

# İSLAM HUKUKU ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

Sayı: 23  
Nisan 2014



[www.islamhukuku.com](http://www.islamhukuku.com)

[www.islamhukuku.org](http://www.islamhukuku.org)

[www.islamhukuku.net](http://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 : 23

Yıl / Year / السنة : 2014

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

**Sahibi / Publisher / صاحبا**  
Mustafa ÖZDEMİR

Mehir Vakfi Genel Başkanı / General Director of Mehir Vakfi / رئيس الوقف

**Editor / Editor-in-Chief / رئيس التحرير**  
Prof. Dr. Saffet KÖSE

**Editör Yardımcısı / Associate Editor / مساعد رئيس التحرير**  
Yrd. Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK

**Sayı Editörü / Guest Editor / إعداد العدد**  
Yrd. Doç. Dr. İsmail BİLGİLİ

**Yayın Kurulu / Editorial Board / هيئة التحرير**

Prof.Dr. Halil İbrahim ACAR - Dr. Ahmet AKMAN - Doç.Dr. Abdüsselam ARI - Prof.Dr. Servet ARMAĞAN - Prof.Dr. Nasi ASLAN - Prof.Dr. Tevhit AYENGİN - Doç.Dr. Tuncay BAŞOĞLU - Prof.Dr. Murteza BEDİR - Y.Doç.Dr. İsmail BİLGİLİ - Prof.Dr. Recep CİCİ - Dr. A. Hakan ÇAVUŞOĞLU - Prof.Dr. Şamil DAĞCI - Prof.Dr. Nihat DALGIN - Y.Doç.Dr. Mehmet DİRİK - Prof.Dr. Sabri ERTURHAN - Prof.Dr. H. Tekin GÖKMENOĞLU - Prof.Dr. H. Mehmet GÜNAY - Y.Doç.Dr. Necmettin GÜNEY - Y.Doç.Dr. Menderes GÜRKAN - Prof.Dr. Hasan HACAK - Prof.Dr. Abdurrahman HAÇKALI - Prof. Dr. Abdullah KAHRAMAN - Prof.Dr. Cengiz KALLEK - Prof.Dr. Ali KAYA - Doç.Dr. Saim KAYADİBİ - Dr. Hüseyin KAYAPINAR - Y.Doç.Dr. Necmettin KIZILKAYA - Prof.Dr. Ferhat KOCA - Prof. Dr. İsmail KÖKSAL - Doç.Dr. Murtaza KÖSE - Doç.Dr. Muharrem ÖNDER - Prof.Dr. Şükrü ÖZEN - Hasan ÖZER - Doç.Dr. Ali İhsan PALA - Dr. Ali PEKCAN - Y.Doç.Dr. İzzet SARGIN - Doç.Dr. Haluk SONGUR - Doç.Dr. Osman ŞAHİN - Y.Doç.Dr. Murat ŞİMŞEK - Doç.Dr. Hasan TANRIVERDİ - Prof.Dr. Talip TÜRCAN - Y. Doç.Dr. Mustafa YAYLA - Prof.Dr. Kemal YILDIZ - 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. 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. Mehmet ERKAL - Prof.Dr. Osman ESKİCİOĞLU - Prof.Dr. Beşir GÖZÜBENLİ - Prof.Dr. Hasan GÜLEÇ - Prof.Dr. Hayreddin KARAMAN - Prof.Dr. Muhsin KOÇAK - Prof.Dr. Ahmet ÖZEL - 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. Huzeife ÇEKER

**Kitap Tanıtımı / Book Review / حول الكتب**  
Yrd. Doç. Dr. İsmail BİLGİLİ

**Özetler / Summaries / ملخصات**  
Doç. Dr. Haluk SONGUR / Doç. Dr. Saim KAYADİBİ

**Uluslararası İlişkiler Koordinatörü / Coordinator of Int. Relations / منسق العلاقات العالمية**  
Yrd. Doç. Dr. Necmettin KIZILKAYA - Yrd. Doç. Dr. Necmettin GÜNEY

**Yazı İşleri Müdürü / Editorial Assistant**  
Abdullah ŞAFAK

e-mail: [ihad2003@gmail.com](mailto:ihad2003@gmail.com)  
ISSN 1304-1045

**Kapak:** Prof. Dr. Muhittin OKUMUŞLAR

**Mizanpaj:** Furkan Selçuk ERTARGİN, [macfurkan@gmail.com](mailto: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 (İHAD) is indexed by Index Islamicus.

