için konulmuş araçlardır. Aynı zamanda verilen ceza Allah’ın iradesine ters fiillere karşı konmuştur. Bundan dolayı vasitanın, gayeyi ortadan kaldırması mümkün değildir.⁵⁶ İnsanın yaratılış gayesi ibadet olduğuna göre ve bu ibadet insanın nefsini tezkiye, ruhunu terbiye ettiğine ve de insanın iç ve dış dünyasını temizlediğine göre ki bu bir mahkûm için en

51 Serahsî, Şemsü’l-Eimme Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed, *el-Mebhut*, Beyrut 2001, XX, 96.

52 Ebû Gudde, s. 372.

53 Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 257.

54 Serahsî, XX, 96.

55 ez-Zariyat, 51/56.

56 Yıldırım, s. 55.

büyük ihtiyaç olduğu gibi ibadetlerin ferdi islah edici fonksiyonu sebebiyle toplum tarafından da teşvik edilmesi zarureti vardır. Dolayısıyla ibadete engel olunamaz.⁵⁷

İbadet bir görev ve hak olduğuna göre yetkili mercilerin mahkûmların bu görevlerini ifa edebilecekleri ortamı hazırlama gibi bir yükümlülüğü de vardır. İbadet farz ise bunu tamamlayan şey de farzdır. Devletin de bu ibadet için şartları ve ortamı hazırlama görevi vardır. Bu bağlamda mescit, abdest vb. temizlik hizmetlerinin yapılabileceği uygun mekanlar itina ile oluşturulmalıdır. Aynı şekilde yemek vakitlerinin oruca göre düzenlenmesi vb. hususlar önemlidir.

Şimdi mahkûmların konumunu ibadetler açısından ayrı ayrı ele alalım.

A. NAMAZ

Namaz, İslam'ın üzerine bina edildiği beş temel direktan birisidir. Manevi anlamda o, bütün ibadetlerin özü ve özeti sayılmaktadır. Nitekim Hz. Peygamber bir hadislerinde “namaz dinin direğidir.”⁵⁸ buyurarak onun İslam inancındaki önemi-ne atıfta bulunmuştur.

İslam'ın temel direği olan namaz, günde beş ayrı vakitte olmak üzere kadın erkek her Müslüman'a farzdır. Terk etmek ise büyük günahdır. Dolayısıyla kılmak isteyene engel olmak veya yetkili kişilerin bu ibadet için gerekli şartları hazırlamaması ciddi bir sorumluluktur. Binaenaleyh yetkili mercilerin mahkûmlar için namaz ortamını oluşturma sorumluluğu vardır.

Namaz kılınacak yer en az bir kişinin ayakta durup kılabilceği kadar bir büyüklükte ve genişlikte olmalıdır. Nitekim Ömer b. Abdilaziz valilere gönderdiği bir genelgesinde buna işaret etmekte ve mahkûmların ayakta namaz kılmalarına engel olan bağlar içerisinde tutulmalarını istemektedir.⁵⁹

Mahkûm ibadet etmekle mükellef, idare de bu ibadet için şartları hazırlamakla mükelleftir. Ancak idare görevini yerine getirmese bile, mahkûm bu namazını kılmakla yine de sorumludur. Abdest namazın şartlarından birisi olduğundan mahkûmun namaz kılmaması için abdest alması gerekir. İdarenin de bu abdest için su buldurması gerekir. Abdest için hapishanede su buldurmadığında, mahkûm su olmasa da yine de namazı kılmakla mükellef olduğundan, abdest yerine teyemmüm alır ve namazını kılar. Kaldı ki hürriyeti elinde olan dışarıdaki insan su olmadığında veya suyu kullanmasında sakınca olduğunda “su bulamadığınız da teyemmüm yapın”⁶⁰ ayetine binaen teyemmüm yaparak namazını kılabilceğine göre

57 Kal'aci, Muhammed Revvas, *el Mevsuatu'l-Fikhiyye*, I, 701.

58 Tirmizi, “İman”, 8.

59 Ebû Yüsuf, s. 465; Ebu Lehiyb, Ahmed, *es- Sücn*, Riyad 1984, s. 104.

60 el-Maide, 5/6.

hürriyeti elinden alınmış bir mahkûmun teyemmüm yaparak namaz kılması evveliyatla caizdir. Namazı kılabilme için abdest almak gerekir. Su bulunmadığında ya da olduğu halde su kullanılmadığında ise teyemmüm etmek gerekir.⁶¹

Ancak mahkûmun elleri kelepçeli ise ya da hücreye atılmış ise bu ve benzeri olaylara binaen suyu kullanamıyorsa, teyemmüm alamıyorsa o zaman namaz ibadetinin bu mahkûma farz olup olmadığı konusunda İslam hukukçuları arasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

İslam hukukçuları bu hususta dört görüş belirtmişlerdir:

1. Bu haldeki kişiye namaz farz değildir. Suyu bulduğunda veya teyemmüm etme imkanı olduğunda bu namazı iade etmesi gerekmez.⁶²

2. Suyu bulamayan ya da kullanamayan veya teyemmüm imkanı olmayan kişiye namaz ibadeti farz değildir. Çünkü Hz. Peygamber “abdestsiz namaz kabul olmaz.”⁶³ buyurmaktadır.

Abdestsiz ve teyemmümsüz namaz kılan, namazı taharetsiz kılmıştır. Bu da nasllara uygun değildir. Ancak imkan bulduğu anda namazını kaza eder.⁶⁴

3. Abdest için su olmadığı gibi, teyemmüm imkanı bulamasa da mahkûma namaz ibadeti farzdır. Namazı ima ile de olsa kılacaktır. Ancak imkan bulduğunda bu namazı kaza edecektir.⁶⁵

4. Namaz, abdest olmasa da mahkûma farzdır. Mahkûm, daha sonra abdest veya teyemmüm imkanı bulsa da bu namazı kaza etmesi gerekmez.⁶⁶

Ebû Gudde, bu dört görüşten en son görüş olan namazın mahkûma farz ama iadesi gerekmez görüşünü benimser.⁶⁷ Biz de bu konuda aynı kanaatteyiz. Zira kişi imkanı oranında ibadetini yapar. Dolayısıyla suyu bulamayan, teyemmüm imkanı olmayan kişi o halde namazı kılar. Daha sonra imkan bulsa da bu namazı kaza etmez.

Maliki fakih el-Vehrâni (ö.910/1504), doğrudan mahkûmlar ile ilgili olmasa da zor şartlar altında olup da abdest veya teyemmüm imkanı bulamayan kimsenin sadece niyet etme ile abdest alabileceğini, işaret ile de namaz kılabileceğini söylemek-

61 Şâfiî, *el-Ümm*, I, 51; İbn Kudâme, *el-Muğni*, Beyrut 1984, I, 267; İbnü'l- Hümmâm, *Fethu'l-Kadir*, Beyrut 2003, I, 239; İbn Nüceym, I, 168; *el-Fetâva'l-Hindiyeye*, I, 380.

62 İbn Hazm, *el-Muhalla*, Kahire 1352, II, 139; İbnü'l- Hümmâm, *Fethu'l- Kadir*, I, 239; İbn Nüceym, I, 168; *el-Fetâva'l-Hindiyeye*, I, 380.

63 Buhârî, “Vudu”, 2.

64 Serahsî, I, 265; Kâsânî, I, 50.

65 Şâfiî, *el-Ümm*, I, 51; Kâsânî, I, 50; Nevevî, Ebu Zekariyya Muhyiddin Yahya, *el-Mecmû' şerhu'l-Muhezzeb*, Kahire 2010, IV, 270; Ebû Gudde, s. 414.

66 İbn Hazm, *el-Muhalla*, II, 139; İbn Hacer el-Askalâni, I, 440; Ebû Gudde, s. 414.

67 Ebû Gudde, s. 414.

tedir.⁶⁸ Vehrânî, bu fetvasını XVI. Yüzyılda İspanya Katoliklerinin abdest ve gusül almalarını engellemek için Müslümanların sularını kesmesi üzerine vermiştir.⁶⁹ O, dönemde Müslümanlar için İspanya adeta açık hava hapisanesine dönüşmüştü.

Bu fetvadan da anlıyoruz ki şartlar abdest ya da teyemmüm almaya, namaz kılmaya müsait olmadığına ve başka bir imkan da yoksa namaz yine de kılınacak ancak imkan bulunduğu kadar ile eda edilecektir.

Abdest ya da teyemmüm imkanı bulamayan mahkûma namaz yine de farzdır. Ancak mahkûmun kıldığı namazın geçerli olabilmesi için aynı şekilde namaz kılınacak yerin ve kılık kıyafetin de temiz olması gerekir. Çünkü necasetten taharet namazın şartlarından birisidir. Fakat namaz kılacak mahkûmun, namaz kıldığı elbise tahir değil necis ise namazı kılıp kılmayacağı ya da kılsa kaza edip etmeyeceği hususu, İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığına sebep olmuştur. İslam Hukukçuları bu hususta da üç görüş belirtmişlerdir:

1. Namaz kılacak mahkûmun elbisesi tahir değilse, başka da elbisesi yoksa çıplak olarak namazını kılar daha sonra bu namazı kaza etmesi gerekmez.

2. Namaz kılacak mahkûmun elbisesi necis de olsa namazını bu elbise ile kılar. Zira çıplak kılacak olsa rükû ve sujud gibi iki rüknü terk etmiş olacaktır. Ancak bu necis elbise ile kılacak olsa sadece bir rüknü terk etmiş olacak ki bir rüknü iki rükne tercih etmek daha uygun olur. Bu şekilde kılar ve namazı iade de etmez.

3. Namaz kılacak mahkûmun elbisesi necis ise bu kişi dilerse necis elbise ile kılar, dilerse çıplak olarak kılar. Çünkü her iki halde namazın sıhhatine engeldir. Her iki durumda da bu namazı kaza etmesi gerekir.⁷⁰

Bizim de kanaatimiz mahkûmun necis olan elbisesi ile namazını kılabilmesidir. Kıldığı bu namazın şartlarına riayet edemese de kaza etmesi gerekmez. Çünkü bu şekilde namaz kılması keyfi değildir. Zorunluluktan dolayı namazı bu kıyafetle kılmaktadır. “Zaruretler yasakları mubah hale getirir”⁷¹ kaidesine ve “gücünüzün yettiği kadar Allah’tan korkun”⁷² ayetine binaen namaz kaza edilmemelidir.

İslam dini namaz kılan için *setr-i avreti* şart koşmuştur. Dolayısıyla namaz kılan kişinin uyması gereken şartlardan birisi de, namaz kılariken avret mahallini örtmesidir. Aynı şekilde mahkûm da namaz kılariken avret mahallini örtmek zorundadır. İdarenin de bunu sağlaması lazımdır.:

Mahkûm avret mahallini örtecek bir elbise bulamaz ve İdare de bunu temin etmez ise namazını imkanı ölçüsünde kılar. Cumhuriyet ulema bu durumda

68 Özdemir, Mehmet, “Moriskolar”, *DİA*, İstanbul 2005, XXX, 289.

69 Özdemir, “Moriskolar”, *DİA*, XXX, 289.

70 Nevevî, IV, 186; Mevsilî, Abdullah b. Muhmûd b. Mevdûd, *el-İhtiyâr li- ta’lîli’l-Muhtâr*, Beyrut 1998, I, 63.

71 *Mecelle*, md. 21.

72 et-Teğâbün, 64/16.

mahkûmların çıplak olarak namazlarını kılması gerektiği görüşündedir. Ancak namazı oturarak kılması müstehabtır. Yine cumhura göre bu şekilde kıldığı namazı iade etmez. Bazı hukukçular ise namazı iade etmesi gerektiği görüşündedir.⁷³

Zaruret hali ve sorumluluğun güç nispetinde olacağı ilkesi bu tür bir sonucun tutarlılığını göstermektedir.

Vakit namazın şartıdır. Vakti girmeden namaz kılınamaz. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de bu hususta şöyle buyrulmaktadır: "Namaz belli vakitlerde müminlere farz kılındı."⁷⁴ Dolayısıyla mahkûm, dışarıdaki insan gibi kılacağı namazın vaktini bilebileceği imkana sahip olmalı ya da bildirilmeli ve kendisine o vakit içinde namazını kılabilceği bir dilim ayrılmalıdır.

Mahkûm, vakit tayini konusunda yeterli imkandan mahrum bırakılmış ise namaz vaktinin girip girmediği hususunda içtihatta bulunur. Şayet güvenilir birisi vaktin girdiği hususunda bir malumat neticesinde ona haber verirse ona itibar eder ve namazını kılar, içtihad olarak söylüyorsa dikkate almaz, kendi içtihadına göre namazını kılar. Çünkü içtihad eden başkasının içtihadını taklit etmez. Fakat içtihatsız, araştırmaz namazı kılar, vakti girmiş olsa dahi namazı yeniden kılması gerekir.⁷⁵

Namazın şartlarından birisi de *istikbal-i kible*dir. Yani namaz kılariken Kabeye dönmek namazın şartlarından birisidir. Nitekim "...yüzünü Mescid-i Haram yönüne döndür."⁷⁶ ayeti bunu talep eder. Zaruret olmadıkça mahkûmlar da namazlarını kibleye yönelerek kılarlar. İmkani varken kibleye yönelmeden kılınan namaz geçersizdir. Kible yönünü bilemiyorsa, kibleyi ona söyleyecek birilerini bulamıyorsa o zaman kiblenin yönünü içtihad ederek namazını kılar. Bu içtihad neticesinde kıldığı namaz da geçerlidir. Ancak kible için bir araştırma yapmadan namazını kılar, bu namaz sahih olmaz. Bu namaz sahih olmadığı için bu namazı yeniden kılması gerekir.⁷⁷

Yine namazın farzlarından olan *kıyamı, rükuyu ve secdeyi* terk etmek namazı geçersiz kılar. Mahkûm imkanı varsa bu rükünleriyle namazını ifa eder, şayet bunları yapmak imkanına sahip değilse yapabildiği kadarından sorumludur. Hastalar için tanınan muafiyetler mahkûmlara da uygulanabilir.

Kendisine mahkûmların demir parmaklıklar arkasında nasıl namaz kılınacağı sorulduğunda Ömer b. Abdilaziz "Allah dilerse onları demir parmaklıklardan daha büyük bir imtihanla imtihan ederdi. Onun için onlar nasıl imkan bulabiliyorsa öyle namazlarını kılsınlar. Çünkü onlar özür sahibidirler," demiştir.⁷⁸ Bu namazını da kaza veya iade etmesi gerekmez.⁷⁹

73 Şirâzi, *et-Tenbih fi Furu' Fikhiş-Şafîi*, Beyrut 1996, s. 25; Mevsili, *el-İhtiyâr*, I, 63; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtar*, VI, 86.

74 en-Nisa, 4/103.

75 Şirâzi, *et-Tenbih fi Furu' Fikhiş-Şafîi*, s. 23; Nevevi, IV, 189; Ahmed, s. 335.

76 el-Bakara, 2/150.

77 Şirâzi, *et-Tenbih*, s. 26; , I, 348; İbn Âbidîn, VI, 115-119.

78 İbn Sa'd, *et-Tabakatü'l-kübrâ*, V, 357; Ahmed, s. 337.

79 Şirâzi, *et-Tenbih*, s. 36.

Namaz ibadeti ile ilgili bütün bu değindiklerimiz kişinin münferiden kılabil-diği ve kılmak için özgür olması gerekmeyen beş vakit farz namazlar içindir. Ancak Müslüman'ın kılmakla mükellef olduğu başka namazlar da vardır. Bu namazlar cuma ve bayram namazlarıdır ki, bunları kılmak için kişinin hür olması ve özellikle cuma namazının cemaatle kılınması gerekir.

İslam hukukçuları hapis cezasının cuma namazını kılma hususunda şer'i bir mazeret olup olmayacağı konusunda ihtilaf etmiş ve bu hususta iki görüş belirtmişlerdir:

1- Az da olsa bir kısım İslam hukukçusuna göre mahkûm cuma namazını kıl-makla mükelleftir ve İdare mahkûma cuma namazına gitmesi için izin vermek zo-rundadır. Şafii'nin öğrencilerinden Buveytî (ö. 231/846), Şafii Hukukçulardan Be-gavi (ö. 516/1122) ve bazı Hanbeli hukukçular bu görüşte olan İslam hukukçuların-dan bazılarıdır. Nitekim Buveytî, halku'l-Kur'an meselesinden dolayı Halife Vasık tarafından hapsedilince, her cuma günü cuma namazına gitmek için hapisanede hazırlığını yapar, abdestini alır ve dışarıya çıkıp namazını kılabilmek için hapis-hanenin kapısına gelirdi. Sesini duyan görevliler ona, geri dön Allah sana rahmet etti, derlerdi. Kendisi de bu cevap karşısında Allah'ım ben senin davetine icabet ettim ama onlar bana engel oldular derdi."⁸⁰ Aynı şekilde Muhammed b. Sirin ve İbn Hazm da cuma namazını mahkûma farz kabul eden fakihlerdir.⁸¹

2- Her ne kadar Buveytî, Begavi, İbn Hazm gibi bazı fakihler, cuma namazını mahkûma farz kabul etseler de, İslam hukukçularının çoğunluğu cuma namazının mahkûma farz olmadığı görüşündedir. Cuma namazı mahkûma farz olmadığından, İdare de onu cuma namazını kılmak için dışarıya bırakmaz.⁸² Ancak bu hu-kukçulara göre mahkûmun cuma vaktinde dışarıya çıkıp bu namazı kılma imkanı varsa ve buna rağmen mahkûm bunu yapmıyorsa o zaman bu mahkûm günahkar olmaktadır. Çünkü imkanı olduğu halde bir farzı terk etmektedir.⁸³ Bu fakihlere göre bir kimse borcundan dolayı hapsedilmiş ise ve bu borcu ödeme imkanı varsa, buna rağmen borcunu ödemeyip hapis yatarsa, hapis yattığı için de Cuma nama-zına gidemezse bu kimse günahkar olur. Çünkü borcunu ödeme imkanı vardır. Borcunu ödemediğinde ise hapisten kurtulması söz konusudur. Hapisten kurtulunca da kendine farz olan bir ibadeti yapma imkanı bulacaktır. Ama o buna rağmen borcunu ödemiyeceği, bile bile ve imkanı olduğu halde bir farzı terk ettiğinden gü-nahkar olur.⁸⁴

80 Şirâzi, Ebû İshak, *Tabakâtü'l-fukahâ'*, Beyrut 1970, s. 80; Sübkî, Tâceddin, *Tabakâtü's-Şafii'yyeti'l-kübrâ*, Kahire 1992, II, 165; Ebû Gudde, s. 433; Ahmed, s. 337.

81 İbn Hazm, *el-Muhalla*, VIII, 168-171; Ahmed, s. 337; Ebû Gudde, s. 434; Bardakoğlu, *DİA*, "Hapis", XVI, 62.

82 Serahsi, XX, 98; Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, III, 96; Ahmed, s. 337; Zühayli, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslami ve edilletühü*, Dimaşk 2004, VI, 4519; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 263; Bardakoğlu, *DİA*, "Hapis", XVI, 62; Hülagu, Metin, *İslam Hukukunda Hapis Cezası*, Kayseri 1996, s. 74.

83 Ahmed, s. 337; Ebû Gudde, s. 433.

84 Ebû Gudde, s. 434.

Cuma namazı ile ilgili olarak zikredilen bu hususlar, bayram namazı için de geçerlidir. Mahkûm cuma ve bayram namazı ile mükellef değildir. İdare de onu dışarıya bu namazları kılması için göndermez.⁸⁵ Kaldı ki suçun ve terörün bu kadar arttığı, insanların çok rahat bir şekilde suç işlediği, on binlerce insanın hapis yattığı bir dönemde ve dünyada suçluyu yani mahkûmu bir ibadet için de olsa dışarıya salmak isabetli olmaz. Bu vb. tehlikeler ve kontrol imkanın zorlaşması keza hapsin mantığı ve ondan gözetilen maslahat dikkate alındığında mahkûmların ibadet için bile olsa dışarıya bırakılmaması isabetli bir tercih olarak gözükmektedir. Bu açıdan bakıldığında ıslah amacına matuf hükümlünün irşad edilmesi bağlamında gerekli düzenlemeler yapılarak hapisane içinde bu ibadetlerin yapılabilmesine ilişkin gerekli zemin ve ortamın hazırlanması maslahat açısından daha uygundur.

B. ORUÇ

Oruç ibadeti, şartları taşınması halinde mahkûma da farzdır. Dolayısıyla oruç ibadeti için mahkûma gerekli ortamı sağlamak bu bağlamda bilgilendirmek, sahur ve iftar düzenlemek İdarenin görevidir.⁸⁶

İdare'nin mahkûma sahur ve iftar vaktini ya da Ramazan ayının girdiğini haber vermemesi durumunda vakti bilemeyen mahkûm oruç ile mükellef midir?

İslam hukukçuları bu konuda ihtilaf etmiş ve iki görüş belirtmişlerdir:

1. Cumhura göre mahkûm sahur, iftar ve Ramazan vakitlerini bilmesede dahi oruç ibadeti ile mükelleftir. Bu vakitlere vakıf olmayan mahkûm, namaz ibadetinde olduğu gibi ictihadda bulunacaktır. Şayet kendisine bilgiye dayalı bir haber verilirse onunla amel eder. Ancak başkasının ictihadı değil kendi ictihadı ile amel eder ve orucunu tutar, daha sonra da orucunu kaza etmez.⁸⁷ Bu şekilde tuttuğu oruç Ramazana veya Ramazan ayından sonraya tekabül ederse bu ictihad geçerlidir. Tuttuğu oruç Ramazan öncesine tekabül ederse o zaman orucunu kaza etmesi gerekir. Aynı şekilde ictihad etmeden oruç tutarsa bu tuttuğu orucu da kaza etmesi gerekir.⁸⁸

2. Zahirî fakihlere göre, "Sizden kim bu aya (Ramazan) ulaşırsa orucunu tutsun."⁸⁹ ayetine binaen Allah Teala oruç tutmayı Ramazan ayının girmesine şahit olmaya bağlamıştır. Bu ibadetin yapılması için Ramazan ayının girmiş olması gerekir. Kişi ayın girdiğini bilmediği vakit aya şahitlik edemediğinden bu oruçla mükellef değildir. Dolayısıyla sahur, iftar ve Ramazan vakitlerinden habersiz olan mahkûma Ramazan orucu farz değildir.⁹⁰

85 Serahsî, XX, 98; Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, III, 96; Bilmen, VII, 307.

86 Ebû Gudde, s. 445-448.

87 Şirâzî, *et-Tenbih*, s. 57; Şirbini, II, 181-193; Ebû Gudde, s. 447.

88 Şirâzî, *et-Tenbih*, s. 57; Ebû Gudde, s. 448; Ahmed, s. 339.

89 el-Bakara, 2/185.

90 İbn Hazm, *el-Muhalla*, VI, 262.

Mahkûm, hapisanedeyken Ramazan ayında kendisine işe verilmediğinde yine de oruçla mükellef midir? Ya da bu şartlarda da Müslüman mahkûm orucunu tutacak mıdır? Şayet yemeden içmeden bu orucu tutabilecekse ve sağlığına zarar gelmeyecekse, orucunu tutar. Ancak bu durum bir ay içerisinde mahkûma arada bir işe verilmediğinde, olabilecek bir husustur. Kendisine Ramazanda işe verilmediğinde “Allah kimseye gücünün üstünde bir yükü sorumlu tutmaz”⁹¹ ve “kendi elinizle kendinizi tehlikeye atmayın”⁹² ayetlerine binaen sağlığına bir tehlike gelecekse orucunu tutmaz, sefere çıkan ve hasta olan mazeretli kişiler gibi, imkan bulunduğu daha sonra kaza eder.

C. ZEKAT VE SADAKA-İ FITİR

Zekat’ın farz olmasının şartları, kişinin Müslüman, hür, akıllı, baliğ, asli ihtiyaçlarından fazla artıca mahiyette mala tam bir mülkiyetle malik olması ve bu malın üzerinden bir yıl geçmesidir.⁹³ Bu şartlarda geçen hür olmak ifadesi, köle karşıtı olarak kullanılmıştır. Mahpus bunun dışındadır.⁹⁴

Zekat’ın, köleye farz olmaması onun mülk sahibi olmayışındandır. Çünkü köle hukukunda onun sahip olduğu veya eline geçen mal efendisindedir. Mükatep (sözleşmeli) ve benzeri köleler de her ne kadar mala sahip olabilseler de, bunların sahip olduğu mülkiyet tam değil, nakıs mülkiyettir.⁹⁵

Mahkûmun ise mülkiyeti tamdır. Mala sahip olabilir. Bu sebeple o zekat ile farz derecesinde yükümlüdür.⁹⁶ Zekat, mali bir ibadet olduğu için de kişi bizzat kendisi verebileceği gibi başkasına vekalet vererek de yükümlülüğünü yerine getirilebilir.⁹⁷

Fıtır sadakasında da bu hükümler geçerlidir. Çünkü fıtır sadakası da, mükellef olan her Müslüman’a vaciptir.⁹⁸ Ancak mahkûm evli bayan olursa, kocası onun fıtır sadakasını vermez. Çünkü hanım hapse düştüğünde, kocanın nafaka verme görevi de düşmektedir.⁹⁹

91 el-Bakara, 2/286.

92 el-Bakara, 2/195.

93 Şirâzi, *et-Tenbih*, s. 48; İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubi, *Bidayetu’l-müctehid ve nihayetu’l-muktesid*, Beyrut 2007, s. 229; Mevsili, *el-İhtiyâr*, II, 130; Şirbini, II, 86; İbn Âbidin, III, 187; Zuhayli, *el-Fıkhü’l-İslami*, III, 1796.

94 İbn Rüşd, s. 229; Mevsili, *el-İhtiyâr*, III, 130.

95 Zuhayli, III, 1797.

96 Şâfiî, *el-Ümm*, IV, 248.

97 Kâsânî, X, 100; Şirbini, II, 169; Zuhayli, III, 1975.

98 Şirâzi, *et-Tenbih*, s. 52; İbn Rüşd, s. 257; Mevsili, *el-İhtiyâr*, II, 159; Şirbini, II, 138; İbn Âbidin, *Reddu’l-Muhtar*, III, 312.

99 Şirbini, III, 96

D. HAC

Müslüman, hür, akıl-bâliğ olmak, mali imkana sahip olmak, sağlık engeli taşımamak ve yol emniyetinin bulunması haccın şartlarındandır.¹⁰⁰

Hapiste cezasını çeken mahkûmun hacca gitmesi ya da hacca gitmesi için bırakılması hac ibadetinin kendisine farz olmaması sebebiyle İslam hukukçuları tarafından uygun görülmemiştir.¹⁰¹

Hapis cezası, hastalık, yol emniyetinin olmaması gibi gerekçeler haccın farzietini ortadan kaldıran birer mazerettir. Hapis cezası, mahkûm için bir özür sayıldığından, mahkûmdan hac ibadetinin sorumluluğunu kaldırmaktadır. Fakat mahkûmun, hapsini sonlandıracak bir imkanı olduğu halde bunu yerine getirmeyip hapis cezasının devamı sebebiyle bu ibadeti yerine getiremezse sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin borcuna karşılık hapsedilmiş ve bu yüzden hacca gidememişse, ödeme imkanı olduğu halde ödemekten imtina ettiği için haccı geciktirmişse sorumluluktan kurtulamaz.¹⁰²

Herhangi bir suçtan ve sebepten dolayı hapis cezasına çarptırılan kişi, şayet cezayı ve sebebi ortadan kaldırmaya imkanı yoksa ya da cezanın sebebinin ortadan kaldırılmasına imkan verilmiyorsa, o zaman hac ibadeti bu mahkûma hapisshanedede olduğu sürece farz değildir.¹⁰³

VII. MAHKÛMUN HUKUKİ TASARRUFLARI

Hapis cezası, İslam hukuku açısından kişinin eda/fiil ehliyetini sınırlayan veya ortadan kaldıran bir durum arz etmez. Hapis cezası, ehliyet arızalarından olmadığı için, kişinin hukuki kişiliğine zarar vermemektedir. Ancak hapsin özünde var olan dış dünya ile irtibatın kesilmesi beraberinde mahpusun tasarruflarına bir kısıtlamayı da getirmektedir. Fakat bu, mahpusun tüm tasarruflarına engel olunacağı, hacredileceği anlamına gelmez. Zira mahkûmun her halükarda eda/fiil ehliyeti devam etmektedir. Bu anlamda mahkûmun lehte ve aleyhte bir takım tasarruflara taraf olması söz konusudur. Bu tasarrufların bir bölümünü vekaletle yürütebilirse de diğer bir bölümünde bizzat kendisinin yapması gerekebilir. Bu durumda mahpusa bu tasarruflarını yapabilme imkanı verilmelidir. Ancak bu imkan hapis ortamı ile çelişmeyecek bir biçimde verilmelidir.¹⁰⁴ Mahkûmun bizzat kendisinin yapabileceği veya yapabilme imkanı verilmesi gereken hukuki tasarrufları mali ve medeni olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

100 Şirâzi, *et-Tenbih*, s. 61; Merğınanî, Ebü'l-Hasen Burhânüddin Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l- mübtedi*, Beyrut, ts, I, 161; İbn Rüşd, s. 225; Mevsili, I, 180; İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*, III, 456.

101 Serahsî, XX, 98; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 418; İbn Âbidin, *Reddu'l-Muhtar*, VIII, 56.

102 İbn Âbidin, III, 457.

103 Serahsî, XX, 98; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 418; İbn Âbidin, *Reddu'l-Muhtar*, VIII, 56.

104 Ebû Gudde, s. 472; Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 62.

A. MALİ TASARRUFLARI

Mahpus; alış-veriş, hibe, sadaka, vakf, vasiyet, başka alacaklılar lehine ikrar gibi hukuki tasarruflarda bulunabilir. Bu tasarrufların mahpusun lehinde veya aleyhinde olması fark etmez ve bu tasarruflar hukuken geçerlidir.¹⁰⁵

Ancak mahkûm, mali yükümlülüğünü yerine getirmedeği gerekçesi ile haps olunmuşsa, alacaklıların haklarını korumak bakımından aleyhte olabilecek bazı tasarruflarına bir takım kayıtlar konabilir. Hatta bu nitelikteki bir mahpusun, yeme, içme gibi konularda aşırı harcama yapmasına dahi engel olunabilir.¹⁰⁶

Mahpusun tasarrufları ile ilgili olarak değinmemiz gereken bir başka husus da, ölüme mahkûm olan mahpusun üçüncü şahıslar aleyhine olabilecek bazı tasarruflarına engel olunacağı veya 1/3'üne onay verileceğidir. Bu durumdaki mahpus, ölümle sonuçlanan hastalık hali (maraz-ı mevt) gibi değerlendirilir.¹⁰⁷

B. MEDENİ TASARRUFLARI

Medeni tasarruflarla kastedilen evlenme, boşanma, nafaka, velayet ve miras gibi hususlardır. İslam hukuku açısından mahkûm, bu gibi konularda diğer kişilerle aynı haklara sahiptir. Ancak bazı noktalarda, özgürlüğü elinde olan insanlardan farklı değerlendirilir.¹⁰⁸

Şimdi bu hususları irdeleyelim.

1. Mahkûmun Evlenmesi ve Boşanması

Evlilik, temel ihtiyaçlardan olduğu için mahkûm kimsenin de evlenmeye hakkı vardır. Bu hakka engel olunamaz. Aynı şekilde evlilikle ilgili mehir, nafaka gibi hususlarda mahkûm, özgürlüğü elinde olan kişi gibi değerlendirilir. Hanefi hukukçuların kanaati bu olmakla birlikte,¹⁰⁹ Maliki fakihler, ölüm cezası almış mahkûmun evliliğini uygun görmez. Onlara göre ölüm cezası almış mahkûmun durumu, ölüm hastalığına yakalanmış kimsenin durumu gibidir. Bu kimse, ölüm cezasını aldıktan sonra evlenmesi, mirasçılara zarar vermek ve bir mirasçı daha ekleyerek onların payını düşürme niyeti ile yapılırsa ona engel olunur. Böyle bir mağduriyetin ortaya çıkmaması için, bu niyetle evlenmek isteyen evliliği engellenir.¹¹⁰

Bizim de bu husustaki kanaatimiz mahkûmun evlenme hakkının olmasıdır. Ancak şayet bu mahkûmiyet idam veya ölüm cezası ise ve infaz çok yakınsa miras-

105 "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fıkhyye*, XVI, 322; Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 62; Hülagu, s. 79.

106 Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 265; Yıldırım, s. 96; Günay, s. 49; Ebû Gudde, s. 472.

107 "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fıkhyye*, XVI, 322; Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 62.

108 Günay, s. 49; Ebû Gudde, s. 471.

109 Serahsi, XX, 98.

110 İliş, Muhammed b. Ahmed, *Fethu'l-aliyyi'l-mâlik fi'l-fetvâ alâ mezhebbi'l-imâm Mâlik*, Kahire 1300, I, 417.

çıların payını düşürme gibi bir niyetle evlenirse Maliki hukukçuların da ifade ettiği gibi mirasçılarını mağdur etmeme anlamında evlenilmesine izin verilmemelidir. Ancak mahkûmun mirasçılara yönelik böyle bir kastı yoksa ve evleneceği kadın da rıza gösteriyorsa evlenmesinde bir sakınca olmamalıdır.

Mahkûmun her insan gibi evlenme hakkı olduğu gibi, boşanma hakkı da vardır. Dolayısıyla mahkûm, hapisken hanımını boşayabilir. Bu boşama da hukuken geçerlidir.

İslam hukukçuları hapse düşmüş ve uzun süre hapisanede kalacak olan kişinin hanımının boşanma hakkı olup olmadığı hususunda ihtilaf etmişlerdir.

Maliki hukukçularına göre, mahkûm koca, şayet uzun süreli bir hapis cezası almış ise kadın cinsel ihtiyaçlarından dolayı hakimden, kocasından boşamasını talep edebilir. Bu hukukçulara göre nikahtan ve evlilikten bir maksat da cinsel ihtiyaç ve nefsi tatmin edip huzur bulmaktır. Koca, hapis cezası alınca hanımı bunlardan mahrum kalıp mağdur olduğu için kadın, kocasından boşanma hakkını mahkemede hakimden talep edebilir. Hakim de uygun bulması halinde tarafları boşayabilir.¹¹¹ Maliki hukukçulara göre bu boşama bاین boşamadır.¹¹²

Cumhur, Maliki hukukçulardan bu hususta farklı düşünmektedir. Cumhur hukukçulara göre, kocanın uzun süre de olsa hapsedilmesi, tutulması ya da esir düşmesi halinde dahi olsa kadının mahkemeye baş vurup boşanma talep etmesi hakimin de tarafları boşaması hukuken uygun değildir. Çünkü bu hususta bir nass yoktur.¹¹³

Kanaatimiz odur ki, uzun süreli bir hapis kadının cinsel ve benzeri ihtiyaçlarına engel olduğundan, nafakası temin edilmiş olsa dahi kadının boşanma hakkı olmalıdır. Bu boşama da bاین talak sayılmalıdır. Yani kocaya, kadının rızası ve yeni bir nikah olmadan hanımına dönüş imkanı vermeyen bir boşama olmalıdır. Yoksa nikah akdi ile kadına zulüm edilmiş olur.

2. Mahkûmun Nafaka Sorumluluğu

Nafaka, kişinin sorumlu olduğu bireylerin beslenme, giyim-kuşam ve barınma ihtiyaçları ile bunlara tâbî olan şeyleri temin etmesi demektir.¹¹⁴ İnsanın, hayatını sürdürülebilmesi için gerekli olan ihtiyaçlarının tamamı, bu nafaka kavramının içine dahil edilmektedir.¹¹⁵ Her bireyin, kendisinin ve hukuken bakmakla mükellef olduğu kimselerin nafakasını temin etme görevi vardır.¹¹⁶

111 ed-Derdîr, II, 519; "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XXIX, 66.

112 Zühayli, IX, 7069.

113 Zühayli, IX, 7068; "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XXIX, 66.

114 Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, ts, s. 359; Erbay, Celal "Nafaka", *DİA*, İstanbul 2006, XXXII, 282.

115 Erbay, "Nafaka", *DİA*, XXXII, 284.

116 Şirbini, V, 149; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 265.

Hürriyeti elinde olan insanın, bu nafakayı temin etme görevi vardır. Özgürlüğü kısıtlanmış, hapis cezasına çarptırılmış insanın bu nafakayı temin etme görevinin bulunup bulunmadığı önemli bir husustur.

İslam hukukçularının geneli mahkûmun başta eşinin olmak üzere, sorumlu olduğu kişilerin nafakasını vermekle mükellef olduğu kanaatindedir. Bu hukukçulara göre hapis cezası, nafakayı kocanın sorumluluğundan düşürmez.¹¹⁷

Hapis cezası almış koca, karısının nafakasını ödemez ise İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kadın, yargı yoluna başvurarak kocasından boşanma talep edebilir. Bu durumda hâkim tarafların mali ve sosyal durumlarını dikkate alarak nafakanın miktarını tayin eder. Kocanın mahkemeye celbi mümkün değilse, eşinin nafaka talebi kocasının gıyabında dinlenir ve dava neticeye bağlanır. Hatta mahkeme, kadına karar altına alınan nafakasını karşılayabilmesi için, kocasının mülkiyetindeki nakit ve temel gıda maddeleri gibi nafaka cinsi mallardan harcama izni verebilir. Kira gelirleri ve maaşı da bu kapsamdadır.¹¹⁸

Hanefi hukukçulara göre, nafakayı ödeme imkanı olan koca, hâkim tarafından nafakayı ödemesi için uyarılır. Birkaç kez yapılan bu uyarıyı dikkate almaz ve nafakayı ödemez ise koca, hâkim tarafından hapsedilir.¹¹⁹ Herhangi bir gerekçe ile nafaka kocanın mal varlığından karşılanamıyorsa mahkeme, kadına kocası adına üçüncü kişilerden borç alma yetkisi verebilir.¹²⁰

Bütün bunlara rağmen, nafaka temin edilemiyorsa veya kocanın bunda bir ihmali varsa o zaman Maliki, Şafîi ve Hanbeli hukukçulara göre hâkim, kadının istemesi halinde mahkûmu ve eşini boşar.¹²¹

Şafîi hukukçulara göre, nafaka yüzünden boşama ancak mahkeme kararı ile olur. Bu karar da ancak kadının mahkemeye başvurması ile gerçekleşebilir. Kadın mahkemeye başvurmadan, hâkimin tarafları doğrudan boşaması hukuken uygun olmaz. Çünkü hakkın ve mağduriyetin sahibi kadındır. Bu hakkı kullanırsa hâkim tarafları boşayabilir. Bu ayırma da talak değil fesihdir. Kocanın ric'at hakkı yoktur. Ancak kadın isterse koca, ayrıldığı eşine dönüş yapar.¹²²

Hanefi hukukçulara göre, koca fakir ise ve nafakayı temin etme imkanı yoksa bu durumda kadın, hâkime boşanmak için tekrar müracaat etse bile hâkimin tarafları boşama yetkisi yoktur. Hâkim ancak kadına, kocası adına borçlanma yetkisini verebilir.¹²³

117 Kâsânî, V, 134; "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, XVI, 324; Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 62.

118 Serahsi, V, 175; Kâsânî, V, 162; Şirbini, V, 166; Erbay, "Nafaka", *DİA*, XXXVII, 282-283.

119 Kâsânî, V, 164.

120 Serahsi, V, 175; Kâsânî, V, 162; Erbay, "Nafaka", *DİA*, XXXVII, 282-283.

121 İbn Rüşd, s. 476; Şirbini, V, 175; Erbay, "Nafaka", *DİA*, XXXVII, 283.

122 Şirbini, V, 175.

123 Serahsi, V, 175; Kâsânî, V, 162.

Hanefi, Şafîî ve Hanbeli fukahasına göre hapsedilen kadının nafakası, kocanın zimmetinden düşer. Çünkü kadının hapse düşmüş olması ile kocanın hanımından cinsel anlamda yararlanma imkanı kalmamıştır. Durum bu olunca kocanın hanımına nafaka verme zorunluluğu yoktur.¹²⁴ Hangi gerekçe ile olursa olsun hapse düşmüş kadının nafakası hapis süresince kocasından düşer. Bu nafakayı ödeme görevi kocandan düşer, devletin görevi olur.¹²⁵

Hanefi hukukçulara göre irtidadından dolayı hapsedilen kadının da nafakası kocasından düşer. Çünkü bu kadın, irtidat ile birlikte imanını kaybetmiştir. İmanını kaybedince nikahını da kaybetmiştir. İman ve nikah gidince kocanın bu kadına nafaka ödeme görevi de kalmamaktadır.¹²⁶

3. Mahkûmun Velâyet Hakkı

Velâyet, İslam Hukukunda “rızası olup olmadığına bakılmaksızın bir sözün başkası hakkında geçerli ve sonuç doğurucu kılınması” (tenfiz) demektir¹²⁷ ki bundan maksat, bir şahsın diğeri adına, onun irade ve rızasına bakmaksızın tasarrufta bulunma salahiyeti¹²⁸ ve bir tür şer‘î yetki demektir.¹²⁹

Hapis cezası almakla mahkûm, velayet hakkını kaybetmez. Mahkûmun çocukları üzerindeki babalık hakkı, eşi üzerindeki kocalık hakkı sakıt olmaz. Bilakis çocuklarının babası, hanımının kocası olmaya devam eder.¹³⁰ Ancak çocuğun velayeti hususunda mahkûma danışılma imkanı bulunmadığında velayet hakkı babadan düşer, asabeye intikal eder. Fakat mahkûma ulaşılabilen noktada mahkûmun velayet hakkı devam eder.¹³¹

Maliki hukukçulara göre, eğer veli esir düşmüş ise ve yeri bilinmiyorsa, kendisinden bir haber alınamıyorsa o zaman kendinden sonra gelen veli bu velayeti alır. Esir düşmüş kişinin kızı evlendirilecek olsa ve babasına ulaşılamıyorsa o zaman kendisinden sonra gelen veli, velayeti alır ve bu kızı evlendirir.¹³²

Hanefi hukukçulara göre, yakın veli kayıp ya da mahpus ise vekalet bir sonraki veliye geçer.¹³³

124 Kâsânî, V, 135; Remlî, Şemsüddîn, *Nihâyetü'l-muhtâc ila şerhi'l-minhâc*, Beyrut 2003, IV, 335; Buhûti, Yûsuf b. İdris, *Keşşâfü'l-Kınâ' alâ Metni'l-iknâ*, Beyrut 1982, V, 163; Bardakoğlu, “Hapis”, *DİA*, XVI, 62; “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XVI, 324.

125 Bardakoğlu, “Hapis”, *DİA*, XVI, 62.

126 Kâsânî, V, 125; Mevsîlî, IV, 9; “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XVI, 325.

127 Apaydın, H. Yunus, “Velâyet”, *DİA*, İstanbul 2013, XXXXIII, 16.

128 Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 2003, III, 392.

129 Apaydın, H. Yunus, “Velâyet”, *DİA*, XXXXIII, 16.

130 Yıldırım, s. 97; Günay, s. 49.

131 Zühaylî, IX, 6723-6725; Yıldırım, s. 97.

132 İbn Rüşd, s. 445.

133 Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 120.

Şafîî hukukçulara göre ise, veli hapiste ise ve ona ulaşamıyorsa ya da yeri belli değilse veya yaşayıp yaşamadığı bilinmiyorsa o zaman velayet ondan sonra gelen kişiye geçer o da yoksa o zaman sultan onun yerine veli olur ve kızı evlendirir.¹³⁴

Önemli olan kişinin yakın ya da uzak bir mesafede hapis veya esir olup olmaması değildir. Önemli olan bu mahkûma ya da esire ulaşıp ulaşılamamasıdır. Uzak bir mesafede de olup kendisine çok rahat ulaşılabilir ise, bir hususta kendisine kolayca danışılma imkanı varsa (ki bu gün haberleşme araç ve imkanı geçmiş toplumlara göre çok ileri bir düzeyde ve bunun yanında günümüzde mahkûm ve esirin haberleşme imkan ve hakları evrensel kanunlarla garanti altına alınmıştır) babasının velayeti devam eder, düşmez. Ancak yakın bir mesafede de olsa hapis ya da esir olan kişiye bir konu danışılmak istendiğinde kendisine kolayca ulaşılamıyorsa, aile efradı ile ilgili olarak fikir alınamıyorsa o zaman bu kişinin velayeti düşmeli, velayet aile ve çocuklarla ilgili olarak daha rahat ulaşılabilecek ve karar verebilecek sonraki vekile geçmelidir.

4. Mahkûmun Hidâne (Terbiye) Hakkı

Hidâne (Terbiye), İslam hukukunda küçüğün ve bu hükümde olan kimselerin, gerektiği şekilde büyütülüp yetiştirilmesi, korunup gözetilmesi ve eğitilmesi amacı ile kanun koyucunun belli şahıslara tanıdığı hakkı, yetkiyi ve sorumluluğu ifade eder.¹³⁵

Küçük çocuğun velayeti, kural olarak babaya, hidânesi (terbiyesi) ise anneye aittir. Ancak evlilik birliği devam ettiği sürece, küçüğün bakımı ve gözetimi anne babanın ortaklaşa çaba ve sorumluluğu ile yürütüldüğünden, bu dönemde hidâne hakkının kime ait olacağı hususu önemli bir mesele teşkil etmez. Buna karşılık evlilik birliğinin sonra ermesi durumunda, çocuğun kime tevdi edileceği ve hidânesini kimin üstleneceği çok defa önemli bir tartışma konusu olur. Fakihler, evlilik sonrasında çocuğun velayetinin öncelikli olarak babaya, hidânesinin de anneye ait olduğunda görüş birliği içindedirler.¹³⁶

Hidânedede anneye öncelik tanınmasının temelinde, onun çocuğuna olan şefkatinin başkalarıyla kıyaslanamayacak bir nitelik taşıması ve fitraten çocuğun bakımına ve terbiyesine daha ehliyetli olması yatmaktadır.

Buna göre boşanan eşlerde, çocuğu terbiye (hidâne) etme hakkı anneye aittir. Dolayısıyla hapis ve hidâne konusu daha çok kadın mahkûm ile ilgili olarak ele alınmak durumundadır. Yani hapis cezası alan bir kişinin, hidâne hakkı devam

134 Şirbîni, IV, 260-263.

135 Bardakoğlu, "Hidâne", *DİA*, İstanbul 1998, XVII, 467.

136 İbn Kudâme, *el- Muğni*, IX, 299; Zeylâ'i, Fahrüddin Osmân b. Ali, *Tebyinü'l- haka'ik*, Bulak 1313, III, 46; İbnü'l- Hümâm, *Fethu'l- Kadir*, IV, 368; Şirbîni, III, 452; İbn Âbidin, V, 253; Bardakoğlu, "Hidâne", *DİA*, XVII, 468.

eder mi etmez mi konusu, anne ile ilgilidir. Fukaha mahpusun hidâne hakkına pek değinmemiştir. Ancak hidâneyi düşüren sebepler arasında kadının irtidad edip hapse atılması da zikredilmiştir.¹³⁷

Fukahaya göre hidâne hakkı; süresinin bitmesi, ehliyetin yitirilmesi veya hidâneyi üstlenmeye engel bir durumun ortaya çıkması ile sona erer. Mesela hidâne hakkına sahip olan kişinin, çocuğun bakımını ve gözetimini sağlamaktan aciz hale gelmesi, bulaşıcı bir hastalığa yakalanması, ahlaki zaaflarının ortaya çıkması, tartışmalı olmakla birlikte çocuğa yabancı biriyle evlenmesi, çocuğun yetişmesi açısından olumsuz bir ortamın oluşması, uzun süreli yolculuk yapması veya ikametgah değişikliği gibi durumlarda hidâne hakkı sona erer.¹³⁸ Hidâneyi düşüren sebeplerden birisi de, hidâneyi üstlenen kişinin irtidad edip hapse düşmesidir.¹³⁹ Hapse düşen kadının, hidâne hakkının iptal olmasının gerekçesi, hapis cezasıdır.¹⁴⁰ İbni Abidin'e göre "irtidad eden kadın hapsolünür ve dövülür. Bu nedenle çocuğun bakım ve terbiyesiyle yeterince ilgilenemez. Durum bu olunca çocuğun mağdur olması söz konusu olur. Çocuğu mağdur etmemek için, bu hakkı ondan almak gerekir."¹⁴¹

Hidâneyi düşüren sebeplere baktığımızda, bunlar çocuğun hayatını olumsuz anlamda etkileyecek hususlardır. Çocuğun yetişmesi açısından olumsuz bir ortamın oluşması, hidâneyi etkileyip düşürebildiğine göre hapis cezası hangi gerekçe ile olmuş olursa olsun çocuğu olumsuz etkileyeceğinden, çocuğun hapisane koşullarında yetişmesi sağlık, âhlak ve yaş anlamında uygun olmayacağından, kişiliğini olumsuz etkileyeceğinden, çocuğu annesinden almak gerekir. Yani geçici olarak annenin hidâne hakkı düşürülmelidir. İstisna olarak şayet anne kısa bir ceza almış ise ya da uzun bir ceza alıp af ile çıkarsa ve çocuk hala hidâne yaşındaysa duruma göre çocuk anneye tekrar verilebilir.

VIII. MAHKÛMUN CİNSEL İHTİYAÇLARI

Mahkûmun, beşer olarak dışarıdaki insanlar gibi bir takım ihtiyaçları vardır. Cinsel ihtiyaçlar bunlardandır. İslam hukukçuları, mahkûmun cinsel ihtiyaçlarının giderilmesi hususunda üç görüş belirtmektedirler.

1. Mahkûmun eşyle cinsel ilişkiye girmesine izin verilemez.

Maliki,¹⁴² bazı Hanefi¹⁴³ ve Şafii¹⁴⁴ hukukçulara göre, mahkûma eşi ile cinsel

137 Kâsânî, V, 211; İbni Âbidin, V, 253; Abdulhamid, Muhammed Muhyiddin, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, Beyrut 1984, s. 394.

138 Şirâzi, *et-Tenbih*, s. 186; Mevsili, IV, 17; İbn Âbidin, V, 253.

139 Kâsânî, V, 211; İbni Âbidin, V, 253; Abdulhamid, s. 394.

140 Kâsânî, V, 211; İbni Âbidin, V, 253; Abdulhamid, s. 394.

141 İbni Âbidin, V, 253.

142 İbn Ferhûn, *Tabsiratu'l-hükkam*, Beyrut 2007, II, 241; Desûki, III, 281.

143 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VII, 261; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 418.

144 Şirbini, *Muğni'l-muhtâc*, III, 96; Remli, IV, 334.

ilişkiye girmeye izin vermek, hapisten beklenen gayeye aykırıdır.¹⁴⁵ Çünkü hapsin amaçlarından ve gayelerinden birisi de, mahpusu darlık ve sıkıntıya sokarak suça olan meylini kırmaktır. Dolayısıyla mahpusa bu imkanı tanımak demek mahkûmun nimet, zevk ve sefa içinde olması demektir ki bu durumda hapisten beklenen amaç gerçekleşmemiş olur. Kaldı ki cinsel ihtiyaç yemek, içmek gibi temel ihtiyaçlardan da değildir.

Bazı Maliki hukukçular, şayet koca hanımı yüzünden hapsedilmiş ise ve hapishanede müsait bir yer varsa mahkûmun eşi ile ilişkiye girme hakkı olduğunu söylemişlerdir.¹⁴⁶

2. Mahkûmun eşiyle cinsel ilişkiye girme hakkı vardır.

Hanefi hukukçuların çoğunluğu,¹⁴⁷ Hanbeli hukukçular ile bazı Şafiilere göre mahkûm da olsa kişinin eşi ile cinsel ilişkiye girme hakkı vardır.¹⁴⁸ Bu hukukçulara göre hapishanede kimsenin muttali olamayacağı bir mekanda, mahkûmun eşi ile birlikte cinsel ilişkiye girme hakkı vardır. İdare de, mahkûma bu imkanı tanımalıdır. Çünkü cinsel ilişki de yemek içmek gibi tabii ihtiyaçlardandır. Yemesine, içmesine bu imkan tanındığı gibi cinsel ihtiyacına da engel olunmamalıdır. Zira hapis cezası, sahip olduğu bu temel hakkın iptalini gerektirecek bir durum değildir.

Bu hakka engel olmak aynı zamanda cinsel sapsmalara zemin hazırlayabilir. Mahkûma eşiyle cinsel ilişkiye girme hakkı tanımak bunu engelleyecek eylemlerden birisidir.¹⁴⁹ Ancak bu hukukçulara göre, hapishanenin fiziki şartları, cinsel ilişkiye girme hususunda uygun değilse, bu izin verilmez.¹⁵⁰

3. Mahkûmun eşiyle cinsel ilişkiye girmesi meşru hakkıdır. Ancak maslahata binaen hâkim onu bu hakkından mahrum edebilir veya sınırlandırabilir. Bazı Şafiî hukukçular bu görüştedir. Bu hukukçulara göre, hâkim maslahat görmesi halinde mahkûmu arkadaşları ile görüşmekten men ettiği gibi keza, mahkûmun tek başına bir hücreye konmasına hükmedebildiği gibi aynı şekilde maslahat görmesi halinde mahkûmu bu hakkından da men edebilir.¹⁵¹

Mahkûmun cinsel taleplerinin karşılanması onu disipline edebilir ve uslandırabilir. Öte yandan bu imkanın tanınmaması cezaların şahsiliği ilkesine de aykırılık teşkil eder. Çünkü bu durumda suç işlememiş eş de cezalandırılmış olmaktadır.

145 Aslan, Nasi, "Kur'an ve Sünnete Göre Sanık ve Mahkûm Hakları", *Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları*, İstanbul 2014, s. 552.

146 ed-Derdîr, V, 280; "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XXIX, 66.

147 İbnü'l- Hümmâm, *Fethu'l- Kadîr*, VII, 261; *el-Fetâvâ'l-Hindîyye*, III, 418.

148 Aslan, s. 552.

149 Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 62.

150 İbni Âbidîn, VIII, 56; "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XVI, 323; Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 62; Günay, s. 47; Yıldırım, s. 90.

151 "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XVI, 324.

Ayrıca bu eşin de uzun süre bu ihtiyacı karşılanmazsa gayri meşru ilişkilere yönelmesi tehlikesi olabilir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, cinsi beraberliğe imkan tanıma konusunda, erkek mahkûm için geçerli olan hükümler kadın mahkûm için de geçerli olmalıdır.¹⁵²

Neticede uygun şartların hazırlanarak mahkûmlara mahrem görüşme hakkının verilmesinin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Aksi durumun eşleri de cezalandırmak olduğu, bu da üçüncü şahısların hukukunun ihlali anlamına geleceği açıktır.

Makâsîdü’ş-şerîa bağlamında zaruriyyat olarak bilinen İslâm’ın gözettiği beş temel esastan biri de aile/neslin korunması ve devamıdır bu açıdan bakıldığında mahrem görüşme mahkûm için ailenin korunmasına dönük temel bir hak olduğu kanaatindeyiz.

Günümüz hukukunda da cezaevleri yönetmeliği çerçevesinde eğer mahkûm iyi hal göstermişse ödüllendirme kabilinden eşiyile mahrem görüşmeye hak kazanabilmektedir. Nitekim mahkûmlara eşleri ile birlikte olma hakkı tanıyan Norveç ve İsveç hapisanelerinde “Aşk odaları” adı verilen yerler tahsis edilmiş ve hafta sonları mahkûmlara eşleri ile birlikte olma imkanı verilmiştir.¹⁵³ Aynı şekilde ABD, Rusya ile İskandinav ve Avrupa ülkeleri de bu imkanı vermektedir.¹⁵⁴

Türkiye’de de konu tartışılmış¹⁵⁵ bunun neticesinde gerekli düzenlemeler yapılarak mahkûma eşi ile cezaevinde birlikte olma hakkı tanınmıştır. Nitekim 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 31 Ocak 2013 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, buna göre İnfaz Kanunu’nun “Ödüllendirme” başlıklı 51. Maddesi de bazı değişikliklere uğramıştır. Yeni düzenlemeyle birlikte hükümlüler, kurum içindeki veya dışındaki genel durumları, eğitim ve iyileştirme faaliyetlerine etkin katılımları, kurum düzenine karşı tutumları ve kendilerine verilen işlerdeki gayretleri dikkate alınarak, bazı teşvik esaslı ödüllerden yararlandırılabilir. ¹⁵⁶

Bu ödüllerden biri de kapalı cezaevlerinde bulunan evli hükümlülerin, en geç 3 ayda bir kez olmak üzere, 3 saatten 24 saate kadar eşleri ile kurum veya eklentilerinde cezaevi personelinin yakın nezareti olmaksızın mahrem şekilde görüştürülebileceği hususudur.¹⁵⁶

152 Ebû Guddê, s. 488; Ahmed, s. 354.

153 Sirac, Muhammed Abdülhâdi, *Ukûbetü’s-Sicn fi’ş-Şer’ati’l-İslâmiye*, 1986, s. 22; Yıldırım, s. 91.

154 Doğan, Fatma Karakaş, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası* (MÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2009, s. 273; Ebû Guddê, s. 488.

155 Bu konu, 27 Eylül 2012 tarihinde T.C. Başbakanı R. Tayyip Erdoğan’ın aile odası uygulaması ile mahkûmların cezaevi dışında hazırlanmış odalarda aileleri ile 24 saat bir araya gelebileceği ve bu uygulamanın ağırlaştırılmış hapse mahkûm olanlar için de geçerli olacağını kapsayan demeciyle Türkiye’de gündeme gelmiş ve tartışılır olmuştur.

156 Hayta, Mustafa, Korkmaz, Ömer, “Hükümlünün “Mahrem Görüşme” Hakkı İslam Hukuku ve Ürdün Kanunu Ara-

IX. MAHKÛMUN ÇALIŞMA HAKKI

Mahkûmun çalışmasını, suçlunun hapisanede sahip olduğu mesleğini icra ederek veya emek verip kazanç elde etmekle bir ceza olarak kamuda çalıştırma şeklinde ikiye ayırmak mümkündür.

A. MAHKÛMUN NAFAKAYI KAZANMAK İÇİN ÇALIŞMASI

İslam dini, kişinin çalışıp kendisinin ve bakmakla mükellef olduğu kimselerin nafakasını temin etmesini bir görev ve sorumluluk olarak, kişiye yüklemiştir.¹⁵⁷ Bu nafaka için çalışıp kazanmayı da İslam, ibadet özelliği taşıyan bir eylem olarak teklif etmektedir. Nitekim Hz. Peygamber, “kişinin yediği en hayırlı lokma kendi elinin emeği ile elde ettiği kazançtır.”¹⁵⁸ hadisi ile buna işaret etmektedir.

Ancak bu çalışmanın bir ibadet, kazancın da en hayırlı lokma olabilmesi için, yapılan işin meşru olması ve ibadatlere engel olmaması gerekir. Bu şartlarda çalışarak nafakasını arayan insana engel olunmamalıdır. Bütün bu anlattıklarımız hapisanede olmayan, dışarıda özgürlüğü elinde olan insan için söz konusudur. Bu genel hükümlerin mahkûm için de ne kadar geçerli olduğu İslam hukukçuları arasında tartışılmış ve mahkûmun hapisanede çalışıp çalışmayacağı, mahkûmun hapisanede kazanç elde etmek için mesleğini icra edip edemeyeceği hususunda, İslam hukukçuları üç görüş belirtmişlerdir.¹⁵⁹

1. Mahkûmun Çalışmasına İzin Verilmemesi Gerektiğini Savunanlar

Maliki ve Hanefi mezhebi hukukçularının genel ve muteber görüşüne göre, mahkûmun çalışması onun hapisaneyeye alışması, hapisaneyeyi bir dükkan, bir atölye gibi hissetmesine ve kullanmasına sebep olur. Bu çalışma mahkûmun acısını ve cezasını unutturacağından hapis cezasını ceza olmaktan çıkaracağından, ayrıca hapis cezasını cazip hale getireceğinden hapisten güdülen gayeye ve amaca ters düştüğünden, mahkûmun çalışmasına izin verilmez.¹⁶⁰

2. Mahkûmun Çalışmasına İzin Verilmeli Görüşünü Savunanlar

Şafii¹⁶¹ ve bazı Hanefi¹⁶² hukukçularına göre mahkûmun hapisanede sanatını

sında Mukayeseli Bir İnceleme”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 37, Konya 2012, s. 90.

157 Şirbîni, V, 149; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 265; Abdulhamid, s. 182.

158 Buhârî, “Buyu”, 15.

159 “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, XVI, 321; Ebû Gudde, s. 461; Günay, s. 47; Ahmed, s. 340; Bardakoğlu, “Hapis”, *DİA*, XVI, 62; Savcı, İlkey, “*Cezaevi İş Yurtları*”, (Hapishane Kitabı), İstanbul 2010, s. 225.

160 Sahnun, V, 207; Serahsi, XX, 98; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 418; “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, XVI, 321; Bardakoğlu, “Hapis”, *DİA*, XVI, 62.

161 Şirbîni, III, 96.

162 Kâsânî, X, 100; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 418.

icra etmesine ve çalışıp kazanmasına engel olunamaz.¹⁶³ Çünkü hapis, kişiyi kapalı bir mekânda tutmaktan ibarettir ve burada onun çalışmasına engel olunacak bir husus yoktur. Mahpus, çalışarak nafakasını temin eder yükümlü olduğu kimselerin nafakalarını ödeyebilir ve zimmetindeki borçlarını ödeme imkanı bulur. Onun için mahkûma, hapisanede çalışma ve kazanma imkanı verilmelidir.¹⁶⁴

3. Mahkûmun Çalışıp Çalışmayacağını Hâkimin Takdirine Bırakanlar

Zeydiyye fukahasından Yahyâ b. el-Murtazâ (v. 840/1436), mahkûmun çalışmasını hâkimin takdirine bırakmıştır. Bu fakihe göre hâkim, mahkûmun hal ve hareketlerine bakarak onun çalışıp çalışmayacağına karar vermelidir.¹⁶⁵

Mahkûmun çalışması hapisanenin iç düzenini, huzurunu ve güvenliğini sağlama hususunda önemli bir görev görmektedir. Onun için mahkûma çalışma imkanı verilmelidir. Zira hapis cezasının gayesi, sadece suçlunun hürriyetini elinden almak değildir. Bu, suçlunun hürriyetini elinden almak olduğu gibi aynı zamanda suçluyu ıslah edip uslandırmaktadır. Mahkûmun çalışması, onun ıslahına olumlu katkıda bulunacağına hiç şüphe yoktur. Fakat bu çalışma izni onun ıslahına vesile olmalıdır.¹⁶⁶

Burada dikkate alınması gereken bir başka husus da, mahkûma bu imkan hapisaneyi ticarethaneye dönüştürmeden, çalışmayı istismar etmeden, hapisanenin şart ve ortamını da zedelemeyen dahası suçu, hapis cezasını ve de hapisaneyi cazip hale getirmeden verilmelidir. Aynı şekilde verilen imkanı ve izni istismar eden, kötü işlerde ve niyetlerde kullanan, hapisanenin düzenini bozan... kişinin de, hakim ya da hapisane idaresi çalışmasını ya geçici olarak askıya almalı ya da tamamen engel olmalıdır. Şayet bu mahkûmun başka bir geçimi ve geliri yoksa sadece nafakayı temin edebilecek kadar imkan tanınmalıdır.

Çalışmanın şartları ve mahkûmun bu çalışmadaki hakkı ve hukuku, özgürlüğü elinde olan işçilerin, emekçilerin çalışırken hak ve hukuku ne ise ya da iş oran ve tanımı ne ise aynı şekilde mahkûmun da bu hak ve hukuku söz konusu olmalıdır.

Ancak bütün bu değindiğimiz hususlar, kişinin kendi isteği ile çalışması ile ilgilidir. Şayet mahkûmun çalışma talebi yoksa onu zorla çalıştırmak bir işkence çeşidi ve hacr sayılacağından İslam hukukçuları, mahkûmun çalışmasını caiz görmemişlerdir.¹⁶⁷ Hanefi fakihî Serahsî'ye (ö. 483/1090) göre, mahpusu isteği dışında zorla çalıştırmak bir hacrdır. Mahpusun malını hacr altına almak caiz olmadığına göre, şahsının alınması evveliyatla caiz olmaz.¹⁶⁸

163 Aslan, Nasi, "Kur'ân ve Sünnete Göre Sanık ve Mahkûm Hakları", *Kur'ân ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları*, s. 551.

164 Kâsânî, X, 100; Şîrbînî, III, 96; *el-Fetâva'l-Hindiyeye*, III, 418.

165 Murtazâ, Ahmed b. Yahyâ, *el-Bahrû'z-zahhâr el-camiu' li mezahibi ulemai'l-emsâr*, Mısır 1949, V, 82.

166 Yıldırım, s. 71.

167 Serahsî, XX, 90.

168 Serahsî, XX, 90.

Hız. Peygamber ve sonrasında halifeler döneminde, mahkûmun çalışmasına rastlanmamakla birlikte (tabi dönemin şartlarına ve hapisanelerin işlevine bağlamak gerekir) sonraki dönemlerde mahkûmların kendi talepleri ile hapisanede çalıştığını görmekteyiz. Nitekim Memluklarda mahpuslar kazma ve inşaat işlerinde muhafızların gözetiminde çalıştırılırdı.¹⁶⁹

Osmanlıda ise mahpuslar, durumlarına uygun işlerde rızalarıyla çalıştırılıyordu. Çalıştırılan mahpuslara ücret ödenmiştir. Mahpusların çalışmasına karşılık verilen bu ücretin yarısı mahkûma verilir, diğer yarısı da emanet sandığına konurdu. Aynı şekilde borçlu olup, ödeme gücü bulamayan mahkûmun elde edeceği ücretten borcu ödemek üzere çalıştırılması örneklerine rastlamaktayız. Nitekim 1858 CK m. 34'e göre: "Mahpuslar, devletçe tayin olunan usul ve nizama ve de hallerine göre kendilerinin istidadı olan münasip işler ile iştigal olunurlar." Ücretlerinin yarısı kendilerine ödenir. Diğer yarısı da emanet sandığına konurdu.¹⁷⁰

"Cumhuriyet döneminde de cezaevlerinde hükümlüleri cezaevi temizliğinde ve bakım işlerinde ayrıca bazı atölyelerde çalıştırılmışlardır. Bunun yanında zorla çalışmaya başvuru dönemlerinde de hükümlü emeğinden yararlanılmıştır. Bu uygulamalardan birisi, 2. Dünya savaşı sırasında yetişkin erkeklerin silah altına çağırılması sonucu ortaya çıkan işgücü açığına çözüm olarak hükümlülerden yararlanılmasıdır. Örneğin o dönemde madenlerde zorlu çalışmaya tabi tutulan işçilerin bir kısmı hükümlülerden olmuştur."¹⁷¹

Günümüz dünyasında da mahkûm hapisanede çalıştırılmaktadır. Uluslararası çalışma örgütü 29 ve 105 sayılı sözleşmeleriyle tüm dünyada insanların zorla çalıştırılmasını yasaklarken, hükümlüleri bu kapsama almamıştır. Çalışma Örgütü, cezaevlerinde suçluyu zorla çalıştırmayı "hüküm giymiş olması" şartına bağlamıştır.¹⁷² Ancak mahkûmun çalışması bir çok ülkede ulusal ve uluslararası standartlardan oldukça farklıdır. Bunun temel sebebi, mahkûmun çalışmasının bir hak olarak değil mahkûma uygulanan bir ceza olarak algılanmasından kaynaklanmaktadır. Bazı ülkelerde çalışma erken tahliyeden yararlanma koşulu olarak düzenlenmekte ve hükümlüler çalışmak zorunda bırakılmaktadır. Bazı ülkelerde ise, hükümlüler yararlı olup olmadığı düşünülmeden, düşük ücret karşılığı çalıştırılmaktadır. Hatta olağanüstü durumlarda bir disiplin yaptırımı olarak çalıştırma veya fazla mesai uygulanmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti hukukunda, hükümlülerin cezaevinde çalıştırılmasına ilişkin hükümler, 5275 sayılı infaz kanunu, iş yurtlarına ilişkin kanun, tüzük ve iş

169 Kortantamer, Samira, *Memlûklarda Hapishaneler* (Hapishane Kitabı), İstanbul 2010, s. 96.

170 Avcı, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Konya 2014, s. 533.

171 Savcı, İlkay, *Cezaevi İş Yurtları*, (Hapishane Kitabı), s. 232.

172 Savcı, s. 227.

yurtlarının idare ve ihale yönetmeliklerinde yer almaktadır. Mahkûmu çalıştırmanın amacı topluma yararlı birey yapmak, meslek kazandırmak ve geliştirmektir. Mahkûmlardan çalışmaları istenebilir ama buna zorlanmazlar.¹⁷³ 5275 sayılı infaz kanunu m. 29'a göre; ruhsal ve bedensel açıdan çalışmasında sakınca görülmemeyen ve belirli bir meslek sahibi olmayan hükümlüler, olanaklar ölçüsünde ve belirli bir ücret karşılığında, atölye ve iş yurtlarında çalıştırılabilirler. Çalışma karşılığında hükümlülere ücret ödenir ve sosyal haklar sağlanır.¹⁷⁴ Yine 5275 sayılı infaz kanunu m. 29/3'e göre çocuk hükümlüler yalnızca meslek eğitime yönelik olarak çalıştırılabilirler. Öğretim kurumlarına veya örgün eğitime devam eden çocuk ve genç hükümlüler, öğretim yılı içinde atölye ve iş yurtlarında çalıştırılmazlar.¹⁷⁵

Türkiye Cumhuriyeti cezaevlerinde çalışan mahkûmlar, halıcılık, seracılık, tekstil, mobilya, kartuş dolumu, matbaa, zeytincilik, narenciye, ayakkabı, ranza yapımı, hayvan yetiştirme, balıkçılık, restoran işletmeciliği, ekmek üretimi başta olmak üzere toplam 40 iş kolunda üretim yapmaktadır. Yılda ortalama 8.000 hükümlü sürekli çalışmaktadır. Çalışan hükümlüler günlük 5 TL almaktadır. Sigortaları vardır ve bu sigortalarından dışarıdaki eş ve çocukları da yararlanabilmektedir.¹⁷⁶

B. MAHKÛMUN CEZA OLARAK KAMUDA ÇALIŞTIRILMASI

İslam Hukukunda, ta'zîr cezaları, had ve cinayetlerde olduğu gibi emir bi'l-ma'rûf nehiy anî'l-münker vazifesini yerine getirmenin önemli araçlarından olup din, akıl, can, ırz ve malın korunması şeklindeki beş temel amaca uygun biçimde şer'an mâsiyet olduğu bildirilmiş, ancak toplumların kendi şartlarına göre düzenlenmek üzere cezaları tayin edilmemiş fiillere yöneliktir. Bunun yanında ta'zîr cezaları aslî ceza niteliğinde olabileceği gibi aslî cezaya bedel veya ek ceza niteliğinde de olabilir.¹⁷⁷

Bu anlamda ta'zîr cezalarından birisi olan hapis cezası, maslahat görülmesi halinde mahkûmun kamuda çalıştırılması şekline tebdil edilebilmelidir.

Hz. Peygamber döneminde suçlunun kamuda çalıştırılması örneği bulunmakla birlikte savaş esirlerinin okuma yazma öğretme karşılığında serbest bırakılması vardır.¹⁷⁸

Hz. Peygamber, hürriyeti kısıtlı esiri Müslümanlara okuma yazma öğretme karşılığında kamuda eğitim faaliyetleri için görevlendirmiştir. Mahpus ile esirin özgürlüğü bulunmadığına göre her ikisi de mahkûmdur.

173 Öztürk, Bahri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2010, s. 420.

174 Demirbaş, Timur, *İnfaz Hukuku*, Ankara 2008, s. 260.

175 Özbek, Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Ankara 2007, s. 124.

176 Doğan, s. 283.

177 Başoğlu, Tuncay, "Ta'zîr", *DİA*, Ankara 2011, XXXX, 198.

178 İbn Sa'd, *et-Tabakatü'l-kübrâ*, II, 22.

Hız. Peygamber, esir mahkûmu hürriyetine karşılık kamuda eğitim faaliyeti için görevlendirdiğine göre topluma karşı suç işlemiş mahpusun da çöp toplama, çiçek dikme, okul-cami temizleme... gibi bünyesine uygun işlerde kamuda çalışarak, cezasını çekmeli ve işlediği suçunu da telafi edebilmelidir. Böylece mahkûmlar suç işleyerek kamu vicdanında açmış oldukları yarayı yine kamu için ücretsiz çalışarak sarmış olma imkanı bulacaklardır. Nitekim bunun bir örneğini Osmanlıda görebilmekteyiz. Osmanlı devletinde hapis cezasına çarptırılan bir kısım suçluların cezaları XVI. Yüzyıldan itibaren bazı durumlarda devletin gemisinde kürek çekmeye çevrilmiş, böylece suçlular cezalarını kamuya ve devlete hizmet ederek çekmişlerdir.¹⁷⁹

Hürriyeti bağlayıcı cezaların masraflı oluşu ile hapsedilmenin insan psikolojisine ve sosyal hayatına verdiği zararlar, özellikle XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren aydınlanma dönemi hukukçularının etkisiyle eleştirilmeye başlanmıştır. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların etkisiz ve faydasız oluşuna yönelik eleştirilerin çoğalması, XVIII. yüzyıldan itibaren revaçta olan hürriyeti bağlayıcı cezaların tartışmaya açılmasına neden olmuştur. Kişilerin hürriyetlerinden yoksun bırakılmaları, beklentilerin aksine özellikle hükümlülerin rehabilitasyonu açısından başarısızlıkları beraberinde getirmiş ve bu ciddi şekilde eleştiriye neden olmuştur.¹⁸⁰

Gelinen noktada dünyada ceza hukukunun suçluların yeniden topluma kazandırılması ve toplumun tehlikelilik arz eden suçlulardan korunması gibi amaçları da bulunması gerektiğini kabul edilmektedir. Bu nedenle günümüzde bu amaçlara hizmet edecek yeni yaptırım türlerinin varlığına ihtiyaç duyulmuştur.¹⁸¹ Bu yaptırım türlerinden birisi de mahkûmu kamuda çalıştırmaktır.

Günümüzde klasik ceza hukuku yaptırımı olan ölüm, hapis ve adli para cezasının cezalandırmadan beklenen gayeleri yeterince yerine getiremediği anlaşıldığından istenen sonuçları verebilecek yeni yaptırım türleri üretme ve bunları etkin olarak uygulama zorunluluğu doğmuştur. Bu durum neticesinde kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın da içinde bulunduğu seçenek yaptırımlar olarak isimlendirilen alternatif yaptırım türleri ortaya çıkmıştır.

XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren dünyanın farklı ülkeleri alternatif yaptırım türlerinden birisi olan kamu yararına kamuda çalıştırma cezasını uygulamaktadır.

“ABD’nin bazı eyaletlerinde 1962 yılından beri kamuda çalışma cezası uygulanmaktadır.

179 Erim, Neşe, “Osmanlı İmparatorluğunda Kalebentlik Cezası Ve Suçların Sınıflandırılması Üzerine Bir Deneme”, *Osmanlı Araştırmaları*, sy. IV, İstanbul 1984, s. 80; Kurt, Mehmet, *Türkiye’de Ceza İnfaz Kurumlarının Sorunları*, Ankara 2006, s. 52.

180 Alıcı, Burhan, “Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV, sy. III, Ankara 2011, s. 132.

181 Cebre, Ayvaz, “Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımı”, *TAAD*, III, sy. 10, 2012, s. 687.

İngiltere’de 1972 yılından itibaren 16 yaşından büyükler 40-140 saat boyunca kamu yararına çalışmaya mahkûm edilmektedir.

İtalya’da 1981’de denetimli serbestlik kurumuna yer verilerek ödenmeyen para cezasının, hükümlünün kabul etmesi halinde çalışmak sureti ile ödenmesine olanak sağlamıştır.

Fransa’da ise bu ceza çeşidi 1983 yılında uygulamaya koyulmuştur.

İsviçre ise 2002 yılında bu ceza verilmeye başlanmıştır.”¹⁸²

Türk Ceza Kanununda da mahkûmun kamuda çalıştırılmasına yer verilmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 50. maddesinin 1. fıkrasının f bendi gereğince; “Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yarılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilir.”

Örneğin; 6 Ay hapis cezasına hükmedilen bir hükümlüye gönüllü olmak koşuluyla cezasının yarısı olan 3 ay süre ile kamuya yararlı bir işte çalıştırılması kararı verilebilir.

Kamuya yararlı bir işte çalışarak cezasının infaz edilmesini hükümlünün istemesi yeterli değildir. Buna mahkemece karar verilmesi gerekir.¹⁸³

Gelinen noktada ABD, İngiltere, Fransa, İtalya, Türkiye... başta olmak üzere dünyada bir çok ülke suç işleyen kişiye hapis cezasının yerine kamu yararına çalışma cezası vermektedir.¹⁸⁴

X. MAHKÛMUN EĞİTİM HAKKI

İslam dini, eğitimi ve öğretimi önemsemiş, üzerinde hassasiyetle durmuştur. “Hiç bilenlerle bilmeyenler bir olur mu?”¹⁸⁵, ayetinin yanı sıra “ilim öğrenmek erkek-kadın her Müslüman’a farzdır.”¹⁸⁶ gibi hadisler ilmin ve eğitimin önemine işaret ederek bunu Müslümanlara farz kılmıştır. İslam’ın ilk vahyinin ve emrinin “oku”¹⁸⁷ oluşu ilmin İslam nazarında ne kadar önemli olduğunun ayrı bir mührü ve vesikasıdır.

İlmi, eğitimi ve öğretimi tavsiye eden bu naslar, özgür insanlara hitap ettiği gibi aynı şekilde bilerek bilmeyerek nefsine yenilmiş, şeytana uymuş, cehalet gös-

182 Doğan, s. 195-197.

183 Cebre, s. 712.

184 Cebre, s. 687-700; Doğan, s. 195-198.

185 Zümer, 39/9.

186 İbn Mâce, “Mukaddime”, 38.

187 el-Alak, 96/1.

tererek suç işlemiş mahpuslara da hitap etmekte ve onları da ilimle iştigal etmeye davet etmektedir. Zira suç işleyenlerin çoğu, bilgisizlikten ve cehaletten kaynaklanan sebeplerden suç işlemektedir. Ya da suçun ana gerekçelerinden biri de cehalettir. Dolayısıyla hapisle hedeflenen gayelerin başında mahpusun rehabilitesi, uslanması ve ıslahı olduğuna göre mahkûmu hapisanede eğitmek, ilmi faaliyetler içine almak, kaçınılmaz bir fırsattır. Bu eğitimle karanlık dünya aydınlığa, suç bağı ilim meclisine, cezaevi medreseye dönüşür. Bunun en iyi örneği Hz. Yusuf'un mahkûmları eğiterek zindanı, medreseye çevirmesidir. Nitekim Kur'an-ı Kerim bu hususa şöyle işaret eder: "Ey zindan arkadaşlarım? Ayrı ayrı ilahlar mı daha iyidir, yoksa mutlak hakimiyet sahibi olan tek Allah mı? Siz Allah'ı bırakıp, sadece sizin ve atalarınızın taktığı bir takım isimlere (düzmece ilahlara) tapıyorsunuz. Allah onlar hakkında hiçbir delil indirmemiştir. Hüküm ancak Allah'a aittir. O, kendisinden başka hiçbir şeye tapmamanızı emretmiştir. İşte en doğru din budur. Fakat insanların çoğu bilmezler."¹⁸⁸ Söz konusu bu ayetler mahpusların eğitimi ve öğretimi hususunda birer temeldir.¹⁸⁹

Hz. Peygamberin de bu yönde uygulamaları vardır. Nitekim Hz. Peygamber, hapsedtiği Sümâme adındaki kişiyi mescitte üç gün bırakmış ve ona İslam'ı anlatmalarını sahabelerden istemiştir. Üçüncü günün sonunda Sümâme Müslüman olmuştur.¹⁹⁰

Hz. Peygamberden sonra İslam ülkelerinin devlet yetkilileri, bu ayetten ve Hz. Peygamberin uygulamalarından ilham alarak hapisaneleri dolaşmış ve mahkûmların eğitilmesine nezaret etmişlerdir.

Nitekim Hz. Ali, halife olduğunda hapisaneyi dolaşmış, mahkûmların hallerini sormuş, onlara nasihat ederek doğru yolu göstermiştir. Yaptırdığı hapisanede ibadet, ahlaki eğitim ve Kur'an talimi gibi uslandırıcı faaliyetleri yaptırmıştır.¹⁹¹

Yine Ömer b. Abdilaziz hilafeti döneminde valilerine mektup yazarak hapisaneleri dolaşmalarını, mahkûmların sıkıntılarını dinlemelerini, nasihat edip yardımcı olmalarını bir de onlara eğitim vermelerini istemiştir.¹⁹² Bütün bu naslar ve uygulamalardan hareketle hapisane idaresinin, mahkûmlara eğitim ve öğretim imkânı tanınması ve onları buna tabi tutması gerekir. Özellikle de temel bilgilerden yoksun, okuma yazma bilmeyen mahkûmlar mecburi eğitime alınmalı ve okuma yazma beceri ve bilinci ile donatılmalıdır. Bunun yanında eğitim öğretim için gerekli olan araç-gerecin teminine izin verilmeli ya da ilgili mercilerce temin edilmeli, mahkûmun ıslahı ve geleceği için faydalı olabilecek her türlü bilgi ve eğitim

188 Yusuf, 12/39-40.

189 Yıldırım, s. 66.

190 Çubukçu, Asri, "Sümâme b. Üsâl", *DİA*, İstanbul 1994, XXXVIII, 131.

191 Avcı, *Hukuk Tarihimizde Hapis*, Ankara 2014, s. 83; Ebû Gudde, s. 403.

192 Ebû Yûsuf, *Kitabü'l-Harâc*, s. 465.

kendisine verilmelidir. Bunun yanında mahkûmun rehabilitesine önem verilmelidir. Bu bağlamda mahkûmun ıslahına yardımcı olabilecek en büyük etken olan din eğitimi ihmal edilmemelidir. Buna uygun programlar geliştirilmeli, onun vicdanını harekete geçirecek bir dizi eğitim programı devreye sokulmalıdır.

İslam hukukçuları, irtidad eden kimsenin bir müddet hapsedilmesini ve bu süre zarfında da şüphelerini gidermek adına da itikadi konularda bilgilendirilmesi gerektiğini söylemişlerdir.¹⁹³

Bu vaaz, nasihat ve eğitim faaliyetleri şüphesiz suçlunun ıslahına büyük bir katkı sağlayacaktır. Ahlak ve vicdan eğitimi yanında, mahkûmu kabiliyetleri doğrultusunda becerilerini geliştirilmek belki bir sanat ya da zanaat sahibi olmasına imkan sağlayacaktır. Hatta mahkûmu bu eğitime teşvik etmek için, eğitim faaliyetlerine katılma ve başarılı olma karşılığında erken tahliye veya aldığı cezada indirimine gidilebilir. Zira mahkûm için en büyük gaye, özgürlüğüne kavuşmaktır.

Bunun yanında mahkûm, bilimsel çalışmalar yapan bir bilim adamı veya bir düşünür ise ilmi eserlerini, kitaplarını, diğer eşyasını hapisaneye getirmesine izin verilmelidir. Zira bunlar bir bilim adamının veya düşünürün için ilmi ve fikri dünyası için zaruri ihtiyaçlardır. Şüphesiz, onun ilmi sadece kendisi için değil insanlığın geleceği için de önemlidir. Çünkü ilmi ve fikri sahadaki her olumlu gelişme insanlığa bir hizmet ve katkıdır. Dolayısıyla engelleme aynı şekilde insanlığın ve medeniyetin zararına olacaktır. Onun için ilim ve fikir adamlarına hapisanede de bu çalışmaları için ortam sağlanmalıdır. Nitekim İslam tarihine baktığımızda, İslam hapisanelerinde ilim ve fikir adamlarına bu ortamın hazırlandığını müşahade etmekteyiz. Halife Mütevekkil, hapsedtiği Huneyn b. İshak'a hapisaneye eserlerini getirmesine, ilmi eserleri tercüme etmesine ve yeni eserler yazmasına izin vermiştir.¹⁹⁴

Halife Muktasid Billah, halife olmadan önce hapsedildiği vakit filozof Sabit b. Kurrat'a günde üç defa hapisaneye girmesine ve ona felsefe öğretmesine izin verilmiştir.¹⁹⁵ Yine Hanefi mezhebinin önemli hukukçularından olan Serahsî hapsedildiğinde, ilmi çalışmalarına engel olunmamış ve hapisanede eserler yazmasına, talebelerine ders vermesine izin verilmiştir.¹⁹⁶ Bu gün elimizdeki eserlerinin bir kısmını hapiste yazmış veya yazdırmıştır.

193 Şirâzi, s. 203; Merginâni, *el-Hidâye*, II, 457; Mevsili, IV, 178.

194 Ebû Gudde, s. 404.

195 Ebû Gudde, s. 404.

196 Ebû Gudde, s. 404.

XI. MAHKÛMUN HABERLEŞME HAKKI

Hapis uygulamasında temel amaç onun insanî temel hak ve hürriyetlerine dokunmadan onun dış dünya ve sosyal çevre ile ilişkisini kısıtlamadır. Mahkûm, hapsedilmesi nedeni ile kısıtlanmış olmakla birlikte günümüzde radyo televizyon gibi iletişim araçlarından faydalanma ve haberleşme hakkına sahiptir. Bu hak engellenemez. Ancak maslahata uygun şekilde bazı kısıtlamalara gidilebilir. Bu kısıtlamalar onun zaruri olarak haberleşme ve iletişim kurma ihtiyacında olan kişilerle münasebetlerini engellememelidir. Bu hak sadece kendisi için değil yakınları açısından da önem arz eder. Aksi takdirde bu bir çeşit manevi cezaya dönüşür. Dolayısıyla mahkûmu dışarıda kalan ailesinden habersiz bırakmak; hem temel insan haklarına aykırı, hem de suç-ceza dengesinin bozulmasına sebeptir. Bunun yanında haberleşme engeli mahkûmun psikolojisini olumsuz etkileyebileceğinden ıslahı önünde bir engel de oluşturabilir.

Geçmişte kısıtlı olan haberleşme araçları, yaşadığımız çağda zenginleşmiş ve çeşitlilik kazanmıştır. Bu araçların kullanımına hangi açıdan ne kadar izin verilebileceği önemli bir sorundur. Özellikle örgütlü suçlarda haberleşme ciddi bir sorundur.

Şimdi bu hususu ele alalım:

A. MEKTUP, FAKS VE TELGRAF ALMA VE GÖNDERME HAKKI

Mahkûmun dışarıda kalan ailesi ve çevresi ile haberleşebileceği araçların başında mektup gelir. Mahkûmun dış dünya ile bağlantısını ve haberleşmesini sağlamak için mektuplaşma mahkûmun bir hakkıdır.

Mahkûmu haberleşme ve mektuplaşma hakkından mahrum bırakmak caiz olmamakla birlikte durum ve şartlara göre kötüye kullanmaması için mahkûmun dışarı ile haberleşmesine yarayan mektuplaşmaya bir takım düzenlemeler ve kısıtlamalar getirilebilir. Çünkü hapis cezasının özünde var olan, mahkûmun dış dünyadan soyutlanması prensibi gereği ve serbest haberleşmenin doğuracağı bir takım mahzurları da göz önüne alarak mahkûmun hareketlerini ve haberleşmesini sınırlı ve kontrollü tutmak gerekir. Bunun için, mahkûmun haberleşmesini sağlayan vasıtalarından birisi olan mektuplaşmayı kötüye kullanmasını önlemek için gönderdiği ve aldığı mektupları İdarenin açıp okuması gerekir. Mektup her ne kadar mahkûmun özeli ise de asayiş sağlamak, bir zararı önlemek, ülke güvenliğini korumak gibi gerekçelere bağlı olarak mektuplar okunabilir.¹⁹⁷

197 Gülşen, Recep, *Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazında Çağdaş Sistem*, İÜSBE (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1993, s. 113; Yıldırım, s. 60.

Mahkûmun mektubu, faksı ve telgrafi okunabileceği gibi aynı şekilde duruma göre haberleşme vasıtaları sınırlandırılabilir. Ancak kısıtlama veya sınırlandırma keyfi bir uygulama olmamalıdır. Bilakis haklı ve geçerli sebeplerle olmalıdır. Zira keyfilğe ve zorbalığa dayanan kısıtlamalar, haberleşme özgürlüğüne bir engeldir.¹⁹⁸

Mahkûmun bu haberleşme vasıtaları kısıtlanabileceği gibi aynı şekilde özellikle çete veya örgüt suçundan yatanların veya bu örgütlerin liderlerinin göndereceği ya da alacağı haber topluma, millete, inanca, ülkeye... bir zararı olması halinde ya da bir suç işleme, işlettirme endişesi var ise mahkûmun bu haberleşme araçlarını göndermesi veya alması hepten yasaklanabilir. Bunlar yasaklanabildiği gibi, gerektiğinde İdare el de koyabilir.¹⁹⁹

B. TELEFON HAKKI

Günümüzün modern haberleşme araçlarından birisi de telefondur. Modern dünyada en hızlı haberleşme vasıtası olan telefonu, her insanın kullanma hakkı vardır. Bu hakka sahip olan insanlardan birisi de cezaevindeki mahkûmdur.²⁰⁰ Yazılı iletişime oranla sözlü iletişim, soyutlanma duygusunu daha çok azaltmaktadır. Hükümlünün okuma yazma bilmemesi ve ailesinin uzak şehirlerde veya ülkelerde yaşaması halinde telefon temel iletişim aracı haline gelir. Dolayısıyla mahkûmun bu haktan yararlanması için cezaevi idaresinin gerekli tedbirleri alması gerekir. Bu bakımdan idare, mahkûma denetimli telefonla görüşme olanağı sağlamalıdır. Bunun için cezaevlerine sabit telefonlar koydurmalı, ancak bir güvenlik zaafının olmaması için de yapılan görüşmelerin kayıt altına alınması veya bir görevlinin denetiminde yapılması gerekir. Bunun yanında bunu kötüye kullanmasının önüne geçmek için, mahkûmların görüşeceği kişilerin adı, soyadı, adresi ve telefon numaraları idareye yazdırılmalıdır.

Mahkûmun dış dünya ile telefonla haberleşme hakkı, mektuplaşma hakkında olduğu gibi duruma göre kısıtlanabilir ancak suç işlemek amacıyla kurulan silâhlı örgütün yöneticiliğini yapmaya devam eden, bu konuda herhangi bir yöntemle, kurum içi veya dışındaki kişilere talimat veya mesaj veren hükümlülere idare ve gözlem kurulu kararıyla telefon görüşmesi hiçbir şekilde yaptırılmaz. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi cezaevi yaşamının olağan ve makul koşullarında, telefon ile iletişime yasal sınırlamalar getirilmesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bulmamıştır.²⁰¹

198 Yıldırım, s. 60; Gülşen, s. 113.

199 Yıldırım, s. 60.

200 Ebû Gudde, s. 527.

201 Doğan, s. 258.

C. TELEVİZYON, RADYO VE İNTERNETTEN YARARLANMA HAKKI

Hükümlünün yeniden sosyalleştirilmesi ve insan onuruna yaraşır bir ceza infazı için, onun dış dünya ile ilişkilerini sürdürmesi bunun için de dışarıdaki hayat-tan ve gelişmelerden haberdar olması gerekir.

Dolayısıyla idarece kontrolünü sağlamak ve gerekli tedbirleri almak kaydı ile mahkûmun televizyon, radyo ve internet gibi haber alma araçlarından istifade etme hakkı vardır.

Mahkûmun haber almasını sağlayan televizyona ve radyoya bazı kısıtlamalar yapılabileceği gibi internette haberleşmesine de bir takım düzenlemeler ve kısıtlamalar getirilebilir. Çünkü hapis cezasının özünde var olan, mahkûmun dış dünyadan soyutlanması prensibi gereği ve serbest haberleşmenin doğuracağı bir takım mahzurları da göz önüne alarak mahkûmun hareketlerini ve haberleşmesini sınırlı ve kontrollü tutmak gerekir. Bunun için mahkûmun haber almasını sağlayan vasıtalarından biri olan interneti kötüye kullanmasını önlemek için gönderdiği ve aldığı e-mailleri İdarenin kontrol etmesi gerekir. Bu asayışı sağlamak, ülkeye, millete, hapis yatan kişilere ve dışarıda olan insanlara gelmesi muhtemel zararları engellemek için gereklidir. Zira “zararı ammı def için, zararı has ihtiyar olunur.”²⁰² Ancak bu kontrolü, mahkûma önceden haber vermek gerekir. Zira şahsının ve haberleştiği insanların mahremiyeti ve sırları söz konusu olabilir.

XII. MAHKÛMUN ZİYARETÇİ KABULÜ

Mahkûmun ziyaretçi kabul etme hakkı vardır. Zira mahkûmun dışarıda kalan ailesi ve çevresi, yakınlarıyla ilişkisi hem devam etmekte hem de mahkûm onların manevi desteğine ihtiyaç duymaktadır. Ayrıca yakınlarının da onu görme hakkı vardır. Bunun için de, öncelikle aile bireyleri başta olmak üzere dostlarının ve akrabalarının ziyaretine imkan tanınmalıdır. Aksi bir durum mahkûmu da ailesini de sıkıntıya sokar ve mahkûmun hapis cezasının yanında bu sıkıntı ile de mahkûma ve ailesine de bir de manevi bir ceza eklenmiş olur. Böyle bir yasaklama, mahkûmun ıslahına da fayda sağlamadığı gibi onun daha da hırçınlaşmasına ve başka suçlar işlemesine zemin hazırlar. Onun için mahkûmun dış dünya ile iletişim ve görüşme hakkı tahliye sonrasına umutla bakma imkanı sağlar. Dolayısıyla mahkûmun hapis-hanedede ıslah olup tekrar topluma kazandırılabilmesi için ziyaret önemlidir. Nitekim Ömer b. Abdilaziz’in haricilerden birisi ile ilgili olarak valisine gönderdiği şu talimat önemlidir: “Onu hapse koyun, yakınları ile görüşmesine izin verin ki kötü düşüncesinden vazgeçsin.”²⁰³

202 *Mecelle*, md. 26.

203 Abdürrezzâk, Ebû Bekir b. Hemmâm es- San’ânî, Beyrut 1983, *el- Musannef*, X, 118.

İslam hukukuna göre mahkûmun ziyaretçileriyle görüşmesi, hapisane ortamının özel durumlarından ve olağan dışı hallerden kaynaklanan sebeplerle veya güvenlik, disiplin gibi gerekçelerle kısıtlanabilirse de temelden ve daimi olarak kaldırılmaz.²⁰⁴ Ancak bu ziyaret kısa olmalıdır.²⁰⁵

Hapishane idaresi, mahkûmu ziyaret edecek kişiler ve getirdikleri eşyalarla ilgili güvenlik tedbirlerini uygulamalıdır. Bunun yanında hapishane idaresi gerek görmesi halinde, ziyaret esnasında bir görevliyi mahkûmla ziyaretçinin yanında ya da yakınında bulundurabilir. Bu konuşmaları duyulmayacağı bir mesafe ile sınırlandırılabilir. Zira İslam dini kişilerin konuşmasını dinlemeyi ya da tecessüs etmeyi yasaklamıştır.²⁰⁶ Ancak söz konusu mahkûmdan ya da ziyaretçiden ülke, millet, inanç ve toplum... adına bir endişe söz konusu ise o zaman konuşulanları dinlemek için görevli duyabileceği mesafede bulunabilir. Bunun yanında günümüzün teknolojik imkanlarından da istifade edilerek görüşme kaydedilebilir.

Sonuç olarak mahkûmun temel haklarında birisi de ziyaretçi kabulüdür. Bu hakkın da bir takım kuralları söz konusudur. Olağan durumlarda zikri geçen kurallar çerçevesinde, mahkûm ailesi ve çevresi ile görüşme hakkına sahiptir. Ancak olağanüstü durumlar ve olaylarda idare bu hakkı sınırlandırabilir. Gerek duyulması halinde ise belli gerekçelere bağlı olarak bu hakkı askıya alabilir.

XIII. MAHKÛMUN İZİN HAKKI

Mahkûmun sahip olduğu haklardan birisi de, geçici izinli olarak hapishaneden çıkarılmasıdır. İslam hukukçuları bu hususu tartışmış ve böyle bir izin için bir takım şartlar ileri sürmüşlerdir. Bunları şöyle sıralamak mümkündür:

A. MAHKEME

Mahkûm, mahkemeye çağırılması durumunda ona icabet etmekle yükümlüdür. Mahkemeye çağırılma gerekçesini de şöyle sıralayabiliriz:

1. Aleyhine bir suç isnat edilmiş ise kendisini savunma ihtiyacı,
2. Hakkında açılan veya devam eden bir davaya katılması,
3. Kendisinin ya da başkasının davasına atanan yeni hâkimin onu dinlemek istemesi,

204 Serahsi, XX, 98; Kâsânî, X, 100; İbn Ferhûn, *Tabsiratu'l-hükkam*, Beyrut 2007, II, 241; "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, XVI, 324; Şirbîni, III, 96; Zühaylî, *el-Fikhu'l-İslami*, VI, 4519, Hülagu, s. 79; Akşit, M. Cevat, *İslam Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları*, İstanbul 2004, s. 141; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 261; Ebû Gudde, s. 526; Behnesi, *el-Mevsûatü'l-Cinâiyye*, Beyrut 1991, s. 88.

205 Kâsânî, XX, 98; Zeylâ'i, IV, 181; Ebû Gudde, s. 554; Behnesi, s. 88.

206 el-Hucurat, 49/12.

4. Bir dava ile ilgili olarak şahitliğine ihtiyaç duyulması.

Bu ve benzeri gerekçelerle mahkûm mahkemeye çağrıldığında kendisine izin verilmelidir.²⁰⁷

B. TEDAVİ

Mahkûmun hapisanedeki haklarından birisi de hastalandığında tedavi edilmesidir. Hapishane idaresi, koruyucu hekimlikle ilgili tedbirleri almak durumundadır. Buna rağmen mahkûm hastalanırsa, mahkûmu tedavi ettirmek de bir görevdir. Hapishanede imkan varsa orada, yoksa İslam hukukçularının geneline göre, dışarıda tedavi olması için imkan tanınır.²⁰⁸

C. CENAZEYE KATILMA

Mahkûmun, dost ve akrabalarının vefatı halinde bunların cenazesine katılıp katılmayacağı ya da öyle bir hakkının olup olmadığı İslam hukukçuları arasında tartışılmış ve şu görüşler öne sürülmüştür:

1. Bazı Hanefi fakihler ile Maliki hukukçulara göre mahkûma, kefaletle de olsa hiçbir kimsenin cenazesine katılmak için izin verilmez. Mahkûmun da böyle bir hakkı yoktur. Ancak mahkûm, bir borç davasından hapis yatıyor ise alacaklısının izin vermesi halinde, cenazeye katılabilir. Çünkü hapis cezasının amacı kişiyi sıkıştırarak yola gelmesini sağlamaktır. Cenazeye katılmasına izin vermemek de bir sıkıştırma ve yola gelmesi için mahkûmu terbiye etmek demektir.²⁰⁹

Dolayısıyla mahkûma yakın ya da uzak kişilerin cenazesine katılmasına izin verilmez. Nitekim İmam Muhammed (ö.189/805), kişinin ebeveyninden birisi ölse kendisine izin verilir mi diye sorulduğunda hayır, demiştir.²¹⁰

2. Hanefi fakihlerin Müfta bih olan görüşüne göre mahkûmun usul ve fûruundan birisinin vefatı halinde kefaletle izin verilir.²¹¹

Mahkûm, suç işlemiş de olsa akrabalık bağları ve akrabalık hak ve hukuku devam etmektedir. Mahkûmun ibadet, haberleşme, ziyaret gibi hakları olduğu gibi izin hakkı da vardır. Dolayısıyla mahkûmun usul ve fûrû dediğimiz ailesinden birisi vefat ettiği vakit mahkûma kefaletle izin verilir. Ancak usul ve fûrûun vefatı

207 Serahsî, XX, 98; Şirbîni, III, 96; İbni Âbidîn, VIII, 57; Hülagu, s. 81; Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 262; “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fıkhye*, XVI, 326.

208 Şirbîni, III, 96; İbni Âbidîn, VIII, 57; “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fıkhye*, XVI, 320.

209 Serahsî, XX, 98; Kâsânî, X, 100; İbnü'l- Hümâm, *Fethu'l- Kadîr*, VII, 278; Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî alâ Şerhi'l-Kebîr* Desûkî, III, 282; İbni Âbidîn, VIII, 56; Ebû Gudde, s. 438.

210 İbnü'l- Hümâm, VII, 278; İbni Âbidîn, VIII, 56.

211 İbnü'l- Hümâm, VII, 278; İbni Âbidîn, VIII, 56.

dışında mahkûma izin verilmez.²¹² Mahkûmdan istenilecek kefalet, bir mal olabileceği gibi, birini kefil göstermesi şeklinde de olabilir. Kefil olan kimse, bir sorun olduğunda mahkûmu getirmekle yükümlüdür.²¹³

Mahkûmun usul ve fûrûndan vefat eden bir akrabasının cenazesi ile uğraşacak, cenazenin yıkanmasını ve kefenlenmesini sağlayacak kimse yoksa mahkûma bu işleri yapması için izin verilir. Bu izin için de kefil gerekmez.²¹⁴

3. Bazı Maliki hukukçulara göre mahkûmun ebeveynden birisi vefat ettiğinde diğeri hayatta ise, bu kimseye kefaletle izin verilir. Ancak ebeveynin her ikisi de vefat etmiş ise o zaman bu mahkûma izin verilmez.²¹⁵

4. Şafii'ye göre ise, cenaze veya başka bir durum için mahkûma izin vermek hakim takdirindedir. Hakim izin verme hususunda bir maslahat bulursa, mahkûma izin verir bir maslahat söz konusu değilse vermez.²¹⁶

Mahkûma yakınının cenazesine katılma hakkı tanındığı gibi aynı şekilde mahkûmun usul ve fûruundan birisinin ölümcül bir hastalığa yakalanması halinde, gerekli tedbirler alındıktan sonra kefaletle, mahkûma hastasını görme hakkı tanınabilir. Gerekli tedbirler alınamıyorsa ya da dışarıya çıkması halinde kendisine veya bir başkasına zarar gelmesi muhtemel ise, izin verilmemelidir.

Cenazeye katılma izninde olduğu gibi, hastayı görme izninde de mahkûmun firar etme ihtimali varsa veya bunu istismar edecek olursa, aynı şekilde mahkûma bir daha izin verilmemelidir.

D. CİHADDA KATILMA

İslam hukukçuları, mahkûmun cihada katılıp katılmayacağı hususunda ihtilaf etmiş ve bu konuda iki görüş belirtmişlerdir:

1. Mahkûmun cihada katılma isteği kabul edilmez:

Maliki ve Hanbeli Hukukçulara göre düşman, hapisanenin bulunduğu yere kadar gelse dahi, mahkûmun cihada katılma isteği kabul edilmez. Mahkûm başka bir hapishaneye nakledilir ama yine de savaşa katılmasına izin verilmez. Fakat mahkûmun öldürülme veya esir alınma tehlikesi varsa kendisine cihad izni verilir.²¹⁷

212 İbn Âbidîn, VIII, 56.

213 Yıldırım, s. 76.

214 *el-Fetâva'l-Hindîyye*, III, 418

215 Desûki, III, 282.

216 Remli, Şemsüddîn, *Nihâyetü'l-muhtâc ila şerhi'l-minhâc*, IV, 334.

217 İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 193; Merdâvi, Ebû'l-Hasen Alâüddîn Ali b. Süleymân, *el-İnsâf*, Kahire 1374-1378/1955-1958, IV, 118; Derdîr, III, 282.

Mahpus, bir borçtan dolayı hapis yatıyorsa ve bunu ödeme imkanı olduğu halde ödemeyip cihattan geri kalıyorsa günahkar olur. Çünkü imkanı olmasına rağmen bir farzdan imtina etmiştir.²¹⁸

2. Mahkûmun cihada katılma isteği kabul edilir:

Cihad, bütün Müslümanlara farz olduğundan genel seferberlik durumunda mahkûma cihada çıkma izni verilir. Fakat mahkûmun savaşa katılması bir tehlikeye ve sıkıntıya sebep olacaksa izin verilmez.²¹⁹ Ancak mahkûma cihada çıkma izni verilmezse bu görev ondan düşer.²²⁰

Şayet genel seferberlik hali var ise ve Müslümanlar güç ve sayı anlamında düşmandan daha az ve zayıf ise mahkûmun gücüne ve desteğine ihtiyaç söz konusu olduğunda İslam'ın ve Müslümanların maslahatı için mahkûma cihad izni verilebilir. Ancak böyle bir durum ve maslahat yoksa o zaman mahkûma savaşa katılma izni verilmemelidir. Aynı şekilde ülkenin ya da Müslümanların bir tabii afete maruz kalması halinde mahkûmlara bir ihtiyaç söz konusu hasıl olsa mahkûmların gücünden ve bilgisinden istifade etme adına kendilerine dışarıya çıkıp yardımcı olmaları için izin verilebilir. Ancak gerek cihad için gerekse tabii afet için, izin verilen mahkûm güven veremiyorsa ya da faydası olacağına dair bir kanaat yoksa o zaman izin verilmemelidir.

XIV. MAHKÛMA FİZİKSEL ŞİDDET

İnsanoğlu, Kur'anî ifade ile eşref-i mahlukat olarak en güzel şekilde²²¹ ve mükerrem bir varlık olarak yaratılmıştır.²²² Bu vasıflara sahip olan insanın, hayatı ve bedeni İslam nazarında dokunulmazdır ve zarurât-ı hamse ile de koruma altına alınmıştır. "Onun can, mal, şeref ve haysiyetine dönük haklarının ihlali ise zulüm olarak değerlendirilmiştir. Bu bağlamda işkence, hür, köle, hükümlü, esir ve sanık gibi konumu ne olursa olsun hiçbir ayırım yapılmaksızın bütün insanlar için mutlak olarak yasaklanmıştır."²²³

İnsanın canına, vücut bütünlüğüne ve malına ancak adaletin icab ve tecviz ettiği yerde el uzatılabilir. Belli esaslar ve usuller dışında her türlü eza yasak ve haramdır.²²⁴ Nitekim Kur'an-ı Kerim'de "erkek müminlerle kadın mü'minler işledikleri bir günah yüzünden eza edenler, muhakkak bir yalan ve apaçık bir günah

218 Ebû Guddê, s. 513.

219 Yıldırım, s. 74.

220 Ebû Yûsuf, s. 163.

221 et-Tin, 95/4.

222 el-İsra, 17/70.

223 Aslan, Nasi, Kur'an ve Sünnete Göre Sanık ve Mahkûm Hakları", *Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları*, s. 543.

224 Akşit, s. 132.

yüklenmişlerdir.”²²⁵ Hz. Peygamber de bir kutsi hadiste Allah’ın “kullarıma işkence yapmayın.”²²⁶ buyruğunu nakletmiştir. Bu ve benzeri naslardan da anlaşıldığı gibi İslam insana hatta diğer canlılara haksız yere eziyet etmeyi yasaklamıştır.

İnsanı işlediği suçtan dolayı mahkûm etmekten maksatlardan birisi de yaşadığı insanları zarara uğratan, kuralları çiğneyen kimseyi, belirli bir süre zarfında tasarruflarından men etmektir. Dolayısıyla mahkûma eziyet ve işkence etmek, aç ve susuz bırakmak gibi çeşitli yollarla ona zulmetmek doğru değildir. Nitekim Bedir savaşı sonrası alınan esirlerin kaçmasına meydan vermemek için onları bağlamaya Hz. Ömer görevlendirilmiş. Hz. Abbas’ı pek sıkı bağladığından o sabaha kadar inlemiş, Hz. Peygamber, bu iniltileri işitip müteessir olarak uyuyamamış, Ensar durumunu anlayınca kollarını çözüp meccanen affedilip bırakılmasını istemişlerdir. Hz. Peygamber, din işine iltimas sokmamak ve esirleri müsavi muameleye tabi kılmak için gönlündeki ağır ıstıraba rağmen bu teklifi kabul etmemiş, fidye bedelinden bir dirhem bile eksik alınamaz diyerek Ensar’ın teklifini red ederek Hz. Abbası bırakmamıştır.²²⁷

Savaş esirlerinin bile, ellerini eziyet görecekleri kadar sıkı bağlamak uygun olmadığına göre bir takım basit suçlardan hapis cezası alan Müslüman mahkûmlara eziyet ve işkence etmek evveliyatla caiz değildir.

Hz. Ebu Bekir’den de bu hususta “Rasulullah’ın müminleri haksız yere dövme-yi yasakladığı”²²⁸ nakledilmektedir.

Hz. Ömer ile ilgili de şöyle bir kıssa nakledilir: “Hz. Ömer, Şam’da başlarına zeytinyağı dökülmüş ve güneş altında bekletilen kimselere rastladı. Bu nedir diye sordu: “Haraç ve cizye vergilerini ödemedikleri için hapsediliyorlar.” cevabı verildi. Bunun üzerine Hz. Ömer, ben bizzat Allah Resulünün: “Allah, muhakkak dünyada insanlara işkence edenlere, kıyamet gününde azap edecektir.” dediğini duydum dedi. Sonra onları serbest bıraktırdı.²²⁹

Hz. Ömer’in şu ifadeleri İslam’da zulüm ve işkencenin olmadığını gösterir: “Dikkat edin, ben memurlarımı size dayak atınlara, mallarınızı alsınlar diye göndermedim. Bilakis onları size, dininizi, peygamberinizin sünnetini bildirsınler, öğretsinler diye gönderdim. Bundan başkasını kim yaparsa, onu bana getirin yemin ederim ki, ona kısas uygulayacağım. “Ey müminlerin emiri! Bir adam vali olarak atansa ve halkını yola getirmek için bunu yapsa gene mi kısas yaparsın?” denildiğinde “evet” yemin ederim ki onu da kısas ederim. Dikkat edin! Müslümanları

225 el-Ahzap, 33/58.

226 Ahmet b. Hanbel, *el-Müsned*, İstanbul 1981, IV, 172-173.

227 Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Beyrut 1994, IX, 89; İbn Kesir, *Tefsîru'l-Kur’ani'l-Azim*, Beyrut 1998, IV, 92.

228 Ebû Yûsuf, s. 468.

229 Ebû Yûsuf, s. 411.

dövmeyin onları zillete düşürürsünüz. Valilerin halka dayakla muamele yapması caiz değildir.”²³⁰

İslâm'da zulüm ve işkence yasak olduğu gibi aynı şekilde mahkûmu aşağılamak, onuruyla oynamak yasak ve haramdır. Nitekim Hz. Peygamberin cezalandırılmasına hükmettiği bir mahkûma Hz. Ömer “Allah'ım şu adamı rahmetinden uzak kıl” diye lanet etti. Bunun üzerine Hz. Peygamber: “Ya Ömer! Ona lanet etme” buyurdu.²³¹ Hz. Peygamber bu uyarısı ile mahkûma lanet etmek suretiyle onun küçük düşürülmesini yasaklamıştır.

Buna göre, sanığa, suçu sabit görülene, yargılamanın hiçbir aşamasında işkence yapılamaz,²³² sorgu safhasında sanık itirafa zorlanamaz. Zorlama neticesinde yapılan itirafa binaen, ceza verilemez. Zira bu itiraf ya da ikrar batıldır. Mahkemede, ne sanığa ne de şahitlere suçu ispat etmek için baskı, tehdit ve işkence yapılamaz.²³³ Çünkü hakim, olana göre hüküm vermekle mükelleftir. Nitekim Hz. Peygamberin şu hadisi buna işaret etmektedir: “*Davalılar bana gelir. Sizlerden bazısı diğerine nazaran beni ikna etmede daha elverişli ve muktedir olabilir. Ben onun doğru söylediğini zanneder ve bununla hükmederim. Ben kimin lehine bir müslümanın hakkını verecek olsam, o ancak ateşten bir parçadır. Artık o ateşi ister alsın, ister terk etsin.*”²³⁴

İnfaz sırasında da işkence yapmak, suçluyu aşağılamak yasaktır. Kısacası İslam hukukunda zorla, baskı ve işkence ile suçu ispat etmeye çalışmak uygun görülmemiş bilakis sanık ve mahkûmların canları ve bedenleri her türlü ezadan ve cezadan korunmuştur. İslam, değil suçluya ve mahkûma işkence yapmayı esiri bile dövmeyi ve ona işkence yapmayı uygun görmemiştir. Nitekim H. Peygamber, “esirlere, müslü yani el-ayak, kulak burun kesmeyi yasaklamıştır.”²³⁵ İslam dini, “insana işkence yapmayı bir yana insanın yüzüne vurmaya dahi caiz görmemiştir. Nitekim Hz. Peygamber, “biriniz dövdüğünde yüze vurmaktan sakınsın.”²³⁶ Bu hadiste geçen dövme bir suç neticesinde vurulan haddedir. Yani had vururken yüze vurmamak gerekmektedir.

Hapis bir cezadır ve bu cezada temel amaç; suçluyu ıslahıdır. Dolayısıyla mahkûma işkence edilmesi veya hapisten ayrı olarak herhangi bir bedeni cezaya maruz bırakılması caiz değildir. Söz konusu ayetlerde ve hadislerde mahkûma işkence edilmemesi istenirken, İslam hukukçuları da mahpusların yüzüne vurma, boynuna halka geçirme, yüz üstü yere yatırma, dağlama, soğuk veya sıcakla, du-

230 Akşit, s. 134.

231 Buhârî, “Hudud”, 5.

232 Akşit, s. 135.

233 Akşit, s. 135.

234 Buhârî, “Şahadat”, 27; Müslim, “Akdiyye”, 4.

235 Müslim, “Cihad”, 2.

236 Buhârî, “İtk”, 20; Ebû Dâvûd, “Hudud”, 40.

man, su veya ateşle eziyet etme, çıplak bırakma gibi işkence türlerini ayrı ayrı tasrih ederek bunların caiz olmadığını,²³⁷ bu tarz uygulamaların mahkûm hukukunun ihlali olduğunu belirtmişlerdir.²³⁸ Nitekim Ebû Yûsuf, dönemin halifesine hitaben yazdığı *Kitabü'l-Harâc*'ında, had cezası veya mahkeme kararı olmadan, idarecilerin takdirine göre mahpuslara dayak atmalarının şer'an doğru olmadığını, sadece şer'in tayin ettiği sebeplerle dayak cezasının uygulanabileceğini;²³⁹ Serahsî de, mahpuslara dayak atma, ayakta bekletme, bağlama, zorla çalıştırma, çıplak bırakma gibi işkence ve aşağılama içeren cezaların uygulamasının meşru olmadığını söylemektedir.²⁴⁰

İslam hukukçuları, mahkûmun ibadetini yapmaktan engellenmesini, sövülme ve hakarete maruz kalmasını, saç ve sakalının kesilmesini, tırnağının çekilmesini, kemiklerinin kırılmasını, demir ve taşla dövülmesini, uykusuz bırakılmasını, tedaviden ve temizlikten mahrum bırakılmasını, sevimsiz veya zararlı böcek ve haşaratla bir arada yaşamaya mecbur edilmesini hak ihlali ve işkence kapsamında görmüşlerdir.²⁴¹ Kısaca İslam hukukunda mahpusun hayatına kasteden ve vücut bütünlüğüne yönelik olan her türlü hareket yasak ve haram görülmüştür.

İşkence neticesinde mahkûmun ölümüne sebebiyet vermek ceza gerektirir. Bu durumu taammüden adam öldürme olarak değerlendiren hukukçular da olmuştur. Aynı şekilde onun bir organına zarar vermek, diyeti gerektirir.²⁴²

Mahkûma yapılan geçmiş zamanların bütün işkence çeşitleri yasak ve haram kılındığı gibi modern dünyanın da bütün işkence çeşitleri yasaklanmıştır. Ancak İslam hukukunda, suçluları suç işlemekten caydırmak, suça ve suçlulara karşı toplumu himaye etmek amacıyla mahpusların te'dibi ve ıslahı için hakime ve idarecilere bir takım yetkiler tanınmıştır. Fakat bunun hukukun genel ilkeleri çerçevesinde ve insan onurunu zedelemeyecek ölçüde olması şart koşulmuştur.²⁴³

İslam hukuk doktrininde bu bağlamda tartışılan konular arasında mahpusların azarlanması, görüşmelerine sınır getirilmesi, yemek öğünlerinin azaltılması, hapisane içinde çalışmasına izin verilmemesi, eşi ile cinsel münasebetine engel olunması, hücre cezası verilmesi, azarlanması, yüzüne kara çalınması ve başka hapisanelere nakledilmesi gibi meseleler bulunmaktadır.²⁴⁴ Ancak bu cezalar ve tedbirler suçluyu suçundan caydıramıyorsa son çare olarak mahkûmun dayak ile

237 Ebû Yûsuf, s. 468; Serahsî, XX, 98; İbn Ferhûn, II, 125; İbn Âbidîn, VIII, 57; "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, XVI, 326-328; Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 62; Hülagu, s. 76-77.

238 Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 62

239 Ebû Yûsuf, s. 468.

240 Serahsî, s. 98.

241 Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 62; Ebû Gudde, s. 531-576.

242 "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, XVI, 327; Yıldırım, s. 80; Hülagu, s. 77.

243 Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 263; Günay, s. 48.

244 İbn Ferhûn, II, 224; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul 1968, VII, 307; Günay, s. 48; Bardakoğlu, "Hapis", *DİA*, XVI, 62.

cezalandırılabilmesine dair görüşler ileri sürülmüştür. İslam hukukçuları, hapisten önce de, hapis esnasında da yasak fiilleri işlemesi ve emredilen fiilleri terk etmesi halinde mahkûmun dayakla cezalandırılabilmesini savunurlar.²⁴⁵ Buna gerekçe olarak da şu olayları sayarlar:

1. Mahkûm, suçu meslek haline getirmiş ve diğer insanların korkmasına rahatsızlığına sebebiyet veriyorsa,
2. Mahkûm, hakkı söylemekten kaçınıyorsa ya da şahitliğine ihtiyaç duyulduğu halde şehadetten imtina ediyorsa,
3. Ödeme gücü olduğu hale borcunu ödemiyorsa,
4. Namazın ihmalinde ısrarcı ise,
5. Kaçtıktan sonra yakalanmışsa,
6. Verdiği fetvalarla dini ifsat ediyorsa (Müfti-yi mâcin)
7. Fitne, fesat yayıyorsa,
8. Ailesinin nafakasını ihmal ediyorsa,
9. Birden fazla evli olup da eşleri arasında adaletli davranmıyorsa, dayak bir ceza olarak düşünülebilir.²⁴⁶

Bu maddeler suçlu ve mahkûm kişinin son çare olarak dayakla cezalandırılabilmesinin örnekleridir. Duruma, şartlara ve olaylara göre bunlara farklı maddeler de ilave edilebilir. Ancak bu cezanın bir takım şartları vardır. Dayak sopa ile olmalıdır ve aşırıya gidilmemelidir. Bu cezalandırmada ölüm korkusu olmamalıdır. Çünkü dayak cezasında gaye, ölüm değil suçu önlemek veya kişiyi terbiye etmektir. Bunun için dayak cezası hamile kadınlara doğum yapıncaya kadar, doğumdan sonra da lohusalık müddeti geçinceye kadar kadınlara uygulanmaz. Hastalar iyileşinceye kadar, sarhoş ayılıncaya kadar dayak cezası infaz edilmez.²⁴⁷ Dayak cezası zarar verecek, sakat bırakacak, ölüme neden olacak şekilde uygulanamaz.²⁴⁸

Suçluya veya mahkûma, dayakta vurulacak azami sopa sayısında İslam hukukçuları ihtilaf etmiştir. Mahkûma üç sopa vurulur diyen hukukçu olduğu gibi yirmi, otuz dokuz, kırk, yetmiş beş, yetmiş dokuz sopa vurulur diyen de olmuştur. Bazı hukukçular ise bunun azami bir sınırı yoktur, demiştir. Bazı hukukçular da bunu hâkimin takdirine bırakmıştır.²⁴⁹

245 Ebû Gudde, s. 537.

246 İbn Âbidîn, VIII, 57; Ebû Gudde, s. 537-544; Ahmed, s. 364; Hülâgu, s. 78.

247 Akşit, s. 140.

248 Hülâgu, s. 77.

249 Mâverdi, s. 344; Merginâni, II, 405; İbn Ferhûn, II, 221-222; Üdeh, I, 597; Başoğlu, "Ta'zir", *DİA*, XXXX, 201; Âmir, s. 307-321; Çolak, Abdullah, *İslam Ceza Hukukunda Hafifletici Sebepler*, Konya 1999, s. 88.

XV. MAHKÛMLARIN TASNİF VE AYIRIMI

İslam hukuk açısından hüküm giymiş mahkûmlar, cinsiyet, yaş, güvenlik, suç şekilleri, ceza şekilleri, tutukluluk ve mahkûmiyet... gibi vasıflar ve gerekçeler dikkate alınarak kategorilere ayrılmaktadır. Bu husus adalet ilkesinin bir gereğidir.

Söz gelimi günümüzde trafik kazası gibi taksirli bir suçtan yatan bir kimsenin, uyuşturucu, cinsel taciz ya da yüz kızartıcı bir suçtan hükümlü mahkûmlarla birlikte kalması ona yapılan bir haksızlıktır.

Şimdi mahkûmların kategorilerini ele alalım:

A. MAHKÛMLARIN CİNSİYETLERİNE GÖRE AYRILMASI:

Hapis cezasının amaçlarından birisi suçluyu kötü duygulardan ve düşüncelerden kurtarmak ve ıslahına yardımcı olmaktır. Ancak kadınla erkeği aynı ortama bırakmak, kötü ve cinsel düşüncelere, yasak ve haram olan fiillere teşvik etmek olur ki İslam bunu “zinaya yaklaşmayın”²⁵⁰ ayeti ile zinaya öncülük eden tutum ve davranışları beraberinde yasaklamıştır.

Bunun yanında kadınla erkeği aynı ortamda hapsedmek sadece mahremiyet anlamında değil ruhen ve fitraten de doğru değildir. Çünkü her ne kadar ikisi insan da olsa fitratları ve ruh halleri birbirlerinden çok farklıdır. Onun için mahremiyeti korumak, fitnenin önüne geçmek, tarafların ruh ve fitrat özelliklerine zarar vermemek için kadının ve erkeğin hapsanelerini ayırmak gerekir. Nitekim Hz. Peygamber, Tay kabilesinden Adî b. Hatim'in kızı esirlerle birlikte Medine'ye getirilince onu Mescid-i Nebevi'nin kapısının yanında, hanımların hapsedildiği hurma dallarıyla çevrili bir yere koymuştur.²⁵¹ Yine Ben-i Kurayza kabilesini esir aldığı anda, haklarında hüküm verinceye kadar²⁵² kadınlarını ayrı erkeklerini ayrı yerde hapsedmiştir.²⁵³

Ömer b. Abdilaziz de valilerine gönderdiği talimatta kadın ve erkek mahpusların ayrı ayrı mekânlarda tutulmasını istemiştir.²⁵⁴

İslam hukukçuları, bütün bu nas ve gerekçelerden hareketle kadınla erkeğin ayrı ayrı mekanlarda ya da hapsanelerde hapsedilmesi gerektiği hususunda ittifak etmiştir.²⁵⁵

250 el-İsra, 17/32.

251 Kettâni, I, 249; Ebû Gudde, s. 328.

252 Serahsi, XX, 97; Kettâni, I, 246; Ebû Gudde, s. 328.

253 Ebû Gudde, s. 329.

254 Ebû Yûsuf, *Kitabü'l-Harâc*, s. 465; İbn Sa'd, *et-Tabakatü'l-kübrâ*, V, 356; Bardakoğlu, “Hapis”, *DİA*, XVI, 61; Aslan, Nasi, “Kur'an ve Sünnete Göre Sanık ve Mahkûm Hakları”, *Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları*, s. 548.

255 Serahsi, XX, 98; “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XVI, 317; Ebû Gudde, s. 329; Ahmed, s. 321; Bilmen, VII, 308; Bardakoğlu, *DİA*, “Hapis”, XVI, 61; Hülagu, s. 69; Ebu Lehiyb, *es- Sücn*, Riyad 1984, s.104.

Memluklar döneminde başkent olan Kahire'deki hapishanelerin bazıları meslek gruplarına, cinsiyete ve suçun türüne göre ayrılmıştır. Buna bağlı olarak emirler ile memurlara ayrı, kadınlara ayrı, valilere ayrı, katil ve hırsız gibi adli suçlulara ayrı, kadınlara ayrı hapishaneler bulunmaktaydı. Habs el-Hucre adı verilen bu hapishanede kadın suçlular ve özellikle muganniyeler (kadın şarkıcılar) tutuklu kalırlardı.²⁵⁶ Osmanlı devleti de, erkek ve kadın mahpusları ayrı hapishanelerde veya koğuşlarda hapsedmiştir.²⁵⁷ Nitekim Osmanlı'nın sembolleşmiş ya da en çok bilinen hapishanelerinden birisi olan Baba Cafer Zindanında kadın mahpuslara ayrı bir bölüm yapılmış, bu zindanda bazen on, bazen otuz bazen de altı kişiye kadar kadın mahkûm hapsedilmiştir.²⁵⁸ Osmanlıda bayan mahkûmlar için hapishane bulunmadığından kadın mahpuslar için imamın evi,²⁵⁹ bazen de muhtarın evi kadınlar için birer hapishane olarak kullanılmıştır.²⁶⁰

Osmanlıda 1912 yılına kadar kadın mahkûm ve tutuklu sayısının az olmasından dolayı kadınlar için ayrı bir hapishane yapılmasına kadın gardiyanların tayin edilmesine gerek görülmemiştir. Ancak 1912 yılından itibaren, giderek artan kadın mahkûm ve tutuklu sayısı kadın hapishanelerinin oluşturulmasını zorunlu kılmıştır.²⁶¹ Arşiv belgelerine göre, Osmanlı'nın son dönemlerinde, Bandırma, Çeşme, Isparta, Aydın, Kırkağaç, Niğde, Çankırı, Tosya, Konya, Haymana, Marmaris, Tarsus, Silvan, Şirvan ve Yafa'da kadınlara mahsus hapishaneler vardı.²⁶²

İslam hukukçularına göre, doğuştan hem erkeklik hem de dişilik organına sahip bulunan veya erkek mi kadın mı olduğu tespit edilemeyen müşkil-i hünsa denilen çift cinsiyetli kişi²⁶³ hapsedildiğinde ne kadınlarla ne de erkeklerle beraber aynı odada, koğuşta ya da mekanda hapsedilmez. Ancak kendisi gibi müşkil-i hünsa olanlarla hapsedilir. Ya da hapis yatan ve kendisine nikah düşmeyecek namahrem akrabaları varsa onlarla beraber bir yerde hapsedilir.²⁶⁴

B. MAHKÛMLARIN YAŞLARINA GÖRE AYRILMASI

İslam hukuku açısından mahkûmlar, yaşlarına göre de tasnif edilmiştir. Bununla büyüklerin küçükler üzerinde olumsuz etkide bulunmasının önlenmesi ve çocuk istismarına meydan vermemek hedeflenmiştir.

256 Kontantamer, Sâmira, *Memluklarda Hapishaneler* (Hapishane Kitabı), İstanbul 2010, s. 93-94.

257 Daşcıoğlu, Kemal, "Osmanlı Arşivlerine Göre Sinop Hapishanesinin Durumu", *Erdem Atatürk Kültür Merkezi Dergisi*, sy, 51, Ankara 2008, s. 70.

258 Karaca, Ali, *XIX. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Fahişe Hatunlara Uygulanan Cezalar: Hapis ve Sürgün* (Hapishane Kitabı), İstanbul 2010, s. 153; Yıldız, Gültekin, *Mapusane*, İstanbul 2012, s. 16.

259 Karaca, s. 154.

260 Karaca, s. 154.

261 Şen, Ömer, *Osmanlıda Mahkum Olmak*, İstanbul 2007, s. 157.

262 Gönen, Yasemin Saner, "Osmanlı İmparatorluğunda Hapishaneleri İyileştirme Girişimi 1917 Yılı" (Hapishane Kitabı), İstanbul 2010, s. 174.

263 Çeker, Orhan, *DA*, "Hünsa", İstanbul 1998, XVIII, 491.

264 "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fıkhyye*, XVI, 317; Ebû Gudde, s. 331.

İslam hukukunda balığ olmamış çocuklar mükellef olmadıklarından ceza ehliyetleri yoktur. Nitekim bir hadis-i şerifte “yazan kalem (sorumluluk) balığ oluncaya kadar kaldırılmıştır.”²⁶⁵ buyrulmaktadır. Ergen olmamış çocuğun ceza ehliyeti yoktur. Bu çağdaki bir çocuk suç teşkil eden bir fiilinden dolayı tedip dışında cezalandırılmaz.²⁶⁶ Bu te'dibin çeşitli yöntemleri vardır. Bunlar fıkıh kitaplarında sayılır.²⁶⁷ Ancak bazı İslam hukukçularına göre, ridde (dinden dönme), bağılık gibi suçlar için ergen olmamış çocuğu ceza olarak tedip olarak hafif bir hapis cezası verilebilir. Fakat bu hapis, babasının, ya da diğer bir yakının himayesinde yahut çocuk hapis-hanesinde olmalıdır.²⁶⁸

Ergen olmamış çocuk te'diben hapsedilirken yeni ergen olmuş çocuk her ne kadar yaşça küçük olsa da fıkhen mükellef ve büyük kabul edildiğinden bir suç işlediğinde ceza olarak hapsedilebilmektedir. İslam tarihine baktığımızda Hz. Peygamber ve Halifeler döneminde bu yaşlardaki kişilerin hapsi ile ilgili olarak bir vakaya rastlanmamaktadır. Ancak Osmanlı devletinde 15 yaşına kadar olanlarla, 15'ten 18 yaşına kadar olan mahkûmlar ayrı ayrı koşullarda hapsedilirdi.

18 yaşından büyük olanlar umumi koşullara konulsa da, diğerlerine göre daha genç oldukları için korunup kollanmasına özen gösterilirdi.²⁶⁹

C. MAHKÛMLARIN TUTUKLU VE MAHKÛM OLARAK AYRILMASI

Mahkûmların ayırma tabi tutulduğu hususlardan birisi de, tutuklu ve hükümlü tasnifidir. Tutuklu, bir töhmetten ya da kendisine bir suç isnat edildiğinden veya davası devam ettiğinden tedbiren hapsedilmiş kimseye denir. Bu kimsenin hapsedilmesinin gayesi kaçmasını önlemek, mahkeme sonuçlanıncaya kadar onu tedbiren hapsedmektir. Ancak bu koruma amaçlı bir tedbirdir, ceza değildir. Mahkûm ise, hakkında kesin hüküm verilmiş ve suçlu bulunduğu için hapsedilmiş kimse, demektir.²⁷⁰

İslam tarihinde hakkında kesin karar verilmemiş olan tutuklular, kadı hapis-hanelerinde, haklarında kesin hüküm verilmiş suçlular ise vali hapis-hanelerinde tutulurdu. Adam öldürmek, hırsızlık yapmak gibi ağır suçları işleyenler hapsedildikleri vakit bina ve koruma yönünden daha emniyetli olan vali hapis-hanelerine konulurdu. Ancak borç gibi suçlardan dolayı gözaltına alınanlar veya hapsedilenler şartları daha hafif olan kadı hapis-hanelerine konulurdu.²⁷¹ Nitekim Ömer b. Abdi-

265 Ebû Dâvûd, “Hudud”, 17.

266 “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, XVI, 318; Ebû Gudde, s. 332.

267 Ebû Gudde, s. 333.

268 Bardakoğlu, “Hapis”, *DİA*, XVI, 62.

269 Şen, Ömer, *Osmanlı'da Mahkûm Olmak*, İstanbul 2007, s. 109.

270 “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, XVI, 318.

271 Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 256; “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, XVI, 318.

laziz, valilere gönderdiği bir genelgede, borcundan dolayı hapsedilenlerle ağır suç işleyenlerin aynı yerde hapsedilmemelerini istemiştir.²⁷²

Tutuklu ile mahkûm ayrı yarı yerlerde hapsedilmelidir. Tutuklulara uygulanacak disiplin kuralları da mahkûmlardan daha hafif olmalıdır. Tutuklular, henüz mahkûm olmadıkları için, mahkûmlardan ayrı bir uygulamaya tabi tutulmalıdır. Tutuklulara, mahkûmlar gibi katı disiplin kuralları uygulanmamalıdır. Dolayısıyla tutuklular için “tutukevi”, mahkûmlar için de “cezaevi” yapılmalıdır.²⁷³

D. HAPSİN SEBEBİNE GÖRE TASNİFİ

Mahkûmların tasniflerinden birisi de, işlenen suça göre bir ayırım yapmaktır. Farklı suçlardan dolayı hapse mahkûm edilenleri aynı çatı altında, aynı odada veya aynı ortamda hapsedmek uygun değildir. Zira duruma göre borcunu ödemeyen de terör suçlusunu da hapis cezasına çarptırılabilir. Ya da bir cinayet işlemiş bir katil ile birisine hakaret eden bir kişiye de hapis cezası verilebilir. Dolayısıyla işlenen suça göre mahkûmları hapis hane tasnif etmek gerekir. Çünkü bir terör suçlusunu ile borcunu ödemeyen veya ödeyemeyen kişi ile veya bir katil ile birisine hakaret etmiş kişiyi aynı yerde hapsedmek, mahkûmun ıslahına değil, daha da bozulmasına sebep olabilir. Bunun yanında hapis hane suçluların bir araya gelip bir suç okulu oluşturmamaları için de sınıflandırılmaları isabetli bir yol gibi görülmektedir.

İslam tarihinde, mahkûmların işledikleri suça göre, iki tür hapis hane hapsedildiklerini görmekteyiz. Biri yargıya bağlı adi suçluların bulunduğu hapis hane, diğeri ise idareye bağlı ağır suçluların bulunduğu sicnu'l-lusûstur (hırsızlar hapis hanesi).

Hapis cezasına konu olan suçların ağır olanlarını belirlemede iki kriter kullanmak mümkündür:

1. Aslında had suçları olan ama tipe uygunluk şartı bulunmadığı için had cezasının tatbik edilmediği suçlar (hırsızın çaldığı malın hırsız (emniyet) de olmaması gibi).

2. Ta'zîr suçları kapsamında olup da, kamu düzenini ve ahlakını bozmaya yönelik işlenen suçlar. (Geceyin silah çekip şehirde insanları korkutmak, mallarını almak gibi)

Ağır suçlar kavramı altında şu gruplar toplanmaktadır: Gayr-i ahlaki suçları işleyenler, hırsızlık, yan kesicilik gibi mal emniyetini ihlal eden suçları işleyenler ve can güvenliğini tehdit eden suçları işleyenler.

Bu tip suçları işleyen mahpuslara yapılacak muamelenin, daha sert olması gerekir. Nitekim Ömer b. Abdilaziz valilerine yazdığı fermanlarda mahpusların bağ-

272 İbn Sa'd, *et-Tabakatü'l-kübrâ*, V, 356.

273 Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 517.

lanmamalarını isterken, bu tarz suçları istisna etmiştir. Gerekçesi ise suçluların kaçmalarını önlemek ve infazlarını ağırlaştırmaktır.

Bütün bu anlatılanlar ışığında denilebilir ki işlenen suçun büyüklüğüne ve çeşidine göre mahkûmlar tasnif edilmelidir. Özellikle katiller, hırsızlar, bâğiler ve terör suçu işleyenler, adi suç işleyenlerle birlikte hapsedilmemelidir.

E. MAHKÛMLARIN TOPLU VEYA FERDİ OLARAK TASNİFİ

Hapis cezasında veya hapisane hayatında asıl olan toplu halde cezayı çekmektir.²⁷⁴ Çünkü insan suçlu da olsa sosyal bir varlıktır. Bu yüzden konuşmaya, dinlemeye, dertleşmeye ihtiyacı vardır.

Dolayısıyla mahpusun bu yönüne binaen, suç işlemiş ve hapis cezasına çarptırılmış kişiler aynı mekanda hapsedilebilir. Hapisteki suçluları tecrit edip yalnızlığa mahkûm etmek onların mahpusun ıslahına değil, fesadına sebep olabilir. Bu da hapis cezasının gayelerinden ve beklentilerinden değildir. Hz. Peygamber Ben-ü Kurayz'a'yı haklarında hüküm verilinceye kadar Usâme b. Zeyd'in evinde toplu halde hapsedmiştir.²⁷⁵ Ebu Lubabe'yi ve Sumame'yi bir arada hapsedmiştir.²⁷⁶

Hapis cezasına çarptırılmış kişiler belli kurallara bağlı olarak aynı mekanda hapsedilebilir. Ancak olması gereken sayıdan fazla kişiyi aynı mekanda hapsedmek veya olması gereken fiziki şartları sağlamayarak mahkûmların günlük ihtiyaçlarına uygun ve mahremiyete saygıyı zorlaştıracak eksikliklerin giderilmesi gerekir. Nitekim Kettânî, şöyle der: “Müslümanlardan hiç kimse, dar bir yerde, kalabalık bir grubu, abdest almalarına, namaz kılmalarına elverişli olmayan ve birbirlerinin mahrem yerlerini görececek bir ortamda hapsedmeyi caiz göremez.”²⁷⁷

Dolayısıyla hapisanenin bu fiziki şartlarını sağlamak kaydıyla mahkûmun cinsiyeti, yaşı, işlediği suç ve aldığı ceza da göz önünde bulundurularak mahkûmları toplu halde hapsedmek İslam hukuku açısından caizdir.²⁷⁸

Ancak toplu halde kalan mahkûmların birbirilerini olumsuz anlamda etkilemeleri söz konusu ise bir arada hapsedilmezler. Aynı şeklide terör, çete gibi suçlardan yatanlar da aynı mekanda toplu halde hapsedilmemelidir. Bu kişiler ya münferit bir yere hapsedilmeli ya da olumsuz anlamda etkilemeleri söz konusu olmayacak başka suçlular ile hapsedilmelidirler. Nitekim günümüzde bu tür suçlulara genellikle ikişer, üçer kişilik hücreler hazırlanmıştır.

274 “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fıkhyye*, XVI, 319.

275 Serahsî, XX, 97.

276 Ebû Gudde, s. 355.

277 Kettânî, I, 246.

278 “el-Habs”, *el-Mevsûatü'l-Fıkhyye*, XVI, 319.

İslam hukukuna göre, mahkûmun toplu halde hapsedilmesi esas olmakla birlikte, duruma, maslahata, şartlara, işlenen suçlara ve kişinin hapisanedeki durum ve davranışına göre mahkûm, tek başına bir hücrede hapsedilebilir.²⁷⁹

İslam hukukçuları, bu duruma Tebük Gazvesine katılmayan Ka'b b. Mâlik'in tek başına hapsedilmesini örnek göstermektedirler.²⁸⁰ Bu hukukçulara göre, mahkûmun tek başına hapsedilmesinin gerekçesi, bir hakkı vermekten imtina etmesi, fesada sebep olma, birilerine hileyi ve kötülüğü öğretme veya başkasından öğrenme, hapisneden kaçma ve irtidat... gibi sebeplerdir.²⁸¹ Bu gerekçelere, günümüzde artan suç çeşitlerine binaen yeni suçlar ve gerekçeler de eklenebilir.

Buna göre mahkûmlar, belli kurallara ve sayıya riayet ederek toplu halde hapsedilmelidir. Mahkûmları olumsuz anlamda etkileyecek veya zarar verecek kişiler söz konusu olduğunda, gerektiğinde bu kişiler münferiden hapsedilmelidirler. Aynı şekilde duruma ve maslahata binaen başka suçlular da münferiden bir odada, hücrede tek başlarına hapsedilebilir.

XVI.MAHKÛMUN TAHLİYE SÜRECİ VE ŞARTLARI

Mahkûm, işlediği suçun cezasını çektikten sonra ya da aranan şartlar gerçekleşince tahliye yani özgürlüğüne kavuşma hakkını elde eder. Suç işlemiş kimse cezasını çekip bitirince tahliye edilip hürriyetine kavuşturulur. Çünkü suça takdir edilen ceza bitmiştir. Ceza bittiği halde onu hapsedmek, cezada haddi aşma olur ki bu da caiz değildir. Ancak suçlunun rehabilitasyonu ta'zîr cezalarının temel amaçlarından²⁸² Ta'zîr cezalarından olan hapsin de amacı ıslahı mümkün olanları ta'zîr ve tedip, olmayanları toplumun korunması için tutmaktır.²⁸³

Suçlunun ıslahı temel amaç olunca hapis ile suçluyu cezalandırmanın yanında onun eğitilmesi, kötü alışkanlıklarından arındırılarak topluma yeniden kazandırılması gerekir. Bunun için mahpus hapisnede eğitilir, çalıştırılır, topluma kazandırılmak amacıyla rehabilitasyon işlemlerine tabi tutulur, uslanırsa serbest bırakılır. Ancak ıslah olmayan ya da ıslah belirtisi bulunmayan mahpusların hapsi uzatılabilir. Çünkü hapis cezasından güdülen ıslah amacı elde edilememiştir. Nitekim Osmanlıda mahkûmun tahliyesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekirdi. Mahpusun uslanması ve uslandığına dair kefil bulması.²⁸⁴

279 "el-Habs", *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XVI, 319; Ebû Gudde, s. 353.

280 Serahsî, XX, 95.

281 Ebû Gudde, s. 354, 557.

282 Avcı, *Hukuk Tarihimizde Hapis*, s. 233.

283 İbn Ferhûn, *Tabsiratu'l-hükkam*, II, 217.

284 Avcı, *Hukuk Tarihimizde Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar*, *Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 2, Gaziantep 2013, s. 219.

Mahkûmun ıslah olması, mahpusun pişmanlık duyarak halini düzeltmesi ve toplum içine çıktıktan sonra bir daha suç işleme tehlikesinin olmamasıdır. Bu da suçlunun iç dünyasında kalan bir pişmanlık duygusundan ziyade dışa akseden davranışlarında belirgin bir iyileşmenin ve iyi halin gözlenmesidir.²⁸⁵ Mahpus, ıslah olması halinde ölüm (ta'zîren katl) cezası almış olsa bile affedilerek tahliye edilebilir.²⁸⁶

Mahpusun uslandığına dair kefil bulması ise, hapis cezasına çarptırılan kimsenin ıslah olduğuna ve bir daha suç işlemeyeceğine dair birisinin kefil olmasıdır.²⁸⁷ Bu kefillik, bir anlamda gönüllü denetimli serbestlik elemanı bulmadır.²⁸⁸

İslam tarihinde bunun örnekleri vardır. Nitekim Hz. Ömer, insanları hicvetmekten hapis cezasına çarptırılan Hutay'e adındaki şairi, bir daha hicvetmemesi garantisi ile Amr b. As'ın kefilliğinde hapisshaneden serbest bırakmıştı.²⁸⁹ Aynı şekilde, "Osmanlıda suç işleyen bir kimse hapis cezasına çarptırıldığında ıslah olduğuna ve bir daha suç işlemeyeceğine dair komşuları kefil olursa o kişi hapisshaneden tahliye edilebiliyordu. Ancak tahliye için mahpusun ıslah olduğunun anlaşılması, komşularının aynı yönde beyanda bulunmaları ve gerektiğinde onu bulup getirmeyi tekellüf etmeleri gerekirdi. Ayrıca tahliye sırasında mahpusa bir daha suç işlemesi halinde daha ağır bir ceza ile cezalandırılacağı ihtar edilirdi."²⁹⁰

Yine Osmanlıda, suç şüphesi ile gözaltına alınan bir kimse eğer sabıkalı değilse ve ortada cürm-i meşhut yani şahitlerce görülmüş bir suç yoksa güvenilir bir kimsenin kefil olması ile serbest bırakılma uygulaması vardı. Bu şekilde serbest bırakılan kimse tutuksuz olarak yargılanır ve yargılama sonucunda suçlu bulunursa cezalandırılırdı.²⁹¹ Şayet mahpus ıslah olduğuna dair kefil bulamaz ise hapis süresi uzatılırdı.²⁹²

Buradaki kefâlet, bir kimsenin şahsını mahkemeye veya belirlenmiş başka bir yere ihzar ve teslim kefil olmaktır.²⁹³

"İslam hukukçuları, aralarındaki kavram farklılığına ve hukuki sonuçlarında az da olsa ihtilaf etmelerine rağmen bu kefâlet türüyle, borçlu (sanık) veya davalının borcunu ödemek ya da yargılanmak üzere mahkemeye ihzarını kasdetmektedirler. Bu kefâlet türüyle bir şahsın cezasını üstlenmek veya onun yerine cezalandırılmayı

285 Avcı, "Hukuk Tarihimizde Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar...", s. 214-219.

286 Mumcu, Ahmet, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katil*, Ankara 1985, s. 144.

287 Demir, Abdullah, *Günümüze Mesajlarıyla Osmanlı Adaleti Karınca Hakkını Arayınca*, İzmir 2011, s.115.

288 Avcı, "Hukuk Tarihimizde Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar...", s. 219.

289 Ebû Gudde, s. 93.

290 Demir, s.115.

291 Demir, s. 97.

292 Avcı, "Hukuk Tarihimizde Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar...", s. 219.

293 Serahsi, XIX, 200; İbn Rüşd, s. 680; Mevsili, *el-İhtiyâr*, II, 201; Bilmen, VI, 244; Apaydın, H. Yunus, "Kefâlet", *DİA*, Ankara 2002, XXV, 170; Kahraman, Abdullah, *İslam Hukukunda Şahsa (nefse) Kefalet Müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Usulündeki Kefaletle Salıverme Müessesesi İle Mukayesesi*, *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 2, Sivas 1998, s. 301.

kabul etmek kastedilmemektedir. Çünkü İslam ceza hukukunda cezanın şahsiliği prensibi söz konusudur.²⁹⁴ Aynı şekilde Kur'an'da, "hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez."²⁹⁵ buyurulmaktadır.

"Bu sebeptendir ki, kişi şahsına kefil olduğu kimsenin yerine cezalandırılmaz. Bunun bir sonucu olarak İslam hukukçuları bizzat cezaya kefâleti caiz görmemişlerdir.²⁹⁶ Çünkü kefâletin temel şartlarından biri de borcun konusunun kefilden tahsilinin mümkün olmasıdır.²⁹⁷ Ancak kısas, had, zina, hırsızlık ve kazif suçundan dolayı kendisine had uygulanacak şahsı veya ta'zîr cezası bulunanı bu cezaların tatbiki için mahkemeye ihzara kefâlet caiz görülmüştür.²⁹⁸ Dolayısıyla bu kefâlet bir teminat ve teslim borcudur. Bu hem cezaların infazında hem de borçların ifasında bir teminattır. Onun için şahsa kefâlet, hem cezaların infazı hem de borç ve haksız fiilden dolayı bir şahsın mahkemeye ihzarı için yapılabilmektedir. Bir başka ifade ile bir şahsa, hem üzerine terettüp eden suçun infazı hem de uhdesinde bulunan borçların ifası için kefil olunabilmektedir."²⁹⁹

Mahkûm, cezasını çektikten ve ıslah olduktan sonra tahliye olma hakkı olduğu gibi idarenin de mahkûmun hapisane sonrası hayatını idame ettirme ve tekrar suç işleyip hapisaneyeye düşmemesi için bir takım tedbirleri alma görevi vardır.

XVII. MAHKÛMUN HAPİS SONRASI HAKLARI ve TOPLUMA KAZANDIRILMASINA YÖNELİK FAALİYETLER

Hapis sonrası hakların başında mahpusun itibarının iade edilmesi gelmektedir. Mahpusun itibarını iade etmemek, bir ölçüde hapis halinin devam etmesi demektir. Hayatında bir kez suç işlemiş birini devamlı o suç ile anmak, erdemli bir davranış değildir. Dahası cezası çekilmiş olan suç, artık işlenmemiş gibidir. Nitekim Hz. Peygamber, "günahından tövbe eden, hiç günah işlememiş gibidir."³⁰⁰ buyurmaktadır.

"Toplum genel olarak suç işleyenleri reddeder, kendinden soyutlamaya çalışır. Bu şekilde toplum, kendini suçludan koruduğunu düşünür. Böyle davranarak toplum kendi içinde kendinden bağımsız bir suç dünyası oluşturduğunu fark edemez. Toplum, tahliye olmuş suçluya bir şans daha verip, onu hayata döndürmeye çalışmamakla, onu tekrar suç işlemeye mecbur bıraktığının farkında değildir. Bu

294 Kahraman, s. 302; Bilmen, VI, 256.

295 el-Fatır, 35/18.

296 Kahraman, s. 302; Apaydın, H. Yunus, "Kefâlet", *DİA*, XXV, 173; "Ukubâtta niyabet cari olmaz." Bkz. Bilmen, VI, 256.

297 Serahsi, XIX, 200; Mevsili, II, 201; Bilmen, VI, 256; Apaydın, H. Yunus, "Kefâlet", *DİA*, XXV, 174.

298 Serahsi, XIX, 202; İbn Rüşd, s. 681; Şirbinî, III, 170; Kahraman, s. 302

299 Kahraman, s. 302-309.

300 İbn Mâce, "Zühd", 30.

nedenle suç işlemiş kişileri suç ortamından kurtarmanın bir yolu, itibarının iadesi ve toplumda yerlerini alabilmelerini sağlamaktır. Bunun için de aralarına dönen mahpusa, kucak açmaları gerekir.”³⁰¹

“Kendisine itici davranıldığını gören hükümlü dışlanmışlık psikolojisi içinde tekrar suça yönelebilir. İslam hukuku açısından konuya baktığımızda, infazı ile suçun cezası son bulmuştur. İslam’ın suç saydığı bir fiili irtikap eden suçlu, cezasını çeker. Cezasının infazı ile hedeflenen ıslah gerçekleşmiştir. Genel ve özel önleme meydana gelmiştir. Suçlu üzerinde toplumun veya fertlerin başka bir hakkı kalmamıştır. Bundan dolayı suçun cezasının infazından sonra devam ettirilmesi, İslam hukuku açısından haddi aşma olur. O halde haddi aşmama adına suçluyu dışlamak yerine onu kazanmaya çalışmak ve normal bir vatandaş olarak hayatını devam ettirmesine yardımcı olmak gerekir.”³⁰² Hz. Peygamber, cezasını çekmiş olan suçluya onur kırıcı şekilde hitap edenleri azarlamış, cezasını çekmekle suçtan kurtulduğunu ifade etmiştir.³⁰³

Hiçbir suç cezasız kalmamalı ama her cezanın da bir sınırı olmalıdır. Mahkûm için de suçun cezası hapisshaneden tahliye olmakla birlikte bitmeli, tahliye ile birlikte diğer insanlar gibi hayatına devam edebilmelidir. Bunun için de idarenin, tahliye olmuş mahpusun hayatını kolaylaştırma adına elinden tutması ve bir takım haklar tanıyarak onun tekrar suç işleyip hapisshaneye dönmemesi için yardımcı olması gerekir. Hatta imkan varsa mahkûma bir takım imtiyazlar tanınmalıdır. Zira tahliye olmuş kimsenin topluma intibak etmesi, geçimini sağlaması zorlaşabilir. Zorluklar elbirliği ile daha kolay aşılır. Durum bu olunca hürriyetine kavuşmuş mahpus, toplumun kendisini dışladığını, düşman olarak gördüğünü düşünmeye başlar. Böyle bir düşünce onu tekrar suça itebilir. Bu ise onun rehabilitesi için harcanan bütün emeklerin boşa gitmesi demektir. Bunun için hapisshane sonrası haklarının gözetilmesi gerekir.³⁰⁴ Onun yeni hayata uyum sağlayıp tekrar suç işlememesi için ona rehberlik edilmeli ve bir takım haklar tanınmalıdır ki tekrar suç işlemesine engel olunabilsin.

Cezasının infazından sonra toplumun da suçluya karşı sorumlulukları vardır. Bunların başında onu tekrar suça itecek nedenleri ortadan kaldırmak gelir. Aynı şekilde içinde yaşadığı ve kendisini suça iten ortamdan kurtulmasına yardımcı olmak gerekir. Bu anlamda hapis sonrası mahpusla ilgilenilmesi iki açıdan önem arz eder.

1. Uzun bir müddet hapiste kalmış olan suçlu bu dönem içinde toplumdan kopuk kalmıştır. Suçlunun ıslah edilmeye çalışıldığı cezaevi ortamı, yapay bir ortam-

301 Yıldırım, s. 103.

302 Yıldırım, s. 103.

303 Buhârî, “Hadler”, 14.

304 Yıldırım, s. 102.

dır. Yaşadığı, büyüdüğü ve kendisini suça iten ortamın dışında yapay bir ortamda uzunca bir müddet kalan mahpusun, tekrar eski ortama döndüğünde suça yönelme ihtimali yüksektir.

2. Hayat çok hızlı değiştiğinden durağan bir hayattan tahliye olan mahpus eski ortamına döndüğünde birçok şeyin değişmiş olduğunu görür. Mahpus, hapisnede edindiği yeni alışkanlıklarla dışarıda bıraktığı yaşam, bir çatışma hali oluşturacaktır. Bu durumda mahkûmun hangi tarafa meyledeceğini kestirmek kolay değildir. Tüm bu nedenlerle mahpusun elinden tutmak gerekir.³⁰⁵ Bunun için ilk yapılacak şey ona iş imkanı sağlamaktır. Çünkü bir işe sahip olan eski mahpus yeni bir hayata başlama imkanı bulacaktır. Bunun için devlet mahkûmlardan işçi, memur istihdam etmeli, özel sektörde de belli bir oranda zorunlu kılmalı, kendi işini kurmak isteyenlere teşvik yardımı yapmalıdır.

Bunun yanında mahpus, ihtiyaç durumunda sosyal yardımlarla da desteklenmelidir. Nitekim Hz. Peygamberin eşi Hz. Aişe'ye iftira atanlar içinde, Hz. Ebû Bekir'in yardımıyla geçinen Mistah adında bir sahabe de vardı. Hz. Aişe'ye atılan iftiraya binaen Hz. Ebû Bekir, Mistah'a bir daha yardım etmemeye yemin etmişti. Fakat bu davranışın doğru olmadığını belirten "içinizden varlık ve servet sahibi kimseler yakınlarına, düşkünlere ve Allah yolunda hicret edenlere (kendi mallarından bir şeyi) vermeyeceklerine yemin etmesinler. Onları affetsinler, vazgeçip iyi muamelede bulunsunlar."³⁰⁶ Ayeti inince Hz. Ebû Bekir yeminini bozmuş ve Mistah'a yardım etmeye devam etmiştir.³⁰⁷

Dolayısıyla toplum ve idare, hapis sonrası mahkûmların topluma entegrasyonlarının sağlanabilmesi, yeniden suç işleyip hapishaneye dönmemesi için, yalnız kalmayacakları bir ortama kapı aralamalıdır.

SONUÇ

İnsanın doğuştan sahip olduğu bir takım hakları vardır. Bu haklar bütün insanlar için söz konusudur ve İslam'ın koruması altındadır. Mahkûm da bu haklara sahip olan insanlardan birisidir.

Bir suçtan dolayı hapse atılmış da olsa mahkûmun bir takım hakları vardır. Bu hakları kullanabilmesi için de ona ortam hazırlanmalıdır. Bunun için mahkûmun insan olduğunun unutulmaması ve insani haklarından yararlandırılması gerekir ki, buna mahkûmun hakları denilmektedir.

305 Yıldırım, s. 104.

306 en-Nur, 24/22.

307 Ebû Dâvûd, "Hudud", 34; Tirmizî, "Tefsir", 25; Algül, Hüseyin, "Mistah b. Üsâse", *DİA*, İstanbul 2005, XXX, 188.

İslam hukukçuları yaşadıkları dönemde mahkûmun bu hakları ile ilgili uygulamadaki aksaklıkları görerek, olması gerekeni kurallar manzumesi olarak dönemin idarecilerine takdim etmiş veya hatırlatmışlardır.

Ebû Yûsuf'un, Harun Reşid'e takdim ettiği tavsiyeleri, bu kurallar manzumesinin en meşhuru ve kapsamlısıdır. Ebû Yûsuf tavsiyelerinde, mahkûmun iâşe, giyim gibi zaruri ihtiyaçlarının karşılanması, ibadet etmesine imkan tanınması ve işkence edilmemesini istemektedir. Ayrıca insanların mağdur olmaması için suçlu ile suçsuzun ayırt edilmesi, gecikmelere mahal vermemek için de adalet mekanizmasının harekete geçirilmesini tavsiye etmektedir.

Ebû Yûsuf'un bu tavsiyeleri bu gün dahi mahkûmların ve hapisanelerin ıslahı için yapılacak düzenlemelerde, üzerinde önemle durulması ve dikkate alınması gereken niteliktedir.

Hapisten güdülen amaç ve faydanın hâsıl olması için hapsedilen mahkûmlarla ilgili şu ilkeler göz önünde bulundurulmalıdır:

Tutukevi ile cezaevi ayrı ayrı olmalıdır. Hapishane, mahkûmların suç tipine, cinsiyetine, hapis müddetine göre ayrı ayrı oluşturulmalıdır.

Hapisteki mahkûmun temel insani hakları ile temel ihtiyaçlarının karşılanması hukuki güvence altında olmalı ve yetkili makamlar bu konuda duyarlı davranmalıdır.

Mahkûmların yiyecek, içecek, giyim ve yatak gibi ihtiyaçların temini, hastalanan mahkûmların tedavisi vb. için gerekli masraflar devlet bütçesinden karşılanmalıdır.

Mahkûmun ibadet etme hakkı vardır. Bunun için namaz, oruç gibi dini görev ve haklarından yararlanmasına imkan sağlanmalıdır. Fakat cuma, bayram namazları ve hac ziyareti gibi ibadetlerin ifası için dışarıya çıkmasına izin verilmez.

Mahkûmun ıslahı açısından manevi eğitime özel bir önem vermek gerekir. Bu, mahkûmun ruh sağlığı açısından önemli olduğu gibi toplumsal huzur açısından da gereklidir.

Hapis cezası, İslam hukuku açısından kişinin eda/fiil ehliyetini sınırlandıran veya ortadan kaldıran bir özelliğe sahip değildir. Dolayısıyla kişinin hukuki kişiliğine zarar vermemektedir. Ancak hapis, özünde var olan dış dünya ile irtibatı kesmesi sebebiyle kişinin tasarruflarına bir kısıtlama da getirmektedir. Fakat bu, mahkûmun tüm tasarruflarına engel olunacağı, hacedileceği anlamına gelmemelidir. Zira mahkûmun her halükarda hakiki kişiliği devam etmektedir.

Hapis, temel insani ihtiyaçlar açısından eşi ve çocukları da cezalandıran bir özelliğe dönüşmemelidir.

Mahkûmun çalışması teşvik edilmeli ve çalışma imkanı hazırlanmalıdır. Bu bağlamda meslek sahibi olması ya da sanatsal bir faaliyette bulunması için imkan hazırlanmalıdır.

Mahkûmun haberleşme ve ziyaret edilme hakkı vardır. Bu haklar keyfi olarak engellenemez veya ortadan kaldırılamaz. Çünkü suçlu da olsa mahkûmun dışarıda kalan bir ailesi ve çevresi vardır.

Tutukluya, kendi davasının duruşmasında hazır bulunması, başka bir davada tanıklık için mahkemeye gitmesi, akrabasının cenazesinde bulunması gibi başka özel sebeplerle izin verilebilir.

İnsana işkence tarih boyunca yasaklanmıştır. İşkence yasak olduğundan mahkûmu yaralamak, dövmek, bağlamak, sıkmak, suya batırmak, aç, susuz, sıcak ve soğukta bırakmak, elbisesini soymak, onurunu kırmak, ibadet ve tuvalet ihtiyaçlarını engellemek de yasaktır.

Hapishane veya bugünkü ifade ile cezaevi bütün bu hakları sunabilecek fiziki şartlara sahip olmalıdır.

İSLÂM HUKUKUNDA HAPİS HAKKI (HAKKU'L-HAPS) KAVRAMI

Arş. Gör. Dr. Recep ÖZDEMİR*

Özet: BTicaret hayatının güven temelini oluşturan teminât hukukunda, teminâtı sağlayan vasıtalar değerlendirilmektedir. Teminât vasıtları genel olarak aynı teminât ve şahsî teminâtlar olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Teminât vasıtaları arasında yer alan hapis hakkı, belli bir mala istinat ettiği için aynı teminât olarak kabul edilmektedir. Genel bir ilke olarak hapis hakkı İslâm hukukunun klasik kaynaklarında ele alınmaktadır. İslâm hukukunda hapis hakkı, kendine özgü hükümlerle ticarî hayatı ilgilendiren konular bağlamında ele alınmıştır. İslâm hukukunun klasik literatüründe ele alınan hapis hakkı, bazı hallerde ödemezlik def'inin bazı durumlarda ise genel hapis hakkının özelliklerini yansıtmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hapis Hakkı, İslâm Hukuku, Teminât, Borç, Akit.

The Concept of Sales Incarceration (haku'l-haps) in Islamic Law

Abstract: In the guarantees law that forms the basis of the commercial life, means of collateral providing are evaluated. Collateral means are generally divided into two parts; collateral and personal guarantees. Sales incarceration which is among the guarantee means is considered as a kind of guarantee, since it's based on certain goods. As a general principle, sales incarceration is discussed in the classical sources of Islamic law. Sales incarceration in Islamic law, with the rules special to it, is discussed in the context of the topics that concern the commercial life. Sales incarceration which is discussed in the classical literature of Islamic law, on the some cases reflects the characteristics of defense of non-performance and on the others it reflects the characteristics of general sales incarceration.

Keywords: Sales Incarceration, Islamic Law, Guarantees, Debt, Contracting.

GİRİŞ

Hapis hakkı, teminât hukukunun bir bölümünü oluşturan fer'i aynı haklar arasında yer almaktadır.¹ Bu hak çeşidi, diğer aynı teminât vasıtalarından ayrı olarak hukukî bir işleme dayanmaz. Hapis hakkında, belli bir aynın, belli bir alacak karşılığında rehin olacağına ilişkin herhangi bir anlaşma yoktur. Alacak karşılığında bir aynın üzerinde kurulan aynı hak, doğrudan kanundan doğmaktadır. Rehin akdinde akitten sonra teşekkül eden aynı hakta olduğu gibi hapis hakkının doğması için hukukî bir işleme gerek yoktur. Hapis hakkında bir çeşit "kanunî rehin" söz konusudur.²

* Adıyaman Üniversitesi İslâmî İlimler Fakültesi İslâm Hukuku Anabilim Dalı, celoglu23@gmail.com

1 Medkür, Muhammed Sellâm, *Medhal li'l-Fıkhî'l-İslâm*, Kahire 1996, s. 513; Abdullah Demir, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2010, s. 204.

2 Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Fıkhü'l-İslâm fî Sevbihî'l-Cedid I-III*, Dimeşk 1968, III, s. 898; Aydın Aybak-Hüseyn Hatemi, *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul 1981, s. 208.

Hapis hakkının amacı, karşı edim îfâ edilinceye kadar alacaklıya kendi edimini îfâ etmede kaçınma hakkını vermek suretiyle, hapis hakkına sahip taraf açısından temînât sağlamaktır. Hapis hakkının bir diğer amacı, ediminin gereğini yerine getirmeyen taraf üzerinde baskı oluşturmaktır.³

İlke olarak hapis hakkının kökeni Roma hukukuna dayanır.⁴ Roma hukukunda, hapis hakkı sistematik bir tarzda düzenlenmemiş; sadece ibtidâî şekilde vedîa, satım akdi gibi bazı akitlerde geçerlidir. Bu da genelde umumî bir def’i hakkı şeklinde tecelli etmektedir.⁵

Roma hukukunda satım akdinde önce kimin îfâda bulunacağı tarafların anlaşmasına bağlıdır. Anlaşma olmadığı durumlarda her iki tarafın, edimini aynı anda yerine getirmesi gerekir. Def’i hakkı taraflardan birinin edimini yerine getirmeden diğerinden edimini yerine getirmesini istemesi halinde söz konu olduğundan satıcı, malı teslim etmeden parasını istemek için dava (actio ventini) açarsa, alıcı teslim edilmemiş mal def’i; alıcı, semeni ödemedi malın teslimini istemek için dava (actio empti) açarsa satıcı, ödenmemiş para def’i ileri sürebilir.⁶

Türk hukuk doktrininde hapis hakkının anlam çerçevesiyle ilgili birbirinden farklı özelliklere sahip fakat alacaklıya temînât sağlaması yönüyle benzer bir amacı güden çeşitli tasarruflar mevcuttur. Bunlar arasında sayılan “genel hapis hakkı”, alacaklıya zilyetliğinde bulunan ve borçluya ait bir malı iade etmekten kaçınma ve alacağını tahsil için söz konusu malı paraya çevirtme yetkisi veren, bir aynı hak olarak tanımlanmaktadır. Genel hapis hakkı, sadece taşınır eşyalar ve kıymetli evrak üzerinde kurulabilen, doğrudan kanundan doğan bir taşınır rehin çeşididir.⁷ “Özel hapis hakkı” kavramı ise komisyoncunun, ardiyecinin hapis hakkı gibi borçlar hukukunda düzenlenmiş hapis hakkını ifade etmek için kullanılmaktadır.⁸ Özel hapis hakkı, ücret karşılığı ödünç alanın, otelcinin, komisyoncunun, kayıp eşya bulanın,

3 Mahmasâni, Suphi, *Nazâriyetü'l-âmme li'l-mücibât ve'l-ukûd fiş-şeriatü'l-İslâmiyye I-II*, Dârü'l-İlm li'l-Melâyîn, II, Beyrut 1983, s. 519; Medkûr, s. 513; Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükkümler I-II*, İstanbul 1999, II, s. 978.

4 Senhûri, Abdurrezzâk Ahmed, *el-Vasit fi şerhi'l-Kanuni'l-Medeniyyi'l-Cedid: Nazariyyetü'l-İltizam bi-Vechi Âm I-X*, Beyrut 1970, II, s. 1124.

5 İmre, Zahit, “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, cilt: XVII,(742-781), İstanbul 1952, s. 742; Umur, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1999, s. 360; Erdoğan, Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 2005, s. 144-145; Senhûri, *el-Vasit II*, 1124; Kaya, Ali, “İslâm Hukukunda Borçlunun Edimini İfa Etmekten Kaçınma Hakkı: Ödemezlik Defi”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt: 16, sayı: 2, (43-57), Bursa 2007, s. 44.

6 Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 360; Rado, Türkan, Roma, *Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul 2006, s. 121-123.

7 Oğuzman, M. Kemal- Seliçi, Özer-Oktay, Saibe, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2004, s. 791; Davran, Bülent, *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul 1972, s. 93; Ertaş, Şeref, *Yeni Türk Medeni Kanununa Göre Eşya Hukuku*, Ankara 2006, s. 556; Akıntürk, Turgut- Karaman, Derya Ateş, *Medeni Hukuk*, İstanbul 2013, s. 68; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku I-III*, İstanbul 2012, III, s. 156-157; Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku III (Sınırlı Aynı Haklar)*, Konya 2000, s. 245; Esener, Turhan-Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, Ankara 2008, s. 524; İmre, s. 744.

8 Ardiç, Oğuzhan, *Medeni Hukuk*, İstanbul 2004, s. 368; Kayhan, Şaban, *Medeni Hukuk Bilgisi*, Ankara 2009, s. 385; Adal, Erdal, *Hukukun Temel İlkeleri*, İstanbul 2009, s. 514; Ertaş, s. 556.

kiralayanın, hancının ve garaj sahiplerinin hapis hakkında olduğu gibi, sadece yapılan masrafların istenmesi ve bunlar kendisine verilmeye kadar ilgili tarafın malı geri vermekten imtina hakkından ibarettir. Özel hapis hakkında malı hapseden alacaklı malı satıp alacağını elde etme selâhiyetine sahip değildir. Çünkü burada alacaklı lehine aynî hak değil, def'î hakkı söz konusudur.⁹

I. İSLÂM HUKUKUNDA HAPİS HAKKI

Bedellerden birinin önce, diğerinin sonra ifâ edilmesinin gereği üzerinde durulması, İngiliz ve Fransız hukuk sisteminde olduğu gibi İslâm hukukunda hapis hakkını umumî bir hüküm olarak ön plana çıkarmaktadır.¹⁰ Akit sona erdikten sonra mülkiyetin nakli için ayrıca fiilî kabza ihtiyaç duyulan, tarafların alacaklı-borçlu olma hususunda eşit sayıldığı Türk ve Alman hukukunun aksine İslâm hukukunda def'î hakkına yer verilmiş; fakat bu hak çeşidi daha çok hapis hakkının sahip olduğu hükümlere benzer hükümlerle ele alınmıştır.¹¹ Söz konusu hükümler arasında yer alan taraflardan birinin öncelikle ifâyla yükümlü tutulması, bu hak çeşidinin hukukî temelini oluşturur.¹²

İslâm hukukunda gerek borcun ifâsı ve gerek alacağın teminât altına alınması amacını güden hapis hakkı (hakku'l-haps), klasik dönemde netleşmiş ve hukukî bir terim olarak klasik fıkıh kitaplarında yerini almıştır.¹³ Fıkıh kitaplarında gerek teslimden kaçınma anlamında def'î hakkı gerek aynî hak anlamında hapis hakkı, müstakil bir başlık altında ele alınmamış; bunun yerine ilgili bulunduğu akit ve tasarruflarla birlikte işlenmiştir. İlgili yerlerde hapis hakkı, “*hakku'l-habs*” tabiriyle daha çok def'î hakkı; bazı durumlarda ise sahibine aynî hak kazandıran hapis hakkı şeklinde ele alınmıştır.¹⁴

Hapis hakkıyla ilgili doktriner bilgilerin kökeni, özellikle Hanefî fıkıhında, birinci nesil müçtehitlere kadar uzanmaktadır. Hapis hakkının ayrıntılı işlendiği bey' akdinde müşterinin peşin olan semeni ödemediği meb'î kabz edemeyeceği belirtilmekte; hapis kelimesi yerine kural olarak hapis kelimesinin manasını tazammun eden kabz kelimesi kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra vekâlet akdinde müvekkili adına mal satın alan vekilin de yaptığı masrafları geri alıncaya kadar satın aldığı mal üzerinde hapis hakkına sahip olduğu zikredilmektedir.¹⁵

9 Oğuzman-Seliçi-Özdemir, s. 798; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku III*, s. 156-157; Ayan, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 246.

10 Mahmasâni, II, 520.

11 Serahsi, *Mebhut XIII*, 192; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 978; Aybakan, Bilal, *İslâm Hukukunda Borçların İfâsı*, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 1996, s. 178.

12 Serahsi, Şemseddin, *Kitâbu'l-Mebhut I-XXXI*, Beyrut trs, XIII, 195; Mahmasâni, II, 519; Medkûr, s. 513.

13 Mahmasâni, II, 519; Aybakan, Bilal, “Hapis Hakkı”, *DİA*, XVI, (65-67), İstanbul 1997, s. 65.

14 Karaman, Hayreddin, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku (1.2.3. Ciltler Bir Arada)*, İstanbul 2008, s. 492.

15 Şeybânî, Muhammed b. Hasan, *el-Asl I-XIII*, (1. Baskı), Thk. Muhammed Boynukalın, Beyrut 2012, II, 575.

Hapis hakkı, klasik literatürde akit yapıldığı durumlarda edimini önce yerine getirmesi gereken tarafın edimini ifâdan kaçınması sebebiyle karşı tarafa güvence sağlayan akdî sorumluluk; akit olmaksızın kanundan doğan bir hak sebebiyle oluşan durumlarda ise akit dışı sorumluluk şeklinde ön plana çıkmaktadır. İlgili yerlerde hapis hakkının, rehin ve kefâlette olduğu gibi tevsik için olduğu doğrudan zikredilmez. Fakat söz konusu hakkın, mahiyeti itibariyle borçluya bir temînât sağladığı anlaşılmaktadır.¹⁶

Hapis hakkı, genel anlamda İslâm hukukunda aynî temînât vasıtası olarak kabul edilmekle birlikte¹⁷ diğer aynî temînâtlara göre farklı özelliklere sahiptir. Alacaklının borçluya ait bir malı alacağını elde etmek için zilyetliğinde tutup aynî hak elde etmesi açısından hapis hakkı, diğer temînât vasıtalarıyla benzer özelliğe sahiptir. Fakat hapis hakkına dayanılarak alıkonulan malda en başta alacaklının takip ve rüçhan hakkının bulunmaması yönüyle pozitif hukukta eşya hukuku kapsamında ele alınan ve aynî hak sağlayan temînâttan ayrılmakta, daha çok borçlar hukukunda ele alınan ödemelik def'îne¹⁸ yaklaşmaktadır.¹⁹ Fakat İslâm hukukunda ele alınan hapis hakkının ödemelik def'îyle her yönden uygunluk arzettiği söylenemez. Zira hapis hakkıyla ilgili bir kavram olan ödemelik def'î sadece beşerî hukukta çift tarafı bağlayıcı, her iki tarafı borçlandırıcı ve bedellerin aynı anda değişimi esası üzerinde kurulu olan akitlerde geçerlidir. Bundan dolayı beşerî hukukta gayr-ı lazım olan vedia, vekâlet, şirket gibi akitlerde def'î hakkı mevcut değildir.²⁰ Buna karşın İslâm hukukunda ise hem çift tarafı bağlayıcı satım,²¹ icâre²² gibi akitlerde hem de vekâlet,²³ rehin²⁴ gibi tek tarafı bağlayıcı akitlerde ödemelik def'î, kendine özgü hükümleri olan genel hapis hakkıyla giderilmeye çalışılmıştır. Çünkü ödemelik def'înin esasını bedellerin aynı anda değişimi ve akdin çift tarafı bağlayıcı olması oluşturmaktadır. Hapis hakkını kabul edenlere göre ise İslâm hukukunda bedellerin değişimi aynı anda olmadığından burada ödemelik def'înin yerine özel bir hapis hakkının hükümleri işletilmiştir.

16 Mahmasâni, II, 519; Yaran, Rahmi, *İslâm Hukukunda Borcun Gecikmesi*, İstanbul 1997, s. 203; Senhûri, *Vasit X*, 15-16; Medkûr, s. 513.

17 Semerkandî, Alâuddin Muhammed b. Ahmed, *Tuhfet'l-Fukahâ I-III*, Beyrut 2009, II, s. 41; Akgündüz, Ahmed, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı I-III*, İstanbul 2012, III, s. 835.

18 Ödemelik def'î ya da def'î hakkı, borçlunun edimini yerine getirmekten kaçınma yetkisi demektir. Diğer bir ifadeyle def'î hakkı, borçlunun, üstlendiği ediminin ifâsını reddetme hakkıdır. Bkz. Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku I-II*, (4. Baskı), Evrim Yay., Ankara 1987, I, 52; Von Tühr, Andreas, *Borçlar Hukuku I-II*, Trc. Cevat Edege, Ankara 1983, I, 17; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler II*, 977.

19 Senhûri, *Vasit X*, 15-16; Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, s. 492.

20 İmre, s. 778-779; Kaya, s. 46, 51.

21 Serahsi, *Mebcut XIII*, s. 192; Merginâni, Burhanuddin Ebi'l-Hasan Ali b. Ebi Bekr el-Fergâni, *el-Hidaye serhu Bidâyeti'l-Mubtedî I-IV*, Beyrut trs, III, 29.

22 Kâsânî, Alau'd-Din Ebi Bekr b. Suû'd el-Hanefî, *Bedâiu's-sanâi' fi tertibiş-şerâi'*, I-VI, Beyrut 2010, IV, 203; Kadri Paşa, Mahmud, *Kitâbu mürşidu'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân*, Bulak 1891, Md. 570.

23 Merginâni, III, 149; Mecelle, Md. 1491; Kurtoğlu, Serda, *İslâm Hukuku Dersleri I- II*, İstanbul 1972, II, 135.

24 Serahsi, *Mebcut XIII*, 195; Meydâni, Abdülğani el-Ğanimi ed-Dimeski, *el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâb I-II*, Beyrut 2012, II, 6.

Akit dışı sorumluluk açısından def'i hakkından; alacaklıya malı satma selâhiyeti tanımama yönüyle genel hapis hakkından ayrılan özel hapis hakkı, İslâm hukukunda lukata,²⁵ gasb,²⁶ emânet bırakma gibi bazı özel hallerde söz konusudur. Bunlar İslâm hukuku açısından kanundan kaynaklanan hapis hakkı şeklinde değerlendirilmektedir.²⁷ Akit olma özelliği taşımayan durumlarda, bedellerin mahiyetinden kaynaklanan bir eşitsizlik hali söz konusu olmadığı için ve işin mahiyeti gereği ortaya çıkan özel hapis hakkı, kanuna istinat eden alacağını tahsil etmek için, alacaklıya imtina hakkı sağlamaktadır. Akit dışı olan bu hallerde, tarafları aynı anda hem borçlu hem de alacaklı konumuna yerleştiren, çift taraflı olarak ifâ yükümlülüğü getiren ve herhangi mâli bir akit söz konusu olmadığı bu hallerde 'ödemezlik def'inden bahsedilemez.

1. Hapis Hakkının Tanımı ve Hukukî Mahiyeti

Mülkiyetin naklinin ifâyla gerçekleştiğini ilke olarak benimseyen Türk²⁸-İsviçre ve Alman hukuklarının aksine, İslâm hukukunda mülkiyetin nakli, fiilî kabzla değil akitle gerçekleşmektedir.²⁹ Hapis hakkına ilişkin doktriner bilgiler, birçok hukuk sisteminin konuyu ele alış biçimine benzer şekilde İslâm hukukunda da satım akdi kapsamında değerlendirilmektedir.³⁰ Buna göre satım akdi sıhhat şartlarına uygun, muhayyerlik şartından hâlî akdedildiği takdirde ayrıca fiilî kabza gerek kalmadan, mebi'in mülkiyeti alıcıya; semenin mülkiyeti ise satıcıya intikal eder. Satım akdinin hukukî sonucu semenin mülkiyeti satıcıya, malın mülkiyeti müşteriye nakledilmesi şeklinde oluşmasına rağmen, bedellerin mahiyetindeki farklılık, tarafların ifâ ve istifâ noktasında eşit olmadığını göstermektedir. Satım akdi sona erdikten sonra müşterinin hakkı ayn olan mebi, satıcının mülkiyeti deyn olan semen üzerinde sabit olmaktadır. Umumî bir ilke olarak hapis hakkını kabul eden Hanefî ve Mâlikîlere göre müşterinin mahiyeti itibariyle ferden belirlenen ve ayn mülkiyeti olan mebi'in üzerindeki mülkiyet hakkı, nevan belirlenen ve zimmette sabit olan satıcının deyn niteliğinde olan semen üzerindeki mülkiyetinden daha güçlüdür.

25 Zeylaî, Fahreddin Osmân b. Ali el-Hanefî, *Tebyînu'l-hakâik şerhi Kenzî'd-Dekâik I-VI*, Bulak 1313, III, 306; Kurtoğlu, II, 135.

26 Zeylaî, *Tebyîn V*, 231.

27 Mahmasânî, II, 520.

28 Türk hukuk sisteminde, satılan şeyin mülkiyeti, akit sona erdikten sonra tarafların anlaşmasıyla karşı tarafa intikal etmez. Mülkiyetin karşı tarafa intikal etmesi için, menkullerde zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tapu siciline tescil işlemlerinin yapılması gereklidir. Zilyetliğin fiilen ya da hukuken devri yapılmadıkça alıcı semeni peşin ödese dahi, satılan malın mülkiyetini kazanamaz. Alıcı, akit tamamlandıktan sonra sadece satıcıdan satılan şeyin zilyetlik ve mülkiyetini kendisine devretmesini talep hususunda şahsî bir hak kazanmış olur. Bkz. Tandoğan, I/1, s. 95; Akıntürk-Ateş Karaman, *Borçlar Hukuku*, s. 231.

29 İbn Kudâme, Muvaffakuddin Ebi Muhammed Abdillâh b. Ahmed b. Muhammed, *el-Muğni I-XV*, Riyad 1997, VI, 565; Aybakan, *İslâm Hukukunda Borçların İfâsı*, s. 178; Topal, Şevket, *İslâm Hukukuna Göre Satım Akdinde Mülkiyetin İntikali*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yüksek Lisans Tezi), Samsun 1995, s. 43.

30 Mahmasânî, II, 519.

Tarafların akitten sonra alacaklı ve borçlu olma açısından eşit olduğu kabul edildiği için, bedellerin söz konusu farklı mahiyetleri bu eşitliği bozmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar mücerret akitle mülkiyetin nakledildiği ilke olarak kabul edilse de bedellerin mahiyetinden kaynaklanan eşitsizliğin giderilmesi için, ifânın sıralamasında düzenlemeye gidilmesi gerekir.³¹

Hapis hakkını kabul edenlere göre müşterinin önce semeni teslim etmesinin sebebi, müşterinin hakkının ayn niteliğinde olan mebi' üzerinde belirli hale gelmesidir. Taraflar arasında eşitlik sağlanması ve tıpkı müşterinin hakkında olduğu gibi bayî'nin hakkı taayyun etmesi için, önce müşterinin semeni teslim etmesi gerekir. Çünkü itibarî bir değeri olan paranın semeniyyeti ancak kabz ile belirli hale gelir. Fakat ayn niteliğinde olan mebi' teslim edilmeden önce de akitle taayyün etmiş durumdadır.³²

Müşteriye fesih hakkı yerine hapis hakkını tanıyanlara göre hapis hakkının temel gerekçesi her ne kadar bedeller arasındaki mahiyet farkı olsa da burada asıl hedef, müşterinin ekonomik durumunun bozulması halinde satıcıyı diğer alacaklıların durumuna düşmekten korumaktır.³³

Hapis hakkını kabul edenlere göre satılan mal ile bedel arasındaki mahiyet farkı hapis hakkını gerekli kılmaktadır. Akit yapıldığı esnada ve akitten sonra tarafların eşit olması fikrine dayanan bu görüş, bedellerin mahiyetinden kaynaklanan farklılığı esas almaktadır. Bu farklılığın giderilmesi ise ancak kabzla belirli hale gelebilen semenin mebi'den önce teslimiyle sağlanır.

Şâfiîlerin bir görüşüne ve Hanbelîlerin genel görüşüne göre normal hallerde satıcının hapis hakkı mevcut değildir. Akitten sonra, önce satıcı edimini ifâ etmesi gerekir. Bu görüşün temel gerekçesi akdin feshine sebep olabilecek ihtimallerin bertaraf edilmesi düşüncesidir. Satım akdinden sonra önce mebi teslim edilirse, mebi'nin yok olmasında kaynaklanan akdin feshi ihtimali ortadan kalkar. Fakat aynı durum semen için geçerli değildir. Semen yok olmasıyla akid fesholmaz. Ayrıca ayn olan mebi'nin yok olması olasılık dâhilinde olmasına karşın para ya da misli mal cinsinden olan deyn alacağının yok olması mümkün değildir. Semen nevan belirlenir; fakat ayn ferden belirlenir. Ferden belirlenenin yerine aynısını koymak imkânsızdır. Nevan yok olanın yerine nevinden başka bir şey konulabilir. Satım akdi ferden belirlenen mebi'nin yok olmasından dolayı sona ermesinin önüne geçilmesi için, öncelikle mebi'nin teslim edilmesi gerekir.³⁴

31 Serahsî, *Mebсут XIII*, 192; Merğînânî, III, 29; Desûkî, Şemsuddin Muhammed b. Arafa, *Hâşiyetu'ûl-desûkî alâ Şerhi'l-Kebîr I-IV*, Halep trs, III, 3; İbn Cuzey, Ebû Kâsım Muhammed b. Ahmed el-Kelbî el-Gırnâtî, el-Mâlikî, *Kavânînu'l-fikhiyye fî telhîsi mezhebi'l-Mâlikîyye*, Thk. Muhammed b. Seydî Muhammed Meylâyâ, Nouakchott 2009, s. 392.

32 Serahsî, *Mebсут XIII*, 192; Merğînânî, III, 29; İbn Âbidîn, Muhammed Emîn, *Reddu'l-muhtar alâ Durri'l-Muhtar şerhi Tenvîri'l-Ebsâr I-XII*, Riyad 2003, VII, 93; Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed, *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî I-VI*, Beyrut 1998, VI, 241.

33 Serahsî, *Mebсут XIII*, 192.

34 Kâsânî, IV, 506; İbn Kudâme, *el-Muğni V*, 123; Nevevî, Ebu Zekeriyya Muhyiddin b. Şeref, *Minhâcu't-talibîn*, Dı-

Şâfiîlerin bir diğer görüşüne göre satıcının mebi' üzerinde hapis hakkı vardır. Buna göre satım akdi bütün mebi'i kapsayacak şekilde peşin olarak akdedildikten sonra, önce müşteri semeni teslim eder. Semeninin bir kısmı vadeli olduğunda da önce müşteri semeni teslim eder. Her iki durumda da semen teslim alıncaya kadar satıcının hapis hakkı vardır. Satıcı alacağını temin etmek için malı teslimden kaçınabilir.³⁵

Satıcıya hapis hakkı tanımayan Şâfiîlerin birinci ile Hanbelîlerin genel görüşü, müşterinin ekonomik durumunun iyi olmasına bağlıdır. Her iki mezhepte satıcının mâlî hakları, hapis hakkının işlevini gören başka tasarruflarla koruma altına alınmıştır. Bu tasarruflar genel olarak hacir ve fesih yetkisidir. Gerekli şartlar oluştuğu takdirde satıcı, malı hacretme ve akdi feshetme yetkisine sahiptir. Satıcı, teslim işlemini gerçekleştirmeden önce semenin yok olacağından korkarsa semeni teslim alıncaya kadar malı hacrederek teslimden kaçınabilir.³⁶ Aynı şekilde iflas, kayıplılık, mala ulaşmada mesafe engeli ya da ölüm gibi sebeplerle alacağın ödenmediği durumlarda, satıcı akdi feshetme hakkına sahiptir. Bu durumda fesihden sonra, malın mülkiyeti tekrar satıcıya döner.³⁷

Hapis hakkının satıcının hakkını korumaya yönelik olduğu göz önüne alındığında sonuç itibariyle Şâfiî ve Hanbelîlerin de hapis hakkını uygulamada kabul ettiği söylenebilir. Çünkü önce ifâ etmesi gereken tarafın satıcı olduğunu belirtip, hemen peşinden satıcının ediminin ifâsını müşterinin malî durumunun iyi olması şartına bağlamak hapis hakkının işlevini gündeme getirir. Zira hapis hakkı müşterinin malî durumundan kaynaklanabilecek olumsuzlukları bertaraf etmeye yönelik bir teminât vasıtasıdır. Ayrıca yalnızca semenin yok olma korkusu karşısında satıcıya hapis hakkını tanımanın esas alınması doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü korku hali sübjektif olup her zaman söz konusudur. Korkuya neden olacak durumların her an yaşanması olasılık dâhilindedir. Dolayısıyla, müşterinin malî durumuyla bağlantılı olan iflâsın, mala ulaşmama olasılığının neden olduğu korku hali bütün durumlara teşmil edilebilir. Müşteriye hapis hakkı tanımayanlar, teslimden sonra yaşanabilecek bir takım olumsuzlukların giderilmesi için telafi imkânlarını gündeme getirmişlerdir. Hapis hakkını tanıyanlar ise müşterinin malî durumundan kaynaklanabilecek olumsuzlukları önlemeye yönelik bir çare ileri sürmüşlerdir. Önlemenin telafiden daha kolay ve maslahata daha uygun olduğu aşikârdır.

meşk 2013, s. 301; İbn Receb, Zeynuddin Abdîrahman b. Ahmed el-Hanbelî, *Tekrîru'l-kavâid ve tahrîru'l-fevâid I-III*, yy., trs, I, 69; Aybakan, "Hapis Hakkı", s. 65.

35 Nevevî, *Minhâcu't-talîbîn*, s. 301; Remlî, Şemsüddin Muhammed B. Ebi'l-Abbâs Ahmed b. Hamza b. Şihabuddin, *Nihayetu'l-muhtâc ilâ Serhi'l-Minhâc I-VIII*, Beyrut 2005, IV, 99; Kaya, s. 49.

36 İbn Kudâme, *el-Muğnî V*, 123; Nevevî, *el-Minhâc*, s. 302; Remlî, IV, s. 102-103; Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhu'l-islâmî ve edilletuhu I-VIII*, Beyrut 1997, IV, 414; Aybakan, "Hapis Hakkı", s. 65.

37 İbn Rüşd, s. 729; Nevevî, *el-Minhâc*, s. 302; Remlî, IV, 103; Buhûti, Mansûr b. Yunûs b. İdrîs, *Keşşâfu'l-kınâ' an metni'l-İknâ' I-IX*, Riyâd 2003, II, 78, 210, 217.

Klasik literatürde esasları belirlenen ve işletilen hapis hakkı sonraki dönemlerde Mısır, Ürdün³⁸, Irak,³⁹ Cezayir gibi Arap ülkelerinin medenî kanunlarında taşınır rehni şeklinde ele alınmıştır. Söz konusu kanunlar hapis hakkını kabul eden Hanefî ve Mâlikîlerin genel anlayışını, İngiliz ve Fransız hukukunu örnek almıştır.⁴⁰

İslâm hukukunda bazen malî haklar doğuran akitlerde bazen de akit olma özelliği taşımayan özel durumlarda *hapsu'l-mebi'* (حبس المبيع⁴¹), *hakku hapsi'l-mebi'* (حق حبس المبيع⁴²) ve *hakku'l-haps* (حق الحبس⁴³) tabirleriyle klasik literatürde; *hapsu'l-ayn* (حبس العين) şeklinde modern Arap hukukunda ifade edilen hapis hakkının hukukî niteliğinin net bir şekilde ortaya konulması gerekir. Şunu belirtmemiz gerekir ki İslâm hukukunda ele alınan hapis hakkı, alacak ödenmediği takdirde hapsedilen malı, en başında yetkili organlar vasıtasıyla paraya çevirme yetkisi tanıyan genel hapis hakkından ve bedellerin aynı anda değişimi esası üzerine kurulu olan ödemezlik def'inden ayrı bir hapis hakkıdır. Çünkü genel hapis hakkı beşerî hukukta bir gayr-ı menkul rehni tipi olarak ele alınmaktadır.⁴⁴ İslâm hukukunda yer alan hapis hakkında ise akitleşme esnasında alacak temin edilmediği takdirde malın satılacağı şart koşulmadığı ve kanunla hükme bağlanmadığı için genel hapis hakkından ayrı hükümler geçerlidir.⁴⁵ Ödemezlik def'i ise beşerî hukukta bedellerin aynı anda değişimi esası üzerine kuruludur. İslâm hukukunda hapis hakkını kabul edenlerin temel görüşü ise bedellerin tesliminde sıralamaya gidilmesi esası üzerine kuruludur. İslâm hukukunun klasik literatüründe hapis hakkının sadece özelliklerine ve şartlarına ilişkin bilgi verildiği için, sonraki dönemlerde yapılan tanımların bu bilgiler çerçevesinde değerlendirilmesi ve uygun bir tanıma ulaşılmaması gerekmektedir.

Bu bağlamda Kurtoğlu'nun yaptığı tanım şu şekildedir: “Bir malı elinde bulunduran alacaklının alacağını elde edinceye kadar, bu alacakla alakalı bulunan o şeyi sahibi borçluya teslimden imtina etme hakkıdır.”⁴⁶ Kurtoğlu'nun tanımında, teslimden kaçınılan mal üzerinde aynı hakkın varlığından söz edilmediği için, bu tanım, hapis hakkından çok ödemezlik def'inin tanımına yakındır. Ayrıca bu tanım, hapis hakkını doğuran ve bir malın aynına taalluk eden alacağın akitten mi kanundan mı doğduğu noktasında belirsizdir.⁴⁷

38 Mahmasâni, II, s. 520.

39 Senhûri, *el-Vasit II*, 1128; *el-Kanunu'l-Medeniyi'l-Irakî*, Md. 280/1 f.

40 Aybakan, “Hapis Hakkı”, *DİA*, XVI, 65-67, s. 66.

41 İbn Receb, I, 298; İbn Âbidin, VII, 93.

42 İbn Nüceym, *Zeynu'l-Âbidin b. İbrâhîm, el-Eşbâh ve'n-nezâir 'âlâ mezhebi Ebi Hanife en-Nu'mân*, Thk. Abdu'l-Kerim Fudayl, Beyrut 2011, s. 240.

43 Serahsi, *Mebhut XIII*, 192-19; Kâsânî, IV, 506; İbn Âbidin, VII, 93.

44 Oğuzman-Seliçi-Oktay, 791.

45 Atar, *Fahrettin, İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul 1990, s. 223.

46 Kurtoğlu, II, 134.

47 İmre, s. 744.

Ansay hapis hakkını “bir şey üzerinde onunla murtabıt bir alacağıın temini için onun tevkif ve hapsi” şeklinde tanımlar.⁴⁸ Ansay’ın tanımı def’î hakkının tanımına yakındır. Tanımda alacağı doğuran malın kaynağı ve hapsedilen mal üzerinde aynı hakkın mevcut olup olmadığı belirsizdir. “Bir şey üzerinde murtabıt olan şey”in kaynağı, malı elinde bulundurmanın hukukî durumunu değiştirebilir.

Zerkâ (ö. 1999), hapis kelimesi insanların hapsi ile ilgili kullanılan bir tabir olduğundan, hapis kelimesi yerine “ihtibas” kelimesini tercih ederek hapis hakkını şu şekilde tanımlamaktadır: “Hapis hakkı, bir malı elinde bulunduran alacaklının alacağını elde edinceye kadar, bu alacakla alakası bulunan şeyi, sahibi borçluya teslimden imtina etme hakkı olup aynı bir haktır.”⁴⁹

Zerkâ’nın tanımına göre hapis hakkı aynı bir hak meydana getirir. Bu tanım, alacaklının alacağıyla doğrudan irtibatlı bir eşya üzerinde sabit olan ve yok olmadığı sürece takip edilebilen aynı hakkı kapsamakla birlikte, borçlunun edimini ifâ etmemesinin makul bir süreyi aşması halinde, alacaklının nasıl bir hukukî yola başvuracağı noktasında belirsizdir.

Medkûr da Zerkâ’nın anlayışına benzer şekilde hapis hakkını, “hakku’l-ihtibâs” şeklinde adlandırmakta ve bu hakkın aynı hak olarak hak sahibine, hakkını alınca-ya kadar elindeki malı teslimden kaçınma hakkı vardığını belirtir.⁵⁰

Schacht (ö. 1969), İslâm hukukunda ele alınan hapis hakkını sınırlı bir şekilde def’î hakkı şeklinde ele almaktadır. Ona göre hapis hakkı rehinden farklıdır. İslâm hukukunda bir ücrete karşılık bir malın, bir ücret karşılığında vekâleten satın alınan bir malın ve buluntu bir mal için yapılan gerekli masraflara karşılık olarak bir malın hapsi, hapis hakkı olup rehinden farklıdır. Ona göre hapis hakkına sahip olanın sorumluluğunun râhinin sorumluluğu ile aynı mı, yoksa ondan daha mı kapsamlı olduğu hususu tartışmalıdır.⁵¹

Schacht, İslâm hukukunda “hakku’l-haps” kavramının rehinden farklı olduğunu; daha çok def’î hakkı şeklinde tecelli ettiğine işaret etmektedir. Schacht’ın bu ifadelerinden beşeri hukuk sistemlerinde yer verilen hapis hakkıyla -bazı hükümler hariç- İslâm hukukunda ele alınan hapis hakkı arasında bazı farklılıkların olduğu sonucu çıkarılabilir. Yukarıda da zikrettiğimiz üzere beşeri hukukta hapis hakkı, bir gayr-ı menkul rehin tipidir. İslâm hukukunda hapis hakkı şeklinde bir gayr-ı menkul rehin tipi mevcut değildir. “Hakku’l-haps” kavramıyla ifade edilen hak, ferî bir zilyetlik olup, bazı durumlarda akitten, bazı durumlarda işin icabından kaynaklanan sınırlı aynı bir haktır. Bu hak, söz konusu olduğu akitlerde ifâ sıralaması

48 Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Ankara 1958, s. 97.

49 Zerkâ, Mustafâ Ahmed, *Fıkhu’l-islâm fi sevbihi cedîd III*, 898.

50 Medkûr, s. 513.

51 Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Newyork 1982, s. 140.

olması açısından ödemezlik def'inden; bir gayr-ı menkul rehin tipi olmaması açısından ise hapis hakkından ayrılmaktadır.

Senhûrî (ö. 1971) hapis hakkını doğrudan tanımlamamaktadır. O, hapis hakkının ne surette doğduğuna ve hapis hakkına benzer olan def'î hakkıyla olan ilişkisinden bahsetmektedir. Senhûrî, hapis hakkını sınırlı aynı haklar arasında zikretmektedir.⁵² Bu açıdan bakıldığında, hapis hakkının hukuk sistemindeki yerine net bir şekilde vurgu yapan Senhûrî, aslında hapis hakkına esaslı bir hüviyet kazandırmaktadır. İslâm hukukunda, hapis hakkının kaynağı noktasındaki tartışmalar ve hapis hakkıyla hedeflenen edimin îfâsının mümkün olmaması durumunda takip edilecek metodun mahiyetiyle ilgili belirsizlikler ancak hapis hakkının sınırlı aynı bir hak olmasının ifade edilmesiyle aşılabilir.

Yapılan tanımlar, hapis hakkının kaynağı ve hapis hakkının hak sahibine sağladığı yetkinin mahiyeti noktasında belirsizlikler içermektedir. İslâm hukukunda ele alınan ve "hakku'l-haps" tabiriyle ifade edilen hapis hakkı, sahibine fer'î bir zilyetlik sağlamak ve sınırlı aynı hak⁵³ şeklinde tecelli etmektedir. Bu hak çeşidi, İslâm hukukunda sınırlı bazı hallerde sabit olmaktadır.⁵⁴ Hapis hakkı Zerkânın tanımına bazı eklemeler yapılarak şu şekilde tanımlanabilir: Hapis hakkı, bir akit ya da akit olmaksızın bir malı elinde bulunduran alacaklının alacağını elde edinceye kadar, bu alacakla alakası bulunan şeyi, sahibi olan borçluya teslimden kaçınma hakkı olup, sahibine fer'î zilyetlik sağlayan sınırlı aynı haktır.

2. Hapis Hakkının Şartları

Hapis hakkının sabit olması için bazı şartları haiz olması gerekir. Klasik literatürde bu şartlar ayrı bir başlık altında sıralanmamakla birlikte, konunun ele alındı-

52 Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak VI*, 241.

53 İslâm hukukunda aynı haklar temelde sınırsız aynı haklar (tam mülkiyet/aslı aynı haklar) ve sınırlı aynı haklar olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Hem rakabe hem intifâ mülkiyetini ifade eden ve bir engel bulunmadıkça herkese karşı ileri sürülebilir sınırsız aynı haklar tam mülkiyet olarak değerlendirilmektedir. Tam mülkiyette, mülk sahibinin hakları hem süre bakımından hem de tasarruf bakımından sınırsızdır. Mülk sahibi, mülkiyeti hakkının devredici sınırlayıcı tasarruflarda bulunabilmektedir. Sınırlı aynı haklarda ise hak sahibinin tasarruf yetkisi mutlak ve sınırsız değildir. Modern hukuk sistematiğine uygun olarak mülkiyet nazariyesi ya da eşya hukuku bölümünde ele alınan sınırlı aynı haklar, bir malın ya sadece rakabe ya da menfaat mülkiyetine sahip olmayı ifade eden nakis mülkiyet olarak değerlendirilmektedir. Buna göre bir aynın üzerinde sınırlı aynı hakka sahip olan kişi, sınırlı aynı hak çeşitlerinden olan irtifâk, intifâ ve rehin haklarına sahiptir. Bir kimse, başkasına ait bir mal üzerinde ancak kullanma hakkını mutlak olarak elde etmişse irtifâk haklarından; bir kimse başkasına ait malların semerelerinden yararlanma hakkını elde etmişse intifâ hakkından; bir kimse alacağını elde edebilmek için, bir başkasına ait mal üzerinde teminât elde etme, borç ödenmediği takdirde söz konusu malı satın paraya çevirme selâhiyetine sahip olursa rehin hakkından bahsedilebilmektedir. İslâm hukukunda beşeri hukuklarda bulunan "taşınmaz yükü" şeklinde sınırlı bir aynı hak çeşidi mevcut değildir. Ayrıca Mâlikilere göre diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, sınırsız sayıda "sınırlı aynı hak" düzenlenebilir. (İbn Receb, II, 283-289; İbn Nüceym, *Zeynu'l-Âbidin b. İbrâhîm, el-Eşbâh ve'n-nezâir 'alâ Mezhebi Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, Thk. Abdu'l-Kerîm Fudayl, Beyrut 2011, s. 387; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak I*, 30-38; Hasan Hacak, "İslâm Hukukunda Yarı Aynı (Hukuk) Kavramının Analizi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 8, (183-210), Konya 2006, s. 198-210; İbrâhîm Sa'd, Nebil, *el-Hukûk'l-ayniyetu'l-asliyye fi'l-kânûni'l-Mısri ve'l-Lübnânî*, s.7-8)

54 Mahmasâni, II, 520.

ğı yerlerde şartların ilke olarak İslâm hukukçuları tarafından bilindiği; şartlar çerçevesinde hapis hakkının değerlendirildiği görülür. Beşerî hukukta “*hapis hakkının şartları*” şeklinde ifade edilen ve klasik literatürde ilke olarak yer alan şartlar şu şekilde sıralanabilir:

a. Haklı Zilyetlik

Hapis hakkının doğması için alacaklının söz konusu mal üzerinde haklı diğer bir deyişle hukukî zilyetliğe sahip olması gerekir. Borçlunun rızasına dayanmayan ya da doğrudan kanundan doğmayan zilyetlikle hapis hakkı meydana gelmez.⁵⁵

İslâm hukukuna göre bulunmuş veya gaspedilerek zilyetliğe geçirilmiş eşya üzerinde hapis hakkı tesis olunamaz. Ne var ki bulunmuş eşya ya da gaspedilmiş eşyaya bazı masraflar yapılmışsa, sadece bu masrafları geri almak için hapis hakkı sabit olur. Bakımı hiçbir masraf gerektirmeyen bulunmuş eşyayı veya gaspedilmiş eşyayı haksız olarak zilyetliğinde bulunduran tarafı ilgilendiren tabii ve hukukî semereler söz konusu değilse, lukatayı bulan ve malı gaspeden kişinin malı sahibine teslim etmesi gerekir.⁵⁶

Sahih olacak şekilde kurulmuş satım akdinde, mebî teslim edilmeden önce satıcı, alıcıya karşı hapis hakkını kullandığı halde, fasit satım akdinden sonra müşteri izinsiz malı elde ederse haklı bir zilyetliğe sahip olmadığı için, satıcıya ödediği miktarı almak için malı geri vermekten imtina edemez. Haklı zilyetliğe dayanmayan fakat şekil bakımından hapis hakkına benzer durumlarda tarafların bedelleri birbirine iade etmesi gerekir.⁵⁷

Hapis hakkına esas teşkil eden haklı zilyetliğin oluşması için üzerinde hapis hakkı sabit olan malın satılmasının ahlaka, adaba ve kamu düzenine uygun olması gerekir. Aynı şekilde muhrez olmayan mubah mallar üzerinde de hapis hakkının teşekkül etmesi mümkün değildir.⁵⁸

b. Muaccel ve Geçerli Bir Alacak

Hapis hakkının teşekkül etmesi için geçerli ve muaccel bir alacağın olması gerekir. Alacak, bey' akdinde olduğu gibi doğrudan paraya ilişkin olabileceği gibi icâre akdinde olduğu gibi yapma-yapmama edimine ilişkin de olabilir. Bununla birlikte doğrudan parayla ilgili olmayan alacakların, parayla ölçülebilir bir değere

55 İbn Âbidîn, VII, 93; Mecelle, Md. 277, 281; Topal, Şevket, *İslam Hukukunda Zilyetlik*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Basılmamış Doktora Tezi), Samsun 2000, s. 72; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, s. 792; Ertaş, s. 557.

56 Kâsânî, V, 301; Megînânî, III, 229; Kurtoğlu, II, 135.

57 Hafif, Ali, *Ahkâmü'l-muâmelâti'l-şer'iyye*, Kahire trs., s. 389.

58 Esener-Güven, s. 525.

sahip olması gerekir. Çünkü ilke olarak hapis hakkı mâlî bir değere sahip olmayan şeylerde geçerli değildir.⁵⁹

Hapis hakkı ancak muaccel hale gelmiş alacakları ya da mâlî hakları güvenceye almak için söz konusu olabilir. Alacağın hapis hakkının borçluya karşı dermeyan edildiği sırada muaccel olması gerekir; zilyetliğin kazanıldığı anda muaccel olması şart değildir.⁶⁰

Alacaklı, ancak karşı taraftan bir alacağının bulunması halinde, malî karşı tarafta teslim borcu olan kendi yükümlülüğünü ifâdan kaçınabilir. Şayet söz konusu alacak, ifâ, takas, tecdit, ikâle gibi borcu sona erdiren tasarruflarla sona erdirilmişse bu durumda hapis hakkından söz edilemez.⁶¹

Borcu sona erdiren yollardan biriyle borç ilişkisi sona erdiğinde, alacaklı hapsedtiği malî borçluya teslim ettiğinden dolayı hapis hakkının temelini teşkil eden haklı zilyetlik hali sona erer.

Muaccel ve geçerli olan bir alacağa dayanılarak hapis hakkının kullanılması için karşı tarafın ediminin kusursuz şekilde imkânsız hale gelmemiş olması gerekir.⁶² Şayet borçlunun edimi borçlunun kusuru olmadan imkânsız hale gelirse akdî yükümlülük ortadan kalkar. Bu durumda hapis hakkının esasını teşkil eden alacak hakkı ortadan kalkmış olur.⁶³

Muaccel ve geçerli bir alacağın hapis hakkına dayanak olması için hapis hakkına sahip olan tarafın ifâsının karşı tarafın ifâsından sonra gelmesi gerekir. Bu açıdan önce ifâ etmek zorunda olan tarafın hapis hakkını ileri sürmesi geçerli değildir.⁶⁴

Hapis hakkının sabit olması için karşı edimli bir akitte ayn ve deyn şeklinde iki alacağın bulunması şarttır. Her iki alacağın deyn (semen) olması halinde hapis hakkı geçerli olmaz. Sarf akdinde olduğu gibi bedellerin aynı anda teslim edilmesi gerekir. Her iki bedelin ayn olması halinde de hapis hakkı geçerli olmaz. Ifâ bakımından eşitlik sağlandığı için tarafların aynı anda ifâda bulunması gerekir. Hapis hakkı, aynı hapsedip alacağın, yani deyni elde etmenin teminâtıdır. Alacaklardan birinin ayn diğerinin deyn olması hapis hakkının icaplarındadır.⁶⁵

59 Kâsânî, IV, 506; Mecelle, Md. 283; Mahmasânî, II, 520; Zuhaylî, *Fıkhu'l-İslâm IV*, 415; Senhûrî, *el-Vasit II*, s. 1138; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku III*, 157; Mecelle, Md. 283; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, s. 793; Ertaş, 557; Kaya, s. 52.

60 Heyet, *el-Fetavâ el-Hindiyye*, Kahire, trs., III, 16; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, s. 793.

61 Karâfî, Şahabuddin Ebû'l-Abbas Ahmed b. İdris, *el-Furûk I-IV*, Beyrut 1998, II, 205; Kaya, 52.

62 Semen olarak belirlenen paranın kesada uğraması, bu duruma örnek gösterilebilir. Ebû Hanîfe'ye göre semen olarak tayin edilen para kesada uğrarsa, akit sona erer. Müşteri mebfî teslim almışsa geri verir. Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre bu durumda akit batıl olmaz. Satıcı isterse akdi fesh eder, dilerse paranın kıymetini tahsil eder. Kâsânî, IV, 495.

63 Kaya, s. 53.

64 Kaya, s. 53.

65 Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak VI*, 241; Zuhaylî, *Fıkhu'l-İslâm IV*, 415.

Senhûrî, bu noktada her iki taraf için bağlayıcı bir akdin (muâvada) bulunmasını hapis hakkının şartı olarak kabul etmektedir.⁶⁶ Bu şart satım akdine kıyaslandığında geçerli bir şart kabul edilebilir. Fakat rehin, vekâlet, icâre gibi tek tarafı bağlayıcı olan akitlerde belli durumlarda hapis hakkının deyn cinsinden bir alacağı bulunan alacaklı lehine sabit olduğu göz önüne alındığında, hapis hakkının sabit olması için çift tarafı bağlayıcı olan bir akde istinat etmesinin gerekli görülmesi vakıya uygun düşmemektedir. Söz gelimi, satın almaya yetkili olan vekilin elinde bulunan ve henüz bedeli ödenmemiş müvekkile ait malın üzerinde sabit olan hapis hakkı, vekille müvekkil arasında yapılmış, iki tarafı bağlayıcı bir akde istinat etmemektedir.

c. Hukukî İrtibat

Alacaklının, borçluya ait bir mal üzerinde hapis hakkına sahip olması için alacakla, hapis hakkına dayanılarak alıkonulan mal arasında hukukî bir irtibatın olması, hapis hakkının şarttır. Hapis hakkına konu olan eşyanın, niteliği itibarıyla alacakla bağlantısının olup olmadığının tespitinin ölçütü, dürüstlük prensibidir.⁶⁷

Alacağın doğumuna yol açan hukukî ilişki aynı zamanda dolaysız zilyetliği alacaklıya sağlamışsa bu halde alacakla hapis hakkı arasında bağlantının var olduğu kabul edilir. Mesela, ardiyecinin ardiye koruma ücretinin temînâtı olarak bırakılan mal üzerinde hapis hakkı elde etmesi, malla alacak arasındaki irtibatın varlığını göstermektedir.⁶⁸ Kira akdinde, kiraya verenin ölmesiyle kira akdi sona erdiğinde kiracı, henüz yararlanamadığı süre için peşin ödemede bulunmuşsa, ödediğini elde edinceye kadar kira konusu malı haps etmesiyle alacağı arasındaki hukukî irtibatın varlığı açıktır.⁶⁹

d. Hapis Hakkının Düşürülmemiş Olması

Beşerî hukukta, alacaklı hapis hakkını kullanmamayı borçluya karşı taahhüd etmişse ya da hapis hakkının kullanılması bir sözleşmeyle bertaraf edilmişse bu durumda alacaklı hapis hakkı kullanamaz.⁷⁰

İslâm hukukunda hapis hakkı kanundan doğduğu için hiçbir şekilde sözlü olarak bu hakka sahip olan tarafından düşürülemez. Yani hapis hakkının kullanılması akdî hükümler arasında bulunduğu için, alacaklı akit esnasında bu hakkı kullanmayacağına karşı tarafa taahhüd edemez. Bununla birlikte şart koşmaksızın alacaklı taraf, hapis hakkından feragat ederek, alacağını istirdat etmeden malı borçluya

66 Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak* VI, 241.

67 Mahmasânî, II, 520; Senhûrî, *el-Vasit* II, 1138; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, 794; Ertaş, 557.

68 Oğuzman-Seliçi-Özdemir, s. 794.

69 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku* III, 159.

70 Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı (Özel Hukuku-II)* III, s. 835; Oğuzman-Seliçi-Özdemir, s. 795; Ertaş, 557.

teslim edebilir. Bu durumda hapis hakkı düşer.⁷¹ Özetle İslâm hukukunda hapis hakkı sözlü ya da yazılı bir taahhüde dayandırılarak düşürülemez. Hapis hakkının kullanılmadan düşürülmesinin tek yolu hapis hakkına sahip olan tarafın fiilî olarak bu hakkından vazgeçmesidir.

e. Bedellerin Farklı Olması

Bedeller aynı olduğu için aynın aynla değişimi olan trampada (takas) ve semenin semenle mübadelesi olan sarf akdinde, hapis hakkı geçerli değildir. Çünkü bedellerin mahiyetçe eşitliği, ödeme anında eşitliği gerekli kılmaktadır. Tarafların mübadele edilecek bedeller aynı olduğunda edimlerini aynı anda ifâ etmesi adalet prensibine uygundur.⁷²

Hapis hakkını kabul edenlere göre, bedellerden birinin ayn değerinin deyn cinsinden olması hapis hakkının şartıdır.⁷³ Hapis hakkının esasını oluşturan temînât elde etme düşüncesi, ancak şahsî bir hak olan deyn borcunun elde edilmesi için aynî bir hakka istinat etmekle mümkündür. Aynı cinsten olan iki hakkın birbirine rüchaniyeti yoktur.

Senhûrî, bedellerin mübadelesinin ifânın sıralamasına göre farklı olmasını hapis hakkının şartı kabul etmektedir. Buna göre taraflardan birinin ifâsının diğerine göre sıralamada önde olması hapis hakkının esasını teşkil etmektedir.⁷⁴ Dikkat edilirse Senhûrî'nin zikrettiği bu şart, bedellerin farklı olması şartıyla aynı mahiyette-dir. Çünkü bedellerin farklı olması, ifâların sıralamasının farklı olmasını gerektirmektedir. Müşterinin semen cinsinden olan ediminin ifâsı, satıcının ayn cinsinden olan ediminin ifâsından önce gelmektedir.

3. Hapis Hakkının Benzer Tasarruflardan Farkı

İslâm hukukunda genel olarak bey' akdinin hükümleri çerçevesinde geniş bir şekilde ele alınan hapis hakkıyla, hak sahibinin hakkını teminata alma noktasında hapis hakkıyla benzer amacı güden bazı tasarruflar arasında bazı farklılıklar vardır.

a. Hapis Hakkı-Rehin İlişkisi

Hükümleri açısından hapis hakkının en çok ilgili olduğu akit rehin akdidir. Hapis hakkı, rehin akdiyle hükümleri bakımından bazı benzer özelliklere sahiptir. Fakat her ikisi arasında bazı farklılıkların olduğu da aşîkârdır.

71 Kâsânî, IV, 506.

72 Serahsî, *Mebcut XIII*, 192-193; İbn Âbidîn, VII, 93-94.

73 Kâsânî, IV, 506.

74 Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak VI*, 241.

Rehin akdinde rehin alan taraf, rehni sattırıp parasından alacağını tahsil etme yetkisine sahipken, hapis hakkında malı elinde hapseden tarafın ibtidâen böyle bir yetkisi yoktur. Hapis hakkı sahibinin bu hususta sadece malı teslimden imtina suretiyle borçluyu tazyik imkânı mevcuttur. Hapis hakkı, kanundan doğan ve sadece kanunda gösterilen hallerde uygulanacak bir baskı yoludur.⁷⁵

Hapis hakkıyla rehin arasında esasını teşkil ettiği haklar bakımında da fark vardır. Rehlin akdiyle rehinli alacaklı lehine oluşan rehin hakları (irtihan hakları), kendisi hakkında doğrudan ve kasten teşekkül edilen özel bir akde dayanmaktadır. Fakat hapis hakkından kaynaklanan aynî haklar (ihtibas hakları) daha geniş olup, lukata ve gaspda olduğu gibi bazı durumlarda doğrudan kanundan bazı durumlarda ise satım akdinde olduğu gibi hukukî işlemlerden doğmaktadır. Rehlin hakları sadece rehin akdiyle doğduğu için hapis hakkından daha dar bir kapsama sahiptir.⁷⁶

Hapis hakkına konu olan aynın, henüz edimini ifâ etmeden karşı tarafa vedîa ya da ariyet verilmesi, hapis hakkını düşürmesine karşın rehin veren tarafın, alacağını almadan önce rehin konusu malı, rehin veren tarafa vedîa ya da ariyet olarak vermesinin rehin üzerindeki aynî hakkını düşürmemesi, hapis hakkıyla rehin arasında esaslı bir farkı oluşturur. Fakat hemen şunu belirtmemiz gerekir ki, Ebû Yûsuf (ö. 182) aynî hakkın esasını oluşturan malın vedîa ya da ariyet olarak verilmesinde hak sahibinin hakkının hukukî sonucu açısından rehinle hapis hakkının eşit olduğu görüşünü benimsemektedir. Ona göre, her iki durumda da aynî hak sahibi malı istirdât edebilir.⁷⁷

Müşterinin edimini ifâ etmesi için hapis hakkına sahip olan tarafın sattığı malı teslim hazırlı halde bulundurması şarttır. Satıcı, sattığı malı teslim hazırlı halde tutmadıkça, müşteri edimini ifâ etmek zorunda değildir. Fakat rehin alan tarafın rehni hazır tutması, rehin veren tarafın borcunu ödemesi için şart değildir. Rehlin verenin borcunu ödemesi, rehin alan tarafın rehni hazır bulundurmasına terettüb etmez.⁷⁸

Satım akdinde hapis hakkıyla elde tutulan mal, mazmunun bi's-semendir. Yani satım akdinde bulunan hapis hakkı, bi nefsihi değil bi's-semendir. Dolayısıyla mal teslim edilmeden önce yok olursa akit sona erer. Satıcı malın kıymetini alıcıya geri ödemez. Fakat rehin akdinde elde tutulan mal, *binefsihi mazmûn mal* hükmündedir. Alacak elde edilmeden ya da akit sona ermeden malın yok olması akdi sona erdirmez.⁷⁹

75 Kurtoğlu, II, 134.

76 Zerkâ, Mustafâ Ahmed, *Fıkhu'l-İslâm fî sevbihi'l-cedîd* III, 898.

77 Kâsânî, IV, 509; İbn Nüceym, Zeynu'l-Âbidîn, *el-Eşbâh*, s. 413.

78 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku* III, s. 159.

79 Kâsânî, V, 207; Ali Haydar Efendi, *Duraru'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm I-IV*, Beyrut 2010, II, 81; Zeki Abdilber, Muhammed, *Ahkâmu muâmeleti'l-mâliyye fî mezhebi'l-hanefi II-ukûd (Ukûdu't-Tevsik)*, Kahire 1997, s. 43.

b. Hapis Hakkı-Ödemezlilik Def'i İlişkisi

Hukuk terimi olarak “ ödemezlilik def'i ”, başkasına ait bir hakka karşı kullanılan ve bu hakkı sürekli veya geçici olarak engelleyen ya da sınırlayan karşı hakkı ifade eder. Ödemezlilik def'i, karşı tarafı edimini ifâya zorlamak için alacaklıya alacağını ileri sürme selâhiyeti sağlamaktadır.⁸⁰

İslâm hukukunda ele alına hapis hakkıyla beşerî hukuktaki ödemezlilik def'i arasında bazı farklar vardır. Beşerî hukuktaki ödemezlilik def'i, sadece çift taraflı bağlayıcı olan akitlerde geçerli olmasına karşın, hapis hakkının sabit olması için herhangi bir sözleşmenin bulunması şart değildir. Bu açıdan hapis hakkı, ödemezlilik def'inden daha geniştir.⁸¹

Ödemezlilik def'i, yalnızca bir def'iden ibarettir. Burada alacaklının tek yetkisi, gerekli şartlar tahakkuk ettiğinde edimini ifâ etmekten imtinaadır. Hapis hakkında ise alacaklı malı hapsedebileceği gibi gerekli şartların oluşması halinde hapsedtiği malı paraya çevirip alacağını tahsil edebilir.⁸²

Hapis hakkında, borçlu dilerse temînât göstererek hapis hakkını bertaraf edebilir. Ödemezlilik def'inde böyle bir durum söz konusu değildir.⁸³ Ödemezlilik def'ini ileri süren taraf ispat bakımından hapis hakkına sahip olana göre daha iyi bir konumdadır. Ödemezlilik def'inde ispat yükü karşı tarafa ait olduğu halde, hapis hakkında ispat yükü hapis hakkını kullanan tarafa aittir.⁸⁴

Ödemezlilik def'i, mülkiyetin nakli akitle değil fiilî kabzla sağlanan durumlarda geçerlidir. Mâlî bir akit, bütün sıhhat şartlarını hâiz ve muhayyerlik şartından hâlî yapıldığı takdirde, mülkiyetin nakli için ayrıca fiilî kabza ihtiyaç duyulması halinde burada sadece ödemezlilik def'inin var olduğu kabul edilir. Şayet malî akit sona erdikten sonra mülkiyeti naklettiği kabul edilirse burada hem ödemezlilik def'inin hem de hapis hakkının var olduğu kabul edilir. Özetle hapis hakkı, ödemezlilik def'inden daha genel bir yapıya sahiptir.⁸⁵

4. Hapis Hakkının Kaynağı

İslâm hukukunda hapis hakkının kaynağı, tarafların iradesine bağlı olmak açısından hak ve borç doğuran akitler; tarafların iradesine bağlı olmama açısından ise kanundur.⁸⁶

80 Von Tuhr, s. 17; Tandoğan, I, s. 52.

81 İmre, “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, s. 778; Karaman, Hayreddin, *İş ve Ticaret İlmihali*, İstanbul 2012, s. 164.

82 İmre, “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, s. 778.

83 İmre, “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, s. 779.

84 İmre, “Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik”, s. 779.

85 Senhûri, *Mesâdiru'l-Hak VI*, 241; Aybakan, *İslâm Hukukunda Borçların İfasi*, s. 178.

86 Senhûri, *Mesâdiru'l-Hak I*, 66 ve VI, 241.

a. Akit

Hapis hakkının genelde def'î hakkı şeklinde tecelli ettiği akitler başta satım ve icâre akdi olmak üzere vedia, rehin, vekâlet gibi şartlar oluşması halinde karşılıklı edim gerektiren akitlerdir. Satım akdi, dar anlamda aynın deyn karşılığında peşin değişimi şeklinde tanımlandığı için bu akit, hapis hakkının işlenmesine en uygun zemini teşkil eder. Satım akdinde satıcının semeni almak için peşin satılan malı haps etmesi; icâre akdinde peşin olarak belirlenmiş kira ücretinin kiracıdan alınması için kira konusu malın kiraya veren tarafından hapsedilmesi; vedia akdinde vediayı alanın hâkimin kararıyla vediaanın korunması için yaptığı masrafları almak için vediayı, vedia verene iade etmemesi; müvekkilin izniyle müvekkilin adına aldığı malın parasının müvekkilinden almak için vekilin malı teslimden imtina etmesi hapis hakkının akde dayanan misallerini teşkil etmektedir. Zikrettiğimiz misallerde hapis hakkı tarafların iradesinden doğmaktadır.⁸⁷

Kira ücreti peşin ödenmek üzere yapılan icâre akdinde kiralayan, kira ücretini alıncaya kadar kiralanan malı hapsedebilir.⁸⁸ Kiraya veren kişi, kiracı kira ücretini ödemede temerrüde düştüğü durumlarda da hapis hakkına sahiptir. Kiraya veren taraf malı hapsedtiği süre boyunca kiracıdan kira ücretini alabilir. Burada haksız kazançtan bahsedilmemektedir. Zira kiralayan kanunî bir hak olan hapis hakkına dayanarak kiracıyı borcunu ödemeye zorlamaktadır.⁸⁹

Kira akdinde hapis hakkı, bazı durumlarda kiracı için de geçerlidir. Hanefilere göre taraflardan birisinin ölümüyle kira akdi sona erdiği için kiralayanın vefatı halinde peşin yapılan durumlarda kiracı ödediği miktarı geri alıncaya kadar kira konu malı hapsedebilir.⁹⁰ Aynı şekilde kira akdi ister sahih ister fasid olarak teşekkül etsin, feshedildiğinde kiracı kira ücretini peşin vermişse, verdiği ücreti almak için kira konusu malın üzerinde hapis hakkını kullanabilir.⁹¹

İcâre akdinin kapsamında değerlendirilebilecek hizmet akdinde, terzi, boyacı, marangoz, çamaşırıcı gibi ortaya koyduğu eserde yaptığı işin eseri mevcutsa ve yapılan işin ücreti peşin olarak belirlenmişse işi yapan kişi, ücreti alıncaya kadar üzerinde çalıştığı eşyayı teslimden kaçınabilir. Çünkü kira konusu mal ortada olan bir vasıftır.⁹² Mâlikîler hariç, diğer üç mezhebe göre, sırtıyla, eliyle, hayvanıyla, arabayla bir malı bir yerden bir yere taşıma işleminde olduğu gibi emekleri yaptığı işe tesiri olmayanlar, ücretlerini alıncaya kadar hizmet sözleşmesinin konusunu hapsedme hakkına sahip değillerdir. Fakat İmam Mâlik'ten rivayet edilen bir görüşe

87 Senhûri, *Mesâdiru'l-Hak I*, 66; Aybakan, "Hapis Hakkı", s. 65.

88 Kâsânî, IV, 203; Kadri Paşa, Md. 570.

89 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku II*, 415; İbnü's-Şihne, *Lisânu'l-Hükkâm'dan naklen Yaran*, 203.

90 Kadri Paşa, Md. 648; Atar, s. 224.

91 İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-nezâir*, s. 299.

92 Meginânî, III, 229; Kadri Paşa, Md. 614; Mecelle, Md. 482, 483; Atar, s. 224-225.

göre, işinde emeğinin eseri görülmeyenler de hizmet akdinin konusu üzerinde hapis hakkına sahiptirler.⁹³ 1951 tarihli 40 sayılı Irak medeni kanunu Mâlikîlerin bu görüşünü maddeleştirmiştir.⁹⁴

Yukarıda zikredildiği üzere hapis hakkının geçerli olduğu bir diğer akit vekâlet akdidir. Züfer b. Hüzeyl (ö. 158/775) hariç Hanefî ulemasına göre satın alma yetkisi verilen vekil (vekil bi'ş-şarâ') müvekkili adına aldığı malın bedelini kendisi öderse, ödediğini almak için müvekkile rucü eder. Bu durumda ödediği miktarı alınca ya kadar vekilin satın aldığı mal üzerinde hapis hakkı vardır. Zira vekil müvekkili karşısında henüz semeni teslim almamış bay' konumundadır.⁹⁵

Züfer'e göre ise vekilin kendi parasıyla müvekkili adına aldığı mal üzerinde hapis hakkı söz konusu değildir. Çünkü müvekkil vekilin eliyle malı kabzetmektedir. Vekilin eli müvekkilin eli sayıldığı için vekile teslim edilen mal müvekkile teslim edilmiş sayılır. Bu durumda hapis hakkı kendiliğinden düşer.⁹⁶

Hapis hakkının geçerli olduğu bir diğer akit rehin akdidir. İlke olarak rehin veren taraf, borcunu ödeyinceye kadar rehni, rehin alan taraftan geri alamaz. Kabz işlemiyle rehin alan tarafın zilyetliğine giren rehin, borç ilişkisi sona erinceye kadar hapis kalmaya devam eder.⁹⁷ Rehin alan tarafın belli durumlarda iade esnasında rehlin aynı üzerinde hapis hakkı vardır. Şayet rehin, rehin verenin bulunduğu yerden uzak bir yerde olursa ve rehlin iadesi masraf gerektiriyorsa, rehin alan taraf alacak hazırlanıncaya kadar rehni hapsedebilir.⁹⁸

Mürtehin rehin elinde olduğu halde vadenin dolmasıyla alacağını rehin veren taraftan talep edebilir. Vade dolduğu halde râhin borcunu ödemedede temerrüde düşerse, mürtehin rehni alacağını temin edinceye kadar hapsedme hakkına sahiptir. Mürtehinin rehni hapsedmesinin gerekçesi râhinin borcu ödemeyerek mürtehinine zulmetmesidir.⁹⁹

b. Kanundan Doğan Hapis Hakkı (Akit Dışı Hapis Hakkı)

Bazı özel ve sınırlı hallerde hapis hakkı aynî hak olarak kanun ve benzeri kaynaklardan doğmaktadır. Kaçak köleyi bulmak için konulan ödülü almak için bulunan kölenin sahibine teslim edilmemesinde, bulunan ve korunması masraf gerektiren eşyanın ya da hayvanın bakım masraflarının mal sahibinden alınması amacıyla tesliminden kaçınılmasında, kanundan kaynaklanan hapis hakkı söz konusudur.¹⁰⁰

93 Sehnûn, *Müdevvene IV*, 448.

94 El-Kanunu'l-Medeniyi'l-Irakî, Md. 280/1 f; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak VI*, s. 243.

95 Meginânî, III, 149; Kurtoğlu, II, 135; Mecelle, Md. 1491.

96 Meginânî, III, 149.

97 Serahsî, *Mebcut XIII*, 195.

98 İbn Nüceym, Zeynu'l-Âbidîn, *el-Eşbah ve'n-nezâir*, s. 413.

99 Serahsî, *el-Mebcut XIII*, 195; Meydânî, II, 6.

100 Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, I, 66 ve VI, 241'de 1 nolu dipnottaki açıklamalar.

Yakalanması için başına ödül konulmuş kaçak kölenin ve bakımı masraf gerektiren bulunmuş lukatanın tesliminde hapis hakkı geçerlidir. Buna göre köleyi bulup getiren kişi, vaad edilen ödülü alıncaya kadar köleyi teslimden kaçınabilir.¹⁰¹ Aynı şekilde lukatayı bulan kişi de hâkimin izniyle yaptığı masrafları geri alıncaya kadar lukatayı teslimden kaçınabilir. Çünkü lukatayı bulanın hâkimin izniyle yaptığı gerekli masraflar, mal sahibinin zimmetini işgal eden deyn borcu (şahsî hak) hükmünü alır. Mültekit, alacağını tahsil etmek için, lukatanın aynı üzerinde hapis hakkına sahip olur. Burada, kanundan kaynaklanan aynı hakkın tesisinden bahsedilebilir.¹⁰²

Züfer, kaçak köleyi yakalayanın vaad edilen ödülü almak için, hapis hakkına dayanarak köleyi teslimden kaçınma selâhiyetine sahip olmadığı görüşünü benimser. Ona göre burada satım akdinde olduğu gibi semen teslim edilmeden önce bay'ın elinde bulunan mebi'in hükümleri geçerli değildir.¹⁰³

Yıkılmaya ya da bozulmaya başlamış bölünemeyen müşterek malda, ortaklardan birinin tamir yapmaktan kaçındığı bazı durumlarda, hapis hakkı söz konusudur. Tamir yapmak isteyen ortak, hâkimin izniyle müşterek malı tamir ettikten sonra diğer ortak payına düşen masrafı ödeyinceye kadar masrafları karşılayan ortak diğer ortağı maldan istifadeden engelleyip müşterek mal üzerinde hapis hakkını kullanabilir. Burada mücbir sebeplerden kaynaklanan hapis hakkı söz konusudur.¹⁰⁴

Aynı binada oturan ve kat mülkiyetine sahip olanlar arasında bazı durumlarda, hapis hakkı söz konusu olur. Söz gelimi iki katlı bir binanın alt katında tamir gerektiren bir durum olmakla birlikte alt katın sahibi payına düşen tamir masrafını karşılamada imtina eder ve üst kat sahibi onun rızası ya da hâkimin kararıyla malkul ölçüler çerçevesinde alt katı tamir etmişse alt kat sahibi payına düşen masrafları ödeyinceye kadar üst kat sahibi, hapis hakkına dayanarak onu mülkünden yararlanmaktan men edebilir.¹⁰⁵

Akit dışı hapis hakkının geçerli olduğu bazı durumlar gasbla ilgilidir. Kural olarak bir araziye gasb edip üzerinde bina yapan ya da ağaç diken kişi, araziye ağaçtan ayırtmış şekilde sahibine teslim etmesi gerekir.¹⁰⁶ Gasbedilmiş ve üzerinde bina yapılmış ya da ağaç dikilmiş bir tarlanın tahliyesinin, tarlaya zarar vermesi durumunda, tarlanın sahibi gâsıba binanın enkaz halindeki fiyatını teklif edip, tarlayı üzerindeki binayla birlikte kendisine teslim etmesini talep eder, gâsıb da bu talebe binanın veya ağacın enkaz fiyatını alıncaya kadar tarlayı teslimden kaçınma şeklinde cevap verirse burada akit dışı hapis hakkı söz konusu olur.¹⁰⁷

101 Kâsânî, V, 301; Megînânî, III, 229.

102 Kudûrî, s. 135; Zeylâî, *Tebyîn III*, 306; Kurtoğlu, II, 135.

103 Megînânî, III, 229.

104 Kadri Paşa, Md. 658.

105 Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak VI*, 241.

106 Megînânî, III, 298.

107 Zeylâî, *Tebyîn V*, 231.

İrtifâk hakkı sahibi, bir gayr-ı menkul malın rakabesine mâlik olanın izniyle gayr-ı menkule bina yapmış ya da ağaç dikmişse yaptığı masraflar ödeninceye kadar malı hapsedebilir. Burada da akit dışı hapis hakkı söz konusudur.¹⁰⁸

Şufâ' bedelini ve şufâ'nın kullanılması sebebiyle satım akdinin in'ikadı için yaptığı masrafları alıncaya kadar kendisine şufâ' hakkı dermeyan olunan kimse yaptığı masrafları almak için malı hapsedebilir.¹⁰⁹

Akit dışı olan ve genelde kanundan doğan hapis hakkı, beşeri hukukta "özel hapis hakkına" denk gelmektedir. Burada tek taraflı def'i hakkı söz konusudur. İşin icabı karşı tarafa ait bir malı, alacağını elde edinceye kadar hapseden taraf mal üzerinde fer'i bir zilyetlik elde etmektedir.

5. Hapis Hakkının Hükümleri

İslâm hukukuna göre hapis hakkı, rehin akdinde olduğu gibi alacak ödenmediği takdirde yetkili organlar vasıtasıyla malı satıp semeninden alacağını elde etme yetkisini satıcıya vermemektedir. Klasik doktrinde hapis hakkı, satıcıya malı satıp alacağını tahsil etme selâhiyeti tanımamakla birlikte hapis hakkıyla hedeflenen maksadın gerçekleşmemesi durumunda satıcıya fesih hakkı tanımıştır. Hapis hakkının ilâ nihaye devam etmesi hukuk güvenliği açısından problemlidir. Hapis hakkına sahip olan satıcının, müşterinin edimini makul bir süre zarfında yerine getirmemesi karşısında müşterinin ekonomik durumuna göre, satıcının sahip olduğu kanunî haklar, hapis hakkının hükümlerinin farklı şekilde değerlendirilmesi zaruriyetini ortaya çıkarmaktadır.¹¹⁰

a. Malı Teslimden Kaçınma Hakkı

Satıcıya hapis hakkı tanıyan Hanefî ve Mâlikîlere göre, hapis hakkının temel hükmü, müşterinin edimini makul bir sürede yerine getirmeme şartına bağlı olarak, satıcının malı karşı tarafa teslim etmekten kaçınmasıdır. Hapis hakkıyla malı teslimden imtina eden satıcının talep hakkı sona ermez. Hapis hakkı devam ettiği süre, satıcın müşteriden edimi ifâ talebi devam eder.¹¹¹ Hapis hakkında, borçlunun edimini yerine getirmemesi halinde, kira akdi gibi bazı durumlarda alacaklı fesih hakkını kullanmakta; diğer durumlarda ise umumî bir hüküm olarak hapis hakkı, ödemelik def'ine dönüşmektedir. Bazı sınırlı durumlarda gerekli şartlar oluşması halinde hapis hakkıyla aynî hak elde eden alacaklı, alacağın temini için cebrî icra yoluna başvurmaktadır.¹¹²

108 Kurtoğlu, II,135.

109 Kurtoğlu, II, 135.

110 İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî, *Bidâyetu'l-müçtehid ve nihâyetu'l-muktesid*, Beyrut 2010, s. 729; Hafif, s. 387; Atar, s. 225.

111 Serahsî, *Mebhut XIII*, 192; Merğînâni, III, 29; Desûkî, III, 3; Hafif, 387; Atar, s. 225.

112 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku III*, s. 161.

Hapis hakkının normal hallerdeki hükmü, borçlunun edimini makul bir sürede yerine getirme şartına bağlı olarak malı teslimden kaçınma hakkıdır. Müşteri edimini akitte kararlaştırılan evsafa ve miktarda yerine getirdiği takdirde, satıcının malı karşı tarafa teslim etmesiyle hapis hakkı sona erer. Alıcının iflâsı, gaybûbeti, ölümü ve iradî temerrüdü sebebiyle oluşan beklenmeyen durumlar karşısında satıcı nasıl bir yol izleyecektir? Burada satıcı için malı satıp semeninden alacağını elde etme yetkisinden bahsedilmeyen def'î hakkının hükümlerinin aynen geçerli olacağını ileri sürülmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı aşikârdır. Zira satıcının müşteriye sattığı ve mülkiyeti kural olarak müşteriye ait olan malı, ilan nihaye elinde bulundurması, koruması, canlı mal olması halinde beslemesi ve bakımını üstlenmesi, hakkaniyete uygun olmadığı gibi hukuk güvenliği açısından da problemlidir. İşte, beklenmeyen bir durum karşısında satıcının, malı sattırıp semeninden alacağını tahsil edip edemeyeceği ya da akdi feshedip etmeyeceği tartışma konusudur.

b. Akdi Feshetme Hakkı

Esas itibarıyla hapis hakkına sahip olan satıcı, karşı edim îfâ edilmediği takdirde, en başta malı satıp alacağını tahsil etme yetkisine sahip olmadığı halde, iflas, ölüm ve kayıplık gibi beklenmeyen bazı durumlarda hapis hakkı, satıcıya hâkim kararıyla malı satıp diğer borçlulara kıyasen malın semeninden öncelikle alacağını elde etme hakkını vermektedir.¹¹³

İster müşterinin vefatından önce ister vefatından sonra olsun, borcunu ödemeyen ve iflasına karar verilen müşterinin, borçların ödenmesi için hâkim kararıyla bütün malları satıldığı esnada, satıcı için iki durum söz konusudur. Hanefiler hariç diğer üç mezhebe göre satıcı, iflas ve satış esnasında hapis hakkına dayanarak malı elinde bulundurduğu takdirde, rehin haklarında olduğu gibi diğer borçlulara göre hapsedilen malı satıp semeninden alacağını öncelikle elde etme hakkına sahiptir. Çünkü satıcının hakkı malın aynına taalluk etmiş durumdadır.¹¹⁴

Alacağını elde etmede korku hali hariç, satıcıya hapis hakkı tanımayan Şafîiler, Hanbelî uleması ve Ebû Sevr'e¹¹⁵ göre ise iflas, kayıplık, mala ulaşmada mesafe engeli ya da ölüm gibi sebeplerle alacağın ödenmediği durumlarda, satıcı akdi fesih ya da alıcıyı hacr altına alma hakkına sahiptir. Fesih işleminden sonra, malın mülkiyeti tekrar satıcıya döner.¹¹⁶ Şafîîlerin ve Hanbelîlerin bu yaklaşımı, malı teslimden önce satıcıya hapis hakkının tanınmamasından kaynaklanan mağduriyet olasılığının sebep olduğu eşitsizliğin telafisi fikriyle açıklanabilir.

113 Hafif, s. 388; Atar, s. 225.

114 Hafif, s. 388.

115 İbn Rüşd, s. 729.

116 İbn Rüşd, s. 729; Nevevî, *el-Minhac*, s. 302; Remlî, IV, s. 103; Buhûti, Mansûr b. Yunûs b. İdrîs, *Keşşâfu'l-kıma' an Metni'l-İknâ' I-IX*, Riyâd 2003, II, 78, 210, 217; Hafif, s. 388.

İki görüş arasında orta yolu tercih eden Mâlikîler, borçlunun iflas, kayıplık gibi çeşitli nedenlerle ödemede acze düştüğü hallerde, malın satıcının elinde olup olmasına göre iki farklı tutum benimsemektedirler. Mal hapis hakkına tâbi olarak satıcının zilyetliğinde olduğu halde müşteri iflas ederse, burada satıcının rüçhan hakkı vardır. Çünkü satıcının hakkı malda taayyün etmiş durumdadır. Alıcının iflasıyla birlikte, alıkonulan mal üzerinde satıcının hakkının taayyün ettiğini benimseyen Mâlikîler, satıcının bizzat malı temellük edebileceğini ve bu temellüğün zorunlu bir sonucu olarak akdi feshedebileceği görüşünü kabul etmişlerdir.¹¹⁷ Bir diğer aynı hak olan rehin haklarında geçerli olan *lex commissoria* (temellük) yasağının ihlali sayılabilecek bu durum, aslında hapis hakkı süresince malın değerinde oluşan dalgalanmaları dikkate alınmamasından kaynaklanan hak kayıplarının doğmasına sebep olabilecek bir potansiyele sahiptir. Dolayısıyla, hem hapis hakkına dayanılarak elde tutulan malın akit yapıldığı esnadaki değerinin alacağı olan nispetinin farklılığı, hem de hapis hakkı devam ettiği süre zarfında malın değerinde yaşanan değişimlerin olasılığı Hanefîlerin görüşünün hukuk mantığı açısından daha isabetli olduğunu göstermektedir. Hapis hakkına konu olan malın bazı durumlarda alacakla aynı değerde olamayacağı varsayımı, Mâlikîlerin satıcıya malı doğrudan temellük etme selâhiyetini tanıyan görüşünün olumlu sonuçlarının olamayacağını akla getirmektedir.¹¹⁸

Mâlikîlere göre şayet mal müşterinin elinde olursa ve müşteri iflas sebebiyle ödemede acze düşerse bu durumda hâkim kararına gerek kalmadan satıcı akdi fesh eder ve malını geri alır. Fakat müşterinin ölmesi sebebiyle edim ifâ edilmediği durumda satıcı, iflas halinde olduğu gibi akdi feshedip malı geri alma hakkına sahip değildir. Bu durumda satıcı diğer borçlularla aynı konumdadır. Mahkeme kararıyla borçlunun bütün malları satılıp, alacakların eşit şekilde tatmini yoluna gidilir.¹¹⁹

Özetle, İslâm hukukunda geçerli olan hapis hakkında, ödeme olmadığı durumlarda malın satılacağı en başta şart kılınması mümkün değildir. Çünkü hapis hakkı rehinden farklı olarak talî bir durum arz etmektedir. İslâm hukukunda, ödeme yapılmadığı durumlarda malın yetkili organlar eliyle satılıp, alacağından öncelikle hapis hakkına sahip olan tarafın tatmin edileceği genel bir kuraldır. Fakat

117 İbn Rüşd, s. 729; Desûkî, III, 283-284.

118 Nitekim İbn Rüşd, iflastan sonra satıcının mal üzerindeki tasarruflarını değerlendirirken sıraladığı bazı görüşlerin mezhepte bu olasılığın dikkate alındığını ve en azından bu hususta bir hassasiyetin olduğunu göstermektedir. Sadece İbn Rüşd'de rastladığımız görüşler şu şekildedir: "Eğer adamın iflasına hükmedildiği tarihte malın değeri satıldığı bedelden daha azsa, mal sahibi, malını geri almakla, diğer alacaklılarla birlikte taksime girmek arasında muhayyer olup hangisini dilerse onu yapar. Eğer malın o tarihteki değeri satıldığı bedelden çok ya da malın değerine eşitse, mal sahibi bizzat malını geri alır. Bu görüşü İmam Mâlik ve Mâlikî uleması zikretmişlerdir. Üçüncü görüşe göre de adamın iflasına hükmedildiği günkü malın değerine bakılır. Eğer satıldığı bedel kadar ya da ondan az ise, sahibine geri verilmesine hükmedilir. Eğer satıldığı bedelden çok ise, ona satış bedeli kadar bir meblağ verilir. Artan miktarda da diğer alacaklılara -hissesi oranında- ortak olur. Bunu da hadis ulemasından bir cemaat zikretmiştir." Bkz. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, s. 729.

119 Desûkî, III, 283-284.

bu kural her duruma tatbik edilemez. Bu kural, sadece alacağın elde edilmesinin normal yolu olan ifânın ölüm, iflas hali, kayıplık gibi mücbir sebeplerden dolayı imkânsız hale gelmesi durumunda uygulanır. Kaldı ki, ifânın imkânsızlığıyla hapis hakkı, aynî bir hakkın konusu olmaktan çıkıp, iflas hukukunun konusu haline gelir. Fakat genel olarak hapis hakkıyla elde edilmeyen sonucun doğurabileceği hak kayıpları, İslâm hukukunda büyük oranda cebrî icra yerine fesihle bertaraf edilmeye çalışılmaktadır.

c. Hapis Hakkının Bölünmezliği İlkesi

İslâm hukukunda genel olarak hapis hakkı bölünmez bir yapıdadır. Mesela, müşterinin peşin akdedilen bir satım akdinden sonra semenin bir kısmını vermekten imtina etse bu durumda satıcının mebinin tümü üzerinde hapis hakkı edim ifâ edilinceye kadar devam eder. Hatta tek safkada iki mal, herbirine bir fiyat takdir edilerek satıldığı halde, müşteri mallardan birine denk gelen semeni tediye etse, satıcı semenin geri kalanını alıncaya kadar her iki malı teslimden kaçınılabilir. Bir araba, at gibi bir kaç tane kıyemî mal, herbirinin fiyatı tek tek belirlenerek tek akitte satılmasında mallardan herhangi birinin semenine denk gelen kısmî ifâ, hapis hakkını düşürmediği gibi bölünme kabul etmeyen bir evin fiyatının bir kısmının ödenmesi de evin tamamı üzerindeki hapis hakkını düşürmez. Her durumda, müşteri mebiden mahsup edilen kısma karşılık gelen malı talep edemez. Hapis hakkının bölünme kabul etmemesi genel bir ilkedir. Semen tümünün ödenmesini beklemeden, satıcının malın bir kısmını müşteriye teslim etmesi hapis hakkını tamamen sona erdirir.¹²⁰

Ev, araba, at gibi mahiyeti icabı bölünemeyen bir malın, yarısına denk gelen kısmının ödenmesinin hapis hakkının bütünlüğünü etkilemediği konusunda alimler arasında görüş birliği vardır. Fakat akit esnasında bedelleri ayrı ayrı belirlenerek tek safkada satılan iki maldan birinin kıymetine denk gelen oranda ödemesi noktasında farklı görüşler vardır. Bedelleri tek tek belirlen, tek safkada satılan iki maldan birinin kıymetine denk gelen oranda ödeme yapılması halinde, o malın borçluya teslim edilmesi gerektiğine ilişkin Ebû Yûsuf'tan bir görüş rivayet edilmektedir. Kâsânî (ö. 587/1191), her iki durumda da hapis hakkının bölünemeyeceğini, akdi, kabza kıyaslayarak izah etmeye çalışır. Ona göre, akdi oluşturan konunun (safka) bölünmesi mümkün olmadığı gibi, kabzın bölünmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla malın bir kısmının müşteri tarafından kabz edilip, bir kısmının satıcının zilyetliğinde kalması safkanın bölünmesiyle aynı anlama gelmektedir.¹²¹

Satım akdinden sonra, semen satıcıya teslim edilmeden önce semenin bir kısmının müşteriye bağışlanması ya da müşterinin semenin bir kısmından ibrâ edil-

120 Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukaha II*, 41; Kâsânî, IV, 507; İbn Âbidîn, VII, 93; *el-Fetavâ el-Hindiyye*, III, 16; Ali Haydar, I, 239; Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak VI*, 241; Hafif, s. 387.

121 Kâsânî, IV, 508.

mesinde ve tek alacaklıya eşit oranda borçlu olan iki borçludan birinin borcunu ödemesinde de hapis hakkının bölünmezliği ilkesi geçerlidir. Birinci durumda satıcı mebi'in hibe edilmeyen kısmı ödeninceye; ikinci durumda alacaklı diğer borçlu, borcunu ödeyinceye kadar malı müşteriye teslimden kaçınabilir.¹²²

6. Hapis Hakkının Sona Ermesi

Hapis hakkının sona ermesinin normal yolu, hapis hakkına esas olan edimin ifâsıdır. Karşı edimli akitlerde önce ifâ etmesi gereken taraf edimini ifâ ettikten sonra, karşı tarafın alacağını elde etmek için hapsedtiği malı teslim etmesi gerekir. Çünkü hapis hakkıyla hedeflenen alacağın istifâsı gerçekleşmiştir. İfânın yanısıra ibrâ, tecil, havale de hapis hakkını düşüren tasarruflardandır.

a. İfâ ve İbrâ

Hapis hakkına sahip olan taraf, ifâ sıralamasında sonra gelen taraftır. Bu hakka sahip olan taraf, alacağını teslim almadan, yani önce ifâ etmesi gereken tarafın ifâsını beklemeden malı teslim ederse, tıpkı ifâda olduğu gibi hapis hakkı doğal olarak sona erer. Hapis hakkına dayanak olan ayn teslim edildikten sonra artık hapis hakkı avdet etmez.¹²³ Burada haksız zilyetlik hali saklıdır. Müşterinin mebi'i izinsiz alması hapis hakkını düşürmez.¹²⁴

Hapis hakkını ancak cins, kalite, tür ve miktar açısından tam olan ifâ düşürebilir. Borçlu tarafından sunulan eksik ifâ, hapis hakkını düşürmemekte; ifâ en başta belirlenen şekilde yerine getirilinceye kadar alacaklı hapis hakkına sahip olmaya devam eder.¹²⁵ Belirlenen edime aykırı edimin ifâsı da hapis hakkını düşürmemektedir. Yanlış ifâ, eksik ifâyla aynı konumdadır. Borçlu tarafından yerine getirilen yanlış edim, edimin çok az bir kısmını teşkil etse de sonuç yine değişmez. Yani, hapis hakkı sakıt olmaz. Fakat borçlu tarafından yapılan asıl edime eşit olmayan yanlış edim, hapis hakkına sahip olan satıcı tarafından, kendi edimini ifâ ettikten sonra fark edilmişse, bu durumda hapis hakkına sahip olan taraf, yani ayn borçlusuna ifâ ettiği edimi geri isteyemez. Hapis hakkını kabul edenlere göre, bedeller mübadele edildikten sonra fark edilen yanlış ifâdan dönülmesi mümkün olmamakla birlikte Züfer ve Ebû Yûsuf böyle bir durumda yanlış ifâdan dönülüp hapis hakkının tekrar tesis edilebileceği görüşündedir. Çünkü önce ifâ borçlusuna hatalı bir işlemde bulunarak borca aykırı olan bir şeyi alacaklıya teslim etmiştir. Alacaklının söz konusu ifâyı kabul etmesi gerekir. Alacaklının rızası olmadan alacaklının akitle hedeflediği gayeye aykırı bir edimin ifâ edilmesi, rıza unsurunu ortadan kaldırmaktır. Dolayı-

122 Semerkandî, *Tuhfetu'l-Fukaha II*, 41; Kâsânî, IV, 508; İbn Âbidîn, VII, 93.

123 Serahsî, *Mebusut XIII*, 194; İbn Âbidîn, VII, 93; Hafîf, s. 387.

124 İbn Âbidîn, VII, 93.

125 Kâsânî, IV, 507.

siyla yanlış yapılan edim, alacaklı tarafından hiçbir şekilde fark edilmemişse, teslim edilen ayn üzerinde bir takım işlemler yapılmış olsa dahi, ayn geri alınabilir. Satıcı tarafından fark edilmeyen hatalı ifâ, malı geri alma hakkını ortadan kaldırmamaktadır.¹²⁶

Hapis hakkı bölünmez bir yapıda olduğu için kısmî ifâ, hapis hakkını ortadan kaldırmaz. Buna göre müşteri edimin bir kısmını ifâ etse ya da satıcı müşteriyi semenin bir kısmından ibrâ etse hapis hakkı yine de devam eder. Aynı şekilde değerleri ayrı ayrı belirlenen iki şeyin konu olduğu bir satım akdinde, müşterinin semenin sadece bunlardan birine denk gelen kısmını ödemesi de hapis hakkını düşürmez. Kısmî ifâ halinde, satıcı alacağın geri kalanını elde edinceye kadar satılan her iki malı hapsedmeye devam edebilir. Çünkü mallardan birinin bedelinin ödenmesi kısmî ifâyla aynı konumdadır. Bununla birlikte Ebû Yûsuf'tan rivayet edilen bir görüşe göre, bedelleri tek tek belirlenen iki maldan birine denk gelen kısmî ifâdan sonra, hapis hakkı bedeli ödenen maldan düşmektedir. Bu durumda kısmî ifâ hapis hakkının bir kısmını sona erdirmektedir.¹²⁷

Kısmî ifânın hapis hakkını düşürmeyeceği ilkesi, bir malın aynı akitle birden fazla kişiye satımında da geçerlidir. Borçlulardan birinin kendi payına düşeni ifâ etmesi, satıcının hapis hakkını düşürmez. Edimin diğer borçluların payına düşen kısmı ifâ edilmedikçe ayn borçlusunun hapis hakkı varlığını sürdürür. Zira alacaklı açısından borçlulardan birinin edimini ifâ etmesi kısmî bir ifâdır.¹²⁸

Satıcının henüz semeni teslim edilmemiş mebî üzerindeki hapis hakkı kanundan doğan güçlü bir aynî hak olduğu için, teslim edilmemiş semene karşı rehin verilmesi ya da kefil olunması müşterinin hapis hakkını sona erdirmez.¹²⁹ Çünkü kefil gösterilmesi veya rehin verilmesi, alıcının zimmetinde sabit olan borcu düşürmediği gibi talep hakkını da sona erdirmez. Borçlu tarafından kefil gösterilmesi veya borca karşılık rehin verilmesi sadece temînât sağlamaya yöneliktir. Temînât ifâyâ eşit olmadığı için satıcı lehine hapis hakkı ve talep hakkı sabit olmaya devam eder.¹³⁰

Hapis hakkı alacaklı tarafın borçlu tarafı ibrâ etmesiyle de düşer. Çünkü borçluyu alacaktan ibrâ eden alacaklının elindeki mal ibradan sonra vedia hükmünde olur. Vedia ise emânet hükümlerine tâbi olduğu için, talep edildiğinde mâlikine teslim edilmesi gerekir. Fakat alacaklı tarafından yapılan ibrânın bütün alacağı kapsamaması gerekir. Kısmî ibrâ halinde borcun geri kalan kısmı elde edilinceye kadar, alacaklının hapis hakkı devam eder.¹³¹

126 Serahsi, *Mebhut XIII*, 193-194; Kâsânî, IV, 510.

127 Kâsânî, IV, 507; Mecelle, Md. 279.

128 Kâsânî, IV, 508.

129 İbn Âbidîn, VII, 93; Mecelle, Md. 280; Ali Haydar, I, 242; Kurtoğlu, II, 134.

130 Kâsânî, IV, 508.

131 Kâsânî, IV, 507; İbn Âbidîn, VII, 93; *el-Fetavâ el-Hindiyye*, III, 17.

b. Tecil

Önce peşin akdedilen satım akdinin daha sonra vadeli hale getirilmesi, bayı'nın hapis hakkını düşürür. Bu durumda bayı' mebiyi müşteriye akitten hemen sonra teslim etmekle yükümlüdür. Mahiyeti itibariyle hapis hakkına müsait bir yapıda olup akitle doğan borcun akit esnasında bir vadeye bağlanması da hapis hakkını düşürür. Çünkü hapis hakkı, geçerli ve muaccel bir alacağın teminâtıdır. Hapis hakkının güvencesi olan alacak, vadeye bağlandığı takdirde talep hakkı vade sona erinceye kadar askıda kalır.¹³²

Tecil işlemi, îfâ sıralamasında sonra îfâ etmesi gerekli olan tarafın alacağını elde etmek için sahip olduğu hapis hakkını düşürdüğü gibi, muaccel bir alacağın varlığına bağlı olan talep hakkını da vadenin bitimine kadar askıda bırakır. Akit teşekkül ettiği esnada hapis hakkına sahip olan satıcı, hapis hakkını kaybettikten sonra henüz mebî'i müşteriye teslim etmeden vadeye bağlanmış alacağı peşin olma vasfını tekrar kazansa dahi, hapis hakkına tekrar sahip olamaz.¹³³

c. Havâle

Hapis hakkının hangi tip havâleyle düştüğü hususunda müçtehitler ihtilaf halindedir. Şu kadar var ki, satıcının borçlusunu olduğu bir kimseyi alıcıya havâle etmesiyle hapis hakkının düşmesi hususunda müçtehitler arasında herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir.¹³⁴ Satıcı borçlusunu olduğu bir kimseyi müşteriye havâle etmesiyle alacak hakkını havâle edilene devrettiği ya da kısa elden temlik ettiği için, alacak üzerindeki talep hakkı sona erer. Haklı bir sebebe dayanan talep hakkının olmaması, hapis hakkının olmamasını gerektirmektedir.

İmam Muhammed'e (ö. 189/805) göre hapis hakkı, alacaklının borçlusunu olduğu üçüncü bir kişiyi borçlusunun üzerine havâle etmesiyle sakıt olmasına karşın, müşteri tarafından yapılan her türlü havâle ve satıcı tarafından mutlak olarak yapılmış havâle, hapis hakkını düşürmemektedir. Satıcı, kendisine havâle edilen kişi borcu ödeyinceye kadar malı teslim etmeyerek hapis hakkını saklı tutar. Fakat satıcı tarafından alıcının mevcut borcu ile sınırlı olarak yapılan havâle, satıcının hapis hakkı düşürür.¹³⁵

Hapis hakkının havâlenin sadece bir tipiyle düşmediğini belirten Ebû Yûsuf'a göre, borçlunun satıcıyı bir kimseye havâle etmesiyle de hapis hakkı düşer. Hapis hakkının varlığı, borcun zimmette varlığına bağlıdır. Borçlunun zimmeti muhîlin havâlesiyle borçtan kurtulduğu için hapis hakkı sona erer. Fakat bu durumda kendisine havâle edilenin, havâleyi kabul etmesi gerekir.¹³⁶

132 Kâsânî, IV, 507; Mecelle, Md. 283; Ali Haydar, I, 243; Senhûri, *Mesâdiru'l-Hak* VI, 242.

133 Kâsânî, IV, 507-509; Ali Haydar, I, 243.

134 Semerkandî, *Tuhfetu'l-Fukaha II*, s. 41; İbn Âbidîn, VII, s. 93; *el-Fetavâ el-Hindiyye*, III, s. 17; Hafif, s. 387.

135 Kâsânî, IV, 508; Zuhayli, *Fıkhu'l-İslâm IV*, 417-418; Aybakan, "Hapis Hakkı", 67.

136 Kâsânî, IV, 508; İbn Âbidîn, VII, 93.

Ebû Yûsuf ile İmam Muhammed arasındaki bu ihtilâfın sebebi, hapis hakkının hükümlerinin farklı şekillerde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Ebû Yûsuf, hapis hakkının sabit olmasını, semenin bir deyn borcu olarak müşterinin zimmetinde var olması şartına bağlamaktadır. İmam Muhammed ise hapis hakkının sabit olması için, alacaklının talep hakkının varlığını dikkate almaktadır.¹³⁷

Kâsânî'nin haklı olarak belirttiği gibi, hapis hakkının sabit olması borcun zimmette sabit olmasına değil talep hakkına bağlıdır. Talep hakkı olduğu sürece, hapis hakkı vardır. Bu açıdan İmam Muhammed'in görüşü tercihe şayandır.¹³⁸ Çünkü, müşterinin havâlesiyle, satıcı alacağını elde etmiş olmaz. Sadece borçlu değişmiş olur. Eğer satıcı, müşterinin havâlesinden sonra, malı müşteriye teslim ederse, alacağını elde etmek için yeni borçluya karşı herhangi bir güvenceye sahip olamaz. Havâleyi kabul eden yeni borçlunun borcu kabul etmesi, edimin ifâ edilmiş olması anlamına gelememektedir. Dolayısıyla, hapis hakkının mutâlebe hakkına dayanması, hukuk güvenliği açısından daha uygundur. Kaldı ki Hânefilerin ihtiyat prensibi İmam Muhammed'in görüşünün esas alınmasını gerektirmektedir.

d. Diğer Durumlar

Bayî'nin semeni teslim almadan mebî'i müşteriye vedia ya da ödünç olarak vermesi hapis hakkını düşürür. Tersi durum, yani müşterinin satın aldığı malı, satıcının yanında ariyet ya da vedia olarak bırakması hapis hakkını düşürmez. Çünkü hapis hakkı satıcı lehine tesis olunan aynî hak niteliğindedir.¹³⁹

Ebû Yûsuf'tan rivayet edilen bir görüşe göre hapsedilen şeyin vedia ya da ariyet olarak verilmesi hapis hakkını düşürmez. Tıpkı rehinde olduğu gibi, semeni teslim alınmamış mal, vedîa ya da ariyet olarak verildikten sonra, satıcı tarafından geri alınabilir. Çünkü vedîa ve ariyet akdi, lazım akit değildir. Lazım olmayan akitler satıcının istirdat hakkını sona erdirmemektedir.¹⁴⁰

Müşterinin, satıcının izniyle malı alması ya da satıcının bizzat kendisinin malı müşteriye teslim etmesi de hapis hakkını düşürür. Bu durumda satıcının malı geri alma hakkı yoktur. Çünkü satıcı kendi rızasıyla hakkını iptal etmiştir. Fakat satıcının izni olmadan müşteri haksız olarak malı zilyetliğine geçirirse, satıcı malı geri alabilir.¹⁴¹

Bazı mücbir sebeplerden dolayı hapis hakkı kendiliğinden sona erer. Söz gelimi satım akdinde hapis hakkına dayanılarak bayî tarafından hapsedilen mebî' müşteriye teslim edilmeden önce telef olursa, bu durumda hapis hakkı zorunlu olarak

137 Kâsânî, IV, 508.

138 Kâsânî, IV, 508-509.

139 Serahsî, *Mebsut XIII*, s. 194; Kâsânî, IV, s. 509; *el-Fetavâ el-Hindiyye*, III, s. 17; Zuhaylî, *Fıkhu'l-İslâmIV*, s. 417.

140 Kâsânî, IV, 509.

141 Kâsânî, IV, 509; Ali Haydar, I, 242.

sona erer. Zira bayı'nın elinde telef olan mebi'nin tazmîn hükümleri bayı'ye aittir. Yani, mebi' bayı'nın hesabına telef olur; müşteriye bir şey gerekmez. Bu durumda akdî hükümler kendiliğinden sona erer.¹⁴²

Akitten sonra, semen teslim edilmeden ve satıcının izni olmadan alıcının mebi'i kabzetmesi hapis hakkını sona erdirmez. Çünkü izinsiz kabzla gerçekleşen zilyetlik, haksız zilyetliktir. Haksız zilyetlik ise hapis hakkını etkilememektedir. Bu durumda, mebi' satım, hibe, rehin, icâre gibi feshi mümkün olan tasarruflarla müşterinin elinden çıkmışsa, söz konusu akitler fesh edilir ve mal satıcı tarafından istirdat edilir. Fakat azat etme gibi feshi mümkün olmayan bir tasarrufla mal elden çıkmışsa ya da mal tüketilmişse bu durumda satıcı hapis hakkını tekrar tesis etmek için malı geri alamaz. İşte, malın eski yerine döndürülmesine müsait olmayan bu hallerde de hapis hakkının mücbir sebeplerden dolayı sona erdiğine hükmedilir.¹⁴³

SONUÇ

“Haku'l-Haps” kavramıyla ilk dönem fıkıh kitaplarında itibaren ele alınan hapis hakkı, İslâm hukukunda kendine özgü hükümlerle ele alınmış ve hükümleri işletilmiştir. Hapis hakkı bedellerin değişimi esası üzerine kurulu birçok akitte gündeme gelen bir kavram olmasına karşın, konu daha çok satım akdi bağlamında ele alınmıştır. Satım akdinde ferdin belirlenen mebi'in üzerinde müşterinin hakkının taayyün etmesi karşısında alıcının hakkının ancak semenin teslimiyle taayyün edebileceğini gerekçe gösterenler hapis hakkının genel bir ilke olarak kabul etmişlerdir. Satım akdinde fesih ihtimalini bertaraf etme düşüncesini ön plana çıkaranlara göre satıcının hapis hakkı mevcut değildir. Bununla birlikte satıcıya hapis hakkı tanımayanlar, satıcının hakkını korumak için öne sürdüğü “müşterinin mâlî durumunun iyi olması” şartı uygulamada hapis hakkını işlevini gerekli kılmaktadır.

İslâm hukukunda ele alınan hapis hakkı beşerî hukuk sistemlerinde bir taşınır rehni tipi olarak değerlendirilen hapis haktan farklıdır. İslâm hukukunda hapis hakkı sahibine sınırlı aynî hak sağlamakla birlikte bir taşınır rehni değildir. Bunun yanı sıra İslâm hukukunda değerlendirilen hapis hakkı ödemezlik def'inden farklıdır. Ödemezlik def'i bedellerin değişimi esası üzerine kurulu ve sadece çift tarafı bağlayıcı akitlerde geçerlidir. İslâm hukukundaki hapis hakkım ise satım gibi çift tarafı bağlayıcı akitlerde geçerli olduğu gibi bazı hallede vekâlet, rehin gibi tek tarafı bağlayıcı akitlerde de geçerlidir.

142 Kâsânî, IV, 493-494; İbn Nüceym, Zeynu'l-Âbidîn, *el-Eşbâh*, 376; Mecelle, Md. 293.

143 Kâsânî, IV, 509-510.

HANEFİLERİN KİNÂYELİ SÖZLERLE YAPILAN BOŞAMALARI BÂİN TALÂK SAYMASI ÜZERİNE BİR ANALİZ

Yrd. Doç. Dr. M. Fatih TURAN*

Özet: İslam Hukukunda boşama için kullanılan lafızların niteliği hem evliliğin seyri bakımından hem de sonrasında karı-koca arasında oluşacak dini ve hukuki durum açısından büyük önem taşımaktadır. Boşama için kullanılan lafızlar, evliliğin devam edip etmediğinde veya evlilik sona ermişse karı-kocanın tekrar evlenip evlenemeyeceğinde belirleyicidirler. İslam Hukukunda Hanefiler dışındaki müçtehitlerin büyük çoğunluğu, sarîh talâk lafızlarıyla da kinâyeli talâk lafızlarıyla da gerçekleşen boşamayı ric'î (dönülebilir) sayarlar. Hanefiler ise sarîh lafızlarla gerçekleşen talâkı ric'î, kinâyeli lafızlarla gerçekleşen talâkı bâin (kesin) sayarlar. Bu çalışmada Hanefiler ve diğer mezhepler arasındaki söz konusu ihtilaf ele alınarak, Hanefilerin kinâyeli lafızlarla yapılan talâkı bâin saymasının sebepleri tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Bâin Talâk, Ric'î Talâk, Kinâye, Sarîh.

An Analysis of Hanefies' Acceptance of the Actual Divorces with Allusive Divorce Words as Irreversible Divorce

Abstract: The nature of the words used in Islamic Law for divorce has great importance both in terms of the course of the marriage and also in terms of the religious and legal status that will appear between husband and wife afterwards. The words used for divorce are determining factors for identifying whether the marriage continues or not and, if the marriage has ended, whether husband and wife can marry again or not. The majority scribes except for Hanefies in Islamic Law accept the actual divorce both with explicit divorce words and allusive divorce words as reversible divorce. However, Hanefies accept the actual divorce with explicit divorce words as reversible divorce and the actual divorce with allusive divorce words as irreversible divorce. In this article the conflicts between Hanefies and other sects will be explained and the reason why Hanefies accept the actual divorce with allusive divorce words as irreversible divorce will be identified.

Keywords: Islamic Law, Irreversible Divorce, Reversible Divorce, Allusion, Explicit.

GİRİŞ

Evlilik, bir erkek ve bir kadının fizyolojik ve ruhi ihtiyaçlarını karşılamlarına imkân veren, hayatın mutluluklarını beraber paylaşmalarını, güçlüklerine birlikte göğüs germelerini öngören bir müessesedir. Bu yüzden hemen her insan topluluğunda bu müessese ile ilgili düzenlemeleri içeren kurallar mevcuttur.

* Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi, fturan@atauni.edu.tr

Orijinal adı “fıkıh” olan İslam Hukukunun temel kaynakları Kur’an ve Sünnette bu müessese ile ilgili bilgiler detaylı olarak yer almıştır. İslam Hukuku literatüründe de evlilik bir akit olarak ele alınmış¹ ve bu akdin kuruluşu, hükümleri ve sona ermesi (boşanma) ile alakalı geniş bir doktrin geliştirilmiştir.

Evliliğin sona ermesi ile ilgili kural ve kaideler İslam Hukuku kaynaklarında genellikle “Kitabu’t-Talâk” başlıkları altında anlatılmıştır. Bu başlıklar altında, boşama çeşitleri, boşama işlemlerinde kullanılan lafızlar ve boşama neticesinde erkeğin nafaka mesuliyetleri hakkında oldukça ayrıntı bilgilere yer verilmiştir.²

Bilindiği üzere sosyal bir vakia olarak İslam coğrafyasında en sık karşılaşılan boşama şekli, kocanın tek taraflı iradesi ile gerçekleşen boşamadır. Kocanın boşama esnasında kullandığı lafızlara göre boşamanın seyri belli olacağından ve neticede farklı dinî ve hukukî sonuçlar ortaya çıkacağından, İslam Hukukunda boşama lafızları ayrı bir öneme sahiptir. Zira bazı boşama lafızlarının niteliğine göre boşamanın bâin sayılması ve evlilik bağının tamamen ortadan kalkması söz konusuysen, bazı boşama lafızlarıyla ise boşamanın ric’i sayılarak, tarafların iddet süresi içerisinde aile yuvasına dönüş yapması ve yeni bir nikâha gerek kalmadan evliliklerine devam etmeleri mümkündür.

Klasik fıkıh müdevvenatının hemen hepsinde boşama lafızları olarak sarih ve kinâyeli lafızlardan bahsedilmektedir. Fukahanın çoğunluğu, sarih ve kinâyeli lafızlarla yapılan boşamayı fark gözetmeksizin ric’i talâk sayarken, Hanefiler genel görüşten farklı bir tutum sergilemiş ve kinâyeli lafızlarla yapılan boşamayı bâin talâk kabul etmişlerdir. Esasında boşama iradesini açık bir şekilde ortaya koyan ifadeler sarih lafızlardır. Bu yüzden ilk bakışta sarih bir lafızla söylenen sözün, örtülü mana taşıyan kinâyeli söze göre delalet bakımından daha kuvvetli olacağı düşünülebilir. Bu noktada Hanefilerin sarih lafızlarla gerçekleşen talâkı ric’i, kinâyeli lafızlarla yapılan talâkı bâin sayması ister istemez zihinlerde soru işaretlerine sebep olabilmektedir.

İşte bu çalışmamızda, İslam Hukukunda talâk hakkında genel bir bilgi verilerek fukahanın boşama için kullanılan lafızlar hususundaki yaklaşımı ele alınacak ve Hanefilerin kinâyeli lafızlarla yapılan talâkı bâin kabul etmelerinin gerekçeleri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1 Aynî, Bedruddin Ebû Muhâmmed b. Mahmûd el-Hanefî, *Remzü'l-hakâik Şerhu Kenzî'd-dekâik*, Beyrut 2004, I, 191; Cezîrî, Abdurrahmân, *Kitâbü'l-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-erbea*, İstanbul, 1987, IV, 2-3; Dağcı, Şamil, “İslam Hukukunda Evlenme Engelleri”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt: XXXIX, Ankara 1999, s. 178; Günay, H. Mehmet, İslam Hukukunda Hükümsüzlük Teorisi ve Şüphe Doktrini Bağlamında Evlenme Engelleri (Hanefi Mezhebi Özelinde Bir İnceleme), *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 3, 2004, s. 167.

2 Sehnân, İbn Said Abdusselâm et-Tenûhî, *Müdevvenetu'l-kübrâ*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1426/2005, V, 286-370; Serahsî, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed, *el-Mebsût*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut 2000/1421, VI, 2-421; Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Muahmed b. Habib, *el-Hâvî fi'l-Fıkhî's-Şafiiyyi*, Dâru'l-Kütubi'l-İlmiyye, Beyrût 1994/1414, IX, 573-X, 500; İbn Kudâme, Ebû Muhâmmed Muvaffâkuddîn Abdullah b. Ahmed el-Makdisî, *el-Muğni*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut 1405, VIII, 234-628, IX, I-319.

I. İSLAM HUKUKUNDA GENEL OLARAK TALÂK VE ÇEŞİTLERİ

Kelime anlamı, maddi bir bağdan kurtulmak, bir bağı çözmek, serbest bırakmak ve salıvermek gibi manalara gelen talâk³ fıkıh terminolojisinde, “*evlilik sonucu hukuken ortaya çıkan bağın kaldırılması*” olarak tanımlanmıştır.⁴ Talâk tabiri Türkçemizde “boş olmak” ve “boşamak” kelimeleriyle karşılanabilmektedir.⁵

İslâm dini neslin devamı için tek meşru yol olan evliliği teşvik etmiş, eşlerin evlilik birliğini karşılıklı sevgi ve saygı ortamında olabildiğince korumalarını istemiştir. Bununla birlikte evlilik bağının önemli bir sebep bulunmadıkça keyfi şekilde sona erdirilmesi tasvip edilmemiştir. Talâk ancak eşler arasında iyi geçimin yerini kin ve nefretin alması, karşılıklı güveni ortadan kaldıran davranışların ortaya çıkması, ömür boyu birlikte yaşama amaçlarının son bulması, dolayısıyla evlilikten beklenen maslahatların yok olması durumunda başvurulabilecek bir çözüm şekli olarak meşru sayılmış, Kur’an ve Sünnet’te bu meşruiyet açıkça ifade edilmiştir.⁶

İslam’da talâka izin verilmiş olması, isteyenin keyfi olarak, dilediği zaman boşanabileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim boşamanın nasıl gerçekleşeceğine dair bilgiler Kur’an ve Sünnet’te açıklanmış,⁷ konuyla ilgili hükümlere oldukça geniş yer verilen fıkıh kitaplarında da boşamanın belirli bir vakitte, belirli şart ve kriterlerle uygulamaya geçebileceği açık bir şekilde belirtilmiştir.

Fıkıh kitaplarındaki sistematîğe bakıldığında evlilik birliğinin şu şekillerde sona erdiği görülmektedir;

a) Kocanın tek taraflı iradesiyle,⁸

b) Muhâlea yani kadının vermeyi kabul ettiği bir bedel mukabilinde,⁹

- 3 İbn Manzur, Ebu’l-Fadl Cemâluddin Muhâmmad b. Mükerrrem, *Lisânu’l-Arab*, thk. Muhammed b. Mukrim b. Manzur, Dâru Sadr, Beyrut ts. X, 225; Cürçânî, Muhâmmad eş-Şerif, *Kitâbu’t-Târîfât*, Daru’l-Kutubî’l-Arabî, Beyrût 1405, s. 183; Asım Efendi, *Kamus Tercemesi*, İstanbul, 1305, III, 935.
- 4 Serahsî, *el-Mebûsât*, VI, 2; Mevsilî, Ebu’l-Fadl Mecduddin Abdullah b. Mahmud, *el-İhtiyâr, li Ta’lîli’l-Muhtâr*, thk. Abdullatif, Muhammed Abdurrahman, Dâru’l-Kutubî’l-İlmiyye, Beyrut 2005/1426, III, 136; İbnu’l-Humâm, Kemâluddin, Muhâmmad b. Abdolvâhid es-Sivâsî, *Şerhu Fethi’l-Kadîr*, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrût 1424/2003, III, 443; Aynî, Bedreddin Ebî Muhammed Mahmûd b. Ahmed, *Umdetu’l-Kâri Şerhu Sahihî’l-Buhâri*, Dâru’l-Kutubî’l-İlmiyye, Beyrut 2001, X, 320.
- 5 Muhammed İbn Mustafa el-Vânî, *Vanukulu Lügati*, İstanbul 1218, II, 189; Asım Efendi, *Kamus Tercemesi*, III, 935; Komisyon, *Türk Hukuk Lugati*, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991, s. 320; Komisyon, *Türkçe Sözlük*, Millî Eğitim Bakanlığı, Ankara 1995, I, 372.
- 6 Meselâ bkz. Bakara 2/228- 232, 236-237, 241; Talâk 65/1-2; Buhârî, Ebû Abdillâh Muhâmmad b. İsmail, *el-Câmiu’s-Sahih*, el-Matbaatu’s-Selefiyye, Kâhîre 1403, “Kitâbu’t-Talâk”, 1-4; Ebu Dâvud, Süleyman b. Esâs es-Sicistânî, *Sunenu Ebî Dâvud*, Riyad ts., “Talâk”, 3, 38; İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhâmmad b. Yezid el-Kazvîni, *Sunenu İbn Mâce*, Mektebetu’l-Meârif, Riyâd ts., “Kitâbu’t-Talâk”, 2.
- 7 Bkz. Bakara, 2/228-232; Talâk, 65/ 1, 2; Nisa, 4/20, 130; Ahzab, 33/49; Buhârî, “Kitâbu’t-Talâk”, 1-18; Nesâî, Ebi Abdurrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali, *Sunenu’n-Nesâî*, Beyrut, h.1417, “Kitâbu’t-Talâk”, 1-34.
- 8 Şîrâzî, Ebû İshâk İbrahim b. Ali, *el-Mühazzebe*, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrût 1995/1416, II, 77; Acar, H. İbrahim, *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, EKEV Yay., Erzurum 2000, s. 53-63.
- 9 Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes’ud, *Bedâiu’s-Senâi’ fi Tertibi’ş-Şerâi*, Dâru’l-Kitâbu’l-Arabî, Beyrût 1982, IV, 16; İbn Rüşd, Muhâmmad b. Ahmed b. Muhâmmad, *Bidâyetü’l-müctehid nihâyetu’l-muktasid*, Mektebetu Mustafa, Mısır 1975/1395, II, 60.

c) Nikâh akdi esnasında veya sonrasında boşama yetkisinin kendisine de verilmesini şart koşan kadının, tek taraflı irade beyanıyla erkeğin rızasına veya mahkemeye başvurmaksızın bu yetkiyi kullanması yani tefviz-i talâkla,¹⁰

d)Tefrik yani kaza-i boşamayla.¹¹ Bu şekildeki boşanmalar da;

- Kadının, şiddetli geçimsizlik, nafaka temininde acizlik, gaiplik, hapis ve benzeri bir takım gerekçelerle boşanma talebinde bulunması durumunda,¹²
- Kocanın karısıyla zevci münasebette bulunmamaya yemin etmesi ve uzun süre karısına yaklaşmamak suretiyle bu konuda kararlı olduğunu göstermesi (ilâ) durumunda,¹³
- Erkeğin karısını zina yapmakla itham etmesi ve bunu dört şahitle ispat edememesi halinde hâkim huzurunda özel şekilde karşılıklı olarak eşlerin yemin etmeleri (lian) durumunda,¹⁴
- Karısının herhangi bir uzvunu kendisine nikâhi ebediyen haram olan bir kadının uzvuna benzeten (zihar yapan) kocanın, mahkemenin kendisinden talep etmesine rağmen kefareten kaçınması durumunda¹⁵ gerçekleştirilebilmektedir.

İslam Hukuk doktrininde boşama, Kur'an ve sünnete uygun olup olmayışına göre sünni ve bid'i boşama; dönülebilir olup olmamasına göre ise ric'i ve bâin boşama olmak üzere iki kısımda ele alınmaktadır ve her bir boşama şekli farklı hukukî sonuçlara sebep olmaktadır.

A. Sünni ve Bid'i Boşama

Sünni (Sünnet üzere) boşama; erkeğin karısını, hayız halinin ve zevci ilişkisinin bulunmadığı temizlik döneminde bir talâkla boşaması ve iddet sonlanıncaya kadar onu beklemesi şeklindedir.¹⁶ Sünni boşama ile evlilik birliğine geri dönüş kapısının kapatılmaması arzulanmakta ve taraflara, daha doğrusu eşini tek taraflı irade beyanıyla boşayan kocaya yeni bir düşünme imkânı tanınmak istenmektedir. Kadının temizlik süresi başladıktan sonra onunla cinsî ilişkide bulunulmadan boşanması

10 Şirâzi, *el-Mühhezzeb*, II, 80; Kâsâni, *Bedâiu's-Senâi'*, IV, 56; Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yusuf, *et-Tâc ve'l-iklîl*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1398, IV, 43.

11 Mevsili, *el-İhtiyâr*, III, 167-IV, 7; Acar, H. İbrahim, "Tefrik" Maddesi, *DİA*, İstanbul, 2011, XL, 277-279.

12 İbn Rüşd, *Bidâteyü'l-Müctehid*, II, 99, 98.

13 Serahsi, VII, 34-45; Mevsili, *el-İhtiyâr*, III, 167-170.

14 Mevsili, *el-İhtiyâr*, III, 182-184; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 3-75; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 132-139; Aydın, Mehmet Akif, "Liân" Maddesi, *DİA*, XXVII, Ankara, 2003, 172, 173.

15 Şafii, Muhâmmed b. İdris, *el-Ümm*, thk. Mahmud Matruci, Dâru'l-Kütüb'l-İlmiyye, Beyrut 2002/1423, V, 396-410; İbn Rüşd, *Bidâteyü'l-müctehid*, II, 105-114; Kâsâni, *Bedâiu's-senâi'*, III, 235-242; Yaman, Ahmet, "Zihâr" Maddesi, *DİA*, İstanbul 2013, XLIV, 387-390.

16 Serahsi, *el-Mebsût*, VI, 4, 7; Mevsili, *el-İhtiyâr*, III, 136, 137, Kâsâni, *Bedâiu's-Senâi'*, VII, 12; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 234.

ve bu boşamanın bir boşama olmasının gerekliliği, arızı duygu ve düşüncelerle aile yuvasının dağılmasına imkân tanımamak içindir. Bu yüzden pişmanlık duymamak, ortaya çıkabilecek barış fırsatlarını değerlendirebilmek için boşamaların sünnet üzere yapılması, hem dinî hem de dünyevi açıdan yararlı görülmektedir.¹⁷

Sünnete aykırı boşama olarak telakki edilen bid'î talâk ise; kocanın, karısını hayızlı ve nifaslı iken veya temizlik döneminde zevci ilişkisinin akabinde ya da temizlik süresi içinde birden fazla boşamasıdır.¹⁸ Temizlik döneminde birden fazla talâkla kadının boşanması bir lafızla olabileceği gibi ayrı ayrı lafızlarla da olabilir. Bunlardan herhangi birisiyle gerçekleştirilebilecek olan boşamalar, sünnete aykırı olmakla birlikte fakihlerin çoğunluğuna göre hukuki sonuçlar doğurur; ancak boşayan şahıs günah (tahrimen mekruh) işlemiş olur.¹⁹

B. Ric'î ve Bâin Boşama

Ric'î talâk; erkeğin boşadığı hanımına, yeniden mehir ve nikâh akdine ihtiyaç hissedilmeden iddet süresi içinde dönmesine imkân tanıyan boşamadır.²⁰ Ric'î boşamanın meydana gelebilmesi için kullanılan lafızlar sarih olmalıdır.²¹

Ric'î talâkta evlilik iddet süresince devam ediyor kabul edilir. Bu sebeple dönüş hakkının da bu süre içinde kullanılması gerekir. Bu süre dönüş yapılmadan geçirilirse iddetin bitimiyle ric'î talâk bâin talâka dönüşür. Dolayısıyla geri dönmek için artık bâin talâka aranan şartlar geçerli olur.²² Evliliğin iddet bitimine kadar devam edecek olması miras ve mehir hukuku açısından da önem taşır. Ric'î boşamada, boşama anına kadar vadeye bağlanmış mehir muacceliyet kazanmaz. Taraflardan birisinin vefat etmesi durumunda evlilik devam ettiği için sağ kalan eş diğerine mirasçı olur.²³

17 Ebû Zehra, Muhammed, *el-Ahvâlûş-Şahsiyye*, Kâhire, ts., s. 287-288; Acar, *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, s. 76.

18 Serahsi, *el-Mebsût*, VI, 4, 7; Kâsânî, *Bedâiu's-senâi'*, VII, 12; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 238; Acar, H İbrahim, *Anahatlarıyla İslam Aile Hukuku*, Emin Yay., Bursa, 2014, s. 262.

19 Serahsi, *el-Mebsût*, VI, 6-11, 16, 17; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 38; Şirbinî, el-Hâtib Şemsüddin Muhammed b. Ahmed, *Muğni'l-muhtâc ilâ Marîfeti Me'âni'l-elfâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut ts., III, 307-309; Okur, Kaşif Hamdi, "İslam Hukuku'nda Boşama Yemini (Talâka Yemin) Meselesi", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt:8, sayı:15, Çorum, 2009, s. 9.

20 Kudûri, Ebû'l-Hüseyin (Ebû'l-Hasan) Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, *Muhtasaru'l-Kudûri fi'l-Fikhi'l-Hanefî*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 2006, s. 159, 160; İbn Rüşd, *Bidâteyü'l-müctehid*, II, 84; Mâverdi, *el-Hâvi fi'l-Fikhi's-Şafiyyi*, VIII, 419, 420; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 478; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslamiyye ve Istilahatı Fikhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1985, II, 175; Acar, H. İbrahim, "Talâk" Maddesi, *DİA*, İstanbul 2010 XXXIX, 498.

21 Bu şart ileride de göreceğimiz üzere Hanefilere göredir. Diğer mezheplere göre boşamanın ric'î olması için kullanılan lafızların sarih ya da kinâye olması arasında fark bulunmamaktadır.

22 *Semerkandî*, Alâeddin, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, Dâru'l-Kütubi'l-İlmiyye, Beyrut 1984/1405, II, 177; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 239, 24; *Mevsuatu'l-fikhiyye* (Kuveyt Evkaf Bakanlığınca Çıkarılan İslâm Fıkhı Ansiklopedisi), Kuveyt 1983/1404, XXIX, 29; Acar, *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, s. 69.

23 Mevsili, *el-İhtiyâr*, III, 162, 189, IV, 8; Mâverdi, *el-Hâvi fi'l-Fikhi's-Şafiyyi*, VIII, 419, 420, X, 640; Yaman, Ahmet, *İslam Aile Hukuku*, Yediveren Yay., Konya 2002, s. 70.

Bâin talâk ise; erkeğin boşadığı eşine ancak yeni bir nikâhla ve mehirle dönmesine imkân tanıyan boşama şeklidir.²⁴ Erkek eşini bir veya iki talâkla boşadığında “beynûnet-i suğrâ” meydana gelmiş olur ve iddetin bitiminden sonra erkeğin yeni bir mehir ve nikâh akdi ile boşadığı karısına dönme imkânı vardır. Ancak boşama erkeğin eşini üçüncü boşaması ise yeni bir nikâh da tarafların bir araya gelmesi için yeterli değildir. Çünkü karı-koca arasında büyük ayrılık denilen “beynûnet-i kübrâ” meydana gelmiştir. Bu durumda kadının bir başkasıyla zevci ilişkisinin gerçekleştiği geçerli bir evlilik yapmadan ilk eşine dönmesi mümkün değildir.²⁵

Nikâh yapılıp zıfâf yapılmadan meydana gelen boşamalar, tarafların anlaşarak boşanmaları (muhâlea),²⁶ mahkeme kararı ile gerçekleşen boşamalar,²⁷ kocanın üçüncü boşama hakkını kullanarak yaptığı boşamalar, ric’î boşama sonrasında kocanın eşine dönmeden iddetin bitmesi halinde ve bazı ihtilaflar olmakla birlikte tevfiz-i talâk (kadına boşama yetkisi verilmesi) yoluyla gerçekleşen boşamalar fukahaya göre bâin talâktır.²⁸ Bunların dışında Hanefilere göre kocanın kinâyeli sözlerle ve şiddet (pekiştirme) ve aşırılığı ifade eden kelimelerle yaptığı boşamalar da bâin talâk olarak kabul edilir.²⁹

Bâin talâk evliliği derhal sonlandırır; eşler birbirlerinden hemen ayrılmak zorundadırlar. Bir veya iki bâin talâkla boşanan kadınların hamile olması halinde doğum yapıncaya kadar, aksi takdirde iddetin bitimine kadar nafakaları kendilerini boşayan kocaları tarafından temin edilir. İddet esnasında eşlerden birinin vefat etmesi halinde, diğeri vefat edene mirasçı olamaz.³⁰ Öte yandan evlilik kesin olarak sona erdiğinden müeccel olan mehir, muaccel hale dönüşür. Dolayısıyla mehrin derhal ödenmesi icap eder.³¹

24 Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukaha*, II, 185; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1999, I, 359.

25 Bkz. Bakara, 2/230; Cemal, Şeyh Süleyman b. Ömer b. Mansur el-Acili eş-Şafîî, *Hâşiyetu'l-Cemel alâ'l-Menheci li Şeyhi'l-İslâm el-Ensârî*, Dâru'l-fıkr, Beyrût ts. VIII, 734; İbn Abidin, Muhâmmmed Emin, *Hâşiyetü İbn Abidin*, Dâru'l-fıkr, Beyrut 2000/1421, III, 725; Useymîn, Muhâmmmed b. Salih b. Muhâmmmed, eş-Şerhu'l-mumtî' alâ Zâdi'l-mustakni', b.y.y., 1422, XII, 129; Acar, *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, s. 71.

26 Sehnûn, İbn Said Abdusselâm et-Tenûhî, *Mudevvenetu'l-kübrâ*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1426/2005, V, 317; Zeylâî, Fahrüddin Osâmân b. Âli, *Tebyînu'l-hakâik Şerhu Kenzu'd-dekâik*, Dâru'l-kütübî'l-İslâmî, Kâhire h. 1313, II, 268; Buhutî, Mansur b. Yunus, *Keşşâfu'l-Kına' an Metni'l-İkna'*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut h. 1402, III, 149, 150, 193, 194.

27 Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukaha*, II, 183; Mevsilî, el-İhtiyâr, III, 129; Merginani, *el-Hidâye*, II, 312; Zuhayli, Vehbe *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, Daru'l-fıkr, Dımaşk 1989/1409, IX, 546.

28 Ahzab, 33/49; Şirâzî, *el-Mühezzebe*, II, 81; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 149; Hallâf, Abdolvahhab, *Ahkâmü'l-ahvâlîş-şahiyye*, Dâru'l-Kalem, Kuveyt 1990/1410, s. 139, 140; Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 70; Koçak, Muhsin-Dalgın, Nihat-Şahin, Osman, *İslam Hukuku*, Ensar Yay., İstanbul 2014, s. 225; Hanefilere göre sarîh boşama lafızları kullanılarak kadın boşamaya yetkili kılındığında oluşan talâk ric'îdir. Mesela “kendini boşa”, “bir talâkla kendini tercih et” denildiğinde yetkili kişi bunlardan birisini tercih ettiğinde talâk ric'î olur. Ancak, tevfiz-i talâk yoluyla gerçekleşen boşamada yetki devri “tercih et”, “işin senin elindedir” şeklindeki kinâyeli lafızlarla gerçekleştiğinde talâk bâin olur. Bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, III, 337, Dalgın, Nihat, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, İstanbul, 2001, İFAV Yay., s. 96, 97.

29 Kudûrî, *Muhtasârü'l-Kudûrî*, s. 155; Merginani, *el-Hidâye*, II, 275; İbnü'l-Humâm, Kemâluddîn, Muhâmmmed b. Abdolvahîd, es-Sivâsî, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, Dâru'l-Fıkr, Beyrût 2003, IV, 61; Şiddet (pekiştirme) ve aşırılığı ifade eden kelimelerle, “انت طالق اشد” / “talâkın en şiddetlisi ile boşsun” veya “انت طالق اطلاق” / “talağın en uzunuyla boşsun” gibi lafızlar kastedilmektedir. Bkz. Kudûrî, *Muhtasârü'l-Kudûrî*, s. 156.

30 Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukaha*, II, 185; Merginani, *el-Hidâye*, II, 332.

31 Semerkandî, *Tuhfetu'l-fukaha*, II, 185; Hukuk-ı Aile Kararnamesi, md. 117-118.

II. İSLAM HUKUKUNDA BOŞAMA LAFIZLARI

A. Sarih Lafızlar

“S-r-h” kökünden türetilmiş bir ismi fail olan sarih kelimesi terim olarak; halis, açık, anlaşılır ve en yüksek gibi manalara gelmektedir.³² Sarih kelimesi fıkıh usulü kitaplarında, “*ister hakikat ister mecaz anlamında kullanılsın, kendisiyle kastedilen mananın açıkça anlaşıldığı lafız*” olarak belirtilmektedir. Sarih ifadenin anlaşılması için herhangi bir karineye ve açıklamaya ihtiyaç duyulmamaktadır. Sarih ifadede söyleyenin niyetine bakılmaksızın gereğinin sabit olması kuralı geçerlidir.³³ Tanımda da ifade edildiği üzere mecaz lafızlar da kendilerinden murad anlaşıldıktan sonra sarih olarak değerlendirilir. Mesela Kur’ân-ı Kerimdeki “وَأَسْأَلُ الْقَرْيَةَ” (köye sor)³⁴ ifadesinin hakiki manada değil, mecaz olarak kullanıldığı akli karîne ile anlaşılabilir. Bu mecaz ifadenin “köy halkına sor” kastıyla geldiği anlaşılınca, artık bu ifade sarih kabul edilir.³⁵

Sarih lafızlarla talâk ile, boşama iradesi kendisinden açıkça anlaşılan ve örfen bu anlamda kullanılan sözlerle yapılan boşama kastedilir. Fakihler “talâk” (الطلاق) kelimesinin ve aynı kökten türeyen kelimelerin sarih olduğunda ittifak etmiştir. Buna göre sarih talâk lafızları, boşama iradesi kendisinden açık olarak anlaşılabilen ve boşama için kullanılan “talâk” kelimesi ve aynı kökten türeyen “boşsun”, “boş ol”, “seni boşadım” gibi lafızlardır.³⁶

Fakihlerin çoğunluğuna göre, sarih sözlerle yapılan talâkta beyan kişinin talâk niyetini açıkça gösterdiğinden, ayrıca niyet ve halin delâleti yani karine araştırması yapılmasına gerek yoktur. Kocanın kullandığı sarih talâk ifadeleriyle boşamayı kastetmediğini iddia etmesi sonucu değiştirmez.³⁷ Malikiler ise kocanın talâk kastetmediğini gösteren bir karine bulunması durumunda sözüne itibar edileceğini savunurlar.³⁸

-
- 32 İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, II, 509; Zebidi, Muhâmmed Murtaza, *Tâcu'l-arûs*, Dâru'l-Hidâye, Kuveyt ts., VI, 533.
- 33 Şâsi, Ebû Ali Ahmed b. Muhâmmed, *Usûlüş-Şâsi*, Dâru İbn Kesir, Dımaşk, Beyrût, 2007/1428, s. 65; Serahsi, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed, *Usûlu's-Serahsi*, thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgâni, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, 2005, s. 147; Kahraman, Abdullah, *Fıkıh Usulü*, Rağbet Yay., İstanbul 2010, s. 284; Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., İstanbul, ts., s. 222.
- 34 Yusuf, 12/82.
- 35 Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi, *el-Fusûl fi'l-usûl*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2010, I, 199; Gazzâlî, Ebu Hâmid Muhammed b. Muhammed ed-Dûsi, *el-Mustasfâ*, thk. Muhâmmed b. Süleyman el-Eşkar, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrût 1413, I, 187; Subkî, Ali b. Abdi'l-Kâfi, *Ref'ul-Hâcib an Muhtasarı İbn Hâcib*, Âlemu'l-Kütüb, Beyrut, 1999/1419, III, 483.
- 36 Kudûri, *Muhtasaru'l-Kudûri*, s. 155; Mâverdi, *el-Hâvi fi'l-Fıkhîş-Şafiiyyi*, X, 353; İbn Rüşd, *Bidâteyü'l-Müctehid*, II, 74; Merginânî, Ebû'l-Hasen Ali b. Ebubekr, *el-Hidaye*, Dâru'l-Erkâm, Beyrût ts., I, 265; Kâsânî, *Bedâiu's-Senâi*, III, 101; Zeylâi, *Tebyinu'l-hakâik*, II, 197; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklil*, IV, 53.
- 37 Şâsi, *Usûl* s. 59; İbn Rüşd, *Bidâteyü'l-müctehid*, II, 75; Zerkeşi, Ebû Abdillâh Bedrüddin Muhammed b. Bahâdir b. Abdillâh, *el-Bahru'l-muhid fi usûli'l-fıkh*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrût 2000/1421, I, 423; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklil*, IV, 53; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, III, 280; Remli, Şihâbüddin Ahmed b. Hüseyin, *Nihâyetü'l-muhtac ilâ şerhi'l-minhâc*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut 1984/1404, VIII, 381; Huraşi, Muhammed b. Abdullah, *Şerh alâ Muhtasarı Halîl*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, ts., IV, 80; Kahveci, Nuri, *İslam Aile Hukuku*, Hikmetevi Yay., İstanbul 2014, s. 180.
- 38 Mesela, birisi karısına bir hizmet teklifinde bulunurken karısı ona, “benim işim var” der ve o da “sen boşsun” cevabını

B. Kinâyeli lafızlar

“K-n-y” kökünden türetilmiş bir mastar olan kinâyê kelimesi terim olarak; tas-hih etmemek, bir şeyi başka bir şeyle örtüp gizlemek, açıkça ismini zikretmeden bir şeyi göstermek, ima etmek ve işaret etmek gibi anlamlar taşımaktadır.³⁹ İstilahî olarak kinâyê dilbilimciler tarafından; “*mezkürdan (lafzen tasrih edileden) met-rüka (lafzen veya sarahaten ifade edilmeyene) geçmek maksadıyla açık ifade tarzını terk etmek*”,⁴⁰ “*Manası açık olmasına rağmen kullanımı esnasında niyet ya da halin delaleti ile ancak kastedilen mananın anlaşılabilirdiği lafız*” gibi değişik şekillerde tarif edilmiştir.⁴¹ Fıkıh usulü âlimleri de kinâyê için benzer tarifler yaparak; “*bir kelimenin ilk anlamının kastedilmesinin caiz olmasıyla birlikte onu gerektiren ikinci anlam için kullanılması*”,⁴² “*bir delil vasıtasıyla ortaya çıkıncaya kadar kendisinden murad edilen maksat gizli olan lafız*”,⁴³ “*kendisiyle kastedilen mâna kapalı olan ve ancak söyleyenin niyetinin bilinmesiyle veya bir karîne ile anlaşılabilen lafız*”⁴⁴ ifadelerini kullanmışlardır.

Tariflerden anlaşıldığı üzere kinâyê, sözlü veya yazılı bir ifadenin dildeki hakiki veya asli manasından farklı bir manaya gelecek şekilde kullanılmasıdır. Burada söz konusu olan farklı mana, ima ve işaret yoluyla ifade edilen ikincil (talî) bir manadır. Ancak bu ifade tarzında sözün hakiki manaya hamledilmesi de imkân dâhilindedir. Mesela, cömert kimseden kinâyê olarak “كثير الرماد”/“külü bol” denildiğinde, bundan maksat söz konusu kimsenin cömertliğini dile getirmektir. Ancak bu kimsenin külünün bol olması da mümkündür. Bazı fıkıh usulü âlimleri ve dilbilimciler bu noktada kinâyenin mecazdan ayrıldığını ifade ederler. Onlara göre mecazda kinâyenin aksine hakiki anlamın da kastedilebilmesi söz konusu değildir. Çünkü mecazda her zaman hakiki mananın kastedildiğine engel oluşturan bir karine bulunur.⁴⁵ Mesela, “في الحمام أسد”/“Hamamda aslan var” sözünde gerçekten aslanın kastedilmiş olması düşünülemez. Akli karine bu ifade ile hamamda aslan gibi cesur

verdikten sonra, “bunu söylemekle benim maksadım onu boşamak değildi. Senin için yoktur, demek istedim” derse, söz kabul olunur. Çünkü burada, doğru söylediğini gösteren bir karine vardır. Bkz. İbn Rüşd, Bidâteyü'l-müctehid, II, 75; Aliş, Muhammed, Menhu'l-Celil Şerhu Muhtasarı Seydi Halil, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1989/1409, IV, 46.

39 Firuzâbâdi, Muhâmmed b. Ya'kûb, *Kamusu'l-muhit*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1987, s. 1713; Komisyon, *Mu'cemu'l-vasit*, Mektebetu's-Şurûki'd-Devliyye, Mısır 2004/1425, s. 802; Durmuş, İsmail, “Kinâyê” Maddesi, *DİA*, İstanbul 2000, XXVI, 34.

40 Sektaki, Ebu Ya'kûb, *Miftahu'l-ulum*, Beyrut 2000, s. 512; Öztürk, Mustafa, “Kur'an Dilinde Kinâyê ve Ta'riz”, *İslâmî İlimler Dergisi*, cilt: VIII, sayı: 1, 2013, s. 117.

41 Cürcani, Muhâmmed eş-Şerif, *Kitâbu't-târifât*, thk. Muhâmmed Abdurrahman, Dâru'n-Nefâis, Beyrût, 2003/1424, s. 267.

42 Taftâzânî, Sa'deddin Me'sud b. Ömer, *et-Telvih alâ't-Tevdîh li Metni't-Tenkîh fi Usûli'l-fikh*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrût, 1996/1416, I, 230.

43 Serahsi, *Usul*, s. 147.

44 Komisyon, *el-Mevsuâtü'l-Fikhiyye* (Kuveyt Evkaf Bakanlığınca Çıkarılan İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi), Kuveyt 1983/1404, XXIX, 26, 27; Koca, Ferhat, “Kinâyê” Maddesi, *DİA*, Ankara, 2002, XXVI, 37.

45 Serahsi, *Usul*, s. 147; Nüveyri, Şehabeddin Ahmed b. Abdülvehhab b. Muhammed, *Nihâyetü'l-Ereb fi Funûni'l-Edeb*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2004/1424, VII, 52; Kazvîni, el-Hatib, *el-İzâh fi Ulûmi'l-belağâ*, Dâru İhyâi'l-Ulûm, Beyrut 1998/1419, s. 303; Zerkeşi, *el-Bahru'l-muhit*, I, 598.

bir adamın bulunduğunu gösterir.⁴⁶ Kinâyeli lafızda ise hakiki anlamın da kastedilme ihtimali bulunur. Kinâyede talî mananın kastedildiği, söyleyenin niyetinin bilinmesiyle veya herhangi bir karîne ile anlaşılabilir. ⁴⁷

Fıkıh kitaplarında kinâyeli boşama lafızları⁴⁸ olarak çoğunlukla şu lafızlara yer verilmektedir:

“أَنْتِ حُرَّةٌ” (sen hürsün); “أَمْرِكِ بِيَدِكَ” (kendi işin elindedir); “حَبْلِكَ عَلَى غَارِبِكَ” (İpin boynundadır); “أَنْتِ وَاحِدَةٌ” (sen teksin); “حَلَيْتُ سَبِيلَكَ” (yolunu serbest bıraktım); “إِخْفِي” (ailene katıl); “سَرَّحْتُكَ” (seni salıverdim); “فَارَّقْتُكَ” (senden ayrıldım); “وَهَبْتُ” (seni ailene hibe ettim); “اعْتَدِي” (iddet bekle); “اسْتَبْرِي رَحِمَكَ” (rahmini döl suyunundan temizle); “لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ” (sana benim için bir yol yok); “لَا نِكَاحَ لِي عَلَيْكَ” (benim için senin üzerinde nikâh yoktur); “وَلَا حَاجَةَ لِي فِيكَ” (sana ihtiyacım yok); “أَنْتِ حَرَامٌ” (sen haramsın); “اِخْرَجْنِي” (çık); “اِذْهَبِي” (git); “انْتَقِلِي” (başka tarafa intikal et); “انْطَلِقِي” (derhal git); “تَقَنِّعِي” (peçeni tak); “اسْتَبْرِي” (örtün); “أَعْرَبِي” (benden uzaklaş); “أَنْتِ حَلِيَّةٌ”

46 Sekkâki, *Miftâhu'l-ülüm*, s. 513; Ahmed Negarî, Kadı Abdu'n-Nebi, *Dusturu'l-ulema ev Câmiu'l-ülüm fi Istilâhâtî'l-funûn*, Dârul-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2000/1421, I, 74; Öztürk, “Kur'an Dilinde Kinâye ve Ta'riz”, s. 118

47 Serahsi, *Usul*, s. 147; Zerkeşi, *el-Bahru'l-muhid*, I, 598, 599; Kinâyede iki temel unsur vardır. Birincisi “mekni bih”, ikincisi “mekni anh”tır. Söz içinde asıl veya gerçek anlamında kullanılan kelime, terkîp veya ifade birimine mekni/mükenna bih veya kinâye, bununla kendisine işaret edilen ve söz içinde açıkça zikredilmeyen unsura ise mekni/mükenna anh denir. Mesela Türkçemizdeki “almı açık” tabirinin lafzı mekni bih, bu lafızda mündemig'e olan, “utanılacak hallerden uzak” manası ise mekni anh'tir. Bkz. Tehânevî, Muhammed b. Ali b. Ali, *Keşşâfu Istalâhâtî'l-Funûn*, Mektebetü'l-Lübnan, Beyrut, 1996, s. 1389; Ahmed Negarî, *Dusturu'l-Ulema*, III, 106; Bilgegil, M. Kaya, *Edebiyat Bilgi ve Teorileri*, İstanbul 1989, s. 174-175; Durmuş, “Kinâye” Maddesi, XXVI, 34; Kılıç, Sadık, *Kur'an, Dildeki Sonuz Mucize*, Gelenek Yay., 2003, s. 161; Öztürk, Mustafa, “Kur'an Dilinde Örtük Anlatım: Kinâye ve Ta'riz”, *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt: III, sayı: 2, 2003, s. 219; Ayrıca kinâye, içerdiği iki unsur arasındaki ilgi vasıtalarının sayısı bakımından ta'riz, telvih, remz, ima ya da işaret gibi türlere de ayrılmaktadır. Genellikle “manaya mefhum yoluyla delalet etmek” diye tanımlanan ta'riz, kinâyenin en ince ve en güzel çeşitlerinden biri olup ortaya veya belli birine söylenen bir sözün ucunun bir başka kimseye veya bir şeye ima/ışaret yoluyla dokundurulması, üstü kapalı göndermede bulunulmasıdır. Mesela Kur'an-ı Kerim'deki “Belki de bu işi büyükleri yapmıştır. Hadi onlara sorun; eğer konuşuyorlarsa dedi.” (Enbiya, 21/65) ayetinde İbrahim (a.s.)'in aslında putları kırma işini putların büyüklerine isnat etmediği, ifadesinin ta'riz yoluyla istihza (alay) amacı taşıdığı bazı kaynaklarda ifade edilmektedir. Yine Kur'an-ı Kerim'de “(İddet beklemekte olan) kadınlarla evlenme hususundaki düşüncelerinizi üstü kapalı biçimde anlatmanızda veya onu içinizde gizli tutmanızda size günah yoktur.” (Bakara 2/235) ifadeleriyle eşi ölmüş yahut boşanmış kadınlara iddet süreleri içinde, “Allah sana iyi bir koca nasip etsin” veya “Ben de evlenmek istiyorum”, “Bir eşe ihtiyacım var” gibi tarzlı sözlerle evlenme teklifinin yapılabileceğine işaret edilmektedir. Bkz. İbnü'l-Esir, Diyaüddin Muhammed b. Muhammed, *el-Meselüs-Sâir fi Edebi'l-Katib ve Ş-Şâ'ir*, Kâhire, ts., III, 64; İbn Kuteybe, Ebu Muhammed, *Tevîlu'l-Müşkili'l-Kur'an*, Beyrut, ts., s. 264; Öztürk, “Kur'an Dilinde Kinâye ve Ta'riz”, s. 121. Sözlükte bir şeye uzaktan gizlice işaret etmek manasını taşıyan telvih, uzak ve yakın anlam arasındaki ilişki kilerin (vasıtalar) çok miktarda olmasıdır. Mesela bir kişinin cömert oluşunu “köpeğinin korkak olması” ifadesiyle arz edilmesi bu tür kinâyeye misal olabilmektedir. Zira köpeğin korkak ve eve gelene ses çıkarmaması misafirin çok olmasına işaret eder. Misafiri çok olanın ikramı bol olur, bu da netice olarak kişinin cömertliğine işaret eder. Bkz. et-Tyibi, Şerefuddin, *Kitabu't-tıbyan*, thk. Hadi Atiyye, 1987, b.y.y., s. 264. Bir şeyi kendisinden öte alakasını zikrederek anlatma tarzı olan remz ile ilgili kinâye örnekleri arasında, “küçükbaşlı” (kuş beyinli), “kalın kafalı” (ahmak), “burnu büyük” (kibirli), “temiz uçurlu” (iffetli) gibi tabirler zikredilebilir. Eğer kinâyede, yakın ve uzak anlamlar arasındaki vasıtalar az ve açık olursa ima ve işaret türü kinâye söz konusudur. “Fazilet falanın yürüdüğü yerde yürüyor» sözünde; fazilet vasfının bir şahsa nispeti şeklindeki kinâye açık ve kısa yoldan anlaşılabilir. Bkz. el-Kazvinî, *el-Izah*, s. 466; Gürkan, Necdet, “Arap Edebiyatında Kinâye Sanatının Konumu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı. 5, Isparta, 1998, s. 238

48 Hanefilere göre, hangi dilde olursa olsun insanlar tarafından kendisiyle kastedilen mananın açıkça anlaşıldığı lafızlar sarîh, örfen örtülü mana taşıyan ifadeler ise kinâyeli lafızlar olarak kabul edilmektedir. Bu yüzden Arapça dışındaki bir dilde boşamayı kasteden kinâyeli ifadeler kinâyeli boşama lafızları kabul edilir. Bkz. Kâsanî, *Bedâiu's-Senâi'*, III, 102; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, III, 23; Hallâf, *Ahkâmu'l-ahvâlîş-şahiyye*, s. 134.

(Sen yalnızsın/kocasızsın); “أنت بريئة” (sen nikâhtan berisin); “أنتِ بائن” (sen ayrısın (nikâhtan)); “أنتِ بته” (sen kesilmişsin (nikâhtan)); “تزوجي” (evlen).⁴⁹

Bu lafızlar fıkıh kitaplarında kinâyeli boşama lafızları olarak yer almışsa da, bunlardan bir kısmının kinâyeli lafız sayılıp sayılmayacağına dair mezhepler arasında ihtilaf vaki olmuştur. Mesela “سَرَحْتُكَ” (seni salıverdim) ve “فَارَقْتُكَ” (senden ayrıldım) ifadeleri Şafilere ve bazı Hanbelilere göre sarıh lafız iken,⁵⁰ diğer fakihlere göre ise kinâyeli lafızlardır.⁵¹

III. KİNÂYELİ LAFIZLARLA GERÇEKLEŞEN TALÂK HAKKINDA FAKİHLERİN YAKLAŞIMI

Hem görünen mananın hem de örtülü mananın kastedilmesinin muhtemel olması sebebiyle kinâyeli sözlerle gerçekleşen boşamalarda Hanefiler ve Hanbeliler, ya boşayanın buna niyet etmiş olması ya da karinelerin boşamaya delâlet etmesi gerektiğini savunurlar. Bu mezhepler, kinâyeli lafız kullanılırken boşanma mevzu-sundan bahsedilmesi ve kocanın bu esnada sınırlı olmasını boşamaya delalet eden karineler olarak kabul ederler. Bu mezheplere göre, söz konusu karineler bulunduğu boşanmaya hükmedilir. Karîne bulunmadığında ise niyete başvurulur. Buradaki niyet de boşayan kişinin açıklaması ile anlaşılabilir ve söylediğine itibar edilir. Kocanın sınırlı olmadığı veya talâktan bahsedilmediği bir sırada hangi kinâyeli sözle olursa olsun niyet bulunmadıkça boşama gerçekleşmiş sayılmaz.⁵² Diğer taraftan Hanefiler, kinâyeli lafız kategorisinde bulunmasına rağmen toplumda söylene söylene artık örtülü mana hüviyetini, yani kinâyeli lafız özelliğini kaybetmiş lafızları sarıh lafız olarak görürler. Dolayısıyla bu tür lafızlarla gerçekleşen talâkı ric'î sayarlar.⁵³ Osmanlı'nın son döneminde hazırlanan Hukuk-ı Aile Kararnâmesinde de (md. 109)⁵⁴ Hanefilerin bu yaklaşımı esas alınmıştır.

49 Kudûri, *Muhtasarü'l-Kudûri*, s. 156; İbn Rüşd, Muhâmmmed b. Ahmed b. Muhâmmmed, *Bidâyetü'l-müctehid nihâyetü'l-muktasid*, Mektebetü Mustafa, Mısır 1975/1395, II, 76; Kâsâni, *Bedâiu's-senâi'*, III, 105; Nevevî, Ebû Zekerîya Yahya b. Şeref, *Ravzatü't-tâlibin*, Mektebetü'l-İslâmî, Beyrût 1405, VIII, 26; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 277; İbn Nüceym, Zeynu'l-Abidin b. İbrahim, *el-Bahru'r-râik*, Dâru'l-Marife, Beyrut, ts., I, 302; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, III, 281; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklil*, IV, 54-57.

50 Şafîi, *el-Ümm*, V, 373; Mâverdü, *el-Hâvi fi'l-Fikhi's-Şafiyyi*, X, 153, 358; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 272; Nevevî, Ebû Zekerîya Yahya b. Şeref, *Kitâbu'l-mecmû şerhu'l-Mühezzebe liş-Şirâzi*, thk. Muhammed Necib el-Mutiî, Mektebetü'l-İrşâd, Cidde ts. XVII, 96; Bu mezhepler, söz konusu lafızların Kur'an'da boşama için “talâk” manasında kullanıldığını, bu yüzden sarıh lafız kabul edileceklerini ifade derler. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 272; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, III, 280, 290; Zahirilere göre “الفرار”, “السراح” ve “الطلاق” lafızları dışında boşama lafız bulunmamaktadır. Bkz. İbn Hazm, Ebû Muhâmmmed Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ*, İhyâu't-Turasi'l-Arabî, Beyrut ts., X, 185, 186.

51 Mevsilî, *el-Ihtiyâr*, III, 148; Kâsâni, *Bedâiu's-senâi'*, III, 105; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 264; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, III, 327; Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklil*, IV, 55.

52 Kudûri, *Muhtasârü'l-Kudûri*, s. 155; Merginânî, *el-Hidâye*, II, 275; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 272; İbnü'l-Humâm, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, IV, 61; Buhutî, *Keşşâfu'l-kma*, V, 251.

53 Bkz. Zeylâi, *Tebyînu'l-hakâik*, II, 215; İbnü'l-Humâm, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, IV, 62; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, III, 322.

54 Bu madde şu şekildedir: “Talâk elfâz-ı sarîha ile vâki olur. Müteâref olan elfâz-ı kineviyye dahi sarîh hükmündedir. Amma müteâref olmayan elfâz-ı kineviyye ile talâkın vukuu ancak zevcin niyyetine mütevakıftır. Zevcin talâka niyyet edip etmediği hakkında tarafeyn ihtilâf etseler zevc yeminiyle tasdik olunur...”

Malikiler, kinâyelerin bazılarının açık, bazılarının muhtemel olduğunu kabul ederler. Açık kinâyeye kabul ettikleri, “حَتْلِكَ عَلَى غَارِبِكَ” (İpin boynundadır), “الْبَيْتَةَ” (kesinlikle boşsun), “أَنْتَ خَلِيَّةٌ” (Sen yalnızsın/kocasızsın) lafızlarıyla boşama meydana gelir ve boşamanın kastedildiğini gösteren bir karine bulunmazsa, sarih lafızlarla talâkta olduğu gibi kocanın “boşamayı kastedemedim” sözüne itibar edilmeyeceğini savunurlar. Malikiler, diğer kinâyeye lafızları ise muhtemel kinâyeye olarak kabul eder ve bu lafızlarla boşamada kişinin niyetine başvurulacağını ifade ederler.⁵⁵ Şâfiiler ise herhangi bir ayırım yapmaksızın, boşamanın kinâyeli lafızlarla olması durumunda sadece niyete itibar ederek, halin delâletini yani karineleri dikkate almazlar.⁵⁶

Fukaha mutlak boşama ifadelerinin sarih ve kinâyeye olmak üzere iki çeşit olduğunda ve her iki ifade tarzıyla boşamanın gerçekleşeceğinde müttefik olmasına rağmen, daha önceden de belirttiğimiz üzere kinâyeli lafızlarla yapılan boşama Hanefilere göre bâin talâk,⁵⁷ diğer mezheplere göre ise sarih lafızlarla yapılan boşama gibi ric'î talâk sayılmaktadır.⁵⁸

Öte yandan, fukaha arasında kinâyeli lafızlarla yapılan boşamanın bâin mi ric'î mi olduğu yönündeki ihtilaf, talâk sayısının birden fazla olması halinde de devam etmiştir. Hanefiler bir anda üç talâk hakkının kinâyeli lafızlarla kullanılması durumunda üç bâin talâk gerçekleşeceğini ve beynûnet-i kübrâ yani büyük ayrılığın oluşacağını kabul ederler. Bir anda iki talâk hakkının kullanılması veya buna niyet edilmesi halinde ise bir bâin talâk oluşacağını açıklarlar.⁵⁹ Kinâyeli lafızların ric'î talâka sebep olacağını savunan Şâfiiler, sarih ifadelerle bir anda üç talâkın kullanılmasında olduğu gibi bir anda üç kinâyeli lafızla da beynûnet-i kübrâ'nın vuku bulacağını belirtirler.⁶⁰ Maliki ve Hanbeliler ise bu durumda ancak bir bâin talâk yani beynûnet-i suğrâ gerçekleşeceğini savunurlar.⁶¹

Hanefi kaynaklarında kinâyeli boşama lafızlarıyla bâin talâk gerçekleşeceği savunulurken, diğer mezheplere özellikle de Şâfiilere cevap niteliğinde bazı ifadeler rastlanmaktadır. Bu yüzden öncelikle diğer mezheplerin kinâyeli lafızlarla yapılan talâkın ric'î sayılması gerektiğine dair görüşlerini nakledip, ardından Hanefilerin bu lafızlarla gerçekleşen talâkı bâin saymalarının sebeplerini zikretmeye çalışacağız.

55 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 76; Dusûki, Muhâmmed Arafe, *Haşiyetü't-Dusûki ala Şerhi'l-Kebir*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut ts., II, 366; Adevî, Ali es-Saidî, *Hâşiyetü'l-Adevî*, thk. Yusuf eş-Şeyh Muhammed el-Bukâi, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, 1412, II, 112.

56 Şirâzi, *el-Muhezzeb*, II, 80-82; Nevevî, *el-Mecmu*, VIII, 26; Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, III, 280; Remlî, *Nihâyetu'l-muhtac*, VIII, 381.

57 Kudûri, *Muhtasârü'l-Kudûri*, s. 155; Merginani, *el-Hidâye*, II, 275; İbnu'l-Humâm, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, IV, 61.

58 Mâverdi, *el-Hâvi fi'l-Fikhi-Şâfiyyi*, IX, 774; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 277; Şirbinî, *Muğni'l-muhtac*, III, 199; Buhutî, *Keşşâfu'l-Kına*, V, 252.

59 Merginani, *el-Hidâye*, II 275.

60 Mâverdi, *el-Hâvi fi'l-Fikhi-Şâfiyyi*, X, 161; Remlî, *Nihâyetu'l-muhtac*, VI, 470.

61 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 76; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 272; Mâverdi, *el-Hâvi fi'l-Fikhi-Şâfiyyi*, X, 18, 161.

A. Cumhuriyet Kinâyeli Lafızlarla Talâkı Ric'î Saymasının Gerekçeleri

Kinayi lafızlarla yapılan boşamayı ric'î sayanlar arasında en çok Şafiilerin görüşleri ön plana çıkmaktadır. Malikî ve Hanbeliler bu tür talâkın ric'î sayılması gerektiğini savunmuşlarsa da bu görüşün gerekçelerine daha çok Şafîî kaynaklarında rastlanmaktadır.

Şafîilere göre koca, zifaktan sonra, bir bedel koşul koyma durumu (muhalea) ya da talâk sayısını (üç) tamamlama durumu haricinde karısı ile olan evliliği ortadan kaldırma hakkına sahip değildir. Kocanın boşadıktan sonra iddet içerisinde tekrar hanımına dönebilme seçeneği, kocanın isteğiyle değil, dînen sabit olmuştur. Kocanın dînen bu seçeneği düşürme yetkisi yoktur.⁶² “... الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِنْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ...” (Dönüş yapılabilecek boşama iki defadır. Sonrası, ya iyilikle geçinmek, ya da güzellikle bırakmaktır...) ⁶³ ayet-i kerimesinde de boşamadan bedelsiz bahsedilmiş ve sonra ric'atın olacağı gösterilmiştir. En son üçüncü boşamada mehir ile yani bedel ile evliliğin sona ereceği açıklanmıştır. Bu yüzden koca açıkça: “sen boşsun ve benim sana dönme hakkım da yoktur” sözünü söylese de kocanın dönme (ric'at) hakkı düşmez. Dolayısıyla “kinâyeli sözle bâin talâk gerçekleşir” iddiasında bulunmak nassa muhalefet olur.

Diğer taraftan Şafîiler, nikâh mülkiyetini ortadan kaldırmayı, cariye üzerindeki mülkiyeti ortadan kaldırmaya benzetirler. Şafîilere göre, câriye üzerindeki mülkiyeti ortadan kaldırma bazen bir bedel karşılığı olur. Bu durumda mülkiyet kendiliğinden ortadan kalkar. Bazen de mülkiyet teberrû yoluyla ortadan kalkar. Bu şekilde mülkiyetin ortadan kalkması ise kabz (teslim) ile olur ve bu hükmün değiştirilmesi söz konusu değildir. Mesela kişi: “Ben sana (teslime gerek olmaksızın) bizzat mülkiyeti gerektiren bir şey hibe ettim” dediğinde, bu hibe geçersiz olur. Aynı şekilde nikâh mülkiyetinin ortadan kaldırılması da bazen bedelli (muhâlea ile) olur ve nikâh mülkiyeti kendiliğinden ortadan kalkar. Bazen de nikâh mülkiyeti bedelsiz kalkar. Mülkiyetin bu şekilde ortadan kalkması ise ancak iddetin bitimi ile veya talâk sayısının üçe tamamlanması ile gerçekleşir. Koca her hangi bir malda kabz olmaksızın söz ile mülkiyeti ortadan kaldıramadığı gibi evlilikteki mülkiyeti de açıkça söylemek suretiyle ortadan kaldıramaz.⁶⁴

Öte yandan Şafiiler, nikâhın sarih lafızlarla kurulduğu gibi izalesinin de sarih lafızlarla olacağını ifade ederek,⁶⁵ Hz. Ömer ve Abdullah b. Mesu'd gibi sahabelerin kinâyeli lafızla yapılan talâkı ric'î boşamadan farklı görmediğini naklederler.⁶⁶

62 Şafîî, *el-Ümm*, V, 372-375; Mâverdi, *el-Hâvi fi'l-Fikhiş-Şafîiyyi*, X, 152, 161; Nevevî, *Ravzatu't-tâlibîn*, el-Mektebu'l-İslamî, Beyrut, 1405, VIII, 214; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, III, 337; el-Ensârî, Zekerîyya b. Muhammed, *el-Ğureru'l-behiyye fi Manzumeti'l-Behceti'l-Verdiyye*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, XVI, 147.

63 Bakara, 2/229.

64 Şafîî, *el-Ümm*, V, 260, 372-374; Mâverdi, *el-Hâvi fi'l-Fikhiş-Şafîiyyi*, X, 9, 10, 18, 161.

65 Cemel, Şeyh Süleyman b. Ömer b. Mansur el-Acili eş-Şafîî, *Hâşiyetu'l-Cemel alâl-Menheci li Şeyhi'l-İslâm el-Ensârî*, Dâru'l-Fıkr, Beyrût ts., XVIII, 124.

66 Bkz. Şafîî, *el-Ümm*, V, 356; Nevevî, *el-Mecmu*, XVII, 105.

Ayrıca Şafiiler, Nafi'den rivayet edilen bir hadis-i şerifi görüşlerine delil olarak sunarlar. Rivayete göre; “*Rükâne b. Abdi Yezid, karısı Süheymeyi “kesinlikle” ifadesiyle birlikte boşar ve Resulullah’ a (s.a.v.) kendisinin bu ifadeyi kullanırken tek boşamaya niyet ettiğini belirtir. Resulullah da (s.a.v.) kendisini eşine yollar*”.⁶⁷ Şafiilere göre, bu hadis-i şeriften “kesinlikle” lafzının dahi boşamayı bâine çeviremediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kinâyeli lafızla gerçekleşen boşamanın da bâin sayılmaması gerekir.⁶⁸

Bahsedilen bu gerekçelerin yanında Şafiiler ile birlikte Malikiler ve Hanbeliler, kinâyeli talâk lafızlarının ifade ettikleri anlamlarda etken olmadıklarını savunurlar. Bu mezheplere göre kinâyeli boşama lafızları kuvvet bakımından boşama için konulmuş sarîh sözlerden daha alt seviyededirler. Bu yüzden niyet olmadan hiçbir hüküm ifade etmezler. Niyet olduğunda da sarîh ifadelerle aynı değerdendirler. Dolayısıyla daha kuvvetli olan sarîh sözler nikâhla gerçekleşen mülkiyeti ortadan kaldıramadığına göre, kinâyeli sözler hiçbir şekilde kaldıramazlar.⁶⁹

B. Hanefilerin Kinâyeli Lafızlarla Talâkı Bâin Saymasının Gerekçeleri

Hanefi mezhebi kaynaklarının birçoğunda kinâyeli lafızlarla yapılan talâkın bâin sayılmasının sebepleri hakkında çeşitli değerlendirmeler bulunmakla birlikte, en kapsamlı açıklamalara Serahsî'nin (ö. 483/1090) “*el-Mebsut*” ve Kâsânî'nin (ö. 587/1191) «*Bedâiü's-senâi' fi tertibiş-şerâi'*» isimli eserlerinde rastlamaktayız. Bu fakihlerden Serahsî, Hanefilerin kinâyeli lafızlarla gerçekleşen boşamayı bâin saymasının sebeplerini şu şekilde izah etmektedir:

a) Nikâhla birlikte kocanın tek taraflı boşama yetkisi oluşur. Bu yetki ile koca, evlilik bağının kalkmadığı ric'î talâk hakkına sahip olduğu gibi kinâyeli lafızları yada üç talâkı bir anda kullanarak eşi ile arasındaki mülkiyeti (evliliğe dayalı hakları kullanma mülkiyetini) bâin talâkla kaldırma hakkına sahiptir.⁷⁰

b) Koca, nikâh ile gerçekleşen mülkiyeti zifaktan önce ortadan kaldırma yetkisine sahiptir. Zifaf sonrasında kocanın bu yetkisi daha da pekişmiş olur. Dolayısıyla zifaktan önce var olan bu yetki, zifattan sonra hiçbir şekilde ortadan kalkmaz.⁷¹

67 Hadis kaynaklarında bu hadisin zayıf ve muzdirip olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Ebû Dâvud, Ebu Davud, Süleyman bin el-Eş'as es-Secistânî, *Sünen-i Ebu Dâvud*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut, ts., Talâk, 15, h. no:2208; İbnu'l-Esir, Ebu's-Seâdât el-Mubarek b. Muhâmmed el-Cezerî, *Câmiü'l-usûl fi ehâdisi'r-Resûl*, thk. Abdulkadir el-Arnâvut, Mektebetü Dâri'l-Beyân, b.y.y., 1971/1391, VII, 589; Hanbeliler bu hadisi isnadının zayıf olması sebebiyle dikkate almadıklarını ifade ederler. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 272.

68 Şafii, *el-Ümm* V, 375.

69 Şafii, *el-Ümm*, V, 377; Mâverdi, *el-Hâvi fi'l-Fikhiş-Şafiiyyi*, X, 18, 161; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 272.

70 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 74; Ayrıca bkz. A. Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, II, 307; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 148.

71 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 74; Ayrıca bkz. A. Buhârî, *Keşfu'l-esrâr*, II, 308.

c) Koca, nikâh akdi ile gerçekleşen evlilik bağı ortadan kaldırma karşılığında (muhâlea yoluyla) bir bedel alma yetkisine sahiptir. Koca yalnızca sahip olduğu şeyin bedelini alabilir. Bu durum, kocanın karısını bâin olarak boşama yetkisine de sahip olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla kocanın bâin talâkla boşaması kendi mülkiyeti üzerindeki bir tasarrufudur.⁷²

d) “Sen boşsun” sözü bâin talâka da ric’î talâka da muhtemeldir. Kocanın “bâin” sözü bu iki ihtimalden birini belirlemek içindir. Mesela “insanlar” sözü, umum (tüm insanlara) ve hususa (bazı insanlara) muhtemeldir. Kişi «bütün insanlar» dediğinde bu ihtimal ortadan kalkar. Yine satıcının “sattım” sözü muhayyerlik hakkı ile birlikte kesin olarak satma anlamına da gelebilmektedir. Ancak satıcı “kesin olarak sattım” dediğinde ihtimal ortadan kalkar. Aynı şekilde kinâyeli lafızlardan “sen bâinsin” sözü ile de kesin boşamanın gerçekleştiği, diğer ihtimalin (ric’âtin) ortadan kaldırıldığı gösterilmektedir.⁷³

f) Hz. Ali ve Abdullah b. Zeyd gibi bazı sahabeler kinâyeli lafızlarla yapılan talâkı bâin saymışlardır.⁷⁴

e) Kinâyeli lafızlar, anlamlarının gerekli kıldığı şeyde etkendirler ve sarih lafızlardan daha kuvvetlidirler. Kinâyeli boşama lafızlarında karı-koca arasındaki yetkilerin ve bağı ortadan kalkması anlamları bulunmaktadır. Mesela devesini serbest bırakmak isteyen bir kişi, devenin ipini omuzuna bırakır ve onun yolunu açar ve artık deve ile herhangi bir mülkiyet bağı kalmadığını gösterir. Talâk için “senin ipin omuzundadır” lafızıyla da koca, karısı ile aralarında evlilik mülkiyetinin (bağının) bulunmadığını gösterir. Yine “ailene katıl” sözünde de kocanın karısını ailesinin yanına dönmeye zorlaması vardır. Bu durum ise ancak aralarındaki nikâh bağı kopmasından sonra olur. Aynı şekilde kocanın hanımını ailesine hibe etmesi, kadın üzerindeki mülkiyetini (evlilik bağı) ortadan kaldırmak suretiyle onun ailesinin yanına dönmelerini istemesidir.⁷⁵ Sarih yani “boş ol”, “seni boşadım” gibi lafızlar ise nikâhın zıttı bir mana ihtiva etmemektedirler. Karı-koca arasındaki evlilik bağı bu lafızlarla talâk sayısı tamamlanmadan ortadan kalkmaz. Zira bu lafızlar sadece boşama sürecini başlatır.

Öte yandan Serahsî, “اغْتَدِي” (iddet say), “اسْتَبْرْنِي رَحْمَتِي” (rahmini temizle) ve “وَأَنْتِ وَأَجِدَّةٌ” (sen teksin) ifadelerinin kinâyeli olsa bile boşama kastıyla söylendiğinde ric’î talâk gerçekleşeceğini belirtir. Serahsî’ye göre bu lafızlar boşama için söylense bile, evlilikle birlikte karı-koca arasında oluşan mülkiyeti (evlilik bağı) ortadan kaldırmayı ifade etmemektedir. Mesela “benim nimetlerimi say” manasına gelebilirdi-

72 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 74; Ayrıca bkz. A. Buhâri, *Keşfu’l-esrâr*, II, 308.

73 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 74, 75; Ayrıca bkz. A. Buhâri, *Keşfu’l-esrâr*, II, 308, 309.

74 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 75; Ayrıca bkz. A. Buhâri, *Keşfu’l-esrâr*, II, 307.

75 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 73; Ayrıca bkz. Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 148.

ği gibi “nikâhtan dolayı iddet bekle” manasına da gelen “iddet say” lafzı ile ikinci mana kastedilmiş olsa bile, bu mana evliliği kesin olarak bitirmeye yeterli değildir. Zira iddetin başlangıcında da devamında da nikâh devam edebilmektedir ve bu ifade ile “ben seni boşadım, bundan dolayı iddet bekle” anlamı ortaya çıkmaktadır. Aynı durum “rahmini temizle” sözünde de geçerlidir. “Senden başka yanımda kimse yok”, “güzellikte dünya kadınları içinde teksin” manalarına gelebilen “Sen teksin” sözü de boşama niyetiyle söylendiğinde, “sen bir talâkla boşsun” şeklinde anlaşılır.⁷⁶

Diğer taraftan Serahsî, Şâfiîlerin kocanın boşadıktan sonra iddet içerisinde tekrar hanımına dönebilme seçeneğinin, kocanın isteğiyle değil, dînen sabit olduğu ve kocanın dînen bu seçeneği düşürme yetkisi olmadığı görüşüne karşı şunları ifade etmektedir. “*Esas olarak boşama kesin boşamadır. Ric’i boşama kıyasa aykırı olarak şer’an caiz görülmiştir. Bu yüzden kıyasa aykırı olarak dinen sabit olan bir hükümün kapsamına, sarih lafızlardan farklı olan kinâyeli lafızlarla yapılan boşamanın katılması doğru değildir. Boşamanın üç ayrı kere ile gerçekleştiğini ifade eden Bakara suresi 229. ayet sarih lafızlarla ilgili olup, kinâyeli lafızların bu ayet kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.*”⁷⁷

Serahsî, Şâfiîlerin koca tarafından nikâh mülkiyetinin ortadan kaldırılmasını kabz olmaksızın gerçekleşmeyen hibeye benzetmelerine ise hibenin bu konuda kıyasa uygun olmadığını belirterek cevap verir. Serahsî’ye göre, hibe kendisindeki zayıflık sebebiyle kendisini güçlendirecek bir şey ile yani kabz ile mülkiyeti gerekli kılar. Zaten mülkiyetin teslim olmadan gerçekleşeceğini koşul koymakla hibe pekişmiş olmaz. Dolayısıyla böyle bir kıyas yapmak yanlıştır.⁷⁸

Diğer bir Hanefî fâkihi Kâsânî (ö. 587/1191) ise naslardan bir takım deliller sunarak kinâyeli lafızlarla boşamanın bâin olacağını savunur. Kasanî’ye göre, Kur’an’daki “فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ” (Bundan sonrası ya iyilikle tutmak ya da güzellikle salıvermektir)⁷⁹; “فَتَعَالَيْنِ أَمْتَعَنَّكَ وَأَسْرَحَنَّكَ سَرَّاحًا جَمِيلًا” (Ey Peygamber! Eşlerine şöyle söyle: Eğer dünya dirliğini ve süsünü (refahını) istiyorsanız, gelin size boşanma bedellerinizi vereyim de, sizi güzellikle salıvereyim)⁸⁰; “فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ” (.... onları ya meşru ölçüler içerisinde (nikâhınız altında) tutun veya onlardan meşru ölçülere göre ayırın)⁸¹ ayetlerinde kesin ayrılığı ifade eden boşama lafız-

76 Serahsî, *el-Mebsût*, VII, 75, 76; Benzer açıklamalar için bkz. Pezdevî, *Kenzu’l-vusûl*, II, 307-311; Merginani, *el-Hidâye*, II 275; Mevslî, *el-İhtiyâr*, III, 148; Hanefiler, Hz. Peygamber’in (s.a.v.) eşi Sevde’ye ve Hafsa’ya “iddet say” demesine rağmen onlara ric’at etmesini de bu görüşleri için delil gösterirler. Bkz. Pezdevî, *Kenzu’l-vusûl*, II, 311; Serahsî *el-Usul*, s. 148.

77 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 74; Ayrıca bkz. A. Buhârî, *Keşfu’l-esrâr*, II, 307; Öte yandan günümüz Hanefî fıkıhçılarından Hallâf, “*Ahkâmü’l-Ahvâlî-Şahsiyye*” adlı eserinde, yukarıdaki gerekçelere değinmeksizin, bid’i talâkın hukuken geçerli olduğuna dair Kur’an ve Sünnetten getirilen delillerin, Hanefîlerin kinâyeli lafızla talâk bâin saymalarına da delil olacağını ifade eder. Bkz. Hallâf, *Ahkâmü’l-ahvâlî-Şahsiyye*, s. 141.

78 Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 75.

79 Bakara, 2/229.

80 Ahzab, 33/28

81 Talâk, 2/65.

ları kinâyeli olarak gelmiştir. Bu durum kinâyeli ifadelerle bâin boşamanın gerçekleşeceğini göstermektedir.⁸² Diğer taraftan Kâsânî, Şafiilerin kinâyeli lafızlarla ric'î talâkın vuku bulacağına dair delil gösterdiği Rükâne hadisinin, esasında kinâyeli lafızlarla bâin talâkın gerçekleşeceğine delil olduğunu ifade eder. Kâsânî'ye göre, Rükâne'nin kinâyeli sözle karısını boşadıktan sonra üç talâkı değil tek talâkı niyet ettiğini söylemesi üzerine Hz. Peygamber'in (s.a.v.) onu eşine geri göndermesi, bir bâin talâk gerçekleştiğinden Rükâne'nin tekrar eşiyile nikâhlanabilme imkânı sebebiyledir. Kâsânî'ye göre, Hz Peygamber (s.a.v.)'in evlendiği (Gıfar kabilesinden) bir kadının sırtında alacalık görünce "ailene katıl" ifadesini kullanarak⁸³ onu boşaması da kinâyeli lafızlarla boşamanın bâin olacağını gösterir.

Bu nasları delil getiren Kâsânî, kinâyeli lafızlarla talâkın bâin sayılmasının maslahata binaen de gerekli olduğunu savunur. Kâsânî'ye göre, evlilikte problemler bazen kocadan bazen de kadından kaynaklanabilir. Kesin ayrılık gerçekleşmeyen ric'î talâk, kocanın eşi ile arasındaki problemlerini çözmesi ve ardından tekrar eşine dönüş yapabilmesi için meşru kılınmıştır. Eğer evlilikteki sorunlar kocadan kaynaklanıyorsa koca eşini ric'î talâkla yani sarîh lafızlarla boşar. İddet süresinin sonuna kadar kendisini dener ve bu süreç içerisinde eşi ile birlikte olma arzusu oluşmaz ve kalbi tekrar ona meyiletmezse yani ric'î talâk onların bir araya gelmelerine bir fayda sağlamazsa bu süre sonunda eşi ile bâin olarak boşanmış olur. Tam aksine karısından ayrı kalmaya sabredemez ve ondan ayrılmasının doğru olmadığına kanaat getirirse karısına ric'ât eder. Ancak evlilikteki problemler kadından kaynaklandığında, kocanın eşini ric'î talâk ile boşamasının bir faydası bulunmamaktadır. Zira koca, problemin odağı olan karısını ric'î talâkla boşadığında, aralarındaki evlilik bağının devam ettiğini gören kadın herhangi bir değişim göstermez. Ancak evlilik bir bâin talâk ile sona erdiğinde kesin (bâin) ayrılığın sıkıntısını gören kadın pişmanlık duyabilir. Bunun sonucunda eşiyile eski alışkanlıklarını terk ederek tekrar evlenmek isteyebilir. Bu yüzden özellikle problemlerin kadından kaynaklandığı durumlarda iddet süresi beklenmeden kocanın eşini kinâyeli sözle bir bâin talâk ile boşaması maslahatın gereğidir.⁸⁴

Görüldüğü üzere Hanefiler, kocanın evliliği iddet süresi tamamlanmadan veya üç talâk hakkı kullanılmadan bâin talâk ile sona erdirme yetkisinin bulunduğunu, diğer mezhepler ise kocanın böyle bir hakka sahip olmadığını savunmak için birçok delil ortaya koymuşlardır. Hanefiler, kinâyeli lafızlarla boşamayla bâin talâk gerçekleşeceğini belirtirken, özellikle, kinâyeli boşama lafızlarının karı-koca

82 Kâsânî, *Bedâi'u's-senâi'*, II, 112

83 Ahmed b. Hanbel, *Müsnedü'l-İmâm Ahmed b. Hanbel*, thk. Şuayb el-Arnâvut-Âdil Mürşid, Müessesetü Kurtubâ, Kâhire, ts., III, 493, h.no. 16075; Beyhâkî, Ebu Bekr Ahmed b. el-Hüseyn, *es-Sünenü'l-kübrâ*, thk. Muhâmmed Abdulkadir Atâ, Mektebetü Dâri'l-Bâz, Mekke, 1994/1414, VII, 213; *Tahâvî*, Ahmed b. Muhammed, *Şerhu Müşkili'l-âsâr*, thk. Şuayb El-. Arnaut, Müessesetü'r Risale, Beyrut, 1994, II, 107.

84 Kâsânî, *Bedâi'u's-senâi'*, II, 112

arasındaki evlilik bağı keskin olarak ortadan kaldıran manalar taşıdığına dikkat çekmektedirler. Zira Hanefilere göre kinâyeli lafızlar, dil, anlam ve etki bakımından sarıh lafızlardan daha kuvvetlidirler ve ifade ettikleri manada keskin olarak etkindirler. Diğer mezhepler ise kinâyeli lafızların anlamlarında tereddüt bulunduğunu ve sarıhten daha zayıf olduğunu kabul ederek, bu lafızların evlilik bağı ortadan kaldırma özelliğine sahip olmadığını açıklamaktadırlar. Bu durum her iki taraf açısından da kinâyeli lafızların anlam ve etki bakımından farklı değerlendirilmesinin, bu lafızlarla boşamadaki ihtilafın en önemli nedenlerinden biri olduğunu göstermektedir.

Konunun farklı boyutlarıyla daha net ortaya konulması, özellikle de Hanefilerin kinâyeli boşama lafızlarıyla bâin talâk oluşacağı yönündeki görüşlerinin temellendirilmesi hususundaki istidlallerinin daha iyi kavranabilmesi açısından, dilde kinâyeli anlatımların sebep ve işlevleri hakkında kısa bir bilgi verilmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

C. Dilde Kinâyeli Anlatımın Sebep ve İşlevleri

Kaynaklarda nakledildiğine göre, Arap edebiyatının en eski dönemlerinden itibaren birçok belagat sanatı arasında özellikle açık sözden kaçınmanın en etkili üslubu olan kinâyeli sanatı günlük konuşma ve şiirlerde yer almıştır. Birçok Arap dil ve edebiyat âlimi tarafından, kinâyenin Araplar nezdinde maksat ve meramı açıkça ifadeden (tasrihden) daha belîğ ve etkili sayıldığı ve hüner gerektiren bir söz sanatı olarak algılandığı, hatta Arapların her şeyi açıkça dillendiren kimseyi ayıpladıkları belirtilmiştir.⁸⁵ Nitekim, Araplara ait fasih meseller ve ifadelerin pek çoğu kinâyeli yoluyla dile getirilmiştir. Mesela Araplar, ırz ve namusunu koruyan kimseleri “eteği temiz” / “طاهر الذيل” (tâhiru’z-zeyl) diye vasıflandırılmış; ayrıca cinsel ilişkiden kinâyeli olarak “balcağız” “العسيلة” (usayle) lafzını, gözleri görmeyen kimseden kinâyeli olarak “örtülü-perdeli” / “المحجوب” (mahcub) vasfını, zevceden kinâyeli olarak da “evin sahibesi” / “ربة البيت” (rabbetü’l-beyt) tabirini kullanmışlardır.⁸⁶

Arap dilinde neredeyse kullanılması zaruri görülen kinâyeli ifadelere Kur’an-ı Kerim’de bir çok ayette rastlanılmaktadır. Mesela Kur’an-ı Kerim’de Yusuf suresi 12/23. ayette, Aziz’in karısının Hz. Yusuf’a cinsel istek duyması kinâyeli yoluyla “رَاوَدْتَهُ” (Ondan murat etti) diye ifade edilmiş, Bakara suresi 2/187 ve 223. ayetlerdeki “لباس” (libas (giysi)) ve “حَرْثٌ” (hars (tarla)) kelimeleri de yine cinsel ilişkiden

85 Sekkâki, *Miftâhu’l-ulûm*, s. 523; İbn Kuteybe, Ebu Muhammed, *Tevîlu müşkili’l-Kur’an*, Beyrut ts., s. 263; Cürcanî, Ebû Bekr Abdülkahir b. Abdîrahmân b. Muhammed, *Delâilü’l-icâz*, Beyrut, 1994, s. 285-286; Kılıç, *Kur’an, Dildeki Sonsuz Mucize*, s. 161; Öztürk, “Kur’an Dilinde Kinâyeli ve Târiz”, s. 116.

86 Zerkeşi, Bedreddin, *el-Burhân fi ulumi’l-Kur’an*, thk. Muhammed Ebu’l-Fadl İbrahim, Dâru İhyai’l-Kütübi’l-Arabi, Beyrut 1957/1366, II, 300, 301; Öztürk, “Kur’an Dilinde Kinâyeli ve Târiz”, s. 116.

kinâye olarak kullanılmıştır.⁸⁷ Yine Tahrim suresi 66/12. ayette Hz. Meryem hakkında "أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا" (fercini korudu) şeklindeki ifade, iffet ve namusu korumaktan kinâyedir.⁸⁸ Saffât suresi 37/49. ayette de cennetteki huriler saflık ve temizlikten kinâye olarak "بَيْضٌ مَكْنُونٌ" (el değmemiş, saklı yumurtalar) diye nitelendirilmiştir.⁸⁹ Serveti ve evlad-u iyalinin çokluğuyla övünen bir inkârcının başına gelen musibeti anlatan Kehf suresi 18/62. ayetteki "يَغْلَبُ كَفَيْهِ" (ellerini oğuşturma) ifadesi de inkârcının üzüntü ve pişmanlığından kinâyedir.⁹⁰

İslam âlimleri, Kuran-ı Kerim'de bu tür lafızların yer almasının birçok sebep ve hikmetinin bulunduğunu ifade etmişlerdir. Mesela Zerkeşi (ö. 794/1392) ve Suyûtî (ö. 911/1505), Kur'an-ı Kerim'de kinâyeli lafızların kullanım gerekçelerini kısaca şu şekilde sıralamaktadırlar:

- a) İlahi kudretin yüceliğine dikkat çekmek
- b) Meseleyi arife tarif gerektirmeyecek şekilde anlatmak
- c) Maksadı ve meramı daha güzel bir ifadeyle belirtmek
- d) Müstehcen ifade kullanmamak
- e) İfadeyi güzelleştirmek
- f) Akıbeteye dikkat çekmek
- g) Sözü kısaltmak
- h) Etkili ve çarpıcı biçimde anlatmak
- i) Kınama ve ayıplamada mübalağa yapmak
- j) Nazik konuşmak ve kırıncı ifadeden kaçınmak
- k) Aşağılamak ve kınamak
- l) Muhatabı iz'an ve teslimiyete yönlendirmek
- m) Maksadı zahire muhalif mana taşıyan bir lafızla anlatmak⁹¹

Kinâyeli lafızlar sadece İslam dininin ana kaynağı Kur'anı Kerim de yer almıştır. Kur'an'dan sonra ikinci kaynak olan sünnette de kinâyeli lafızların kullanılması

87 Zerkeşi, *el-Burhan*, II, 304.

88 Zerkeşi, *el-Burhân*, II, 305; Suyûtî, Celaleddin Abdurrahman b. Kemaleddin, *el-İtkân fî ulûmi'l-Kur'an*, Beyrut 1996, II, 791; Öztürk, *Kur'an Dilinde Kinâye ve Ta'riz*, s. 133.

89 Zerkeşi, *el-Burhân*, II, 307.

90 Zemahşeri, Ebül Kasım Cârullah Mahmud bin Ömer bin Ahmed, *el-Keşşâf an hakaiki't-Tenzil*, Beyrut ts., II, 485; Nesefî, Abdullah b. Ahmed, *Medâriku't-Tenzil*, Beyrut, yy., 1989, II, 949; Gürkan, "Arap Edebiyatında Kinâye Sanatının Konumu", s. 244.

91 Zerkeşi, *el-Burhan*, II, 301-309; Suyuti, *el-İtkân*, II, 789-794; Kur'an-ı Kerim'de kinâye lafızların kullanım gerekçeleri hakkında ayrıntı bilgiler için bkz. Kılıç, *Kur'an, Dildeki Sonsuz Mucize*, s. 160-166; Öztürk, "Kur'an Dilinde Kinâye ve Ta'riz", s. 124-136.

dığı, Hz. Peygamber (s.a.v) in çeşitli saiklerle ifade ettiği birçok cümlesinde kinâyeli lafızların bulunduğu görülmektedir. Mesela Hz Peygamber (s.a.v.)’den rivayet edilen “إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَبْسُطُ يَدَهُ بِاللَّيْلِ لِيَتُوبَ مُسِيءُ النَّهَارِ وَيَبْسُطُ يَدَهُ بِالنَّهَارِ لِيَتُوبَ مُسِيءُ اللَّيْلِ” (*Allah-u Teâla gündüz günah işleyeninin tevbe etmesi için gece, gece günah işleyeninin tevbe etmesi için gündüz elini açar*)⁹² hadisindeki “يَبْسُطُ يَدَهُ” (elini açar) ifadesi Allah’ın cömertliğinden kinâyedir.⁹³ Yine Hz. Peygamber (s.a.v.)’in sahabilerden Enceşe’ye hitaben söylediği “يَا أَنْجَشَةُ رُوَيْدًا سَوْكَكَ بِالْقَوَارِيرِ” (*Ey Enceşe! Sırça şişeleri kırma, yavaş ol!*)⁹⁴ sözündeki “القَوَارِيرِ” (sırça şişeler) kelimesi, narin ve zayıflığından dolayı kadınlardan kinâyeye yapılmıştır.⁹⁵

D. Genel Değerlendirme

Girişte de belirttiğimiz gibi İslam Aile hukukunda fakihlerin çoğunluğu, nikâhi taraflar için birbirlerinden istifade (evliliğe dayalı hakları kullanma) hakkı oluşturan bir akit olarak değerlendirmişlerdir. Nikâhın bu özelliğinden hareket ettiği anlaşılan ve kocanın evliliği talâk sayısı tamamlanmadan kesin (bâin) olarak bitirme yetkisi bulunduğunu savunan Hanefiler, kinâyeli boşama lafızlarının mana yönüyle evlilik bağıni ortadan kaldırmayı ifade ettiğini ve bu lafızların hukuki etki bakımından sarîh lafızlardan farklı olduğunu kabul etmişlerdir. Gerçekten de dildeki konumundan ve Arap dil ve belagatçılarının açıklamalarından⁹⁶ anlaşıldığı üzere kinâyeli lafızlar, sarîh lafızların aksine zihinde belli bir altyapısı oluşmuş ve aşama kat etmiş düşüncelerin ifadeye dönüştüğü lafızlardır. Anlaşıldığı kadarıyla Hanefiler de evlilik birliğini zihninde bitirmiş kocanın bilerek kinâyeli lafızları kullanacağını ve bu şekildeki boşamanın bâin sayılacağını savunmaktadırlar. Evlilik birliğini zihninde bitirmeyen ve eşi ile ayrılığa henüz tam olarak karar vermemiş kocanın ise (evlilik bağıni ortadan kaldırmayan) sadece boşama sürecini başlatan sarîh boşama lafızlarını kullanacağını açıklamaktadırlar.

Burada dikkat çeken önemli hususlardan biri de Hanefiler tarafından kinâyeli lafızlarla yapılan boşamanın niyetsiz veya karinesiz hiçbir hukuki sonuç doğurmadığının kabul edilmesi ve böyle bir durumda kinâyeli lafızların etki bakımından sarîh lafız gibi bile değerlendirilmemesidir. Böylelikle Hanefiler, kinâyeli lafızdaki tereddütün karine ve niyet ile tamamen ortadan kalkacağını, evlilik birliğini sona

92 Müslim, İbnü'l-Haccâc Ebû'l-Huseyin el-Kuşeri el-Nisâbüri, *Sahîh-i Müslim*, Dârü Tayyibe, Riyâd, 2006, Tevbe, 5.

93 Zemahşeri, Ebû'l-Kasım Cârullah Mahmud bin Ömer bin Ahmed, *el-Faik fi garibi'l-Hadis*, Beyrut, 1993, I, 107-108; Ayrıca bkz. Gürkan, “Arap Edebiyatında Kinâyeye Sanatının Konumu”, s. 246

94 Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil, *el-Câmiü's-sahih*, el-Matbaatu's-Selefiyye, Kâhire 1403, Edeb, 90; Muslim, Fedail, 18.

95 es-Seâlibi, Ebû Mansûr Abdülmelik b. Muhammed b. İsmâil, *Fıkhü'l-luga ve Sirru'l-Arabiyye*, Beyrut, 1993, s. 365; İbnü'l-Esir, *Diyaüddin Muhammed b. Muhammed, el-Meseli's-sâir fi edebi'l-kâtib ve ş-şâ'ir*, Kâhire ts., III, 64; Gürkan, “Arap Edebiyatında Kinâyeye Sanatının Konumu”, s. 246

96 Bkz. Sekkâki, *Miftâhu'l-ulûm*, s. 523; Cürcanî, *Delâilü'l-icâz*, s. 285-286.

erdirmek isteyen kocanın kinâyeli boşama lafızları kullandığında kastı ile ilgili en ufak bir şüphenin kalmayacağını vurgulamaktadırlar.

Hanefilerin dışındaki müctehitlerin büyük çoğunluğu, kinâyeli lafızla oluşan talâkın ric'î olduğunu ifade etseler de Malikiler ve Hanbeliler bu lafızlarla yapılan boşamada kocanın niyetinin üç talâk olduğunu söylemesi durumunda, bir bâin boşama gerçekleşeceğini kabul etmektedirler.⁹⁷ Esasında bu noktada Hanefilerle bu mezhepler arasında pek bir fark kalmamaktadır. Hanefilere göre boşamayı kesin (bâin) gerçekleştirme niyeti olan koca, bunun için kinâyeli boşama lafzı kullanır. Malikî ve Hanbelilere göre ise bunu arzulayan koca, kinâyeli lafızla üç kere boşamaya niyet ettiğini ifade eder. Her iki şekilde de bir bâin boşama gerçekleşir.

Hanefilere göre üç kinâyeli lafızla üç bâin talâk (beynûnet-i kubrâ), diğer mezheplere (Malikî ve Hanbelilere) göre ise bir bâin talâk (beynûnet-i suğrâ) oluşacağına dair görüş farklılığının sebebi, yine her iki tarafın kinâyeli lafızları dil açısından farklı değerlendirmelerinden kaynaklanmaktadır. Daha önceden de belirttiğimiz üzere, Hanefiler de dâhil olmak üzere fukahânın çoğunluğuna göre sarîh ifadelerle bir anda gerçekleşen üç talâk dinen tahrimen mekruh sayılmakla beraber hukuken geçerli görülmektedir. Hanefiler açısından bakıldığında, sarîh ifadelerle bir anda üç talâkla beynûnet-i kubrâ oluşuyorsa, karine ve niyet ile sarîh lafızlardan daha kuvvetli olan kinâyeli lafızlarla da aynı sonucun ortaya çıkması gerekir. Bu yüzden bir kinâyeli lafızla bir bâin talâk gerçekleştiğini kabul eden Hanefilerin üç kinâyeli lafızla da üç bâin talâkın oluşacağını savunması gayet doğaldır. Öte yandan bir kinâyeli lafızla yapılan talâkın bir ric'î talâk sayılacağını belirten Şafîiler, üç kinâyeli lafzın bir anda kullanılmasıyla sarîh ifadelerle yapılan bir anda üç talâkta olduğu gibi beynûnet-i kubrâ oluşacağını kabul ederek, sonuç bakımından Hanefilerle aynı görüşü paylaşırlar. Bununla birlikte, gerek bir anda üç kinâyeli lafızla gerekse bir anda üç sarîh lafızla yapılan talâkın İslâm'ın evlilik ve boşanma mevzularında göstermiş olduğu hassasiyete uymadığı ve bir talâk sayılması gerektiği İbn Teymiyye,⁹⁸ İbn Kayyim⁹⁹ ve Şevkânî¹⁰⁰ gibi İslâm âlimleri ve günümüz İslâm Hukukçularının birçoğu tarafından¹⁰¹ dile getirilmiştir. Zira tek ya da iki bâin talâkla boşama ne-

97 Bkz. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 76; Dusûkî, *Haşiyetü'd-Dusûkî*, II, 366, 379.

98 İbn Teymiyye, Takıyyuddîn Ebu'l-Abbas Muhâmmmed, *el-Fetevâ'l-kubrâ*, thk. Muhammed Abdül-Kadir Atâ-Mustafâ Abdül-Kadir Atâ, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, ts., III, 16-17.

99 İbn Kayyim, Şemsüddîn Ebi Abdillâh Muhammed el-Cevziyye, *Zâdu'l-meâd*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1992, V, 217-226, 248.

100 Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *Neylu'l-evtâr şerhu Munteğâ'l-ahbâr*, Dâru'l-Marife, Beyrut, 1998/1419, VI, 746.

101 Bkz. Şeltût, Mahmud Muhammed-Sayis, Muhammed Ali, *Mukârenetü'l-mezâhib fi'l-fikh*, Mısır, 1953, s. 80; Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s. 142; Türcan, Talip, "İslâm Hukukunda Boşanmada (Talâk) Şahit Bulundurma ZoH runluluğu", *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı: 1, Isparta, 1994, s. 265; Köse, Saffet, "Aynı Anda Üç boşama Geçerli midir?", *Mehir Dergisi*, yy., 1997, s. 58; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 363; Acar, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, s. 121, 122; Ebu Zehra, Muhammed, *el-ahvâluş-şahsiyye*, Daru'l-Fikri'l-Arabî, ts., 305, 306.

ticesinde karı-koca tekrar yeni bir nikâh akdi ve mehir belirlenmesiyle evlenebilmektedir. Ancak bir anda gerçekleşen üç talâk ile beynûnet-i kübrâ olduğu kabul edildiğinde, kadının başka bir erkekle evlenmeden eski kocasıyla tekrar evlenmesi mümkün olmamaktadır.

SONUÇ

İslam Aile Hukukunda nikâh, eşlerin birbirlerinden istifadesini mubah kılan bir akit olarak değerlendirilmiştir. Muhtemelen nikâhın bu özelliğinden hareket eden Hanefiler, İslam'da kocanın kendisine verilen yetki ile nikâh akdini tek taraflı olarak bir bâin talâkla sona erdirebileceğini kabul etmişlerdir. Hanefiler açısından, zifaktan önceki ve bedel mukabilindeki boşamaların diğer mezheplerin de kabul ettiği gibi bâin sayılması, kocanın tek bir lafızla olsa bile bâin boşama hakkının göstergesidir. Aynı zamanda Kur'an-ı Kerim'de ve bazı hadis-i şeriflerde "talâk" dışındaki boşama lafızlarının kesin ayrılık için kullanılması, kinâyeli boşama lafızlarının kesin ayrılığa sebep olduğunun ve kocanın kinâyeli boşama lafızlarıyla boşamasının bâin sayılacağına delilidir. Buna göre evliliği iddet süresinin bitimini beklemeden bâin talâkla sona erdirmek isteyen koca, bu iradesini kinâyeli boşama lafızlarını kullanarak gösterir.

Kanaatimizce, Hanefilerin kinâyeli boşama lafızlarıyla bir bâin talâk gerçekleşeceğine dair görüşü İslam'ın boşanma ile ilgili temel gayelerine ters düşmemektedir. İslam'da kadının temizlik süresi başladıktan sonra onunla cinsel ilişkide bulunulmadan bir talâk ile boşanılması talebi, arızı duygu ve düşüncelerle aile yuvasının dağılmasına imkân tanımamak içindir. Ancak bu bir talâkın ric'î olması şart değildir. Zira ric'î de olsa bâin de olsa eşler tekrar bir araya gelebilmektedir. Bununla beraber her iki şekilde de bir talâk hakkı ortadan kalkmış bulunmaktadır. Her ne kadar üç talâk hakkı tamamlanmamış bâin talâktan dönüş, yeni bir nikâh akdi gerektirmesi sebebiyle ric'î talâktan daha zahmetli olsa da Hanefilerin tek bâin talâk ile boşamanın birbirleriyle yeniden evlenen eşler için daha etkili ve faydalı olacağı görüşü dikkat çekicidir.

Hanefiler dışındaki mezhepler, sarîh lafızlardan daha zayıf gördükleri kinâyeli lafızların ancak karine ve niyetle sarîh lafızlara denk olduğunu kabul etseler de karine ve niyetle anlamındaki tereddüt tamamen izale olan kinâyeli sözler, dil ve belagat açısından sarîh ifadelerden anlamca daha kesin ve etkili kabul edilirler. Kinâyeli sözlerin bu özelliklerini öne çıkaran Hanefilere göre kinâyeli boşama sözleri, ihtiva ettiği mana itibarıyla karı-koca arasındaki evlilik bağına kesin olarak ortadan kaldırmayı ifade eder. Sarîh sözde bu özellikler bulunmadığından, bu lafzın boşama için bir kere kullanılması ile sadece boşama süreci başlar. Sarîh boşama lafzının

bir kere kullanılması, kocanın eşini kesin olarak boşamaya karar vermediğinin, kinâyeli lafızlarının kullanımı ise kocanın evlilik bağına kesin (bâin) olarak son verme isteğinin kanıtıdır.

Netice olarak; ayrılığın kaçınılmaz olduğu bir evlilikte ric'î talâkla evliliğin uzaması yerine, istenildiğinde tekrar evliliğe de fırsat veren bir bâin talâkla boşama fırsatının, Hanefiler tarafından kocanın tabii bir hakkı olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Hanefilerin kinâyeli boşama lafızlarıyla bir bâin talâk gerçekleşeceğine dair gerek naslardan ve diğer delillerden gerekse kinâyeli lafızların dil ve belagat yönünden yola çıkarak ortaya koyduğu görüşlerinin kendi içerisinde mantikî bir tutarlılık taşıdığı görülmektedir. Ayrıca, Hukuk-ı Aile Kararnâmesindeki konuyla ilgili madde, Osmanlı ulemasının da Hanefilerin yaklaşımını benimsediklerini göstermektedir. Ancak, Hanefilerin ve Şafiilerin hukuken geçerli sayıp, beynûnet-i kübrâ oluştuğunu kabul ettikleri bir anda üç kinâyeli lafızla talâkın özellikle günümüz fakihlerinin birçoğunca bir talâk sayılması yönündeki temayül, Kur'an ve Sünnetteki talâk ile ilgili esasların lafız ve ruhuna daha uygun görünmektedir.

FIKİH'TA TOTOLOJİK BİR MESELE: EL-MES'ELETÜ'S-SÜREYCIYYE

Arş. Gör. Davut EŞİT*

Özet: Fıkıh literatüründe *el-Mes'eletu's-Süreyciyye* olarak bilenen ve çalışmamıza konu olan bu mesele bir talâk meseledir. Bu çalışma el-Mes'eletu's-Süreyciyye'nin suretini, kökenini, bu mesele etrafında cereyan eden tartışmaları konu edinmektedir. Çalışmamız bir giriş, üç bölüm ve bir sonuçtan oluşmaktadır. Birinci bölümde meselenin sureti işlenmektedir. İkinci bölümde meselenin kökeni ele alınmaktadır. Üçüncü bölümde ise bu mesele etrafında yapılan tartışmalar işlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: el-Mes'eletu's-Süreyciyye, İbn Süreyc, Talâk, Hile, Totoloji.

مسألة دورية في الفقه : المسألة السريجية

خلاصة: هذه المسألة التي نوي الحديث عنها معروفة بالمسألة السريجية التي ترد في كتب الفقه ضمن مسائل الطلاق. هذا البحث يتضمن في ثناياه الحديث عن صورة المسألة السريجية وأصلها و ما دار حولها من نقاش . نحننا هذا يشتمل على مدخل و ثلاثة أقسام و نتيجة. القسم الأول يبحث عن صورة المسألة و القسم الثاني يبحث عن أصل المسألة و القسم الثالث يبحث عن المناقشات حول هذه المسألة .
كلمات مفاتيح البحث: المسألة السريجية ، ابن سريج ، الطلاق ، الحلية ، الدور .

GİRİŞ

Furu fıkıhın talâk alanında tartışılan bir meselenin *Süreyciyye* meselesi olarak andlandırılmasının nedeni Şâfi'î fakihlerinden İbn Süreyc'e¹ dayandırılan bir mesele olmasından kaynaklanmaktadır. İbn Süreyc'in fıkıh ilmindeki otoritesine bağlı olarak bu mesele Şâfi'î fakihler başta olmak üzere diğer mezheplere mensup alimler tarafından da tartışma konusu yapılmıştır.

1. MESELENİN SURETİ

Kaynaklarda meseleyi ortaya koyan veya bu meselede fetva veren ilk kişi İbn Süreyc olduğundan² mesele İbn Süreyc'e nispet edilerek *el-Mes'eletu's-Süreyciyye*

* Hakkâri Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, davudesid@hotmail.com

- 1 Ebu'l-'Abbâs Ahmed b. Ömer b. Süreyc el-Kâdi el-Bağdâdî (v.306), fıkıh ilmini Ebu'l-Kâsım el-Enmâfî'den aldı ve Şiraz kadılığı yaptı. Şâfi'î mezhebi muhaliflerine yazdığı reddiyeler ile mezhebin destekçisi oldu. Yazdığı eserlerin fihristi dört yüze ulaştığı nakedilmektedir. Birçok kimse ondan ilim aldı ve onunla Şâfi'î fıkıh birçok yere yayıldı. Şîrâzî onun Müzenî dâhil bütün Şâfi'î ashabından üstün tutulduğunu belirtmektedir. Hayatı hakkında geniş bilgi için bkz: Ebu İshâk İbrâhîm b. Ali b. Yustif el-Fîrûzâbâzî eş-Şîrâzî (v.476) , *Tabâkâtu'l-Fukahâ*, Dâru'r-Râidi'l-'Arabî, Beyrut 1970, s.108-109; Ebu'l-'Abbâs Şemsuddîn Ahmed b. Muhammed b. İbrâhîm el-Bermekî el-İrbîlî İbn Hallikân, (v.681) *Vefayâtu'l-'A'yân ve Enbâu ebnâ'i'z-zaman*, Dâru Sadr, Beyrut 1971, 1/67.
- 2 Ebu Sa'd es-Sem'ânî *el-Mes'eletu's-Süreyciyye*'nin devre dayalı gerçekleşmeyen bir talak olduğunu ve İbn Süreyc'in çıkardığı (istihraç) bir mesele olduğu için kendisine nispet edildiğini söylemektedir. Suyutî ise *et-Talaku's-*

olarak meşhur olmuştur.³ Mesele, kaynaklarda lafız farklılıkları olmakla beraber: “Bir adamın eşine şayet seni boşarsam bu boşamadan önce üç defa boşsun” demesidir.” şeklinde aktarılmaktadır.⁴

Kaynaklar meselede şart koşulan talaka veya bir ve ilk talaka müneccez, şarta bağlı olarak gerçekleşen ve şart cümlesinde ceza kısmını oluşturan üç talaka da muallak adını vermektedirler.⁵ Meselenin suretinde görüldüğü gibi bir kişi eşini bir talakla (müneccez) boşadığı durumda bu talaktan önce eşini üç talak ile (muallak) boşadığını ifade etmektedir. Bu şarta bağlı olarak eşini bir talakla (müneccez) boşayan kişi bu talaktan önce eşini üç talakla (muallak) boşamış olmaktadır. Üç talakla boşamanın (muallak) gerçekleşmesi için ilk boşamanın (müneccez) gerçekleşmesi gerekir. Bu durumda müneccez talak gerçekleştiği zaman bu boşamanın şartına bağlı olarak muallak talakın da gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak muallak talakın geçerli olduğunu kabul ettiğimiz durumda kocanın eşini şer’î olarak üç defa boşama sınırı olduğu için müneccez talak geçersiz olmaktadır.⁶ Müneccez talak geçersiz olduğu durumunda ise bu boşama şartına bağlı olarak gerçekleşen muallak talak da geçersiz olmaktadır. O halde müneccez talakın gerçekleşmesi durumunda bu boşamadan önce muallak talak gerçekleşeceği için müneccez talak geçersiz olmakta ve müneccez talak geçersiz olduğu zaman onun şartına bağlı olan muallak talak da geçerliliğini yitirmektedir.⁷ Sonuç olarak her iki talak da gerçekleşmemiş olur. Bu durumda birinci boşamanın varlığı esasen kendi yokluğuna sebep olmaktadır. Çünkü müneccez talak gerçekleştiği zaman muallak talak da gerçekleşeceği için

Süreyciyye’yi ortaya koyan kişinin İbn Süreyc olduğu için bu meselenin ona nispet edildiğini söylemektedir. Bu görüşler için bkz: Ebu Sa’d Abdülkerim b. Muhammed b. Mansûr et-Temîmî es-Semâni, (v.562), *el-Ensâb*, Meclisu Dâireti’l-Ma’arifi’l-Osmaiyye, Haydarabâd 1962, VII/134; Celâluddin Abdurrahmân b. Ebi Bekr es- Suyuti, (v.911), *Lübbü’l-lübâb fi tahriri’l-ensâb*, Dâru Sadr, Beyrut. s.136.

- 3 İbnu’l-Esîr el-Cezerî, talak bahsindeki *el-Mes’ele’ü’s-Süreyciyye*’nin bilinen bir mesele olduğunu ve İbn Süreyc’in çıkardığı (istihraç) bir mesele olduğu için kendisine nispet edildiğini belirtmektedir. Onun aktardığına göre bu mesele ile görüş belirtenleri (muhtemelen İbn Süreyc ile aynı görüşü paylaşılanları kast etmektedir.) Süreyci olarak adlandırılmaktadır. Bu görüşler için bkz: İzzüddin Ebu’l-Hasen Ali b. Ebi’l-Kerem Muhammed b. Muhammed b. Abdilkerim b. Abdilvâhid eş-Şeybânî el-Cezerî İbnu’l-Esîr (v.630), *el-Lübâb fi tehzîbi’l-ensâb*, Dâru Sadr, Beyrut, II/115.
- 4 *قال لزوجته ان طلقتك فانت طالق قبله ثلاثا لو* Meselenin farklı lafızları için bkz: Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Munhammed b. Ahmed et-Tûsî el-Gazzâlî (v.505), *el-Veciz fi fihri’l-İmâmi’s-Şâfi’i*, Dâru’l-Arkam b. Ebi’l-Arkam, Beyrut 1997, II/71; Ebu’l-Kâsım Abdülkerim b. Muhammed b. Abdilkerim er-Râfi’î (v.623), *el-‘Aziz şerhu’l-Veciz*, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, Beyrut 1997, IX/110; Şemsüddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbîni (v. 977), *el-İknâ’ fi halli elfâzi Ebi Şuca’*, Dâru’l-Fikr, Beyrut, II/447; Muhammed b. Ahmed b. ‘Arefe ed-Desûkî (v.1230), *Hâşiyetu’l-Desûkî ‘alâ’ş-Serhi’l-Kebîr*, Dâru’l-Fikr, IV/153; Muhammed ez-Zuhrî el-Gamrâvî (v.1337), *es-Sirâcu’l-vehhâc ‘alâ Metni’l-Minhâc*, Dâru’l-Ma’arife li’t-Taba’a ve’n-Neşr, Beyrut, s.425; Takıyüddin Ebu’l-‘Abbâs Ahmed b. Abdilhalim b. Abisselâm b. Abdillâh b. Ebi Kasım b. Muhammed İbn Teymiyye el-Harrânî (v.728), *el-Fetâvâ’l-kubrâ*, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 1987, III/137; Şemsüddin Muhammed b. Ebi Bekr b. Eyyûb b. Sa’d İbn Kayyim el-Cevziyye, (v.751), *İ’lâmu’l-Muvakkî’in ‘an Rabbî’l-Alemin*, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, Beyrut 1991, III/197;
- 5 Ebu Abdillâh Bedruddin Muhammed b. Abdillâh b. Bahâdir ez- Zerkeşi (v.794), *el-Bahru’l-Muhit fi usûli’l-fikh*, Dâru’l-Kutubi, 1994, VII/150; Ebu’l-Bekâ Kemaluddin Muhammed b. İsa b. Ali eş-Şâfi’î ed-Demîrî, (v.808), *en-Necmu’l-vehhâc fi Şerhi’l-Minhâc*, Dâru’l-Minhâc, Cidde 2004, V/575; Ebu’l-‘Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. Hamza el-Ensârî er-Ramlî (v.957), *Fetâvâ’r-Ramlî*, Mektebetu’l-İslâmiyye, III/269.
- 6 Ebu’l-Kâsım Abdülkerim b. Muhammed b. Abdilkerim er-Râfi’î (v.623), *el-‘Aziz şerhu’l-Veciz*, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, Beyrut 1997, IX/111.
- 7 Bu görüşler için bkz: Râfi’î, IX/111.

münecciz talakın gerçekleşmesi kendisinin gerçekleşmemesine sebep olmaktadır. Münecciz talakın geçersiz olması münecciz talakı geçersiz kılan muallak talakı da geçersiz kılmaktadır.

Meselenin mucidi veya meselede ilk fetva veren kişi olarak kabul edilen İbn Süreyc kendi adı ile meşhur olan bu meselede yukarıda özetlediğimiz görüşü yani bu meselde talakın gerçekleşmeyeceği görüşünü benimsemiştir.⁸ İbn Süreyc'i bu görüşe iten neden bu meselede devrin (totoloji, döngü) olduğunu düşünmesidir. Bundan dolayı *süreyciyye* meselesi bir Mantık terimi olan devir/totoloji (kısır döngü, döngü)⁹ kavramı ile ilişkilendirilmektedir. Nitekim Gazzâlî *el-Veciz* adlı eserinin talak kısmında devir meselelerini incelediği yerde ilk olarak *Süreyciyye* meselesini konu edinmektedir.¹⁰ Zehebî ise meseleyi *el-Mes'ele'tü's-Süreyciyye*¹¹ olarak adlandırdığı gibi İbn Süreyc'e ait devir meselesi olarak da nitelemektedir.¹² Öyle ki bu meselede en önemli husus devrin olup olmadığıdır. O halde meselenin Mantık terimi olan devir ile ilişkisini tespit etmek gerekmektedir. Bunun için kısaca Mantıkî devirden bahsetmeyi uygun görüyoruz.

Cürcânî devir kavramını '*bir şeyin varlığının kendi varlığının dayandığı şeye bağlı olması*' olarak tanımlamaktadır.¹³ O, devire; *a*'nın varlığının *b*'ye bağlı olması ve *b*'nin varlığının da *a*'ya bağlı olmasını örnek olarak vermektedir.¹⁴ O bu tür devri *ed-devru'l-musarrah* (açık döngü) olarak adlandırmaktadır.¹⁵ Cürcânî *a*'nın *b*'ye, *b*'nin *c*'ye, *c*'nin *a*'ya bağlı olması gibi birçok seçeneğin bağlı olduğu devir silsilesine ise *ed-devru'l-mudmar* (örtük döngü) adını vermektedir.¹⁶ Bu durumda Mantık terimi olarak devir kavramını "*isbatı bir birbirine bağlı iki önerme ve birinin varlığı diğeri ile bağlantılı iki şart arasındaki ilişki*"¹⁷ olarak tanımlamak mümkündür. *Süreyciyye* meselesine baktığımız zaman bunun Cürcânî'nin tasnifini yaptığı açık döngü ile ilişkili olduğunu görmek mümkündür. Çünkü açık döngü *a*'nın varlığının *b*'ye, *b*'nin varlığının da *a*'ya bağlı olmasıdır. Bunu meseleye uyarladığımızda muallak talaka *a*, münecciz talaka *b*, dediğimiz taktirde *a* (münecciz) varsa *b* (muallak) var; *b* varsa *a* yok; *a* yoksa *b* de yok; *b* yoksa *a* var; *a* varsa *b* var... şeklinde bir döngüyü takip etmiş oluruz. Ancak bu döngünün oluşması için şer'î olarak talak

8 Râfî'î, IX/115.

9 Metin Yurdagür, devrin günümüzde mantık terimi olarak döngü ve kısır döngü kavramları ile ifade edildiğini batı dillerinde bu kavramın karşılığının totoloji olduğunu söylemektedir. Bu görüşler için bkz: Metin Yurdagür, "Devir", *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1994. IX/230.

10 Gazzâlî, II/71.

11 Ebu Abdillâh Şemsuddîn Muhammed b. Ahmed b. Ahmed b. Osman ez-Zehabi (v.748), *Târihu'l-İslâm ve vefeyâtu'l-meşâhîr ve'l-a'lâm*, Dâru'l-Ğarbî'l-İslâmî, 2003XII/55.

12 Zehebî, *Siyeru a'lâmi'n-nübelâ*, Muessetu'r-Risâle, 1985, XX/301.

13 Ebu'l-Hasan Seyyid Şerif Ali b. Muhammed Ali el-Cürcânî (v.816), *Kitâbu'l-Ta'rifât*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1983, s. 105

14 Cürcânî, s.105.

15 Cürcânî, s.105.

16 Cürcânî, s.105.

17 Yurdagür, IX/230.

sayısının üç ile sınırlandırıldığı öncülünü varsaymak durumundayız. Aksi taktirde bir talak ile üç talakın gerçekleşmesi arasında bir döngüden bahsetmek mümkün değildir. Bundan dolayı fıkıh literatüründe şer'î öncüller varsayılarak oluşan bu tür devir meseleleri hükmî devir başlığı altında incelenmektedir.¹⁸ Nitekim Zerkeşi *süreyciyye* meselesini bu tür devirlere örnek olarak vermektedir.¹⁹ İbn Teymiye Mantıkçılara reddiye yazdığı eserinde *süreyciyye* meselesinde hükmi şer'î devir olarak adlandırılan devrin geçersizliğine dair müstakil bir eser yazdığını belirtmektedir.²⁰ Hükmî devir, bir şeyin birbirinin varlığını engelleyen iki şer'î hükmü gerektirmesidir.²¹ *Süreyciyye* meselesinde de üç talak ve bir talakın bir arada olması şer'î olarak mümkün olmadığından bir şeyin bu ikisini bir arada gerektirmesi hükmî devre sebep olmaktadır. Fıkıh eserleri meselemiz dışında birçok hükmi devir meselelerini de konu edinmektedir.²²

Süreyciyye meselesini önemli kılan hususlardan bir tanesi bu meselede devrin varlığı dikkate alındığı zaman bu meseledeki talak lafzını kullanan kişinin talak kapısını ebediyen kapatmış olmasıdır. Nitekim İbn Teymiye, İbn Süreyc ve ona tabi olanların düşüncesine göre bu meselede talak kapısının ebedi olarak kapandığını belirtmektedir.²³ Bundan dolayı bu mesele *el-Hîletu's-Süreyciyye* adı ile de anılmaktadır.²⁴ Bu meselenin şer'î bir hile olarak algılanması bu türden talak lafzını kullanan kimsenin eşine boşama kapısını tamamen kapatmasından kaynaklanmaktadır.²⁵ Nitekim Gazzâlî, *el-Veciz* adlı eserinde bu türden talak ile boşamada, daha zahir olan görüşe göre, talak kapısının kapandığını söylemektedir.²⁶ Çünkü söz konusu devirden dolayı boşama hiçbir zaman gerçekleşmeyecektir.²⁷ Tefrik denilen hâkimin kadın ile kocayı ayırması dışında, gerek kocanın eşini boşaması durumunda gerek de hulu' yolu ile boşamada erkek eşini boşayacağı için devirden dolayı boşamanın gerçekleşmesi mümkün değildir.²⁸ Bundan dolayıdır ki Ramlî

18 Zerkeşi, *el-Mensûr fi kavâ'idil-fikhiyye*, Vizâretü Evkâfî'l-Kuveytiyye, Kuveyt 1985, II/156; Şeyh Muhammed b. Ali b. Hüseyin (v.1367), *Tezhibu'l-furûk ve'l-kavâ'idu's-seniyye fi esrâri'l-fikhiyye, el-furûk* (Envaru'l-Burûk fi Envâi'l-Furûk ile beraber), 'Alemlü-Kutub. I/77; Ramlî (v.957), *Haşiyetu'r-Ramlî'l-Kebîr*, (Esne'l-Metâlib fi Şerhi Ravdi't-Tâlib ile beraber), Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, II/324; Süleyman b. Ömer b. Mansur el-Ezherî Cemal (v.1204), *Haşiyetu'l-Cemel futuhatu'l-vehhâb bi tavdîhi Şerhi Menhecîd-Tullâb, Dâru'l-Fikr*, III/451.

19 Zerkeşi, *el-Mensûr*, II/156-157.

20 İbn Teymiye, *er-Redd 'ale'l-Mantukîyyin*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, s. 257; Bu meselenin hükmü devir olarak adlandırılması ile ilgili bkz: Şeyh Muhammed b. Ali b. Hüseyin (v.1367), *Tezhibu'l-furûk ve'l-kavâ'idu's-seniyye fi esrâri'l-fikhiyye*, I/77.

21 Zerkeşi, *el-Mensûr*, II/156.

22 Örnekler için bkz: Zerkeşi, *el-Mensûr*, II/156-157.

23 İbn Teymiye, *el-Kavâ'id*, s. 355.

24 Bu adlandırma için bkz: Ebu 'Amr Takryuddîn Osman b. Abdîrrahmân İbnu's-Salâh (v.643), *Edebu'l-Muftî ve'l-Musteftî*, Dâru'l-'Ulum ve'l-Hikemi, Medine 2004, s. 112; Ebu Zekeriyâ Muhiddin Yahya b. Şeref en-Nevevî (v.676), *Âdabu'l-fetvâ ve'l-Muftî ve'l-Musteftî*, Dâru'l-Fikr, Dımaşk 1408, s.38; İbn Teymiye, *el-Kavâ'idu'n-nuriyyetu'l-fikhiyye*, Dâru İbni'l-Cevzi, Suud 1422, s. 354; İbn Kayyime l-Cevziyye, *İ'lâmu'l-Muvakkî'in*, III/197.

25 İbn Teymiye, *el-Kavâ'id*, s. 355; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-Muvakkî'in*, III/197.

26 Gazzâlî, II/71;

27 İbn Teymiye, *el-Kavâ'id*, s.355.

28 İbnu'l-Cevzi hulu' yolu ile boşanma dahil bu hilede devir kabul edildiği taktirde boşanmasının hiç bir şekilde gerçekleşmenin mümkün olmadığını söylemektedir. bkz: İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-Muvakkî'in*, III/197.

kötülenen hilelere *süreyciyye* meselesini örnek vermektedir.²⁹ İbnu'l-'Arabî ise genel anlamda hilelerin dindeki varlıklarına karşı çıkmakta ve hükümlerin değiştirilmesinde uygulanan hilelerin faydasız olduğunu söyleyerek; *süreyciyye* meselesinin, dinle oynama (alay etme) anlamına geldiğinden dolayı dikkate alınmaması gerektiğini belirtmektedir.³⁰ İbnu'l-Cevzî, îlâ, zıhar, 'itak ve talakı tamamen geçersiz kılan hilelerin *süreyciyye* hilesinden türediğini söylemektedir.³¹ Hâkimin *süreyciyye* meselesinde talakın olmadığına dair verdiği fetvanın hükmü de tartışma konusu olmuştur. Bulkînî³², kendisi *süreyciyye* meselesinde devrin olduğuna dair fetva vermemesine rağmen, bir kimsenin devrin olduğu görüşünü taklit etmesini caiz görmektedir.³³ Ancak İbnu's-Salâh ve Nevevî talak kapısının kapanmasına dönük *süreyciyye* hilesini kendisinde şüphe bulunan ve failinin kötülenmesine sebep olan hile olarak değerlendirmekte ve hakimin bu hile karşısında fetva verdiği zaman ihmalkar davranıp acele ile fetva vermemesi gerektiğini belirtmektedirler.³⁴ Kaynaklar 'İz b. Abdisselâm'ın³⁵ bu meselede devrin olduğu görüşünde olanlara karşı verdiği mücadeleden dolayı "*Sultânu'l-'Ulema*" lakabı ile anıldığını aktarmaktadırlar.³⁶ 'İz b. Abdisselâm hâkimin hükmünün icmâ', nass, kavâ'id ve celî kıyâs'tan herhangi birine aykırı olduğu zaman geçersiz olduğu kuralına bağlı olarak *süreyciyye* meselesinin şer'î kaidelere aykırı olduğu düşüncesi ile hakimin kararını taklit etmenin sahih olmadığı görüşündedir.³⁷ 'İz b. Abdisselâm'ın öğrencisi Karâfi de "*bu güzel ve açık bir beyandır.*" diyerek hocasının yukarıdaki ifadelerine katılmaktadır.³⁸ Zerkeşî ise İbn Süreyç'in bu meseledeki görüşünü bir alimin yanılığısı (zelle) olarak değerlendirmek gerektiği bundan dolayı hiç kimsenin bir alimin yanılığını taklit etmesinin caiz olmadığı görüşündedir.³⁹ Zerkeşî'nin yukarıdaki düşüncelerini aktaran İbn Hacer el-Heytemî de Süreyciyye meselesinde talakın gerçekleşmediği görüşünü zayıf bir görüş olarak değerlendirmekte, bazı cahil müftü ve kâdılarının bu görüşe tutunduklarını ifade etmektedir.⁴⁰

29 Ramli, *Haşiyetu'r-Ramli'l-Kebir*, (Esne'l-Metalib fi Şerhi Ravdi't-Talib ile beraber), Dâru'l-Kitâbi'l-İslâm, II/324.

30 Ebu Bekr Muhammed b. Abdillâh İbnu'l-'Arabî (v.543), *en-Nassu'l-kâmil li kitâbi'l-Avâsim mine'l-Kavâsim*, Mektebetu Dâri't-Turâs, Mısır, s.373.

31 İbn Kayyim el-Cevziyye, *I'lâmu'l-Muvakkî'in*, III/239.

32 Ebu Hafs Sirâcu'ddin Ömer b. Reslân b. Nasîr b. Salih el-Bulkînî (v.805), hayatı için bkz: Hayruddîn ez-Ziriklî (v.1396), *el-Âlâm*, Dâru'l-İlim li'l-Melâyîn, 2002, V/46.

33 Bulkînî'nin bu görüşü için bkz: İbnu'l-İmad, IV/31.

34 İbnu's-Salâh, *Edebu'l-Muftî*, s.112; Nevevî, *Âdâbu'l-fetvâ*, s.38; *el-Mecmu' şerhu'l-Muhezzeb*, Dâru'l-Fikr, I/46; Ahmed b. Muhammed b. Ali b. Hacer el-Heytemî (v.974), *el-Fetâvâ'l-fikhiyye'l-kubrâ*, Mektebetu'l-İslâmiyye, IV/183.

35 Ebu Muhammed İzzuddin Abdulazîz b. Abdusselam b. Ebi'l-Kâsım b. Hasan b. Muhammed es-Sulemî (v.660), hal yatı için bkz: Subkî, *Tabakât*, VIII/209-240.

36 Heytemî, *el-Fetâvâ*, IV/183; Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilazîz ed-Dımaşkı İbn Âbidin (v. 1252), *Minhetu'l-Hâlik*, (el-Bahru'r-Raik Şerhu Kenzi'd-Dekâik ile beraber), III/294.

37 Heytemî, *el-Fetâvâ*, IV/183; İbn Âbidin, III/294.

38 Ebu'l-Abbâs Şihâbu'ddin Ahmed b. İdris b. Abdirrahmân el-Mâlikî el-Karâfi (v.684), *ez-Zahire*, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut 1994, X/139; Heytemî, *el-Fetâvâ*, IV/183; İbn Âbidin, III/294.

39 Heyemî, *el-Fetâvâ*, IV/141.

40 Heytemî, *el-Fetâvâ*, IV/141.

2. MESELENİN KÖKENİ

Şâfi'îler, *süreyciyye* meselesinin kökenini sahâbi Zeyd b. Sâbit'e dayandırmaya çalışmaktadırlar. Nevevî, *süreyciyye* meselesinde devirden dolayı talakın gerçekleşmeyeceğine dair görüşün Zeyd b. Sâbit'ten nakledilen bir görüş olduğunu söylemektedir.⁴¹ Râfi'î de Gazzâlî'nin *el-Veciz* adlı eserini şerh ettiği *eş-Şerhu'l-Kebîr* adlı eserinde, *süreyciyye* meselesinde talakın gerçekleşmediğine dair görüşün Zeyd b. Sâbit'e nispet edilen bir görüş olduğunu aktarmaktadır.⁴² Ancak Râfi'î'nin bu eserindeki rivayetlerin tahririni yapan İbnu'l-Mulâkkin *süreyciyye* meselesinde talakın gerçekleşmediğine dair Zeyd b. Sâbit'ten nakledilen eserin kim tarafından tahrir edildiği bilgisine sahip olmadığını söylemektedir.⁴³ İbnu'l-Mulâkkin'in bu tespiti *süreyciyye* meselesinde devir fetvasının Zeyd b. Sâbit'e dayandırılmasını sorunlu hale getirmektedir. Nitekim Râfi'î ve Nevevî bu görüşün kimler tarafından Zeyd b. Sâbit'ten nakledildiğine dair bilgi vermemektedirler. Râfi'î'nin aynı eserinin rivayetlerini tahrir eden İbn Hacer el-Askâlânî de *süreyciyye* meselesinde Zeyd b. Sâbit'e nispet edilen görüşün aslının olmadığını söylemektedir.⁴⁴ *Süreyciyye* meselesinde devrin olduğuna dair görüş Şâfi'î'ye de nispet edilmektedir. Nitekim Askâlânî Şâfi'îlerden bir grubun *süreyciyye* meselesinin Şâfi'î'nin bir nassına veya bir nassının muktezasına dayandığı görüşünde olduğunu ancak bunun doğru olmadığını söylemektedir.⁴⁵ Askâlânî, Şâfi'î'ye ait bu meselede hiçbir nassın olmadığını; ancak İbn Süreyc'in bu talak meselesini Şâfi'î'nin miras ile ilgili devrin vuku bulduğuna dair nassından aldığını ifade etmektedir.⁴⁶ İbn Kayyim el-Cevziyye de *süreyciyye* meselesinin Şâfi'î'nin bir nassından alındığına dair görüşleri eleştirmekte ve Şâfi'î'ye ait bu meselede herhangi bir nassın olmadığını söylemektedir.⁴⁷ İbn Hacer el-Askâlânî'nin aktardığına göre Dârekutnî, İbn Süreyc'in talakta devir meselesini İslâm'da ihdas ettiğine dair değerlendirmesini aktardıktan sonra İbn Süreyc'ten önce kimsenin bu meseleyi gündeme getirmediğini söylemektedir.⁴⁸ Ancak bazı bilginler bu görüşün İbn Süreyc'e nispet edilmesine de karşı çıkmaktadırlar. Maverdî⁴⁹ bu meselede devrin geçerli olduğu görüşünü İbn Süreyc'e nispet etmenin vehim ol-

41 Nevevî, *Tehzîbu'l-Esmâ ve'l-Lügât*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, I/202.

42 Râfi'î, IX/111.

43 Ebu Hafis İbnu'l-Mulâkkin Sirâcuddîn Ömer b. Ali b. Ahmed el-Mısrî (v.804), *el-Bedru'l-münir fî tahriri'l-âhâdis ve'l-âsâri'l-vaki'a fiş-Şerhi'l-Kebîr*, Dâru'l-Hicre, Riyad 2004, VIII/125.

44 Ebu'l-Fadl Ahmed b. Ali b. Muhammed b. Ahmed el-Âskalânî (v.852), *et-Temyiz fî talhisi tahriri ehâdisi Şerhi'l-Veciz*, Dâru Advâi's-Selef, 2007, V/2470.

45 İbn Hacer el-Âskalânî, V/2470.

46 Askâlânî İbn Süreyc'in bu meseledeki görüşünün dayandığı Şâfi'î'ye ait meselenin suretini şu şekilde aktarmaktadır: "Şayet biri bir kimse hakkında ana-baba bir ölmüş kardeşinin oğlu olduğuna dair ikrarda bulunursa ikrarda bulunan oğlun nesebi sabit olmaz ancak o varis olmaz. Eğer o oğul varis olursa ikrarda bulunan kişiyi mirastan düşüreceği için ikrarda bulunan kişi mirasçı olamaz. Eğer ikrarda bulunan kişi mirasçı olamaz ise o oğul hakkındaki ikrarı geçerli olmaz." Askâlânî, V/2471.

47 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-Muvakki'in*, III/210.

48 Askâlânî, V/2471.

49 Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib el-Maverdî (v.450), hayatı için bkz: Subkî, *Tabakât*, V/267-285.

duğu düşüncesindedir.⁵⁰ İbnu's-Sabbâğ⁵¹ da bu meselenin İbn Süreyç'e nispet edilmesine karşı çıkarak İbn Süreyç'in bundan beri olduğu görüşündedir.⁵² İbn Teymiye, *süreyciyye* meselesinin üçüncü yüz yılda ortaya çıkan bir mesele olduğunu, bu dönemden önce, sahabilerden, tabiinlerden, mezhep imamları ve onlara yetişen ashaplarından, seleften hiçbir imamın bu meselede fetva vermediklerini ancak onlardan sonra bir gurup fakihin bu meselede fetva verdiklerini belirtmektedir.⁵³ İbn Teymiye, 'İz b. Abdisselâm'a dayanarak bu görüşün İbn Süreyç'e nispet edilmesine de karşı çıkmakta ve İbn Süreyç'in bu görüşten beri olduğunu aktarmaktadır.⁵⁴ İbn Hacer el-Heytemî meseleyi ortaya koyan kişi İbn Süreyç olduğu için mesele kendisine nispet edildiğini ancak kendisinin *ez-Ziyâdât* adlı eserinde müneccez talakın geçerli olduğunu söyleyerek devrin varlığına dair görüşünden vaz geçtiğini belirtmektedir.⁵⁵

3. MESELE ETRAFINDA CEREYAN EDEN TARTIŞMALAR

el-Mes'eleü's-Süreyciyye yukarıda aktardığımız gibi döngüsel bir talak meselesi olarak ortaya çıkmasına rağmen meselenin etrafında şekillenen tartışmalar güncelliğini uzun süre devam ettirmiştir. Bu meselede devrin olduğunu kabul edenler talakın gerçekleşmeyeceğini, devrin varlığını kabul etmeyenler ise talakın geçerli olacağını ileri sürmüşlerdir. Aynı zamanda hîle olarak da görülen bu meselede hîle ile fetva vermenin caiz olup olmadığı, bu hîle ile fetva verenin günahkar olup olmadığı, bu hîle ile fetva veren hakimin hükmünün geçerli olup olmadığına dair tartışmalar bulunmaktadır. Kanaatimizce bu meseleyi önemli kılan ve belki de fıkıh literatürümüzde benzersiz bir şekilde tartışma konusu yapılmasına sebep olan iki husus vardır. Birincisi bu meselede devrin olduğuna dair görüşün İbn Süreyç'e nispet edilmesidir. İbn Süreyç Şâfi'iler arasında Şâfi'iden sonra mezhepte ikinci otorite olarak kabul edilmektedir. Şîrâzî, İbn Süreyç'in Şâfi'î ashâbı içinde Müzenî⁵⁶ dahil herkesten daha üstün (fazilet) olduğu değerlendirmesini aktarmaktadır.⁵⁷ İbn Süreyç'in Şâfi'î mezhebi içinde ikinci adam olduğuna dair değerlendirmeler İbn Süreyç'in Şâfi mezhebindeki yerini göstermesi açısından önemlidir. Şâfi'î mezhebindeki otoritesi dışında İbn Süreyç'in üçüncü yüz yılın müceddidi olduğu yorumları da yapılmaktadır.⁵⁸ İbn Süreyç'e nispet edilen bu görüşü değerli kılan husus

50 Heytemî, *el-Fetâvâ*, IV/181.

51 Ebu Nasr Abduseyyîd Muhammed b. Abdilvâhid b. Ahmed b. Ca'fer İbnu's-Sabbâğ (v.477), bk: İbn Hallikân, III/217-218.

52 Şîrbîni, II/467.

53 İbn Teymiye, *el-Fetâvâ*, III/137-138.

54 İbn Teymiye, *el-Fetâvâ*, III/138.

55 Heytemî, *Tuhfetu'l-Muhtâc fi Şerhi'l-Minhâc*, el-Mektebetu't-Ticâriyyetu'l-Kubrâ, Mısır 1983, VIII/114.

56 Ebu İbrâhîm İsmâ'il b. Yahyâ b. İsmâ'il b. 'Amr b. İshâk el-Müzenî (v.264), hayatı için bkz: Şîrâzî, *Tabakât*, s.97.

57 Şîrâzî, *Tabakât*, s.108-109.

58 Zehebî, *Siyer*, Dâru'l-Hadis, 2006, XI/124; Subkî, *Tabakât*, I/200-2001.

onun fıkhıdaki otoritesinden kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı birçok Şâfiî fakih İbn Süreyc'i desteklemiştir. İbn Süreyc'e karşı çıkanlar ise İbn Süreyc'e bu meselenin nispet edilmesini eleştirerek İbn Süreyc'in bu görüşte olmadığını ileri sürmektedirler. *Süreyciyye* meselesini önemli kılan diğer bir husus ise meselede devrin varlığı kabul edildiği taktirde talak kapısının kapanmasına yol açmasıdır. *Süreyciyye* meselesinde devrin varlığını eleştirenler, bu meseleyi meşru görülen talak kapısının kapanmasına sebep olacağını ileri sürerek bir hile olarak görmektedirler.

Yukarıda özetlediğimiz gibi *süreyciyye* meselesinde temelde iki görüş üzerinden tartışmalar yapılmaktadır. Birincisi devrin var olduğu ve dolayısı ile talakın geçerli olmadığı görüşü diğeri ise devrin olmayıp talakın geçerli olduğu görüşüdür. Biz de mesele ile ilgili görüşler, görüşlerin savunucuları ve konu etrafında şekillenen literatür hakkında bilgi vermeyi uygun görüyoruz.

a. Süreyciyye Meselesinde Devrin Varlığını Savunanlar

Süreyciyye meselesinde ileri sürülen birinci görüş devrin varlığından dolayı talakın gerçekleşmediği görüşüdür.⁵⁹ Daha önce geçtiği üzere bu görüş İbn Süreyc'e nispet edilmektedir. Bu konuda İbn Süreyc'i destekleyen önemli bir Şâfiî gurusunun varlığı dikkat çekmektedir. Râfiî'nin aktardığına göre Ebu Bekr İbnu'l-Haddâd⁶⁰, el-Kaffâl eş-Şâfiî⁶¹, el-Kaffâl el-Mervezî⁶², Şeyh Ebu Hâmid el-İsferâyîni⁶³, Kâdi Ebu'l-Tayyib et-Taberî⁶⁴, Kâdi Rüyânî⁶⁵, Ebu İshâk eş-Şîrâzî⁶⁶ gibi Şâfiîler *süreyciyye* meselesinde İbn Süreyc'i destekleyen Şâfiîlerdendir.⁶⁷ Gazzâlî *el-Veciz* adlı eserinde talak kapısının kapandığına dair görüşü benimsemektedir.⁶⁸ Ancak Gazzâlî *el-Veciz*'deki görüşü dışında bu meseleye özgü iki eser kaleme almıştır. Bu eserlerden biri *Ğayetü'l-Ğavr fi'd-Devr* adı ile diğeri ise *el-Ğavr fi'd-Devr* adı ile kaynaklarda geçmektedir.⁶⁹ Kâtib Çelebî Gazzâlî'nin devri kabul ettiği ve bu meselede ilk olarak kaleme aldığı eserin *Ğayetü'l-Ğavr fi Mesâilî'd-Devr*⁷⁰ adlı eser olduğunu

59 Bu görüşleri için bkz: Râfiî, IX/111; 118.

60 Kâdi Ebu Bekr İbnu'l-Haddâd el-Mısrî (v.348), *el-Furû'* adlı eserin sahibi olup bu eser onun faziletini göstermektedir. bkz: Şîrâzî, s. 114.

61 Ebu Bekr Muhammed b. Ali b. İsmâ'il el-Kâffâl eş-Şâfiî (v.336), İbn Süreyc'in öğrencisidir. Bkz: Şîrâzî, s. 112.

62 Abdullah b. Ahmed b. Abdillâh el-Kâffâl es-Sağîr el-Mervezî (v.417), Horasanlıların şeyhidir. Bkz: Subkî, *Tabakât*, V/53-56.

63 Ahmet b. Muhammed b. Ahmet el-İsferâyîni eş-Şeyh Ebu Hâmid (v.406), Iraklıların şeyhidir. Bkz: Subkî, *Tabakât*, IV/61-65.

64 Kâdi Ebu'l-Tayyib Tâhir b. Abdillâh b. Tâhir et-Taberî (v.450), bkz: Şîrâzî, s. 127.

65 Ebu Sa'd Abdulvâhid b. Ahmed b. Ömer b. el-Velid ed-Dârânî (v.502), bkz: Subkî, *Tabakât*, VII/193-203.

66 İbrâhîm b. Ali b. Yusûf el-Fîrûzâbâzi (v.476), bkz: Subkî, *Tabakât*, IV/215-229.

67 Bu görüşleri için bkz: Râfiî, IX/115.

68 Gazzâlî, II/71.

69 Hâcî Halife Mustafâ b. Abdillâh el-Kustantîni Kâtib Çelebî (v.1067), *Keşfü'z-zunûn 'an esâmi'l-kutub ve'l-funûn*, Mektebetü'l-Musenâ, Bağdat 1941, II/1192; Bu esere alınan ilk cümleden anlaşıldığına göre Irak ehlinin büyük çoğunluğu talak meselesinde devrin geçersiz olduğu görüşündedirler.

70 Kâtib Çelebî, II/1192.

ancak *el-Ğavr fi'd-Devr* adlı eseri ile ilk eserinde devrin geçerli olduğu görüşünden vazgeçerek talakın geçerli olduğu görüşünü benimsediğini söylemektedir.⁷¹ Ancak Kâtib Çelebî *süreyciyye* meselesinde kaleme alınan telifleri zikrettiği eserinin başka yerinde *Ğayetu'l-Ğavr fi Dirâyeti'd-Devr* adı ile Gazzâlî'ye nispet ettiği eserinde onun talakın gerçekleştiği görüşünde olduğunu, *el-Ğavr fi'd-Devr*⁷² adlı eserinde ise talakın gerçekleşmediği görüşünde olduğunu aktarmaktadır.⁷³ Kâtib Çelebî'nin eserinin farklı yerlerinde verdiği bu iki çelişkili bilgi onun bu eserlerin içerini karıştırdığını göstermektedir. Onun, *Ğayetu'l-Ğavr fi Mesâili'd-Devr* adı ile zikrettiği bu eserin ilk sayfalarını aktardığı kısa cümleye bakıldığı zaman Gazzâlî'nin bu risaleyi hicri 484 tarihinde Bağdat'a geldiği zaman *süreyciyye* meselesine dair kendisine sıklıkla sorulan sorulara dolayı kaleme aldığı anlaşılmaktadır.⁷⁴ Bundan dolayı Gazzâlî'nin konuyla ilgili kaleme aldığı ilk eserin *Ğayetu'l-Ğavr* adı ile bilinen ve devri kabul ettiği eser olduğunu söylemek gerekir. Bu tespitimizi destekleyen bilgiyi Râfî'î vermektedir. Râfî'î, Gazzâlî'nin talaktaki devir meselesinde devrin var olduğuna dair görüşünden vazgeçtiğini, devrin olmadığına dair görüşlerini muhtasar düzeyde kaleme aldığı *el-Ğavr fi'd-Devr* adlı eserinde dile getirdiğini ifade etmektedir.⁷⁵ Gazzâlî'den evvel *süreyciyye* meselesinde İbn Süreycî destekleyen önemli bir kesimin varlığı dikkat çekmektedir. Bu kişiler Şâfî'î fıkhında kendi devirlerinde önemli bilginlerdir. Muhtemelen Gazzâlî birçok Şâfî'î'nin desteklediği bu görüşü bir Şâfî'î olarak kendisi de mezhep savunusu amacı ile desteklemiş ancak daha sonra bu görüşünden vazgeçmiştir. Gazzâlî'den sonra, aşağıda değineceğimiz üzere, Şâfî'îlerin çoğunluğu bu görüşte İbn Süreycî muhalefet etmişlerdir. Nitekim İbnu'l-Hall olarak bilinen Ebu'l-Hasan el-Bağdâdî Bağdat'ta *süreyciyye* meselesinde fetva veren tek kişi olarak kalmıştır.⁷⁶ Onun bu fetvasının İbn Süreycî destekleyen bir fetva olduğunu Subkî'den öğrenmekteyiz. Subkî, İbnu'l-Hall'ın *süreyciyye* meselesindeki fetvasını hocası Fahrul-İslâm eş-Şâşî'den⁷⁷ aldığı; onun da hocası Ebu İshak eş-Şirâzî'den aldığı; onun da hocası Ebu Tayyib er-Taberî'den aldığı bilgisini nakletmektedir.⁷⁸

71 Kâtib Çelebî, II/1213.

72 Badâdî bu eseri *el-Ğavr fi'd-Devr fi'l-mes'ele'ti's-süreyciyye* adı ile kaydetmektedir. Bkz: İsmâ'il b. Muhammed Emir b. Mîr Selim (v.1399), *Hediyetu'l-ârifin esmâu'l-müellifin ve âsâru'l-musannifin*, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-'Arabî, Beyrut, II/80.

73 Kâtib Çelebî, II/1662.

74 Kâtib Çelebî, *Keşfu'z-zunûn 'an esâmî'l-kutub ve'l-funûn*, Mektebetu'l-Musennâ, Bağdat 1941, II/1192; Bu esere alınan ilk cümleden anlaşıldığına göre Irak ehlinin büyük çoğunluğu talak meselesinde devrin geçersiz olduğu görüşündedirler.

75 Bu görüşleri için bkz: Râfî'î, IX/116.

76 Ebu'l-Hasan Muhammed b. el-Mubarek b. Muhammed b. Abdillâh el-Bağdâdî, el-Mustazhiri olarak bilinen Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed eş-Şâşî'den fıkıh eğitimi aldı. Şirâzî'nin *et-Tenbih* adlı eserini ilk şerh eden kişidir. Bkz: İbn Hallikân, IV/227.

77 Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed b. el-Huseyn (v.507), Şirâzî ve İbnu's-Sabbâğ'ın ashabındadır. Şirâzî'nin yardımcısıdır. İbnu's-Salâh, *Tabakâtu's-Şâfi'iyye*, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 1992, I/85.

78 Tacuddîn 'Abdulvehhâb b. Takryuddîn es-Subkî (v.771) *Tabakâtu's-Şâfi'iyyeti'l-Kubrâ*, Hacer, 1413, VI/177.

b. Süreyciyye Meselesinde Devrin Olmadığını Savunanlar

Süreyciyye meselesinde ikinci görüş sahipleri devrin geçersiz olduğunu ancak talakın geçerli olduğunu ileri sürmektedirler. İbn Teymiye bu görüşü benimseyenlerin ümmetin çoğunluğunu oluşturduklarını, Hanefi, Maliki, Hanbelî mezhebinin görüşünün bu oluşunu ve Şâfi'îlerin çoğunluğunun da bu görüşü benimsediklerini söylemektedir.⁷⁹ Ancak Şâfi'îlerin çoğunluk olarak bu görüşü benimsemeleleri Gazzâlî'den sonra gerçekleşmiştir. Nitekim Gazzâlî'den sonraki asırda yaşayan Rafî'î Şâfi'î ahabının çoğunluğunun İbn Süreyc'i desteklediğini ifade etmektedir.⁸⁰ Ancak Gazzâlî'den sonra İbnu's-Salâh⁸¹, Rafî'î, Nevevî⁸², 'İz b. Abdisselâm⁸³, İbn Hacer el-Askâlânî⁸⁴, Takıyuddîn Subkî⁸⁵ gibi devrin önemli Şâfi'îleri bu meselede talakın geçerli olduğu görüşünü benimsemişlerdir. Öyle ki Heytemî, İbnu's-Salâh'ın bu meselenin Şâfi'î kitaplarından silinmesine dair isteğini aktarmaktadır.⁸⁶ Dolayısı ile Gazzâlî'den sonra bu meselede paradigmanın değiştiğini gözlemlemek mümkündür.

İbn Teymiye ve İbnu Kayyim el-Cevziyye bu meselede devrin olduğu görüşüne karşı çıkan kimseler arasında ön plana çıkmaktadırlar. İbn Kayyim el-Cevziyye, İbn Teymiye'nin fıkıh eserleri arasında *Kâide fi'l-Mes'ele'ti's-Süreyciyye* adında bir eserini zikretmektedir.⁸⁷ İbn Teymiye bu eserin dışında diğer eserlerinde devrin olmadığı görüşünü savunmaktadır.⁸⁸ İbn Kayyim el-Cevziyye *İ'lâmu'l-Muvakkî'in* adlı eserinde uzun uzadıya bu meseleyi tartışmakta ve devrin geçersizliği üzerindeki görüşlerini ve karşı görüşlere karşı reddiyelerini aktarmaktadır.⁸⁹ Süreyciyye meselesinde devrin geçersiz olduğu görüşünde olanlardan bir tanesi de Takıyuddîn Subkî'dir. Katib Çelebî onun bu konuda yazdığı *et-Tahkik* adlı bir eserden bahsetmektedir.⁹⁰ Ancak Takıyuddîn Subkî'nin oğlu Tâcuddîn Subkî babasının *en-Nûr fi'd-Devr, Kutbu'n-Nûr fi'd-Devr* adında iki eserinin olduğunu Mısır diyarında

79 İbn Teymiye, *el-Fetâvâ*, III/138; Benzer görüşler için bkz: İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-Muvakkî'in*, III/197.

80 Râfi'î, IX/118.

81 Daha önce aktardığımız gibi İbnu's-Salâh Süreyciyye meselesinin İbn Süreyc'e nispet edilmesine karşı çıkmaktadır. İbnu's-Salâh kendisinde şüphe olan ve mefsedeye yol açan hile kısmında Süreyciyye meselesini örnek göstermektedir. İbnu's-Salâh, *Edebu'l-Muhtâ ve'l-Musteftî*, s.112.

82 Şâfi fihhında *şeyhan* tabiri ile adlandırılan Nevevî ve Râfi'ye göre tercih edilen görüş münecciz talakın geçerli olduğu görüşüdür. Bu görüş için bkz: Heytemî, *el-Fetâvâ*, IV/158.

83 'İz b. Abdisselâm devri geçersiz kabul edip talakı geçerli saymakta ve Süreyciyye meselesinde devir ile hüküm veren kadıyı taklit etmenin caiz olmadığını ve bu görüşle hüküm vermenin fusuk olduğunu belirtmektedir. İbn Âbidin, III/294.

84 İbn Âbidin Süreyciyye meselesinde İbn Hacer'e ait müstakil bir eser gördüğünü ve bu eserde Gazzâlî'nin *el-Vecîz, el-Vasîf* adlı eserlerindeki görüşünden vazgeçtiğine dair ifadeleri aktarmakta ve bunun ile ilgili batıda ısrar etmek-tense hakka dönmenin daha iyi olduğu değerlendirmesinde bulunmaktadır. Bkz: İbn Âbidin, III/293.

85 Takıyuddîn es-Subkî *en-Nûr fi'd-devr* adlı eseri ile bu meselede devir olduğu görüşünden vaz geçmiştir. Bkz: İbn Âbidin, III/293

86 Heytemî, *el-Fetâvâ*, IV/183.

87 İbn Kayyim el-Cevziyye, *Esmâu müellefâti şeyhi'l-İslâm İbn Teymiyye*, Dâru'l-Kutubi'l-Cedid, Beyrut 1983, s.29.

88 İbn Teymiye, *el-Fetâvâ*, III/137, 316; *el-Kavâ'id*, s.356-354.

89 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-Muvakkî'in*, III/197-218.

90 O bu eserin tam adını *et-Tahkik fi mes'ele'ti't-tâ'lik* olarak vermektedir. Bkz: Kâtib Çelebî, I/378.

üçüncü bir eserinin daha olduğunu ancak daha sonra Şam'da ayrı iki eser telif ettiğini ve eski görüşünden vazgeçtiğini belirtmektedir.⁹¹ Dolayısıyla Kâtib Çelebî'nin bahsettiği, Subkî'nin belirttiği eserlerden bir tanesidir. Devrin geçersizliği üzerinde eser yazan isimlerden biri de İbn Hacer el-Askâlânî'dir. Suyutî, İbn Hacer el-Askâlânî'nin *Kitabu Mes'ele'ti's-Süreyciyye* adlı eserinden bahsetmektedir.⁹²

Devri geçersiz sayıp talakı geçerli sayanlar da müneccez talakın mı yoksa muallak talakın mı geçerli olduğu konusunda ihtilaf etmişlerdir.

Talakın geçerli olup, devrin geçersiz olduğu görüşünde olanlardan bazıları müneccez olan talakın geçerli muallak talakın geçersiz olduğu görüşündedirler. Râfi'î bu görüşü, Şâfi'îlerden İbnu'l-Kass et-Taberî⁹³, Ebu Zeyd el-Mervezî⁹⁴, İbnu's-Sabbâğ ve *et-Tetimme* adlı eserin yazarı Ebu Sa'd el-Mutevellâya⁹⁵ nispet etmektedir.⁹⁶ Heytemî ise el-Mutevellâ'nın devrin geçersizliğine dair müstakil bir eser yazdığını dile getirmektedir.⁹⁷ Râfi'î, Gazzâlî'nin, devir konusunda tashih ettiği görüşlerini *el-Ğavr fi'd-Devr* adlı eserinde dile getirdiğini, Gazzâlî'nin devir içeren lafzın muhal olan bir durumu kapsadığı gerekçesi ile taliki geçersiz kabul ettiğini aktarmaktadır.⁹⁸ Râfi'î, Ebu'l-Feth el-İclî'nin de devri geçerli saymanın imkansız bir durumu gerektirdiği gerekçesi ile devrin geçersiz olduğu görüşünde olduğunu söylemektedir.⁹⁹ Nevevî de sadece müneccez talakın geçerli olduğu görüşündedir.¹⁰⁰ Yine Şâfi'îlerden Ramli'ye göre *süreyciyye* meselesinde racih olan görüş iki şeyhin (Nevevî, Râfi'î) tercih ettiği görüş olan müneccez talakın geçerli olup muallak talakın geçersiz olduğu görüşüdür.¹⁰¹ O bu meselede devir olduğu görüşünün zayıf bir görüş olduğunu da söylemektedir.¹⁰²

İbnu'l-Cevzî, Hanbelî ashabının bu meselede taliki geçersiz kabul ettiklerini bundan dolayı bir talakın geçerli olduğu görüşünü aktarmaktadır.¹⁰³ İbn Teymiyye Müslümanların nikahının Hristiyanların nikahı gibi olmadığını ve bu meselede vehmedilen devrin batıl olduğunu söylemektedir.¹⁰⁴ O, muallak talakın ancak sahih

91 Subkî, *Tabakât*, X/311.

92 Suyutî, *Nazmu'l-İkyân fi Ayânî'l-Ayân*, el-Mektebetu'l-İlmiyye, Beyrut, s.49.

93 Ebu'l-Abbâs b. Ebî Ahmed İbnu'l-Kass et-Taberî (v.335), İbn Süreyc'in ashabındandır. Bkz: Şirâzî, s.111.

94 Ebu Zeyd Muhammed b. Ahmed b. Abdillâh b. Muhammed el-Mervezî (v.371) bkz: Şirâzî, s. 115.

95 Ebu Sa'd Abdurrahman b. Muhammed el-Mutevellâ (v.478), Şirâzî'den sonra Bağdat Nizamiye Medresesinin müderrisi oldu. Ancak daha sonra yerine İbnu's-Sabbâğ geçti. Sonra İbnu's-Sabbâğ azledilip eski görevine tekrar getirildi ve vefat edene kadar bu görevde kaldı. Hocası Ebu'l-Kasım Abdurrahman el-Fûrânî'nin *el-İbâne* adlı eserine tamamlayıcı mahiyette *Tetimmetu'l-İbâne* adlı eserin sahibidir. Bkz: İbn Hallikân, III/133-134.

96 Bu görüşleri için bkz: Râfi'î, IX/116.

97 Heytemî, *el-Fetâvâ*, IV/181.

98 Râfi'î Gazzâlî'nin bu meselede geçen "önce" kelimesi kaldırılarak müneccez talaktan bir muallak talaktan iki talak gerçekleşmesi sureti ile üç talakın geçerli olduğu görüşünü de aktarmaktadır. Bkz: Râfi'î, IX/116-117.

99 Bu görüşler için bkz: bkz: Râfi'î, IX/116-117.

100 Nevevî, *Minhâcu't-tâlibîn ve 'umdetu'l-muftîn fi'l-fıkıh*, Dâru'l-Fikr, 2005, s.238.

101 Ramli (v.957), *Fetâvâ'r-Ramli*, Mektebetu'l-İslâmiyye, III/269.

102 Ramli, *Fetâvâ*, III/269.

103 İbn Kayyim el-Cevziye, *İ'lâmu'l-Muvakkî'in*, III/197.

104 İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ*, III/138.

olması halinde gerçekleşmesinin mümkün olduğunu ancak bu meselede muallak talakın batıl olduğunu söylemektedir.¹⁰⁵ Ona göre muallak talak şeriatı muhal (imkansız) olan bir durumu kapsamaktadır.¹⁰⁶ O, bu imkansızlığın bir talakın kendisinden önce üç talak ile gerçekleşmesinden kaynakladığı düşüncesindedir.¹⁰⁷ Ona göre bu durumda, münecciz talak geçerli olup üç talak olan muallak talak batıldır.¹⁰⁸

Malikîlerden Karâfi *süreyciyye* meselesinin “şart ile meşrutun bir arada bulunabilmesinin sahih olması gerektiği” kaidesine aykırı olduğunu söylemektedir. Karâfi bir şartın şer’î olarak şart olabilmesi için maşrutu ile beraber olmasının sahih olması gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁰⁹ Ona göre *süreyciyye* meselesinde öncelenen üç talak (maşrut) kendisi ile beraber başka bir talakın (şartın) gerçekleşmesini engellemektedir.¹¹⁰

Talakın geçerli olup, devrin geçersiz olduğu görüşünde olanların bazıları üç talakın gerçekleştiği görüşündedirler. Ancak üç talakın münecciz veya muallak talaktan hangisini kapsadığı konusunda ihtilaf vardır. Birinci görüş münecciz olan ilk talak ile beraber muallak olan üç talaktan iki talakın gerçekleşmesi sureti ile üç talakın gerçekleştiği şeklindedir. Bu görüşü benimseyenlere göre münecciz talak gerçekleştiği zaman muallak olan üç talakın gerçekleşme şartı yerine gelmiştir. Anca talak sayısı üç talak sayısını aşmadığı için münecciz talaktan bir; muallak talaktan ise iki talak gerçekleşir.¹¹¹ Demîrî Râfi’î’ye dayanarak bu görüşü Şâfi’îlerden İbnu’s-Sabbâğ’a nispet etmektedir.¹¹² Ona göre bu durumda kadının kendisi ile cinsel ilişkide bulunulan bir kadın olması gerekir.¹¹³ Üç talakın gerçekleştiğini söyleyenlerin diğer bir gurubu ise bu durumda münecciz olan talakın gerçekleşmediğini ancak muallak olan üç talakın gerçekleştiğini ileri sürmektedirler.¹¹⁴ Râfi’î, Şâfi’îlerden Ebu Abdillâh el-Hıtnın’ın¹¹⁵ üç talak gerçekleştiğine dair görüşünü aktarmakta ve onun *et-Tehzib* adlı eserinde kendisi gibi Şâfi’î olan Ebu Bekr el-İsmâ’îlî’den bu görüşü naklettiğini aktarmaktadır.¹¹⁶ Demîrî de Ebu Bekr el-İsmâ’îlî ve Ebu Abdillâh el-Hıtn’a sadece muallak olan üç talakın gerçekleştiği görüşünü nispet etmekte ve

105 İbn Teymiye, *el-Fetâvâ*, III/138.

106 İbn Teymiye, *el-Fetâvâ*, III/138.

107 İbn Teymiye, *el-Fetâvâ*, III/138.

108 İbn Teymiye, *el-Fetâvâ*, III/138.

109 Karâfi, *el-İhkâm fi temyizi’l-fetâvâ ‘ani’l-ahkâm ve’t-tasarrufâtîl-kâdî ve’l-imâm*, Dârul-Beşâiri’l-İslâmî, Beyrut 1995, s.138.

110 Karâfi, *el-Furûk envaru’l-burûk fi envâil-furûk*, ‘Aleml’-Kutub, IV/40.

111 Bu görüşleri için bkz: Râfi’î, IX/111.

112 Demîrî VII/575.

113 Demîrî, VII/575.

114 Bu görüşleri için bkz: Râfi’î, IX/111.

115 Ebu Abdillâh Muhammed b. el-Hasan b. İbrâhim el-İstarâbâzî (el-Cürçânî) el-Hıtn, Hafız Ebu Bekr el-İsmâ’îlî’nin kızı ile evlendiği için el-Hıtn olarak bilinir. Rafii süreyciyye meselesinde ondan bahseder. Hayatı için bkz: İbn Kâdî eş-Şuhbe, I/163.

116 Bu görüşleri için bkz: Râfi’î, IX/116; Ebu Bekr Ahmed b. İbrahim b. İsmail b. el-Abbâs el-İsmâ’îlî (v. 371), fakih olan oğlu Ebu Sa’d el-İsmâ’îlî ve Cürçân ahalisi ondan ders almıştır. Râfi’î süreyciyye meselesinde onun üç talakın geçerli olduğu görüşünü nakletmektedir. Bkz: İbn Kâdî eş-Şuhbe, I/136-137

bu görüşü benimseyenlerin kadının cinsel ilişkide bulunup bulunmaması arasında fark gözetmediklerini söylemektedir.¹¹⁷ Desûkî, *süreyciyye* meselesinde şart ile meşrutun bir arada olmasının sahih olması gerektiği kaidesine aykırı olduğu, bu aykırılığı gidermek için bu meselde kullanılan önce kelimesinin yok kabul edilerek üç talakın geçerli olduğunu söylemektedir.¹¹⁸ Gazzâlî bu meselede üçüncü görüş olarak aktardığı üç talakın gerçekleştiğine dair görüşün cinsel ilişkiye girilen kadın için söz konusu olduğunu belirtmektedir.¹¹⁹ Muhammed 'Alîş bu meselede sahih olan görüşün, şart ile meşrutun bir arada bulunabilmesi kaidesine aykırı olduğu için, üç talakı geçerli sayan görüş olduğunu söylemektedir.¹²⁰

SONUÇ

Süreyciyye meselesi bir talak meselesi olarak fıkıhta tartışılmalı bir meseledir. *Süreyciyye* meselesinde devrin varlığını kabul ve reddetme üzerinden talakın geçerliliği hakkında yürütülen bir tartışmadır. Bu tartışma meseleye özgü bir literatürün oluşmasına zemin hazırlamıştır. Fıkıhta birçok devir meselesinin kaynağı olarak *süreyciyye* meselesi görülmektedir. Bundan dolayı devir meseleleri tartışılırken genel olarak *süreyciyye* meselesi ile beraber tartışılmıştır. *Süreyciyye* meselesi sadece devir meseleleri olarak değil aynı zamanda şer'î bir hile olarak da tartışmaya konu olmuştur.

İbn Süreyc'in Şâfi'î fıkıhındaki otoritesi dikkate alındığında kendisinden sonra dönemin ileri gelen Şâfi'î alimleri onu desteklemişlerdir. Ancak bu çoğunluk Gazzâlî'nin bu meseledeki tavrı ile değişiklik göstermiştir. Gazzâlî de ilk olarak İbn Süreyc'i destekleyen görüşe sahip iken daha sonra bu görüşünden vaz geçip İbn Süreyc'e muhalefet etmiştir. Esasen Gazzâlî'nin *süreyciyye* meselesindeki tavrı Şâfi'îler arasında bu mesele özelinde bir kırılmanın yaşanmasına sebep olmuştur. Gazzâlî'den sonra onun etkisi ile Şâfi'îler arasında İbn Süreyc'i destekleyen yok denecek kadar azalmıştır. Bu mesele bize Gazzâlî'nin Şâfi'î fıkıhındaki otoritesini göstermesi bakımından da dikkate değerdir. Onun Şâfi'î fıkıhında ikinci otorite olarak kabul edilen İbn Süreyc'e olan muhalefeti meselenin Şâfi'î fıkıhındaki seyrine etki etmiştir.

117 Demiri, VII/575

118 Desûkî, IV/153.

119 Gazzâlî, II/71.

120 Muhammed b. Ahmed b. Muhammed 'Alîş (v.1299), *Menhu'l-celil şerhu Muhtasari Halil*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1989, VIII/340.

KADININ İDDET BEKLEME YERİ VE İDDET ESNASINDA EVDEN ÇIKMASININ HÜKMÜ

Yrd. Doç. Dr. Ali KUMAŞ*

Özet: Bu makalede, günümüz fıkıh problemleri arasında yer alan, “kocası vefat eden veya boşanan kadının iddet bekleme yeri ve iddet süresi içerisinde evden çıkıp çıkamamasının fikhî hükmü” ele alınmıştır. Konunun aydınlatılması amacıyla çalışmada önce iddet kavramının tanımı yapılmış, sonrasında ise konuyla ilgili deliller ele alınmış, kocası vefat eden veya boşanan kadının iddet bekleme yeri, iddet esnasında evden çıkmasının hükmü hakkında fıkıh âlimlerinin görüşleri belirtilmiş, iddeti muayyen yerde bekleme-sinin maksatları tespit edilmeye çalışılmış, ayrıca önemine binâen iddet süresi içerisinde kadının yolculuk yapmasının ve hacca gitmesinin hükmü belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İddet, Talâk İddeti, Vefat İddeti.

The Place of Iddah and to Go Out of The House During The Idda

Abstract: This research deals with an issue in Fiqh concerning the personal status. This issues is the place of iddah (period of waiting) and the provision of permissibility to leave it. The research starts by defining of iddah. Then the evidences with subject are dealt and the research then turns to show the rule for a widow to spend the term of iddah in the house. The domain of permissibility to leave it for any other residence during the term of iddah is indicated. Finally, the domain of permissibility for a widow to leave the residence of iddah during the day or night to perform pilgrimage or umrah or any other reason is illustrated.

Keywords: Iddah (Period Of Waiting), The Iddah Then Divorce, The Iddah Then Death.

GİRİŞ

İslam hukukuna göre çeşitli sebeplerle evliliği sona eren kadının iddet bekleme zorunluluğu vardır. Bu süre, evliliğin sona ermesine sebebiyet veren esasa ve kadının durumuna göre değişmektedir. Bu zaman zarfında kadının birtakım hükümlere dikkat etmesi gerekmektedir. Bunların başında bir başkasıyla evlenememesi hükmü gelmektedir. Kadınların bu süre içerisinde iddeti nerede bekleyecekleri, evden dışarı çıkıp çıkamayacakları meselesi özellikle “*Ey Peygamber! Kadınları boşayacağınızda, onları, iddetlerini gözeterek boşayın ve iddeti sayın; Rabbiniz olan Allah’tan sakının. Onları, apaçık bir hayâsızlık yapmaları hali bir yana evlerinden çıkarmayın, onlar da çıkmasınlar. Bunlar, Allah’ın sınırlarıdır. Allah’ın sınırlarını kim aşarsa, şüphesiz kendisine yazık etmiş olur. Bilemezsin, belki Allah bunun ardından*

* Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ali.kumas@erdogan.edu.tr

*bir hal meydana getirir.*¹ ve “(Boşanan) o kadınları gücünüzün yettiği kadar, ikâmet ettiğiniz yerin bir kısmında oturtun.”² âyetlerinin hükmü gereğince ele alınmaktadır. Buna göre fıkıh âlimlerinin büyük bir kısmı, kadının iddet süresini, ayrılık sırasında eşlerin ikâmet ettikleri evde bekleyeceği ve bu süre içerisinde evinden dışarı çıkamayacağı görüşünü tercih etmiştir. Kadının, iddetin durumuna göre üç ile dokuz ay kadar dışarı çıkamayacak olması, iktisadi ve kültürel açıdan farklı dinamikler üzerinde kurulan günümüz toplum yapısında ciddi zorluklara sebebiyet verebilmektedir. Ayrıca günümüzdeki uygulamaya bakıldığında kadının, iddeti kocanın evinde geçirmedığı, iddet beklenen evden çok rahat bir şekilde dışarı çıktığı görülmektedir. Dolayısıyla bu ve benzeri durumlar, söz konusu hükmün günümüz şartları muvacehesinde yeniden ele alınmasını zorunlu kılmaktadır.

I. İDDETİN TANIMI VE MAHİYETİ

İddet (عدة) kelimesi ‘adde (عَدَّ) fiilinin mastarı olup sözlükte “grup, bir grubun muayyen olmayan bir bölümü” anlamına gelmektedir. Bu kelime ismi mefûl anlamında da kullanılmaktadır.³ Bir terim olarak iddet “Sebebin ortaya çıkması durumunda kadın ve erkeğin yeniden evlenebilmesi için belirli bir süre beklmeleri” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴

İddet kavramı ve onunla ilgili hükümler hem Kur’ân-ı Kerim’de hem de Sünnet’te zikredilmiştir. Farklı amaç ve hikmetleri olmakla birlikte fitrî ve insanî bir davranış olarak da algılanmış olan iddet, hemen hemen bütün toplumlarda ve dinlerde mevcut olmuştur. İslam öncesi Arap toplumunda ise kocası ölen kadının olumsuz şartlarda bir yıl yas tutması zorunlu görülmüş, boşanmış kadının iddet beklemesi ise gerekli görülmemiştir.⁵

Fıkıhta iddetin, ayrılığın meydana geldiği yerde tamamlanması ve bu süre içerisinde dışarı çıkılmaması Allah hakkı kapsamında kabul edilmektedir. İddetin bu niteliği sebebiyle farklı yerde tamamlanması veya bu süre zarfında dışarı çıkılması, ancak meşru bir mazeretle mümkün olmakta, bu hakkın şahıslar tarafından iptal edilmesi ise meşru kabul edilmemektedir.⁶

1 Talâk, 65/1.

2 Talâk, 65/6.

3 Ebû'l-Fazl Camalüddin Muhammed b. Mükerrerem İbn Manzûr, *Lisânü'l-'Arab*, “a-d-d” maddesi, Dâru Sâdir, Beyrut 1990, *İstanbul, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı*, 2013, III, 282; Muhammed Murtaş el-Hüseynî Zebîdî, *Tâcü'l-'arûs*, “a-d-d” maddesi, VIII, 357; Mütercim Âsım Efendi, *Kâmûsu'l-Muhît Tercümesi*, “a-d-d” maddesi, Dâru İhyâ'it-türâsî'l-'Arabî, Beyrut 1970, II, 1502-1503.

4 Muhammed Emin b. Âbidin ed-Dumaşkı, *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebşâr*. Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1994, V, 177; Halil İbrahim Acar, “İddet”, *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, (21), 1996, XXI, 466.

5 Buhârî, “*Talâk*”, 44; Müslim, “*Talâk*”, 58; Ebû Dâvud, “*Talâk*”, 43; Nesâî, “*Talâk*”, 63; Acar, “*İddet*”, DİA, XXI, 467.

6 Ebû'l-Hasan Ali b. Muhammed el-Basrî el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr* (thk. Ali Muhammed Mu'avvad-Âdil Ah-

II. KONUyla İLGİLİ DELİLLER

Kadınların nerede iddet bekleyecekleri ve iddet bekledikleri yerden çıkıp çıkmayacaklarıyla ilgili çeşitli âyet ve hadisler delil olarak kullanılmaktadır. Kur'ân-ı Kerim'de konuyla ilgili özellikle iki âyet üzerinde durulmaktadır. Bunlardan birincisi Talâk Sûresi'nin ilk âyetinde geçen “Onları, apaçık bir hayâsızlık yapmaları hali dışında evlerinden çıkarmayın, onlar da çıkmassınlar.” kısmı olup burada evden çıkması yasaklanan kimselerin iddet bekleyen bütün kadınlar mı, yoksa ric'î talâk sonucunda iddet bekleyen kadınlar mı olduğu veya mutlak olarak evden dışarı adım atmanın mı, yoksa kocanın evinden başka bir eve taşınmanın mı kastedildiği hususu tartışılmıştır. İkincisi ise “(Boşanan) o kadınları gücünüzün yettiği kadar, ikâmet ettiğiniz yerin bir kısmında oturtun.”⁷ âyetidir. Bu âyetin anlaşılmasıyla ilgili de, benzer tartışmalar yapılmıştır.

İddetin nerede bekleneceğini ve bu süre içerisinde dışarı çıkılıp çıkılmayacağını beyan eden âyetlerin delâleti, hadislerle tayin edilmeye çalışılmıştır. Bu doğrultuda, en çok Fatıma bint Kays'ın olayı üzerinde durulmuştur. Bu olayın, hem sahâbe döneminde hem de daha sonraki dönemlerde tartışma konusu olduğu görülmektedir. Çeşitli rivayetlere bakıldığında zaman görülmektedir ki; seferde bulunan Ebû Amr b. Hafs, karısı Fatıma bint Kays'ı (ö. 54/674) gıyâbında üçüncü kez boşanmış ve vekili aracılığıyla kendisine bir miktar gıda malzemesi göndermiştir. Fakat gıda maddelerini az bulan Fatıma'nın öfkelenmesi üzerine vekil, nafaka hakkının bulunmadığını kendisine söylemiş ve ardından mesele, bu hanım sahâbî tarafından Hz. Peygamber'e iletilmiştir. Hz. Peygamber de, kadına nafaka (bazı rivayetlerde nafaka ve süknâ) hakkının bulunmadığını, iddeti kocasının evinde değil, amcazâdesi Abdullah b. Ümmü Mektûm'un (ö. 15/636) evinde beklemesi gerektiğini söylemiştir.⁸ Fakat Hz. Âişe (ö. 58/678), Fatıma bint Kays'ın iddetini kocasının evinde geçirme ruhsatını, “bir problem yaşama korkusu,⁹ yalnız başına ıssız bir yerde kalma

med Abdülmevcûd), Dârü'l-kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, XI, 248; Alâuddin Ebû Bekir b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi'*, Dârü'l-kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1998, IV, 450; Ebû Abdillâh Şemsüddin Muhammed b. Ebî Bekr ez-Zürâi ed-Dimaşkî (İbn Kayyim el-Cevziyye), *Zâdü'l-meâd fi hedyi hayri'l-ibâd*. (thk. Şu'ayb Arnaût-Abdülkadir Arnaût). Beyrut, Müessesetü'r-risâle-Mektebetü'l-menâzili'l-İslâmiyye 1992, V, 688; Habib b. Tâhir, *el-Fikhu'l-Mâlikî ve edilletühü*, Müessesetü'l-meârif, Beyrut 2007, IV, 216. Kadının nafaka ve süknâ hakkı için bkz. Hatice Boyalı Gürpınar, *İslam Hukukunda İddet Bekleyen Kadının Nafaka ve Süknâ Hakkı*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2011.

7 Talâk, 65/6.

8 Müslim, “*Talâk*”, 36-51; Muvatta, “*Talâk*”, 67; Ebû Dâvud, “*Talâk*”, 39; Tirmizî, “*Nikâh*”, 34, “*Talâk*”, 5; Nesâî, “*Nikâh*”, 21, “*Talâk*”, 7, 70, 72, 73; Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed et-Tahâvî, *Şerhu Me'âni'l-âsar*, Dârü'l-kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1987, III, 64-66; Ebû Ömer Cemâlüddin Yusuf b. Abdillâh en-Nemerî (İbn Abdülber), *el-Istizkâr*, Müessesetü'r-risâle, Kahire 1993, XVIII, 65-66. Hadisin Müslim'deki metni şu şekildedir:

عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ أَنَّ أَبَا عَمْرٍو بْنَ حُفْصٍ طَلَّقَهَا الْبَيْتَةَ وَهُوَ غَائِبٌ فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكَيْلُهُ بِشَعِيرٍ فَسَجَّطَهُ فَقَالَ وَاللَّهِ مَا لَكَ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ. فَخَافَتْ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ « لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ ». فَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكٍ ثُمَّ قَالَ « تِلْكَ امْرَأَةٌ يُفْشَاهَا أَحْضَابِي اغْتَدَى عِنْدَ ابْنِ أُمِّ مَكْنُومٍ فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمَى تَضَعِينَ نِيَابِكِ فَإِذَا خَلَّتْ قَادِيئِي ». قَالَتْ فَلَمَّا خَلَّتْ ذَكَرْتُ لَهُ أَنَّ مَعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ وَأَبَا جَهْمٍ خَطَبَانِي. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « أَمَا أَبُو جَهْمٍ فَلَا يُضَعِ عَضَاهُ عَنْ عَائِقِهِ وَأَمَّا مَعَاوِيَةُ فَضَعُولٌ لَا مَالَ لَهُ الْكِنِجَى أَسْمَاءُ بِنْتُ زَيْدٍ ». فَكَرِهْتُهُ ثُمَّ قَالَ « الْكِنِجَى أَسْمَاءُ ». فَتَكَلَّمْتُهُ فَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا وَانْجَبْتُ بِهِ.

9 Buhârî, “*Talâk*”, 41, 42; Müslim, “*Talâk*”, 52, 54; Muvatta, “*Talâk*”, 63; Ebû Dâvud, “*Talâk*”, 40.

veya kocasının âilesine dil uzatarak rahatsızlık verecek olma endişesi¹⁰ gibi özel sebeplere bağlamış ve normal şartlarda bunun delil olamayacağını belirtmiştir. Hz. Ömer (ö. 23/644) de, söz konusu bu hâdisenin, Kur'ân-ı Kerim ve sünnete aykırı olduğunu belirterek, olayın vukuunu gösteren iki şahidin de bulunmaması sebebiyle, bu rivayeti ashabin huzurunda kabul etmemiş, kadının nafaka ve süknâ hakkının bulunduğunu Hz. Peygamber'den işittiğini bildirmiş,¹¹ kocası ölen veya bâin talâkla boşanan kadının (iddet süresince) geceyi evinden başka bir yerde geçirmesine,¹² hatta kocası ölen kadınların hac yapmasına müsaade etmemiştir.¹³ Mervân b. Hakem (ö. 65/685) de, bu hadisi başkasından duymadığını ve insanların buna aykırı olarak üzerinde buldukları sahih uygulamanın daha güçlü bir delil teşkil ettiğini belirtmiştir.¹⁴ Bazı rivayetlerde Hz. Âişe ve Üsâme b. Zeyd'in (ö. 54/674), Fatıma bint Kays'ın bu sözünü kabul etmediği,¹⁵ ayrıca Esved b. Yezîd'in (ö. 75/694) de, bu rivayete sert tepki gösterdiği zikredilmiştir.¹⁶ Fakat bütün bunlara rağmen Fatıma bint Kays'ın, yaşadığı bu olayın sıhhati konusunda ısrar ettiği, Talâk Sûresi'ndeki ilk âyetin ric'î talâk sonucunda iddet bekleyen kadınlara işaret ettiği, kendi durumunun ise üç talâktan sonra iddet bekleyen kadınlara has olduğunu belirttiği görülmektedir.¹⁷ İbn Abbâs (ö. 68/687-88) ve Hasan-ı Basrî (ö. 110/728) de bu rivayete göre hareket etmişlerdir.¹⁸

Konuyla ilgili delil teşkil eden rivayetlerden birisi de, Yahya b. Saîd'den boşanan kadının babasının evine gitmesi üzerine, Hz. Âişe'nin şehrin yetkilisi Medine valisi Mervan b. Hakem'i, iddetini beklemesi amacıyla bu kadını kocasının evine göndermesi için ikaz etmesidir. Fakat Mervan, kadının babası olan Abdurrahman b. Hakem'i ikna edemediği, bazı rivayetlere göre ise babasının, Fatıma bint Kays hadisini delil olarak ileri sürdüğü ve kadının, iddetini babasının evinde tamamladığı anlaşılmaktadır. Hatta Mervan b. Hakem'in, bu kadının iddetini kocasının evinde geçirmesinin kocasıyla aralarında kötülüklerin vukuuna sebebiyet vereceğini, do-

10 Buhâri, "Talâk", 41; Ebû Dâvud, "Talâk", 40.

11 Ebû Dâvud, "Talâk", 40; Tirmizî, "Talâk", 5; Nesâî, "Talâk", 70; Tahâvî, *Şerhu Me'âni'l-âsâr*, III, 67-68; İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 71; Şerefeddin Hüseyin b. Muhammed el-Mağribî, *el-Bedrû't-tamâm şerhu Bulûği'l-merâm*. (thk. Muhammed Şuhûd Hırfân). yy., Dâru'l-vefâ, 2005, IV, 174. İbn Hazm, Fatıma bint Kays hadisine aykırı olan bu rivayetlerin senetlerinde inkıtâ ve zayıflık olduğunu, bu rivayetlerle amel edilmesinin mezheplerin kendi usulleriyle tezat teşkil ettiğini, sahih olan rivayetler için de elinde âyeti tahsis eden delil bulunmayan Hz. Ömer'i değil, elinde tahsis edici delil bulunan Fatıma bint Kays'ın görüşünü tercih etmek gerektiğini belirtmektedir. Geniş bilgi için bk. Ebu Muhammed Ali b. Ahmed el-Endülüsi el-Kurtubî (İbn Hazm), *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, Dâru'l-fikr, Beyrut, ts, X, 97-107; Mağribî, *el-Bedrû't-tamâm*, IV, 175-176.

12 Muvatta, "Talâk", 31.

13 Muvatta, "Talâk", 31; İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 182; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-me'âd*, V, 684.

14 Ebû Dâvud, "Talâk", 40; Nesâî, "Talâk", 70; Mağribî, *el-Bedrû't-tamâm*, IV, 174.

15 Buhâri, "Talâk", 41; Müslim, "Talâk", 40; Nesâî, "Talâk", 70; İbn Mâce, "Talâk", 9; Tahâvî, *Şerhu Me'âni'l-âsâr*, III, 68-69; Mağribî, *el-Bedrû't-tamâm*, IV, 174. İbn Hazm, Hz. Âişe ve Üsâme b. Zeyd hakkında gelen bu rivayetlerden bir kısmının senetlerinde inkıtâ bulunduğunu, diğer bir kısmının râvilerinin zayıf olduğunu ve rivayetlerin birbiriyle çelişki arz ettiğini iddia etmektedir. Geniş bilgi için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 95-96.

16 Nesâî, "Talâk", 70; Tahâvî, *Şerhu Me'âni'l-âsâr*, III, 68; Mağribî, *el-Bedrû't-tamâm*, IV, 175.

17 Müslim, "Talâk", 40;

18 Tahâvî, *Şerhu Me'âni'l-âsâr*, III, 70.

layısıyla iddetini kocasının evinde beklememesini haklı kılan sebebin burada da bulunduğunu Hz. Âişe'ye karşı ileri sürdüğü rivayet edilmektedir.¹⁹

Fatıma bint Kays'ın olayıyla tezat teşkil eden rivayetse, kaçan köleleri tarafından Kadum bölgesinde öldürülen şahsın karısı Furey'a bint Mâlik'le ilgilidir. Ebû Saîd el-Hudrî'nin (ö. 74/693-94) kız kardeşi olan Furey'a, Hudreoğullarındaki ailesinin yanına dönme konusundaki düşüncesini sormak üzere Rasûlullah'a (s.a.v) gitmiş ve "Kocasının, kendisine mülkü olan oturulacak bir yer ve nafaka bırakmadığını, bundan dolayı da Hudreoğullarındaki ailesinin yanına dönmek istediğini" söylemiştir. Hz. Peygamber ilk önce bu talebe olumlu cevap vermiş, Furey'a soru sorduğu yerden çıkmak üzereyken kendisini çağırılmış, kendisine sorduğu soruyu tekrar ettirdikten sonra "İddetin sona erene kadar evinde kal!" buyurmuştur. Bunun üzerine dört ay on gün (kocasıyla kaldığı evde) iddetini beklemiştir. Furey'a, hilafeti döneminde Hz. Osman'ın bu meselenin aslını sorduğunu, kendisinin de bu durumu anlattığını ve onun da buna göre hüküm verdiğini ifade etmiştir.²⁰

Kocasının evinde iddet bekleyen kadının dışarı çıkmasıyla ilgili olarak, Hanefî mezhebi dışındaki çoğunluğu teşkil eden fıkıh âlimlerinin delil gösterdikleri hadis Câbir b. Abdullah'tan rivayet edilmiştir. Hz. Câbir'e göre; teyzesi eşinden boşanmış, (iddet süresi içerisindeyken) ağaçların hurmalarını toplamak istemiş, fakat bir adam onun evden dışarı çıkmasını engellemiş, bunun üzerine (durumu anlatmak

19 Buhârî, "Talâk", 41, 42; Müslim, "Talâk", 52, 54; Ebû Dâvud, "Talâk", 40; Muvatta, "Talâk", 63. Bu rivayetin Buhârî'deki metni şu şekildedir:

عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ سَمِعَهُ يَقُولُ أَنَّ بِنْتِي بِنْتُ سَعِيدِ بْنِ الْعَاصِ طَلَّقَتْ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَكَمِ ، فَاتَّقَلَهَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ ، فَأَرْسَلَتْ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ إِلَى مَرْوَانَ وَهُوَ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ اتَى اللَّهُ وَإِذْ هِيَ فِي بَيْتِهَا . قَالَ مَرْوَانَ فِي حَدِيثِ سَلِيمَانَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَكَمِ غَلَبَنِي . وَقَالَ الْقَاسِمُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ أَوْ مَا بَلَغَكَ شَأْنَ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ قَالَتْ لَا يَضُرُّكَ أَنَّ لَا تَدُكُرُ حَدِيثَ فَاطِمَةَ . فَقَالَ مَرْوَانَ بِنْتُ الْحَكَمِ إِنَّ كَانَ بِكَ مَرْءٌ فَحَشِينِكَ مَا بَيْنَ هَذَيْنِ مِنَ الشُّرَى .

Mervan b. Hakem'in, Hz. Aişe ile yaşadıkları bu diyalogda Fatıma bint Kays'ın rivayetini delil olarak kullandığı görülmektedir. Hâlbuki daha önce bu rivayeti, delil olarak kabul etmediği zikredilmektedir. Bundan dolayı Mervan'ın, ilk görüşünden döndüğü ve Fatıma bint Kays'ın rivayetiyle hareket ettiği kaynaklarda geçmektedir. (Geniş bilgi için bk. Azimâbâdî, *Avnül-ma'bûd*, VI, 397.) Fakat kanaatimize göre, bu diyalogdan böyle bir sonuç çıkarılması çok isabetli değildir. Çünkü bu diyalogda, diyalektik bir yöntemin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Farklı rivayetlere bakıldığında zaman, Mervan'ın ilk önce Fatıma bint Kays'ın olayı hakkında, Hz. Âişe'ye fikrini sorduğu, Hz. Âişe'nin; bu durumun özel bir durum olduğunu, Fatıma'nın karşı karşıya kalabileceği bir takım problemlerden dolayı iddeti kocasının evinde beklemediğini söyleyince Mervan, aynı problemlerin burada da gerçekleşebileceğini ifade ettiği görülmektedir.

20 Ebû Dâvud, "Talâk", 44; Tirmizî, "Talâk", 23; Nesâî, "Talâk", 60; Muvatta, "Talâk", 87; İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 179-181. Tirmizî'ye göre bu hadis "hasen sahih"tir. Hadisin Ebû Dâvud'daki metni şu şekildedir:

عَنْ عَمْرِو بْنِ زَيْدٍ بِنْتِ كَعْبِ بْنِ عَجْرَةَ أَنَّ الْفَرِيعَةَ بِنْتُ مَالِكِ بْنِ سِنَانٍ - وَهِيَ أُخْتُ أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ - أَخْبَرَتْهَا أَنَّهَا جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- تَشَاءُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَى أَهْلِهَا فِي بَنِي خُدْرَةَ فَإِنَّ زَوْجَهَا تَرَجَّحَ فِي طَلْبِ أُخْتَيْهِ لَمْ يَقْبَلُوا حَتَّى إِذَا كَانُوا بِطَرَفِ الْقُدُومِ لِحَقْمَتِهِمْ فَتَقَلَّبُوا فَسَأَلَتْ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- أَنْ أَرْجِعَ إِلَى أَهْلِي فَإِنِّي لَمْ يَتْرُكْنِي فِي مَسْكَنٍ بَيْنِيكُمْ وَلَا تَنْفَقَ . قَالَتْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « نَعَمْ » . قَالَتْ فَخَرَجْتُ حَتَّى إِذَا كُنْتُ فِي الْخَمْرَةِ أَوْ فِي الْمَسْجِدِ دَعَانِي أَوْ أَمْرٌ بِي فَدَعَيْتُ لَمْ يَقَالَ « كَيْفَ قُلْتِ » . فَرَدَدْتُ عَلَيْهِ الْفِصَّةَ الَّتِي ذَكَرْتُ مِنْ شَأْنِ زَوْجِي قَالَتْ فَقَالَ « الْمَكْنِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ » . قَالَتْ فَتَدَدْتُ فِيهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا . قَالَتْ فَلَمَّا كَانَ عَشْرًا كَانَتْ عُمَامًا بِنْتُ عُمَانَ أَرْسَلَتْ إِلَى مَسَائِلِي عَنْ ذَلِكَ فَأَخْبَرْتُهُ فَاجْتَبَعَهُ وَقَضَى بِهِ .

İbn Hazm'a göre, bu hadisin ravilerinden Zeyneb bint Ka'b meçhuldür. Fakat İmam Mâlik, İbn Abdülber ve İbn Kayyim el-Cevziyye bu iddianın dikkate değer olmadığını, hatta hadisin meşhur olduğunu belirtmektedirler. Geniş bilgi için bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 108-109; İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 181, 185; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdül-me'âd*, V, 680-681.

için) Hz. Peygamber'e gitmiş, o da: *'Hurmaları toplu. Şüphesiz sen sadaka verip doğru işleri yapacak bir kadınsın.'*²¹ cevabını vermiştir. Farklı bir rivayette bu boşamanın "üç talâk" olduğu belirtilmiştir.²²

Abdullah b. Ömer'e de, vefat eden Sâib b. Habbab'ın karısı, ölen kocasının Kanât bölgesinde ekili bir tarlasının bulunduğunu, geceleri orada kalmasının doğru olup olmadığını sormuş, fakat İbn Ömer kendisine izin vermemiştir. Bundan dolayı kadın, seher vakti Medine'den yola çıkar, sabah vaktinde tarlaya ulaşır, gün boyu orada kalır, akşamleyin Medine'ye döner ve geceyi orada geçirirdi. Ayrıca kendisi şöyle derdi: "Kocasını ölen ve bâin talâkla eşinden ayrılan kadın iddet esnasında geceyi mutlaka evinde geçirmelidir."²³

Bakara Sûresi'nde geçen "İçinizden ölüp dul eşler bırakan erkekler, eşleri için, evden çıkarılmaksızın bir yıla kadar geçimlerinin sağlanmasını vasiyet etsinler. Ama onlar (kendi arzularıyla) çıkarlarsa, artık onların kendileri hakkında meşru biçimde yaptıklarından dolayı size bir günah yoktur."²⁴ âyetindeki "evden çıkarılmaksızın" ve "ama onlar (kendi arzularıyla) çıkarlarsa" kayıtları, konumuz açısından önem arz etmektedir. Bu âyette, Mücahid'e göre, dört ay on günden fazla olan kısım için kadının nafaka ve evde kalmasının vasiyet edilmesi teşrî kılınmıştır. Fakat bu, her iki taraf için de zorunlu değildir.²⁵ 'Atâ'nın rivayetinde İbn Abbas'a göre, "İçinizden ölenlerin geride bıraktıkları eşleri, kendi kendilerine dört ay on gün (iddet) beklerler."²⁶ âyeti, yukarıdaki âyette teşrî kılınan kocası ölen kadının iddeti kocanın evinde beklemesini ve evden çıkarılmama mecburiyetini kaldırmıştır. Yine İbn Abbas ve 'Atâ'ya göre kocası vefat eden kadının, Bakara Sûresi'nin 240. âyetine göre iddeti kocasının evinde bekleme hakkı varken, miras âyetlerinin gelmesiyle birlikte bu hakkı kaldırılmıştır.²⁷

III. İSLAM ÜLKELERİNİN KANUNLARINDAKİ MEVCUT HÜKÜMLER

1917 tarihli Aile Hukuku Kararnamesinde, iddetin nerede bekleneceğiyle ilgili bir hüküm bulunmamaktadır.²⁸ Fakat 1915 tarihli Nafaka Kanunu'nda, bütün iddet çeşitlerinde, kadının ayrılıktan önce kocasıyla oturduğu evde iddetini tamamlama-

21 Müslim, "Talâk", 55; Tirmizî, "Talâk", 71; İbn Mâce, "Talâk", 9. Hadisin Müslim'deki metni şu şekildedir:

أنه سمع جابر بن عبد الله يقول قال النبي فإرادت أن تجد نخلها فزجرها رجل أن تخرج فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: بلى فجددي نخلك فإنك عسى أن تصدقني أو تغلبي معروفا.

22 Ebû Dâvud, "Talâk", 41. İbn Hazm bu rivayetin mevzu olduğunu iddia etmektedir. Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 107.

23 Muvatta, "Talâk", 88; İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 182.

24 Bakara, 2/240.

25 Buhârî, "Talâk", 50; Ebû Dâvud, "Talâk", 42; Nesâî, "Talâk", 61.

26 Bakara, 2/234.

27 Buhârî, "Talâk", 50; Ebû Dâvud, "Talâk", 42; Nesâî, "Talâk", 61.

28 Bkz. Aile Hukuku Kararnâmesi (Haz. Orhan Çeker), Ebru Yayınları, İstanbul 1985.

sının daha uygun olacağı,²⁹ bu süre zarfında evden özürsüz olarak çıkmasının veya evi terk etmesinin,³⁰ terk ettiği süre içerisinde nafakasının kesilmesine sebebiyet vereceği hükme bağlanmıştır.³¹

Mısır ve Suriye'deki aile kanunu taslaklarında, kadının, iddetini dilediği yerde geçirme hakkı bulunmaktadır.³² Ürdün Aile Kanunu Hanefiler'in görüşünü kanunlaştırmakta, buna göre bir ayrıma gidilmeden kadının, iddetini ayrılık sırasında oturdukları evde geçireceğini, vefat iddeti haricinde zarurî ihtiyaçları dışında evinden dışarı çıkamayacağını, fakat vefat iddeti sırasında normal ihtiyaçları için dışarı çıkabileceğini hükme bağlamaktadır.³³

Genelde Hanefî mezhebine göre, düzenlenen Mısır ve Suriye'nin ortaklaşa oluşturdukları ortak Aile Hukuku taslağında, ric'î talâk sonucunda, zorunlu bir sebep olmadıkça kadının iddetini ayrılık sırasında kocasıyla ikamet ettikleri evde beklemesi ve meşru işleri dışında dışarı çıkamayacağı hükme bağlanmıştır.³⁴ Bu maddenin açıklamasında, bâin talâk ve vefat iddeti bekleyen kadınların iddetlerini diledikleri yerde geçirebilecekleri belirtilmiştir.³⁵ Buna göre, Hanefî mezhebinin görüşlerine aykırı bir görüşün benimsendiği ve kanunlaştırıldığı görülmektedir.

IV. KADININ İDDET BEKLEME YERİ

İddet bekleyen kadının, bu süreyi nerede geçireceğiyle ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerin oluşmasında, iddete sebebiyet veren durumun da etkili olduğu görülmektedir. Buna göre, ric'î talâk sonucunda ve sebep ne olursa olsun hamile kadın için söz konusu iddetin, kocanın evinde bekleneyeceği konusunda Zâhirîler dışında ittifak vardır. Fakat Zâhirîler'e göre, hâmile kadın, ric'î talâk dışında iddetini dilediği yerde tamamlayabilir.³⁶ Çünkü Talâk Sûresi'nin ilk âyetindeki

29 Nafaka Kanunu, (Haz. Orhan Çeker), Ebru Yayınları, İstanbul 1985, md. 364.

30 Nafaka Kanunu, md. 360.

31 Nafaka Kanunu, md. 378.

32 Zeki Koçak, "İddet Bekleyen ve Yanında Mahremi Olmayan Kadınların Sefere Çıkması ve Hacca Gitmesi", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 39, 103.

33 Ürdün Aile Kanunu, md.146.

34 Meşrû'u Kânunî'l-Ahvâlîş-Şahsiyyetü'l-Muvahhed (Haz. Mustafa ez-Zerkâ ve diğerleri), Dâru'l-kalem/ed-Dâruş-Şâmiyye, Dimaşk/Beyrut 1996, md. 123.

35 Meşrû'u Kânunî'l-Ahvâlîş-Şahsiyyetü'l-Muvahhed, 241.

36 Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, III, 680; Mâverdi, *el-Hâvî'l-kebir*, Dâru'l-fikr, Beyrut 1993, XI, 245-246; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 80-81, 92; Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi*, IV, 449; Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi (İbn Rüşd), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Dâru's-selâm 1995, III, 1470; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdû'l-meâd*, V, 674; Ebû Zekeriyya Yahya b. Şeref en-Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Mülhezzeb*. Mektebetü'l-irşâd, Cidde ts., XX, 5-6; Ebû'l-Hasen Nürüddin Ali b. Sultan Muhammed (Ali el-Kârî), *Fethu bâbi'l-inâye fî şerhi Kitâbi'n-Nükâye*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 2009, II, 319; Abdülkerim ez-Zeydân, *el-Mufasssal fî ahkâmî'l-mer'e*. Müessesetü'r-risâle, Beyrut 1993, IX, 216; Ebu'l-'ayneyn el-Bedrân. *el-Fıkhü'l-mukâren li'l-ahvâlîş-şahsiyye beyne'l-mezâhibi'l-erbaati's-sümmiyye ve'l-mezhebi'l-caferiyye ve'l-kânûn*. Beyrut, Dâru'n-nehdati'l-Arabiyye, t.s, 476.

Şâfiî mezhebi ve bazı Hanbelî fıkıh âlimlerine göre ric'î talâk sonucunda iddetin nerede bekleneyeceğine kocanın karar verme hakkı bulunmaktadır. Çünkü bu iddet, evlilik süresindeki mesken hakkına benzetilmekte, dolayısıyla kul

“evden çıkarmama ve çıkmama” emrinin, en az ric’î talâka delâletinde ittifak vardır. Aynı sûrenin altıncı âyetindeki “evde oturtma” emrinin de, hâmile kadınların ayrılık sırasında ikamet ettikleri evde iddeti beklemeleri gerektiğine delâlet ettiği konusunda Hanefî ve Zâhirîler dışında ittifak vardır. Bu iki mezhebe göre ise, bu âyet, ric’î talâk sonucu iddet bekleyenlere yöneliktir.³⁷ Bu sebeplerin dışında gerçekleşen iddetin, nerede tamamlanacağı konusunda ise ihtilaf edilmiştir:

a) Bâin Talâk Sonucu İddet

1) Hanefî, Mâlikî ve Şâfiîler’e göre, bâin talâk sonucu ister yeni bir akitle dönüş imkânı olsun (suğrâ), ister olmasın (kübrâ) iddet mutlaka kocanın evinde beklenmelidir. Bu ev kadının, kocasından ayrılmadan önce kaldığı yerdir.³⁸ Bu görüşte olanlara göre, ikamet mahallinin dışında bir şehirde boşanan kadın, ikamete elverişliyse, iddetini orada tamamlar. Hac sebebiyle kutsal beldelerde olan kimse de aynı hükme tâbidir.³⁹

İddetin kocanın evinde beklenmesi gerektiğini savunanların Kur’ân’dan delili Talâk Sûresi’nin ilk âyetidir. Çünkü bu âyette, kadınların iddet süresi içerisinde evlerinden çıkmaması ve çıkarılmaması emredilmektedir. Burada kadına izafe edilen ev, Kur’ân-ı Kerim’deki diğer âyetlerde de görüldüğü üzere,⁴⁰ kocasından ayrılmadan önce oturmuş oldukları evdir. Nafaka sorumluluğu kocaya ait olduğu için de, istisnâî durumlar dışında bu evin ya mülkiyeti veya kira masrafı kocaya ait olacaktır. Sünnetten delil ise, Furey’a hadisidir.⁴¹ Çünkü bu hadiste, kocasının vefatından dolayı Furey’ânın, iddetini kocasıyla oturdukları evde beklemesi istenmektedir. Vefat iddetinde bu hüküm zorunluysa, talâk iddetinde bu zorunluluk daha fazladır.⁴²

Bu görüşte olanlar, Fatıma bint Kays’ın, kocasının yakınlarına sözle eziyet vermesi sebebiyle iddetini farklı yerde beklediğini kabul etmekteydiler. Fakat Mâlikî ve Şâfiîler’e göre, bu hadiste “*Senin nafaka hakkın yoktur.*” diyen Hz. Peygamber, mes-

hakkı bağlamında değerlendirilmektedir. (Bkz. Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, XI, 249; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdül-meâd*, V, 675).

37 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 92-93; Kâsânî, *Bedâi’u’sanâi’*, IV, 449.

38 Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, XI, 249; İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 65; Ebû Bekir Muhammed b. Abdillâh el-Meâfirî (İbnü'l-Arabî), *Ahkâmü'l-Kur’ân*, Dâru'l-fikr, Beyrut ts., IV, 275; Ebû'l-Hasen Burhânüddin Ali b. Ebî Bekr el-Merğînânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyetü'l-mübtedi*. Beyrut, Dâru'l-erkam, ts., II, 321; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, III, 1470; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 6-7; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye*, II, 319; İbn Tâhir, *el-Fıkhu'l-Mâlikî*, IV, 221.

39 Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 19-20; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, V, 228-229; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul ts., II, 386-387.

40 Ahzab, 33/33 ve 34.

41 Ebû Dâvud, “*Talâk*”, 44; Tirmizî, “*Talâk*”, 23; Nesâî, “*Talâk*”, 60; Muvatta, “*Talâk*”, 87; İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 179-181.

42 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur’ân*, III, 680; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, XI, 247, 249; Merğînânî, *Hidâye*, II, 321; Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmet el-Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur’ân*. Beyrut, Dâru'l-fikr, 1995, IX, 144; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 5; İbn Tâhir, *el-Fıkhu'l-Mâlikî*, IV, 221.

ken hakkının bulunmadığını söylememiş ve İbn Ümmü Mektûm'un evinde kalmasını istemiştir. Dolayısıyla “(Boşanan) o kadınları gücünüzün yettiği kadar, ikamet ettiğiniz yerin bir kısmında oturtunuz.”⁴³ âyetinin hükmünün tahsis edilmediğini söylemişlerdir.⁴⁴

2) İkrime (ö. 105/723), Tâvûs b. Keysân (ö. 106/725), 'Atâ b. Ebî Rebâh (ö. 103/721) ve Hasan Basrî ile Hanbelî, Zâhirî ve Caferîler'e göre, bâin talâktan sonra kadın, iddetini dilediği yerde bekleyebilir.⁴⁵ Fakat Hanbelîler'e göre, kocanın talep etmesi durumunda, boşandığı sırada oturdukları evde kadının iddet beklemesini sağlayabileceği gibi, bu eve denk bir başka yerde de iddet beklemesini isteyebilir. Fakat iddetin, boşama sırasında oturdukları evde tamamlanması âyete daha uygun olduğu ve diğer mezheplerle ihtilafa düşülmediği için müstehaptır.⁴⁶

Bu görüşte olanlar, Talâk Süresi'nin ilk âyetini ric'î boşama sonucu beklenen iddete tahsis etmekte, bâin talâk iddeti için de Fatıma bint Kays rivayetini ve özellikle bu rivayette geçen “Üç talâkla boşanan kimsenin nafaka ve süknâ hakkı yoktur.”⁴⁷ ve “Mesken ve nafaka hakkı, ancak ric'î talâk sonucu iddet bekleyen kadınlar için vardır.”⁴⁸ hadisini delil almaktadırlar.⁴⁹

b) Vefat Sonucu İddet

1) Sahâbeden Hz. Ömer, Osman, Zeyd b. Sâbit, İbn Ömer, İbn Mes'ûd ve Ümmü Seleme ile fıkıh âlimlerinden Evzâ'î (ö. 157/774), Süfyân es-Sevrî (ö. 161/778), Leys b. Sa'd (ö. 175/791), İshak b. Râhûye (ö. 238/853) ve fıkıh mezheplerinden Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîler'e göre, vefat sonucu iddet mutlaka kocanın evinde beklenmelidir.⁵⁰

Vefatı sonucunda kocanın malı miras hükümleri gereğince mirasçılar arasında taksim edileceği için, kadının iddet bekleyeceği ev de miras hükümleri gereğince taksim edilecektir. Bu durumda, kadının bu evde iddet beklemesi problem teşkil

43 Talâk, 65/6.

44 Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, XI, 245-248; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, III, 1471.

45 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 73-74, 77-78; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-me'âd*, V, 675; Ebü'l-Hasen Alâüddin Ali b. Süleyman el-Merdâvi, *el-İnsâf fi ma'rifeti'r-râcih mine'l-hilâf*. Dâru İhyâit-türâsi'l-Arabî, Beyrut 1986, IX, 312; Mansur b. Yunus el-Buhûti, *Keşşâfü'l-knâ' 'an metni'l-İknâ'*. Dâru'l-fikr, Beyrut 1982, V, 433; Zeydân, *el-Mufasssal*, IX, 216; Bedrân, *el-Fikhu'l-mukâren*, 476.

46 Ebü Muhammed Muvaaffakuddin Abdullah b. Ahmed (İbn Kudâme), *el-Muğni*, Dâru'l-fikr, Beyrut 1992, IX, 183; Buhûti, *Keşşâfü'l-knâ'*, V, 434-435.

47 Müslim, “*Talâk*”, 36-51; Muvatta, “*Talâk*”, 67; Ebü Dâvud, “*Talâk*”, 39; Tirmizî, “*Nikâh*”, 34, “*Talâk*”, 5; Nesâî, “*Nikâh*”, 21, “*Talâk*”, 7, 70, 72, 73.

48 Nesâî, “*Talâk*”, 7.

49 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 104-111; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, III, 1471; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-me'âd*, V, 675.

50 İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 181; Merğînâni, *Hidâye*, II, 321; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 171; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 11; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-me'âd*, V, 685-688; Merdâvi, *el-İnsâf*, IX, 306; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-inâye*, II, 319; Buhûti, *Keşşâfü'l-knâ'*, V, 430.

edecektir. Çünkü başkasının mülkünde iddet beklemesi ve malikin de kendisine müsaade etmeme durumu söz konusu olacaktır. Bu durumda, Hanefî ve bazı Mâlikîler'e göre, iddetin bekleneceği mesken, vefat eden kocaya ait ise, kadın orada kendi miras hissesine düşen kısımda kalır. Kocasının evinde oturabilecek bir hissesi yoksa, kirasını mirasçılara vermek suretiyle iddetini orada geçirir. Bu durumda mirasçıların onu evden çıkarması uygun değildir.⁵¹ Mâlikîler'in çoğunluğuna göre, kadın, ölüm sırasında kocasıyla ikamet ettikleri evde iddetini tamamlar. Mirasçıların ve kirası ödenmiş ev sahiplerinin kendisini evden çıkarmaları câiz değildir.⁵²

İddetin kocanın evinde beklenmesi gerektiği görüşünde olanlar, Furey'a hadisinden⁵³ hareket etmişlerdir.⁵⁴

2) Sahâbeden Hz. Ali, Âişe, İbn Abbâs, Câbir b. Abdullah ile tâbiünden Câbir b. Zeyd, 'Atâ b. Ebî Rebah, Hasan Basrî, zayıf bir rivayete göre, Ahmed b. Hanbel ve fıkıh mezheplerinden Zâhirîler'e göre, vefat iddeti bekleyen kadın dilediği yerde bu süreyi tamamlar.⁵⁵ Câferî mezhebine göre, bu sürenin ayrılık sırasında kaldıkları evde geçirilmesi müstehaptır.⁵⁶

Bu görüşte olanlar, Furey'a hadisinin ravilerinden Zeyneb bint Ka'b'ın meçhul oluşu; bâin talâk sonucu iddet bekleyen kadınlar için ileri sürülen delillerin yanında teferruatını deliller başlığı altında verdiğimiz nesih hükümleri ve konuyla ilgili Hz. Ali'nin kızı Ümmü Gülsüm'ü farklı eve taşıması, Hz. Âişe'nin de kız kardeşi Ümmü Gülsüm'le umre yapması;⁵⁷ vefat iddetini beyan eden âyette, iddetin ayrılığın vuku bulduğu evde bekleneceğine dair bir kaydın olmaması çerçevesinde bu sonuca ulaşmışlardır. Ayrıca onlara göre, kocanın ölümü durumunda, kadının iddetini bekleyeceği ev, mülk ise mirasçıların, mülk değilse asıl sahibinin olur. Kadının, kocasıyla birlikte kaldıkları evde iddet bekleyecek olursa, başkasının mülkünde iddet beklemesi gerekecektir ki bu da hukukî değildir.⁵⁸

51 Ebû Bekir Şemsüleimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsût*, Dâru'l-marife, Beyrut 1989, VI, 33-34; Kâsânî, *Bedâi'u'sanâi'*, IV, 451; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 171, 173; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 5, 21; Merdâvî, *el-İnsâf*, IX, 306; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, V, 430; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 224-225; Hâlid Abdurrahman el-Akk, *Mevsû'atu'l-fıkhi'l-Mâlikî*. Dâru'l-hikme, Beyrut 1993, 536.

52 İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 185-186.

53 Ebû Dâvud, "Talâk", 44; Tirmizî, "Talâk", 23; Nesâî, "Talâk", 60; Muvatta, "Talâk", 87.

54 İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 171; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 13-14; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-inâye*, II, 319; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, V, 430.

55 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 73-74, 77; İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 182-184; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 171; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-me'âd*, V, 681-682, 688.

56 Bedrân, *el-Fıkhu'l-mukâren*, 476.

57 İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 184; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-me'âd*, V, 681, 684.

58 İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 184; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 76, 78-80; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-me'âd*, V, 682.

V. İDDET BEKLENECEK YERİN ÖZELLİKLERİ

İslam hukukçularının kâhir ekseriyetine göre, kadının, iddetini ayrılık sırasında kocasıyla oturdukları evde beklemesi gerekir.⁵⁹ Fakat bu durum, farklı soru işaretlemlerinin oluşmasına sebebiyet vermektedir. Bunlardan birincisi; iddet beklenenecek ev hangi özelliklere sahip olacak ve bu özelliklerin olmaması durumunda hangi hukuki haklar tahsil edilecektir?

Fıkıh âlimlerine göre, kadının iddet bekleyeceği evin örfen kendi durumuna uygun olması gerekir. Şâfiîler'e göre, evliyken oturmuş oldukları ev dikkate alınmaz. Çünkü örfen kadının daha iyi bir yerde oturma hakkı olmasına rağmen bu hakkından feragatı veya tam tersi kocanın onu örfen olması gerekenden daha iyi bir yerde oturmuş olması mümkündür. Fakat boşama durumunda, taraflar karşılıklı olarak haklarından feragat etmedikçe örf dikkate alınır. Dolayısıyla kadın durumuna uygun başka evde iddet beklemeyi talep edebilir. Aksi durumda da kocası, durumuna uygun bir evde kadının iddet beklemesini isteyebilir.⁶⁰

Fıkıh âlimlerinin üzerinde durdukları hususlardan bir diğeri de bâin talâk sebebiyle iddet bekleyen kadın ile onu boşayan erkeğin birbirlerine yabancı duruma düşmeleri sebebiyle, aynı evde kalmalarının fikhen problemlili hale gelmesidir. Fakihler, kural olarak kocanın, iddet bekleyen kadınla aynı evde ikamet etmesini meşru kabul etmektedirler.⁶¹ Fakat birbirlerinin mahremi olmamaları sebebiyle, tarafların mahremiyet kurallarına riayet etmeleri ve gerekli tedbirleri almaları gerektiği üzerinde durmaktadırlar.⁶² Bu çerçevede, Hanefî kaynaklarında tarafların aralarına perde çekmeleri, perde çekmenin çözüm olmaması veya eşin zararından emin olunamaması durumunda erkeğin evden çıkması gibi önlemler zikredilmektedir. Erkeğin evden çıkmamada direktmesi durumunda ise, kadının yanına nafakası devlet tarafından karşılanacak olan güvenilir, boşanan eşleri birbirinden ayırmaya muktedir bir kişinin yerleştirilmesi güzel bir uygulama olarak tavsiye edilmektedir.⁶³ Şâfiî ve Hanbelî kaynaklarında, boşanan eşlerin aynı binada alt üst kat veya bitişik daireler ya da müstakil bölümler şeklinde mahremiyet kurallarına uygun olarak oturmalarının mümkün olacağı belirtilmektedir. Aynı mekânda olup da aralarının perde ile kesilmesi tek başına yeterli olmadığına, kadının yanında kendisini koruyacak bir mahremi de bulunması gerekir. Fakat bütün bu durumlarda mahremiyet kuralları yine de tam olarak sağlanmadığı için, bu durum mekruh görülmüştür. Şayet bu imkânlar temin edilemezse kocanın bu evi terk etmesi ve burayı kadına iddetini tamamlaması için tahsis etmesi gerekir. Bâin talâk sonu-

59 Kâsânî, *Bedâi'uşanâi'*, IV, 451; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye*, II, 319; Zeydân, *el-Mufasssal*, IX, 206-207.

60 Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, XI, 250-251; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 6-7.

61 Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, XI, 251; Serahsî, *Mebûsûl*, VI, 33-34; Buhûti, *Keşşâfü'l-knâ'*, V, 434; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, V, 224-225; Nuri Kahveci, *İslâm Aile Hukuku*. İstanbul, Hikmetevi Yayınları, 2014, 253.

62 Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, XI, 251; Buhûti, *Keşşâfü'l-knâ'*, V, 434.

63 Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye*, II, 320; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, V, 226-227.

cunda kocası tarafından, vefat iddeti sonucunda kocasının mirasçıları tarafından kadına kalması için uygun bir mesken temin edilmezse, kadının iddetini dilediği yerde bekleme hakkı doğar.⁶⁴ Bu durumda Şâfiiler'e göre, iddeti ayrılık sırasında oturdukları yere en yakın bir evde tamamlaması gerekir.⁶⁵

VI. İDDETİ FARKLI YERDE BEKLEMİYİ MUBAH KILAN DURUMLAR

Eşlerin birbirlerinden ayrılması durumunda kadın, iddeti çoğunluğa göre, ayrılık sırasında kocasıyla yaşadığı evde geçirmesi gerekir. Fakat meşru mazeretlerin meydana gelmesi durumunda, iddetin farklı yerlerde geçirileceği üzerinde ittifak edilmiştir. Fakat meşru mazeretlerin ne olduğu konusunda ihtilaf edilmiştir. Buna göre, iddeti kocanın evi dışında istediği yerde beklemeyi mubah kılan özürler arasında can ve mal güvenliğinin olmaması, kötü komşunun bulunması, kirada oturdukları evi kiralama imkânının olmaması, kocasının yakınları tarafından kendisine eziyet edilmesi sayılmaktadır. Fakat İmam Şâfiî ve bir kısım Hanbelî fıkıh âlimlerine göre, bu durumlarda kadın iddeti ayrılık sırasındaki eve en yakın bir yerde beklemelidir.⁶⁶ Buna göre, kocanın evinde iddet beklemeye engel herhangi bir özrün ortaya çıkması durumunda, kadın iddetini dilediği yerde tamamlar. Çünkü Hanbeliler'e göre, kadına farz olan, ölmeden önce kocası ile kaldığı yerde iddetini tamamlamaktır. Bu meskeni temin etmek onun görevi değildir. Hanefî ve Mâlikîler'e göre, de Allah hakkı olan iddeti kocasının evinde geçirme ile kul hakkı olan maddî imkânının olmaması karşı karşıya gelmiş bulunmaktadır. Bu durumda, kul hakkına öncelik verilmektedir.⁶⁷

Meşrû mazeretlerin vuku bulması durumunda iddeti farklı yerlerde beklemeyi câiz kılan delillerin ilki, Fâtıma bint Kays hadisidir. Buna ilaveten bir diğer delil Hz. Ali'nin, kızı Ümmü Gülsüm'ü, kocası Hz. Ömer'in şehit edilmesi üzerine ika-met ettiği idare merkezinden taşınmasıdır. Ayrıca Hz. Âişe'nin, kız kardeşi Ümmü Gülsüm'ü kocası Talha'nın şehit edilmesi üzerine memleketine taşınması da delil olarak gösterilmiştir.⁶⁸

64 Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebir*, XI, 250-251; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 182-183; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 7-8.

65 Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebir*, XI, 249-250; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 7-8; Buhûti, *Keşşâfü'l-kinâ'*, V, 434.

66 Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebir*, XI, 249, 252-253; Serahsî, *Mebstût*, VI, 33-34; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kurân*, IV, 277; Kâsânî, *Bedâi'üsanâi'*, IV, 451; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 171, 173; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 5, 21; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, V, 687; Ebû Abdullah Muhammed b. Muhammed el-Hattâb, *Mevâhibü'l-celil li-şerhi Muhtasar-i Halil*. yy., Dâru'r-reşâdî'l-hadise 1992, IV, 163-164; Merdâvî, *el-İnsâf*, IX, 306; Ali el-Kârî, *Fethu bâbî'l-inâye*, II, 319; Buhûti, *Keşşâfü'l-kinâ'*, V, 433-434; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 224-225; Zeydân, *el-Mufasssal*, IX, 207-208; Akk, *Mevsûâ*, 536; İbn Tâhir, *el-Fikhu'l-Mâlikî*, IV, 222.

67 Serahsî, *Mebstût*, VI, 33-34; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kurân*, IV, 277; Kâsânî, *Bedâi'üsanâi'*, IV, 451; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 171, 173; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 5, 21; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, V, 687-688; Merdâvî, *el-İnsâf*, IX, 306; Ali el-Kârî, *Fethu bâbî'l-inâye*, II, 319; Buhûti, *Keşşâfü'l-kinâ'*, V, 430; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 224-225; Akk, *Mevsûâ*, 536.

68 İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 184; Kâsânî, *Bedâi'üsanâi'*, IV, 451;

Kocası veya yakınları tarafından tahsis edilen evde oturarak iddetini tamamlama hakkının da, bazı sebeplerin vukuu halinde kaybedilmesi söz konusudur. Bu sebeplerin ne olduğu, özellikle Talâk Sûresi'nin ilk âyetinde geçen "fâhişe-i mübeyyine" kavramından hareketle tespit edilmeye çalışılmıştır. Buna göre, "fâhişe-i mübeyyine" şu kapsamda değerlendirilmiştir:

1) İbn Abbas, İbn Mes'ûd, Saîd b. Müseyyeb, Şa'bî, Hasan Basrî, İbn Sirîn, Mücahid, İkrime, Saîd b. Cübeyr, Dahhâk, Ebû Kılâbe, Ebû Sâlih, Zeyd b. Eslem, 'Atâ el-Horasânî, Süddî, Saîd b. Hilâl ve Ebû Yusuf'a göre, bu zinadır.⁶⁹

2) İbn Abbas'tan gelen diğer rivayet, Ubeyy b. Ka'b ile Mâlikî, Hanbelîler ve İmam Şâfiî'ye göre, kadının, kocasının yakınlarına eziyet vermesidir.⁷⁰

3) İbn Abbas'tan gelen bir diğer rivayete ve Taberî'ye göre, bu kavram her bir masiyeti içine alır.⁷¹

4) İbn Ömer ve Süddî ve Ebû Hanife'ye göre, kadının iddet süresi içerisinde evden dışarı çıkmasıdır. Katâde'ye göre ise nüşûzdur.⁷²

Yukarıdaki sebeplerin tahakkuku durumunda, ilgili görüşte olanlara göre, kadının, iddet beklediği yerden başka bir yere nakledilmesi câizdir. Fakat İmam Şâfiî ve bir kısım Hanbelî fıkıh âlimlerine göre, bu durumlarda kadın, iddeti ayrılık sırasında ikamet edilen eve en yakın bir yerde beklemelidir.⁷³

VII. İDDETİN KOCANIN EVİNDE BEKLENMESİNİN HİKMETLERİ

İslam hukukuna göre, kadının ayrılık sonrası iddet beklemesi, taabbudî bir hükm olup hakkında illet tespitine gidilmesi söz konusu değildir. Aynı şekilde, kadının iddeti ayrılık sırasında oturdukları evde beklemesi de, taabbudî bir hükümdür. Fakat iddetin muayyen yerde beklenmesinin çeşitli hikmetleri olup bunlarla da farklı amaçlar gözetilmiştir. Bu yolla, en başta bütün iddet çeşitlerinde nesebin korunması amaçlanmaktadır. Ayrıca, kocası ölen kadının, iddeti kocasının evinde geçirmesiyle, eşine karşı olan vefa borcunu yerine getirmesi, hatırasına saygı, aileye bağlılığını göstermesi, böylece aralarındaki sevgiyi hatırlaması ve neticede eşiyile olan ilişkisini derhal koparmaması sağlanmaktadır.⁷⁴

69 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, III, 680; Mâverdi, *el-Hâvî'l-kebir*, XI, 249; Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi'*, IV, 449; Kurtubî, *Câmi'*, IX, 145; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 22-23; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye*, II, 318.

70 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, III, 680; Mâverdi, *el-Hâvî'l-kebir*, XI, 245; Kurtubî, *Câmi'*, IX, 145; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 23; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye*, II, 318; Buhûtî, *Keşşâfü'l-knâ'*, V, 434; Zeydân, *el-Mufasssal*, IX, 211; İbn Tâhir, *el-Fikhu'l-Mâlikî*, IV, 218.

71 İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, IV, 278; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 23.

72 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, III, 680; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, IV, 278; Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi'*, IV, 449; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 23; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye*, II, 318.

73 Serahsî, *Mebisût*, VI, 33-34; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 171, 173; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 5, 21, 23; Merdâvî, *el-İnsâf*, IX, 306; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 224-225.

74 Mâverdi, *el-Hâvî'l-kebir*, XI, 248; İbn Tâhir, *el-Fikhu'l-Mâlikî*, IV, 216; Abdülhamid, *el-Ahvâlü's-şahiyye*, 347; Acar, "İddet", *DİA*, XXI, 467; Erdem, "İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikâhı", XVII, sy. 2, s.77-78.

Kocası tarafından boşanan kadının iddetini kocasının evinde beklemesinin amaçları için de; nesebin sabit oluşunda hiçbir şüphe ve dedikoduya mahal bırakılmaması,⁷⁵ kadının davranışlarının gözetilmesi, aralarında evlilik izleri kaldığı süre içerisinde kocası dışındaki adamlarla bayağı davranışlar kurmasının önüne geçilmesi, eşinden ayrı kalmanın getireceği maddi ve mânevî sıkıntıları düşünmesi ve bir nebze yaşaması, bütün bunların neticesinde de eşlerin iyi halleri sebebiyle tekrar birbirlerine dönmelerinin sağlanması gibi sebepler zikredilmektedir.⁷⁶

Kanaatimize göre, vefat iddetinin kocanın evinde beklenmesinin amaçlarından birisi de, akrabalık ilişkilerinin kesilmesini önlemektir. Çünkü bu iddet süresi, aynı zamanda kocası dışında geride kalan akrabalarla ilişkinin tesis edilmesini temin etmektedir. Kocası vefat eder etmez evini terk eden kadın, eşinin akrabasıyla, hatta kendi çocuklarıyla, yeni şartlar muvâcehesinde münasebet kurmaktan kaçınmış olmaktadır. Örfi olarak da bu durum, böyle karşılanmakta, eşinin evini hemen terk eden kadınla kocasının akrabaları arasında problemler söz konusu olmaktadır. Akrabalık bağlarının sağlam bir şekilde tesis edilmesini amaçlayan İslam,⁷⁷ iddetin kocanın evinde beklenmesini şart koşmasıyla birlikte, bu amacı gerçekleştirmiş olmaktadır.⁷⁸ Kocasından boşanan kadın için gözetilen önemli amaçlardan birisi, âile birliğinin devam ettirilmesidir. Çünkü iddetin kocanın evinde geçirilmesi durumunda geri dönüş ihtimali her zaman yüksektir. Fakat kadının evini terk etmesi durumunda, geri dönüşü, özellikle de yabancı kimselerin olaya müdahil olması durumunda, çok daha zor olduğu mevcut örneklerden çok açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Üç talâktan sonra da bu iddetin kocanın evinde geçirilmesinin gerekli olmasının amacı, yine akrabalık ilişkilerinin kesilmesini önlemektir. Buradaki en önemli amaçlardan birisi de, Yüce Allah tarafından özellikle belirtilen “eşlerin güzellikle birbirlerinden ayrılmasının”⁷⁹ temin edilmesi ve böylece çocukların ve akrabanın perişan olmamasıdır. Özellikle günümüzde bu esaslara riayet edilmemesi sebebiyle, çocuklar ya annelerine veya babalarına düşman hale gelebilmektedir.⁸⁰

75 Kâsânî, *Bedâi’u’sanâi’*, IV, 450; Nevevî, *el-Mecmû’*, XX, 22.

76 Muhammed Muhyiddin Abdülhamid, *el-Ahvâlü’ş-şahsiyye fiş-Şerîati’l-İslâmiyye*, Dâru’l-kitâbi’l-Arabî, yy., ts., 347; ‘Akle, *Nizâmü’l-üsre*, III, 311; Suat Erdem, “İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikâhı”, *C. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2013, XVII, sy. 2, s.77-78; Muhammed Ebû Zehre, *Bir İcaz Delili Olarak Kur’an Hukuku*, (trc. Muhammet Yılmaz), STS Yayınları, Rize 2015, 44-45.

77 Nisâ, 4/1.

78 Koçak, “İddet Bekleyen ve Yanında Mahremi Olmayan Kadınların Sefere Çıkması ve Hacca Gitmesi”, sy. 39, s. 91.

79 Bakara, 2/229; Talâk, 65/2.

80 Çocuğun bakım ve gözetimi ile ilgili geniş bilgi için bk. Şevket Topal, “Korumaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslâm Hukûkunda Velâyet ve Vesâyet Yetkisi”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, VI (2006), sy. 3, 251-269.

VIII. İDDET SÜRESİ İÇERİSİNDE KADININ DIŞARI ÇIKMASININ HÜKMÜ

İddet süresi içerisinde kadının, iddet beklediği evden zarûrî ihtiyaçları için çıkabileceği konusunda ittifak vardır.⁸¹ Fakat zarûrî olmayan ihtiyaçları için çıkıp çıkamayacağı meselesi üzerinde ihtilaf edilmiştir. Bu konuda ortaya çıkan ihtilaflar, şu şekilde tespit edilmiştir.

a) Ric'î Talâk Sonucu İddet

1) Hanefî, Şâfiî, Hanbelî, Zâhirî mezhepleri ile bazı Mâlikî fıkıh âlimleri ve Leys b. Sa'd'a göre, ric'î talâk sonucunda iddet bekleyen kadının gündüz ve geceleyin evden çıkması yasaktır. Bu durumda, eşinin kendisine dışarı çıkması için izin vermesi bile sonucu değiştirmez. Çünkü bu Allah hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Fakat zarûrî bir sebepten dolayı dışarı çıkmasında bir sakınca yoktur.⁸²

Hanefî mezhebine göre, müslümanla evli olan ehl-i kitap kadının, kocasının evinde iddet beklemesine gerek yoktur. Fakat ric'î talâk sonucu iddet bekleyen kadının, kocası tarafından dışarı çıkması engellenebilir.⁸³ Şâfiî mezhebine göre ise, iddet konusunda müslüman ile ehl-i kitap arasında fark yoktur.⁸⁴

Ric'î talâk iddetinde kadının zarurî bir durum olmadan dışarı çıkamayacağı konusunda, neredeyse ittifak vardır. Bunun temelinde Talâk Süresi'nin ilk âyetindeki “dışarı çıkarmama ve çıkmama” emrinin, bu durumdaki kadın hakkında olduğunun düşünülmesi⁸⁵ ve eşine dönme imkânı olan bu süre içinde kocanın bu fırsatı değerlendirmesinin Yüce Allah tarafından talep edilmesi bulunmaktadır.⁸⁶

2) Mâlikî mezhebine göre, ric'î talâk sonucu iddet bekleyen kadınlar normal ihtiyaçları için gündüz vakti dışarı çıkabilirler. Bu vakit, imsaktan hemen önce başlayıp yatsı namazının vaktine kadar sürmektedir.⁸⁷

Mâlikî fıkıh âlimleri, Talâk Süresi'nin 6. âyetinin bu konuda delil teşkil ettiğini ileri sürmektedirler. Onlara göre, bu âyette emredilen “boşanan kadınların iskân edilmesi”, gece vaktinde gerçekleşen bir durum olup gündüz vaktinde kadının evden çıkması bu emre tezat teşkil etmez. Ayrıca Câbir b. Abdullah'ın teyzeşiyle ilgili

81 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 74; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 177; Zeydân, *el-Mufasssal*, IX, 216.

82 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 74; Kâsânî, *Bedâi'uşanâi'*, IV, 450; Merğînânî, *Hidâye*, II, 320; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 173; Kurtubî, *Câmi*, IX, 144; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 22; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye*, II, 318; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, V, 224; İbn Tâhir, *el-Fıkhul-Mâlikî*, IV, 223; 'Akle, *Nizâmü'l-üsre*, III, 309.

83 Serahsî, *Mebisût*, VI, 33.

84 Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir*, XI, 248; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 6.

85 Kâsânî, *Bedâi'uşanâi'*, IV, 450; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye*, II, 318; 'Akle, *Nizâmü'l-üsre*, III, 310.

86 Ebû Dâvud, “*Talâk*”, 3; İbn Mâce, “*Talâk*”, 1; Beyhâkî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII, 322.

87 İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, IV, 277; Kurtubî, *Câmi*, IX, 144; Hattâb, *Mevâhibül-celil*, IV, 164; Akk, *Mevsû'a*, 536; İbn Tâhir, *el-Fıkhul-Mâlikî*, IV, 223; 'Akle, *Nizâmü'l-üsre*, III, 309.

rivayeti⁸⁸ de, kadının gündüz saatlerinde dışarı çıkabileceğini ortaya koymakta, bu anlamıyla yukarıdaki âyeti de tahsis etmektedir. Bu rivayetin yanında, Abdullah b. Ömer'in, Sâib'in hanımına fetvası⁸⁹ ve konuyla ilgili görüşü,⁹⁰ önem arz etmektedir. Nasslar dışında, ihtiyacı ve hayatın normal bir şekilde idame edilmesini merkeze almak suretiyle değerlendirme yaptıkları da görülmektedir. Buna göre kadınları, işlerini yapma konusunda tasarrufta bulunmaktan men etmek, onlara zarar vermektir. Çünkü hayat şartları kadının, işlerini kendisinin yapmasını zorunlu kılmakta, bu işlerini tanzim edecek birini bulmak da her zaman mümkün olmamaktadır. Gece vaktinde ise, böyle bir zorunluluk mevcut değildir. Yine iddeti, evliliğin bir uzantısı olarak değerlendirilmekte, evlilikte dışarı çıkmanın kocanın izniyle olduğu, iddet süresinde bunun Allah hakkı olması sebebiyle ihtiyaçla kayıtlanması gerektiği ifade edilmektedir.⁹¹

b) Bâin Talâk Sonucu İddet

1) Hanefî mezhebi ve İmam Şâfiî'nin eski görüşüne göre, bâin talâk sonucunda iddet bekleyen kadının Talâk Süresi'nin ilk âyetinin umûm delâletine binâen gündüz ve geceleyin evden çıkması yasaktır.⁹² Hanefî mezhebine göre, bâin talâk sonucu iddet bekleyen müslümanla evli ehl-i kitap kadının, kocası tarafından dışarı çıkmasının engellenebilmesi için, nesebin karışması sebebinin bulunması gerekir.⁹³

2) Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî fıkıh âlimleri ile Leys b. Sa'd'a göre, bâin boşama sonucunda iddet bekleyen kadınlar, normal ihtiyaçları için gündüz vakti dışarı çıkabilirler. Kadının kırsal yerde veya şehirde olması, hükmün sonucunu değiştirmez. Göç sebebiyle boşalan yayla veya köy gibi yerde ikamet eden kadın da yakınlarıyla birlikte taşınabilir. Çünkü tek başına ikamet etmesi mümkün değildir.⁹⁴

Bu görüşte olan fıkıh âlimlerinin dayandığı delil, Câbir b. Abdullah'ın rivayet ettiği hadis⁹⁵ ile Mücahid b. Cebr'in (ö. 103/721) mürsel olarak rivayet ettiği şu hadistir: Uhud savaşında şehit olan sahâbilerin eşleri, Hz. Peygamber'e gelip yalnız kaldıklarını, sabah olunca kendi evlerine dönme şartıyla akşamleyin aynı evde kalıp kalamayacaklarını sormuşlardır. Rasûlullah, kendilerine şu cevabı vermiştir:

88 Müslim, "Talâk", 55; Ebû Dâvud, "Talâk", 41; Tirmizî, "Talâk", 71; İbn Mâce, "Talâk", 9.

89 Muvatta, "Talâk", 88.

90 Muvatta, "Talâk", 88.

91 İbn Tâhir, *el-Fıkhu'l-Mâlikî*, IV, 223-224.

92 Kâsânî, *Bedâi'u'sanâi'*, IV, 450; Merğînânî, *Hidâye*, II, 320; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 22; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye*, II, 318; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, V, 224; 'Akle, *Nizâmü'l-üsre*, III, 309.

93 Serahsî, *Mebisût*, VI, 33.

94 İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 177-178; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, IV, 277; Kurtubî, *Câmi'*, IX, 144; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 22-25; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-me'âd*, V, 690; Hattâb, *Mevâhibü'l-celil*, IV, 163-164; Buhûti, *Keşşâfü'l-kınâ'*, V, 431; Akk, *Mevsû'a*, 536; Bilmen, *Istilahat-ı Fıkhiyye*, II, 385; İbn Tâhir, *el-Fıkhu'l-Mâlikî*, IV, 223; 'Akle, *Nizâmü'l-üsre*, III, 309.

95 Müslim, "Talâk", 55; Ebû Dâvud, "Talâk", 41; Tirmizî, "Talâk", 71; İbn Mâce, "Talâk", 9.

“İçinizden birinin evinde sohbet ediniz. Uyumak istediğiniz zaman, her biriniz evine dönsün.”⁹⁶

3) Zâhirîler'e göre, bâin talâk sonucunda iddet bekleyen kadının gündüz ve gece dışarı çıkmasında beis yoktur. Çünkü onlara göre, kadının dışarı çıkmasını engelleyen sahih bir hadis yoktur. Talâk Sûresi'nin birinci ve altıncı âyeti, ric'î boşama sonucu beklenen iddete delâlet etmektedir. Kendi görüşlerini desteklemek için de, Fâtıma bint Kays hadisini ve Câbir b. Abdullah'ın rivayetini, delil olarak göstermektedirler.⁹⁷

c) Vefat Sonucu İddet

1) Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre, kocasının vefatı sonucu iddet bekleyen kadın, gündüzleri ihtiyaçlarını karşılamak için evden çıkabilir. Fakat geceleyin, aynı evde bulunmak zorundadır. Çünkü kadın, kendi nafakasını karşılamak mecburiyetindedir. Bundan dolayı, evinden dışarıya çıkmaya ihtiyacı vardır.⁹⁸ İmam Muhammed'e göre, gecenin en az yarısını evinde geçirmek mecburiyetindedir. Buna göre, gecenin yarısından az bir süreyi iddet beklediği evin dışında geçirmesi mümkündür.⁹⁹

Vefat sonucunda iddetin evde beklenmesinin zorunlu olduğu görüşünde olanlar, öncelikli olarak Furey'a hadisini delil olarak ileri sürmektedirler.¹⁰⁰ Onlara göre, bu hadis, iki şeye delâlet etmektedir. Birincisi, kadının dışarı çıkamayacağıdır. İkincisi ise, zarûrî ihtiyaçlarını karşılamak için dışarı çıkabileceğidir. Çünkü buradaki kadın, fetva sormak için dışarı çıkmış ve Resûlullah tarafından kınanmamıştır.¹⁰¹ Ayrıca Abdullah b. Mesud'un, tek başlarına evde kalmanın sıkıntısından şikâyet eden kadınlara, gündüz vaktinde ziyarette bulunmaları, fakat akşamleyin evlerine dönmeleri şeklindeki fetvası¹⁰² yanında Mücâhid'in rivayeti¹⁰³ de delil olarak kullanılmaktadır.¹⁰⁴

96 Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII, 436. Bu hadis mürseldir. Fakat aynı anlama sahip farklı rivayetlerle desteklenmiştir. Geniş bilgi için bkz. Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 24.

97 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 74, 92-93; Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi'*, IV, 449.

98 İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, XVIII, 181; Serahsî, *Mebûsât*, VI, 32; Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi'*, IV, 450; Merğînânî, *Hidâye*, II, 320; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 177; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 25; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, V, 685-687, 689; Hattâb, *Mevâhibü'l-celil*, IV, 164; Merdâvî, *el-İnsâf*, IX, 308; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye*, II, 319; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, V, 434; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 224-225; Akk, *Mevsûa*, 536; Bilmen, *İstilahat-ı fıkhiyye*, II, 385; İbn Tâhir, *el-Fikhu'l-Mâlikî*, IV, 223; 'Akle, *Nizâmü'l-üsre*, III, 309.

99 Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, V, 244-245; Serahsî, *Mebûsât*, VI, 32; Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi'*, IV, 450; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 218.

100 Ebû Dâvud, “*Talâk*”, 44; Tirmizî, “*Talâk*”, 23; Nesâî, “*Talâk*”, 60; Muvatta, “*Talâk*”, 87.

101 Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, V, 244-245; Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi'*, IV, 450; Bedrân, *el-Fikhu'l-mukâren*, 475-476.

102 Muvatta, “*Talâk*”, 88; Serahsî, *Mebûsât*, VI, 32; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, V, 685.

103 Ebû Bekir Ahmed b. Hüseyin el-Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, Meslisu daireti'l-me'ârifin-nizâmiyye, Haydara-bat1925, VII, 436.

104 Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 24; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, V, 431.

2) Zâhirîler ve bazı Hanbelî fakihlerine göre, hem gündüz hem de geceleyin vefat iddeti bekleyen kadının dışarı çıkması câizdir. Bu görüşte olanlar, vefat sonucu iddetin nerede bekleneceğiyle ilgili delilleri, dışarı çıkmanın cevâzı konusunda da kullanmaktadırlar.¹⁰⁵

IX. İDDET SÜRESİ İÇERİSİNDE KADININ DIŞARI ÇIKMAMASININ HİKMETİ

İddet süresi içerisinde evden dışarı çıkamaması sebebiyle, kadına ağır denebilecek bir sorumluluk yüklenmektedir. Bazı kayıtlar dışında, fıkıh âlimlerinin bunun üzerinde ittifak etmelerinin temelinde, nassların bulunduğu ifade edilmiştir. Bunun yanında, bu hükmün hedeflediği amaç ve hikmetler üzerinde de durulmuş ve bu hüküm aklen de temellendirilmeye çalışılmıştır. Bu amaçlar arasında, üzerinde en fazla durulan husus, “âile birliğinin devamı” ve “nesebin sıhhati konusunda oluşabilecek bütün şüphe ve tartışmaların bertaraf edilmesi”dir.¹⁰⁶

X. İDDET SÜRESİ İÇERİSİNDE YAPILAN BAZI ÖZEL FİİLLER

a) Yolculuk Yapmak

Dört sünnî fıkıh mezhebine göre, talâk veya vefat sonucu eşinden ayrılan bir kadın, iddetini geçirdiği evden yolculuk yapmak için dışarı çıkamaz. Hatta evlilik sona erdiğinden, kendisini boşayan kocasının bile onu yolculuğa çıkarması câiz değildir.¹⁰⁷

Yolculuk sırasında boşanan veya kocası vefat eden kadının ikametinin bulunduğu yere seferîlik mesafesinden az, gideceği yere de seferîlik mesafesi kadar bir yol varsa, kadın iddetini beklemek için ikamet mahalline döner. Şayet boşama, kadının can ve mal emniyetinin bulunmadığı bir yerde olur, ikametinin bulunduğu yere seferîlik müddeti kadar ve gideceği yere de seferîlik müddeti kadar veya daha fazla bir mesafe olursa kadın geri dönme ve yola devam etme konusunda muhayyerdir.¹⁰⁸ Hanbelî mezhebine göre, bu durumdaki kadın ikamet mahalline seferîlik hükümlerini doğurmayacak şekilde yakın ise döner, değilse yoluna devam edebilir.¹⁰⁹ İmam Mâlik'e göre, ihrama girmedikçe döner. İmam Şâfi'ye göre ise, ikamet

105 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 74-77; Kurtubî, *Câmi'*, IX, 144; Merdâvî, *el-İnsâf*, IX, 308; Bilmen, *İstilahat-ı fıkhiyye*, II, 385.

106 Kurtubî, *Câmi'*, IX, 144; 'Akle, *Nizâmü'l-üsre*, III, 309.

107 Kâsânî, *Bedâi'ü'sanâi'*, IV, 452; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 187; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye*, II, 320; Bilmen, *İstilahat-ı fıkhiyye*, II, 386. İddet bekleyen kadının yolculuk yapmasıyla ilgili geniş bilgi için bk. Koçak, “İddet Bekeleyen ve Yanında Mahremi Olmayan Kadınların Sefere Çıkması ve Hacca Gitmesi”, sy. 39, s. 87-93.

108 Kâsânî, *Bedâi'ü'sanâi'*, IV, 453; Ali el-Kârî, *Fethu bâbi'l-'inâye*, II, 320; İbn Âbidin, *Reddül-muhtâr*, V, 225; Bilmen, *İstilahat-ı fıkhiyye*, II, 386.

109 İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 187; Merdâvî, *el-İnsâf*, IX, 309-310; Buhâtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, V, 432; İbn Âbidin, *Reddül-muhtâr*, V, 227-228.

mahallinden ayrıldıktan sonra, dilerse döner, dilerse yoluna devam eder. Çünkü eşi tarafından kendisine izin verilmiştir.¹¹⁰

İmam Züfer'e göre, ise koca, ric'î boşama sonucunda iddet bekleyen karısıyla yolculuk yapabilirler. Çünkü aralarında evlilik hükmü vardır. Kaldı ki karısını yolculuğa çıkarması eşine döndüğüne delâlet etmektedir.¹¹¹

Hasan Basrî, Tâvûs ve 'Atâ ile Zâhirî mezhebine göre, bâin talâk ve vefat iddeti bekleyen kadınların diledikleri yere yolculuk yapmaları câizdir. Fakat ric'î talâk iddeti bekleyenlerin, yolculuk yapmaları câiz değildir.¹¹²

b) Haccetmek

İddet bekleyen kadının hacca gidip gidemeyeceği meselesi de, fıkıh âlimleri tarafından konu edinilmiştir. Hz. Ömer, kocası ölen kadınların hac yapmalarına müsaade etmemiştir.¹¹³ Hz Osman da, bu şekilde hareket etmiştir. Dört fıkıh mezhebine göre de ric'î, bâin, üçüncü talâk veya vefat sonucu eşinden ayrılan bir kadın, iddeti içinde, ne kendi mahremiyle, ne de kendisini boşayan kocasıyla hac farzasını ifa etmek için dışarıya çıkabilir. Çünkü iddetin vakti muayyendir. Buna riayet edilmeyince, telafisi mümkün değildir.¹¹⁴ Hatta hac yolculuğuna çıkan kadının eşinin vefat etmesi durumunda, Hanefî ve Hanbelîler'e göre, bir sefer mesafesi uzaklıkta değilse geri dönmesi, Mâlikî ve Şâfîler'e göre, ihrama girmemiş veya yola girmesine rağmen seferîlik mesafesi kadar yol almamışsa haccı ertelemesi gerekir. Aksi takdirde, devam etmesi ve haccını tamamlaması mümkündür. Çünkü bu durumda haccın, iddetten daha öncelikli bir konuma sahip olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁵

İmam Züfer'e göre, ric'î talâk sonrasındaki iddet içerisinde kadının, eşiyile birlikte haccetmesi câizdir. Birlikte hacca çıkmaları, birbirlerine dönüşün de bir göstergesi kabul edilir.¹¹⁶

Hasan Basrî, Tâvûs, 'Atâ, İbn Ebî Şeybe ile Zâhirî mezhebine göre, bâin talâk ve vefat iddeti bekleyen kadınların, diledikleri hac yolculuğuna çıkmaları câizdir. Fakat ric'î talâk iddeti bekleyenlerin, hac için yolculuk yapmaları câiz değildir.¹¹⁷

110 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 187; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 18, 20.

111 Kâsânî, *Bedâi'u'sanâi'*, IV, 452; Bilmen, *İstilahat-ı fıkhiyye*, II, 386.

112 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 74.

113 Muvatta, "Talâk", 31.

114 Kâsânî, *Bedâi'u'sanâi'*, IV, 452; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 184-186; Merdâvî, *el-İnsâf*, IX, 310-311; Buhûti, *Keşşâfü'l-kınâ'*, V, 433; Bilmen, *İstilahat-ı fıkhiyye*, II, 386.

115 Kâsânî, *Bedâi'u'sanâi'*, IV, 453-454; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 184-186; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX, 20-21; Merdâvî, *el-İnsâf*, IX, 310-311; Buhûti, *Keşşâfü'l-kınâ'*, V, 433; İbn Tâhir, *el-Fıkhu'l-Mâlikî*, IV, 221. İddet bekleyen kadının hac yapmasıyla ilgili geniş bilgi için bkz. Koçak, "İddet Bekleyen ve Yanında Mahremi Olmayan Kadınların Seferine Çıkması ve Hacca Girmesi", sy. 39, s. 93-107.

116 Kâsânî, *Bedâi'u'sanâi'*, IV, 452.

117 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, X, 74, 77-80.

Haccetmek için yola çıkan kadınların, Hz. Ömer ile Osman tarafından engellenmesini mekruh hükmüyle açıklamışlardır. Bazı Hanbelî fakihlerine göre, kocasının ölümünden önce hac için ihrama giren kadının, iddetini evinde tamamlaması durumunda haccını kaçıracaksa, hacca öncelik verir.¹¹⁸

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İddet, “sebebin ortaya çıkması durumunda kadın ve erkeğin yeniden evlenebilmesi için belirli bir süre beklemeleri” anlamına gelen bir terimdir. Farklı durumlara göre değişen iddetin müddeti, Kur’ân-ı Kerim’de açıkça belirtilmekte ve üzerinde çok fazla ihtilaf bulunmamaktadır. Fakat farklı sebeplere göre iddetin nerede tamamlanacağı ve bu süre zarfında evden dışarı çıkılıp çıkılmayacağı üzerinde ihtilaf edilmiştir. Bu konuda, fıkıh âlimlerinin farklı sonuçlara ulaştıkları görülmektedir.

Öncelikle fıkıh mezheplerine bağlı âlimlerin, kendi usûlleri içerisinde isabetli sonuçlara ulaştıkları ifade edilmelidir. Bu usûllerinin temelinde de, nassları değerlendirme konusundaki farklılıklarının bulunduğu görülmektedir. Âlimlerin bu görüşlerine bakıldığı zaman, ric’î boşamadan bâin boşamaya ve kocanın ölümüne doğru gidildikçe, kadının ikamet yükümlülüğünün ve evden çıkmama kısıtlılığının azalan bir seyir takip ettiği görülmektedir. İddet bekleyen kadına yönelik bu kısıtlama ayrıca, gerek kadının nafakasının kocası tarafından sağlanıyor olması ve kadının çalışmaya olan ihtiyacı, gerekse kadının karşılaşılabileceği muhtemel sıkıntılar göz önüne alınarak, doktrinde hayli yumuşatılmış ve birçok istisnâî hüküm getirilmiştir.

Kanaatimize göre, konunun nass merkezli, maksat ve hikmetlerin de dikkate alınarak ve günümüzdeki problemlere de işaret edilerek tekrar değerlendirilmesinde, fayda bulunmaktadır.

Talâk Süresi’nin ilk âyetindeki “evden çıkarmama ve çıkmama” yasağının, en az ric’î talâk iddetine delâletinde ittifak edildiğinden, bu tür bir boşama sonucunda iddetin ayrılık sırasında ikamet edilen evde bekleneceği konusunda da ittifak edilmiştir. Bu durumda, zarûrî bir sebep olmadıkça kadının geceleyin evden çıkmayacağı konusunda da ittifak vardır. Fakat Mâlikîler’e göre, “evden çıkarmama ve evlerinde ikamet ettirme” emrinin gece vaktine delâlet etmesi sebebiyle, ihtiyaca bağlı olarak gündüz vaktinde evden dışarı çıkılmasında bir beis yoktur. Bu görüşlerini desteklemek için, hadislerden de deliller ileri sürmektedirler. Kanaatimize göre de, nassların delâletinin katî olması sebebiyle ve eşlerin tekrar birbirlerine dönmelelerini sağlama, ayrılmanın gerçekleşmesi durumunda eşlerin güzellikle birbirlerinden ayrılmalarının sağlanması ve akrabalık bağlarının kopmasının engellenmesi

amaçlarına binâen, ric'î talâkta iddetin kocanın evinde beklenmesi gerekir. Fakat âyetteki, “Onları evlerinden çıkarmayınız ve onlar da çıkmasınlar.” emrinin, iddetin kocalarının evinde geçirmelerinin engellenmemesi veya bunun kadın tarafından ihlal edilmemesi olarak anlaşılması, daha isabetli gözükmektedir. Bu durumda kadının evden dışarı çıkması Mâlikî mezhebinin yaklaşımındaki gibi maruf ölçülere göre olması gerekir.

Çoğunluğu teşkil eden fıkıh âlimlerine göre, kadın, bâin talâk iddetini de, ayrılık sırasında kocasıyla oturduğu yerde tamamlaması gerekir. Çünkü Talâk Süresi'ndeki ilk âyetin ve Furey'a hadisinin delâleti bu anlamı içermektedir. Başta Hz. Ömer ile Âişe olmak üzere bazı sahâbilerin uygulamaları da bunu desteklemektedir. Fakat Hanbelî ve Zâhirî mezheplerine göre, söz konusu âyetin sadece ric'î talâka delâlet etmesi, Fatıma bint Kays hadisi ve buna benzer hadisler sebebiyle kadın, dilediği yerde iddeti bekleyebilir. Çoğunluğu teşkil eden fıkıh âlimlerine göre, bâin talâk iddeti bekleyen kadın, Câbir b. Abdullah'ın teyzesi ve Uhud'da kocaları şehit düşen kadınlarla ilgili rivayetlere binâen, gündüz vakti iddet beklediği evden çıkabilir. Hanefî mezhebine göre, katî hüküm ifade eden Talâk Süresi'nin ilk âyetinin delâletine göre, ne gündüz ne de geceleyin evden çıkması câiz değilken, Fâtıma bint Kays hadisine ve Câbir b. Abdullah'ın teyzesiyle ilgili rivayete binâen Zâhirî mezhebine göre, günün her saatinde evden çıkması câizdir. Kanaatimize göre, bâin talâk iddetinin tamamlanacağı yerle ilgili ileri sürülen her bir görüşün sahih delilleri bulunmaktadır. Bâin talâkı diğer mezheplere oranla çok daha geniş değerlendiren Hanefî mezhebine göre, bu süre zarfında eşlerin tekrar birbirlerine dönmelerini sağlama, diğer mezheplere göre, ayrılmanın gerçekleşmesi durumunda eşlerin güzellikle birbirlerinden ayrılmalarının sağlanması ve akrabalık bağlarının kopmasını engelleme amaçlarına binâen bâin talâkta da iddetin kocanın evinde beklenmesi gerekir. Fakat ilgili nasların evden dışarı adım atmama olarak yorumlanması oldukça zor gözükmekte, ric'î talâk iddetinde olduğu gibi kocanın evinden başka bir eve taşınmama olarak anlaşılması daha isabetli gözükmektedir. Bu durumda kadının evden dışarı çıkması, çoğunluğu teşkil eden fıkıh âlimlerinde olduğu gibi maruf ölçülere göre yapılması gerekir.

Vefat iddeti bekleyen kadınlar, Furey'a hadisi ve Sâib b. Habbâb'ın karısıyla ilgili rivayete bağlı olarak, fıkıh âlimlerinin kâhir ekseriyetine göre, iddetlerini ayrılık sırasında ikamet ettikleri yerde geçirmeleri gerekir. Fıkıh ekollerinden Zâhirîler'in başını çektiği fıkıh âlimlerine göreyse, Fatıma bint Kays rivayeti ve “süknânın ancak ric'î talâk neticesindeki iddette olduğunu” beyan eden hadisler uyarınca, kadın iddeti dilediği yerde geçirebilir. Yine aynı rivayetlerden hareketle, vefat iddetinde kadının dışarı çıkması ittifakla câizdir. Fakat Zâhirî mezhebi dışındaki fıkıh mezheplerine göre, geceleyin evde bulunmak mecburiyetindedir. Kanaatimize göre, bâin talâk iddetinde olduğu gibi, vefat iddetinin tamamlanacağı yerle ilgili de ileri

sürülen her bir görüşün sahih delilleri bulunmaktadır. Fakat vefat iddetinde akrabalık bağlarının kopmasını engelleme ve ölen eşine karşı vefa borcunu ifa etme amaçlarına binâen, vefat iddetinin de kocanın evinde beklenmesi gerekir. Bu süre içerisinde, cumhûrun da görüş beyan ettiği üzere, dışarı çıkmamayı geceye hasretmek daha isabetli gözükmetedir. Üç talâkla birbirlerinden ayrılan eşlerin hükmünü de, bu doğrultuda değerlendirmek gerekir.

Kadının şiddet görmesi, can ve mal güvenliği tehlikesi yaşaması durumunda iddet beklediği yeri terk edebileceği veya kocasına ya da akrabalarına zarar vermesi durumunda başka bir eve nakledilebileceği konusunda, fıkıh âlimleri ittifak etmişlerdir. Yine hangi çeşit iddet olursa olsun, bu süre içerisinde yolculuk yapılamayacağı ve farz dahi olsa hacca gidilemeyeceği konusunda, Zâhirî mezhebi dışında ittifak edilmiştir.

İddetin evde beklenmesi, günümüzde çalışan kadın için mer'î hukuka göre, işinden atılmasına sebebiyet olmaktadır. Öncelikle, iş kanununda kadınların iddet beklemelerini dikkate alan kanuni düzenlemenin yapılması zarûridir. Fakat böyle bir düzenlemenin olmaması durumunda, kadının vefat sonucu beklediği iddet süresi içerisinde işini yapmak için evden çıkabileceği konusunda ittifak vardır. Bâin talâk iddetinde, evinden çıkmaması durumunda işten atılma ve geçim sıkıntısıyla karşı karşıya kalma tehlikesi söz konusuysa, mesai saatleri içerisinde işine devam etmesinin mubah olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Çoğunluğu teşkil eden fıkıh âlimlerine göre de, bâin talâk iddetinde kadının gündüz vakitlerinde ihtiyaçlarını karşılamak için dışarı çıkması câizdir. Fakat ric'î talâk iddetinde, kadının zarûrî bir durum söz konusu olmadığı sürece işine gitmemesi gerekir. Bunun için aylıksız izin alma seçenekleri de dahil olmak üzere bütün kanuni haklarını kullanması gerekir. Geceleyin çalışanlar için de, aynı durum söz konusudur.

YATSI NAMAZININ SON VAKTİNE DAİR GÖRÜŞÜN HANEFİ MEZHEBİNDEKİ EVRİMİ VE TEMELLERİ

Dr. Fatih ORUM*

Özet: Nisa sûresinin 103. âyetinde namazın müminlere belirli vakitlerde farz kılındığı bildirilir. Bu, her bir farz namazın son vaktinin olduğunu gösterir. Vaktin namaz için önemi bu kadar büyükse, bu konuda herhangi bir ihtilaf olmamalı; vakit konusunda kat'îlik ve netlik bulunmalıdır. Çünkü namazın tüm ümmetlere farz kılınan bir ibadet olduğu bilinmektedir. Nebî (a.s.)'dan, en fazla fiili uygulamanın gözlemlenip nakledildiği, vakitle mukayyet olduğu için savaş halinde cephede dahi terkine izin verilmeyen bir ibadetin vakti konusunda, o ibadeti geçersiz kılacak herhangi bir ihtilaf beklenmez. Bununla birlikte, yatsı namazının son vaktinin ne olduğu hususu, mezheplerin tarihi gelişim süreçleri içerisinde değişim göstermiş dikkat çekici konulardan biridir. Bazı fikhî mezheplerin imamı ile takipçileri arasında bu konuda bir değişimin gözlemlendiği söylenebilir. Bu çalışmada, Hanefi mezhebinin tarihi seyri içerisinde yatsı namazının son vaktine dair görüşün nasıl bir evrim geçirdiği ve bunun temellendirilmesinin ne şekilde yapıldığı üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Namaz, Vakit, Gece, Yatsı, Fecr.

Fundamentals and Evolution of the Opinion About End of Isha Prayer Time in Hanafi Sect

Abstract: In surah Nisa 4/103, praying was described as timely obligation. This shows us that each prayer has its own defined time. If time has such an importance for prayers then there should be no controversy but certainty and clarity about it, since praying is known as its existence amongst all other religious communities. Praying, which mostly observed and carried on from Allah's Messenger and not even permitted to quit during the time of war since its times are certain, is such a worship where no conflicts expected to void. Nonetheless, the end of isha prayer, shows many changes during the historical development of the religious orders. A change can be observed on some of the leaders and followers of these orders. In this work the evolution of end of isha in Hanafi cult during the historical periods and the way of evolution established was explained.

Keywords: Praying, Praying Time, Night, İsha Prayer, Twilight.

GİRİŞ

Nisâ sûresinin 102. âyetinde, cephede düşman saldırısı tehlikesinin olduğu bir durumda dahi, vakti giren bir namazın nasıl kılınacağı detaylı bir şekilde anlatılır. Çoğu insanın hayatında ya hiç karşılaşmayacağı yahut nadiren karşılaşabileceği böylesi özel bir durumun Kur'ânda ayrıntılarıyla açıklanmış olması, dinde namazın

* Araştırmaçı Yazar, fatihorum75@gmail.com

hayat-memat meselesine öncelenen nadir konulardan biri olduğunu gösterir. Namazın namaz olabilmesi, onun vaktinde kılınabilmesi ile mümkündür. Zaten aynı sûrenin 103. âyetinde namazın müminlere belli vakitler içerisinde farz kılındığı bildirilerek, 102. âyeti okuyan kişilerin aklına gelebilecek “Ölüm korkusu halinde namazla uğraşılmayıp daha sonra kılınsa olmaz mı?” şeklindeki muhtemel bir soruya namazda vaktin önemi üzerinden net bir cevap verilmiş olmaktadır.

Vaktin namaz için önemi bu kadar büyükse, bu konuda herhangi bir ihtilaf olmamalı, vakit konusunda kat’ilik ve netlik bulunmalıdır. Kaldı ki namaz tüm ümmetlerde, herhangi bir değişime uğramadan var olduğu bilinen bir ibadettir.¹ Nitekim Cibrîl’in Rasûlullah (s.a.v.)’e iki gün ardı ardına imamlık yaptığı meşhur rivayetin sonunda yer alan “Ey Muhammed! Bu senden önceki nebîlerin ibadet vaktidir; ibadet vakti bu iki vaktin arasındır.”² şeklindeki ifade, namaz vakitleri hususunda zaman ve mekana göre değişmeyip sabit kalmış genel-geçer bir durumun olduğunu göstermesi açısından dikkat çekicidir.³

O halde insanlık tarihi kadar eski olduğu bilinen, Rasûlullah’tan en fazla fiili uygulamanın gözlemlenip nakledildiği, vakitle mukayyet olduğu için cephede dahi terkine izin verilmeyen bir ibadetin vakti konusunda, o ibadeti geçersiz kılacak herhangi bir ihtilaf beklenmemelidir. Beklenti böyle olsa da; bu konuda, mesela yatsı namazının son vaktinin ne olduğu hususunda mezhep imamları ile onların takipçileri arasında, bazen de mezheplerin genel kabulüne muhalefet gösterenler arasında görüş farklılıklarının olduğu, konuya derinlemesine eğilenlerin malumudur.

Kur’ân bize bazı ümmetlerin namazı zayı ettiklerinden bahseder.⁴ Bugün bazı din mensuplarının namaz konusundaki genel tavırları bunun günümüzdeki canlı örneğini oluşturur. Namazı zayı etmek, onu büyük ölçüde terk etmenin yanı sıra onun olmazsa olmaz bazı unsurlarını, mesela vakit şartını ihlal etmekle de olabilir. Böylesi bir durumun, namaz kılan Müslümanlar açısından geçmişte ve günümüzde de yaşanıp yaşanmadığı cevaplanması gereken sorulardan biridir. Çalışmamızda bu soruyu Hanefi mezhebi bağlamında cevaplandırmaya çalışacağız.

Bugün Hanefi mezhebinde kabul edilen görüşe göre, yatsı namazının vakti

1 Bakara 2/43, 45, 83, 125, 183, 187, 197, 203; Âl-i İmrân 3/96; Mâide 5/12, 27; Arâf 7/29-31; Yûnus 10/87; İbrahim 14/35-40; Meryem 19/26, 31, 54-55, 58-59; Enbiyâ 21/73; Hacc 22/26, 34; Tâ Hâ 20/14; Lokmân 31/17; Beyyine 98/4-5. Namaz, zekat, oruç, hac, kurban gibi ibadetlerin önceki ümmetlerde de olduğunu ve bunların, Rasûlullah’a risalet görevinin verildiği dönemde bilindiğine dair bkz. Kur’ân’ın Anlaşılmasına Katkısı Açısından Kur’ân Öncesi Mekke Toplumunu, 8. *Türkiye Tefsir Akademisyenleri Buluşması*, Sempozyum, İstanbul, 2011; Hüseyin Alan, *Hz. Peygamber Öncesi Mekke ve Arabistan*, Beyan, İstanbul, 2012; İzzet Derveze, *Kur’ân’a Göre Hz. Muhammed’in Hayatı*, Düşün, İstanbul, 2012; Enver Şuayb el-Abdûs-selâm, *Şer’u Men Kablenâ*, s. 239 vd.; Fatih Orum, “Âyet ve Rivâyetlerin Reddettiği Bir İddia: “Salât”tan Bihaber Ahfâd-ı Peygamber”, *Kitap ve Hikmet*, yıl:2 sayı: 4, 2014, s. 16 vd.

2 Tirmizi, *Mevâkîf*, 1; Ebû Davud, *Salât*, 2. İbare şöyledir: يا محمد هذا وقت الأنبياء من قبلك والوقت فيما هذين الوقتين

3 İbn Hıbbân söz konusu rivayette geçen “هذا وقتك ووقت الأنبياء قبلك” şeklindeki ifadeyle ilgili olarak “Bu hadiste şeriatımızın bazı hükümlerinin bizden öncekilerin şeriatlarının bazı hükümleriyle uyduğuna dair açık bir beyan vardır” der. Bkz. a.g.m., Sahihu İbn Hıbbân, Beyrut 1993, XIV, 112.

4 Meryem 19/59.

sabah namazının vakti girinceye kadar devam etmektedir. Çalışmamızda, Hanefi mezhebinin erken dönem kaynakları ile sonraki kaynaklar arasında yatsı namazının son vakti konusunda herhangi bir değişimin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmeye çalışacağız. Önce erken dönem kaynaklarda konuyla ilgili hangi ifadelerin kullanıldığını, bu ifadelerin sonrakilere tarafından nasıl yorumlandığını, ardından da bu konuda mezhep kaynaklarında herhangi bir değişimin gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleşmiş ise bu değişimin nasıl temellendirildiğini ele alacağız. Bu bağlamda Hanefi mezhebinde yatsı namazının son vakti hususunda genel kabulün oluşmasında etkisi olduğu anlaşılan Tahâvî (ö. 321/933)'nin konuyla ilgili naklettiği rivayetler ve bu rivayetlerden hareketle yapmış olduğu tespitlere yer verecek ve bu konuda yeri geldikçe değerlendirmelerde bulunacağız.

A. ERKEN DÖNEM KAYNAKLARDA YATSI NAMAZI VAKTİNİN BİTİŞİNE DAİR İFADELER

Hanefi mezhebinin en erken kaynaklarından sayılan ve İmam Muhammed (ö. 189/805)'e nispet edilen “el-Asl” isimli eserin “namaz vakitleri” bölümünde yatsı namazının vakti şöyle ifade edilir:

“Yatsının vakti, şafağın⁵ kaybolmasından gecenin yarısına kadardır.”⁶

Devamında da, gecenin yarısı geçtikten sonra; fecr doğmadan önce, yatsı namazını kılan kişinin namazının da geçerli olacağı ancak o saate kadar namazı geciktirmenin mekruh⁷ olduğu söylenir ki metinde geçen bu ifadenin değerlendirilmesi biraz ileride yapılacaktır.⁸

5 Kitapta şafağın Ebû Hanîfe'ye göre ufuktaki enlemesine beyazlık; İmameyn (Ebu Yusuf ve İmam Muhammed)'e göre ise kızılık olduğu söylenir. Ancak devamında Ebû Hanîfe'nin de şafak için kızılık dediği rivayet edilir. (İmam Muhammed, *el-Asl*, Beyrut, 1990, I, 146)

6 İmam Muhammed, *el-Asl*, I, 146. İbare şöyledir: “قلت رأيت وقت العشاء متى هو قال من حين يغيب الشفق إلى نصف الليل.” İbarenin tam tercümesi şöyledir: “Dedim ki: ‘Yatsı namazının vaktinin ne olduğu hususunda görüşün nedir?’ Şöyle dedi: ‘Şafağın kaybolmasından gecenin yarısına kadardır.’” İbarede geçen soru-cevap üslubuna dair bkz. Fatih Orum, *Fıkıh Usulünde Kıyas Metodu (Zâhiru'r-rivâye Örneği)*, İstanbul, 2009, s. 33-34.

7 İbarede geçen “أكروه” ifadesinin, el-Asl'a bakıldığında, mekruh anlamına geldiği görülür. İfade kitabın pek çok yerinde, yapılması hoş karşılanmamakla birlikte yapılamı geçersiz kılamayan durumlar için kullanılır. Nitekim yukarıdaki metinde de böyle kullanılmış, namazı o saate kadar geciktirmek hoş görülme de namaz geçerli sayılmıştır. Benzer kullanımlar için bkz. İmam Muhammed, a.g.e., I, 145; I, 199; I, 203; I, 211. Kitapta bazen de bu ifade “أكروه ذلك أشد” şeklinde ağırlaştırılarak “bunu şiddetle mekruh görüyorum” anlamında kullanılmıştır. (İmam Muhammed, a.g.e., I, 209) Bununla birlikte kitapta bazen bu ifadenin kullanılmasının akabinde, yapılanın geçersiz olduğuna hükmedildiği de görülür. Mesela, Ebû Hanîfe'nin, namazda mushafa bakarak kıraat etmeyi mekruh gördüğü nakledildikten sonra bu fiilin namazı fasid yaptığı görüşü aktarılır, ardından da İmam Muhammed, bu fiilin mekruh olsa da namazın tam olduğunu söyler. (İmam Muhammed, a.g.e., I, 206)

8 İmam Muhammed, *el-Asl*, I, 146. İbare şöyledir: “قلت رأيت من صلاحها قبل أن يطلع الفجر بعد ما مضى نصف الليل قال يجزيه ولكن أكروه له أن.” İbarenin tam tercümesi şöyledir: “Dedim ki: ‘Gecenin yarısı geçtikten sonra; fecr doğmadan önce namazı kılan kişi hakkında görüşün nedir?’ Şöyle dedi: ‘Namaz geçerlidir. Ancak bu saate kadar geciktirmesini mekruh görüyorum.’” Hanefi kaynaklarında, yatsıyı gecenin yarısından sonraya geciktirmenin mekruh oluşu “cemaatin azalması” ile gerekçelendirilir. Bkz. Semerkandi, *Tuhfetü'l-fukahâ*, I, 107; Merginânî, *el-Hidâye*, I, 3.

Yukarıda görüldüğü üzere, Ebû Hanîfe (ö. 150/767)'ye göre yatsı namazının vakti, “şafağın kaybolması”ndan “gecenin yarısı”na kadardır. İbarede geçen “şafağın kaybolması (يغيب الشفق)” ifadesiyle batı ufkunda oluşan siyah, beyaz ve kıvı çizgilerin dağılmaya ve birbirine karışmaya başladığı ve güneşin ufku 9° altına indiği ân kastediliyor olmalıdır.⁹ Aynı ifade akşam namazının sonunu, yatsı namazının başlangıcını ifade etmek için bazı rivayetlerde de geçer. Mesela meşhur Cibril hadisinde, ilk gün Cibril'in yatsı namazını şafak kaybolunca (حين غاب الشفق) kıldırıldığı nakledilir.¹⁰ İbarede geçen “gecenin yarısı (نصف الليل)” ifadesiyle –ki şayet ifade olduğu gibi aktarılmış, mesela asıl ifade “gecenin ortası (وسط الليل)” değilse- yatsı namazının son vaktinden, yani havanın tamamen karardığı ândan (ğasaku'l-leyl) sabah namazının vakti girinceye (fecn-i sâdik) kadarki kısım kastediliyor olmalıdır. Bunu şöyle gösterebiliriz:

Tablo 1: Gecenin yarısı			
Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Gecenin yarısı	Sabah namazı vakti

Yukarıdaki ifadeye göre Ebû Hanîfe, yatsı namazının son vaktinin gecenin ilk üçte birlik¹¹ kısmının sona erdiği; seher vaktini de içine alan gecenin yarısının başladığı âna kadar olduğunu söylemektedir. Aynı kitapta, “yatsı namazının, şafağın kaybolmasının hemen ardından mı kılınacağı yoksa bir vakte kadar geciktirileceği mi” hususu ele alınırken, Ebû Hanîfe'nin, yatsı namazını şafağın kaybolma ânı ile gecenin üçte birlik kısmı arasındaki bir zamana geciktirmenin daha iyi olacağına dair görüşü nakledilir.¹² Buradan da yatsı namazının son vakti için, gecenin ilk üçte birlik kısmının sonunun esas alındığı anlaşılmaktadır. Çalışmanın ileriki aşamasında, Âyet ve rivayetlerde geçen “gecenin üçte biri, üçte ikisi, yarısı, altıda biri” gibi ifadelerin ne anlama geldiğine dair bilgi verilecektir. Bu durumda belki Ebû Hanîfe, “gecenin yarısı (نصف الليل)” ifadesiyle, gecenin üç kısmını dikkate alarak, yatsının vaktinin sona ermesinden seher vaktine kadar devam eden gecenin ikinci üçte birlik kısmını (gecenin ortası = وسط الليل) da kastediyor olabilir. Bunu şöyle gösterebiliriz:

9 Abdulaziz Bayındır, <http://www.suleymaniyevakfi.org/ramazan-ve-oruc/namaz-ve-oruc-vakitleri-brsadece-muslim-olanlar-icin.html>

10 Tirmizi, Mevâkît, 1. Ayrıca bkz. Buhâri, Mevâkîtü's-salât, 23, Ezân, 162; Müslim, Salâtü'l-müsâfirîn, 48, Mesâcid, 173; Ebû Davud, Salâtü's-sefer, 5, 10. Aynı vakte işaret etmek için bazı rivayetlerde “حين يغيب الأفق” ifadesi de geçmektedir. Bkz. Dârakutnî, Salât, 9.

11 Akşam ve yatsı namazı vakitlerinden oluşan bölüm için gecenin ilk üçte birlik kısmı ifadesinin kullanılması, yatsı namazının sonunu ifade etmek için bazı rivayetlerde geçen “ثلث الليل الأول = gecenin ilk üçte birlik kısmı” şeklindeki ifadelerle dayanmaktadır. Bkz. Buhâri, Mevâkîtü's-salât, 23, Sıfatü's-salât, 77; Müslim, el-mesâcid ve mevâdî'u's-salât, 173.

12 İmam Muhammed, *el-Asl*, I, 147. İbare şöyledir: “قلت رأيت وقت العشاء أ يصل إليها حين يغيب الشفق أو يؤخرها قال أحب ذلك إلي أن يؤخرها إلى ما”
”بينه وبين ثلث الليل”

Tablo 2: Gecenin ortası				
Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Gecenin ortası	Seher vakti	Sabah namazı vakti
Gecenin ilk üçte birlik kısmı		Gecenin ikinci üçte birlik kısmı	Gecenin son üçte birlik kısmı	

Yukarıda da görüldüğü üzere, yatsı namazının son vaktine dair rivayetlerde ve bazı metinlerde geçen “إلى ثلث الليل” ve “إلى نصف الليل” şeklindeki iki ayrı ifadenin zaman bakımından esasında aynı anlama geldiğine dair ileride açıklama yapılacaktır.

el-Asl'da Ebû Hanîfe'nin, yatsının son vakti için “gecenin yarısı” ifadesini kullanırken, vitir namazının son vakti için “fecre kadar” ifadesini kullanmış olması da önemlidir. O böylelikle yatsının vaktinin fecrin doğuşuna kadar devam etmediğini söylemiş olmaktadır.¹³ Ayrıca bu ifadelerinden hareketle onun zihnindeki üçlü gece taksimine göre, yatsının son vaktini ifade etmek için “gecenin yarısı” ifadesinin yanı sıra “gecenin ortası” ifadesinin de kullanılabileceği anlaşılabilir ki her iki ifade ile kastedilen ânın başlangıcı aynıdır. Yukarıda bu ihtimalden sözedilmişti. Öte yandan kitapta Ebû Hanîfe'nin, vitrin başlangıcı için “yatsı namazını kıldıktan sonra” demesi de onun vitrin müstakil bir vakti olduğu düşüncesinde olduğunu gösterir. Onun, seher vaktinde vitir namazını kıldıktan sonra yatsı namazını abdestsiz kıldığını hatırlayan kişinin vitri iade etmesine gerek olmadığını söylemesi de bu doğrultuda anlaşılabilir.¹⁴

Yukarıda Ebû Hanîfe'nin, yatsının sonunun gece yarısına kadar olduğuna dair görüşünü aktarmıştık. Bu ifadelerinden, Ebû Hanîfe'ye göre gecenin üç bölüme ayrıldığı, yatsı namazının son vaktinin, gecenin ilk üçte birlik bölümünün sonu olduğu anlaşılır. Kitapta akşam namazının vaktinin de güneşin batışından şafağın kaybolmasına kadarki kısmı olduğu söylendiğine göre,¹⁵ Ebû Hanîfe'ye göre akşam namazının başlangıcı (güneşin batışı) ile yatsının sonu (gecenin yarısının başlaması) arasındaki vakit, gecenin ilk üçte birlik kısmını oluşturmaktadır. Ebû Hanîfe, gecenin ilk üçte birlik kısmının yanı sıra bir de gecenin yarısı kavramını kullandığına göre, o, gecenin yarısı denilen kısmı, seher vaktini dışarıda tutarak gecenin ortası yani gecenin üç kısmından biri olarak görüyor olmalıdır (bkz. Tablo 2). Bu durumda ona göre gecenin üçte birlik bir kısmı daha olmalıdır. Ancak Ebû Hanîfe'nin, “gecenin yarısı” dediği kısma, gecenin son üçte birlik kısmının ilk bölümü olan seher vaktini de dahil etmiş olma ihtimali unutulmamalıdır (bkz. Tablo 1).

13 İmam Muhammed, *el-Asl*, I, 147-148.

14 İmam Muhammed, *el-Asl*, I, 148.

15 İmam Muhammed, *el-Asl*, I, 146. İbare şöyledir: “قلت رأيت المغرب متى هو قال من حين تغرب إلى أن يغيب الشفق”

Toparlayacak olursak, yatsı namazının son vaktiyle ilgili olarak, “gecenin yarısına kadar” ifadesini kullanmış olması, bir başka yerde de aynı vakitten “gecenin üçte biri” olarak bahsetmesi, Ebû Hanîfe’nin, gecenin yarısının başlamasından yani gecenin ilk üçte birlik kısmının sona ermesinden başlayıp gecenin son üçte birlik kısmına kadar devam eden bir kısmın varlığını kabul ettiği anlamına gelmektedir. Gecenin ilk üçte birlik kısmının sonu, dolayısıyla gecenin ortasının yani ikinci üçte birlik kısmının başı ile gecenin son üçte birlik kısmının başı ve de sonunun ona göre hangi vakit olduğunu kitaptaki ifadelerden çıkaramıyoruz. Ancak onun, gecenin ikinci üçte birlik kısmının, havanın tamamen kararması ile başladığı görüşünde olduğunu tahmin ediyoruz. Aynı şekilde ona göre gecenin son üçte birlik kısmı da fecr-i kaziple yani seher vaktiyle başlayıp güneşin doğuşuyla bitiyor olmalıdır. Ebû Hanîfe’nin gece taksimine dair ihtimalleri yaklaşık olarak şöyle gösterebiliriz:

Tablo 3: Tahmini Ebû Hanîfe’ye göre gece taksimi				
Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Gecenin yarısı		Sabah namazı vakti
Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Gecenin ortası	Seher vakti	Sabah namazı vakti
Gecenin ilk üçte birlik kısmı		Gecenin ikinci üçte birlik kısmı	Gecenin son üçte birlik kısmı	

el-Asl’da, yatsı namazını gecenin yarısı geçtikten sonra, fecrin doğuşundan önce kılan kişinin de namazının geçerli olduğuna dair ifadeler hakkında ihtiyatlı davranmamızı gerektirecek bir durum söz konusudur. Yukarıda izah edildiği gibi, Ebû Hanîfe’nin “gecenin yarısı” ifadesiyle “gecenin ortası”nı da kastetme ihtimali vardır. Bu durumda Ebû Hanîfe’ye göre yatsının vaktinin çıkmasıyla gecenin ortasının sona erip gecenin son üçte birlik kısmının başlaması arasında namazın kılınıp kılınmayacağına dair bir ifadesi olmamasına rağmen Ebû Hanîfe’den, gecenin yarısından sonra yani gecenin son üçte birlik kısmında kılınan namazın geçerli olacağına dair ifade nakledilmektedir. Yani Ebû Hanîfe’nin, gecenin ikinci kısmında yatsı namazının kılınabileceğini söylememesine rağmen, en azından buna dair bir nakilde bulunulmamasına rağmen, üçüncü kısımda kılınabileceğini söylüyor olması dikkat çekmektedir. Bunun metne daha sonra sokulmuş olma ihtimali vardır ve bu tüm nüshaların tetkikiyle neticelenebilecek müstakil bir araştırma konusudur.

Serahsî (ö. 483/1090), yatsı namazının son vaktine dair İmam Muhammed’in aktardığı yukarıdaki görüşe “(Ebû Hanife) kitapta (el-Asl’da) gecenin yarısına kadardır, demiştir (فقد قال في الكتاب إلى نصف الليل).” şeklinde atıfta bulunduktan sonra şu eklemeyi yapar:

“Bundan kastedilen, yatsı namazının geciktirilmesinin mübah olduğu vakti açıklamaktır. İdrak vakti ise, ikinci fecrin doğuşuna kadar uzar.”¹⁶

Serahsî “idrak vakti” kavramını, namaz vakti konusunda, “mekruh da olsa kılınan namazın geçerli kabul edildiği vakit” anlamında kullanmaktadır. Mesela o bu bağlamda, fecrin doğumundan önce Müslüman olan ya da bülûğa eren kişinin yatsı namazını kılması gerektiğini söyler.¹⁷ Yine akşam namazının son vaktinin şafağın kaybolma ânı olduğunu söyledikten sonra, güneşin batmasından sonra bu namazı kılmanın gerektiğini, tehir etmenin mekruh olduğunu ama bununla birlikte idrak vaktinin şafağın kaybolmasına kadar sürdüğünü belirtir.¹⁸ Oysa çalışmanın ileriki aşamalarında görüleceği üzere, Rasûlullah, yatsı namazının en faziletli vaktinin, şafağın kaybolması ile gecenin ilk üçte birlik kısmı arasındaki vakit değil, gecenin üçte birlik kısmının son ânları olduğunu söylemiştir. Esasında aynı anlama gelen ifadeler Ebû Hanîfe’den de nakledilir. Daha önce de geçtiği üzere, “yatsı namazının, şafağın kaybolmasının hemen ardından mı kılınacağı yoksa bir vakte kadar geciktirileceği mi” sorusuna Ebû Hanîfe’nin “yatsı namazını şafağın kaybolma ânı ile gecenin üçte birlik kısmı arasındaki bir zamana geciktirmenin daha iyi olacağı” şeklinde cevap verdiği nakledilir.¹⁹ Bu durumda ortada, birinin müstehab vakti başı, diğerinin müstehab vakti sonu olan iki ayrı namaz vardır. Bu yönüyle ikisi arasında benzerlik ilişkisi kurulamaz. Bunu şöyle gösterebiliriz:

Tablo 4: Akşam ve Yatsı namazlarının müstehab vakitleri			
İkinci namaz vakti	Akşam namaz vakti	Yatsı namaz vakti	Gece namaz vakti
	↓		↓
	Akşamın müstehab vakti		Yatsının müstehab vakti

Serahsî’nin, yatsı namazına dair Ebû Hanîfe’nin “gecenin yarısına kadardır” şeklindeki sözünü yatsının müstehab vaktine yorumlaması, diğer namaz vakitlerinin kitaptaki izah tarzıyla da uyuşmamaktadır. Mesela kitapta akşam namazının vaktinin, şafağın kaybolmasına kadar olduğu açıkça belirtildikten sonra akşam namazının şafağın kaybolmasına kadar geciktirilmesinin mekruh olması ayrı bir cümleyle ifade edilmekte, böylece namaz vakitlerinde sınırların, müstehab vakitlerin de dikkate alınarak çizildiği anlaşılmaktadır.²⁰ Bu, kitapta akşam namazının sınırlarının Serahsî’nin iddia ettiği şekliyle, o vaktin müstehab vakti dikkate alı-

16 Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut 1989, I, 145. İbare şöyledir: “والمراد بيان وقت إباحة التأخير فَمَا وقت الإدراك فيمتد إلى طلوع الفجر الثاني”

17 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 145.

18 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 144.

19 İmam Muhammed, *el-Asl*, I, 147. İbare şöyledir: “قلت رأيت وقت العشاء أيضا حين يغيب الشفق أو يؤخرها قال أحب ذلك إلى أن يؤخرها إلى ما”
”بينه وبين ثلث الليل”

20 İmam Muhammed, *el-Asl*, I, 146.

narak değil, müstehab ve mekruh vakitlerin birlikte belirlendiğini göstermektedir. Benzer durum kitaptaki diğer namaz vakitlerine dair ifadeler için de geçerlidir.²¹ Yatsı namazı için de son sınır olarak gecenin yarısına kadar denildiğine göre bu ifadeden sadece yatsıya münhasıran müstehab vakit istidlali yapmak kitabın izah tarzına aykırı yaklaşım olur.

Serahsî'nin idrak vakti kavramına esin kaynağı olmuş mudur bilemiyoruz ama idrak kelimesine aynı konuyla bağlantılı olarak Cessâs (ö. 370/981)'ta da rastlamaktayız. Cessâs, yatsı namazının son vaktinin fecrin doğuşuna kadar olduğu hususunda fukaha arasında ihtilaf olmadığını ve fecrin doğuşundan önce bülüğa eren, Müslüman olan yahut âdeti sona eren kadına yatsı namazının gerektiğini söyler.²² Cessâs, yatsı namazının son vakti konusunda, gecenin yarısı geçinceye (إلى أن حتى يذهب) veya bir başka rivayete göre gecenin üçte biri geçinceye kadar (حتى يذهب ثلث الليل) şeklindeki ifadeyi zikrettikten sonra yatsı namazıyla ilgili olarak “gecenin yarısından sonraya geciktirilmesi mekruhtur” der ve ardından şu ifadeyi kullanır:

“Yatsının vakti ancak fecrin doğuşu ile sona erer.”²³

Sonrasında es-Sevri (ö. 161/778) ve Hasen b. Salih (ö. 168/785)'in, yatsının son vaktinin gecenin üçte birine kadar olduğuna dair görüşlerini verir ve o ikisinin bununla, müstehab vakti kastetme ihtimalleri olduğunu söyler. İşte Cessâs burada şu ifadeyi kullanır:

“Fukaha arasında, yatsının fecrin doğuşuna kadar sürdüğü hususunda herhangi bir ihtilaf yoktur.”²⁴

Cessâs, yatsının son vaktinin gecenin yarısına kadarki vakit olduğuna dair rivâyetlerden kastedilenin “müstehab vakit” olduğu hususundaki ısrarını pek çok yerde dile getirir. Mesela, İsra sûresinin 78. âyetinde geçen “إلى غسق الليل = gecenin kararmasına kadar” ifadesi ile kastedilenin gecenin yarısı olduğunu söyler ama bununla kastedilenin yatsının müstehab vakti olduğunu belirtme ihtiyacı hisseder.²⁵

Şimdi tekrar İmam Muhammed'in “el-Asl” isimli eserine dönelim. Kitapta yatsı namazının vaktiyle ilgili bir başka ifadeye, gecenin ilk üçte birinde, bu üçte birlik bölümün de yatsı namazı vakti kısmında âdeti sona eren bir kadının yatsı namazını geciktireceği son âna dair meselenin ele alındığı yerde rastlanmaktadır. Gecenin başında, yatsı namazı vaktinde, âdeti sona eren ama âdet akıntısının devam etmesinden de endişelenen bir kadının gusül abdestini ve yatsı namazını hangi zamana kadar geciktirebileceğine dair soruya, Ebû Hanîfe'nin “bu durumdaki bir kadının

21 İmam Muhammed, *el-Asl*, I, 144 vd.

22 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Beyrut, trs., II, 273, 278.

23 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, II, 278.

24 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, II, 278.

25 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, III, 206.

guslü ve namazı, gecenin yarısının başlamasına, ancak gusül alıp namazı kılmaya yetecek vakit kalıncaya kadar ertelemesinin iyi olacağı” şeklinde verdiği cevap nakledilir.²⁶ Bu durumu şöyle gösterebiliriz:

Tablo 5: Yatsının geciktirilebileceği son ân			
İkinci namazı vakti	Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Gece namazı vakti

↓
Guslün ve yatsı namazının
geciktirilebileceği en son ân

Serahsî, sözü edilen meseleye dair Ebû Hanife'nin yukarıda naklettiğimiz ifadelerini benzer bir ibareyle İmam Muhammed'in kitabına nispet ederek verdikten sonra şu ilavede bulunur:

“Yatsının vakti fecrin doğumuna kadar devam eder. Ancak gecenin yarısından sonrasına geciktirmek mekruhtur.”²⁷

İmam Muhammed'in ibaresinde olmayan yukarıdaki cümle Serahsî'nin görüşüdür. O, kitapta gecenin yarısı ile sona erdiği bildirilen yatsı namazının son vaktini fecrin doğuşuna kadar uzatma hususunda ısrarcıdır. Kerahatle de olsa yatsının fecre kadar uzayabileceğine dair ifade el-Asl'da, yatsı namazının vaktine dair bölümde geçmektedir ki buna yukarıda değinmiştik.

Erken dönem Hanefi kaynaklarında yatsı namazının sonuyla ilgili olarak ifadeler İmam Muhammed'in “el-Huce ‘alâ ehl-i Medine” isimli eserinde de rastlıyoruz. İmam Muhammed, eserin “Kûfe Ehli ile Medine Ehli arasında namaz ve vakitleri konusundaki ihtilaflar” başlığı altında, akşam namazının son vaktinin belirlenmesinde esas alınacak şafağın kırmızılık mı yoksa beyazlık mı olduğu hususundaki Ebû Hanife ile diğer imamlar arasındaki meşhur ihtilafa değindikten sonra, Abdullah b. Amr b. el-’Ass (ö. 65/684)'ın Rasûlullah'tan naklettiği bir rivayete yer verir. Rivayete göre Rasûlullah namaz vakitlerine dair şöyle söylemiştir:

“Öğlenin vakti ikindiye, ikindinin güneş sararınca, akşamınki şafağın kırmızılığı kayboluncaya, yatsının gecenin yarısına (الى نصف الليل), sabahınki güneş doğana kadardır.”²⁸

26 İmam Muhammed, *el-Asl*, I, 461-462. Yukarıda anlam olarak naklettiğimiz cümlenin aslı kitapta şöyle geçmektedir: “أحب إلي هذه أن تدع الصلاة والغسل حتى يبقى من نصف الليل الأول ما تقدر على أن تتنسل وتصلي قبل أن يمضي النصف الأول من الليل نص عليه محمد رحمه الله تعالى في آخر الكتاب فقال إذا انقطع الدم عنها في وقت” Yukarıdaki ibarenin tercümesi şöyledir: “İmam Muhammed kitabın sonunda buna şöyle yer vermiştir: (Ebû Hanife) şöyle dedi: Bu kadının âdet kanı yatsı namazı vaktinde kesilirse, yatsı namazını, gecenin yarısından önceki bir vakte; gusül edip namazı kılabileceği bir vakte kadar geciktirir.” Serahsî, *el-Mebsût*, III, 208.

27 Serahsî, *el-Mebsût*, III, 208. İbare şöyledir: “ووقت العشاء يبقى إلى طلوع الفجر ولكن التأخير إلى ما بعد نصف الليل مكروه”

28 İbare şöyledir:

ان تطلع الشمس الظهر ما لم تحضر العصر والعصر ما لم تصغر الشمس والمغرب ما لم يسقط ثور الشفق والعشاء إلى نصف الليل والفجر إلى

İmam Muhammed hemen devamında, Ebû Hanîfe'nin naklettiği ve Rasûlullah'ın, namaz vakitlerini soran bir adama verdiği cevapla ilgili bir rivayetten bahseder. İmam Muhammed bu rivayetin ayrıntılarını bu bölümün sonunda verir. Bu rivayette Rasûlullah yatsı namazını ikinci gün gecenin ilk üçte birlik kısmının sonunda (حتى كان ثلث الليل الأول) kıldırıştır.²⁹ İmam Muhammed bu rivayeti Ebû Hanîfe'den naklettiğine göre Ebu Hanife, yatsının sonuna dair görüşünde bu rivayeti de dikkate almış olmalıdır. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere “el-Asl”da onun yatsının sonu olarak gecenin yarısı dediğini görmüş ve bu ifade ile kastedilenin gecenin ilk üçte birlik kısmının son ânları olduğunu söylemiştik.

İmam Muhammed daha sonra İbn Abbas'ın namaz vakitleri hususunda şöyle dediğini nakleder:

“Öğlenin vakti ikindiye, ikindinin ki akşama, akşamın ki yatsıya, yatsının ki sabaha kadardır.”³⁰

Hadis kaynaklarında bulunmayan bu rivayetin ardından İmam Muhammed namaz vakitleriyle ilgili başka rivayetlere yer verir. Bu rivayetlerde yatsı namazının son vaktine dair “حتى كان ثلث الليل الأول = gecenin üçte birine kadar” ve “حتى كان ثلث الليل الأول = gecenin ilk üçte biri olana kadar” ifadeleri geçer.³¹

Ebû Hanîfe'ye göre yatsının son vaktinin, gecenin ilk üçte birlik kısmının sonu olduğunu diğer mezhep mensuplarının ifadelerinden de anlamaktayız. Mesela İbn Rüşd (ö. 595/1198), yatsının son vakti hususunda; (a) gecenin üçte birine (ثلث الليل), (b) gecenin yarısına (نصف الليل) ve (c) fecrin doğuşuna kadar (إلى طلوع الفجر) olmak üzere üç ayrı görüş olduğunu söyledikten sonra ilk görüş sahipleri arasında İmam Şâfi'i ve Ebû Hanîfe'nin isimlerini sayar.³² Mâverdî (ö. 450/1058) de, yatsının son vaktinin gecenin yarısına kadar olduğu görüşünde olanların arasında Ebû Hanîfe'nin ismini verir.³³ Ebû Bekr Kaffâl eş-Şâşi (ö. 507/1114), dört mezhebe göre fıkhi meseleleri özet olarak sunduğu “Hilyetü'l-‘ulemâ fi ma'rifeti mezhebi'l-fukahâ” isimli eserinde, İmam Şâfi'i'nin, yatsının son vaktine dair eski görüşünün “gecenin yarısına kadar” olduğunu söyledikten sonra Ebû Hanîfe'nin de bu görüşte olduğunu belirtir.³⁴

Rivayet için bkz. Müslim, el-mesacid ve mevâdi'u's-salât, 172, 173, 174; Beyhakî, es-Sünenü'l-kübrâ, Beyrut, 1992, I, 365 vd.; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, Kahire, 1995, VI, 423 (hn. 6966), 435-436 (hn. 6993).

29 Aynı rivayetin yatsı namazının sonuna dair ifadesiyle ilgili olarak “بعد ما ذهب ثلث الليل”, “حين ذهب ثلث الليل”, “حتى كان ثلث الليل” gibi farklı ibareler geçer. Tüm bu ibareler farklı ravi aktarımları olmalıdır. Dolayısıyla kastedilen, gecenin ilk üçte birlik kısmının son ânıdır.

30 İbare şöyledir:

وقت الظهر إلى العصر ووقت المغرب إلى المغرب ووقت العشاء ووقت العشاء إلى الفجر

31 İmam Muhammed, *el-Hucce 'alâ ehli'l-Medine*, Beyrut, 1403, I, 1 vd.

32 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, İstanbul, 1985, I, 75-76.

33 Mâverdî, *el-Hâvi fi fikhî's-Şâfi*, Kahire, 1994, II, 25.

34 Ebû Bekr Kaffâl eş-Şâşi, *Hilyetü'l-‘ulemâ fi ma'rifeti mezhebi'l-fukahâ*, Beyrut, 1980, II, 17.

B. SERAHSÎ VE SONRASI DÖNEM KAYNAKLARDA YATSI VAKTİNİN BİTİŞİNE DAİR İFADELER

Serahsî, yatsı namazının son vaktinin fecrin doğuşuna kadar sürdüğüne dair görüş için “Bu bize göre böyledir.” dedikten sonra, Cibril’in imametine dair hadis³⁵ sebebiyle İmam Şâfi’î (ö. 204/820)’nin, yatsı namazının son vaktinin, gecenin üçte biri geçene dek (آخر وقت العشاء حين يذهب ثلث الليل) olduğuna dair görüşüne atıfta bulunur. Serahsî İmam Şâfi’î’nin bu hadiste görüşüne delil aldığı kısmın, Cibril’in Rasûlullah’a ikinci gün yatsı namazını gecenin üçte biri geçerken kıldırıldığına dair bölüm olduğunu söyler. Söz konusu bölüm şöyledir:

“... İkinci gün bana yatsıyı gecenin üçte biri geçerken kıldırdı... (وصلى بي العشاء في اليوم الثاني حين يذهب ثلث الليل)”

Serahsî, daha sonra kendi görüşlerinin, yani yatsı namazının vaktinin fecrin doğuşuna kadar sürdüğüne dair görüşün deliline geçer, “Bizim delilimiz Ebû Hureyre (ö. 58/678) hadisidir.” der ve şu rivayeti nakleder:

“Rasûlullah şöyle dedi: ‘Yatsı namazının son vakti fecrin doğduğu andır. Yatsı namazı gece namazıdır. Gece devam ettiği sürece onun vakti devam eder.’”³⁶

Serahsî hemen devamında “Bir namazın vakti, bir başka namazın vakti girinceye dek çıkmaz.”³⁷ şeklinde bir rivayet daha aktarır ve “Bu ifade şayet sabitse bu da bize delil olur.” der, ancak bunun şâz olduğunu da belirtir.³⁸

Serahsî’nin yukarıdaki ifadelerinden hareketle ona göre, gecenin ilk üçte birlik kısmından sonra gecenin yarısına –ki bunun ölçütünün ona göre ne olduğunu tespit edemiyoruz- kadar devam eden ikinci kısım, gecenin yarısından sonra da fecrin doğuşuna kadar devam eden üçüncü kısım başlıyor olmalıdır. Ona göre sabah namazının vakti gecenin bir kısmı değildir. Nitekim onun, “Yatsı namazı gece namazıdır, gece devam ettiği sürece onun vakti de devam eder.” şeklinde devam eden yukarıdaki rivayeti yatsı namazının vaktine dair delil kabul etmesi de sabah namazını gece namazı olarak görmediğini ortaya koymaktadır. Ebû Hanife ile onun gece taksimi arasındaki fark da bu olmalıdır. Serahsî’nin zihninde de üçlü gece taksimi

35 İbn Abbas (r.a.)’ın bildirdiğine göre Rasûlullah (s.a.v.) namaz vakitleri konusunda şöyle buyurmuştur: “Cibril Kâbe’nin yanında bana iki kere imamlık yaptı. Birincisinde öğle namazını, gölgeler bir ayakkabı bağı kadar iken kıldırdı. Sonra her şeyin kendi gölgesi kadar olduğu zaman ikindiye kıldırdı. Güneşin battığı ve oruçlunun iftar ettiği saatte akşam namazını kıldırdı. Şafağın kaybolduğu saatte de yatsıyı kıldırdı. Sabah namazını da tan yerinin ağardığı, oruç tutana yemenin içmenin yasak olduğu saatte kıldırdı. Cibril ikinci kez imamlık yaptığında öğle namazını, çünkü ikindi vaktinde, her şeyin gölgesinin kendi boyu kadar olduğu vakitte kıldırdı. İkindiye, her şeyin gölgesi kendinin iki katı olduğu vakitte kıldırdı. Sonra akşam namazını ilk günkü vaktinde kıldırdı. Sonra yatsı namazını gecenin üçte biri geçerken kıldırdı. Sabah namazını da ortalık aydınlandığı sırada kıldırdı. Sonra Cibril bana döndü ve dedi ki, ‘Ey Muhammed, bu senden önceki nebilerin ibadet vaktidir. İbadet vakti bu iki vaktin arasındır.’” (Tirmizi, Mevâkit, 1)

36 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 145. İbare şöyledir:

ولنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله وأخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وصلاة العشاء صلاة الليل فيبقى وقتها ما بقي الليل

37 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 145. İbare şöyledir: “لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت صلاة أخرى”

38 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 145.

varsa –ki olmalıdır- “gecenin yarısı” ifadesiyle “gecenin ortası”nı kastediyor olabilir. Bu durumda ona göre akşam namazı ile yatsı namazının müstehap vakti dediği bölüm gecenin ilk üçte birlik kısmını oluşturur. Yatsının müstehap vaktinin bitiminden seher vaktine kadar devam eden bölüm ikinci üçte birlik; seher vaktinden sabah namazına kadar devam eden bölüm de son üçüncü kısmı oluşturur. Serahsî’ye göre sabah namazı gündüz namazı olduğundan sabah namazı vakti onun üçlü gece taksiminin dışında yer alıyor olmalıdır. Serahsî’ye göre tahmini olarak hazırladığımız gece taksimi şöyledir:

Gece				Gündüz
Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Gecenin ortası	Seher vakti	Sabah Namazı vakti
		Yatsı namazı vakti	Yatsı namazı vakti	
İlk üçte birlik kısım		İkinci üçte birlik kısım	Son üçte birlik kısım	

Serahsî’nin meşhur dediği “Yatsı namazının son vakti fecrin doğduğu andır. Yatsı namazı gece namazıdır. Gece devam ettiği sürece onun vakti devam eder.” şeklindeki rivayetin ibaresi hiçbir hadis kaynağında yer almamaktadır. O halde hadis olduğu söylenen bu rivayetin kaynağının ne olduğunu, bunun fıkıh kaynaklarına hadis olarak nasıl geçtiğini, yatsı namazının son vaktine dair Hanefi mezhebindeki görüşe nasıl dayanak teşkil ettiğini ele almamız gerekmektedir.

Serahsî’nin, yatsının son vaktinin fecrin doğuşuna kadar olduğuna dair mezhep görüşünü temellendirmek için naklettiği ve meşhur rivayet dediği yukarıdaki rivayetin özellikle “Yatsı namazının son vakti fecrin doğduğu andır (وآخر وقت العشاء حين) (يطلع الفجر)”. anlamındaki ilk kısmının menşeinin ne olduğuna dair ipuçlarını, aşağıda görüleceği üzere, bazı Hanefi fakihlerinin ifadelerinden yakalama imkanına sahibiz.

Mesela tıpkı Serahsî gibi yine bir Hanefi fakih olan Merginânî (ö. 593/1197), meşhur fıkıh eseri el-Hidâye’de yatsı namazının son vaktine dair şu ifadeleri kullanır:

“...Yatsının son vakti ikinci fecir doğana kadardır. Bunun delili, Rasûlullah’ın şu sözüdür: ‘Yatsının son vakti fecrin doğduğu andır.’ Bu, ‘Yatsının sonu, gecenin üçte biridir.’ diyen Şâfi’î’ye karşı bizim delilimizdir.”³⁹

Merginânî’nin çağdaşı ve Hanefi fakihlerin önde gelenlerinden Kâsânî (ö. 587/1191) de eserinde yatsı namazının sonuyla ilgili olarak şunları söyler:

“Bize göre yatsının son vakti, fecr-i sadıkın doğuşudur.”⁴⁰

39 Merginânî, *el-Hidâye*, I, 39. İbare şöyledir:

وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر الثاني لقوله عليه الصلاة والسلام وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي رحمه الله تعالى في تقديره بذهاب ثلث الليل

40 Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, I, 124. İbare şöyledir: “وأما آخر وقت العشاء فحين يطلع الفجر الصادق عندنا.”

Bu ifadeler aynısıyla, Kâsânî'nin hocası olduğu söylenen Semerkandî (ö. 539/1144)'nin eserinde de geçer.⁴¹ Kâsânî, görüşlerinin delili olarak Ebû Hureyre'den "...Yatsının sonu fecrin doğuşuna kadardır." şeklinde rivayette bulunur.

Önde gelen Hanefi fakihlerden Mevsilî (ö. 683/1284) de yatsı namazının son vaktinin fecrin doğuşuna kadar devam ettiğini belirttikten sonra bu görüşünü, "Rasûlullah'ın sözü sebebiyle" diyerek söz konusu rivayetle temellendirir.⁴²

Bir başka Hanefi fakih olan Zeyla'î (ö. 743/1342) de, yatsının fecrin doğuşuna kadar devam ettiği hususunda selefin icmaından bahseder ve bunu, fecrin doğuşundan önce âdetten temizlenen kadına yatsının kazasının gerektiği hususunda icma olmasıyla temellendirir.⁴³

Merginânî'nin eserindeki rivayetleri değerlendiren ve yine bir Hanefi fakih olan Abdullah b. Yusuf ez-Zeyla'î (ö. 762/1361), Serahsî'nin ve sonrasında da Merginânî, Kâsânî ve Mevsilî'nin Ebû Hureyre'nin adını kullanarak Rasûlullah'a nispet ettikleri, yatsının son vaktine dair yukarıda sözü edilen ifadenin hadis rivayeti açısından "garîb" olduğunu söyler ve Tahâvî (ö. 321/933)'nin konuyla ilgili sözlerine yer verir. Zeyla'î'nin aktardığına göre Tahâvî, "Şerhu'l-Âsâr" isimli eserinde, konuyla ilgili aktardığı rivayetlerin tamamından yatsının son vaktinin fecrin doğuşuna kadar devam ettiği sonucunu çıkarmıştır. Zeyla'î bunu şöyle ifade etmektedir:

"Tahâvî şöyle dedi: Hadislerin toplamından, yatsının son vaktinin fecrin doğuşu olduğu ortaya çıkmaktadır."⁴⁴

Zeyla'î'nin Tahâvî'ye nispet ettiği bu görüşün metninde geçen "أن آخر وقت العشاء" "حين يطلع الفجر" şeklindeki ifade –ki biz bunu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bizzat Tahâvî'nin eseri üzerinden ele alacağız–, Serahsî, Merginânî, Kâsânî ve Mevsilî'nin Ebû Hureyre kanalıyla Rasûlullah'a nispet ettikleri söz konusu rivayetle ibare olarak aynıdır.

Zeyla'î'nin bu rivayet için "garîb" ifadesini kullandığını söylemiştik. O, bu ifadeyle, bu rivayetin aslının olmadığını kastetmiş olmalıdır.⁴⁵ Nitekim "Nasbü'r-râye"nin muhtasarı sayılan "ed-Dirâye fi tahrîci ehâdisi'l-Hidâye" adlı eserde, Zeyla'î'nin "garîb" ifadesine mukabil İbn Hacer (ö. 852/1448), "Bu rivayeti bulmadım." ifadesini kullanır.⁴⁶ Hidâye'nin şarihlerinden Aynî (ö. 855/1451) de, İmam Şâfi'î'nin delil aldığı Cibrîl hadisi için "sahih" derken bu rivayet için "garîb" ifadesini

41 Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, I, 102.

42 Mevsilî, *el-lhtiyâr*, I, 39. İbare şöyledir: "وأخوه ما لم يطلع الفجر لقلوه عليه الصلاة والسلام وآخر وقت العشاء ما لم يطلع الفجر"

43 Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâik*, Kahire, 1313, I, 81.

44 Zeyla'î, *Nasbü'r-râye*, I, 234. İbare şöyledir: "قال: يظهر من مجموع الأحاديث أن آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر"

45 Söz konusu eserde "garîb" kelimesinin hangi anlamlarına geldiğine dair bkz. Abdullah Aydınlı, *Hadis İstılahları Sözlüğü*, Hadisevi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 101.

46 İbn Hacer, *ed-Dirâye*, Beyrut, trs., I, 103.

kullanarak, bu rivayeti en azından sahih görmediğini belirtmiş olur.⁴⁷ Dahası Aynî, söz konusu rivayetin bu ibaresiyle varid olmadığını, pek çok şarihin bu rivayetle istidlalde bulunmalarının ve bu rivayeti Ebû Hureyre'ye nispet etmelerinin şaşılacak şey olduğunu, çünkü bu rivayetin Rasûlullah'a isnadının sahih olmadığını söyler.⁴⁸ Hidâye'nin bir başka şarihi İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1457) da böyle bir rivayetin vakitlerle ilgili hadisler içerisinde bulunmadığının söylendiği bilgisini aktarır.⁴⁹

Tıpkı Zeylâ'î gibi İbn Hacer de Hidâye'de geçen rivayetlerin tahliline dair "ed-Dirâye fî tahrîci ehâdîs'l-Hidâye" isimli eserinde bu rivayet için şunları söyler:

"Yatsının son vaktinin fecrin doğuşu olduğuna dair hadisi bulamadım. Fakat Tahâvî, 'Hadislerin toplamından, yatsının son vaktinin fecrin doğuşu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.' demiştir."⁵⁰

Görüldüğü üzere İbn Hacer de söz konusu rivayeti, hadis olarak bulamadığını, ancak bu sözün Tahâvî'nin görüşü olabileceğine işaret etmektedir.

Merginânî'nin meşhur eseri el-Hidâye'nin şarihlerinden Bâbertî (ö. 786/1384), Hidâye'deki, yatsı namazının son vaktine dair ifadeyi aynen aktardıktan sonra İmam Şâfi'î'nin kendine delil olarak aldığı Cibrîl'in imamlık yaptığı rivayet ile sözü edilen rivayet arasında teâruz bulunduğunu, çünkü sözü edilen rivayetin, yatsı namazının fecre kadar devam ettiğine delalet ederken Cibrîl'in imamlık yaptığı rivayetin, yatsının gecenin üçte birine kadar devam ettiğine delalet ettiğini söyler. Bâbertî, iddia ettiği bu teâruz, mezhebin delil getirdiği rivayetin lehine gidermek için iki rivayetle ilgili olarak şunları hatırlatır:

1. Eserler (rivayetler) tearuz ettiğinde yakinen sabit olan vakit, şek ile ortadan kalkmaz.
2. Cibrîl'in Rasûlullah'a imamlık yaptığından bahseden rivayette geçen vakitler, namazların kılınabileceği vakitleri ortaya koymuş olur ama bu rivayette bahse konu olmayan vakitlerin namaz vakti olmadığı anlamına gelmez. Nitekim Cibrîl, Rasûlullah'a ikinci gün sabah namazını ortak ayınladığı sırada kıldırdı (حين أسفر), oysa vakit güneşin doğuşuna kadar devam etti. Cibrîl rivayeti, diğer vakti ortadan kaldırmadığı için bizim rivayetimiz muârazadan salim olur ve huccet teşkil eder."⁵¹

Yukarıda görüldüğü üzere, Bâbertî, Hanefi mezhebinin kitaplarında hadis olarak geçen rivayet ile İmam Şâfi'î'nin delil olarak gösterdiği Cibrîl hadisi arasında teâruz olduğunu söylemekte ve yatsının son vakti konusunda kesin sınır belirleyip, vakit konusunda yakın bilgi ifade etmesi sebebiyle Hanefilerin hadis olarak naklettikleri rivayeti, yatsının son vakti hususunda şek ifade ettiği gerekçesiyle Cibrîl ha-

47 Aynî, *el-Binâye*, I, 809.

48 Aynî, *el-Binâye*, I, 808.

49 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, I, 223.

50 İbn Hacer, *ed-Dirâye*, I, 103. İbare şöyledir:

حديث آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر لم أحده لكن قال الطحاوي يظهر من مجموع الأحاديث أن آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر

51 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, I, 223.

disine öncelikle. Ayrıca Bâbertî Cibrîl rivayetinde, yatsı namazının kılındığı vaktin, namazın kılınabileceği vakit olduğunu ama rivayetin, devam eden vaktin, namaz kılınamayacak vakit olduğu anlamına gelmeyeceğini söylemektedir ki bu konuya ileride değinilecektir.

Yine bir Hanefi fakih olan ve Bâbertî gibi Hidâye'nin şarihlerinden olan Aynî, Bâbertî'nin bu teâruz iddiası ve teâruzu giderme yöntemine, "Söyledikleri pek çok açıdan isabetli değildir." diyerek karşı çıkar ve bu gerekçelerden ilkinin şöyle açıklar:

"Ortada muâraza yoktur. Çünkü musannifin sözünü ettiği hadis "garib"dir. İmam Şâfi'nin istidlalde bulunduğu ve Cibrîl'in Rasûlullah'a imamlık yapıp, ikinci gün yatsıyı gecenin üçte birinde kıldırıldığına dair rivayet ise sahihtir. Burada muârazadan nasıl bahsedilebilir!"⁵²

Aynî'nin, Bâbertî'nin muâraza iddiasına, sözü edilen iki rivayetten birinin sahih olmaması sebebiyle itirazda bulunması dikkat çekicidir. Ancak burada şunu belirtmeliyiz ki; Aynî de tıpkı diğerleri gibi, yatsının sonunun fecre kadar devam ettiği görüşündedir ve dahası İmam Şâfi' ile Hanefi mezhebinin görüşü arasında esasında herhangi bir fark olmadığı düşüncesindedir. Çünkü Aynî'ye göre, İmam Şâfi'î, yatsının vaktini geçerlilik açısından, gecenin üçte biri ile sınırlandırmaktadır. O, İmam Şâfi'î'nin yatsı namazının son vakti konusundaki görüşünü bu şekilde anladığı için, namazın geçerliliği açısından, Şâfi'î ile Hanefilerin görüşü arasında herhangi bir fark bulunmadığını, dolayısıyla "garib" bir hadis, Şâfi'î'ye delil getirmenin gereksiz olduğunu söyler. Hatta Aynî, Şâfi'î'nin "Gecenin üçte biri geçince namazın vakti de geçer." şeklindeki sözüyle⁵³ de ihtiyari vaktin geçmesini kastettiğini söyler.⁵⁴ Yani Aynî her ne kadar Bâbertî'nin iki rivayet arasındaki tearuz iddiasına katılmadığını belirtse de, Şâfi'î'nin ifadelerini yorumlayarak ve Şâfi'î sonrası fakihlerin görüşlerine dayanarak Şâfi'î'nin de yatsı namazının cevaz vaktinin fecre kadar devam ettiği görüşünde olduğunu söylemektedir.

Aynî, "Yatsının son vakti fecrin doğuşuna kadardır." şeklindeki rivayetin metinde geçtiği haliyle varid olmadığını, bu rivayetin "garib" olduğunu söyledikten sonra, el-Mebsû't'ta, bu rivayetin Ebû Hureyre kanalıyla Rasûlullah'a nispet edildiğini ancak pek çok şarihin bu hadisle istidlalde bulunmasını ve bunu Ebû Hureyre rivayeti olarak göstermelerinin şaşırtıcı olduğunu da söyler. Aynî, devamında, tıpkı

52 Aynî, *el-Binâye*, I, 809.

53 Şâfi'î'ye nispet ettiği bu ifade Aynî'nin eserinde şöyle geçmektedir: "إذا مضى ثلث الليل فلا أراها إلا فائتة" Bu ifadeler Şâfi'î'nin eseri el-Ümm'de şöyle yer almaktadır:

وأخر وقتها إلى أن يمضي ثلث الليل فإذا مضى ثلث الليل الأول فلا أراها إلا فائتة لأنه آخر وقتها ولم يأت عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها شيء يدل على أنها لا تغترب إلا بعد ذلك الوقت

"Yatsının son vakti gecenin üçte biri geçene kadardır. Gecenin bu bölümü geçince namazın vakti de geçer. Çünkü bu, onun son vaktidir. Nebî sallallahu aleyhi ve sellemden gelen rivayetlerin hepsi, bundan sonra vaktin çıktığı dışında bir şey göstermez." Şâfiî, *el-Ümm*, Beyrut, 1993, I, 156. İmam Şâfi'î'nin bu ifadeleri, sonraki Şâfiiler tarafından, yatsının "ihtiyar vakti"nin sınırları olarak yorumlanmış, yatsının cevaz vaktinin fecre kadar devam ettiği kabul edilmiştir. Bkz. Nevevi, *el-Mecmu'*, Beyrut, Beyrut, trs., III, 32.

54 Aynî, *el-Binâye*, I, 809.

Zeylaî gibi, bu rivayetin menşeinin Tahâvî'nin ifadelerinde bulunabileceğine işaret eder ve Tâhâvî'nin konuyla ilgili zikrettiği rivayetleri ve bu rivayetler vesilesiyle ulaştığı kanaatleri aktarır.⁵⁵

Hidâye'nin bir başka şarihi İbnü'l-Hümâm da sözü edilen rivayetin, namaz vakitleri ile ilgili hadisler içerisinde bulunmadığının söylendiğini belirtir ve hemen devamında diğerleri gibi bu rivayetin menşei konusunda Tahâvî'nin satırlarına işaret eder.⁵⁶

Toparlayacak olursak, Serahsî ve sonrası Hanefi fıkıh metinlerinde Ebû Hureyre'nin adı kullanılarak Rasûlullah'a nispet edilen ve yatsının son vaktinin fecrin doğuşuna kadar devam ettiği görüşünün temellendirilmesi için delil getirilen rivayetin, yine Hanefi şarihlerince; mesnedi olmadığının tespit edildiği ve bu rivayetin menşeinin Tahâvî'nin konuyla ilgili sözlerinde aranabileceğine işaret ettikleri görülmektedir.

Serahsî'nin hadis olarak sunduğu rivayetin ikinci kısmına (Yatsı namazı gece namazıdır. Gece devam ettiği sürece onun vakti devam eder.) ise ondan başka kimse tarafından atıfta bulunulmamıştır. Bu ifade, daha önce de belirttiğimiz gibi hadis kaynaklarında geçmemektedir. Zaten bu ifade Kur'ân'la da bağdaşmamaktadır. Çünkü – ileride görüleceği, üzere- sanıldığı aksine sabah namazı da gece namazıdır. Sözü edilen rivayette ise gece devam ettiği sürece yatsı namazının vaktinin devam ettiğinden bahsedilmektedir.

Şimdi Tahâvî'nin konuyla ilgili naklettiği rivayetlere ve bu rivayetlerden hareketle yapmış olduğu tespitlere geçebiliriz.

C. YATSI NAMAZI VAKTİNİN BİTİŞİNE DAİR TAHÂVÎ'NİN İFADELERİ

Tahâvî, “Şerhu Me'âni'l-Âsâr” isimli eserinin “namaz vakitleri” başlığı altında yatsı namazının son vaktine dair rivayetleri sıralar ve bunlardan hareketle bazı tespitlerde bulunur. Şimdi bunları nakledeceğiz.

Tahavî konuya, İbn Abbas, Ebû Sa'îd el-Hudrî ve Ebû Musa'dan, Rasûlullah'ın yatsı namazını gecenin üçte birlik kısmına kadar geciktirip sonra kıldığını (أخرها إلى ثلث الليل ثم صلاها) dair rivayetle başlar. Ardından Rasûlullah'ın bu namazı kıldığı vakitle ilgili olarak “bir vakit (في وقت)”, “gecenin üçte biri (ثلث الليل)”, “gecenin yarısı (نصف الليل)” gibi açıklama mahiyetinde bazı rivayetleri aktarır, sonra da bu rivayetten hareketle şu iki ihtimale yer verir:

55 Aynî, *el-Binâye*, I, 808-809.

56 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, I, 223.

1. Rasûlullah bu namazı gecenin üçte biri geçmeden önce kılmış olabilir. Bu durumda bu namazın son vakti, gecenin üçte birini geçmesi olur.

2. Rasûlullah bu namazı gecenin üçte biri geçtikten sonra kılmış olabilir. Bu durumda gecenin üçte biri çıktıktan sonra bu namazın kılınabileceği bir vakit daha kalmış olur.

Tahâvî yukarıdaki iki ihtimal sebebiyle konuyla ilgili diğer rivayetlere bakma gereği olduğunu söyler ve şu rivayeti nakleder:

“Ebû Hureyre'nin bildirdiğine göre Rasûlullah şöyle demiştir: ‘Her namazın bir ilk bir de son vakti vardır. Yatsı nazımının ilk vakti, ufuğun kaybolduğu ân, son vakti ise gecenin yarısının olduğu (حين ينتصف الليل) vakittir. Sabah namazının ilk vakti fecrin doğduğu, son vakti de güneşin doğduğu ândır.’”⁵⁷

Tahâvî hemen ardından da Abdullah b. Amr'dan, Rasûlullah'ın “Yatsı namazı gecenin yarısına kadardır (وقت العشاء إلى نصف الليل)” dediğine dair bir rivayette daha bulduktan sonra şu yorumu yapar:

“İşte bu rivayetlerden, gecenin üçte birinden sonraki vaktin de yatsının vakti olduğu sonucu çıkmıştır.”⁵⁸

Tahâvî devamında, bu tespiti güçlendiren başka rivayetlerin de bulunduğunu söyleyerek İbn Ömer'den şunu nakleder:

“Bir gece yatsı namazını kıldırması için Rasûlullah'ı bekliyorduk. Gecenin üçte biri geçerken (حين ذهب ثلث الليل) veya geçtikten sonra (أو بعده) yanımıza çıkageldi. Onu meşgul eden ailesi miydi yoksa bir başka şey miydi bilemiyoruz. Yanımıza gelince şöyle dedi: ‘Siz şu ân, sizin dışınızda hiçbir din mensubunun beklemediği bir namazı kılmak için bekliyorsunuz. Ümmetime ağır gelmeyeceğini bilseydim bu namazı onlara hep bu vakitte kıldırırdım.’ Müezzi-ne emretti, o da kamet getirdi ve Râsulullah namazı kıldırıldı.”⁵⁹

Tahâvî, yukarıdaki olayın farklı ifadelerle geçen benzer rivayetlerine de yer verir. Mesela o rivayetlerden birinde Rasûlullah'ın, vakit gece yarısı olmak üzere iken yahut olduğunda (حتى إذا انتصف الليل أو بلغ ذلك) insanların yanına çıkıp, “İnsanlar namazlarını kılıp uyudular. Siz ise bu namazı bekliyorsunuz. Ancak siz bu namazı beklediğiniz süre içerisinde namazda gibisiniz.” dediği nakledilir.⁶⁰

57 İbare şöyledir:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن للصلاة أولًا وآخرًا وإن أول وقت العشاء حين يغيب الأفق وإن آخر وقتها حين ينتصف الليل وإن أول وقت الفجر حين يطلع الفجر وإن آخر وقتها حين تطلع الشمس

58 İbare şöyledir: “فتبت بهذه الآثار أن ما بعد ثلث الليل أيضا هو وقت من وقت العشاء الآخرة”

59 İbare şöyledir:

قال: مكثنا ذات ليلة ننتظر رسول الله صلى الله عليه وسلم للعشاء الآخرة , فخرج إلينا حين ذهب ثلث الليل , أو بعده ولا ندري , أشيء شغله في أهله أو غير ذلك . فقال حين خرج : « إنكم لنتظرون صلاة , ما ينتظرها أهل دين غيركم ولولا أن يقلل على أمي , لصليت بهم هذه الساعة ثم أمر المؤذن , فأقام الصلاة وصلى »

60 İbare şöyledir:

قال: « جهز رسول الله صلى الله عليه وسلم جيشا , حين إذا انتصف الليل , أو بلغ ذلك , خرج إلينا فقال: « صلى الناس ورقدوا وأنتم تنتظرون هذه الصلاة أما إنكم لن تزالوا في صلاة ما انتظرونها »

Tahâvî'nin yer verdiği bir başka rivayette Âişe validemiz şöyle demektedir:

“Rasûlullah, bir gece, namazı geciktirdi. Ömer, ‘İnsanlar ve çocuklar uyudu’ diye seslendi. Bunun üzerine Rasûlullah çıkıp geldi ve şöyle dedi: ‘Şu belde halkı içerisinde sizden başka hiç kimse bu namazı beklemiyor.’ O gün sadece Medine’de namaz kılınyordu. Âişe validemiz şöyle dedi: ‘Onlar yatsı namazını şafağın kaybolması⁶¹ ile gecenin üçte biri (إلى ثلث الليل) arasında kılıyorlardı.’⁶²

Tahâvî benzer bir rivayeti Enes (r.a.)’dan şöyle aktarır:

“Rasûlullah “ateme”yi (yatsı namazını) gecenin ortasına yakın bir zamana kadar (إلى قريب من) geciktirdi. Namazı kıldırınca yüzünü bize döndü ve şöyle dedi: ‘İnsanlar namazlarını kıldı ve uyudular. Ama sizler bu namazı beklediğiniz süre içinde namazda gibisiniz.’⁶³

Tahâvî yukarıdaki rivayeti devam ettirir ve Enes (r.a.)’ın, Rasûlullah’ın namazı neredeyse gecenin ortasının geçtiği âna (حتى كاد يذهب شطر الليل) yahut gecenin yarısına kadar (إلى شطر الليل) geciktirdiğine dair ifadelerine yer verir.⁶⁴

Tahâvî elimizdeki nüshada, yukarıdaki rivayetlerin akabinde şu yorumu yapar:

“Bu rivayetlerde Rasûlullah yatsı namazını gecenin üçte biri geçtikten sonra kılmıştır. O halde buradan, gecenin üçte birinin sona ermesi ile yatsının vaktinin bitmediği sonucu çıkmaktadır.”⁶⁵

Tahâvî, hemen devamında, yatsı namazının, fazileti bakımından aralarında fark olan üç vaktinden söz eder. Ona göre yatsının en faziletli vakti, şafağın kaybolmasından gecenin üçte birlik kısmı sona erene kadar olan vaktidir. Tahâvî bunu söylerken Âişe validemizden nakledilen “Onlar yatsı namazını şafağın kaybolması ile gecenin üçte biri arasında kılıyorlardı.” şeklindeki rivayete atıfta bulunur. Ona göre yatsının fazilet bakımından ikinci sıradaki vakti, gecenin üçte birlik kısmı-

61 İbarede “فيمَا بين أن يغيب غسق الليل” geçse de bu ifade hadis metinlerinde bulunmamakta sadece Tahâvî'nin eserinde geçmektedir. Biz de benzer rivayetlerde geçen “فيمَا بين أن يغيب الشفق” şeklindeki ifadenin tercümesini yaptık. Tahâvî'nin konunun biraz devamında bu rivayete yaptığı atfa ve bu atfın bağlamına (a.g.m., I, 157, على ما ذكرنا في حديث عائشة رضي الله عنها) dikkat edilirse, “فيمَا بين أن يغيب غسق الليل”, ifadesinin bir nüsha hatası olduğu anlaşılabilir.

62 İbare şöyledir:

أن عائشة قالت : أعتَم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة بالعمّة حتى ناداه عمر رضي الله عنه فقال نام الناس والصبيان خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما ينتظرها أحد من أهل الأرض غيركم ولا يضلني يومئذ إلا بالمدنية قالت وكانوا يصلون العمّة فيمَا بين أن يغيب غسق الليل إلى ثلث الليل

Metinde geçen “عَتَم الليل وأعتَم” kelimesinin fiil hali “عتم”dir. Gecedden bir müddet geçince gece ilerledi anlamında “عتم الليل وأعتَم” denilir. Kelimenin kökünde “geciktirmek” anlamı vardır. Rasûlullah’tan rivayet edildiğine göre o şöyle demiştir: “Bedeviler, yatsı namazının isimlendirilmesi hususunda sizin kafanızı karıştırmışlar. Yatsı namazının ismi Allah’ın kitabında “el-’iṣâ”dır. Develerin süt sağımı bu vakte kadar geciktirilir.” Rasûlullah, bedevilerin, develerinin sütünü geç vakitte, yani yatsı namazının vaktinde sağdıkları için yatsı namazına “ateme namazı” dediklerine dikkat çekmekte ve bu konuda insanlara, yatsı namazı için Kur’ânda geçen “el-’iṣâ” kelimesini kullanmalarını emretmektedir. Akşam namazına da “iṣâ” denildiği için yatsıya “salâtü’l-’iṣâ’i’l-âhıra” denir. Bundan dolayı bazı sözlükler “ateme”yi “salâtü’l-’iṣâ’i’l-âhıra” şeklinde tanımlar. Bazı sözlükler de “ateme” için şöyle tanım verirler: “Ateme, güneşin ve şafağın kaybolmasından sonra gecenin ilk üçte birlik kısmıdır.” Bkz. Ezherî, *Tehzîbü’l-lüḡa*, “a-t-m” md.; Ferâhîdî, *el-’Ayn*, “a-t-m” md.; Zencânî, *Tehzîbü’s-Şihâh*, “a-t-m” md.; İbn Fâris, *Mekâyisü’l-lüḡa*, “a-t-m” md.; Karâfî, *ez-Zehira*, Beyrut, 1994, II, 17; Nevevî, *el-Mecmu’u*, Beyrut, Beyrut, trs., III, 32.

63 İbare şöyledir:

أخر رسول الله صلى الله عليه وسلم العمّة إلى قريب من شطر الليل فلما صلى أقبل علينا بوجهه فقال : إن الناس قد صلوا وناموا ورفقوا ، ولم تزالوا في صلاة ما انتظروها

64 Bu ifadeler eserin bazı nüshalarında bulunmamaktadır.

65 İbare şöyle: “ففي هذه الآثار أنه صلى الله عليه وسلم صلى العشاء بعد مضي ثلث الليل ، فثبت بذلك أن مضي ثلث الليل لا يخرج به وقتها .”

nın sona ermesiyle başlayıp gecenin yarısı geçinceye kadar olan kısmıdır. Bundan sonraki ise fazilet bakımından en düşük olan vakittir. Tahâvî'nin, gerek gecenin ilk üçte birlik kısmının gerekse de gecenin yarısının sonlandığına karar vermek için neyi ölçüt aldığına dair bir ifadesine rastlamadık. İlk üçte birlik kısmın havanın tamamen kararmasıyla, gecenin ortasının da seher vaktiyle sonlandığını ölçüt kabul ettiğini tahmin ederek ve de sabah namazını gündüz namazı kabul ettiğini dikkate alarak Tahâvî'ye göre takribi üçlü gece tasnifini şöyle gösterebiliriz:

Tablo 7: Tahâvî'ye ait takribi üçlü gece taksimi				
Gece				Gündüz
Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Sabah namazı vakti
	Fazilet bakımından 1. derece	Fazilet bakımından 2. derece	Fazilet bakımından 3. derece	
İlk üçte birlik kısım		İkinci üçte birlik kısım	Son üçte birlik kısım	

Tahâvî gecenin yarısı geçtikten sonra yatsının kılınabileceğine dair bir rivayet arayışına girer ve şunları bulduğunu söyler:

“Enes b. Malik şöyle dedi: Rasûlullah bir gece yatsı namazını gecenin ortasına kadar (إلى شطر الليل) geciktirdi. Namazı kıldırdıktan sonra bize döndü ve şöyle dedi: ‘İnsanlar namazı kıldı ve uyudular. Siz bu namazı beklediğiniz süre içerisinde namazda gibisiniz.’”

Tahâvî başkalarının da benzer rivayetlerde bulunduğunu söyledikten sonra bu rivayetlerden şu sonucu çıkartır:

“Bu rivayetlerde Rasûlullah yatsı namazını gecenin yarısı geçtikten sonra kılıştı. İşte bu, gecenin yarısı geçtikten sonra da yatsının vaktinden bir vaktin kaldığına delildir.”⁶⁶

Tahâvî yukarıdaki neticeyi teyit ettiğini düşündüğü daha güçlü bir delilin varlığından söz eder ve Âişe validemizden şu rivayete yer verir:

“Nebî sallallahu aleyhi ve sellem bir gece, gecenin çoğu geçene (حتى ذهب عامة الليل) ve mescittekiler uyuyup kalana kadar yatsıyı geciktirdi. Sonra çıktı, namazı kıldırdı ve şöyle dedi: ‘Şayet ümmetime zorluk olmayacağını bilsem, bu namazın (en faziletli) vakti budur (derim).’”⁶⁷

Sonra da şu yorumu yapar:

“Bu rivayette Rasûlullah yatsıyı gecenin çoğu geçtikten sonra kıldırmış ve bu vaktin, namazın vakti olduğunu bildirmiştir. İşte bu rivayetlerin sahih kabul edilmesi neticesinde, yatsının vaktinin, şafağın kaybolmasından gecenin tamamı geçinceye kadar sürdüğü ortaya

66 İbare şöyledir: “فني هذه الآثار أنه صلاها بعد مضي نصف الليل فذلك دليل أنه قد كات بقية من وقتها ، بعد مضي نصف الليل”

67 İbare şöyledir:

أعتم النبي صلى الله عليه وسلم ذات ليلة حتى ذهب عامة الليل ، وحتى نام أهل المسجد ثم خرج فضلى وقال إنه لوقتها ، لولا أن أشق على أمتي

çıkılmış olur. Bu namazın üç vakti olduğu görülür. İlki, başlangıcından gecenin ilk üçte biri geçinceye kadar olan vakittir ki bu, yatsı namazının kılınacağı en faziletli vakittir. İkincisi, gecenin ilk üçte birlik kısmı geçtikten sonra gecenin yarısı tamamlanıncaya kadar olan ve ilkinden daha az faziletli olan vakit. Üçüncüsü de gecenin yarısından sonraki kısmıdır ki bu vakit diğer ikisinden daha az faziletlidir.”

Tahâvî, yukarıdaki neticeyi güçlendirdiğini iddia ettiği Sahabe rivayetlerinin de bulunduğunu söyler. O rivayetlerden birinde Ömer (r.a.)’ın yazdığı bir mektuptaki şu ifadelerle verir:

“Yatsının vakti şafağın kaybolmasından gecenin üçte birine kadardır (إلى ثلث الليل). Herhangi bir meşgale hariç bu vakte kadar geciktirmeyin...”⁶⁸

Yine Ömer (r.a.)’ın Ebû Musa el-Eş’arî’ye yazdığı bir mektuptaki şu ifadeleri aktarır:

“Yatsı namazını akşam vaktinden gece yarısına kadar kıl (إلى نصف الليل); bu vaktin istediğin bir ânında.”⁶⁹

Tahâvî yukarıdaki rivayetten hareketle yatsı namazının gecenin yarısına kadar kılınabileceği sonucuna varır. Hatta Tahâvî yine Ömer (r.a.)’ın Ebû Musa el-Eş’arî’ye yazdığı rivayet edilen mektupta geçen “Yatsıyı gecenin dilediğin vaktinde kıl ama o konuda gaflet içinde olma.”⁷⁰ şeklindeki ifadelerden hareketle de gecenin tamamının yatsı namazının vakti olduğu sonucuna varır.⁷¹ Devamında da, yatsı namazını gecenin yarısına kadar kılmamanın yatsı namazı hususunda gaflete düşmek olacağını, gecenin üçte biri geçene dek terk etmenin bu konuda gaflete düşmek değil aksine faziletli olan erken vakitte kılmak anlamına geleceğini, bu iki vakit arasında yani gecenin üçte biri geçtikten sonraki ve gecenin yarısı geçene kadarki vakitte kılmanın ise ilkinden daha az faziletli, ikincisinden yani gecenin yarısı geçtikten sonra kılmaktan daha faziletli olduğunu söyler.

Tahâvî bunları söyledikten sonra, Rasûlullah’tan bunları teyid eden rivayetler olduğunu söyler ve şunu nakleder:

“Ubeyd b. Cureyc, Ebû Hureyre’ye, ‘Yatsı namazında ifrat (aşırılık) nedir?’ diye sordu, o da ‘fecrin doğumu’ diye cevap verdi.”⁷²

Tahâvî bu rivayetin ardından, Ebû Hureyre’nin, yatsı namazının vaktinde aşırılık yapmanın, bu namazı fecrin doğuşuna kadar ertelemek olduğunu söylediğini vurgular, sonra da Rasûlullah’ın kendisine namaz vakitleri sorulması üzerine ikinci gün yatsı namazını geceden bir zaman geçtikten sonra kıldığına dair rivayeti hatırlar.

68 İbare şöyledir:

غاب الشفق إلى ثلث الليل ، ولا تخرجه إلى ذلك ، إلا من شغل إن وقت العشاء الآخرة إذا

69 Sadece Tahâvî’nin eserinde bulunan ibare şöyledir: “ان صل صلاة العشاء من العشاء إلى نصف الليل أي حين شئت”

70 İbare şöyledir: “وصل العشاء أي الليل شئت ولا تغفلها”

71 İbare şöyledir: “ففي هذا أنه جعل الليل كله وقتا لها على أنه لا يغفلها”

72 “انه قال لأبي هريرة رضي الله عنه ما إفراط صلاة العشاء ؟ قال : طلوع الفجر”

latır. Tahâvî sonra Rasûlullah'ın şu sözünü nakleder:

“Yatsının vakti gecenin yarısına kadardır (إلى نصف الليل).”⁷³

İşte tüm bunlardan sonra Tahâvî şu yorumu yapar:

“Böylece yatsının vaktinin fecre kadar devam ettiği sabit olmuştur. Her ne kadar aralarında fazilet farkı olsa da.”⁷⁴

Tahâvî ardından tüm bu açıklamaların Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşleri olduğunu söyler.⁷⁵ Tahâvî, bu üç imama göre yatsı namazının fazilet bakımından birbirinden farklı üç vakti olduğunu “Ahkâmü'l-Kur'ân” isimli eserinde de söyler. Onun bu konudaki ifadelerini aynen aktarıyoruz:

“Bir grup şöyle der: ‘Yatsının son vakti fecrin doğuşuna kadardır.’ Ebû Hanife, Ebû Yusuf ve Muhammed yatsının sonunun üç ayrı vakti olduğu görüşündeler. İlki, vaktinin girmesinden gecenin üçte biri geçinceye kadardır. Bu, yatsının en faziletli vaktidir. İkincisi gecenin üçte birinden başlayıp gecenin yarısı tamamlanıncaya kadardır. Bu, fazilet bakımından ilkinden daha aşağıdadır. Üçüncüsü de gecenin yarısından fecrin doğuşuna kadardır. Üç imama göre de yatsıyı bu üçüncü vakte kadar geciktirmek kötü bir davranış ve de namazı zayi etmektir. Zikrettiğimiz nakiller içerisinde ondan yapılan rivayetlerde Rasûlullah yatsıyı gecenin üçte birinde kıldığına göre; yine ondan Ebû Hureyre ve Ebû Salih kanalıyla rivayet edilen ‘Ameş hadisi ile yine ondan Abdullah b. Amr ve Ebû Eyyub kanalıyla rivayet edilen Ebû Katâde hadisinde yatsının son vaktinin gecenin yarısına kadar olduğu belirtildiğine göre, tüm bunlardan, Rasûlullah'ın yatsıyı en faziletli vakte ertelediği sabit olmuş demektir. Ve yine onun, zikrettiğimiz Ebû Hureyre ile Abdullah b. Amr hadislerinden, fazileti ilkinden daha az olsa da, gecenin üçte birinden gecenin yarısı tamamlana kadar olan sürede de namaz kıldığı sabit olmuştur. Bununla, gecenin yarısından fecrin doğuşuna kadar olan vaktin de yatsının vakti olduğu ortaya çıkmıştır.”⁷⁶

Buraya kadar, Tahâvî'nin konuyla ilgili naklettiği rivayetleri ve bunlardan çıkardığı sonuçları ortaya koyduk. Şimdi de bunların değerlendirilmesine geçelim.

D. TAHAVÎ'NİN KONUyla İLGİLİ SÖZLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda da ele aldığımız üzere Tahâvî'nin zihninde yatsı namazının, birbirini takip eden üç vakti vardır. Bunlardan ilki, akşam namazının vaktinin sona ermesinden gecenin ilk üçte birlik kısmı sona erene kadar süren vakittir. Bu vakitten sonra gecenin yarısına kadar devam eden ikinci vakit; gecenin yarısı tamamlandıktan sonra da fecrin doğuşuna yani sabah namazı vakti girinceye kadar devam eden üçüncü vakit vardır (bkz. Tablo 7). Ancak onun ifadelerinden, gecenin ilk üçte birlik kısmının ve gecenin yarısının ne zaman sona erdiğine dair bir açıklama

73 İbare şöyledir: “وقت العشاء إلى نصف الليل.”

74 İbare şöyledir: “قتبت بذلك أن وقتها إلى طلوع الفجر ولكن بعضه أفضل من بعض.”

75 Tahâvî, *Şerhu Me'âni'l-âsâr*, I, 156 vd.

76 Tahavi, *Ahkâm*, I, 175.

bulamadık. Tahâvî, birbirini takip eden ve fazilet bakımından her biri diğerinden farklı olan yatsı namazına dair üçlü vakit tasnifini yatsı namazının son vaktine dair bahiste zaman zaman zikreder.⁷⁷

Tahâvî'nin ifadelerinin tahlili için Kur'ân'dan hareketle, gecenin kısımlarının ne olduğuna da kısaca değinmemiz faydalı olacaktır.

Gün, gündüz ve geceden oluşur. Günün ilk kısmı gündüzdür. Gün güneşin doğuşuyla başlar, gecenin tamamlanıp ikinci kez güneşin doğuşuyla sona erer.⁷⁸ Yasin sûresinin 4. âyetinde⁷⁹ gecenin gündüzü geçemeyeceğinin bildirilmesi, farz namazların vakitlerinden bahseden iki âyette⁸⁰ de önce gündüz sonra da gece namazlarının vakitlerinin düzenlenmiş olması günün ilk bölümünün gündüz olduğunu gösterir.⁸¹ Meşhur rivayette Cibrîl, Kâbe'nin yanında Rasûlullah'a iki gün üst üste imamlık yapmış, her iki günde de gündüz namazlarından yani öğle namazından başlamış, son olarak da ona sabah namazını kıldırmıştır. Tüm bunlardan hareketle günün ilk namazı öğle, son namazı da sabah namazı olur. Bakara sûresinin 238. âyetinde geçen orta namazla kastedilenin de akşam namazı olduğu ortaya çıkar. Kur'ân'a göre güne ait gece-gündüz taksimini şöyle gösterebiliriz:

Tablo 8: Kur'ân'a göre gece-gündüz taksimi							
Kuşluk vakti	Öğle namazı vakti	İkinci namazı vakti	Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Gecenin ortası	Seher vakti	Sabah namazı vakti
Gündüz			Gece				
Günün ilk kısmı			Günün son kısmı				

77 Tahâvî, *Şerhu Meâni'l-âsâr*, I, 157, 158, 159.

78 Gündüz için yapılan bu tanım 45° paralelin üzerindeki bölgeler için değişiklik arzeder. Bkz. <http://www.suleymaniyevakfi.org/ramazan-ve-oruc/namaz-ve-oruc-vakitleri-brsadece-muslim-olanlar-icin.html>

79 Âyetin metni ve meali şöyledir: "وَلَا اللَّيْلُ سَابِقُ النَّهَارِ = gece gündüzü geçemez."

80 Sözü edilen iki âyetin metni ve meali şöyledir:

وَأَمِّمِ الصَّلَاةَ طَرْفِي النَّهَارِ وَرُفْعًا مِنَ اللَّيْلِ إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُدْرِكُنَّ الشَّيْءَ ذَلِكَ ذِكْرِي لِلَّذِينَ

"Gündüzün iki bölümünde ve gecenin gündüze yakın zamanlarında o namazı tam kıl. Çünkü iyilikler kötülükleri giderir. Bu konuda bilgi sahibi olanlar için bu bir hatırlatmadır." (Hûd 11/114)

أَمِّمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ وَقُرْآنِ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا

"O namazı, güneşin batıya kaymasından gecenin kararmasına kadar, bir de fecrin yoğunlaşması sırasında kıl. Fecrin yoğunlaşması gözle görülebilir." (İsrâ 17/78)

81 Günün gündüzle başlayıp geceyle tamamlandığının bir delili de, Zekeriyya (a.s.)'a Yahya (a.s.)'ın müjdelendiğinin bunun bir göstergesi olarak üç gün/üç gece konuşamamasından bahseden iki âyet kümesidir. Şöyle ki, Âl-i İmrân sûresinin 41. âyetinde "ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ = üç gün" ifadesi geçerken aynı konunun ele alındığı Meryem sûresinin 10. âyetinde bu defa "ثَلَاثَ لَيَالٍ = üç gece" ifadesi geçmektedir. Bu, gecenin tamamlanmasıyla günün tamamlandığını göstermektedir. Hâkka sûresinin 7. âyetinde de buna işaret vardır. Âyette geçen "سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ = yedi gece sekiz gün" şeklindeki ifade, Âd kavmini helak eden kasırganın yedi tam gün, bir de sekizinci günden sadece gündüz vakti yani yedi buçuk gün devam ettiğini gösteriyor. Sekizinci günün gecesinde kasırga sürmemiş olacak ki âyette böyle bir ifade kullanılmış.

Geleneğe göre ise gün, güneşin batışıyla başlayıp bir sonraki batışıyla bitirildiği için günün ilk kısmının gece, ikinci kısmının gündüz olduğu kabul edilir. Teravîh namazına başlama vaktini buna delil getiren gelenek, hac günlerinde istisnai olarak günün ilk kısmının gündüz, sonraki kısmının gece olması gerektiğini söyler.⁸²

Gece güneşin batışı ile başlar, doğuşu ile sona erer. Ancak geleneğe, gündüz, güneş doğmadan, fecrin doğuşuyla yani sabah namazının vaktinin girişiyle başlatılır. Gündüzün, güneşin doğuşuyla değil de fecrin doğuşuyla başladığı düşünüldüğü için sabah namazı geleneğe gündüz namazlarından sayılmıştır.⁸³ Gündüzün fecrin doğuşuyla başladığına dair düşüncenin temelinde, orucun gündüz vakti yerine getirilen bir ibadet olduğu, bu ibadete de fecrin doğuşuyla başlanıldığı düşüncesi olabilir.⁸⁴ Nitekim Arapça'da "gündüz" anlamına gelen "nehâr" kelimesinin, "güneşin doğuşundan batışına kadar geçen süre" olduğunu hatırlatanlara karşı fakihler "şer'î nehâr" kavramını kullanır ve oruç ibadetinin zamanını buna delil gösterirler.⁸⁵ Tahmin edileceği üzere, delil gösterdikleri âyet Bakara sûresinin 187. âyetidir. Âyette orucun fecrin başlangıcından geceye kadar tutulmasının emredildiğine dikkat çekerler ve buradan hareketle gündüz vaktinin, fecrin doğuşundan güneşin batışına kadar olan zaman olduğunu söylerler. Bununla birlikte orucun tarifinde "nehâr" kelimesini değil de "sabah" kelimesini tercih edenler de vardır.⁸⁶

Ancak gündüz namazlarında kıraatin sesli yapılmadığı kuralını hatırlatıp sabah namazının gece namazı olması gerektiğini, bu durumda gündüzün güneşin doğuşuyla başladığını söyleyenler de bulunmaktadır.⁸⁷ Görünen o ki, gündüz namazlarının kıraatinin sessiz olduğuna dair Rasûlullah'a nispet edilen sözün,⁸⁸ gündüzün fecrin doğuşuyla başladığına dair düşünceyle çelişmemesi sebebiyle "sabah" ve "nehâr" diye iki ayrı kavram oluşturulmuş, sabah, "fecrin doğuşundan güneşin batışına kadar"; gündüz de "güneşin doğuşundan batışına kadarki zaman dilimi" şeklinde tanımlanmıştır. Geleneğe göre güne ait gece-gündüz taksimini şöyle gösterebiliriz:

82 İbn Nüceym, *el-Bahrur-râik*, Beyrut, II, 329; İbn Âbidin, *Raddü'l-muhtâr*, Beyrut, 2000, II, 452.

83 Râğib el-İsfehâni, şer'î nehârı, fecrin doğuşundan güneşin batışına kadarki zaman dilimi olarak tanımlarken, örfî nehârı ise güneşin doğuşundan batışına kadar geçen süre olarak tanımlamaktadır. Bkz. a.g.m., *el-Müfredât*, "n-h-r" md.

84 İbn Teymiyye, *Câmi'u'l-mesâil*, VI, 342.

85 Ekmeleddin Muhammed b. Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed Bâberti (786/1384), *el-İnâye*, III, 280.

86 Mesela Zeyla'î, oruç ibadetini "الصوم هو ترك الأكل والشرب والجماع من الفجر إلى الغروب يتبى من أهله" şeklinde tanımladıktan sonra tanımda geçen "من الفجر" = mine's-subh = sabah vaktinden itibaren" ifadesinin özellikle kullanıldığını, mesela "مغارة = nehâran = gündüz vakti" denilmediğini, çünkü "nehar"ın güneşin doğuşundan batışına kadar geçen zaman dilimi olduğunu söyler ve Kudûrî'yi, oruç tanımında "nehar" kelimesini kullanması sebebiyle (الشوم هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع مغارة) "nehar" kelimesini kullanması sebebiyle (الصوم هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع مغارة) eleştirir. مع النية = Oruç, niyetli olarak, gündüzleyn yeme-içme ve cinsel ilişkiden uzak kişinin kendisini tutmasıdır.) Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen Zeyla'î (743/1342), *Tebyinü'l-hakâik fi şerhi Kenzi'd-dekâik*, I, 312.

87 *Ebü'n-Necâ Şerefeddin Musa b. Ahmed b. Musa el-Haccâvi* (ö. 968/1560), *el-İknâ' fi fikhi'l-imâm Ahmed b. Hanbel*, Beyrut, trs., s. 118.

88 Rivayet şöyledir. "صلاة النهار عظاماً" = Gündüz namazları (nda kıraat) sessizdir." Muhakkikler hadisin zayıf olduğunu söylerler. Bkz. Cemaluddin Ebû Muhammed b. Abdillah b. Yusuf el-Hanefi ez-Zeyla'î (ö. 762/1361), *Nasbü'r-râye li ehâdisi'l-Hidâye*, Kahire, trs., II, 1-2.

Tablo 9: Geleneğe göre gece-gündüz taksimi

Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Gecenin ortası	Seher vakti	Sabah namazı vakti	Kuşluk vakti	Öğle namazı vakti	İkinci namazı vakti
Gece				Gündüz			
Günün ilk kısmı				Günün son kısmı			

Gündüzün, güneşin doğuşuyla değil de fecr-i sadıkla başladığına dair düşüncenin, gecenin üç bölümünden bahseden bazı âyet ve rivayetlerin anlaşılmasında etkisinin olması kuvvetle muhtemeldir.⁸⁹

Gerek konuyla ilgili âyet ve rivayetler gerek örfi kabuller gecenin üç kısma ayrıldığını gösterir. Güneşin batışıyla başlayan ilk kısım, gecenin tamamen kararmasına kadar devam eder. Bu ilk kısım sona erene kadar batan güneşin emareleri gökyüzünde görülmeye devam ettiği için bu kısım gecenin gündüze yakın zaman dilimlerindedir. Gecenin bu kısmında akşam ve yatsı namazları kılınır. Bu kısma “akşam vakti” ya da “akşamın alacakaranlığı” denir. Gecenin ilk üçte biri bu kısımdır.

İkinci kısmın başladığı ânda artık ne doğu ufkunda ne de batı ufkunda da batan güneşten herhangi bir emare kalır. Bu, bütün yıldızlar ortaya çıktığından yıldız gözlemi için uygun zamanın da başlangıcıdır. Uyku, dinlenme ve teheccüd namazı vakti olan bu kısım gecenin en uzun kısmıdır ve doğu ufkunda, doğacak güneşe ait ilk emarelerin görülmeye başladığı âna kadar devam eder. Gecenin bu kısmına İsrâ suresinin 78. âyetinden hareketle “gecenin karanlığı (ğasaku'l-leyl)” denebilir. Gecenin ikinci üçte biri bu kısımdır. Gecenin en uzun ve ikinci üçte birlik kısmını işaret eden âyetlerin başında İsrâ sûresinin 79. ve İnsan sûresinin 26. âyetleri gelir. İlk âyette Rasûlullah'a hitaben gece teheccüde kalkması emredilir. Teheccüd, Arapça'da “yattıktan sonra kalkmak” anlamına gelir.⁹⁰ İkinci âyette de gecenin süre bakımından uzun olan kısmında Allah'ı tesbih etmek emredilir. Bununla nafîle namaz kastedilir. Ayrıca Müzzemmil suresinin 3. ve 20. âyetlerinde de gecenin bu uzun kısmına atıfta bulunmaktadır ki bu konu biraz ileride ele alınacaktır.

Gecenin son kısmı, doğu ufkunda doğacak güneşe ait ilk emarelerin belirmesiyle yani fecr-i kâzible başlar ve güneşin doğuşuna kadar devam eder. Bu kısmın başlamasıyla sabah namazının vakti girmez. Sabah namazının vakti, güneşten gelen ışınların doğu ufku boyunca yayılmaya başlaması, altta kara parçasının siyahlığı, üstte kızıl ışık kuşağı, onun üstünde de beyaz ışık kuşağı kesin çizgilerle ayrılınca başlar ki buna “ımsak vakti” denir. Gecenin bu son kısmının ilk bölümü “seher

89 Abdulaziz Bayındır, “Kur'ân'da Namaz Vakitleri ve İmsak”, *Kitap ve Hikmet*, Yıl: 1, Sayı: 2, 2013, s. 5.

90 Cevherî, *es-Sihâh*, “h-c-d” md.; İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, “h-c-d” md.

vakti”dir. Oruç tutacaklar sahur yemeğini bu vakitte yerler. Gecenin bu son kısmı da gecenin gündüze yakın zamanlarından ve bu kısma “sabahın alacakaranlığı” ya da “sabah vakti” denir. Gecenin son üçte biri bu kısımdır. Anlatılanlardan hareketle gecenin üç kısmını şöyle gösterebiliriz:

Tablo 10: Gecenin üç kısmı				
Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Gecenin ortası	Seher vakti	Sabah namazı vakti
Akşamın alacakaranlığı			Sabahın alacakaranlığı	
Gecenin ilk üçte birlik kısmı		Gecenin ikinci üçte birlik kısmı	Gecenin son üçte birlik kısmı	

Özet olarak anlattığımız gecenin kısımlarının detaylandırılması ve delillendirilmesinden önce şunu belirtmeliyiz: Gecenin üç kısmı arasında süre açısından eşitlik yoktur. Birinci ve üçüncü üçte birlik kısımlar arasında süre bakımından büyük oranda benzerlik bulunsa da ikinci üçte birlik dediğimiz kısım süre bakımından en uzun kısımdır ki gecenin ortasının, gecenin diğer bölümlerinden daha uzun olduğunu, İnsan suresinin 25. âyetinden anlamaktayız. Dolayısıyla gecenin üçe ayrılmasını ifade ederken kullanılan “üçte bir”, “üç parçadan biri”; “ikinci üçte bir”, “üç parçadan ikincisi” anlamındadır. Bu gibi ifadeler miras paylarından bahseden âyetlerde geçen benzer ifadelerden farklılık taşır. Dünya üzerindeki konumlara ve hatta aynı konum üzerinde senenin günlerine göre değişebilen gece-gündüz uzunlukları için eşit parçalardan bahsedilemeyeceği için bu ifadeleri böyle anlamak bir zorunluluktur. Şimdi gecenin bölümleriyle ilgili ayrıntılara yer verebiliriz.

Rûm sûresinin 17. âyetinde “حِينَ تُمْسُونَ” ifadesi geçer. Bu, “akşam vaktine girdiğinizde” anlamına gelir ve gecenin ilk üçte birlik kısmı olan akşam vaktinin başlangıcını gösterir. Akşam vakti gecenin ilk kısmıdır ve akşam ile yatsı namazlarının kılındığı vakittir. Bu kısmın bitişi gecenin tamamen kararması ile gerçekleşir ve Kur’ân’da bu “إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ = gecenin karanlığına kadar” şeklinde ifade edilir. Akşam namazının vaktinin sonu ile yatsı namazı vaktinin başlangıcının göstergesi, batı ufkundaki kızılığın dağılmaya başlamasıdır. Bu, güneşin ufkun 9° altına indiği vaktir. Ufkun tamamen kararmasıyla da yatsı vakti sona erer. Bu esnada güneş ufkun 18° altına inmiş olur.

Aynı âyette geçen “وَحِينَ تَضِيحُونَ” şeklindeki ifade ise “sabah vaktine girdiğinizde” anlamına gelir. Sabahın alacakaranlığı denilen gecenin son üçte birlik bu kısmı da ikiye ayrılır. Seher vakti denilen ilk bölümü fecr-i kazib ile başlar ve fecr-i sadıka kadar devam eder. Seher vaktinin başladığı anda güneş ufkun 18° derece altındadır.

Fecr-i kâzib, doğu ufkunun yukarılarında beliren aydınlıktır. Bu aydınlık zamanla yerini ufkun hemen üzerinde yoğunlaşmaya başlayan kızılığa bırakır. Bu kızılılık yoğunlaşıp da ufuk çizgisine paralel bir şekilde uzandığında, altında kara parçasının siyahlığı, üzerinde de beyaz hatla birlikte gözle görülebilir üç paralel hat oluşur. Bu fecr-i sadıktır. Bu esnada güneş ufkun 9° altındadır. Fecr-i sadık ile sabah namazının vakti girer. Bu âna “imsak vakti” denir. Gecenin son üçte birlik kısmının son bölümü güneşin doğuşuna kadar devam eder.

Gecenin ilk ve son üçte birlik kısmını gösteren bir başka âyet de Hûd sûresinin 114. âyetidir. Âyette “gecenin gündüze yakın zamanları” anlamına gelen ve “زُلْفًا مِنَ اللَّيْلِ = zülefeden mine'l-leyl” şeklinde geçen ifadedeki “زُلْفٌ = zülef” kelimesi “yakınlık” anlamına gelen “زُلْفَةٌ = zülfe” kelimesinin çoğuludur. Yani “zülef”, “zülüfler” demektir.⁹¹ Âyette geçen “zülef” kelimesinin çoğul olduğunu söylemiştik. Bu durumda gecenin gündüze yakın en az üç kısmında kılınması gereken farz namaz olmalıdır. Arapçada çoğulun en azı üçtür. Bir şeyin yakınlığından, o şeyin ancak bir başka şeyle olan mesafesi tasavvur edildiğinde bahsedilebilir. Gecenin yakınlığı, gecenin gündüze yakınlığı söz konusu olduğunda bir anlam taşır. O halde gecenin yakın kısımları, gecenin gündüzdense emareler taşıyan zaman dilimleri için söz konusu olur. Gecenin gündüze yakın kısımlarında kılınacak namazlar akşam, yatsı ve sabah namazları olur. Akşam namazının vakti, güneşin batışıyla başladığı için akşam namazı gecenin bir zülfü yani gecenin gündüze yakın bir ânı olur. Akşam namazının bitişinde, batı ufkunda batan güneşten hâlâ emareler kaldığı ve batı ufkunda aydınlık bir süre daha devam ettiği için yatsı namazının vakti de gecenin bir zülfü yani gecenin gündüze yakın bölümlerinden biri olur. Çünkü yatsı namazının vakti sabah namazının vaktine kadar değil, batı ufkunda, batan güneşten herhangi bir emarenin kalmadığı yani gecenin karanlığının bastırıldığı âna kadar devam eder.⁹² Gelenekte yatsı namazının vaktinin sabah namazının vaktine kadar devam ettiği düşünülünce Hûd sûresinin 114. âyetinde geçen “zülfele” ifadesine doğru anlamlar verilememiştir.⁹³

91 Kelime Kur'ân'da pek çok âyette geçer. Mesela Tekvîr sûresinin 13 (وَإِذَا الْحَنَةُ أُرْلِفَتْ) = Cennet yaklaştırılınca), Şu'arâ sûresinin 90 ile Kâf sûresinin 31 (وَأُرْلِفَتْ الْحَنَةُ لِلْمُتَّقِينَ) = Cennet mütekkilere yaklaştırılır) ve yine Şu'arâ sûresinin 64. âyetlerinde (فَلَمَّا رَأَوْهُ زُلْفَةً عِيْنَتْ وُجُوهُهُمُ) = Öbürlerini o yerde onlara yaklaştırdık) kelimenin fiil hali “yaklaşmak” anlamında kullanılmıştır. “Zülfe” kelimesi de “yakınlık” anlamında Mülk sûresinin 27. âyetinde kullanılır (وَالَّذِينَ آتَخُوا مِنْ دُونِهِ أَزْوَاجًا مَا نَكَّحْنَهُمْ إِلَّا لِيُقَرَّبُوا إِلَى اللَّهِ زُلْفَى) = O tehdidi yakından görünce kafirlerin yüzleri fenalaşır). Yine “zülfa = زُلْفَى” kelimesi de Sebe sûresinin 37 (فَلَمَّا رَأَوْهُ زُلْفَةً عِيْنَتْ وُجُوهُهُمُ) = Sizi bizim katımıza yaklaştıracak şey ne mallarınız ne de çocuklarınızdır.), Sâd sûresinin 25 ve 40 (وَإِنَّ لَهُ عِنْدَنَا لَزُلْفَى وَحُسْنَ مَآبٍ) = Bize daha yakın olma ve mutlu son onun hakkıdır.) ile Zümer sûresinin 3. âyetlerinde (وَالَّذِينَ آتَخُوا مِنْ دُونِهِ أَزْوَاجًا مَا نَكَّحْنَهُمْ إِلَّا لِيُقَرَّبُوا إِلَى اللَّهِ زُلْفَى) = Allah'tan önce evliyaya tutunanlar derler ki, 'Bizim bunlara kulluk etmemiz, sırf bizi Allah'a daha çok yaklaştırsınlar diyedir:)' “yakın olmak” anlamında geçer. Aynı kökten türeyen “Müzelife” kelimesinin de insanları Allah'a yaklaştırmaya yahut Arafat'tan hareketle buraya yaklaşıldığı veya insanların buraya gelmekle Minâ'ya yaklaşmaları veya gecenin ilk zaman diliminde Arafat'tan buraya gelinmesiyle irtibatlı olduğu söylenir. bkz. Dursun Ali Şeker, “Müzelife”, *DİA*, XXXII, 239.

92 Konuyla ilgili bkz. Abdulaziz Bayındır, <http://www.suleymaniyevakfi.org/kuran-arastirmalari/kuranda-namaz-vakitleri.html>

93 Konuyla ilgili bkz. Fatih Orum, “Bir Ayetin Başına Gelenler”, *Kitap ve Hikmet*, 2015, sayı: 10, s. 30 vd.

Zülef kelimesi çoğul olduğu için en azı üç dedik ama çoğulun üst sınırı yoktur. Ancak âyette geçen zülfeleri üçle sınırlandırmamızı gerektiren önemli bir karine vardır. Hûd sûresinin 114. âyeti farz namazların vakitlerinden bahsetmektedir. İsrâ sûresinin 78. âyeti de farz namazın vakitlerinden bahsetmektedir ve “قُرْآنَ الْفَجْرِ” diyerek gecenin son üçte birlik kısmında kılınacak farz namazın başlangıcını fecrin ışıklarının toplanma ânı olarak belirlemektedir. O halde bu kısımda kılınacak sadece bir farz namaz vardır. Bundan dolayı gecenin gündüze yakın anlarından biri olan ve esasında zülfe tanımıyla örtüşen seher vakti Hûd sûresinin 114. âyetinde kastedilen zülfelerden biri olmamaktadır.

Bazı rivayetlerde geçen ifadeler de gecenin yukarıda anlatıldığı şekliyle üç kısma ayrıldığını gösterir. Mesela edilen duaların geri çevrilmeyeceği, yapılan tevbe-lerin kabul göreceği bir ân olarak gecenin son üçte birlik kısmına işaret eden rivayetler vardır. bir rivayet şöyledir:

“Şüphesiz Cenâb-ı Hak her cuma gecesi gecenin evvelinden sonuna kadar dünya semâsına iner, diğer gecelerde ise, gecenin üçte biri kalınca (وفي سائر الليالي في الثلث الآخر من الليل) iner ve bir meleğe şöyle seslenmesini emreder: Bir isteyen yok mudur, kendisine vereyim; tevbe eden bir kimse yok mudur, tevbesini kabul edeyim; günahlarının bağışlanmasını dileyen yok mudur onu bağışlayayım!”⁹⁴

Rivayetin sahih olup olmamasından ziyade klasik kaynaklarda “في الثلث الآخر من الليل” ifadesinin geçiyor olması önemlidir. Ayrıca bazı müfessirler Âl-i İmrân suresinin 17. âyetinde geçen “وَالْمُسْتَغْفِرِينَ بِالْأَسْحَارِ” ifadesinin tefsiri bağlamında da gecenin son üçte biri (الثلث الأخير) ifadesini kullanır, kastedilen zamanın seher vakti olduğunu söyler ve yukarıdaki rivayete atıfta bulunurlar.⁹⁵

Kur’ân’da seher vaktine dair âyetler, gecenin son üçte birlik kısmının ikiye ayrıldığını gösterir. Zâriyât sûresinin 17. ve 18. âyetlerinde, muttakilerin vasıfları olarak geceleri az uyudukları ve seher vakti istiğfarda buldukları bildirilir. Benzer ifade Âl-i İmrân sûresinin 17. âyetinde de geçer. Tûr suresinin 49. âyetinde geçen “وَإِذْ بَارَ النُّجُومِ” = ve yıldızların geri dönüş vaktinde...” ifadesi de seher vaktine işaret eder. Gecenin son üçte birlik kısmının seher ve sabah vakti olarak ikiye ayrılmasına Lut (a.s.) ile ilgili kıssada da işaret vardır. Lut (a.s.) ve yanındakiler şehri seher vaktinde terk etmişler, helak da sabah vakti yani güneş doğmadan gerçekleşmiştir. Allah Lut (a.s.)’a gecenin bir bölümünde (بِقِطْعِ مِنَ اللَّيْلِ)⁹⁶ şehri terk etmesini söylemiş, sonra da onları seher vaktinde (تَجَنَّبْنَاهُمْ بَسَحَرٍ)⁹⁷ kurtardığını söylemiştir. O halde gecenin o kısmı seher vaktidir. Helâkin vaktinin de sabah (وَلَقَدْ صَبَّحَهُمْ بُكْرَةً)

94 Suyûtî, *Câmi’u’l-ehâdis*, XXXI, 111.

95 Alâeddin Ali b. Muhammed b. İbrâhim el-Bağdâdi Hâzin (ö. 1341/741), *Tefsiru’l-Hâzin*, Beyrut, 1979, I, 328.

96 Hûd 11/81; Hicr 15/65.

97 Kamer 54/34.

﴿عَذَابٌ مُّسْتَقَرٌّ﴾⁹⁸ (إِنَّ مَوْعِدَهُمُ الصُّبْحُ)⁹⁹ olduğunu bildirmiş, bunun tamamlanmasının da işrak vaktinde (فَأَخَذَتْهُمُ الصَّيْحَةُ مُشْرِقِينَ)¹⁰⁰ olduğunu söylemiştir. Yani Lut (a.s.) ve yanındaki-lerin şehri terk etmeleri ve şehrin helakinin tamamlanması gecenin son üçte birlik kısmında olmuştur.

Gecenin son üçte birlik kısmının ilk bölümü olarak saydığımız seher vakti bir başka gece taksimine göre gecenin yarısına dahil olmaktadır. Şimdi bunu izah edelim.

Kur'an'da “عَسَقَ اللَّيْلِ = ğasaku'l-leyl” olarak ifade edilen gecenin ortası (وسط الليل), seher vaktini de içine alacak şekilde gecenin yarısını (نصف الليل) oluşturur ve kendi içinde üçe bölünür. Bu durumda tüm gece altı parçaya bölünmüş olur. İlk iki parça, akşam ve yatsı namazlarının da vakti olan ve üçlü gece taksimine göre ilk üçte birlik kısmı temsil eden bölümdür. Altı parçanın bir parçasını da fecr-i sadıkla başlayan ve güneşin doğuşuna kadar süren sabah namazının vakti oluşturur. Altı parçanın biri seher vakti, geri kalan iki parça da üçlü gece taksiminde ikinci üçte birlik kısım olarak ele aldığımız gecenin karanlık kısmıdır. Altılı gece taksimine göre bu kısmın süre bakımından takribi olarak ikiye ayrıldığı düşünülmektedir. İşte takribi olarak ikiye ayırdığımız bu iki parça ile seher vakti toplam üç parça etmekte ve bu üç parça altı parçanın yarısını ifade ettiği için gecenin yarısı ile bu üç parça kastedilmektedir. Tekrar hatırlatmalıyız ki üçlü gece taksiminde olduğu gibi bu altılı taksimde de parçalar arasında süre bakımından tam bir eşitlik söz konusu değildir.

Gecenin yarısı dediğimiz ve altılı taksime göre gecenin karanlık kısmı ile seher vaktinden oluşan bu üç parça Müzzemmil sûresinin ilk ve son âyetleriyle bazı rivayetlerde geçen ifadelerin anlaşılması için büyük önem taşımaktadır.

Müzzemmil sûresinin ilk âyetleri şöyledir:

يَا أَيُّهَا الْمَرْمُلُ (1) قُمْ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا (2) نِصْفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا (3) أَوْ زِدْ عَلَيْهِ وَرَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا (4)

“Ey örtüsüne bürünen kişi! Az bir kısmı dışında gece kalk! Yarısında kalk. Yahut yarısından biraz azalt veya ekleme yap. Kur'an'ı sindire sindire oku.”

Âyeti anlamak için gecenin taksimine dair şu tabloyu tekrar hatırlamalıyız:

98 Kamer 54/38.

99 Hûd 11/81

100 Hicr 15/73

Tablo 11: Çeşitli açılardan gecenin kısımları					
Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Gecenin yarısı			Sabah namazı vakti
Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti	Gecenin ortası		Seher vakti	Sabah namazı vakti
Akşamın alacakaranlığı			Sabahın alacakaranlığı		
Gecenin ilk üçte birlik kısmı		Gecenin ikinci üçte birlik kısmı		Gecenin son üçte birlik kısmı	
1	2	3	4	5	6

Yukarıdaki tabloya göre, akşam ve yatsı namazlarının vakitleri gecenin ilk üçte birlik kısmını oluşturur. Bu kısma “akşamın alacakaranlığı” da denir. Yatsı namazının vaktinin sona ermesinden seher vaktine kadar süren kısım gecenin ikinci üçte birlik kısmıdır. Bu kısma “gecenin ortası (وسط الليل)” denir. Çünkü bu kısım gecenin üç parçasından ortadaki parçayı oluşturur. Seher vaktinden güneşin doğuşuna kadar devam eden kısım da gecenin son üçte birlik kısmıdır. Buna da sabahın alacakaranlığı denir. Yatsı namazının vaktinin sona ermesinden sabah namazının vakti girinceye kadar devam eden kısma gecenin yarısı (نصف الليل) denilir. Akşam (1), yatsı (2) ve sabah (6) namazı vakti ile seher vakti (5) gecenin dört parçasını oluşturur. Gecenin ortasını da takribi olarak ikiye böldüğümüzde (3-4) gecenin yarısı, gecenin toplam altı parçasından üç parçasını oluşturur. Bundan dolayı yatsı namazının vaktinin sona ermesinden sabah namazının vakti girinceye kadar devam eden kısma gecenin yarısı denilir.

Yukarıdaki âyette geçen “el-leyl = الليل” kelimesi, gecenin karanlığının başlamasından yani yatsı namazının vaktinin sona ermesinden fecr-i sâdıkın doğmasına yani sabah namazının vaktinin girmesine kadar geçen süre anlamındadır. Bu, altılı gece taksimine göre gecenin 3, 4 ve 5. Kısımlarını içerir. Bu durumda âyette geçen “gecenin yarısı = نِصْفُهُ” ifadesi bu üç kısmın yani gecenin yarısının takribi olarak yarısını ifade eder. Aynı surenin 20. âyetinde geçen “وَنِصْفُهُ = yarısı” ifadesiyle de örtüşmektedir. Takribi olarak bunu şöyle gösterebiliriz:

Tablo 12: Gecenin yarısının yarısı

Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti				Sabah namazı vakti
--------------------	--------------------	--	--	--	--------------------

Âyette geçen “yarısından biraz azalt = انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا” ifadesiyle gecenin yarısının üçte biri kastedilmektedir. Bu, tüm gecenin altıda birlik kısmıdır. Aynı surenin 20. âyetinde geçen “ثلثه = üçte biri” ifadesiyle de örtüşmektedir. Takribi olarak bunu şöyle gösterebiliriz:

Tablo 13: Gecenin yarısının üçte biri

Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti			Sabah namazı vakti
--------------------	--------------------	--	--	--------------------

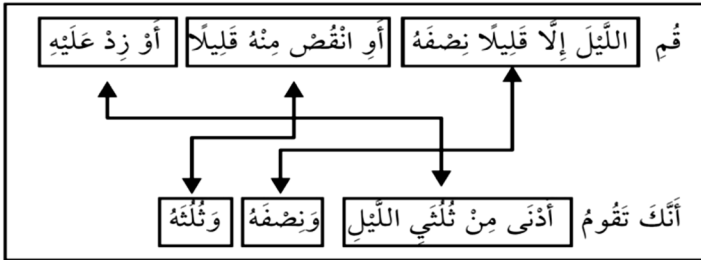
Âyette geçen “veya ona eklemeye yap = أَوْ زِدْ عَلَيْهِ” ifadesi gecenin yarısının yarısına eklemeye yapılacağını gösterir. Bu eklemeye elde edilecek zaman diliminin gecenin yarısının üçte ikisine yakın bir zamanı ifade edeceğini aynı surenin 20. âyetinde geçen “أَذْنَى مِنْ ثُلُثِي اللَّيْلِ = gecenin üçte ikisine yakın” ifadesiyle anlamaktayız. Takribi olarak bunu şöyle gösterebiliriz:

Akşam namazı vakti	Yatsı namazı vakti			Sabah namazı vakti
--------------------	--------------------	--	--	--------------------

Sûrenin son âyeti şöyledir:

إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَى مِنْ ثُلُثِي اللَّيْلِ وَنِصْفَهُ وَثُلُثَهُ وَطَائِفَةٌ مِنَ الَّذِينَ مَعَكَ

“Rabbin senin ve seninle birlikte bir grubun gecenin üçte ikisine yakınını, yarısını ve üçte birini uyanık geçirdiğini elbette bilmektedir.”



Surenin ilk âyetleri ile son âyeti arasındaki örtüşmeyi yanda şöyle gösterebiliriz:

Gecenin yukarıda anlatılan üçlü ve altılı taksiminin bilinmesinin özellikle namaz vakitlerinden bahseden bazı rivayetlerin ve bu rivayetlerde geçen bir takım ifadelerin anlaşılması açısından önemi vardır. Mesela bazı hadis metinlerinde, yatsı namazının bitişi bağlamında “حين ينتصف الليل”، “إلى نصف الليل”، “إلى ثلث الليل”، “إلى ذهب ثلث”، “إلى قريب من شطر الليل”، “إلى شطر الليل”، “حتى كاد يذهب شطر الليل”، “حتى إذا انتصف الليل أو بلغ ذاك”، “الليل” gibi ifadeler kullanılır. Bu ifade farklılıklarının temelinde ilk kısmın bitiş ânını ifade etmek için, kimi zaman ilk kısmın sonunun, kimi zaman da ikinci kısmın başının dikkate alınmış olması yatmaktadır. Bu, “Bizim bahçenin bitimine kadar git.” ile “Komşunun bahçesinin başladığı yere kadar git.” cümlelerinin aynı sınırı ifade etmesi gibidir. Aynı ânı ifade için mezhep imamlarının ifadelerinde de görülen bu tür ifade farklılıkları, yatsı namazının son vakti hususunda farklı yorumlara yol açmıştır. İfadelerde geçen “nısfül-leyl” ifadesinin başlangıcı, gecenin tamamen karardığı ân; sonu da fecr-i sadıkın doğduğu yani sabah namazının vaktinin başladığı andır. Bu kısma nısfu'l-leyl denilmesi, altılı gece taksiminde görüldüğü üzere, gecenin altı parçasından üç parçasını oluşturması sebebiyledir.

Bazı rivayetlerde “سدس الليل = gecenin altıda biri” ifadesi geçer. Mesela bir rivayet şöyledir:

“Allah'ın en sevdiği namaz Davud'un namazı, en sevdiği oruç Davud'un orucudur. O, gecenin yarısında uyur, üçte birinde kalkar, altıda birinde (seher vaktinde) yine uyurdu. Bir gün oruç tutar, bir gün yerdı.”¹⁰¹

Gecenin altı kısma ayrıldığını gösteren bazı ifadelere klasik kaynaklarda da rastlanmaktadır. Dua için en uygun vaktin hangisi olduğuna dair bir soruya Nebi (a.s.)'in “gecenin son ortası = جوف الليل الآخر” şeklinde verdiği cevabın ne anlama geldiği tartışılmış, mesela Hattâbî “جوف الليل الآخر” ifadesi için şu açıklamaları yapmıştır:

“Bu, gecenin altı parçasından beşinci parçasıdır (الجزء الخامس من أسداس الليل). Bu, şu rivayetle de örtüşmektedir: Allah gecenin son üçte biri (الثلث الآخر) kalıncaya kadar süre tanır. Dünya semasına iner ve bir talebi olan yok mu giderilsin, tevbe eden yok mu affedilsin’ der.”¹⁰²

Aynı rivayetle; dua için en uygun vaktin hangisi olduğuna dair bir soruya Nebi (a.s.)'in “gecenin son karnı = جوف الليل الآخر” şeklinde verdiği cevapla ilgili olarak İbn Esîr de şu açıklamaları yapar:

“İfade ile kastedilen gecenin son üçtü biridir. Bu, gecenin altı kısmından beşinci parçasıdır.”¹⁰³

Lügat alimi Zebîdî, “الجَوْفُ = cevf” kelimesinin anlamını verirken yukarıdaki rivayete yer verir ve “جوف الليل الآخر” ifadesi için şu açıklamaları yapar:

“Bu, gecenin son üçte biri anlamına gelmektedir. Gecenin altı kısmından beşincisi demektir. Bazılarının iddia ettiği gibi gecenin yarısı anlamında değildir.”¹⁰⁴

101 Buhari, Teheccüd, 7.

102 Hattâbî, *Garibü'l-hadis*, I, 134.

103 İbnü'l-esir, *en-Nihâye fi garibi'l-eser*, Beyrut, 1979, I, 841.

104 Zebîdî, *Tacü'l-ârus*, “cvf” md.

Tahâvî, yatsı namazının son vaktine dair naklettiği tüm rivayetleri zihnindeki yatsı namazının vaktine dair üçlü taksime göre anlamıştır. Onun en önemli yanılması bize göre bu olmuştur. O, yatsının son vaktine dair zikrettiği ilk rivayette geçen “إلى ثلث الليل” ifadesi ile bu ifadenin “نصف الليل” şeklindeki bir başka ifade şeklini farklı şeyler gibi anlamış, buradan hareketle de yatsı namazının son vaktinin, ilk ifadeye göre üçte birlik kısımla bitmesi gerekirken ikinci ifadeye göre üçte birlik kısım geçtikten sonra da devam ettiği ihtimali olduğunu söylemiş ve iki ihtimal sebebiyle diğer rivayetlere bakma gereğinden bahsetmiştir.

Naklettiği iki ayrı rivayette yatsının son vaktine dair geçen “حين يتنصف الليل” ve “إلى نصف الليل” ifadelerini Tahâvî yatsı namazının vaktinin gecenin üçte birinden sonraya da sarktığına delil getirmiştir. Oysa bu iki ifade ile önceki rivayette geçen “إلى ثلث الليل” ifadesinin aynı zamanı göstermesi yönüyle birbirinden anlam bakımından herhangi bir farkı yoktur. Rivâyetlerde geçen her iki ibare de gecenin üçte birlik kısmının bittiği ân ifade etmek için kullanılmıştır. Bu, gecenin karanlığının başladığı ân ifade etmek için “batı ufkundaki son ışığın kaybolduğu ân” ile “karanlığın başladığı ân” cümlelerinin aynı ânı; “Bizim bahçenin bitimine kadar git.” ile “Komşunun bahçesinin başladığı yere kadar git.” cümlelerinin aynı sınırı ifade etmesi gibidir. Yatsının sonuna dair gerek hadislerde gerek fıkıh kaynaklarında geçen “إلى ثلث الليل” ve “إلى نصف الليل” şeklindeki iki ayrı ifadenin esasında anlam bakımından aynı şeyi ifade ettiğine başkaları da işaret etmiştir. Mesela Mâverdî, her iki ifadeyi de kullanması sebebiyle tabiiyelerinin İmam Şâfi’î’nin bu konuda iki ayrı görüşe sahip olduğu sonucuna vardıklarını hatta bu ifadelerin geçtiği rivayetlerle de bunu temellendirdiklerini bildirdikten sonra Ebu’l-‘Abbas b. Süreyc’in bu çıkarıma katılmadığını, Şafi’î’den nakledilen ve rivayetlerde de geçen “إلى ثلث الليل” ile yatsıya başlamanın son vaktinin; “إلى نصف الليل” ile de yatsıyı bitirmenin sonunun kastedildiği, dolayısıyla her iki ifadenin de aynı ân ifade ettiğini nakleder.¹⁰⁵

Tahâvî’nin, yatsı namazının vaktinin gecenin üçte birinden sonraya sarktığına dair görüşünü desteklemek için, Rasûlullah’ın bir gece yatsı namazını geciktirdiğiyle alakalı bazı rivayetler ve bu rivayetlerde geçen farklı ifadelerden hareket etmesi de aynı yanılmanın sonucudur. Çünkü bu rivayetlerde görülen “حين ذهب ثلث الليل” “حتى” “إلى قريب من شطر الليل”, “إلى شطر الليل”, “حتى كاد يذهب شطر الليل” “إلى ثلث الليل”, “إذا انتصف الليل أو بلغ ذلك” şeklindeki ifade farklılıkları, ravilerden kaynaklanıyor olup aynı zaman dilimini ifade etmektedir ki o da gecenin üçte birlik kısmının bitişi, dolayısıyla gecenin yarısının yani gecenin ikinci kısmının başlama ânıdır.

Tahâvî’nin, yukarıda sözü edilen rivayetin “إلى شطر الليل” ifadesinin geçtiği farklı aktarımından hareketle yatsı namazının gecenin yarısından sonra yani ona göre

105 Mâverdî, *el-Hâvî fi fikhîş-Şâfi’î*, Kahire, 1994, II, 25. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Nevevî, *Kitâbü’l-Mecmû’*, Beyrut, trs., III, 31.

üçüncü kısımda da kılınabileceğini söylemesinde de aynı yanlış etkilidir. Tahâvî aynı rivayetin rivâiler tarafından farklı ifadelerini farklı zamanlar olarak algılar ve bunlara farklı hükümler bina eder. Oysa Tahâvî, bu farklı ifadelerin hepsinin esasında tek bir olayın, yani Rasûlullah'ın bir gece namazı geciktirip gecenin üçte biri sona ererken yani gecenin ikinci kısmı başlamak üzereyken kıldığına dair olayın anlatıldığı farkında olmalıydı. Zaten tüm rivayetlerde geçen “لم ترأوا في” ve “صلاة ما انتظرتموها” şeklindeki kısım aynı rivayetten bahsedildiğini gösteren önemli bir işarettir. Öte yandan “نصف الليل”, “وسط الليل”, “شطر الليل” ve “جوف الليل” gibi ifadelerin bazı rivayet ve ibarelerde aynı anlamı ifade edecek şekilde kullanılabilirdi de gözden kaçırılmamalıdır.

Tahâvî aynı olayın Âişe validemizden nakledildiği rivayette geçen “حتى ذهب عامة” şeklindeki ifadeyi yatsının vaktinin gecenin yarısından sonra da devam ettiğine delil getirir. Tahâvî bu ifadeyi yorumlarken önce “Gecenin çoğunun geçmesi ile yatsının vaktinin geçmediği anlaşılmaktadır.” der, ardından da tüm bu rivayetlerden, gecenin tamamının yatsının vakti olduğu sonucuna varır. Hemen devamında da yatsının fazilet bakımından üç farklı vakti olduğunu söyler ve en az faziletli vaktin gecenin ilk üçte birlik kısmı bitene kadar olan kısım olduğunu söyler. Oysa Tahâvî'nin Âişe validemizden naklettiği rivayette geçen “Şayet ümmetime zorluk olmayacağını bilsem, bu namazın (en faziletli) vakti budur (derim)” şeklindeki ifadesi Tahâvî'nin vardığı sonucu tamamen geçersiz kılmaktadır. Çünkü Tahâvî bunu söylemekle Rasûlullah'ın en faziletli olduğuna işaret ettiği vakti –ki bu vakit gecenin ilk üçte birlik kısmının son ânıdır- fazileti en düşük vakit ilan etmiş olmaktadır. Bunun sebebi, onun, rivayette geçen “حتى ذهب عامة الليل” şeklindeki ifadeyi yanlış anlamasıdır. Âişe validemizden nakledilen rivayette sözü edilen vakit gecenin ilk üçte birlik kısmıdır. Rivayetin sonundaki ifade bunu göstermektedir. Nitekim bazı şarihler de hem sözü edilen rivayette geçen “حتى ذهب عامة الليل” ifadesi ile kastedilenin gecenin tamamı değil çoğu olduğunu hem de bu ifadeyi gecenin tamamı gibi anlamının, rivayetin sonundaki ifadeyle uyuşmadığını söylemişlerdir. Mesela Şevkânî, Nevevî'den naklen, rivayette geçen “إنه لوقتها” ifadesinden hareketle yatsının vaktinin gecenin yarısından sonra devam edeceğinin söylenemeyeceğini, çünkü ulemadan hiç kimsenin yatsı namazını, gecenin yarısından sonraya tehir etmenin en faziletli davranış olduğunu söylemediğini belirtir.¹⁰⁶

Ayrıca yukarıda sözü edilen rivayette geçen “حتى ذهب عامة الليل” şeklindeki ifadenin ravinin nakli olduğunu, bu ifadenin diğer rivayetlerde “حين ذهب ثلث الليل”, “حين إذا انتصف”, “إلى قريب من شطر الليل”, “إلى شطر الليل”, “حتى كاد يذهب شطر الليل”, “إلى ثلث الليل”, “الليل أو بلغ ذاك” şeklinde geçtiğini hatırlatmamız gerekir.

106 Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, II, “14-15; Ebu'l-Ula Muhammed Abdurrahman b. Abdurrahim el-Mübârekfûrî (ö. 1935/1353), *Tuhfetü'l-Ahvezî bi şerhi Câmi'i't-Tirmizî ve mââhu Şifâü'l-Gilel fi şerhi Kitabi'l-İlel*, Kahire, 2001, I, 374.

Tahâvî'nin, Ömer (r.a.)'ın yazdığı belirtilen mektupta geçen yatsı namazı ile ilgili "إلى ثلث الليل" ve "إلى نصف الليل" ifadelerine değil de "حين شئت" ve "إلا من شغل" ifadelerine vurgu yapıp yatsının vaktinin tüm gece olduğu sonucuna varması da şaşırtıcıdır. Onun, bu ifadelerden böyle bir sonuca varması da yine zihnindeki vakit tasnifinin bir sonucudur. Oysa sözü edilen mektupta geçen "حين شئت" ifadesi ile kastedilen, ilk üçte birlik kısmın yatsıya tekabül eden vaktinin herhangi bir ânı demektir. Öte yandan "bir meşgale durumu hariç" şeklindeki ifadeyle – şayet bu ifade rivayete sonradan eklenmiş değilse-, bir meşgale olması halinde yatsı namazını bu vakte yani ilk üçte birlik kısmın son ânına kadar geciktirmeyip ilk vaktinde kılmanın kastedilmiş olma ihtimali üzerinde de düşünülmalıdır.

Sonuç olarak Tahâvî, aynı olayın farklı ifadelerini birleştirmek ve doğru olan ifadeyi tespit etmek yerine, sanki her bir rivayet farklı olayla ilgiliymiş ve rivayetlerde geçen lafızlar manen rivayet değil de tevatür seviyesindeymiş gibi lafızlar üzerine farklı hükümler bina etmiştir. Tahâvî bu tutumunu, aynı kişilerden aynı konuda yapılan rivayetlerde geçen lafız farklılıkları hususunda da sürdürmüştür.

Öte yandan Tahâvî'nin aynı olaylarla ilgili ama farklı lafızlarla nakledilen rivayetlerdeki bazı ifade farklılıklarının hadis kaynaklarında bulunmadığını söylememiz gerekir.

Tahâvî'nin, yatsının son vaktinin fecrin doğuşuna kadar devam ettiğine dair görüşün Ebû Hanife, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'in de görüşü olduğunu söylemesi de izaha muhtaçtır. Bunun, en azından Ebû Hanife için doğru olmadığını bilmekteyiz.

Sonuç olarak Tahâvî'nin, aynı rivayetle ilgili ifade farklılıklarından yaptığı, yatsının vaktinin fecrin doğuşuna kadar devam ettiğine dair çıkarımı Hanefi kaynaklarına hadis olarak geçmiştir.

E. HANEFÎ KAYNAKLARINDA YATSI NAMAZININ SON VAKTİNE DAİR ZİKRİ GEÇEN İKİNCİ RİVAYET

Çalışmanın başında da görüldüğü üzere Serahsî, yatsı namazının vaktinin fecrin doğuşuna kadar devam ettiğine dair ikinci bir delilden daha bahsetmektedir. "Bir namazın vakti, bir başka namazın vakti girinceye dek çıkmaz."¹⁰⁷ mealindeki söz konusu rivayet için Serahsî, "Bu ifade şayet sabitse bu da bize delil olur." der ancak bunun şâz olduğunu da belirtir.¹⁰⁸

107 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 145. İbare şöyledir: "لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت صلاة أخرى"

108 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 145.

Serahsî'nin şâz olduğunu söylediği ve Rasûlullah'tan sabit olup olmadığı hususunda kendisinin de şüphe içinde olduğuna işaret ettiği bu rivayet onun naklettiği ibareyle hiçbir hadis eserinde geçmemektedir.¹⁰⁹ Serahsî'nin rivayet için şâz kaydını koymasının bununla ilgisi olmalıdır.

Serahsî'nin sözünü ettiği rivayetin aslının ne olduğuna dair bazı Hanefi fakihleri ipuçları vermektedir. Bunlardan biri Zeyla'î'dir.

Zeyla'î, daha önce de belirttiğimiz üzere, yatsı namazının vaktinin fecrin doğuşuna kadar devam ettiğine dair Hanefi kaynaklarında Ebû Hureyre kanalıyla Rasûlullah'a nispet edilen rivayetin "garîb" olduğunu söyledikten sonra bu rivayetin menşei hususunda Tahâvî'yi işaret eder ve yatsı namazının fecrin doğuşuna kadar devam ettiğine dair Müslim'den bir rivayete yer verir. Aşağıda zikredeceğimiz bu rivayet, Serahsî'nin zikrettiği şekliyle hadis kaynaklarında bulunmayan rivayetin menşeiine işaret etmesi açısından önemli görünmektedir. Rivayet şöyledir:

"Katâde'nin naklettiğine göre Rasûlullah şöyle demiştir: "Uykuda kusur olmaz. Kusur, namazı başka bir namazın vakti girinceye kadar geciktirmekte olur."¹¹⁰

Zeyla'î bunu zikrettikten sonra şöyle der:

"Bu, her namazın vaktinin bir sonraki namaz vaktine kadar devam ettiğini göstermektedir. Sabah namazının vakti fecrin doğuşu ile girer."¹¹¹

Yukarıdaki rivayetin ve rivayetten hareketle yapılan yorumun Hanefi şarihlerin eserlerinde Tahâvî'ye ait ifadelerin hemen devamında¹¹² yer alması sebebiyle¹¹³ bu rivayetin ve yorumun ilkin Tahâvî'nin eserinde geçip geçmediği şeklinde bir şüphe belirmiş olsa da yukarıdaki rivayet Tahâvî'nin elimizdeki nüshasında bir yerde geçmektedir, o da yatsı namazının son vaktinin ele alındığı başlık altında değildir.¹¹⁴ Bu durum, sözü edilen ifadelerin Tahâvî'ye ait olmadığı hususunda önemli bir delil kabul edilebilir.

Konuyla ilgili bir başka dikkat çeken husus da Serahsî'nin yatsı namazının son vaktine dair naklettiği bu rivayetin anlama etki etmeyen farklı bir ibareyle hem Serahsî'nin hem de başka Hanefi fakihlerin eserinde geçiyor olmasıdır. Sözünü ettiğimiz ibare şöyledir:

لا يدخل وقت صلاة حتى يخرج وقت الأخرى

109 Bu rivayete aynı ibareyle Serahsî'nin dışında İbn Rüşd'ün Bidâyetü'l-müctehid isimli eserinde de rastlanmaktadır. Bkz. a.g.m., a.g.e., I, 73.

110 İbare şöyledir: "ليس في النوم تفريط، إنما التفريط أن تؤخر صلاة حتى يدخل وقت الأخرى"

111 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, I, 223.

112 Mesela bkz. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, I, 234-235; Aynî, *el-Binâye*, I, 808-809.

113 Mesela Nasbü'r-râye'de, bu rivayet ve yorum Tahâvî'nin sözlerinin aktarıldığı paragrafın içinde geçmektedir. Bkz. Zeyla'î, a.g.e., I, 234-235.

114 Tahâvî, *Şerhu Meâni'l-âsâr*, I, 165.

Bu şekliyle de hiçbir hadis kaynağında yer almayan¹¹⁵ bu ibare ile önceki arasında anlama etki etmeyen lafız farklılığı bulunmaktadır. İlk rivayet (لا يخرج وقت صلاة حتى) (يدخل وقت صلاة أخرى) “Bir namazın vakti, diğer namazın vakti girinceye kadar çıkmaz.” anlamına gelirken bu son ibare “Bir namazın vakti, diğer namazın vakti çıkmadan girmez.” anlamındadır.

Serahsî bu son ibareyi, müşterek vakit¹¹⁶ ve namazların cemi¹¹⁷ konularında, her namazın müstakil vakitleri olduğu bağlamında zikreder. Kasânî ise bu rivayeti yatsı namazının vaktinin fecrin doğuşuna kadar devam ettiğine dair görüşün delillerinden biri olarak zikreder ve devamında Nebî (s.a.v.)’in, namazın vaktinin girmemesini bir başka namazın vaktinin çıkışıyla kayıtladığını söyler.¹¹⁸

Hanefi kaynaklarında geçen ve yukarıda iki ayrı şeklinden bahsettiğimiz rivayetin menşeinin Hanefi şarihlerin de işaret ettiği gibi Katâde’den nakledilen ve Müslim’de geçen bir rivayete dayanıyor olması kuvvetle muhtemeldir. Nitekim Hanefi fakihler de hadis kaynaklarında bulunmayan söz konusu rivayeti Katâde’ye nispet etmişlerdir. O halde bu rivayeti ele almamız ve bundan hareketle yatsının sonunun fecrin doğuşuna kadar devam edeceği sonucuna varılıp varılmayacağını değerlendirmemiz gerekecektir.

Müslim’de geçen, “ta’rîs = yolcunun gecenin sonunda konaklaması” hadisi diye bilinen, uzunca bir metni olan ve Katâde’den nakledilen rivayete göre; başlarında Rasûlullah’ın bulunduğu Müslüman kabile Hayber fethi dönüşü tüm geceyi yol alarak geçirdikleri için yorgun düşer ve sabaha karşı uyuyakalırlar. Güneş doğduktan sonra uyanır, güneşin yükselmesinden sonra da sabah namazını kılıp yola devam ederler. Bazılarının, namazın vaktinde kılınmamasının günahının ne olacağı hususunda aralarında konuşmaya başlaması üzerine Rasûlullah şöyle der:

“Baksanıza! Ben sizin için bir örnek değil miyim? Şunu iyi bilin ki; uyku sebebi ile namazı geçirmekte bir kusur yoktur; kusur ancak başka namazın vakti gelinceye kadar namazını kılmayan kimsede aranır. Kim bir namaz vaktini uyuyarak geçirirse uyandığı zaman, o namazı kılın! Ama ertesi gün, o namazı her zamanki vaktinde kılın!”¹¹⁹

Yukarıdaki rivayetin sonuç cümlesinin “Kim bir namazı unutursa hatırlayınca onu kılın”¹²⁰ şeklinde farklı nakilleri de bulunmaktadır. Ancak Hanefi fakihlerin

115 Kasânî’nin yer verdiği bu rivayet hakkında, eserin tahkikini yapan iki ayrı müellif de bu lafız hadis eserlerinde bulamadıklarını söylemişlerdir. Bkz. Kâsânî, *Bedâ’us-sanâi*, thk. Muhammed Adnan b. Yasin Derviş, Beyrut, 1997, I, 321 (6. dipnot); a.g.m, a.g.e, thk. Muhammed Muhammed Tâmir, Kahire, 2005, I, 397 (10. dipnot).

116 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 143.

117 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 150.

118 Kâsânî, *Bedâ’us-sanâi*, I, 124.

119 Müslim, *Mesâcid ve Mevâdi’u’s-salât*, 311.

ثم قال أما لكم في أسوة؟ ثم قال ليس في النوم تقريظ إنما التقريظ على من لم يصل الصلاة حتى يجيء وقت الصلاة الأخرى فمن فعل ذلك فليصلها حين ينتبه لها فإذا كان الغد فليصلها عند وقتها

120 Buhârî, *Mevâkitü’s-salât*, 35; Müslim, *Mesâcid ve Mevâdi’u’s-salât*, 309, 314; Nesâî, *Mevâkit*, 55.

İbare şöyledir: “قال من نسي الصلاة فليصلها إذا ذكرها”

bazılarının yatsının vaktinin fecrin doğuşuna kadar olduğuna dair mezhep görüşünü temellendirmek için zikrettikleri ifade ilk yer verdiğimiz rivayette geçmektedir ki o da “Kusur ancak başka namazın vakti gelinceye kadar namazını kılmayan kimsede aranır (إنما التفريط على من لم يصل الصلاة حتى يجيء وقت الصلاة الأخرى)” şeklindeki ifadedir ve onlar bu ifadeden hareketle, “Bir namazın vaktinin, o namazı takip eden diğer namazın vakti girene kadar devam eder.” şeklinde istidlalde bulunmuşlardır.

İşte daha önce Serahsî ve Kâsânî gibi bazı fakihlerin zikrettikleri ve hadis eserlerinde bulunmadığını söylediğimiz “لا يدخل وقت صلاة حتى يدخل وقت صلاة أخرى” “وقت صلاة حتى يخرج وقت الأخرى” şeklindeki ifadeler, yukarıdaki rivayetin “وقت صلاة حتى يخرج وقت الأخرى” şeklindeki kısmından, yatsı namazının vaktini fecrin doğuşuna kadar uzadığı görüşünü temellendirmek için oluşturulmuş ibareler olmalıdır. Oluşturulan bu ibarelerden her namazın vaktinin bir sonraki namazın vakti gelinceye dek devam ettiği kuralı ortaya konmuştur.

Tam bu noktada sorulması beklenen “Sabah namazının vakti de öğle namazına kadar devam eder mi?” şeklindeki soruya da, sabah namazının vaktinin bundan istisna edildiği hususunda icmânın olduğu söylenerek cevap verilmiştir.¹²¹ Oysa sözü edilen yukarıdaki rivayette sabah namazı güneşin yükselmesi ile öğle namazı vakti arasında kılınmıştır. Bunun sebebi sözü edilen rivayetin uyku ve unutmaya haliyle mukayyet olmasıdır. Nitekim Elbânî de, Seyyid Sâbık'ın bu konudaki görüşlerini ortaya koyduktan sonra, bu rivayetten hareketle her namazın vaktinin bir sonraki namaz vakti girene kadar devam ettiğine dair sonuca varmanın hatalı olduğunu şu cümlelerle ifade eder:

Musannif¹²² bu hadisi bu konuda delil getirmekle Şevkânî ve diğerlerine uymuştur. Oysa bu hadiste, onların görüşlerine dayanak teşkil edecek hiçbir delil yoktur. Çünkü bu hadiste namaz vakitlerine dair bir açıklama bulunmamaktadır. Üstelik bu hadis namaz vakitlerini beyan etmek için de varid olmamıştır. Hadis bu konuyla alakalı değildir. Bu hadis, herhangi bir namazı -ki bu namaz, ister ikindi gibi hemen arkasından başka bir namazın (akşam namazı) olduğu namaz olsun, isterse de sabah namazı gibi hemen arkasından başka bir namazın gelmediği bir namaz olsun- kasıtlı olarak vakti çıkana kadar geciktiren kimsenin günahını beyan etmek için varid olmuştur. Bu hadisin, Rasûlullah'ın sahabeleriyle bir yolculukta uyu-yakaldığı için sabah namazını kaçırmaması, sahabelerin de bu olayı kendilerinden sadır olmuş büyük bir kusur sayması üzerine varid olması da buna delalet etmektedir. Çünkü Rasûlullah “Ben sizin için bir örnek değil miyim?” demiştir. Şayet hadisten kastedilen, onların iddia ettikleri gibi, her namazın vaktinin bir sonraki namazın vakti girinceye kadar devam etmesi olsaydı, bu hadisin sabah namazının vaktinin öğle namazı vaktine kadar devam ettiği husu-

121 Muhammed Nâsiruddîn el-Elbânî, *Temâmü'l-minne fi't-ta'lik 'alâ fikhi's-sünne*, (el-mektebetü'l-İslâmiyye), 1409 (3. baskı), s. 140; Mübârekfûri, *Tuhfetü'l-ahvezi*, I, 374. Sabah namazının istisna edilme gerekçesi olarak, Rasûlullah'tan rivayet edilen “Her kim güneş doğmadan sabah namazının bir rekatını kılmış olursa o namazı yetmiş olur. = من أدرك من أدرك = ”رکعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح” şeklindeki hadisin mefhumu olduğu da söylenir. (bkz. Nevevî, *el-Minhâc Şerhu Sahîhi Müslim*, Beyrut, 1392, V, 187)

122 Elbânî'nin musannif dediği kişi Seyyid Sâbık'tır. Seyyid Sâbık'ın konuyla ilgili ifadeleri için bkz. a.g.m., *Fikhü's-sünne*, Beyrut, 1996, I, 79.

sunda sarıh bir nas olması gerekirdi. Oysa onlar bunu söyleyemiyorlar. Bundan dolayı sabah namazını bu hükümden istisna etmekte zorlanmışlardır. Bu istisna, hadisin açıkladığımız sebep-i vüruduna göre onların iddialarını geçersiz kılıyor. Çünkü bu hadis sabah namazıyla ilgili olarak varid olmuştur. Öyleyse sabah namazını bundan istisna etmek nasıl mümkün olur? Gerçek şu ki, bu hadis namaz vakitlerini belirlemek için değil, aksine herhangi bir namazı kasıtlı olarak kendi vaktinden çıkarmayı inkar etmek için varid olmuştur. Bundan dolayı “el-Muhallâ”da İbn Hazm bunların sözü edilen bu istidlallerine cevap olarak şöyle demiştir: ‘Bu hadis onların söylediklerine asla delalet etmez. Onlar, sabah namazının vaktinin öğle namazı vaktine kadar uzamadığı hususunda bizimle aynı görüştedirler. Dolayısıyla, bu hadis herhangi bir namazın vaktinin kendisinden sonra gelen bir namazın vaktine kadar uzayacağına delalet etmez. Hadiste sadece, bir namazı, bir diğer namaz vaktine kadar geciktirenin günah işlediği bildirilmektedir. Namazın son vakti sonraki namazın ilk vaktine ister bitişik olsun ister olmasın. Ayrıca bu hadiste, bir namazı vakti çıkana kadar geciktirenin kusur işlemiş olup olmadığına dair bir şey de yoktur. Aksine hadiste buna değinilmemiştir. Ancak bu konudaki açıklama, her namazın vaktinin çıkışına dair ifadelerin yer aldığı diğer rivayetlerde bulunmaktadır. Bilinmesi gereken, Allah’ın belli bir vakitte yapılmasını belirlediği bir ameli, o vaktin dışında yapanın Allah’ın sınırlarını aşmış olacaktır. Zaten Allah Teâla ‘Her kim Allah’ın sınırlarını aşarsa işte onlar zalimlerin ta kendileridir.’¹²³ buyurmuştur.¹²⁴ Daha önce, o hadiste yatsı vaktinin fecre kadar uzayacağına hiçbir delil olmadığı sabit olmuştu. Öyleyse, yatsının vaktini belirleme konusunda açık olan diğer hadislerle müracaat etmek gerekmektedir. Nitekim Rasûlullah da ‘Yatsının vakti gecenin orta yarısına kadardır.’ demiştir.¹²⁵

Elbânî daha sonra, Ömer b. el-Hattab’ın Ebû Musa el-Eş’arî’ye yazdığı rivayet edilen mektupta geçen “فإل شطر الليل” ifadesinden hareketle yatsının vaktinin sadece gecenin yarısına kadar devam ettiğini söyler.¹²⁶

Toparlayacak olursak, Hanefi mezhebinde yatsı namazının vaktinin fecrin doğuşuna kadar devam ettiğine dair görüşün ikinci delili olarak zikredilen rivayette geçen “حتى يجيء وقت الصلاة الأخرى” şeklindeki ifade, namaz vakitleri arasında, bir namaz vakti çıktığında hemen sonrakinin vaktinin girdiği yahut bir sonrakinin vakti girdiğinde öncekinin vaktinin çıktığı şeklinde bir düzen olduğu anlamına gelmemektedir. Rivayet, uyku ve unutma durumunda namazın kılınması gereken zamanı belirlemektedir. Rivayete göre kişi, uyandığında ya da hatırladığı andan itibaren bir sonraki namaz vakti girmeden o namazı kılmalıdır. Böylesi bir durumda kişi mazurdur ve bir sonraki namaz vakti girmediği süre içinde o namazı vaktinde kılması yani eda etmiş sayılacaktır. Nitekim Kur’ân’da Allah’ın hiçbir kimseye gücünün üzerinde bir yük yüklemeyeceğini, unutma ve hatadan dolayı kulları hesaba çekmeyeceğini¹²⁷ bildirmesi de bunu desteklemektedir. Şayet yukarıdaki rivayetten, bir namazın vaktinin, diğer namazın vakti girinceye kadar devam ettiği anlaşılacak

123 Bakara 2/229.

124 İbn Hazm’ın bu ifadeleri için bkz. a.g.m., *el-Muhallâ*, Beyrut, 1988, II, 211.

125 Elbânî, *Temâmü’l-minne fi’t-ta’lik ‘alâ fikhi’s-sünne*, s. 140 vd.

126 Elbânî, *Temâmü’l-minne fi’t-ta’lik ‘alâ fikhi’s-sünne*, s. 142.

127 Bakara 2/286.

olursa, kılmadığı bir namazı günler sonra hatırlayan kişinin bu namazı kılmaması gerekir. Oysa bu kişi de hatırladığı andan itibaren bir sonraki namazın vakti girinceye kadar kıldığında o namazı vaktinde eda etmiş sayılacaktır. İşte ibarede geçen “حتى يجيء وقت الصلاة الأخرى” şeklindeki ifade, uyanıldığı ve hatırlanıldığı andan itibaren bir sonraki namaz vakti anlamına gelmektedir. Sözü edilen rivayette Rasûlullah sabah namazını kerahat vakti geçtikten sonra kıldırması, böylece bu sabah namazından sonraki namaz olan öğle namazının vakti girmeden sabah namazı kılınmıştır. Sabah namazının vakti öğle namazına kadar devam etmediğine göre rivayette geçen “حتى يجيء وقت الصلاة الأخرى” şeklindeki ifadeden “her namazın vaktinin bir sonraki namazın vakti gelinceye dek devam ettiği” şeklinde bir kural çıkartılamaz. Yani bizzat bu rivayet böyle bir kuralın çıkartılmasına manidir. Öte yandan, Elbânî'nin de isabetle tespit ettiği gibi, sabah namazından bahseden bir rivayetten istidlalde bulunulurken sabah namazı bu istidlalden istisna edilmiş, bir nevi kural hatası yapılmıştır.

Yukarıdaki rivayetin ve rivayette geçen söz konusu ifadenin namaz vakitlerinin sınırlarını ortaya koyma anlamına gelmediğinin bir başka delili de bir namazı diğer namazın vakti girene dek kılmamanın tefrit yani kusur değil büyük günah olduğudur. Hiç kimse vakti içinde namazı kılmayıp daha sonra kılmaya kusur dememiştir. Bu da rivayetin unutmama ve uyuyakalma ile ilgili olduğunu göstermektedir. Unutmama ve uyuyakalmaya dair bir rivayette, bir namazın vaktinin bir sonraki namazın vaktinin girmesine dek devam edeceğine dair bir ifadenin kullanılması konuya uygun düşmemektedir. Bu durumda rivayette geçen “حتى يجيء وقت الصلاة الأخرى” şeklindeki ifade, unutmama ve uyuyakalmayla ilgilidir.

Öte yandan öğle ile ikindi, akşam ile yatsı namazlarında olduğu gibi, vakit açısından geçişlilik taşıyan namazlardan birini diğerinin zamanında kılmanın da tefrit (kusur) mi sayılacağı, cevaplanması gereken önemli bir sorudur. Mesela bir kişi öğle namazını ikindi namazının vaktinde kılsa yahut yatsı namazını akşam namazının vaktinde kılsa buna tefrit mi denilecektir? Öğlenin bitişi ile ikindinin başlangıcı, akşamın bitişi ile yatsının başlangıcı Kur’ân’da açıkça belirtilmediği için bu vakitler arasında kişi namazını herhangi birinin vaktinde kılabilir. Zaten bunlar cem’ yapılabilen vakitlerdir. Bu da, söz konusu ibarenin doğrudan namaz vakitleriyle ilgili olmadığını gösterir.

Hanefi mezhebinde yatsı namazının fecrin doğuşuna kadar devam ettiğine dair görüşün Cibrîl hadisi ile telifi bağlamında bir açıklamaya makalenin baş taraflarında, Bâbertî’ye nispet ederek atıfta bulunmuştuk. Belki burada da buna kısaca değinmekte yarar olabilir. Hadiste Cibrîl’in Rasûlullah’a namaz kıldığı vakitlerin o namazın son vakti hususunda kayıt getirmediği, mesela ikinci gün sabah namazını ortalık aydınlandığı sırada kıldığı ama bu namazın vaktinin güneşin doğuşu-

na kadar devam ettiğinin bilindiği söylenmekteydi. Buradan hareketle aynı şeyin yatsının sonu için de geçerli olabileceği yani Cibrîl'in ikinci gün yatsı namazını gecenin üçte biri geçerken kıldırmasının, yatsının son vakti için bir kayıt anlamı taşımayacağı söylenir.¹²⁸ Ayrıca bu rivayette Cibrîl'in yatsı namazını kıldırıldığı vaktin yatsı için müstehab vakit anlamı taşıdığı da söylenir.¹²⁹

Namaz vakitleriyle ilgili olarak sadece konuyla ilgili Cibrîl hadisini dikkate alacak olursak, sözü edilen istidlalin bazı haklı tarafları olduğunu söyleyebiliriz. Mesela sözü edilen rivayette, her iki günde de Cibrîl'in akşam namazını aynı vakitte yani güneş batar batmaz kıldırması dikkat çekicidir. Bu, gerçekten de akşam namazının müstehab vaktinin güneşin batmasının hemen sonrası olduğunun güçlü bir delili gibi gözükmektedir. Nitekim bazıları akşam namazının vaktinin, güneş batar batmaz akşam namazı kılınacak kadar vakitle mukayyed olduğunu söylemişlerdir.¹³⁰

Bu, Cibrîl'in namaz kıldırıldığı diğer vakitler için de böyle bir ihtimalin varlığının sorgulanmasını gerektirmektedir. Mesela Cibrîl'in, ikinci gün öğle namazını, bir önceki gün ikindi namazını kıldırıldığı vakitte kıldırması rağmen; yine ilk gün yatsı namazını şafağın kaybolduğu anda kıldırması rağmen bu vakitler arasında geçişlilik olduğunu biliyoruz. Yani öğlenin sonu ile ikindinin başı ve yine akşamın sonu ile yatsının başına dair Kur'ândan net kayıtlar bulamıyoruz. Zaten bunlar Rasûlullah'ın cem' yaptığı vakitler olarak da bilinmektedir. Yine –bazı Hanefî fakihlerin de dediği gibi- Cibrîl'in ikinci gün sabah namazını ortalık aydınlandığında kıldırması rağmen sabah namazının son vaktinin güneşin doğuşu olduğunun bilinmesinden hareketle aynı şeyin yatsı için de geçerli olma durumu dile getirilmiş, bu, yatsının son vaktinin fecrin doğuşuna kadar olduğu görüşünde olan Hanefiler tarafından, Cibrîl hadisini delil olarak yatsının son vaktinin gecenin ilk üçte birlik kısmı olduğunu söyleyen İmam Şâfi'ye karşı bir delil olarak sunulmuştur.

Cibrîl hadisi Kur'ân bütünlüğünde değerlendirildiğinde, sabah ve yatsı namazları için yukarıdaki iddianın isabetli olmadığı görülmektedir. Her şeyden önce rivayette sabah namazı için “حين اسفر” ifadesinin güneşin doğmasına ancak sabah namazını kılacak kadar bir vakti ifade etmek için kullanılmış olma ihtimali göz ardı edilmemelidir. Çünkü sabah namazı bir gece namazıdır. Gecenin son zülfesidir. Gece güneşin doğuşuyla bittiğine göre Cibrîl ikinci gün sabah namazını güneşin doğmasına az bir süre kala kıldırması olmalıdır. Nitekim “isfâr vakti”nin, güneşin doğmasından önce, herhangi bir yıldızın gözükmeyeceği kadar aydınlık olan vakit

128 Serahsî, *el-Mebsût*, I, 143.

129 Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, I, 124.

130 Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, I, 124.

olduğu ve bu esnada güneşin ufku 6° den daha az bir konumda olduğu, bu vakitten itibaren de güneşin doğmasına yaklaşık 20-25 dakika kaldığı düşünülmelidir.¹³¹

Aynı şey yatsı namazı için de geçerlidir. Yatsı namazı Kur'an'a göre "gecenin kararmasına kadar = *إِل غسق الليل*" kılınmalıdır. Dolayısıyla yatsının vaktinin gecenin kararmasından sonra devam ettiğini söylemek Kur'an'a aykırı bir söylem olur. O halde ikinci gün yatsının kılındığı vaktin kayıt bildirdiği kabul edilmelidir.

Son olarak yatsının son vaktine dair Hanefi kaynaklarında akli bir delilden de söz edildiğini söylemeliyiz. Mesela Kâsânî, önce vitir namazının yatsı namazına tabi bir namaz olduğunu söyler, ardından da vitrin en faziletli vaktinin seher vakti olduğunu hatırlatır. Kâsânî böylelikle vitir namazının vakti seher vaktine kadar uzuyorsa vitrin tabi olduğu yatsı namazı da o vakte kadar uzar demek istemektedir.¹³² Vitir namazının yatsı namazına tabi olduğunu söylemenin herhangi bir delili yoktur. Vitir namazı teheccüd namazıdır. Uyuyup uyandıktan sonra kılınır. Bu namazın en faziletli vaktinin seher vakti olması yatsı namazının da bu vakte kadar devam ettiğini göstermez. Şayet vitir namazı yatsı namazına tabi ise yatsı namazının da en faziletli vaktinin seher vakti olması gerekirdi. Oysa böyle değildir, bunu söyleyen de yoktur. Aksine Hanefi fakihleri bu vaktin yatsının fazilet bakımından en düşük vakti olduğunu söylerler. Bir şeyin bir başka şeye tabi olduğu söyleniyorsa, hükümde de ona tabi olduğu kabul edilmelidir. Vitir namazı yatsıya tabi ise yatsının vaktinde ama yatsıdan önce kılınabilmelidir. Bunu söyleyen de yoktur. Aksine bizzat Kâsânî, Cibril hadisinde yatsı namazının fazilet vaktinin bildirildiğini söyleyerek¹³³ kendisinin dile getirdiği vitrin yatsıya tabi olduğu iddiasını kendisi geçersiz hale getirmektedir.

F. SONUÇ

Bu çalışmada, yatsı namazının son vaktine dair Hanefi mezhebindeki genel görüşün, tarihi seyri içinde bir değişim gösterip göstermediği, şayet gösterdi ise bunun nasıl gerçekleştiği ve ne şekilde temellendirildiğini ortaya koymaya çalıştık. Bu bağlamda;

Mezhebin en erken dönem kitaplarından el-Asl'da, Ebû Hanife'nin, yatsı namazının son vaktinin "gecenin yarısına kadar" olduğuna dair görüş belirttiği, bu vakitten sonra kılınması halinde kerahatle de olsa yatsı namazının geçerli olduğuna dair bir ifadenin aynı eserde ve hemen yukarıdaki görüşün devamında yer almasının metne yapılan bir müdahale olup olmadığının izaha muhtaç bir konu olduğu,

131 Bkz. Abdulaziz Bayındır, <http://www.suleymaniyevakfi.org/ramazan-ve-oruc/namaz-ve-oruc-vakitleri-brsadece-muslim-olanlar-icin.html>

132 Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, I, 124.

133 Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, I, 124.

Serahsî'nin, Ebû Hanîfe'nin yukarıda sözü edilen görüşünü yorumlayarak, "gecenin yarısına kadar" şeklindeki kaydın namazın geciktirilmesinin mübah olduğu vakti ortaya koyan bir kayıt olup, sonraki vakitte kılınan namazın da geçerli olduğunu söylediği,

Serahsi ve sonraki fakihlerin yatsı namazının fecrin doğuşuna kadar devam ettiğine dair mezhep görüşünü temellendirmek için zikrettikleri iki rivayetten birinin hadis değil; Tahâvî'nin sözü olduğu ve buna bizzat bazı Hanefi fakihlerce işaret edildiği, diğer rivayetin de yatsı namazının son vaktiyle ilgisi olmayan bir rivayetten anlam ve metin değişikliğine gidilerek uyarlandığı, yani hadis olmadığı,

Tahavî'nin, konuyla ilgili rivayetlerde geçen, ibare olarak farklı olmasına rağmen aynı anlama gelen bazı ifadelerden hareketle yatsı namazının fazilet bakımından birbirinden farklı üç vakti olduğuna dair bir düşünceye kapıldığı, onun bu düşüncesinin sonraki Hanefi fakihleri tarafından benimsenip temellendirilmeye çalışıldığı,

Yatsı namazının vaktinin fecre kadar devam ettiğine dair akli bir delil olarak Kasânî tarafından ileri sürülen "vitrin yatsıya tabi olduğu" şeklindeki bir istidlalin ise herhangi bir temelinin olmadığı gibi bizzat Kasânî'nin kendi ifadeleriyle de çeliştiği tespit edilmiştir.

İSLAM AKİT SİSTEMATIĞI: KÂSÂNÎ ÖRNEĞİ

Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÜNEŞ*

Özet: İslam akit teorisinin temeli, İslam akit sistematiğidir. İslam akit sistematiğinde Kâsânî kendi adıyla anılmaya değer bir ekoldür. Akit sistematiğinde, irade beyanı akdin rûknüdür. İcap ve kabul, icap ve kabulde kullanılan lafızlar, lafızların siygası ve icap-kabulün sıfatı rûknün unsurlarıdır. Rûknün şartlarını ise in'ikat, nefâz, sıhhat ve lüzum şartları oluşturur. İn'ikat şartları tarafların ehliyeti, sayısı ve ma'kûdu aleyhten (mahal) ibarettir. Kabulün icaba uygunluğu ve akit meclisi irade beyanıyla ilgili olmakla birlikte, in'ikat şartları kapsamında değerlendirilir. İrade beyanın taraflardan sadır olup mahallinde vuku bulmasıyla akit hukuki varlık kazanır. Nefâz şartları ise mülkiyetsizlik veya velayetsizlik ile hakku'l-gayrdan ibarettir. Buna göre akdin taraflarının tasarruf ehliyeti in'ikat şartı, tasarruf yetkisi ise nefâz şartı kabul edilir. Rûknün ve in'ikat şartlarında eksiklik varsa akit gayri mün'akittir, bâtıldır. Rûknün ve in'ikat şartlarında eksiklik yok ise akit mün'akittir. Mün'akit bir akdin nefâz şartlarındaki eksiklik akdi mevkûf yapar. Mevkûf akit, yetkili kişi tarafından onaylanmazsa bâtıl, onaylınırsa nâfiz olur. Hanefilere göre in'ikat ve nefâz şartları rûknün asli unsuru, sıhhat şartları ise tali (vasıf) unsuru olarak sistematize edilir. Sıhhat şartları genel sıhhat şartları ve özel sıhhat şartları şeklinde iki kısımdan oluşur. Genel sıhhat şartlarının birinci maddesini akdin mün'akit ve nâfiz olması oluşturur. Kâsânî'ye göre, gayri mün'akit akit nefâzla nitelenemediği gibi, mevkûf akit de sıhhat ve fesatla nitelenemez. Sıhhat şartları gibi lüzum şartları da akdin mün'akit ve nâfiz olmasına dayanır. En önemli özelliğiyle lüzum şartı akit sistematiğinin bir merhalesi olmaktan ziyade, sahih bir akitte muhayerlik bulunup bulunmamasını tanımlar. Zaten fâsit akitte lüzum şartına bakılmaya gerek duyulmaz. Sahih akitte kabz, akdin tamamıyetini ve istikrarını sağlar. Feshi kabil olan sahih lazım bir akit, tarafların karşılıklı rızaları ile bozulabilir (ikâle).

Anahtar Kelimeler: Akit, Rûknün, İn'ikat, Nefâz, Sıhhat, Lüzum, Kâsânî.

Systematic of the Islamic Act: Sample of Kâsânî

Abstract: The basis of the Islamic act theory is the systematic of Islamic act. In the Islamic act systematic, Kâsânî is an ecrole worth of being mentioned in his name. In the systematic of act, declaration of intention is the strength of ac. And conditions of the strength are comprised of act and of applicability conditions based on being acted. Act and applicability conditions are generally related to the parties and amounts of the act. Saving competence of act parties is considered to be the provision of act, and the saving authority, of the applicability. If any deficiency in the strength and applicability, then the act is not in session, which is not invalid. If not a deficiency in the strength and applicability, then the act is in session. Deficiency in applicability conditions of an act being in session makes it suspended. If the suspended act is not approved by a competent person, it becomes invalid, and if approved, then, valid. According to the hanafi, conditions of applicability and being acted are systematized as the initial elements of strength, and authenticity (quality) conditions, as the subsidiary elements of it. Authenticity conditions are comprised of two parts including general authenticity conditions and private authenticity conditions. The first article of the general authenticity conditions requires the act to be invalid and active. Because according to Kâsânî, the act not being in session cannot be considered valid, and on the other hand, the suspended act cannot be considered authentic and corrupted. As with the authenticity conditions, the requirement conditions are based on that the act is invalid and active. Rather than being a phase of the act systematic, the requirement provision defines whether there is consignment in an original act or not. After all, it is not necessary to look into the provision of necessity in the corrupted act. In the original act, receiving enables the stability of the act. A voidable act requiring to be original can be terminated via mutual rescission.

Keywords: Act, Applicability, Strength, Suspend, Requirement, Kâsânî.

* KSÜ İlahiyat Fakültesi, ahmetgunes@ksu.edu.tr

GİRİŞ

Akit sistematığı tarafların borç ilişkisinden kaynaklanan hak ve sorumluluklarının hukuki statüsünü ifade eder. Bu hukuki statü diğer tarafın rızasına ve hâkimin hükmüne ihtiyaç duyulmaksızın hukukun güvencesi altındadır. Zaten taraflar arasındaki borç münasebetlerini düzenleyen en eski hukuk dalı olan borçlar hukuku, bir borç ilişkisinde borçlu tarafın yükümlülüğünü yerine getirmesinden kaçınması durumunda alacaklı tarafın haklarını korumak noktasında devreye girer.

Borç ilişkisinin unsurları alacaklı, borçlu ve edimden ibarettir. Alacaklı ve borçlu borç ilişkisinin taraflarını oluşturur. Edim ise aralarındaki borç ilişkisinden dolayı taraflar arasındaki karşılıklı hak ve sorumlulukları tanımlar¹. Bu kapsamda borç kavramının biri dar anlamda, diğeri geniş anlamda iki farklı kullanımı vardır. Borç dar anlamda bir kişiyi diğer bir kişiye bir edimi yerine getirme yükümlüğü altına sokan hukuki bağı, geniş anlamda ise en az iki kişinin birbirlerine karşı bir edimi yerine getirme yükümlülüğü altına sokan hukukî bağı ifade eder. İki taraf arasında mevcut olan ve taraflardan birini diğerine karşı bir davranışta bulunmaya zorlayan hukuki bağı, borç ilişkisi denir.

Borçların bir kısmı hukuka uygun davranışlardan, bir kısmı hukuka aykırı davranışlardan doğar. Hukuka uygun davranışlardan doğan borçlar, kişilerin hukuk kurallarına uygun olarak, mahiyetini ve sonucunu bilerek kendi iradeleriyle yapmış oldukları işlemlerdir. Bu işlemler tek taraflı olabileceği gibi iki taraflı da olabilir. Bazı hukuki işlemlerin meydana gelebilmesi için tek başına bir kişinin iradesinin bulunması yeterlidir. Tek taraflı iradeyle meydana gelen hukuki işlemlere, tek taraflı hukuki işlem denir. Hukukî işlemlerin bir kısmının meydana gelebilmesi için ise tek taraflı iradenin bulunması yeterli olmayıp, birbirine mutabık iki iradenin bulunması zorunludur. İki taraflı hukuki işlemin meydana gelebilmesi için birbirlerine mutabık iki iradenin ortaya konulması zorunlu olan hukuki işlemlere akit denir². İslam hukuk terminolojisinde tek taraflı irade ile meydana getirilen hukuki muameleler için de akit teriminin kullanıldığı görülür³.

Akit Arapça bir kelime olup, sözlükte düğüm yapmak / düğümlemek anlamında kök mastardır. Bu kökten üretilen bir isim olarak ise düğüm anlamındadır. Akit sözlük anlamıyla maddi şeylerin düğümleme, birden fazla parçanın tek parça haline getirilme sonucunu doğurduğu gibi⁴, terim anlamıyla hukuki işlem yapmak

1 Akıntürk, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, İstanbul 2011, s.11-14.

2 Bkz. Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul 1971, s. 43-53; Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s. 42-44; Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akitler*, İstanbul 2006, s. 2-4; Aybakan, Bilal, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, MÜ. SBE. (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul 1996, s. 26-28; Kahveci, Nuri, *Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku*, İstanbul 2015, s. 49-51.

3 Böke, Emine Gümüş, *İslam Hukukunda Tek Taraflı Hukukî İşlemler*, İstanbul 2013, 114.

4 İbn Faris, *Mu'cemu mekâyisi'l-luga*, Beyrut 1991, IV, 86-90; İbn Manzur, *Lisânü'l-Arab*, Beyrut 1994, III, 296-300; Asım Efendi, *Kamus*, Bahriye Matbaası, 1305, I, 1257-1262.

isteyen tarafların iradelerinin (hakiki anlamda olmasa bile itibari olarak) birbirlerine bağlanmasını ifade eder. İki parça ipin düğüm ile tek parça haline gelip, bu ipleri tutan kimseler arasında bir bağ oluşturması gibi, borcun kaynağı olan akit ile de, birbirine mutabık iki iradenin irade sahipleri arasında itibari bir bağ kurulur⁵.

Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da akit, hukukun en teknik konularından birisidir. İsimlendirme farklılık gösterse bile, akdin temel unsurlarını irade beyanı, taraflar ve bedeller oluşturur. Akdin unsurlarını taraflar, irade beyanı ve bedeller şeklinde sıralama daha ziyade akdin unsurları ile rükünlerini bir gören anlayışı yansıtır. Hanefi akit sistematiğindeki derecelendirmeye göre ise akdin temel unsurlarını irade beyanı, taraflar ve bedeller şeklinde sıralamak daha uygundur. Akdin unsurlarını oluşturan icap ve kabul, icap ve kabulde kullanılan lafız, lafzın siygası, icap ve kabulün bağlayıcılığı (sıfat), kabulün icaba uygunluğu ve akit meclisi / meclis muhayyerliği irade beyanıyla; âkidin ehliyeti ve sayısı (asaleten ve niyabeten) taraflarla, mebi ve semen ise bedellerle alakalıdır. Şâfiî mezhebi özelinde akdin unsurları bir bütünün parçaları olarak değerlendirilirken, Hanefi mezhebinde rükün ve şart ayırımı yapıldığı, şartların da kendi içerisinde asli şart (asıl) ve tali şart (vasıf) şeklinde gruplandırıldığı görülür.

Görebildiğimiz kadarıyla klasik fıkıh literatürümüzde Kâsânî'nin *Bedaiu's-sanayi' fi tertibiş-şerai'* adlı eseri akit sistematiğini en güzel yansıtan eserlerden birisidir. Apaydın, Hanefi akit sistematiğinde in'ikat, nefâz ve sıhhat sıralamasında, ayrıca in'ikat ve nefâz şartlarının aynı zamanda sıhhat şartları olduğunu beyan etmesinde Kâsânî farkına dikkat çeker⁶. Gözübenli ise, "Klasik fıkıh kitapları içinde, akitlerle ilgili genel hükümler bakımından zenginliği ve dolayısıyla da, mücerret İslam hukuk çalışmaları açısından verimliliği bakımından, el-Kâsânî'nin "*Bedaiu's-Sana'i*" isimli eseri özel önem arz etmektedir."⁷ tespitini yapar.

İslam akit sistematiği mezheplere göre değişkenlik gösterdiği için, diğer mezheplerle mukayese imkânı sağlaması bakımından birer müellifin eserlerine dikkat çekmenin yararlı olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda Malikilerden İbn Rüşd'ün *Bidayetü'l-müctehid ve nihayetü'l-muktesid*, Şâfiîlerden Beydavî'nin *el-Gayetü'l-kusvâ* ve Hanbelilerden Makdisî'nin *el-İkna* adlı eserlerine satım akdi açısından kısaca bakılacaktır. Hanefilerden ise Kâsânî öncesi Debusî'nin *el-Esrar fi'l-usul ve'l-furu*, Serahsî'nin *el-Mebcut* ve Semerkandî'nin *Tuhfetü'l-fukaha* adlı eserleri ana başlıklarıyla değerlendirilecektir. Kâsânî sonrası İbn Hümmam, İbn Nüceym, İbn Abidin ve *Mecelle Şarihi* Ali Haydar Efendi'nin akit sistematiği incelenecektir. Kâsânî ile adı geçen fakihlerin eserlerinde benzerlik ve farklılıklara işaret edilecek-

5 Gözübenli, Beşir, *İslam Borçlar Hukuku Dersleri*, (Ders notları), Ankara 2015, s. 7-8.

6 Apaydın, H. Yunus, "İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)", *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Kayseri 1989, sayı: 6, s. 178-179.

7 Gözübenli, *İslam Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 18.

tir. Bilhassa akit sistematüğinde, rüknün şartları veya buyu'un şartları kullanımında, in'ikat-nefâz-sihhat veya in'ikat-sihhat-nefâz sıralamasında ve sihhat şartlarının genel-özel ayırımında Hanefi fukahasının tercihleri değerlendirilecektir. Aynı konularda çağdaş yazarların sistematiklerine değinilecektir.

Klasik fıkıh kitaplarının sistematüğinde akitlerle ilgili genel hükümler mahiyetindeki bilgiler, satım akdi modeli üzerinde verilir. Diğer akitlerde satım akdi modeli referans alınırken, sadece akdin tabiatı gereği farklı yönleri vurgulanır. Bu makalede İslam akit sistematüğü, model akit olarak isimlendirilen satım akdi özelinde Kâsânî örneğıyle incelenecektir. Bu kapsamda muhtevanın gerektirdiğı kadarıyla bazen satım akdi ile nikah akdi mukayese edilecektir.

Esasen İslam akit teorisini oluşturan akdin hükmü, hükmü kapsamında mülkiyet nakli⁸ ve mülkiyet nakline bağı akdin hakları ve merafiki (irtifak hakları)⁹, hükmünün eseri olan tasarrufa muktedir olma; teslim ve tesellümün mekânı, zamanı, masrafı; mebi ve semende artma, azalma ve helak; mebi ve semende tasarruf ve kabz ile ilgili hükümler akit sistematüğüyle yakından alakalı olmakla birlikte burada değinilmeyecektir.

0.1. MALİKÎ, ŞÂFİÎ VE HANBELÎ MEZHEPLERİNDE AKİT SİSTEMATİĞİ

Maliki mezhebinde mukayeseli fıkıh kitapları arasında sayılan İbn Rüşd'un (ö. 595/1198) *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid* adlı eserinin buyu' bölümünde buyu' çeşitleri, sihhat şartları, fesat şartları, sahih bey'in ahkâmı, fâsit bey'in ahkâmı şeklinde beş ana başlık bulunur. Genel fesat sebeplerinden mebiin haram olması, riba, garar ve bunlara ait hükümler anlatılır. *Bidaye*'de önce fesat durumu, sonra sahih akit incelenir. Sahih akdin üç rüknünün akit, ma'kudu aleyh ve âkideyn olduğu belirtilir. Akitle ilgili lafızlar, lafızların siygası, akit meclisi, icap – kabul ve âkideynle ilgili şartlardan bahsedilir. Akdin taraflarının asaleten veya niyabeten temsili, temsil eden tarafların balığ olmaları, bu kapsamda fuzulinin tasarrufu değerlendirilir. Sahih akdin genel hükümleriyle konu tamamlanır¹⁰.

8 Satış akdinin kurulması (in'ikadı) ile alıcının satıcıya karşı mülkiyetin naklini talep hususunda bir alacak hakkı doğar; fakat mülkiyet ifadan, taşınır satışında teslimden önce alıcıya geçmez. Bu sebepten akdin kurulması ile ifası arasındaki zaman için de satılan şeyin yarar ve hasarının kime ait olacağı sorunu ortaya çıkar. Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul 1990, I/1, 104. Teslim ve mülkiyeti nakil borçları daha ziyade maddi şeylere ilişkin taşınır ve taşınmaz mal satımında söz konusu olur. Hakların satımında teslimin yerini temsil alır. Tandoğan, I/1, 118.

9 Geniş bilgi için bkz. Hacak, Hasan, *İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi*, MÜ. SBE, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1993, s. 24-36; Hacak, Hasan, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, MÜ. SBE, (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul 2000, s. 141-144; Berki, Ali Himmet – Çumralı, Sedat, *Su Hakları "Eski ve Yeni Hükümlere Göre"*, Ankara 1959, s. 92-105.

10 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, İstanbul 1985, II, 103 vd.

Şâfiî mezhebinde usul ve sistematik bilgisiyle dikkat çeken Beydâvî'nin (ö. 685/1286) *el-Gâyetü'l-kusvâ* adlı eserinin bey' bölümünün ilk kısmında akdin şartları kapsamında karşılıklı rıza, teatinin sadece "emval-i hasise"de caiz olduğu, icap ve kabulün lafız ve siygası, âkidin teklif şartının rüşd olduğu, velayetin asaleten ve niyabeten olduğu, fuzulinin tasarrufunun bâtil olduğu ve makûdün aleyhle ilgili şartlar araştırılır. İkinci kısmında fâsit satımlar, bu kapsamda riba ve nehyedilen satımlar zikredilir. Üçüncü kısımda akdin lüzumu ve cevazı konusu, dördüncü kısımda kabz konusu, beşinci kısımda ise lafızların mucebi anlatılır¹¹.

Hanbelî mezhebinden Makdisi (ö. 968/1560), *el-İkna li talibi'l-intifa* adlı eserinde satım akdini, hem malın hem de menfaatin mübadelesi olarak tanımlar. İn'ikadın birinci şartında sözlü tasarrufta siyganın icap ve kabulle gerçekleşeceği beyan edilir. İcapta lafız olarak bey' ve aynı anlamı ifade eden diğer lafızların da kullanılabilmesi belirtilir. Kabulün ise rızaya delalet eden lafızlarla gerçekleşeceği beyan edilir. Siyga olarak mazi, muzari, emir kipleri ve akit meclisi anlatılır. Fiilî mübadelede az veya çok ayırımı yapmaksızın teâtî zikredilir. Satım akdinin yedi şartı olan karşılıklı rıza, âkidin tasarrufunun caiz olma şartı olan bâliğ ve reşit olması, mebiin mal olması veya intifânın mubah, bâyin'in mala tam mülkiyetinin bulunması, teslimin mümkün, mebiin malum ve semenin akit anında malum olması anlatılır. Satım akdinin şartı olan sahîh ve bağlayıcı olması ile şart koşulması haram olan fâsit şart çeşitlerinden bahsedilir. Satım akdinde muhayyerlik, mebide tasarruf, mebinin kabzı ve ikale konuları incelenir. Son olarak meclis muhayyerliği, riba ve sarf konuları değerlendirilir¹².

0.2. HANEFİ MEZHEBİNDE AKİT SİSTEMATİĞİ

Debusi (ö. 430/1039), *el-Esrar fi'l-usul ve'l-furu* adlı eserinde bey'i helal ve haram kısımlarına ayırır. Helal olanlar kendi içerisinde lazım ve gayri lazım, haram olanları ise müfsidin kaldırılmasıyla caize dönüşenler ve hiçbir şekilde caize dönüşme meyhenler şeklinde gruplandırılır. Muhayyerlik, mebi, semen ve fesat sebeplerinin her birerinin dörder çeşidi bulunduğu beyan edilir. Fesat sebepleri Şâfiîyle mukar yeseli olarak mesele mesele anlatılır¹³.

Serahsi (ö. 483/1090) *Mebsut*'un buyu' bölümünde kulların dünya hayatının maslahatı için malın Allah tarafından sebep kılındığını belirtir. Zaten ticaretin meşruluğu da bu sebebe dayanır. Ona göre ticaret helal ve haram olarak ikiye ayrılır. Helal olanı bey', haram olanı ise riba olarak nitelenir. Serahsi'ye göre, "Allah alışverişi helal, ribayı ise haram kıldı"¹⁴ ayetinden her iki çeşidin de ticaret olduğu

11 Beydavi, *el-Gayetü'l-kusva*, Beyrut 2008, I, 572 vd.

12 Makdisi, *el-İkna*, Riyad 2002, II, 151 vd.

13 Özer, Salim, *Debusi'nin "el-Esrar fi'l-usul ve'l-furu" Adlı Eserinin Tahkik ve Tahlili*, EÜ., SBE. (Basılmamış Doktora Tezi), Kayseri 1997, s. 736 vd.

14 Bakara, 2/275.

anlaşılır. Bu iki ticaret çeşidinden caiz olanına bey', haram olanına ise riba denir. Ribanın kitap ve sünnetle haram olduğu, riba şartının bey'i ifsad ettiği açıklanır. Ribanın büyük günahlardan olduğu hadislerle teyit edilir. İmam Muhammed'e zühdle alakalı bir kitap yazması teklif edildiğinde, fıkıh kitabındaki buyu' bölümü nün yeterli olduğunu söyleyerek cevap verir. *Mebsub*'ta genel bilgilerden sonra riba konusu anlatılır¹⁵.

Kasani'nin "şeyhim, imam-ı zâhid"¹⁶ sıfatıyla andığı Alauddin Muhammed b. Ahmed Semerkandî (ö. 539/1144) *Tuhfetü'l-fukaha's*ında her bölüm girişinde konu sistematüğini vermesiyle dikkat çeken ilk müelliflerdendir. *Tuhfe*'de bey'in dört çeşit olduğu belirtilir; her iki bedelin ayn olması (ayn – ayn: trampa), ayn karşılığı deyn olması (ayn – deyn: mutlak bey' / satım akdi), iki bedelin de deyn olması (deyn – deyn: sarf), deynin ayn karşılığı olması (deyn – ayn: selem). Semarkandî konuları anlatmaya son sırada saydığı selemle başlar. Selemin meşruluğunu, sözlük ve terim anlamını, rüknünü, şartlarını ve hükmünü beyan eder. Peşinden riba konusunu inceler. Daha sonra ise satım akdini ifade eden bey' ve şîrânın rüknünü, şartlarını, kısımlarını ve hükmünü açıklar¹⁷.

0.3. AKİT SİSTEMATİĞİNDE KÂSÂNİ ÖRNEĞİ

Debusi ve Semarkandî'de görülen bölüm muhtevasını yansıtan ana ve alt başlıkların sistematik bir bütünlük arz ederek Kâsânî'de (ö.587/1191) daha da netleştiği söylenebilir. *Bedayi'*de bütün konular başlangıçta verilen sistematüğe sadık kalınarak anlatılır. Bunun en tipik örneklerinden birisini riba konusu oluşturur. Buyu' bölümünde helallik haramlık açısından en önemli konu şüphesiz ribadır. Bu sebeple ilk dönem fıkıh kitaplarının buyu' bölümlerinde riba ilk konu olmasına karşın, Kâsânî sistematik gereği riba konusunu akdin rüknünü, in'ikat ve nefâz şartlarını anlattıktan sonra, genel sıhhat şartlarında değil, özel sıhhat şartlarında anlatmasıyla dikkat çeker. Doğrusu *Bedai'u's-sanai'* sonrası eserlerde Kâsânî'ye hem atıf yapılır hem de bazı eserlerde aynı sistematüğün yansıması açıkça görülür¹⁸. Çağdaş İslam hukukçuları da tam yansıtmaya bile genellikle Hanefi akit sistematüğünü esas alırlar¹⁹.

15 Serahsi, *Mebsub*, Beyrut 1989, XII, 108-110. Benzeri bir yaklaşım için bkz. Cürcani, Ebu Yakub Yusuf b. Ali (ö.522'den sonra), *Hizanetü'l-ekmel fi furu'l-fikhi'l-hanefi*, thk. Ahmed Halil İbrahim, Beyrut 2015, II, 343.

16 Kâsânî, Alauddin Ebu Bekr b. Me's'ud, *Bedâiu's-sanâi' fi tertibiş-şerâi'*, Beyrut 1986, V, 279.

17 Semerkandî, Alauddin, *Tuhfetü'l-fukaha*, Beyrut 1984, II, 5 vd.

18 Kâsânî ile ilgili başlıca çalışmalar ismen zikredilerek yetinilecektir: Kurban, Yasin, *Kâsânî ve "Bedâiu's-Sanai"sindeki Genel Hukuk Kuralları (Küllî Kaideler)*, Atatürk Üni. SBE, (Basılmamış Doktora Tezi), Erzurum 2009; Kızılkaya, Necmettin, *Kâsânî'nin Bedâi' İsmimli Eserinde Kavâid'in Yeri*; MÜ SBE, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2015; Karadağ, Bekir, *Kâsânî'nin "Bedâiu's-Sanai" Adlı Eserindeki İmam Malik'e Ait Görüşlerin Tahkiki (İbadet Bölümü)*, SÜ SBE, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi) Konya 2011; Orum, Fatih, *İstihsan Metodunun Kâsânî'nin Bedâiu's-Sanâiyisinde Kullanılışının Tahlili Tenkidi*, MÜ. SBE, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2003; Koca, Ferhat, "Kâsânî", *DİA*, İstanbul 2001, XXIV, 531.

19 Örneğin bkz. İzzuddin Muhammed, *Nazariyyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-İslami*, s. 65-80; Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Medhalu'l-fikhu'l-âmm*, Dimaşk 1968, I, 417 vd.; Ali el-Hafif, *İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri*,

1. AKDİN RÜKNÜ

Kâsânî sistematik bakımından şüphesiz en önemli isimlerden birisidir. *Bedayî'nin* buyu' bölümünün girişinde konunun ana başlıkları; "a) Satım akdinin rüknü, b) Rükün şartları, c) Satım akdinin kısımları, d) Satım akdinde mekruh olanlar, e) Satım akdinin hükmü ve f) Satım akdinin hükmünü bozan hususlar"²⁰ şeklinde verilir. Bu başlıklardan ilk ikisi akit sistematiğiyle ilgilidir.

Kâsânî, buyu' bölümünde akdin rükününü mübadele olarak belirtir. Mübadeleyi sözlük anlamıyla "mergub bir şeyin mergup bir şeyle mübadelesi" olarak tarif eder. Burada "şey" ifadesinin kullanılması "mal" kelimesinden daha kapsamlı olduğunu gösterir. Mübadeleyi terim anlamıyla bazen "malın malla mübadelesi" bazen de "mütekavvim malın mütekavvim malla mübadelesi"²¹ şeklinde tanımlar.

Kâsânî satım akdini mübadele olarak tanımladığı için mübadeleyi kavli ve fiili olarak ikiye ayırır. Kavli mübadelenin rükünü icap ve kabuldür. İcap ve kabulü siyga ve sıfat şeklinde tasnif eder. Kâsânî nikâh bölümünde ise akdin rükünde a) lafız, b) siyga, c) nikâh akdinin tek kişi tarafından ve iki kişi tarafından kıyılmasını ve d) icap ve kabulün sıfatını rükün olarak kabul eder. Nikâh bölümünde detaylı bir şekilde anlatılan lafız konusunu, buyu' bölümünde başlık olarak kullanmaz. Nikâh bölümünde âkidin sayısı ile ilgili konuyu rükün şartları arasında sayarken, buyu' bölümünde in'ikat şartlarında zikreder²². Yine nikâh bölümünde akdin rükününü sadece icap ve kabul olarak verirken, buyu' bölümünde fiili mübadelenin teâti olduğunu ekler²³. Elbette bu farklılık satım akdi ile nikâh akdinin tabiatları gereği birbirine benzeyen ve benzemeyen yönlerinin bulunmasından kaynaklanır.

Hanefî fıkıh kitaplarında irade beyanını ifade için irade, meşiet, niyet, kast, ihtiyar ve rıza kelimeleri kullanılır²⁴. Hanefî fıkıhçılar ve usulcülere göre irade bir kimsenin herhangi bir fiile yönelmesi; ihtiyar o şeyi yapıp yapmama hususunda bir tercihte bulunması, rıza ise kişinin bir şeyi içten arzu etmesi ve onu memnuniyetle kabullenmesi demektir²⁵. Hanefî akit sistematiğinde ihtiyar asli unsur, rıza ise tali unsur olarak değerlendirilir²⁶. Akitte rızanın bulunmamasının fesat sebebi olarak değerlendirilmesi bu özelliğinden kaynaklanır. Kâsânî ayetteki "an terâdin: karşılıklı rıza"²⁷ ifadesini de bu ayrıma göre yorumlar²⁸. Şâfiî mezhebinde ise irade beyanında ihtiyar ve rıza ayrımı yapılmaz.

çev. Rahmi Yaran, Ankara 2011, s. 354 vd.

20 Kâsânî, V, 133.

21 Kâsânî, V, 134.

22 Kâsânî, II, 229-230

23 Kâsânî, V, 134.

24 Seyyid Bey, insanda ıztırrari ve ihtiyari fiiller bulunduğunu, irade-i cüzîyenin ihtiyarı ifade ettiğini, ihtiyarı inkarın hukuku temsiz bırakacağını beyan eder. *Medhal*, Asitane 1338, II, 9-19. İhtiyar ve rıza ayrımı için bkz. Apaydın, H. Yunus, "İhtiyar", *DİA*, İstanbul 2000, XXI, 475-476; Arı, Abdüsselam, "Rıza", *DİA*, İstanbul 2008, XXXIV, 57-59; Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akidler*, İstanbul 2006, s. 39-41.

25 Bardakoğlu, Ali, "İkrah", *DİA*, İstanbul 2000, XXII, 31.

26 Rızanın olmaması akdin sıhhatine manidir. Kâsânî, V, 274.

27 Nisa, 4/29.

28 Kâsânî, V, 176.

1.1. Kavli mübadele

Akitlerin kurulabilmesi için birbirine mutabık iki iradenin hukuki sonuç doğuracak şekilde bir araya gelmesi gerekir. Esasen irade, kişinin akit yapma konusunda içindeki bir yönelme ve kararlılıktır. İçteki bu karar dışa vurulmadığı sürüce herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. İcap ve kabul de, akit yapma konusunda içteki bu iradenin açıklanmasından ibarettir. Akdin kurulması için ortaya konulan ilk iradeye “ıcap”, ikinci iradeye “kabul” denir²⁹.

Kâsânî'ye göre, “nikâh” ve “tezvic” lafızlarıyla nikâh akdinin in'ikadında ihtilaf yoktur. Bey', hibe, sadaka, temlik lafızlarıyla nikâh akdinin in'ikat edip etmeyeceğini Şâfiîlerin görüşüyle mukayeseli anlatır ve Hanefilere göre lafzın değil, mananın önemli olduğunu çeşitli delillerle gerekçelendirir³⁰. Buyu' bölümünde ise icap ve kabulde kullanılacak lafızlara, siyga kapsamında değinir. Mübadele anlamını ifade eden “kabul ettim, aldım veya razı oldum” kelimelerinin bey' manasını ifade ettiğini kaydeder³¹.

1.1.1. Siyga

Kâsânî, kavli mübadelenin icap ve kabulde gerçekleştiğini beyan eder. İcap ve kabulün siygası bazen mazi, bazen de hal kipiyle olabilir. Mazi kipi her ne kadar vaz'an geçmişteki bir olayı haber verme (ihbar) anlamında kullanılsa bile, lügat ve şer'i örfte hal kipinde kullanılmasıyla inşâi bir anlam kazanır. Bu yönüyle örfi kullanım vaz'i anlama hâkim olmuştur. Ona göre, belagatte ihbarî anlamda kullanılan cümleler fıkıh ıstılahında inşâi anlam taşımaktadır³².

Arapça hal kipinin kullanımında niyetin bulunması gerekir. İstikbal kipinin hakikat ve mecaz anlamı muhtemel olduğu için yine niyetin bilinmesine ihtiyaç duyulur. Bunların bâyi ve müşteriye göre çeşitli alternatif kullanımları verilir. İstifham ve emir kiplerini tartışır. İcap ve kabulde her iki tarafın emir ve bir tarafın emir diğer tarafın mazi olması durumunu değerlendirir. Bu kullanımların satım akdi ile nikâh akdi arasındaki farkına işaret eder. İcap ile icap talebi arasındaki nüansa dikkat çeker. İcap talebinin icap olmadığını söyler³³.

Nikâh bölümünde icabın mazi, kabulün mazi siygasıyla söylenmesinde ihtilaf olmadığını belirtir. Fakat icabın istikbal, kabulün mazi siygasıyla olmasında kıyasen olmasa bile, istihsanen akdin in'ikat edeceğini belirtir. Çünkü kıyasa göre istikbal siygası bir vaattir, yani akit değildir. İstikbal siygasında emir kipini ve isim cümlesini örnek verir³⁴.

29 Bkz. Özdemir, Ahmet, “Akitlerde İrade Beyanı”, *ÇÜ. İlahiyat Fak. Der.* 8/2, Adana 2008, s. 123 vd.

30 Kâsânî, II, 229-230.

31 Kâsânî, V, 134. Bkz. Görgün, Tahsin, “İnşâ”, *DİA*, İstanbul 2000, XXII, 341-342.

32 Baberti, *Şerhu'l-inaye ale'l-hidaye*, (Fethu'l-kadir hamışinde), Beyrut (ty), V, 457.

33 Kâsânî, V, 134. İcaba çağırma için bkz. Tunçomağ, s. 76-77; Oğuzman, M. Kemal – Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1995, s. 48

34 Kâsânî, II, 231.

Emir kipiyle ilgili husus *Mecelle*'nin 172. maddesinde şu şekilde tanzim edilir. "Sat ve satın al gibi emir sığısıyla dahi bey' mün'akid olmaz. Fakat bi tariki'l-iktiza hâle delalet eden emirler ile dahi bey' mün'akid olur". Mesela, müşteri şu malı bana şu kadar kuruşa sat deyip, bâyi dahi sattım dese bey' mün'akid olmaz. Amma bâyi bu malı şu kadar kuruşa al deyip müşteri dahi aldım dese yahut müşteri aldım deyip, bâyi dahi "al" veyahut "var hayrını gör" dese bey' mün'akid olur. Zira bu makamda "al" veyahut "var hayrını gör" tabirleri, "işte sattım al" demektir³⁵.

1.1.2. Sıfat

Kâsânî icap ve kabulün sıfatı başlığında kabul muhayyerliğini ve kabulden önce rücu muhayyerliğini anlatır. Ona göre icap ve kabul birbirini tamamlayan iki rükündür. Bu iki rükünden biri bulunmadan diğer tarafın bağlayıcı olması düşünülemez. Bâyi veya müşteriden birisi icapta bulunduğu zaman elbette diğer tarafın bu icabı kabul etme zorunluluğu yoktur. Hatta diğeri kabul etmeden önce icabından rücu muhayyerliği de sabittir. Peygamberimizden rivayet edilen "alıcı ve satıcıdan her biri birbirinden ayrılmadıkça dönme hakkına sahiptir"³⁶ hadisinde ifade edilen muhayyerlik de kabul muhayyerliği ve rücu muhayyerliğinden ibarettir. İki taraflı olan bu işlemin diğer tarafı bulunmaksızın tek taraflı bağlayıcı olduğunu söylemek, icapta bulunanın mecbur olması sonucunu doğurur ki, bu caiz değildir³⁷.

1.2. Fiilî mübadele

Bilindiği gibi Kâsânî satım akdini mübadele şeklinde tanımladığı için mübadeleyi kavli ve fiilî olarak ikiye ayırır. Fiilî mübadeleyi teâtî olarak açıklar. Teâtîye bey'-i muravada denildiğini kaydeder. Hanefilere göre caiz olan bu mübadele türü Şâfîlilere göre caiz değildir. Caiz görmemelerinin sebebini bey'in terim anlamıyla irtibatlandırır. Çünkü onlara göre bey', icap ve kabul sözlerini gerektirir. Onlara göre icap ve kabul sözleri bulunmadığı için teâtî bey' olarak değerlendirilemez.

Kâsânî, Hanefilerden Kuduri'ye nispetle teâtînin eşya-i hasisede caiz, ama eşya-i nefisede caiz olmadığı görüşünü değerlendirir. Kuduri'nin teâtînin eşya-i hasisede caiz demesini tenkide muhtaç görmez. Zaten doğrusu budur. Teâtînin eşya-i nefisede de caiz olmasını, ayetlerde kullanılan ifadelerde bey' lafzının mutlak kullanımıyla gerekçelendirir. Teâtî de zaten alma ve verme işleminden ibarettir. Sonuç itibarıyla teâtî, eşya-i hasisede caiz olduğu gibi eşya-i nefisede de caizdir. Çünkü teâtî bir bey' çeşididir ve de caizdir³⁸. Hanefilerde teâtî hakiki bey' olmasa bile hükmî bey' kabul edilir³⁹.

35 Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle*, İstanbul 1982, 36. Ayrıca bkz. Çeker, s. 49-69.

36 Buhari, *Buyu*, 42-46; Müslim, *Buyu*, 43-46.

37 Kâsânî, V, 134.

38 Kâsânî, V, 134.

39 *Sadi Efendi, Haşiye (Fethu'l-kadir hamişinde) Beyrut (ty)*, V, 459.

Sonuç itibariyle yukarıda zikredilen akdin rüknü ile ilgili şartlarda bir eksiklik varsa, akit gayri mün'akit ve bâtil, hatta bazen adem / keenlemyekün⁴⁰ olarak nite-lenir ve yapılaş gayesi doğrultusunda hiçbir hüküm (sonuç) doğurmaz. Eğer akdin rüknünde bir eksiklik yoksa rüknün şartları kapsamında in'ikat şartlarının eksik olup olmadığı araştırılır.

2. RÜKNÜN ŞARTLARI

Kâsânî akdin rüknünü anlattıktan sonra rüknün şartları konusuna geçer. Konu başlığında “rüknün şartları / şerâitü'r-rükn”⁴¹ ifadesini tercih ederken, sonraki sayfalarda zamir olarak da olsa “bey'lerin şartları”⁴² ifadesini de kullanır⁴³. Bu iki kullanım arasındaki farkı, birincisinde şartları rüknün saç ayakları, ikincisinde ise birbirini tamamlayan basamaklar şeklinde modellemek mümkündür.

Kâsânî rüknün şartlarından önce satım akdinin kısımları hakkında genel bilgiler verir. Genel bilgiler verilmesini, bazı şartların bütün bey' çeşitlerinde geçerli umumi şartlar, bazılarının ise hepsine değil bir kısmında geçerli hususi şartlar olmasıyla gerekçelendirir. Bütün satım akitlerine şamil olan umumi şartları da ikiye ayırır. Birincisi bedelle, ikincisi ise hükümle ilgilidir. Bedelle ilgili olan kendi içerisinde iki kısma ayrılır. Bir kısmı her iki bedelle (mebi ve semen) ilgilidir, bir kısmı ise sadece biriyle (semen) ilgilidir⁴⁴.

Hem mebi hem semenle ilgili olan şartlara hazırlık mahiyetinde buyu' çeşitleri hakkında genel bilgiler vermeyi gerekli görür. Bu açıdan buyu' (mübadele) çeşitlerini dörde ayırır. Bunlar aynın aynla (mutlak bey' / satım akdi), aynın deynle (mukayada / trampa), deynin aynla (selem) ve deynin deynle (sarf) satımından ibarettir. Zaten fıkıh literatürümüzde buyu' kelimesinin çoğul kullanımı bu çeşitlilikten kaynaklanır⁴⁵. İki bedelden sadece semene râci olan ise beş grupta müta-laa edilir: Müsaveme, murabaha, tevliye, işrak ve vadia. Hükümle ilgili olanları ise bey'in hükmü bölümünde inceler⁴⁶. Kâsânî bu genel bilgilerden sonra rüknün birinci şartı olan in'ikat (kuruluş) şartlarını anlatmaya başlar.

40 Adem ve keenlemyekün kullanımı için bkz. Kâsânî, V, 301, 302.

41 Kâsânî, V, 133, 134

42 Kâsânî, V, 135

43 İbn Abidin, Bahr'den “Beyin şartları dört tanedir” ifadesini nakleder. IV, 504.

44 Kâsânî, V, 135.

45 Fıkıh kitaplarımızda satım akdini için bazen tekil olarak bey' kullanıldığı görülse bile, çoğu zaman bey'in yerine buyu' kelimesi tercih edilir. Yapı bakımından bey' kelimesi mastar olduğu için çoğul yapılamaz. Yalnız Arapçada mastar bazen ismi meful anlamında kullanılabilmesi sebebiyle bey kelimesi mebi' anlamında, buyu' kelimesi de mebiat anlamında çoğul olarak kullanılabilir. Çünkü fıkıh literatürümüzde buyu' bölümü dört çeşit mübadele türünü kapsamaktadır. Bkz. İbn Hümmam, V, 455; Zeylai, *Tebyinu'l-hakaik*, Mısır 1313, III, 222; İbn Abidin, IV, 500

46 Kâsânî, V, 134-135.

2.1. İn'ikat şartları

Akd kök mastarından düğümlenmek anlamına gelen in'ikat kelimesi, birbirine mutabık iki iradenin adeta düğümlenerek irade sahipleri arasında itibari bir bağ oluşturması, yani akdin kurulması anlamında bir terimdir⁴⁷. Kâsânî in'ikat şartlarında dört alt başlık zikreder. Bunlar; a) âkidle, b) akitle (nefs-i akit), c) akit mekânıyla ve d) ma'kudu aleyhle ilgili olanlar şeklinde sıralanır. Âkidle ilgili olanı kendi içerisinde tasarruf ehliyeti ve âkit sayı olmak üzere ikiye ayırır⁴⁸. Nikâh bölümünde tarafların sayısını rükün kapsamında anlatırken, in'ikat şartı kapsamında âkit ve akit mekânı şeklinde iki ana başlık kullanıldığı görülse bile⁴⁹, yine de biz buyu' bölümündeki tertibe sadık kalacağız.

2.1.1. Taraflar

Kâsânî'ye göre âkitle ilgili iki alt başlıktan birincisi âkidin tasarruf ehliyeti olarak akıl, ikincisi ise âkitlerin sayısından ibarettir. Yukarıda geçtiği gibi âkitlerin sayısı konusu nikâh bölümünde rükün olarak sayılırken⁵⁰ buyu' bölümünde in'ikat şartı olarak zikredilir⁵¹.

2.1.1.1. Ehliyet

Bütün hukuk sistemlerine göre, hukuki işlem yapmak üzere içteki kesin iradelerini dışa vuran insanların yapmak istedikleri işlem için gerekli olan seviyede eda (hukuki işlem yapabilme) ehliyetini haiz olmaları gerekir. İcap ve kabulün hukuken sonuç doğuracak şekilde olabilmesi için öncelikle ehlinden sadır olması zorunludur. Yani ehliyetsiz kimselerin ortaya koydukları irade (icap ve kabul), şeklen var olsa da hukuken yok sayılır ve ehliyetsiz kimselerin yapmış oldukları akitler mün'akit olmaz, bâtil olur. Başka bir anlatımla, icap ve kabulün hukuki sonuç doğurabilmesi için tarafların tasarruf ehliyetine sahip olması gerekir. Bu yüzden akli melekelerini tam olarak kullanamayan mecnunun ve aklını kullanmaktan aciz olan sabinin satım akdi in'ikat etmez. Çünkü tasarruf ehliyeti tasarrufun in'ikadının şartıdır. Ehliyet de akıl olmaksızın sabit olmaz. Akıl bulunmadan da satım akdinin in'ikadı düşünülemez. Buluğ ise satım akdinin in'ikadı için şart değildir. Bu yüzden sabiy-i âkil (mümeyyiz) kendi malını satsa, velisinin onayına veya kendisinin buluğa ermesiyle kazanacağı onay hakkına mevkûfen in'ikat eder⁵². Şâfi'ye göre buluğ in'ikat şartıdır. Ona göre sabînin tasarrufları asla in'ikat etmez. Zaten akıl ve buluğ ayrımı yapılmaz.

47 bkz. Apaydın, H. Yunus, "İn'ikad", *DİA*, İstanbul 2000, XXII, 314-315; Ünsal, Ahmet, "İn'ikadın (Akdin Hukuki Varlık Kazanması) Mahiyeti", *Ankara Ü. İlahiyat Fak. Der.* 51:2, Ankara 2010, s. 96 vd., Bardakoğlu, Ali, "Butlan", *DİA*, İstanbul 1992, VI, 476-478.

48 Kâsânî, V, 135.

49 Kâsânî, II, 232.

50 Kâsânî, II, 229.

51 Kâsânî, V, 135.

52 Kâsânî, V, 135.

Hürriyet satım akdinin in'ikadı ve nefâzı için şart değildir. Ayrıca alışverişte inanç ayrımı yapılmaz. Hanefiler göre naslardaki ifadelerin genel ve mutlak olması sebebiyle istisnaya, tahsise gerek duyulmaz. İlaveten insanın konuşuyor olma özelliği satım akdinin ne in'ikadının ne nefâzının ne de sıhhatinin şartıdır. Bu yüzden dilsizin alışverişi caizdir. Dilsizin işaretleri ibare makamına kaim olur⁵³.

2.1.1.2. Sayı

Kâsânî âkide ilgili ikinci şart olarak tarafların sayısını zikreder. Bilindiği gibi hukuki muameleler hem asaleten hem de niyabeten yapılabilir. Tarafların bizzat kendilerinin yaptığı tasarruflar asaleten velayeti ifade eder. Niyabeten velayet ise iki çeşittir. Niyabeten temsilin ihtiyarî olanına vekâlet, icbarî olup medenî ve malî tasarruflara yetkili olmaya velayet, sadece malvarlığıyla ilgili tasarruflara yetkili olmaya ise vesayet denir⁵⁴.

Genel kural olarak bir kişinin her iki tarafı temsil edebilmesi satım akdinde uygun görülmez. Çünkü satım akdinin teslim – teslim, mütalebe gibi birbirine zıt hakları bulunur⁵⁵. Böyle bir durum aynı anda bir kişinin hem teslim eden hem teslim alan hem talep eden hem de talep edilen olmasını gerektirir ki, bu muhaldir. Bu yüzden satım akdinde bir kişinin bir taraftan asaleten, diğer taraftan vekâleten veya her iki taraf adına vekâleten temsili caiz görülmez. Bu genel hükmün istisnasını babanın küçük çocuğunun malındaki tasarrufu oluşturur. Babanın bu tasarrufu kıyasa göre caiz olmasa bile, istihsanen caiz görülür. Kıyasa göre caiz olmamasının sebebi, satım akdinde akdin hukukunun âkide râci olmasından kaynaklanır⁵⁶. Babanın küçük çocuğu adına yaptığı tasarrufun istihsanen caiz olması ise şefkatinin kemali sebebiyle gerekçelendirilir. Satım akdine bir kişinin asaleten veya niyabeten vekil olması mümkün olmasa bile, bir kişinin iki taraf adına resul (elçi) olması mümkündür. Çünkü akdin hakları vekile râci olsa bile, resule râci değildir. Hâkim de resul gibi değerlendirilir. Nikâh akdinde vekâletin caiz olması ise nikâhta akdin hukukunun vekile râci olmamasından kaynaklanır. Nikâh akdinde vekil, resul (elçi) gibidir⁵⁷.

2.1.2. Uyum

Kabulün icaba uygunluğuyla ilgili in'ikat şartı esasen irade beyanı ile ilgilidir⁵⁸. Zaten bazı yerlerde in'ikat şartları; ehliyet ve mahalliyet olarak iki temel esasa indirgenir. Fakat kabulün icaba uygunluğu rükün şartı değil, in'ikat şartı olarak zikredilir⁵⁹.

53 Kâsânî, V, 135

54 Kahveci, s.77-78; Çeker, s. 14-15.

55 Semerkandi, II, 36.

56 Kâsânî, V, 281.

57 Kâsânî, V, 135-136. Nikah akdinde batıl-fasit ayrımı için bkz. Günay, H. Mehmet, *Evlence Akdinde Batıl-Fasit Ayrımı*, İstanbul 2008, 19-22.

58 Bardakoğlu, Ali, "Bey", *DİA*, İstanbul 1992, VI, 14.

59 Kâsânî, V, 136.

Bizzat akitle ilgili hükme göre, kabulün icaba uygun olması gerekir. Bu da bâninin icapta bulunduğunu müşterinin kabul etmesi veya müşterinin icabını bâninin kabul etmesi şeklinde gerçekleşebilir. Eğer icapla kabul arasında uyum değil de, uyumsuzluk söz konusu olursa akit in'ikat etmez. Bu uyumsuzluk farklı bir teklifte bulunma, teklifin bir kısmını kabul etme gibi çeşitli şekillerde görülebilir. Mesela müşteri bir malı bâninin teklif ettiği fiyatın yarısıyla satın alacağını beyan etmesiyle akit in'ikat etmez. Ayrıca bayi bir semen cinsiyle icapta bulunsa, müşteri başka bir semen cinsiyle kabul etse akit yine in'ikat etmez⁶⁰.

2.1.3. Mekân

Kâsânî akit mekânı diye tanımladığı hususun bir tane olduğunu söyler. Bunu da meclis birliği olarak belirtir. Akit meclisi, kabulün icaba uygunluğunda olduğu gibi esasen irade beyanı ile ilgilidir⁶¹. Fakat akit meclisi rükün şartı değil, in'ikat şartıdır. Akitte meclis birliği gerçekleşmezse, yani akit meclisi farklılaşırsa akit in'ikat etmez. Kabulden önce âkidin meclisten kalkması veya başka bir işle meşgul olması akit meclisinin değiştiğini gösterir. Bâyi icapta bulunsa bile akit meclisi farklılaştıktan sonra müşteri kabul etse bile, akit in'ikat etmez. Bu durumda icap hukuken yok hükmündeyken kabulün gerçekleştiği farz edilir. Çünkü icap ve kabul birbirini tamamlayan iki rükünden ibarettir⁶².

İmam Şâfiî fevriliği, akdin in'ikat şartı kabul eder. Hanefilere göre ise fevriliği terk etme zarureti teemmülden kaynaklanır. İlgili hadisteki muhayyerliği Hanefiler icap muhayyerliği ve kabul muhayyerliği olarak anladıkları için kabulden sonra meclis muhayyerliği söz konusu olamaz. Fakat Şâfiîler kabulün fevriliğini esas aldıkları için kabul gerçekleşmiş olsa bile, teemmül imkânını meclis birliğinin sona ermesine kadar devam ettirirler. Meclis birliğinin bozulmasında Hanefilere göre konu değişikliği yeterli görülürken, Şâfiîlere göre beden ayrılığı gerekir⁶³. Başka bir anlatımla, Hanefiler akit meclisinde mekân birliği kriterini, Şâfiîler ise zaman birliği kriterini esas alırlar.

Akit meclisinde birinin hazır diğerinin gaip olması durumu, elçi gönderme (risalet) ve mektup yazma, yazışma (kitabet) ile icapta bulunma akit mekânını tamamlayan hükümlerdir. Kâsânî yazının (kitap) hitaptan, risaletle hitabın da müşafeheten hitaptan daha üstün olamayacağını beyan eder⁶⁴.

60 Kâsânî, V, 136-137. Ayrıca bkz. Tunçomağ, s. 84-87.

61 Bardakoğlu, Ali, "Bey", *DİA*, VI, 14.

62 Kâsânî, V, 137-138.

63 Şâfiî, Ümm, Mansura 2001, IV, 6 vd., 14, 17, 22.

64 Kâsânî, V, 137-138. Ayrıca bkz. Dönmez, İ. Kafi, "İslam Hukukunda Modern İletişim Araçlarıyla Yapılan Akitler", *İlam Araştırma Dergisi*, İstanbul 1996, c. 1, sy. 1, s. 9 vd.; Tüfekçi, İbrahim, "İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Konya 2012, sy., 20, s. 11-42.

2.1.4. Mahal

Akit, irade beyanının hukuki sonuç doğuracak şekilde ehlienden sadır olup mahallinde vuku bulmasıyla oluşur. İrade beyanı akdin rüknü, ehlienden sadır olup mahallinde vuku bulması ise in'ikat şartları olarak kabul edilir. Ma'kudu aleyh akdin mahallini ifade eder. Mecelle'de "ma'kudu aleyh mahalden ibarettir"⁶⁵ hükmü yer alır. Başka bir anlatımla, ilgili hükümler sadece mebiye münhasırdır. *Bedâyi'*de akdin mahalliyle ilgili şartlar kısaca şu şekilde özetlenebilir:

a. Mebiin mevcut olması in'ikat şartıdır. Dolayısıyla ma'dumun veya ma'dum tehlikesi bulunan bir malın satımında akit in'ikat etmez. Doğacak yavrunun yavrusunu satma vb örnekler, bu kapsamdadır⁶⁶.

b. Mebiin mal olması in'ikat şartıdır. Burada mal ile mal-ı mütekavvim arasındaki nüansa dikkat çekilir. Mal olmayan bir şey hem mebi hem de semen olamaz. Ama bir mal mütekavvim olmaması halinde mebi olursa akit in'ikat etmez, fakat semen olursa akit in'ikat eder, ama fâsit olur⁶⁷. Örneğin hür bir insan, kendiliğinden ölmüş bir hayvan ve kan mal olmadığı gerekçesiyle satım akdine konu olamaz, olursa akit in'ikat etmez. Aynı şekilde şer'an faydalanılması (intifa) caiz olmayan şeyler satım akdine konu olamaz. Fakat faydalanılması mubah olan şeylerin satım akdine konu olabilmesi mümkündür.

Malın mütekavvim olması hukuki vasfından da dini vasfından da kaynaklanabilir. Malın dini vasfı ise inançlara göre değişkenlik gösterebilir. Domuz ve içki Müslümanlar için haram bir maldır, fakat gayrimüslimlere göre bunlar kendi dinlerinde haram değil, helaldir. Kendi dinlerinde helal olduğu için gayrimüslim vatandaşlar domuz ve içki satımından menedilemezler. Yine kendi dinlerine göre mal kabul edildiği için Müslüman bir kişi bir zimmînin içkisini telef ederse, kıymetini ödemesi gerekir⁶⁸.

Helal ve haramın birlikte bulunması durumunda helalin galip olduğu bir şeyi satmakta beis yoktur. Fakat haramın galip olduğu bir şeyi satmak caiz değildir. Mal olarak değerlendirilmediği için anne karnındaki yavru hayvanın satımında akit in'ikat etmez. Ayrıca muhterem ve saygınlığından dolayı insan ve insanın cüzü, satım akdine mahal olamaz⁶⁹. Sözün özü hukuken ma'dum olan veya ma'dum tehlikesi bulunan bir malın satımında akit in'ikat etmediği gibi, dinen haram olan bir malın satımında da akit in'ikat etmez⁷⁰.

65 Mecelle, md. 150.

66 Kâsânî, V, 138-140. Ayrıca bkz. Bilgili, İsmail, *İslam Hukukunda Ma'dumun Satımı*, s. 127 vd.

67 Ali Haydar, *Dürrerü'l-hukkam şerhu mecelleti'l-ahkam*, İstanbul 1330, I, 325-326.

68 Kâsânî, V, 143.

69 Kâsânî, V, 144-146. Bkz. Hacak, Hasan, "Mal", *DİA*, Ankara 2003, XXVIII, 461-465.

70 Kâsânî, V, 138-139.

c. Mebiin memlûk olması in'ikat şartıdır. Satım akdi özü itibariyle temlik olduğundan kendi mülkü olmayan (memlûk) bir şeyi satışında akit in'ikat etmez⁷¹.

d. Mebinin satım anında bâyin mülkü olması (selem hariç) satım akdinin in'ikat şartıdır. Bu madde yanında olmayan bir şeyi satma anlamında kullanılır. Peygamberimiz bunu nehyetmiştir. Rivayete göre, Hakîm bin Hizam daha henüz malik olmadığı şeylerin parasını insanlardan alıp, onlara şeklen satım işlemi yapıyordu. Sonra pazara gidiyor, satın alıyor ve onlara teslim ediyordu. Bu olay Peygamberimize ulaştığında “yanında olmayan şeyi satma”⁷² buyurdu⁷³.

Mebinin satım anında bâyin mülkü olması tarafların asaleten temsiliyle kayıtlıdır. Niyabeten (vekil ve kefil) temsilde ise mebiin bâyin mülkü olması şartı aranmaz. Malik olmadığı bir malda niyateben yetkisiz kişiyi ifade eden fuzulünün tasarrufu ise Hanefilere göre in'ikat şartı değil, nefâz şartı olarak kabul edilir⁷⁴.

e. Mebiin satım akdi anında satıcının tasarruf yetkisi dahilinde ve teslimin mümkün olması in'ikat şartıdır. Eğer teslimden aciz ise malın mâliki olsa bile akit in'ikat etmez. Kâsânî bu maddeyi kaçak köleyle örneklendirir. Esasen kaçma mülkiyetin zevalini gerektirmez. Mülkiyeti devam ettiği için kaçan kölesini azat etmesi halinde bu tasarrufu geçerli olur. Fakat böyle bir durumda kişi hukuken mâlik olsa bile mâlik olduğu malı tasarrufa fiilen muktedir değildir. Havadaki kuşun, denizdeki balığın satımı da aynı hükümlere tabidir. Menkul mebiin kabzdan önce satımı da bu gerekçeyle caiz değildir⁷⁵.

Ebu Hanîf'e göre mebi ve semenin farklı hükümlere sahip olması, iki farklı isim olmasına dayanır. Zaten lügatte imam kabul edilen Ferrâ, mebiden farklı olarak semeni “zimmette olan şey” olarak tanımlar. Hüküm bakımından da satım mübadelesinde mebi amaç (maksud), semen ise araç (maksuda vesile) olarak değerlendirilir. Mebiin tayinle teayyün edeceği, semenin tayinle teayyün etmeyeceği belirtilir. Mebi telef olduğunda akit infisah eder, fakat semen telef olduğunda akit infisah etmez⁷⁶. Semen deyn olarak değerlendirildiği için zimmete taalluk eder. Ayrıca mebi-i menkulde kabzdan önce tasarruf hakkı bulunmaz. Akarda kabzdan önce tasarruf ihtilaflıdır. Semende kabzdan önce tasarruf caizdir. Züfer ve İmam Şâfi'ye göre ise mebi ve semen müteradif iki isimdir. Onlara göre mebi ile semen arasındaki fark cümlede “bi” harfi cerinin kullanımından ibarettir⁷⁷.

71 Kâsânî, V, 146. Pala, Ali İhsan, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*, Ankara 2009, 283-297.

72 Buhari, *Buyu*, 55; Müslim, *Buyu*, 30, 32, 36, 40.

73 Kâsânî, V, 146-147.

74 Kâsânî, V, 147.

75 Kâsânî, V, 148.

76 Kâsânî, V, 281, 286. Bkz. Aybakan, Bilal, “İnfisah”, *DİA*, İstanbul 2000, XXII, 292-293.

77 Kâsânî, V, 233-234. Mebi ve semen farkı için bkz. Semerkandi, II, 39-44; İbn Abidin, IV, 531.

2.2. Nefâz şartları

Kâsânî'nin akit sistematigi sıralamasıyla ilgili olarak Apaydın şu değerlendirmeyi yapar: “Akdin hukuki varlık kazanması ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için geçirmesi gereken üç merhalenin sıralaması Hanefi doktrinindeki yaygın anlayışa göre “in’ikad”, “sıhhat” ve “nefâz” şeklindedir. Ancak, Hanefi hukukçulardan Kâsânî (ö. 587/1191), bu sıralamayı in’ikad, nefâz ve sıhhat düzeninde yapmaktadır. Bundan dolayı eserinde, öncelikle akdin in’ikad şartlarını, sonra nefâz şartlarını, üçüncü sırada da sıhhat şartlarını ele almıştır.”⁷⁸

Kudurî'nin *Muhtasar*'ı, Mavsili'nin *İhtiyar*'ı ve Merginani'nin *Hidaye*'sinde akit sistematigiyle ilgili kavramların doğru kullanıldığı görülse bile, mevcut anlatımdan akit sistematigini çıkarmak hiç de kolay değildir. Semerkandi, önce in’ikat şartlarını, sonra nefâz şartlarını, daha sonra ise fâsit bey’i anlatır⁷⁹. İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik* adlı eserinde Kâsânî’ye atıf yapar. Fethu’l-kadir’den⁸⁰ naklen “in’ikat, sıhhat, nefâz ve lüzum” sıralamasını verdikten sonra, bu sıralamanın Bedayî’deki şekline muhalif olduğunu kaydeder. Kendisi de in’ikat şartlarından sonra nefâz şartlarından bahseder⁸¹. Mevkûfati in’ikat, sıhhat, nefâz ve lüzum sıralamasını tercih eder⁸².

Fetavay-ı Hindiyye’de “in’ikat, nefâz, sıhhat ve lüzum” sıralamasıyla konular incelenir. Muhtevasında hem in’ikat hem nefâz şartlarında hem de sıhhat şartlarında atıf yaptığı Kâsânî’nin açık etkisi görülür⁸³. Mevkûfun fâsit ve sahih kısımlarına ayrıldığı ifade edilir. Birinciye mükrehin satımı, ikinciye ise mahcur köle ve sabinin satımı örnek verilir. Diğer misaller ise fuzuli bölümüne havale edilir⁸⁴. İbn Abidin satım akdinin tanımında Kâsânî’ye atıf yapar. Bahr’dan naklen bey’in şartlarında “in’ikat, nefâz, sıhhat ve lüzum” sıralamasını zikredir. Tercihine katılmasak bile, İbn Abidin’in şu tespiti sözün özüdür: “Mevkûf sahihin kısımlarındandır. Bu da meşayihimizin iki farklı akit sistematiginden (tarik) birisidir, doğrusu da budur.”⁸⁵

Mecelle madde 106’da “Bey’-i mün’akid, in’ikad bulan bey’ demek olarak sahih ve fâsit ve nâfiz ve mevkûfe taksim olunur.” Madde 108’de bey’-i sahih, madde 109’da bey’-i fasid, madde 111’de bey’i mevkûf, madde 112’de fuzuli anlatılır. Madde 113’de ise “Bey’-i nâfiz gayrin hakkı taalluk etmeyen bey’dır ki, lazım ve gayri lazım kısımlarına münkasim olur” ifadesi yer alır. *Mecelle* şarihi Ali Haydar ise

78 Apaydın, “Mevkûf”, s. 178-179.

79 bkz. Semerkandi, in’ikat ve nefâz, II, 34 vd., fâsit, II, 45 vd.

80 İbn Hüمام, buyu’ bölümünün baş kısmında in’ikattan sonra nefâzdan bahseder. *Fethu’l-kadir*, V, 455.

81 İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik şerhu kenzi’-dekâik*, Beyrut 1997, V, 432, 438. Kâsânî’ye atıf yapılan yerler için bkz., V, 431, 432, 433, 434, 435, 442.

82 Mevkûfati, Muhammed, *Mevkûfat*, Dersaadet 1318, II, 3.

83 Mevlana eş-Şeyh Nizam, *el-Fetava’l-Hindiyye*, Beyrut 2000, III, 3-4.

84 İbn Abidin, *Haşiyetu reddi’l-muhtar*, İstanbul 1984, IV, 501.

85 İbn Abidin, IV, 504.

“in’ikat, nefâz, sıhhat ve lüzum” sıralamasını esas alır⁸⁶. Bilmen, genellikle akit sistematiğinden ziyade konu başlıklarını öne çıkarmasıyla dikkat çeker. Yine de nefâz şartlarından önce fesat şartlarından bahsedildiği görülür⁸⁷.

Çağdaş yazarlardan Ebu Zehre, fukahanın mevkûf akdi sahihin kısımlarından saydıklarını nakleder⁸⁸. Zerka, in’ikat ve sıhhat şartlarından sonra nefâz şartını anlatır⁸⁹. Mahmasani, önce in’ikat ve sıhhat şartlarını sonra da nefâz şartını inceler⁹⁰. Zühayli, in’ikat, sıhhat, nefâz ve lüzum sıralamasını tercih eder⁹¹. Ali Hafif sahih akdi mevkûf ve nâfiz diye, nâfiz akdi de lazım ve gayri lazım (caiz) diye ikiye ayırır⁹². Esad, *el-Akdu’l-mevkûf* adlı eserinde mevkûf akdi sahih ve mün’akit olarak niteler⁹³. İzzüddin Muhammed Hacı, *Nazariyyetü’l-akd fi’l-fıkhî’l-İslami* adlı çalışmasında in’ikat merhalesi, sıhhat merhalesi, nefâz merhalesi ve lüzum merhalesi sıralamasıyla kaydeder⁹⁴. Karaman, akit ve tasarrufları; 1) Meşruyet bakımından, 2) Sıhhat bakımından, 3) Ayna bağıllık bakımından, 4) Geçerlilik zamanı bakımından, 5) Bağlayıcılık bakımından tasnif eder⁹⁵. Bardakoğlu, akdin şartları merhalelerinde “kuruluş”, “sıhhat”, “işlerlik” ve “bağlayıcılık” sıralamasını yeğler⁹⁶.

Kâsânî “in’ikat, nefâz, sıhhat ve lüzum” sıralamasında hemen her yerde hiçbir değişiklik yapmaz. Çünkü ona göre nefâzdan bahsedebilmek için in’ikat (kuruluş) şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir⁹⁷. Ayrıca tasarruf ehliyeti açısından akıl / temyiz in’ikat şartı olarak, buluş ise nefâz şartı olarak temellendirilir. Zaten akdin mahallinde asalaten veya niyabeten yetkili olma in’ikat şartı kabul edilirken, mülkiyetsiz ve velayet nefâz şartı kabul edilir. Üstelik nefâz asli unsura bağlı bir nitelik gösterirken, sıhhat tali unsur olarak değerlendirilir. Dahası Ali Haydar nefâz şartları arasında akdin in’ikat şartlarını haiz olmasını müstakil olarak zikreder⁹⁸. Her ne kadar İbn Abidin in’ikat, sıhhat, nefâz ve lüzum sıralamasına hak dese bile, kanaatimizce Kâsânî akit sistematiği nefâz şartlarının in’ikat şartlarını tamamlayıcı özelliği bakımından daha isabetlidir.

Esasen Hanefi akit sistematiğinde in’ikat ve nefâz ayrımı taraflar açısından tasarruf ehliyeti ile tasarruf yetkisi arasındaki farka dayanır. Bu da tasarruf yetkisizliğinin yetkili kişi tarafından telafi edilebileceği anlayışını yansıtır⁹⁹. Başka bir anlatımla,

86 Ali Haydar’ga göre, nefâzin üçüncü şartı: “şerait-i in’ikadı cami olmasıdır”, I, 601, 602, 603, 608.

87 Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslamiyye ve Istilahatı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul (ty), II, 6, 89-90.

88 Ebu Zehra, 420.

89 Zerka, I, 418-434.

90 Mahmasani, Subhi, *en-Nazariyyetü’l-âmme li’l-mucebât ve’l-ukûd*, Beyrut 1983, II, 276 vd, 505 vd.

91 Zühayli, Vehbe, *el-Fıkhü’l-İslami ve edilletuh*, Dımaşk 1997, IV, 3075-3083.

92 Ali el-Hafif, s. 374-376.

93 Esad, *el-Akdu’l-mevkûf*, s. 112.

94 İzzüddin, s. 66-67.

95 Karaman, Hayrettin, “Akid”, *DİA*, İstanbul 1989, II, 252.

96 Bardakoğlu, Ali, “Hukuki ve Ticari Hayat” *İlmihal*, Ankara 2006, II, 347. Ayrıca bkz. Kahveci, Nuri, 138-142.

97 Kâsânî, V, 135.

98 Ali Haydar, I, 608.

99 İcazetle ilgili bkz. Apaydın, H. Yunus, “İcazet”, *DİA*, İstanbul 2000, XXI, 401-403; Amir Nüceym, “el-İcazetü ke şartın li nefâzî’t-tasarrufatî’l-kadiri fi emvalih”, *Mecelletü’l-fıkh ve’l-kanun*, Cezayir 2014, sayı: 20, s. 256-264.

akdin taraflarının tasarruf ehliyeti in'ikat şartı, tasarruf yetkisi nefâz şartı kabul edilir. Gözübenli'ye göre, "akdin nefâz şartı salahiyettir."¹⁰⁰ Salahiyetsizlik maliki olmadığı bir malda niyabeten yetkisizlikten kaynaklanabildiği (fuzulî) gibi, maliki olsa bile kamil eda ehliyetine sahip olmamadan, başka bir anlatımla nakis eda ehliyetine sahip olmadan da kaynaklanabilir. Akıl baliğ olsa bile reşit olmayan kişi de mali tasarruflarında mümeyyiz çocuk hükmündedir. Ayrıca mebide başkasının hakkının bulunması da tasarruf yetkisi açısından salahiyetsizlik kapsamındadır.

2.2.1. Mülkiyet veya velayet

Kâsânî'ye göre nefâz şartı iki çeşittir. Birincisi mülkiyet veya¹⁰¹ velayet, ikincisi ise hakku'l-gayrdır. Akdin nâfız olması için hem tarafların asaleten veya niyabeten velayetinde hem de mebiin mülkiyetinde bir mâninin bulunmaması gerektiği gibi, mebide başka bir kişinin hakkının bulunmaması da gerekir. Kâsânî fuzulinin akdinde mülkiyet ve velayet bulunmadığından dolayı nâfız olmadığını, yetkili kişinin onayına mevkûfen in'ikat ettiğini belirtir. Bilindiği gibi velayetsizlik asaleten baliğ olmamaktan, niyabeten ise yetkili (vekil) olmamaktan kaynaklanabilir. Bâyi veya müşteri vekil olursa, o kişinin fuzuli olmasından zaten bahsedilemez. Anlayabildiğimiz kadarıyla Kâsânî'ye göre fuzuli olma hem asaleten mülkiyetsizliği hem de niyabeten vekâletsizlikten kaynaklan velayetsizliği ifade eder¹⁰². Buna göre fuzuli hem mülkiyet hem de velayet açısından yetkisiz kişi olarak tanımlanabilir. Çünkü Kâsânî fuzuli ile ilgili bilgilerden sonra buluşdan kaynaklanan velayetin bulunup bulunmamasından müstakil olarak ayrıca bahseder.

Kâsânî Hanefilere göre, fuzulinin tasarruflarının bâtil kabul edilemeyeceğini şu gerekçelere dayandırır: a) Nisa suresi 4/29. ve Cuma suresi 62/10. ayetlerdeki ifadeler; malikten asaleten, vekilden ibtidaen, malikin intihaen icazetinden meydana gelmesi, hatta akit anında veya sonrasında rızanın bulunması arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır. Tahsisle ilgili bir delil bulunmadığı zaman ayetin mutlak hükmüyle amel etmek gerektiği bilinmektedir. b) Hâkim b. Hizam'la ilgili rivayet sonradan verilen icazetin sıhhatine delildir. c) Ayrıca akıllı kişilerin tasarrufu imkân nispetinde iyiliğe hamledilir. Zaten malikin razı olmaması durumunda fesketme hakkı bakidir. d) Fuzulinin tasarrufu bâyinini veya müşterinin muhayerlik şartıyla yapılan satım akdine de benzemektedir¹⁰³. Sonuç itibariyle Hanefilere göre bu tasarrufla mülkiyet sabit olur. Yalnız mülkiyet akit anında değil, icazet anında gerçekleşir. Zaten mevkûf olmasının sebebi de budur.

100 Gözübenli, *İslam Borçlar Hukuku Dersi*, s. 14.

101 Kâsânî mülkiyet ile velayet kelimelerini başlıkta "veya" bağlacıyla bağlar. Semerkandî'de de iki isim "veya" bağlacıyla bağlanır. II, 34; Hidaye şarihlerinden İbn Hümam iki kelimeyi "ve" bağlacıyla bağlar. *Fethu'l-kadir*, Beyrut (ty), V, 455. Baberti şerhinde "veya" bağlacı kullanılır. V, 456. Bedreddin Ayni de, "veya" bağlacını kullanır. *el-Binaye fi şerhi'l-hidaye*, Beyrut 1980, VII, 5.

102 Velayetin mülkiyetten, vekaletten, vasiyetten kaynaklanmasıyla ilgili bkz. İbn Hümam, V, 455. Velayet- vekalet ilişkisi için bkz. Damad Efendi, *Mecmeu'l-ehur*, Beyrut 1998, III, 5.

103 Kâsânî, V, 148-149. Ayrıca bkz. Gözübenli, Beşir, "Fuzuli", *DİA*, İstanbul 1996, XIII, 239-240.

Kâsânî velayeti ikiye ayırır. Birincisi mülk sahibinin yetkilendirmesiyle sabit olur, ikincisi ise mülk sahibinin yetkilendirmesiyle değil, şer'an sabit olur. Birincisi vekilin velayeti, ikincisi ise babanın, dedenin, vasinin ve hâkimin velayetidir. İkincisi de iki çeşittir, birincisi nikâha velayet, ikincisi diğer tasarruflara, yani mali tasarruflara velayet. Bu velayete sahip olma ya babalık vasfından ya da hâkimin hükmünden kaynaklanır¹⁰⁴.

İslam hukukçularına göre borç ilişkilerinde kâmil eda ehliyetinin kriteri rüştür ve kâmil eda ehliyetine sahip olan kimsenin bütün hukuki tasarrufları geçerlidir / nâfızdır. Nakıs eda ehliyetini haiz kimselerin akitleri, borç ilişkisinin kişinin lehine olup olmamasına göre değişiklik gösterir. Buna göre nakıs eda ehliyetini haiz kimselerin yapmış oldukları akitler şu şekilde tasnif edilir: a) Kişinin tamamen lehine olan tasarrufları nâfızdır; hibeyi kabul etmek gibi, b) Tamamen aleyhine olan tasarruflar ise bâtıldır; malını hibe etmesi gibi, c) Leh ve aleyhe muhtemel tasarruflar ise mevkûf, yani askıdadır; yetkili kimse onaylarsa nâfız, onaylamazsa bâtil olur. Alışveriş, icare, şirket akitleri gibi¹⁰⁵.

Nâfız olan akitle doğan hükümler, akdin yapılaş gayesine göre geçerli kabul edilir. İn'ikat şartıyla akdin hükmü sabit olduğu gibi, nefâz şartıyla da hükmün eseri olan mâlik olduğu malda tasarrufa muktedir olur. Ebu Hanife'ye göre nefâz şartlarında eksiklik varsa akit mevkûf (askıda) olur. Bu durumda yetkili kimse icazet/onay verirse, akit işlem tarihinden itibaren nâfız, onay vermezse işlem tarihinden itibaren bâtil olur. Hanefilere göre nefâz şartları eksik bir akit, in'ikat etse bile mevkûf olarak kalır. Şafiye göre ise mülkiyet ve buluş sıhhat şartı olarak kabul edildiği için fuzulinin tasarrufları in'ikat etmez, bâtıldır¹⁰⁶.

2.2.2. *Hakku'l-gayr*

Kâsânî'ye göre nefâz şartının ikincisini hakku'l-gayr oluşturur. Bu da mebide bâyiden başkasının hakkının olmasını ifade eder. Rehin ve kira akdi örneğini verir. Kâsânî hakku'l-gayrın hükmüyle ilgili bilgilerin bazı kitaplarda fâsit, bazı kitaplarda ise mevkûf şeklinde farklı rivayet edildiğini nakleder. Bu tür akdin mevkûf olmasının daha doğru olduğunu belirtir. Çünkü satım akdinde irade beyanının ehlinde sadır olup mahal üzerinde vuku bulması gerekir. Malın da mütekavim olması gerektiği gibi, satıcının malik olduğu, tasarruf yetkisi dâhilinde teslimi mümkün olması gerekir. Hakku'l-gayr durumunda teslimin mümkün olması, borcunu ödeyerek mal üzerindeki ipoteğin kaldırılması ihtimalinin bulunmasından, ayrıca rehin alan veya kiralayan kişinin mal sahibinin satımına icazet / onay vermesinden kaynaklanabilir¹⁰⁷.

104 Geniş bilgi için bkz. Genç, Mustafa, *İslam Hukukunda Evlendirme Velâyeti*, (Basılmamış Doktora Tezi), Bursa 2002, s. 12-20.

105 Kâsânî, V, 153; Bkz. Semerkandi, II, 37.

106 Kâsânî, V, 148 vd.

107 Kâsânî, V, 155-156.

2.3. Sıhhat şartları

Esasen her akdin tabiatı gereği kendine özgü bazı özel şartları vardır. Nikâh akdi tabiatı gereği ebedi olmak, kira akdi ise tabiatı gereği muvakkat olmak zorundadır. Nikâh akdinin muvakkat olması, kira akdinin ise ebedi olması ilgili akitlerin tabiatlarına aykırı olduğu için hukuken bătıldır¹⁰⁸. Bütün akitlere şamil sıhhat şartlarına genel sıhhat şartları denilmekle birlikte, Kâsânî'nin genel (amme) ve özel (hasa) sıhhat şartları ayrımının daha ziyade satım akitlerine münhasır olduğu hem kendi ifadesinden hem de muhtevaya dair verdiği bilgilerden anlaşılır¹⁰⁹.

Hanefilere göre in'ikat ve nefâz şartları akdin asli unsuruyla ilgili iken, sıhhat şartları akdin tali (vasıf) unsuruyla ilgilidir. İn'ikat ve nefâzla birlikte sıhhat şartlarında eksik bulunmayan akitler sahihtir. İn'ikat şartlarının bulunmaması halinde akit bătıl olduğu gibi, nefâz şartları yerine getirilmeden kurulan mevkûf akde de yetkili kişi onay vermediğinde akdin bătıl olduğu dikkate alınır, nefâz şartlarının da asli unsur ile ilgili olduğu anlaşılır. İn'ikat ve nefâz şartları tam olduğu halde, sıhhat şartları eksik olan akitler ise fâsittir.

Akdin fesat sebebi dini hükmünden kaynaklanabileceği gibi, hukuki bir eksiklikten de kaynaklanabilir. İcazet in'ikatla ilgili olmadığı gibi, fesatla da ilgili değildir. Fesat sebebi bir masiyet olduğu için mutlaka izalesi gerekir. Mesela faizin haram olması hükmü Allah hakkı ihlaline dayanır. Kulun faizli fâsit işleme razı olması, söz konusu Allah hakkını düşürmeye yetmez¹¹⁰. Fesat sebebiyle fesih hakkı her iki taraf için bakidir. Fesih aslın hükmünü kaldırmayı, fesat ise tağyiri ifade eder¹¹¹. Fâsit olan bir akdi her iki tarafın fesh hakkı bulunmaktadır. Fesih hakkının kullanımında karşı tarafın rızası aranmaz. Akdin sıhhat şartlarına haiz olması ise, akdin asli ve tali unsurlarında eksik olmamasını ifade eder. Yani sahih bir akit, her açıdan Şariin rızasına uygunluk gösterir.

Fâsit ve bătıl ayrımı hüküm bakımından ibadetlerde aynı sonuçları doğurmakla birlikte, Hanefilere göre muamelatla ilgili konularda fâsit ve bătıl ayrımı farklı hükümlere sahiptir. İmam Şafiye göre ise fâsit ve bătıl akit hüküm bakımından eşittir. Çünkü Şâfiî'nin akit sistematüğinde caiz ve bătılın haricinde farklı bir hüküm yoktur. Hanefilere göre ise satım akdinde caiz ve bătıl hükümlerinden ayrı olarak fâsit hükmü de bulunmaktadır. Bu farkı anlatmak için Kâsânî Hanefiler ile Şâfiiler arasındaki usul farkına dikkat çeker. Fâsit ve bătıl ayrımını zaten "usulde maruf olduğu şekliyle" efal-i mükellefin konusundaki farz-vacip hükümlerinin farklı olma-

108 Kâsânî, V, 134.

109 Genel (amme) ve özel (hasa) ayrımı için ayrıca bkz. İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik fi şerhi kezni'd-dekâik*, V, 436; Alemgiriyye, *Fetava Hindiyye*, III, 3-4, İbn Abidin, IV, 505. Ali Haydar, I, 603-604; İbn Rüşd, II, 103. Genel ve özel ayrımının farklı bir kullanım için bkz. Zerka, I, 340, 417.

110 Kâsânî, V, 289.

111 Kâsânî, V, 259.

sına benzetir. Şafilere göre farz ve vacip eşit hükümlere tabi iken, Hanefilere göre farz ve vacip farklı hükümlere tabidir. Aynı şekilde fâsit ve bâtil ayrımı Şâfiilere göre eşit hükümlere sahipken, Hanefilere göre farklı hukuki sonuçlar doğurur. Esasen Şâfiî'ye göre nehyedilen bir satım akdinin asla mülkiyet ifade etmemesi de aynı metodolojik temele dayanır¹¹².

Hanefilere göre fâsit akit, akdin hukukundan kaynaklanan şuf'a hakkı¹¹³ gibi bir kısım haklara mâni olsa bile, asgari düzeyde de olsa hukuki sonuç doğurur. Mebiin izinli kabz olunması akdin mülkiyet ifade etmesine sebep olur. Fâsit akitte semenin fiyatı belirlenen rakamla değil, kıymetiyle sabit olur. Fesat sebebi izale edildiğinde akit sahihe dönüşür ve in'ikadından itibaren akdin hükmü sabit olur. Şâfiîler ise fâsit ve bâtil kelimelerini kullansalar bile hüküm bakımından ayırım yapmazlar. Onlara göre fâsit ve bâtil akit hiçbir hukuki sonuç doğurmaz.

2.3.1. Genel sıhhat şartları

Kâsânî, bütün satım akitlerinde geçerli olan sıhhat şartlarını (amme): in'ikat ve nefâz şartları, mebi ve semenin nizaa mani olacak derece malum olması (cehalet), bâyie zarar vermeksizin teslimin mümkün olması, fâsit şartlardan hâli olması kapsamında satım akdinde bilinmezlik (garar), bâyie veya müşteriye akdin tabiatına aykırı karşılıksız menfaat sağlama, mebi ve semenin ayn olması durumunda vade, satım akdinde ebedi muhayyerlik, nizaa sebep olacak derece muhayyerlikte cehalet veya üç günden fazla muhayyerlik konuları anlatır. Ayrıca Hanefi akit sistematiğinde ihtiyar ve rıza ayrımı yapıldığı için rızanın bulunmamasını genel sıhhat şartları dâhilinde değerlendirir.

2.3.1.1. İn'ikat ve nefâz şartları

Kâsânî bütün satım akitlerine şamil genel sıhhat şartı olarak akdin mün'akit ve nâfiz olmasını birinci şart olarak değerlendirir¹¹⁴. Bir akdin sıhhat şartlarından bahsedebilmek için öncelikle akdin in'ikat ve nefâz şartlarını taşıyor olması gerekir. Çünkü sıhhat; in'ikat ve nefâz üzerine zaid bir durumdur. Zaten in'ikat etmeyen ve nâfiz olmayan bir akdin sahih olmasından söz edilemez. Başka bir anlatımla, gayri mün'akit akit nefâzla nitelenemediği gibi¹¹⁵, mevkûf akit de sıhhat ve fesatla nitelenemez¹¹⁶. Dolayısıyla her in'ikat ve nefâz şartı aynı zamanda sıhhat şartı olduğu halde, hiçbir sıhhat şartı in'ikat ve nefâz şartı değildir. Bu itibarla bir akit sahih olmadığı halde mün'akit ve nâfiz olabilir. Fakat mün'akit ve nâfiz olmayan bir akit

112 Kâsânî, V, 299.

113 İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-nezair*, Dimaşk 1986, s. 446.

114 İbn Abidin, sıhhat şartlarında amme ve hassa ayrımını yapar. Fakat amme olanın ilk maddesinde sadece in'ikat şartının sıhhat şartı olduğunu söyleyerek, nefâz şartının sıhhat şartı olduğundan bahsetmez. IV, 505; Apaydın, H. Yunus, "Sihhat", *DİA*, İstanbul 2009, XXXVII, 110-111.

115 Kâsânî, V, 135, 156.

116 Kâsânî, V, 179.

sahih olamaz. Fâsit bir satım akdi in'ikat eder, ama sahih olmasa bile kabzla birlikte nâfiz olur¹¹⁷. Buna göre sahih akit, akdin hem asli unsuru olan in'ikat ve nefâz şartlarında hem de tali unsuru olan sıhhat şartlarında bir eksiklik olmadığını ifade eder. Fasit akit ise akdin asli unsurlarında herhangi bir eksik bulunmasa bile, akdin tali unsuru olan sıhhat şartlarındaki eksikliği tanımlar.

2.3.1.2. Cehalet

Nizaa mani olacak derecede hem mebiin hem de semenin malum olması sıhhat şartıdır. Çünkü mebi veya semenden birisi nizaa sebep olacak derecede meçhul olursa akit fâsit olur. Nizaa sebebiyet vermeyecek derecedeki bir cehaletle ise akit fâsit olmaz. Çünkü cehalet nizaa sebebiyet verirse teslim ve tesellüme mâni olur. Ama cehalet nizaa sebebiyet vermeyecek derecede ise teslim ve tesellüme mâni olmaz. Bir sürüden bir koyun satması akdin fâsit olmasının örneğini gösterir. Çünkü buradaki cehalet nizaa sebebiyet verebilecek derecededir. Bu da akdin fesadını gerektirir.

Kâsânî'ye göre konunun detaylarında ulemanın ihtilaf etmeleri İmam Muhammed'in *el-Camiu's-sağir* ve *el-Asl* adlı eserlerindeki lafızların farklı olmasına dayanır. Bu farklılığı da ya mebinin cehaletinden ya da semenin cehaletinden kaynaklanmasıyla gerekçelendirerek, değerlendirmeler yapar. Mebi ve semenin vasıflarını bilmeyi de bu ilkeye bağlar¹¹⁸.

2.3.1.3. Zarar

Bâyie zarar vermeksizin teslimin mümkün olması akdin sıhhat şartıdır. Zarar vermeksizin malın teslimi mümkün değilse, satım akdi fâsit olur. Çünkü zarar akdin istihkakı değildir. Mesela tavandaki bir direği satsa bu caiz olmaz. Zira direğin sökülmeden teslimi mümkün değildir. Sökülmesi ise eve zarar verir. Eğer bâyi bunu bir şekilde teslim etmeye muktedir olursa, müşterinin akdi feshetme hakkı düşer. Çünkü bâyi ihtiyarıyla ve rızasıyla bunu yapmış kabul edilir¹¹⁹.

2.3.1.4. Fâsit şartlar

Kâsânî fâsit şartlar hakkında genel bir bilgi vermeksizin birçok çeşidinin bulunduğunu beyanla yetinir. Elbette akitte fâsit şartın bulunmaması gerekir. Fâsit şart özelde akdin tabiatı gereği olması gereken hükümlere uygun olup olmamasıyla yakından alakalıdır¹²⁰.

2.3.1.4.1. Garar

Kâsânî fâsit şartın ilk maddesine gararla başlar. Bu da şartın ifasında belirsizlik bulunmasını ifade eder. Bu belirsizlik asli ve tali unsurlarla ilgili olabilir. Belirsizlik

117 Kâsânî, V, 156.

118 Kâsânî, V, 156-168. Ayrıca bkz. Güney, Necmeddin, "İslam Borçlar Hukukunda Satım Akdinin Konusuna Dair Cehalet ve Akde Etkisi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Konya 2010, sy. 16, s. 491-502.

119 Kâsânî, V, 168. Bkz. Aybakan, Bilal, "Zarar", *DİA*, İstanbul 2013, XXXIV, 130-134.

120 Semerkandi, II, 49-57.

daha ziyade akit anında öğrenme imkânı bulunmayan varlığı da yokluğu da muhtemel olan hususlardır. Hamile olması şartıyla bir deve satın alma bu çeşit belirsizliğin örneğini oluşturur. Çünkü bu durumda şart koşulan hususun bulunması da bulunmaması da muhtemeldir. O an itibariyle bunu bilmek de mümkün değildir. Zaten Peygamberimiz gararlı satımı nehyetmiştir. Bu nehiy de garar bulunan bir akdin fâsit olmasını gerektirir¹²¹.

2.3.1.4.2. Menfaat

Bâyi veya müşteriye menfaat sağlayan bir şartın bulunmaması akdin sıhhat şartıdır. Menfaat sağlayan şartın akdin tabiatına ve insanların teamülüne aykırı olması gerekir. Satıcının bir ay oturup sonra teslim etmesi şartıyla evi satması bunun örneğini oluşturur. Bir sene ürünü alma şartıyla arazinin satımı da eşit hükümlere tabidir. Çünkü satım akdinde şart koşulan menfaat riba olarak kabul edilir. Zaten riba karşılıksız menfaati ifade eder. Akdin tabiatının gereği olan bir şart ise satım akdini fâsit kılmaz. Mebiyi ve semeni temellük etme şartı fâsit kılmayan şartın örneğini oluşturur. Çünkü bu türlü şartlar akdin muktezasını takrir kabilindedir. Dolayısıyla bu şartlar, satım akdini fâsit kılmaz. Ayıptan beri olma şartı da akdin tabiatının gereği olduğundan caizdir¹²².

2.3.1.4.3. Trampada vade

Mebi ve semenin her ikisinin ayn olması durumunda vade şartı akdi fâsit kılar. Esasen bütün satım akitlerinde genel kural (kıyas), vadenin olmamasını gerektirir. Çünkü satım akdi ivazlı bir akitdir. İvazlı akit karşılıklı temlik, temlik de derhal karşılıklı teslimi gerektirir. Bu sebeple vade ivazlı akitlerin tabiatına aykırıdır. Ne var ki, mutlak satım akdinde vade bulunması zaruret derecesinde bir ihtiyaçtır. Fakat malın malla mübadelesini ifade eden trampada böyle bir zaruret yoktur. Trampada akdinde hem mebi hem semen mal hükmünde değerlendirildiği için ikisinin de peşin olması gerekir. Bu sebeple malın malla mübadelesi, malın deynle mübadelesinden farklılık gösterir. Sonuç olarak mutlak satım akdinde vade şartı akdi fâsit kılmazken, trampada vade şartı akdi fâsit kılar¹²³.

2.3.1.4.4. Ebedi muhayyerlik

Satım akdinin tabiatı gereği muhayyerlik ebedi olamaz. Satım akdinde ebedi muhayyerlik şartı akdi fâsit kılar¹²⁴.

2.3.1.4.5. Muhayyerlikte vaktin meçhul olması

Muhayyerlikte nizaa sebebiyet verecek derecede vadedeki cehalet, satım akdini

121 Kâsânî, V, 168-169. Ayrıca bkz. Dönmez, İ. Kafi, "Garar", *DİA*, İstanbul 1996, XIII, 366-371.

122 Kâsânî, V, 169 vd.

123 Kâsânî, V, 174.

124 Kâsânî, V, 174.

fâsit kılar. Rüzgâr esmesi, yağmur yağması, falanın ölümü gibi hususlar bu şartın örneklerini oluşturur¹²⁵.

2.3.1.4.6. Muhayyerlikte vaktin belirlenmemesi

Muhayyerlikte belirsiz bir vaktin şart koşulması satım akdinin fesadını gerektirir. Çünkü muhayyerlik şartı hüküm hakkında derhal akdin in'ikadına mânidir. Bu da akdin muktezasını değiştiren bir şart olur ki, satım akdini ifsat eder¹²⁶.

2.3.1.4.7. Muhayyerliğin üç günden fazla olması

Ebu Hanifé'ye göre muvakkat da olsa üç günden fazla muhayyerlik şartı akdi fâsit kılar. Üç gün ve daha az süreli muhayyerlik şartı ise Habban b. Munkiz hadisi, insanların buna olan ihtiyacı ve gabin ihtimalinin giderilmesi gibi sebeplerle istih-sanen akdi fâsit kılmaz.¹²⁷.

2.3.1.5. Rıza

Yukarıda ifade edildiği gibi, Hanefilerde ihtiyar akdin rüknünün şartı, rıza ise akdin sıhhat şartı kabul edilir. Kâsânî genel ilkelerden sonra rızayı ifsat eden sebepler arasında ikrahı ve hezli (şaka) zikreder. Bir kişi mükreh olarak bir malı satar ve mükreh olarak teslim ederse rızası bulunmadığı için satım akdi sahih olmaz. Mükreh olarak satar, fakat isteyerek teslim ederse satım akdi sahih olur. Rızayı ihlal eden ikinci konu hezldir. Bu yüzden malı şaka ile satan kişinin satım akdi sahih olmaz. Şakayla satan kişi her ne kadar satma sözünü kullansa bile, bu sözün hakikatini kastetmemektedir. Başka bir anlatımla, satıma rızası bulunmamaktadır. Şaka ile hanımını boşayan kişinin hükmü ise satım akdinden farklılık gösterir. Çünkü hadiste “üç şeyin ciddisi de ciddidir, şakası da ciddidir”¹²⁸ buyrulur. Esasen şaka (hezl) rızayı yok eder. Rızası yok olduğu için de satım akdi fâsit olur. Hanefilere göre şaka ile tasarrufta bulunan kişinin nikah akdi ile satım akdi arasındaki fark, nikah akdinin feshi kabil olmayan bir akit, satım akdinin ise feshi kabil olan bir akit olduğu değerlendirmesine dayanır.

Cahiliye döneminde elbiseleri karşılıklı olarak atma, bırakma (münabeze), elbiselere karşılıklı olarak dokunma (mülamese) ve taş atmak suretiyle yapılan satım çeşitleri bulunmaktaydı. Bu tür alışverişlerde rıza şartı aranmamaktaydı. İslam alışverişte rızayı şart koşmuş ve bu hükümleri iptal etmiştir¹²⁹. Sembolik ama gerçek rızayı zedeleyen, satılan malın seçiminde emrivakiye yol açan, ciddi bir aldanma riski ve belirsizlik taşıyan davranış ve şekillerle yapılan satım akitleri, Hz. Peygamber'in bu konudaki çeşitli hadisleriyle¹³⁰ yasaklanmıştır¹³¹.

125 Kâsânî, V, 174.

126 Kâsânî, V, 174.

127 Kâsânî, V, 174 vd.

128 Ebu Davud, *Talak*, 9; Tirmizi, *Talak*, 9; İbn Mace, *Talak*, 13.

129 Kâsânî, V, 176 vd.

130 Buhari, *Buyu'*, 62-63; Müslim, *Buyu'*, 1-2.

131 Bardakoğlu, Ali, “Bey”, *DİA*, II, 15.

2.3.2. Özel sıhhat şartları

Kâsânî satım akdiyle ilgili genel sıhhat şartlarını anlattıktan sonra satım akdinin özel sıhhat şartlarına yer verir. Akit sistematiğinde genel ve özel ayrımı kira, nikâh gibi bütün akitlerde değil, buyu'un farklı çeşitlerinde geçerli olduğu Kâsânî'nin zikrettiği maddelerin muhtevâsından anlaşılır. Vadenin belli olması peşin satışlarda değil, vadeli satışlarla; tasarruf zaten semen ve akarda caiz iken menkul mallarda fesat sebebi oluşturmasıyla; ribanın kıyemi mallarda değil, misli mallarda cereyan etmesiyle; hıyanetin müsavemede değil, murabahada geçerli olmasıyla; sarf ve selemin zaten kendine özgü özellikleri bulunmasıyla yakından alakalıdır. Zaten Ali Haydar'ın, genel sıhhat şartlarını anlattıktan sonra, "kısım-ı sâni: şerait-i hassadır. Yani bey'in yalnız bazı envaında mer'i bulunan şeraittir."¹³² açıklaması, bu yorumu teyit eder.

2.3.2.1. Vadenin belirlenmesinde cehalet

Satım akdi peşin olabileceği gibi vadeli de olabilir. Burada söz konusu olan husus, vadeli satım akdindeki vadenin belirlenmesindeki cehalettir. Kâsânî cehalet konusunu genel sıhhat şartlarında zikretmişti. Burada ise vadeli bir satım akdinde vadenin malum olmasını özel sıhhat şartları arasında saymaktadır. Eğer vadeli satımda vade meçhul olursa akit fâsit olur. Genel sıhhat şartlarında anlattığı gibi cehaleti ikiye ayırır; birincisi cehalet-i mütefahişe, ikincisi cehalet-i mütekaribe. Rüzgârın esmesi, yağmurun yağması, birisinin ölümü birincisinin, hasat zamanı, nevruz zamanı, (kendi zamanına göre) hacıların gelmesi gibi hususlar ise ikincisinin örneğini oluşturur. Birincisinde olup olmama ihtimali (garar), ikincisinde ise önce veya sonra olma ihtimali bulunur. Bu ihtimaller de nizaa sebebiyet verebilir. Nizaa sebebiyet vermesi de akdi fâsit kılar. Yalnız bu durumlarda akit o an itibarıyla fesatla nitelenebilir. Akdin fâsit olması asli unsurdan dolayı değil, zait mücavir vasıf sebebiyledir¹³³.

2.3.2.2. Menkul mebide tasarruf

Kâsânî kabz konusunda önce menkul bir malın satımının, sonra kabzdan önce akarın satımının sahih olup olmamasını, akabinde ise semendeki (deyn) tasarrufu anlatır. Müşterinin menkul bir malı kabzından önce satması sahih değildir. Peygamberimiz kabzedilmeyen bir şeyin satımını nehyetmiştir. Nehiy ise fesadı gerektirir. Çünkü kabz öncesi satılan malın telef olması sebebiyle akdin infisah olması söz konusudur. Elbette aynın satımında caiz olmayan bir husus, aynın menfaatinin kiralınmasında da caiz olmaz. Çünkü kira menfaatin ivaz mukabili temlikidir. Zaten menfaatin temlik aynın temlikine bağlıdır. Aynın temlikinde caiz olmayan bir şey elbette menfaatin temlikinde de caiz olmaz.

132 Ali Haydar, I, 604.

133 Kâsânî, V, 179.

Kâsânî'nin akarda tasarrufun geçerli olduğunu gerekçelendirmesi tahsis hükümleri ve tearuz eden delillerin değerlendirilmesi hususunda dikkat çekicidir. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre kabzdan önce akarın satımı istihsanen caizdir. İmam Muhammed, Züfer ve Şâfiî'ye göre ise kıyasen caiz değildir. Caiz değil diyenler, kabzdan önce satımı nehyeden hadisi genel anlamışlardır. Çünkü akit anında kabza kudret, akdin sıhhat şartıdır. Kudret de semenin teslimi ile olur. Teslim kabzla gerçekleşmeden önce hala garar söz konusudur. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre ise Kur'an'daki genel satım ilkeleri tahsis edilmemiştir. Zaten haber-i vahitle de kitabın umumi hükmünü tahsis etmek caiz değildir. Diğer yönüyle deliller arasındaki tenakuzdan korunmak için hadisteki ifade menkul mallara hamledilir. Akarın helaki ise tevehhüm edilemez. Dolayısıyla akardaki tasarruf asli hüküm üzere sabit kalır¹³⁴.

2.3.2.3. Semen'in belirlenmesi

Kâsânî kavli mübadelede bedelin konuşulmasını sıhhat şartı kabul eder. Bedel söylenmez ise satım akdi fâsit olur. Semeni nefyederek yapılan akdin bazı görüşlerde bâtil, bazı görüşlerde fâsit olduğunu nakleder¹³⁵.

2.3.2.4. Riba

Kâsânî konuları kurduğu sistematığe bağlı olarak anlatır. İlgili konuları bu sistematığın bir parçası olarak görür. Bunun en güzel örneklerinden birisi faiz konusudur. *Mebusut*'ta buyu' bölümünün ilk konusu faiz iken¹³⁶, *Bedâyi'*de faiz konusu, akdin rüknü, rüknün şartlarını oluşturan in'ikat, nefâz, hatta genel sıhhat şartlarını anlattıktan sonra, özel sıhhat şartları arasında yer verir. Çünkü riba kıyemi mallarda değil, misli mallarda geçerlidir.

İlke olarak ribevi mallarda bedeller arasında mümaselet (denklik) bulunması gerekir. Eğer bu mümaselet bulunmazsa satım akdi fâsit olur. Çünkü riba kitabın nassıyla haramdır. İlgili ayette "ve ribayı haram kıldı"¹³⁷ buyrulur¹³⁸.

2.3.2.5. Riba ihtimali

Kâsânî satım akdinde ribanın bulunmamasını sıhhat şartı kabul ederken, riba ihtimalinin bulunmamasını da sıhhat şartı olarak zikreder. Ribevi mallarda götürü (mücaze) usulüyle satım caiz değildir. Çünkü ribanın hakikati akdi ifsat ettiği gibi, riba ihtimali de akdi ifsat eder¹³⁹.

134 Kâsânî, V, 181.

135 Kâsânî, V, 183.

136 Serahsi, XII, 108 vd.; Şafii, IV, 5 vd.

137 Bakara, 2/275.

138 Kâsânî, V, 183 vd.

139 Kâsânî, V, 193 vd.

2.3.2.6. Riba şüphesi

Kâsânî ribayı ve riba ihtimalini fesat sebebi saydığı gibi, riba şüphesini de fesat sebebi kabul eder. Çünkü ihtiyat ilkesi gereği haramlar konusunda şüphe hakikate mülhaktır¹⁴⁰.

2.3.2.7. Selemde semenin kabzı

Selem akdinde, yani deynin ayn ile mübadelesinde re'sü'l-mâlin kabzı akdin sıhhat şartıdır. İlerleyen bölümlerde selem kapsamında istisna' akdini de anlatır¹⁴¹.

2.3.2.8. Sarfta bedellerin kabzı

Mebi ve semenin kabzı, mutlak bey'de (satım) akdin sıhhat şartı değildir. Sarf akdinde ise bedellerin kabzı akdin sıhhat şartıdır¹⁴².

2.3.2.9. Hıyanet

İslam hukukunda müsaveme, alış fiyatı (maliyet) açıklanmaksızın fiyatın pazarlıkla belirlendiği alışverişi; murabaha, alış fiyatına belli miktar ve oranda kar eklenerek yapılan satışı; tevliye, maliyetine satışı; vadîa ise zararına satışı ifade eder. Kâsânî bu satım işlemlerine mala ortak olmayı ifade eden ve tevliye ile eşit hükümlere sahip olan işrak çeşidini de ekler. Murabahalı satım işleminde bâyinin hıyaneti ortaya çıkarsa müşteriye muhayyerlik hakkı doğar. Satın aldığı malın maliyet ve karının ne kadar olduğunun açıkça bilinmesi satım akdinin sıhhat şartındandır¹⁴³.

Yukarıda zikredilen genel ve özel sıhhat şartlarında bir eksiklik varsa, akit fasit olur. Fesat şartının izalesi gerekir. Fesada onay verme veya fesada razı olma hukuki bir nitelik taşımaz. Eğer sıhhat şartlarında bir eksiklik yoksa akit hukuki olarak eksiksiz ve Şariin rızasına uygun olarak gerçekleşmiş kabul edilir. Akit sistematiğini oluşturan rükün, in'ikat, nefâz ve sıhhat şartlarından sonra, sahih akitte akdin bağlayıcılığına mâni bir muhayyerliğin bulunup bulunmadığına bakılır.

2.4. Lüzum şartları

Lüzum veya bağlayıcılık ifadesi, hukuk kültüründe akdin taraflarından birisinin tek başına akdi sona erdirmemesi anlamına gelmektedir. Yani kurulmuş bir akdin taraflarından birisinin karşı tarafın rızası olmadıkça akdi ortadan kaldıramaması demektir. Fıkıh kitaplarındaki bilgiler dikkate alındığında, tarafları bağlayıp bağlamama (lüzum) açısından borçlar hukuku akitleri başlıca üç grupta toplanır. a) Taraflardan her ikisi için de bağlayıcı olmayan, yani her iki tarafın da tek taraflı

140 Kâsânî, V, 198. İhtiyat ilkesi için bkz. Pala, Ali İhsan, *İslam Hukukunda İhtiyat İlkesi*, Ankara 2009, 191-195.

141 Kâsânî, V, 201 vd.

142 Kâsânî, V, 215 vd. *Mecelle* md. 215: "Bey'de kabz şart değildir."

143 Kâsânî, V, 220 vd., 264. Ayrıca bkz. Bilmen, II, 119-123; Çeker, s. 96.

iradesiyle akdi sona erdirebileceği akitler (vekâlet, vedia, ariyet, şirket ve karz akdi gibi), b) Sadece taraflardan birisi için bağlayıcı olan akitler (rehin ve kefalet akitleri gibi), c) Her iki taraf için de bağlayıcı olan akitler (satım ve icare akitleri gibi). Burada anlatılan lüzum şartı üçüncü grupta değerlendirilen satım akdiyle ilgilidir¹⁴⁴.

Akit sistematığının sonuncusu lüzum şartıdır. Esasen rükün, in'ikat, nefâz ve sıhhat şartları akit sistematığını tamamlayıcı bir niteliğe sahipken, lüzum şartı akit sistematığının tamamlayıcı bir parçası değildir. Lüzum şartı akit sistematığında muhayyerlikten kaynaklanan bir mâninin bulunup bulunmamasını ifade eder. Muhayyerlik bulunmayan akitler lâzım akitlerdir. Muhayyerlik bulunan akitler ise gayri lâzım akitlerdir. Gayri lâzım akitleri Şâfiîler başta olmak üzere müçtehitlerin bir kısmı câiz akit şeklinde isimlendirir.

Akit sistematığında lüzum şartlarının yeri sabit olsa bile, lüzumun nefâz veya sıhhatle ilgili olması değişkenlik gösterir. İn'ikat, sıhhat ve nefâz sıralamasını tercih edenler zaten lüzum şartının nefâz şartıyla ilgili olduğunu söylerler. Fakat Kâsânî akit sistematığında in'ikat, nefâz ve sıhhat sıralamasını esas almasına rağmen, sıhhat şartlarını in'ikat ve nefâz şartlarına dayandırdığı gibi, lüzum şartını da in'ikat ve nefâza dayandırır. Başka bir anlatımla, Kâsânî'ye göre akdin sahih olması için mün'akit ve nâfiz olması gerektiği gibi, lâzım olması için de mün'akit ve nâfiz olması şarttır¹⁴⁵. Kâsânî lüzum şartını in'ikat ve nefâza dayandırmakla birlikte lüzum şartını fasidin bir hükmü olarak değil, sahih akdin bir alt başlığı olarak değerlendirir.

Ali Haydar, lüzum şartlarını şöyle açıklar: “Şerait-i lüzum: bu dahi iki kısımdır. Kısım-ı evvel, bey'in hıyarattan hali olmasıdır. Kısım-ı sâni, şart-ı in'ikat, şart-ı sıhhat mevcut bulunmasıdır. Zira mesela, bir kimse hıyarattan hali olarak bir lâşeyi satsa, bey' lazım olmayacağı gibi, cehalet-i semen ile bir malı ittikte dahi bey'-i mezkûrlâzım olmayup...”¹⁴⁶

Kâsânî satım akdinde lüzum şartının bir tane olduğunu belirtir. Bu da satım akdinin muhayyerlikten ari olmasından ibarettir. Muhayyerliği tayin, şart, ayıp ve görme olarak dört grupta değerlendirir. Bu muhayyerliklerden birisinin bulunmasıyla akit bağlayıcı olmaz. Elbette bir akitte birden fazla muhayyerliğin bulunması da mümkündür. Şafiye göre meclis muhayyerliği sabit iken Hanefilere göre meclis muhayyerliği icabın kabulünden sonra söz konusu olamaz. Kâsânî meclis muhayyerliğinden sonra mekruh olan satım çeşitlerinden bahseder¹⁴⁷.

Kâsânî akit sistematığını tamamladıktan sonra satım akdinin hükümlerine başlar. Akdin hükmünü de sahih, fâsit, bâtil veya mevkûf olarak gruplandırır. Sahih

144 Bkz. İbn Nüceym, 399-401; Apaydın, H. Yunus, “Lüzum”, *DİA*, Ankara 2003, XXVII, 260-262.

145 Kâsânî, V, 135.

146 Ali Haydar, I, 604.

147 Kâsânî, V, 228-232.

akdi de iki kısma ayırır; muhayyerlik bulunmayan sahih akit, muhayyerlik bulunan sahih akit. Önce muhayyerlik bulunmayan sahih akit hükümlerini anlatır. Daha sonra ise muhayyerlik bulunan sahih akit kapsamında tayin, şart, görme ve ayıp muhayyerliklerini ayrı ayrı inceler. Akabinde fâsit akdin ve bâtil akdin hükümlerini değerlendirir. Mevkûf akdin hükümlerinin fuzulî bölümünde anlatıldığını söyleyerek kısa keser. İslam akit teorisiyle ilgili son olarak bey'in hükmünün kaldırılmasını zikreder. Birincisinin fesihle, ikincisinin ise ikale ile olacağını belirtir¹⁴⁸.

Satılan malın ve bedelin karşılıklı teslim ve tesellümü (kabz), mülkiyetin intikalinin sebebi değil, gereği ve sonucudur. Bu sebeple satım akdinde belli neviler hariç, akitleşme ve kabz iki ayrı safha olarak görülür¹⁴⁹. Sahih ve lazım bir akit fiilen kabzla sonuçlanırsa, akit istikrar kazanır ve tam mülkiyet hâsıl olur¹⁵⁰. Kabzın mün'akit olmayan akitlerde emanet veya daman statüsü izinli olup olmamasına göre değişiklik gösterir. Fâsit bir akitte izinsiz kabz damanı gerektirir, izinli kabz ise fesh hakkını düşürdüğü için mülkiyet nakli gerçekleşir¹⁵¹.

SONUÇ

Akdin temel unsurlarını irade beyanı, taraflar ve bedeller oluşturur. Akdin diğer unsurları bu temel unsurlarla ilgilidir. Şâfiilerde akdin unsurları birer rükün olarak değerlendirilirken, Hanefilerde kategorik bir derecelendirme yapılır. Buna bağlı olarak Şâfiilerde akdin hükmü câiz ve bâtil şeklinde iki kısma ayrılırken, Hanefilerde sahih, fâsit, mevkûf ve bâtil şeklinde dört grupta sınıflandırılır.

İslam akit teorisinin temeli, İslam akit sistematiğidir. Kanaatimizce İslam akit sistematiğinde Kâsânî kendi adıyla anılmaya değer bir ekoldür. Kâsânî ekolünde, konular hep sistematiğin gerektirdiği yerlerde incelenir. Nitekim faiz konusu bazı Hanefi fıkıh kitaplarında buyu' bölümünün ilk konusunu teşkil ederken, Kâsânî aynı konuya akdin rüknünü, in'ikat şartlarını ve nefâz şartlarını anlattıktan sonra, genel sıhhat şartlarında değil, özel sıhhat şartlarında yer verir.

Kâsânî akit sistematiğini Şâfiî ile mukayeseli anlatır ve iki mezhep arasındaki temel farklara dikkat çeker. Bu farklardan en önemlisini rükün ve şart ayrımı oluşturur. Şâfiilere göre akdin unsurları bir bütünün parçaları gibi değerlendirilirken, Hanefilere göre akdin rüknü temel unsur, rüknün şartları temele bağlı bir yapı olarak sistematize edilir. Şâfiilere göre, tarafların ehliyetinde buluş esas alınırken,

148 İ kale hakkında bkz. Aybakan, Bilal, "İ kale", *DİA*, İstanbul 2000, XXII, 14-16.

149 Bardakoğlu, Ali, "Bey", *DİA*, II, 18.

150 Kâsânî, V, 143.

151 Kasani, V, 156. Kabzla ilgili bkz. Apaydın, H. Yunus, "Kabz", *DİA*, İstanbul 2001, XXIV, 45-49; Kisbet, Mustafa, *İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi*, İstanbul 2015, s. 191 vd.; Atalay, Arif, *İslam Hukukunda Kabz*, NEÜ SBE (Basılmamış Doktora Tezi), Konya 2012, s. 64-80.

Hanefilere göre akıl / temyiz in'ikat şartı, buluş nefâz şartı kabul edilir. Temyiz sebebiyle velayet nefâz şartı olduğu gibi, mülkiyet de nefâz şartı görülür. Şâfilere göre asıl ve vasıf ayrımı yapılmazken, Hanefilere göre in'ikat şartları aslî unsur, sıhhat şartları tali (vasıf) unsur kabul edilir. Bedelleri oluşturan mebi' ile semen Şâfilere göre eşit hükümlere, Hanefilere göre ise farklı hükümlere tabidir. Şâfilere göre iraa de beyanında ihtiyar ve rıza ayrımı yapılmazken, Hanefilere göre iki kavram farklı yorumlanır. İki mezhep arasında hem asli unsurlarda hem de tali unsurlarda nehyin yorumu ise en kritik odak noktayı oluşturur.

Kâsânî'ye göre Hanefi akit sistematiğinde akdin rükünü mübadeledir. Mübadele de kavli ve fiilî olarak ikiye ayrılır. Kavli mübadelede icap ve kabulün siygası ve sıfatı, fiilî mübadelede ise teâtî konusu anlatılır. Akdin rükününde bir eksiklik varsa akit, gayri mün'akit ve bâtıl, hatta bazen adem / keenlemyekün olarak nitelenir ve yapılaş gayesi doğrultusunda hiçbir hukuki sonuç doğurmaz.

Akit sistematiğinde in'ikat, akdin hukuki varlık kazanıp hükmünün sabit olmasını tanımlar. Akdin asli hükmü mülkiyet, tâbi hükmü ise akdin hukuku ve irtifak haklarıdır (merafikidir). İn'ikadî âkidin ehliyeti ve sayısı, kabulün icaba uyumu, akit mekânı ve ma'kudu aleyh şartları oluşturur. Rükün şartları eksik olmasa bile, in'ikat şartları eksik olan bir akit yine gayri mün'akittir, bâtıldır. Rükün ve in'ikat şartlarında sonradan bir eksiklik oluşursa, akit diğer tarafın rızasına ve hâkimin hükmüne ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden münfesihi olur. Rükün ve in'ikat şartları eksiksiz ise akit mün'akittir.

Hanefi akit sistematiğinde nefâz ve sıhhat sıralaması farklılık gösterir. Kâsânî akit sistematiğinde, in'ikat şartlarından sonra nefâz şartları incelenir. Esasen Hanefi akit sistematiğinde in'ikat ve nefâz ayrımı taraflar açısından tasarruf ehliyeti ile tasarruf yetkisi arasındaki farka dayanır. Bu anlayış tasarruf yetkisizliğinin yetkili kişi tarafından telafi edilebileceği anlayışını yansıtır. Bu yüzden Hanefilerde tarafların akıllı (mümeyyiz) olması in'ikat şartını oluştururken, tarafların balığ olması nefâz şartı olarak değerlendirilir. Başka bir anlatımla, akdin taraflarının tasarruf ehliyeti in'ikat şartı, tasarruf yetkisi ise nefâz şartı kabul edilir. Mebi ile ilgili hükümler genellikle in'ikat şartları arasında sayılırken, mebinin mülkiyeti nefâz şartına bağlıdır. Kasani, fuzuliyi hem mülkiyetsiz hem de (niyabeten) velayetsiz kişi olarak tanımlar. Temyiz dönemiyle ilgili (asaleten) velayet birinci maddeyi tamamlayıcı bir nitelik gösterir. Hakku'l-gayr ise mülkiyetle alakalı ikinci bir nefâz şartıdır. Rükün ve in'ikat şartları eksik olmasa bile, nefâz şartlarında eksik bulunan akit mevkûf olarak nitelenir. Mevkûf bir akitte yetkili kişi onay vermeyerek fesh hakkını kullanırsa, akit bâtıl olur; yetkili kişi onay verirse, mün'akit olduğu andan itibaren akdin hükümleri sabit olur. Nefâz şartları eksiksiz ise akit nâfizdir.

Hanefilerde in'ikat ve nefâz şartları asli unsur, sıhhat şartları ise tali (vasıf) unsur olarak sistematize edilir. Kâsânî'ye göre sıhhat şartları genel ve özel diye iki kısma ayrılır. Genel sıhhat şartlarının birincisini akdin mün'akit ve nâfiz olması oluşturur. Çünkü ona göre, gayri mün'akit akit nefâzla nitelenemediği gibi, mevkûf akit de sıhhat ve fesatla nitelenemez. Akabinde genel sıhhat şartları kapsamında cehalet, menfaat, zarar, fâsıt şartlar ve rıza; özel sıhhat şartları kapsamında faiz, faiz ihtimali, faiz şüphesi, muhayyerlikle ilgili bazı şartlar, sarf ve selem akitlerine özgü durumlar ve hıyanet konuları anlatılır. Sıhhat şartları eksik olan akitler fâsittir. Fâsıt akitte fesat sebebinin izalesi şarttır. Aksi masiyettir. Mesela faizin haram olması hükmü Allah hakkı ihlaline dayanır. Kulun faizli fâsıt işleme razı olması, söz konusu Allah hakkını düşürmeye yetmez. Fesat sebebiyle fesih hakkı her iki taraf için bakidir. Fesih aslın hükmünü kaldırmayı, fesat ise tağyiri ifade eder. Bu yüzden fâsıt akitte kabz mülkiyet kazandırır. Akdin sıhhat şartlarına haiz olması, akdin asli ve tali unsurlarında eksik olmamasını ifade eder. Yani sahih bir akit, her açıdan Şariin rızasına uygunluk gösterir.

Akit sistematiğinin sonuncusunu lüzum şartı oluşturur. Yalnız lüzum şartı akit sistematiğine katkı sağlayan bir statü değil, akit sistematiğinde muhayyerlikten kaynaklanan bir mâninin bulunup bulunmamasıyla ilgilidir. Kâsânî'de lüzum şartı kapsamında şart, tayin, ayıp ve görme muhayyerliği değerlendirilir. Lüzum şartıyla ilgili detaylar, sahih akdin kısımlarında incelenir. Ona göre sahih akdin hükmü akdin lâzım olması ve olmamasına göre değişkenlik gösterir. En önemli özelliğiyle Kâsânî'ye göre, tıpkı sıhhat şartları in'ikat ve nefâza dayandığı gibi, lüzum şartı da in'ikat ve nefâza dayanır. Kanaatimizce Kâsânî akit sistematiğinde, sahih akdin lâzım olması veya olmaması nefâza dayalı aynı merhaleyi ifade eder. Zaten fâsıt akitte lüzum şartına bakılmaya gerek duyulmaz. Muhtemelen nefâz şartlarından önce sıhhat şartlarını anlatmayı tercih edenler, bu nüansı gözetmezler. Kabz ise sahih akitte soyut hukukî sürecin istikrarlı bir şekilde somutlaşarak sonuçlanmasını tanımlar. Kabzın gayri mün'akit, mevkûf, fâsıt ve gayri lazım akitlerdeki emanet ve daman hükmü izinli olup olmamasına göre değişkenlik gösterir. Feshi kabil olan sahih lazım bir akit, tarafların karşılıklı rızaları ile bozulabilir (ikale).

OSMANLI'DA İLMİHAL GELENEĞİ: KADIZÂDE MEHMED EFENDİ (1045/1635) VE "RİSÂLE-İ KADIZÂDE" ADLI ÇALIŞMASI

Yrd. Doç. Dr. Mehmet ÖZKAN*

Özet: Fıkıh ilminin tarihine bakıldığında fikhî üretim, Hz. Peygamber ile başlayan ve müçtehid imamlar dönemini içine alan süreçte yapılmıştır. Duraklama ve taklit dönemlerinde ise daha çok önceki dönemlerde yazılan temel fıkıh kitaplarının ezberlenmesi, açıklanması ve anlaşılması amacıyla muhtasar, şerh, haşiye ve ta'lik türü kitap ve risaleler yazıldığı görülmektedir. Hicri dördüncü asırdan başlayıp Mecelle'ye kadar (1286/1869) devam eden bu dönemde Osmanlı'da çok sayıda fıkıh çalışması yapılmıştır. Bunlardan bir kısmı Müslümanların bilmesi farz olan taharet, namaz, oruç hac, zekât gibi ibadet konularını esas almıştır. Özellikle 16. ve 17. Yüzyıllarda Müslüman Türklerin kolayca anlamaları ve öğrenmeleri amacıyla; iman, ibadet ve ahlak konularını içeren ve daha sonra adına "ilmihal" adı verilecek Türkçe kitap ve risaleler yazılmaya başlanmıştır. Söz konusu dönemde, Kadızâdeliler hareketinin önderi kabul edilen Kadızâde Mehmed Efendi (ö. 1045/1635) tarafından daha çok namaz konusunu ele alan bir ilmihal risalesi yazılmıştır. Bu çalışmada Kadızâde Mehmed Efendi ve onun "Risâle-i Kadızâde" adlı söz konusu risalesi tanıtılmış ve latineze edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı, İlmihal Geleneği, Kadızâde Mehmed Efendi, Risale.

Catechism (İlmihal) Tradition In The Ottoman Period:

Lord Kadızâde Mehmed (1045/1635) and His Pamphlet Titled "Risâle-i Kadizâ

Abstract: Looking the history of ilmu fiqh, it had been performed that fiqh production in which period of Islamic prophet Muhammad and mujtahid Imams. In the period of stagnation and imitation, it has been seen that the books and pamphlets such as brief letter, commentary, annotation were written by the Islamic scholars in order to explain and understand as well as memorize of the basic fiqh books in which written the much earlier periods. In this period, starting from the fourth century AH until the Ottoman code of civil law (al-Majalla) (1286/1869), a great number of the fiqh studies had been performed in the Ottoman society. Some of these were based on issues such as lustration, prayer, fasting, pilgrimage, and charity/zakah. Especially in the 16th and 17th centuries, Turkish books and pamphlets including faith, worship, and ethic/moral issues that are named "Catechism" had been started to write in order to easily learn and understand the meaning for Turkish people. During the above mentioned period, a small catechism pamphlet that deal with prayer/salah was written by the Lord Kadızâde (d. 1045/1635) who is the leader of the Kadızâdeliler movement. Lord Kadizade Mehmed and his pamphlet titled "Risala-i Kadızâde" have been described and latinised in the article.

Keywords: Ottoman, Catechism Tradition, Kadizade Mehmed Efendi, Pamphlet.

* Balıkesir Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ozkanihl@hotmail.com

I. GİRİŞ

İslam Hukuku külliyyatına bakıldığında önce eserlerin telif edildiği, sonraki dönemlerde ise bunlar üzerine şerh ve haşiyeler yapıldığı görülmektedir. Klasik dönem olarak tanımlanabilecek ilk üç asır Osmanlı döneminin fıkıh çalışmalarında da hemen hemen aynı yöntemin kullanıldığı görülebilir. Türleri bakımından bu dönemdeki fıkıh çalışmaları genellikle metin, şerh, haşiye, ta'lik, muhtasar, risâleler ve tercüme şeklinde kendini göstermiştir.¹ Bu dönemde yapılan çalışmaların sayısal açıdan usul ve fûru türünden sonra ilmihal çalışmalarının öne çıktığı görülmektedir. İslam'ın beş şartı olarak bilinen farzlardan birini veya tamamını ya da bunlara ilaveten ahlak konularını kapsayan çalışmalar genellikle ilmihal eserleri olarak adlandırılmaktadır. Yapılan araştırmalarda söz konusu ilmihal çalışmalarının altısı metin, altısı şerh, onu risâle, biri de tercüme olmak üzere toplam yirmi üç ilmihal çalışması yapılmıştır. Bunlardan dördü günümüze ulaşmamıştır.²

Gündemde olan ve çözülmesi gereken önemli fıkıh konularının çözümünü, meselelerin fıkhi boyutunu açıklayan kısa ve özlü eserler diyebileceğimiz risâle türü çalışmalara bakıldığında ilmihal konularını içerenlerin sayıca diğerlerinden fazla olduğu görülmektedir. Araştırmalarda usûl, fûru, ilmihal ve fetva alanlarındaki risâle sayısının yirmi altı, bunlardan onunun ilmihal risâleleri olduğu ifade edilmektedir. Bu sayıya bakıldığında ilmihal risâlelerinin diğerlerine nazaran daha çok risâle tarzında yazıldığı anlaşılmaktadır.³

İlmihal çalışmalarının oluşum ve kısmen gelişim dönemi orak değerlendirilen bu dönemle ilgili ilmihal türü çalışmalar arasında Arapça olduğu gibi Türkçe yazılanlar da vardır. Bu çalışmalarda Hanefi mezhebi esas alınmış olup hemen tamamında ağırlıklı olarak namaz ve namazla ilgili konular yer almıştır. Arapça kaleme alınanlara Muslihuddin Mustafa Karamânî (ö. 809/1406)'ye ait olan *et-Tavdîh şerhü'l-mukaddimeti Ebi'l-Leys*, Hasan b. Ali el-Hanefî'nin *er-Risâle fi'l-fıkıh alâ mezhebi Ebi Hanîfe (Risâle fi kavâidi'l-islâm)*, Molla Fenârî (ö. 834/1431)'nin *Risâletü's-salâtiyye*, Lutfullah en-Nesefî (ö. 750/1343)'nin *Fıkhu'l-Keydânî*, İbn Melekzâde (ö. 854/1450)'nin *Şerhu Tuhfeti'l-mülûk*, Tâhir b. İslâm b. Kâsım b. Ahmed el Ensârî el-Harezmî (ö. 771/1369)'nin *Cevâhiru'l-fıkıh fi'l-ibâdât*, Kemaleddin İbnü'l-Hümmam es-Sivâsî (ö. 861/1475)'nin *Zâdü'l-fakîr fi'l-furû*, ve Mevlâ Şükruallah el-Amâsî (ö. 864/1460)'nin *Menhecû'r-reşâd* adlı eserleri örnek verilebilir.⁴

1 Söz konusu çalışmalar ve sayısı hakkında bilgi için bkz.: Recep Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları-Kuruluştan Fatih Dönemi Sonuna Kadar-*, Arasta Yay., Bursa 2001, s. 307.

2 Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, s. 316.

3 Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, s. 307.

4 Mediha Aynacı, *Osmanlı Kuruluş Dönemini Türkçe İlmihal Kitapları Çerçevesinde İlmihallerin Fikihî Yönden Değerlendirilmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul 2009, s. 56.

Türkçe yazılan ilmihallere gelince; bunların ilk örneği Kutbeddin Muhammed İznikî (ö. 821/1418)'ye ait *Mukaddime* adlı eserdir.⁵ Abdurrahman b. Yusuf Aksarâyî (ö. 854/1450'den sonra)'nin *İmâdü'l-islâm fi tercemet-i Umdeti'l-islam fi erkânî'l-hams'* adlı eseri de Türkçedir ve Molla Abdülaziz'in *Umdetü'l-islâm* adlı Farsça eserinin bazı ilavelerle tercümesi mahiyetindedir.⁶ Türkçe kaleme alınan bir başka ilmihal, Kutbeddin İznikî'nin oğlu Kutbeddinzâde (ö. 885/1480)'ye ait olan *el-Ikdu's-semîn ve'l-akdü'l-yemîn*, namaz konusunu ele aldığı eserdir.⁷

Osmanlı'da Fatih Sultan Mehmed döneminden sonra örfi hukuk konusunda kanunnameler, şer'i hukuk konusunda ise fetva mecmuaları hazırlanmıştır. Ayrıca başta fıkıh olmak üzere değişik alanlarda risâleler yazılmaya başlanmıştır. Bu dönemde bir önceki döneme göre Arapça fetva risâlelerinin yanında Türkçe fetva risâlelerinin de artmaya başladığı görülmektedir.⁸ Tanzimat dönemine kadar devam eden ve gelişim dönemi olarak sayılan bu süreçte ortaya çıkan ilmihal eserleri arasında, Sedîdüddin el-Kâşgarî'nin (ö. 705/1305) namaza dair *Münyetü'l-musallî* adlı eserine İbrahim Halebî (ö. 956/1549) tarafından yazılan *Gunyetü'l-mütemellî fi şerhi münyeti'l-musallî* adlı şerhin, aynı müellif tarafından yapılan muhtasarı, Lütfi Paşa (ö. 971/1563)'nin *Zübdetü'l-mesâil fi'l-i'tikâd ve'l-ibâdât* adlı Arapça eseri ile Türkçe kaleme aldığı *Tuhfetü't-tâlibîn Sual ve Cevaplı İlmihal* adlı eserleri sayılmaktadır. Muhammed b. Pir Ali el-Birgivi (Birgivi Mehmed Efendi) (ö. 981/1573)'nin *Vasiyetname'si* ve *Kitâbu'l-irşâd fi'l-akâid ve'l-ibâdât* adlı eserleri gelişim devri eserleri içinde yer almaktadır. Çalışmamıza konu olan Kadızâde Mehmed Efendi'nin namaz konularını içeren ilmihal risâlesi "*Risâle-i Kadızâde*" de bu dönemde kaleme alınmıştır. Diğer bir çalışma ise Şürübülâlî (ö. 1069/1659)'nin *Nûru'l-izâh ve Necâtü'l-ervâh* adlı eseridir. Üstüvânî Mehmed Efendi (ö. 1072/1662)'ye ait olan, talebelerinin kayıtlarından oluşan, kütüphane kayıtlarında ilmihal olarak zikredilen bir diğer çalışmada, ağırlıklı olarak namazla ilgili meselelerin ele alındığı görülmektedir. İlmihal kapsamında değerlendirilen dönemin diğer eserleri arasında el-Kefevî (ö. 1095/1684)'ye ait *Tuhfetü's-şahân*, Vecdi Ahmed Efendi (ö. 1070/1660)'nin içerisinde ibâdet ve ahlak konularını ele aldığı *Zübdetü'l-kelâm fi mâ yahtâcu ileyhi'l-hâssı ve'l-âm*, Ahmed b. Muhammed el-Akhisârî (ö. 1041/1632)'nin, *İlmihal* ve Hacibzâde Muhammed Rûhi Efendi el-Hanefî (el-İstanbulî) (ö. 1100/1688)'nin, *Hediyyetü'l-mü'minîne'l-kiram fi beyâni şerâiti'l-islâm* adlı eseri yer almaktadır.⁹

5 Mustafa Baktır, *Anadoluda Yazılan İlk Türkçe İlmihal Kitaplarından İznikî'nin Mukaddimesi*, Uluslararası İznik Sempozyumu-2005, s. 431-442.

6 Aynacı, *Osmanlı Kuruluş Dönemi Türkçe İlmihal Kitapları Çerçevesinde İlmihallerin Fikihî Yönden Değerlendirilmesi*, s. 63-64.

7 Aynacı, *Osmanlı Kuruluş Dönemi Türkçe İlmihal Kitapları Çerçevesinde İlmihallerin Fikihî Yönden Değerlendirilmesi*, s. 65.

8 Recep Cici, *Bir Osmanlı Fakihî Alim Muhammed b. Hamza'nın Fıkıh Risâleleri*, Emin Yayınları, Şenyıldız Matbaası, İstanbul ts., s. 24.

9 Bkz. Hatice Kelpetin Arpağuş, "Bir Telif Türü Olarak İlmihal Tarihi Geçmiş ve Fonksiyonu", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 22 (2002/1), s. 25-56.

Tekâmül dönemi olarak isimlendirilen Tanzimat sonrası dönemde ilk ve ortaokul programlarında okutulan Birgivi'nin *Vasiyetname'si* yanında yeni tarz ilmihallerin yazıldığı görülmektedir. Çok sayıda ilmihalin kaleme alındığı bu dönem ilmihalleri arasında Mustafa Bey'in *Telhîsü'l-mülâhhas*, *Mülâhhas İlmihal* ve *Mufassal İlmihal* adını taşıyan eserleri buna örnek teşkil eder mahiyettedir. Bu döneme ait ilmihal çalışmaları arasında *Cevâhîru'l-İslam* ve *Mızraklı İlmihal* gibi anonim eserler ile Muhammed Arif b. Muhammed Kadızâde el-Erzurûmî (ö. 1173/1759)'nin *İlmihal*,¹⁰ İbrahim İbn Muhammed Babadâğî'nin *Halebî Tercümesi*, Karadavudzade Mehmed Efendi (ö. 1170/1756)'in *Şerh-i Delâilü'l-hayrât* adlı eserlerini zikrebiliriz.¹¹ İlmihal ismi ilk kez "*Mızraklı İlmihal*"de kullanılmıştır.¹² Osmanlı döneminde nazım ve nesir tarzında oluşan, gelişen olgunlaşan dolayısıyla da gelenekselleşen ilmihal çalışmaları cumhuriyet döneminde de devam etmiş ve çok sayıda ilmihal kitabı yazılmıştır.¹³

İlim ve hâl kelimelerinden oluşan ilmihal, "inanç, ibadet, muamelat (günlük yaşayış), ahlak konuları, yer yer büyük peygamberler, ayrıca Resul-i Ekrem'in hayatına dair özlü bilgileri içeren el kitabı" diye tanımlanabilir.¹⁴ İlmihal bilgilerinin öğrenilmesi, genelde Hz. Peygamber'in "İlim öğrenmek (kadın ve erkek) her Müslümana farzdır"¹⁵ hadisine dayandırılır. Hanefi fakihlerinden Serahsî'ye (ö. 483/1090) göre bu hadiste öncelikle kastedilen bilgi, ilmihal bilgisidir. İlmihal demek, bir kimsenin üzerine farz-ı ayn olan şeyleri yapabilmesi için ihtiyaç duyduğu malumatı bilmesidir. Mesela namaz kılmak için abdest almak gerekir. Bir kimsenin zekât verecek kadar malı varsa bu işi nasıl yapacağını, eğer bir kimseye hac farz ise, haccı nasıl edeceğini bilmelidir. Diğer taraftan ticaretle uğraşmak isteyen de, ticaretin kurallarını ilmelidir.¹⁶ Daha sonraları Ebu Mansur Maturîdî (ö. 333/944) ve Zernûcî (ö. 620/1223) bu kelimeyi kullanmışlardır.¹⁷ Yukarıda isimleri zikredilen Osmanlı döneminde yazılan ilmihal türü eserlerde de bu ismin, genellikle öğrenilmesi gerekli ilimler arasında sayıldığı görülmektedir. Buna örnek olarak Kadızâde Mehmed Efendi'nin bu konudaki değerlendirmesini verebiliriz. O, ilimleri farz-ı ayn, farz-ı kifâye, vacip, sünnet ve bidat ilimler olarak beş sınıfa ayırmış, ilim tahsilinde bu

10 Bünyamin Çalık, *Kadızâde Muhammed Arif Efendi'nin "Burhânu'l-Fetâvâ" Adlı Eserinin Fetvâ açısından Değerlendirilmesi*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Doktora Tezi) Erzurum 2012, s. 111.

11 Diğer ilmihaller için bkz. Aynacı, *Osmanlı Kuruluş Dönemini Türkçe İlmihal Kitapları Çerçevesinde İlmihallerin Fikihî Yönden Değerlendirilmesi*, s. 52; Arpağuş, *Bir Telif Türü Olarak İlmihal Tarihi Geçmişi ve Fonksiyonu*, s. 32-37.

12 Bkz. Kelpetin, "İlmihal" *DİA*, İstanbul 2000, XXII, 140.; Bkz. Sadettin Merdin, *Mızraklı İlmihal'in İtikadî Açından Tahlili*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Bursa 1999, s. 1-11.

13 Bkz. Arpağuş, *Bir Telif Türü Olarak İlmihal Tarihi Geçmişi ve Fonksiyonu*, s. 36-40; Harun Kırıl, "Türk Edebiyatında Manzum İlmihal ve Fıkıh Kitapları İle Son Döneme Ait Manzum Bir İlmihal: Manastırlı Mehmet Rifat Bey Ve Manzum İlmihali", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Nisan 2006, Sayı: 7, s. 436-439.

14 Kelpetin, "İlmihal", *DİA*, XXII, s. 139.

15 İbn Mace, "Mukaddime", 17.

16 Arpağuş, *Bir Telif Türü Olarak İlmihal Tarihi Geçmişi ve Fonksiyonu*, s. 32.

17 Aynacı, *Osmanlı Kuruluş Dönemini Türkçe İlmihal Kitapları Çerçevesinde İlmihallerin Fikihî Yönden Değerlendirilmesi*, s. 39.

sıranın gözetilmesini gerekli görmüştür. Ona göre, farz olan ilimler, ilm-i hâl, ilm-i fıkıh ve ilm-i itikaddır. Sarf, nahiv, mantık, belâğât, ilm-i heyet gibi ilimler ise farz-ı kifâye ya da vâcip kapsamına girmektedir.¹⁸ O, kendi döneminde insanların öğrenilmesi farz ve vacip olan ilimler yerine genellikle bidat olan ilim tahsilini tercih ederek günaha girdiklerini ifade etmiştir. Ona göre farz-ı ayna kapsamına giren ilme-i hal ilmini öğrenmeden diğer ilimleri öğrenin faydası yoktur, öyle ki ilmihal ilmi öğretimini diğer ilimlerinden sonraya bırakmak dinin yıkılmasına yol açar.

Bu çalışmada Osmanlı'da ilmihal geleneğine dair yukarıdaki kısa değerlendirmelerden sonra Kadızâde Mehmed Efendi'nin hayatı, eserleri ve fikhî/içtimaî görüşlerine yer verilecek arda da bir ilmihal risâlesi olan "Risâle-i Kadızâde" adlı kısa risâlesi tanıtılarak lalinize edilecektir.

II. KADIZÂDE MEHMED EFENDİ (990/1582-1045/1635)'NİN HAYATI, ESERLERİ, FIKHÎ VE İCTİMAÎ GÖRÜŞLERİ

A. HAYATI VE ESERLERİ

Kadızâde Mehmed Efendi'nin tam adı kaynaklarda Muhammed b. Mustafa b. Muhammed (İlyas¹⁹), künyesi ise er-Rûmî el-Balikesirî olarak geçmektedir.²⁰ Hicrî 990 (1582) yılında Balıkesir'de doğmuştur. Babası Balıkesirli Doğânî Mustafa Efendinin kadı olması nedeniyle "Kadızâde" lakabıyla meşhur olmuştur.²¹ Sokullu Mehmed Paşa Tekkesinin şeyhi olan Sofyalı Büyük Kadızâde Mehmed Efendi'den ayırt edilmek için kendisine "Küçük Kadızâde" denmiştir.²² O, yazdığı şiirlerinde "ilmî" mahlasını kullandığı için İlmî Mehmed Efendi adıyla da anılmıştır.²³

İlk tahsilini memleketi Balıkesir'de Birgivi Mehmed Efendi²⁴ nin öğrencilerinde yapmıştır. Sonra İstanbul'a giderek Müderris Dursunzâde'nin muîdi (asistanı) olmuştur. Hocasında eğitimini tamamladıktan sonra Tasavvufa yönelmiş "Tefsirî" adıyla meşhur Tercan Yunus Tekkesi (Tercümen Tekkesi) şeyhi Halvetî şeyhi Tekeli

18 Kadızâde, *Mebhas-i imân*, Süleymaniye Kütüphanesi, Yazma Bağışlar, no: 5570, vr. 252b.

19 İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Karesi Meşahiri*, (Haz. Yard. Doç. Dr. Mehmet Sarı-Ahmet Kahraman), Zağnos Kültür ve Eğitim Vakfı, Balıkesir 1999, s. 26.

20 Bağdâdi, *Hediyyetü'l-ârifin*, Dâru İhyâi't-türâsî'l-Arabî, İstanbul 1955, II, 277; Ömer Rıza Kehhâle, *Mucemü'l-müellifin*, Müessesetü'r -Risâle, Beyrut 1414/1993, III, 722.

21 Katip Çelebi, *Mizanü'l-hak*, TBMM Kütüphanesi, MM 469, s. 51; Kehhâle, *Mucemü'l-müellifin*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1414/1993, III, 722.

22 "Kadızâde" lakabıyla tanınan başka âlimler de vardır. Bkz. Muhammed Raşit Akpınar, *Kadızâdeliler ve Sivasiler Arasındaki Fikhî Tartışmalar*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009, s. 54.

23 Bkz. Kadızâde Mehmed Efendi, *Risâle-i müteallika b'il-ibâde*, Milli Kütüphane, no: A 858/3, vr. 78b; Sebâhat Deniz, "Kadızâde Mehmed İlmî'nin Sultan IV. Murad İçin Yazdığı Manzum Duaname'si", *Divan Edebiyatı Araştırmaları Dergisi*, Sayı:1, İstanbul 2008, s. 18; Akpınar, *Kadızâdeliler ve Sivasiler Arasındaki Fikhî Tartışmalar*, s. 82.

24 Asıl adı Muhammed b. Pir Ali b. İskender olan Mehmet Efendi aslen Balıkesirlidir. Ömrünün son on yılını Birgi medresesinde müderris olarak geçirdiği ve kabri orada bulunduğu için "İmam Birgivi" olarak meşhur olmuştur.

Ömer Efendiye intisap etmiştir.²⁵ Bir süre tasfiye-i kalp ile meşgul olduktan sonra tasavvuf yolundan ayrılarak vaaz ve nasihat yoluna yöneldi.²⁶ Daha sonra da 1031 senesinde Birgili Şeyh Fazlullah Efendi²⁷ (ö. 1032/1622) yerine Sultan Selim Camiine vaiz olmuştur. 1032 yılında Beyazıt vaizliğine atanmıştır.²⁸ 1041/1632 yılında Süleymaniye vaizliğine getirilen Kadızâde aynı yıl Büyük Kadızâde²⁹ (ö.1041/1632) yerine Ayasofya vaiz oldu.³⁰

1044/1634 yılında Padişah ile Revan seferine giderken yolda hastalanıp Konya'dan geri döndükten sonra 1045/1635 senesi Zilkade ayında Ayasofya Camii vaiziyken elli beş yaşında vefat etmiştir.³¹ Kabri Topkapı dışında Şeyhler Mezarlığında Mesnevî mütercimi Şeyh Süleyman Nahifi (ö.1151/1738)'nin kabrinin yanındadır.³² Ölümüne "Evliya Kadızâde öldü vah!" şeklinde kayıt düşülmüş, Müstakîmzâde (ö. 1202/1789) tarafından da "Tekmîl-i mâtem-i dîn Hây-ı Münker-i tarikat" terkîpleri vefatına tarih düşürülmüştür.³³

Kadızâde aldığı eğitim ve sahip olduğu ilmi birikim ile kitap ve risâleler yazmıştır. Fakat "Kadızâde" lakabıyla anılan âlimlerinin sayılarının fazla olması ve Kadızâde Mehmed Efendi'nin eserlerine isim koymaması nedeniyle bu eserlerin tespitinde zorluklar yaşanmıştır. Kütüphanelerdeki yazma eserler taranarak yapılan lisansüstü çalışmalarda Kadızâde Mehmed Efendiye nispet edilen eser sayısının yedi³⁴, sekiz³⁵, on iki³⁶ gibi rakamlarla ifade edildiği görülmektedir.³⁷ Anlaşıldığı kadarıyla çalışmalarda eserler tespit edilirken; müellifin yaşadığı dönemin sosyal ve siyasal özellikleri ile Kadızâdelilerin görüşleri esas alınmıştır.

Söz konusu eserlerin bazılarının isimleri kaynaklarda zikredilmiş ise de kütüphanelerde bulunan yazma nüshalarda bunlar genellikle "Risâle-i Kadızâde" olarak

25 Katip Çelebi, *Mizanü'l-hak*, s. 51.; Uzunçarşılı, *Karesi Meşahiri*, s. 27; Semiramis Çavuşoğlu, "Kadızâdeliler", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul 2001, XXIV,100.

26 Bursalı Mehmed Tahir, *Osmanlı Müellifleri*, (Haz. A. Fikri Yavuz-İsmail Özen), Meral Yayınevi, İstanbul ts., I, 373; Uzunçarşılı, *Karesi Meşahiri*, s. 27.

27 Birgivi Mehmed Efendi'nin oğludur. Selimiye ve Bayazıt camilerinde vaizlik yapmıştır. Kabri Birgide babasının kabrinin yanındadır.

28 Uzunçarşılı, *Karesi Meşahiri*, s. 27.

29 Büyük Kadızâde olarak bilinen Şeyh Mehmed Efendi Sofyalıdır. Tasavvuf erbabından olan bu zat Mehmed Paşa Tekkesi şeyhi İştibli Şeyh Abdül-Kerim Efendi'den ders almış, onun halifesi olmuş ve söz konusu tekkenin meşihatinde bulunmuştur. Ayasofya vaizi iken vefat etmiş ve zaviyesine defnedilmiştir.

30 Uzunçarşılı, *Karesi Meşahiri*, s. 27.

31 Katip Çelebi, *Mizanü'l-hak*, s. 51; M. Tahir, *Osmanlı Müellifleri*, I, 373.

32 Uzunçarşılı, *Karesi Meşahiri*, s.27; M. Tahir, *Osmanlı Müellifleri*, I, 373

33 Uzunçarşılı, *Karesi Meşahiri*, s. 27.

34 Semiramis Çavuşoğlu, *The Kadızâdeli Movement: An Attempt of Seri"atminded reform in the Ottoman Empire* (Basılmamış doktora tezi), Princeton University, 1990.

35 Refik Ergin, *İslam Düşüncesinde Zahir-Batın Ayrımı Açısından Kadızâdeliler Örneği*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2007.

36 Akpınar, *Kadızâdeliler ve Sivasiler Arasındaki Fikihî Tartışmalar*, s. 40-44.

37 Songül Karaca, *Kadızâde Mehmed Efendi, Manzûme-i Akâid (İnceleme-Tenkitli Metin- Sözlük-Dizin)*, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Rize 2012, s. 23-24.

geçmektedir. Kaynaklarda adı geçen *Risâle fi'l-mîzan*³⁸, *el-Makbûl fî hâli'l-huyûl*³⁹, *Nasru'l-ashâb ve'l-ahbâb ve Kahru'l-kilâb*⁴⁰, *İrşâdü'l-ukûdü's-selîme ile'l-usûli'l-kavîme fi ibtâli'l-bed'î'l kasîme*,⁴¹ *es-Sebâb fî reddi'r-Râfîza*⁴² ve *Menâkıbu's- sahabê*⁴³ adlı eserler ona nispet edilmektedir. Yazma Nüshalarda ise *Risâle-i Kadızâde*⁴⁴, *Mebhas-ı îman Risâlesi*,⁴⁵ *Mebâhis-i salât*,⁴⁶ *Ahvâl-i âlem*,⁴⁷ *Mesâil-i ehl-i sünnet ve'l-cemaat*, *Risâle fi'l-mîzân, Tâcu'r-resâil fî menâhici'l-vesâil*,⁴⁸ *Nushu'l hukkâm ve sebübü'n-nizâm*⁴⁹ adlı eserler Kadızâde Mehmed Efendi'ye nispet edilmiştir.⁵⁰

B. FIKHÎ VE İCTİMAÎ GÖRÜŞLERİ

Kadızâde Mehmed Efendi, küçük yaştan itibaren ilim öğrenmeye başlamış, çok sayıda hocadan ders alarak kendini geliştirmiştir. Ders aldığı hocalarından biri de İmam Birgivi'nin oğlu ve aynı zamanda talebesi olan Fazlullah Efendi'dir.⁵¹ Hanefî mezhebine mensup⁵² etkili bir vaiz ve mütekellim⁵³ olan Kadızâde Mehmed Efendi tefsir, hadis ve fıkıh ilminde ihtisas sahibi olmuştur. Haftanın dört gününü derse hasreder diğer günlerini ise vaaz ile geçirirdi. Kaynaklarda onun İstanbul'da Murad Paşa Camii'nde *Molla Cami*, *Muhtasar* ve *Sadru's-Şeria* dersleri verdiği, evine yakın mescitte halka açık derslere devam ettiği, buralarda verdiği dersler ve vaazlarıyla meşhur olduğu ifade edilmiştir.⁵⁴ Kâtip Çelebi de Kadızâde Mehmed Efendi'nin derslerine katılmış, bir bakıma onun talebesi olmuştur. Bu durum, *Keşfü'z-zünûn*'da Kâtip Çelebi'nin biyografisi anlatılırken kullanılan şu ifadelerden anlaşılmaktadır:

- 38 Bağdâdi, *Hediyetü'l-ârifin*, II, 277; Kehhâle, *Mucemü'l-müellifin*, III, 722. Bu risâle, Müftü Sun'ullah Efendinin isteği üzerine yazılmıştır.
- 39 Bağdâdi, *Hediyetü'l-ârifin*, II, 277; Kehhâle, *Mucemü'l-müellifin*, III, 722; M. Tahir, *Osmanlı Müellifleri*, I, 73. Kaynaklarda ve kütüphane kayıtlarında Kadızâde Mehmed Efendi'ye nisbet edilen bu eser Abdülmeccid Sivâsi'nin müridi Şeyh Küçük Muhammed Kadızâde Efendi'ye aittir. (Bkz: Vassaf, *Osmanzâde Hüseyin, Sefîne-i evliyâ*, Haz: Mehmed Akkuş, Ali Yılmaz, İstanbul 2006, III, s. 383)
- 40 Bağdâdi, *Hediyetü'l-ârifin*, II, 277; Kehhâle, *Mucemü'l-müellifin*, III, 722. Bu eserde, arkadaşların ve dostların yardımını ve düşmanların kahrolması gibi konuları ele almaktadır.
- 41 Bağdâdi, *Hediyetü'l-ârifin*, II, 277; Kehhâle, *Mucemü'l-müellifin*, III, 722. Bu eser, bidatlere karşı akl-ı selimle davranmanın gerekli oluşuna ve raksın caiz olmadığına dair yazılmıştır.
- 42 Bağdâdi, *Hediyetü'l-ârifin*, II, 277. Bu eserde, Rafizi ve benzeri fırkaların reddedilme gerekçeleri konu edilmektedir.
- 43 M. Tahir, *Osmanlı Müellifleri*, I, 373. Kütüphane kayıtlarında rastlayamadığımız bu eserde sahabe menkibelerine yer verildiği düşünülmektedir.
- 44 Kütüphane kayıtlarında bu adla Kadızâde Mehmed Efendi'ye nisbet edilen birçok yazma nüsha bulunmaktadır. Bu adla ulaştığımız yazmaların hemen tamamının makale konumuz olan risâle olduğunu tespit ettik.
- 45 İman, sigara ve kahve konularının ele alındığı bir eserdir. Bu serde ayrıca müellif, içinde bulunduğu zamanın son derece kötü olduğuna vurgu yapmıştır.
- 46 İlimi teşvik eden şiir ve yazılarla namaz konularını ele almaktadır.
- 47 Padişah IV. Murad'da takdim edilen ve zamanın bozukluk ve aksaklıklarını dile getiren şiirlerden oluşmaktadır.
- 48 Yapılması gereken ıslahatları Padişah IV. Murad'a öneren bir eserdir. Esasen İbn Teymiye'nin *es-Siyasetü's-şer'iyye*'sinin Türkçe'ye tercümesidir.
- 49 Kadızâde'ye nisbet edilen bu eserde devlet yönetimi ve devlet ile teba arasındaki ilişki anlatılmaktadır.
- 50 Bkz. Akpınar, *Kadızâdeliler ve Sivasiler Arasındaki Fıkıhî Tartışmalar*, s. 41-44; Karaca, *Kadızâde Mehmed Efendi, Manzûme-i Akâid (İnceleme-Tenkitli Metin- Sözlük-Dizin)*, s. 23-24.
- 51 Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, Dâru ihyâ't-türâsi'l-Arabi, Beyrut ts., I, s. 14.
- 52 Bağdâdi, *Hediyetü'l-ârifin*, II, 277; Kehhâle, *Mucemü'l-müellifin*, III, 722.
- 53 Kehhâle, *Mucemü'l-müellifin*, III, 722.
- 54 Kâtip Çelebi, *Mizanü'l-hak*, s. 51; Uzunçarşılı, *Karesi Meşahiri*, s. 27.

“1038 yılında askerlerle birlikte Erzurum muhasarasından Âsîtâne’ye (İstanbul’a) döndükten sonra bir gün İstanbul’da Fatih Sultan Mehmed Camii-ne gitti. Orada Kadızâde diye tanınan Balıkesirli Şeyh Muhammed b. Mustafayı ders verirken gördü. Güzel ve etkileyici konuşan bir âlimdi. Onun konuşması Kâtip Çelebi’yi babasının vasiyeti olan ilim talebine yöneltti. Böylece Kâtip Çelebi Kadızâde’nin derslerine dâhil oldu...”⁵⁵

Kadızâde Mehmed Efendi’nin talebesi olan Kâtip Çelebi, ilk bilgilerini onda tekrarlamış, kısa zamanda ilmî meleke kazanmıştı. O, 1039/1630 yılından önce ve 1041/1632 yılında Hem edan ve Bağdat Seferinden döndükten sonra İstanbul’da Kadızâde’den *Beyzavî Tefsiri*, Seyyid Şerif Cürcânî’nin *Mevâkıf’l-adudiyye* şerhi ile Gazalî’nin *İhyâu ulûmîd-dîn*, Molla Hüsrev’in *ed-Dürer şerhu’l-Gürer* ve Birgivî Mehmed Efendi’nin *et-Tarîkatü’l- Muhammediyye* adlı eserini okumuştur.⁵⁶

Kadızâde Mehmed Efendi, aldığı eğitimden, verdiği derslerden, yazdığı kitap ve risâlelerden da anlaşıldığı üzere kendini yetiştirmiş, vaazlarında ortaya koyduğu akıcı, etkili ve sert üslûbunun etkisiyle talebe ve dinleyicilerinin üzerinde büyük tesirler bırakmış, görüşleriyle bir döneme damgasını vurmuş bir âlimdir. Yaşadığı dönem hakkında olumsuz düşünceler içinde olan Kadızâde Mehmed Efendi, zamanın dışarıya bile çıkılamayacak kadar kötülüklerle dolu olduğuna inanmıştır. Ona göre bu kötülüklerin sebebi bidat ve hurafelerdir. Bunların yoğun olarak tasavvuf tekkelerinde neşv-ü nemâ bulduğuna inanan Kadızâde Mehmed Efendi, yazdığı risâlelerde ve verdiği vaazlarda söz konusu bidat ve hurafelere karşı sert uyarılarda bulunmuştur. Bu şekilde o, XVII. asırda IV. Murad devrinin (1623-1640) başlarından IV. Mehmed’in saltanatının (1648-1687) sekizinci yılına kadar yaklaşık otuz küsur yıl süren Kadızâdeliler hareketinin öncülüğünü yapmıştır.⁵⁷

Kadızâdeliler hareketinin fikrî temelleri XVI. yüzyılın meşhur âlimlerinden Birgivî Mehmed Efendi’ye ve onun da ilham kaynağı olan İbn Teymiyye (ö. 728/1328)’ye dayanmaktadır. Aralarında mezhep farklılığı olsa da bu iki şahsiyetin öngördüğü temel felsefe; devletin geri kalmışlığından kurtulmanın, sonradan ihdâs edilen ve dinin aslında bulunmayan yeniliklerin terk edilmesi ve böylece dinin ilk, saf ve orijinal haline dönülmesiyle gerçekleşecek olması idi. Asr-ı saâdetten uzaklaşıldığı için ortaya çıkan problemlerin tamamı, ancak şeriatin ruhuna aykırı olan bu yeniliklerden kurtarmak suretiyle çözüme kavuşturulabilirdi.⁵⁸

Birgivî Mehmed Efendi Müslüman geleneğine mal olmuş bazı inançlar ile örf ve adetlere bidat oldukları ve halkı İslâm’ın özünden uzaklaştırdıkları gerekçesiyle

55 Kâtip Çelebi, *Keşfü’z-zünûn*, I, 14.

56 Kâtip Çelebi, *Keşfü’z-zünûn*, I, 14.

57 Bkz. Ferhat Koca, “Osmanlılar Dönemi Fıkıh-Tasavvuf İlişkisi: Fakırlar İle Sofular Mücadelesinin Tarihi Serüveni”, *Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2002/I, s. 73-131.

58 Akpınar, *Kadızâdeliler ve Sivasiler Arasındaki Fikihî Tartışmalar*, s. 84.

karşı çıkmış, idârî görevlerdeki ulemayı bunlara engel olmamakla suçlamıştır. Aynı zamanda tasavvufu uyuşmayan mizacının etkisiyle bazı tasavvuf çevrelerini de bundan sorumlu tutmuştur.⁵⁹ Balıkesir'de Birgivi Mehmed Efendi'nin talebelerinden aldığı derslerle ilme başlayan Kadızâde Mehmed Efendi⁶⁰ onun bidatlere, hurafelere ve sûfilerin bazı yanlış uygulamalarına karşı olan tutumunu benimsemiştir. Bu nedenle o, özellikle Halvetî şeyhlerinden Abdülmecid Sivâsî (ö. 1049//1639) ile tarihe "Fakılar ile Sofular" veya "Kadızâdeliler-Sivâsîler" mücadelesi" olarak geçen sert tartışmalara girişmiş ve bu mücadele, her ikisinin ölümünden sonra Kadızâde taraftarı Üstüvânî Mehmed Efendi ile bazı tarikat şeyhleri arasında giderek şiddetini artıran bir biçimde devam etmiştir.⁶¹

Söz konusu iki gurubun temel tartışma konuları arasında aklî ilimlerin gerekliliği, Hızır'ın hayatta olup olmadığı, ezan, na't-ı Nebî ve mevlid gibi metinlerin makamla okunması, teganni, raks ve deveranın cevazı, bir hürmet ifadesi olarak Hz. Peygamber'in adı geçince salavat, sahabenin adı anılınca da "Radyallahu anh" demenin (tasliye ve tarziye) gerekliliği, tütün, kahve ve afyon gibi keyif verici maddeleri kullanmanın cevazı, Hz. Peygamber'in anne ve babasının imanının ne durumda olduğu, Firavun'un imanla ölüp ölmediği, Muhyiddin İbnü'l-Arabî hakkında ne düşünüldüğü, Yezid'e lanet, bidatler, kabir ziyareti, Regâib, Berat ve Kadir gecesi namazları, namazlardan sonra müsâfaha, selam verirken eğilmek, iyiliği emir ve kötülükten nehiy ve millet kavramının mahiyeti ve kapsamının ne olduğu hususları gibi itikat, ibadet ve tasavvuf alanına ait konularla bazı sosyal meseleler yer almaktadır.⁶²

Burada Kadızâdeliler-Sivasîler tartışmasına konu olan fikhî meseleler bağlamında Kadızâde Mehmed Efendi'nin bazı görüşlerine kısaca yer vermek istiyoruz.

Bu meselelerden biri devlet yönetiminde rüşvete yer vermemek, işi ehline vermektir. Kadızâde Mehmed Efendi, devlet yönetimi ve halk idaresi konularında padişaha verdiği nasihatlerde nizamın ve adaletin sağlanabilmesi için emanetleri ehline teslim etmenin, tamahı terk etmenin ve hiçbir koşulda rüşvet almamanın gerektiğini belirtmiştir.⁶³

Diğer bir mesele tütündür. Kadızâde, eserlerinde sigaranın zararlarını ve yol açtığı kötülüklerini, yasaklanmasının sebeplerini etraflıca açıklamıştır. Ona göre tütün, İngiliz ve Yahudilerin Müslümanlardan intikam almak için ürettikleri bir

59 Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, III, s. 354; Arslan, Ahmet Turan, *İmam Birgivi Hayatı, Eserleri ve Arapça Tedrisatındaki Yeri*, Seha Neşriyat, İstanbul, 1992, s. 60-24; Yüksel, "Birgivi", *DİA*, İstanbul 1992, s. 191-194.

60 Kâtip Çelebi, *Mizanü'l-hak*, s. 51; Uzunçarşılı, *Karesi Meşahiri*, s. 27.

61 Koca, "Osmanlılar Dönemi Fıkıh-Tasavvuf İlişkisi: Fakılar İle Sofular Mücadelesinin Tarihi Serüveni", s. 73-131.

62 Bkz. Nâimâ, Mustafa Efendi, *Tarih-i Nâimâ (Ravzatü'l-Hüseyn fi hulâsâti ahbârî'l-hâfikayn)*, I-IV, Terc. Mehmet İpşirli, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara, 2007, II, s. 1705; Koca, "Osmanlılar Dönemi Fıkıh-Tasavvuf İlişkisi: Fakılar İle Sofular Mücadelesinin Tarihi Serüveni", s. 73-131; Uzunçarşılı, *Karesi Meşahiri*, 29-30.

63 Kadızâde, *Nushu'l-hukkâm*, Süleymaniye Kütüphanesi Aşır Efendi, no: 327, vr. 2.

buluş olup en başta Osmanlı ekonomisini derinden sarsan bir israfa sebep olmaktadır. Bir milyon insan her gün yüz bin kuruş değerinde bir parayı sigara için harcamaktadır. Malını sigara için saçıp savuran kişiler şeytanın kardeşleri olup, zulmün ve kötülüğün artmasına neden olmaktadır. İkinci olarak sigara, akla, bedene ve dine zarar verdiği için yasaklanmalıdır. Bir şeyin zararlı olması, onun haramlığına kâfi gelir. Ayrıca bazı hastalıklara şifa bulmak için sigara içenler başka ve daha ağır hastalıklara yakalanmaktadır. Bütün bunların yanında, sigara içmek; dinin amaçlarının dışında bir eğlence olduğundan en azından abes olarak değerlendirilmelidir. Eğlence maksatlı sigara içenler günahkâr olup, sürekli acı içinde yaşarlar ve huzur bulmazlar.⁶⁴

Kadıızâde 1550'li yıllarda İstanbul'a getirilen kahve ile, aynı yıllarda açılan kahvehaneler hakkında bazı görüşler ortaya koymuştur. O, Ebussud Efendi'nin fetvası dahil kahvenin haram olduğuna dair verilen fetvaları zikrettikten sonra satranç, tavla ve çalgı olmayan kahvehanelerde içilmesinin haram olamayacağına hatta mubah olacağına dair kendi görüşünü belirtmiştir.⁶⁵ Uzunçarşılı'nın belirttiğine göre; "Kadıızâde, kendisine sigara ve kahvenin Allah tarafından haram edilmemiş olduğu söylendiği zaman, "Ülû'l-emr olan padişahın menetmesiyle terki lazım gelir, dinlemeyenler katl olunur" diye cevap vermiş, Sultan Murad'ın bu fetva ile amel ederek haklı haksız pek çok adam öldürmesine sebep olmuştur."⁶⁶

Kadıızâde Mehmed Efendi'nin kabir ziyaretine tamamen karşı olmadığı, sadece bu ziyaretler sırasında yapılan yanlış uygulamalarla mücadele ettiği görülmektedir.⁶⁷ Kadıızâde Mehmed Efendi'nin cenazesi, isteği üzerine zikirsiz ve tehilsiz olarak kaldırılmış ve defnedilmiştir.⁶⁸ Kadıızâde Mehmed Efendi'ye göre raks etmek, çalgı çalmak ve tegannî, -İmam Şâfiî'nin iki rivayetinden birinde olmak üzere- dört mezhepte de haramdır.⁶⁹

Cemaatle nafile namaz kılmak konusuna gelince; Hanefî fetva kitaplarında cemaatle nafile namaz kılmanın mekruh veya haram olduğuna dair rivayetler mevcuttur. Namaza dair yazmış olduğu, çalışma konumuz olan kısa ilmihalde Kadıızâde Mehmed Efendi, âlimlerin tamamının teravih, teravihten sonraki vitir ve küsuf namazı dışındaki nafile namazları cemaatle kılmayı bidat-i mekrûha ve kabîha olarak kabul ettiğini belirtmiştir. İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'den gelen tercih edilen görüşe göre istiskâ (yağmur duası) namazı da cemaatle kılınabilir. Kadıızâde, belirtilen nafile namazlar dışında cemaatle namaz kılma hususunda ısrar eden

64 Kadıızâde, *Mebhas-i imân*, vr. 267.

65 Kadıızâde, *Mebhas-i imân*, vr. 271a.

66 Bkz. Akpınar, *Kadıızâdeliler ve Sivasiler Arasındaki Fikihî Tartışmalar*, s. 129.

67 Akpınar, *Kadıızâdeliler ve Sivasiler Arasındaki Fikihî Tartışmalar*, s. 131.

68 Akpınar, *Kadıızâdeliler ve Sivasiler Arasındaki Fikihî Tartışmalar*, s. 132.

69 Kadıızâde, *Mebhas-i imân*, vr. 313b.

kimsenin bidat ehli olduğunu söylemiştir. Ona göre; teravîh, küsuf ve istiskâ namazından başka bütün nafîle namazları başkalarına haber vererek cemaatle kılmak mekruhtur. Eğer çağrılmadan bir veya iki kişi ile kılınırsa mekruh olmaz.⁷⁰

Kadızâde Mehmed Efendi yukarıda bir kısmını zikrettiğimiz fıkhî ve sosyal alandaki görüşlerini zikrederken genellikle mensubu bulunduğu Hanefî Mezhebinin muteber kitaplarını referans göstermiştir. Bu kitaplardan bazıları Ebû Yusuf (ö. 113/731)'un *Emâlî*, Ebu'l-Berekât en-Nesefî (ö. 710/1310)'nin *Umde*, Ömer Nesefî (ö. 537/1143)'nin *Akâidü'n-Nesefî*, Sadeddin Taftazânî (ö. 729/1389)'nin *Şerhu'l-akâid*, İmam-ı Azam (ö. 150/767)'in *Fıkhu'l-ekber*, Merginânî (ö. 673/1274)'nin *el-Hidâye*, Cürçânî (ö. 816/1413)'nin *Şerhu'l-Mevâkıf*, ve Birgivi'nin *et-Târikâtü'l-Muhammediyye* adlı eserleridir.⁷¹

III. İLMİHAL RİSALESİ'NİN KADIZÂDE'YE NİSBETİ, MUHTEVASI VE OSMANLI DÖNEMİ TÜRKÇE İLMİHALER ARASINDAKİ YERİ

A. RİSALENİN KADIZÂDE'YE NİSBETİ

İlmihali öğrenmenin farz-ı ayn olduğunu söyleyen Kadızâde Mehmed Efendi bu ilmin öğrenimine o kadar önem vermiştir ki toplumsal, siyasal hatta askeri alandaki başarıların veya başarısızlıkların, o ilmin öğretilip öğretilmemesine bağlamıştır. Ona göre ilmihal bilmeyen çok sayıdaki asker az sayıdaki düşman askerine karşı muzaffer olamaz. O, bu konuda "Siz Allah'a yardım ederseniz Allah da size yardım eder."⁷² mealindeki ayeti delil göstermiştir. Kadızâde Mehmed Efendi, küfrün hâkim olduğu bir dönemde Hz. Peygamber'in ve ashabının muzaffer olmasını da ilmihal ve benzer ilimleri bilmelerine bağlamıştır.⁷³

Ona göre yaşadığı dönemde toplumda görülmeye başlanan dini ve ahlaki bozulma ile ortaya çıkan askeri başarısızlıklar ilmihal öğretimini yeterince yapılamayışına bağlıdır. Nitekim Hz. Peygamber'den bu yana Müslüman askerlerin sayısı çoğalmış olsa da, ilmihal eğitimine önem verilmediğinden ordu ve toplum içindeki zındıklar bilinmemekte ve bu yüzden fetih müyesser olmamaktadır. Şayet toplum, ilmihal öğrenmeye yeterince ihtimam gösterip bu ilmi öğrense idi tüm zındık, sapık ve bozuk gruplar belli olup ülkeyi terk etmek zorunda kalırlardı, bunları gören küfür ehli de Müslüman olurdu.⁷⁴

İlmihal öğrenmeye bu derece önem veren Kadızâde Mehmed Efendi namaz konusuna ağırlık veren kısa fakat derinlikli bir risâle kaleme almıştır. Çalışmamıza

70 Kadızâde, *Risâle-i Kadızâde*, vr.76ab-77a.

71 Bkz. Akpınar, *Kadızâdeliler ve Sivasiler Arasındaki Fıkhi Tartışmalar*, s. 82.

72 Muhammed, 47/7.

73 Kadızâde, *Mebhas-i imân*, vr. 253-255

74 Kadızâde, *Mebhas-i imân*, vr. 258-259.

konu olan risâlenin, Kadızâde Mehmed Efendiye nispetle çok sayıda yazma nüshası mevcuttur. Yazma nüshalarda “*Risâle-i Kadızâde*”, kataloglarda ise “*Risâle-i Salât*”, “*Risâle-i Mûteallika bil-ibâde*”, “*İlmihal Risâlesi*” gibi isimlerle yer almaktadır. Risâle, bazı yazma nüshalarda ve kataloglarda müellif ismi olmaksızın yer almaktadır. Kadızâde üzerine yapılan bazı çalışmalarda ise söz konusu risâle İlmihal Risâlesi/İman ve İslâm Risâlesi/Namaz Risâlesi gibi isimlerle yer almaktadır.⁷⁵ Söz konusu risâlenin çok sayıda yazma nüshasının sonunda “İlmî” mahlasıyla yer alan sekiz beyitlik şiir de bu risâlenin Kadızâde Mehmed Efendi’ye ait olduğunu göstermektedir.⁷⁶ Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisinde de bu ilmihal risâlesinin Kadızâde’ye ait olduğu belirtilmiştir.⁷⁷

B. RİSALENİN MUHTEVASI

Besmele, hamdele ve salât-ü selam ile başlayan bu risâle, hak talibi Müslümanlara hitaben yazılmıştır. Önce iman ve İslâm’ın, Hz. Muhammed’in Allah’tan getirdiği Kur’an ve Sünnete kalpten inanmak ve bunu diliyle ikrar etmiş olduğunu söylemiştir. Ardından da namaz ibadetinin farz, vacip ve sünnet olmak üzere üç kısımdan oluştuğunu ifade etmiş ve bunları açıklamıştır. Farz namazlar, farz-ı kifâye ve farz-ı ayn olmak üzere iki kısımdır. Buna göre cenaze namazı farz-ı kifâye; iki rekât sabah namazı, dört rekât öğle namazı, dört rekât ikindi namazı, üç rekât akşam namazı, dört rekât yatsı namazı ve iki rekât cuma namazı farz-ı ayn’dır. Bu namazlar telafisi mümkün olmayan namazlardır. Kadızâde, bu namazları kılmaksızın başka bir yol ile namaz borcundan kurtulacağına inanan Müslümanın küfre düşeceğini ifade etmiştir.

Kadızâde, vacip namazlar başlığında her gece kılınan vitir ve dokuz tekbir ile iki rekât olarak kılınan bayram namazlarına yer vermiştir. Sünnet namazları “müekkede” ve “gayr-ı müekkede” olmak üzere iki kısma ayırmış rekât sayılarıyla birlikte bunları zikretmiştir. Birinci gurupta sabah namazından önce iki rekât, öğle namazından önce dört sonra iki rekât, akşam namazından sonra iki rekât, yatsı namazından sonra iki rekât, cuma namazından önce dört rekât⁷⁸ ve en azı iki en çoğu yirmi rekât olan teheccüd namazını saymıştır. İkinci gurup olan sünneti gayr-i müzekkerde kapsamında ise; öğle namazından sonra dört rekât, ikindi namazından önce dört rekât, akşam namazından sonra altı rekât esvabın, ardından yirmi rekât Beyt’im-cennet, yatsı namazından önce dört rekât, vitirden sonra iki rekât, sekiz

75 Bkz. Karaca, *Kadızâde Mehmed Efend, Manzûme-i Akâid*, s. 24.

76 Risâle’nin bazı yazmalarında metnin sonunda bu şiir yer almaktadır. Şiirin ikinci beyiti şöyledir: “*Nakl-i kitab itmek gerek/Fikri savâb itmek gerek/İlmi cevab itmek gerek/ İzân bizimidir hak söze.*” (Kadızâde Mehmed Efendi, *Risâle-i Mûteallika bil-ibâde*, Milli Kütüphane, Milli Kütüphane Yazmalar Koleksiyonu, no: 858/3, vr. 78b- 136b.)

77 Semiramis Çavuşoğlu, “Kadızdaliler”, *DİA*, İstanbul 2001, XXIV, s. 102.

rekât idrak namazı, on iki rekât dua namazı, dört rekât teşbih namazı, iki rekât şükre-i vurdu' ve tahiyetü'l-mescid –ki günde beş vakitten yirmi rekât eder-namazlarını zikretmiştir. Bu açıklamalardan sonra o bir gün ve bir gecede kılınması meşru olan farz, vacip ve sünnet namazların toplam yüz otuz dört rekât olduğunu ifade etmiştir. Risâlede her gün ve gece kılınması meşru olan farz, vacip ve sünnet namazların toplam rekât sayısı yüz otuz dört olarak zikredilmiştir.⁷⁹

Kadızâde daha sonra bazı vakitlerde kılınması meşru olan sünnet namazları zikretmiştir. Bunlar ay ve güneş tutulması, yağmur, istihare, ihtiyaç, şiddetli rüzgâr, şiddetli yağmur ve kar, şiddetli karanlık, deprem, düşman zulmü, tövbe, Kur'an ezberleme, zıfâf, evlenme, ihram, tavaf, Kâbe'ye varış, yola çıkma ve dönüş, zararı giderme gibi durumlarda kılınan ikişer rekât namazlarla yirmi rekât olan teravih namazlarıdır. Bunların da toplamda altmış dört rekât ettiğini ifade etmiştir. O, cuma namazının farz ve sünnetleri, iki bayram namazının dört rekât, vacip namazların yirmi dört rekât, toplamda seksen sekiz⁸⁰ rekât olduğunu önceki yüz otuz dört rekât ile birlikte tamamının iki yüz yirmi iki rekât⁸¹ olduğunu söylemiştir.

Kadızâde namazın rekâtlarını hesapladıktan sonra beş vakit namazın cemaatle kılınmasının sünnet-i müekkede olduğunu, Cuma namazının farzıyla bayram namazlarının cemaatle kılınmasının şart olduğunu belirtmiştir. Bu namazlar cemaatsiz kılınmaz. Teravih namazı, vitir ve küsuf namazları ile salât-ı istiskâ (yağmur) namazları cemaatle kılınabilir. Söz konusu namazlardan başkasını cemaatle kılmak mekruhtur, bidat-ı kabîha (kötü bidat)'dır. Cemaatle kılmakta ısrar edenler günahkâr olur. Kerahet vakitlerinde namaz kılınmaması gerektiğini söyleyen ve bunları tadat eden Kadızâde, ayrıca Ramazan Bayramında bir, kurban bayramında dört gün olmak üzere yılda beş gün oruç tutmanın haram olacağını ifade etmiştir.

Risâlede, yukarıda belirtilen namazlardan başka herhangi bir namazın meşru namaz olmadığı, bunları bazı bidatçı ve cahillerin uydurdıkları vurgulanmıştır. Bunlar Hz. Peygambere atılan iftiraldır. Regaip namazı, Berat namazı ve Kadir namazı bu tür namazlardandır. Kadızâde, Mekke, Medine, Kudüs, Şam, Halep, Mağrip, Özbek ve Hint diyarlarından insanlarla görüşüğünü, bunların hiç birinde bu tür namaz kılınmadığını söylemiştir. O, Müslümanlara farz, vacip ve sünnet namazların yeterli olacağını diğerlerine gerek olmadığını vurgulamıştır.

79 Risâlenin bazı nüshalarında bu sayı otuz altı olarak zikredilmiştir. Bkz. Kadızâde, *Risâle-i Kadızâde*, Edirne Selimiye Yazma Eserler Kütüphanesi, no: 4499/2, vr. 66.

80 Edirne Selimiye nüshasında bu sayı seksen altı olarak ifade edilmiştir. Bkz. Kadızâde, *Risâle-i Kadızâde*, Edirne Selimiye Yazma Eserler Kütüphanesi, no: 4499/2, vr. 67

81 Risâlenin diğer nüshalarında da bu rakam yüz yirmi iki olarak zikredilmektedir. Bkz. Kadızâde, *Risâle-i Kadızâde*, Edirne Selimiye Yazma Eserler Kütüphanesi, no: 4499/2, vr. 67; Kâdi-zâde Mehmed Efendi, *Risâle-i Salât*, Milli Kütüphane, Tokat Zile İlçe Halk Kütüphanesi, no: 17/3, vr. 159; *Risâle fi Ahkâmîs-Salât*, Balıkesir İl Halk Kütüphanesi, no:510/4, vr.133.

Kadıızâde, bidat ile meşgul olmanın bir kabahat olduğunu bir örnekle açıklamıştır. Mesela, cömert ve ikramı seven zengin bir kimse, iki yüz büyük tabağa lezzetli yemekler hazırlayıp misafirlerine ikram etse onlar da söz konusu ikramı kabul etmeyip bir başkasının getirdiği sıradan yemekleri yeseler bu duruma ikram sahibini nasıl üzülürse Hz. Peygamber de kendi getirdiği sünnetleri yapmayıp bidatçılerin uydurduğunu yapanları görünce aynı şekilde üzülür. Kadıızâde, Müslümanlara risâlesinde de belirttiği Rasulüllah'ın öğrettiği iki yüz yirmi iki rekât namaz ile ibadetin yeteceğini, bunların dışındaki namazların ibadet olmayacağını bunların bir vebal olduğunu bir kez daha vurgulamış ve ayet ve hadislerle bu durumu açıklamıştır.⁸² Son olarak Kadıızâde, bazı müfteri, ikiyüzlü cahil ve fesatçıların kendisini bidatlere karşı tutumundan dolayı insanları namaz kılmaktan menetmekle suçladıklarını ancak gerçeğin öyle olmadığını söz konusu insanların Kur'an'a Hz. Peygambere muhalefet ettiklerini ifade etmiştir.

C. RİSALENİN OSMANLI DÖNEMİ TÜRKÇE İLMİHAL ÇALIŞMALARI ARASINDAKİ YERİ

Burada çalışmamızın konusunu teşkil eden Kadıızâde'nin ilmihal risâlesinin, Türkçe ilmihal risâleleri arasındaki yeri hakkında ışık tutması bakımından görüşlerinden etkilendiği Birgivi Mehmed Efendi ile etkilediği Üstüvânî Mehmed Efendi'nin risâleleriyle kısa bir karşılaştırma yapılmaya çalışılacaktır. XVI. Yüzyıl Osmanlı İslam âlimlerinden Birgivi Mehmed Efendi ile XVII. Yüzyıl Osmanlı İslam âlimi/vaizi Üstüvânî Mehmed Efendi'nin Türkçe risâleleriyle XVII. Asrın başlarında yaşamış ve Kadıızâdeliler olarak bilinen hareketin öncülüğünü yapmış Kadıızâde Mehmed Efendi'nin ilmihal risâlesini birlikte değerlendirirken şu hususun göz önünde bulundurulması doğru olacaktır:

Kadıızâde ve Üstüvânî, İslam'a sonradan dâhil edilen ve adına bidat dedikleri birçok uygulamaya karşı çıkmış, devlet ve toplum hayatında yaşanan olumsuzlukların İslam'ın özünden uzaklaşmaktan kaynaklandığını iddia etmiş, tarikatların içinde neşv-ü nemâ bulan raks, sema ve teganni gibi bazı uygulamalara karşı savaş açmış Kadıızâdeliler hareketinin önemli isimlerindendir. Hareketin ortaya çıkmasında Kadıızâde Mehmed Efendi, gelişmesi ve sona ermesinde Üstüvânî Mehmed Efendi büyük rol oynamıştır. Her ikisi de Birgivi Mehmed Efendi'nin devlet kademelerinde ve sosyal hayatta ortaya çıkan dinin özüne aykırı, dini hayata sonradan girmiş uygulamalara ve bidatlere karşı yürüttüğü ilmi ve fikri mücadeleden etkilenmişlerdir. Yaptıkları vaazlarda ve yazdıkları risâlelerde İmam Birgivi'ye sık sık atıfta bulunmuşlardır. Bu nedenle Kadıızâdeliler hareketinin fikri altyapısını ve

82 Bkz. Hûd, 11/18; Şûra, 42/21; Buhârî, "İ'tisâm", 20; "Büyu", 60.

arka planını İmam Birgivi'nin düşüncelerinin oluşturduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle de gerek Kadızâde Mehmed Efendi'nin gerekse ondan sonra kaleme alınan Üstüvânî'nin risâlelerinde Birgivi'nin dinî/fıkhî görüşlerinin etkisi görülmektedir.

Birgivi Mehmed Efendi'nin, itikat, ibadet ve ahlak konularını özetleyen ilmihal niteliğinde ki "Vasiyetname" adlı meşhur risâlesinde başta Allah'a, meleklere, peygamberlere ve kitaplara iman, kaza, kader, kıyamet, kabir azabı, cennet, cehennem, sırat, mizan gibi inanç esaslarıyla ilgili temel konular yer almaktadır. Daha sonra din, millet ve şeriat kavramlarına açıklık getirmiştir. Mesela ona göre din ve millet, Hz. Peygamberin inanç konularına ilişkin, şeriat ise ameli konularda getirdiği mesajlardır. Ardından mezhepler hakkında bilgiler verilmiş, farz, vacip, mubah, haram, mekruh, sünnet ve müstehab gibi mükelleflerin fiillerine ilişkin kavramları açıklanmıştır. Daha sonra ahlaki konulara yer verilmiş; kibir, kin, dünya ve makam sevgisi, tül-i emel, nefse uyma, inat ve tamahkârlık gibi kaçınılması gereken ahlak-ı zemîme (kötü huylar) ile sabır, şükür, ihlas, tevekkül, tevazu gibi övülen ve yapılması teşvik edilen ahlak-ı hamîde (iyi huylar) kavramları açıklanmıştır. Takva konusu alt başlıklarıyla birlikte ele alınmış, takvaya manî olan afetler açıklanmıştır. Bu başlık altında ayrıca, Müslümanı küfre götüren lafızların neler olduğu beyan edilmiştir.

Risâlenin son bölümünde ahiret yolcusuna nasihatler adıyla ibadet konularına yer verilmiştir. Birgivi, ilmihali farz ayn olan ilimler kategorisinde değerlendirmiş ve bu ilmin öğrenilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu nedenle de o bu bölümde, ıskat-ı salât, mezarın kazılması, cenazenin yıkanması, cenaze namazı, kabirde Kur'an okuma, telkin, ölmek üzere olan (muhtazar) kimse ve cenazeye ilişkin konulara yer vermiştir. Ardından farz ve sünnetleriyle birlikte abdest, abdestin mekruhları ve abdesti bozan şeyler açıklanmıştır. Farz ve sünnetleriyle gusül konusu ile guslü gerektiren durumlar da bu bölümde açıklanmıştır. Namaz konusu bu bölümde şart, rükün, vacip ve sünnetleriyle birlikte yer almış, namazı bozan şeyler ve namaz duaları açıklanmıştır. Avret yerini örtmek, namaza başlarken niyet etmek, kibleye yönelmek, namazı vaktinde kılmak necasetten taharet, abdest almak ve namaza "Allahü ekber" lafzıyla başlamak namazın şartları olarak sayılmıştır. Kıyam (ayakta durma), namazın ilk iki rekâtında Kur'an'dan birer ayet okuma, her rekâtta bir rükû, iki secde ve namazın sonunda tahiyat okuyacak kadar oturmak ise namazın rükünleri arasında sayılmıştır. Bu açıklamalara bakıldığında bu risâlede, günümüz ilmihal kitaplarında namazın rükünlerinin arasında sayılan "namaza "Allahü Ekber" lafzı ile başlamak (iftitah tekbiri)" burada namazın şartları arasında sayılmıştır. Hayız ve nifas konusu da bu bölümde yer alan konular arasındadır.⁸³

83 İmam Birgivi, *Risâle-i Birgivi, (Mü'minlere Nasihat)*, (Sadeleştirenler: Mehmed Şevket Eygi-Ahmed Ersin Yücel), Bedir Yayınevi, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1964, s. 4-91.

Kadıızâde Mehmed Efendi'den sonra onun dinî ve fikrî çizgisini devam ettiren Üstüvânî Mehmed Efendi de Kadıızâde gibi ilmihal bilgisinin her erkek ve kadın için farz olduğunu ifade etmiş bu konuda Birgivi'nin *et-Tarikatül-Muhammediyye* adlı eserini referans göstererek şöyle demiştir: "Mümine farzın ilmini bilmek farzdır, vacibin ilmini bilmek vaciptir, sünnetin ilmini bilmek sünnettir, müstehabın ilmini bilmek müstehabdır. Tarikat-ı Muhammediyye'de farz-ı ayn olan ilimler beyanında olan birinci bölüm içinde yazar."⁸⁴ İlmihali bilmenin gerekliliğine inanan Üstüvânî'nin de bir ilmihal risâlesi (Risâle-i Üstüvânî) vardır. Bu risâle, metinde belirtildiği gibi ismini zikretmeyen bir öğrencisi tarafından Üstüvânî'nin derslerinde tuttuğu notlardan oluşmuştur.⁸⁵ Türkçe kaleme alınan bu risâle, on yedinci yüzyılın en çok okunan ilmihallerinden biridir. Çok sayıda yazma nüshası mevcuttur.⁸⁶

İbadet ve taatın nasıl yapılacağına bilinmesinin gerekliliği üzerinde durulan risâle yazarının ifadesiyle doksan altı pare kitaptan faydalanılarak kaleme alınmıştır.⁸⁷ Risâle'de önce iman ve İslam'ın şartları açıklanmakta daha sonra bablar halinde çeşitli dini meseleler hakkında bilgiler verilmektedir. Allah'a, meleklerle, kitaplara, ahiret gününe iman, kadere hayır ve şerrin Allah'tan geldiğine iman gibi itikat esasları ile İslam'ın şartları icmalî olarak ifade edilmiş tafsilât için Birgivi'nin Risâlesi'ne müracaat edilmesi tavsiye edilmiştir.⁸⁸

Risâlenin içeriğine bakıldığında söz konusu bölümlerde/baplarda, istinga, guslû gerektiren durumlar, guslün farzları ve sünnetleri, mekruhları, abdestin farz, sünnet, münteha ve mekruhları, misvakın faydaları, abdesti bozan hususlar, camiye girmenin adabı, namazların farz, vacip, sünnet, münteha ve mekruhları, ta'dil-i erkân, namazda mubah olan durumlar, Cuma'nın adabı, Bayram namazıyla ilgili konular, vitir namazına müteallik konular, namazı vaktinde kılmanın faydalarıyla kazaya bırakmanın zararları, imam ve mukteziye müteallik konular, sehiv secdesi ve ezana müteallik meseleler, dört rekât namazda kırk vacibin bulunması, oruç, zekâtın şartları, zekâta tabi mallar, haccın vacipleri, fitre, abdest ve meshe dair konular, namaz vakitleri, kerahet vakitleri, teyemmüm, niyet, müfsit, sünnet-i müzekkerde namazlar, misafir ve özür sahibine dair meseleler, kazaya kalmış namazlar, gusle müteallik meseleler, namazı bozmayan meseleler, sehiv secdesi gerektirmeyen durumlar, tilavet secdesi, çeşitli meseleler (mesail-i i şette), ilim öğrenmenin hükümleri, namaz içinde uyku, cenaze namazı, millet ve diğerlerine dair meseleler, ulemanın haram ve mekruh olduğunu beyan ettikleri meseleler, devre, raks ve teğanni, şirk, hayıf ve nifaksa dair olan konuların ele alındığı görülmektedir.⁸⁹

84 Üstüvânî Mehmed Efendi, *Ustuvânî*, Marmara Üniversitesi Nadir Eserler Koleksiyonu, İlahiyat Fakültesi, no: 12008/YZ0271, vr. 81b-81a.

85 *Ustuvânî*, vr. 1b-2a.

86 *Ustuvânî*, vr. 110.

87 *Ustuvânî*, vr. 2b-2a.

88 *Ustuvânî*, vr. 7a.

89 Üstüvânî, vr. 2b-110a; Bkz. Hüseyin Yurdaydın, "Üstüvânî Risâlesi", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Ankara 1962, X, 73-74.

Muhtevası hakkında bilgi verilen Kadızâde Mehmed Efendi'nin risâlesiyle söz konusu yukarıdaki iki risâleye bakıldığında her üçünün de sade, anlaşılır bir Türkçe ile kaleme alındıkları görülmektedir. Bu uygulamanın arka planında öğrenilmesi farz olan ilimler arasında sayılan ilmihalin herkes tarafından anlaşılıp öğrenilmesi düşüncesinin olduğu söylenebilir. Aynı risâlelerde, müelliflerin dine sonradan dâhil edilen ve dinin aslından gibi takdim edilen bidatlere ve âdetlere karşı takındıkları keskin tavır kendini göstermektedir. Özellikle teravîh dışındaki nafîle namazların cemaatle kılınması, Berat, Kadir ve Regaip gecelerinde bu gün ve gecelere özel namazlar kılınması gibi ibadetler alanında ortaya çıkan bidatlere karşı diğerleri gibi Kadızâde de sert uyarılarda bulunmuştur.

Muhteva olarak değerlendirildiğinde diğer iki risâle daha kapsamlı görünmektedir. Kadızâde'nin risâlesi ise daha kısa ve namaz konusuna hasredilmiştir. Bu risâle Osmanlı ilmihal geleneğinde Türkçe olarak kaleme alınan ve daha çok namaz ve namaza ilişkin konuları içeren ilmihal risâlelerden biridir. Çok sayıda nüshası olan bu risâle diğer iki risâle kadar olmasa da meşhur olmuştur. Bazı ayet ve hadislerin referans gösterildiği bu risâlede fıkıh kitaplarına atıfta bulunulmamıştır.

IV. "RİSÂLE-İ KADIZÂDE" NİN METNİ

Bu bölümde Kadızâde Mehmed Efendi'nin İstanbul'da Süleymaniye Kütüphanesi Beşir Ağa Bölümünde 397/3 numarada bulunan ve dokuz varaktan oluşan (64b-72a) ilmihal risâlesinin latinize edilmiş metnine yer verilmiştir. Köşeli parantez içine alınan risâlenin varak numaraları metin içerisinde zikredilmiştir.

[HÂZÂ RİSÂLE-İ KADIZÂDE EFENDİ

Bismillâhirrahmanirrahîm.

Elhamdülillâhillezî ceale's-salâte imâdeddîn ve bidâate ehle'l-yakîn, ve's-salâtü ve's-selâmü alâ efdali'l-mürselîne ve alâ âlihî ve sahbihî, el-müsallîne'l- müttakîn. Vellezîne't-tebeûhum ilâ yevmi'd-Dîn.

Ve ba'dü;

Ey tâlib-i hak olan ihvân-ı mü'minîn! Bilin kim, îmân ve islâm Hazreti Muhammed sallallahü teâlâ aleyhi ve sellem Allah Teâlâ'nun Cenâb-ı âlî'si cânibinden cemî'i getürdüğü âyât-i Kur'aniyye ve ehâdis-i sahiha ve sıdk idüğine gönül ile inanmak ve gerçeklemektir. Şeksiz ve şüphesiz (64b) yakîn üzre eğer cemî-i getürdüğü kat'î olanlardan birinde şek eylese münâfıkdır. Bundan sonra dili ile ikrâr itmektir gönlüne müvafık. İmdi ol hazretin bize kılmağa mütaallık getürdüğü ibadetler üç dürlüdür: Farz, vâcib ve sünnet.

Farz dahî iki dürlüdü: Biri farz-ı kifâyedir; cenaze namazı gibi. Biri farz-ı ayn ki cümle mükelleflere borçdur; iki rek'at sabah namazı, dört rek'at öyle namazı, dört rek'at ikinci namazı, üç rek'at ahşam namazı, dört rek'at yatsı namazı, iki rek'at cum'a namazı gibi. Bu namazların birinün yerine bin rek'at nafîle namaz kılssa yerine durmaz. (65a) Ve fazîletine irişmez ve kalmışlar ödenmez, çak kazâ niyetiyle cümlesin ödemeyince. Eğer kazâsı farz olmaz bir gayri tarîkile kazâsı sâkit olur itikâd iderse fukâhamuz kâfir olur dimişler.

Vâcib dahî iki dürlüdü: Biri her gice vâcibdir; üç rek't vitir namazı gibi. Biri yılda iki günde vâcibdir; dokuz tekbir ile iki rek'at bayram namazı gibi.

Sünnet dahî iki dürlüdü: Biri sünnet-i müekkededir; sabah namazından evvel iki rek'at, öyle namazından evvel dört rek'at, sonra iki rek'at, ahşam namazından sonra iki rek'at, yatsı namazından sonra iki rek'at, cum'a namazından evvel (65b) dört rek'at. Teheccüd namazını Hazreti Rasûl aleyhi's-selâm hiç terk itmedi. Ekalli iki rek'at ekseri yirmi rek'at.

Sünnet-i gayr-i müekkede; öyleden sonra dört rek'at, dahî ikinci namazından evvel dört rek'at, ahşam namazından sonra altı rek'at ebvâbin namazı, salât-ı ebvâbinden sonra beytü'l-cennet yirmi rek'at, dahî yatsı namazından evvel dört rek'at, vitirden sonra iki rek'at, işrâk namazı sekiz rek'at, duhâ namazı on iki rek'at, tesbih namazı dört rek'at, şükr-i vudû namazı/tahiyyetü'l mescid namazı iki rek'at. Bir gice ve bir günde beş kerre vudû ve duhûl-i mescid vâkî olursa yirmi rek'at olur. Pes⁹⁰ her gün (66a) ve gice kılınması meşru' olan farz ve vâcib ve sünnet yüz otuz dört rek'at namaz olur.

Ba'zı evkâtde kılınması meşru' olan namazlar ki sünnetdir: Salâti'l-küsûf iki rek'at, salâti'l-husûf iki rek'at, salâti'l-istiskâ iki rek'at, salâti'l-istihâre iki rek'at, salâti'l-hâce iki rekât, salât-i def'îr-rihiş-şedîd iki rek'at, salât-i def'îz-zulmetiş-şedîde iki rekât, salâti'z-zelzele iki rek'at, salât-i istimrâri'l-matar iki rek'at, salât-i kesrati's-selci iki rek'at, salât-i def'î'l-adüv iki rekât, salati't-tevbe iki rek'at, salât-i hıfzi'l-Kur'an⁹¹, salâti'z-zifâf iki rekât, salâti'z- zevâc iki rek'at (66b), salâti'l-ihram iki rek'at, salâti't-tavâf iki rek'at, salâti'l-Ka'be iki rek'at, salât-i zehâbi's-sefer iki rek'at, salât-i kudûmi's-sefer iki rek'at, salâti'l-âbik⁹² iki rek'at, salâti def'îz-zarar iki rek'at, salâti't-terâvîh yirmi rek'at; cem'an altmış dört rek'at olur.

Cum'a namazının farz ve sünnetleri ve iki bayram namazının dört rek'at, vâcib namazları yirmi dört rek'at; cem'an seksen sekiz rek'at. Mukaddem çeken yüz otuz dört rek'at ile cümlesi iki yüz yirmi iki rek'at namaz olur.

90 "Öyle ise, imdi" anlamındadır. Bkz. Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi, Ankara 1984, s. 1033.

91 Metinde rekât sayısı yazılmamıştır. Fakat risâlenin diğer nüshalarında dört rekât olarak zikredilmiştir. Bkz. Kâdîzâde Mehmed Efendi, *Risâle-i Salât*, Milli Kütüphane, Tokat Zile İlçe Halk Kütüphanesi, no: 17/3, vr. 158; Kâdîzâde Mehmed Efendi, *Risâle-i Müteallika bil-ibâde*, Milli Kütüphane Yazmalar Koleksiyonu, no: 858/3, vr. 75.

92 "Efendisinin yanından kaçan köle" anlamındadır. Bkz. Yaşar Çağbayır, *Ötügen Türkçe Sözlük*, İstanbul 2007, I, 82.

Beş vaktin farzları cemaâtile kılınmak sünnet-i müekkededir. Cum'a farzında ve bayram namazlarında cemaatle (67a) kılınmak şarttır. Cemaatsiz kılınmaz. Salât-i teravîh'de ve Ramazan'da, salât-ı vitri'de ve salât-ı küsûf'da bi'l-ittifâkı ve salât-ı istisgâda İmâm-ı Ebû Yûsuf ve İmâm-ı Muhammed'den esah rivayetde cemaat-i meşrûa ve makbûledir. Bu zikir olunan namazlardan gayrıda cemaatle kılınmak bid'at-ı kabîha ve mekrûhedir. Isrâr idenler âsim ve âsî olurlar dimişler ve namaz mutlakan haram olur gün doğarken bir sünî⁹³ buyı cıkınca ve zevalde iken ve tulunurken⁹⁴ ve bir nefis-i helâk-i serîden tahlis üzre farz ve müteayyin olan kimse ol halde namaz kılmak haram olur dimişler. Ve nevâfil-i mekrûhe olur sabah namazının vakti girdikten sonra (67b) işrâk vaktine varınca ve ikinci namazını kıldıktan sonra tâ ahşam namazını kılınca ve hatibler hutbe okurlarken cum'a namazını kılınca ve bayram namazlarından evvel ve sonra camilerde ve musallâlarda ve imamlar cemaatle namaza şurû itdikten sonra salat-i mefrûzada sabah namazının sünnetinden gayrı, nitekim savm harâm olur yılda beş gün; îd-i fıtırda bir gün îd-i edhâ da dört gün.

Bu zikir olunan namazlardan gayrı namazlar vardır ki ba'zı mübtedi' ve cahiller peyda idüb kendülerden zuhur idüb peygamber aleyhi's-salâtü ve's-selâm'a iftira itmişlerdir. Salât-ı Reğâib (68a) ve Salât-i Berat ve Kadir gibi, böyle namazlar peyda idüp cemaat ile kılanları ulemâ-i dîn ve fukahâ-i mü'minin katı pek inkâr iderler niçe vecihlerle kerâheti ve kabahatlerin kitaplarında beyan itmişlerdir. Fakîr, yüz cild kitablardan ziyâde kitablarda gördüm ve hâlâ hayatda olan ulemâ-i Mekke ve Medîne ve Kudüs-ü Şerîf ve Şâm ve Haleb ve Mağrib ve Özbek ve Hind ile söyleştim. Cümlesi kitaplarda gördüğümüz gibi katı pek inkârlar iderler, ol diyarlarda kılmazlar. Zirâ bu zikir olunan ferâiz ve vâcibât ve sünen mü'minine kifâyet ider.

Pes anlardan îrâz ve bid'ate iştiğâl kabahatdir (68b) Meselâ, bir sâhib-i kerem ve tayâbet ve sâhib-i hikmet ve saâdet ahbâbına ziyafet için iki yüz yirmi iki sahin lezîz ve nefis ve nâfi' taâmlar hazırlayub önlerine kosa ve yemeğe ibrâm ve ilhâh eylese bu ahbâb geçinenler onun nâfi' taamlarından yemeyüb bir denî câhil geturdiği muzır taâmlara ikbâl-i tâm idüb anın sofrasına idbâr ve îrâd eyleseler ol sâhib-i kerem bu hâle nice elem çekerse Hazret-i Rasûl-i Ekrem sallallahü aleyhi ve sellem kendüler buyurub işlediği ibadetlerden îraz idüb mübtedi'ler ketürdüğü bid'atlere ikbâl idenlere öyle elem çekmek mukarrerdir dimişler.

İmdi; namaz ile Tanrı Teâlâ'ya ibadet (69a) ve takarrub murâd iden din kardeşlerine lâzım olan budur ki Hazreti Rasûlullah sallallahü teâlâ aleyhi ve sellem

93 "Sırık, mezar başına dikilen ağaç, baş ağacı" anlamındadır. Bkz. Çağbayır, *Ötüken Türkçe Sözlük*, VI, 4384; Diğer nüshalarda şişman kısa boylu kimseler için kullanılan "Kündür" ifadesi yer almaktadır. Bkz. Kâdi-zâde Mehmed Efendi, *Risâle-i Salât*, Milli Kütüphane, Tokat Zile İlçe Halk Kütüphanesi, no: 17/3, vr. 158; Kâdızâde Mehmed Efendi, *Risâle-i müteallika bi'l-ibâde*, Milli Kütüphane Yazmalar Koleksiyonu, no: 858/3, vr. 76.

94 "Güneş batarken" anlamındadır. Bkz. Çağbayır, *Ötüken Türkçe Sözlük*, V, 4907.

ümmetine ta'lim buyurdıkları iki yüz yirmi iki rek'at namaz ile ibâdet eyleyeler. Bid'at ve âdet-i nâs ve aslı yalan olub Şârî üzerine iftira olan namazlar ile ibâdet ve takarrub olur sanmayalar, anlar ibâdet değildir, vebâldir. Allah Teâlâ Kur'ân-ı azîmîş-şân'ında buyurur: “Ve men ezlemü mimmen ifterâ ale'llahi keziben”⁹⁵ Manası: “Kim ziyâde zâlimdir şol nesneden ki Allah Teâlâ üzre iftira idüb yalan söyleye, buyurmadığı (69b) şeyleri işleye ve şer'îdür diye hiç andan ziyâde zâlim yokdur”. Nitekim Kur'ân-ı Kerîm'de buyurur: “Elâ la'netullahi ale'z-zâlimîn”⁹⁶ Manası: “Âgâh olun ve bilin ki; Allah Teâlâ'nun la'neti zâlimler üzerinedir”.

Ve yine Kelâm-ı Kadîm'inde buyurur: “Em lehum şurakâu şeraü lehum mine'd-dîni mâ lem ye'zen bihillâhü”⁹⁷ Manası: “Bil kim bu, nâs için Allah Teâlâ'nun ortakları mı vardır ki anlar için şer'î kılalar, dinden şol nesnelere kim Allah Teâlâ'nun anlara izni yokdur.” Murâd inkârdır ve zemdir.

Ulemâ-ı dîn katında ibâdet, şârîun emriyle ve rızasıyla olan nesnelere. Bî'at-ı kabîha (70a) ve âdet Şârî'un emri ve rızası olmayan nesnelere. Hazreti Rasûl-i Ekrem sallallahu teâlâ aleyhi ve sellem hadîs-i sahihinde buyurur: “Men amile amelen leyse aleyhi emrunâ fe hüve raddün.”⁹⁸ Manası: “Bir kimse bir amel işlese ki; ol amelde bizim emrimiz olmasa ol amel de katı pek red olunmuşdur. Allah Teâlâ ol ameli hiç kabul idüb ana sevab virmek ihtimali yokdur.”

Ve hadîs-i mütevâtirde buyururlar ki: “Men kezibe aleyye fe'l-yetebeve' mak'adehü mine'n-nârî.”⁹⁹ Manası: “Bir kimse benim üzerime yalan söylese benim işlemediğimi işledi ve söylemediğimi söyledi dise ol kimse nâr-i cehenneme (70b) oturacağını hâzır eylesün. Ben ona davacı olub anı cehenneme kodurmağa sebep oluram” dimekdir. Bu hususa muteallık olan âyât-ı kerîme ve ehâdîsi sahiha ve akvâli ulemâ-ı dîn ve eimme-i müctehidîn cem olunub bir mücellid kitab olmuşdur.

Hakkı bilmek murâd iden ihvân görsünler ve yazsunlar kitabsız, câhil ve bâtl müfsidler ve müfteriler ve mürâiler ki mutlaka namazdan nehiy olmak kabahatdır. Zu'm idüb hemân halkı nice isterlerse ibâdet eylesunler deyu bâtl türrehât¹⁰⁰ söylerler ve cümle eimme-i dîn olan müctehidîn rıdvanullahi teâlâ aleyhim ecmaîn hazretlerini red idüb halkı (71a) ibâdetten men' iderler diyü iftirâ iderler. Belki Rasûlü Rabbi'l-âlemîn aleyhi salavatü'l- müsallîn hazretlerine belki Allah celle celâluhü amme nevlühü'nün kelâm-ı kadîmine ve Kur'ân-ı azîm'ine muhalefet eyleyerler. Anların bâtl sözlerine kulak tutub dinlemeyeler. Hucetu'l-Hakki ale'l-halki ecmaîne, hiye kitâbü rabbi'l-âlemîn ve sünneti seyyidi'l-mürselîn ve icmâu eimmet-

95 « ومن أظلم ممن افترى على الله كذباً » (Hûd, 11/18).

96 « لا لعنة الله على الظالمين » (Hûd, 11/18).

97 « أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ » (Şûrâ, 42/21).

98 « مَنْ كَذَّبَ عَلَيَّ فَلْيَبْتُوا مَعْنَاهُ مِنَ النَّارِ » (Buhârî, “İlim”, 38).

99 « مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ » (Buhârî, “İtisâm”, 20; “Büyu”, 60).

100 “Saçma sapan sözler” demektir. Bkz. Devellioğlu, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat*, s. 1341.

i'l-müctehidîn. Mebniyyün ale'l-menkûli lâ alâ münâsibâtî'l-ukûl muktezasınca amel idüb nakl-i kitâb-ı makbul ve mu'teberden bir an ayrılmayalar ki îmândan dahî ayrılmayalar ve ol câhillere (71b) ve bâtıllara bu sözleri okuyalar. (72a)]

V. SONUÇ

İlmihal geleneğinin geliştiği ve olgunlaştığı Osmanlı döneminde çok sayıda ilmihal türü çalışma kaleme alınmıştır. Bu çalışmalar İslam hukuku alanında müctehid imamlar dönemi ve sonrasında telif edilen temel eserler üzerine yapılan şerh, haşiye, muhtasar, ta'lik ve tercüme türü eserlerden yola çıkarak İslam'ın imam, ibadet ve ahlak konularını içine alan müstakil kitap ve risâlelerdir. Hz. Peygamber'in "ilim öğrenmenin her kadın ve erkeğe farz olduğuna dair hadisi temel alınarak yapılan bu çalışmalar Osmanlı döneminde özellikle 16. ve 17. yüzyıllarda artarak devam etmiştir. Daha çok namaz konusunun ele alındığı söz konusu çalışmalarda oruç, hac, zekât gibi ibadet konularına da yer verilmiştir. İlk dönemlerde Arapça kaleme alınan bu çalışmalar daha sonraları Anadolu insanının anlayabilmesi ve daha kolay öğrenebilmesi için Türkçe yazılmaya başlanmıştır. Muslihuddîn Mustafa Karamânî'ye ait olan *et-Tavdih şerhü'l-mukaddimeti Ebi'l-Leys* Arapça yazılan ilk ilmihaller arasında sayılmaktadır. Türkçe yazılan ilmihallerin ilk örneği ise Kutbeddin Muhammed İzniki'ye ait *Mukaddime* adlı eseri olarak kabul edilmektedir.

16. yüzyılda yaşayan Birgivi Mehmed Efendi'nin önce Arapça yazdığı fakat daha sonra halkın anlayabilmesi için Türkçe'ye çevirdiği ilmihal risâlesi "*Vasiyetnâme*", ilmihal geleneğinin önemli bir aşamasını oluşturmaktadır. İman, ahlak ve ibadetler konusuna yer verilen nasihat ve vasiyetlerden oluşan bu ilmihal Osmanlı coğrafyasında yaygın olarak okunmuştur. 17. Yüzyılda yaşayan ve Osmanlı'da "Kadızedeliler" olarak bilinen hareketin önderi olarak kabul edilen ve Birgivi Mehmed Efendi'nin talebelerinden ders alan, onun görüşlerinden etkilenen Balıkesirli Kadızâde Mehmed Efendi de ilmihal geleneğine uyarak namaz ve namazı müteallik konuları içeren kısa bir ilmihal risâlesi kaleme almıştır. Türkçe yazdığı bu risâlede Kadızâde Mehmed Efendi her gün ve gecede kılınması farz, vacip ve sünnet olan namazlar ile bazı vakitlerde kılınması sünnet olan namazlara ve bunların rekât sayılarına yer vermiştir. Daha sonra da toplam iki yüz yirmi iki rekât olarak ifade ettiği bu namazlardan başka meşru namaz olmadığının altını çizmiştir. Ona göre bu namazlardan başka namaz olduğunu iddia etmek namaz ihdas etmektir. Böyle bir davranış ise bidat-ı kabîha (kötü bidat)'dır, Allah ve Resulüne iftiradır. Kadızâde, Regaip, Kadir ve Berat gecelerinde sırf bu gecelere özgü namaz kılmayı bidat-ı kabîha'ya örnek göstermiştir. Kadızâde, bu tür namazların yaşadığı dönemde Mekke, Medine, Kudüs, Şam, Halep, Mağrib, Özbek ve Hind gibi şehir ve bölgelerin hiç birinde kılınmadığını ifade etmiştir.

Kadıızâdeliler – Sivasîler tartışmasının taraflarından biri olan Kadıızâde Mehmed Efendi, gerek vaazlarında gerekse yazdığı risâlelerinde Müslümanların hayatına sonradan giren birçok uygulamaya bidat olduğu gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Yaşadığı dönemde mevcut olan tarikatlara sema, raks ve deveran gibi uygulamalara bidatlere zemin hazırladıkları gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Medrese-Tekke mücadelesi olarak da ifade edilen bu gruplaşmada Kadıızâde, İbn Teymiyye ve Birgivi Mehmed Efendi'nin bidatlere karşı yürüttükleri fikri mücadeleden etkilenerek medrese geleneğini savunmuştur. Ona göre, toplumda görülen olumsuzluklar ve devletin başına gelen siyasi ve askeri başarısızlıkların altında İslam'ın özünden uzaklaşma ve bidat türü uygulamaların yaygınlaşması yatmaktadır.

Kadıızâde'den sonra onunla aynı hareketin içinde yer alan Üstüvânî Mehmed Efendi Türkçe bir ilmihal kaleme almıştır. O, birçok fakih ve fıkıh kitabına referansta bulunduğu ilmihalinde temizlik ve namaz konusu başta olmak üzere zekât, oruç, hac gibi ibadet konularına yer vermiştir. Dönemin önemli ilmihallerinden biri olan bu risâlede de bidatlere karşı mücadelenin izleri görülmektedir. 16. yüzyıldan Tanzimat dönemine kadar aralarında “ilmihal” isminin ilk kez kullanıldığı ‘Mızraklı İlmihal’in de bulunduğu çok sayıda ilmihal kitabı/risâlesi yazılmıştır. İlmihal geleneği insanların pratik dini ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla içeriğine yapılan ilavelerle günümüzde de devam etmektedir.

BİR FIKİH KLASİĞİ OLARAK AHTERÎ'NİN "CÂMI'U'L-MESÂİL" ADLI ESERİ

Yrd. Doç. Dr. Mustafa KELEBEK*

Özet: Bu çalışmada, telif edildiği Osmanlı yükseliş döneminin sosyal dokusunu önemli ölçüde yansıtmısına rağmen uzun süre kütüphane raflarında saklı kalmış bir fıkıh eseri ele alınmaktadır. Çivizade (ö. 954/1547) ve Ebu's-Suud Efendi (ö. 981/1574) ile muasır bir müderris olan Ahterî (ö. 968/1561)'in Câmî'u'l-Mesâil adlı eseri hem Hanefî fıkhnın önemli bir örneği olması hem de döneminin sosyal dokusunu yansıtmaması itibariyle dikkat çekmektedir. Eser, füru-ı fıkhnın konularını, Buhara ve Semerkand meşâyihinin teliflerini referans alarak sunan özgün bir anlatıma sahiptir. Eserde fırka-ı dâlle tenkit edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ahterî, Câmîu'l-Mesâil, Fıkıh, Hanefî Fıkhn, Osmanlı Dönemi, Buhara, Semerkand, Meşâyih, Fırka-ı Dâlle.

A Classical Book/Codex For Islamic Law: Ahterî's Câmîu'l-Mesâil

Abstract: In this paper; it is adressed/discussed a manuscript of fiqh which is saved on libraries book shelves that could explain the period of Ottoman Ascension social form significantly. The book of Camiu'l Mesâil of Ahterî (968/1561) -whom is lived in the same period with Çivizade (954/1547) and Ebu's-Suud Efendi (981/1574) and is a *muderris* in the same time- is draw attention with being a reference book for fiqh of Hanefî and also being a mirror for social life of this period. The manuscript contains an original, typical expressions which reference to fiqh issues in Samarqand's and Bukhara's fiqh scholar's texts. In this manuscript the concept of *fırka-i dalle/ deviant sect* is also criticized.

Keywords: Ahterî, Camiu'l Mesail, Fiqh, Hanafi Fiqh, Ottoman Period, Bukhara, Samarqand, Fiqh Scholar, Fırka-i Dâlle.

GİRİŞ

Hanefî füru-ı fıkhnın usulünün, miladi 630 yıllarında Rasulullah'ın Muaz b. Cebel (r.a.)'ı Yemen'e vali olarak uğurlarken aralarında geçen konuşmadaki üsluba uygun olarak geliştiğini söylemek mümkündür. Rasulullah'ın *ne ile hükmedeceği sorularına; Allah'ın Kitabı, Rasulünün Sünneti, rey ve içtihadı* ile hüküm vereceğini söyleyen büyük sahabi, Rasulullah'ı hoşnut etmiştir.

Bu olaydan 100 yıl sonra yetişen Ebu Hanife (ö. 150/767), içtihadının temel esaslarını, *Kitab, Sünnet, Sahabe kavli ve içtihadı* üzerine kurmuştur. Bu anlayış üzerine yükselen Hanefî külliyyatı, önce Kûfe ve Bağdâd'dan doğruya doğru büyük bir fıkhn havzası oluşturmuş, sonra Buhara, Semerkand üzerinden Batıya doğru aslına sadık teliflerle aydınlık bir çağ açmıştır.

* Dumlupınar Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku ABD Öğretim Üyesi, mustafa.kelebek@dpu.edu.tr

İşte bu fıkıh havzasının Osmanlı yükseliş dönemindeki en önemli örneklerinden birisi de Ahterî (ö. 968/1561)'nin *Câmiu'l-Mesâil*'idir. Müellif, eserinde, Hanefi kaynaklarındaki esaslara sadık bir üslup içinde konuları anlatırken, aynı zamanda itikadi ve siyasi alandaki aşırı düşünceleri de cevaplandırmıştır. Mutezile, Kaderiye, Keysaniye, Mürcie ve Şîa fırka anlayışlarına karşı uyarıcı bir dil kullanmıştır.¹

I. CÂMIU'L-MESÂİL'İN TE'LİFİ VE MÜELLİFİN DİĞER ESERLERİ

A. *Câmiu'l-Mesâil*'in Müellifi ve Te'lif Dönemi

Câmi'u'l-Mesâil (), Muslihuddin Mustafa b. Şemseddin el-Ahterî (ö. 968/1561) tarafından telif edilmiş, fûrû-ı fıkıhın bütün konularını muhtevi ve Yavuz Sultan Selim'in (ö. miladi1520) son dönemi ile Kanuni (ö. miladi1566) döneminin sosyal dinamiklerini yansıtan önemli bir fıkıh şaheseridir.² Afyonkarahisar doğumlu olan Ahterî küçük yaşında babası Ahmed Çelebi tarafından ilim tahsili için dönemin ilim ve sanat şehri Germiyanogluları merkezi Kütahya'ya getirilmiştir. Bu şehirde tahsil hayatını tamamlayan Ahterî, Hanefi fıkıhında derin bir ilmi kapasiteye ermiş, Halîliye Medresesi müderrisi olmuş, başta lugat, fıkıh ve tarih olmak üzere çeşitli alanlarda eserler vermiştir.

Büyük Osmanlı Şeyhülislamı Ebussuûd Efendi'nin (ö. 981/1574)³ muasırı olan müellif, bu eseriyle fıkıh ilminde, özellikle de Hanefi fıkıhında derin bir müktesebata sahip olduğunu göstermektedir.

Kâtip Çelebi de *Câmi'u'l-Mesâil*'in bir fûrû-ı fıkıh kitabı olduğunu şöyle belirtir:

1 Ahterî Musatafa Efendi, *Câmiu'l-mesâil*, Süleymaniye Kütüphanesi, Yazma Eserler, Kılıçalipaşa, nu: 339, vr. 284.

2 Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I-II, Dâru İhyâit-türâsî'l-Arabî, Beyrut ts., I, 31; Kehhâle, *Mu'cemu'l-müellifin*, XII, 240; Ali Rıza Karabulut, *Mu'cemu'l-mahtûtâtî'l-mevcûde fî mektebâti İstanbul ve Anatoli*, yy., ty, III, 1549-1550; Gıyas, Sağır, "Ahterî Mustafa Efendi", *Türklük Dergisi*, İstanbul 1939, s. 110-112; Mehmet Saadettin Aygen, *Afyonkarahisarlı Âlim ve Lügatçı Muslihuddin Mustafa b. Şemseddin Karahisari Ahterî*, 1980 Afyonkarahisar, s. 150; Hulusi Kılıç, *Türkçede Arap Lexicographiesi Çalışmaları*, (Doktora Tezi), Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Bursa 1984 s. 29-36; *Türk Dünyası Edebiyatçılar Ansiklopedisi*, Atatürk Kültür Merkezi, Ankara 2002, I, 207. Sağır ve Ülkütaşır, tam bir fıkıh kitabı olan bu eseri, furua ait meseleleri ele alan bir risale olarak gösterirler. Fıkıha dair başka bir eserin varlığından bahsederler ve adının "*Câmiu'l-lisan*" olduğunu aktarırlar (bk. Gıyas Sağır, "Mustafa Ahterî Efendi", *Türklük Dergisi*, İstanbul 1939, s. 110-112; M. Şakir Ülkütaşır, "Ahterî Mustafa Efendi", *Türk Dili*, Ankara 1952, 1/7, s. 426-427). Böyle bir kitaptan yani, "*Câmiu'l-lisan*" adlı bir fıkıh kitabı olduğundan bahseden başka kaynaklar da vardır (*Küçük Türk İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1974, I, 62). Oysa böyle bir eserin olduğuna dair kaynaklarda bilgi bulunmamaktadır. (varlığına müsbet cevap veren mehzaz bulmak zor olsa gerektir). Bu yanlış değerlendirme ve adlandırma, Câmi'u'l-Mesâil ifadesini yanlış okumaktan kaynaklanmış olabilir (bkz. Kılıç, *Türkçede Arap Lexicographiesi Çalışmaları*, s. 29-36. Kâtip Çelebi, bu eserin önemli bir fıkıh kitabı olduğunu açıkça beyan eder. (bk. Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 574). Kaldı ki, müellif bizzat bu eserini bir fıkıh kitabı olarak telif ettiğini ve adına *Câmi'u'l-mesâil* adını verdiğini ifade eder. (bk. Ahterî Mustafa Efendi, *Câmiu'l-mesâil*, Süleymaniye Kütüphanesi, YazmaBağışlar, nu: 993, vr. 9a; Kılıçalipaşa, nu: 339, vr. 6a; Diyarbakır Ziya Gökalp İl Halk Kütüphanesi, nu: 0618, vr. 6; Manisa İl Halk Kütüphanesi (Yazma Eserler), nu: 3031, vr. 1).

3 Pehlül Düzenli, *Şeyhülislam Ebussuûd Efendi ve Fetvaları*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2012, s. 85.

جامع المسائل في الفروع، لمصطفى بن شمس الدين الأختري القره حصارى الشهر بأمر الفتاوى الحنفى
ثمان و ستين وتسعمائة وهو كتاب كبير مرتب على أبواب الفقه، أوله: الحمد لله الذي ٩٦٨ المتوفى سنة
أخرج أرواح العلماء من كتم العلم... الخ. ذكر أنه التقط فيه ما كثر وقوعه من مصنفاً المتقدمين عربياً عن
الدلائل لتصغير حجمه...

"Bu kitap, hicri 968 (miladi 1561) senesinde vefat eden Ahterî'ye ait olup hacminin küçük olmasına rağmen bütün fıkıh konularını ihtiva eden, düzenli ve büyük bir eserdir".⁴

B. *Câmi'u'l-Mesâil*'in Yazma Nüshaları

Bütün kaynaklar, orijinal bir fıkıh kitabı olan bu eserin Ahterî'ye ait olduğunda müttefiktirler.⁵ Bu esere ait beş ayrı yazma nüshaya ulaştık. Bunlardan üçü Süleymaniye Kütüphanesi yazma eserler bölümünde, bir nüsha Diyarbakır Ziya Gökalp İl Halk Kütüphanesi yazma eserler bölümünde, bir nüsha da Manisa İl Halk Kütüphanesi Yazma Eserler Bölümünde bulunmaktadır:

1. Süleymaniye Kütüphanesi Kılıç Ali Paşa, 339 rakamıyla kayıtlı, toplam 330 varaktan oluşan *nesih* yazı ile istinsah edilmiş nüshasıdır. Her sayfa 29 satırdan oluşur. Bu nüshada eserin özgün adı, "*Câmi'u'l-Mesâil*" şeklindedir. Kendisini, Abdurrahman Muhammed Ali es-Sâvî el-Hevâdî olarak takdim eden müstensih, bu nüshayı hicri 991 yılında istinsah ettiğini kaydetmektedir ki, bu da miladi 1580 yılına tekabül eyler.⁶ Bu nüshanın mukaddimesinde müellif, mukaddime kısmında bu esere "*Câmiu'l-Mesâil*" adını verdiğini belirtir.⁷

2. Süleymaniye Kütüphanesi Yazma Bağışlar, 993 rakamıyla (tasnif no: 297.4 Hanefi Fıkıhı olarak) kayıtlı, toplam 229 varaktan oluşan *talik* yazı ile istinsah edilmiş nüshasıdır. Her sayfa 28 satırdan oluşur. Müellif kitabın mukaddimesinde bu esere, "*Câmiu'l-Mesâil*" adını verdiğini belirtir.⁸ Müstensih bu nüshanın hicri 970 senesinde tamamlandığı kaydını düşmektedir ki, bu da miladi 1563 yılına tekabül etmektedir. Bu yıl Ahterî'nin vefatından bir yıl önceki tarihtir. Bu nüshanın müellifin sağlığında yazılan nüsha olduğu söylenebilir. Gerçi müellifimizin ölüm tarihini miladi 1560 yılı olarak kaydedenler var ise de, bunun hicri yılı miladi yıla çevirirken kullanılan inisiyatif olduğunu varsaydığımızda onun vefatının miladi 1561 yılında gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Bu durumda bu nüshanın yazımı, müellifimizin vefatından dokuz yıl sonra tamamlanmış demektir.⁹

4 Kâtib Çelebi, *Keşfu'z-zunûn*, I-II, Dâru İhyâ'it-türâsî'l-Arabî, Beyrut ts., I, 574 .

5 Geniş bilgi için dipnot 1'de zikredilen kaynaklara bakılabilir.

6 Ahterî, Kılıç Ali Paşa, 339 vr. 227.

7 Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, vr. 6a.

8 Ahterî, Yazma bağışlar, nu: 993, vr. 9a.

9 Bkz. Ahterî, Yazma bağışlar, nu: 993, vr. 229, "تم الكتاب بعون الله الملك الوهاب في ثامن ربيع الآخر سنة سبعين و تسعمائة".

3. Süleymaniye Kütüphanesi Fatih, nu: 2471'de kayıtlı, toplam 354 varaktan oluşan *talik* yazı ile istinsah edilmiş nüshasıdır. Her sayfa 27 satırdan oluşur. Eserin Sultan Mahmud Han tarafından vakfedildiği baş tarafında kaydedilmiştir. Bu nüshada eserin özgün adı, “*Câmiu'l-Mesâil/Ümmu'l-Fetâvâ*” şeklindedir. Nüshanın baş tarafındaki ilk 2 varak bazı fetvalara ayrılmış, asıl konuya ondan sonra girilmiştir. Kaynaklar bu nüshanın Ahterî'ye ait olduğunu göstermekle beraber yakından incelendiğinde bu eserin Ahterî'ye nisbet edilmesini zorlaştıran izlere rastlanabilmektedir.

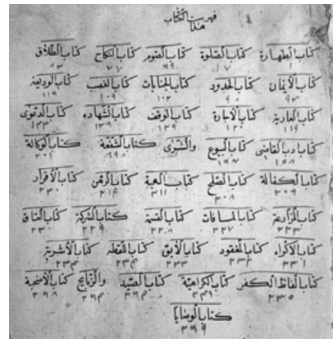
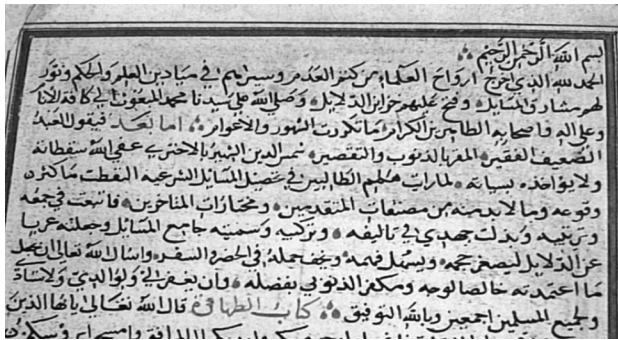
4. Diyarbakır Ziya Gökalp İl Halk Kütüphanesi'nde DYBZG0618 numarasıyla kayıtlı bu nüsha 374 varaktır. Her sayfa 25 satırdan oluşur. Adının Ahmed olduğunu beyan eden müstensih, bu nüshayı hicri 1007 yılında Bakırâbâd Vilayeti'nde istinsah ettiğini belirtmektedir.¹⁰

5. Manisa İl Halk Kütüphanesi Yazma Eserler MHK3031 numarasıyla kayıtlı bu nüsha 366 varaktır. Her sayfa 24 satırdan oluşur. Eser, Ebu's-Suud adlı bir müstensih tarafından hicri 956 senesinde yani müellifinin sağlığında istinsah edilen elimizdeki ilk nüshadır.¹¹

C. *Câmi'u'l-Mesâil'in* Mukâbeleli Nüshası

Bu nüsha, Süleymaniye Kütüphanesi Yazma Bağışlar, 993'de (tasnif no: 297.4 Hanefi Fıkhı olarak) kayıtlı olan nüshadır. Müellifin sağlığında istinsah edilen Manisa Nüshası gibi bu nüsha da en okunaklı olanıdır.

Nüshanın başlangıcından bir kesit:



10 DYBZG0618, vr. 372.

11 MHK3031, vr.366.

D. Müellifin Diğer Eserleri

1. Ahter-i Kebir: Ahterî'nin en tanınan eseri olan Arapça-Türkçe lügati yaklaşık 30.000 kelimededen oluşmaktadır. Arapça kelimelerin Türkçeye aktarılmasında Afyon ve Kütahya şivelerinin kullanılması bu sözlüğü orijinal kılan önemli hususiyetlerinden birisidir.¹²

2. Tarih: Süleymaniye Kütüphanesi Yazma Eserler Bölümünde bir nüshası bulunmaktadır. Bu nüsha, Süleymaniye Kütüphanesi, Fatih bölümü 4211-001rakamıyla kayıtlı olup 140 varaktan ibarettir. Ancak son 40 sayfanın başka bir ilave olduğu izlenimini veriyor. Tarihi, siyer, kısas-ı enbiya, tarih-i hulefa ve İslam Tarihi şeklinde efradını cami, ağyarını mani bir mahiyet arzettiği söylenebilir. Kendisi kitabının mevzuunu ele alırken, " Âdem aleyhisselamdan ahir zaman Peygamberine, dört halifeden ashaba kadar= ...من آدم عليه السلام إلى رسول آخر الزمان وإلى الأصحاب و أئمة الأربعة" diyerek eserin muhtevasını özetler. Nitekim eserin ilk satırlarında insan, cin ve şeytan ayrımını açıklar ve "... nasıl ki beşeriyetin atası Âdem ve şeytanınki İblîs ise cinniler de dumansız ateş özündendir= مارج من نار هو أبو الجن كما أن آدم أبو البشر و إبليس أبو الشياطين" şeklinde tespitlerde bulunur.¹³

3. Tercemetu Hadisi'l-Erbain: Bazı kaynaklarda 40 Hadis ve tercemesi mahiyetinde olan bu hadis kitabından bahsedilmektedir.¹⁴

4. Mantık (Şerhun alâ Risaleti'l-Kefevî): Bu eser, mantık alanında yazılmış olan Kefevî Risalesinin bir şerhi mahiyetinde olup Süleymaniye Kütüphanesi, Yazma Eserler Seraz bölümü, 3851/14'de kayıtlı bir nüshası mevcuttur.¹⁵

5. Muhadarat (Camiu'l-Muhadarat, ya da Hamilu'l-Muhadarat): Böyle bir eserin varlığı anlatılmakla ve birden fazla kaynakta zikredilmekle beraber, hiç kimse hangi kütüphanede mevcut olduğunu kaydetmemektedir. Sağer, böyle bir eserin varlığını "*Bursalı Tahir Beye göre*" diyerek atıfta bulunur.¹⁶

6. Risaletun fi Beyani Ahvâli Ba'dî'l-Enbiyâ: Bazı kaynaklarda bu eserin varlığından bahsedilmektedir.¹⁷

12 İslam Ansiklopedisi, "Ahterî" maddesi, MEB Yayınları, İstanbul 1950, I, 228; Hulusi Kılıç, "Ahterî Muslihuddin Mustafa", *TDVİA*, İstanbul 1998, II, 184-185.

13 bkz. vr, 1/b. Müellifimizin Tarihi üzerine atıfta bulunan araştırmacılar olmakla beraber (Sağer, s. 110-112; Karabulut, III, 1549-1550; Türk Dünyası Edebiyatçılar Ansiklopedisi, I, 207), tahkikinin yapılmadığı kanaatindeyiz

14 Ali Rıza Karabulut, *Mu'cemu'l-mahtûtâtî'l-mevcûde fi mektebâti İstanbul ve Anatoli*, yy, ty, III, 1549-1550.

15 Ayrıca bk. Karabulut, III, 1549-1550; Türk Dünyası Edebiyatçılar Ansiklopedisi, Atatürk Kültür Merkezi, Ankara 2002, I, 207.

16 Sağer, s. 110-112; Türk Dünyası, I, 207.

17 Karabulut, III, 1549-1550.

II. ESERİN MUHTEVASI VE ÖZGÜN YAPISI

A. *Câmiu'l-Mesâil*'in Hususiyetleri

Eserin yazıldığı hicri onuncu asrın sonları, İslam Hukuk literatürü açısından duraklama asrı sayılır.¹⁸ Artık bütün ictihadî hareketler bir anlamda tamamlanmış, bütün kaynaklar ve temel eserler telif edilmiş, hatta fetva kitabı yazma geleneği de ikmal edilmiş durumdadır.¹⁹ Nitekim, Ahterî döneminin en ünlü fetvâ sahibi Şeyhulislam Ebussuûd Efendi (ö. 981/1574), kendi fetvalarını önceki fetva kitaplarına dayandırdığını, “*Bezzâziye*” gibi bir kaynak varken, müstakil bir fıkıh kitabı yazmaya haya ettiğini ifade ederek, (أستحي) demesine sebep olacak kadar bol kaynak mevcuttur.²⁰ Fetâvâ-yı Bezzâziye, Hafızuddin Muhammed b. Muhammed b. Şihâb İbnu'l-Bezzâz el-Kerderî (ö. 827/1424) tarafından hazırlanmış bir eser olup, özgün adı “*Câmiu'l-Vecîz*”dir.²¹

Ebussuûd Efendi fetvalarının en önemli kaynağı olan *Bezzâziye*, daha önce Ahterî tarafından müracaat olunan önemli bir eserdir. Burada zikre değer bir husus da, Ebussuûd Efendi ile ilgili değerlendirmelerde bulunan İslam Hukuku araştırmacılarından bazıları onun *ashâb-ı tercih* (mutlak müçtehid ile başlayan fikhî uzmanlık sıralamasındaki beşinci derece), hatta müçtehit derecesine ulaşabileceğini söylemeleridir.²² Ebussuûd Efendi ile Ahterî arasındaki benzerliklere bakıldığında, her iki âlimin de aynı dönemin siyasi ve sosyal şartlarında fıkıh ilmi tahsil etmiş oldukları, toplumsal problemlerinin ve ilmi dayanaklarının ortak olduğu sonucuna varılabilir. Bu dönem, İslam Coğrafyasında istikrar ve azametın sağlandığı görkemli dönemdir. Bir farkla ki, Ahterî, Ebussuûd Efendi kadar ön plana çıkmasa bile ondan daha derin bir fikhî müktesebata sahip olduğu kanaatindeyiz.

Eserin adından, İslam Hukukunun bütün konularını ihtiva ettiği zaten anlaşılmaktadır. Zira mesâil (المسائل) tabiri, furû-ı fıkha ait konular demektir. Nitekim *Molla Hüsrev, Fürû'* (الفروع) tabirini izah ederken, onu *mesâil-i şer'iyye-i fer'iyye* (المسائل الشرعية الفرعية) olarak, yani İslam hukukunun fer'i meselelere ait detay hükümleri ve açıklanmaları olarak izah etmektedir.²³

18 Recep Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları*, Bursa 2001, s. 368.

19 Düzenli, s. 85.

20 *Keşfu'z-zunûn*, I, 242; Düzenli, s. 65.

21 *Keşfu'z-zunûn*, I, 242; Ahmed Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, Ankara 1990, s. 92.

22 Muhammed Amim el-Ihsan el-Müceddidî, *Kavâidu'l-fikh*, Karaçi 1986, s. 569; Bilmen, Ömer Nsuhi, *Hukuku İsk lamiye ve Istilahat-ı Fikhiye Kamusu*, İstanbul, ts. I, 357; Karaman, Hayrettin, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul 1989, s. 303; el-Hacvî, *el-Fikru's-sâmi fi'l-fikhi'l-İslâmî*, el-Medîne el-Münevvera, I, 187-188. Gerçi Muhammed Zâhid Kevserî, bu değerlendirmeni abartılı olduğuna işaret eden ve Ebussuûd Efendinin fetvalarının Hanefî literatürü içinde zayıf kalacağını ifade ettiğini burada belirtmek gerekir. Bkz. Muhammed Zâhid el-Kevserî, *Fikhu ehli'l-İrâk ve hadîsuhum*, thk. Abdulkadir Ebu Ğudde, Beyrut ts., s. 113-114.

23 Molla Hüsrev (885/1480), Muhammed b. Feramuz b. Ali Rumi, *Mir'âtu'l-usûl fi şerhi Mirkâti'l-vusûl*, Salah Bilici Kitabevi, İstanbul ts., s. 4). Eserin özgün adı, *Câmi'u'l-mesâil* olduğuna göre fikhin bütün ana konularını ihtiva eden bir furû' kitabı olduğu anlaşılıyor. Şu kadar var ki, aynı isimle telif edilen bazı kitaplarda, bu yol izlenmemiş, daha geniş konular ele alınmış, bazı itikad ve kelam konuları da telife dâhil edilmiştir (bk. İbn Teymiye, Ahmed b.

Konuyu ele alış şekli fikhî üslubu ve ifadesi, bütün Hanefî ülemasında olduğu gibidir. Klasik fıkıh kitaplarındaki gibi furû-ı fıkha ait şer'î hükümü yalnız bir şekilde ele alır ve açıklar. Açık, anlaşılır ve kolay bir anlatım özelliği vardır. Ayrıca diğer furû-ı fıkıh kitaplarından farklı olarak, her konunun sonuna ilgili fetvalar ekler ve güncel yorumlar yapar. Böylece muhatabın konuyu daha iyi ve kalıcı olarak kavramasını sağlar.²⁴ Ayrıca, vakî veya nazari sorular sorarak meseleleri kazuistik bir üslup içinde pekiştirir. Anlattığı konuların ve fetvaların referansını zikreder. Ebusuûd Efendi'de olduğu gibi en çok başvurduğu referansı Bezzâziye'dir.²⁵

Bir fikhî hükümü açıklarken o hükmün dayandığı "usûl kâidesi"ni zikreder. Mesela Kurban kesmenin Hanefilerde neden "vâcip" olduğunu açıklarken önce bu hükmün şer'î delilini zikreder. Mesela: emir sîğası ile varid olan, "kim bayram namazından önce kurban keserse kurbanı yeniden kessin", Hadisini zikreder. Sonra da emrin vücup ifade ettiğine dair usûl kâidesini zikreder.²⁶

Yine "hayvan kesimi" bahsinde, besmelesiz kesimi ve besmelesiz kesilen hayvan etini yemeyi yasaklayan, "üzerine besmele çekilmeden kesilen hayvanların etinden yemeyiniz"²⁷ ayetindeki nehyin tahrîm ifade ettiğini bir usûl kâidesi olarak belirtir.²⁸

Fikhî hükümleri açıklarken Ayet ve Hadisleri delil olarak kullanır: Mesela zebîha bahsinde de ayetlerin tefsiri mahiyetinde olan hadisleri ölçü alır. Kitabın/ Kur'anın vazettiği ana ölçünün uygulanmasında hadisleri referans alır.²⁹

فصل: في الذبائح جمع ذبيحة وهي المذبوحة يُذَكَّى اختياراً أي في حالة الاختيار في الحلق واللثة وهي النحر يعني فيما بينهما لقوله عليه السلام: «الذكوة ما بين اللبة واللحين»، أراد به موضع الذكوة. وفي الذخيرة: إذا وقع الذبح أعلى من الحلقوم محلّ لكونه ما بين اللبة واللحين، واضطراراً بالجرح...

(Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, v. 321)

Besmelenin hem ihtiyârî hem de ızdırârî kesmede şart olduğunu Hanefî literatürüne uygun olarak açıklar ve İmam Şâfiî'nin ızdırâr halinde zebhün müstehap olduğuna dair içtihadına katılmaz. Şöyle ki, etinin mısımlı olması için hayvanı besmele ile kesmek gerektiği, müsellemler bir şer'î hükümdür. Kesmek ise iki şekilde olur. Bunlarda birincisi, ihtiyârî zebh denilen normal şartlardaki kesimdir. Böyle bir kesimde kesilecek hayvan ile kesim işlemini gerçekleştirecek şahıs arasında en-

Abdihalim (728/1328), *el-Mesâil*, I-VII, (thk. Muhammed Uzeyr Şems), Dâru Âlemi'l-Fevâid, Mekke 1422/1998).

24 Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, vr. 33a.

25 (Eşler ev eşyalarının taksimi konusunda ihtilaf etseler, hanımların kullandığı eşyalar zevceye, erkeklerin kullanması adet olan şeyler erkeğe ait olur). bk. Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 2, 223 - Sadruş-Şeria -: Nevazil'de ifade edildiği üzere, eğer evli bir kimse, "şu işi yaparsam helalim bana haram olsun" der ve o işi de yaparsa eşini boşamış olur. bk. Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, vr. 4a).

26 bkz. Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, v. 322.

27 En'âm, 6/121.

28 Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, vr. 321.

29 Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, vr. 321.

gel yoktur. Gerek Hanefiler, gerekse Şâfiiler ittifakla böyle bir kesimde bismelenin “*olmazsa olmaz şart*” olduğunu beyan ederler. Ancak bir de *ızdırârî zebh* vardır ki, bunda kesimi yapan şahıs ile hayvan aynı mekânda olmaz, aralarında engel vardır. Mesela av hayvanı buna misaldir. Bu durumda o av hayvanına ok atan, silah sıkın veya müallem (terbiye edilmiş) köpek salan kişi ne yapmalıdır? Hanefilere göre daha işin başında besmele çekilmesi şarttır. İmam Şâfiî (ö. 204/820) ise, burada bismelenin şart olmadığı, sadece müstehab olduğu içtihadındadır. İşte müellifimiz bu tartışmaya girer ve Hanefilerin delillerini daha isabetli bulur. Şer’î delillere bağlı olarak ve metninde ilgili hadisi zikrederek ızdırârî zebihde yalnız unutmada olduğunda besmelesiz av hayvanının etinin yenilebileceğini açıklar.

Aynı zamanda büyük bir dilci olan Ahterî, şer’î delillerden hüküm çıkarırken lafızların ifade ettiği mana derinliklerini irdeler ve istediği sonuca lafzî yorumla ulaşır. Mesela, besmele dışında başka bir söz gerekmediğini, başka bir lafız kullanılırsa bunun kesimin cevazına zarar getirebileceğini açıklarken şu misalleri verir: *Eğer bir kimse, ‘bismillahi’ dedikten sonra, bir de ‘Muhammedun Rasulüllah’ dese, bu ikinci lafzı merfû’ söylediği için –besmele ile- bağlantısı olmayacağından kesimi caizdir, ama mekruh olur. Çünkü Kesimde sadece Allah adı anılacaktır. Bu konuda ayet vardır, ayet ise katî delildir. Ama bir kimse ‘bismillahi’ dedikten sonra, peşinden ‘Muhammedin Rasûlillahi’ şeklinde mecrûr okusa, bu iki lafız arası atıfla birleştirilmiş olur ve kesim sahibi, “ben bu hayvanı Allahın ve Rasulünün adıyla kesiyorum” demiş olacağından o hayvanın eti haram olur.*³⁰

Bir şer’î hükmü açıklarken her zaman olduğu gibi o konuda halkı uyarıcı güncel fetvalarını da ekler. Bu üslubunu kesimle ilgili hükümlerde de görürüz. Hayvan kesiminde nelerin farz, nelerin caiz olduğunu açıklarken aynı zamanda nelerin kişiyi küfre düşüreceğini de verir. Bu hususta şu notları düşer: “*Bir kimse kesim için henüz besmelesini çekmeden önce ya da kesim bittikten sonra, Allah’ın adı dışında birisini ansa, dua etse, bu mekruh olmaz. Zira Rasulullah kesimi bittikten sonra şöyle dua etmiştir: ‘Allahım, bu kestiğim kurbanı ümmetimin adına kabul buyur’. Bazı âlimler şu hususa dikkat çekmişlerdir: ‘Eğer bir kimse bilerek terkedilen bismelenin caiz olduğuna itikad etse küfre düşer.’ Çünkü kesimde bismelenin farzıyeti ve gerekliliği, kat’î delil ile sabittir; o da Kitab ve selefin icmasıdır. Bizim âlimlerimiz şöyle demişlerdir: ‘Şayet bir kâdî besmelesiz kesilen hayvanın etinin satılabileceğine hükmetse, bu kararı uygulanmaz’. Hulâsa adlı kitapta şu fikhî hüküm kayıtlıdır: Şayet bir kimse kesim hazırlığı yaparken besmeleyi çekse, bıçağı bilese de o sırada keseceği koyun tepe-taklak yıkılsa, sonra da doğrulup ayağa kalksa, bismelenin alanı dışına çıkmış olur, önceki çekilen besmele artık geçersizdir. Eğer hayvan yeniden besmele çekilmeden kesilecek olsa, eti yenmez’.*³¹

30 Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, vr. 321.

31 Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, vr. 321.

– لو ذكر غير الله قبل التسمية أو بعد الذبح لا يكره لقوله عليه السلام بعد الذبح: «اللهم تقبل هذا من أمة محمد». قال بعض العلماء: من اعتقد إباحتها متروك التسمية عامداً يكفر، لأن حرمة ثابتة بدليل مقطوع به وهو الكتاب وإجماع السلف. وقال علمائنا: القاضي لو قضى بجواز بيعه لا يُنفذ قضاؤه. وفي الخلاصة لو سُمِّيَ وحده الشفرة أو انقلب الشاة وقامت من مضجعها انقطعت التسمية ولا يؤكل. – شرح مجمع-

(Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, vr. 321)

Fıkıhî hükümleri diğer mezheplere atıfta bulunarak bir “*fıkh-ı mukâren*” şeklinde mukayeseli olarak sunar.³² Mesela Kurban kesmenin İslami bir şiar oluşuna dair İslam mezhepleri arasındaki ittifakı aktardıktan sonra, kurban kesmenin hükmü konusundaki Hanefî ve Şafiî farklılığını hadislerle açıklar. Kendi tercihini Hanefî literatürüne uygun olarak belirtir. Böylece ümmet arasındaki bu tatbikata tartışmaları önleyecek noktayı kor.

– الأضحى: وهي بتشديد الياء اسم لما يذبح في أم النحر بنية القرية لله تعالى و يجمع على أضاحي و نواحيها على مسلم حرّ موسر مقيم شاة عن نفسه. فلا يجب على من يتّصف بالأوصاف المذكورة عندنا، وقال الشافعيّ رحمه الله سنة لقوله عليه السلام: «ثلاث كُتِبَ عليّ و لم يكتب عليكم: الوتر و الضحى و الأضحى». و لنا قوله عليه السلام: «من ضحّى قبل الصلاة فليُعدّ». فلولا أنّها واجبة لما أمر بإعادتها، و الأمر للوجوب ...

(Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, vr. 322)

Fıkıh öğrenmeyi daha çok teşvik eder. Müslüman âlimlerin telif ettikleri temel İslam bilimlerini etüd etmenin, geceleri teheccüde kalkıp geceyi ibadetle ihya etmekten daha öncelikli olduğunu, fıkıh dersinin ise Kur'an tilavetinden öncelikli olduğunu *Bezzâziye*'yi referans alarak vurgular.³³

– النظر في كتب أصحابنا خير من قيام الليل، و كذا درس الفقه من قراءة القرآن... – بَرّازية-

(Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, vr. 197)

B. Referansları

Bütün Hanefî Ulemasını kaynak kabul eder ve klasik furû-ı fıkıh kitaplarına atıfta bulunur. Fetvalarında atıfta bulunduğu eserlerden bazıları aşağıdaki gibidir.

- Furû-ı Fıkıh kaynakları:		
- Hidâye	- Kudûri	- Muğni
- İhtiyâr	- Kerhî	- Şerhu Mecma'
- İnâye	- Mebsut	- Tahâvî
- Kâfi		- Tuhfe

32 Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, vr. 322.

33 Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, vr. 197.

- Fetva kitapları:		
- Bezzâziye (el-Câmiu'l-Veciz/ Fetâvâ'l-Kerderî)	- Hulâsa	- Rûhu'l-Ahyâ
- Câmiu'l-Fetâvâ	- Kâdihân	- Sadru'sh-Şeria
- Cevâhir	- Kinye	- Şerhu Meşârık
- Ebu'l-Leys es-Semerkandî (en-Nevâzil)	- Mi'râcu'd-Dirâye	- Şerhu Nikâye
- Ferayid	- Muhîyt	- Şerhu Şir'a
- Firdevsî	- Müntehab	- Şir'a
- Hâvî	- Müntekâ	- Vâkıâtü Hassâfi
- Hazânetu'l-Fetâvâ	- Münye	- Yenâbî'
	- Nihâye	- Zehıyre

C. Eserin Özgün Anlatımı ve Bazı Fetva Örnekleri

İbadat, muamelat ve ukubata müteallik fûru konularını, Osmanlı yükseliş döneminin sosyal yapısına uygun bir özgüven içinde ele alıp anlatır. Geniş İslam coğrafyasının siyasi birliğine dair fıkhi hükümleri aktif bir şekilde günceller. Gayrimüslim tebeanın haklarını fıkhi hükümler bağlamında korurken, hileli ve güvensiz davranışlara karşı tedbirli bir anlatım tekniği kullanır. Bu hususlara dair bazı ipuçlarını aşağıdaki örneklerde bulmak mümkündür.

1. Ehl-i kitabın kesimine ilişkin çok önemli bir görüşü ve dayanakları: Rasûl aleyhisselâmın buyruğu gereği Müslümanın ve kitâbının kestiği helaldir. Ancak kimlerin “*ehl-i kitâb*” kabul edileceği hususunda ihtilaf hâsıl olmuştur. İbn Abbas (ra) bu konuda şöyle der: “*buradaki kitabîden maksat Arap Hristiyanı olan ehl-i kitaptır. Çünkü Rasulullah'a Arap Hristiyanlarının kestikleri sorulmuş, o da şöyle buyurmuştur: Bunda bir beis yok, helaldir. Zira onlar Allah Tealanın vahdaniyetini ve İsa aleyhisselâmın nübüvvetini tasdik ederler*”. Bu anlayış genel manada bütün tâbilerin içtihadıdır. Ebu Hanife ve ashâbı da bu anlayışı tercih etmişlerdir. Abdullah b. Mübarek şöyle demiştir: “*kitâbî olan Hristiyan ve Yahudiler, Rasulullah zamanında Allah Tealanın vahdaniyetini ve İsa aleyhisselâmın nübüvvetini tasdik ederler, İncili okurlar ve İncildeki şeriat ve hükümleri uygularlardı. Bu itibarla onların kestikleri helaldir, çünkü bunlar, Rasulullah'ın tarifinde geçen ehl-i kitaptırlar*”.

Günümüzdeki zimmî Hristiyanlara gelince, bunların kestikleri helal olmaz. Çünkü bunlar, Rasulullah'ın hadisinde geçtiği üzere, Allah Tealanın vahdaniyetini ve İsa aleyhisselâmın nübüvvetini tasdik eden Hristiyanlar değildirler. Aksine bunlar İsa Peygamberi ilah kabul ederler, ama korkularından dolayı Onu ilah kabul ettiklerini Müslümanların yanında söylemezler. Bunlar İncilde yazılı olanlara da iman etmezler. Aksine İncildeki hükümleri değiştirirler ve gerçek vahiy birikintilerini çıkarırlar. Çıkardıkları hükümlerin yerine batıl ve sapık cümleleri yazarlar. Nitekim Allah Teâlâ bunlar için: “*yazıklar olsun onlara, elleriyle yazıp uydurdular,*

yazıklar olsun onlara elleriyle yazıp duruyorlar”, buyurmaktadır. Bu bahis, -*Aynu'l-İmâd*- adlı kitaptan nakledildi –Merğînânî-³⁴

... قوله: و ذبيحة المسلم و الكتابيّ حلال، و اختلفوا فيه، قال ابن عباس: « و هو أهل الكتاب من نصارى العرب»، لما روي أنه عليه السلام سئل عن ذبايح نصارى العرب، فقال: «لا بأس به لأنهم مقرّون بوحدانية الله تعالى و بنبوّة عيسى عليه السلام». و هو قول عامّة التابعين و به أخذ أبو حنيفة و أصحابه. قال عبد الله بن المبارك: «الكتابي هو اليهود و النصارى كانوا في عهده مقرّون بوحدانية الله تعالى و بنبوّة عيسى عليه السلام و يقرؤون الإنجيل و يأخذون ما فيه من الشرائع و الأحكام فيحلّ ذبيحتهم لأنهم من أهل الكتاب».

و أما ذبيحة الدّميين الذين كانوا في زماننا لا يحلّ، لأنهم ليسوا من النصارى الذين يقرّون بوحدانية الله تعالى و بنبوّة عيسى عليه السلام، بل يأخذون عيسى إلهاً و لا يقولون عند المسلمين إلهاً خروفهم و لم تؤمنوا ما هو في الإنجيل بل غيروا حكم الإنجيل و أخرجوا ما هو الحق و كتبه فيه الأباطيل و الضلال. قال الله تعالى في حقهم: «فويل لهم مما كتبت أيديهم فويل لهم مما يكتبون». نقل من – عين العماد – المرغيناني...

(Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, vr. 321)

2. Mürted yeniden İslama döndüğünde önceki ibadetleri geçerli olur mu?: Mürted yeniden İslama girse eski ibadetleri “*keenlemyekün*” olur, ama sadece haccı iade eder, diğer ibadetlerini kaza etmez.³⁵

و من ارتد ثم اسلم و قد حج مرة فعليه أن يحجّ ثانيا و ليس عليه إعادة الصلاة و الزكاة و الصيامات لأن الردة صار كأنه لم يزل كان كافرا فأسلم و غني فعليه حج و ليس عليه ساير العبادات...

(Ahterî, Kılıçalıpaşa, 339, vr. 296b)

3. Tekfire dair fetvalar:

a. Allah'ın kudretine dil uzatan –her ne suretle olursa olsun- küfre düşer: Bir kimse hasmına, “*sen âlemlerin ilahı olsan, yine de senden alacak olduğum malımı söke söke alırım*” dese, küfre düşer. Zira bu sözülle Allah'ın kudretine meydan okuma küstahlığında bulunmuş olur. Böyle saygısız bir sözü peygamber için sarfetse, mesela, “*falanca peygamber de olsa ondan hakkımı alırım*” dese, gerçekten istediği hak talebi ise küfre düşmez, aksi halde yine küfre düşer...³⁶

b. Kat'î delille sabit bir İslam esasının inkârı veya haramı helal saymak küfre düşürür: Âlimlerimiz ittifak etmişlerdir ki; bir kimse, Kur'an, mütevatir hadîs ve kat'î icmâ ile sabit olan bir *şer'î hükmü inkâr etse*, mesela Beş Vakit Namazı, Ramazan Orucunu, Zekâtı. Haccı, cünüplükten veya hayızdan sonra yıkanmayı, hadesten sonra abdest alınmasını... inkâr etse, küfre düşer. Öyle ki, eğer böyle bir sapık inkârlarına devam edecek olursa öldürülür. Bu konuda olayı örtmeye yönelik sarfettiği tevilleri kabul edilmez, iş cahilliğine yorumlanmaz. Bazı âlimler, bir şah-

34 Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, vr. 321.

35 Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, vr. 296b.

36 Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, vr. 235.

sın cenaze namazının farz oluşunu inkâr etmesinin kendisini küfre düşüreceğini, beyan etmişlerdir.³⁷ Yine bir kimse, haram olan şeyi –haram olduğunu bile bile– helal kabul etse, mesela, mahremiyle nikâhlanmayı, içki içmeyi, ölmüş hayvanın etini yemeyi, akmiş kanı, domuz etini yemeyi helal saysa kâfir olur.³⁸

– اتفق العلماء، إذا أنكر الرجل الحكم الشرعي الثابت بالقرآن و الحديث المتواتر و الإجماع القطعي، مثل الصلاة و الصوم و الزكاة و الحج و الغسل من الجنابة أو من الحيض و الوضوء بعد الحدث يكفر، و يقتل إن دام على ذلك، و لا يقبل تأويله و لا يكون جهله غررا. قال بعضهم إذا أنكر فرضية صلاة الجنابة كفر. و من استحل حراماً فقد علم تحريمه كتناكح المحارم أو شرب الخمر أو أكل ميتة أو دم أو لحم خنزير فكافر...
(Ahterî, Kılıçalipaşa, nu:339, vr. 241-242)

c. Şeyhlerin ruhlarının yanında olduğunu veya cinnilerle haberleştiğini ve gaybı bildiğini söylemek kişiyi küfre düşürür: Bir kimse, şeyhlerin ruhlarının yanımızda olduğunu ve bizi bildiğini iddia etse küfre düşer. Yine bir kimse, “*cinler bana gaybı haber veriyor*” dese küfre düşer. Zira cinler de insanlar gibi gaybı bilemezler.³⁹

d. Küfre rıza küfüdür: Mümin ve muvahhid bir kimsenin küfre rıza göstermesi, gayri İslami bir anlayışı İslama zıt olduğunu bile bile kabul etmesi ya da razı olması kendini dinden çıkarır (*hâric ani'l-mille*) yapar. İmam Serahsi, bu anlayışta dır ve fetva da bunun üzerinedir.⁴⁰

الرضاء بالكفرِ كفرٌ - قاضيخان - اختار شمس الأئمة السرخسي و عليه الفتوى.

(Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 301a)

e. Haram işleri sevap saymak: Bir kimse haram kazancından sadaka verse ve bundan dolayı sevap kazanacağını umsa, -meazallah- küfre düşer.⁴¹

من تصدق على فقير من حرام يجو الثواب كفر.

(Ahterî, Kılıçalipaşa, nu: 339, vr. 289a)

f. Yahudileri Müslümanlardan daha hayırlı kabul etmek: Bir kimse bir şeyi bahane ederek Yahudilerin Müslümanlardan daha hayırlı bir toplum olduğunu söylese, mesela “Yahudiler öğretmenin ders ücretini tam olarak veriyor, çocuklarının öğrenim ücretini öğretmenlerine tam ödüyor”, küfre düşer.⁴²

37 Kurban kesme hükmünü esastan inkâr edip, böyle bir ibadet olmadığını iddia etmenin de kişiyi küfre düşüreceği aynı yerlerde kayıtlıdır.

38 Burada önemli bir usul kaidesini en açık ifadelerle beyan ederek esasa bağlamaktadır. (bk. Câmiu'l-Mesâil, Süleymaniye Kütüphanesi, Kılıçalipaşa nüshası, nu: 339, vr. 241-242).

39 Ahterî, Kılıçalipaşa, nu: 339, vr. 236.

40 Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 301a.

41 Ahterî, Kılıçalipaşa, nu: 339, vr. 289a.

42 Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 299b.

قال: اليهود خير من المسلمين بكثير يعطون حقوق معلّمي صبيانهم، يكفّر -ببازية-.

(Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 299b)

g. İslam ile alay etmek: Bir kimse, İslâmı hafife almak ve alay etmek maksadıyla, ileri-geri konuşsa küfre düşer.⁴³

و الهازئ والمستهزئ إذا تكلم يكفّر استخفافاً.

(Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 299b)

h. Hulefâ-i Râşidînden olan halifelere sövmek: Bir kimse, Hulefâ-i Râşidînden Hz. Ebu Bekir ile Hz. Ömer'e sövse ve lanet okusa küfre düşer.⁴⁴

و لو سبّ أبا بكر و عمر و لعنهما يكفّر.

(Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 302b)

1. Adil olmayan yöneticiyi adalet üzere gösterip övmek ve zulmünü perdelemek: İmam Mansur el-Mâtürîdî şöyle der: "kötülüğü ve zulmü yakinen bilinen bir yöneticiyi öven, onun adil ve iyi olduğunu söyleyen küfre düşer. Zira zulüm haramdır, zulmü alkışlayan haramı helal göstermiş olacağından küfre düşer".⁴⁵

قال الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي، من قال: إنَّ سلطان هذا الزمان عادلٌ، فقد كفر، لأنَّنا نعلم يقيناً أنه جائرٌ، ومن جعل الجور عدلاً فقد كفر.

(Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 305b)

4. Müslümanı tekfir etmenin kolay olamayacağı: Bir kimseyi tekfir edip/etmemede izlenecek yol şöyledir: *bir kimsede kendisini küfre düşürecek bir çok görüntü bulunsa, fakat bir tek sıfatı da küfre düşmesini mümkün kılmayacak kadar iyi olsa, müftüye düşen, o kişiyi küfre götürmeyen vasfıyla temize çıkaran özelliğine göre fetva vermektir...* Tabi ki, böyle bir kimseye, tevbe etmesi, küfür alametlerinden dönmesi ve eşiyle aralarındaki nikâhı tazelemeleri emredilir –Hazânetu'l-Fetâvâ'dan-.⁴⁶

الأصول في التكفير: و لو كان في المسئلة وجوهٌ توجب التكفير و وجه واحد يمنع من التكفير، فعلى المفتي أن يميل على الوجه الذي يمنع من التكفير... و يؤمر بالتوبة و الرجوع عن ذلك و بتجديد النكاح بينه و بين امرأته. -حزارة الفتاوى-

(Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 299b)

5. Müslümanın Müslümanı katledemeyeceği Müslümanlar arasındaki kardeşlik, dayanışma, birlik ve diyalog zorunluluğu: İmam Hattabî, "İslam Âlimlerinden, sebepsiz yere Müslüman bir kimsenin öldürülmesine imkân veren hiç bir kişiye rastlamadım", der. Mâlikîlerden İbn Sahnûn da şöyle der: "İslam âlimleri

43 Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 299b.

44 Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 302b.

45 Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 305b.

46 Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 299b.

Müslümanı çekiştiren, horlayan kimsenin küfre düşmesi hususunda icma etmişlerdir. Böyle kimsenin, -bu huyundan vaz geçmemesi halinde- katledileceğini kabul etmişlerdir” der.

İmam Mansur el-Mâtürîdî de şöyle der: “*kötülüğü ve zulmü yakinen bilinen bir yöneticiyi öven, onun adil ve iyi olduğunu söyleyen küfre düşer. Zira zulüm haramdır, zulmü alkışlayan haramı helal göstermiş olacağından küfre düşer*”. Ayrıca, Müslümanları haksız yere katleden, imha eden kişi veya kişilere imkân verilmez, kendileri katledilir.⁴⁷

قال الخطابي: لا أعلم أحداً من المسلمين في وجوب قتله إذا كان مسلماً. وقال ابن سحنون المالكي: أجمع العلماء أنّ شاتمته كافرٌ و حكمه القتل... قال الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي، من قال: إنّ سلطان هذا الزمان عادلٌ، فقد كفر، لأنّا نعلم لقينا أنه جائر، ومن جعل الجور عدلاً فقد كفر.

(Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 300a –b metnin nüsha üzerindeki orijinal sayfa nosu: 296-; vr. 305b)

Haramı helal kabul eden, mesela başkasının malını haksız yere yemeyi, zinayı, livatayı, içkiyi, Müslüman öldürmeyi, zaruret olmaksızın mundar et ve kan yemeyi, adetli eşiyile cima etmeyi helal sayan mürted sayılır ve katledilir. Sarhoş olacak kadar bira içmeyi caiz gören, içki satmayı helal sayan kişi de küfre düşer. Bir kimse, “*küçümseyerek Allah'ın hükmünü kim tanır*” derse, yine küfre düşer. Ebu'l-Kasım es-Saffar adlı Âlim, “*eşiyile livatayı helal sayan kişi cumhur-u ulemâca küfre düşmüş sayılır*” der. Bir kimse, “*içkiyi çok seviyorum, ona sabredemiyorum*” derse veya bir kimse çocuğuna ilk defa içki içirip onu akrabalarının arasında şamata ile sergilerse küfre düşer.⁴⁸

6. Ehl-i kitab dışındaki gayr-i müslimin ihtidası: Ehl-i kitab dışındaki putpe-rest ve benzeri küffarın İslama girmeleri için tevhid kelimesini söylemeleri, (لا إله إلا الله) demeleri yeterlidir.⁴⁹

والكفار من غير أهل الكتاب كعبيدة الأصنام إذا قالوا «لا إله إلا الله»، يُحَكِّمُ بإسلامهم.

(Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, vr. 289)

Ehl-i kitab dışında bir kâfir, “*ben Rasulüllah'ın getirdiği her şeye iman ettim*” dese, bu itirafı ile Müslüman olur.⁵⁰

قال كافرٌ: «أمنتُ بما آمن به الرسول»، يصير مسلماً .

(Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 306a)

7. Helal kazanç peşinde özveri, alım-satımda helal mal kaynağının araştırılması ve toplumsal denetim: Zalimden, hırsızdan ve hainden alış-veriş yapılamaz. Kötü kazanç şekillerinden, mesela, hacemat, kötü fiillere yardım, kâhinlik ücreti,

47 Ahterî, Fatih, nu: 2471, v. 300a –bu metnin nüsha üzerindeki orijinal sayfa nosu: 296- vr. 305b.

48 Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, vr. 240.

49 Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, vr. 289.

50 Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 306a.

köpek satımı, erkek malın aşılama ücreti gibi kazançlardan kaçınılır. Ayrıca, ölen bir kimsenin varisi olan kimse, babasının miras edinmesi helal olmayan bir kazanç sağladığını bilmiş olsa, en doğrusu, o maldan vazgeçmesi ve babasının kimlerden aldığına dikkat ederek tasadduk etmesidir.⁵¹

و لا يشتري من ظالم أو سارق أو خاين، و يتجنب المكاسب الخبيثة نحو كسب الحمام و ثمن الباغي و أجر الكاهن و ثمن الكلب و ضرب الفحل... و لا يأخذ مال إنسان حتى يرضيه بالثمن - شرعة- . مات رجل و يعلم الوارث أن أباه كان يكتسب من حيث لا يحل له الإرث، و الأفضل أن يتورع و يتصدق بنية خصماء أبيه... - منية-

(Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, vr. 309a)

8. Gayrimeşru eğlence ve gece hayatı: Gece ve gündüz salt dünya için fık ehlinin düzenlediği meclislerde bulunmak, -kötü amaçlı ve yıkıcı etkinliklere katılmak-, ya da benzer düğün törenlerine veya bu amaçtaki eğlence kampanyalarına katılmak ki, böyle eğlence ve oyun çeşitleri çoktur, hatta Farsçada bunlara "hengâme = هنكامه" derler, işte bu tür mekânlara giden, oradaki eğlenceleri izleyen kimse, - ister herhangi bir ödeme yapsın veya yapmasın- kendisini *fâsik* durumuna düşürür -Zahîre-.⁵²

و المجالس التي اتخذها الفسقة لطلب الدنيا ليلا و نهارا أو في الولايم و الأسواق و هي مجالس اللهو و اللعب و أنواعها كثيرة و بالفارسية يسمى «هنكامه» فمن حضرها و نظر فيها و أعطى اللاعب شيئا أو لم يعطه فهو فاسق... -ذخيرة-

(Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu:339, vr. 295b)

9. Kötü çalgı dinleme üzerine: Kötü çalgı sesinin her çeşidini dinlemek haramdır. Ancak nikâhı ilan etmek için def çalmak, hacı ve gazileri uğurlamak, toplama yerini bildirmek için zurnasız davul çalmak helaldir, lehv değildir.⁵³

استماع صوت الملاهي كلها حرام. و يحل ضرب الدف في العرس لإعلان النكاح و ضرب الطبل في الحج و الغزاة للإعلام لا للهو..

(Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, v. 311b)

10. Zikir meclislerinde icra edilen sema ve çalgılar: Günümüzdeki⁵⁴ tasavvuf erbabının meclislerinde icra ettikleri semâ, söz ve raks şekli haramdır. Oralara gidilmez ve meclislerinde oturulmaz. Buradaki ğınâ ve mizmarlar kötüdür. Ma'rifet ehli bunlara cevaz verir ve kendilerinden önceki meşayihin böyle yapageldiklerini delil gösterirler. Oysa o dönemdekiler ile günümüzdeki durum çok değişmiştir.⁵⁵

51 Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, vr. 309a.

52 Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, vr. 295b.

53 Ahterî, Kılıçalıpaşa, nu: 339, vr. 311b.

54 Ahterî burada kendi dönemini kastediyor.

55 Ahterî, Yazmabağışlar, nu: 993, vr. 197.

D. Küllî Kaide Alanındaki Kullandığı Fıkhî Yöntemleri

1. Bir hukuki işlemde örfe sabit olan, ileri sürülmüş meşru şart gibi geçerlidir.⁵⁶

المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

. (Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 4b)

2. Nikâh akdinin kuruluş şartları: Nikâhın caiz olması için şu beş şartın yerine getirilmesi gerekir: 1- velinin nikâh meclisinde bulunması. 2- iki şahidin mevcudiyeti. 3- tarafların yani zevc ve zevcenin rızaları ve irade beyanları. 4- îcab. 5- kabul. (Hazânetu'l-Fıkh).⁵⁷

شرط جواز النكاح خمسة أشياء: حضور الولي، و الشاهدين، و رضاء الزوجين، و الإيجاب، و القبول .

(Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 69)

3. Büğât ve Şehir Bağlantılı Kırsal Kesim Terörüne Karşı Fıkhî Önlemleri

Kırsal kesimde “terör örgütü/kuttâu't-tarik” oluşturarak, halkın serbestçe dolaşımını engelleyen, can ve mallarına zarar veren çete elemanlarına karşı sert tedbirleri benimser.⁵⁸ İmam Ebu Yusuf'un bu konudaki bir içtihadından yararlanarak, halkın can ve mal güvenliğini tehdit eden terör örgütünün –diğer ulemeden farklı bir yaklaşımla-⁵⁹ şehir içi bağlantısını da takibe alır. Aynı örgüt elemanı kırsal kesimde yaptığı eylemi şehir içine taşırsa, işi salt şehir zabıtalılarına bırakıp aradaki bağlantıyı görmezlikten gelmez. Aksine her iki eylemi de birleştirir. Ahterî'nin bu tavrını, “şehir bağlantılı kırsal kesim terör faaliyetlerine karşı önlemler” tabiri ile başlıklandırmanın iyi olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca şunu da belirtelim ki, diğer fakihlerde olduğu gibi Ahterî'nin de yolkesici eşkiya ile (قاطع الطريق/المحارب/أهل الحريابة) siyasi amaçlı devlete başkaldıran isyancıları (البعاعة) birbirinden farklı bir ayırım içinde ele aldığını burada hatırlamak gerekir.⁶⁰

SONUÇ VE TEKLİF

1- Ahterî (ö. 968/1561) Kanuni (miladi 1520-1566) döneminde yaşamış, Ebussuûd (ö. 981/1574)'a muasır bir İslam âlimidir. Kütahya'dan ayrılmamış bir medrese müderrisidir. Birçok alanda eser yazmış, özellikle de luğat ve fıkhîta öne çıkmıştır.

56 Bu kaide, nüshanın baş tarafında henüz kitâbu't-Tahâra'ya başlamadan önceki sayfalarda kayıtlıdır. bk. Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 4b.

57 Ahterî, Fatih, nu: 2471, vr. 69.

58 Ahterî, Fatih nüshası, nu: 2471, vr. 305. Ayrıca bk. Serahsi, IX, 195.

59 İmam Serahsi, şehiriçi terörünü hirabeden farklı düşünür. Ancak bu konudaki İmam Ebu Yusuf'a ait sert tedbirleri de ikinci dereceden görüş olarak aktarır (bkz. Serahsi, IX/201).

60 Ahterî, Fatih nüshası, nu: 2471, v. 305. Zuhaylî, bu konuyu Kitâbu'l-hudût 4. Fasılda, “حدّ الحريابة أو قطع الطريق وحكم البعاعة”, şeklinde inceler. Bkz. ez-Zuhaylî, Vehbe, el-Fıkhü'l-İslamiyyu ve edilletuhü, Dârul-Fıkr, Dimaşk 1985.

2- *Câmi'ü'l-Mesâil* adlı eseri tamamen furû-ı fıkıh modunda telif edilmiş fikhî bir eserdir. Zira klasik furû-ı fıkıh kitaplarının ihtiva ettiği bütün konuları ihtiva etmektedir. Ebussuûd Efendi, *Bezzâziye*'ye rağmen fıkıh kitabı yazamayacağını, *Bezzâziye*'nin fetvaları için yeterli olduğunu söylerken, Ahterî, bu fıkıh eserini miladi 1553'lü yıllarda telif etmiştir.

3- *Câmi'ü'l-Mesâil*'inde fıkıhın ana konularını işleminin yanında, ayrıca her konunun sonuna o konuyla ilgili güncel fetvaları ilave etmektedir. Eseri orijinal kılan yönlerden birisi, işte bu üslubudur. Böylece halkın İslam Fıkıhı üzere ortak bir hayat sürmesini hedeflemiştir.

4- Fetvalarındaki görüş ve kaynaklarının eleştirel bir tenkidi ile *İslam hukuk metodolojisi fetva tekniğine*⁶¹ uygunluğu ayrıca araştırılabilir. Mesela ehl-i kitâba bakışının, günümüz şartlarına uygunluğu ele alınabilir.

5- Ahterî, Germiyanogullarına başkentlik yapmış, şehzadeler şehri ve Osmanlı sancak merkezi konumundaki Kütahya'da, Osmanlı idaresinin en olgun döneminde yaşamış bir ilim adamı olarak, eserinde aşağıdaki hususlara hassasiyet göstermiştir:

a- Milli birlik ve bütünlüğümüzü bozacak her tür menhiyata karşı sert tedbirler alır.

b- Hanefiliğe bağlı ve diğer mezheplere saygılıdır.

c- Batıl ve sapık fırkalara geçit vermez.

d- Hulefa-i râşidîn arasında ayırım yapılmasını, itikadı zedeleyici sapık bir bozgunculuk olarak görür.

6- Eser Kanûnî Döneminin dini hayatını, yaşama biçimi ve sosyal hayatın bir haritasını sunması bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu eserin tahkikli basımının yapılması gereğine inanıyoruz. Bu durumda eserin, Hanefi geleneğinde çok okunan muhtasar gibi bir furu' kitabı olacağı, ibaresinin kolay ve anlaşılır olmasıyla da ilim erbabına, ilahiyat öğrencilerine faydalı olacağı kanaatindeyiz.

7- Bu eserin matbu hale getirilmesi ve bir yılın "Câmi'ü'l-Mesâil okumaları" olarak belirlenmesinin dinamik bir görüş birliği sağlayacağı kanaatindeyiz.

61 bkz. Mustafa Kelebek, "Ana Hatlarıyla Fıkıh Usulü", Yüksek İslam Enstitüsü Yayınları, Sofya 2011, s. 77-78.

FIKİH İSTİLAHLARI YAZIMINA DAİR BAZI DEĞİNİLER VE ON SEKİZİNCİ YÜZYILIN SONLARINDAN MÜELLİFİ MEÇHUL BİR FIKİH LÜGATÇESİ

Arş. Gör. Dr. Nail OKUYUCU*

Özet: Fıkıhın müdevven bir ilim haline gelmesiyle birlikte ortaya çıkıp gelişen kavramların derlenmesi neticesinde oluşan eserler, İstılâhât-ı Fikhiyye literatürünü oluşturur. Önceleri fûrû ve usûl kitaplarında açıklanan kavramlar, daha sonra derleme eserlerde bir araya getirilmiş ve genel kavram sözlüklerinin yanı sıra müstakil fıkıh sözlüklerinde sıralanmıştır. Bu makalede ilk olarak fıkıh istilâhları yazımına dair bazı bilgiler ve değerlendirmeler aktarılmakta, ardından XVIII. yüzyılın sonlarında kaleme alınmış müellifi meçhul Arapça bir risalenin neşri sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İstılâhât-ı Fikhiyye, tarifât, yazma risale.

بعض المعلومات حول تاريخ كتابة المصطلحات الفقهية ونشر مخطوطة مجهولة المؤلف
ألفت أواخر القرن الثامن عشر الميلادي في المصطلحات الفقهية

المُلخَص: تشكل مؤلفات تعنتي بتعريف المصطلحات الفقهية وشرحها نوعا خاصا من التأليف في تاريخ علم الفقه الإسلامي. ومن المعروف أنه قد تم ظهور وتبلور كثير من هذه المصطلحات الفقهية بعد نضج علم الفقه كعلم له أصوله ومذاهبه. والمصطلحات الفقهية التي شرحها الفقهاء بداية الأمر ضمن مؤلفات الأصول والفروع جمعت وصنفت في معاجم اصطلاحية عامة وخاصة بعلم الفقه. وفي هذه الدراسة حاولنا تقديم بعض المعلومات حول تاريخ كتابة المصطلحات الفقهية وتحليل هذه الحركة العلمية عبر التاريخ وإضافة إلى ذلك قمنا بنشر مخطوطة مجهولة المؤلف ألفت في مجال المصطلحات الفقهية أواخر القرن الثامن الميلادي.

الكلمات المفتاحية: المصطلحات الفقهية، التعريفات، رسالة مخطوطة في المصطلحات الفقهية.

GİRİŞ

A. Fıkıh İstilâhları Yazımına Genel Bir Bakış

İslâm yazımında sözlük çalışmalarının çok erken dönemlere kadar giden uzun bir geçmişi vardır. Kur'ân ve Sünnet'te geçen garîb kelimelerin anlamını tespit gayesiyle başlayan sözlük çalışmalarının ilk evresini, bazı sahâbilerin gerek Hz. Peygamber'den naklen gerekse bizzat yaptıkları açıklamaların rivayeti ve derlenmesi ile ortaya çıkan müktesebat teşkil etmiştir. Hicrî ikinci asrın ilk yarısında ortaya çıkmaya başlayan bu derlemeler, Garibu'l-Kur'ân literatürünün ilk örnekleri olarak kabul edilir. Fetihlerle birlikte İslâm topraklarının genişlemesi Arapça'nın kullanımı noktasında birtakım sıkıntıları beraberinde getirince, kelimelerin aslı

* Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, nail.okuyucu@marmara.edu.tr

manalarını tespit etmek için çalışmalara başlanmış ve Câhiliyye dönemi ile İslâm'ın ilk devri esas alınarak bu dönemlerden intikal eden edebî metinler üzerinden ve de badiyelerin dolaşılması suretiyle Arap olmayan unsurlarla karışmamış bedevî kabileler dikkate alınarak ilk lügat derleme çalışmaları yürütülmüştür. Önce belli konulara dair kelimeleri içeren sözlükler hazırlanmış, bu çalışmaların hemen akabinde Halil b. Ahmed (ö. 175/791) dilin bütün kelimelerini kapsayan ilk sözlük hüviyetindeki *Kitâbü'l-ayn*'ı yazmıştır. Kâtip Çelebi'nin "telif edilmiş ilk eser" olarak nitelediği *Kitâbü'l-ayn* ile birlikte,¹ kelime derleme ve sözlük yazımı çalışmalarının yeni bir aşamaya intikal ettiği görülür.² Bu tarihten sonra hızla artan ve çeşitlenerek gelişen sözlük çalışmalarına, ilimlerin tedvini ile birlikte yeni bir boyut daha eklenmiş ve sözlükler kelimelerin kazandığı kavramsal ve ıstılâhî anlamları da içine alacak şekilde yazılmaya başlanmıştır.

İlimlerin kendilerine ait kavramsal çerçevelerini oluşturmaları ve ıstılahlarının belirgin hale gelişiyle birlikte özel kavram sözlüklerinin telifi bir ihtiyaç haline gelmiş ise de bu tarz çalışmalara nispeten daha geç tarihlerde rastlanmaktadır. Fıkıh ilminde ıstılahlara dair yapılmış çalışmaları fûrû ve usûl alanlarına göre farklı değerlendirmek gerekmektedir. Fûrû sahasında hazırlanan ilk sözlükler, ıstılahları bir araya getiren lügatler şeklinde yazılmış olmayıp daha ziyade kelime açıklaması tarzında gelişen ve bir tür açıklamalı indeks olarak görülebilecek metinlerdir. Bu metinler, yazarın mensubu olduğu mezheb çevresinde muteber görülen kitaplar etrafında şekillenmiştir ve bu yönleriyle Garîbu'l-Kur'ân - Garîbu'l-hadîs çalışmalarını andırırlar. Nitekim ilk fıkıh sözlüğü diyebileceğimiz Ezherî'nin (ö. 370/980) *ez-Zâhir fî garîbi elfâziş-Şâfiî* adlı eseri, Müzenî'nin muhtasarı esas alınarak hazırlanmış bir metindir. Ezherî, alfabetik sıralama yapmamış, muhtasarın tertibine riayet ederek kelimeleri içinde geçtiği bablara göre açıklamıştır.³ Bu eseri, İbn Fâris el-Kazvî'nin (ö. 395/1004) yine Müzenî'nin muhtasarı üzerine kaleme aldığı *Hilyetü'l-fukahâ'sı* takip eder. İbn Fâris eserin mukaddime kısmında fıkıh usûlüne dair kısa açıklamalar yapmış, bazı usûl ıstılahlarını tanımlamış, ardından muhtasarda geçen kelime ve kavramların izahına başlamıştır. Bu eser de muhtasarın tertibine göre tanzim edilmiş, açıklamalar naslar ve şiirlerden istişhad yoluyla desteklenmiştir.⁴ Kezâ Mutarrizî'nin (ö. 610/1213) *el-Muğrib fî tertibi'l-Mu'rib'i*, Hanefî fıkıh eserleri göz önünde bulundurularak yazılmış bir sözlük hüviyetinde-

1 Kâtip Çelebi, Hacı Halife Mustafa b. Abdullah (ö. 1067/1657), *Keşfü'z-zünûn an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn*, I-II, Ankara: Maârif Vekâleti, 1941, II, 1443.

2 Sözlük çalışmalarının tarihi ve literatür için bk. İsmail Durmuş, "Sözlük", *DİA*, XXXVII, 398-401 İstanbul 2009; Soner Gündüzöz, "Arap Sözlük Bilimi ve Sözlük Çalışmaları", *İslâm Medeniyetinde Dil İlimleri: Tarih ve Problemler*, ed. İsmail Güler, İstanbul: İsam Yayınları, 2015, s. 23-77.

3 Ezherî ve üslubu hakkında bk. Selahattin Kuyucu, Muhammed el-Ezherî: Hayatı ve *'ez-Zâhir fî garîbi elfâzi'l-İmamiş-Şâfiî'* Adlı Eserinin Metin Tetkiki", Doktora Tezi, Erzurum: Atatürk Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, 1985, s. 93-133. Eser, Abdülmün'im Tav'î Beşenâtî'nin tahkikiyle neşredilmiştir (Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 1998).

4 Thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Beyrut: eş-Şeriketü'l-muttahide li't-tevzi', 1403/1983.

dir. Mutarrızî, daha önceden yazdığı *el-Mu'rib*'i ihtisar edip alfabetik sıraya göre yeniden düzenleyerek bu eseri hazırlamıştır. *el-Muğrib*, nispeten daha kapsamlı bir sözlük olup Hanefî metinlerinde geçen garip kelimelerin izahının yanı sıra ricâl, büldân ve daha başka konulara dair açıklamalar da içermektedir.⁵

Bu tarzda yazılmış metinler, fıkıh ıstılahlarına dair ilk çalışmaların fıkhu'l-lüğa disiplini kapsamında değerlendirilmesini gerekli kılmış, söz konusu çalışmaların kelimelerin köken ve aslı anlamlarına dair izahatta bulunan eserler olarak görülmesine sebep olmuştur. Bu hususa işaret eden Kal'acî, adı geçen eserlerin esas gagesinin ıstılahlar sözlüğü oluşturmak değil, fıkhu'l-lüğa çerçevesinde hareket ederek eserlerde geçen kelimelere lügavî anlamı merkeze alan açıklamalar getirmek olduğunu ifade etmektedir. Yani ona göre bu eserler aslında fıkha değil, lügat bilimine hizmet etmiştir. Bu durum, adı geçen çalışmaların fıkıh sözlüğü ihtiyacını karşılmasına yetmemiş ve bir ıstılahın manasını öğrenmek isteyenler yine fıkıh kitaplarının ilgili bahislerine müracaat etmek durumunda kalmışlardır.⁶ Bu durum, Ebû Hafs Necmeddin en-Nesefî'nin (ö. 537/1142) ilk müstakil fıkıh sözlüğü olarak kabul edilebilecek *Tilbetü'l-talebe*'si için de kısmen geçerlidir. Nesefî, ıstılah açıklamalarını ilgili ayet ve hadislerle atıfta bulunarak zenginleştirmiş, bu ayet ve hadislerde geçen garib kelimeleri de şiir vb. kaynaklarla istişhadda bulunarak açıklamıştır. Diğer taraftan, kavramların fıkıh babları esas alınarak sıralanması ve açıklamaların Hanefî mezhebiyle sınırlı oluşu, Nesefî'nin bu eserini Ezherî ve Mutarrızî'nin çalışmalarına yaklaştıran hususlardır.⁷

Fıkıh ıstılahlarına dair yazım bir müddet daha mezheblerin muteber fıkıh metinleri etrafında sürmüştür. Bu tür telifata en çok Şâfiî literatüründe rastlanır ve üzerine yazılan eserler bakımından Şîrazî'nin kitapları dikkat çeker. İbnü'l-Bezrî (ö. 560/1164), *el-Esâmî ve'l-ilel min kitâbi'l-Mühezzeb*'i,⁸ İmâdüddîn İbn Bâtîş (ö. 655/1257) ise *el-Muğnî fi'l-inbâ an garibi'l-Mühezzeb ve'l-esmâ'yî*⁹ kaleme almışlardır. Sonraki dönemde en çok okunan ve önem verilen çalışmalar ise Nevevî'nin (ö. 676/1277) eserleri olmuştur. O, Şâfiî mezhebinin kendi dönemindeki en mute-

5 Bk. Ebu'l-Fetih Nâsruddin el-Mutarrızî, *el-Muğrib fi tertibi'l-Mu'rib*, I-II, thk. Mahmûd Fâhûrî - Abdülhamîd Muhtâr, Halep 1399/1979, I, 3-15 (nâşirlerin mukaddimesi). Eser bu yönleri dikkate alınarak ansiklopedi niteliği taşıyan bir metin olarak takdim edilir. Mutarrızî bu sözlüğü hazırlarken otuz yakın sözlük, dil, edebiyat ve hadis kitabını kaynak olarak kullanmıştır. Ayrıca eserin sonunda fakihlerin bilmesi gereken gramer konularına dair kaleme aldığı *Risâle fi'n-nahv* adlı bir risale eklemiştir. Bk. M. Sadi Çöğenli, "Mutarrızî" *DİA*, XXXI, 376, İstanbul 2006. Muhtelif baskıları bulunan eser, M. Sadi Çöğenli tarafından da tahkik edilerek doktora tezi olarak sunulmuştur (Erzurum: Atatürk Üniversitesi İslâmî İlimler Fakültesi, 1986).

6 Kutub Mustafa Sânu, *Mu'cemü mustalahâti usûli'l-fikh: Arabî - İngilîzî*, Dımaşk: Dâru'l-fikr, üçüncü baskı, 2006, s. 11 (Muhammed Revvâs Kal'acî'nin takdim yazısı).

7 Bk. Nesefî, *Tilbetü'l-talebe fi'l-ıstılahâti'l-fikhiyye*, nşr. Hâlid Abdurrahman el-Akk, Beyrut: Dârü'n-nefâis, ikinci baskı, 1999, s. 61-66 (nâşirin mukaddimesi).

8 İbn Hallikân, Ebu'l-Abbâs Şemsüddin Ahmed b. Muhammed İbn Hallikan (ö. 681/1282), *Vefeyâtu'l-ayân ve enbâu ebnâi'z-zamân*, I-VII, thk. İhsan Abbâs, Beyrut: Dâru Sâdur, III, 445.

9 İmâdüddîn Ebu'l-Mecid İsmail b. Ebi'l-Berekât İbn Bâtîş, I-III, thk. Mustafa Abdülhâfiz Sâlim, Mekke: Mektebetü't-Ticâriyye, 1991.

ber metinlerini esas alan iki önemli eser hazırlamıştır. Daha hacimli ve kapsamlı olan *Tehzibü'l-esmâ ve'l-lugât*'ta, mezhebin en yaygın metinleri olarak nitelediği Müzenî'nin *el-Muhtasar*'ı, Şîrâzî'nin *el-Mühezzeb* ve *et-Tenbîh*'i, Gazzâlî'nin *el-Vasî* ve *el-Vecîz*'i ile kendisine ait *Ravzatü't-tâlibîn*'i esas almıştır. Nevevî, “Şâfiî Mezhebinde Kişiler ve Kavramlar Ansiklopedisi” olarak nitelenebilecek bu eserinde, adı geçen kitaplarda geçen şahıslar ve kavramlar hakkında bilgi verir. Sonraki literatürde haklı bir şöret elde etmiş bu eser, hem genel fıkıh kültürü hem de Şâfiî mezhebi ricâli ve temel kavramları hakkında önemli bilgiler içermektedir.¹⁰ Nevevî'nin bir diğer eseri hususen *et-Tenbîh* üzerine yazdığı *Tahrîru elfâzi't-Tenbîh*'tir.¹¹ Ayrıca kendi eseri üzerine *el-İşârât li-mâ vekaa fi'r-Ravza mine'l-esmâ ve'l-lugât*'ı yazmaya başlamış ise de bunu tamamlayamadan vefat etmiştir.¹² Feyyûmî (ö. 770/1368-69) meşhur sözlüğü *el-Misbâhü'l-münîr fi garibiş-Şerhi'l-kebir li'r-Râfi'*de,¹³ Râfi'nin metnini esas almış olmakla birlikte, yaptığı açıklamalar ve verdiği bilgilerle eseri bir fıkıh sözlüğünün ötesine taşımıştır. Feyyûmî, bu eserini daha önce kaleme aldığı geniş bir eserden özetlemiş, kelimelerin sözlük anlamlarının yanı sıra ıstılâhî manalarını da zikretmiş, ayrıca sözlüğü alfabetik bir dizine göre yeniden tertip etmiştir.¹⁴ Bu son özelliği *el-Misbâhü'l-münîr*'i diğer eserlerden ayırmış ve müstakil bir fıkıh sözlüğü olma hüviyetine oldukça yaklaştırmıştır.

Mâlikî mezhebinin kurucu metinleri ile Hanbelî mezhebini temsil eden önemli bir metin, benzer çalışmalara konu olmuştur. Kadı İyâz'ın (ö. 544/1149), *Kitâbü meşâriki'l-envâr alâ sıhâhi'l-âsâr*'ı, fıkihtan ziyade hadis ilmine dair bir eser olmakla birlikte, Buhârî ve Müslim'in *es-Sahîh*'lerine ilaveten *el-Muvatta*'daki garip kelimelerin, yer ve şahıs isimlerinin alfabetik sırayla açıklandığı önemli bir kaynaktır.¹⁵ Hakkında neredeyse hiçbir şey bilinmeyen Cübbî, Mâlikî mezhebinin ilk kaynaklarından *el-Müdevvene* üzerine *Şerhu garibi elfâzi'l-Müdevvene*'yi yine fıkıh bablarını esas alarak yazmıştır.¹⁶ Bu eser, diğerlerine göre daha kısa ve dar kapsamlıdır. Şemseddin Ebu'l-Feth el-Ba'î (ö. 709/1309) ise Hanbelî mezhebinin önemli

10 Etrafında ikincil bir literatürün şekillendiği *Tehzib* üzerine Abdurrahman el-Bistâmî el-Hanefî (ö. 858) ile Süyûtî (ö. 911) ihtisar yazmış; Bâbertî (ö. 786) ile Abdülkâdir el-Kureşî (ö. 775) eseri yeniden düzenleyen tehzib türü metinler kaleme almıştır. Bk. *Tehzibü'l-esmâ ve'l-lugât*, I-IV, thk. Abduh Ali Kûşek, Dımaşk: Dâru'l-feyhâ - Dâru'l-menhel nâşirün, 1427/2006, I, 21-22 (nâşirin mukaddimesi).

11 Nevevî, bu eseri *et-Tenbîh*'i merkeze alarak düzenlemiş olmakla birlikte, mezhebin fıkıh kitaplarında geçen pek çok kelime ve kavramı da içerecek şekilde yazdığı dile getirir. Bk. *Tahrîru elfâzi't-Tenbîh*, thk. Abdülğani ed-Dakr, Dımaşk: Dâru'l-kalem, 1408, s. 29.

12 Nevevî, *Tehzibü'l-esmâ ve'l-lugât*, I, 16 (nâşirin mukaddimesi).

13 Kâtip Çelebi, bu sözlüğü Mutarrizî'nin *el-Muğrib*'ine benzetir. Bk. Keşfü'z-zünûn, II, 1710.

14 Feyyûmî, *el-Misbâhü'l-münîr*, I-II, Beyrut: ek-Mektebetü'l-ilmiyye, I, 1-2. Kâtip Çelebi, bu sözlüğü Mutarrizî'nin *el-Muğrib*'ine benzetir. Bk. Keşfü'z-zünûn, II, 1710. Sözlük hakkında bk. Hüseyin Elmali, “Feyyûmî”, *DİA*, XII, İstanbul 1995, 516-517.

15 İbn Kurkûl, Meşâriku'l-envâr'dan hareketle *Metâliu'l-envâr*'ı kaleme almıştır. Bk. M. Yaşar Kandemir, “Kâdi İyâz”, *DİA*, XXIV, 116, İstanbul 2001.

16 Eseri neşreden Muhammed Mahfûz, uzun uğraşlarına rağmen yazar hakkında hiçbir bilgiye ulaşamadığını ancak kendisinin hicrî dördüncü veya beşinci asırda yaşamış olabileceğini belirtir. Bk. *Şerhu garibi elfâzi'l-Müdevvene*, Beyrut: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, ikinci baskı, 1425/2005, s. 2-8.

metinlerinden İbn Kudâme'nin *el-Mukni*'si üzerine, yine eserin orijinal tertibini esas alarak *el-Mutli' alâ ebvâbi'l-Mukni*' adlı bir eser kaleme almıştır.¹⁷

Fıkıh ıstılahlarının en önemli kaynağı aslında fürû fıkıh kitaplarının kendisi olmuştur. Bu kitaplar, hem ıstılahların tarihi gelişimini takip edebilmemize imkân tanıyan hem de ıstılahlar etrafındaki tanım ve kapsam odaklı tartışmaları en geniş şekliyle yansıtan birinci el kaynaklardır. İbn Arafé'nin (ö. 803/1401) *Hudûdu İbn Arafe* diye bilinen eseri, bu açıdan çok güzel bir örnek olup yazarın Mâlikî fıkına dair telif ettiği muhtasardaki tariflerin derlenmesi suretiyle vücut bulmuş bir eserdir. Mantık, kelâm ve usûle dair eserler de yazmış olan İbn Arafé'nin tarifleri, mantık dili ve esaslarının nüfuz ettiği müteahhirîn devri tanım teorisinin izlerini taşır.¹⁸ Bu noktada Beyzâvî'nin *el-Gâyetü'l-kusvâ*'sına da hususen işaret etmek gerekir. Tahkik dönemi olarak da adlandırılan müteahhirîn döneminin önde gelen âlimlerinden olan Beyzâvî, Gazzâlî'nin *el-Vasîf*'ini ihtisar ederek yazdığı bu kitapta geliştirdiği tanımlarla Şâfiî fıkına önemli katkılarda bulunmuştur. Mantık ilmindeki tanım teorisini fıkha taşıyan Beyzâvî, tasavvurat-tasdikât ayırımını dikkate alarak birçoğunu ilk kez kendisinin yaptığı tanımlarla önceki literatürü dönüştürmek istemiştir.

Dört mezhebe ait hacimli fıkıh kitaplarının mukaddime kısımları, fıkıh ve hususen mezheb ıstılahları açısından önemli bilgiler içerir. Bu eserlerden öne çıkan birkaçını şöyle sıralayabiliriz: A. Hanefî Mezhebi: İbn Âbidîn (ö. 1252/1836), *Hâşiyetü reddi'l-muhtâr*; Leknevî, *en-Nâfiu'l-kebir* (ö. 1304/1886). B. Mâlikî Mezhebi: Hattâb (ö. 954/1547), *Mevâhibü'l-Celîl şerhu Muhtasari Halîl*; Muhammed İliş (ö. 1299/1882), *Minahu'l-Celîl alâ Muhtasari'l-allâme Halîl*. C. Şâfiî Mezhebi: Nevevî, *el-Mecmû'* ve *et-Tahkik*; Şirbînî (ö. 977/1570), *Muğni'l-muhtâc*. D. Hanbelî Mezhebi: İbn Hâmid (ö. 403/1012), *Tehzîbü'l-ecvibe*; Merdâvî (ö. 885/1480), *el-İnsâf fi ma'rifeti'r-râcih mine'l-hilâf* (mukaddime ve hatime kısımları); İbn Bedrân (ö. 1927), *el-Medhal ilâ mezhebi'l-imâm Ahmed*. Bunların yanı sıra fetva ve kazâ usûlüne dair eserlerle bazı hususi metinler de ıstılahlara dair önemli bilgiler içermektedir. İbnü's-Salâh'ın (ö. 643/1245) *Edebü'l-müftî ve'l-müsteftî*'si, İbn Hamdân'ın (ö. 695/1295) *Sıfatü'l-fetvâ ve'l-müftî ve'l-müsteftî*'si, İbn Âbidîn'in (ö. 1252/1836) *Şerhu ukûdi resmi'l-müftî*'si ve Alevî b. Ahmed es-Sekkâf el-Mekkî'nin (ö. 1335/1916) *el-Fevâidü'l-Mekkiyye fimâ yahtâcühû talebetü's-Şâfiyye* adlı eseri bunlara örnek olarak zikredilebilir. Muhammed İbrahim Ali'nin "el-Mezheb inde'l Hanefiyye" ve "el-Mezheb inde's Şâfiyye" adlı makaleleri ile *Istılâhü'l-mezheb inde'l-Mâlikiyye* adlı kapsamlı eseri, adı geçen üç fıkıh mezhebinin temel kavramlarının gelişimine dair son dönemlerde kaleme alınmış önemli metinlerdir.¹⁹

17 Thk. Mahmud el-Arnaût – Yasin Mahmûd el-Hatib, Cidde: Mektebetü's-sevâdi li't-tevzi', 1423/2003.

18 Eser, Ebû Abdullah Muhammed b. Kasım Rassâ'nın (ö. 894/1489) *Şerhu hudûdi'l-imâmi'l-ekber Ebû Abdullah b. Arafe: el-Hidâyetü'l-kâfiyyetü's-şâfiyye li-beyâni hakâiki'l-İmâm İbn Arafe el-vâfiyye* adlı şerhi ile birlikte basılmıştır (Rabat: Vizâratü'l-evkâf ve's-şuûn, 1412/1992). Rassâ'nın şerhi de mantık merkezli tanım teorisinin izlerini taşır.

19 Faruk Beşer, adı geçen iki makaleyi *Hanefi ve Şafîlerde Mezheb Kavramı* adıyla tercüme ederek bir kitap halinde

Fıkıh usûlü sahasındaki sözlük çalışmalarının geçmişi fûrû fıkha nispetle daha erken bir döneme rastlar. İbn Fûrek'in (ö. 406/1015) *el-Hudûd fi'l-usûl'ü* (*el-Hudûd ve'l-muvâzaât*), bilindiği kadarıyla ilk usûl ıstılahları sözlüğüdür. Ancak bu eserde yer alan yaklaşık yüz otuz ıstılahın önemli bir kısmı, kelâm kavramlarıdır. Eseri neşreden Muhammed es-Süleymânî, ıstılahların kelâm ilminin mukaddimleri (bilgi bahisleri), kelâm, nübüvvet ve usûl ıstılahları olmak üzere dörde ayrılabileceğini belirtir.²⁰ İbn Fûrek'in eserini takdim ederken uygun ifade ve tanımlamalara yer vereceği yönündeki cümlesi, kendisinden önce tanımlama sahasında yaşanan gelişmeler hakkında da fikir vericidir.²¹ Usûl ıstılahlarına dair önemli metinler, Bâcî'nin (ö. 474/1081) *Kitâbü'l-hudûd fi'l-usûl'ü* ile öğrencisi İbn Sâbık es-Sıkillî'nin (ö. 493) *el-Hudûdu'l-ke'lâmiyye ve'l-fıkhiyye* adlı eseridir. Her iki eser de önce bilgi bahisleri ile ilgili kavramlarla başlar. Bâcî, daha önceden yapılmış tanımları değerlendirerek eksik yönlerine işaret eder, ardından kendisinin uygun gördüğü tanımları verir.²² Geçmiş tartışmalara değinmeden tanımları veren İbn Sâbık'ın kitabında fıkıh usûlü, cedel ve kelâm ile ilgili yaklaşık 160 ıstılahın tanımı yapılmaktadır.²³ Muhtevaları ve yer verdikleri kavramlar itibarıyla mütekellimîn tarîki üzere kaleme alınmış fıkıh usûlü eserlerinin üslûbunu andıran bu eserler, mezkûr tarîkin önemli metinlerinin başında yer alan bilgi ve kelâm bahislerinin özeti görünümündedir. Yine Muhyiddin İbnü'l-Cevzî (ö. 656/1258), *Kitâbü'l-izâh li-kavânini'l-ıstılâh fi'l-cedel ve'l-münâzara* adlı eserinin ikinci bölümünde yetmiş beş ıstılahın tarifini sunar. Eserde kullanılacak ıstılahların önceden tanımlandığı bu bölümde yer verilen ıstılahların neredeyse tamamı aynı zamanda cedel ve münâzara ilminde de kullanılan fıkıh usûlü kavramlarıdır.²⁴

Sonraki dönemlerde kaleme alınmış müstakil fıkıh sözlüklerinden bazıları şunlardır; Musannifek (ö. 875/1470): *el-Hudud ve'l-ahkâmü'l-fıkhiyye*;²⁵ Kâsım el-Konevî (ö. 978/1570): *Enîsü'l-fukahâ fi ta'rifâti'l-elfâzi'l-mütedâvile beyne'l-fukahâ*;²⁶ Zeynüddîn İbn Nüceym (ö. 970/1563): *Hudûdu'l-fikh*;²⁷ Zekeriyâ el-Ensârî (ö.

yayınlanmıştır. Bk. İstanbul, Risale Yayınları, 1989. Diğer eser için bk. Dübey: Dâru'l-buhûs lîd-dirâsâti'l-İslâmiyye ve ihyâi't-türâs, 1421/2000.

20 İbn Fûrek, Ebû Bekir Muhammed b. Hasan el-Ensârî, *el-Hudûd fi'l-usûl*, thk. Muhammed Süleymânî, Beyrut: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, 1999, s. 46-48 (nâşirin mukaddimesi).

21 İbn Fûrek, *el-Hudûd fi'l-usûl*, s. 75.

22 el-Bâcî, Ebu'l-Velîd Süleyman b. Halef b. Sa'd et-Tücbî, *Kitâbü'l-hudûd fi'l-usûl*, thk. Neziha Hammad, Beyrut: Müessesetü'z-Za'bi, 1973, s. 17.

23 İbn Sâbık, Ebû Bekir Muhammed es-Sıkillî, *el-Hudûdu'l-ke'lâmiyye ve'l-fıkhiyye alâ rey'i Ehli's-sünne el-Eş'ariyye*, thk. Muhammed et-Taberânî, Tunus: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, 2008.

24 Thk. Mahmud b. Muhammed es-Seyyid ed-Düğeym, Kâhire: Mektebetü Medbûli, 1415/1995, s. 104-134. Ebû İshak eş-Şirâzî ile Teftâzânî'ye de el-Hudûd isminde eserler nispet edilmektedir. (Şirâzî'ye nispet edilen eser için bk. İbn Fûrek, *el-Hudûd fi'l-usûl*, s. 196 -nâşirin mukaddimesi-). Teftâzânî'nin risalesinin Burdur İl Halk Kütüphanesi'nde bir nüshası bulunmaktadır (nr. 47).

25 Thk. Ali Muhammed Muavvaz - Âdil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1991.

26 Thk. Yahya Hasan Murad, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1424/2004. Bu sözlük, fıkıh bablarının tertibine göre yazılmış olması, birtakım fikhî açıklamalarla kimi delillere yer vermesi hasebiyle, mezheb kitapları üzerine kaleme alınmış metinleri andırmaktadır.

27 Thk. Muhammed Ahmed Serrâc - Ali Cum'a Muhammed, *Resâilü İbn Nüceym el-iktisâdiyye* içinde (Kırkıncı risa-

926/1520): *el-Hudûdü'l-enika ve't-tarîfâtü'd-dakika*;²⁸ Muhammed Âmîm el-İhsân el-Müceddidî el-Bereketî (ö. 1975): *et-Ta'rifâtü'l-fıkhiyye*.²⁹

Fıkıh ıstılahlarına dair modern dönemde kaleme alınmış çok sayıda sözlük çalışması bulunmaktadır. Genel fıkıh sözlükleri, usûl sözlükleri, mezheb metinlerinde sıkça rastlanan kelime ve kavramlara dair muhtelif sözlük türleri yazımında bu dönemde önemli gelişmeler yaşandığı ifade edilmelidir. Temel hukuk kavramlarının Batı dillerindeki karşılıklarına da yer veren sözlükler, günümüz hukuk çalışmalarını açısından kayda değer bir hizmeti yerine getirmekte olup bu hususiyetleriyle bir adım daha öne çıkarlar. Fıkıh ıstılahları alanında son dönemlerde Türkçede de önemli metinler kaleme alınmıştır. Osmanlı âlimlerinin kaleme aldığı bazı risaleler hariç tutulacak olursa Mecelle ile başlayan kanunlaştırma döneminde ıstılahları içeren eserlerin telifinde önemli gelişmeler yaşandığına işaret etmek gerekir. Mecelle'yi oluşturan on altı kitabın "Kitâbü'l-ikrâr" hariç hepsinin başında Mukaddime başlıklı birer bölüme yer verilerek ilgili ıstılahların tarifleri sunulmuştur. Bu bölümlerde, muâmelâta dair 163 ıstılahın tarifi yer alır. Kendisinden sonraki fıkıh telifatını biçim ve içerik bakımından etkilemiş olan Mecelle, ıstılah yazımı alanında da belirgin bir tesire sahip olmuş görünmektedir. Mesela Şeyhülislâm Mustafa Hayri Efendi döneminde Ali Haydar Efendi'nin hazırladığı *Kitâbü'n-nafakât*'ta, Mecelle'yi andırır bir şekilde Mukaddime başlıklı bir bölüm bulunmaktadır. 634 maddeden oluşan kanunun bu bölümünde nafakayla ilgili 42 ıstılahın tanımı yer alır.³⁰ Mahmud Esad Seydişehirî'nin kaleme aldığı *Kitâb-ı Nikâh ve Talâk* adlı eserin mukaddime kısmında, ıstılahlara dair 17 madde bulunmaktadır.³¹ Yine Mehmed Sürûri'nin *Ahkâmü'n-nikâh* adlı eserinin mukaddimesinde 26 ıstılah, *Ahkâmü't-talâk*'ın mukaddimesinde ise 12 ıstılah maddesi yer alır.³² Bu dönemde, kanun metni formunda telif edilmiş daha başka fıkıh eserlerinde de benzer bir içeriğe rastlanmaktadır.³³ Yine Tanzimat döneminde yaşanan kanunlaştırma faaliyetleri ile birlikte, 1870'li yıllardan itibaren modern hukuk terimlerine dair pek çok lü-

le), Kâhire: Dârü's-selâm, 1419-1420/1998-1999, s. 437-451.

28 Thk. Mâzin el-Mübârek, *Matbûâtı Merkezi Cum'a el-Mâcid li's-sekâfe ve't-türâs bi-Dübey / Beyrut: Dâru'l-fikri'l-muâsır*, 1411/1991.

29 Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1424/2003.

30 Bk. *el-Cüz'ü'l-evvel mine'l-ahkâmü's-şer'iyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye: Kitâbü'n-nafakât*, İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1333, s. 5-9. Orhan Çeker, bu eseri *Nafaka Kanunu* adıyla latin harflerine aktararak yayınlamıştır (İstanbul: Ebru Yayınları, 1985).

31 Mahmud Esad İbn Emîn Seydişehirî, *Kitâb-ı Nikâh ve Talâk*, Dersâadet: Matbaa-i Hayriyye, 1328, s. 3-15.

32 Bir mukaddime ile altı babdan müteşekkil *Ahkâmü'n-nikâh*'ta 316 madde bulunmaktadır. Yine bir mukaddime ile sekiz babdan müteşekkil *Ahkâmü't-talâk*'ta ise 235 madde yer alır. Bk. Mehmed Sürûri, *Ahkâmü'n-nikâh*, İstanbul: Matbaa-i Hukûkiyye, 1329, s. 5-9; a. mlf., *Ahkâmü't-talâk*, Manzûme-i Efkâr Matbaası, s. 5-8.

33 Ali Haydar Efendi'nin *Mecmûa-i Cedide* içinde derleyip yayınladığı risalelerinde ıstılahlara dair maddeler yer vermiş (Dersâadet: Hukuk Matbaası, 1332), Ömer Hilmi Efendi, *Ahkâmü'l-evkâf*'ın mukaddimesinde vakfa dair fikhî ve kanûnî ıstılahları iki ayrı başlıkta toplam 42 madde halinde sıralamış (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1307, s. 2-12), Fetvâhâne-i Âli tarafından hazırlanan *Kitâbü't-talâk*'ın mukaddime bölümünde 15 ıstılah maddesine yer verilmiştir (*İslâm ve Osmanlı Hukuk Külliyyatı: Özel Hukuk-I*, haz. Ahmed Akgündüz, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2012, II, 751-1570).

gat hazırlandığı görülmektedir. Bu dönemde hazırlanan kanunlardan bir kısmında fikhî içerik hâkim olduğu için onlardan hareketle kaleme alınmış lügatlerde fikhî istilahlara da yer verilmiştir.³⁴

Türkiye’de hâlihazırda fıkıh istilahları söz konusu olduğunda akla gelen ilk eser diyebileceğimiz Ömer Nasuhi Bilmen’in (ö. 1970) *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu* adlı kitabı, böyle bir ilmî geçmiş üzerinde şekillenmiştir.³⁵ Mecelle sonrasındaki fıkıh yazım üslûbunu benimsemiş görünen Bilmen, fıkıh bablarının içeriğini maddeleştirerek ve her bölüm öncesinde istilahlara dair birer mukaddime ekleyerek kanunlaştırma dönemi diye anılan bu dönemin genel yazım üslûbunu Cumhuriyet devrinde sürdürmüş bir yazar olarak temayüz eder. Elmalılı Hamdi Yazır’ın (ö. 1942) *Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahları Kamusu* (I-V) adıyla neşredilen sözlüğü oldukça kapsamlı bir eser olmakla birlikte, neşrinden kaynaklanan birtakım problemlerle maluldür.³⁶ Bir heyet tarafından hazırlanan *Türk Hukuk Lügatı*, temel fikhî kavramları da içeren önemli bir çalışma olup lügatın fikhî ile ilgili maddelerini hazırlayanlar arasında Bilmen de yer alır.³⁷ Hilmi Ergüney’in *Türk Hukukunda Lügat ve İstilahlar* adlı eseri, Osmanlı’dan Cumhuriyet’e geçiş sürecinde hukuk sahasında yaşanan dönüşüm sürecini dikkate alarak kaleme alınan, yeni kanunların yanı sıra Mecelle’ye atıflara ve mukayeseli açıklamalara da yer verilen kayda değer bir sözlüktür.³⁸ Mehmed Erdoğan’ın *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* adlı çalışması, son dönemlerde kaleme alınmış önemli sözlüklerdendir.³⁹ Ayrıca Arapça’dan tercüme edilmiş fıkıh sözlüklerinin varlığına da işaret etmek gerekir.⁴⁰

34 Bu dönemde hazırlanmış lügatleri tanıtan ve değerlendiren bir yazı için bk. Ali Adem Yörük, “İlk Hukuk Lügatlerimiz (1870-1928)”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, 2006, sayı: 2, s. 99-128.

35 Bilmen’in eseri hangi süreçler neticesinde kaleme aldığı ve geçmiş çalışmaları ilişkisi hakkında bk. *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, I-VIII, İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, ts., I, 3-4.

36 Yayına hazırlayan: Sıtkı Güllü, İstanbul: Eser Neşriyat, 1997. Neşrin taşıdığı problemler hakkında bk. Ferhat Koca, “Elmalılı M. Hamdi Yazır, Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahları Kamusu, I-V, (nşr. Sıtkı Güllü), Eser Neşriyat ve Dağıtım, İstanbul 1997”, *İslâm Araştırmaları Dergisi*, 1999, sayı: 3, s. 297-300.

37 Ankara: Maarif Vekâleti, 1944. Eserin fikhî ile ilgili maddelerini Ebû’ulâ Mardin’in başkanlığında Ali Himmet Berki, Mehmet Gönenli, Şevket Yund ve Ömer Nasuhi Bilmen’den oluşan bir heyet hazırlamıştır. Eserin önsözünde bu lügatin hangi saikle hazırlandığına dair şu cümlelere yer verilmiştir: “Türk Hukuk Kurumu 1937’de bir Türk Hukuk Kamusu (Ansiklopedisi) meydana getirmeye karar verdi ve işe başladı. Bu başlama bütün ilim muhitlerimizde takdirle ve alâka ile karşılandı. Teşebbüsün müspet veya menfi neticeleri üzerinde faydalı mülâhazalara rastladık. Bu arada en çok dikkati çeken: “Lugat yapılmadan kamus olamaz. Kamusun ihtiva edeceği istilahların hukuki mahiyetleri bilinmedikçe, o kamustan istifade eksik kalır. Bilhassa kamusun bir cildinin İslâm hukukuna ayrılacağı kararlaştırılmış olduğuna göre, bu hukuka ait istilahları anlayamayan yeni nesilden bir gencin müracaat yeri neresi olacak? Böyle bir yeri bulamadıktan sonra o kamustan ne fayda elde edilir? Aynı endişe hukukun diğer şubelerine ait istilahlara için de vârit değil midir? şeklindeki mütalaa oldu. Bu mütalaanın aksi de ileri sürülebilir ve lügatten evvel kamusa ihtiyaç bulunduğu söylenebilir. Fakat biz bu fikirleri tercih veya münakaşa vesilesi değil, bir hareket sebebi yaptık.” Bk. Refik İnce’nin kaleme aldığı “Önsöz”den, a.g.e., s. VII.

38 Esere takriz yazan Ali Hikmet Berki, bu hususa şöyle işaret ediyor: “Eski ve yeni hukuk kültürüne inzıman eden tatbikat semeresi olarak daha evvel Mecelle’nin kavaid-i külliyesini izah eden bir eser de neşretmişti. (...) Eser yalnız bundan evvelki hukukumuzun istilah ve mefhum ve meselelerinin izahına hasredilmeyip Medeni Kanun ve diğer mer3i mevzuattaki esas ve mefhumlarla bunlara müteferri meseleler izah olunmuştur”. Bk. İstanbul: Yenilik Basımevi, 1973.

39 İstanbul: Rağbet Yayınları, 1998.

40 Muhammed Revvas Kal’acî’nin *Mu’cemu lügati’l-fukahâ’sı*, *Fıkıh Lügatı: Arapça - İngilizce - Türkçe* adıyla (trc. Ayhan Ak, İstanbul: Ocak Yayıncılık, 2012), Nezih Hammad’ın *Mu’cemü’l-mustalahati’l-iktisadiyye fi lügati’l-fukaha’sı*

İstılahlara dair yazılmış genel sözlükler, pek çok fıkıh kavramını içermeleri itibarıyla aynı zamanda fıkıh sözlüğü olarak da kullanılmaya elverişli metindir. Cürcânî'nin (ö. 816/1413) *et-Ta'rifât*'ı, Ebu'l-Bekâ el-Kefevî'nin (ö. 1095/1684) *el-Küllıyyât*'ı, Tehânevî'nin (ö. 1158/1745'ten sonra) *Keşşâfu ıstılâhâtı'l-ulûm ve'l-funûn*'u bu alanda akla gelen ilk ve en önemli kaynaklardır.⁴¹ Yine Süyûtî'nin (ö. 911/1505) *Mu'cemu mekâlidî'l-ulûm fi'l-hudûd ve'r-rüsûm*'u, Münâvî'nin (ö. 1031/1622) *et-Tevkîf alâ mühimmâti't-teârîfi*, Ahmednagarî'nin *Düsturu'l-ulemâ: Câmiu'l-ulûm fi ıstılâhâtı'l-funûn*'u⁴² genel kavram sözlüklerindedir.

B. *et-Ta'rifâtü'l-Fıkhiyye* Adlı Eser ve Müellifi Hakkında

Fıkıh ıstılahlarına dair aşağıda neşri sunulacak olan risale, Süleymaniye Kütüphanesi'ndeki bir mecmuanın (Esad Efendi, nr. 3695) içinde yer almaktadır. Risale, kütüphane kayıtlarında müellif adına yer verilmeden *Ta'rifâtü'l-fıkhiyye* başlığıyla kaydedilmekle birlikte, mecmuada yer alan eserlerin sıralandığı bir sayfada *İstılâhâtu fıkıh* başlığıyla anılmaktadır.⁴³ İlk varakta (1^a), mecmuanın Derviş Hüseyin'in kendisine ait olduğunu belirten bir temlik kaydı yer alır. Ayrıca risalelerin birkaçı yine Derviş Hüseyin'in istinsahı olduğunu gösteren ferağ kayıtlarıyla sonlanır.⁴⁴

Kütüphane kayıtlarında yer verildiği kadarıyla fıkıh ıstılahlarına dair kaleme alınmış metinlerle bu risale mukayese edildiğinde, hiçbirisinin bu risale ile aynı olmadığı neticesine ulaşılmaktadır. Bu risalelerden Muhammed Mukîm b. Derviş Muhamed el-Hâmîdî'ye ait *İstılâhâtu'l-fıkhiyye*, Molla Hüsrev'in *Düreri'l-hükkâm*'ı esas alınmak suretiyle hazırlanmış bir fihrist-sözlük çalışmasıdır.⁴⁵

Derviş Ali adında bir müstensih tarafından istinsah edilen *Risâle fi'l-ıstılâhâtı'l-muhtelife*, hicrî 894 kaydı taşımakta olup, burada neşredilen risale söz konusu tarihten daha sonra kaleme alınmış metinlere atıfta bulunmaktadır.⁴⁶

İktisadî Fıkıh Terimleri adıyla (trc. Recep Ulusoy, İstanbul: İz Yayıncılık, 1996) Türkçeye aktarılmıştır.

41 Hârizmî'nin *Mefâtihu'l-ulûm*'u bu alanda yazılmış ilk eserlerden olmakla birlikte, içerdiği ıstılahların sayısı sonraki eserlere nispetle oldukça sınırlıdır. Eser hakkında bk. İlhan Kutluer, "Hârizmî", *DİA*, XVI, 222-224, İstanbul 1997.

42 Thk. Muhammed İbrahim Ubâde, Kâhire: Mektebetü'l-âdâb, 1424/2004.

43 Bk. vr. 4a. Bu mecmuada sırasıyla şu eserler yer almaktadır:

1. el-Ferâizü's-Sirâciyye (vr. 4b-15b)
2. *İstılâhâtu fıkıh* (vr. 16b-33a)
3. *Risâle fi'l-mâi'l-müstâmel* (33b-35a)
4. *Ta'lîka alâ ibâreti'l-Mültekâ fi bâbi sücûdî's-sehv* (35b-45b)
5. *Mizânü'l-müddaiyeyn fi ikâmeti'l-beyyineteyn* (vr. 46b-66b)
6. *Risâle fi mukaddimeti'l-ulûm* (vr. 67a-68b)
7. *Lütfiyye-i Vehbî* (vr. 68b-99a)
8. *Tuhfe-i Vehbî* (vr. 99b-121b)
9. *Kitâb-ı Makbûl der Hâl-i Huyûl* (vr. 122b-132a)
10. *Fetâvâ müteferrika* (vr. 133b-182b)

44 Bk. a.g.m., vr. 15^b.

45 Çankırı İl Halk Kütüphanesi, nr. 152, 49 vr.

46 Süleymaniye Kütüphanesi, Şehid Ali Paşa, nr. 1389-13, vr. 99-130.

“İstılâhâtü'l-Fıkhîye'ye Ait Bir Risale” başlığıyla kaydedilmekle birlikte, mecmua içinde sonradan ilave edildiği anlaşılan İstılâhâtü'l-fıkh li-ba'zî'l-fukahâ başlıklı risale, 3 varak hacminde ve müellifi meçhul bir risaledir. Belli bir tasnif düşüncesinin takip edilmediği bu risale, neşri sunulan risaleden oldukça farklı ve henüz müsvedde halinde anlaşılan bir metindir.⁴⁷

Yine İstılâhâtü'l-Fıkh'a Ait Bir Eser diye kaydedilen bir diğer risale, Usûlü'l-Pezdevî'nin bir nüshasının başına eklenmiş, “Beyânu'l-hudûd” ibaresiyle başlayan muhtasar bir fıkıh usûlü sözlüğüdür. Müellif/müstensih, en sık karşılaşılan usûl kavramlarının bilindik tariflerini aktarmak suretiyle, Pezdevî'nin metni öncesinde bir lügatçe sunmak istemiş görünmektedir.⁴⁸ “Risâle fî beyâni ta'rîfâtî'l-fıkh” başlığını taşıyan risale de bu risale ile belli bir noktaya kadar örtüşmektedir. Önceki risale Hitâb maddesi ile son bulduğu halde, sonraki risale bu maddeye kadar aynı olup sonrasında ilave maddeler içermektedir.⁴⁹

“Risâle fî istılâhi'l-fukahâ” adıyla kayıtlı risale, Konevî'nin Enîsü'l-fukahâsının bir nüshasıdır.⁵⁰ “el-Beyân fî'l-elfâzî'l-mütedâvile beyne'l-fukahâ” adını taşıyan ve Zâhidî'ye ait Kudûrî şerhinin bir nüshasının sonuna eklenmiş olan risale, fıkıh usulüne dair bazı kavramların tanımlarını içermektedir.⁵¹ “Risâle fî istılâhâtî'l-fukahâ” diye kayıtlı risale, fıkıh usûlü kavramlarını içerir.⁵² “Şerhu'l-elfâzî'l-müşkile fî kütübî'l-fıkh” adlı, Rüknüddin adlı bir müellifin kendi istinsahı olan risalenin de aşığıda neşredilen risaleden farklı bir eser olduğu anlaşılmıştır.⁵³

Derviş Hüseyin, başka yazarlardan istinsah ettiği eserlerde metnin sonunda ferağ kaydı düşmüş olduğu halde bu risalenin başında ibtida kaydı olarak h. 1193 yılını vermiştir. Neşri sunulan risalenin içinde yer aldığı mecmuadaki diğer bütün metinler, yazarları bilinen eserlerdir. Bu durum, risalenin Derviş Hüseyin tarafından yazılmış olma ihtimalini gündeme getirir. Risalenin telifine başladığı tarih (1193/1779), diğer risalelerin istinsah tarihlerine yakındır. Diğer risaleler, h. 1201, 1204 ve 1206 gibi ferağ kayıtları taşırlar. Ancak Derviş Hüseyin'in risalenin sonunda yer verdiği ferağ kaydındaki cümlenin istinsah kaydı olmaya daha yakın oluşu, bu eseri kendisine nispet etmeyi zorlaştırmaktadır. Bu durumu göz önünde bulundurarak risaleyi ona nispet etmeden, anonim bir metin olarak yayınlamayı daha uygun bulduk.

47 Süleymaniye Kütüphanesi, Bağdatlı Vehbi, nr. 2084, vr. 96a-99a.

48 Süleymaniye Kütüphanesi, Mehmed Ağa Camii, nr. 67.

49 Süleymaniye Kütüphanesi, Esad Efendi, nr. 738, vr. 285^a-286^b.

50 Süleymaniye Kütüphanesi, Esad Efendi, nr. 3431, vr. 50^a-68^b.

51 Bu risale kütüphane kayıtlarında “Fıkıh Terimleri Hakkında Risale” başlığıyla kaydedilmiştir. Süleymaniye Kütüphanesi, Hacı Beşir Ağa, nr. 264, vr. 470^b-473^a.

52 Süleymaniye Kütüphanesi, Şehid Ali Paşa, nr. 728, vr. 173^b-178^a.

53 Süleymaniye Kütüphanesi, Bağdatlı Vehbi Efendi, nr. 1964, vr. 206^b-220^a.

Bu risale, müellifin de giriş kısmında belirttiğı üzere, ıstılahâta dair önde gelen kaynaklardan ve bazı fıkıh kitaplarından fikhî kavramların derlenmesi suretiyle hazırlanmıştır. Adını zikrettiğı kaynaklar; Ebu'l-Bekâ el-Kefevî'nin (ö. 1095/1684) *el-Küllıyyât*'ı, Cürcânî'nin (ö. 816/1413) *et-Ta'rifât*'ı, Molla Hüsrev'in (ö. 885/1480) *Gurerü'l-hükkâm*'ı ve Zeylaî'nin (ö. 762/1360) *Tebyînu'l-hakâik*'idir. Müellif son eseri yazarının adıyla anmaktadır. Lüğatçeyi oluşturan kavramların önemli bir kısmı bu kitaplardan derlenmiştir. Metin boyunca Musannıfek'in (ö. 875/1470) *el-Hudûd ve'l-ahkâmü'l-fikhiyye*'sine de sıklıkla atıfta bulunmaktadır. Yazarın bunlara ilaveten atıfta bulunduğu fıkıh kaynakları şunlardır: *et-Telvih*, *Şerhu Mecma'*, *Fusûlu'l-İmâdi*, *el-Eşbâh*, *Bezzâziyye*, *Minahu'l-Gaffâr* (*Tenvîru'l-epsâr*'ın müellif Timurtâşî'ye ait şerhi), *Kâdihân*, *el-Hidâye* ve *Bâbertî*'nin şerhi *el-İnâye*. Ayrıca birer yerde Kadı Beyzâvî ve Keşşâf tefsirlerine, *Mu'ribu'l-luga* adlı bir esere (muhtemelen Mutarrızî'nin *el-Muğrib fi tertibi'l-mu'rib*'i) atıf yapılmıştır. Yine müellif/müstensih tarafından eklenen haşiyelerde ise Cevherî'nin *es-Sihâh*'ından ve iki yerde Türkçe olarak Van Kulu Lüğati'nden nakil yapılmıştır.

Müellif bu lüğatçeyi kendi tanımlamaları ile değil, bütünüyle önceki kaynaklardan yaptığı nakillerle oluşturmuştur. Tanımların çok büyük bir kısmı *el-Küllıyyât* ile *et-Ta'rifât*'tan nakledilmiş, yer yer *Dürerü'l-hükkâm*'dan ilave açıklamalara yer verilmiştir. Bazı maddeler salt nakil ve kısa açıklamalardan ibaret iken bazı maddelerde uzun izahlara ve muhtelif kaynaklardan nakillere yer verilmesi, maddeler arasındaki insicamı zedeler görünmektedir. Maddelerin neredeyse tamamı furû fıkıh kavramlarıdır. Eserde usûle ilişkin kavramlar ibâha, ictihad, icmâ, ıstıshab, istihsan, iktizâu'n-nas, sünnet, şart, sarıh, fesad gibi ilk akla gelen maddelerdir. Bazı tekrarlar, aynı maddeye iki kez yer vermelerle de karşılaşmaktadır. Yazarın kaynağına işaret etmediğı birçok maddeyi yine *el-Küllıyyât* ile *et-Ta'rifât*'tan yararlanarak kaleme aldığı anlaşılmaktadır.

Metni neşre hazırlarken izlediğimiz yöntem gelince, öncelikle dizgi sırasında birtakım tasarruflarda bulunmak durumunda kaldığımızı belirtmemiz gerekir. Lüğatçe büyük oranda nakillerden oluştuğı için müellifin kaynakları ile yaptığımız mukayeseler neticesinde yeri geldikçe birtakım tashihlerde bulduk. Müelliften/müstensihden kaynaklanan çok bariz yazım hatalarını, kaynaklarını esas alarak ve işaret etmeye gerek duymaksızın düzelttik. Kelime düşüklüklerini ise köşeli parantez içerisinde verdik. Müellifin işaret ettiği kaynakları altı çizili olarak kaydettik. Haşiyelerdeki ilave açıklamaları ilgili maddeleri takip eden dipnotlarda aktardık.

التعريفات الفقهية

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبيه ورسوله محمد وآله وصحبه أجمعين.

وبعد؛ قد جمعت هذه التعريفات الفقهية من تعريفات السيد الشريف ومن الدرر والزليعي وكليات أبي البقاء وغيره. وكان شروعي في غرة ربيع الأول لسنة ثلاث وتسعين ومائة وألف.

قال أبو هريرة: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين» صدق رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم. الفقه في الأصل هو الفهم يقال فقه الرجل بالضم إذا صار فقيهاً وقد جعله العرف خاصاً بعلم الفروع. قوله «في الدين» أي يجعله عالماً بأحكام الشريعة ذا البصيرة فيصير قلبه ينبوع العلم يستخرج بفهمه المعاني الكثيرة من اللفظ الموجز. كذا في الميسر. وعن عمر رضي الله عنه: «تفقهوا قبل أن تسودوا». ثم الإنسان إذا أخذ حظاً وافراً من الفقه ينبغي أن لا يقصر عليه ولكن ينظر في علم الزهد والحكمة [ثلاثاً] يقسي قلبه والقلب القاسي بعيد من الله تعالى. شرح مشارق لوجيه الدين.

الإباحة: هي ضد الحرمة في النهاية وضد الكراهة و في المضمّرات أنّ الحلّ يتضمّن الإباحة لأنه فوقها وكلّ مباح جائز دون العكس لأنّ الجواز ضد الحرمة والإباحة ضد الكراهة فإذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفى الإباحة أيضاً وإذا انتفى الإباحة ثبت ضدها وهو الكراهة ولا ينتفى بها الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة. كليات.

الآبق: هو المملوك الذي يفرّ من مالكة قصداً والإباق في اللغة الفرار والهرب مطلقاً من باب ضرب ونصر. وقال الله تعالى: "إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ" (الصافات، ١٠٤١). وفي المغرب آبق العبد هرب من باب ضرب وطلب إباقاً فهو آبق وهم آباق وإباق في الشريعة هرب مخصوص وهو هرب المملوك من مالكة. وفي المبسوط الإباق ترمد في الانطلاق وهو من سوء الأخلاق ورداءة الأعراق يظهر العبد من نفسه فراراً ليضرّ ماليته ضمّاراً فردّه إلى مولاه إحساناً و"هل جزاء الإحسان إلا الإحسان" [الرحمن، ١٠٦]. مصنفك.

الإبراء: هبة الدين ممن عليه الدين. كليات.

الإبطال: إفساد الشيء وإزالته حقاً كان ذلك الشيء أو باطلاً. كليات.

الإباق: الاستخفاء ولا يقال للعبد آبق إلا إذا استخفى وذهب من غير خوف ولا كدّ عملٍ وإلاً

فهو هارب والفرار من قرية إلى بلد ليس بإباق شرعاً وإنما الإباق عكسه.

اتصال قرار: قالوا إن ما وضع لأن يفصله البشر بالآخرة ليس باتصال قرار وما وضع لا لأن يفصل فهو اتصال قرار ويفهم منه أن اتصال قرار كالشجر وليس باتصال قرار كالزرع بالنسبة إلى الأرض. هكذا رأيت في بعض المجاميع.^١

اتصال التربيع: اتصال جدار لجدار بحيث يتداخل لبنات هذا الجدار بلبنات ذلك وإنما تسمى اتصال التربيع لإثما بينان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع. تعريفات.

الاقهاب: قبول الهبة والاستيهاب سؤلها. كليات.

الأثر: ما يروى من الصحابة رضي الله وله ثلاثة معانٍ الأول بمعنى النتيجة والحاصل من الشيء والثاني بمعنى العلامة والثالث بمعنى الخبر. تعريفات.^٢

الإجارة: عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو مال وتمليك المنافع بعوض إجارة وبغير العوض إعارة.

الاجتهاد: في اللغة بذل الوسع وفي الاصطلاح استفراغ الوسع ليحصل له ظنٌ بحكم شرعي. تعريفات.

الإجماع: في اللغة العزم والاتفاق وفي الاصطلاح اتفاق المجتهدين من أمة محمد عليه الصلاة والسلام في عصر على أمر ديني.

الأجير الخاص: هو الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدّة عمل أو لم يعمل كراعي الغنم. تعريفات.

الأجير المشترك: من يعمل لغير واحد كالصباغ.

الإجبار: حمل الغير على أمر تعورف في الإكراه المجرد فليل أجبره على كذا أي أكرهه فهو مجبر. كليات.

الإجازة: أجاز له سوّغ له رأيه أنفذ كجوزّه والبيع أمضاه.

١ اتصال قرار: كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له داخلا في المبيع وما لا فلا. قالوا إن ما وضع لأن يفصله البشر بالآخرة ليس باتصال قرار وما وضع لا لأن يفصله فهو اتصال قرار. درر غرر.

٢ الإثبات: هو الحكم بثبوت شيء لآخر.

الأثاث: هو ما يكتسبه المرء ويستعمله في الغطاء والوظء والمتاع هو ما يفرش في المنازل ويزين به. وقيل الأثاث هو ما جدّ من متاع البيت والحرفي ما رث. وذكر بعضهم أن المتاع من متع النهار وإذا طال ولذلك يستعمل في امتداد مشارف للزوال ولهذا يستعمل في معرض التحقير لاسيما في التزييل الجليل. كليات.

الإثر: ما بقى من رسم الشيء فهو إثره بالكسر والسكون ويفتحها. وأثر الجرح بالضم والتسكين. وحديث مأثور من الأثر بالفتح والتسكين. وأثر على نفسه اختار بالمدّ من الإيثار. من كليات أبي البقاء وفيه تفصيل فاليراجع.

الإثم: الذنب الذي يستحق العقوبة والهزمة فيه من الواو كأنه يثم الأعمال أي يكسرها. كليات.

الاحتياط: هو فعل ما يتمكّن به من إزالة الشكّ وقيل التحفّظ والاحتراز من الوجوه لئلاّ يقع في مكروهه وقيل الأخذ بالأوثق من جميع الجهات ومنه قولهم افعَل الأحوط يعني افعَل ما هو أجمع لأصول الأحكام وأبعد عن شوائب التأويل. كليات.

الإحداد: هو ترك الزينة والتطيّب والحدّ المنع.

الإحرام: المنع وقيل إدخال الإنسان نفسه في شيء حرم عليه به ما كان حلاله ويقال أحرم الرجل إذا دخل في الحرام وأحلّ الرجل إذا دخل في الحلّ والمعنى صار ذا حلّ حلالاً بتحليل الله ومجيء افعَل على الوجهين المذكورين كثير في لسان العرب. كليات.

الإحصار: في اللغة المنع والحبس وفي الشرع المنع عن المضى في أفعال الحجّ سواء كان بالعدوّ أو بالحبس أو بالمرض.^٣

الإحصان: هو عبارة عن اجتماع سبعة أشياء؛ العقل والبلوغ والحريّة والنكاح الصحيح والدخول به وكون كلّ من الزوجين مثل الآخر في صفة الإحصان وهو أن يكون الرجل عاقلاً بالغاً حرّاً مسلماً دخل بامرأة بالغة عاقلة حرّة مسلمة بنكاح صحيح.

أحسن الطلاق: وهو أن يطلق الرجل امرأته في طهر لم يجامعها ويتركها حتى تنقضي عدتها.

الاختلاف: هو على وجهين اختلاف تناقض وهو ما يدعو فيه أحد الشيعيين إلى خلاف الآخر وهذا هو الممتنع على القرآن واختلاف تلاؤم وهو ما يوافق الجانبين كاختلاف وجوه القراءات واختلاف مقادير السور والآيات واختلاف الأحكام من الناسخ والمنسوخ والأمر والنهي والوعد والوعيد. الاختلاف هو أن يكون الطريق مختلفاً وكذا المقصود والخلاف أن يكون الطريق مختلفاً والمقصود متفقاً. والاختلاف ما يسند إلى دليل والخلاف ما لا يسند إلى دليل. والاختلاف من آثار الرحمة والخلاف من آثار البدعة. والخلاف ما وقع في محلّ لا يجوز فيه الاجتهاد وهو ما كان مخالفاً للكتاب والسنة والإجماع والاختلاف ما وقع في محلّ يجوز فيه الاجتهاد. والأول لو حكم به قاض ورفع لغيره يجوز فسخه بخلاف الثاني. كليات.

الأخرس: هو الذي خلق ولا نطق له.

الأبكم: هو الذي له نطق ولا يعقل الجواب.

٣ كل من امتنع من شيء لم يقدر عليه فقد حصر عنه ولهذا قيل حصر في القراءة وحصر عن أهله. كليات.

الاستهلال: أن يكون من الولد ما يدل على حياته من بكاء أو تحريك عين أو عضو.

الإسلام: هو الخضوع والانقياد بما أخبره الرسول عليه السلام وفي الكشف أن كل ما يكون من الإقرار باللسان من غير مواطأة القلب فهو إسلام وما وطئ فيه واللسان فهو إيمان. أقول هذا مذهب الشافعي وأما مذهب أبي حنيفة رحمه الله فلا فرق بينهما. تعريفات.

الإسراف: هو إنفاق المال في الغرض الخسيس.^٥

الأشربة: جمع شراب وهو كل مائع رقيق يشرب ولا يتأدى فيه المضغ حراماً أو حلالاً.

الأصل: وهو ما يتبنى عليه غيره. أصول الفقه وهو العلم بالقواعد يتصل بها اليه والمراد من الأصول في قولهم «هكذا في رواية الأصول» الجامع الصغير، الجامع الكبير، المبسوط، والزيادات.

الاصطلاح: عبارة عن اتفاق قوم على تسمية الشيء باسم ما ينقل عن موضوعه الأول.

أصحاب الفرائض: وهم الذين لهم سهام مقدرة في كتاب الله تعالى.

الأضحية: اسم لما يذبح في أيام النحر بنية القرية لله تعالى.

الأعيان المضمونة بأنفسها: هي ما يجب مثلها إذا هلكت إن كانت مثلية وقيمتها إن كانت قيمية كالمقبوض على سوم الشراء.

الأعيان المضمونة بغيرها: على خلاف ذلك كالبيع والمرهونة.

الإعتاق: هو إثبات القوة الشرعية في المملوك.

الإعارة: هي تمليك المنافع بغير عوض مالي.

الاعتكاف: هو في اللغة المقام والاحتباس وفي الشرع لبث صائم في مسجد جماعة بنية.

الاعتقاد: في المشهور هو الحكم الجازم المقابل للتشكيك بخلاف اليقين.

الإغماء: وهو فتور غير أصلي لا بمخدر يزيل عمل القوى. قوله غير أصلي يخرج النوم وقوله لا بمخدر يخرج الفتور بالمخدرات وقوله يزيل عمل القوى يخرج العته. في الكليات الإغماء هو يزيل القوة والجنون يزيل العقل والغشي بالضم والسكون داخل في الإغماء.

الإفتاء: بيان حكم المسئلة.

^٥ الإسراف: هو صرف الشيء فيما لا ينبغي زائداً على ما ينبغي بخلاف التبذير فإنه صرف فيما لا ينبغي. والإسراف تجاوز في الكمية فهو جهل بمقادير الحقوق والتبذير تجاوز في موضع الحق بمواقفها. كليات.

الإفلاس: فلس الرجل أي صار ذا فلس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي أي قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله.

الإفضاء: أفضى إلى امرأة في باب الكناية أبلغ وأقرب إلى التصريح من قولهم خلا بها.

الإقالة: في البيع رفع العقد بعد وقوعه وأقال الرجل في البيع إقالة.

الإقرار: وهو في الشرع إخبار بحق الآخر عليه.

الاقتضاء: وهو طلب الفعل مع منع الفعل عن الترك وهو الإيجاب أو بدونه وهو الندب أو طلب الترك مع المنع عن الفعل وهو التحريم أو بدونه وهو الكراهة.^٦

اقتضاء النص: عبارة عما [لم] يعمل النص إلا بشرط تقدم عليه [فإن ذلك] أمر اقتضاه النص بصحة ما يتناوله النص وإذا لم يصح لا يكون مضافاً إلى النص فكأن المقتضي كالثابت بالنص. مثاله ما إذا قال الرجل لآخر: "أعتق عبدك هذا عني بألف" فأعتقه يكون العتق من الأمر كأنه قال: "بع عبدك لي بألف ثم كن وكيلاً لي بالإعتاق.

الإكراه: حمل الغير على ما يكرهه بالوعيد. وفي الدرر الإكراه هو لغةً حمل القائل على أمر يكرهه وشرعاً حمل الغير على فعل أعم من اللفظ وعمل سائر الجوارح بما متعلق بالحمل وهو أعم من القتل وإتلاف العضو والحبس والضرب والقيد لعدم رضاه به أي رضا الغير بذلك الفعل لا اختياره أي لا يعدم اختياره إلى آخره.

الأكل: إيصال ما يتأتى فيه المضغ إلى الجوف ممضوغاً كان أو غيره فلا يكون اللبن والسويق مأكولاً.

الأمن: وهو [عدم] توقع مكروه في الزمان الآتى.

الأملاك المرسلة: أن يشهد رجلان في شيء ولم يذكر سبب الملك إن كان جاريةً لا يحل وطئها وإن كان داراً يغرم الشاهدان قيمتها.

الإمضاء: كالإنفاذ وزناً ومعنى يقال مضى في الأمر يمضى مضاءً أي نفذ.

الآمة: هي شجة بلغت أم الدماغ. درر.

٦ الاقتضاء: هو أضعف من الإيجاب لأنه الحكم إذا كان ثابتاً بالاقتضاء لا يقال يوجب بل يقال يقتضى والإيجاب يستعمل فيما إذا كان الحكم ثابتاً بالعبارة والإشارة أو الدلالة فيقال النص يوجب.

الإنفاق: صرف المال إلى الحاجة.

الإيجاب: إيقاع النية.

الإيلاء: ومن أراد علم الإيلاء فلا بدّ له من معرفة أمور، الأول معناه لغةً الثاني معناه شرعاً وسببه وشرطه وركنه وحكمه. أما معناه لغةً فهو الحلف إذ الإيلاء مصدر يقال آلى يؤالي إيلاءً مثل أعطى يعطي إعطاءً و [جمع] الأليّة اليمين على فعيلة والجمع ألياً مثل عطية وعطايا وأما معناه شرعاً فهو منع النفس عن قربان المنكوحه أربعة أشهر فصاعداً مؤكداً باليمين بأن يقول الرجل لامرأته ”والله لا أقربك أو ”والله لا أقربك أربعة أشهر“. وأما سببه ما هو السبب في الطلاق من قيام المشاجرة وعدم الموافقة على وجه الانتظار لوعده الله عز وجل في كتاب الله « لَعَلَّ اللَّهُ يُحَدِّثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا » (الطلاق، ١). وأما شرطه في حق المحل فكون المرأة منكوحه وفي حق الحالف كونه أهلاً للتطليق وأما ركنه في حق اليمين الشرط والجزاء مثل أن يقول ”إن أقربك فعبدني حر. وأما حكمه فهو طليقة بائنة إن برّ والكفارة والجزاء إن حنث. مصنفك. والمراد بالفيء الجماع وقوله ”فإن فآؤوا“ (البقرة، ٦٢٢) أي رجعوا في الأربعة الأشهر. وقد أورد بعض شراح الهداية ههنا مناقشة فاسدة وهي أنّ اللازم بالإيلاء أحد الأمرين إما الفيء وإما عزيمة الطلاق ولا كفارة في الثاني فلا يكون في الأول أيضاً. وفساد هذه المناقشة ظاهرة منه.

الإيلاء: وهو لغة الحلف مطلقاً وشرعاً حلف على ترك قربانها مدته وحكمه طليقة بائنة إن برّ والكفارة إن حنث وأقلّها للحره أربعة أشهر وللأمة شهران ولا حدّ لأكثرها. درر غرر.

الآيسة: وهي لم تحض في مدة خمس وخمسين سنة.

الإيداع: تسليط الغير على حفظ ماله.

الإيمان: هو التصديق والإذعان والقبول والإسلام هو الدخول في السلم والوصول. الإيمان ثنائي عند أبي حنيفة تصديق بالجنان وإقرار باللسان والتصديق هو الركن الأعظم والإقرار كالدليل عليه. كتاب فيها تفصيل فاليراجع. وفي التعريفات الإيمان في اللغة التصديق بالقلب وفي الشرع هو الاعتقاد بالقلب والإقرار باللسان [و] قيل من شهد ولم يعمل واعتقد فهو فاسق ومن أحلّ بالشهادة فهو كافر.

فصل الباء

الباب: لغةً النوع واصطلاحاً نوع من المسائل اشتمل عليها كتاب وليست بفصل.

الباطل: هو الذي لا يكون صحيحاً بأصله.

البدعة: وهي الفعلة المخالفة للسنة.

البستان: وهو ما يكون حائطاً فيه نخيل متفرقة تمكن الزراعة وسط الأشجار فإن كانت الأشجار ملتفةً لا تمكن الزراعة فهي كرم.

البيع: في اللغة مطلق المبادلة وفي الشرع مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكاً وتملكاً. اعلم أن كل ما ليس بمال فالبيع فيه باطل سواء جعل مبيعاً أو ثمناً وكل ما هو مال غير متقوم فإن بيع بالثمن أي بالدراهم والدنانير فالبيع باطل وإن بيع بالعرض به فالبيع في العرض فاسد فالباطل هو الذي لا يكون صحيحاً بأصله والفاقد هو الصحيح بأصله لا بوصفه وعند الشافعي لا فرق بين الفاسد والباطل. بيع الفاسد لقب الباب به وإن كان فيه الباطل والموقوف والمكوره أيضاً لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل ما لا يصح أصلاً ووصفاً ولا يفيد الملك بوجه حتى لو اشترى عبداً بميتة وقبضه وأعتقه لا يعتق والفاقد ما يصح أصلاً [لا] وصفاً ويفيد الملك عند اتصال القبض حتى لو اشترى عبداً بجمر وقبضه وأعتقه يعتق. والموقوف ما يصح بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير. والمكروه ما يصح بأصله ووصفه لكن جاوره شيء منهي عنه كالبيع عند أذان الجمعة. درر غرر. وهو البيع الذى فيه خطر انفساخه بملاك المبيع.

بيع الوفاء: هو أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بما لك على من الدين على أنى إن قضيت الدين فهو لى.

بيع العينة: وهو أن يستقرض الرجل من تاجر شيئاً فلا يقرضه بل يعطيه عيناً ويبيعهها من المستقرض بأكثر من القيمة سمي بها لأنها إعراض عن الدين إلى العين.

بيع التلجئة: وهو العقد الذي يياشره الإنسان عن ضرورة ويصير كالمدفوع إليه [وصورته] أن يقول لغيره أبيع دارى منك بكذا فى الظاهر ولا يكون بيعا فى الحقيقة ويشهد على ذلك وهو نوع من الهزل.^٧

٧ البينة: من بين وهو من الأضداد بمعنى القريب والبعيد يستعمل فى الطلاق يقال طلاق بانن وهو إما حقيقة وإما غليظة والحقيقة تفيد انقطاع الملك فقط كما يحصل بواحد أو اثنين والغليظة تفيد انقطاع الحل بالكلية كما يحصل بالثلاث. البيع: باع يتعدى إلى مفعولين

البغاة: جمع باغ هم قوم مسلمون خرجوا عن طاعة الإمام. درر.

البتات: بالفتح والتشديد، يد القطع.

الباب: هو في الأصل مدخل ثم سمي ما يتوصل به إلى شيء وفي العرف طائفة من الألفاظ الدالة على المسائل من جنس واحد وقد يسمّى ما دل على مسائل من صنف واحد. كليات.

فصل التاء

التبوءة: هو إسكان المرأة في بيت خال.

التبذير: وهو تفريق المال على وجه الإسراف.

التجارة: عبارة عن شراء الشيء والبيع بالربح.

التدبير: تعليق العتق بالموت.

التعزير: هو تأديب دون الحد وأصله من العزر وهو المنع.

التوأمان: هما توئمان ولدان من بطن واحد بين ولادتهما أقل من ستة أشهر.

تھاتر الرجالن: إذا ادعى كل واحد منهما على صاحبه باطلاً.

التحري: طلب أحرى الأمرين وأوليهما.

التعاطي: إعطاء البائع المبيع للمشتري على وجه البيع والتملك والمشتري الثمن للبائع بلا إيجاب وقبول.

التعليق: هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة كما في التلويح. وشرط صحة التعليق كون الشرط معدوماً على خطر الوجود بكائن تنجيز وبالمستحيل باطل. كليات.

وقد تدخل من على المفعول الأول على وجه التأكيد فيقال بعث من زيد الدار وربما دخلت اللام مكان من فيقال بعث لك فهي زائدة ويقال بعثك الشيء وباع عليه القاضي أي غير رضاه وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها. وبيع العين بالأثمان المطلقة يسمّى باتاً والعين بالعين مقايضة والدين بالدين سلماً والدين بالدين صرفاً. وإن بيع بنقصان الثمن يسمّى وضيعة وبالثمن الأول تولية ونقد ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح مراجعة وإن لم يلتفت من الثمن السابق مساومة. كليات. بيع المضامين: جمع مضمونة وهي ما في أصلاب الفحول من الماء والملاقيح جمع ملقوحة وهي ما في البطن من الجنين على أن حبلت. النتائج: بكسر النون منتجب الدابة على أنه البناء للمفعول وهو حبل الحيلة. بيع ضربة القايض: وهو ما يخرج من الماء بضرب السكة مرة. المزانية: وهو بيع الثمر بالثاء المنقوطة بثلاث على النخيل بتمر بالثاء المنقوطة باثنتين مجذوذ مثل كيله خرصاً. الملابس والمنايدة وإلقاء الحجر فإنما يبيع [كانت في] الجاهلية بأن يتساوم الرجال على سلعة فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع الأول الملابس والثاني المنايدة والثالث إلقاء الحجر. بيع الكلاء بالقصر وهو بيع ما تحويه الأرض من النبات. وهذه البيوع بعضها صحيح وبعضها فاسد وبعضها باطل والكلمة المذكور في الدرر منفصلاً فليراجع والمراد بذكرها ههنا ذكر أساميها وإطلاقها.

التحرىمة: من التحرىم. بمعنى المحرم بالكسر فإنه منع ما يحل خارج الصلاة فالتاء للنقل والمبالغة. كليات.

التمويه: إلباس صورة حسنة لشيء قبيح كإلباس الذهب للنحاس ونحوه.

التدليس: كتمان عيب السلعة عن المشتري.

التعصب: عدم قبول الحقّ مع ظهور الدليل.

التبسم: ما لا يكون مسموعاً له ولجيرانه.

التحريف: تغيير اللفظ دون المعنى.

التحقيق: إثبات المسئلة بدليلها.

التخراج: فى اللغة تفاعل من الخروج وفى الاصطلاح مصالحة الورثة على إخراج بعض منهم بشيء معين من التركة.

التدقيق: إثبات المسئلة بدليل دق طريقه لناظريه.^٨

فصل الثاء

الثقة: وهى التى يعتمد عليها فى الأقوال والأفعال.

الثواب: ما يستحق به الرحمة والمغفرة من الله تعالى والشفاعة عن الرسول عليه السلام.

٨ الرجوع: فى الأذان أن يخفض صوته بالشهادتين ثم يرفع بهما. تركة الميت: متروكته وفى الاصطلاح المال الصافي عن تعلق حق الغير بعينه. التسري: إعداد الأمة أن تكون موطوءة بلا عزل. تشبيب البنات: وهو أن يذكر البنات على اختلاف درجاتهن. التصحيح: إزالة السقم من المريض وفى الاصطلاح إزالة الكسور الواقعة بين السهام والرؤوس. التمتع: وهو الجمع بين أفعال الحج والعمرة فى أشهر الحج فى سنة واحدة بإحرامين بتقديم أفعال العمرة من غير أن يلتم بأهله إماماً صحيحاً فالذى اعتمر بلا سوق الهدي لما عاد إلى بلده صحّ إمامه وبطل تمتعه وقوله من غير أن يلتم ذكر المزموم وإرادة اللازم وهو بطلان التمتع. فأما إذا ساق الهدي فلا يكون إمامه صحيحاً فإذا عاد ويحرم بالحج كان متمتعاً. تملك الدين من غير [من] عليه الدين: صورته إن كان فى التركة ديون فإذا أخرجوا أحد الورثة بالصلح على أن يكون الدين لهم لا يجوز الصلح لأن فيه تملك الدين هو حصة الصالح من غير من عليه الدين وهم الورثة وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء من نصيب المصالح من الدين جاز لأن ذلك تملك ممن عليه الدين وإنه جائز. تعريفات. الترجمة: بفتح الجيم تفسير الكلام بلسان آخر إذا لم يعرفها القاضى أو أحد الخصمين. شرح مجمع. التناقض: هو اختلاف القضيتين بالإيجاب والسلب يقتضى لذاته صدق أحدهما وكذب الأخرى كقولنا زيد إنسان وزيد ليس بإنسان. التطوع: فى الأصل تكلف الطاعة وفى التعارف تبرع بما لا يلزم كالنفل وفى الشريعة هو المستحبّ. كليات. التوكيل: إقامة الغير مقام نفسه فى التصرف ممن يملكه. التواتر: هو الخبر الثابت على ألسنة قوم لا يتصور تواطئهم على الكذب. التولية: وهى بيع المشتري بثمنه بلا فضل. التيمم: فى اللغة مطلق القصد وفى الشرع قصد الصعيد الطاهر واستعماله بصفة مخصوصة لإزالة الحدث.

فصل الجيم

الجاري من الماء: ما يذهب بتبنة.

الجهاد: في اللغة هو المجاهدة مطلقاً وفي الشريعة هو المجاهدة في المحاربة مع أعداء الله تعالى على النمط الذي ثبت عن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلّم. مصنفك.

الجرح المجرد: هو ما يفسق به الشاهد ولم يوجب حقاً للشرع كما شهد أن الشاهدين شربا الخمر لم يتقادم العهد أو للعبد كما شهد أنهما قتلا النفس عمداً والشاهد فاسق أو أكل الربا أو المدعي استأجره.

الجنون: هو اختلاف العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً وهو عند أبي يوسف إن كان حاصلاً في أكثر السنة فمُطَبَّق وما دونه فغير مطبق.

الجدع: بكسر الجيم وسكون الذال المعجمة عماد من شجر يوضع في السقف للإحكام. الدرر.

الجنائية: اسم لفعل محرّم شرعاً سواء تعلق بمال أو نفس وفي الاصطلاح خصت بما تعلق بالنفوس والأطراف وخصّ الغصب والسرقة بما تعلق بالأموال. درر غرر.

الجعل: هو بالضم ما يجعل للإنسان من شيء على شيء بفعله وكذا الجعالة بالكسر.

فصل الحاء

الحدود: جمع حدّ هو في اللغة [المنع] وفي الشريعة هي عقوبة مقدّرة وجبت حقاً لله تعالى.

الحضانة: هي تربية الولد من حضن الطائر بيضه ليحضنه إذا ضمّه إلى نفسه تحت جناحه وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها. درر.

الحلال: ما أفتاك المفتي أنه حلال والطيب ما أفتاك قلبك أنه ليس فيه جناح.

الحيض: في اللغة السيالان وفي الشرع عبارة عن الدم الذي ينفسه رحم امرأة سليمة عن الداء والصغر.

الحوالة: هي لغة اسم بمعنى الإحالة وهي النقل مطلقاً وشرعاً نقل الدين من ذمة إلى ذمة أي من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. المديون محيل والدائن محال له ومحتال ومحتال له و من يقبلها محتال عليه محال عليه والمال محال به. وشرطه رضاه الكل.

فصل الأناأ

الأأرأ: هأل المرأة بآواطن الأمر.

الأأأ: وهو ما لآس للإنسان فله أأأ وهو عأر صالح لسأوط أأ الله إأا أاصل عن أأأأأ وأصأر شأهأة فآ العأوبة أأآ لا يأأم الأأأأ ولا يؤأأ بأأ أو أأأأ ولم أأأل عأرأا فآ أأ العأاد أأآ وأأ علىه أأمان العأوان وأوأ البأة كما إأا رمأ شأأأا ظننه صأأا أو أربأا فإأا هو مسلم أو عرأا فأأأب آأبأا وما أأرأ بأأرأ أنأأل على رأل فأأله.⁹

الأأوة الصأأأة: وهو ألق الرأل البأب على منأوأة بلا مانع.

الأأع: هو إزأة النأأ بأأأ المال وهو عأارة عن أأأ الزوأ مالا من المرأة مأابلا للملك النأأ فهو إأأ معاوضة من الطرفأن. والله عز وأل سمأ الأأع فأأأ وافتأأأ كما أأار الاله بأوله الكرأم « فَإِن خَفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ » (البقرة، 922).¹⁰

الأأأة: بالأأم والأأر اسم الأأة على أن المأومة أأأ بالموعظة والمأورة بطلب المرأة. فأسأر أأأأ.

أأار الرأأة: وهو أن أأأرأ ما لم أره أأره بأأاره.

أأار الشرط: وهو أن أأأرأ أأأ المتعاقأن الأأار أأأة أأام أو أقل.

أأار الأعأن: وهو أن أأأرأ أأأ الأوبأن بعشرة على أن أعأن أأا شاء.

أأار العأب: هو أن أأأرأ رأ المأع إلى بائعه بالعأب.

الأأرق الفأأش: فآ الأوب أن أأأأأ أو ساط الناس من لبسه مع أأأ. والأأرق الأأسر أأأ وهو ما لا أفوت به شأء من المنأعة وهو فأوأ الأأوة لا أأر.

الأأأة: أألم الألب بسبب فأوق المأروه فآ المأأأل أكون فأرة بأأرة الأأأة من العبأ و فأرة بأعرفة ألال الله فأل وهأبأه وأأأأة الأنأأاء من هأا الألبل.

9 الأأأة: بالأأم الشركة ولا فرق بآن الأألأ والشرك والأأأأ فآأ بسبب أأأأ المأل فأرة بأأ الشرك فآ نفس المأع والأألأ [فآ أأ البع] فأرة بأأر بالعكس. الأألأ: هو الأأم بآن أأأة فأكأر مانعأن أو أأأأن أو متأالأن وهو أعم من المأج.

10 الأأع: الألق والإزأة وأأأ فآ إزأة الزوأة بالأأم وفآ إزأة أأرها بالأأع كما أن الأأسرأع عن أأب النأأ أأأه بالأأع وعن أأره بالإأأع. ألبأ.

الخلق: وهو أن يجمع بين ماء التمر والزبيب ويطبخ بأدنى طبخة ويترك إلى أن يغلي ويشتدّ.
الخنثى: في اللغة من الخنث وهو اللين وفي الشريعة شخص له آلة الرجال والنساء أو ليس له شيء منهما أصلاً.
الخوف: توقع حلول مكره أو فوات محبوب.

خلافًا له: إما منصوب على المصدر أي خالف خلافًا واللام للتبيين كما في سقيًا لك أو الحال بتأويله أي أقول ذلك ذا خلاف أو مخالف له.^{١١}

فصل الدال

الدرك: أن يأخذ المشتري من البائع رهناً بالثمن الذي أعطاه خوفاً من استحقاق المبيع.
الدعوى: مشتقة من الدعاء وهو الطلب وفي الشرع قول يطلب [به] الإنسان إثبات حق الغير.
الدين الصحيح: هو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء وبدل الكتابة دين غير صحيح لأنه يسقط بدونهما وهو عجز المكاتب عن أدائه.
الدية: المال الذي هو بدل النفس.

الدباغة: وهي إزالة التن والرطوبات النجسة من الجلد.
الدين: وضع إلهي يدعو أصحاب العقول [إلى] قبول ما هو عند الرسول عليه الصلاة والسلام.^{١٢}

فصل الذال

الذمة: لغة العهد لأنّ نقضه يوجب الذم ومنهم من جعلها وصفاً وعرفها بأنها وصف يصير

١١ خلافاً له: إما منصوب على المصدر أي خالف خلافاً واللام للتبيين كما في سقياً لهم أو الحال بتأويله أي أقول ذلك خلافاً لفلان. كليات.

١٢ الدين: هو أوسع مجاًلاً يطلق على الباطل كما يطلق على الحق ويشمل أصول الشرائع وفروعها لأنه عبارة عن وضع إلهي سائق لذوي العقول باختيارهم المحمود إلى الخير بالذات. وقد يتحوز فيه فيطلق على الأصول خاصة فيكون بمعنى الملة وعليه [قوله تعالى] « دِينًا قِيَمًا مِّمَّةً إِبْرَاهِيمَ » (الأنعام، ١٦١). وقد يتحوز فيه فيطلق على الفروع خاصة وعليه « وَذَلِكَ دِينُ الْقِيَمَةِ » (البينة، ٥) أي فروع هذه الأصول. والدين منسوب إلى الله والملة إلى الرسول والمذهب إلى المجتهد والملة اسم ما شرعه الله لعباده على لسان نبيه ليتوصلوا به إلى أجل ثوابه والدين مثلها لكن الملة يقال باعتبار الدعاء إليه والدين باعتبار الطاعة والانقياد. كليات. فيها الفصل فليراجع.

الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه ومنهم من جعلها ذاتاً فعرفها بأنها نفس لها عهد فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه عند جميع الفقهاء بخلاف سائر الحيوانات ومنهم من جعلها وصفاً وعرفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب والاستيجاب. تعريفات. كل حركة يلزمك من تضييعها الذمّ يقال لها ذمة وهي لغة العهد لأن نقضه يوجب الذم. ومنه يقال أهل الذمة للمعهدين من الكفار. وشرعاً مختلف فيه فمنهم من جعلها وصفاً و عرفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه ظاهر كلام أبي زيد في التقويم يشير إلى أن المراد بالذمة العقل. ومنهم من جعلها ذاتاً وهو اختيار فخر الإسلام ولهذا عرفها بأنها نفس لها عهد فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه بإجماع الفقهاء حتى يثبت له ملك الرقبة و ملك النكاح ويلزمه عشر أرضه وخراجها بالإجماع وغير ذلك من الأحكام وهذه الذمة الصالحة الموجب له وعليه إنما يثبت له بناء على العهد السابق الذي جرى بين العبد وبين ربه يوم الميثاق كما أخبر الله تعالى بقوله « وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ » (الأعراف، ٢٧١) حتى التزم بهذا العهد جميع ما يمكن أن يجب عليه من الحقوق عند تحقق أسبابها فإذا وجب سبب حق ولزم من ذلك عليه قيل وجب في ذمة أي هذا الواجب مما دخل في عهده الماضي ولزم عليه بحكم ذلك العهد غير أن الوجوب غير مقصود بنفسه بل بحكمة وهي الأداء على اختيار حتى يظهر المطيع به عن العاصي فيتحقق الابتلاء المذكور في قوله تعالى «لِيَبْلُوكُمْ أَيَكْمَ أَحْسَنُ عَمَلًا» (هود، ٧) فجاز أن ينعدم الوجوب لانعدام حكمه كما ينعدم بانعدام سببه ومحله. كليات.

الذبائح: جمع ذبيحة كالقبائل جمع قبيلة وهي اسم لما يذبح وأما الذبائح فهو مصدر ذبح إذا قطع الأوداج وفي المغرب الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح وقوله «إذا ذبحتم فأحسنوا الذبيحة» خطأ وإنما الصواب الذبيحة لأن المراد الحالة أو الهيئة. والذبح قطع الأوداج وذلك للبقر والغنم ونحوهما وعن الليث قطع الخلقوم من باطن انتهى. والأوداج جمع ودج كالأمثال جمع مثل وهي عروق الخلق في المذبح الواحد. مصنفك.

الذنب: ما يحجبك عن الله تعالى.

ذوي الأرحام: في اللغة بمعنى القرابة مطلقاً وفي الشرع هو كل قريب ليس بذئ سبهم ولا عصبية. **ذو الرحم المحرم:** هو قريب حرم نكاحه أبداً والرحم عبارة عن القرابة والمحرم عبارة عن

[حرمة] التناكح فالمحرم بلا رحم زوجة الإبن والأب وبنت العم والأخت رضاعاً والرحم بلا محرم كبنى الأعمام والأخوال وذو الرحم المحرم نحو أولاد الرجل وأولاد أبويه وهم الإخوة والأخوات وأولاد الإخوة والأخوات وإن سفلوا وآبائه وأجداده وجداته وإن علوا وأول بطن من بطون الأجداد والجدات يعني الأعمام والعمات والأخوال والخالات دون أولادهم. كليات.

فصل الرءاء

الربا: وهو في اللغة الزيادة وفي الشرع فضل خال عن عوض لأحد العاقدين.

الرقبة: ذات مرقوق مملوك سواء كان مؤمناً أو كافراً ذكراً أو أنثى كبيراً أو صغيراً.

الرجل: هو ذكر من بني آدم جاز حدّ الصغر.

الرجعة: في الطلاق هي استدامة القائم في العدة وهو ملك النكاح.

الرسول: في الفقه وهو الذى أمره المرسل بأداء الرسالة بالتسليم أو القبض.

الرضاع: مص الرضيع من ثدي الآدمية في مدة الرضاع.

الرق: في اللغة الضعف ومنه رقة القلب وفي عرف الفقهاء عبارة عن عجز حكمي شرع في الأصل جزاءً عن الكفر إمّا أنه عجز شرعي لغوي فلأنه لا يملك ما يملك الحر من الشهادة والقضاء وغيرهما وإمّا أنه حكمي فلأن العبد قد يكون أقوى في الأعمال من الحر حساً.

الرتيم: هو خيط التذكر يعقد في الإصبع. درر.

الرقبي: أن يقول إن متّ قبلك فهي لك تملكاً مضافاً إلى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كأنه ينتظر موته. درر.

الركاز: هو المال المركوز في الأرض مخلوقاً كان أو موضوعاً.

الرهن: هو في اللغة مطلق الحبس وفي الشرع حبس الشيء بحقّ يمكن أخذه منه كالدين ويطلق على المرهون تسمية للمفعول باسم المصدر.

فصل الزاء

الزنا: وطى فى قبل [خال] عن ملك وشبهه.

الزىف: ما يرده بىب المال من الءراهم.

فصل السىن

الستوقة: ما غلب علىه غشّه من الءراهم.

السنة: مشءءة ومثلثة الطرىقة ولو غير مرضىة وعرفاً بلا آلااف [هى] ما واطب علىه مقتءى نبىاً كان أو ولىاً وهى أعمّ من الءءىث لئناولها الفعل والقول والءقرىر والءءىث لا ىئناول إلا القول والقول [أقوى] فى الءلاالة على الءشرىع من الفعل [لاآءمال آءصاصه به، والفعل أقوى من الءقرىر لأن الءقرىر ىطرقة من اللاحءمال ما لا ىطرق] الفعل الوجودى ولءلك كان فى الءلاالة الءقرىر على الءشرىع آلااف. وسنن الطرىق مثلثة وبضمتىن نىحه وچهته، «إلا أن تأئىهم سنة الأولىن» (الكهف، ٥٥) أى معاىنة العذاب. والسنى منسوب إلى السنة بآءف الئاء للنسبة. والسنة بمعنى الطرىقة المسلموكة فى الءىن ئنئظم المسءآب والمباح بل الواجب والفرض أىضا. والسنة المصءلآة بآلاافها فىأما مقابلة للأربعة المءكورة والسنة مؤقءة وىلام بءركها وىآءاآ إلى النىة بلفظ السنة بآلااف النفل فى ذلك كله وسنة الءءى وىقال لها السنة المؤكءة كالأذان والإقامة والسنن الروابء آكمها كالواجب المطالبة فى الءنىا إلا أن ءارك الواجب ىعاقب وءاركها ىعاب والسنن الزوائء على الءءى كأذان القاعء المنفرء والسواك وصلاة اللىل والنوافل المعىنة والأفعال المعهوءة فى الصلاة وفى آارآها لا ىعاب ءاركها كالئءب والءطوع. كلىاء. فىها ءفصىل فلبراع.

السرىة: من آمسىن إلى أربعمائة والكنىبة من مائة إلى ألف والآىش من الألف إلى أربى آلاف والآمىس إلى ائنى عشر ألفاً وأقل الآىش ىسمى بالآرىءة والعسكر ىآمع كل ما ذكر. كلىاء.

السرقة: وهى فى اللغة آءء الشىء من الغير على وچه الآفىة وفى الشرىعة فى آق القءع آءء مكلف آفىة قءر عشرة ءراهم مضروبة مآرزة بمكان أو آافظ بلا شبهة آى إذا كان قىمة المسروق أقلّ من عشرة مضروبة لا ىكون سرقة فى آق القءع وآعل سرقة شرعاً آى ىرء العبء على بائعه وعند الشافعى قءع ىمىن السارق برىع ءىنار آى سأل الشاعرى المعرى للإمام محمد بىب:

يد بخمس مئتين عسجد وديت ... ما بالها قطعت في ربع دينار

فقال في الجواب:

لما كانت أمينة كانت ثمينة، فلما خانت هانت.

وقال مصنفك: اعلم أنّ السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية و منه استراق السمع وفي الشريعة عبارة عن أخذ مال يسارع إليه الفساد من غير تأويل و لا شبهة وظهر ذلك عند الإمام وهو من أهل العقوبة. وفي غاية البيان السرقة في الشريعة [عبارة] عن أخذ مال معتبر شرعاً في حرز أجنبي لا شبهة فيه خفية وهو قاصد للحفاظ في نومه أو غيبته فالمعتبر شرعاً إحراز عما دون النصاب وقيد الأجنبي احتراز عن القريب ذي الرحم المحرم وقيد حرز لا شبهة فيه احتراز عما فيه شبهة وقيد القصد للحفاظ احتراز عن النباش وقيد الخفية احتراز عن النهب والغضب والاختلاس انتهى. ونصاب السرقة قدر عشر دراهم مضروبة فإذا ثبتت السرقة فحكمها القطع. اعلم أنّ السرقة قسمان صغرى وهي ما ذكرناه من الأخذ خفية و كبرى وهي قطع الطريق.

السفه: عبارة عن خفة تعرض الإنسان من الفرح و الغضب فتحمله على العمل بخلاف طور العقل وموجب الشرع.

السفاتج: جمع سفتجة تعريب سفته بمعنى المحكم وهي إقراض لسقوط خطر الطريق.

السكر: عند أبي حنيفة أن لا يعلم الأرض من السماء وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي هو أن يختلف كلامه وعند بعضهم أن يختلط في مشيته إذا تحرك.

السكرت: هو ترك التكلم مع القدرة عليها.

السلم: هو في اللغة التقديم والتسليم وفي الشريعة اسم لعقد يوجب الملك [للبائع] في الثمن عاجلاً [وللمشتري] في الثمن آجلاً والمبيع يسمى مسلماً فيه والثمن رأس المال والبائع مسلماً إليه والمشتري رب السلم.

السكة الخاصة: حكى عن شمس الأئمة الحلواني أنه كان يقول في حد السكة الخاصة أن يكون فيها قوم يحصون وأما إذا كان فيها قوم لا يحصون فهي سكة عامة. من فصول العمادي.

السمسرة: وهي أن يتوكل الرجل من الحاضرة للبادية فيبيع لهم ما يجلبون قال الأزهري: وقيل في تفسير قوله "لا يبع حاضر لباد" إنه لا يكون سمساراً ومنه كان يكره السمسرة. معرب اللغة.

السنة الشمسية: خمسة وستون وثلاثمائة يوم.

يوجد اختلاط النصيبين. شركة الملك أن يملك اثنان عيناً إرثاً أو شراءً. شركة الصنائع والتقبل هي أن يشترك صانعان كالحياطين أو خياط وصباغ ويقبل العمل كان الأجر بينهما. شركة المفاوضة هي الشركة بالأموال تضمنت وكالة وكفالة وتساوياً مالاً وتصرفاً [وديناً]. شركة العنان وهي تضمنت وكالة فقط لا كفالة وتصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسه وبعض المال وخلاف الجنس. شركة الوجوه وهي أن يشتركا بلا مال على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وتتضمن الوكالة. الشركة على ضربين شركة الأملاك وشركة العقود أما شركة العقود أربعة أقسام شركة مفاوضة وشركة عنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه. قال الشيخ أبو جعفر الطحاوي: الشركة على ثلاثة وجوه شركة بالأموال وشركة بالأعمال وشركة بالوجوه وكل واحدة على وجهين مفاوضة وعنان.

الشرب: هو النصيب من الماء للأراضي وغيرها.

الشفعة: وهي تمليك البقعة جبراً بما قام على المشتري بالشركة والحوار. والشفعة في اللغة من الشفع وهو الضمّ والشفيع صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة وفي الشريعة عبارة عن تملك المرء عقاراً اشتراه أحد من شريكه أو جاره جبراً. يمثل ثمنه وفسرها قوم بأخذ الشفيع ما اشتراه المشتري إما من البائع أو من البائع المشتري والتعريف الصحيح الذي لا يحول حوله خلل عندي أن يقال الشفعة هي تملك شرعي لعقار على من أخذه بعوض مال جبراً شرعياً. يمثل ثمنه. مصنفك.

الشهادة: خبر قاطع يختص بمعنى يتضمن ضرر غير المخبر فيخرج الإقرار وأصله البينة ومنه قوله تعالى عز وجل «شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ» (آل عمران، ٨١) ولما كان الخبر الخاص مبيناً للحقّ من الباطل سُمّي شهادة ويسمّى المخبر به شاهداً فهذا شبه الدلالة في كمال وضوحها بالشهادة. كليات.

الشهادة: وهي في الشريعة إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحقّ للغير على آخر فالإخبارات ثلاثة إما بحقّ للغير على آخر وهو الشهادة أو بحقّ للمخبر على آخر وهو الدعوى أو بالعكس وهو الإقرار.

الشريعة: وهو مورد الإبل إلى الماء الجاري ثم استعير بكل طريقة موضوعة بوضع إلهي ثابت من نبي من الأنبياء عليهم السلام وشرعت لكم في الدين شريعةً وأشرعت بأباً إلى الطريق إشرعاً وشرعت الدواب في الماء تشرع شروغاً والشريعة اسم للأحكام الجزئية التي يتهدب بها المكلف معاشاً ومعاداً سواء كان منصوباً من الشارع أو راجعاً إليه وقد تطلق على الأصول

الصرف: في اللغة الدفع وفي الشريعة بيع الثمن بالثمن أي أحد الحجرين بالآخر.

الصليب: هو المربع المشهور للنصارى من الخشب يدعون أنّ عيسى عليه السلام صلب على خشبة على تلك الصورة كما في الكرمان.

الصنم: هو ما كان مصوّراً والوثن هو ما كان غير مصوّر وقيل الصنم ما كان من حجر وغيره والوثن ما كان من غير حجر كالنحاس وقيل هما بمعنى.

الصفقة: هي ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه.

صبيان: جمع صبي هو جنين ما دام في بطن أمه فإذا انفصل ذكرًا فصبي ويسمى رجلاً كما في آية المواريث إلى البلوغ فغلام إلى تسع عشر فشباب إلى أربع وثلاثين فكهل إلى أحد وخمسين فشيخ إلى آخره هذا في اللغة وفي الشرع يسمى غلاماً إلى البلوغ وبعده شاباً وفتى إلى ثلاثين فكهل إلى خمسين فشيخ إلى آخره وتماه في أيمن البزازية والأشباه.

فصل الضاد

الضبط: في اللغة عبارة عن الجزم وفي الاصطلاح سماع الكلام كما يحق سماعه ثم فهم معناه الذي أريد به ثم حفظه ببذل مجهوده والثبات عليه بمذاكرته إلى حين أدائه إلى غيره.

الضمار: وهو الذي يكون عينه قائماً ولا يرجى الانتفاع به كالمغصوب والمال المحجود إذا لم يكن عليه بينة.

ضمان الدرك: وهو رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع بأن يقول تكلفت بما يدركك في هذا المبيع.

ضمان الغصب: ما يكون مضموناً بالقيمة.

ضمان الرهن: ما يكون مضموناً بالأقل من القيمة والدين.

ضمان المبيع: ما يكون مضموناً بالثمن قلّ أو أكثر.

الضمار: مال تعذر الوصول إليه مع قيام الملك كآبق ومفقود ومغصوب وغير ذلك.

ضمان الخلاص، ضمان العهدة، ضمان الدرك: ضمان الخلاص أن يضمن له تسليم الدار واستخلاصها عند الاستحقاق وضمان العهدة ضمان الصك القديم عند البائع وضمان الدرك ضمان الثمن عند الرجوع بالاستحقاق وعندهما كل ذلك واحد وهو الضمان بالثمن عند الاستحقاق. فصول العمادي.

فصل الطاء

الطلاق: فی اللغۃ إزالة القید والتخلیة و فی الشرع إزالة ملك النكاح. و فی الدرر الطلاق نوعان صریح و كناية صریحه ما لم يستعمل إلا فیہ كطلقتك و كنايته و هی عند الأصولیین ما استتر المراد به حقیقةً كان أو مجازاً و هی ههنا ما لم یوضع له أی للطلاق واحتمل غیره و الطلاق لغةً رفع القید مطلقاً و شرعاً رفع قید ثابت شرعاً بالنكاح یزید من واحد إلى الثلاث. اعلم أن الطلاق ثلاثة أنواع أحسن و حسن و بدعی الأول طلقة فی طهر لا وطئ فیہ و الثاني طلاق غیر الموطوءة و لا فی حیض و الثالث خلاف ما ذكر. طلاق الفارّ من غالب حاله الهلاك مبتدأ و خیره قوله الآتی فارّ بالطلاق كمریض عجز عن إقامة مصالحه خارج البیت فممن یقضیها فی البیت و هذا یشتكى لا یكون فارّاً لأن الإنسان قلّ ما یخلو عنه هو الصریح.

فصل الظاء

الظهار: هو تشبیه زوجتها أو ما یعبر به عنها أو جزء شائع منها بعضو یجرم نظره إلیه من أعضاء محارمه نسباً أو رضاعاً كأمه و بنته و أخته و الظهار لغةً مقابلة الظهر بالظهر فإن الشخصین إذا كان بینهما عداوة یجعل كل واحد منهما ظهره إلى ظهر الآخر.

فصل العين

العاریة: وهو بتشدید الیاء تمليك منفعه بلا بدل فالتملیكات أربعة أنواع فتمليك العین بالعیوض بیع و بلا عیوض هبة و تمليك المنفعة بعوض إجارة و بلا عیوض عاریة.

العاقلة: أهل دیوان لمن هو منهم و قبیلته [التي تحمیه] ممن لیس منهم.

العادة: ما استمرّ الناس علی حکم معلوم معقول و عادوا إلیه مرّة بعد أخرى.

العتة: اختلال فی العقل بحيث یختلط كلامه فیشبه تارةً بكلام العقلاء و أخرى بكلام المجانین و حکمه حکم الصبی مع العقل وهو عبارة عن آفة ناشئة عن الذات یوجب خللاً فی العقل فیصیر صاحبه مختلط العقل فیشبه بعض كلامه كالعلاء و بعضه كلام المجانین بخلاف السفه فإنه لا یشابه المجنون لكن تعتریه خفة إما فرحاً أو غضباً.

العتق: فی اللغة القوة و فی الشرع هو قوة حکمية یصیر بما أهلاً للتصرفات الشرعیة.

العدة: وهي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد أو شبهته. اعلم أنهم فسّروا العدة بتربص يلزم المرأة من زوال نكاح متأكد بالدخول أو بالموت أو بالخلوة الصحيحة أو بزوال شبهة النكاح.

العقر: مقدار أجرة الوطئ لو كان الزنا حلالاً.

العَرَض: هو بفتحتين ويجمع على عروض حطام الدنيا في المغرب وفي الصباح والعرض بسكون الراء المتاع وكل شيء هو عرض سوى الدنانير والدراهم وقال أبو عبيدة: العروض الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيواناً ولا عقاراً وعلى هذا جعلها ههنا جمع عرض بسكون الراء أولى لأنه في بيان ما لا يجب فيه الشفعة. منح الغفار في الشفعة.

العطن: وهو بئر يناخ الإبل حولها وتسقى والناضح بئر يستخرج مائها بسير الإبل ونحوه.

العقّ: بالفتح بمعنى الشقّ يقال عقّ ثوبه إذا شقّه والجمع عقوق وعقّ ولده إذا عصى والديه وعقّ عن ولده ذبح عنه يوم أسبوعه من باب مدّ والعاقّ العاصي.

العمرى: هبة الشيء مدة عمر الموهوب له والواهب بشرط الاسترداد بعد موت الموهوب له مثل أن يقول دارى لك عمرى فتمليكه صحيح وشرطه باطل.^{١٣}

العنين: وهو من لا يقدر على الجماع لمرض أو كبر سن أو يصل إلى ثيب دون البكر.

العينة: وهي أن يأتي رجل رجلاً يستقرضه فلا يرغب المقرض في الإقراض طمعاً في الفضل الذي لا يناله بالقرض فيقول أبيعك هذا الثوب باثني عشر درهماً إلى أجل وقيمته عشرة ويسمى عينة لأن المقرض أعرض عن القرض إلى بيع العين وهو أن يبيع المقرض من المستقرض سلعة بثمن مؤجل ويدفع السلعة إلى المستقرض ثم إن المستقرض يبيعها من غيره بما أقل مما اشترى ثم ذلك الغير يبيعها من المقرض بما اشترى لتصل السلعة بقيمتها ويؤخذ الثمن ويدفعه إلى المستقرض فيصل المستقرض إلى القرض ويحصل الربح للمقرض وهذه الحيلة هي العينة التي ذكرها محمد. قال مشايخ بلخ يبيع العينة في زماننا خير من البيع الذي يجري في أسواقنا وعن أبي يوسف أنه قال: العينة جائزة مأجورة وقال: أحيزه لإمكان الفرار عن الحرام. قاضيان. فيما يكون فراراً عن الزنا.

عيال الرجل: هو الذي سكن معه وتجب نفقته عليه كغلامه وامراته وولده الصغير.

١٣ yukâlu için; ekser-i evkâtte yaşı aktığı Gözün görmesi zaif olmaktadır, el-Ameş: (fethateynle) "عَمَشَ الرجل من الباب الرابع". el-A'meş: (hemzenin ve mîm'in fethiyle) Gözü zikr olunan vech üzere olan kimse. (Vankulu Mehmed Efendi, Vankulu Lügati, I-II, İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, I, 1119). العمَش في العين ضعف الرؤية مع سيلان دمعتها في أكثر أوقاتها. من صحاح.

العيب اليسير: وهو ما ينقص مقدار ما يدخل تحت تقويم المقومين وقدره في العروض في العشرة بزيادة نصف درهم وفي الحيوان درهم وفي العقار درهمين.

العيب الفاحش: بخلافه وهو ما يدخل نقصانه تحت تقويمهم.

فصل الغين

الغبن اليسير: وهو ما يقوم به مقوم.

الغبن الفاحش: بخلافه وهو ما لا يدخل نقصانه تحت تقويم المقومين وقيل ما لا يتغابن الناس فيه.

الغرة: هو الذي يكون ثمنه نصف عشر الدية يعني نصف عشر دية الرجل وهو خمسمائة درهم.^{١٤}

الغصب: في اللغة أخذ الشيء ظلماً ما لا كان أو غيره وفي الشرع أخذ مال متقوم محرّم بلا إذن مالكة بلا خفية فالغصب لا يتحقق في الميتة لأنها ليست بمال وكذا في الحرّ ولا خمر المسلم لأنها ليست بمتقومة ولا في مال الحربي لأنه ليس بمحترم وقوله بلا إذن مالكة احتراز عن الوديعة وقوله بلا خفية ليخرج السرقة.

فصل الفاء

الفاعل المختار: هو الذي [يصحّ] أن يصدر عنه الفعل مع قصد وإرادة.

الفراش: وهو كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد.

الفرض: يجيء في اللغة على ثلاثة معان أحدها للقطع والثاني للبيان والثالث تقدير مثال القطع

١٤ (bi'damm'l-ğayn ve teşdidi'r-râ)Nisf-i uşr-i diyyet-i racüldür, beş yüz dirhemdir. İnsanın ibdida diyyeti olduğu için ğurre derler. Her şeyin evveline ve ayın evveline ğurre derler.

el-Ğarb: (ğayn'ın fethi ve râ'nın sükûnuyla) ve

el-Mağrib: (mîm'in fethi ve râ'nın kesriyle) bi'ma'nan vâhid ve

Ğarb: Diye gözyaşı çıkacak yere dahi derler; cem'i ğurûb gelir ve her göz için ğarban vardır, biri göz pınarında ve biri göz kuyruğunda. Asmaî eyitti: ğarb bir marazdır ki gözyaşının ale'd-devâm akmasını icab eder; yukâlu

"bi'aynihî ğarbut" ve dişin keskin olması ve

Ğarb: Şol damara derler ki gözyaşı aktığı yerde olur, nâsir gibi, dâima sultanmadan hâli olmaz. (Vankulu Lüğati, I, 206-207)

وغرب أي بعد ويقال أغربُ عنّي أي تباعد وغربت الشمس غروباً والغروب أيضاً مجازي الدموع وللعين غرابان مقدمها

ومؤخرها قال الأصمعي يقال لعينه [غرب] إذا كانت تسيل ولا تنقطع دموعها. والغرب أيضا عرق في مجرى الدم يسقي

فلا ينقطع مثل الناسور. من صحاح.

فرض الخياط الثوب ومثال البيان « قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحَلَّةَ أَيْمَانِكُمْ » (التحريم، ٢) أي قد بين الله لكم كفارة أيمانكم ومثال التقدير «سُورَةٌ أَنْزَلْنَاهَا وَفَرَضْنَاهَا» (النور، ١) أي قدرنا.

الفساد: ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه وهو مرادف البطلان عند الشافعي وقسم ثالث مباين للصحة والبطلان عندنا.

الفضولي: وهو من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد.

فناء المصّر: ما اتصل به معداً لمصلحه.

الفصل: هو الحاجز بين الشيعيين فكان ينبغي أن يوصل بـ«بين» إلا أن المصنّفين يجرونه مجرى الباب فيصلون بـ«في» وحينئذ يكون بالتنوين وهو مصدر بمعنى الفاعل والمفعول مستعار للألفاظ أو النقوش من المحل وهو طائفة من المسائل تغيرت أحكامها بالنسبة إلى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب فإن وصل إلى ما بعده نونٌ وإلا بينى على السكون لأنه غير مركب. ويجوز أن مبتدأ على أنه علم جنس أو خبر المخذوف أو مضافاً إليه ما بعده وقد يستعمل كل من الفعل والباب مكان الآخر وقد يكتفى بالفصول والكل علم جنس والباب يجوز فيه التنوين والوقف والإضافة إلى الجملة. وفصل الخطاب تلخيص الكلام بحيث لا يشتبه على السامع ما أريد به والحكم بالبينة واليمين والفقهاء في القضاء أو النطق بأما بعد. وفصله فصلاً مميّزاً وفصله فصلاً الفعل ويقال فصل فلان عندي فصولاً إذا خرج من عنده وفصل مني إليه كتاب أي نقدته إليه. ثم أن الفقهاء يذكرون الكتاب في مقام الجنس والباب في مقام النوع والفصل مرتبة الصنف فتغير مسائل الباب عما قبلها كتغير النوع بالنسبة إلى نوع آخر وانفصال مسائل الفصل عما قبلها كانفصال الصنف عن الصنف الآخر وهذه الثلاثة وأمثالها متى وصل إلى ما بعدها بالإضافة مثل كتاب الفلان أو بفي مثل فصل في الفلان يقرأ بالرفع ولا يستحق الإعراب إلا بعد التركيب فهو خبر مبتدأ مخذوف أي هذه المسائل كتاب الفلان وإن كان معرفته باللام أو بالإضافة فيحتمل أن يكون مبتدأ خبره مخذوف ومتى لم يوصل وهو كثير في الفصل يجوز أن يقرأ نحلياً عن الإعراب موقوفاً.

الفاسق: أعم من الكافر والظالم أعم من الفاسق والفاجر أعم يطلق على الكافر والفاسق.

الفقير: هو من يسأل والمسكين هو من لا يسئل وقيل الفقير الزمن المحتاج والمسكين الصحيح المحتاج وقيل الفقير من له أدنى شيء والمسكين من لا شيء له ويقع اسم المسكين على كل من أدله شيء وهو غير المسكين المذكور في مصرف الصدقة إذ قد يحرم على الأول لغناه.

اللقيط: فعيل. بمعنى مفعول كالقتيل. بمعنى مقتول والجريح. بمعنى مجروح وهو في اللغة عبارة عن كل ما يلقط فاللقيط مجاز باعتبار ما يؤول كالقتيل في قوله عليه السلام «من قتل قتيلاً فله سلبه». اللقيط واللقطة كلاهما أخوان لأب وأم لرجوعهما إلى أصل واحد وهو لقطه إلا أن اللقيط في الاستعمال مخصوص بالنفس واللقطة مخصوص بالمال فافترقا من هذه الجهة فاللقطة في الشريعة اسم لمال يوجد مطروحاً على الأرض لا يدرى مالكة. مصنفك. وفي الدرر اللقيط. بمعنى الملقوط أي المأخوذ من الأرض اسم لما يطرح على الأرض من صغار بني آدم خوفاً من العيلة أو فراراً عن تهمة الزنا واللقطة وهي مال يوجد على الأرض ولا يعرف له مالك وهما على وزن ضحكة مبالغة في الفاعل وهي كونها مالاً مرغوباً فيه جعلت أخذاً مجازاً لكونها سبباً لأخذ من رآها.

فصل الميم

الماء المطلق: وهو الماء الذي بقي على أصل خلقته ولم تخالطه نجاسة ولم يغلب عليه شيء طاهر.

الماء المستعمل: ماء إزيل به الحدث أو استعمل في البدن على وجه التقرب.

المبارئة: بالهمزة وتركها خطأ وهي أن يقول لامرأته برئت من نكاحك وتقبله هي.

المباشرة الفاحشة: وهي أن يماسّ بدنه بدن المرأة مجرّدين وتنتشر آلته.

المجلة: هي الصحيفة التي يكون فيها الحكم.

المجنون: وهو ما لم يستقم كلامه وأفعاله.

المحصن: وهو حر مكلف مسلم وطى بنكاح صحيح.

المحرز: وهو المالك أول الفتح.

المخابرة: وهو المزارعة على الثلث أو على الربع.

المدبّر: من أعتق عن دبر فالمطلق منه أن يعلّق [عتقه] بموت مطلق مثل أن [متّ] فأنت حرّ أو بموت يكون الغالب وقوعه مثل إن متّ إلى مائة سنة [فأنت حر] والمقيّد منه أن يعلّقه بموت مقيد مثل إن متّ في مرضي هذا فأنت حرّ.

المدعي: من لا يجبر على الخصومة والمدعى عليه من يجبر عليها.

المدمن للخمر: من شرب الخمر ونىّته أن يشرب كلما وجدّه.

المداهنة: وهى أن ترى منكراً وتقدر على دفعه ولم تدفعه حفظاً بجانب مرتكبه أو جانب غيره أو لقلّة مبالاى فى الدين.

المراهق: صبى قارب البلوغ وتحركت آله واشتهى.

المراجعة: وهو البىع بزيادة على الثمن الأول.

المثلة: وزان غرفة والمثلة بفتح الميم وضم الئاء العقوبة.

المرفق والمرافق: المنافع والحقوق والطرىق والمسلىل وفى ظاهر الرواية المرافق هى الحقوق.

المزارعة: هى لغةً مفاعلة من الزرع وشرعاً عقد على الزرع ببعض الخارج.

مسئلة مضمسة فى الدعوى: هذه المسئلة من بىن مسائل الدعوى يسمى مضمسة كتاب الدعوى لأن فىها خمسة أقوال كما أشار إىله بقوله وذكرنا الأقوال الخمسة وهو قول ابن شبرمة وقول ابن أبى لىلى وقول أبى يوسف وقول محمد وقول أبى حنىفة رحمهم الله لأن فىها خمس صور وهى الإيداع والإعارة والإجارة والرهن والغصب كما ذكره الجمل وإن قال المدعى علىه هذا الشىء أودعنىه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غضبته منه وأقام بىنة على ذلك فلا خصومة بىنه وبىن المدعى وكذا إذا قال آجرنىه أو أودعنىه أو أعارنىه أو رهنه عندى أو غضبته منه.

المسرف: من ىنفق المال الكثیر فى الغرض الخسىس.

المسافر: وهو من قصد سىراً وسطاً ثلاثة أيام ولىالىها وفارق بىوت بلده.

المساقاة: لغةً مفاعلة من السقى وشرعاً دفع الشجر إلى من ىصلحه بجزء من ثمره.

المرسلة: من الأملاك وهى الئى ادعاها ملكاً مطلقاً أى مرسلأ عن سبب معىن وكذلك المرسللة من الدراهم.

المسّ بشهوة: وهو أن ىشتهى بقلبه وىتلذذ به فىفى النساء لا ىكون إلا هذا وفى الرجال عند البعض أن تنتشر آله.

المستأمن: وهو من ىدخل غير داره بأمان مسلماً كان أو حربياً.

المستحاضة: وهي التي ترى الدم من قبلها في زمان لا يعتبر من الحيض ولا من النفاس مستغرقةً وقت صلاة في الابتداء ولا يخلو وقت صلاة عنه في البقاء.

المدرک: في الاصطلاح من صلّى الركعات مع الإمام.

المسبوق: من سبقه الإمام بما أي بالركعات كلها بأن أدرك الإمام بعد رفع رأسه من الركوع الأخير أو في التشهد أو ببعضها بأن أدركه بعد الركعة الأولى في الثانية والثالثة في الرباعية. واللاحق من فاتته كلها أي كل الركعات أو بعضها بعد الاقتداء. درر غرر.

المساقاة: في اللغة إعطاء الشجر من الطرفين مفاعلة من السقي وفي الشريعة عبارة عن المعاملة في الأشجار ببعض ما يخرج منها واختلف كلمة القوم في تفسير المساقاة فقوم يقولون هي عقد السقي للأشجار وإصلاحها ببعض ما يخرج منها وقوم يقولون هي رفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره كذا في الوقاية وقوم يقولون هي المعاملة في الأشجار ببعض الخارج منها كذا في الكفاية. والعبارات وإن كانت مختلفة إلا أن المقصود واحد. عباراتنا شتى وحسنك واحد وكل إلى ذاك الجمال يشير. مصنفك.

المضاربة: مفاعلة من الضرب وهو السير في الأرض وفي الشرع عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر وهو إيداع أولاً وتوكيل عند عمله وشركة إن ربح وغصب إن خالف وبضاعة إن شرط كل الربح وقرض إن شرط للمضارب.

المعاقل: جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف بمعنى دية سميت به لأنها تعقل الدماء من أن تسفك ومنه العقل لأنه يمنع القبائح.

المعروف: كل ما يحسن في الشرع.

المغرور: هو رجل وطئ امرأته معتقداً على ملك أو نكاح فولدت ثم استحقت وإنما سمي مغروراً لأن البائع غرّه وباع له جارية لم تكن ملكاً له.

المفتي الماجن: هو الذي يعلم الناس الحيل وقيل الذي يفتي عن جهل.

المفقود: هو الغائب الذي لم يدر موضعه ولم يدر أحيى هو أم ميت.

المقايضة: بيع السلعة بالسلعة.

نكاح الشغار: وهو أن يزوّج الرجل بنته على أن يزوّجه الزوج بنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضاً عن الآخر فالعقدان جائزان. هداية. وسمّي هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والإخلاء وسمّي به لأهمّما بهذا الشرط كأهمّما رفعاً المهر وأخليا البضع عنه. عناية.

نكاح السر: وهو أن يكون بلا تشهير.

نكاح المتعة: وهو أن يقول الرجل لامرأة خذي هذه العشرة وأتمتع بك مدة معلومة فقبلته.

النية: وهي الإرادة وهي صفة من شأنها ترجيح أحد المتساويين على الآخر لا العلم.

فصل الواو

الوقف: في اللغة الحبس وفي الشريعة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة عند أبي حنيفة رحمه الله فيجوز رجوعه وعندهما حبس العين عن التملك مع التصديق بمنفعتها فيكون العين زائلة إلى ملك الله تعالى من وجه.

الوظيفة: وهو ما يقدر للإنسان في كل يوم من طعام أو رزق. درر.

الوديعة: وهي الأمانة تركت للحفظ.

الوصية: تملك مضاف إلى ما بعد الموت.

الوضيعة: وهي بيع بنقيصة عن الثمن الأول.

الوكيل: هو الذي يتصرف لغيره لعجز موكله.

الولاية: من الولي وهو القرب فهي قرابة حكومية حاصلة من العتق أو من الموالاة.

الولاية: تنفيذ القول على الغير شاء ذلك الغير أو أبي.

الولاء: يستحقه المرء بسبب عتق شخص في ملكه أو بسبب عقد الموالاة.

فصل الهاء

الهبة: في اللغة التبرّع وفي الشريعة تملك العين بلا عوض.

الهزل: كلام لا يقصد به ما صلح الكلام له بطريق الحقيقة ولا يقصد به أيضاً ما صلح الكلام له

بظریق الاستعارە وھزل الرجل كضرب وفرح في كلامه يهزل هزلاً وھزل الرجل أو الدابة بضم الھاء وكسر العين يهزل هزلاً هو الإیراد بالشئی غیر ما وضع له ولا مناسبة بینھما. کلیات.

[فصل الیاء]

الیمین: فی اللغە القوۃ و فی الشرع تقویة أحد طرفی الخبر بذكر الله تعالى والتعلیق فإن الیمین بغير الله تعالى ذكر الشرط والجزاء لو حلف أن لا یحلف فقال إن دخلت الدار فعبدی حر یحنت فتحریم الحلال یمین بقوله «لَمْ تُحَرِّمْ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ» إلی قوله تعالى «قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ» (التحریم، ۱-۲).

الیمین الغموس: هو الحلف علی فعل أو ترك ماض كاذباً عمداً.

الیمین اللغو: ما یحلف ظان أنه كذلك وهو خلافه وقال الشافعی: ما لا یعقد الرجل قلبه علیه كقوله والله وبلی والله.

یمین الصبر: التي يكون الرجل [فیها] معتمداً الكذب قاصداً لإذهاب مال مسلم سمیت به لصبر صاحبه علی الإقدام علیها مع وجود الزواجر من قبله. تعریفات للعلامة سید الشریف رحمہ الله. تمّ هذه الرسالة عن كتابة أضعف العباد الفقیر بعناية ربّه يوم التناد درویش حسین ابن الحاج علی غفر الله لهما ولوالدیه.

الصحة الإنجابية في الشريعة الإسلامية – دراسة تحليلية –

Yrd. Doç. Dr. Abdullah TIRABZON*

الملخص: اعتنى الدين الإسلامي بكل جوانب حياة الإنسان، كفرد وكمجتمع وكدولة، ومن جملة اهتمام الإسلام بالمجتمع تشريع الزواج وما يتعلق به من تفاصيل، فالزواج سبب في استقرار الفرد والمجتمع وضمان لاستمرار الجنس البشري. وأهم غايات الزواج هو الإنجاب والنسل في الأسرة والمجتمع، وهي غاية تتفق فيها الشريعة الإسلامية مع الفطرة البشرية السوية؛ فالإنسان بفطرته يجب أن يبقى ذكره بين الناس حتى بعد مماته، ويتحقق هذا بوجود الذرية التي تنتسب له وتحمل اسمه وذكره. وحين شرع الإسلام الزواج وحثَّ عليه، فإنه لم يترك هذا الأمر مطلقاً؛ بل وضع الأسس المتينة التي يقوم عليها بناء الأسرة قويا، زينه ببعض الأوامر والنواهي والنصائح لتكون النتائج مرضية وتصبح الحياة الزوجية سعيدة ومطمئنة لا يعكّر صفوها ما يجب الإنسان تجنبه. وبحسنا هذا يناقش ما ورد في الشريعة الإسلامية من تشريعات (واجبة أو مندوبة أو إرشادية) ونحوها مما ينظم تلك العلاقة بين الرجل والمرأة لتحقيق غاية الإنجاب والعناية به من الناحية الصحية، فالأحكام في الشريعة الإسلامية لها مقاصد، ومقاصد الأحكام التي تتعلق بحسنا هذا هي المحافظة على الفرد والمجتمع، والعناية الصحية الوقائية للوالدين وللمولود جزء من تلك المقاصد.

الكلمات المفتاحية: الصحة الإنجابية، الحمل، الختان، الاجهاض، الوقاية، المقاصد.

İslam Hukukunda Üreme Sağlığı Üzerine Analitik Bir Çalışma

Özet: İslam Dini birey, toplum ve devlet olarak insan hayatının her yönü ile ilgilenmiştir. Toplumla verdiği önem kabilinden olarak İslam evlilik müessesini kurmuş ve ona dair ayrıntılı hükümler koymuştur. Zira evlilik birey ve toplumun istikrarı, insan neslinin devamının garantisidir. Evliliğin en önemli gayesi, aile ve toplumda insan neslinin devamıdır. Bu hususta İslam Hukuku beşerin bozulmamış fitratıyla uyum halindedir. Çünkü fitratı gereği insan ölümden sonra da hatırlanmayı ve anılmayı arzular. Bu ise kendisinin soyundan olup adını ve anısını taşıyan evlatları yoluyla olur. İslam evlilik müessesini kurup ona teşvik ederken bunu hiçbir kayıt ve şart koymadan yapmış değildir. Bilakis, evlilik yuvasının üzerine kurulduğu sağlam esaslar koymuştur. Onu insanın huzur, istikrar ve saadetini bozacak herhangi bir olumsuzluk yaşanmaması için, aile hukukunu güçlü prensiplerle desteklemiştir. Bu çalışma, İnsan neslinin sağlıklı bir şekilde korunarak devam edebilmesi için kadın erkek ilişkilerini düzenleyen, vacip, mendup ve irşat gibi hükümleri ekseninde İslam Hukukunun gayelerini incelemektedir. Birey ve toplumun ve bu bağlamda İslam hukukunun maksatları kapsamında yer alan ebeveynin ve çocuklarının sağlığı ve korunmaları da ele alınmaktadır.

Anahtar kelimeler: Üreme/Cinsel Sağlık, Gebelik, Sünnet, Kürtaj, Koruma, Makâsîd.

* İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi, atrabzon@gmail.com

أولاً: مقدمة البحث :

تتسم أحكام الشريعة الإسلامية بالشمولية في تنظيم حياة الإنسان فهي شريعة شاملة، ودستور حياة كامل، لذا نجدتها نظمت علاقات الإنسان الثلاث، علاقته بربه، وعلاقته بأفراد المجتمع، وعلاقته بالدولة. وشملت أحكامها تنظيم شؤون الأسرة، واهتمت بها كثيراً، وأحكام نظام الأسرة فيها قائمة على قواعد متينة تكفل لهذه الأسرة الدوام والاستمرار والهناء والسعادة، وإنجاب الأولاد الأقوياء في صحتهم وجسمهم وعقلهم وأنفسهم .

كما وضعت أحكاماً تدل على حرص الشريعة الإسلامية على سلامة أفراد الأسرة جميعاً من الزوج والزوجة والأولاد صحياً ونفسياً وجسدياً وعقلياً. مما يدل أيضاً على أن أحكام الشريعة اهتمت اهتماماً شديداً بالصحة الإنجابية للأسرة منذ تكوينها لتحرر المجتمع من الأمراض والانحلال الخلقي، ولتقوم الأسرة على الأسس السليمة، وإنجاب الأطفال الأقوياء صحياً وخلقياً ليكونوا دعائم المجتمع القوي والسليم، الذي ينشده دين الإسلام وتنشده الدولة والمجتمع .

ثانياً: أهمية البحث:

موضوع هذا البحث من المواضيع المهمة جداً من الناحية الاجتماعية والأسرية، وأصبحت تعقد لأجله مؤتمرات عالمية.

ثالثاً: منهج البحث:

سوف يكون منهج الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، حيث سيتم استقراء المسائل التي لها علاقة بالصحة الإنجابية ثم دراستها وتحليلها وبيان وجه ارتباطها بالصحة الإنجابية ثم المقارنة بين الآراء الموجودة في المذاهب لبيان الراي الراجح مما له ارتباط بموضوع البحث .

رابعاً: خطة البحث:

المقدمة: عن أهداف الزواج و الإنجاب أحد أهداف الزواج الأساسية في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: الصحة الإنجابية الوقائية.

المطلب الأول: الاغتراب في الزواج.

المطلب الثاني: حسن اختيار الزوجة خلقياً وصحياً.

المطلب الثالث: مشروعية الحتان والاهتمام بنظافة الأعضاء الجنسية.

المطلب الرابع: الأمر بالزواج وتحريم الشذوذ الجنسي.

المطلب الخامس: النهي عن الحمل في أثناء الرضاع.

المطلب السادس: تنظيم النسل واهتمام الشريعة به.

المطلب السابع: تفضيل المرأة الولود.

المطلب الثامن: إباحة إفطار الحامل والمرضع في رمضان.

المطلب التاسع: تحريم الاتصال الجنسي بين الزوجين في أثناء الحيض والنفاس .

المطلب العاشر: تحريم الإجهاض .

المطلب الحادي العاشر: تأخير إقامة الحدود والعقوبات على الحامل والمرضع .

المبحث الثاني الصحة الإنجابية العلاجية.

المطلب الأول: تحريم الصلاة والصوم على الحائض والنفساء .

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

مراجع البحث.

المبحث الأول: الصحة الإنجابية الوقائية:

المطلب الأول : الاغتراب في الزواج .

فضلت الشريعة الإسلامية الزواج من غير الأقارب حرصاً على سلامة الأولاد ونجابتهم وضمناً لسلامتهم من الأمراض والعاهات الوراثية والأمراض السارية، وتوسيعاً لدائرة الأسرة والتعارف الاجتماعي.

وقد ورد في الحديث: (لَا تَنْكِحُوا الْقَرَابَةَ الْقَرِيبَةَ؛ فَإِنَّ الْوَلَدَ يُخْلَقُ ضَاوِيًا) (١).

١ هذا الحديث من أحاديث الإحياء ولم يجد له السبكي إسناداً، وقال ابن حجر: «فقال ابن الصلاح لم أجد له أصلاً معتمداً عليه، وقال الحافظ ولي الدين العراقي: إنما يعرف من قول عمر رضي الله عنه أنه قال لآل السائب: ... رواه ابراهيم الحري في غريب الحديث، إبراهيم بن إسحاق الحري أبو إسحاق، تحقيق: د. سليمان إبراهيم محمد العايد، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، (٥٠٤١هـ)، «وقال ابن الملقن:» هَذَا الْحَدِيثُ تَبِعَ فِي إِزَادَةِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ وَإِمَامِ الْحَرَمِيِّ وَقَالَ: إِنَّهُ رَوَى. وَأَمَّا ابْنُ الصَّلَاحِ فَقَالَ: لَا أَجِدُ لَهُ أَصْلًا مُعْتَمَدًا.. (وأورد) الْقَاضِي حَسْبُ حَدِيثًا آخَرَ فِي مَعْنَاهُ، وَهُوَ: ((اغْتَرَبُوا؛ لِأَنْصُوا))...وَلَمْ أَرَأْنَا - أَي ابْنِ الْمَلْقَنِ - فِي الْبَابِ فِي كِتَابِ حَدِيثِي مَا يَسْتَأْنَسُ بِهِ، إِلَّا مَا وَجَدْتُ فِي (غَرِيبِ الْحَدِيثِ) لِإِبْرَاهِيمِ الْحَرَمِيِّ مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُؤَمَّلِ عَنْ أَبِي مَلِيكَةَ قَالَ: قَالَ عُمَرُ لَأَلِ السَّائِبِ: (قَدْ أَضَوَيْتُمْ؛ فَأَنْكِحُوا فِي النَّوَاعِغِ)، قَالَ الْحَرَمِيُّ: الْمَعْنَى: تَزَوَّجُوا الْغَرَائِبَ. غَرِيبِ الْحَدِيثِ (٩٧٣/٢)، وطبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي (١٧٧هـ)، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، د. عبد الفتاح محمد الحلوي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، (٣١٤١هـ)، (١٣/٦)، والبدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (٤٠٨هـ)، المحقق: مصطفى أبو الغيط، عبد الله بن سليمان، ياسر بن كمال، دار الهجرة، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، (٥٢٤١-٤٠٠٢م)، (٧/٠٠٥)، والإفصاح عن أحاديث النكاح، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي أبو العباس، تحقيق: محمد شكور أمير الميادين، دار عمار، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، (٥٦٠٤١)، ص (٨١).

ومعنى ضاويًا : ضعيفاً نحيفاً. (٢) فالزواج من الأقارب وإن كان جائزاً شرعاً ولكنه خلاف الأولى، لما ينشأ عنه من ضعف وأمراض وراثية وعاهات تنحدر إليه من أبويه وأجداده.

وهذا ما أثبتته وأكدته الطب الحديث، حيث ثبت طبيياً أن الزواج من الأقارب لعدة أجيال يجعل الأولاد أكثر عرضة لالتقاء المورثات التي تحمل الصفات السيئة أو المرضية في هذا النوع من الزواج. ويجعل الأولاد أكثر عرضة للإصابة بالأمراض الوراثية. (٣)

يقول الدكتور محمود ناظم النسيمي: فالزواج من الأقارب هو واسطة إلى إظهار الصفات المرضية الكامنة وتكثيفها في النسل.....ومن محاذيره أيضاً أنه يفضي إلى إقلال النسل وإلى العقم أخيراً باستمرار تزواج الذرية بالأقارب، وذلك لأن ما قد يحملها الإنسان من الصفات المرضية الطفيفة تتكاثف بالزواج بالأقارب فتبدو جلية مع الزمن» (٤)

وقد أثبت علم الوراثة أن الزواج بالقرابة يجعل النسل ضعيفاً من ناحية الجسم والذكاء. (٥) وقد لاحظ ذلك الأقدمون باستقراء الواقع، فهذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لآل السائب وقد رأهم يتزاجون بينهم: (قد أضويتم فانكحوا النوابع). (٦)

المطلب الثاني: حسن اختيار الزوجة خلقياً وصحياً.

مما له تأثير أكيد بالصحة الإنجابية، وعلاقة في الأولاد صحياً وعقلياً وأخلاقياً ونفسياً هو التحري عند انتقاء الزوجة على عدة أمور أهمها: الاختيار على أساس المعدن الطيب والشرف، والخلق الحسن، والطباع السليمة، والسلامة من الأمراض السارية أو الخطيرة .

وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم إلى أن الناس معادن في الخير والشر، وهذه الطباع لاشك أنهما تنتقل إلى الأولاد عن طريق الوراثة كما تنتقل الأمراض الجسمية، فقد قال النبي صلى

٢ - (النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري (٥٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، حرف الضاد، باب: الضاد مع الواو، مادة: (ضوا)، (١٠٥/٣).

٣ - (تربية الأولاد في الإسلام، عبد الله ناصح علوان، دار السلام للطباعة والنشر، ١٩٩٢، (٣٩/١).

٤ - (الطب النبوي والعلم الحديث، د. محمود ناظم النسيمي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٧م، (٧/٢).

٥ - انظر تربية الأولاد لعبد الله علوان، (٣٩/١).

٦ - (أخرجه الدينوري في كتاب المجالسة وجواهر العلم، أبو بكر أحمد بن مروان الدينوري المالكي (٣٣٣هـ)، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، جمعية التربية الإسلامية، البحرين، دار ابن حزم، بيروت، (١٤١٩هـ)، (٢٧٧/٤)، رقم: (١٤٣٧)، وأخرجه علاء الدين علي بن حسام الدين المتقي الهندي في كتر العمال في سنن الأفعال والأفعال، علاء الدين علي بن حسام الدين المتقي الهندي البرهان فوري (٩٧٥هـ)، المحقق: بكري حيايي، صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، (١٩٨١-٥١٤٠١). في كتاب: النكاح، باب: آداب متفرقة، (٤٩٨/١٦)، رقم: (٤٥٦٢٦). ومعنى: «فانكحوا في التزاع» أي: في النساء الغرائب من عشيرتكم. يقال للنساء التي - هكذا والصواب اللواتي - تزوجن في غير عشائرتن: تزاعن. «النهاية في غريب الحديث لابن الأثير، حرف النون، باب: النون مع الزاي، مادة: (نزع)، (٤١/٥). وقد ضعف إسناد الحديث محقق كتاب الدينوري مشهور بن حسن آل سلمان.

اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ، وَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ، وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ»^٧

وقال: (تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ فَإِنَّ النِّسَاءَ يَلِدْنَ أَشْبَاهَ إِخْوَانِهِنَّ وَأَخَوَاتِهِنَّ).^(٨)، والحديث وإن كان ضعيفاً لكننا أوردناه للاستئناس بمعناه وتأييده للمعنى في حديث ابن ماجه السابق.

وقد يدخل في معنى هذا الحديث حسن اختيار الزوجة صحيحاً، بأن يتم فحص المرأة والرجل لبيان خلوهما من الأمراض السارية والوراثية قبل الزواج، وهذا تقره أيضاً قواعد الشريعة من باب المصالح المرسله. جلباً للمصالح أو درءاً للمفاسد.

وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق امرأة تزوجها لما وجدها مصابة بمرض جلدي معدٍ ولم يقربها.^(٩)

كما أن الفقهاء أجازوا للزوجة طلب التفريق من زوجها عن طريق القاضي للعلل والأمراض وخصوصاً الأمراض الجنسية.^(١٠)

ولا يخفى على أحد ما في هذه الأمور والأحكام من أثر وصلة وثيقة في الصحة الإنجابية ومن ثم سلامة أفراد الأسرة، ووقاية المجتمع.

المطلب الثالث: مشروعية الختان والاهتمام بنظافة الأعضاء الجنسية.

الاهتمام بنظافة البدن أمرٌ حثَّ له الشرع الحنيف حيث ورد الحديث: (عَلَى كُلِّ رَجُلٍ

٧ - أخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت. من حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً، في كتاب النكاح، باب الأكفاء، رقم (١٩٦٨).

٨ - الكامل في ضعفاء الرجال، أبو أحمد بن عدي الجرجاني (٣٦٥هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، شارك في تحقيقه: عبد الفتاح أبو سنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٩٩٧-٥١٤١٨م)، في ضعفاء الرجال، (٤٢٣/٦)، وأخرجه ابن عساکر في تاريخ دمشق، (٣٦٢/٥٢)، رقم: (١١٠٦٧)، وأخرجه علاء الدين علي بن حسام الدين المتقي الهندي في كتر العمال في كتاب: النكاح، الباب الثالث: في آداب النكاح، (٢٩٥/١٦)، رقم: (٤٤٥٥٧). واللفظ لابن عساکر. قال المناوي: «قال ابن الجوزي: حديث لا يصح فيه عيسى بن ميمون، قال ابن حبان: منكر الحديث لا يحتج بروايته، وقال الخطيب رحمه الله: حديث غريب وكل طرقه واهية، وقال السخاوي: أنجب وهو ضعيف». فيض القدير شرح الجامع الصغير، (٢٣٧/٢) وانظر: العلل المتناهية لابن الجوزي، (٦١٤/٢).

٩ - أخرج هذا الحديث الإمام أحمد رضي الله عنه في مسنده، مسند الإمام أحمد بن حنبل، الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، (٥١٤٢٠ - ١٩٩٩م)، حديث كعب بن زيد أو زيد بن كعب رضي الله عنه، (٤١٧/٢٥)، رقم: (١٦٠٣٢). قال الهيثمي: «رواه أحمد وجهيل ضعيف». جمع الزوائد ومنبع الفوائد، نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الفكر، بيروت، (١٤١٢هـ)، (٥٥٢/٤).

١٠ - فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (٨٦١هـ)، دار الفكر، (٢٩٨/٤)، الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، (١٩٩٤م)، (٤١٩/٤)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، (٢٠٢/٣)، والمغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٠٥هـ)، (٥٧٩/٧).

مُسْلِمٍ فِي كُلِّ سَبْعَةِ أَيَّامٍ غُسْلُ يَوْمٍ وَهُوَ يَوْمُ الْجُمُعَةِ^(١١) ونظافة الأعضاء الجنسية مهمة جداً لوقايتها من أي وباء لكثرة تماسها بالإفرازات البولية والجنسية. وقد شرع الختان مع انه من الفطرة السليمة للإنسان السوي.

فقد عني الإسلام عناية بالغة بنظافة الأعضاء الجنسية عندما قرن بين طهارتها ونظافتها وبين الإيمان والخوف من عقاب الله إذ يكون الإهمال سبباً لعذاب القبر، ولا أدل على ذلك من الحديث المتفق على صحته: عن ابن عباس رضي الله عنه قال: (مرَّ النبي صلى الله عليه وسلم بحائط من حيطان المدينة أو مكة فسمع صوت إنسانين يعذبان في قبريهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم: يعذبان وما يعذبان في كبير، ثم قال: بلى كان أحدهما لا يستتر من بوله، وكان الآخر يمشي بالنميمة، ثم دعا بجريدة فكسرها كسرتين فوضع على كل قبر منهما كسرة. فقيل له: يا رسول الله لم فعلت هذا؟! قال: لعله أن يخفف عنهما ما لم ييبسا)^(١٢)

فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم الاستهتار بأمر الطهارة من البول موجباً لعذاب القبر، ونحن نعلم بأن الأحكام الشرعية معللة بمصالح العباد، أي: إن الله تعالى إذا حرم شيئاً أو نهى عنه أو أمر بشيء فالمصلحة في ذلك تعود على الشخص ذاته. ففي التزام الإنسان بطهارة أعضائه سلامة له، ووقاية له من الأمراض. كما استحب الإسلام حلق شعر العانة كما سبق في الحديث، هذا الشعر الذي ينبت حول الأعضاء التناسلية قد يصبح مرتعاً للأوساخ والجراثيم، وفي ذلك وقاية صحية من كثير من الأمراض التناسلية، وحماية لعملية التكاثر. وقد جعل الإسلام الاستنجاء؛ والذي يعني إزالة النجاسة عن المخرج واجباً من كل خارج ملوث، وجعل ذلك من الطهارة التي يحب الله تعالى صاحبها ويثني عليه.

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (نَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ فِي أَهْلِ قُبَاءَ: ﴿فِيهِ رَجُلٌ يُحِبُّونَ

١١ - السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي (٣٠٣هـ)، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م). عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب: الجمعة، باب: إيجاب الغسل يوم الجمعة، (٩٣/٣)، رقم: (١٣٧٨). قال النووي: «رَوَاهُ النَّسَائِيُّ بِإِسْنَادٍ عَلَى شَرْطِ مُسْلِمٍ». وقال ابن الملتن: «رَوَاهُ النَّسَائِيُّ بِإِسْنَادٍ عَلَى شَرْطِ الصَّحِيحِ وَصَحَّحَهُ أَبُو حَيَّانٍ». خلاصة الأحكام في مهمات السنن وقواعد الإسلام، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ)، حققه وخرج أحاديثه: حسين إسماعيل الجمل، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، (٢/ ٧٧٥)، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، ابن الملتن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (٨٠٤هـ)، المحقق: عبد الله بن سعاف اللحياي، دار حراء، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، (٥١٤٠٦)، (١/ ٥١١).

١٢ - الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، الإمام محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، شرح وتعليق: د. مصطفى ديب البغا، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، (١٤٢٢هـ) في كتاب: الوضوء، باب: من الكبائر أن لا يستتر من بوله، (٥٣/١)، رقم: (٢١٦).

أَنْ يَتَطَهَّرُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُطَهَّرِينَ ﴿١٣﴾ [التوبة: ٨٠١]، فَسَأَلَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالُوا: إِنَّا نَتَّبِعُ الْحِجَارَةَ الْمَاءِ. (١٣)

وكذلك فإن مشروعية الختان في الإسلام له علاقة حثيثة وقوية بالصحة الجنسية، وبالتالي له علاقة بالصحة الإنجابية. والختان والختانة: لغة الاسم من الختن، وهو قطع القلفة من الذكر (١٤).

حكم الختان: اختلف الفقهاء في حكم الختان على قولين:

أحدهما يقول بالسنية: وهم الحنفية والمالكية، ولكنه من شعائر الإسلام عندهم فلا يجوز تركه من المجتمع بشكل جماعي عندهم. واستدلوا (١٥): بما رواه البخاري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله عليه وسلم: «..خَمْسٌ مِنَ الْفِطْرَةِ: الْخِتَانُ، وَالِاسْتِحْدَادُ، وَتَنْفُ الْإِبْطِ، وَتَقْلِيمُ الْأَظْفَارِ، وَقَصُّ الشَّارِبِ». (١٦)

والقول الثاني للشافعية والحنابلة: إنه واجب واستدلوا (١٧) بقوله تعالى ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا﴾ [النحل: ٣٢١]، وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «اِخْتَنَنْ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَهُوَ ابْنُ ثَمَانِينَ سَنَةً بِالْقُدُومِ». (١٨) وقد أمرنا باتباع إبراهيم صلى الله عليه وسلم.

١٣ - البحر الزخار المعروف باسم مسند البزار، أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبزار (٢٩٢هـ)، المحقق: محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، في كتاب: الطهارة، باب: الجمع بين الماء والحجر، (١٣١/١)، رقم: (٢٤٧). قال البزار: « لَا نَعْلَمُ رَوَاهُ عَنِ الزُّهْرِيِّ إِلَّا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَلَا عَنْهُ إِلَّا ابْنُ عَدَدٍ وَابْنُ حَجْرٍ: » وَمُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ صَعْفَةُ أَبُو حَاتِمٍ فَقَالَ: لَيْسَ لَهُ وَلَا لِأَخُوَيْهِ عَمْرَانَ وَعَبْدُ اللَّهِ حَدِيثٌ مُسْتَقِيمٌ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ شَيْبَةَ ضَعِيفٌ أَيْضًا «فبين ابن حجر ضعف رواية البزار. التلخيص الحبير في فترجيح أحاديث الرافي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٩هـ - ١٩٨٩م)، (٣٢٣/١).

١٤ - تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية، باب: النون، فصل: الحاء مع النون، (٤٧٩/٣٤).

١٥ - الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان المعروفة بالفتاوى المالكية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، (١٤١١هـ - ١٩٩١م)، (٣٥٧/٥)، التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله (٨٩٧هـ)، دار الفكر، بيروت، (١٣٩٨هـ)، (٢٥٨/٣).

١٦ - أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب: اللباس، باب: قص الشارب، (١٦٠/٧)، رقم: (٥٨٨٩).

١٧ - أسنى المطالب في شرح روض الطالب، شيخ الإسلام زكريا الأنصاري، تحقيق: د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢٢هـ - ٢٠٠٠م)، (١٦٤/٤)، كشف القناع عن متن الإقناع، الإمام منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: هلال مصليحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، (١٤٠٢هـ)، (٨٠/١).

١٨ - أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب: أحاديث الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، باب: قول الله تعالى: ﴿وَاتَّخَذَ اللَّهُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلًا﴾ [النساء: ١٢٥]، رقم: (١٤٠/٤)، رقم: (٣٣٥٦). قال العمري في معنى القدوم: « في رواية الأصيلي والقاسمي بالتشديد، وقال الكرماني: روى بتخفيف الدال وتشديدها، فقيل آلة النجار يقال لها: القدوم بالتخفيف لا غير، وأما القدوم الذي هو مكان بالشام: ففيه التشديد والتخفيف، فمن رواه بالتشديد أراد القرية، ومن روى بالتخفيف فيحتمل القرية والآلة والأكثر على التخفيف وإرادة الآلة». عمدة القاري شرح صحيح البخاري، الإمام بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العمري، ضبطه وصححه: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م)، (٣٤٠/١٥).

ولو لم يكن الختان واجباً لما جاز كشف العورة من أجله، ولما جاز نظر الختان إليها، وكلاهما حرام وهذا يدل على الوجوب . وقالوا: إن الختان من شعار المسلمين فكان واجباً كسائر شعائرهم^(١٩). وقالوا: إن بقاء القلفة يجبس النجاسة ويمنع صحة الصلاة فتجب إزالتها. وسواء أقلنا إن الختان واجب أم سنة، فهو مشروع على أقل تقدير، وإن في مشروعيته دليلاً على عناية الإسلام بسلامة الأعضاء التناسلية، وفي هذا وقاية لعملية التكاثر؛ لأن في ترك الختان تعريضاً للعضو التناسلي فيصبح مرتعاً لتجمع الجراثيم تحت القلفة، مما قد يسبب عائقاً أمام حصول الحمل.

وقد نشرت المجلة البريطانية GMB وهي من أشهر المجلات الطبية مقالاً عن سرطان القضيب ومسبباته المباشرة عام (١٩٨٩م) جاء فيه: «إن سرطان القضيب نادر جداً في البلدان الإسلامية حيث يجري الختان في أثناء مرحلة الطفولة ، ومن العوامل المهمة لحدوث سرطان القضيب هو التهاب الحشفة. ولما كان الختان يزيل هذه القلفة من أساسها فإن المختونين لا يحدث لديه متضيق في القلفة، كما أنه يندر جداً أن يحدث التهاب الحشفة عندهم»^(٢٠). فالمصلحة في ذلك تعود على الشخص، ففي التزام الإنسان بطهارة أعضائه سلامة له ووقاية من الأمراض.

المطلب الرابع: الأمر بالزواج وتحريم الشذوذ الجنسي.

استجاب الإسلام للفطرة الإنسانية التي فطر الله الناس عليها من الميل إلى الجنس الآخر فأمر بالزواج وحض عليه، كيف لا وهو دين الله الذي خلق الإنسان ويعلم احتياجاته. ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [الملك: ٤١]. قال النبي صلى الله عليه وسلم: (يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ)^(٢١). إن الإسلام عندما فتح باب الزواج وحض عليه أغلق كل باب للفاحشة؛ لأن الفطرة تستطيع أن تصل إلى إرواء حاجتها عن طريق الزواج فقط بطريق منظم مأمون العاقبة .

قال النبي صلى الله عليه وسلم: (لَعَنَ اللَّهُ آكِلَ الرِّبَا وَمُوكَلَّهُ وَشَاهِدِيهِ وَكَاتِبَهُ قَالَ: وَقَالَ مَا ظَهَرَ فِي قَوْمِ الرِّبَا وَالرِّبَا إِلَّا أَحَلُّوا بِأَنْفُسِهِمْ عِقَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ)^(٢٢).

١٩ - انظر المغني لابن قدامة، (١٠٠/١).

٢٠ - موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن والسنة المطهرة، يوسف الحاج أحمد، مكتبة ابن حجر، دمشق، ص(١٣٤).

٢١ - أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب: النكاح، باب: قول النبي صلى الله عليه وسلم: (من استطاع منكم الباءة فليتزوج)، (٣/٧)، رقم: (٥٠٦٥).

٢٢ - أخرجه الإمام أحمد رضي الله عنه في مسنده، مسند عبدالله بن مسعود رضي الله عنه، (٣٥٨/٦) رقم: (٣٨٠٩). قال المحقق صحيح

ثم إن الغرب اليوم يدعو أبناءه وأبناءنا إلى الحرية الجنسية كما يزعمون ولكنه حصد هو قبل غيره نتيجة هذه الإباحية، وهي جيل من المرضى المصابين بمرض نقص المناعة المكتسبة الإيدز، فحل بهم عقاب الله تعالى، ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: (لَمْ تَظْهَرِ الْفَاحِشَةُ فِي قَوْمٍ قَطُّ حَتَّى يُعْلِنُوا بِهَا إِلَّا فَشَا فِيهِمُ الطَّاعُونَ وَالْأَوْجَاعُ الَّتِي لَمْ تَكُنْ مَضَتْ فِي أَسْلَافِهِمُ الَّذِينَ مَضُوا...). (٢٣)

وإن الشريعة الإسلامية لما فتحت باب الزواج وحثت عليه، كان ذلك حرباً على الشذوذ الذي يتنافى مع الفطرة الإنسانية من إتيان البهائم أو فعل اللواط، ولم يقف مع الشذوذ موقف المستنكر الراض فقط، بل أعلن عن وجوب قتل الشاذين عقوبة بهم وردعاً لغيرهم.

عن ابن عباس قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: (مَنْ وَجَدْتُمُوهُ يَعْمَلُ عَمَلَ قَوْمٍ لُوطٍ فَأَقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ). (٢٤) ذلك لأن الذي يريد الزنا يمكن أن يجد قضاء حاجته في الزواج.

ولاشك في أن الأمر بالزواج وتحريم الزنا يحمي المجتمع من الكثير من الأمراض الخطيرة التي تنتشر بين أبناء المجتمع والأسرة نتيجة للاتصال المحرم، ومن هذه الأمراض: الزهري والسفلس والسيلان والإيدز وغيرها من الأمراض التي تقضي على النسل وتنشر البواء وتفتك بصحة الأولاد.

المطلب الخامس: النهي عن الحمل في أثناء الرضاع .

أرشد رسول الله صلى الله عليه وسلم أمته إلى ترك ما يضعف الولد ويضف صحته. فعن أسماء بنت يزيد بن السكن قالت: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (لَا تَقْتُلُوا

لغيره وهذا إسناد ضعيف لضعف شريك».

٢٣ - أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الفتن عن ابن عمر رضي الله عنه، باب: العقوبات، (١٣٣٢/٢)، رقم: (٤٠١٩). قال ابن حجر: «وفي إسناده خالد بن يزيد بن أبي مالك وكان من فقهاء الشام لكنه ضعيف عند أحمد وابن معين وغيرهما، ووثقه أحمد بن صالح المصري وأبو زرعة الدمشقي، وقال ابن حبان: كان يخطئ كثيراً...». فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة، بيروت، (٥١٣٧٩)، (١٠/١٩٣).

٢٤ - سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت، أخرجه في كتاب: الحدود، باب: فيمن عمل عمل قوم لوط، (٢٦٩/٤)، رقم: (٤٤٦٤)، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، أخرجه في كتاب: الحدود، باب: ما جاء في حد اللوطي، (٥٧/٤)، رقم: (١٤٥٦)، وأخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب: الحدود، باب: من عمل عمل قوم لوط، (٨٥٦/٢)، رقم: (٢٥٦١). صححه الحاكم ووافقه الذهبي، وقال ابن حجر: «ورجاله موثقون إلا أن فيه اختلافاً». انظر المستدرک علی الصحیحین، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، ومعه تعليقات الحافظ الذهبي في التلخيص، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١١-١٩٩٠م)، (٣٩٥/٤)، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، المحقق: الدكتور ماهر ياسين الفحل، دار القيس للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٣٥-٢٠١٤م)، ص (٤٥٩).

أَوْلَادَكُمْ سِرّاً فَإِنَّ الْغَيْلَ يُدْرِكُ الْفَارِسَ فَيَدَعِّرُهُ عَنْ فَرَسِهِ. (٢٥):

وقد اختلف العلماء وأهل اللغة في معنى الغيلة على أقوال: (٢٦)

الأول: الغيلة أن يطأ الرجل امرأته وهي ترضع.

الثاني: أن تلد المرأة فيغشاها زوجها وهي ترضع فتحمل، فإذا حمل تفسد اللبن على الصبي، ويفسد به جسده وتضعف قوته حتى ربما كان ذلك في عقله، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم فيه: (إِنَّهُ لِيُدْرِكُ الْفَارِسَ فَيَدَعِّرُهُ عَنْ سَرِّجِهِ). (أي: يضعف فيسقط عن السرج (٢٧)).

الثالث: أن ترضع المرأة ولدها وهي حامل.

الرابع: الغيل الرضاع نفسه.

و الواضح من الحديث أن المقصود هو المعنى الثاني والثالث، لأن المرأة المرضع إذا باشرها الرجل حرك منها دم الطمث وأهاجه للخروج فلا يبقى اللبن حينئذ على اعتداله وطيب ريحه وفائدته الكاملة؛ وربما حملت الموطوءة فكان من أضر الأمور على الرضيع؛ لأن جهة الدم تنصرف في تغذية الجنين الذي في الرحم فينفذ في غذائه، فإن الجنين لما كان ما يناله ويغذيه غير ملائم له لأنه متصل بأمه اتصال الغرس بالأرض، وهو غير مفارق لها ليلاً ونهاراً، ولذلك ينقص دم الحامل ويصير رديئاً فيصير اللبن المجتمع في ثديها رديئاً فيضعفه. (٢٨) وهذا ما يؤكده الطب اليوم وهو حقيقة علمية ثابتة.

٢٥ - أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الطب، باب: في الغيل، (١٠/٤)، رقم: (٣٨٨٣)، وأخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب: النكاح، باب: الغيل، (٦٤٨/١)، رقم: (٢٠١٢). قال أبو الفضل حسن الوائلي الصنعاني: «والسياق لأبي داود ومحمد ثقة ووالده لأعلم فيه سوى توثيق ابن حبان لذا قال فيه في التقريب مقبول ولا أعلم من تابعه». نزهة الألباب في قول الترمذي «وفي الباب»، أبو الفضل حسن بن محمد بن حيدر الوائلي الصنعاني، تفریط: عبد الله بن محمد الحاشدي، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، (٥١٤٢٦)، (٢٩٤٧/٥) ومعنى: (فيدعيره): «أي يهدمه ويطحطحه وقد صار رجلاً يعني المرضع». غريب الحديث لابن الجوزي، (٣٣٨/١).

٢٦ - انظر النهاية في غريب الحديث لابن الأثير، (٩١٢/٢)، (٧٥٧/٣)، لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، باب: الغين مادة: (غيل)، (٥١٠/١١)، المعاصر من المختصر من مشكل الآثار، أبو المحاسن جمال الدين يوسف بن موسى بن محمد الملطي الحنفي (٨٠٣هـ)، عالم الكتب، بيروت، (٣٢٢/١)، والتاج والإكليل لأبي عبد الله العبدري، (١٨١/٤)، وفيض القدير شرح الجامع الصغير، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف المناوي (٥١٠٣١) ومعه تعليقات يسيرة للأستاذ ماجد الحموي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الأولى، (٥١٣٥٦)، (٢٨٠/٥)، و الشرح الكبير، أبو البركات أحمد بن محمد العلوي الشهير بالدرديري (١٢٠١هـ)، ومعه حاشية الدسوقي لمحمد عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، (٥٠٨/٢)، و منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، محمد عليش، دار الفكر، بيروت، (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م)، (٣٨٤/٤).

٢٧ - تحفة المودود بأحكام المولود، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة دار البيان، دمشق، الطبعة الأولى، (٥١٣٩١ - ١٩٧١م)، ص (٢٣٩ - ٢٤٠).

٢٨ - هذا اللفظ أخرجه الإمام مالك في الموطأ (رواية يحيى الليثي)، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م، في كتاب: الرضاع، باب: جامع ما جاء في الرضاعة، (٦٠٧/٢)، رقم: (١٢٦٩). أورد الإمام مالك اسم الرواية (جذامة) بالذال و صوّب الإمام مسلم أمّا بالذال والحديث صحيح، صحيح مسلم، الإمام الحافظ أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب: النكاح، باب: جواز الغيلة وهي وطء المرضع وكراهة الغزل، ص (٥٧٣)، رقم: (١٤٤٢).

وقد يقول قائل: إن هذا النهي يتعارض مع حيث آخر وهو: حديث جذامة الأسدية فقالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَنْهَى عَنِ الْغَيْلَةِ حَتَّى ذَكَرْتُ أَنَّ الرُّومَ وَفَارِسَ يَصْنَعُونَ ذَلِكَ فَلَا يَضُرُّ أَوْلَادَهُمْ).^(٢٩) فإنه يدل على جواز الغيل، بينما يدل حديث أسماء على المنع. وقد اختلف العلماء في وجه الجمع بينهما على أقوال^(٣٠):

الأول: إن نفيه لأثر الغيل في حديث جذامة كان إبطالاً لاعتقاد الجاهلية كونه مؤثراً، وإثباته له في حديث أسماء لأنه سبب في الجملة مع كون المؤثر الحقيقي هو الله تعالى.

الثاني: إن النهي في قوله صلى الله عليه وسلم: (لا تقتلوا أولادكم سراً) (في حديث أسماء للترتبه، ويحمل قوله لقد هممت أن أنهى في حديث جذامة على التحريم فلا منافاة .

الثالث: إن حديث أسماء يحتمل أنه قاله على زعم العرب قبل حديث جذامة، ثم علم أنه لا يضر فأذن به، كما في رواية جذامة، وهذا بعيد؛ لأن مفاد حديث جذامة أنه أراد النهي ولم ينه، وحديث أسماء فيه نهي فكيف يكون حديث أسماء قبل حديث جذامة.

وأيضاً لو كان على زعم العرب لما استحسنت القسم بالله، فالأقرب أنه صلى الله عليه وسلم نهي عنه بعد حديث جذامة حيث حقق أنه لا يضر إلا أن الضرر قد يخف على الكبير.^(٣١)

والراجح فيما أرى هو القول الثاني، والنهي في حديث أسماء يحمل على الكراهة لأن الجماع في زمن الرضاع جائز باتفاق العلماء^(٣٢)، فيحتمل النهي في حديث أسماء على الكراهة، وهذا الذي يتفق مع العلم اليوم؛ لأن الحمل في وقت الرضاع يضعف الأم والجنين والرضيع لأن غذاء الأم يتوزع إلى ثلاثة بدلاً من اثنين.

ولا شك في أن الأخذ بهذا التوجيه والإرشاد النبوي باجتنب الغيل فيه مصلحة لبقاء الأسرة قوية صحياً ويصب في مصلحة المجتمع القوي بأفراده، ولا يخفى على أحد صلة ذلك بالصحة الإنجابية موضوع هذا البحث.

٢٩ - سبق تخريجه في الحاشية السابقة.

٣٠ - التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (٤٦٣هـ-)، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، (١٣٨٧هـ)، (٩٢/١٣)، وتحفة الأوحدي بشرح جامع الترمذي، أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري (١٣٥٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، (٢٠٨/٦).

٣١ - انظر تحفة الأوحدي للمباركفوري، (٢٠٨/٦).

٣٢ - انظر المعاصر من المختصر لأبي المحاسن جمال الدين الملقبي، (٣٢٢/١)، والتاج والإكليل لأبي عبد الله العبدري، (١٨١/٤)، النجم الوهاج في شرح المنهاج، كمال الدين محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري أبو البقاء الشافعي (٨٠٨هـ)، المحقق: لجنة علمية، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، (٢٦٥/٧)، وأسن المطالب لتركيا الأنصاري، (١٨٦/٣).

المطلب السادس: تنظيم النسل واهتمام الشريعة به.

اهتمت الشريعة الإسلامية بتنظيم النسل في الأسرة، ولقد ذكر ربنا عز وجل في القرآن الكريم ضابطاً ينبغي التنبه له، وهو أن سبحانه وتعالى لما دعا إلى النكاح ورغب فيه، وحض على التعدد لكل من وجدت لديه القدرة على العدل والنفقة وختم الآية بإرشاد عام وهو أن الإنسان إذا خشى على نفسه من التعدد أن يفتقر؛ فإنه مدعو للاقتصار على الزوجة الواحدة.

فقال سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣].

قال ابن العربي في تفسير آيات الأحكام: (٣٣)

«قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ اختلف الناس في تأويله على ثلاثة أقوال:

الأول: ألا يكثر عيالكم؛ قاله الشافعي .

الثاني: ألا تضلوا؛ قاله مجاهد.

الثالث: ألا تميلوا؛ قاله ابن عباس والناس .“

وقد ورد في الحديث: قَلَّةُ الْعِيَالِ أَحَدُ الْيَسَارِينَ وَكَثْرَتُهُ أَحَدُ الْفَقَرِينَ. (٣٤)

هذا وقد استنبط العلماء من تحديد الشارع مدة الرضاع بسنتين، ومن النهي عن الجماع في أثناء الرضاع المؤدي بدوره إلى حمل جديد بقوله صلى الله عليه وسلم: (لا تقتلوا أولادكم سراً فإن الغيل يدرك الفارس فيدعثره عن فرسه) (٣٥). والمراد منه ضعف الولد وكنى عنه بالقتل سراً. والغيل المنهي عنه هو أن تحمل المرأة وهي مرضع.

٣٣ - أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي (٥٤٣هـ)، راجع أصوله وخرجه أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، (٤١٠/١).

٣٤ - أخرجه مسند الشهاب القضاعي، أبو عبد الله محمد بن سلامة بن جعفر بن علي بن حكيم القضاعي (٤٥٤هـ)، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٠٧-١٩٨٦م) في مسنده عن معاذ بن جبل، الدُّنْيُ ثُنَيْنُ الدُّنْيِ، (٥٣/١)، رقم: (٣١)، وأخرجه الديلمي في الفردوس بمأثور الخطاب، شبرويه بن شهر دار أبو شجاع الديلمي الهمداني (٥٠٩هـ)، المحقق: السعيد بن بسويبي زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)، باب: التاء والعين، (٢-٧٥-٩٠). قال السخاوي: «القضاعي عن علي والديلمي عن عبد الله بن عمر وابن هلال المزني كلاهما بالشرط الأول مرفوعاً بسنتين ضعيفين، واللفظ بتمامه في الإحياء». المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، الإمام عبد الرحمن السخاوي، دار الكتاب العربي، ص (٤٩٢).

٣٥ - سبق تخريجه في الهامش (٢٦) من هذا البحث.

ولما كان الحمل تسعة شهور فهذا يعني أنه لا بد من مرور فترة سنتين وتسعة شهور بين كل ولد والآخر مما يضمن تنظيم النسل والمحافظة على صحة الأم والأطفال ووقاية للحمل الجديد من الضعف، وهذا يؤدي إلى الحفاظ على الصحة الإنجابية في الأسرة تماماً.

المطلب السابع: تفضيل المرأة الولود.

حثت الشريعة الإسلامية عند اختيار الزوجة على انتقاء المرأة الولود^(٣٦)، وتُعرف هذه المرأة من أمرين:

الأول: النظر في حال أمها وأخواتها المتزوجات للتأكد من عدم وجود من هي عاقر في عائلتها، لأن هذا من الأمراض الوراثية في الغالب.

الثاني: سلامة جسمها من الأمراض التي تمنع الحمل ويستعان لمعرفة ذلك بأهل الاختصاص.^(٣٧)

وقد قال النبي صلى الله وسلم: (تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ فَإِنِّي مُكَاتِّرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ).^(٣٨)

ومن المعروف طبيياً عندما تكون المرأة من الصنف الولود، نجدتها في الغالب في صحة جيدة، وجسم قوي وسليم، والتي تتوافر فيها هذه الصفات تستطيع أن تنهض بأعباء الزوجية والمثل وواجباتها التربوية على أتم وجه.

وهذا كله يدخل في إطار الصحة الإنجابية الوقائية التي تدل على أن الشريعة الإسلامية اهتمت بإنجاب الأطفال والأولاد وصحتهم وأخلاقهم منذ تكوين الأسرة ليخلص المجتمع من الأمراض هذا من أهم دعائم المجتمع القوي والسليم.

المطلب الثامن: إباحة إفطار الحامل والمرضع في رمضان.

يجوز في الشريعة الإسلامية للحامل والمرضع أن تفطر في رمضان إن خافت ضرراً بغلبة الظن على نفسها وولدها، ويجب الفطر إذا خافت على نفسها هلاكاً أو أذىً شديداً، وعليها القضاء بلا فدية، وهذا باتفاق الفقهاء.^(٣٩)

٣٦ - (النبأية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م)، (٥/٥)، والتبصرة، علي بن محمد الربيعي أبو الحسن المعروف باللخمي (٤٧٨هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، (١٤٣٢هـ - ٢٠١١م)، (١٧٧٦/٤)، وأسنى المطالب لتركيا الأنصاري، (١٠٨/٦)، وكشاف الفناع للبهوتي، (٩/٥).

٣٧ - انظر تربية الأولاد لعبدالله علوان، (٤٢/١).

٣٨ - (أخرجه أبو داود عن معقل بن يسار رضي الله عنه في سننه في كتاب: النكاح، باب: النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، (١٧٥/٢)، رقم: (٢٠٥٢)، وأخرجه النسائي في سننه في كتاب: النكاح، باب: كراهية تزويج العقيم، (٦٥/٦)، رقم: (٣٢٢٧). قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه السبقة»، ووافقه الذهبي فضححه. انظر المستدرک للحاكم مع التلخيص للذهبي، (١٧٦/٢).

٣٩ - (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام علاء الدين الكاساني (٥٥٨٧هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، (١٩٨٢م)، (٩٧/٢)، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، الإمام علي الصعدي العدوي المالكي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار

واتفقوا كذلك على عدم وجوب الفدية إذا أفطرت الحامل أو المرضع خوفاً على نفسها؛ لأنها بمنزلة المريض الخائف على نفسه.^(٤٠) ولا يجب عليها الفدية كذلك إذا أفطرت خوفاً على ولدها عند الحنفية والمالكية؛ لأن الحمل متصل بالحامل، فالخوف عليه كالخوف على بعض أعضائها؛ ولأن الفدية ثبتت على الشيخ الفاني بخلاف القياس لأنه لا مماثلة بين الصوم والفدية، والفطر بسبب الخوف على الولد ليس في معناه.^(٤١)

وقال الخنابلة والشافعية في الأظهر عندهم: إذا أفطرت الحامل أو المرضع خوفاً على ولدها فعليها القضاء والفدية، وهي طعام مسكين عن كل يوم؛ لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مَسْكِينٍ﴾ [البقرة: ٤٨١] أنه نسخ حكمه إلا في حق الحامل والمرضع إذا خافتا على أولادهما.^(٤٢)

ولاشك في أن جواز الإفطار للحامل والمرضع عند الخوف على صحتها والجنين أو الطفل ووجوب الإفطار عند تحقق الضرر برأي الطبيب الثقة المختص، يعد من صور حرص الشريعة الإسلامية على صحة الأم والطفل في الأسرة كما يعد من صور الصحة الإنجابية، ومعلوم أن صحة الأبدان مقدمة على صحة الأديان؛ وإن المرضع يلاحظ عندها نقص في كمية اللبن في أثناء الصوم ولاسيما في الجو الحار، ويؤدي إلى أن يعاني الطفل من عدم كفاية اللبن.^(٤٣) فهذا كله من باب رعاية الوالدة والمولود في آن واحد، وهو خير دليل على مراعاة الشريعة الإسلامية للمقاصد.

المطلب التاسع: تحريم الاتصال الجنسي بين الزوجين في أثناء الحيض والنفاس.

اتفق الفقهاء على حرمة وطء الحائض والنفساء في الفرج^(٤٤) لقوله تعالى: ﴿فَاعْتَرَلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢١] ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: (اصْنَعُوا كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا النِّكَاحَ).^(٤٥)

الفكر، بيروت، (١٤١٢هـ-)، (٥٦٤/١)، وأسنى المطالب لتركيا الأنصاري، (٤٢٨/١)، والمغني لابن قدامة، (٨٠/٣)، وكشاف القناع للبهوتي، (٣١٣/٢).

٤٠ - انظر البحر الرائق لابن نجيم، (٣٠٨/٢)، وحاشية العدوي، (٥٦٤/١)، وأسنى المطالب لتركيا الأنصاري، (٤٢٩/١)، والمغني لابن قدامة، (٨٠/٣).

٤١ - انظر فتح القدير لابن الهمام، (٣٥٦/٢)، والبحر الرائق لابن نجيم، (٣٠٨/٢)، وحاشية العدوي، (٥٦٤/١).

٤٢ - انظر مغني المحتاج للشريبي، (٤٤٠/١)، وأسنى المطالب لتركيا الأنصاري، (٤٢٨/١-٤٢٩)، والمغني لابن قدامة، (٨٠/٣).

٤٣ - انظر الطب النبوي للدكتور ناظم نسيمي، ص (٣٠٣-٣٠٤)، وموسوعة الإعجاز العلمي ليوسف الحاج أحمد، ص (٩٥٧).

٤٤ - انظر البحر الرائق لابن نجيم، (٢٠٨/١)، ومواهب الجليل للحطاب، (٣٧٤/١)، ومغني المحتاج للشريبي، (١١٠/١)، والمغني لابن قدامة، (٣٨٤/١).

٤٥ - أخرجه مسلم من رواية أنس رضي الله تعالى عنه في كتاب: الحيض، باب: جواز غسل الحائض رأس زوجها...، ص (١٤٢)،

واختلف الفقهاء في الاستمتاع بما بين السرة والركبة فذهب جمهور الفقهاء إلى حرمة الاستمتاع بما بين السرة والركبة^(٤٦) لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: (كَانَ إِحْدَانَا إِذَا كَانَتْ حَائِضًا أَمَرَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تَأْتِرَ فِي فَوْرِ حَيْضَتِهَا، ثُمَّ يُبَاشِرُهَا، قَالَتْ: وَأَيْكُمْ يَمْلِكُ إِرْبُهُ كَمَا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَمْلِكُ إِرْبَهُ).^(٤٧)

ولأن ما بين السرة والركبة يعد من الحمى للفرج، ومن يرعى حول الحمى يوشك أن يخالف الحمى.^(٤٨)

وذهب الحنابلة إلى جواز الاستمتاع من الحائض بما دون الفرج، فله أن يستمتع بما بين السرة والركبة. ويستحب له حينئذ ستر الفرج عند المباشرة.^(٤٩)

وذهب جمهور الفقهاء - المالكية والشافعية والحنابلة - إلى أنه لا يجزئ وطء الحائض حتى تطهر - ينقطع الدم - وتغتسل، فلا يباح وطؤها قبل الغسل، لأن الله تعالى شرط لحل الوطء شرطين: انقطاع الدم، والغسل، فقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ أي: ينقطع دمهن، فإذا تطهرن أي: {اغتسلن بالماء} فأتوهن.^(٥٠)

وفرق الحنفية بين أن ينقطع الدم أكثر مدة الحيض وبين أن ينقطع لأقله، وكذا بين أن ينقطع لتمام عادتھا وبين أن ينقطع قبل عادتھا، فذهبوا إلى أنه إذا انقطع الدم على أكثر المدة في الحيض ولو حكماً بأن زاد على أكثر المدة، فإنه يجوز وطؤها دون غسل، لكن يستحب تأخير الوطء لما بعد الغسل.^(٥١)

رقم: (٣٠٢).

٤٦ - انظر البحر الرائق لابن نجيم، (٢٠٨/١)، ومواهب الجليل للحطاب، (٣٧٤/١)، وحاشية العدوي، (١٧٣/١)، وأسنن المطالب لتركيا الأنصاري، (١٠٠/١).

٤٧ - أخرجه البخاري في كتاب: الحيض، باب: مباشرة الحائض، (٦٧/١)، رقم: (٣٠٢). وأخرجه مسلم في كتاب الصيام، باب أن القبلة في الصيام ليست محرمة، رقم الحديث (١١٠٦) واللفظ له.

٤٨ - انظر مغني المحتاج للشربيني، (١١٠/١).

٤٩ - انظر المغني لابن قدامة، (٣٨٤/١)، والكافي لابن قدامة، (١٣٣/١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي (٨٨٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، (٣٥٠/١) وما بعدها.

٥٠ - انظر مواهب الجليل للحطاب، (٥٤٩/١)، ومغني المحتاج للشربيني، (١١٠/١)، والمغني لابن قدامة، (٣٨٧/١)، والإنصاف للمرادوي، (٣٥٠/١) وما بعدها.

٥١ - تبين الحقائق شرح كتر الدقائق وحاشية الشُّلبي، عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي الحنفي (٧٤٣هـ)، والحاشية لشهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشُّلبي (١٠٢١هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٣١٣هـ)، (٥٨/١)، والبحر الرائق لابن نجيم، (٢١٣/١)، واللباب في شرح الكتاب، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: ١٢٩٨هـ)، حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، (٤٤/١).

وإن انقطع دمها قبل أكثر مدة الحيض أو لتتمام العادة في المعتادة بأن لم ينقص عن العادة، فإنه لا يجوز وطؤها حتى تغتسل أو تتييم، أو أن تصير الصلاة ديناً في ذمتها، وذلك بأن يبقى من الوقت بعد الانقطاع مقدار الغسل والتحرمة، فإنه يحكم بطهارتها بمضي ذلك الوقت، ولزوجهها وطؤها بعده ولو قبل الغسل .

وإذا انقطع الدم قبل العادة وفوق الثلاث، فإنه لا يجوز وطؤها حتى تمضي عادتها وإن اغتسلت، لأن العود في العادة غالب، فكان الاحتياط في الاجتناب، فلو كان حيضها المعتاد لها عشرة فحاضت ثلاثة وطهرت ستة لا يحل وطؤها ما لم تمض العادة.^(٥٢)

وإن في تحريم وطء الحائض والنفساء دليلاً على عناية الشريعة الإسلامية بالصحة الوقائية والعلاجية معاً للمرأة مما له أثر إيجابي على الصحة الإنجابية، لأن هذا الوطء يؤدي إلى حدوث التهابات عند المرأة مما قد ينشأ عنه حدوث سرطان في الرحم، أو التهابات في الرحم أو سرطانات وقد يكون ذلك معيقاً أو مؤثراً في الإنجاب مستقبلاً، فهنا نفهم أن التحريم من رعاية الشريعة لصحتها وحفظاً لمقصد الإنجاب الذي جعله الله سبباً لاستمرار النسل، وهو مختص بالمرأة.

المطلب العاشر: تحريم الإجهاض.

الإجهاض في اللغة: هو إلقاء الحمل ناقص الخلق، أو ناقصاً لمدة، وهو يصدق سواء كان الإلقاء بفعل فاعل أم لا.^(٥٣) واستعمال الفقهاء لكلمة إجهاض لا يخرج عن هذا المعنى، ويعبرون عن الإجهاض بمرادفاته كالإملاص والإسقاط والإلقاء والطرح.^(٥٤)

حكم الإجهاض التكليفي:

الإجهاض بعد نفخ الروح محرم باتفاق الفقهاء، ولا يُعلم خلاف بين الفقهاء في تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح، فقد نصوا على أنه إذا نفخت في الجنين الروح حرم الإجهاض

٥٢ - انظر تبين الحقائق شرح كتر الدقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي، (٥٨/١)، والبحر الرائق لابن نجيم، (٢١٣/١)، واللباب في شرح الكتاب للميداني، (٤٤/١).

٥٣ - انظر لسان العرب لابن منظور، باب: الجيم، مادة: (جهض)، (١٣١/٧)، وتاج العروس لمرتضى الزبيدي، باب: الضاد المعجمة، فصل: الجيم مع الضاد، مادة: (جهض)، (٢٧٩/١٨).

٥٤ - انظر بدائع الصنائع للكاساني، (٣٢٥/٧)، والبحر الرائق لابن نجيم، (٢٣٠/١)، والذخيرة للقرافي، (٣٠٧/٩)، وأسنن المطالب لتركيا الأنصاري، (٦٩/٤)، وكشاف القناع للبهوتي، (٤١٣/٥).

إجماعاً، وقالوا: إنه قتل له بلا خلاف.^(٥٥) وتجب في هذه الحالة دية الجنين والكفارة.^(٥٦)

والذي يؤخذ من إطلاق الفقهاء تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح أنه يشمل ما لو كان في بقاءه خطر على حياة الأم أو ما لم يكن كذلك.^(٥٧)

وقد صرح ابن عابدين بذلك فقال: "لو كان الجنين حياً، ويخشى على حياة الأم من بقاءه، فإنه لا يجوز تقطيعه؛ لأن موت الأم به موهوم، فلا يجوز قتل آدمي لأمر موهوم".^(٥٨)

وذهب الجمهور إلى جواز ذلك عند تحقق الخطر على الأم ارتكاباً لأخف الضررين، ولأن حياة الأم مؤكدة وبقين، وحياة الولد أو ولادته حياً مظنون بها.

أما حكم الإجهاض قبل نفخ الروح: فيه اتجاهات مختلفة وأقوال متعددة: فمنهم من قال بالإباحة مطلقاً وهو ما ذكره بعض الحنفية فقد ذكروا أنه يباح الإسقاط بعد الحمل ما لم يتخلق شيء منه، والمراد بالتخلق في عبارتهم تلك نفخ الروح،^(٥٩) وهو ما انفرد به من المالكية اللخمي في ما قبل الأربعين يوماً،^(٦٠) وقال به أبو إسحاق المروزي من الشافعية قبل الأربعين أيضاً.^(٦١) والإباحة قول عند الحنابلة في أول مراحل الحمل، إذ أجازوا للمرأة شرب الدواء المباح لإلقاء نطفة لا علقة،^(٦٢) وعن ابن عقيل: أن ما لم تحله الروح لا يبعث، فيؤخذ منه أنه لا يحرم إسقاطه، وقال صاحب الفروع: ولكلام ابن عقيل وجه.^(٦٣)

ومنهم من قال بالإباحة لعذر فقط، وهو حقيقة مذهب الحنفية، فقد نقل ابن عابدين

٥٥ - انظر البحر الرائق لابن نجيم، (٢١٥/٣)، وحاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين محمد أمين بن عمر، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، (٥١٤٢١-٢٠٠٠م)، (١٧٦/٣)، ومواهب الجليل للحطاب، (٤٧٧/٣)، وحاشية الدسوقي (مع الشرح الكبير للدردير)، (٢٦٦/٢)، وإعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين لأبي بكر الدمياطي، (٢٥٦/٣)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير (١٠٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، (٥١٤٠٤-١٩٨٤م)، (٤٤٢/٨)، والإنصاف للمرداوي، (٣٨٦/١)، وكشاف القناع للبهوتي، (٢٢٠/١).

٥٦ - انظر بدائع الصنائع للكاساني، (٣٢٥/٧)، والشرح الكبير للدردير، (٢٦٨/٤)، والحاوي في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الشهير بالماوردي (٤٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، (٣٩١/١٢)، ومغني المحتاج للشربيني، (١٠٣/٤-١٠٨)، والمغني لابن قدامة، (٥٥٧/٩).

٥٧ - انظر المغني لابن قدامة، (٢٤٤/٨).

٥٨ - حاشية رد المختار لابن عابدين، (٢٣٨/٢).

٥٩ - انظر فتح القدير لابن الهمام، (٤٠١/٣)، والبحر الرائق لابن نجيم، (٢١٥/٣)، وحاشية رد المختار لابن عابدين، (١٧٦/٣).

٦٠ - انظر مواهب الجليل للحطاب، (٤٧٧/٣).

٦١ - انظر إعانة الطالبين لأبي بكر الدمياطي، (٢٥٦/٣).

٦٢ - انظر كشاف القناع للبهوتي، (٢٢٠/١).

٦٣ - الفروع، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج أبو عبد الله شمس الدين المقدسي (٧٦٣هـ)، ومعته تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م)، (٣٩٣/١)، والإنصاف للمرداوي، (٣٨٦/١).

عن الخانية عدم الحل لغير عذر، إذ المحرم لو كسر بيض الصيد ضمن لأنه أصل الصيد. فلما كان يؤخذ بالجزاء فلا أقل من أن يلحقها - من أجهضت نفسها - إثم هنا إذا أسقطت بغير عذر. ونقل عن ابن وهبان أن من الأعذار أن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل وليس لأبي الصبي ما يستأجر به المرضع ويخاف هلاكه،^(٦٤) وقال ابن وهبان: إن إباحة الإسقاط محمولة على حالة الضرورة.^(٦٥) ومن قال من المالكية والشافعية والحنابلة بالإباحة دون تقييد بالعذر فإنه يبيحه هنا بالأولى، وقد نقل الخطيب الشربيني عن الزركشي: أن المرأة لو دعتا ضرورة لشرب دواء مباح يترتب عليه الإجهاض فينبغي أنهما لا تضمن بسببه.^(٦٦)

ومنهم من قال بالكراهة مطلقاً، وهو ما قال به علي بن موسى من فقهاء الحنفية، فقد نقل ابن عابدين عنه: أنه يكره الإلقاء قبل مضي زمن تنفخ فيه الروح؛ لأن الماء بعدما وقع في الرحم ماله الحياة، فيكون له حكم الحياة، كما في بيضة صيد الحرم،^(٦٧) وهو رأي عند المالكية فيما قبل الأربعين يوماً،^(٦٨) وقول محتم عند الشافعية، يقول الرملي: «لا يقال في الإجهاض قبل نفخ الروح إنه خلاف الأولى، بل محتمل للتزويه والتحريم، ويقوي التحريم في ما قرب من زمن النفخ لأنه جريمة.»^(٦٩)

ومنهم من قال بالتحريم، وهو المعتمد عند المالكية، يقول الدردير: «لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً، وعلق الدسوقي على ذلك بقوله: «هذا هو المعتمد، وقيل: يكره»^(٧٠)، مما يفيد أن المقصود بعدم الجواز في عبارة الدردير التحريم.

كما نقل ابن رشد أن مالكا قال: «كل ما طرحته المرأة جنائياً، من مضغة أو علقة، مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة.»^(٧١) وقال: واستحسن مالك الكفارة مع الغرة.^(٧٢)

وقال بالتحريم مطلقاً الشافعية؛ لأن النطفة بعد الاستقرار آيلة إلى التخلق مهياً لنفخ الروح^(٧٣)، وهو مذهب الحنابلة مطلقاً كما ذكره ابن الجوزي، وهو ظاهر كلام ابن عقيل، وما يشعر به كلام ابن قدامة وغيره بعد مرحلة النطفة، إذ رتبوا الكفارة والغرة على من ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً، وعلى الحامل إذا شربت دواءً فألقت جنيناً.^(٧٤)

٦٤ - انظر حاشية رد المحتار لابن عابدين، (١٧٦/٣).

٦٥ - انظر حاشية رد المحتار لابن عابدين، (١٧٦/٣).

٦٦ - انظر معني المحتاج للشربيني، (١٠٣/٤).

٦٧ - انظر حاشية رد المحتار لابن عابدين، (١٧٦/٢).

٦٨ - انظر حاشية الدسوقي (مع الشرح الكبير للدردير)، (٢٦٦/٢).

٦٩ - نهاية المحتاج للرملي، (٤٤٢/٨).

٧٠ - الشرح الكبير للدردير، (٢٦٦/٢).

٧١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (٥٩٥هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الرابعة، (١٣٩٥هـ-١٩٧٥م)، (٤١٦/٢).

٧٢ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (٤١٦/٢).

٧٣ - إحياء علوم الدين، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، دار المعرفة، بيروت، (٥١/٢).

٧٤ - انظر المغني لابن قدامة، (٥٥٧/٩)، والفروع لابن مفلح، (٣٩٣/١)، والإنصاف للرداوي، (٣٨٦/١).

عقوبة الإجهاض:

اتفق الفقهاء على أن الواجب في الجناية على جنين الحرة هو غرة^(٧٥)؛ لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره: (رَأَى امْرَأَتَيْنِ مِنْ هُدَيْلٍ رَمَتَا إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى فَطَرَحَتْ جَنِينَهَا، فَقَضَى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْرَةَ عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةً).^(٧٦)

واتفق فقهاء المذاهب على أن مقدار الغرة في ذلك هو نصف عشر الدية الكاملة، وأن الموجب للغرة: كل جنانية ترتب عليها انفصال الجنين عن أمه ميتاً، سواء أكانت الجنانية نتيجة فعل أم قول أم ترك ولو من الحامل نفسها أو زوجها، عمداً كان أو خطأ.^(٧٧)

واختلف الفقهاء في وجوب الكفارة على قولين: بالوجوب وهو قول الشافعية والحنابلة، والقول الثاني للحنفية والمالكية: بالوجوب.^(٧٨)

وإن تحريم الإجهاض في الإسلام فيه حفاظ على النفس الإنسانية ولصحة الأم التي تتضرر كثيراً من الإجهاض، كما أن فيه حفاظاً على الأخلاق في المجتمع وعلى الأسرة، لأن الإجهاض يشجع على الزنا وانتشاره في المجتمع، وتحززا مما يسببه الإجهاض على قدرة المرأة مستقبلاً للإنجاب كما هو معلوم، ولا سيما إذا تكرر الإجهاض.

المطلب الحادي العاشر: تأخير إقامة الحدود والعقوبات على الحامل والمرضع.

لا تقام الحدود والقصاص على الحامل حتى تضع، سواء أكان الحمل من زنى أم غيره، وهذا باتفاق العلماء^(٧٩) لما روي عن بريدة رضي الله عنه أن امرأة من بني غامد قالت: يا رسول الله طهرني، قال وما ذلك؟ قالت: إنما حبلى من زنى. قال: أنت؟ قالت: نعم، فقال لها: ارجعي حتى تضعي ما في بطنك، قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت، قال: فأتى النبي صلى الله عليه وسلم: فقال: إذاً لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من ترضعه، فقام رجل من الأنصار فقال: إلي إرضاعه يا نبي الله، قال: فرجمها^(٨٠) ولأن في إقامة الحد عليها في حال حملها إتلافاً للحمل وهو

٧٥ - انظر بدائع الصنائع للكاساني، (٣٢٥/٧)، والحاوي للماوردي، (٣٩١/١٢)، ومعني المحتاج للشربيني، (١٠٨/٤)، والمغني لابن قدامة، (٥٥٧/٩).

٧٦ - أخرجه البخاري في كتاب: الديات، باب: جنين المرأة، (١١/٩)، رقم: (٦٩٠٤). وأخرجه مالك في الموطأ في كتاب العقول، باب عقل الجنين، حديث رقم (٦٥٠ / ٣١٦٧) واللفظ للإمام مالك.

٧٧ - انظر بدائع الصنائع للكاساني، (٣٢٥/٧)، وبداية المجتهد لابن رشد، (٤١٧/٢)، والحاوي للماوردي، (٣٩١/١٢-٣٩٤)، والمغني لابن قدامة، (٥٥٧/٩-٥٣٦).

٧٨ - انظر بدائع الصنائع للكاساني، (٣٢٥/٧)، وبداية المجتهد لابن رشد، (٤١٧/٢)، والحاوي للماوردي، (٣٩١/١٢-٣٩٤)، والمغني لابن قدامة، (٥٥٧/٩-٥٣٦).

٧٩ - انظر الفتاوى الهندية للشيخ نظام وآخرين، (١٤٧/٢)، والشرح الكبير للدردير، (٢٦٠/٤)، والحاوي للماوردي، (٢١٣/١٣)، والمغني لابن قدامة، (١٣٤/١٠).

٨٠ - أخرجه مسلم في كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، ص(٧٠٤)، رقم: (١٦٩٥).

إنسان معصوم الدم في نظر الإسلام ، وسواء أكان الحد رجماً أم غيره؛ لأنه لا يؤمن تلف الولد من سرية الضرب والقطع وربما سرى إلى نفس المضروب والمقطوع، فيفوت الولد بفواته.^(٨١) فإذا وضعت الولد، فإن كان الحد رجماً لا يؤخر عند الحنفية والمالكية إلا إذا لم يوجد من يرضعه أو يتكفل برضاعه.^(٨٢)

وقال الشافعية والحنابلة^(٨٣): لا تحد حتى تسقيه اللبن، وهو اللبن أول النتاج لاحتياج الولد إليه غالباً، أما إذا لم يوجد من يرضعه أو يتكفل برضاعه تركت حتى تفضمه باتفاق الفقهاء. وإن كان الحد جلدًا: فإذا وضعت الولد وانقطع النفاس وكانت قوية يؤمن تلفها أقيم عليها الحد، وإن كانت في نفاسها أو ضعيفة يخاف عليها التلف لم يقيم عليها الحد حتى تطهر وتقوى، فيستوفى الحد على وجه الكمال من غير خوف فواته وهذا عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية وهو المعتمد عند الحنابلة^(٨٤)؛ لما ورد في حديث أبي بكر: (أن المرأة انطلقت فولدت غلاماً، فجاءت به النبي فقال لها: انطلقني فتطهري من الدم).^(٨٥)

والتعزيز بالجلد ونحوه حكمه حكم الحد جلدًا من حيث التأخير وعدمه، ويعد قولها إن ادعت الحمل عند جمهور الفقهاء لقبول النبي صلى الله عليه وسلم قول الغامدية^(٨٦) وقال المالكية: لا يقبل قولها بمجرد دعواها، بل بظهور أمارات الحمل^(٨٧)، ومثل حكم الحدود، حكم القصاص في النفس والأطراف.^(٨٨)

نستنتج من ذلك أن الإسلام منع من إقامة العقوبة على المرأة الحامل أو المرضع حفاظاً على نفسها أو ولدها، وفي هذا عناية بالغة وصحة وقائية لها وللأطفال.

-
- ٨١ - انظر المغني لابن قدامة، (١٣٤/١٠).
- ٨٢ - انظر الفتاوى الهندية للشيخ نظام وآخرين، (١٤٧/٢)، وحاشية العدوي، (٤٣٠/٢).
- ٨٣ - انظر مغني المحتاج للشيخ زين الدين، (٤٣/٤)، وأسنى لمطالب زكريا الأنصاري، (٣٩/٤)، والمغني لابن قدامة، (١٣٤/١٠).
- ٨٤ - انظر الفتاوى الهندية للشيخ نظام وآخرين، (١٤٧/٢)، وحاشية العدوي، (٤٣٠/٢)، ومغني المحتاج للشيخ زين الدين، (١٥٤/٤)، والمغني لابن قدامة، (١٣٦/١٠)، وكشاف القناع للبهوتي، (٨٣/٦).
- ٨٥ - أخرجه النسائي في سننه الكبرى في كتاب: الرجم، باب: الْحُفْرَةُ لِلْمَرْأَةِ إِلَى ثِنْدُوتِهَا، (٤٣١/٦)، رقم: (٧١٥٨). قال البزار: «وَهَذَا حَدِيثٌ بِهَذَا اللَّفْظِ لَا نَحْفَظُهُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ بِهَذَا الْإِسْنَادِ، وَلَا نَعْلَمُ لَهُ طَرِيقًا غَيْرَ هَذَا الطَّرِيقِ، وَزَكَرَ بِنْتُ سُلَيْمٍ بَصْرِيٌّ، وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا سَمَى هَذَا الشَّيْخَ». البحر الزخار (مسند البزار)، مسند أبي بكره رضي الله عنه، (١١٧/٩)، رقم: (٣٦٦٥).
- ٨٦ - انظر تبیین الحقائق للزيلعي، (١٦٦/٣)، والحاوي للمواردي، (١١٥/١٢)، والمغني لابن قدامة، (١٣٤/١٠)، وكشاف القناع للبهوتي، (٨٦/٢).
- ٨٧ - انظر حاشية الدسوقي، (٢٦٠/٤).
- ٨٨ - انظر الشرح الكبير للدردير، (٢٦٠/٤)، ومغني المحتاج للشيخ زين الدين، (٤٣/٤)، وأسنى لمطالب زكريا الأنصاري، (٣٩/٤)، والمغني لابن قدامة، (٤٥٠/٩).

المبحث الثاني: الصحة الإنجابية العلاجية :

المطلب الأول : تحريم الصلاة والصوم على الحائض والنفساء.

أن الحائض والنفساء تكون في حكم المريضة طيبا وتحريم الصلاة والصوم من نوع التخفيف عليها كالتخفيف على المريض رحمة بها.

أجمع الفقهاء على عدم صحة الصلاة من الحائض والنفساء؛ إذ الحيض والنفساء مانع لصحتها. (٨٩)

لقول النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبي حبيش: (فَإِذَا أَقْبَلَتِ الْحَيْضَةَ، فَدَعِي الصَّلَاةَ). (٩٠)

كما اتفق الفقهاء على أنه لا يجب قضاء ما فات الحائض من صلوات في أيام حيضها ونفاسها. (٩١) لما روت معاذة قالت: (سَأَلْتُ عَائِشَةَ فَقُلْتُ: مَا بَالُ الْحَائِضِ تَقْضِي الصَّوْمَ، وَلَا تَقْضِي الصَّلَاةَ؟. فَقَالَتْ: أَحْرُورِيَّةٌ أَنْتِ؟. قُلْتُ: لَسْتُ بِحَرْوْرِيَّةٍ، وَلَكِنِّي أَسْأَلُ. قَالَتْ: كَانَ يُصَيِّبُنَا ذَلِكَ، فَتُؤْمَرُ بِقَضَاءِ الصَّوْمِ، وَلَا تُؤْمَرُ بِقَضَاءِ الصَّلَاةِ). (٩٢)

كما اتفق الفقهاء على تحريم الصوم على الحائض والنفساء مطلقاً فرضاً أو نفلاً، وعدم صحته منها (٩٣)؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (أَلَيْسَ إِذَا حَاصَّتْ لَمْ تُصَلِّ وَلَمْ تَصُمْ؟. قُلْنَا: بَلَى، قَالَ: «فَذَلِكَ مِنْ نَقْصَانِ دِينِهَا»). (٩٤)

وبعد هذا يمكن القول: إن إسقاط الصلاة عن الحائض والنفساء، وعدم مطالبتهم بقضائهما، وإسقاط الصوم عنهما؛ إن هو إلا تعبير عملي عن الوقاية العلاجية للمرأة ومحافظتها على صحتها والعناية بها، لأنها في حالي الحيض والنفساء تفقد كمية كبيرة من الدم، مما يجعلها بحاجة إلى أن تعوض النقص في ذلك عن طريق التغذية، فأوجب عليها الإسلام الإفطار في رمضان، كما

٨٩ - البحر الرائق شرح كتر الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي (٩٧٠هـ-)، دار المعرفة، بيروت، (٢٠٤/١)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب (٩٥٤هـ-)، دار الفكر، الطبعة الثالثة، (١٤١٢هـ- ١٩٩٢م)، (٣٧٣/١)، وأسنى المطالب لتركيا الأنصاري، (١٠٠/١)، وكشاف القناع للبهوتي، (١٩٧/١).

٩٠ - أخرجه البخاري في كتاب: الحيض، باب: إقبال المحيض وإدباره، (٧١/١)، رقم: (٣٢٠).

٩١ - انظر البحر الرائق لابن نجيم، (٢٠٤/١)، ومواهب الجليل للحطاب، (٣٧٣/١)، وأسنى المطالب لتركيا الأنصاري، (١٠٠/١)، وكشاف القناع للبهوتي، (١٩٧/١).

٩٢ - أخرجه البخاري في كتاب: الحيض، باب: لا تقضي الحائض الصلاة، (٧١/١)، رقم: (٣٢١). ومسلم في كتاب الحيض، باب وجوب قضاء الصوم... حديث رقم (٣٣٥) واللفظ له.

٩٣ - انظر البحر الرائق لابن نجيم، (٢٠٤/١)، ومواهب الجليل للحطاب، (٣٧٣/١)، وأسنى المطالب لتركيا الأنصاري، (١٠٠/١)، والمغني لابن قدامة، (٣٤٧/١).

٩٤ - أخرجه البخاري في كتاب: الحيض، باب: ترك الحائض الصوم، (٦٨/١)، رقم: (٣٠٤).

أن في تكليفها بأداء الصلاة مشقة عليها يسبب ضعفها؛ وكل ذلك يؤثر في صحتها عموماً ومنها صحة الإنجاب وتغذية الأولاد؛ ويدل دلالة واضحة على اهتمام الإسلام بصحة الأم عامة وبالصحة الإنجابية خاصة.

نتائج البحث وأهم التوصيات :

وبعد التطواف في هذه الموضوعات يمكننا بيان النتائج الآتية:

- ١ - أن أحكام الزواج في جملتها تجمع بين مراعاة شهوة الإنسان وبين مقصد الشريعة (استمرار النسل)، فجعل الإسلام من هذه الأحكام الطريقة الصحيحة لتوجيه هذه الشهوة لصالح هذا المقصد.
- ٢ - وحتى تتحقق مقاصد الزواج فقد شرع الإسلام ما يحفظ الزواج من أي خلل بما فيها الأمراض والعيوب التي قد تعرقل تحقيق هذا المقصد، فسنت الشريعة الإسلامية أحكاماً كثيرة كفيلة عند التطبيق بالحفاظ على صحة الأم والأولاد.
- ٣ - أمر الإسلام بحسن اختيار الزوجة صحياً وخلقياً وتفضيل الولود فهذا كله مما يتناسب مع المقصد الأساسي.
- ٤ - حرم الإسلام الشذوذ الجنسي لأنه تصريف للشهوة في غير محلها ونتائجه السلبية تؤثر على صحة الفرد والمجتمع واستمرار النسل.
- ٥ - من وجوه الصحة الإنجابية الوقائية في الشريعة الإسلامية حث الإسلام على النظافة عموماً ولاسيما نظافة الأعضاء التناسلية ومنها الختان والاستحداد وغيرها، فذلك كله ضمان لسلامة الفرد واستمرارية الزواج والنسل الصحيح.
- ٦ - ومن وجوه الصحة الإنجابية النهي عن الحمل في أثناء الرضاع .
- ٧ - وأيضاً تحريم الاتصال الجنسي بين الزوجين في زمن الحيض والنفاس.
- ٨ - ومن صور حرص الشريعة الإسلامية الشديد على صحة أفراد الأسرة وخصوصاً الزوجة تحريم الصوم والصلاة على الحائض والنفاس .
- ٩ - وكذلك إباحة الفطر للحامل والمرضع في رمضان.
- ١٠ - أحكام الشريعة الإسلامية تدل على استحباب تنظيم النسل وهذا له دور إيجابي كبير في

الحفاظ على صحة الأم والأولاد.

- ١١ - تنظيم النسل الذي حث عليه أحكام الشريعة ضمان لإقامة أسرة قوية صحياً وخلقياً.
- ٢١ - عدم جواز إقامة القصاص والحدود على الحامل والمرضع شرعاً فيه حفاظ على الأولاد.
- ٣١ - السلامة الصحية تنتج عنها نسلا سليما في جسده وفي عقله ثم مجتمعا قويا.

ومن توصيات البحث :

تشريع قانون ملزم بمطالبة الخاطبين بإجراء التحاليل والفحوصات التي تثبت خلو الخاطبين من الأمراض السارية والخطيرة قبل الزواج لضمان صحة الأولاد، ودرهم وقاية خير من قنطار علاج، وهذا الأمر تقره قواعد الشريعة من باب جلب المصالح ودرء المفاسد.

MOLLA HÜSEYİN KÜÇÜK VE “EL-EMVÂL” ADLI RİSALESİ

Yrd. Doç. Dr. Adnan MEMDUHOĞLU*

Özet: Molla Hüseyin Küçük, Türkiye'nin doğusunda yetişmiş önemli bir ilmî şahsiyettir. 1871 yılında Cizre'ye yakın Deştadahl köyünde doğmuş, 1955 yılında Silvan'da vefat etmiştir. Bu makalede onun hayatı, ilim tahsili, hocaları, öğrencileri, eserleri incelenmiş ve bir yazma risalesi üzerinde durulmuştur. Molla Hüseyin Küçük, dini eğitimine ilk olarak köyünde başlamış, daha sonra Cizre'ye gitmiştir. Medreselerde Şeyh Abdullah el-Bidârî, Molla Mustafâ, Molla Hamid, Şeyh Fethullâh el-Verkânsî, Müftü Molla Ahmed Hamdî gibi âlimlerden dersler almıştır. Başlıca eserleri şunlardır: el-Kavlu'l-Mevsûk, Şerhu'l-Verdeti'n-Naddâre, Fethu'l-Celil, Usûlu'l-Verekât, Resâil. Tahkikini yaptığımız “el-Emvâl” adlı risalesi, fıkıh alanıyla ilgili olup, bu konuda özellikle Şâfiî mezhebine ait temel kaynaklardan yapılan nakillerle beraber müellifin değerlendirmelerini ortaya koyduğu bir çalışmadır. Eserde, mallarla alakalı yapılan taksimin birinci bölümünde haram mallar konusu, ikinci kısmında ise helal mallar konusu ele alınmıştır. Müellif, beytü'l-mâle intikal eden malların, haram ve helal açısından nasıl değerlendirileceği, kamu mallarının nerelerde harcanabileceği gibi konuları çeşitli misaller naklederek açıklar.

Anahtar Kelimeler: Molla Hüseyin Küçük, Medrese, Fıkıh, el-Emvâl.

Molla Hüseyin Küçük and His Risâla “Al-Amvâl”

Abstract: Molla Hüseyin Küçük, lived in eastern Turkey, is one of the most famous scholars. In this study it is aimed to give a biography of Molla Husayin, as well as to analyze and study his work “al-Amvâl”. Molla Hüseyin Küçük was born in 1871 in a small village named Deştadahl, near Cizre, in Turkey. He died in 1955 in Silvan. He received his early religious education in his native town and went to Cizre for further education. He studied hadith, Islamic jurisprudence, syntax and etymology from great scholars of his time: Şeyh Abdullah el-Bidârî, Molla Mustafâ, Molla Hamid, Şeyh Fethullâh el-Verkânsî, Molla Ahmed Hamdî. The following is a list of his known works: al-Kavlu'l-Mevsûk, Şerhu'l-Verdeti'n-Naddâre fi'l-Mecâzi ve'l-İsti'âre, Fethu'l-Celil, Usûlu'l-verekât, rasâil. His risâla called “El-Emvâl”, which consists of seven pages, is on Fiqh (Islamic Law)

Keywords: Molla Hüseyin Küçük, Madrasa, Fiqh, el-Amwal.

GİRİŞ

Dini eğitim veren medreseler kuruldukları tarihten yirminci asrın başlarına kadar toplumdaki olumlu fonksiyonları sebebiyle hem halk hem de idareciler tarafından benimsenmiş ve desteklenmiştir. Nizamülmülk¹le beraber Anadolu'da

* Siirt Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi, amemduhoglu@hotmail.com

1 Nizamülmülk'le beraber kurulan ilk Nizamiye medreseleri için bkz. Çelebi, Ahmed, *İslamda Eğitim Öğretim Tarihi* (trc. Ali Yardım), Damla Yay., İstanbul 1983, s. 108-114.

kurulan medreseler içinde şark medreseleri günümüzde de varlıklarını bir şekilde devam ettirmiş ve buralardan büyük ilmi şahsiyetler yetişmiştir.² Bölgedeki köklü medrese geleneği, bu âlimler vasıtasıyla sadece toplumsal hayatta etkili olmamış aynı zamanda bilimsel yayınlara da yansımıştır.

Geçmişte doğu medreselerinin müfredatında en fazla önemsenen nahiv, sarf, meani beyan, vadî' gibi Arap dili edebiyatı ilimleri yanında mantık, kelam, fıkıh, hadis, tefsir, fıkıh usulu, İslam tarihi ve özellikle sîret-i nebi dersleri idi. Ayrıca fen, matematik, astronomi, felsefe ve mantık gibi ilimler de okutuluyordu. Ancak Arap olmayan memleketlerde faaliyet gösteren diğer medreselerde olduğu gibi buralarda da, İslamın temel kaynaklarının Arapça olması nedeniyle doğal olarak Arap dil bilimlerine birinci derecede önem veriliyordu. Ne var ki Arap dil bilimlerince verilen önem, doğal sınırları içerisinde kalmıyor ve bazan diğer ilimleri önemsememe derecesine varıyordu. İşin farkında olan bazı âlimler bu olumsuz durumu “Ulum-u âliye, ‘ulum-u ‘âliyenin yerine geçmiştir” sözleriyle dile getiriyorlardı. Tefsir, hadis, kelam, fıkıh gibi dini ilimlere nazaran, âlet ilimleri olan Arap dil bilimlerince haddinden fazla değer verme giderek medresede yaygınlaşıyordu. Buna Cumhuriyet sonrası dönemde medresenin aleyhinde oluşan olumsuz şartlar da eklenince medreseler artık çağın gelişmelerine paralel olarak kendini yenileyemediği gibi İslam'a karşı yapılan ilmi ve fikri taarruzlara cevap verme görevini de ifa edemedi. Medreselerin Cumhuriyet sonrası dönemde resmi olarak kapatılmasına ve fahri olarak hayatini devam ettirenlere de destek kanalları kesilmiş olmasına rağmen, yine de buralarda bölgenin kendi şartları içerisinde azımsanmayacak derecede kıymetli âlimler yetişmeye devam etmiştir.

Doğu medreseleri bölgenin dinî, siyasî, ahlakî ve içtimaî yapılanmasında uzunca bir zaman diliminde önemli rol oynamıştır. İslam dünyasında kabul görmüş eserler bırakan âlimler yetiştirmiş olan bu medreseler, son bir kaç asırdır genelde müslüman coğrafyanın, özelde de bölgenin inanç yönünden geçirmekte olduğu büyük sarsıntıları, sosyal yapılanma açısından uğradığı köklü değişimleri ve tarihin kaydettiği büyük sosyo-ekonomik gelişmeleri ya fark edemedi veya yeterli kadar okuyamadı. Bunun sonucunda da bu medreseler, kendisini yeni gelişmelere ve meydan okumalara karşı yeterince yenileyemedi. Sonuçta aleyhinde gelişen olumsuz şartlara yenik düştü. Belki imkansızlıklar yüzünden, belki de yeni bir yapılanma ve iyi bir düzenleme yapılamadığından doğu medreselerinin yetiştirdiği âlimlerin büyük bir kısmı, bilgilerini yazıya dökemedikleri için beraberlerinde

2 Medrese geleneği güçlü olan Nehri, Tillo (Aydınlar), Norşin (Güroymak), Ohin (Koyunlu), Hizan, Arvas, Serr dahl (Bağlarbaşı), Basret, Dırşev, Hazne medreseleri buna örnek verilebilir. Bk. Memduhoğlu, Adnan, “Geçmişten Günümüze Tillo Medreseleri”, *Medrese Geleneği ve Modernleşme Sürecinde Medreseler Uluslararası Sempozyumu*, Muş 2013, II, 135-151.

götürdüler.³ Ancak kıt imkanlara ve her türlü olumsuz koşullara rağmen geriye ilim dünyasının ciddi manada istifade edebileceği eserler bırakanları da olmuştur. Bu zâtlardan birisi de yakın tarihimizde yaşamış olan Molla Hüseyin Küçük'dür.

Molla Hüseyin Küçük, doğu medrese geleneği içinden çıkmış bir ilmi şahsiyet olarak yetiştirdiği talebelerle, yazdığı eserlerle ve İslamî yaşantısıyla bölge insanı ve uleması nezdinde iz bırakmıştır. Farklı alanlarda geniş bilgiye sahip olan Molla Hüseyin başta sarf, nahiv, belâgat, tecvid ve mantık olmak üzere fıkıhtan hadise, kelâmdan hikmete, tefsirden tarihe kadar birçok alanda dersler verdi, eserler yazdı. Ayrıca sohbet ve vaazları ile bölge halkının İslami şuur kazanmasına yardımcı oldu. Onun geriye bırakmış olduğu eserlerden ve bazı kaynak eserlere yaptığı haşiyelerin içeriklerinden ciddi birikime ve geniş bir ilmî kapasiteye sahip olduğu anlaşılmaktadır.

I. MOLLA HÜSEYİN KÜÇÜK'ÜN HAYATI

A. Adı ve Lakabı

Molla Hüseyin, “Arşiv Belgelerinde Son Devir Diyarbekir Uleması” adlı kitapta aktarıldığına göre, Osmanlı dönemine ait sicili ahval arşivlerinde yer alan bir yazıda şöyle demektedir: “İsmim, Hüseyin; mahlasım Fehmi, pederimin ismi: Abdullah; mahlası: Rahmi, her ikimiz de isimimizle yad olunuruz.”⁴ Bazı eserlerinde kendisi “Ebû Muhammed” künyesini kullanmıştır.

Molla Hüseyin'in diğer bir lakabı, Cizre'de okurken hocası tarafından kendisine verilmiştir. Okuduğu medresede Hüseyin adında bir talebe daha bulunduğundan, hocası kendisini küçük anlamına gelen “Hüseyin-i kiçik” diye isimlendirmiştir. Kiçik, Cizre'de küçük kelimesi anlamında kullanılmaktadır. Soyadı kanunu çıktıktan sonra Molla Hüseyin, Küçük soyadını alır ve halk arasında onunla tanınır hale gelir. Medresede ders vermeye başladıktan sonra ise, şark medrese geleneğinde büyük hoca/âlim anlamına gelen Seyda lakabıyla çağrılır olur.⁵

B. Doğumu ve Ailesi

Hicri 1290 / 1871 yılında Cizre yakınlarındaki Deştadahl köyünde dünyaya gelen Molla Hüseyin'in babası Abdullah, annesi Ayşe Hanımdır. Henüz süt emen bir bebekken annesini, üç yaşlarında iken de babasını kaybetmiştir. Kayıtlarda babasının hafız ve Fukaha-yı Şafiiyyeden olduğu ifade edilmektedir.⁶

3 Çiçek, Halil, Batmanlı Şeyh Fahreddin'in Arabi İlimlerdeki Yeri ve Eserleri, *I. Uluslararası Batman ve Çevresi Tarihi ve Kültürü Sempozyumu*, Batman 2008, s. 388 vd.

4 Korkusuz, *Arşiv Belgelerinde Son Devir Diyarbekir Uleması*, İstanbul 1996, s. 34.

5 Çiçek, “Seyda Molla Hüseyin Küçük'ün Hayatı ve İlmi Kişiliği”, *Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi*, Sayı II, Diyarbakır 2009, s. 124.

6 Korkusuz, s. 34.

Molla Hüseyin'in çocukluğu ve gençliği ilmi bir ortamda geçmiştir. Belli bir olgunluğa eriştikten sonra önce Meryem Hanımla sonrasında da dayısının kızı Şerife Hanım'la evlenir. Şerife Hanım bir sene sonra vefat eder. Bundan sonra da Kudret Hanım ile evlenir. Bu evliliklerinden toplam yirmi dört çocuğu olur.⁷

C. İlim Tahsili ve Görevi

Babası ölüm döşegindeyken Molla Hüseyin'in dayısını çağırıp, vefatından sonra çocuğuna dinî ilimleri tahsil etmesi konusunda yardımcı olmasını rica eder. Dayısı da Abdullah Bey'e vermiş olduğu söz üzerine, okutması için köy imamına teslim eder. Molla Hüseyin o vakit beş veya altı yaşlarındadır.

Bir ara köydeki hayvanlara çobanlık etse de, medresedeki tahsiline tekrar geri döner. Bu şekilde ilk tahsiline doğduğu yerde başlayan Molla Hüseyin, daha sonra doğudaki bazı medreseleri dolaşarak birçok âlimden dersler alır.⁸

Önce Cizre'ye gider. Orada birçok medresede kısa aralıklarla kalır. Daha sonra Van'ın Bahçesaray ilçesine bağlı Bidâr köyüne gider ve Şeyh Abdullah el-Bidârî'den ders alır. Mollâ Câmî'nin "el-Fevâidu'd-Diyâiyye" isimli kitabını bitirinceye kadar burada kalır. Medresede kalan öğrenciler akşam erkenden yattıkları halde Molla Hüseyin onlarla beraber hemen yatmaz, medresenin yakınındaki kulübede çıra ateşinin ışığında derslerini ezberlemeye ve mütalaya çalışırdı.

Molla Hüseyin, Bidâr köyünden sonra Siirt'e gider. Doğuda meşhur Molla Halil Siirdî'nin oğlu Molla Mustafâ'dan ders almaya başlar. Bir süre sonra hocası vefat eder. Bunun üzerine Molla Halil'in torunu olan Molla Hamid'in yanında eğitimine devam eder. Bu esnada "el-Fevâidu'd-Diyâiyye" üzerine yapılmış "Abdulğafûr", "Siyâlkûti" ve "Ussâm" a ait hâşiyeleri ve Mantık ilmiyle ilgili "Kavlu Ahmed" adlı kitabı okur.

Siirt'ten sonra Bitlis'e gider ve orada Şeyh Fethullâh el-Verkânsî'den "Şerhuş-Şemsiyye" ve "Muhtasaru'l-me'ânî" adlı eserleri okur. Şeyh Fethullah el-Verkânsî'nin ölümünden sonra Silvan'a geri gelir ve Müftü Molla Ahmed Hamdî'nin yanında okumaya başlar. Nihayet klasik medrese usûlü üzere bütün sıra kitaplarını bitirir ve Molla Ahmed Hamdî'den ilmi icazetini alır.

Arapça sarf, nahiv, belâğat, mantık, fıkıh, akâid, tefsir, hadis ve tasavvuf gibi ilim dallarında iyi bir eğitim gören Molla Hüseyin, Diyarbakır'a bağlı Silvan (Far-

7 Molla Hüseyin hakkındaki bu bilgiler Mehmet Çiçek tarafından oğlu Molla Mehdi ve torunu Hüseyin Küçük ile yapılan bir mülakattan alınmıştır. Bkz. Çiçek, Seyda Molla Hüseyin Küçük, s. 124 vd.

8 Medrese eğitimi konusunda bkz. Nebi Bozkurt, "Medrese" *DİA*, İstanbul 2003, XXVIII, 324; M. Edip Çağmar, "Siirt ve Çevresindeki Medreselerde Eğitim", *Uluslararası Siirt Sempozyumu*, Siirt 2007, s. 669- 681; Memduhoğlu, Adnan, "Türkiyede Din Eğitimi Veren Kurumlarda Klasik Medrese Arapça Müfredatından Yararlanma İmkânları ve Bazı Öneriler", *İlahiyat ve Medrese Kavşığında İslâmî İlimler Uluslararası Sempozyumu*, Bingöl 2013, I, 489-497.

kin) kazasına yerleşir ve müderris olarak ders vermeye başlar. İlk iş olarak burada bir cami inşa eder. Daha sonra caminin yanına bir medrese de yaptırır. Burada talebelere ders okutmanın yanı sıra ilmi eserler yazar. Kendisine fıkhi konularda soru sormaya gelen bölge halkına fetvalar verir, sorunlarını çözmeye ve yol göstermeye çalışır. Kırk yıldan fazla yürütmüş olduğu bu hizmetleri hep fahri olarak sürdürür. Osmanlı devleti zamanında girmiş olduğu müderrislik sınavında başarılı olur ve kısa bir süre de olsa resmi olarak görevini ifa eder.

Molla Hüseyin'in başta fıkıh olmak üzere ilmî konulardaki yetkinliği, eserlerinde olduğu kadar sosyal hayattaki çözümlemeci kişiliğiyle de öne çıkmaktadır. Doğuda halk, yakın tarihe kadar karşılaştıkları meseleleri genelde mahkeme yoluyla değil, dinî inançları gereği, aldıkları fetvalara göre çözmeyi tercih ediyordu. Bu çözüm şekli, hem daha pratik oluyor hem de dini inançlarına ters düşmediği için kendileri de vicdanen rahat oluyorlardı. Karşılaşılan mesele bir kaç kişiyi ilgilendiriyor ve anlaşmazlık konusu oluyorsa taraflar, tanınmış bir fıkıh âlimine başvuruyor ve onun vereceği hükme göre amel ediyorlardı. Anlaşmazlıkları konusunda din âlimlerine başvurmayanlar ya da başvurduktan sonra onun verdiği fetvayı kabul etmeyenler, halk arasında yadırganıyordu. Başvurdukları âlimden fıkhi hükmü öğrenen halk, alimin verdiği hükmü/fetvayı, genelde kendisinden yazılı olarak istiyor ve gerek başka âlimlerden gerekse halk kesiminden vuku bulacak olası bir itiraza karşı bu yazılı belgeyi ibraz ediyorlardı. Bu durum, aynı zamanda âlimlerin de hüküm verme konusunda daha titiz davranmalarını ve daha ciddi araştırma yaparak hükümlerini sağlam delillere dayandırmalarını sağlıyordu.

İşte Molla Hüseyin de, halkın başvurduğu ve sözünü delil kabul ettiği bu âlimlerden birisi idi. Yazdığı eserlerden de anlaşıldığı üzere hemen bütün İslamî ilimlerde derin bilgiye sahip olan Molla Hüseyin, özellikle Fıkıh ilmi konusunda geniş malumat sahibi idi. Dolayısıyla kendisinin bulunduğu ve aynı zamanda tedrisat yaptığı cami ve medrese, adeta bir fetva ve uzlaşma merkezi idi. Çeşitli konularda anlaşmazlığa düşen yöre halkı, ilmî ve takvasına güvendikleri Molla Hüseyin'e başvurarak hem anlaşmazlık konusu olan meselenin fikhî hükmünü öğreniyor hem de onu hakem kabul edip sunduğu çözüm önerisi ile uzlaşıyorlardı. Ayrıca sadece halk tabakası değil, çevre şehir ve komşu ülkelerden âlimler, içinden çıkmadıkları fikhî meseleleri Molla Hüseyin'e yöneltiyor cevaplarını alıyorlardı. Sözlü ve yazılı olarak vermiş olduğu bu fetvalar, o günkü toplumun gündelik hayatına olduğu kadar, medrese âlimleri arasındaki bilgi alışverişi ile fetva yöntemine de ışık tutmaktadır.⁹

9 Ünalın, Molla Fahrettin Batmanî'nin İlmi, Tasavvufi ve Sosyal Faaliyetleri, *I. Uluslararası Batman ve Çevresi Tarihi ve Kültürü Sempozyumu*, Batman 2008, s. 356; aynı müellif, "Molla Fahrettin Batmanî ve İlmi Kişiliği", *İbrahim Hakkı ve Siirt Uleması Sempozyumu Bildirileri*, İstanbul 2008, s. 501-520.

D. Hocaları

Molla Hüseyin, Cizre’de başlayan ilim yolculuğundan itibaren tahsil hayatı boyunca birçok âlimden ders almıştır. Cizre’den sonra gittiği Bahçesaray’ın Bidâr köyünde **Şeyh Abdullah el-Bidârî**, Siirt’te Molla Halil’in¹⁰ oğlu **Molla Mustafâ** ve Molla Halil’in torunu **Molla Hamid** ders aldığı âlimlerden bazılarıdır. Onun yetişmesinde emeği geçen hocalar arasında Şeyh Fethullah el-Verkânsî ve Silvan Müftüsü Molla Ahmed Hamdî’nin ayrı bir yeri olmuştur.

Şeyh Fethullah el-Verkânsî, Siirt’in Minar nâhiyesine bağlı Verkanis köyünde doğmuş, 1317/1899 tarihinde Bitlis’te vefât etmiştir. Kabri, Bitlis vilâyet merkezindeki türbesindedir. Fethullah-ı Verkânsî, “Seydâ” ve “Üstâd-ı âzâm” isimleriyle meşhur olan Abdurrahmân Tâhî’nin halifelerinden olup Adâbu’t-tarîkatî-nakşebendiye, ed-Dureru’n-nahviyye, Elfazu’l-küfür ve el-Mektûbât adlı eserleri bulunmaktadır.

Silvan Müftüsü Molla Ahmed Hamdî (ö. 1327/1909) ise Osmanlı’nın son dönemlerinde yaşamış ve Silvan’da müftülük yapmış ilmi bir şahsiyettir. Molla Hüseyin Küçük, medrese icazetini kendisinden almıştır. Silvan müftülerinden M. Yakup ve Hazrolu M. Ali, Molla Ahmed Hamdî’nin yanında yetişen talebelere bazılarıdır.¹¹

E. Talebeleri

Doğu medreselerinin Osmanlı’nın son dönemleri ile cumhuriyet sonrası dönemde yetiştirdiği en gözde âlimlerinden olan Molla Hüseyin Küçük’ün rahle-i tedrisinden geçen çok sayıda âlim sayılabilir. Bu zatlar, bütün şartların medrese aleyhinde geliştiği, araştırma ruhunun yok olduğu, Arapça dışındaki İslamî ilimlerin kenara itildiği bir dönemde, sanki bu olumsuz şartlardan hiç etkilenmemiş gibi, alışılmışın dışında araştırmacı bir ruhla işe sarılmış ve İslamî ilimler alanında hatırı sayılır eserler bırakmışlardır.

Molla Hüseyin Küçük’ün çok sayıda talebe okuttuğu ve ilmi icâzet verdiği bilinmektedir. Ondan icâzet alarak medreseden mezun olan öğrencilerin çoğu, hocaları gibi kendileri de medrese tedrisatına devam etmiş ve çok iyi âlimler yetiştirmişlerdir. Molla Hüseyin Küçük’ün yetiştirmiş olduğu talebelere bazıları şunlardır:

Molla Hasan Tilmizî: Bölgede iyi tanınan, âlim, fakîh ve mutasavvıf bir şahsiyet olan Molla Hasan Tilmizî, Molla Hüseyin-i Kiçik’in gözde talebeleri arasında

10 Molla Halil Siirdî’nin hayatı hakkında bkz. Ziriklî, *el-Âlâm*, trz., II/317; Kehhâle, Ömer Rızâ, *Mu’cemü’l-müellifîn*, Dimaşk 1377/1057, IV/117; Bağdatlı İsmâil Paşa, *Hediyetü’l-Ârifîn*, İstanbul 1951/188. Ayrıca fıkhi ve kelâmî yönü hakkında bkz.: Memduhoğlu, Adnan, “Molla Halil es- Siirdî ve Usûlü’l-Fıkh Adlı Yazma Eseri”, *Uluslararası İbrahim Hakkı ve Siirt Uleması Sempozyumu*, İstanbul 2008, s. 293-316; ed-Dusuki, Ali Nebi Salih, *el-Molla Halil es-Siirdî ve Menhacuhu fi İsbati’l-Akaidi’l- İslamiyyeti Min Hilal Menzumatihî Nehcu’l-Enam*, Daru Spirez, Erbil, 2007, s. 3-73.

11 Çağmar, “Siirt ve Çevresindeki Medreselerde Eğitim”, s. 672.

yer alır. Yetiştirdiği dönem itibariyle Molla Hüseyin Küçük'e talebe olmak ve özellikle de ondan ilmi icazet almak ilim çevrelerince büyük bir iftihar vesilesi sayılmakta idi. Molla Hasan Tilmizî de, hocası Molla Hüseyin gibi bölgede şöhrete kavuşmuştu. Onun da tıpkı hocası gibi yetiştirdiği çok sayıda talebesi oldu. Molla Fahrettin Yıldız (Arnasî/Batmânî) bunlardan birisidir.¹²

Ahmed Haznevî: Molla Hüseyin Küçük'ün yanında yetişen ve kendisinden ilmî icazet alan önemli bir talebesi de Ahmed Haznevî'dir. Babası Hoca Murâd olup, Mardin ilinin İdil (Şırnak il olduktan sonra, Şırnak'a bağlanmıştır.) ilçesine bağlı Banihe köyündendir. Suriye'nin Kamışlı kazâsına bağlı Hızna/Hazne köyünde doğduğu için Haznevî nisbesiyle anıldı. 1949 (H. 1369) senesi Suriye'de Kamışlı kazâsına bağlı Telma'rûf köyünde vefât etti. Kabri oradadır.¹³

Müftü Ahmet Meylani de Molla Hüseyin Küçük'ün yanında yetişmiştir. Miladi 1913 yılında Diyarbakır'ın Lice ilçesinde dünyaya gelen Ahmet Meylani'nin babası, zamanın tanınmış ulemasından Abdullah Vehbi Efendi'dir. Müftülük sınavını kazandıktan sonra muhtelif yerlerde bu görevi deruhte etmiştir. Diyanet İşleri Başkanlığınca davet edilmiş ve merkez teşkilatında Arapça ve Osmanlıca metinlerin müsahhihi olarak görevlendirilmiştir. Ahmet Meylani, çevresinde Arabi ilimlerle, fıkıh, tefsir ve hadis ilimleri sahasında yetkin bir din adamı olarak temayüz etmiş ve çok sayıda âlim yetiştirmiştir.¹⁴

Molla Hüseyin Küçük'ün yetiştirdiği bir başka talebesi **Molla Zahir Tendürek**'tir. Asıl adı Abduzzahir'dir. Babası Nimetullah bin Mir Mustafadır. Muş iline bağlı Malazgirt ilçesinin Kanıkork köyünde 1882 yılında dünyaya gelmiştir. On sekiz yaşlarında iken okumaya karar verir ve Silvan'a giderek dönemin bölgedeki en meşhur âlimlerinden biri kabul edilen Molla Hüseyin Küçük'ün yanında ilim tahsil eder. 1966'da vefat eden Molla Abduzzahir'in mezarı Muş ilinin Malazgirt ilçesine bağlı Tendürek Köyü'ndedir.

Molla Hüseyin Küçük'ün yetiştirdiği diğer bazı öğrencileri şunlardır: **Molla Abdullah Koğî, Seyday-ı Hacı Fettah, Molla Abdurrahman el-Hadravî, Seyyid**

-
- 12 Molla Fahrettin Batmânî, 1328/1910 yılında, Mardin iline bağlı Midyat ilçesinin Arnas köyünde doğdu. 1 Şubat 1972'de vefat etti ve Batman'ın Korik köyünde defnedildi. Çoğu hayattayken basılan eserleri arasında şunlar zikredilebilir: 1. *İsâgucî* (Dımaşk 1382/1963; İstanbul 2008). 2. *Risâletü'l-vaz'* (İsâgucî ile birlikte basılmıştır). 3. *el-İstinâre fî 'ilmi'l-isti'âre* (Dımaşk 1385/1965; İstanbul 2007). 4. *Cuma Risâlesi*. Müellifin tek Türkçe eseridir (Batman 1972). 5. *Keşfü'l-gıta' Hâşiyetü İmtihâni'l-ekziyâ'* (İstanbul 2005). 6. *el-İ'tisâm Hâşiyetü Şerhi'l-'İsâm 'ale'l-Feride fî'l-beyân* (İstanbul 2006). 7. *et-Tersif fî 'ilmi'l-tasrif* (Dımaşk, ts.; İstanbul 2008). 8. *Dürretü's-sade' fî beyânî asnâfi'l-harf* (Dımaşk, ts.; İstanbul 2008). 9. *Miftâhu'l-cenne fî ezkâri'l-Kitâb ve's-Sünne* (Dımaşk, ts.) Eser ayrıca Niyazi Bekî tarafından Türkçe'ye çevrilerek aslıyla birlikte basılmıştır (İstanbul 2011). 10. *el-Kavlû's-sedit fî beyânî hükmi's-sayd bi'l-bündükati'l-müttehaze mine'l-hadîd* (Dımaşk, ts.). 11. *Zülfikarü'l-Hayderî fî'd-difâ' 'aniş-Şeyh Seydâ el-Cezeri* (Yazma nüshası Abdürrahim Yıldız'ın özel kitaplığında mevcuttur) Hayatı ve eserleri konusunda geniş bilgi için bk. **M. Halil Çiçek**, "Fahrettin Yıldız", *DİA*, XXXIII, 539; Abdülkerim Ünalın, "Molla Fahrettin Batmânî", s. 501-520.
- 13 Çağlayan, *Şark Uleması*, İstanbul 1996, s. 90; Şeyh Alâeddin Haznevî, *Hazret ve Şah-ı Hazne*, Derleyen: Abdullah Demiray, Semerkant y. İstanbul 2012, s. 16 vd.; Şeyh Muhammed Diyauddin, Şeyh Ahmed El-Haznevî, *Mektubat*, Tercüme; Hasib Seven, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1977, s. 249.
- 14 Çiçek, *a.g.e.*, s. 131-132.

Abdurrahman el-İs'irdî, Silvanlı Şeyh Muhammed Bizvânî, Molla İbrâhîm et-Tanîrî, Abdulkadir Efendî, Şeyh Abdurrahman Arbûyi, Ali Arslan (yazar), Seyyid Ali Findikî, Abdurrahman Efe, Silvan kadısı Hanili Abdulkadir Efendi.¹⁵

F. Vefatı

Molla Hüseyin Küçük, Hicri 1375, miladi 1955 yılında Hakkın rahmetine kavuşmuş, Silvan'da Şeyh Halil Mezarlığı'na defnedilmiştir.

G. Ahlâki Kişiliği

Zâhidane bir hayat yaşayan Molla Hüseyin, tasavvufta evvela Şeyh Abdulkadir Hezani'ye intisap eder. Onun vefatından sonra da Norşin'e gider ve Şeyh Abdurrahman et-Tâhî'nin oğlu, Hazret lakabıyla meşhur Muhammed Diyâuddin'e (1272/1856-1342/1923/24) intisap eder.¹⁶

Hazret kendisine "sen ilim ve tedrisatla meşgul ol" deyince irşâd hizmetinden çok ilim faaliyetlerine kendisini vakfeder. Hacca giderken Beyrut'ta meşhur Kâdî Yûsuf b. İsmâîl b. Yûsuf eş-Şâfiî en-Nebhânî (1849-1932) ile görüşür ve ondan ilmî ve tasavvûfî icazet alır. Molla Hüseyin'in kendisinden tasavvufî icazet aldığı diğer bir şahıs İtalyanların Libya'yı işgal etmesinden sonra Diyarbakır'a gelen Senûsî Şeyhi'dir.¹⁷

Hayatı boyunca ilimle ve irşadla meşgul olan Molla Hüseyin, ahlâken kendisine Peygamber Efendimiz (s.a.s.)'i örnek almış, Kur'an ahlakî ile ahlaklanan Allah'ın salih kullarından biri olmaya gayret göstermiştir. O bu özelliği ile başta ulemâ olmak üzere bölge halkı nezdinde takdir görmüş ve her zaman örnek gösterilmiştir.

İlmî şahsiyeti kadar ibâdetlerdeki titizliği ve güzel ahlâkıyla da dikkat çekmiş, hayatı boyunca etrafındaki insanlara durmadan İslâm dininin emir ve yasaklarını anlatmıştır. Molla Hüseyin, çevre halkı kadar talebeleri tarafından da çok sevilmiştir. Bu sevginin bir göstergesi olarak vefatından sonra talebeleri tarafından kendisi hakkında pek çok methiye kaleme alınmıştır.

İ. Eserleri

Doğu medrselerinde yetişen son dönem ulemâsı, genellikle sadece tedrisatla meşgul olup eser yazmazken, Molla Hüseyin bu genel uygulamanın aksine tedrisatla birlikte birçok ilim dalında eser yazarak daha sonraki nesillere de kalıcı bir miras bırakmıştır.

15 Çağlayan, *Şark Uleması*, s. 298.

16 Hayatları hakkında bk. Törehan, Serdar M., *Bitlis 1915-16 Tehcir, Göç, İşgal ve Kurtuluş*, Uğurel Matbaası, Bitlis 2007, s. 254 vd.; Şeyh Alâeddin Haznevi, *Hazret ve Şah-ı Hazne*, s. 16 vd.; Korkusuz, *Nehri'den Hazne'ye Meşayihî Nakşibendî*, Kilim Matbaacılık, İstanbul 2010, s. 225; Şeyh Muhammed Diyâuddin, *Mektubat*, s. 249.

17 Çiçek, Mehmet, *a.g.e.*, s. 135.

İslamî kaynaklara ulaşma hususunda Arabî ilimlerin sahip olduğu anahtar konumu sebebiyle bu medreselerde Arap Dili ve Edebiyatı ilimlerinin ayrı bir önem taşıdığı daha önceden de ifade edilmişti. Hoca ve öğrenciler, bu ilimlerde gösterdikleri performans nispetinde medrese çevrelerinde itibar ve güven kazanırlardı. Bundan ötürü Molla Hüseyin de telif ettiği eserlerde Arap Dili ve Edebiyatı ilimlerine daha fazla önem vermiştir. Yazmış olduğu eserlere bakıldığında onun medreselerde çözülmesi ve anlaşılması zor kabul edilen konu ve eserlerle daha çok ilgilediği anlaşılmaktadır. Bu konularda ya eser yazmış veya anlaşılması zor olan eserleri şerh ve haşiyelerle açıklamaya çalışmıştır.

Arapçanın dil olarak kendisine mahsus yapısından ve İslâmî eserlerin de kendilerine mahsus özel durumlarından ötürü şerh ve haşiye alışkanlığı medrese geleceğinde önemli bir yer tutmuştur. Bu hususla alakalı olarak tarihî süreç içerisinde bazı lüzumsuz çalışmalar yapıldığı ve kimi zaman emek israfına varan düzeyde aşırı gidildiği iddia edilmişse de şerh ve haşiyelerin ilim hayatına ciddi katkılar sağladığı göz ardı edilemez bir gerçektir. Yapılan bu şerh ve haşiyelerin kimilerinin ibare çözümünü amaçlı, kimilerinin de bilgi katkı amaçlı olduğu görülmektedir.¹⁸ Molla Hüseyin'in yapmış olduğu haşiyeler hem çözüm hem de bilgi amaçlıdır. Haşiyelerinde açıklamış olduğu ibarelerle alakalı pek ince nükteler yakalamış, farklı espriler tespit etmiş, faydalı bilgiler tescil etmiş olan Molla Hüseyin, bütün bunları gayet rahat anlaşılabilen tekellüfsüz bir dille ifade etmeyi de başarmıştır.

Molla Hüseyin'in telif etmiş olduğu eserler ve yapmış olduğu bu şerh ve haşiyelerden malesef sadece bir kısmı günümüze ulaşabilmiştir:¹⁹

El-Kavlu'l-Mevsûk.²⁰ Bu eserin tam ismi; "el-Kavlu'l-Mevsûk fî Cevâbi Tenkidâtı Mufti Çermûk"tur. 92 sayfadan oluşan bu kitabın sonunda esere ilave edilen 12 sayfalık bir bölüm daha mevcuttur. Molla Hüseyin Küçük'ün, çağdaşı olan Çermik müftüsünün tasavvufu alakalı eleştirilerine vermiş olduğu cevaplarıdır. Çermik müftüsüne kendi üslubuna denk bir üslupla cevap vermeye çalıştığı için onun nazım halinde ileri sürdüğü iddialara Molla Hüseyin de bu eserde manzum olarak cevap vermektedir. Meseleleri değerlendirirken önce konuyu edebi bir dil kullanarak genellikle bir veya iki beyitle şiir şeklinde ifade etmekte, sonrasında da onu nesir olarak açıklamaktadır.

Şerhu'l-Verdeti'n-Naddâre fi'l-Mecâzi ve'l-İsti'âre. Bu eser, isminden de anlaşılacağı üzere "el-Verdeti'n-naddâre" adlı eserin şerhidir. Mahtût olup 88 sayfadan oluşmaktadır. Belâgat ilminin konularından olan teşbîh, isti'âre ve kinaye hakkında kısa ve öz bilgiler verilmektedir.

18 Çiçek, Halil, *a.g.e.*, s. 389 vd.

19 Günümüze ulaşan bazı el yazma eserleri aile efrâdı yanında muhafaza edilmektedir.

20 Molla Hüseyin Küçük, *el-Kavlu'l-Mevsuk fî Cevabi Tenkidati Mufti Cermuk*, ofset, baskı yeri yok, trz.

Fethu'l-Celil.²¹ Kitabın tam ismi, “Fethu'l-Celil ‘alâ ma’fuvvât”tır.²² 1973’te İstanbul’da basılan kitap 127 sayfadan oluşmaktadır. Molla Halil es-Siirdi’nin Ma’fuvvat adlı eserinin şerhidir. Molla Halil, Ma’fuvvât’ta, kıyasa göre yasak olması beklenen şeylerin, şer’an kabul edilebilen bir durumdan dolayı caiz görüleceği durumları 38 madde halinde anlatmaktadır. Molla Hüseyin kitabında, Molla Halil’in Ma’fuvvât’da yazmış olduğu bu 38 maddeyi kelime kelime şerhetmiş ve şöyle bir yöntem izlemiştir: öncelikle Molla Halil’in ibarelerinde geçen lügavî kelimelerin zabtını/okunuş biçimini, varsa farklı versiyonlarını ve sözlük anlamlarını verir. Konularla ilgili âyet ve hadislerden deliller getirir. İsrâiliyat kaynaklı hikâyelere mesafeli yaklaşır. el-Ümm ve el-Mecmu’ gibi Şafii Mezhebî’nin temel kaynaklarından faydalanır. Bu özelliklerinden ötürü kitap Şafii ulemâsı tarafından hayli itibar görmektedir.

Bunların dışında Molla Hüseyin’in **Usûlu’l-verakat**, **Fetvalar** ve **Beyitler** gibi küçük **risaleler** halinde başka el yazma eserleri de mevcuttur.

II. EL-EMVÂL RİSALESİ

Tahkikini yaptığımız bu eser, Arapça istinsah edilmiş olup, fıkıh ilmine dairdir. Halen Molla Hüseyin ailesinde mevcut olan tek nüsha, kendi hattı ile yazılmış olan müellif nüshasıdır. Bu nüsha Molla Halil Siirdi ailesine mensup Hamit Sevgili Hoca vasıtasıyla temin edilmiştir.

Araştırmalarımız neticesinde eserin müellife ait aile kütüphanesinde bulunan ve çocukları ile torunları tarafından muhafaza edilen bu nüshası dışında başka nüshasına rastlayamadık.²³

7 varaktan oluşan risalede her varaktaki satır sayısı 12 ile 15 arasında değişmektedir. Risalede, metin haricinde herhangi bir ilave zeyl, ta’lik, hâşiye bulunmamaktadır.

Üzerinde herhangi bir tarih kaydına rastlanmayan risalede ferağ kaydında şu ifadeler geçmektedir: “el-fakîr, el-hakîr, vâiz kazâ-i Silvan, Hüseyin Küçük, ‘ufiye ‘anhu ve ‘an vâlideyhi ve ‘an cemî’îl-müslimîn, âmîn”²⁴

21 Molla Hüseyin Küçük, *Fethu'l-celil Şerhu Ma'fuvvati Molla Halil*, İstanbul 1973.

22 Molla Hüseyin, önsözde eseri şu şekilde tanıtmaktadır: “...Bu, üstad Mevlana Molla Halil es-Siirdi’nin Ma’fuvvat adlı eserine yazdığım kitaptır. Allah onu Gufranı ile kuşatsın. Bu kitap, Molla Halil’in Ma’fuvvatının şerhi olup, ismini Fethul Celil olarak adlandırdım. Kardeşlerimden ricam, buna kabul gözüyle bakmalarıdır. Allah’tan isteğim bunun acilen fayda vermesi ve beni ahirette sevabından mahrum bırakmamasıdır. Bismillahirrahmanirrahim.....”

23 Müellifin günümüze ulaşan bu risalesi ve diğer eserlerini muhafaza eden Molla Hüseyin ailesi, Diyarbakır ve Silvan ilçesinde ikamet etmektedir. Türkiye’nin değişik yerlerine göç etmiş akrabaları da bulunmaktadır.

24 Bkz. Molla Hüseyin Küçük, *el-Emvâl*, vrk 7a.

El-Emvâl Risâlesi, Molla Hüseyin'in fihhi açıdan mallar²⁵ konusunu ele aldığı, özellikle bu alandaki Şafiî temel kaynaklarından nakiller yaptıktan sonra konuyla ilgili kendi değerlendirmelerini ortaya koyduğu bir çalışmasıdır.

Müellif ele aldığı konularla alakalı İbn Hacer el-Heytemî (ö. 974/1567)'nin "Tuhfetu'l-Muhtac bi Şerhi'l-Minhâc";²⁶ Hatib Şirbînî (ö. 977/1570)'nin "el-İknâ' fî Halli Elfâzi Ebi Şucâ";²⁷ Süleyman bin Muhammed bin Ömer el-Buceyrimî (ö. 1221/1806)'nin "Tuhfetu'l-Habîb 'ale Şerhi'l-Hatib";²⁸ Süleyman bin Ömer el-Uceylî el-Ezherî el-Cemel (ö. 1204/1790)'in "Hâşiyetu'l-Cemel 'ala Şerhi'l-Menhec";²⁹ Hücetü'l-İslâm Muhammed Gazâlî (ö. 505/1111)'nin "İhyâ-i Ulumiddîn"³⁰ adlı eserleri ile Abdullah bin Hicâzî el-Ezherî eş-Şarkâvî (ö. 1227/1812),³¹ Hasan bin Ali el-Medabiğî (ö. 1170/1756)³² ve Abdullah bin Abdulber el-Echûrî (ö. 1070/1660)³³den alıntılar yaparak meseleyi izah eder.

Müellifin temel kaynakları kullanma konusundaki vukufiyeti ve kaynaklara yaptığı atıfların mevsukiyeti tamdır. Nakilleri bazen aynen, bazen de kısmi tasarrufla bulunarak yapmıştır. Şayet yaptığı nakilde, ibâreyi aynen almayıp tasarrufla bulunmuşsa buna mutlaka değinmiştir.

Fıkıh âlimleri malları özelliklerine göre; mütekavvim-gayr-i mütekavvim, menkul-gayr-i menkul, mislî-kıyemî, tüketime elverişli olan veya yalnız kullanılmaya elverişli bulunan mallar gibi kısımlara ayırırlar. Bu eserde ise müellif, mal konusunu daha çok helal ve haram açısından ele almakta ve bununla alakalı kayıp mallar, mütevellisi olmayan vakıf malları ile beytü'l-mal konularına değinmektedir.

El-Emvâl Risâlesi, hamdele ve salvele ile başlamaktadır. Molla Hüseyin eserinin başında, mallarla alakalı yapmış olduğu taksimatın birinci kısmında ilk olarak "işin erbâbı tarafından uygun görülecek şekilde sadece ihtiyaç miktarınca, yahut beytü'l-mâl olması hasebiyle istihkâk miktarınca alınması câiz olan ile haddizatında (alınması) haram olan mallar" üzerinde durmaktadır.

25 "Mal", Arapça bir kelime olup; servet, bir kimsenin sahip olduğu şey, menkul ve gayr-i menkul varlık demektir. Bu kelime önceleri altın ve gümüş cinsinden servetleri ifade ederken, kapsamı genişlemiş, menkul ve gayr-i menkul servetlerden maddî değeri olan her şeyi şümülüne almıştır. Çoğulu "emvâl"dir. (Hüseynî, İbn 'Abdirrazzak, *Tâcü'l-Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, Dâru'l-Hidaye, ty., XXX, 427; İbn Manzûr, Ebû'l-Fazl Cemalüddin Muhammed b. Mükerrrem (ö.711/1369), *Lisânu'l-Arab*, Dâru Sadr, Beyrut 1414 h., XI, 635). Mecelle, malı şöyle tarif etmiştir: "Mal, tab'-ı insânî mail olup da vakt-i hâcet için iddihar olunabilen şeydir ki menkule ve gayr-i menkule şamil olur." (Ali Haydar Efendi (ö. 1936), *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, Dâru'l-Cil, 1991, md. 126).

26 Bk. *el-Emvâl*, vrk 1a, 1b.

27 Bk. *el-Emvâl*, vrk 2a.

28 Bk. *el-Emvâl*, vrk 2a.

29 Bk. *el-Emvâl*, vrk 2a.

30 Bk. *el-Emvâl*, vrk 2a, 2b, 3a, 3b, 4a.

31 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 1b.

32 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 2a.

33 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 2a.

Müellif bu bölümde, zaruret durumlarında bu mallardan almanın, haram olmaktan çıkıp helal sayılacağıyla alakalı bir nakilde bulunur.³⁴ Müellifin Şarkâvi'den yaptığı alıntıda “ilim talebesi gibi, beytü'l-malde hak sahibi olan kimselerin sirkatle de olsa bu tür mallardan hakkını almasının caiz olduğunu” ifade etmesi ise hayli ilginçtir.³⁵

Risalede (varak 3a), Gazâlî'den yaptığı alıntıda müellif şunları kaydeder: “eğer halk ölmeyecek kadarıyla iktifa edip vakitlerini zâfiyetle geçirirlerse, o takdirde çalışmalar ve sanatlar dumûra uğrar. Aynı zamanda dünya da temelinden harap olur. Dünyanın harap olması durumunda dinin de harap olması sözkonusudur; çünkü dünya, ahiretin tarlasıdır. Hilâfet, kaza, siyaset, hatta fıkhnın birçok ahkâmının gâyesi; dünyanın maslahatını korumaktır. Dünya maslahatları sayesinde dinin maslahatları da korunmuş olur.³⁶

Müellife göre sahibinin izni olmaksızın başkasının mülkünde tasarruf etme salâhiyetine sultan dahi haiz değildir. Ona böyle bir tasarrufu, maslahattan başka bir sebep caiz kılamaz. Maslahat da şudur: Sultan, sarfetmediği takdirde mal zâyi olacaktır, Bu bakımdan mal, sultanın tasarruf edip mühim bir yere sarfetmesiyle zâyi olup gitme arasında bulunmaktadır. Mühim bir noktaya sarfedilmesi ise, zâyi olmasından daha iyi ve daha uygundur. O halde hüküm; malın mühim noktaya sarfedilmesine ric'at etmiştir.³⁷

Bundan sonra müellif, beytü'l-mâle intikal eden malların, haram ve helal açısından nasıl değerlendirileceği, kamu mallarının nerelerde harcanabileceği gibi konuları çeşitli misallerle açıklar. Ona göre müslüman idareciler kamu mallarını, maslahat neyi gerektiriyorsa o şekilde harcamalıdır. Örneğin eğitimle uğraşan hocaların maaşı, ilim tahsil eden talebe-i ulûmun masraflarını karşılamak gibi.³⁸

“Maslahat yönleri değişiktir. Zira sultan, bazen o mal ile bir köprü yapmayı maslahata uygun görür; bazen de İslâm ordusuna sarfetmeyi, ya da fakirlere dağıtmayı... Hülâsa sultan, maslahat neyi gerektiriyorsa onun etrafında dönüp dolaşmak mecburiyetindedir. Böylece bu gibi mallar hakkında fetva da maslahat noktası etrafındadır.”³⁹

Müellife göre zâyi olan ve toplumun yararına sarfedilen mallar hakkında düşünmek gerekir. Bu gibi malların ancak kendisinde umumî maslahat bulunan ve çalışmaktan âciz bulunduğundan ötürü muhtaç olan bir kimseye sarfedilmesi caizdir. Hz. Ömer'in bir sözünde, her müslümanın beytülmalde hakkı bulunduğuna işaret eden delil vardır. Fakat bununla beraber Hz. Ömer, bütün müslüman-

34 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 1a,1b.

35 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 1b.

36 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 3a.

37 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 3a,3b.

38 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 3b,4a.

39 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 3b,4a.

lara beytülmal'ı taksim etmiyordu. Aksine birtakım özel sıfat ve niteliklere sahip olanlara veriyordu. Bir zât ki, herhangi bir işle görevlendirildiğinde o görevi yerine getirir, onun faydası bütün müslümanların olur, bu zat nafakası için çalıştığı takdirde yüklendiği görevi yerine getiremeyecektir. İşte böyle kimse için, yetecek kadar beytülmal'de hak (maaş) vardır. Bütün ulemâ bu durumun içine dahildir. Ulemâdan gaye dinin maslahatlarıyla ilgili bulunan fıkıh, hâdis, tefsir ve kırâat gibi ilimleri bilenlerdir. Hatta muallimler, müezzinler ve bu ilimlerin öğrencileri de bu târifin içine girerler. Çünkü bu kimselerin nafakaları beytülmal'den karşılanmadığı takdirde ilmî gelişmeye imkân bulamazlar. Bir de bunun altına dünyanın maslahatları onların işlerine bağlı olan çalışanlar ('ummâl) da girer. Mesela memleketi kılıçlarıyla zâlimlerin ve İslâm düşmanlarının saldırganlıklarından koruyan askerler gibi. Din ve dünya işlerinde kendisine ihtiyaç olan herkes buna dahildir ve beytülmal'den yetecek kadar nafaka hakkına sahiptir. Zira beytülmal'in serveti müslümanların menfaat ve maslahatı içindir. Bu ise ya din veya dünya ile ilgilidir. Bu bakımdan âlimlerle din korunur askerlerle dünya korunur. Din ile idare ikizdirler. Birisi diğerinden müstağni değildir. Yani biri diğeriyle korunur.⁴⁰

Yapmış olduğu taksimat içerisinde, haram kategorisinde yer alan mallarda devletin kamu maslahatına uygun olarak tasarrufta bulunabileceğini savunan müellif, bu konuda hadislerden ve sahabe uygulamalarından deliller getirir.⁴¹

Müellife göre, sahibi belli olan mallarda temel ilke mülkiyetin dokunulmazlığı ilkesidir. Yani zaruri haller dışında, mal sahibinin rızası olmadıkça onun malı üzerinde başkaları tasarrufta bulunamaz. Ancak sahibi bulunmayan kayıp malar, beytül-malden sayılır. Bunlar tıpkı diğer kamu mallarında olduğu gibi, ancak kamu maslahatına uygun şekilde harcanabilir. Müellif, bu konuda Gazalî'den alıntı yapar ve aynı görüşü savunur.⁴²

İkinci kısım malları risalenin son bölümünde ele alan müellife göre, bazı mallar haddizatında helal kategorisinde sayılır ki bunlar sahibi belli olmayan ve beytül-malden sayılan kayıp mallar, beytül-mâle miras kalan mallar ve mütevellisi olmayan vakıf mallarıdır. Müstehak kimselerin bu nevi mallardan istihkâk miktarınca almaları ittifakla caiz görülmüştür.⁴³ Bundan sonra risâle, tıpkı başladığı gibi aynı şekilde hamdele ve salvele ile sona erer.

Tahkikini yaptığımız bu risâlede, tarafımızca âyetlerin yerleri gösterilmiş, hadislerin tahriri yapılmıştır. Atıf yapılan şahıs ve eserlerle ilgili olarak konuyla alakalı temel kaynaklardan kısa bilgiler verilmiştir.

40 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 4a,4b.

41 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 5b-6b.

42 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 3a-6b.

43 Bkz. *el-Emvâl*, vrk 7a.

SONUÇ

İslâm dünyasının Batı'dan gelen tesir ve değişimlere mâruz kaldığı bir dönemde yaşayan Molla Hüseyin, telif ve derleme türü çalışmalarıyla klasik ilim geleneğine hizmet etmeye gayret göstermiş bir âlimdir. Yazmış olduğu kitaplarda, selefın eserleriyle gelen kültür mirasını sahiplenip kitlelere yaymayı hedef edinmiş, yetiştirdiği talebeleriyle Doğu ve Güneydoğu bölgelerindeki medreselere ilmî açıdan önemli katkılar sağlamıştır.

Eserleri arasında El-Kavlu'l-Mevsûk, Şerhu'l-Verdeti'n-Naddâre fi'l-Mecâzi ve'l-İsti'âre, Fethu'l-Celil ve Usûl'ul- verekât ile tahkiki yapılan El-Emvâl gibi bazı küçük risâleleri günümüze ulaşmıştır. Bunların dışındaki bazı fetvaları genelde bir ihtiyaca binaen yazılmış ancak muhafaza edilmediğinden pek çoğu kaybolmuştur. Kendi döneminde vermiş olduğu bu fetvalar, bölge halkı nezdinde kabul görmüş, fıkıh alanındaki ünü bölge ülkelerine kadar yayılmıştır.

Onun el-Emvâl adlı risalesi fıkıh alanıyla ilgili olup, bu konuda özellikle Şâfi mezhebine ait temel kaynaklardan yapılan nakillerle beraber müellifin değerlendirmelerini ortaya koyduğu bir çalışmadır.

Tahkikini yaptığımız bu eser, Arapça istinsah edilmiş olup, tek nüshası müellife ait aile kütüphanesinde mevcuttur. 7 varaktan oluşan risalede her varaktaki satır sayısı 12 ile 15 arasında değişmektedir. Risalede, metin haricinde ilave bir zeyl, ta'lik, hâşiye ile herhangi bir tarih kaydı bulunmamaktadır.

Molla Hüseyin bu eserinde "mal" konusunu fıkhi açıdan ele almış, bu alandaki temel kaynaklarından nakiller yaptıktan sonra konuyla ilgili kendi değerlendirmelerini ortaya koymaya çalışmıştır. Müellif, nakilleri bazen aynen, bazen de kısmi tasarrufta bulunarak yapmıştır. Müellifin temel kaynakları kullanma konusundaki vukufiyeti ve kaynaklara yaptığı atıfların mevsukiyeti tamdır.

Eserde, mallarla alakalı yapılan taksimin birinci bölümündeki haram mallar konusu, gerek kaynaklardan yapılan atıflar, gerekse müellifin değerlendirmeleri açısından bakıldığında, ikinci bölüme göre daha doyurucu bir şekilde ele alınmıştır. Helal mallar kısmı ise oldukça kısa geçilmiştir.

Eserde, zaruret durumlarında -aslında alınması ve kullanılması haram sayılan mallardan gerektiği kadar almanın caiz olacağı ifade edilmiştir.

Kamu mallarının sarf yerlerini ele aldığı bölümde müellif, Gazâli'den uzun alıntılar yapmış, onun bu konudaki fikirlerine katılmış ve bu tür malların ancak kamu maslahatına uygun şekilde harcanabileceği görüşünü savunmuştur.

Müellife göre, bazı mallar haddizatında helal kategorisinde sayılır ki bunlar sahibi belli olmayan ve beytü'l-malden sayılan kayıp mallar, beytü'l-male miras kalan mallar ve mütevellisi olmayan vakıf mallarıdır. Müellif, müstehak kimselerin bu nevi mallardan istihkâk miktarınca almalarının caiz olduğunu ifade etmektedir.

Bu eserin tahkik edilerek yayımlanması, ilim mirasımızın küçük ama değerli bir eserinin ortaya çıkmasında ve doğu medrese geleneğinin bir ölçüde tanınması hususunda mütevâzi bir katkı sunacaktır.

الأموال

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمدُ لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، والصلاة والسلام على سيدنا مُحَمَّدٍ وعلى آله وصحبه ومن وآلاه، أما بعد:

فأقول: لا يخلو إما أن تكون الأموال كلها حراماً فحُكْمُها جوازُ الأخذِ منها بقدرِ الحاجة فقط إن تَوَقَّعَ معرفةُ أربابها وإلا فبقدرِ الاستحقاقِ لصيرورتها بيت مال.

ففي التُّحفة: لو عمَّ الحرامُ الأرضَ جازَ أن يستعملَ ما تمسَّ حاجته دونَ ما زادَ هذا إن تَوَقَّعَ معرفةَ أربابه وإلا فيأخذُ بقدرِ ما يستحقُّه فيه. انتهى.^١

عبارة الإقناع^٢ مع حاشيته^٣: ولو عمَّ الحرامُ جازَ استعمالُ ما يحتاجُ إليه ولا يقتصرُ على

١ عبارة التُّحفة بدون تصرف هي: ... (فرع) عم الحرام الأرض جاز أن يستعمل منه ما تمس حاجته إليه دون ما زاد هذا إن توقع معرفة أربابه وإلا صار مال بيت المال فيأخذ منه لقدر ما يستحقه فيه. (الشرح): قوله: (فرع) إلى قوله والمعصوم في المغني إلا قوله بلفظ إلى المتن وإلى قوله ومضى قدر في النهاية (قوله: عم الحرام الخ) ولو وجد المريض طعاماً له أو لغیره بضره ولو بزيادة مرضه فله أكل الميتة دونه اهـ ثمانية، زاد المغني: ويجوز للمضطر شرب البول عند فقد الماء النجس لا عند وجوده ؛ لأن الماء النجس أخف منه ؛ لأن نجاسته طارئة، اهـ. (قوله: ما تمس حاجته الخ) ظاهره أنه لا يقتصر على سد الرمق المتقدم في المضطر مع أنه من أفراد، اللهم إلا أن يقال ما هنا فيما إذا لم يتوقع زوال المييع، فكان الإقتصار على سد الرمق دواماً من شأنه ترتب الضرر، اهـ. انظر: تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لإبن حجر الهيتمي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن محمد بن علي السعدي الأنصاري الشافعي / دار إحياء التراث العربي، ٢٨٠/٤. وصاحب التُّحفة هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري الشافعي، (٩٠٩ - ٩٧٤ او ٩٧٣ / ١٥٠٤ - ١٥٦٧)، فقيه شافعي ومتكلم على طريقة أهل السنة من الأشاعرة، ومتصوف. من مؤلفاته: شرح المشكاة، شرح المنهاج المسمى «تحفة المحتاج بشرح المنهاج»، شرحان على الإرشاد، شرح الهمزية البوصيرية، شرح الأربعين النووية، الصواعق المحرقة على أهل الرفض والضلال والزندقة، كف الرعاع عن محرمات اللهو والسماع، الزواجر عن اقتراف الكبائر، نصيحة الملوك، شرح ألفية عبد الله بأفضل الحاج المسمى «المنهج القويم في مسائل التعليم والأحكام في قواطع الإسلام»، وهو شرح للمقدمة الحضرمية في الفقه الشافعي، شرح العباب المسمى «الإيعاب وتحذير الفقات عن أكل الكفنة والقات»، شرح قطعة من ألفية ابن مالك، شرح مختصر أبي الحسن البكري في الفقه، شرح مختصر الرض ومناقب أبي حنيفة، الإيضاح والبيان لما جاء في ليلتي الرغائب والنصف من شعبان، إتحاف ذوي المروة والإنافة بما جاء في الصدقة والضيافة مبلغ الأرب في فخر العرب، در العمامة في در الطليسان والغذية والعمامة، تبيين الأخيار على معضلات وقعت في كتابي الوظائف والأذكار، تطهير الجنان واللسان عن الخوض والتفوه بلب معاوية بن أبي سفيان، القول المختصر في علامات المهدي المنتظر، الفتاوى الفقهية الكبرى، الفتاوى الحديثة، الإفصاح عن أحاديث النكاح، الإعلام بقواطع الإسلام. انظر لترجمته في: شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد الحنبلي، طبعة دار المسيرة، بيروت ١٩٧٩، ٨/٣٧٠. طبقات الشافعية الكبرى لعبد الوهاب السبكي، الطبعة المصرية الأولى، ٤/٣١؛ كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة، الطبعة الثالثة، ١٣٨٧هـ، ١/١؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، ٢/١٥٢؛ هدية العارفين لاسماعيل باشا البغدادي، بيروت ١٩٥٥، ١٤٨/١؛ الإعلام لخير الدين الزركلي، ١/٢٣٤.

٢ عبارة الإقناع بدون تصرف هي: يجوز له التزود من المحرمات ولو رجا الوصول إلى الحلال ويبدأ وجوباً بلقمة حلال ظفر بما، فلا يجوز أن يأكل مما ذكر حتى يأكلها لتتحقق الضرورة... ولو عم الحرام جاز استعمال ما يحتاج إليه، ولا يقتصر على الضرورة، قال الامام: بل على الحاجة، قال ابن عبد السلام: هذا إن توقع معرفة المستحق إذ المال عند البأس منها للمصالح العامة... وعبارة شرحه هي: قوله: (ونحوها) كالمغصوب. قوله: (لزومه القيء) قيده (م) بما إذا شبع من الميتة وعليها فلا تضعيف وعبارة شرح (م ر): ولو شبع في حالة امتناعه ثم قدر على الحل لزمه كآكل من تناول محرماً التقيؤ إن أطافه بأن لم يحصل له منه مشقة لا تتحمل عادة اهـ بحروفه. قوله: (فعليه أن يتقيأ) محله إن لم يكن صائماً فرضاً وإلا حرم عليه لوجود مقتضي المانع فيغلب المانع كما هو القاعدة، إذا تعارض مقتضي المانع وعبارة (م د): هذا محله إن لم يكن صائماً فرضاً وإلا فيحرم عليه، لأن إتمام صومه واجب، فإن كان في صوم نفل كان الأولى ترك القيء، لأنه يكره قطعه، قال تعالى: (وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ) اهـ. (ع ش). قوله: (بل على الحاجة) أي بل يقتصر على الحاجة. قوله: (هذا إن توقع) أي محل اقتصاره على الحاجة. قوله: (للمصالح) أي فيكون لبيت المال، فيجوز استعمال زائد على قدر الحاجة ويكون المال حينئذ حلالاً. انظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ٢/٢٣٧.

٣ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشيبني، بأعلى الصفحة يليه -مفضولاً بفاصل- حاشية البحريني عليه وهي تحفة الجيب على شرح الخطيب = حاشية البحريني على الخطيب لسليمان بن محمد بن عمر البحريني المصري الشافعي (ت ١٢٢١هـ)، دار الفكر، ١٤١٥/١٩٩٥.

الضرورة، قال الإمام: بل على الحاجة، قال عبد السلام: هذا أي محل اقتصاره على الحاجة إن توقع معرفة المستحق إذا طال عند اليأس منها للمصالح، أي فيكون بيت مال فيجوز استعمال زائد على الحاجة ويكون المال حينئذ حلالاً، انتهى.

وقال الشرقاوي: يجوز للمستحق في بيت المال كطلبة العلم، الأخذ منه ولو بالسرقة والشراء ويكون ما يدفعه من الثمن للتوصل إلى حقه هذا إن علم أن عين ذلك من المكسب أو نحوه، وإن احتل الأمان فالأصل الحل، ومن ذلك ما يقع أن العرب فينهبونه بناءً ونحوه وتجهل أربابه فيصير من بيت المال وحكمه ما مر من جواز أخذ المستحق منه. ° رحمه الله تعالى شرح (م د) ٦ ملخصاً.

ثم قال: قلت هذا ظاهره في غير الجلود والأكارع والرؤوس ونحوها، فإن أصحابها مضبوطة معلومة يعلم كل واحد منهم ما له، وبفرض عدم علمه بذلك صار شريكاً فلا يصح بيعه ولا أكله على الوجه الذي ذكر فإنه بناءً على التعذر صرح بذلك كله متعقباً شيخه (م د) انتهى (ج) ٧.

أقول: قوله: (قلت هذا ظاهره في غير الجلود) الخ صريح في أنه ما عدا ما ذكر من المأخوذ من الرعية قهراً متعذر الرد وبه يصير بيت مال وحلالاً لمن يأخذه بالاستحقاق، وفي حاشيتي شرح المنهج الجمل^٨ والبحري^٩ تخصيص الحرمة بنحو الأكارع والجلود لمعرفة أربابها وحضورها لا غير.

٤ هوعبد الله بن حجازي بن إبراهيم الخلوقي الأزهرى الشافعي المشهور بالشرقاوي (١١٥٠ - ١٢٢٧ / ١٧٣٧ - ١٨١٢) أحد مشايخ الأزهر الشريف في القرن الثالث عشر الهجري. من مؤلفاته: التحفة البهية في طبقات الشافعية، تحفة الناظرين في من ولي مصر من السلاطين، حاشية على شرح التحرير (فتح القدير الخبير بشرح تيسير التحرير، دار النوادر ١٤٣٤)، فتح المبدئي شرح مختصر الزبيدي. انظر لترجمته في المراجع: عبد الرزاق البيطار، حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، طبع بمجمع اللغة العربية، دمشق، ١٣٨٢-١٩٦٣؛ عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين (دار إحياء التراث العربي)، ٢٥٤/١؛ الموسوعة العربية - الشرقاوي - أعلام ومشاهير - وهبة الزحيلي، ١١/٦٥٦؛ الإعلام لخير الدين الزركلي، ٧٨/٤.

٥ انظر: حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح الباب لتركيا الأنصاري، طبع بالمطبعة الأميرية، ١٢٩٨، الطبعة الثالثة، ٥١/٢.

٦ (م ٥): رمز للمدايغي، حسن بن علي بن أحمد المنطاوي الشافعي الأزهرى، الشهير بالمدايغي (ت ١١٧٠-١٧٥٦)، فاضل من أهل مصر، له عدة مصنفات منها: إتحاف فضلاء الأمة المحمدية ببيان جمع القراءات السبع من طريق التيسير والشاطبية، وحاشية على شرح الأربعين النووية، وكفاية اللبيب حاشية شرح الخطيب، على الإقناع شرح متن أبي شجاع للخطيب الشربيني في فقه الشافعية. (الأعلام لزركلي، ٢٠٥/٢).

٧ (أ ج): رمز للأجهوري، عبد البر بن عبد الله بن محمد الاجهوري (ت ١٠٧٠ / ١٦٦٠)، فقيه شافعي مصري. له شروح وحواش في الفقه وغيره، منها منحة الاحباب وحاشية على شرح تنقيح اللباب لتركيا الانصاري، وحاشية على شرح الغاية لابن قاسم وفتح القريب المجيد بشرح جوهره التوحيد. (الأعلام لزركلي، ٣/٢٧٣).

٨ حاشية الجمل على شرح المنهج = فوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (بيروت، دار الفكر)، لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل (ت ١٢٠٤ - ١٧٩٠). له مؤلفات، منها الفتوحات الإيفية، وحاشية على تفسير الجلالين، والمواهب المحمدية بشرح الشمائل الترمذية، وفتوحات الوهاب، وحاشية على شرح المنهج. (الأعلام لزركلي، ٣/١٣١).

٩ حاشية البحري على شرح المنهج = التجريد لنفع العبيد (طبع ببيروت ١٤١٥، دار الفكر)، لسليمان بن محمد بن عمر البحري المصري الشافعي (١١٣١ - ١٢٢١ / ١٧٩١ - ١٨٠٦). ولد في بجزم (من قرى الغربية بمصر) وقدم القاهرة صغيراً، فعلم في الأزهر، ودرس، وكف بصره. من مؤلفاته: حاشية البحري على الخطيب = تحفة الحبيب على شرح الخطيب؛ حاشية البحري على شرح المنهج = التجريد لنفع العبيد. انظر: معجم المطبوعات ٥٢٩؛ الأعلام لزركلي ٣/١٣٣.

وقال الإمام الغزالي^{١٠} رحمه الله تعالى: لو طَبِقَ الحرامُ الدنيا نستأنفُ تمهيدَ الشروطِ ونعفو عمَّا سلفَ، ونقول: ما جاوزَ حدَّهُ انعكسَ إلى ضِدِّه فهو حرامٌ، فمهما حرم الكُلُّ أكلَ الكُلِّ، واختارَ حينئذٍ الأخذَ من غيرِ اقتصارٍ على الحاجةِ مع رعايةِ الشرعِ، إذ في تركِ الأكلِ والاقتصارِ على سدِّ الرَمَقِ الهلاكُ وبطلانُ الأعمالِ والصناعاتِ وخرابُ الدنيا، وفي خرابِها خرابُ الدينِ، لأنها مزرعةُ الآخرةِ.^{١١}

وأحكامُ الخلافةِ والقضاءِ والسياساتِ وأكثرُ أحكامِ الفقهِ مَقْصُودُهَا: حَفْظُ مصالحِ الدنيا لِيَتَمَّ بِهَا مصالحُ الدينِ والاقتصارُ على الحاجةِ من غيرِ زيادةٍ عليها مع التسويةِ بينَ مالٍ ومالٍ كيفما اتَّفَقَ رَفَعُ لِسَدِّ الشَّرْعِ بَيْنَ المَفْسِدِينَ وَبَيْنَ أنواعِ الفسادِ، والاقتصارُ على قَدْرِ الحاجةِ مَعَ الاكْتِسَابِ بطريقِ الشَّرْعِ لا وَجْهَ لِإِجَابِهِ عَلَى الكَافَةِ، ولا لِإِدْخَالِهِ فِي فِتْوَى العَامِدِ لِمَا ذَكَرَ مِنْ اِمْتِنَادِ أَيْدِي الظلمةِ إلى الزيادةِ على قَدْرِ الحاجةِ، وقال: لو عَلِمَ أَنَّ للمالِ مالِكاً في العالمِ! ولكن وقعَ اليأسُ عن الوقوفِ عليه وعلى وراثتهِ فهو مالٌ مرصودٌ للمصالحِ، يجوزُ التصرُّفُ فيه بالمصلحةِ، وكيف لا! وكلُّ ضائعٍ فَقَدَ مالِكُهُ يَصْرِفُهُ السُلْطَانُ إلى المصالحِ، ومن المصالحِ الفقراءُ وغيرُهُم، فلو صرفَ إلى فقيرٍ مُلْكُهُ وَنَفَذَ فِيهِ تَصْرِفَهُ فلو يسرقُ منه سارقٌ قُطِعَتْ يَدُهُ لِحُكْمِنَا أَنَّ المصلحةَ تَقْتَضِي أَنْ يَنْتَقِلَ المُلْكُ إِلَيْهِ فِقْضِينَا. بموجبِ المصلحةِ ويحلُّ له، ولا يَخْتَصُّ السُلْطَانُ بِالتَصْرِفِ فِيهِ، لِأَنَّهُ لا يجوزُ لَهُ التَصْرِفُ فِي مُلْكِ الغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ إِلا لِمَصْلَحَةٍ، وهو أَنَّهُ لو تركَ لِضَاعٍ فهو مُرَدَّدٌ بَيْنَ تَضْيِيعِهِ وَصَرْفِهِ إِلَى مُهْمٍ، وَالتَصْرِفُ إِلَى مُهْمٍ أَصْلَحَ مِنَ التَضْيِيعِ فَرَجَّحَ عَلَيْهِ، وَالمصلحةُ فيما يُشكُّ وَلا يُعْلَمُ تَحْرِيمُهُ أَنْ يُحْكَمَ فِيهِ بِدَلَالَةِ اليَدِ وَيُتْرَكَ عَلَى أسبابِ الأيدي إذ انتزاعها بِالشُّكِّ وتكليفهمِ الاقتصارَ على الحاجةِ يُوَدِّي إلى الضررِ.

و جِهَاتِ المصلحةِ تَخْتَلِفُ، فَإِنَّ السُلْطَانَ تَارَةً يَرَى أَنَّ المصلحةَ أَنْ يَبْنِي بِذَلِكَ قَنْطَرَةً، وَتَارَةً أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَى جُنْدِ الإِسْلامِ، وَتَارَةً إِلَى الفقراءِ، وَيَدُورُ مَعَ المصلحةِ كَيْفَ دَارَتْ، وَكَذَلِكَ الفِتْوَى فِي مِثْلِ هَذَا تَدُورُ مَعَ المصلحةِ.

١٠ هو أبو حامد محمد الغزالي الطوسي النيسابوري الشافعي الأشعري (٤٥٠-٥٠٥ / ١٠٥٨ - ١١١١)، أحد أعلام عصره وأحد أشهر علماء المسلمين في القرن الخامس الهجري، من كتبه إحياء علوم الدين، تهاقت الفلاسفة، الاقتصاد في الاعتقاد، محك النظر، معارج القدس في أحوال النفس، مقاصد الفلاسفة، البسيط، المنقذ من الضلال، بداية الهداية، جواهر القرآن، فضائح الباطنية، الولدية، إلجام العوام عن علم الكلام، شفاء العليل، المستصفي من علم الأصول، المنخول من علم الأصول، الوجيز، ياقوت التأويل في تفسير التنزيل، عقيدة أهل السنة، ميزان العمل، المقصد الاسني في شرح أسماء الله الحسنى. انظر: الأعلام للزركلي، ٢٢٧/٧؛ معجم البلدان لياقوت الحموي، ٣/٥٦١؛ مقدمة تحقيق كتاب الوجيز في الفقه، للإمام الغزالي، لعلي معوض وعادل عبد الموجود، دار الأرقم، بيروت، ١٩٩٧/١؛ طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب السبكي، تحقيق محمود الطناحي وعبد الفتاح الحلو، دار إحياء الكتب العربية، ١٩٩١-١٩٤٠.

١١ انظر: إحياء علوم الدين لأبي حامد محمد الغزالي، كتاب الحلال والحرام، وهو الكتاب الرابع من ربيع العادات، الباب الثاني، دار المعرفة - بيروت ١٠٧/٢-١١٠.

وقد خرجَ مِنْ هَذَا أَنَّ الْخَلْقَ غَيْرُ مُؤَاخِذِينَ فِي أَعْيَانِ الْأَمْوَالِ بظنونٍ لا تستندُ إلى نصوصٍ دلالةً في ملك الأعيان، كما لم يُؤاخذ السلطانُ ولا الفقراءُ الآخذونَ منه بعلمِهِم أَنَّ الْمَالَ لَهُ مَالِكٌ حَيْثُ لَمْ يَتَعَلَّقَ الْعِلْمُ بِعَيْنِ مَالِكٍ يُشَارُ إِلَيْهِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ عَيْنِ الْمَالِكِ وَبَيْنَ أَعْيَانِ الْأَمْوَالِكِ فِي هَذَا الْمَعْنَى.

وقال: الأموال الضائعةُ ومالُ المصالح لا يجوزُ صرفُها إلاّ لأمرٍ فيه مصلحةٌ عامةٌ أو هو محتاجٌ إليه عاجزٌ عن الكسبِ وقال: وفي كلامِ عمرَ رضي الله تعالى عنه ما يدلُّ على أن لكلِّ مسلمٍ حقاً في بيتِ المالِ لكونه مسلماً أكثرَ جمعِ الإسلامِ، ولكنه ما كان يقسمُ المالَ على المسلمينَ كَافَّةً، بل على مخصوصينَ بصفاتٍ، فإذا ثبتَ هذا فكلُّ من يتولَّى أمراً يقومُ به تتعدى مصلحتهُ للمسلمينَ ولو اشتغل بالكسبِ لتعطلَ عليه ما هو فيه فله في بيتِ المالِ حقُّ الكفايةِ، ويدخلُ فيه العلماءُ كلُّهم، أعني العلومَ التي تتعلقُ بعلومِ الدينِ، من علمِ الفقهِ والحديثِ والتفسيرِ والقرآنِ حتى يدخلُ فيه المعلمونَ والمؤذنونَ وطلبةُ هذه العلومِ أيضاً يدخلونَ فيه، فإنهم إن لم يكفوا لم يتمكنوا من الطلبِ فإنَّ هذا المالُ للمصالحِ، والمصلحةُ أن تتعلَّقَ بالدينِ أو بالدنيا، فبالعلماءِ حراسةُ الدينِ وبالأجنادِ حراسةُ الدنيا، والدينِ والدنيا توأمان ولا يستغني أحدهما عن الآخرِ، انتهى بتصرف. ١٢

أقول: ولا يتوقفُ جوازُ أخذِ المستحقِّ في بيتِ المالِ على الانتظامِ، فإنَّ الأقوالَ عند اليأسِ لصيرورتِها بيتَ مالٍ بالطَّبعِ تُعرفُ لمصالحٍ ولو لم يكن على يدِ الوكيلِ كما إذا لم يكن تصرفُهُ بالمصلحة، بل لا يجوزُ أن تُسلمَ إليه فلا يمنعُ صيرورتِها بيتَ مالٍ باليأسِ عدمُ الانتظامِ، قال الإمامُ: في حرامٍ لم يكن الردُّ فيه ينبغي أن يتصدَّقَ به فيتولاه القاضي فيسلمُ إليه المالُ إن وجد قاضياً متديناً وإلاّ فهو بالتسليمِ إليه ضامنٌ بل يحكِّمُ من أهلِ البلدِ عالماً متديناً، فإنَّ التحكيمَ أولى من الانفرادِ، فإن عجزَ فليتولَّ ذلك بنفسه، فإنَّ المقصودَ الصرفُ، وأمَّا عينُ الصارفِ فإنَّما نطلبُهُ لمصارفٍ دقيقةٍ في المصالحِ، فلا يُتركُ الصَّرفُ بسببِ العجزِ على صارفٍ أولى عند القدرة عليه.

فإن قلت: ما دليلُ جوازِ التصرفِ بالحرامِ؟ فنقول: الخبرُ، فإنه صلى الله تعالى عليه وسلم أمرَ بالتصدُّقِ بالشفاعةِ المصليةِ التي قدمت إليه فكلمتهُ بأنها حرامٌ، إذ قال عليه الصلاة والسلام: ١٣ «أطعموها الأسارى» ١٤ ولما نزل (الم غلبتِ الرُّومُ) الآية ١٥ كذبهُ المشركون وقالوا للصحابَةِ: ألا

١٢ انظر: إحياء علوم الدين، ١٤٠/٢، ١٥٢.

١٣ قال الحافظ العراقي في تخریج هذا الحديث رواه أحمد وإسناده جيد. انظر للحديث في الدارمي ٦٨؛ المستدرک ٣/ ٢٤٢؛ الطبراني ٣٤/٢.

١٤ فظهر أن شراءه غير صحيح؛ لأن إذن جارها ورضاه غير صحيح، انظر: مرقاة المفاتيح لعلي القاري، دار الفكر، بيروت ١٤٢٢، ٢٩٧.

١٥ سورة الروم، الآية ١-٢.

ترونَ ما يقولُ صاحبُكم يزعمُ أنّ الرُّومَ ستَغلبُ، فخاطرهم أبو بكر رضي الله عنه بإذنه صلى الله تعالى عليه وسلم، فلما حقَّقَ اللهُ صدقَه، وجاء أبو بكر بما قامرهم به [قال عليه الصلاة والسلام: هذا سُحْتٌ فَتَصَدَّقْ بِهِ]^{١٦} وكان قد نزلَ تحريمُ القمارِ بعدَ إذنه صلى الله تعالى عليه وسلم له في المخاطرةِ معهم، والأثر^{١٧} فإن ابنَ مسعود رضي الله تعالى عنه اشترى جاريةً فلم يظفرَ بِمالِهَا لينقدهُ الثمنَ، فَطَلَبَهُ كَثِيراً فلم يجدهُ فَتَصَدَّقَ بِالثَمَنِ وَقَالَ: اللَّهُمَّ هَذَا عَنْهُ إِنْ رَضِيَ وَإِلَّا فَالْأَجْرُ لِي.

وَسُئِلَ الْحَسَنُ عَنْ تَوْبَةِ الْغَالِ وَمَا يُؤْخَذُ مِنْهُ بَعْدَ تَفَرُّقِ الْجَيْشِ، فَقَالَ: يَتَصَدَّقُ بِهِ.

وَرُوي أَنَّ رَجُلًا غَلَّ مِئَةَ دِينَارٍ مِنَ الْغَنِيمَةِ، فَأَتَى أَمِيرَهُ لِيرُدَّهَا عَلَيْهِ، فَأَبَى أَنْ يَقْبِضَهَا، فَقَالَ لَهُ: تَفَرَّقِ النَّاسُ، فَأَتَى مَعَاوِيَةَ فَأَبَى أَنْ يَقْبِضَ فَأَتَى بَعْضَ النَّسَاكِ فَقَالَ: ادْفَعْ خُمْسَهَا إِلَى مَعَاوِيَةَ وَتَصَدَّقْ بِمَا بَقِيَ، فَبَلَغَ مَعَاوِيَةَ قَوْلَهُ فَتَلَهَّفَ إِذْ لَمْ يَخْطُرْ لَهُ ذَلِكَ، وَقَدْ ذَهَبَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ وَالْمَحَاسِبِيُّ وَجَمَاعَةٌ مِنَ الْوَرَعِيِّينَ إِلَى ذَلِكَ.

وَالْقِيَاسُ: فَإِنَّهُ يُقَالُ إِنَّ هَذَا مُرَدَّدٌ بَيْنَ أَنْ يَضِيعَ وَبَيْنَ أَنْ يُصْرَفَ إِلَى خَيْرٍ، إِذْ قَدْ وَقَعَ الْيَأْسُ مِنْ مَالِكِهِ وَبِالضَّرُورَةِ يُعْلَمُ أَنَّ صَرْفَهُ إِلَى خَيْرٍ أَوْلَى مِنْ إِقَائِهِ فِي الْبَحْرِ، فَإِنَّا إِنْ رَمِينَاهُ فِيهِ فَقَدْ قَوَّتْنَا عَلَى أَنْفُسِنَا وَعَلَى الْمَالِكِ، وَلَمْ تَحْصُلْ مِنْهُ فَائِدَةٌ، وَإِذَا رَمِينَاهُ فِي يَدِ فَقِيرٍ يَدْعُو لِمَالِكِهِ حَصَلَ لِلْمَالِكِ بَرَكَتٌ دُعَائِهِ وَلِلْفَقِيرِ سَدُّ حَاجَتِهِ وَحَصُولُ الْأَجْرِ لِلْمَالِكِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ فِي التَّصَدُّقِ لَا يُنْكَرُ.

فَفِي الْخَيْرِ الصَّحِيحِ: أَنَّ لِلزَّرْعِ وَالْغَارِسِ أَجْرًا فِي كُلِّ مَا يَصِيبُهُ النَّاسُ وَالطَّيْبُورُ مِنْ ثَمَارِهِ وَزَرْعِهِ وَذَلِكَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ^{١٨} وَأَمَّا قَوْلُ الْقَائِلِ لَا تَتَصَدَّقُ إِلَّا بِالطَّيْبِ، فَذَلِكَ إِذَا طَلَبْنَا الْأَجْرَ وَتَرَدَّدْنَا بَيْنَ التَّضْيِيعِ وَالتَّصَدُّقِ رَجَحْنَا جَانِبَ التَّصَدُّقِ عَلَى جَانِبِ التَّضْيِيعِ، وَقَوْلُ الْقَائِلِ لَا نَرْضَى لغيرِنَا مَا لَا نَرْضَاهُ لِأَنْفُسِنَا فَهُوَ كَذَلِكَ، وَلَكِنَّهُ عَلَيْنَا حَرَامٌ لِاسْتِغْنَائِنَا وَلِلْفَقِيرِ حَلَالٌ إِذْ دَلِيلُ الشَّرْعِ حَلُّ لَهُ، وَإِذَا اقْتَضَتِ الْمَصْلِحَةُ التَّحْلِيلَ وَجَبَّ التَّحْلِيلُ وَإِذَا حَلَّ فَقَدْ رَضِينَا لَهُ الْحَلَالَ، وَنَقُولُ: إِنَّ لَهُ

١٦ أخرجه البيهقي في دلائل النبوة من حديث ابن عباس وليس فيه إن ذلك كان بإذنه صلى الله عليه وسلم والحديث عند الترمذي وحسنه والحاكم وصححه دون قوله أيضاً: (هذا سحت فتصدق به) و إمام البخاري قد روى هذا الحديث بلون هذه الزيادة، انظر: صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مطبوع مع شرحه فتح الباري، خلق أفعال العباد، ٤٥.

١٧ لعل الصواب: وأما الأثر؛ فإن ابن مسعود... انظر للنص في إحياء علوم الدين، كتاب الحلال والحرام، الباب الرابع في كيفية خروج التائب عن الظالم المالية.

١٨ انظر للحديث في صحيح مسلم، في كتاب المساقاة، باب فضل الغرس والزرع، ١٥٥٢ (، صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج النيسابوري، دار الخيزر، الطبعة الأولى، مطبوع مع شرح النووي؛) و في سنن الدارمي - كتاب البيوع - باب ما من مسلم يفرس غرسا فيأكل منه إنسان أو دابة أو طير إلا كانت له صدقة، ٢٦١٠ (سنن الدارمي للحافظ شيخ الإسلام أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن التميمي الدارمي السمرقندي، طبعة بتحقيق وشرح وتعليق مصطفى ديب البغا، دار القلم بدمشق، ١٤١٢).

أَنْ يَتَصَدَّقَ عَلَى نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ إِذَا كَانَ فَقِيرًا إِذْ لَا يُنْتَفَى الْفَقْرُ عَنْهُمْ بِكُونِهِمْ مِنْ عِيَالِهِ وَأَهْلِهِ بَلْ هُمْ أَوْلَى مَنْ يُتَصَدَّقُ عَلَيْهِمْ، انْتَهَى بِتَصْرِفِ.

وقال أيضاً: إذا وقع في يده مال من سلطانٍ فالمختارُ أنه إذا عَلِمَ أَنَّ السُّلْطَانَ لَا يُرُدُّهُ إِلَى مَالِكِهِ يَتَصَدَّقُ بِهِ عَنْ مَالِكِهِ وَلَا يُرُدُّهُ عَلَى السُّلْطَانَ، لِأَنَّهُ رَبِّمَا لَا يَكُونُ لَهُ مَالِكٌ مُعَيَّنٌ، فَيَكُونُ حَقُّ الْمُسْلِمِينَ، فَالرُّدُّ إِلَيْهِ تَضْيِيعٌ، وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالِكٌ مُعَيَّنٌ فَالرُّدُّ إِعَانَةٌ لَهُ عَلَى الظُّلْمِ، اهـ بِتَصْرِفِ.

وقال أيضاً: إذا حصل في يده مال لا مالك له وجوزنا له أن يأخذ قدر حاجته إن قدر على شراء ضيعة أو تجارة يكتسب للعائلة فعل وإذا لم يُعَمِّمِ السُّلْطَانَ كُلَّ مُسْتَحِقٍّ، فَالْقِيَاسُ جَوَازُ أَخْذِ الْوَاحِدِ مِثْلًا مَا يُعْطَى وَالْمُظْلَمُ هُمُ الْبَاقُونَ، لِأَنَّ الْمَالَ لَيْسَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ كَالْغَنِيمَةِ بَيْنَ الْغَانِمِينَ وَلَا كَالْمِيرَاثِ بَيْنَ الْوَارِثِينَ، لِأَنَّ ذَلِكَ صَارَ مُلْكًا لَهُمْ، وَهَذَا لَوْ لَمْ يُتَّفَقْ قِسْمُهُ حَتَّى مَاتَ هَؤُلَاءِ لَمْ يَجِبِ التَّوْزِيعُ عَلَى وَرَثَتِهِمْ بِحُكْمِ الْمِيرَاثِ، بَلْ هَذَا الْحَقُّ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ بِالْقَبْضِ بَلْ هُوَ كَالصَّدَقَاتِ وَمَهْمَا أُعْطِيَ الْفُقَرَاءُ حِصَّتَهُمْ مِنَ الصَّدَقَاتِ وَقَعَ ذَلِكَ مُلْكًا لَهُمْ وَلَمْ يَمْتَنِعْ بِظُلْمِ الْمَالِكِ بَقِيَّةِ الْأَصْنَافِ بِمَنْعِ حَقِّهِمْ.

وقال أيضاً إنَّ مَنْ وَجَدَ مِنْ أَهْلِ الْخُصُوصِ الْمَوْصُوفِينَ بِصِفَةٍ تَتَعَلَّقُ بِهَا مَصَالِحُ الدِّينِ وَالدُّنْيَا، وَأَخَذَ مِنَ السُّلْطَانَ خَلْعَةً أَوْ إِزَارًا عَلَى التَّرِكَاتِ أَوْ الْجُزْيَةِ، لَمْ يَصِرْ فَاسِقًا بِمُجَرَّدِ أَخْذِهِ، وَإِنَّمَا يَفْسُقُ بِخُدْمَتِهِ لَهُمْ وَمُعَاوَنَتِهِ لَهُمْ وَدُخُولِهِ عَلَيْهِمْ وَثَنَائِهِ وَإِطْرَائِهِ لَهُمْ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ، انْتَهَى.

وأقول: وكذلك إذا أخذ منه أموالاً ضائعةً نحو المدرِّسِ والواعظِ بل القياسُ هنا بالأولى، تدبَّرِ.

وإما أن يكون بعضُ الأموالِ حلالاً، فذلك هو المالُ الضائعُ الذي لا يتعينُ مَالِكُهُ، فَإِنَّهُ بَيْتُ مَالٍ بِلَا خِلَافٍ، فَلِلْمُسْتَحِقِّ الْأَخْذُ مِنْهُ بِقَدْرِ اسْتِحْقَاقِهِ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمَكِّنُ، لِأَنَّهُ مِنْ قَبِيلِ الظُّفْرِ بِالْحَقِّ، وَأَخْذُهُ جَائِزٌ، وَالْمَالُ الْمُرُوثُ لِبَيْتِ الْمَالِ وَالْوَقْفُ الَّذِي لَا مَتَوَلَّى لَهُ وَنَحْوُ ذَلِكَ.

فإذا كان كذلك، تكونُ الأموالُ السُّلْطَانِيَّةُ مِثْلَ أَمْوَالِ مَنْ كَانَ أَكْثَرَ أَمْوَالِهِ حَرَامًا، فَكَمَا أَنَّهُ يَجُوزُ مَعَامَلَتُهُ وَقَبُولُ صَدَقَتِهِ وَهَدِيَّتِهِ فَكَذَا السُّلْطَانَ وَإِلَّا فَأَيْنَ الْحَلَالُ مَا لَمْ نُزَاعِ قَاعِدَةَ تَعَارُضِ الْأَصْلِ وَالْغَالِبِ، وَفِي هَذَا كِفَايَةٌ.

وصلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، نَقَلَهُ الْفَقِيرُ، الْحَقِيرُ، وَاعْظُ قَضَاءِ سَيْلَوَانَ: حُسَيْنُ كُجُكُ، عُفِيَ عَنْهُ وَعَنْ وَالِدَيْهِ وَعَنْ جَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ، آمِينَ.

I. VE II. DÜNYA SAVAŞI VE SONRASINDA BATI'DA İSLÂM HUKUKU ÇALIŞMALARININ DURUMU

Yrd. Doç. Dr. Mustafa YAYLA*

Özet: Batıda İslam Hukuku çalışmaları Orientalistlerin özellikle Orta-Doğu ve İslam ülkelerindeki kolonici zihniyetin faaliyetlerini sürdürebilemelerine yardım etmek için yapmış oldukları araştırmalara kadar gitmektedir. I. Dünya savaşının çıkacağını tahmin eden İngiltere Müslüman ülkelerle ilgili olarak onların kültür ve dilleri konusunda hazırlattıkları raporda eksikliklerini anlamış ve bu konudaki çalışmalara hız vermişlerdir. Batılı bilim adamları arasında İslam ve kültürü ile yapılan iyi niyetli çalışmalar da yok değildir. I. ve II. Dünya savaşları esnasında Müslüman toplumlarla artan siyasi, ekonomik ve ticari bağlar sebebiyle Batıda İslam Hukuk ve kültürü ile ilgili çalışmalar giderek gelişmiş ve özellikle Amerika'da Arap-Amerika Petrol Şirketi'nin de çalışmalarıyla II. Dünya Savaşı sonrası daha da gelişerek bugün İslam Hukukunun ders olarak okutulduğu birçok Üniversitelerdeki merkezlerle ilham kaynağı olmuştur. Orientalistlerle başlayan Batıdaki İslam ile ilgili çalışmalar daha çok kolonici fikirlerle İslami ifsat eden ve yanlış imaj veren düşüncesi sebebiyle Müslüman toplumlarda ihtiyat ile karşılanmıştır. Bu arada yeni nesil İslam ve İslam hukuku dalında bilim adamları yetişmiş, İslama ve onun kültürüne daha objektif yaklaşarak kaliteli eserler meydana koymuştur. Müslüman toplumlar da artık İngilizce ve diğer dillerde yazan kendi alimlerini çıkarmaya başlamıştır. II. Dünya savaşından sonra Batıda İslam Hukuku ile ilgili çalışmalar her ne kadar kolonici yaklaşımdan yeni nesil bilim adamları ile çıkarak daha detaylı eserlerle iyi çalışmalar verseler de yine de eski kolonici fikirleri yeni bir tarzda ele alanları da yok değildir. Artık Batıda yeni nesil müslüman veya müslüman olmayan araştırmacıların çalıştığı birçok Üniversite ve merkezlerde İslam hukuku ile ilgili iyi çalışmaların yapılmakta olduğu görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, İngilizce, İngiltere, Amerika, Orientalist, Orta-Doğu, Müslüman toplumlar, I. Dünya Savaşı, II. Dünya Savaşı.

Development of Islamic Law Studies During and After the 1st and 2nd World War

Abstract: The Islamic Law studies in the West go back to the Orientalists' works which mostly related to Islam and its culture in order to prepare knowledge to help the colonialist ideas in the Middle-East and other Muslim Countries. Some good intentional works on Islam Law and related issues have also been done by Western scholars. The works on Islam Law have been carried on throughout the 1st and 2nd World War and after. Early studies regarding Islamic Law in the West have always been taken with caution in the Muslim world due to their relations with the colonialist ideas and distorted image of Islam in the world. The need of knowledge in the West for Islamic Law studies have increased due to the political, economic and commercial relations with the Muslim countries especially the Middle-East countries have increased after the 2nd World War and the American companies have also deep interest in knowledge of Islamic Law. Following these attempts of studying and learning Islamic Law caused establishment of many departments of Islamic Law studies in the Universities of the West. The new generation of Western and Muslim scholars writing about Islamic Law in English have also made progress in time and produced well researched works taking the divine origin of Islamic Law into consideration differing from the Orientalists and others distorting the image of Islamic Law in their works. New studies have been written also in other languages including German, Dutch etc. Studies in Islamic Law in the West has shifted from Orientalists and authors distorting Islam and its culture to the new generation of Muslim and non-muslim scholars writing also in different languages to establish the right knowledge of Islamic Law though some of them are still to follow the method of Orientalists and others with distorting image of Islam and its law in the world. New studies relating to the Islamic Law today seem well researched and more sympathetic with the culture of Islam and Muslim world due to the new generation of scholars in this field.

Keywords: Orientalist, Colonialist, Islam, Islamic Law, WWI, WWII, American, English, Muslim World, Middle East.

* Polis Akademisi Güvenlik Birimleri Fakültesi, m_yayla@hotmail.com

Ana kaynağı Kur'an ve Sünnet olan, ilahi mesaj üzerine şekillenip gelişen İslam Hukuku halen devam edebilen sistemlerden biri olarak günümüzde önemini korumaktadır¹. Ticaret hukukunun çok önemli konularından biri olan sınırlı ortaklık görüşü (kırız/mudarebe akdi) gibi Batı toplumundaki bir çok çağdaş yasal ilkelere ilham kaynağı olmuş olan İslam hem din hem de bir hukuk sistemi olarak Batılı hukukçuların ilgisini çekmiştir². İslâm hukuku ile alakalı bu ve benzeri ilgiler I. Dünya Savaşı öncesi Batı Avrupa üniversitelerinde içten bir çabayla ele alınarak çalışılmaya başlanmış ve zamanla İslam dünyası'yla artan siyasi, ekonomik ve ticari bağlar üzerine, Batı'da islâm hukukunu daha iyi bilmeye duyulan ihtiyaç da II. Dünya savaşı ile birlikte öne çıkmaya başlamıştır.³

II. Dünya savaşı yıllarında ve sonraki dönemlerde Batı dünyasının daha önce de olduğu üzere özellikle müslüman nüfusun yoğun olduğu Orta-Doğu, Pakistan ve Güneydoğu Asya ile beraber Afrika'nın bazı kesimlerine olan ilgisi gerek siyasi gerekse ekonomik nedenlere de bağlı olarak giderek artmıştır. Bu bölgelerdeki hukuk felsefesi araştırmalarında İslâm'ın gerek kültürel gerekse güncel yaşam üzerindeki etkisi münasebetiyle İslam hukuku, mukayeseli hukuk alanında ele alınması gereken en önemli kaynaklardan birini teşkil etmiştir⁴.

Batı dünyasının insanlık tarihi ele alındığında eskisine nazaran insanlığa bakış açısının daha nesnel olduğunu ve dini farklılıklar hususunda da oldukça müsamaha bir davranış biçimine sahip olmaya başladığı görülmektedir. İslâm ülkeleri ile artan ticari ilişkilere ek olarak müslümanların hukuku ve ilgili kurumlarına ilişkin Batılıları araştırma yapmaya sevkeden sebeblere böylece farklı bir bakış açısından da eklendiği açıkça görülmektedir⁵.

Asyalı milletleri de kapsayan büyük bir dünya savaşının 1939 yılında çıkacağı ya da planlanacağı beklentisinin farkında olan İngilizler bu toplumların dil ve kültürüyle ilgili konularda yeterli uzmana sahip olmadıklarını anlamışlardır. İvedi olarak, Scarbrough Komisyonu adında bir komisyon kurularak bu konuda bir rapor hazırlanmış, bu raporla İngiltere'nin II. Dünya savaşı esnasında Doğu ve Afrika araştırmalarını hızlandırmasına ve daha kapsamlı bir biçimde ele alınmasına yol açılmıştır. Bu tarihten yaklaşık otuz yıl sonrasında bile geniş bir okuyucu kitlesinin varlığıyla Avrupalı olmayan kültürler hakkında ortaya konan bilgilerin daha gerçekçi olmasına ihtiyaç duyduğu ortaya çıkmıştır⁶.

1 Yamani, Ahmad Zaki, *Islamic Law and Contemporary Issues*, Jidda hicri 1388, s.5

2 Yamani, *Islamic*, s.5; Habachy, Saba, "Introduction", *Islamic Law in the Modern World* (J. N. D. Anderson), Newyork 1959, s.X vd.

3 Habachy, Saba, "Introduction", *Islamic Law in the Modern World* (J. N. D. Anderson), New York 1959, s.XVI

4 Wahab, Salah-Eldin, Abdel-, "Meaning and Structure of Law in Islam", *Vanderbilt Law Review*, XVI, (1962-1963), s.115

5 Jackson, Robert Houghwout, "Foreword", *Law in the Middle East* (Khadduri Majid and Herbert J. Liebesny), London 1955, I, s.VIII; Baroody, George M., "Shari'ah: Law of Islam", *Aramco World*, New York 1966, XVII/6, s.34 vd.

6 Watt, W. Montgomery, "Foreword", *A History of Islamic Law* (N. J. Coulson), Edinburgh 1964, s.V

II. Dünya savaşı sonrasında bağımsızlığına kavuşan halkının çoğunluğu müslüman olan bir çok Afrika ülkesiyle birlikte insanlığın büyük bir bölümünü teşkil eden İslâm dünyasının daha iyi değerlendirilip anlaşılabilme isteği bu büyük müslüman topluluğun gelişen siyasal önemi ile birlikte dikkatlerin bu hususa kaydırılmasına vesile olmuştur. Bütün bu bahsedilenlere ek olarak, tarihi olayların Müslüman toplumların kültürel hafızasında çok değerli olup toplumda hala canlılığını korumakta oluşu, müslüman toplumlara gazeteci bakış açısı ile yaklaşmanın artık yeterli olmadığını daha gerçekçi bir bakış açısı ile olaylara bakılmasının gerektiğinin önemi anlaşılmıştır. İslam toplumlarının kültürel hafızalarında geçmişte yaşanan olayların gelecek adına yeni bir bakış açısının meydana gelmesine vesile olduğu bilinen bir olaydır. Batılılar bu gerçeğin bilinmesinin elzem olduğu hakikatinden hareketle işe koyulmaya başlamışlardır⁷. Hz. Peygamber ve halifelerin hayatını kapsayan tarihi olaylar, müslüman toplumların kültürel hafızasında İslâm'ın kuruluş ve kurtuluş tarihi olarak anılmakta ve bu durum dünyanın her yerinde yaşayan müslümanlar için ortak bir tarihi benlik şuurunun esasını oluşturmaktadır⁸.

Gerek Orta-Doğu ve gerekse diğer müslüman ülkelerle ticari ve diğer faaliyetlerde bulunan Batılı işadamları ve hukukçular, kaçınılmaz bir şekilde bazı zorluklar ve muğlaklıklarla karşı karşıya kalmışlardır. İslam hukuku alanında yapılan genel ve özel bu nevi çağdaş çalışmalar Batılı işadamları ve hukukçularına Orta-Doğu'daki Müslüman meslektaşları ile olan ilişkilerinde yardımcı kaynak teşkil etmiştir⁹.

İslâm adı altında Batılı bilim adamları tarafından yapılan kapsamlı çalışmalar, genelde şeriat ile ilgili bazı hususları da ele almakla birlikte, bunların çok az bir kısmının şeriat ve yine çok az bir kısmının da İslâm hukuk düşüncesini ele aldığı görülmektedir¹⁰.

Batılı bilim adamları tarafından İngilizce olarak yazılan İslam hukuku araştırmaları, ilk olarak, özellikle, Oryantalistler tarafından ele alınmıştır. Daha sonra Batılı olmayan bilim adamları da bu konuda ortaya koydukları çalışmalarla katkıda bulunmuşlardır. İslâm hukukunun muhtelif alanlarıyla ilgili Batılı bilim adamlarının görüşlerine eleştirel bir tarzda yaklaşan tetkiklerinden ayrı olarak Müslüman alimler de İngilizce İslâm hukuku çalışmaları alanında kendi paylarına düşeni yapıp özgün çalışmalar ortaya koymuşlardır¹¹.

İslâm hukuku ile ilgili olarak Amerika ve Avrupa'da müslüman olmayan bilim adamlarınca yapılan çalışmalarda yer alan muğlaklıklar ya da eleştirilerin çoğunun

7 Watt, s.V

8 Lewis, Bernard, *İslâm'ın Siyasal Söylemi* (trc. Ünsal Oskay), İstanbul 1993, s.16

9 Mehren, Arthur Tayler Von, "Foreword", *Commercial Law in the Gulf States* (Noel J. Coulson), London 1984, s.VII

10 El-Awa, Muhammed Selim, "Approaches to Shari'a: A Response to N. J. Coulson's A History of Islamic Law", *Journal of Islamic Studies*, II/2, Oxford 1991, s.143

11 Islam, Zafarul, "A Bibliography on Islamic Law", *Muslim World Book Reviews*, XI/1 (1990) Leicester, s.63

tabiatında gözden kaçırılan hususların anlaşılması zor değildir¹². Gözden kaçırılan hususların çoğunluğu meseleyi İslâm hukukunun ilahi asıllı olmadığı görüşünden hareketle ele alarak işe başlamakta ve konuyu bu hukukun katı olduğundan hareketle modern çağda artık uygulama alanı bulamayacağına kadar sürdürmektedirler. Ayrıca, bu muğlak eleştiri konularını gündemde tutarak İslam hakkında eser veren Batılı bilim adamlarının İslâm hukukunun ilk gelişmesinin aslında sathi bir tarzda başladığına vurguda bulunarak Amerika ve Avrupâda İslam ve kültürü hakkında araştırma yapan Müslüman bilim adamlarının düşünce yapılarını da etkilemeye çalışmakta oldukları görülmektedir¹³.

Kolonici bir yaklaşımla hareket etmenin doğal bir sonucu olarak İslâm'a yapılan ideolojik eleştiriler, sosyal ve ekonomik değişimlerin söz konusu olduğu bir çok konuda Batılı bilim adamlarının bu fikirlerinin etkisi ile özellikle Müslümanların dinlerini yeniden yorumlamalarına sebep olup din ve siyasetin ayrılmasına ve zamanla din birliği üzerine kurdukları siyasal düşünce yapısının yerine nasyonalizm karşısında etnik ve buna bağlı kültürel harmoni üzerine kurulu olanla değiştirilmesine kadar varmıştır¹⁴. Oryantalizm'in kolonici yaklaşımının emperyalist devletlerin menfaatlerine yardımcı olmakla kalmayıp İslâm'ın ifsad edilmesi suretiyle müslüman toplumlar üzerindeki etkisinin azaltılarak böylece zamanla İslam'ın ortadan kaldırılabilmesi için kullanılacak en etkin bir araç konumuna geldiği görülmektedir¹⁵.

İslâm hukuku çalışmalarının I. Dünya Savaşı öncesi Batı Avrupa üniversitelerinde samimi bir çabayla ele alındığı bilinmektedir. Zamanla Orta-Doğu'yla ilgili bağların gittikçe önem kazanması üzerine, Batı'da İslâm hukukunu daha iyi bilmeye duyulan ihtiyaç aynı şekilde Amerika Birleşik Devletleri'nde de hissedilmeye başlanmıştır. Önceleri İslâm hukukundan daha çok İslâm kültürü ile ilgilenen Amerikalı bilim adamlarının yanısıra Amerikalı hukukçular da 1948 gibi geç sayılabilecek bir zamanda ilgilerini şeriat konusundaki araştırmalara sevk etmişlerdir. Arap-Amerikan Petrol Şirketi'nin himayesinde bir grup hukukçu Lenox'da (Massachusetts) 1948 Eylül'ünde bir araya gelerek o zaman Oxford Üniversitesi'nde olan Joseph Schacht'tın şeriat üzerine Amerika'da verdiği bir dizi konferansa katılmıştır. Böylece Amerika kıtasında İslâm hukuku üzerine yapılan ilk konferanslar serisine başlanmıştır¹⁶.

12 Doi, A. Rahman I., "Teaching Islamic Law through Hostile Text-Books", *Muslim Education Quarterly*, IV/1 Cambridge 1986, s.88

13 Doi, A. Rahman, "The *Muwatta* of Imam Malik on the Genesis of the *Sharia* Law: A Western Scholar's Confusion" (27-41), *Hamdard Islamicus*, IV/3, s.39 vd.

14 Peter, Rudolph, *Islam and Colonialism The Doctrine of Jihad in Modern History*, The Hague 1979, s.6-7

15 Asaf, Hussain, "Ideology of Orientalism", *Orientalism, Islam, and Islamists* (ed. Asaf Hussain-Robert Olson), Vermont 1984, s.12

16 Habachy, Saba, "Introduction", *Islamic Law in the Modern World* (J. N. D. Anderson), New York 1959, s.XVI

II. Dünya savaşı sonrası Amerika'sında İslâm hukukuna artan ilgiyi gösteren örneklerden biri de Washington Foreign Law Society'nin çalışmalarının (Washington Ecnebi Devlet Hukuku Cemiyeti'nin) ilk yılını İslâm hukuku ile ilgili konferanslara ayırmış olmasıdır¹⁷. Müslüman dünyasının özellikle Orta-Doğu'nun genelde Batı'da, özellikle de Amerika'da daha iyi anlaşılmasını sağlamak ve İslâm dünyası ile diğer toplumlar arasındaki bir köprü oluşturarak aradaki boşluğu kapatmak amacıyla bir grup Amerikalı bilim adamı da 1949 yılında toplanarak temel İslâm hukuk kitaplarının İngilizce'ye tercüme edilmesi konusunu ele almışlardır. Böylece Orta-Doğu'daki yoğun müslüman toplumların hukuk kültürü konularında yeterli bilgiye sahip olmayan Batı toplumlarını verecekleri eserleriyle bilgilendirip aydınlatmak istemişlerdir. Bununla birlikte daha zor olan ve uzunca bir zaman gerektiren temel İslâm hukuk kitaplarının tercemesi yerine önce İslâm hukuku ve Orta-Doğu'da hukuk konusunda kapsamlı tanıtım bilgileri içeren çalışmalar yapılması planlanmış ve daha sonra bu düşünce gelişerek bir Amerikan Orta-Doğu Enstitüsü projesine dönüşmüştür¹⁸.

Koloncilik fikrinin küresel bir boyut kazanmasıyla Orta-Doğu ve özellikle İslâm dünyasında oryantalizm eski önem ve gücünü bir ölçüde kaybetmiş gözükmeyle birlikte, II. dünya savaşı sonrasında Birleşik Amerika'nın etkisi ve emperyalist düşüncenin Orta-Doğu'da yeni bir güç olarak zuhur etmeye başlamasıyla oryantalistlerin tekrar önem kazandıkları ve sahneye geri döndükleri görülmektedir. Koloncilik fikrinin Amerika Birleşik Devletleri ile kazandığı bu yeni boyut sebebiyle doğan ihtiyacı gidermek amacıyla yeni nesil bilim adamları grubu oluşturularak böylece Amerika Birleşik Devletleri üniversitelerinde bir çok bölüm Orta-Doğu ya da İslâm araştırmaları ile ilgili yetkili ve bu konuda etkin merkezler haline gelmiştir. Üniversiteler bünyesinde kurulan bu yeni araştırma merkezlerinden ayrı olarak Carnegie, Ford, Rockefeller gibi birçok Amerikan vakıfları ile birlikte bazı kurum ve kuruluşlar da bu ve benzeri araştırmalar için gerekli kaynak sağlamaktadır. Dışişleri ve Savunma Bakanlıklarının ihtiyaç duydukları politikayı oluşturabilmek için talep edilen bilginin sağlanmasında en büyük müteşebbisi Amerika Birleşik Devletleri'nin bizzat kendisinin olduğu görülmektedir. Washington'da 1947 yılında Orta-Doğu Enstitüsü (Middle East Institute) kurulmuş ve bu kurumun *The Middle East Journal* adındaki üç ayda bir yayınlanan dergisi de bilim adamları ile irtibatı sağlayan ana kaynak oluşmuştur. 1951 yılında da Sosyal Bilim Araştırma Meclisi (Social Science Research Council) daha sonra Amerikan Bilgi Toplulukları Meclisi ile birleşik bir komite halinde oluşan bir Yakın ve Orta-Doğu Komite'si (Near and Middle East Committee) tesis ederek Orta-Doğu ve İslami kültürel ya-

17 Jackson, Robert Houghwout, "Foreword", *Law in the Middle East* (Khadduri Majid and Herbert J. Liebesny), London 1955, I, s.VIII

18 Keiser, George Camp, "Background and Development of the Project", *Law in the Middle East* (Khadduri Majid and Herbert J. Liebesny), London 1955, I, s.XI vd.

pısı ile ilgili araştırmaları teşvik ederek bu konudaki yeterli bilgi kaynağını oluşturmaya çalışmıştır. Bu kuruluşun yaptığı işler yakından gözlemlendiğinde Amerika Birleşik Devletleri'nin Orta-Doğu'daki ulusal menfaatlerine hizmet etme yolundaki gayelerinin koloniciliğe yeni bir boyut kazandıran şekliyle eski orientalist ekolden koloniciliğe hizmetten fazla farklı olmadığı görülmektedir¹⁹.

Böylece oryantalist ideolojinin değişmeden aynı tarzda fakat değişik isim veya yöntemlerle devam ederek işlevini sürdürdüğü anlaşılmaktadır²⁰. Bununla birlikte Batı Oryantalizmin geleneksel şartlanmışlığını bir tarafa bırakabilme objektifliğini yakalayarak Orta-Doğu ve müslüman toplumların kültürünü daha iyi anlayabilmek için ilgili araştırmalara yeni ve objektif bir akademik tarzla yaklaşan araştırmalar da ortaya konmuştur²¹.

Dönemin Suudi Arabistan Kralı Abdülaziz b. Suud Amerika Birleşik Devletleri ile ülkesinin güçlenen ekonomik ilişkileri sebebiyle Amerikalı hukukçuların İslâm hukukunu bilmeye duyduğu ihtiyacı sezerek Arap-Amerikan Petrol Şirketi'nin genel danışmanı olan George W. Ray'a bunun için gerekli adımları atmasını tavsiye etmiştir. Kral danışmandan ülke kanunu olan İslâm hukukunu tahsil etmeleri için bazı genç Amerikalıların ilgili üniversitelere gönderilmesini önermiştir. Bu genç ilim adamları İslâm hukukunun Hanbeli ekolünü öğrenerek böylece Suudi Arabistan hukuk sistem ve yapısını bilen gerek ticari gerekse sosyal konularda iki ülke ve toplum arasındaki ilişkilerde danışmanlık görevini üstlenecek uzman hukukçular olacaklardı. Kral'ın bu tavsiyelerinden kısa bir süre sonra bazı Amerikalı öğrenciler Hanbeli mezhebine ait konuları tahsil etmek için ilgili üniversitelere gönderildiler. Bu genç ve zeki hukukçular o zaman İslâm hukuku tahsil edebilecekleri yer olan Londra, Oxford ve Paris'teki üniversitelere gönderilmek zorunda kalmışlardır. Bugün ise artık Amerikan Üniversite'lerinde İslâm hukukuyla alakalı düzenli programların olduğu kürsüler bulunmaktadır²².

Artık günümüzde İslâm dünyasındaki gibi Batı'daki büyük üniversitelerin çoğunda İslâmi araştırmalara tahsis edilen bölüm veya merkezler vardır. Bununla birlikte bu bölüm ve merkezlerdeki öğretim görevlilerinin büyük çoğunluğu kültürel arkaplanı genellikle Yahudi, Hristiyan, Marksist veya sekülarist kişilerden oluşmaktadır²³.

Amerikan yüksek öğretim kurumlarında özellikle Yakın Doğu Dilleri (Near Eastern Languages) ve İslami Araştırmalar (Islamic Studies) bölümlerinin bazı istisnalarla birlikte ağırlıklı olarak Siyonizm etkisi altında olduğu inancı hakimdir²⁴.

19 Asaf, Hussain, "Ideology of Orientalism", *Orientalism, Islam, and Islamists* (ed. Asaf Hussain-Robert Olson), Vermont 1984, s.17

20 Asaf, "Ideology..", s.19

21 Homma, Hideaki, *Structural Characteristics of Islamic Penal Law*, Tokyo 1986, s.V

22 Habachy, Saba, "Introduction", *Islamic Law in the Modern World* (J. N. D. Anderson), Newyork 1959, s.XVII

23 Fahad, Obaidullah, "A Critique of Orientalism, Its History and Approach", *Hamdard Islamicus*, Karachi 1992, XV/4, s.53

24 Lemu, Sheikh Ahmed, "Departments and Centres of Islamic Studies in the West", *Muslim Education Quarterly*, V/4, Cambridge 1988, s.23

Batı'daki geleneksel İslâm Araştırma merkezlerinde müslüman öğretim görevlileri bulunmaktadır ancak bunların bir kısmının olması gereken İslâmî standarttan yoksun oldukları görülmektedir. Kendileri İslâmî hayat tarzından uzak olmakla kalmayıp öğrencilerini de Batılı davranış tarzıyla hareket ederek İslâmî düşünce ve yaşam disiplini dışına çekme teşebbüsünde bulunmaktadırlar. Ayrıca onların bu davranışları, İslâm toplumlarında zihinleri bulandıracak ve karmaşaya yol açacak problemlerin kaynağını oluşturmaktadır²⁵. Bütün bu olumlu ve olumsuz yanlarıyla birlikte Batı dünyasında bazı üniversiteler bugün İslâm hukukunu artık araştırma konuları içerisinde alanlardan biri olarak öğretmektedirler²⁶. Batı Avrupada birçok İslâm araştırma enstitüsünün kuruluşları tamamlanmış olup İslâm hukukuyla ilgili doktora tezleri yapılmaktadır. Ayrıca hem Arap hem de Batılı müellifler tarafından mukayeseli hukuk çalışmaları da ortaya konmuştur. Bu çalışmalarda İslâm hukuk ve kültürel mirası ile ilgili olarak bazı ithamlar yer alsa da yine de tarafsızlığını koruyabilen objektif çalışmaların da yapıldığını ekseriyetle görmek mümkündür²⁷.

Almanya'da da İslâm Hukuku çalışmaları Batı'daki diğer ülkelerdeki gibi genelde oryantalizme dayalı bir seyir takip etmiştir. Müslümanların dünya topraklarının beşte birini kaplayan ve dünya nüfusunun da altıda birini oluşturan bir topluluğa sahip olmasının verdiği stratejik durum sebebiyle mukayeseli hukuk çalışmalarının Batı'da İslâm Hukuku ile ilgili çalışmaları teşvik ettiği de göz ardı edilmemelidir²⁸. İslam dünyasının asıl stratejik önemi Asya, Afrika, Avrupa ve Avusturalya gibi dört kıtanın kara, deniz ve hava hattı bağlantısındaki yeri olmakla birlikte İslâm dünyası ayrıca zengin ekonomik kaynaklara da sahiptir²⁹. İşte böylesine 15 asırlık bir geçmişe sahip büyük bir topluluğun hukuk yaşantısıyla sosyal hayatının temelini oluşturan olası güçten dolayı İslâm hukukunun mukayeseli hukuk çalışmalarında göz ardı edilmesi mümkün değildir. Ayrıca sosyal hayatın oldukça kompleks problemlerine getirebileceği düşünülen yeni ve köklü çözümleriyle, devlet yolu ile konulan yasalardan daha çok hukukçuların çalışmalarından oluşan İslâm hukuku, oldukça ileri derecedeki normatif yapısıyla aynı zamanda araştırılmaya değer bir hukuk sistemi olarak görülmektedir³⁰.

İspanya'da İslâm hukuku ile ilgili olarak günümüzde yapılan çalışmaların Maliki mezhebinin hukuki görüşlerinin İspanya'daki ilk devir uygulamaları üzerine yoğunluk kazandığı görülmektedir³¹.

25 Lemu, Sheikh Ahmed, "Departments and Centres of Islamic Studies in the West", *Muslim Education Quarterly*, V/4, Cambridge 1988, s.25

26 Doi, A. Rahman I., "Teaching Islamic Law through Hostile Text-Books", *Muslim Education Quarterly*, IV/1 Cambridge 1986, s.82

27 an-Nahi, Salahaddin, "Karşılaştırmalı Hukuk Alanında İslâm Hukuku ve Arap Düşünür ve Hukukçularının Tutumu", *Uluslararası Birinci İslam Araştırmaları Sempozyumu* (Nşr. Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi), İzmir 1985, s.180

28 Falaturi, Abdoldjavad, *İslâm Hukuku Üzerine Araştırmalar*, (trc. Halit Ünal), Kayseri 1994, s.XIV

29 Iqbal, Afzal, "Plea for A Muslim Law of Nations" (97-112), *Hamdard Islamicus*, VIII/2 1985, s.103

30 Wahab, Salah-Eldin, Abdel-, "Meaning and Structure of Law in Islam", *Vanderbild Law Review*, XVI, (1962-1963), s.115

31 Masud, Muhammad Khalid, "A History of Islamic Law in Spain: An Overview", *Islamic Studies*, XXX/1-2, islamabad

Sonuç olarak ifade etmek gerekirse XIX. ve XX. asırlara kadar taşınan uzun bir kolonicilik döneminde Batılı Oryantalistlerin İslâm hakkındaki araştırmaları belli bir nesnellikten yoksun kalarak, etnosentrik ve islâm-dışı bir tutum taşıması sebebiyle de müslüman bilim adamları tarafından eleştirilere tabi tutulmuştur³². İslâm hukuku hakkında yaptıkları çeşitli haksız ve temelsiz yorum ile tenkitlerinden ötürü Oryantalistlerin İslâm dünyasındaki yerine ilişkin genel kanaat bunların İslâm hukuk ve kültürünü objektif olarak araştırıp ihya etmek yerine ifsat etmek için bir kampanya başlattıkları şeklinde gelişmiştir³³.

Bütün bunlarla birlikte, İslâm ülkelerinin büyük çoğunluğunun bağımsızlıklarını kazandıktan sonraki yıllarda Batılı bilim adamlığının kusurlarını açıklayıp düzelterek bu alandaki bilimsel nesneliği dengeleyebilecek bir etki ve ağırlığa sahip bir grup kendi ilim adamını da ortaya çıkardığı görülmektedir. Bundan sonra da İslâm toplumu hakkında daha az yargılı ve geçmişin etnosentrik tarafgirliğini düzeltmek çabasıyla, yorum yerine kültürler arası elçilik rolünü kendine ilke edinen daha yeni olan Batı kökenli bilim adamlarını yetiştirdiği de ortadadır. Bu nevi yeni bilim adamları İslâm kültür ve tarihinin ele alınmasına kolonici fikirlerden uzak olup daha nesnel yaklaşarak Batıyı kültürel yenilik için ilk ilham kaynağı olarak görmek yerine bazı ülkeler içerisindeki dahili gelişmelere daha sempatik bakmaktadırlar. Batılı bilim adamlarının bir kısmı da genellikle İslâm özellikle de İslâm hukuku sahaslarındaki araştırmalarında kendilerini bu meyanda kabul ederler³⁴. Bu haliyle de geleneksel oryantalistlerden ayrılırlar ve Postmodernist sayılmasalar bile Post-Orientalist olduklarında şüphe yoktur³⁵. Küreselleşme, pluralizm, eşitlik ve tolerans üzerine yaptığı vurgularla Postmodernizm devrine ait daha yeni nesil bilim adamları grubu türemektedir. Oryantalizm'in İslâmı karşısına alarak gerek medya gerekse kültürel hayattaki etkileri açıkça görülmele birlikte yeni nesil bilim adamları da yetişmektedir. Edward Said'in tam tersine bu yeni nesil bilim adamları İslâm'ı sempati ile anlamaya hazırdırlar³⁶. Artık günümüzde İslâm üzerine ister Batı isterse Doğu'daki yüksek öğretim kurumlarında verilen konferans, konuşma ve kursların daha gerçekçi, daha sempatik, daha ilmi ve bundan dolayı da I. Dünya savaşı öncesi ve sonrası yapılan çalışmalardan genelde daha kapsamlı ve değerli olduğunu söylemek mümkündür³⁷.

1991, s.8

32 Fluehr-Lobban, Carolyn, *Islamic law and society in the Sudan*, London 1987, s.1

33 Muslehuddin, Mohammad, *Philosophy of Islamic Law and the Orientalists*, Lahore ts., s.XV; Muslehuddin, M., "Why do the Orientalists Distort Islam?", *The Muslim World League Journal*, XII/1, Makkah October 1984, s.14

34 Fluehr-Lobban, s.1

35 Ahmed, Akbar S., *Postmodernism and Islam*, London 1992, s.184

36 Ahmed, *Postmodernism*, s.191

37 Lawson, B. Todd, "Introduction: Charles J. Adams", *Islamic Studies Presented to Charles Adams* (eds. Wael b. Hallaq and Donald P. Little), Leiden 1991, s.3

EBÛ MUHAMMED TÂHİR B. AHMED EL-KAZVÎNÎ EN-NECCÂR'IN (575/1179-80) HALLU'L-'AYBE AN HÂLÎ'L-ĞAYBE ADLI RİSALESİNİN TAHKİKİ

Yrd. Doç. Dr. Said Nuri AKGÜNDÜZ*

Özet: Hicrî VI. yüzyılda Kazvîn bölgesinde yaşamış çok yönlü bir âlim olan Ebû Muhammed Tâhir b. Ahmed el-Kazvînî, en-Neccâr lakabıyla meşhur olup, günümüze ulaşan risalelerinden birisi Hallu'l-'aybe an hâli'l-ğaybe adını taşımaktadır. Bu risalesinde o, "gaybet" hâli genel başlığı altında toplayabileceğimiz ve "kalb ehli'nin yaşadığı çeşitli hallerin abdeste etkisi konusunu incelemiştir. Risalesini on başlık altında tertip eden müellifin, meseleye fikhî çözüm ararken tasavvufî terimleri ve fikirleri de kullandığı görülmektedir. Bu çalışmamız, müellif ve tahkik ettiğimiz risalesini kısaca tanıttıktan sonra, risalesinin elimizde mevcut iki nüshaya dayanılarak tahkik edilmiş metnini ortaya koymayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Kazvînî, Hallu'l-'Aybe, Gaybet Hali, Abdest.

تحقيق رسالة حل العيبة عن حال الغيبة لأبي محمد طاهر بن أحمد القزويني النجار

ملخص البحث: أبو محمد طاهر بن أحمد القزويني المشهور بالنجار عالم في شتى العلوم عاش في العصر السادس الهجري في قزوين. ومن رسائله التي وصلت إلى يومنا هذا، رسالة سماها بحل العيبة عن أهل الغيبة. بحث المؤلف في هذه الرسالة حالة الغيبة التي تندرج تحتها حالات يمر بها أهل القلب و أثر هذه الحالة في الوضوء. من خلال هذه الرسالة الحاسوبية على عشرة فصول، يظهر أن القزويني يستعمل المصطلحات والأفكار الصوفية في عملية بحث عن حل فقهي لهذه المسئلة. ويستهدف عملي هذا، بعد تعريف قصير للمؤلف ورسائله التي قمت بتحقيقها، إلى وضع نص محقق لهذه الرسالة مستنداً إلى نسختين تيسر الوصول إليهما في مكتبة سليمانية. .
الكلمات المفتاحية: القزويني، حل العيبة، حالة الغيبة، الوضوء.

1. MÜELLİF

Ebû Muhammed Tâhir b. Ahmed b. Muhammed el-Kazvînî en-Neccâr, hicrî altıncı asırda Kazvîn şehri ve çevresinde yaşamış bir âlimdir. H. 493 (m. 1099) senesinde doğan Kazvînî küçük yaşlardan itibaren Kur'an ve kıraat ilimlerinde tahsil gördü. Daha sonra başta nahiv olmak üzere çeşitli dil ilimleriyle uğraşan Kazvînî, kelâm, hadis, tefsir ve tasavvuf ilimlerinde de derinleşmiş, bu sahalarda eserler telif etmiştir. Bazı eserlerinin dilinin Farsça olması onun İran asıllı olduğunun bir işareti sayılabilir. Ayrıca yaşadığı dönem ve bölgede güçlü olan Nizarî-İsmailîlere karşı

* Abant İzzet Baysal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, snuri.akgunduz@gmail.com

yaptığı fikrî mücadeleler ve yazdığı risalelerle de ehl-i sünnet inancını müdafaa etmiştir. Yazdığı kitap ve risalelerin sayısı altmış civarında olmakla beraber günümüze ulaşan ve kütüphane kataloglarında tespit edilebilen eserlerinin sayısı onüçtür.¹

2. HALLU'L-‘AYBE AN HÂLİ'L-ĞAYBE ADLI RİSALESİ

Kazvî'nin bu risalesi, aslında fikhî olan bir meselenin tasavvufî bir bakışla hikmet zemininde çözümünün araştırılmasından ibarettir. Müellif, bu risaleyi telif sebebi olarak bazı âlimlerin kendisine yönelttikleri bir soruyu zikretmektedir. “Kalb erbabı” kişilerin sekr, mahv ve fena hallerinde gaybetleri durumunun abdestlerini bozup bozmadığı mealindeki bu sorunun cevabını bulmak için, o hem fakihlerin fetvalarını araştırmış, hem de tasavvufî ilimlerden yardım almıştır. Risalesini on bab halinde tanzim eden Kazvî'nî, böylece meseleyi çözüme kavuşturmak için adım adım ilerleyen bir düşünme yolu çizmiştir. Bu başlıklar sırasıyla şöyledir:

Fakihlerin fetvaları, tasavvuf âlimlerinin görüşleri, kalbin özelliği ve mülk ve melekût âlemlerine yönelmesi, kalbin gaybet özelliği, bâtının vasıfları ve şeytanın bozgunculuğu, temizliğin beş uzuvla sınırlı kalması, cenabet durumunda bütün bedenın yıkanmasının hikmeti, insanların ağır mükellefiyetlerde eşit olması, gaybet ehlinin abdestinin sıhhatinin delilleri, gaybet ehlinin sınıfları.

Kazvî'nî, fakihlerin bu konudaki görüşlerini aktarırken; uyku, akıl hastalığı ve bayılma halleri ile akla galebe çalınmasının da abdesti bozanlar arasında olduğunu söyledikten sonra, fakihe gaybet halindeki kişinin abdesti bozulup bozulmadığı sorulunca vereceği cevabın olumlu olacağını söylemektedir. Çünkü gaybet halinde de kişi dışarıdan bakıldığında aklını kaybetmiş gibi görünmektedir.² Bu noktadan sonra o, meseleye daha yakından bakmakta, gaybetin mertebelerinden bahsetmekte ve burada artık tasavvufî ıstılahlar ve kavramlar kullanarak konuya yaklaşmaktadır.

Müellif, burada cünun, gaybet, mahv, sekr vb. kavramlar etrafında yaptığı tahliller ile ehl-i gaybet dediği kişilerin sıradan bir bayılma ya da akıl kaybı hali yaşamadıklarını ispata çalışmaktadır. O, bunun için çeşitli ayetleri, hadisleri ve selefın rivayetlerini zikrederek neticede sadece ehlinin yaşayabileceği bu hallerin abdest bozucu bir durum olmadığı hükmüne varır. Bu çerçevede zikrettiği deliller arasında, Hz. Muhammed (a.s) ve Hz. Musa (a.s.)'ın vahiy alırken dışarıdan bakıldığında bayılma ve dünyadan bağlantılarının kopması derecesine varan hallere girmeleri, birçok evliya hakkında zikredilen namazda maddi etkilerden tamamen soyutlanmaları, buna rağmen hiçbirinin yeniden abdest alma ihtiyacı hissetmemeleri de vardır.³

1 Ebû Muhammed Tahir b. Ahmed el-Kazvî'nin hayatı hakkında geniş bilgi ve günümüze ulaşmış eserlerinin listesi ve tanıtımı için bkz. Mehmet Faruk Çiğci, “İmam en-Neccâr ve Şerhu Nahvi'l-bedv Adlı Eseri (Hakim et-Tirmizî'nin Fiile Dayalı Nahiv Teorisî)”, *The Journal of Academic Social Science Studies (JASSS)*, sy. 31 (2015, II), s. 114-121.

2 Kazvî'nî, *Hallu'l-‘aybe an hâli'l-ğaybe*, Süleymaniye Kütüphanesi, Esad Efendi bölümü, nr. 1363, v. 174a.

3 Kazvî'nî, *Hallu'l-‘aybe*, v. 178a-178b.

Son olarak müellif, gaybet ehlinin ve hallerinin de kısımları olduğunu beyan ederek, hepsi hakkında genel bir hüküm verilemeyeceğini belirtmekte; kimi insanların korku, şiddetli aşk, hatta gösteriş için cezbeye kapılmakta olduklarını, bunların yaşadığı hallerin bayılma ve akıl kaybı olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir.⁴

3. RİSALENİN FIKİH İLMİNDEKİ YERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kazvîni'nin bu risalesinin, çözmeye odaklandığı mesele açısından fıkıhla doğrudan ilişkili olduğunu söyleyebiliriz. Zira risalenin mihverî, fıkıh ilminin ibadetler bölümünün taharet konusu etrafında dönmektedir. Bununla beraber, müellif meseleye sadece fikhî bir bakış açısıyla yaklaşmamakta, yukarıda verdiğimiz konu başlıklarından da anlaşılacağı üzere, fikhî hükümlerin illet, hikmet ve esrarı boyutları üzerinde de durmaktadır. Bu yaptığı değerlendirmelerde kullandığı veriler ve bazı terimler ise fıkıh ilminden ziyade tasavvuf ilmine aittir. Nitekim müellif, risalesinin başında bu çok yönlülüğe işaret ederek, sorunun cevabını araştırırken, hem fukahanın fetvalarından hem de tasavvufî ilimlerden (*ulûmü'l-mükâşefât*) istifade ettiğini belirtmektedir.⁵

Bu risaleyi, şer'î hükümlerin maddi ve manevi faydalarından, maslahat ve hikmetlerinden bahseden "hikmet-i teşrî"⁶ disiplinine ait bir eser olarak görmek mümkündür. Şâriin koyduğu hükümlerin rastgele olmayıp, belli hikmetleri ve gayeleri gerçekleştirmeye matuf olduğu esastan hareket eden makasid nazariyesi başlığı altında toplanabilecek çeşitli kavramlardan biri olan teşrîi hikmet,⁷ bugünkü ilmî disiplinler ile karşılaştırıldığında hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi branşlarına benzerlikler gösterir.

Fıkıh tarihi boyunca, fikhî hükümlerin gaye ve hikmetlerini araştırmaya yönelik çeşitli eserler yazılmış ve bu konuda önemli bir literatür oluşmuştur. Bu ilmin temellerini atma konusunda Cüveynî (v. 478/1085) ve talebesi Gazzâlî'nin (v. 505/1111) isimleri öne çıkarken, İzz b. Abdisselâm (v. 660/1262) *Kavâidu'l-ahkâm*, Şâtıbî (v. 790/1388) ise *el-Muvâfakât* adlı eserleriyle bu konuda zirveye çıkmışlardır. Şâh Veliyyullah ed-Dihlevî'nin (v. 1176/1762) *Huccetullâhi'l-bâliğa* adlı eseri de burada zikredilmelidir. Bu son eser, bütün şer'î hükümlerin gaye ve hikmetlerine dair genel bir nazariye ortaya koyarken, inanç, ibadetler ve diğer fikhî hükümlerin de hikmet ve esrarına dair hadis eksenli izahlar getirmektedir.

4 Kazvîni, *Hallu'l-'aybe*, v. 178b-179a.

5 Kazvîni, *Hallu'l-'aybe*, v. 173b.

6 Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslamiye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1967, I, 18.

7 Ertuğrul Boynukalın, "Makâsîdüş-şerîa", *DİA*, XXVII, s. 423.

Burada, Hakîm et-Tirmizî (v. 320/932) ismine de işaret etmek gerekiyor. Daha çok tasavvuf ilmindeki yeri ile meşhur olan bu âlim, yazdığı *İlelü'l-ibâdât* adlı eser ile ibadetlerin ve şer'î hükümlerin illet, hikmet ve esrarını araştırma konusunda öncü bir konuma sahiptir.⁸ Aşağıda tahkik ettiğimiz metnini sunacağımız risalesinde Kazvîni'nin yaklaşımları ve üslubu Hakîm et-Tirmizî'nin bu eserini çağrıştırmaktadır. Risalede bu esere herhangi bir atf yoksa da, müellifimizin Tirmizî'nin Arapça'nın gramerine dair başka bir risalesini şerh etmiş olduğunu,⁹ dolayısıyla onun eserleri ile ilgili olduğunu tekrar belirtmek gerekir.

Şafî mezhebine mensup olan Kazvîni,¹⁰ fikhî hükümleri ve fetvaları aktarırken bu mezhebi esas alır. Abdesti bozan halleri, ayet ve hadislerden ilgili delilleri de zikrederek saydıktan sonra, tasavvuf büyüklerinin gaybet halinin mertebelerine dair verdikleri bilgileri eserine alan Kazvîni bu arada şöyle der: “*Hakikat kokusunu alamamış ve imanın zevkine varamamış olanlar bu sözleri boş zanneder, melekût ufuklarına yükselenler ise bunların boş ve anlamsız değil, yerinde ve doğru sözler olduğunu anlar*”.¹¹ Bu sözle Kazvîni, sadece zâhirî ilimlere sahip olanların, onun serdedeceği fikir ve değerlendirmeleri anlayamayacağını kesin bir şekilde ifade etmiş olmaktadır.

Müellifin risalesinin tamamında bu fikhî-tasavvufi birliktelik görünmektedir. Fikhî ve tasavvufi başlıklar birbirini takip etmekte, bir taraftan ayet ve hadisler delil getirilirken, hemen ardından velilerin ve tasavvuf büyüklerinin hallerinden örnekler verilmektedir.

Risaledeki genel yaklaşımı yansıtan örnek bir pasajla bu tahlili bitirelim:

“*Bazı fakihler demişlerdir ki: Bu (abdestte yıkanan) beş aza, insan iş gücü ile meşgul iken devamlı açıkta kalır, dolayısıyla çoğu zaman terler, tozlanır ve kirlenir. İşte bu kirlenin birikmemesi için, özellikle de Rabbine karşı münacat esnasında bunların günde beş kere yıkanmasını emredilmiştir. Nitekim meliklerin huzuruna tertemiz bir şekilde varmak edep gereğidir. Kimi fakihler de der ki, şer'î kurallar, sadece uyulması gereken emirlerdir, bunların illetlerini anlamaya aklımızın gücü yetmez*”.¹²

4. YAZMA NÜSHALAR

Kazvîni'nin *Hallu'l-âybe an hâli'l-ğaybe* adlı bu risalesinin iki adet nüshasını tespit edebildik ve tahkik çalışmamızı bu nüshalar üzerinden yaptık. Bu nüshalar-

8 Hakîm et-Tirmizî'nin bu eseri, Hüseyin İzgi tarafından yüksek lisans tezi olarak tahkik edilmiştir, bkz. Hüseyin İzgi, *el-Hakîm et-Tirmizî'nin İslam Hukuk Felsefesine Katkıları (Özellikle İlelü'l-ibâdât Adlı Eseri Çerçevesinde)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

9 Çifçi, *agm.*, s. 121 vd.

10 Kazvîni, *Hallu'l-âybe*, v. 173b.

11 Kazvîni, *Hallu'l-âybe*, v. 173b-174a.

12 Kazvîni, *Hallu'l-âybe*, v. 177-a

dan birincisi, Süleymaniye Kütüphanesi Esad Efendi bölümü 1363 numarada kayıtlı olup sekiz varaktan ibarettir (v. 174-180). Diğer nüsha ise Süleymaniye Kütüphanesi Şehid Ali Paşa bölümü 1216 numarada altı varaktır (v. 19-24). Biz, tahkiki metinde birinci nüshayı esas almakla beraber, nüsha farklarına dipnotlarda işaret ettik, ayrıca dil ve ifade kuralları açısından daha doğru olduğunu düşündüğümüz yerlerde ikinci nüshadaki farkı metne aldık. Birinci nüshayı (f), ikinci nüshayı ise (ش) remziyle gösterdik. Metinde geçen ayet ve hadisleri harekeleyerek kaynaklarını dipnotta gösterdik. Ayrıca hakkında bilgi bulabildiğimiz bazı şahıs isimleri ve şiirlerin de kaynaklarına işaret ettik. Bunun dışında İSAM tahkik esaslarına riayet etmeye çalıştık.¹³

SONUÇ

Hicri VI. yüzyılda yaşamış olan Ebu Muhammed el-Kazvîni en-Neccâr'ın, *Hallu'l-'aybe* adlı bu risalesi, dinî hükümlerin hikmet ve gayelerini aramaya yönelik çabaların fıkıh tarihindeki erken örneklerinden biri sayılabilir. Cüveynî ve Gazzâlî ile başlayan ve fıkıh usulü ilmi çerçevesinde teorik temelleri inşa edilen makâsîd ve maslahat düşüncesinin bir yönü de hikmet-i teşrîdir. Diğer fikhî hükümlerin yanı sıra ibadetlerin illet, hikmet ve esrarını araştıran bazı eserlerin de bu literatürün bir parçası sayılması gerekir. Kazvîni'nin bu eseri, müellifinin de vurguladığı gibi fikhî bir meseleyi çözme gayesi ile kaleme alınmış olmakla birlikte, konuya tasavvufî boyutuyla da bakmakta, tasavvuf ilminin verilerini ve terimlerini de kullanmaktadır. Ulaşabildiğimiz iki nüshaya dayanarak ortaya çıkarmaya çalıştığımız bu risalenin tahkiki metninin, fıkıh ilminin bu alanına ve müellifin tanıtılmasına bir katkı sağlayacağını düşünüyoruz.

13 Bu esaslara dair bkz. http://www.isam.org.tr/documents%5C_dosyalar%5C_pdfler%5CArapca_Tahkik_Dizgi_Bibliyografya_Esaslar.pdf

حل العيبة عن حال الغيبة
تأليف أبي محمد طاهر بن أحمد القزويني
الشهير بالإمام النجار (٥٧٥/٩٧١١-٠٨١١)
تحقيق: سعيد نوري أفكوندوز

[v. ٣٧١-b]:

بسم الله الرحمن الرحيم

أما بعد^١

حمداً لله جلّت عظمته^٢ و كبرياؤه . و تزداد الصلوات على من ختم به أنبياءه. فقد سألتني بعض الأئمة الكبار- أكثر الله أمثاله في الأمصار- عن حكم غيبة أرباب القلوب حالة السكر والمحو والفاء حين ولّمت قلوبهم و طاشت عقولهم و تلاشت رسومهم هل ينتقض^٣ طهرهم عند ذلك أم لا؟ فتأملت في المسألة فوجدتها بعيدة المنال طويلة الأذيال، تفتقر إلى مبادئ وغايات من علوم المكاشفات، مع الاستعانة بفتاوى الفقهاء و أصحاب الديانات. فأثبتُ لُمعاً في هذه الأوراق على وفق ما وفقني الله، وألهمني وأجرى به قلّمي. وأرجو من الله سبحانه أن يعينني على إصابة شاكلة الصواب ويصون قدمي وقلّمي من الزلل والاضطراب. إنه جواد كريم.

وأوردت الكلام فيه منحصراً إلى عشرة أبواب:

الباب الأول في فتاوى فقهاءنا.

الباب الثاني فيما يقول علماء المشايخ فيه.

١ -أما بعد

٢ ش - عظمته و

٣ أ: تنقض

٤ ش: في عشر

الباب الثالث في صفة القلب وتوجهه إلى عالمي الملك والملكوت.

الباب الرابع في صفة غيبة القلب من الجهتين.

الباب الخامس في أوصاف الباطن وإفساد الشيطان فيه.

الباب السادس في اختصاص الأعضاء الخمسة بالطهارة.

الباب السابع في الحكمة في غسل جميع البدن للحنابة.

الباب الثامن في تساوي الناس في التكليف الشاقة^٥.

الباب التاسع في الشواهد على صحة طهارة أهل الغيبة.

الباب العاشر في^٦ أصناف أهل الغيبة.

الباب الأول: في فتاوى فقهاءنا

اعلم أن نواقض الطهارة عند الفقهاء من أصحاب الشافعي رضي الله عنه أربعة. أحدها: الخارج من السبيلين، والثاني: الغلبة على العقل بالنوم والجنون والإغماء، والثالث: مس الفرج ببطن الكف، والرابع: لمس النساء. أما خروج الخارج فلقوله تعالى: ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ﴾^٧، وأما النوم فلقوله صلى الله عليه وسلم: «الْعَيْنَانِ وَكَأَنَّ السَّهْمَ فَمَنْ نَامَ فَلْيَتَوَضَّأْ»^٨، وأما زوال العقل فلأنه لا يزول بالتحريك بخلاف النوم فكان^٩ أولى بالنقض إلا أن النوم مخصوص بما إذا كان زائلاً عن [a-174] مستوى الجلوس وكان غير متمكن أسفله من الأرض وزوال العقل في الحالات كلها ناقض. فهذا هو الفرق. وأما مس الفرج فلقوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ مَسَّ ذَكَرَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ»^{١٠}. وأما لمس النساء فلقوله تعالى: ﴿أَوْ لَمَسْتُمْ

النِّسَاءِ﴾^{١١} الآية. هذا تفصيل المذهب^{١٢} على الاختصار وفي بسطه وإيراد علله وتفاريقه واختلاف الأئمة فيه طول لا يليق بغرضنا ههنا. فالفقيه إذا سئل عن مسألة الغيبة بأنها هل تنقض

٥ - الشاقة

٦ - ش + ذكر

٧ - النساء، ٤٣/٤

٨ - سنن أبي داود، الطهارة ٨١؛ سنن ابن ماجه، الطهارة، ٦٢

٩ - ش : وكان

١٠ - سنن أبي داود، الطهارة ٧١؛ سنن الترمذي، أبواب الطهارة ٦١

١١ - النساء، ٤٣

١٢ - ش - المذهب

الطهر يقول إن الغائب عن نفسه في حالة الوله ذاهب العقل فيكون ملحقاً بالمغمى عليه والمجنون والسكران فينتقض طهارته ويرتفع عنه الخطاب إلى أن يفيق ويعود إلى حالة الحضور. وتحرير القول فيه: إن التكليف خطاب يقترب به وعيد يجد المخاطب في نفسه داعية يحمله على الامتثال مخافة تحقيق الوعيد. وهذا المعنى لا يتصور في حق الواله الغائب عن نفسه كما لا يتصور في حق النائم والمجنون والسكران، فيكون حكم الجميع واحداً في النقص.

الباب الثاني: فيما يقول علماء المشايخ فيه

قالت المشايخ: إن للغيبة مراتب، سكرٌ ومحوٌ وفناءٌ وفناءٌ في فناء. فالسكر سقوط أخطار الأشياء عن القلب لما أشرب من محبته وهي حالة تطرب. والمحو أن يحى عن لوح قلبه ذكر ما سوى الله. والفناء ذهاب حظه من الدنيا والآخرة إلا من الله، وأول مرتبة الفناء التزل في حقائق البقاء فهو فان عن غيره وبقاً^{١٣}. وأما فناؤه في الفناء فأن يندو له من جلال الله وعزته ما يفنى به من وجوده في عظمة ذلك فلا يبقى^{١٤} وجود ولا فناء ولا بقاء. وإنما يبقى معه قيومية القيوم الذي قام به الأشياء وفنى به الأشياء ولا يرى لغير الله مع الله بقاء ولا فناء، فعند ذلك يفنى عما سوى الله وكما يفنى من بقاء الأشياء يفنى عن فناؤها، وهو معنى قولهم: الفناء في الفناء. ومن لم يشم رائحة الحقيقة ولم يذق طعم الإيمان عدّ هذه الكلمات من الطامات الفارغة، ومن لمعت بواديه بارقة من أفق الملكوت علم أنه [b-١٧٤] فصل وما هو بالهزل. قالوا ولصاحب هذه الغيبة في هذه المراتب الأربع أحوال توجب له أحكاماً مختلفة. أما الغيبة اليسيرة فشبيهة بالغفلة التي لا يلتحق بالنوم فلا أثر له في نقض الوضوء ولا رفع الخطاب. وأما الغيبة الطويلة فقد تبلغ حد السكر والسكر تبلغ حد المحو والمحو قد^{١٥} تبلغ حد الفناء والفناء تبلغ حد فناء الفناء. وهذه حالات تعرف بالمشاهدة وهي بالنسبة إلى الخلق غيبة وسكر ومحو وفناء وبالنسبة إلى الحق حضورٌ وصحوٌ وبقاء، والعقل في هذه الأحوال كلها غير محجوب بل مغلوب فيها وسيأتي بيان ذلك على الاستقصاء.^{١٦}

الباب الثالث: في صفة القلب وتوجهه إلى عالمي الملك والملكوت

اعلم أن خطاب الله يتوجه على المكلف ويتعلق بأفعاله أمراً كان أو نهيّاً أو إباحةً، والمكلف

١٣ ش: باق

١٤ ش + له

١٥ أ - قد

١٦ ش + إن شاء الله

هو الإنسان والإنسان مجموع القلب والقلب، وإنما سمي القلب قلباً لإبداع القلب فيه فإذا خلا عن القلب فهو جسدٌ وشيخٌ. ومن ذلك يقال لكل ما يفرغ فيه شيء فيتشكل ذلك الشيء بشكله إنه قلب على التوسع والمجاز. والأصل ما ذكرناه. فعلى هذا المعنى قلنا المحتمل^{١٧} للخطاب هو القلب والقلب معاً. ولكن للقلب رتبة الإمامة والزعامة وللقلب^{١٨} رتبة الإلتزام والارتسام. ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: «الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»^{١٩}، علّق صحة أعمال القلب بالنية التي هي عمل القلب. ثم القلب موزّع إلى الأعضاء التي تسمى الجوارح لأنها عمّال بإشارة القلب، ومعنى جرح كسب، قال تعالى: {وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِالنَّهَارِ}^{٢٠}. فإذا عرفت هذا فاعلم أن القلب خلق متردداً بين عالمي الملك والملكوت، والأخبار الواردة في تقلّب القلوب إشارات إلى هذا المعنى. أعني توجه القلب إلى جهتين. قال بعض المشايخ في قوله^{٢١} تعالى: {مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ}^{٢٢} إنه ليس له قلبان، ولكن قلب له وجهان، وكان الإمام^{٢٣} محمد الغزالي رحمه الله يقول في قوله تعالى: {وَجَعَلَ الْقَمَرَ فِيهِنَّ نُورًا}^{٢٤} إن القمر أحد وجهيه إلينا والآخر إلى الشمس وهو إشارة [a-170] إلى القلب. ثم اعلم أن سرادق البشرية مسلمة^{٢٥} بين وجه القلب وعالم الملكوت وهبوب نفخات الرب تعالى، يركبها فإذا هدأت النفخات أقبل القلب إلى هذا العالم، فيدبر أموره بواسطة العقل الذي هو وزيره فإذا^{٢٦} رفعتها جذبة من جذبات الحق كما ورد في الحديث غاب القلب عن الرسوم البشرية وطالع عجائب الملكوت ساجحاً في بحار العظمة مسبحاً لسبحات وجهه الكريم متدبراً في آيات ربه الكبرى وله في ذلك أحوال شتى من سكر ومحو وفناء. فحينئذ يتعطل الجوارح عن العمل ويخرج حركاتها عن النظام المعهود فيبقى الشخص عند أهل الرسوم هيكلًا خاليًا ظللاً^{٢٧} مائلاً حياً في صورة ميت. وإنما يكون ذلك لأنه له وبه ومنه وإليه كما ورد في الحديث: «فَكُنْتُ لَهُ سَمْعًا وَبَصْرًا وَيَدًا وَمُؤِيدًا بِي يَسْمَعُ وَبِي يُبْصِرُ»^{٢٨} الحديث.

١٧ ش: المتحمل

١٨ أ: والقلب

١٩ صحيح البخاري، بدء الوحي ١؛ صحيح مسلم، الإمارة ١٥٥

٢٠ الأنعام، ٦٠.

٢١ ش: قول الله

٢٢ الأحزاب، ٤

٢٣ ش + أحمد بن

٢٤ نوح، ١٦.

٢٥ ش: مسيلة

٢٦ ش: وإذا

٢٧ ش: وظللاً

٢٨ لم أجد الحديث بهذه العبارة. والأقرب إليه ما رواه البخاري: «كنت سمعه الذي يسمع به وبصره الذي يبصر به ويده التي يبطش بها

الباب الرابع: في صفة غيبة القلب من الجهتين

فإذا علمت أن للقلب وجهين فاعلم أن له غيبتين: إحداهما^{٢٩} من الجهة التي تلي الملكوت والثانية^{٣٠} من الجهة التي تلي عالما وسبب غيبته من الجهة التي تليها إنما يكون من فقد وزيره وصاحب تدبيره^{٣١}، أعني العقل. وذلك من وجوه: أحدهما لتقصان محله وهو حال الصبي قال^{٣٢} تعالى: {وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ} ^{٣٣}، والثاني لتوفية النفس عن المملكة سباتاً للجوارح وهو حالة النوم قال^{٣٤} تعالى: {اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا} ^{٣٥}، الثالث إذا جن بجنون ليل السوداء عليه وهو حالة المجنون، والرابع من تغطية^{٣٦} سحُب الأبخرة وتسد مجارى الإحساس فيظلم الباطن وينعزل العقل عن التدبير في ظلماته وهو حالة السكر والإغماء والنوم. فهذه أحوال تعتري الإنسان فتعقل عقله عن التصرفات وتعزله عن القضاء في مساعيه ويخرج^{٣٧} ولاية الباطن عن تدبيره وعند ذلك يستحوذ عليه الشيطان بالعبث والفساد، ومن حملتها نقض طهارته بالنفخات وهيج الرياح من مجاري الأحداث كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: «الْعَيْنَانُ وَكَأءُ السَّهِّ فَمَنْ نَامَ فَلْيَتَوَضَّأْ» ^{٣٨} وقال صلى الله عليه وسلم: «إِنَّ الشَّيْطَانَ لِيَأْتِي [١٧٥-b] أَحَدَكُمْ وَهُوَ فِي صَلَاتِهِ فَيَنْفُخُ بَيْنَ أَلْيَتَيْهِ وَهُوَ يَقُولُ أَحَدْتُ أَحَدْتُ» ^{٣٩} الحديث.

الباب الخامس: في أوصاف الباطن و إفساد الشيطان فيه^{٤٠}

اعلم أن أعيان هذا العالم أبداً تنتقل من صلاح إلى فساد ومن فساد إلى صلاح. وقد وكل الله الملائكة بإصلاحها والشياطين بإفسادها وتغييرها^{٤١}، وذلك بحكمته البالغة وعلمه الواسع

ورجله التي تمشي بها»، صحيح البخاري، الرقاق، ٣٨

٢٩ أ: إحداهما

٣٠ أ: والثاني

٣١ أ: من فقد وزيره هو صاحب تدبيره

٣٢ ش + الله

٣٣ النور، ٥٩.

٣٤ ش + الله

٣٥ الزمر، ٤٢

٣٦ ش + شيء

٣٧ ش: فيخرج

٣٨ سنن أبي داود، الطهارة ٨١؛ سنن ابن ماجه، الطهارة، ٦٢

٣٩ لا يوجد الحديث بهذا اللفظ والحديث الأقرب إليه معنى: «إن الشيطان يأتي أحدكم وهو في صلاته حتى يفتح مقعدته فيخيل إليه أنه أحدث ولم يحدث فإذا وجد أحدكم ذلك فلا ينصرف حتى يسمع صوت ذلك بأذنه أو يجد ريح ذلك بأنفه»، الهيثمي، مجمع الزوائد،

١، ٣٣٤

٤٠ أ- فيه

٤١ ش: بتغييرها وإفسادها

في تدبير الملك وهو الحكيم العليم. فقال مخبراً عن الملائكة الموكلين بالشرور: {هَذَا مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ} ^٢ ويسمى ذلك الشيطان الخبيث المخبث كما جاء في الحديث ^٣، معنى المخبث الذي يخبث ^٤، الأشياء ويفسدها وقيل هو الذي خبث أصحابه والقول الأول أصح. فعلى هذا كل شيء مسته الملائكة طاب وطهر وكل شيء مسته الشياطين نتن وخبث وهي جميع ^٥، الخبائث والقاذورات من الدم والبول والغائط والخمر وغيرها ويقال إنه لما دخل الشيطان جوف ابن آدم عليه السلام فجرى في عروقه مجرى الدم نجس الدم بمماسة جسده ونجس الطعام والشراب في معدته بإفساده إياهما وتغييرهما إلى الغائط والبول فورد الشرع بنجاستهما وحكم بنقض الطهارة عند خروجهما. وأما النوم فإنه في الباطن مثل الليل ^٦ في العالم وذلك لأن العقل كالشمس في السماء فإذا نام العبد توفي ^٧ الله ^٨ إليه فتختفي العقل كمثّل الوزير يختفي عند غيبة الملك وحينئذ ينتشر الشياطين ^٩ في الباطن واستولوا على ولاية القلب بالمكر والفساد والتخويف، قال تعالى: {إِنَّمَا ذَلِكُمُ الشَّيْطَانُ يُخَوِّفُ أَوْلِيَاءَهُ} ^{١٠}. ولهذا يكثر فرعات النائم وأحلامه السوء وتخيلاته ^{١١} الفاسدة كالكابوس والاحتلام وغيرها. قال بعضهم إذا غاب سنوراً عن البيت ساعة ترى الفار رقاصاً يمرّ بأربع. وأما الإغماء والجنون فإنهما كالضباب والسحاب حيث يستران ضوء الشمس وقد ينتبه النائم بالتحريك وعند طلوع الفجر ولا يفيق المحنون والمغمى عليه بهما، لأن الليل يزول ^{١٢}. بمجيء النهار والضباب والسحاب ربما يبقى ^{١٣} أياماً كثيرة. فهذه الجملة [a-176]

أحوال تجري على الإنسان مادام غيبة قلبه من الجهة التي تلي عالم الملكوت إلى عالمنا. أما إذا غاب من هذه الجهة التي إلينا إلى عالم الملكوت فهنالك العقل باقٍ على حاله غير زائل ولا محجوب ولكنه مغلوب بمدد الأنوار القدسية من الحضرة الإلهية فيترل العقل عندها منزلة السراج في ضوء الشمس، فإن أثره في التسخين والإضاءة باقٍ كما كان وإن كان بالإضافة إلى نور الشمس مغلوباً، وغلبته تلك الأنوار على نور العقل ليست كحجبة ظلمات النفس إياه من النوم

٤٢ القصص، ١٥.

٤٣ المعجم الأوسط للطبراني، ج ٨، ص ٣٤٥، رقم الحديث ٨٨٢٥.

٤٤ ش: ينحس

٤٥ ش: جمع

٤٦ ش: الدر

٤٧ ش: ترخي

٤٨ ش + نفسه

٤٩ أ: الشيطان

٥٠ آل عمران، ١٧٥.

٥١ ش: تخييلاته

٥٢ ش: تزول

٥٣ ش: تبقى

والجنون والسكر والإغماء فيكون مناط تكليف^{٥٤} على حاله حتى إن الولي ربما يستمدّ من تلك الأنوار ما يزيد به بصيرة في استكمال الطاعات والمحافظة على الخدمة بين يدي خالقه، ولهذا قيل إن الأنبياء لا يغلب على عقولهم أي لا يذهل عقولهم عن الله سبحانه ولكن قد يقف العقل حالة الاستغراق بمعرفته عن تدبير أبادهم، فلذلك لا ينتظم^{٥٥} حركاتهم كما كان حال موسى عليه السلام حين خر صعقا {فَلَمَّا أَفَاقَ قَالَ سُبْحَانَكَ تُبْتُ إِلَيْكَ}^{٥٦}. ولا يقال إنه عليه السلام في تلك الصعقة كان منتقض الطهارة لأن المتولي لنقض الطهارات هو الشيطان الخبيث المخبت وحالة موسى عليه السلام إذ ذاك^{٥٧} حالة لا يسعها ملك مقرب فأين منها^{٥٨} الشياطين المردة الذين لهم تسلط واستحواذ على القلوب، أولئك عندها يقذفون بالشهب الثواقب من كل جانب دحوراً. قال تعالى: {إِنَّهُ لَيْسَ لَهُ سُلْطَانٌ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَلَى رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ، إِنَّمَا سُلْطَانُهُ عَلَى الَّذِينَ يَتَوَلَّوْنَهُ وَالَّذِينَ هُمْ بِهِ مُشْرِكُونَ}^{٥٩}، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «لي مع الله وقت لا يسعني فيه ملك مقرب ولا نبي مرسل»^{٦٠} فأين الشيطان هناك^{٦١} حتى ينقض طهارته. فظهر من مجموع هذه الكلمات أن عقول الأنبياء والأولياء حالة القرب من الله والاستغراق بجلاله وعظمته غير زائلة ولا محجوبة ولكن لاشتغال القلب^{٦٢} بمشاهدة^{٦٣} الرب لا تطاوعه الجوارح في العبادة^{٦٤} فصاحبه في أوقات صلواته كالمريض مثلاً إذ لا تطاوعه الجوارح على المشي والعمل والنائم في صلواته على أحد [b-176] قولي الشافعي وقول أبي حنيفة رحمة الله عليه بناء على قول النبي عليه السلام: «إِذَا نَامَ الْعَبْدُ فِي صَلَاتِهِ بِأَهَى اللَّهِ بِهِ الْمَلَائِكَةُ يَقُولُ أَنْظِرُوا إِلَى عَبْدِي رُوحَهُ عِنْدِي وَجَسَدُهُ بَيْنَ يَدَيَّ سَاجِدٌ»^{٦٥}. فإن قيل قد يسمى أصحاب الأحوال

٥٤ ش: التكليف

٥٥ أ: ينظم

٥٦ الأعراف، ١٤٣.

٥٧ ش: ذلك

٥٨ ش - منها

٥٩ النحل، ٩٩.

٦٠ الأسرار المرفوعة في الأخبار الموضوعة لعلي القاري، ٢٩٩.

٦١ ش: هنالك

٦٢ أ - القلب

٦٣ أ: مشاهدة

٦٤ أ: العادة

٦٥ البدر المنير لابن الملقن، ج ٢، ص ٤٤٤.

مجانين كأويس^{٦٦} وبهلول^{٦٧} وغيرهما فيدل^{٦٨} ذلك على زوال عقولهم، قلنا العامة تسميهم بذلك صورة لا حقيقة ألا ترى أنهم مع ذلك التسمية يدعون عقلاء المجانين وقد جمع من مواعيتهم وحكمهم كتب كثيرة فدل كلامهم الصحيح على ثبوت عقولهم. قال بعضهم:

بي جنون الهوى وما بي جنون وجنون الهوى جنون جنون^{٦٩}

وجنون الجنون هو الإفاقة. وقال آخر:

وحدثني^{٧٠} يأسعد عنها فزدتني^{٧١} جنوناً فزدني من حديثك يا سعد.

ولا عبرة بخروج حركاتهم عن النظام فإن ذلك ليس من اختلال عقولهم وزواله بل لاعتلائه وكماله والشمس خافية عن اللمعان^{٧٢}. وعند أهل الحقائق إنما سموهم عقلاء المجانين لأن المجانين أهل الغفلة من العوام وهم عقلاؤهم.

الباب السادس: في اختصاص الأعضاء الخمسة بالطهارة

اعلم أنه جاء في التوراة أن أبانا خامس الخليفة^{٧٣} وذكروا في تفسيره أن أعظم مخلوقات العالم خمسة وهي العرش والكرسي والسماء والأرض وآدم عليه السلام. فأقول إن من عجائب صنع الله تعالى في آدم اختصاصه بالأخماس تنبيهها على مرتبته من المخلوقات فخلق الله^{٧٤} لبدنه خمس شعب هي أطرافه أعني الوجه مع الرأس واليدين والرجلين وشقق كل طرف منه خمسة^{٧٥} أصابع من يديه ورجليه. وجعل في رأسه خمس حواس هن له في تناول المدركات. بمتزلة الأصابع في تناول الأشياء. وشرع له خمس صلوات بعدد أصابعه الخمس فلذلك يعبر الأصابع في المنام بالصلوات فإذا قام إلى الصلاة أمر بغسل هذه الأعضاء الخمس، لأن الشيطان كان يأتيه من

٦٦ أويس القرني: (ت ٥٣٧، ٦٥٧م) أويس بن عامر بن جزء بن مالك القرني، من بني قرن، أحد النساك العباد المقدمين من سادات التابعين، أصله من اليمن، الأعلام للزركلي، ١، ٣٧٥.

٦٧ بهلول المحنون (ت نحو ٥١٩٠، ٨٠٦م): بهلول بن عمرو الصيرفي من عقلاء المجانين له أخبار ونوادير وشعر. ولد ونشأ في الكوفة. واستقدمه الرشيد وغيره من الخلفاء لسماع كلامه. الأعلام للزركلي، ٢، ٥٦.

٦٨ ش: فدل

٦٩ البيت لعبد الله بن المعتز، نهاية الأرب في فنون الأدب للنويري، ج ٢، ص ١٤٤.

٧٠ ش: وحدثني

٧١ ش: فزدني

٧٢ ش: للمعتين

٧٣ لعله يشير إلى ما جاء في التوراة من خلق الأشياء و آدم، الكتاب المقدس، العهد العتيق، سفر التكوين، الفصل الأول، ١-٣٢.

٧٤ أ- الله

٧٥ ش: بخمسة

أطرافه فيما مسّها ببدنه حالة الحدث وجعل استجابة دعائه في العدد الخمس كما جاء في الحديث: «مَنْ قَالَ يَا رَبِّ خَمْسَ مَرَّاتٍ اسْتَجَابَ اللَّهُ دُعَاءَهُ»^{٧٦} قال النووي: «وجدت ذلك في القرآن في قوله تعالى: {رَبَّنَا مَا خَلَقْتَ هَذَا بَاطِلًا}»^{٧٧} (v. ١٧٧-a). إلى قوله {فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ}»^{٧٨} وقال الحسّاب إن الخمسة لا تنكسر قط في ضرب ولا تضعيف ولا في غيرها وهو من العجائب وقال بعضهم كان آدم عليه السلام لما قصد الشجرة المنهية عصى بوجهه حين أقبل إليها وعصى بالرجلين حين مشى إليها وعصى باليدين حين تناولها فأمر الشرع بغسل هذه الأعضاء كفارة لتلك المعصية وقد جاء في الحديث: «إِذَا تَوَضَّأَ الْعَبْدُ الْمُسْلِمُ فَعَسَلَ وَجْهَهُ خَرَجَ مِنْ وَجْهِهِ كُلُّ خَطِيئَةٍ يَنْظُرُ إِلَيْهَا بَعَيْنِهِ مَعَ آخِرِ قَطْرَةٍ مِنَ الْمَاءِ وَإِذَا غَسَلَ يَدَيْهِ خَرَجَ مِنْ يَدَيْهِ كُلُّ خَطِيئَةٍ بَطَشَهَا يَدَاهُ مَعَ آخِرِ قَطْرَةٍ مِنَ الْمَاءِ وَإِذَا غَسَلَ رِجْلَيْهِ خَرَجَ مِنْ رِجْلَيْهِ كُلُّ خَطِيئَةٍ مَشَتْ إِلَيْهَا رِجْلَاهُ مَعَ آخِرِ قَطْرَةٍ مِنَ الْمَاءِ»^{٧٩}. وقال بعض الفقهاء هذه الخمسة تكون باقية من الإنسان حالة المهنة فيترشح بالعرق في أكثر الأحوال ويعلوها الغبار فيتسخ فأمر الشرع بغسلها كل يوم خمس مرات لثلاث تراكم الوسخ عليها سيما إذا قصد مناجاة الرب ومن الأدب أن لا يدخل أحد على الملوك إلا منظّفا. وقال بعضهم الشرائع تحكّمات متبعة يقصر العقل عن فهم عللها.^{٨٠}

الباب السابع: في الحكمة في غسل جميع البدن للجنابة

فإن قيل لم يوجب خروج النجس غسل هذه الأعضاء الخمسة وخروج المني الطاهر غسل جميع البدن فالجواب عنه إن العقلاء كانوا قبل الإسلام يغتسلون من الجنابة فإن الرجل إذا وطئ فعند الإنزال ينطفئ نار الغريزة في بدنه وقد قيل الجامع مقتبس من نار حياته فليقل أو ليستكثر. قالوا إن النفوس قد جبلت على رطوبات مفسدة لولا أن نار الحياة تمنعها عن الفساد لتسارع إليها تلك الرطوبات المفسدة المحتوية عليها، فإذا عادت إليها حرارة نار الحياة بعد انطفائها بخروج المني نقت تلك الحرارة الرطوبات المفسدة إلى ظاهر الجلد بالرشح فاكست البشرة منها تغيرا لو لم يغسلها، فمن داوم على الوقاع ولم يغتسل يوشك أن يفسد التن دماغه فيهلكه من راحته، أما ترى التيس يتزوا ويتزوا كيف يكون تنته كذلك ابن آدم لو لم يغتسل [١٧٧-b]

٧٦ الحديث لم أجد هذا الحديث في المصادر المعروفة.

٧٧ آل عمران، ١٩١.

٧٨ آل عمران، ١٩٥.

٧٩ صحيح مسلم، الطهارة، ٣٢؛ سنن الترمذي، أبواب الطهارة ٢

٨٠ ش + والله أعلم

ولما كانت اللذة في الوقاع مستوعبةً لجميع البدن دبت تلك الرطوبات إلى جميع البشرة وبقيت في نقب المسام فوجب غسل البدن كله، وكذلك قال^{٨١} عليه السلام: «تَحْتِ كُلِّ شَعْرَةٍ حَنَابَةٌ»^{٨٢} وقال «الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ»^{٨٣}

الباب الثامن: في تساوي الناس في التكاليف الشاقة^{٨٤}

ادعى جماعة من الحمقى أن العارف قد يبلغ إلى مرتبة القرب ويتصل بالرب فيسقط عنه التكاليف الشرعية، وهذا زندقة وكفر. فإن العقلاء البالغين في التكاليف سواء، لا فرق بين صديق وولي وبين آحاد المؤمنين في ذلك، وإن كان أقرب إلى الله كان أحق بالخدمة وإظهار العبودية وكثرة العبادة ومحافظة الآداب بين يدي عظمته، ولو سقط التكليف عن أحد بما نال من القربة من الله سبحانه لسقط عن الأنبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين، ألا ترى أن^{٨٥} خطاب الله لنبينا خير الأنبياء والمرسلين: {وَأَعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّى يَأْتِيَكَ الْيَقِينُ}^{٨٦} يعني الموت كما قال في موضع آخر: {حَتَّى أَتَانَا الْيَقِينُ}^{٨٧} وكان يعاتبه على الصغائر فيقول {لِمَ أَذْنَتَ لَهُمْ}^{٨٨}، ويقول: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ}^{٨٩} وناهيك بقصة آدم عليه السلام في أكل الشجرة وقصة داود عليه السلام في حق أوريا وما جرى عليهما^{٩٠}، بلى قد يعتري على أهل الولاية أحوال تغشى قلوبهم من هيبة جلال الله وعظمته فتدهش منها عقولهم ويبقون والهين أشباه المجانين فعند ذلك يرتفع^{٩١} عنهم الخطاب لا لبلوغهم إلى درجة القرب ولكن لدهشة عقولهم من هيبة الرب وهي بعينها حالة من أدهشه إفراط المحبة مثل حالة أبي طيبة الحجام^{٩٢} حين شرب دم النبي عليه السلام وهو حرام لإفراط محبته، وكان في ذلك معذورا حتى قال له عليه السلام: «حَرَمْتُ بَدَنَكَ عَلَى النَّارِ»^{٩٣}، واعلم أن للولي في هذه المرتبة حالتين من قوة وضعف، فالأقوياء من الأولياء أوقاتهم

٨١ ش + النبي صلى الله عليه وسلم

٨٢ سنن أبي داود، الطهارة ٩٩؛ سنن الترمذي، أبواب الطهارة ٧٨.

٨٣ صحيح مسلم، الحيض ٨١؛ سنن أبي داود، الطهارة ٨٥.

٨٤ ش - الشاقة

٨٥ ش: إلى

٨٦ الحجر، ٩٩.

٨٧ المدثر، ٤٧.

٨٨ التوبة، ٤٣.

٨٩ التحريم، ١.

٩٠ الكتاب المقدس، العهد العتيق، سفر الملوك الثاني، الفصل الثاني عشر، ١-٣١.

٩١ ش: يرفع

٩٢ أبو طيبة الحجام: مولى بني حارثة من الأنصار كان يحجم النبي. قيل اسمه دينار، وقيل نافع وقيل ميسرة، الاستيعاب لابن عبد البر، ٤،

١٧٠٠؛ أسد الغابة لابن الأثير، ٥٢١؛ الإصابة لابن حجر، ٧٠١٩٥.

٩٣ لم أجد هذا الحديث في المصادر المعروفة.

محافظة عليهم فلا تحكم بنقض طهارتهم عند الغيبة ولا يسقط عنهم الخطاب كحالة الأنبياء، ويقال لهم غيب عمّا لهم عنه بُدّ وْحُضَار بَدَّهُم اللازم، والضعفاء منهم ربما لم يبلغوا هذه الدرجة لضعف نيتهم فيضطرب عقولهم في تلك الحالة فلا يقدرّون على ضبطها فيحكم بنقض طهارتهم، وسقوط الخطاب عنهم إلحاقاً بأصحاب الإغماء [a-178]

واعلم أنه يجب^{٩٤} عليهم قضاء ما فاتهم من الفرائض إذا عادوا إلى حالة الحضور، لأن الفناء يستعمل على معنيين أحدهما فناء صفات البشرية كما قال^{٩٥} صلى الله عليه وسلم للصدّيق الأكبر: «مَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْظَرَ إِلَى مَيِّتٍ يَمِشِي عَلَى الْأَرْضِ فَلْيَنْظُرْ إِلَى أَبِي بَكْرٍ»^{٩٦}، والثاني فناء الحياة وهو الموت المسقط للخطاب أصلاً دون الفناء الأول. فاعلم^{٩٧} والله^{٩٨} عبادة^{٩٩} من الخواص لاحظهم بعين العناية فحفظ عليهم أوقاتهم فإذا دهمتهم غيبة عن الوجود وغرقوا^{١٠٠} في تيّار بحر العظمة وصاروا في عين الجمع ثم دخل عليهم أوقات عباداتهم ردهم إلى حال التفرقة حتى إذا أدوا فرائضهم جذبهم عنها إلى تلك الحالة السنّية لئلا يفوتهم الأوقات التي هي أزمّة أنفاس السالكين إلى الله وتسمى هذه الحالة التفرقة الثانية بعد الاصطلام وهي من أشرف أحوال أهل الولاية وكانت حالة أبي الحسن النوري في أيام ولهة^{١٠١} حين عادته الجنيد^{١٠٢} وسأل قومه أمحفوظ عليه أوقاته فقالوا نعم يعود في أوقات صلّاته فيصلّي ثم يغيب فحمد الله على ذلك فقال الحمد لله الذي لم يجعل الشيطان سبيلاً إلى أحنينا.

الباب التاسع: في ١٠٣ الشواهد على صحة طهارة أهل الغيبة

من الأنبياء والأولياء ومما يوضح أن تلك الحالة غير ناقضة للطهارة أنه لم ينقل إلينا أنه^{١٠٤} عليه السلام توضأ بعد انكشاف الوحي عنه ولا يخفى أن غيبته^{١٠٥} عليه السلام تحت برحائه^{١٠٦} الوحي

- ٩٤ ش: ثبت
٩٥ ش + النبي
٩٦ لم أجد الحديث بهذه العبارة. والأقرب إليه ما رواه الطبراني: «من أراد أن ينظر إلى عتيق من النار فلينظر إلى أبي بكر»، معجم الطبراني الأوسط، ٩، ١٤٩.
٩٧ ش: فاعلم
٩٨ ش: أن لله
٩٩ ش: عبادة
١٠٠ ش: وعن قوى
١٠١ ش: ولهة
١٠٢ الجنيد البغدادي (ت ٢٩٧: ٩١٠): الجنيد بن محمد بن الجنيد البغدادي الخزاز صوفي، من العلماء بالدين، مولده و منشأه ووفاته ببغداد، أصل أبيه من نهاوند، وعده العلماء شيخ مذهب التصوف لضبط مذهبه بقواعد الكتاب والسنة، الأعلام، ٢، ١٣٧-١٣٨
١٠٣ ش + ذكر
١٠٤ ش: أن النبي
١٠٥ ش: أن النبي
١٠٦ ش: برحاء

أشد وأكّد من غيبة الولي عند الوجد والسماع، قالت عائشة رضي الله عنها: «^{١٠٧} رَأَيْتُ النَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَنْزِلُ عَلَيْهِ الْوَحْيُ فِي الْيَوْمِ الشَّدِيدِ الْبَرْدِ فَيَقْصِمُ عَنْهُ وَإِنْ جَبِينُهُ لِيَتَفْصَدَ عَرْقًا، وَكَانَ عِبَادَةُ بَنِ الصَّامِتِ يَقُولُ إِذَا نَزَلَ الْوَحْيُ عَلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَرَبَ لِدَلِّكَ وَتَرَبَدَ وَجْهَهُ»^{١٠٨} فلما أفل عنه رفع الرأس ولما سأله الحارث بن هشام كيف يأتيك الوحي قال إنه يأتيني^{١٠٩} أحياناً مثل صلصلة الجرس وهو أشده علي فيفصم عني وقد وعيت منه وقال لخديجة أخذني فغطني حتى بلغ مني الجهد ثم أرسلني هكذا ثلاث مرات ثم قال اقرأ باسم ربك وكان عليه السلام يرجف فؤاده ويقول زملوني زملوني فإني خشيت على نفسي حتى انطلقت خديجة إلى ابن [b-178] عمها ورقة بن نوفل فأخبرته بذلك فقال إنه ليأتيه الناموس الأكبر الذي نزل على موسى عليه السلام يا ليتني فيها حديثاً^{١١٠} هذه وأمثالها دالة على أن برحاً^{١١١} الوحي أشد من غيبة أولئك القوم وكان عليه السلام لم يتوضأ عن ذلك ولو توضأ انتقل إلينا كما نقل الأشياء التي توضأ منها فدل عدم وضوءه على صحة دعوانا في إثبات عقولهم في تلك الحالة، وإنما غيبتهم لكونها مغلوبة بتتابع الأنوار المنصبة إليها المعبرة عنها بقوله تعالى: {أَنَسَ مِنْ جَانِبِ الطُّورِ نَارًا} ^{١١٢}. هذا وكتب المشايخ مملوءة من حكايات أصحاب الغيبة في حال عباداتهم ولم يذكر أحد منهم كانوا فيها على غير طهارة، وكان مسلم بن يسار^{١١٣} في صلاته فسقط أسطوانة المسجد وانهدم جانب فانشال الناس من أهل السوق إليه من هدته وهو في صلاته ساكن ولم يشعر بذلك وتأكل طرف بعضهم فقطعوه وأبانوا عنه ذلك وهو في الصلاة ولم يحسّ به. وروي أن علياً رضي الله عنه قد دخل نصل في بعض أعضائه وتعمق فيه فتركه حتى دخل في الصلاة فاستخرجوا منه ذلك وهو غير عالم به فلما فرغ من الصلاة قال إني^{١١٤} لأجد خفة. وكان ربيع بن حيشم في الصلاة انهدم المسجد فلم يشعر بذلك وأمثال هذه كثيرة يطول ذكرها وكلها كان في حالة الغيبة ولم ينقل أنهم تطهروا عن نقض لأجلها.

١٠٧ ش + ولقد

١٠٨ ش + وفي رواية نكس وجهه

١٠٩ ش: ليأتيني

١١٠ صحيح البخاري، بدء الوحي ٤٢؛ سنن الترمذي، المناقب ٧.

١١١ ش: رحا

١١٢ القصص، ٢٩.

١١٣ مسلم بن يسار (ت ١٠٨-٧٢٦): مسلم بن يسار الأموي بالولاء أبو عبدالله: الفقيه، ناسك من رجال الحديث، أصله من مكة سكن

بالبصرة فكان مفتيها وتوفي بها، الأعلام، ٨، ١٢١.

١١٤ ش: لأني

الباب العاشر في أصناف أهل الغيبة

اعلم أن أهل الغيبة أصناف وفي نقض طهرهم اختلاف. فمنهم من يُدهش عقله من هول يصيبه مثل أن سُئل عليه سيف أو صال عليه سبع فإنه في الغالب لا يقدر على إمساك أخبثيه، فقال أبو الطيب^{١١٥}:

فغدا أسيراً قد بللت ثيابه بدمٍ وبلَّ ببوله الأفخاذا^{١١٦}

فهذا حقه أن يتطهر احتياطاً. ومنهم من يفاجئه فقد^{١١٧} بعض أعزته فيبقى مدهوشاً لا يحس من أحواله شيئاً فهذا لا ينقض وضوءه لأن الحزن يقبض النفس بخلاف الفرح الذي يبسطها فإن المغمور بالفرح لا يتماسك. ومنهم من يقع نظره إلى خليفة الوقت أو سلطان مهيب فيضطرب عقله وربما يخزّ لوجهه كما وقع للأديب الأبيوردّي^{١١٨} حين أدخل [a-١٧٩] على السلطان محمد بن ملكشاه غشي عليه وسقط بين يديه وفي ذلك يقول^{١١٩} معذراً:

وقفنا بحيث العدل مد رواقه وخيم في أرجائه الجواد والبائس

وفوق السرير ابن الملوك محمد يخز له من فرط هيئته الناس

فخامرني^{١٢٠} ما خانني قدمي به وإن رد عني نفرة الجاش انباس

وذاك^{١٢١} مقام لا نوفيه حقه إذا لم ينب^{١٢٢} فيه عن القدم الرأس

فإن عثرت رجلي فليس لمقولي^{١٢٣} عثار وكم زلت أفاضل أكياس^{١٢٤}

١١٥ أبو الطيب المتنبي (ت ٩٦٥\١٣٥٤): أحمد بن الحسين بن الحسن بن عبد الصمد الجعفي الكوفي الكندي، الشاعر الحكيم وأحد مفاخر الأدب العربي، له الأمثال السائرة والحكم البالغة والمعاني المبتكرة، ولد بالكوفة ونشأ بالشام، وتنقل كثيراً، الأعلام، ١، ١١٠-١١١.

١١٦ ديوان أبي الطيب المتنبي، ص ٦٣.

١١٧ ش: نقي

١١٨ محمد بن أحمد أبو المظفر الأديب الأبيوردّي، كان عالماً باللغة والأنساب، توفي بإصبهان في ٥٠٧ للهجرة، إنباه الرواة للقفطي، ٣، ٤٩-٥٢.

١١٩ أ- يقول

١٢٠ أ: فما مرني

١٢١ أ: ذلك

١٢٢ ش: يتب

١٢٣ ش: لمعولي

١٢٤ معجم الأدباء للحموي، ٥، ٢٣٦٢.

فهذه الحالة لا تنقض^{١٢٥} الوضوء لأن القبض عليها غالب. ومنهم من يدور عليه دور الرحي حتى يهيج^{١٢٦} به المرة فيظلم بصره ويسقط لوجهه وهو أيضا باقٍ على وضوءه، لأنه ذاكر حاله. ومنهم من يكون مستغرقا بذكر محبوبه حتى ينسى نفسه وما هو فيه مثل: قيس بنى عامر حيث يقول أصلي فلا أدري إذا ما ذكرتها اثنتين صليت الضحى أم ثمانيا، وهذا يكون على الطهر أيضا لأن حاله حالة أهل الغفلة عما هم فيه. ومنهم أصحاب الزعقات في مجالس الوعظ والراقصون المخرقون أثوابهم عند سماع الأغاني والألحان أو سماع القرآن وهم أنواع. منهم جماعة يتواجدون ويزعقون تنمسا وزورا ولعل أكثر الزاعقين في هذه المجالس منهم. ولقد قرأت في تهذيب الأخلاق لأبي سعيد الخركوشي^{١٢٧} روي عن أنس أنه عليه السلام كان يعظ فصعق صاعق من جانب المسجد فقال صلى الله عليه وسلم من هذا الملبس^{١٢٨} علينا في ديننا إن كان صادقا فقد شهد على نفسه وإن كان كاذبا صبَّ الله في أذنيه الآنك يوم القيامة.^{١٢٩} هذا على طهر أيضا. لأنه متكلف غير مغشى عليه ولكنه في سخط الله لتنمسه وريائه. ومنهم من كان في أصل خلقته مختلَّ العقل، إما من سوداء أو صرع أو ضعف قلب فإذا سمع صوتا رقيقا هاجت به العلة القديمة فأزعجته وأشهقته فهذا ينقض وضوءه إلحاقا بالمجانين. ومنهم من خامره^{١٣٠} حب إنسان وتمكن في صميم قلبه فإذا سمع صوتا طيبا أو بيتا رقيقا اشتعلت دفائن الحب من فؤاده فطاش وصرخ، وهذا إلى انتقاض الطهر أقرب إلحاقا بالسكران. [b-179]

ولهؤلاء أيضا مقادير تعرف بالمشاهدة والقرائن. فأما الذي تكلمنا في بقاء طهره فهو العارف الصادق المحتشد المتورع المذهب الأخلاق المتفكر ليله ونهاره الذي حسن سمته في الطريقة ورسخت قدمه في الحقيقة فقد خدم المشايخ ونظر في كلامهم وكان عالما بالشريعة معظما لها وارثا صبة^{١٣١} نفسه بطيب المطعم والمشرب وتحمل المشاقات ألفا^{١٣٢} للخلوة هاربا من أهل الغفلة إلى غير ذلك من أوصاف الأبرار الأتقياء. فإنه إذا عُيب عن نفسه وكوشف بمقارر القدس وأنوار الملكوت في غيبته لا يحكم بأن عقله مسلوب ومحجوب ولكنه باق بحاله مغلوب كما شرحناه من قبل وآخر دعواي أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله^{١٣٣} على محمد وآله أجمعين.

١٢٥ ش: لا ينقض

١٢٦ ش: تهيج

١٢٧ أبو سعد عبد الملك بن أبي عثمان الخركوشي النيسابوري، الواعظ، المحدث والفقيه، له تفسير كبير، دلائل النبوة والزهد. توفي في ٤٠٧ للهجرة، سير أعلام النبلاء للذهبي، ١٣، ٤٨.

١٢٨ أ: الملبس

١٢٩ لم أجد هذا الحديث

١٣٠ ش: خامرته

١٣١ ش: وارتاضت

١٣٢ ش: ألفا

١٣٣ ش - الله

المصادر والمراجع

١- الاستيعاب في معرفة الأصحاب؛

تأليف أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، تحقيق: علي محمد الجاوي، نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة.

٢- أسد الغابة في معرفة الصحابة؛

تأليف أبي الحسين علي بن محمد الجزري ابن الأثير، تحقيق: الشيخ خليل مأمون شيخا، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٨/١٩١٧.

٣- الأسرار المرفوعة في الأخبار الموضوعة؛

تأليف نورالدين علي بن محمد بن سلطان الملا علي القاري، تحقيق: محمد الصباغ، دار الأمانة ومؤسسة الرسالة، بيروت، ١٣٩١/١٩٧١.

٤- الإصابة في تمييز الصحابة؛

أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥/١٩٩٥.

٥- الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين؛

تأليف خير الدين الزركلي، الطبعة الثانية، عشر مجلدات، بدون تاريخ و مكان.

٦- إنباه الرواة على أنباه النحاة

تأليف جمال الدين أبي الحسن علي بن يوسف القفطي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٤٠٦/١٩٨٢.

٧- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير؛

تأليف سراج الدين عمر بن علي بن أحمد ابن الملقن، دار الهجرة، رياض ١٤٢٥/٢٠٠٤

٨- ديوان أبي الطيب المتنبي؛

التصحيح والمقارنة: الدكتور عبد الوهاب عزام، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ٣٦٣١/٤٤٩١.

٩- سنن أبي داود؛

تأليف أبي داود، تحقيق: محمد عوامة، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، ١٤١٩/١٩٩٨

١٠- سنن ابن ماجة؛

تأليف أبي عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة، دار الفكر، رياض، بدون تاريخ.

١١- سنن الترمذي؛

تأليف أبي عيسى محمد بن عيسى، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة،

٢١- سير أعلام النبلاء؛

تأليف شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، القاهرة، دار الحديث، ١٤٢٧/٢٠٠٦.

٣١- صحيح البخاري؛

تأليف محمد بن إسماعيل البخاري، محمد فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية، القاهرة.

٤١- صحيح مسلم؛

تأليف مسلم بن حجاج، دار الفكر، رياض، ١٩٩٨

٥١- الكتاب المقدس؛

جمعيات الكتاب المقدس المتحدة، بيروت، ١٩٥١.

٦١- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد؛

تأليف الحافظ نورالدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٢٢/٢٠٠١

٧١- معجم الأدباء؛

تأليف شهاب الدين عبد الله ياقوت الحموي، تحقيق: إحسان عباس، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٤١٤/١٩٩٣.

٨١- المعجم الأوسط؛

تأليف أبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد،
عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، القاهرة، دار الحرمين. ١٤١٦/١٩٩٥.

٩١- نهاية الأرب في فنون الأدب؛

تأليف شهاب الدين النويري، القاهرة، دار الكتب، ١٤٢٣.

التقليد وطلاق المكره لعالم محمد بن حمزة الأيديني الكوزلحصاري تحقيق وتحليل

* Doç. Dr. Abdüsselam ARI

ملخص: مؤلف الرسالة هو عالم محمد بن حمزة، عاش في الفترة الواقعة بين منتصف القرن السابع عشر حتى بدايات القرن الثامن عشر، وشغل منصب مفتي مدينة آيدن في تركيا لمدة طويلة. قد يكون سبب تأليف الرسالة سؤالاً ورد إليه أثناء عمله في الإفتاء، وقف المؤلف فيها أولاً على جواز تقليد المذاهب الأخرى، ثم أتى بأمثلة من مصادر المذهب الحنفي على هذا ودافع عن هذا الرأي. وأخيراً بين أن الأخذ بالرأي بعدم وقوع طلاق المكره الذي تقول به المذاهب الثلاثة أصبح ضرورة في ذلك الزمن وإن خالف رأي المذهب الحنفي.

في هذه الدراسة سنتناول الموضوع في ثلاثة أقسام وسنحاول تحليل الرسالة، وبعد ذلك يأتي نص الرسالة المحقق لعالم محمد بن حمزة المتعلق بطلاق المكره.

الكلمات المفتاحية: المكره، الطلاق، عالم محمد بن حمزة.

**Âlim Muhammed B. Hamza El-Aydinî El-Güzelhisârî'nin
Taklid ve Mükrehin Talâkına Dâir Risalesi
Tahkik ve Tahlil**

Özet: Risalenin müellifi Âlim Muhammed b. Hamza, XVII. yüzyılın ikinci yarısı ile XVIII. yüzyıl başlarında yaşamış ve Aydın ilinde uzun süre müftülük yapmıştır. Muhtemelen kendisine müftü iken yöneltilen bir soru üzerine kaleme aldığı bu risalede, önce başka bir mezhebi taklid etmenin cevazı üzerinde durmuş daha sonra buna, Hanefî kaynaklarından örnekler vererek taklidin cevazını savunmuştur. Son bölümde Hanefî mezhebine aykırı olsa da o günkü şartlarda, mükrehin talakını geçersiz sayan diğer üç mezhebe ait görüşü almanın zaruret haline getirdiğini öne sürmüştür.

Bu çalışmada konu üç bölüm halinde ele alınacak ve risale tahlil edilmeye çalışılacaktır. Sonra da Âlim Muhammed b. Hamza'nın kaleme aldığı taklid ve mükrehin talakına ilişkin risalenin tahkik edilmiş metnine yer verilecektir.

Anahtar kelimeler: Taklid, müctehit, fetva, mükreh, talâk, Âlim Muhammed b. Hamza.

مدخل

عالم محمد بن حمزة هو عالم ومُفتٍ عثماني عنيت رسائله بتقدير من شيخ الإسلام وقاضي القضاة في زمنه. و رسالته التي بين أيدينا تجلب الانتباه من زاوية احتوائها على مخالفة لما عليه الفتوى في المذهب الحنفي.

و في القسم الاول من هذه الدراسة التي تستهدف تحليل الرسالة في التقليد وطلاق المكره قدمنا تعريف اصطلاحات الإكراه والمكره والطلاق، وبعد ذلك درسنا الآراء المتعلقة بطلاق المكره في المذهب الحنفي والمذاهب الأخرى وأدلة الطرفين.

و في القسم الثاني ذكرنا ظروف الفترة التي عاش فيها مؤلف الرسالة عالم محمد بن حمزة، وحياته، وشخصيته، ومؤلفاته.

وفي القسم الأخير حاولنا تحليل نص الرسالة، وذلك ببيان اسم الرسالة وتاريخ نسخها، وسبب نسخها، وبيان نُسخها ومنهجها ومصادرها.

لقد كان الوصول إلى المعلومات التي نُقلت إلى الرسالة من المصادر المخطوطة أمراً متعباً جداً لدرجة الوقوع في اليأس. وقد وُقِّفنا إلى تثبيت أماكن المعلومات المذكورة بقراءة الأقسام التي يرجح العثور عليها من البداية وحتى النهاية.

و في الفترة الأخيرة قد لقي بعض آثار مؤلف الرسالة «الآيديني» العناية من الأعمال العلمية، كالتحقيق والرسائل العلمية والمقالات^١. وهذه الأعمال من شأنها أن تتيح فرصة لجيل اليوم للتعرف على المؤلف عن قرب. وبعد هذا المدخل الموجز نبدأ الآن في موضوعنا ببحث آراء فقهاء المذاهب الأربعة المتعلقة بطلاق المكره.

^١ Seyda Demirci, *Hacı Emirzâde Muhammed b. Haza el-Aydîni'nin Hayatı Eserleri ve Günlük Hayata Dair Bazı Risalelerinin Tanıtımı*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014; Mohammed Najat Mohammed, *Âlim Muhammed b. Hamza Güzelhisârî el-Aydîni'nin Fıkha Dair Bazı Risalelerinin Tahkiki*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2014; Elif Küçükahmet, *XVII. Yüzyıl Alimlerinden Muhammed b. Hamza Güzelhisârî'nin Ezhârü't-Tenzil Adlı Tefsirinin İncelenmesi*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya 2012; Süleyman Kaya, "XVII. Yüzyıl Sonlarında Muhalif Bir Metin Muhammed b. Hamza el-Aydîni'nin Bey'ü'l-İne Risalesi" *Divan Dergisi*, Cilt 14, Sy. 26 (2009/1), s. 98-99, Alican Dağdeviren, Elif Küçükahmet, "Muhammed Güzelhisârî ve Ezhârü't-Tenzil İsimli Tefsirinin Rivayet Açısından Değeri" *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt, XV, Sayı 27, (2013/1).

١- الآراء المتعلقة بمسألة طلاق المكره في الفقه.

الإكراه: هو إجبار الشخص باستعمال الجبر أو التهديد على قول أو فعل ما لا يرغب فيهما في حالة حرية. ويُقال لهذا الاجبار إكراه وللشخص المجبور مُكْرَهٌ^٢. أما الطلاق فهو إزالة الزوج ميثاق الزواج بتلفظ إحدى الألفاظ التي تستخدم لحل عقدة النكاح^٣. في الأحوال العادية فإن الزوج إذا وصل إلى قناعة عدم إمكانية استمرار الزواج فعند ذلك إذا أراد إنهاء زواجه فيإمكانه ان ينهي زواجه بالتعبير عن إرادة الطلاق، ولكن عند التطليق في حالة التهديد فإن في وقوع طلاقه في هذه الحالة خلافاً بين الحنفية والجمهور يعتمد على قضية تعريف الإختيار والرضى. ومن المهم توضيح الخلاف لكي نفهم السياق الذي سارت فيه المناقشات.

أ- رأي الجمهور

يتفق فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة الذين يعدون الإختيار والرضى مترادفين لمفهوم واحد على أن الإكراه يلغي الإرادة (الإختيار والرضى) تماماً، وبناء على ذلك يعتبرون طلاق المكره غير واقع^٤.

ويذكر فقهاء المذاهب الثلاثة غير الحنفية الأدلة التالية على عدم وقوع طلاق المكره:

(١) ورد في القرآن الكريم أن المكره على قول الكفر ليس بكافر^٥، والكفر هو موضوع أهم بكثير من المعاملات الشرعية، وبما أن ألفاظ الكفر التي صدرت من المكره بضغط الإكراه في أمر مهم غير معتبرة فمن باب أولى عدم اعتبار الألفاظ التي صدرت بضغط الإكراه في المعاملات الشرعية لكونها أقل أهمية من ألفاظ الكفر^٦.

(٢) حسب ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال النبي صلى الله عليه وسلم: «رُفِعَ عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^٧. صرح في هذا الحديث بعدم اعتبار جميع المعاملات

٢ Ali Bardakoğlu, "İkrah", DİA, İstanbul, 2000, XXII, 30.

٣ Ahmet Yaman, İslam Aile Hukuku, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, Yedinci Baskı, İstanbul, 2009, s. 79.

٤ ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار كهرمان للنشر، إسطنبول، ١٩٨٥، ٢. ٦٧. الشيرازي أبو إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر، بدون دار نشر، ٢. ٧٨. ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، دار الفكر بيروت، ١٩٨٤، ٨/٢٦٠.

٥ النحل، ١٠٦/١٦.

٦ ابن قدامة، المغني، ٨/٢٦٠، الشيرازي، المهذب، ٢/٧٨.

٧ ابن ماجه، الطلاق، ١٦.

الشرعية التي صدرت بضغط الإكراه. وبالتالي فيجب عدم اعتبار وقوع طلاق المكره^٨.

(٣) وفي حديث روي عن عائشة يقال: «لا طلاق ولا إعتاق في إغلاق»^٩، وكلمة إغلاق الواردة في الحديث بمعنى الإكراه، وعلى هذا يجب أن لا يقع طلاق المكره^{١٠}.

(٤) وفي حديث آخر روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه يقال: «إنما الأعمال بالنيات»^{١١}. وتعبير الطلاق الصادر من المكره على ما يتلفظ بنية وقوع الطلاق، فيجب عدم ترتيب الحكم على تعبیر الطلاق الصادر تحت وطأة الإكراه^{١٢}.

(٥) يقول الحنفية بوقوع طلاق المكره قائلين المكره على الهازل، بيد أن هذا القياس قياس مع الفارق. حيث إن الهازل عبر عن الطلاق برغبته فيه، ولكن المكره لم يعبر عنه برغبة منه، بل ليدفع عن نفسه التهديد الواقع عليه، فلا يقاس المكره على الهازل، بل يجب قياسه على الذين لا يعتبر تعبيرهم لفقد إرادتهم، كالمجنون والنائم والصغير الذي لم يبلغ سن التمييز بعد. فكما لا يعتد بتعبيرهم عن إرادتهم في المعاملات الشرعية يجب أن لا يعتد بتعبير المكره عن الطلاق الصادر تحت ضغط التهديد.

(٦) لو اعتبر طلاق المكره تحت التهديد واقعا لكان ذلك فتحاً لباب من أبواب الطغيان، وبعد ذلك لو أحب شقي طاغ زوجة أحد لمهد له الطريق ليحبر زوجها على تطبيقها كي يتزوجها من بعده، وإن منع وقوع طلاق المكره بالتهديد فبذلك قد قطع وصول الطغاة الى أملهم و الحصول على مرادهم، ومنع وقوع الظلم على الناس بطريق الإكراه^{١٣}.

ب- رأي المذهب الحنفي

بالنسبة للمذهب الحنفي فإن الإرادة تتكون من عنصرين، وهما الإختيار والرضى. والإختيار فقد عُرِّف بأنه ترجيح الشخص فعل شيء مقدور أو عدمه، وأما الرضى فهو بلوغ الإختيار

٨ القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٦٧، ١٨٤/٥. ابن قدامة، المغني، ٢٦٠/٨، الشيرازي، المهذب، ٧٨/٢، ابن رشد، بداية المجتهد ٦٧/٢.

٩ أبو داود، الطلاق ٨، ابن ماجه، الطلاق ١٦، أحمد بن حنبل، ٢٧٦/٢، الحاكم، المستدرک ١٩٨/٢.

١٠ ابن قدامة، المغني ٢٦٠/٨.

١١ البخاري، بدأ الوحي ١، مسلم، الإمارة ١٥٥، أبو داود، الطلاق ١١، الترمذي، فضائل الجهاد ١٦.

١٢ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١٨٤/٥.

١٣ شاه ولي الدين بن عبد الرحيم الدهلوي، حجة الله البالغة، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، بدون دار نشر. ١٣٨/٢.

أعلى درجاته بظهور أثره، في الوجه كتبسم^{١٤}. فلو حصل التعبير عن الطلاق ولو بوطأة التهديد فإنه يقع عند الحنفية. وقد استدلت الحنفية على مذهبه بما يلي:

(١) إن الإكراه بالتهديد الثقيل كالقتل أو إتلاف العضو وإن أعدم الرضى فإنه لا يعدم الاختيار وإن كان اختياره فاسداً. لأن المكره على التلفظ بالطلاق أوقعه بقصد إليه، لأنه اختار ما هو أهون عليه، وهذا الترجيح يدل على وجود اختياره. وبالتالي فإن المكره ولو لم يكن له قصد إلى حكم لفظ الطلاق (وهو وقوع طلاق زوجته) كان له قصد واختيار للقول الذي ينتج عنه طلاق زوجته. ومن هذا الوجه فإن المكره مثل المازل. وعلى ما روي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في المازل: «ثلاثٌ جدهن جد، وهزلن جد: النكاح والطلاق والرجعة»^{١٥}، وبما أن طلاق المازل يقع وكذلك يجب أن يقع طلاق المكره^{١٦}.

(٢) إن الحنفية قد أولوا الأحاديث التي استدلت بها الجمهور بتأويل مختلف:

(أ) إن حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «رُفِعَ عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^{١٧} يحتاج إلى تقدير لفظة «حُكِمَ» كمضاف لِيُفْهَمَ فهما صحيحا، فإن هذه اللفظة المقدرة لا يقصد بها حكم عام تشمل الأحكام الدنيوية والأخروية، بل يجب أن يقصد بها الأحكام الأخروية (المسؤولية الأخروية / الإثم). ولهذا يجب أن لا يُحمل كلمة «حُكِمَ» المقدرة والمبين رفعه في الحديث الشريف على الحكم الدنيوي (النتيجة الحقوقية)، بل يُحمل على الحكم الأخروي (المسؤولية الأخروية / الإثم). فالأخذ بهذا القول المنعقد عليه الإجماع أولى من الأخذ برأي الجمهور^{١٨}.

(ب) أما لفظة «حُكِمَ» المقدرة كمضاف لحديث «إنما الأعمال بالنيات» الذي استدلت به الجمهور فقُصِدَ بها أيضاً الحكم الأخروي بمعنى الثواب، لا الحكم بمعنى النتيجة الحقوقية^{١٩}.

(ج) لكلمة «إغلاق» معانٍ أخرى غير الإكراه. وقد أوّلها الحنفية بمعنى «الجنون» لا بمعنى الإكراه^{٢٠}.

١٤ عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار. بدون دار نشر. ١٣٠٧، ٤/٣٨٢-٣٨٣.
 ١٥ أبو داود، الطلاق، ٩، الترمذي، الطلاق، ٩، ابن ماجه، الطلاق، ١٣.
 ١٦ كمال ابن الهمام، فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، ١٣١٦، ٣/٣٩، البارقي، أكمل الدين محمد البارقي، العناية (على هامش فتح القدير)، ٣/٣٩، الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، دار المعرفة، أوفست، بيروت، بدون تاريخ، ٢/١٩٥.
 ١٧ ابن ماجه، الطلاق، ١٦.
 ١٨ ابن الهمام، فتح القدير، ٣/٣٩، الزيلعي، تبين الحقائق، ٢/١٩٥.
 ١٩ العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٧٢، ٣٢/١.
 ٢٠ عمر النسفي، نجم الدين أبو حفص بن عمر بن محمد النسفي، طلبة الطلبة، مكتبة المثنى، أوفست، بغداد، بدون تاريخ، ص ٦٠.

وكما قد بيّن ابن قيم الجوزية أن كلمة «إغلاق» الواردة في حديث: «لا طلاق ولا إعتاق في إغلاق»^{٢١} تأتي بمعاني: الغضب، والإكراه، والجنون. ثم نقل عن شيخه ابن تيمية أنه قال «يدخل في مفهوم «الإغلاق» طلاق المكره والمجنون و كل من تلفظ من غير قصد لزوال عقله بسبب غضب شديد»^{٢٢}.

٢- عصر عالم محمد بن حمزة الأيديني وحياته وشخصيته وآثاره.

أ) عصره

لقد انتقلت مدينة آيدن التي كان اسمها السابق «تراليس» من البيزنطيين إلى السلاجقة، ومنهم إلى العثمانيين. و مدينة تراليس التي استولى عليها الأتراك السلاجقة بسبب دمارها بحيث لا يستطيع الإنسان ان يسكن فيها تركوا هذه المدينة الخربة كما هي وبنوا في القسم الأسفل منها مدينة جديدة، وسموا هذه المدينة الحديثة آيدن كُوزْلِحْصَارِي^{٢٣}.

ظهرت حركة تمرد في الدولة العثمانية في عهد محمد الثالث بسبب عدم كفاية رجال الدولة ، ثم انتشرت في عهد أحمد الأول في كل مكان من الأناضول^{٢٤}. واعتبارا من بدايات القرن السابع عشر قام بعض الباشاوات المتمردين في آيدن وساروخان (مانيسا بأعمال السرقة والنهب وجمعوا غنائم بمقدار كبير، ونشروا الرعب بين الناس^{٢٥}. وبسبب هذا الرعب الذي انتشر بين الناس اضطر سكان مدينتي آيدن ونازيللي بناء أسوار حول مدينتيهما من أموالهم بعد الحصول على الإذن من السلطان^{٢٦}. وبالرغم من قمع هذه التمردات في مدينة آيدن ونشر الأمن فيها إلا أنها لم تخل بعد ذلك من عمليات السرقة والنهب بعد دخولها في حكم الدولة العثمانية. فمثلا الشقي المدعو ب «سيفري بولوك» في سنة ١٠٧١/١٦٦٠ بدأ بمجموعة لصوص جمعها أن يُسَلَّب ولايتي آيدن وساروخان. وأحضر واليا آيدن وساروخان مع اللصوص الذين قبض

٢١ أبو داود، الطلاق، ٨، ابن ماجه، الطلاق، ١٦، أحمد بن حنبل، المسند، ٢٧٦/٢، الحاكم، المستدرک، ١٩٨/٢.

٢٢ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٦، ٢١٥/٥. وانظروا أيضا: أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، دار المعارف، القاهرة، بدون تاريخ، ص. ٤٥١؛

Asım Efendi, Kamus Tercümesi, İstanbul, ١٣٠٥, III, ٩٧٨.

٢٣ .S, ١٩٣٦, ٥١, ١١٣. Ğsaf Gökbel-Hikmet Şölen, *Aydın İli Tarihi*, Ahmet İhsan Matbaası, yy

Ğsaf Gökbel-Hikmet Şölen, *Aydın İli Tarihi*, s. 105.

٢٥ .S, ١٩٤٤, M, Çağatay Uluçay, XVII. Asırda Saruhan'da Eşkıyalık ve Halk Hareketleri, Resimli Ay Matbaası, İstanbul ١١-١٢.

٢٦ .S, ١٨٤-١٨٥, IX, ١٥١, ١٩٣٥, Evliya Çelebi, Evliya Çelebi Seyahatnamesi, Devlet Matbaası, İstanbul

عليهم إلى إسطنبول وأعدموها في حي أسكودار بسبب عدم استطاعتها إحلال السلام في محافظتيهما^{٢٧}.

إذا لم يُقدّر على منع أعمال السرقة والنهب التي قام بها منتسبو بعض الجماعات المترحلة اتخذ الإداريون العثمانيون قراراً بنقلهم وإسكانهم في مناطق أخرى سنة ١٦٩١. وقاموا ببعض الأعمال لتحقيق هذا القرار. وهذه الأعمال كانت تهدف إلى جعل هذه الجماعات تدعن للسلطة وتُنهي أعمال السرقة والنهب^{٢٨}. وبالرغم من اتخاذ بعض التدابير فإن أعمال السرقة التي قام بها جماعة «كارا هاجيلو» مع السكان المترحلة بمنطقة «علائية» والتي تسمى اليوم بـ «آلانيا» لم تنرُد. فتم إصدار قرار بترحيل هذه الجماعات إلى مناطق تناسبهم في سنجق «إيتشيل»، ولكنهم تركوا مناطق إسكانهم وهاجروا إلى أضنة، حيث استمروا هناك في النهب والسرقة.

ورغم محاولة إرسالهم إلى مدينة إيتشيل فشل. وطُبق عليهم عقوبات، وبعد تطبيق العقوبات انتهت هذه الجماعات مدة عن فعل القلاق، ثم تركت منطقة تشوكوروفا واتجهوا إلى مناطق تيكة وحديدآباد و آيدين حيث مارسوا عاداتهم في السرقة مرة أخرى. وبعد تفاقم حركات السرقة تم إسكان جماعة «كارا هاجيلو» مع بقية العصابات بالمنطقة الخربة من سنجق آيدين ليعيشوا فيها^{٢٩}.

كما يظهر فإن منطقة آيدين وما حولها من المناطق التي سكنها عالم محمد بن حمزة كانت في تلك الفترة أي منذ بدايات القرن السابع عشر إلى أواسط القرن الثامن عشر لم تخلُ من عمليات السرقة. فربما احتاج المؤلف إلى تأليف رسالة تتعلق بطلاق المكره تجاه ورود أسئلة عليه من الذين اضطروا على تطبيق زوجاتهم بالتهديد. لأن المؤلف بنفسه قد صرح في نهاية الرسالة أن التقليد مبرره عمليات السرقة وترويع الناس.

(ب) حياته

إن عالم محمد بن حمزة الآيديني الكوزلحصاري يُعرف بعدة ألقاب، وهي: مفتي زاده، وحجي أميرزاده، وعالم محمد أفندي. وذكر في دراسة أن تاريخ ميلاده غير معروف^{٣٠}، ولكن

٢٧ Asaf Gökbel-Hikmet Şölen, *Aydın İli Tarihi*, s. 106-107.

٢٨ Özcan Tatar, *XVIII. Yüzyılın İlk Yarısında Çukurova'da Aşiretlerin Eşkıyalık Olayları ve Aşiret İşkânı, (1691-1750)* Fırat Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Elazığ, 2005, s. 4.

٢٩ Özcan Tatar, *Çukurova'da Aşiretlerin Eşkıyalık Olayları ve Aşiret İşkânı*, s. 85-86.

٣٠ Seyda Demirci, *Hacı Emirzâde Muhammed b. Haza el-Aydini'nin Hayatı Eserleri ve Günlük Hayata Dair Bazı Risalelerinin Tanıtımı*, s. 6.

عالم محمد في آخر إحدى رسائله بمجموعة هارفرد (الورقة ٢١١ أ) كتب أنه قام بتبويض مسودة الرسالة في سنة ١١٢٢ وقد جاوز ال ٧٠ سنة من عمره. فبفرض أن بعد هذه المجاوزة قد بلغ عمره ٧١ عاما على الأقل يكون تاريخ ميلاده سنة ١٠٥١/١٦٤١. وإن كان قد جاوز عمره ال ٧١ أيضا فإن تاريخ ميلاده يحتمل أن يكون قبل التاريخ المذكور أيضا.

وكما لا توجد معلومات فيما يتعلق بتفاصيل حياة الكاتب لا توجد أيضا معلومات عن المكان الذي تلقا فيه العلم وعمن تلقاه وأين، ولا تعرف أيضا سياحاته قد كان قام بها إلى مراكز العلم المختلفة لأجل الدراسة، وعليه يمكن أن يُقال فيها إنه تلقى جميع علومه في المدارس العثمانية وعن العلماء الأتراك^{٣١}. وعالم محمد الذي تقلد منصب الإفتاء لمدة طويلة^{٣٢}، تقلد منصب القضاء ومهنة التدريس أيضا^{٣٣}.

وفي مصادر تراجم الأعلام تذكر تواريخ مختلفة لوفاة عالم محمد فمحمد طاهر البورصلي يفيد بأن تاريخ وفاته استنادا للمكتوب على حجر قبره هو سنة ١٢٠٤/١٧٨٩، ولكن يظهر أن هذا احتمال بعيد، لأنه يقتضي أن يتوفي عن عمر يناهز ١٥٣ عاما. و كحالة فقد تحدث عن ٣ أشخاص اسمهم محمد بن حمزة، يمكن أن يكون أحد اثنين منهم هو مؤلف هذه الرسالة، واحد من هذين توفي في التاريخ الذي صرح به البورصلي سنة ١٢٠٤/١٧٨٩، وأما الآخر فتاريخ وفاته سنة ١٠١٠/١٦٠١^{٣٤}. وأما عاكف زاده عبد الرحمن الأماسي فذكر أن المؤلف توفي في شهر رجب من سنة ١٢٠٢/١٧٨٧ عن عمر يناهز ٦٠ عاما^{٣٥}. فإن أخذنا بالاعتبار تاريخ ميلاده المذكور سابقا نجد أن احتمال هذين التاريخين ضعيف أيضا. وأما اسماعيل باشا البغدادى فيذكر في إحدى مؤلفاته^{٣٦} أن محمد بن حمزة الأيديني قد أمهى تأليف إحدى رسائله في تاريخ ١١١٦/١٧٠٤، وفي مؤلف آخر له^{٣٧} يذكر أنه توفي سنة ١٠١٠/١٦٠١، و تتناقض هاتان المعلوماتان واضحا.

Recep Cici, İslam Ansiklopedisi için kaleme alınmış fakat henüz yayınlanmamış "Âlim Muhammed b. Hamza" maddesi, s. 1. ٣١

Bursalı Muhammed Tahir, Osmanlı Müellifleri, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1333, s. 362. ٣٢

Recep Cici, "Âlim Muhammed b. Hamza" maddesi s.1. ٣٣

عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ، ٢٧١/٩. ٣٤

Amasyalı Âkifzâde Abdurrahim, Kitâbu'l-mecmû' fi'l-meşhûdu ve'l-mesmû' Türkiye İlmî ve İctimâî Hizmetler Vakfı, İstanbul, 1998, s.338. ٣٥

Bağdatlı İsmail Paşa, İzâhu'l-meknûn fi'z-zeyli alâ Keşfi'z-zunûn, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1947, II, 216. ٣٦

Bağdatlı İsmail Paşa, Hediyetü'l-Ârifin esmâu'l-müellifin ve âsarü'l-müellifin, Maarif Basımevi, İstanbul 1955, II, 265. ٣٧

وانطلاقاً مما ذكر «قايًا»^{٣٨} أن آخر رسالة ألفها عالم محمد في تاريخ ١١٢٢/١٧١٠، وبعد ذلك لم يؤلف رسالة غيرها، وأنه كان كثير التصنيف، فيجب أن يكون تاريخ وفاته حوالي ١٧١٠.

ج) شخصيته

لقد عاش عالم محمد في عصر كان يتبنى المذهب الحنفي كمذهب رسمي، فقد كان يدافع عن ضرورة عدم وقوع طلاق المكره بالرغم من مخالفة ذلك للمذهب الحنفي. وأيضاً بينما كان شيوخ الإسلام في الدولة العثمانية يجوزون بيع العينة صرح عالم محمد بن حمزة في رسالة له بشكل واضح وقاطع بأن بيع العينة المسمى بـ «المعاملة الشرعية» مكروه تحريماً^{٣٩}. وتعتبر هذه مبادرات جريئة منه في ذلك العصر. ويمكن أن نعتبر أن هذه الجرأة تدل على جو الحرية العلمية التي وفرته الدولة العثمانية للعلماء.

إن رسائله صغيرة الحجم التي كتبها باللغة العربية وخاصة الرسائل الفقهية منها كانت تعكس مشكلات ذلك العصر ومعلوماته الفقهية وقوته في ذلك المجال. حيث في طرف إحدى رسائله (هارفرد الورقة ٥٤١ ب) يقوم الرسالة شيخ الإسلام عبد الله المعروف بأبه زاده قائلاً «لما عرضت علي هذه الرسائل التي اشتملت على مباحث معضلات المسائل وجدتها منسوجة على أهدى أسلوب ومسبوكة في قالب مطبوع يميل إليه القلوب، فالعالم الذي جمع مثل هذه المعالم يليق أن يعرف بين الفحول بعالم، جعل الله سعيه مشكوراً وعمله في الدارين مبروراً»

وفي طرف نفس الورقة أيضاً ترك قاضي قضاة الأناضول ميرزا أفندي ملاحظة، كتب فيها: «فلما نظرت في الرسائل وجدتها لنيل المشكلات وسائل ونقد إختلاف الأوائل والأواخر على ما تستحسنه طباع الأفاضل...». ومن ناحية أخرى فإن كون رسائله مبثوثة في مكاتب كثير من دول العالم غير تركيا كالبلقان وأمريكا وقبرص واليابان والشرق الأوسط^{٤٠} يعبر نوعاً ما عن مصادقة لشخصيته العلمية. وبالإضافة إلى ذلك فإن تلقيب عالم محمد بن حمزة بالبركوي الثاني (هارفرد الورقة ٧٩١ ب) هو مظهر من مظاهر القبول العام لقوته العلمية.

٣٨ Süleyman Kaya, "XVII. Yüzyıl Sonlarında Muhalif Bir Metin Muhammed b. Hamza'nın el-Aydinî'nin Bey'u'l-İne Risalesi" *Divan Dergisi*, Cilt, 14, Sayı 26 (2009/1), s. 99.

٣٩ Süleyman Kaya, "XVII. Yüzyıl Sonlarında Muhalif Bir Metin Muhammed b. Hamza'nın el-Aydinî'nin Bey'u'l-İne Risalesi" *Divan Dergisi*, Cilt, 14, Sayı 26 (2009/1), s. 102.

٤٠ Cici, "Âlim Muhammed b. Hamza" maddesi, s. 2.

د) مؤلفاته

باستثناء كتابه في علم التفسير «أزهار الترتيل» فإن جميع تصنيفات المؤلف كانت على شكل رسائل. وقد صنف عدة رسائل في مواضيع متعددة كالعبادات في ابتداء، ثم العائلة والميراث، والعقوبات، والحقوق الدولية، والأصول، والحلال والحرام. إن رسائل عالم محمد التي كان قسم كبير منها في مجال الفقه، وقسم صغير منها في التفسير والكلام والتصوف واللغة العربية وآدابها وعلوم الأصول، تحمل أهمية تاريخية كوثائق شاهدة على أحداث عصره^{٤١}.

ثالثاً: تحليل الرسالة

أ- معلومات عامة عن الرسالة

١) إسمها

يظهر أن الرسالة قد سميت بأسماء عديدة، في فهارس المجموعات التي دوّنت فيها الرسائل وبطاقات المكتبات سجّلت هذه الرسالة بأسماء مختلفة مثل: «رسالة في حق تعدد المجتهد»، و «رسالة في حق تعدد المجتهد والمقلد»، و «رسالة التقليد»، و «رسالة في حال المقلدين»، و «رسالة في التقليد بالمجتهد»، و «رسالة في إذا تعدد المجتهد فللمقلد تقليد من شاء»، و «رسالة الاجتهاد وطلاق المكره». ويظهر أن سبب التنوع الكبير في أسماء هذه الرسالة أن المؤلف لم يسمها بنفسه.

لقد ابتدأ المؤلف رسالته بموضوع التقليد، وبعد أن أورد أمثلة على اختيار فتاوى من مجتهدين من خارج المذهب الحنفي، ذكر مسألة طلاق المكره، ولهذا نرى أن الاسم المناسب للرسالة هو: «رسالة في التقليد وطلاق المكره».

٢- نسبة الرسالة للمؤلف

لقد ذكر في نهاية ٩ رسائل من ال ١١ نسخة التي استطعنا الحصول عليها أن مؤلف هذه الرسالة هو عالم محمد بن حمزة، ولهذا فلا مجال للشك في نسبة هذه الرسالة لمؤلفها.

٣- تاريخ النسخ

حسب التاريخ المبين في نهاية النسخ المذكور فيها التاريخ فإن فراغ المؤلف من نسخ هذه الرسالة كان في أواخر (٢١-٣٠) جمادى الآخرة من عام ١١١٠ (كانون الثاني/يناير ١٦٩٩).

٤- سبب التأليف

لقد وصف المؤلف عالم محمد عصره الذي عاش فيه في نهاية رسالته بأنه عصر شاع فيه وضع اللصوص والمستبدين أعينهم على أموال الناس، وقلة الخير، وكثرة الظلم والشر. ويفهم من كلامه أن بعض الطغاة واللصوص يجبرون بعض ضعاف الناس بالتهديد على أن يخلف أنه سيعطيهم جميع ما يملك من أموال، وإن لم يعط فإن امرأته تكن طالقا بالثلاث. ومن بعض الذين يخلفون هكذا يبرئ يمينه فيعطي جميع أمواله في سبيل استبقاء امرأته، مما يجعله في حالة يتساءل الناس بعد أن كان غنيا، والبعض الآخر يحنث في يمينه فتكون زوجته طالقا ثلاثا على رأي المذهب الحنفي، وهو يؤدي إلى تشتت العائلة.

ولقد كان الداعي لقيام عالم محمد بتأليف هذه الرسالة هو الإتيان بحل لهذه المشكلة العويصة بتقليد المذاهب الثلاثة الأخرى الشافعي والمالكي والحنبلي، والتي تقضي بعدم وقوع طلاق المكره.

٥- نسخها

استطعنا الحصول على إحدى عشرة نسخة من الرسالة إحداها مسجلة في مكتبة جامعة هارفرد والأخرى في مكتبات تركيا المختلفة. نرتب أسمائها كما يلي

أ) مكتبة السليمانية، في مجموعة رئيس الكتاب رقم: ١١٥٢، ورق: ١١٧ ب- ١٢٢ أ.

ب) مكتبة السليمانية، في مجموعة السليمانية، برقم ١٠٣٨، ورق: ٢٥ ب- ٢٧ ب.

ج) مكتبة السليمانية، مجموعة عاطف أفندي، رقم: ٢٨٤٠، ورق: ١٧٣ أ- ١٧٥ أ.

د) مكتبة السليمانية، مجموعة شلبي عبد الله، رقم: ٣٨٨، ورق: ٢٢٩ أ- ٢٣٢ أ.

هـ) مكتبة السليمانية، مجموعة أسعد أفندي، رقم: ٣٦٩٩، ورق: ١١٧ أ- ١١٩ أ.

و) مكتبة جامعة هارفرد، مجموعة Manuscript ١٧١٦-١٦٩٤ Library Houghton

Harvard University MS Arab no: ٢٩٢، ورق: ١٢٥ ب- ١٢٧ أ.

- (ز) Konya، Ak v.، رقم: ١٩/١٥٠، ورق: ٤٠-٤٣ب.
 (ح) Manisa، Ak Ze ٥٤ رقم: ٣٢/٢٦٨، ورق: ٧٣-١٧٥أ.
 (ط) Diyarbakır، Hk no: ٠١ رقم: ١/٤٦، ورق: ٥٣-٥١ب.
 (س) Balıkesir، Hk no: ٠١ رقم: ٧/٥٥٦، ورق: ٣٢ب-٣٨ب.
 (ي) أنقره، مكتبة مييلي، Mil yz A ٠٦ رقم: ١٦/٦٩١٩، ورق: ٤٠-٤٤أ.

٦- منهجه

لقد كوّن المؤلف رسالته ناقلاً فيها الآراء المختلفة من مصادر متنوعة حتى آخرها دون أن يزيد شيئاً من عنده. وأطول نص قام باقتباسه هو رأي ابن الهمام من «فتح القدير» في بداية الرسالة. وفي القسم الأخير من الرسالة وضح فيه مسألة المرأة التي يمتدّ طهرها، ثم ينهي الرسالة بإيراد آرائه في طلاق المكره. فالمعلومات التي أوردها المؤلف في أول الرسالة والتي تتعلق بموضوع التقليد ونماذج الفتاوى التي نقلها من مصادر الحنفية وفق مذاهب أخرى فيما يسمح بها الإفتاء كأنها تمهيد للنتيجة التي يريد أن يصل إليها في نهاية الرسالة.

٧- المصادر

يظهر من خلال الرسالة أن المؤلف قد رجع إلى تسعة مصادر. أحدها في الأصول، وخمسة منها في الفقه والفتوى، وواحد منها في التفسير، وواحد منها في شرح الحديث، واثنان منها في علم اللغة. ونورد في الأسفل هذه المراجع حسب تاريخ وفاة أصحابها:

- ١- معالم الترتيل (تفسير البغوي) مؤلفه: البغوي أبو محمد محيي السنة الحسين بن مسعود بن محمد البغوي (ت ١١٢٢/٥١٦)
- ٢- مختارات النوازل. مؤلفه: المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (ت ١١٩٧/٥٩٣).
- ٣- المغرب في ترتيب المغرب. مؤلفه: المطرزي، أبو الفتح برهان الدين ناصر بن أبي المكارم عبد السيد المطرزي (ت ١٢١٣/٦١٠).
- ٤- (أ) فنية المنية لتتميم الغنية.

ب) المجتبي شرح مختصر القدوري.

المؤلف: الزاهدي أبو الرجاء نجم الدين مختار بن محمود بن محمد الزاهدي (ت ٦٥٨/١٢٦٠)

٥- تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة. مؤلفه: القاضي البيضاوي ناصر الدين عبد الله بن عمر بن محمد القاضي البيضاوي (ت ٦٨٥/١٢٨٦).

٦- بديع النظام الجامع بين كتابي البزدوي والإحكام. مؤلفه: ابن الساعاتي، أبو العباس مظفر الدين أحمد بن علي بن تغلب البغدادي، ابن الساعاتي (ت ٦٩٤/١٢٥٩).

٧- القاموس المحيط. مؤلفه: الفيروز الآبادي. أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد الفيروز آبادي (ت ٨١٧/١٤١٥)

٨- الفتاوى البزازية. مؤلفه: البزازي، حفيظ الدين محمد بن محمد بن شهاب البزازي. (ت ٨٢٧/١٤٢٤).

٩- فتح القدير. مؤلفه: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الهمام. (ت ٨٦١/١٤٥٧).

ب- محتواها

يمكن تقسيم الرسالة بالنظر إلى محتواها إلى ثلاثة أقسام:

لقد وقف المؤلف في القسم الأول على موضوع التقليد، وقد عرّف كمصطلح في أصول الفقه بأنه قبول رأي عالم في مسألة اجتهادية دون أن يعرف دليله. وينقسم المسلمون من حيث التقليد إلى قسمين: عالم (مجتهد، مفت، فقيه)، وعامي (جمعه عوام)، فمن كان عنده علم مستند على الأدلة يسمى عالماً، ومن كان محتاجاً إلى تقليد العلماء في آرائهم في مجال الفقه ولو كان عنده علم في مجالات أخرى يسمى عامياً (مقلداً).

بما أن الناس يتفاوتون في مستوياتهم في كل المجتمعات في أي مجال من مجالات العلم من حيث المعلومات والمهوبة والخبرة فإن تخصص بعض المسلمين في مجال المسائل التي تتعلق بفهم الإسلام وتطبيقه وإرشاد المتخصصين غيرهم، واتباع غيرهم أيضاً آراءهم في تلك المسائل ضرورة. فقد قال سبحانه في القرآن الكريم فيه «فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون» (النحل ١٦/٤٣، الأنبياء ٢١/٧)^{٤٢}

ويبدأ المؤلف رسالته بالإجابة على السؤال التالي: إذا كان هناك أكثر من مجتهد فمن منهم يجب على العوام تقليده؟ فينقل عن كتاب ابن الساعاتي (ت ٦٩٤/١٢٩٥) «بديع النظام» في أصول الفقه: «إن العامي يجوز له أن يقلد من شاء من المجتهدين، وذلك يعني أنه يجوز له تقليد المجتهد المفضول مع وجود المجتهد الأفضل». وهذا الرأي الذي نقله المؤلف عن ابن الساعاتي باختصار في التقيد يوضحه ابن عابدين (ت ١٢٥٢/١٨٣٦) بقوله: وهذا قول الحنفية والمالكية وأغلب الحنابلة والشافعية. وهناك رأي آخر عن أحمد بن حنبل وجماعة كبيرة أخرى من الفقهاء يقتضي عدم جواز تقليد المجتهد المفضول مع وجود المجتهد الأفضل. فبالنسبة لهم يجب على المقلد في حال وجود أكثر من مجتهد يجوز تقليده أن يختار الأفضل من بينهم^{٤٣}.

ويستدل أصحاب القول الأول لرأيهم بما يلي: يعلم قطعاً بأنه مع وجود الأفضل في العلم من الصحابة كان يُسأل المفضول منهم، ولم ينكر عليه أحد في ذلك. وهذا العلم القاطع يدل على وجود إجماع الصحابة على جواز تقليد المجتهد المفضول مع وجود أفضل منه. هذا بالإضافة إلى أن يرجح الأفضل من المجتهدين من قبل العامي شيء شاق عليه. فلو كُلف العامي بهذا الترجيح لينال منه حرج و الحرج مدفوع شرعاً^{٤٤}.

واستدل الفريق الثاني بالدليل التالي: إن آراء المجتهدين المختلفة بالنسبة للمقلد، كالأدلة المتناقضة بالنسبة للمجتهد. فكما لا يجوز للمجتهد العمل بإحدى هذه الأدلة دون الترجيح بينها فكذلك لا يجوز للمقلد العمل بإحدى الآراء المختلفة دون أن يرجح بينها^{٤٥}.

إن الآراء المذكورة في هذه الرسالة المتعلقة بمسألة التقليد تستمر باقتباسات من ابن الهمام (ت ٨٦١/١٤٥٧). ويمكن تلخيص آرائه في هذه المسألة كالتالي: إن المفتي هو المجتهد. وكما أن الذين يحفظون أقوال المجتهدين لا يعرفون الحجة ولا يقدرّون على الإجتهد ويسمون مفتين ليسوا مجتهدين والأجوبة التي كانوا يجيبونها على الأسئلة الموجهة إليهم ليست بفتاوى، ولكنها نقل للفتاوى ممن سبقوهم، فإن كان هناك فتاوى مختلفة في مسألة، فليس على المفتي المسؤول نقل جميع الآراء فيها إلى السائل، بل يكفيه نقل إحداها. ولأن المقلد له أن يختار أي مجتهد شاء فإذا نُقل إليه فتوى أحد المجتهدين، فإن الغرض يكون قد تحقّق.

٤٣ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الطباعة العامرة، إسطنبول ١٣٠٧، ٤٥/١.

٤٤ أمير باديشاه، تيسير التحرير مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده مصر ١٣٥١، ٢٥١/٤-٢٥٢.

٤٥ أمير باديشاه، تيسير التحرير، ٢٥٢/٤.

ويواصل ابن الهمام قائلاً: لا يوجد دليل يوجب على المقلد الالتزام بمجتهد معين. ولا دليل في هذا لإقوله تعالى: «فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون»^{٤٦}، ففي هذه الآية يؤمر العامي بتقليد المجتهد فقط. والهدف من إلزام الناس باتباع مذهب معين هو منعهم من تتبع الرخص بقصد البحث عن السهولة. ولا أعرف دليلاً عقلياً أو نقلياً يمنع ويذم تتبع الرخص. بل بالعكس، فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يريد اليسر لأُمَّته دائماً.

ثم يدعم عالم محمد بن حمزة رأي جواز التقليد ببعض الفتاوى من المذهب الحنفي. وقبل الأمثلة يذكر من «قنية المنية» ما يؤكد على أن المفتي عندما يفتي وخاصة للضعفاء فإنه يجب عليه أن يختار الحكم الأيسر، ثم يذكر المؤلف إيقاظ النبي صلى الله عليه وسلم أبا موسى الأشعري مع معاذ بن جبل عندما بعثهما إلى اليمن قائلاً لهما: «يسرا ولا تعسرا».

وفي القسم الثاني يورد الكاتب أمثلة من مصادر المذهب الحنفي تبين أنه يجوز الأخذ بفتاوى من مذاهب أخرى، وأغلب هذه المصادر التي أورد الأمثلة منها هي «قنية المنية» للزاهدي، و«المحتبى» شرح مختصر القدوري (ت ١٠٣٧/٤٢٨) له.

والأمثلة التي أوردتها هي:

(أ) إن سؤري الختير والكلب يعتبران نجسين بالنسبة للمذهب الحنفي، ويعتبران طاهرين عند الإمام مالك (ت ٧٩٥/١٧٩)، فلو أراد مفتٍ حنفي أن يفتي بالجواز كما في مذهب مالك فإن ذلك يجوز له.

(ب) إن أرواث الجمال والمواشي وما شاكلها هي طاهرة عند الإمام مالك، ويجوز العمل بذلك عند عموم البلوى، وأما في غير حالة عموم البلوى فالأولى الاحتياط في الفتوى.

(ج) إن الإمام أبا يوسف (ت ٧٩٨/١٨٢) صلى بالناس الجمعة و تفرق الناس ثم أخبر أن في بئر الحمام الذي اغتسل منه وجدت فأرة ميتة، فقال: «إذا نأخذ بقول إخوتنا من أهل المدينة، فعندهم أن الماء لا ينحس إذا بلغ قلتين»^{٤٧}.

(د) لو قال رجل لامرأة أجنبية قبل أن يتزوجها: «إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً» فإنها تطلق

٤٦ النحل ٤٣/١٦، الأنبياء ٧/٢١.

٤٧ القلّة عند الجمهور ٩٥، ٦٢٥ كغم، وعند الحنفية ١٠١، ٢٥ كغم. وعليه تكون القلتان عند الجمهور ١٩١، ٢٥، وعند الحنفية

٢٠٣، ١٢٥ كغم (علي جمعة، المقادير والموازن الشرعية، دار الرسالة، ٢٠٠٩، ص ٢٦)

ثلاثاً على مذهب الحنفية إن تزوجها، فلا يجوز المقام معها. وأما على مذهب الشافعية فطلاق امرأة قبل عقد الزواج عليها لا يقع، و يصح نكاح الرجل المطلق بها ويجوز له المقام معها. وأيضاً فقد نقل الزاهدي قولاً من مجد الأئمة الترجماني (ت ١١٤٣/٥٣٨) في مؤلفه «يتيمة الدهر»، ومن أبي الليث السمرقندي (ت ٩٨٣/٣٧٣) في كتابه عيون المسائل بأنه لا حرج في أخذ فتوى الشافعي في هذه المسألة، ثم نبّه إلى أن معظم الصحابة كان مذهبهم يدور حول ذلك.

وبيّن المرغيناني (ت ١١٩٧/٥٩٣) في «مختارات النوازل»، لو أن رجلاً أخذ بفتوى من مفت شافعي عندما لم يكن فقيهاً في مسألة طلاق غير المعقود عليها النكاح أمّا لا تطلق، ثم بدأ هذا الرجل بتحصيل العلم وأصبح فقيهاً حنفياً، يجوز له أن يعيش مع المرأة التي طلقها قبل أن ينكحها.

وفي نفس المسألة بين البزازي (ت ١٤٢٤/٨٢٧) أن العمل بفتوى الشافعية في المسألة المذكورة حلال، ثم نقل فتوى أوسع من ذلك فقال: «لو قال رجل لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً، ثم أخذ بفتوى من مفت شافعي بجواز العيش معها، ولكنه بعد العمل بهذه الفتوى لو أخبره مفت حنفي أن عيشه مع المطلقة قبل الزواج حرام فيجوز له الأخذ بفتوى التحريم في الزوجة الثانية التي يتزوج بها في المستقبل لا في الزوجة الأولى. وعلى هذا يصبح الرجل عاملاً بقولين متناقضين في حادثين مختلفتين.

هـ) في المذهب الحنفي، لو وجد دائن عند المدين من جنس الدين فله أن يأخذ قدر دينه بغير إذن المدين، وإن كان من خلاف جنسه فلا يجوز أخذه منه. وأما عند الشافعية، فللدائن أن يأخذ قدر دينه، سواء كان من جنس الدين أم من خلافه.

وقد بين الزاهدي في «المجتبى» أن الدائن له أن يعمل بفتوى الشافعية في تحصيل دينه ولو كانت مخالفة لمذهب الحنفية، وأن الإنسان يُعذر عند الضرورة بتقليد المذاهب الأخرى.

و) ويذكر الزاهدي في «المجتبى» هذه المسألة مثلاً لجواز التقليد: لو تزوجت امرأة ثم حاضت مرة أو مرتين ثم طلقت، وبعد ذلك انقطع عنها الحيض، فعند الحنفية يجب أن تنتظر هذه المرأة حتى سن الإياس. فبعد وصولها إلى هذا السن تنتظر ثلاثة أشهر للعدة، وبعد تمام العدة يمكنها أن تتزوج برجل آخر. وعند الإمام مالك يجب أن تنتظر تسعة أشهر فقط، وبعد ذلك تنتظر ثلاثة أشهر لأجل العدة، وبعد انتهائها يمكنها أن تتزوج برجل آخر. وقد قال البزازي يجب الإفتاء في هذه المسألة على مذهب مالك.

وسن الإياس عند الحنفية هو ٥٥ سنة. فانتظارها هذه المدة يوقعها في مشاكل كبيرة، فمن جهة سيضطر الزوج المطلق للنفقة عليها طوال هذه المدة دون أن يعيش الحياة الزوجية، ومن جهة أخرى انتظار الزوجة هذه المدة يجعلها تكاد تفقد أملها بالزواج مرة أخرى. ولحل هذه المشاكل يحسن الأخذ بقول الإمام مالك في هذه المسألة. وقد أخذ قانون العائلة العثماني الذي صدر عام ١٩١٧ برأي الإمام مالك من انتظار المرأة في هذا الوضع ٩ أشهر (المادة ١٤٠)

يبين عالم محمد بن حمزة أن العصر الذي دون فيه الرسالة قد شاع فيه الفساد والفتنة وفسد النظام الاجتماعي. ولهذا يرى أنه أصبح من الضرورة الأخذ بفتوى المذاهب الثلاثة الأخرى التي تقضي بعدم وقوع طلاق المكره لا بالمذهب الحنفي، فيقول باختصار: «إن هذا القول وإن لم يكن قول أئمتنا فإنه قول جتهد فيه، و غير مهجور. فإن علمائنا يقول إذا قضى القاضي بعدم وقوع طلاق المكره فقضاؤه نافذ. وهذا دليل على أن هذا القول غير مهجور.

فكما أن المذاهب الثلاثة بالإضافة إلى كثير من أهل العلم تعتبر هذا الطلاق غير نافذ وهناك دليل له من السنة، فعند علماء اللغة كابن العربي (ت ٢٣١/٨٤٥) والمطرزي (ت ٦١٠/١٢١٣) أن كلمة «إغلاق» الواردة في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «لا طلاق ولا إعتاق في إغلاق» يأتي بمعنى الإكراه. ومن جهة أخرى فإن عدم وقوع الطلاق هو رأي عمر (ت ٢٣/٦٤٤) وعلي (ت ٤٠/٦٦١)، وعبد الله بن عمر (ت ٧٣/٦٩٢) من الصحابة، والقاضي شريح (ت ٧٨/٦٧٩) وعمر بن عبد العزيز (ت ١٠١/٧٢٠) من التابعين. وقد أصبح العمل برأي هؤلاء في هذا الزمن ضرورة. نعم لو أمكن الأخذ بعدم وقوع طلاق المكره بقرار من المحكمة يكون أقرب للاحتياط وأفضل سبيلا، ولكن أخذ القرار من المحكمة في هذا الموضوع صعب جدا».

وبهذه الأقوال التي صرح بها عالم محمد بن حمزة يبين لنا قناعته بأنه يجوز للشخص الأخذ بفتوى عدم وقوع طلاق المكره، ولا يلزمه أخذه بقرار من المحكمة.

ج) تعريف النسخ التي تم اعتمادها في التحقيق

١- إن النسخة الأساس التي تم اعتمادها للتحقيق هي نسخة مكتبة السليمانية، مجموعة رئيس الكتاب برقم ١١٥٢ (ورق ١١٧ب-١٢٢أ). لأن هذه النسخة مقابلة على النسخة الأصل، وخطها أوضح. وقد أحاط بالقسم المكتوب في هذه النسخة إطار، ويقع متنها في عشرة أسطر في الصفحة، وخطها مقروء وجميل. وقد كتب فيها أنه كان الفراغ من نسخها عام ١١١٠/١٦٩٩. وقد رمزنا لهذه النسخة في تحقيقنا بالرمز (ر).

٢- النسخة الثانية التي استخدمناها في التحقيق هي نسخة مكتبة جامعة هارفرد التي أمكن تنزيلها من الإنترنت بشكل بي دي إف. وهي مدونة بعنوان: رسالة MS Arab برقم ٢٩٢

(ورق: ١٢٥ب-١٢٧ب)، والمتن أكثر من أربع صفحات بقليل. والنسخة مقروءة، ويوجد على أطرافها بعض التوضيحات والملاحظات الصغيرة موسومة بإشارة «سمع». وقد كتب فيها أيضا أنه كان الفراغ من نسخها عام ١١١٠/١٦٩٩. وقد رمزنا في التحقيق لهذه النسخة بالرمز (ها).

٣- النسخة الثالثة التي استعملناها في التحقيق هي نسخة مدينة ديار بكر المدونة برقم ٢١ Hk ١/٤١٦ (ورق: ٥١أ-٥٣ب). والنسخة مقروءة ولكنها ناقصة قليلا من أسفلها. ولا يوجد فيها تاريخ نسخها. وقد رمزنا لهذه النسخة في تحقيقنا بالرمز (د).

د- منهجنا في التحقيق

يمكن تلخيص المنهج المعتمد في تحقيق نص الرسالة والأعمال التي قمنا بها فيما يلي:

١- بما أن المؤلف لم يُسمِّ رسالته فقد قمنا بتسميتها حسب الموضوع الرئيس الذي تدور عليه الرسالة.

٢- إن النسخة الأساس التي تم اعتمادها للتحقيق هي نسخة مكتبة السلیمانية، مجموعة رئيس الكتاب برقم ١١٥٢، وأما النسختين الأخرين فقد أشرنا لهما في الهوامش.

٣- قمنا بتقسيم المتن إلى فقرات، ووضع عناوين مناسبة لها، آخذين بذلك المتن كاملا في عين الاعتبار. كما قمنا بإضافة بعض العبارات من مصادرها بغرض تسهيل فهم المعنى، ووضعناها بين معكوفتين. كما استعملنا علامات الترقيم، وقسمنا النص إلى فقرات متناسبة، وشكلنا النص بحيث يسهل قراءته.

٤- قمنا بتخريج الآراء التي أوردها المؤلف في الهامش، مع بيان أرقام المجلد والصفحة.

٥- قمنا بترجمة مختصرة للأشخاص الواردين في المتن، ببيان تواريخ وفاتهم، ومؤلفاتهم إن وجدت، وذلك في أول موضع لورودهم من النص.

٦- تم تخريج الأحاديث من مصادرها من كتب السنة حسب الأصول العلمية، ووضعها في الهوامش.

٧- قمنا بالتنبيه على موضع الذهول الذي حدث مرة واحدة فقط في الهامش.

٨- ورد مؤلف واحد في المتن دون ذكر مؤلفه، كما ورد اسم كتاب دون ذكر مؤلفه، وقد قمنا بالثبوت من اسم الكتاب والمؤلف، وذكرناهما في الهامش.

٩- تم شرح المصطلحات والكلمات الواردة في الرسالة التي تحتاج إلى توضيح.

١٠- تم مقارنة النسخ ببعضها، وإيراد الاختلافات في الهامش.

[رسالة في التقليد وطلاق المكره لعالم محمد بن حمزة الآيديني]

[الكوزلحصاري]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله، وسلاماً على عباده الذين اصطفى.

[جواز تقليد المقلد من شاء من المجتهدين]

اعلم أنه:

«إذا تعدد المجتهد: فَلِلْمُقَلِّدِ تَقْلِيدٌ مَنْ شَاءَ وَإِنْ تَفَاضَلُوا.

وعن أحمد^(١) وابن سريج^(٢): يَجِبُ النَّظَرُ فِي الْأَرْجَحِ^(٣).

لنا: القطعُ بـ «أَنَّ الْمَفْضُولِينَ فِي زَمَنِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ اسْتَفْتَوْا وَأَفْتَوْا مَعَ الْأَشْتِهَارِ وَالتَّكْرُرِ وَلَا مُنْكَرَ».

(١) هو: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني المروزي البغدادي (ت ٢٤١هـ/٨٥٥م)، إمام في الحديث والفقهاء، صاحب المذهب الحنبلي، أصله من مرو، وكان أبوه والي سرخس، وولد ببغداد ونشأ بها، وطلب العلم وسمع الحديث من شيوخها، ثم رحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة واليمن والشام والجزيرة، وتوفي ببغداد. له من الكتب: «المسند» يحتوي على ثلاثين ألف حديث، «الناسخ والمنسوخ»، «كتاب الزهد»، «المعرفة والتعليل»، «الجرح والتعديل»، «الرد على الزنادقة والجهمية فيما شككت فيه من متشابه القرآن وتأولوه على غير تأويله»، «الرسالة السننية في الصلاة»، «كتاب المسائل عن أبي داود السجستاني»، «الأشربة»، «علل الحديث ومعرفة الرجال». انظر: عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٣ ج ١، ص ٢٦٢-٢٦١؛ خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ٢٠٠٢، ج ١، ص ٢٠٣.

(٢) «ها»: «هو -بالسين المهملة المضمومة والجيم-: من كبار الشافعية، وناشرٌ مذهب الشافعي. سمع». هو: أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي الشافعي (ت ٣٠٦هـ/٩١٨م)، فقيه الشافعية في عصره. ولي القضاء بشيراز، وقام بنصرة المذهب الشافعي فنشره في أكثر الآفاق، ولد وتوفي ببغداد. له مصنفات كثيرة منها: «الأقسام والخصال» في فروع الفقه الشافعي، «الودائع لنصوص الشرائع»، «كتاب العين والدين في الوصايا»، «التقريب بين المزي والشافعي». انظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج ١، ص ٢١٧؛ الزركلي، الأعلام، ج ١، ص ١٨٥.

(٣) «أبي»: «أي: يتعين تقليد الأرجح، ولا يجوز تقليد المرجوح».

كذا في «بَدِيعِ الْأُصُولِ»^(٤) وغيره^(٥).

وفي «شَرْحِ الْهِدَايَةِ» للشيخ الإمام كمال الدين ابن الهمام:

«قد استقرَّ^(٦) رأيُ الأصوليين على «أنَّ الْمُفْتِيَّ هو الْمُجْتَهِدُ»، فأما غيرُ الْمُجْتَهِدِ -مِمَّنْ يَحْفَظُ أَقْوَالَ الْمُجْتَهِدِينَ-: فليس بِمُفْتٍ، والواجبُ عليه إذا سئلَ: أنْ يَذْكَرَ قَوْلَ الْمُجْتَهِدِ -كأبي حنيفة^(٧) رضي الله تعالى عنه^(٨)- على جَهَةِ الْحِكَايَةِ. فَعُرِفَ: أنْ ما يَكُونُ في زَمَانِنَا من فَتَوَى الْمُؤَجُّودِينَ ليس بِفَتَوَى، بل: هو^(٩) نَقْلُ كَلَامِ الْمُفْتِيِّ لِيَأْخُذَ بِهِ الْمُسْتَفْتَى...

فلو كان حافظاً للأقوالِ المختلفةِ للمجتهدين، ولا يَعْرِفُ الْحُجَّةَ، ولا قُدْرَةَ له على الاجتهادِ للترجيح: لا يَقْطَعُ بقولٍ منها يُفْتَى به، بل: يَحْكِيهَا لِلْمُسْتَفْتَى، فيَخْتَارُ الْمُسْتَفْتَى ما يَقَعُ في قلبه: «أنه الأصوب». ذكره في «بعض الجوامع».

وعندي: لا يَجِبُ عليه حكايةُ كلِّها، بل: يَكْفِيهِ أنْ يَحْكِي قَوْلًا منها، فإنَّ الْمُقَلِّدَ له أنْ يُقَلِّدَ أَيَّ مجتهدٍ شاء، فإذا ذَكَرَ أحدها فَقَلَّدَهُ: حَصَلَ المقصودُ.

نعم، لا يَقْطَعُ عليه فيقول: «جواب سؤالك كذا»، بل يقول^(١٠): «قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: حُكْمُ هذا كذا».

(٤) بهامش (ها): «هو كتابٌ في علم الأصول لابن الساعاتي صاحب «مَجْمَعِ الْبُحْرَيْنِ».

انظر: ابن الساعاتي، أبو العباس مظفر الدين أحمد بن علي بن تغلب البعلبكي البغدادي (ت ٦٩٤هـ/١٢٩٥)، بديع النظام الجامع بين كتابي البزدوي والإحكام (تحقيق: سعد بن عزيز بن مهدي السلمي)، رسالة الدكتوراه غير مطبوع، جامعة أم القرى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، ١٩٨٥، ج ٢، ص ٦٨٤-٦٨٥.

(٥) (ها): بلون «وغيره».

(٦) (د): «قد استقرت» بدل «قد استقر».

(٧) هو: أبو حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي التيمي بالولاء (ت ١٥٠هـ/٧٦٧)، إمام الحنفية، فقيه مجتهد محقق، أحد الأئمة الاربعة عند أهل السنة. ولد ونشأ بالكوفة، وتفقه على حماد بن سليمان، وكان لا يقبل جوائز الدولة، بل ينفق من دار كبيرة له لعمل الخبز وعنده عمال وأجراء، أراد عمر بن هبيرة على القضاء في الكوفة فامتنع، وأراده المنصور العباسي بعد ذلك على القضاء ببغداد فأبى، فحلف عليه: «ليفعل»، فحلف أبو حنيفة: «أنه لا يفعل»، وقال: «أمير المؤمنين أقدر على الكفارة»، فأمر به إلى الحبس. وتوفي ببغداد ودفن بمقابر الخيزران. من آثاره: «الفقه الأكبر» في الكلام، «المسند» في الحديث رواية الحسن بن زياد اللؤلؤي، «العالم والمتعلم» في العقائد والنصائح رواية مقاتل، «الرد على القدرية»، «المحارج» في الفقه رواية تلميذه أبي يوسف، «كتاب الوصية». انظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج ٤، ص ٣٣-٣٤؛ الزركلي، الأعلام، ج ٨، ص ٣٦.

(٨) (د): «رحمة الله عليه» بدل «رضي الله تعالى عنه».

(٩) (ز): بلون «هو».

(١٠) (د): «قد استقرت» بدل «قد استقر».

نعم، لو حَكَى الكَلَّ: فَالْأَخْذُ بِمَا يَقَعُ فِي قَلْبِهِ «أَنَّهُ أَصَوَّبُ» أَوْلَى، وَإِلَّا: فَالْعَامِّيُّ^(١١) لَا عِبْرَةَ بِمَا يَقَعُ فِي قَلْبِهِ مِنْ صَوَابِ الْحُكْمِ وَخَطِيئِهِ.

وعلى هذا إِذَا اسْتَفْتَى فِقِيهَيْنِ -أَعْنِي مُجْتَهِدَيْنِ-، فَاخْتَلَفَا عَلَيْهِ: الْأَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ بِمَا يَمِيلُ إِلَيْهِ قَلْبُهُ مِنْهُمَا.

وعندي: أَنَّهُ لَوْ أَخَذَ بِقَوْلِ الَّذِي لَا يَمِيلُ إِلَيْهِ: جَازَ، لِأَنَّ مَيْلَهُ وَعَدَمَهُ^(١٢) سَوَاءٌ، وَالوَاجِبُ عَلَيْهِ تَقْلِيدُ مُجْتَهِدٍ، وَقَدْ فَعَلَ أَصَابَ ذَلِكَ الْمُجْتَهِدُ أَوْ أَخْطَأَ.

وقالوا: «الْمُسْتَقْبَلُ مِنْ مَذْهَبٍ إِلَى مَذْهَبٍ^(١٣) بِاجْتِهَادٍ وَبُرْهَانٍ: آثِمٌ يَسْتَوْجِبُ التَّعْزِيرَ، فَبِلَا اجْتِهَادٍ وَبُرْهَانٍ: أَوْلَى».

وَلَا بُدَّ أَنْ يُرَادَ بِهَذَا «الِاجْتِهَادِ» مَعْنَى «التَّحْرِي» وَ«تَحْكِيمِ الْقَلْبِ»، لِأَنَّ الْعَامِّيَّ لَيْسَ لَهُ اجْتِهَادٌ.

ثُمَّ حَقِيقَةُ «الْإِتِّقَالِ»: إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ فِي حُكْمِ مَسْأَلَةٍ خَاصَّةٍ قَلَّدَ فِيهِ وَعَمَلَ بِهِ^(١٤)، وَإِلَّا فَقَوْلُهُ: «قَلَّدْتُ أَبَا حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ^(١٥)» فِيمَا أَفْتَى بِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ، أَوْ «التَّزَمْتُ الْعَمَلَ بِهِ» -عَلَى الْإِجْمَالِ- وَهُوَ لَا يَعْرِفُ صُورَهَا^(١٦): لَيْسَ حَقِيقَةُ «التَّقْلِيدِ»، بَلْ هَذَا حَقِيقَةُ «تَعْلِيقِ التَّقْلِيدِ»، أَوْ «وَعْدٍ بِهِ»، كَأَنَّهُ التَّزَمَ^(١٧) أَنْ يَعْمَلَ بِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ فِيمَا يَقَعُ لَهُ^(١٨) مِنَ الْمَسَائِلِ الَّتِي تَتَعَيَّنُ لَهُ فِي الْوَقَائِعِ.

فَإِنْ أَرَادُوا هَذَا «الِاتِّزَامَ»: فَلَا دَلِيلَ عَلَى وَجُوبِ اتِّبَاعِ الْمُجْتَهِدِ الْمُعَيَّنِ بِالزَّمَامِ^(١٩) نَفْسَهُ ذَلِكَ قَوْلًا أَوْ نِيَّةً شَرْعًا، بَلْ: الدَّلِيلُ اقْتِضَى الْعَمَلَ بِقَوْلِ الْمُجْتَهِدِ فِيمَا احْتِجَّ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [سورة النحل: ١٦/٤٣؛ سورة الأنبياء: ٧/٢١]، وَ«السُّؤَالُ» إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ طَلَبِ حُكْمِ الْحَادِثَةِ، وَحِينَئِذٍ إِذَا ثَبَتَ عِنْدَهُ قَوْلُ الْمُجْتَهِدِ: وَجَبَ عَمَلُهُ بِهِ.

(١١) بهامش (ها): «بتشديد الميم، منسوب إلى «العوام» بعد رجوعه إلى «العامّة سمع».

(١٢) (د): «وعدم» بدل «وعدمه».

(١٣) (د): بدون «إلى مذهب».

(١٤) (د)، (ر): «وعمل فيه» بدل «وعمل به».

(١٥) (د): «رحمة الله عليه» بدل «رضي الله تعالى عنه».

(١٦) (د): «صدرها» بدل «صورها».

(١٧) (د): «التزام» بدل «التزم».

(١٨) (د): «فيما يقع» بدل «فيما يقع له».

(١٩) (د): «بالتزامه» بدل «بالزمامه».

والغالب: أن مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص، وإلا: أخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه.

وأنا لا أدري ما ينع هذا من النقل أو العقل^(٢٠)، وكون الإنسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد: ما علمت من الشرع ذمه عليه، وكان صلى الله تعالى عليه و سلم يحب ما خفف عن أمته^(٢١).

انتهى.

وفي كلام غيره من علمائنا ما يوافق أو يداني ما ذكره المحقق^(٢٢):

ففي «القينية»:

«وينبغي للمفتي أن يأخذ بالأيسر في حق غيره، خصوصاً في حق الضعفاء، لقوله صلى الله تعالى عليه و سلم لعلي^(٢٣) ومعاذ^(٢٤) رضي الله تعالى عنهما حين بعثهما الى اليمن: «يسراً ولا تعسراً»^(٢٥).

«سؤر الكلب والخنزير: نجس، خلافاً للمالك^(٢٦) وغيره، ولو أفتى بقول مالك: جاز»^(٢٧).

وفيها أيضاً:

- (٢٠) (د): «والنقل» بدل «أو النقل».
- (٢١) انظر: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسي الإسكندري (ت ٨٦١هـ/١٤٥٧م)، فتح القدير للعاجز الفقير، ج ٥، ص ٤٥٦-٤٥٧ (كتاب أدب القاضي).
- (٢٢) المحقق هو: ابن الهمام.
- (٢٣) والصواب هو أبو موسى الأشعري، كما هو مذكور في كتب الحديث. انظر: صحيح البخاري، كتاب المغازي، ٦٠، كتاب الأحكام، ٢٢، كتاب الأدب، ٨٠، صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، ٧، مسند أحمد بن حنبل، ج ٤، ص ٤١٧؛ سنن الدارمي، المقدمة، ٢٤.
- (٢٤) هو: أبو عبد الرحمن معاذ بن جبل بن عمرو الأنصاري الخزرجي (ت ١٧هـ/٦٣٨م)، صحابي جليل، أسلم وهو فتى، وشهد العقبة مع الأنصار السبعين، وبعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد غزوة تبوك قاضياً ومرشداً لأهل اليمن، وبقي في اليمن إلى أن توفي النبي صلى الله عليه وسلم. انظر: الزركلي، الأعلام، ج ٧، ص ٢٥٨.
- (٢٥) انظر: الزاهدي، أبو الرجا نجم الدين مختار بن محمود بن محمد الزاهدي الغزويني (ت ٦٥٨هـ/١٢٦٠م)، قنية المنية لتتميم الغنية، قسم مصلى مدرسه مكتبة السلمانية، رقم ٩٨، ق ٨٢أ (باب فيما يتعلق بالمفتي والمستفتي والأخذ بما يوجد في الكتب من غير سماع).
- (٢٦) هو: أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي الحميري (ت ١٧٩هـ/٧٩٥م)، إمام دار الهجرة، أحد الأئمة الأربعة المتبعة في العالم الإسلامي، وإليه تنسب المالكية، ولد بالمدينة، وكان بعيداً عن الأمراء والملوك فوجه إليه هارون الرشيد لياتيه فيحدثه، فقال: «العلم يوتي»، فقصد الرشيد منزله، واستند إلى الجدار، فقال مالك: «يا أمير المؤمنين، من إجلال رسول الله العلم»، فجلس بين يديه فحدثه. توفي بالمدينة، ودفن بالقيع. من تصانيفه: «الموطأ». انظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج ٣، ص ٩٩؛ الزركلي، الأعلام، ج ٥، ص ٢٥٧. انظر لقول الإمام مالك: أبو سعيد سحنون عبد السلام بن سعيد بن حبيب التتوني (ت ٢٤٠هـ/٨٥٤م)، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤، ج ١، ص ١١٦؛ ابن الجلاب، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري (ت ٣٧٨هـ/٩٨٨م)، التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، (تحقيق: سيد كسروي حسن)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧، ج ١، ص ٥٢.
- (٢٧) انظر: الزاهدي، قنية المنية لتتميم الغنية، قسم مصلى مدرسة مكتبة السلمانية، رقم ٩٨، ق ٦ب (باب الأعيان النجسة).

«وعن مالك رحمه الله تعالى: «البعرة طاهرة»^(٢٨)، فالإغضاء عما فيه البلوى: أولى، تمسكاً بقول من قال بطهارته، وفي غيره^(٢٩) الاحتياط أولى»^(٣٠).

«عن أبي يوسف^(٣١) رضي الله تعالى عنه: أنه صلى بالناس الجمعة وتفرقوا^(٣٢)، ثم أخبر بوجود فأرة مية في بئر حمام اغتسل منه فقال: «نأخذ بقول إخواننا من أهل المدينة: إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً»^(٣٣).

وفيها أيضاً:

«قال مشايخنا العراقيون^(٣٤) وأبو الليث^(٣٥): لا بأس بأن يؤخذ^(٣٦) في «تعليق طلاق الأجنبيّة

(٢٨) انظر: الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب (ت ٩٥٤هـ/١٥٤٧م)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢، ج ١، ص ٦٢؛ أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت ٤٧٤هـ/١٠٨١م)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، محافظة مصر، ١٣٣٢هـ، ج ١، ص ٥٥.

(٢٩) (ر): «في غيره» بدل «وفي غيره».

(٣٠) انظر: الزاهدي، قنية النية لتتميم الغنية، قسم مصلى مدرسة مكتبة السلمانية، رقم ٩٨، ق ٦٦ (باب الأعيان النجسة).

(٣١) هو: أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي (ت ١٨٢هـ/٧٩٨م)، صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، كان مجتهداً، أصولياً، حافظاً، عالماً بالتفسير والمغازي وأيام العرب. ولد بالكوفة، وتفقه على أبي حنيفة، روى عنه محمد بن الحسن الشيباني، وأحمد بن حنبل، ويحيى بن معين، وولي القضاء ببغداد لثلاثة من الخلفاء العباسيين المهدي، والمهدي، وهارون الرشيد، وهو أول من دعي بـ«قاضي القضاة»، ومات ببغداد. من آثاره: «كتاب الخراج»، «المبسوط» في فروع الفقه الحنفي، «الأمالى» في الفقه، «أدب القاضي» على مذهب أبي حنيفة. انظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج ٤، ص ١٢٣-١٢٢؛ الزركلي، الأعلام، ج ٨، ص ١٩٣.

(٣٢) (د): «تفرقوا» بدل «وتفرقوا».

(٣٣) انظر: الزاهدي، قنية النية لتتميم الغنية، قسم مصلى مدرسة مكتبة السلمانية، رقم ٩٨، ق ٦٦ (باب الأعيان النجسة).

(٣٤) بعضهم: عيسى بن أبان (ت ٢٢١هـ/٨٣٦م)، أبو سعيد البردعي (ت ٣١٧هـ/٩٣٠م)، أبو الحسن الكرخي (ت ٣٤٠هـ/٩٥٢م)، أبو علي الشاشي (ت ٣٤٤هـ/٩٥٥م)، الجصاص (ت ٣٧٠هـ/٩٨١م)، أبو بكر الخوارزمي (ت ٤٠٣هـ/١٠١٢م)، أبو علي الدقاق (ت ؟). انظر: - Murat Sarıtaş, Irak ve Semerkant Hanefi Meşayihinin Lafızların Delaletiyle İlgili Yaklaşım-، İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, ٢٠١٣، ٢٨، ٢٩.

(٣٥) هو: أبو الليث نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي (ت ٣٧٣هـ/٩٨٣م)، فقيه مفسر محدث حافظ صوفي. له تصانيف نفيسة، منها: «النوازل» في فروع الفقه الحنفي، «تفسير القرآن»، «تنبيه الغافلين»، «حزانة الفقه» على مذهب أبي حنيفة، «بستان العارفين» في الآداب الشرعية، «المقدمة في الصلاة»، و«شرح الجامع الصغير» في الفقه، و«مختلف الرواية» في الخلافات بين أبي حنيفة ومالك والشافعي، و«شريعة الاسلام». انظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج ٤، ص ٢٤؛ الزركلي، الأعلام، ج ٨، ص ٢٧.

(٣٦) (د): «بأن يأخذ» بدل «بأن يؤخذ».

بِنِكَاحِهَا» بقولِ الشَّافِعِيِّ^(٣٧) رضي الله تعالى عنه: «أَنَّهُ لَا يَقَعُ»^(٣٨).

وفيها أيضاً - وقد رَمَزَ إلى «مَجْدِ الْأَئِمَّةِ التَّرْجُمَانِيِّ»^(٣٩) و«الْعُيُونِ»^(٤٠) -:

«لَا بَأْسَ أَنْ يُؤْخَذَ فِي هَذَا بِمَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه، لأنَّ كثيراً من الصَّحَابَةِ فِي جَانِبِهِ»^(٤١).

وفي «مُخْتَارَاتِ النَّوَاذِلِ»:

«رَجُلٌ عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِالتَّزْوِجِ، ثُمَّ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، فَاسْتَفْتَى مِنْ شَافِعِيِّ المَذْهَبِ، فَأَفْتَى عَلَى مَذْهَبِهِ: «أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ»، وَلَمْ يَكُنِ الرَّجُلُ مِنْ أَهْلِ الاجْتِهَادِ، فَأَخَذَ قَوْلَهُ، ثُمَّ صَارَ [الرَّجُلُ]^(٤٢) فَقِيهًا عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: يَسَعُهُ الْمَقَامُ مَعَهَا»^(٤٣).

وفي «الْبَزَائِيَّةِ»:

«وَعَنْ أَصْحَابِنَا: أَنَّهُ إِذَا اسْتَفْتَى فَقِيهًا عَدْلًا، فَأَفْتَاهُ بِبُطْلَانِ الْيَمِينِ - يَعْنِي تَعْلِيْقَ طَلَاقِ الْأَجْنَبِيَّةِ بِنِكَاحِهَا - حَلَّ لَهُ الْعَمَلُ بِفَتْوَاهُ وَإِمْسَاكُهَا. وَرُوِيَ أَوْسَعُ مِنْ هَذَا، وَهُوَ: أَنَّهُ لَوْ أَفْتَاهُ مُفْتٍ بِالْحَلِّ، ثُمَّ أَفْتَاهُ آخَرَ بِالْحُرْمَةِ بَعْدَ مَا عَمَلَ بِفَتْوَى الْأَوَّلِ: فَإِنَّهُ يَعْمَلُ بِفَتْوَى الثَّانِي فِي حَقِّ

(٣٧) هو: أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي (ت ٢٠٤هـ/ ٨٢٠م)، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه نسبة الشافعية، ولد في غزة بفلسطين، وحمل منها إلى مكة وهو ابن سنتين، فنشأ بها وبعدينة الرسول صلى الله عليه وسلم، وتعلم القرآن على سفیان بن عيينة، ثم خرج إلى المدينة، فقرأ على مالك بن أنس الموطأ وحفظه، ثم دخل بغداد، وأقام بها سنتين، ووصف بها كتبه القديمة، ثم خرج إلى مصر سنة ١٩٩، ووصف بها كتبه الجديدة، وأقام بها إلى أن مات ودفن هنالك. من تصانيفه: «المسند» في الحديث، «أحكام القرآن»، «اختلاف الحديث»، «إثبات النبوة»، «الرد على البراهمة»، «الميسوط» في الفقه. انظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج ٣، ص ١١٦-١١٧؛ الزركلي، الأعلام، ج ٦، ص ٢٦. انظر لقول الإمام الشافعي: هيئة من العلماء، تكلمة المجموع في شرح المهذب، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧١، ج ٢٠، ص ٢٨٢ (كتاب الطلاق)، باب في تاريخ الطلاق وحكمة مشروعته). انظر: الزاهدي، قنية المنية لتنميم الغنية، قسم مصلى مدرسة مكتبة السلیمانیة، رقم ٩٨، ق ٤٥٥ أ (باب فيما يتعلق بنكاح الفضولي وفسخ اليمين في تعليق الطلاق).

(٣٩) هو: مجد الأئمة عبد الرحيم بن عمر بن محمد الترجماني (من فقهاء القرن السادس الهجري ومن تلاميذ الزمخشري (ت ٥٣٨هـ/ ١١٤٣م)، يتيمة الدهر في فتاوى أهل العصر، المكتبة الأزهرية، خاص: ٢١١٩، عام: ٢٦٩٥٨، ق ٨٩ ب (أواخر كتاب الطلاق)، حيث قال فيه: «قال بعضهم: يجعل الزوج والمرأة بينهما حكما، ويرضيان بحكمه بينهما بقول أهل المدينة بـ»أن الطلاق لم يقع عليهما»، فيحوز وهي امرأته. قال الفقيه ر.ع.: ولو أن إنسانا ابتلي بذلك ففعل ذلك أرجو أن لا بأس به، لأن كثيرا من الصحابة والتابعين لا يرون ذلك طلاقا وإن تزوجها إذا كانت اليمين قبل النكاح». رمزه الزاهدي في «القنية»: «مت».

(٤٠) أبو الليث السمرقندي عيون المسائل، مطبعة أسعد، بغداد، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م، تحقيق: صلاح الدين الناهي، ج ١، ص ٤٥٣ (كتاب الخليل). رمزه الزاهدي في «القنية»: «ع».

(٤١) انظر: الزاهدي، قنية المنية لتنميم الغنية، قسم مصلى مدرسه مكتبة السلیمانیة، رقم ٩٨، ق ٨٣ أ (باب الانتقال من مذهب إلى مذهب).

(٤٢) ما بين الحاصرتين زيادة من «مختارات النوازل»، قسم آياصوفيا بمكتبة السلیمانیة، رقم ١٤٢٢، ق ٦٧ أ (كتاب الطلاق).

(٤٣) انظر: المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (ت ٥٩٣هـ/ ١١٩٧م)، مختارات النوازل، قسم آياصوفيا بمكتبة السلیمانیة، رقم ١٤٢٢، ق ٦٧ أ (كتاب الطلاق).

امرأة أخرى^(٤٤)، لا في حق الأولى، ويعمل بكِلْتَا الْفَتَوَيْنِ فِي حَادِثَيْنِ^(٤٥).
وفي «الْقُنْيَةِ»:

«[رب الدين]^(٤٦) إذا ظفر^(٤٧) بجنس حقه من مال المديون على صفته: فله أخذه بغير رضاه، ولا يأخذ الجيد بالرددي، وله أخذ الرددي بالجيد، ولا يأخذ خلاف جنسه [كالدراهم والدنانير]^(٤٨). وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه: له أخذه بقدر قيمته^(٤٩)»^(٥٠).

وفي «المحتبى»:

«ما قاله: هو الأوسع، ويجوز الأخذ به وإن لم يكن مذهبنا، فإن الإنسان يعدر بالعمل به عند الضرورة^(٥١)».

انتهى.

وفيه أيضاً:

«وقد كان بعض مشايخنا وأساتيدنا يفتون في هذه المسألة -يعني: عدة ممتدة الطهر- بقول مالك^(٥٢) رضي الله تعالى عنه عند الضرورة^(٥٣)، خصوصاً الإمام الزاهد منشيء «النظم» نجم الملة والدين الحفصي^(٥٤)»^(٥٥).

(٤٤) (د): «في حرام امرأة أخرى» بدل «في حق امرأة أخرى».

(٤٥) انظر: البزازی، حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب الكردري الخوارزمي البزاري (ت ٨٢٧هـ/١٤٢٤م)، الفتاوى البزارية، ج ٥، ص ١٨٠.

(٤٦) ما بين الحاصرتين زيادة من «قنية المنية لتتميم الغنية»، قسم مصلى مدرسه بمكتبة السلیمانية، رقم ٩٨، ق ٨٣ (باب الانتقال من مذهب إلى مذهب).

(٤٧) (د): «إن ظفر» بدل «إذا ظفر».

(٤٨) ما بين الحاصرتين زيادة من «قنية المنية لتتميم الغنية»، قسم مصلى مدرسة بمكتبة السلیمانية، رقم ٩٨، ق ٨٣ (باب الانتقال من مذهب إلى مذهب).

(٤٩) انظر: هيئة من العلماء، تكملة المجموع في شرح المهذب، ج ٢٦، ص ٥٣٣ (كتاب الأفضية، باب الدعوى والبيئات).

(٥٠) انظر: الزاهدي، قنية المنية لتتميم الغنية، قسم مصلى مدرسه بمكتبة السلیمانية، رقم ٩٨، ق ١٩٩ أ (كتاب المديونات).

(٥١) انظر: الزاهدي، المحتبى شرح مختصر القدوري، قسم أسعد أفندي بمكتبة السلیمانية، رقم ٧٤١، ق ٢٣٩ ب (كتاب السرقة).

(٥٢) انظر: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش (ت ١٢٩٩هـ/١٨٨٢م)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩، ج ٤، ص ٢٩٩؛ محمد بن عبد الله الخرشني (ت ١١٠١هـ/١٦٩٠م)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ج ٤، ص ١٤٣.

(٥٣) (د): «الضرورة» بدل «عند الضرورة».

(٥٤) هو: أبو حفص نجم الدين عمر بن محمد بن أحمد بن اسماعيل السفي السمرقندي (ت ٥٣٧هـ/١١٤٢م). مفسر، محدث، حافظ، متكلم، أصولي، مؤرخ، أديب، ناظم، لغوي، نحوي، فقيه من فقهاء الحنفية. ولد بنسب وإليها نسبته، وتوفي بسمرقند. ومن مؤلفاته: «نظم الجامع الصغير للشيباني» في فروع الفقه الحنفي، «المنظومة النفسية» في الخلافات، «طلبة الطلبة» في الاصطلاحات الفقهية، و«العقائد» يعرف بـ«عقائد النسفي»، «مجمع العلوم»، «التفسير» في القرآن، شرح صحيح البخاري سماه «النجاح في شرح كتاب أخبار الصحاح»، «خصائص اللغة»، «بيان مذهب المتصوفة»، «زلة القارئ» في بيان الخطأ في قراءة القرآن الكريم وأنواعه وحكمه، «الخصائص» في المسائل الفقهية. انظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج ٢، ص ٥٧١؛ الزركلي، الأعلام، ج ٥، ص ٦٠.

(٥٥) انظر: الزاهدي، المحتبى شرح مختصر القدوري، قسم آياصوفيا بمكتبة السلیمانية، رقم ١٢٦٢، ق ٣٧٨ (باب العدة).

انتهى.

وفي «الْبِرَازِيَّةِ»:

«قال العَلَّامَةُ^(٥٦): والفُتَوَى في هذه المسألة على قولِ مَالِكٍ رضي اللهُ تعالى عنه^(٥٧).

انتهى.

وتفصيلها هو:

أنه لو حَاضَتِ امرأةٌ مرَّةً أو أكثرَ، ثم طُلِّقَتْ، فامتدَّ طهرُها: فعدَّتُها:

أ- عندَ أُمَّتِنَا، والشَّافِعِيِّ - في الجَدِيدِ-: بالقُرُوءِ، فَإِنْ وُجِدَتْ ...، وإِلَّا: تَنْتَظِرُ^(٥٨) إلى سِنِّ الإِيَّاسِ، فَإِنْ أَيْسَّتْ: اعتدَّتْ بثلاثةِ أَشْهُرٍ، فَتَزَوَّجَتْ،

ب- وعندَ مَالِكٍ، وَأَحْمَدَ: تَنْتَظِرُ إلى تسعةِ أَشْهُرٍ^(٥٩)، فَإِنْ بَانَ لَهَا حَمْلٌ: اعتدَّتْ بوَضْعِهِ، وإِلَّا: اعتدَّتْ بثلاثةِ أَشْهُرٍ، وَتَزَوَّجَتْ.

وكذا: إِنْ طُلِّقَتْ، فَحَاضَتْ مرَّةً أو مرَّتَيْنِ، فامتدَّ طهرُها.

وأما إِنْ لم تَرَ دَمًا أصلاً، أو رَأَتْ ولم يَسْتَوْعِبْ أَقْلَ مُدَّةِ الحَيْضِ: فعدَّتُها ثلاثةَ أَشْهُرٍ بالإِتِّفَاقِ ولو بلغتْ ثلاثينِ سنةً أو أكثرَ.^(٦٠)

[ترجيح المصنف الإفتاء بعدم نفاذ طلاق المكره]

وإذا تَقَرَّرَ هذا فنقول:

قد ابْتَلَى المسلمون -وإلى اللهُ سبحانه المُشْتَكَى- في هذا الزمان، قليل الخَيْرِ وكثير العُدْوَانِ، بالمُتَغَلِّبَةِ واللُّصُوصِ، اسْتَوَلَوْا عليهم، فَطَمِعُوا في أموالِهِمْ أَشَدَّ الطَّمَعِ، فَأَكْرَهُوهُمْ على الحَلْفِ بالطلاقِ على بَدْلِهَا لهم، فمنهم مَنْ وَفَى بعهده^(٦١) ولكنْ بَعْدَ نَفَادِ طَرِيفِ مالِهِ وتليده^(٦٢)،

(٥٦) هو: البرازي، لقبه تلاميذه بالعلامة. انظر: الفتاوى البرازية (بهامش «الفتاوى الهندية»)، ج ٤، ص ٢.

(٥٧) انظر: البرازي، الفتاوى البرازية، ج ٤، ص ٣٥٧.

(٥٨) (د): «تستنظر» بدل «تنتظر».

(٥٩) (د): «تستنظر إلى تسعة أشهر»؛ (ر): «تنتظر تسعة أشهر» بدل «تنتظر إلى تسعة أشهر».

(٦٠) (ها): بدون «وفيه أيضاً» وقد كان بعض مشايخنا وأساتيدنا يُفتون في هذه المسألة ... ولو بلغت ثلاثين سنة أو أكثر.

(٦١) (د): «بعدهم» بدل «بعده».

(٦٢) (د): «ولكن ببذل طريفه وتليده»؛ (ر): «ولكن ببدل طريفه وتليده» بدل «ولكن بعد نفاذ طريف مالِهِ وتليده». (بهامش (ها):

فَأَصْبَحَ أَحْوَجَ النَّاسِ بَعْدَ أَنْ كَانَ أَعْنَاهُمْ، فَأَخَذَ يَتَكَفَّفُهُمْ، وَمِنْهُمْ مَنْ عَجَزَ عَنْ وَفَائِهِ، فَأَرْمَلَتْ
النِّسَاءُ، وَضَاعَتِ الْأَوْلَادُ، وَوَقَعَتْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ، وَأَنْخَرَمَ النَّظَامُ، وَحَدَّثَتْ أُمُورٌ عِظَامٌ،
مِنْ ضُرُوبِ الْمَخَازِي، وَصُنُوفِ الْمَعَاصِي، فَامْسَتْ الضَّرُورَةُ إِلَى الْأَخْذِ بِقَوْلِ «مَنْ يَقُولُ
بِطُلَانِ طَلَاقِ الْمُكْرَهِ»، فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ خِلَافَ قَوْلِ أَيْمَتِنَا، لَكِنَّهُ قَوْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ غَيْرُ مَهْجُورٍ،
بِدَلِيلِ قَوْلِ عُلَمَائِنَا بِـ«نَفَادِ قِضَاءِ الْقَاضِي بِطُلَانِ طَلَاقِ الْمُكْرَهِ».

كيف؟!

وهو: قول أكثر أهل العلم^(٦٣) على ما في «معالم التنزيل»^(٦٤)، ومذهب الأركان الثلاثة^(٦٥)
من أئمة المذاهب المتبوعة.

وقد ساعده السنة السننية: «لَا طَلَاقَ وَلَا عِتَاقَ فِي إِغْلَاقٍ».

أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ^(٦٦)، وَأَبُو دَاوُدَ^(٦٧)، وَابْنُ مَاجَةَ^(٦٨)، وَالْحَاكِمُ^(٦٩) - وَصَحَّحَهُ - عَنْ
عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ^(٧٠) رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا.

قال القاضي البيضاوي في «شرح المصابيح»^(٧١):

(٦٣) «التَّالِدُ»، و«التَّلِيدُ»، و«التَّالِدُ»: كلُّ مالٍ قَدِيمٍ، وَخِلَافُهُ: «الطَّارِفُ»، و«الطَّرِيفُ». كذا في «المغرب». (منه). انظر: المطرزي،
أبو الفتح برهان الدين ناصر بن عبد السيد بن علي المَطْرُزِي (ت ٦١٠هـ/١٢١٣م)، المغرب في ترتيب المغرب، (تحقيق: محمود
فاخوري، عبد الحميد مختار)، ط ١، بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، ١٩٩٩م، ص ٣٩، مادة (ت ل د).

(٦٤) انظر: البيهقي، أبو محمد مُجِيبُ السَّنَةِ الْحَسِينِ بْنِ مَسْعُودِ بْنِ مُحَمَّدِ الْفَرَّاءِ الْبَغَوِيِّ (ت ٥١٦هـ/١١٢٢م)، تفسير البيهقي «معالم
التنزيل»، (تحقيق: محمد عبد الله النمور، عثمان جمعة ضميرية، سليمان مسلم الحرش)، الرياض: دار طيبة، ١٤١١هـ، ج ٥، ص ٤٦،
عند تفسير قوله تعالى: «مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَسَوْ كُنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكَفْرِ صِدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ
مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ (١٠٦)» [سورة النحل: ١٠٦/١٦]، حيث قال: «وَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي طَلَاقِ الْمُكْرَهِ، فَذَهَبَ أَكْثَرُهُمْ
إِلَى أَنَّهُ لَا يَقَعُ».

(٦٥) هم: الإمام مالك، والإمام الشافعي، والإمام أحمد بن حنبل.

(٦٦) انظر: مسند أحمد بن حنبل، ج ٦، ص ٢٧٦.

(٦٧) انظر: سنن أبي داود، كتاب الطلاق، ٨.

(٦٨) انظر: سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، ١٦.

(٦٩) انظر: الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین (وبذيله: التلخیص للحافظ الذهبي)، دار
المعرفة، بيروت، ج ٢، ص ١٩٨. قال الذهبي: «في إغلاق، أي: إكراه، لأن المكره يغلق عليه في أمره ويضيق عليه في تصرفه، كما
يغلق الباب على أحد».

(٧٠) هي: أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق، أفقه نساء المسلمين وأعلمهم بالدين والأدب، تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم في
السنة الثانية بعد الهجرة، وأكثر نساؤه رواية للحديث عنه، توفيت في المدينة. انظر: الزركلي، الأعلام، ج ٣، ص ٢٤٠.

(٧١) انظر: القاضي البيضاوي، ناصر الدين عبد الله بن عمر بن محمد القاضي البيضاوي، تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة، إدارة الثقافة
الإسلامية، الكويت، ٢٠١٢، ج ٢، ص ٣٨٩.

«فُسِّرَ «الإِغْلَاقُ» بِـ«الإِكْرَاهِ»، إِذِ الْغَالِبُ: أَنَّ الْمُكْرَهَ يُغْلَقُ عَلَيْهِ الْبَابُ، وَيُضَيِّقُ عَلَيْهِ حَتَّى يَأْتِيَ بِالْمُكْرَهِ بِهِ»^(٧٢).

وعلى هذا يدلُّ الحديثُ علي «أَنَّ طَلَاقَ الْمُكْرَهِ وَعِتْقَهُ: غَيْرُ نَافِذٍ»، وإليه ذَهَبَ عُمَرُ^(٧٣)، وَعَلِيٌّ، وَابْنُ عُمَرَ^(٧٤)، رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ، وَبِهِ قَالَ شَرِيحٌ^(٧٥)، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ^(٧٦)، وَمَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَحْمَدُ، رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ^(٧٧).

وقال النَّخَعِيُّ^(٧٨)، وَالشَّعْبِيُّ^(٧٩)، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَالتَّوْرِيُّ^(٨٠)، رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى: «يَصِحُّ طَلَاقُهُ دُونَ إِقْرَارِهِ»^(٨١)، لِأَنَّهُ وَجَدَ اللَّفْظَ الْمُعْتَبَرُ مِنْ أَهْلِهِ مُصَادِفًا لِمَحَلِّهِ، وَلَكِنْ لَمْ يُوجِدِ الرِّضَا بَثْبُوتِ حُكْمِهِ، وَهُوَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، كَمَا فِي طَلَاقِ الْهَازِلِ وَعِتْقِهِ.

وهو ضعيفٌ، لِأَنَّ الْقَصْدَ إِلَى اللَّفْظِ مُعْتَبَرٌ، بِدَلِيلِ «عَدَمِ اعْتِبَارِ طَلَاقٍ مَنْ سَبَقَ لِسَانَهُ»^(٨٢)، وَهِنَا الْقَصْدُ إِلَى اللَّفْظِ: مِنْ نَتِيجَةِ الإِكْرَاهِ، فَيَكُونُ كَالْمَعْدُومِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُكْرَهِ»^(٨٣).

(٧٢) (د)، (ر)، (هـ): «المكره به» بدل «بالمكره به».

(٧٣) هو: أبو حفص عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي (ت ٢٣هـ/٦٤٤م)، ثاني الخلفاء الراشدين، وأول من لقب بـ«أمير المؤمنين»، الصحابي الجليل، يضرب بعذله المثل، كان في الجاهلية من أبطال قريش وأشرافهم، أسلم قبل الهجرة بخمس سنين، ويويع بالخلافة يوم مات أبو بكر، وهو أول من وضع للعرب التاريخ الهجري. انظر: الزركلي، الأعلام، ج ٥، ص ٤٥.

(٧٤) هو: أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي (ت ٧٣هـ/٦٩٢م)، صحابي نشأ في الإسلام، وهاجر إلى المدينة مع أبيه، وشهد فتح مكة، ومولده ووفاته فيها، أفتى الناس في الإسلام ستين سنة. انظر: الزركلي، الأعلام، ج ٤، ص ١٠٨.

(٧٥) هو: أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي (ت ٧٨هـ/٦٩٧م)، من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الإسلام، أصله من اليمن، ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية، عُمر طويلاً، ومات بالكوفة. انظر: الزركلي، الأعلام، ج ٣، ص ١٦١.

(٧٦) هو: أبو حفص عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي (ت ١٠١هـ/٧٢٠م)، الخليفة الصالح والملك العادل، وربما قيل له «خامس الخلفاء الراشدين» تشبيهاً له بهم، ومدة خلافته سنتان ونصف، ولد ونشأ بالمدينة. انظر: الزركلي، الأعلام، ج ٥، ص ٥٠.

(٧٧) (ها): «رحمهم الله تعالى» بدل «رضي الله تعالى عنهم».

(٧٨) هو: أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي (ت ٩٦هـ/٨١٥م)، فقيه العراق، كان إماماً مجتهداً، ومن أكابر التابعين صلاحاً وصدقاً وروايةً وحفظاً للحديث، من أهل الكوفة. انظر: الزركلي، الأعلام، ج ١، ص ٨٠.

(٧٩) هو: أبو عمرو عامر بن شراحيل بن ذي كبار الشعبي (ت ١٠٣هـ/٧٢١م)، من التابعين، وكان فقيهاً شاعراً محدثاً وروايةً، ولد ونشأ ومات بالكوفة، نسبته إلى «شعب»، وهو بطن من همدان، اتصل بعبد الملك بن مروان، فكان رسوله إلى ملك الروم، واستقضاه عمر بن عبد العزيز. له: «الكفاية في العبادة والطاعة». انظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج ٢، ص ٢٧؛ الزركلي، الأعلام، ج ٣، ص ٢٥١.

(٨٠) هو: أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري (ت ١٦١هـ/٧٧٨م)، محدث فقيه، كان سيد أهل زمانه في علوم الدين و التقوى، ولد ونشأ في الكوفة وتوفي بالبصرة. له من الكتب: «الجامع الكبير»، «الجامع الصغير»، «الفرائض»، «رسالة إلى عباد بن عباد الارسوفي»، «تفسير القرآن الكريم». انظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج ١، ص ٧٧١؛ الزركلي، الأعلام، ج ٣، ص ٨٠.

(٨١) (د): «دون» بدل «دون إقراره».

(٨٢) (د): «من سبق» بدل «من سبق لسأته».

(٨٣) انظر: البيضاوي، ناصر الدين أبو سعيد (أبو محمد) عبد الله بن عمر بن محمد القاضي البيضاوي (ت ٦٨٥هـ/١٢٨٦م)، تحفة الأبرار

انتهى.

وَمِمَّنْ فَسَّرَ «الإِغْلَاقَ» بِـ«الإِكْرَاهِ»:

الإمام المَطْرَظِيُّ، حيث قال في «المُغْرِبِ»:

«وفي الحديث: «لَا طَلَاقَ فِي إِغْلَاقٍ»^(٨٤)، أي: «في إِكْرَاهٍ، لَأَنَّ الْمُكْرَهَ مُعْلَقٌ عَلَيْهِ أَمْرُهُ. وعن ابن الأَعْرَابِيِّ^(٨٥): «أَغْلَقَهُ عَلَى شَيْءٍ: أَكْرَهَهُ»^(٨٦).

وصاحبُ «القَامُوسِ»، حيث قال:

«الإِغْلَاقُ»: الإِكْرَاهُ»^(٨٧).

نعم، لو لَحِقَ قِضَاءُ الْقَاضِي بِبُطْلَانِهِ: لَكَانَ أَحْوَطَ وَأَحْكَمَ، لِكِنَّهُ فِي زَمَانِنَا مُتَعَدِّرٌ لِعَدَمِ اسْتِجْمَاعِ شَرَايِطِ نَفَاذِهِ، عَلَى مَا لَا يَخْفَى عَلَى دَارِيهَا. والله سبحانه وتعالى أَعْلَمُ وَأَحْكَمُ.

نَجَزَتِ الرِّسَالَةَ عَلَى يَدِ جَامِعِهَا الْعَبْدِ الضَّعِيفِ، الْمَحْتَاجِ إِلَى رَحْمَةِ رَبِّهِ اللَّطِيفِ: عَالِمٌ مُحَمَّدٌ بِنَ حَمَزَةٍ، عَفَا عَنْهُمَا الْمَلِكُ رَبُّ الْعِزَّةِ، أَوْ آخِرَ آخِرِ جُمَادَى سَنَةِ عَشْرٍ وَمِائَةٍ وَأَلْفٍ^(٨٨)، خُتِمَتْ بِالْخَيْرِ وَالشَّرَفِ، بِجَاهِ أَفْضَلِ الْمُرْسَلِينَ، صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ، وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا إِلَى يَوْمِ الْبَعْثِ وَالذِّينِ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ.^(٨٩)

شرح مصابيح السنة للإمام البغوي، (تحقيق: لجنة بإشراف نور الدين طالب)، ط ١، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ج ٢، ص ٣٨٩-٣٩٠.

(٨٤) (ها): «لا طلاق» بدل «لا طلاق في إغلاق».

(٨٥) هو: أبو عبد الله محمد بن زياد المعروف بـ«ابن الأعرابي» (ت ٢٣١هـ/٨٤٥م)، رواية أشعار القبائل، ناسب وعلامة باللغة، من أهل الكوفة، مات بسامراء، أخذ عن الكسائي وابن السكيت وأبي العباس أحمد بن يحيى ثعلب، وأخذ عنه الأصمعي. له تصانيف كثيرة منها: «النوادر»، «تاريخ القبائل»، «معاني الشعر»، «تفسير الأمثال». انظر: كحالة، معجم المؤلفين، ج ٣، ص ٣٠٧؛ الزركلي، الأعلام، ج ٦، ص ١٣١.

(٨٦) انظر: المطرزي، المغرب في ترتيب المغرب، ص ١٩١، مادة (غ ل ق)، حيث قال: «وفي الحديث: «لاطلاق في إغلاق»، أي: في إكراه، لأن المكره مغلق عليه أمره. وعن ابن الأعرابي: «أغلقه على شيء: أكرهه». ومن أوله بـ«الجنون» وأن المنجون هو المغلق عليه: فقد أبعد. على أي لم أجد في الأصول. وفي سنن أبي داود: «الإغلاق أظنه الغضب»، ومنه: «إياك والغلق»، أي: الضجر والقلق».

(٨٧) انظر: الفيروزآبادي، أبو الطاهر مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد الفيروزآبادي (ت ٨١٧هـ/١٤١٥م)، القاموس المحيط، (إعداد: محمد عبد الرحمن المرعشلي)، ط ١، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ج ٢، ص ١٢١٤، مادة (غ ل ق).

(٨٨) أواخر (٢١-٢٩) جمادى الآخرة ١١١٠هـ (٢٥ ديسمبر كانون الأول ١٦٩٨م-٢ يناير كانون الثاني ١٦٩٩م).

(٨٩) (د): بدون «نَجَزَتِ الرِّسَالَةَ عَلَى يَدِ جَامِعِهَا الْعَبْدِ الضَّعِيفِ ... وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ».

- **Nuri Kahveci**, *İslam Aile Hukuku*, 1. baskı, Hikmetevi, İstanbul 2014, 278 sayfa.

Değerlendiren: Yrd. Doç. Dr. Halis DEMİR*

Aile toplumun çekirdeği ve en önemli birimidir. Aile, Kişiyi toplumsal yaşama hazırlayan bir okuldur. Medeniyetler aile kurumunun sağlam olmasıyla varlıklarını sürdürebilirler.

İslam hukukunda ailenin yeri, evlenme, nişanlanma ve boşama hukukunun anlatıldığı kitap giriş, önsöz, sonra altı bölüm, sonuç ve kaynaklar bölümünden meydana gelmektedir.

İslam Aile Hukuku kitabı altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde evlilik ve aile mefhumu ele alınmıştır. Eski Türklerde aile, islam öncesi cahiliye Araplarında aile yapısı, İslam'ın evlilik müessesesine getirdiği değişiklikler ve günümüzde aile başlığıyla birinci bölüm sonlanmaktadır. İkinci bölümde, evliliğin tanımı, unsurları ve nişanlılık konusu ele alınmıştır. Üçüncü bölümde evlenmenin mahiyeti; evlenme ehliyeti, nikâh akdinde velayet ve evlenme engelleri incelenmiştir. Dördüncü bölümde nikâh akdi; nikâh akdinin unsurları, şartları ve nikâhta vekâlet ele alınmıştır. Beşinci bölümde sahih nikâh, hükümleri, sonuçları, eşlerin birbirine karşı sorumlulukları, Mehir ve nafaka kavramları, doğum ve sonuçları, hükümlerine göre nikâh çeşitleri ve halveti sahihe anlatılmıştır. Altıncı bölümde İslam'ın ailenin devamına verdiği önem, evliliği sona erdirme şekilleri, boşama yetkisi, nikâh akdinin sona ermesinin hukuki neticeleri, iddet, çocukların bakım ve terbiyesi, boşanma dolayısıyla tazminat konusu ele alınmıştır.

Yazar, ailenin günümüz şartlarından olumsuz bir şekilde etkilenmeden varlığını sürdürebilmesi için Kuran ve Sünnete uygun olarak, hukuki düzenlemelere başvurulması gerektiğini belirtmektedir. Bu eserdeki bazı tespitleri takdim etmeye çalıştık.

Kahveci kitabın önsözünde yöntemi ile ilgili şu ifadeyi kullanmıştır: “Bu çalışmada İslam hukuk doktrindeki mevcut geçmiş fikir ve düşüncelerle içtihatlar üzerinde durulduğu gibi zaman zaman güncel yaklaşımlar ortaya koyma çabası da sergilenmiştir. Burada yer alan bazı görüş ve yaklaşımlar günümüzde belki güncelliğini kaybetmiş olabilir. Ancak İslam hukuk doktrinini oluşturan ve güncel temel teşkil eden görüşler olarak her birinin değerli olduğunun bilinmesinde fayda olduğu gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır.” (sh. 12) Bir ikaz olarak da alabileceğimiz bu açıklama önemlidir. Zira İslam hukukuna dair bazı içtihatlar kendi

* Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, halisdemir2005@mynet.com

döneminin şartlarından kaynaklanır ve o zamanın ihtiyaçlarına cevap niteliği taşır. Bu tür içtihatlarla ihtiyatla yaklaşmanın önemi de ortadadır. Aksi bir yaklaşım yönetsizlik, çağları karıştırmak, dönemle sınırlı bir içtihattan çağlar ötesi bir çözüm beklemek olur ki bu yanlış ve içtihadın ruhuna uzaktır.

Yöntem konusunda yazarın diğer ifadeler de şu şekildedir. “Din olarak İslam’ın aileye verdiği önem ve yüklediği sorumluluğu ortaya koyabilmek için yapılan bu çalışma çok fazla detaya girmeden genel hatlarıyla aile kurumuyla ilgili meseleleri bazı güncel değerlendirmelerle ortaya koymayı hedeflemektedir. Bu arada tarihi değerlendirmelerden de uzaklaşılmanmaya özen gösterilecektir.” (sh. 15) Yazar mezhep tartışmalarına genel olarak girmemiştir. Kitap mezhepler arasında mukayeseli bir çalışma değildir. *İslam Aile Hukuku* kitabı kavramların az kullanıldığı, detayların ilgililerine bırakıldığı, üslubu akıcı bir eserdir.

Aile içi ihtilaf sebeplerinden birisi kadının çalışmasıdır: “Günümüzde kadın, aile dışında çalışmaya başlayınca dışarıda bir takım sorumluluklar yüklendi.(...) Bu arada aile içinde de daha fazla söz sahibi oldu. Zaman zaman aile içinde ve dışında rol çatışmalarına düşmeye başladı. Aile yuvasında ahenk ve huzur kadar denge de önemlidir.” (sh. 28) Günümüzde kadının çalışması genel kabul görmüş gibidir. Çalışma şartlarının ahlaki, insani, iktisadi ve fitriliği değerlendirilmelidir. Her bireyi kuşatan kapitalizmin şartları ailedeki dengeyi tehdit etmektedir. Rol çatışması ailenin bütün bireyleri arasında ortaya çıkmaktadır. Ailede denge nasıl sağlanacaktır? Huzur ve dengenin sağlanması için ailede baba, anne ve çocukların her birine sorumluluklar düşmektedir.

Kahveci kitabın girişinde İslam hukukunun temel kaynakları olan Kur’an, sünnet, kıyas ve icma konularıyla ilgili özet, genel ve konuya ilgi duyanların ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir düzeyde bilgiler vermektedir.

Yazarın tesbitine göre, İslam hukuk doktrininde nikâh tanımlarında akdin mevzuuna atıf yapılmıştır. Bir başka ifadeyle nikâh akdinin bu durum akdin borçlar hukuku bağlamında tanımlanmasıyla benzerlik göstereceği için nikâhın satın almayı ve mülkiyeti çağrıştırmasının hoş olmayan bir kanaate sebep olmaktadır. Nikâhın yapısına pek de uygun düşmeyen bu kanaatin giderilmesi için nikâh tanımlarında, karı kocanın birbirinden yararlanmalarının helalliyi yönünde izah yapılması gerekmektedir.(sh. 40)

Aile hukukunda göz ardı edilmemesi gereken bir husus da aile fertlerin birbirleriyle ilişkilerinin mahiyetidir: “Ailenin bir başka özelliği, aileye mensup olan herkesin üzerine düşen vazifeleri ibadetlerde olduğu gibi titizlik ve düzen içinde eksiksiz olarak yerine getirmesidir.” (sh. 47) Aile bireylerinin karşılıklı irtibatlarını bir ibadet coşkusuyla sürdürmeleri bu birlikteliği daha anlamlı hale getirecektir.

Vazife kavramı da iale ilişkilerinin mahiyetini izahta kullanılmaktadır. Eşlerin birbirlerine karşı vazifelerinin sınırları nasıl belirlenir. Buna karşı kadının kocasına kayıtsız şartsız itaatini ifade eden bazı rivayetler nasıl izah edilir? Burası geleneksel aile ile modern ailenin çatışma noktasıdır. Bu konulara değinme ve güncelin etkisinde kalmadan değerlendirmeler aile birlikteliğinin sağlıklı bir zemine oturmasına da katkı sağlayacaktır.

Kitapta, evlenmek isteyen kız ve erkeğin birbiriyle görüşmeleri konusu ayrıntılı olarak incelenmiştir. Buna göre taraflar birbirlerinin izzet, haysiyet ve şahsiyetlerini incitmeden nasların koyduğu sınırlara riayet ederek görüşmeyi tamamlamalıdır. (sh. 52) Konuyla ilgili naslarda belirlemiş olan sınırların dikkate alınmaması önemli ve gerekli bir durum olan evlilik öncesi ön görüşmeyi gayesinden uzaklaştırabilir.

Yazar nişanla birlikte yapılan nikâh akdinin sahih olmadığını dolayısıyla mesele fiili evliliğin yapılacağı ana kadar geçecek zaman içindeki kız ve erkeğin serbestçe yalnız kalabilmelerini temin edemeyeceği kanaatindedir. Çünkü nişanla birlikte ya da nişandan sonra yapılan nikâh; sahih bir nikâh akdinin şartlarını kapsamadığı için fasit hükmündedir. Nişanlılık ve nikâh ayrı birer hukuki süreçtir. Bu durumda tarafların birbirleriye helal bir birliktelikleri için nikâh akdin için fiili evliliğin yapılacağı zamana kadar bekletmek gerekir. (sh. 55)

Ailede aranan bazı özellikler başlığı altında bazı kelimesine rağmen iffet ve sadakat kavramlarının sonraki baskılarında kitaba eklemesi uygun olabilir. Zira iffet ve sadakat aile kurumunu güçlendiren iki önemli davranıştır.

Belki evlilik akdinin en güzel tasvir edildiği cümlelerden birisi şudur: “Evlilik hukuku, irade serbestliğinin en çok daraldığı bir özel hukuk alanıdır. Her şeyden önce tarafların evlenmeleri bir merasimle olmaktadır. Kişilerin evlilik dolayısıyla kazandıkları haklar ve yükledikleri sorumluluklarını eşlerin diledikleri gibi değiştirmeleri veya ortadan kaldırmaları mümkün değildir. Evliliğe son vermek bile pek çok hukuk sisteminde sadece kendi anlaşmalarıyla gerçekleşmemektedir.”(sh. 69) Evlilik özgürlükleri hak veya sorumluluklarla sınırlayan bir akid veya sosyal muameledir. Aile bireylerinin nikah akdinin özgürlükleri sınırladığının farkına varması evliliğin ciddiyetini belirlemek bakımından önemlidir.

Evlenme ehliyetine sahip olabilmek için tam eda ehliyeti şarttır. Evlenme ehliyetinin biri akıl diğeri biyolojik gelişme/buluğ olmak üzere iki şartı vardır. Yazar, buluşun günümüz şartlarında yeterli olgunluk seviyesine ulaşmak için kâfi olmadığı kanaatindedir. Hatta çocukları buluş çağına gelmeden evlendirmeyi risk olarak değerlendirmektedir.

Küçüklerin evlendirilmesi fakihler arasında ihtilafı bir konudur. İslam hukuku bahsi açıldığında İslam hukuku üzerinde düşünenleri iknada zorlanılan konulardan

birisi de küçüklerin evlendirilmesidir. Yazar buluş çağından önce evliliğin sahih olduğu kanaatinde olan fakihlerin gerekçelerini sonra bu nikâhın batıl olduğunu düşünen fakihlerin içtihatlarını ve gerekçelerini verir. Arkasından kendi kanaatini ortaya koyar. Yazarın kanaatini güçlendiren ayet mealen şöyledir: “*Yetimleri de-neyin. Evlenme çağına (buluşa) erdiklerinde, eğer reşid olduklarını görürseniz, mallarını kendilerine verin. Büyüyecekler (ve mallarını geri alacaklar) diye israf ederek ve aceleyle getirerek mallarını yemeyin. (Velilerden) kim zengin ise (yetim malından yemeğe) tenezzül etmesin. Kim de fakir ise, aklın ve dinin gereklerine uygun bir biçimde (hizmetinin karşılığı kadar) yesin. Mallarını kendilerine geri verdiğiniz zaman da yanlarında şahit bulundurun. Hesap görücü olarak Allah yeter.*” (Nisa, 4/6).

“*Onlar evlilik çağına gelinceye kadar ...*” (Nisa, 4/6) ayetinin buna delalet ettiği kanaatindedir. (sh.71) Yazarın da katıldığı fakihlerin içtihadına göre “*evlilik çağı*” ifadesinin çocukların bu yaşa gelmeden evlenemeyeceklerine işaret yoluyla delalet etmektedir. (sh.73). Çocukların evlendirilmesi konusunda bir diğer sorun da böyle bir akde vesile olan velilerin konumudur. Bu veli tasarruflarının hukuki durumu üzerinde de durmak gerekir.

Yazar bazen güncel genel kullanımlara da yer vermektedir. Şu cümle buna bir örnektir: “*Klasik İslam hukuku literatüründe bu konuda bulabildiğimiz en liberal görüş Ebu Hanife’nin görüşüdür.*” (sh. 77) Yaygınlık kazansa da liberalizm farklı bir dünya kavramıdır. Bir içtihadı belirlemek bakımından liberal kavramı kanaatimizce izahı muğlak hale getirebilir.

Evlilik akdini oluşturmada tarafların eda ehliyetine sahip olmaları gerekir. Yazar, evlilik ile ilgili veli izninden bahseden ayetin dönemin şartları gereği mevcut olan cariyeyle ilgili uygulama olduğunu belirtmektedir. Bu durumun hür kadınlar için geçerli kabul edilmesinin günümüz açısından doğru olmadığını ifade eder. buna karşılık fertlerin ihtiyaç duyduğu zamanlarda aile maddi ve manevi desteğin sağlanması için ebeveynin rızasının da evlenme aşamasında alınması gerektiğini vurgulamaktadır. (Sh. 80) Elbette ebeveynin evliliğe rızasının alınması bir tavsiyedir. Hukuki bir anlamı bulunmamaktadır.

İslam hukukuna göre birbirleriyle evlenmek isteyen kız ve erkeğin arasında dini, sosyal ve iktisadi bakımdan denkliğin bulunması gerekir. Bir hadisi şerif mealen şöyledir: “*Üç şeyi geciktirmeyiniz, vakti geldiğinde namazı, hazır olduğunda cenazeyi, dengini bulunca evlenme çağındaki kıızı.*” Yazar bu hadisi evlenmede tarafların denkliği açısından bağlayıcı bulmamaktadır. Anladığımız kadarıyla burada hitabın kıza olmasını tercih etmektedir. Evlenme çağına gelmiş kızın kendine de denk bir eş bulduğu takdirde onunla evlilik gerçekleştirebilmesi için önündeki engelleri açmaya çalışmanın, bu hadisi evlilik konusunda kolaylık oluşturmak şeklinde anlamanın Kuran’ın ve sünnetin sağlıklı bir ailenin oluşmasına dönük gayesine

daha uygun olduğu kanaatindedir. Yazar, denklik konusunu günümüzün şartlarına ve çağa uygun olarak tekrar düzenlenmesi gerektiği düşüncesindedir. (sh. 86) Bu önemlidir. Çünkü günümüzde geçim, eğitim, bölge farkı vb. hususlar denklik kavramını etkilemektedir.

Yazar, kan hısımlığı konusunda kardeş çocuklarının evlenmesi yasak olmasa da bazı devletlerin medeni kanunlarında olduğu gibi çemberi geniş tutarak onların birbirleriyle evlenebilmesine hukuki engel konulması akraba evliliğinden meydana gelecek sağlık problemlerinin önüne geçmek için Kuran ve sünnetin vermek istediği mesaja uygun olduğu görüşündedir.(sh. 90)

Evlilik, eşlerin cinsel olarak birbirlerinden faydalanmaları sonucunu doğurur. Yazar frengi, bel soğukluğu, aids, cüzzam gibi bazı hastalıklara yakalanmış kişilerin bu hastalıklar klasik kaynaklarda evlenme engeli olarak yer almamış olsa da, evlenmeye mani kabul edilmesinin İslam hukukunun maksadına uygun olacağı kanaatindedir.(sh. 98)

Yazar, sözlü irade beyanlarıyla nikâh akdinin tamamlanamayacağını, yine Kuran'daki "*misak-i galiz*" (Nisa, 4/21) ifadesini göz önüne alarak evlenme iradesinin yazıya dökülerek resmi bir boyuta taşınmasının, kayda geçirilmesinin kadının mağduriyet yaşamaması açısından önemli olduğu kanaatindedir. (sh.109) Çünkü nikâh diğer akitlerden farklı olarak, iki kişi arasında kalacak özellikte bir akit olmadığı gibi Kuran'ın ifadesiyle "*güçlü bir söz veriştir*". "*Hem, siz eşlerinizle birleşmiş ve onlar da sizden sağlam bir söz almış iken, onu nasıl (geri) alırsınız?*" Nisa, 4/21. İrade beyanı bahsinde haberleşme araçlarıyla yapılan nikâh veya nikâh vadinin akde esiri konusu biraz daha ayrıntılı incelenebilirdi. Gerçi yazar akdin yazıya geçirilmesini teklif ederken bu konuyu da değerlendirmiş olmaktadır.

Nikâh akdinin aleniyeti gereklidir. Yazara göre, evliliğin sosyal ve dini boyutu düşünülmezsizin gizlice yapılan nikâh akdinin sahih olarak nitelendirilmesinin İslam dinine ve müslüman topluma karşı yapılan bir haksızlık olduğu kanaatindedir. Ayrıca, dini metinlerdeki hükümler bir gayeyi gerçekleştirmek için konulmuştur. Bu sebeple bazı hükümlerin gözden geçirilmesi ve maksada uygun bir şekilde ifadesi hukuki bir zorunluluktur.(sh.111) Klasik fıkıh kitaplarında yer alan içtihatları, naslarla farklı değerlendirmek önemli hatta İslam hukukunun dinamizmi bakımından gereklidir.

Yazar göre vekâletin kabulü geçmiş dönem şartları açısından hukuki bir cevazdır. Günümüzde eşlerin nikâh akdine bizzat katılmalarının sağlanması gerektiğini; akdin ulviliği ve şahitlerin bizzat evlenecekleri kişilerin ağzından icap ve kabulü duymuş olmalarının sağlayacağı şüphesizlik ve endişesizlik açısından önemli görmektedir. Belki vekâlet önceki dönemlerde kadının nikâh meclisine katılmasının

dini bir mahzur olarak görünmesinden kaynaklandığı göz önüne alındığında, ortamın mahzurlardan arınması halinde vekâlete ihtiyaç kalmayacaktır.(sh.117)

Bazı ayetlerin günün şartlarında bir daha tefsir ve tahlilin önemi ortadadır. “Boşanmış kadınlar kendi kendilerine üç ay hâli (hayız veya temizlik müddeti) beklerler. Eğer Allah'a ve ahiret gününe inanıyorlarsa, Allah'ın kendi rahimlerinde yarattığını gizlemeleri onlara helâl olmaz. Kocaları bu süre içinde barışmak isterlerse, onları geri almağa daha çok hak sahibidirler. Kadınların, yükümlülükleri kadar meşru hakları vardır. Yalnız erkeklerin kadınlar üzerinde bir derece farkı vardır. Allah, mutlak güç sahibidir, hüküm ve hikmet sahibidir.” (Bakara, 2/2289. Bu ayette geçen “derece” kelimesi evlilikte karşılıklı hak ve sorumluluk anlamındadır.(sh. 122)

Kadına karşı şiddet sürekli gündemi işgal eden bir konudur. Şu fetva olayın fazla keyfi olamayacağını da ortaya koymaktadır: “Hanefiler hanımına şiddet uygulayan kişinin ta'zir ile cezalandırılması gerektiği kanaatindedir.” (Hallaf'tan naklen Ahvaluş-şahsiyye, sh. 120, sh.133)

Kocaya itaatinin sınırının nasıl olacağı bazı aile içi kavgaların sebebidir. Bu noktada ayetlerde geçen nuşuz kelimesine verilecek anlam önem kazanmaktadır. Konuyla ilgili bir ayet mealen şöyledir: “Erkekler, kadınların koruyup kollayıcılarıdır. Çünkü Allah, insanların kimini kiminden üstün kılmıştır. Bir de erkekler kendi mallarından harcamakta (ve ailenin geçimini sağlamakta)dırlar. İyi kadınlar, itaatkârdırlar. Allah'ın (kendilerini) koruması sayesinde onlar da “gayb”ı korurlar. (Evlilik yükümlülüklerini reddederek) başkaldırdıklarını gördüğünüz kadınlara öğüt verin, onları yataklarında yalnız bırakın. (Bunlar fayda vermez de mecbur kalırsanız) onları (hafifçe) dövün. Eğer itaat ederlerse, artık onların aleyhine başka bir yol aramayın. Şüphesiz Allah, çok yücedir, çok büyüktür.” Nisa, 4/34

Yazarın nuşuz için izahı şudur: “ İslam hukuk doktrininde kadının ailenin düzenini sarsacak şekilde tavır ve davranış sergilemesine, yani aile düzenine itaatsizliğine nüşuz denilmektedir.” (sh. 147) Bu “ailenin düzenini sarsacak şekilde tavır ve davranış” ifadesi nuşuz kelimesini açıklamak konusunda yetersiz kalmaktadır. Kahveciye göre mealini verdiğimiz Nisa suresi 34. ayette yer alan kocanın karısına uygulayacağı tedib tedbirlerin işe yaramaması halinde aile içi huzuru temin için “dövme” şeklinde ifade edilen وَأَضْرَبُوهُنَّ kelimesine sözcük anlamlarından sadece biri olan “dövünüz” anlamını yüklemek Kuran'ın maksadına uygun değildir. Yazar, darbeye fiilin birçok anlama geldiğini, onlardan “sıkıştırmak, yüz çevirmek, elem vermek, baskı yapmak, ayrılmak” gibi anlamlarından herhangi birini tercih yerine “dövmek” anlamını vermenin Kuran ve sünnetin ruhuna uygun olmadığını ifade etmektedir. Yine, bir bütün olarak ele alındığı zaman kocanın eşine karşı şiddet uygulaması yerine ondan yüz çevirmesi veya sözlü ikazının daha doğru bir davranış olduğunu belirtmektedir.(sh.173)

Kuran ve sünnetteki örnekler bakıldığında boşamanın hukuken geçerli olabilmesi için kararlılığa ve samimiyete dayanması gerektiğini belirten yazar, ciddiyetten uzak sözlerle yapılan boşamayı sahih olarak kabul etmenin, hukuk mantalitesiyle bağdaşmadığını düşünmektedir. Buna örnekler sinir krizi geçiren kimse veya sarhoşun talakı söylenebilir. Yazar sinir krizi geçiren kimse ve sarhoşun talakının sahih olmadığı kanaatindedir. (sh.191)

Sarhoşun talakı konusunda kahveci şu cümlelere yer vermektedir: “İslam hukuku metodolojisinde bilginlerin üzerinde detaylı bir şekilde durdukları ve İslam hukuku açısından çok önemli bir müessese olan ehliyet olgusu açısından meseleye baktığımızda sarhoş olan bir kişi hangi yolla sarhoş olursa olsun sarhoşluk hali onun fiil ehliyetini arızalı hale sokacaktır. Ehliyeti arızalı yani eksik olan bir kişinin tasarruflarını tam ehliyetli gibi görmek mümkün olmayacağından böyle bir kişinin talakının da geçerli kabul edilmemesi gerekmektedir.” (sh. 194) Burada kocasının her âleminden sonra boşanma kelimelerini duyan bunun baskı, endişe ve üzüntüsünü üzerinde hisseden bir kadının durumu ne olacaktır? Belki konu kadının durumu, rızası ve ihtiyaçları merkezinde yeniden değerlendirilmelidir.

İbn Abbas, Hz. Peygamber, Hz. Ebubekir, Hz. Ömer hilafetinin ilk iki senesinde bir defada kullanılan üç talakın tek talak olarak kabul edildiğini söylemektedir. Yazar sahabenin bir kısmına da nisbet edilen “bir temizlik sürecinde veya aynı mecliste ancak bir talak meydana gelir” görüşünün boşamanın sıhhati açısından dikkate alınması gerektiği kanaatindedir. Dönem ve şartlarının maslahatı gereği İslam hukukçularının çoğunluğunun tercih ettiği fakat haram olan boşama şeklinin hukuken de geçersiz kabul edilmesi günümüz şartları açısından nikâhı ve talakı idrak edemeyen bir toplum için problemlerin çözümünde kolaylıklar sağlayacağı kanaatindedir.(sh. 209)

Kayıp, ölü ya da hayatta olduğu hususunda bilgi bulunmayan ve kendisinden haber alınamayan kimseye mefkud denir. Malikilere göre kocanın kaybı üzerinden 4 yıl geçtikten sonra hanımı mahkemeye müracaatla boşanma talebinde bulunabilir. Mefkudluk hali kişilere ve şartlara göre farklılık arz edeceğinden bu durumun hâkim ve bilirkişilerin takdirine bırakmak isabetli görünmektedir. Süreyi çok uzun tutan fetvaların esas alınması halinde kadının uzun süre bekletilmesiyle maddi ve manevi kayıplarının oluşması mümkündür.

Yine hayatta olduğu bilindiği halde evine uğramayan, ailesi ile iletişimini kesen kişiye gaib denir. Hanefiler ve Şafiler bu durumu kadının kocasından ayrılması için bir tefrik sebebi olarak görmemiştir. Yazar gaiplik halinin kadının boşanma isteğini haklı kılacak bir neden olarak hâkimler tarafından dikkate alınmasını teklif etmektedir. (sh. 223-224)

Fetvalarda naslara zıt uygulamalar doğru kabul edilmiş mesela hanımını boşama niyetinde olmayan bir kişiye ağzından çıkan “boş” sözünden dolayı boşanmış hükmü verilmiştir. Bu şekilde yuvası dağıtılan biçareye kurtuluş yolu olarak hulle sunulmuştur. Yazar, ciddiyetsiz ya da boşanma niyeti taşımayan sözlerle boşamanın gerçekleşmediği kanaatindedir. (sh. 237)

Yazara göre nüfus sayısı az olan tarım toplumlarında şahitsiz boşamalar toplumsal şartlar gereği geçerli olarak kabul edilebilirdi. Günümüz toplumlarında şahitsiz ve tescilsiz bir boşanmanın hukuken geçerli kabul edilmesi sakıncalıdır. Durum böyle olunca Kuran’ın dikkatlere sunduğu “sağlam söz” ifadesinin yeniden değerlendirilerek boşanmaların geçerli olabilmesi için resmi bir şekilde yapılması ve bunun sicillere veya nüfus kayıtlarına işlenmesi gerektiği kanaatindedir. Bu durum İslam hukukunun evlilik akdinde gözettiği gaye ve maksada daha uygundur. (sh. 240)

Yine şu cümle de klasik fıkıh kitaplarını anlamada bir yöntem teklifidir: “Evlilik birliğinin sona erdirilmesi meselesi de günümüzde bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Klasik fıkıh kaynaklarındaki bilgileri uzman olmayan kişilerin anlamadan günümüze aktarmasının sonucu olarak bazı aile bireylerinin davranışları veya sözleri sonucunda karı- koca arasındaki, nikâh ilişkisinin bittiği şeklindeki yaklaşımlarıyla çözümsüz gibi görünen durumlarla karşılaşmaktadır.(sh. 268) Mükellef kişiler karşılaştıkları meseleleri kimlere sorduklarına da itina göstermelidirler.

İnsanoğlunun içinde doğduğu, büyüdüğü ve hayata katıldığı en küçük sosyal birim olan aile, aynı zamanda ahlâkî ve hukukî bir yapıdır. Nuri Kahveci bu önemli müesseseyi kendinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesi için, klasik fıkıh eserlerinden faydalanarak, İslam’ın aileye verdiği önem ve fertlere yüklediği sorumluluğu ortaya koymuştur.

Kitabın sonuç kısmında şu ifadeler yer verilmektedir: “Aile hukukuyla ilgili günümüz şartları da dikkate alınarak İslam’ın ruhundan uzaklaşmadan, konuyla ilgili temel ilke niteliğindeki nasslar doğrultusunda yeni bazı düzenlemelerin yapılmasının gerektiği tespitinde bulunularak buna dönük bazı açılımlara dikkat çekilmeye çalışıldığını ifade etmek gerekir.” (sh. 269)

Eserin sonunda yer alan kaynakça okuyucuların bu alanda farklı kaynaklardan istifade etmeleri açısından önemlidir.

- **Âsım Cüneyd Köksal, *Fıkıh Usulünün Mahiyeti ve Gayesi*, İSAM yayınları, İstanbul 2014, 309 sayfa.**

Değerlendiren: Arş. Gör. Mahmut SAMAR*

İlimler manzumesi felsefi/mantıkî açıdan nazari ve amelî olarak tasnif edilmektedir. İslami ilimler hem bu açıdan tasnif edilebildiği gibi, naklî ve aklî olmak üzere başka bir cihetten de tasnif edilmiştir. Fıkıh usulü hem naklî, hem de aklî bir disiplin olması yönüyle İslami ilimler arasında önemli bir yere haizdir. Metodolojik olarak en gelişmiş ilim olması, kelim ve fıkıh gibi iki disiplin ile yakın ilişkisi sebebiyle, fıkıh usulü ilminin diğer disiplinler içerisindeki yeri, gayesi ve mahiyetinin ortaya konması için usulcülerin çabası tarih boyu sürmüştür. Müslüman topluma ait özgün bir disiplin olması ve metafizik/kelamî kabuller ışığında şerî ahkâmın esasını oluşturması sebebiyle de ayrıca üzerinde durulmasını gerekli kılmaktadır. Bu gerekliliği gören Âsım Cüneyd KÖKSAL fıkıh usulünün mahiyeti ve önemine dair detaylı bir çalışma yapmıştır.

Ana konusu fıkıh usulünün mahiyetini ve gayesini ortaya koymak olan bu eserde Köksal, öncelikli olarak teorik İslamî ilimlerin geçirdiği dönüşüm süreci içerisinde fıkıh usulünün yerini tespit etmeyi amaçlamıştır. Bu cümleden olarak ilk dönemlerden itibaren fıkıh usulü hakkında yazılmış olan hemen her ekole ait temsil edici nitelikteki eserler incelenmiş ve kaynak olarak kullanılmıştır. Ancak fıkıh usulünün mahiyet ve gayesiyle ilgili tartışmaların Gazzali sonrası literatürde yer alması sebebiyle muahhar dönem eserlerinden daha çok yararlanmıştır.

Eser, giriş, üç bölüm, sonuç, kaynakça ve indeks/dizin şeklinde düzenlenmiştir. Giriş bölümünde, araştırmanın amaçları, yöntemi ve kaynakları ile konunun genel anlamda tasvirine yer verilmiştir. Birinci bölümde, İlimlerin mahiyet ve gayesinin tespitinde önem taşıyan temel kavramlar ele alınmıştır. İlim, mukaddime, mevzu, mebde/mebadi, mesele/mesail, mahiyet, tarif, gaye/faide/garaz/maksud ve işlev kavramları birinci bölümde açıklanmış; felsefi kaynaklı ilim tasavvurunun islamî ilimlere tatbik edilmesiyle gerçekleşen “ilim” tasavvurundaki dönüşümün tasvir ve tahlili yapılmıştır. Yazarın ifadesiyle böyle bir çalışmaya daha önce rastlanılmamıştır.

İkinci bölümde, birinci bölümde ele alınan kavramlar ışığında fıkıh usulünün mahiyet ve gayesi incelenmiştir. Bu bölümde söz konusu kavramların fıkıh usulüne tatbik edilmesi amaçlanmıştır. Bununla birlikte fıkıh usulünün tanımlanması,

* Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı, mahmutsamar@hotmail.com

mevzusu, mebadisi ve mesaili, gayesi ve işlevi, muhteva ve sistematığı de ikinci bölümde incelenmiş; tasnif, tahlil ve tenkit edilmiştir.

İkinci bölümde fıkıh usulünün izâfî ve lakabî tarifleri üzerinde duran yazar, *usul* ve *fıkıh* kavramlarını ayrı ayrı izah ettikten sonra, *usulu'l-fıkıh* kavramını ele alır ve usulcülerin farklı tariflerine yer vererek, değerlendirmelerde bulunur. Aynı bölümde ilimler taksimi içerisinde fıkıh usulünün yerini tespit etmeye çalışır. Buna göre; bu ilim yapılan birçok tasnifte, kesişim alanlarında yer alır. Naklî ve aklî yönü olan felsefileşmiş bir şerî ilimdir. Amelî yönü de olan nazarî ve/veya alet ilmi olarak da görülmüştür. Gazzalî'ye göre akli ve nakli re'y ile şerî bir araya getiren ilimler cinsindedir. Pezdevî ve Serahsî'ye göre bir alet, bir metot ilmidir. Felsefe menşeli ilimler tasnifinde ise usul *nevamis* ilimlerindedir.

Fıkıh usulünün mevzuu konusunda farklı yaklaşımları dikkate alan Köksal, hükümler ve delillerden her biri ya da her ikisinin birden bu ilmin mevzuunu oluşturduğundan bahseder. Ancak yaygın tavra göre mevzuunun deliller olduğunun altını çizmektedir. Ayrıca istidlal, müstedil, içtihad ve tercih kavramlarını da usul ilminin mevzuuna dahil edenlerin olduğundan bahseder.

Kitabın ikinci bölümünde fıkıh usulünün mebadilerini kelim, fıkıh ve Arapçadan aldığını, bu üç ilmin sonuçlarının fıkıh usulü ilminin mebadisini oluşturduğuna dair tespitlerde bulunulur. Bu üç ilimle birlikte fıkıh usulünün mantık ilminden istimdat ettiğine dair yaklaşımlara da yer verilir. Bundan başka bu ilmin Kuran ve hadis ilimlerinden istimdat ettiğinin de söylenebileceğine dikkat çeker. Bu bağlamda bu ilmin kelim, fıkıh, dil ilimleri ve mantıkla ilişkisi sadedinde aşağıdaki hususlar ele alınır.

Kitap, sünnet, icma vb. küllî delillerin geçerliliğinin Her şeyden önce yaratıcının varlığı ile onun elçisinin doğruluğuna bağlı olması, fıkıh usulünün, kelimden istimdat ettiğinin gerekçesi olarak gösterilir. Nitekim fıkıh usulünün mebadisi esasında kelim ilmini ilgilendiren bazı terimlerden ibaret olup bunların açıklanması fıkıh usulü için gerekli kabul edilir. Hüsûn-kubûh, şeriat gelmeden önce eşyanın hükmü vb. konuların usule dahil edilmesi bu meyanda zikredilebilir. Köksal bu çalışmasında kelim ile fıkıh usulü arasındaki ilişki hakkında üç farklı yaklaşımdan söz eder.

Birincisine göre bu iki ilim arasında tayin edici bir münasebet yoktur. İkinci yaklaşıma göre, fıkıh usulü kelim ilminin bir alt dalıdır. Son görüşe göre ise fıkıh usulü fıkıh ile kelim arasında yer alır. Bu görüşün sahiplerine göre kelim ilmi bütün ilimlerin mebdâdisini veren en yüksek ilimdir. Debûsî, Serahsî, Pezdevî, Şîrazî ve Semânî birinci yaklaşımın, Cessâs Semerkandî, Kadî Abdulcebbar ve Bağdadî ikinci görüşün, Gazzalî, Urmevî ve Sübkî üçüncü görüşün temsilcileri arasında yer alır. İbni Akil ise kelamı fıkıh usulünün içine yerleştirir.

Fıkıh usulünün fıkihtan istimdat ettiği için gerekçesi, usul meselelerini izah etmek ve her konuda fıkihtan örnek verebilmek için asgari seviyede fıkıh bilme gerekliliği ile açıklanır. Buna göre usul, fıkihtan tasavvur yönüyle istimdat etmektedir.

Fıkıh usulünün dil ilimlerinden istimdat ettiği için sebebi olarak, bu ilmin temelini oluşturan Kitap ve Sünnet'in bize dil yoluyla ve belirli bir dille ulaşmasından bahsedilir. Dolayısıyla genelde insan dilinin, özelde Arapça'nın hususiyetlerinin incelenmesinin gerekliliğinden bahsedilir. Fıkıh usulü, naslar üzerinde icra edilecek dil analizlerinde gerekli olan kavramsal araçları ve metodolojik yaklaşımları içerdiği için Arap dilini inceleyen bütün dil ilimleriyle sıkı bir irtibat halindedir. Fıkıh usulünün istimdat ettiği dil ilimleri lügat, sarf, nahiv, vaz' ve belagat grubundan oluşmaktadır. Zira fıkıh usulünde ele alınan kavramların ve şerî hakikatlerin sözlük manaları için lügat ilmine, kelimelerin kalıpları ve iştikaklarında sarf ilmine, sözün mahiyeti ve edatlar bahsinde nahiv ilmine, hakikat-mecaz, sarih-kinaye vb. kavramlar için de belagat ilmine müracaat edilir. Fakat, fıkıh usulü dil ilimlerinin verilerini tekrar etmekle yetinmez; çoğu zaman dil ilminin kabullerinden farklı sonuçlara varmak suretiyle dil ilmine katkıda bulunduğu da görülür.

Köksal, fıkıh usulünün dil ilimleriyle ilişkisi konusunu genişçe izah ederken, usulcülerin lafızları genel olarak manaya özel olarak da hükme delalet etmeleri perspektifinden kendi amaçları doğrultusunda sistematize ettiklerinden bahseder. Burada usul kitaplarında –özellikle Hanefî usul literatüründe- dört ana başlıkta yirmi kavramdan oluşan elfâz bahislerinin taksimine değinir. Bundan başka, vaz' meselesine ve edatlar (hurûf) konusunu da ele alan yazar, dilde kıyasın imkanı ve bunun fıkıh usulüne etkisinden söz ederek bu bahsi bitirir. Son olarak da fıkıh usulü-dil ilimleri ilişkisine dair usulcülerden bazılarının değerlendirmelerine yer vererek, fıkıh usulü nazarıyla ele alınan dil meselelerinde aşırıya kaçmamanın gerekliliğini de hatırlatır.

Fıkıh usulü-mantık ilişkisi sadedinde Köksal mantığın Gazzalî'den itibaren yalnız fıkıh usulü için değil, bütün ilimler için metodolojik anlamda bir esas kabul edildiğine dikkat çeker. Fıkıh usulü eserlerinin başına mantık bahislerini özetleyen bir mukaddime koyma geleneğinin de Gazzalî ile başladığından bahseder. Bunun gerekçesini ise kısaca şöyle açıklar: Fıkıh usulü delillerden hüküm çıkarma işlevini nazar (akıl yürütme) vasıtasıyla yapar. Nazar sonuçta bize ilim sağlayıp sağlamaması bakımından incelenir. Elde edilen bu ilim tasavvur veya tasdik şeklinde olabilir. Delillerin hükümlere ne şekilde delalet ettiği, istidlal ve delilin mahiyetleri de incelenmesi gereken hususlar arasında yer alır.

Köksal ikinci bölümde, fıkıh usulünün bağımsızlığı konusunu ele alır ve bunun usul ilminin meselelerinin tamamının kendisine mahsus olmasında değil, meselelere yaklaşımındaki metodolojide yattığına dikkat çeker. Bundan başka usulcülerin

konuyla ilgili görüşlerine yer vererek; usul ilminin fıkıh ilminin ortaya çıkışından sonra, bu ilme ait tek tek hükümler üzerinde yapılan teorik bir bakış ve tefekkürün zorunlu sonucu olduğundan bahseder.

İkinci bölümde ayrıca, fıkıh usulünün meselelerine yer veren Köksal, bu meseleleri biçim yönünden ele aldıktan sonra, fıkıh usulünün içerik ve sistematığına değinir. Şekil bakımından usulün bütün meselelerinin birer mantık önermesi mesabesinde olduğunu ifade eder. Mesela, sübütuna kıyasın delalet ettiği her hüküm sabittir. Falan hükmün sübutuna kıyas delalet etmekte, o halde bu hüküm sabittir. Yazar, fıkıh usulünün mahiyetine dair en önemli noktalardan birinin de bu disiplinlinin hangi mesele ve bahisleri içerdiği hususu olduğunun altını çizer. Devamında fıkıh usulüne dair yazılan eserlerin muhteva bakımından farklılık arz ettiğini örnekleriyle izah eder. Bununla birlikte Bâkıllanî, Kadı Abdulcabbar ve Pezdevî'nin bu ilmin muhtevasının teşekkülünde önemli rol oynadıklarını söyler. Usul ilminin muhtevasının nihâi bir biçim alması ise Gazzalî ve Râzî sonrası dönemlerde kaleme alınan eserlerde görülür.

Usulcülerin eserlerinde bir bahsi merkeze aldıkları ve diğer meseleleri bunun üzerine inşa ettiklerinden bahseden Köksal, merkezî bahsin farklılık arz ettiğinden bahseder. Mesela, Serhasî emir, Pezdevî kitap, Gazzalî hüküm, Şâtîbî makâsîd bahsini merkeze almıştır. Yazar ayrıca usulcülerin meseleleri ele alırken farklı yöntemler izlediğine dair nakillerde bulunur. Bundan başka, kendilerinden sonra yazılan usul literatürünü etkileyen, Basrî ve Râzî'nin yöntemlerini genişçe açıkladıklarını, Basrî'nin yönteminin daha orijinal Râzî'nin yönteminin ise Basrî'den müktebes olduğuna dikkat çeker. Daha sonra her iki usulcünün de yöntemlerine dair genişçe bilgiler verir. Molla Hüsrev ve Sadruş-Şeria'nın da yönteminden bahsettikten sonra, Hanefî usulde meselelerin ele alınmasında biri Pezdevî'nin diğeri Serahsî'nin olan iki yöntemin olduğunu, Ancak kendinden sonraki usul kitapları üzerinde Pezdevî'nin daha belirleyici olduğunu ifade eder.

Köksal, fıkıh usulünün içeriği ve sistematığına dair tartışmalar bağlamında hangi mevzuların usulün esas konuları arasında olduğuna dair farklı görüşleri nakleder. Konuyla ilgili olarak içtihat ve taklit meselelerinin usulün konuları arasında olup olmadığı ve usul kitaplarına neden alındığına dair görüşleri nakleder. Bu cümleden olarak Tûfî'den nakille yedi farklı usul yazma metodundan bahseder. Bunlar; Gazzalî, Şirazî, Karafî, Ebû Ya'lâ, İbnu's-Saykal ve Âmidî'dir. Daha sonra Tûfî'nin bu yedi yönetime dair değerlendirme ve tespitlerine yer verir.

Fıkıh usulünün içeriği ve sistematığı bağlamında, Fıkıh usulünün başka ilimlere ait meseleleri bünyesine dahil etmesine yönelik itirazları da ele alan yazar bazı nakillerde bulunur. Mesela Gazzalî'ye göre, usulle uğraşan şahsiyetlerin aslında kelemci, dilci ve fakih olması, kendi mesleklerine dair meselelerin usule dahil olma-

sına sebep olmuştur. Şâtîbî'ye göre ise, amelle ilgili bir hususa temel olmayan hiçbir şey fıkıh usulünün aslı konusu değildir. Mantık ilminin usule dahil edilmesine yönelik itirazlara da burada genişçe yer verilmektedir.

İkinci bölümün son kısmında fıkıh usulünün gayesini ele alan Köksal, şunları kaydeder: Gayesinin şerî ameli hükümleri bilmek olduğu konusunda ittifak vardır. Bu gayenin gayesi ise iki dünya saadetidir. Bundan başka hem klasikten hem de çağdaş araştırmacılardan nakiller yaparak fıkıh usulünün birkaç gayesinden daha bahseder: 1) Mezhep savunusu ve temellendirmesi. Bu da iki motivasyon sayesinde icra edilmiştir: a) dış faktör: Sünniliğe karşı olan bidatçı fırkaların baskısı, b) iç faktör: Sünnî ekollerin kendi içinde rekabeti. 2) Fıkıhın dayandığı temelleri açıklamak. 3) İslamî ilimlere metodolojik bakımdan model ve örnek olmak. Dolaylı olarak gayesidir. Nitekim metot ve terminoloji bakımından birçok disipline örnek olmuştur. 4) İslam toplumunun kurucu ilkelerini muhafaza etmek. 5) Hukukî istikrarı sağlamak. 6) Din ve hukuk alanının siyasi alanın müdahalesinden bağımsız olarak faaliyette bulunmasını temin etmek.

Eserin üçüncü bölümünde ise yazar, fıkıh usulü ile teorik hukuk disiplinleri arasında mahiyet ve işlev yönünden mukayese edilmesini ele alır. Öncelikle teorik hukuk sistemlerinin mahiyet ve işlevine genişçe yer verdikten sonra, mukayese cihetine yönelir. Köksal, bu bölümde hukuku teorik olarak inceleyen disiplinlerden fıkıh usulüyle mukayese edilebilecek yönleri ağır basan disiplinler üzerinde durmaktadır. Hukuk bilimi, hukuk felsefesi, hukuk teorisi, hukuk metodolojisi ve hukuk doktrini disiplinlerini burada incelemiş; her birinin mahiyetine, gayesine ve işlevine değinmiştir.

İlimler tasnifinde hukukun yeri ve batı muhitinde hukuk düşüncesi alanında gelişen en önemli yaklaşımlara da üçüncü bölümde yer veren Köksal, burada normatiflik sorunundan ve bu sorunlara cevap mahiyetindeki iki teoriden –tabii hukuk ve hukukî pozitivizm- bahseder. Burada söz konusu iki teoriden başka hukukî reâlizmi de inceleyen yazar, her üç teorinin de mahiyetleri, ortaya çıkışları ve temsilcilerine dair bilgilere yer verdikten sonra, üç disiplini de mukayeseli olarak tasvir etmektedir.

Köksal, üçüncü bölümde hukuk-dil ilişkisi konusundaki yaklaşımlara da yer verdikten sonra, fıkıh usulü ve modern hukuk disiplinlerini mukayese eder. Modern hukuk disiplinlerinin ele aldığı temel sorunların fıkıh usulünün temel sorunlarından farklı olduğuna değinir. Mesela modern hukukçular kendi disiplinlerinin anlam ve mahiyeti üzerinde durmuş; “Hukuk nedir?” sorusuyla çokça ilgilenmişler. Buna karşılık usulcüler “Fıkıh nedir?” sorusu üzerinde pek durmazlar. Onların en önemli meselesi delillerden nasıl hüküm elde edileceğidir. Bundan başka modern hukuk disiplinlerinin ilgilendiği, fakat fıkıh usulünün ele almadığı başlıca konular

şunlardır: a) hukuk-ahlak ilişkisi, b) ideal hukuk-pozitif hukuk ayırımı, c) hukukta doğru cevap tezi.

Mukayese sadedinde son olarak fıkıh usulünün modern hukuk disiplinlerinden herhangi birine tam olarak tekâbul ettiğini söylemenin mümkün olmadığını kaydeder. Buna rağmen konuyla ilgili bazı hukukçuların yaklaşımlarına yer verir. Mesela, Kemal Gözler'e göre fıkıh usulünün hukuk teorisine tekabül ettiğini nakleder. Muhammed Hamidullah'ın da fıkıh usulünün İslam medeniyetine mahsus ve üretilen hukuk metodolojisi çalışmalarının ilki olduğuna, dolayısıyla benzerinin olmadığını kaydeder. Ayrıca fıkıh usulü nihâi zeminini dinde bulurken; modern hukuk sistemleri siyaset, sosyoloji ve felsefi akımlarında bulur.

Sonuç bölümünde ise çalışmanın özeti mahiyetinde varılan sonuçlara yer verilmiştir. Özetle fıkıh usulünün ilimler manzumesi içerisindeki yeri, mahiyeti, işlevi ve gayesine yönelik güzel ve faydalı bir çalışma olmuştur. Çalışmanın ciddi bir emeğin ürünü olduğu açıktır. Ancak ağır bir yazım dili kullanılmıştır. Bu nedenle bazı hususların anlaşılması güç hale gelmiştir. Teorik-teknik bir konu olması hasebiyle bu kabul edilebilir bir sebep olmakla birlikte, daha anlaşılır bir dil kullanılabilirdi. Buna rağmen, bu sahada çalışma yapmak isteyenlere faydalı bir literatür listesi ve analiz sunacaktır.