Basım Tarihi: Nisan 2014

## 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- Research submitted for publication, should be based on Islamic jurisprudence
- 2- Research 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 theises etc.
- 3- Research should be followed scientific methods.
- 4- A satisfied abstract should be attached to the research to be translated into English or Arabic.
- 5- Researches should be arbitrated by Islamic legists/jurists according to methods which indicates principles and procedures of arbitration
- 6- The opinions expressed in the articles are solely those of the authors
- 7- Researches which not published, will not be returned.

## قواعد النشر وشروطه

- ١- أن يكون البحث المراد نشره في المجلة منبئاً على الفقه الإسلامي.
- ٢- 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 فقهائنا القدامى وترجمتها أو تقييم المؤتمرات أو الرسائل الخ...
- ٣- أن يوافق البحث على المناهج العلمية.
- ٤- أن يرفق بالبحث خلاصة مستوفية له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية أو العربية
- ٥- تنشر البحوث بعد أن يتم التحكيم من قبل المتخصصين وفقاً لقواعد التحكيم
- ٦- جميع المسؤوليات العلمية والقضائية للبحوث المنشورة في المجلة على مؤلفيها
- ٧- البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها

## 23. Sayı Hakemleri

Abdullah ACAR (Yrd.Doç.Dr.) | Abdullah KAHRAMAN (Prof. Dr.) | Abdurrahman CANDAN (Doç. Dr.) | Abdurrahman HAÇKALI (Prof. Dr.) | Abdülkerim BAHADIR (Prof. Dr.) | Ahmet EKŞİ (Yrd.Doç.Dr.) | Ahmet Hamdi FURAT (Doç.Dr.) | Ali Bakkal (Prof. Dr.) | Ali PEKCAN (Dr.) | Ayhan HİRA (Yrd.Doç.Dr.) | Beşir GÖZÜBENLİ (Prof. Dr.) | H. İbrahim ACAR (Prof. Dr.) | H. Tekin GÖKMENOĞLU (Prof. Dr.) | Hasan ÖZER (Öğr. Gör.) | Hüseyin BAYSA (Yrd.Doç.Dr.) | Hüseyin ESEN (Prof. Dr.) | İbrahim PAÇACI (Yrd.Doç. Dr.) | İbrahim YILMAZ (Yrd.Doç.Dr.) | İsmail BİLGİLİ (Yrd.Doç.Dr.) | Kaşif Hamdi OKUR (Doç. Dr.) | M. Hayri KIRBAŞOĞLU (Prof. Dr.) | M. Rahmi TELKENAROĞLU (Yrd.Doç.Dr.) | Mehmet DİRİK (Yrd.Doç. Dr.) | Muharem ÖNDER (Doç. Dr.) | Murat ŞİMŞEK (Yrd.Doç.Dr.) | Necmettin GÜNEY (Yrd.Doç.Dr.) | Necmettin KIZILKAYA (Yrd.Doç.Dr.) | Orhan ÇEKER (Prof. Dr.) | Osman ŞAHİN (Doç. Dr.) | Ömer Faruk HABERGETİREN (Yrd.Doç.Dr.) | Saffet KÖSE (Prof. Dr.) | Saim KAYADİBİ (Doç. Dr.) | Sami ERDEM (Doç. Dr.) | Soner DUMAN (Doç. Dr.) | Şemsettin ULUSAL (Dr.) | Şevket TOPAL (Doç. Dr.) | Talip TÜRCAN (Prof. Dr.) | Vecdi AKYÜZ (Prof. Dr.) | Zekeriya GÜLER (Prof. Dr.)

Adres / Address / العنوان :

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

Tel: 0332 236 14 60

Fax: 0332 236 14 65

www.mehir.org

Mehir Vakfı Türkiye Gönüllü Teşekküller Vakfı ve IDBS üyesidir

## İÇİNDEKİLER

Editör'den.....	7-9
<b>Şâfi'i Zâhiriliğinin Analizi -Hukûkî İşlemlerde Geçerlilik ve Cevâz Ayırımı-</b> <i>An Analysis of Shâfi'i's Zâhirî Principles -Validity of Legal Proceedings / Differentiation of Nafâdh and Jawâz (Enforcibility and Permissibility)-</i> Prof. Dr. Saffet KÖSE.....	11-24
<b>İslam Hukukuna Göre Tarafların Haklarının Korunması Açısından Nikâhın Tescili Bağlamında İki Şahidin Gerekliliği</b> <i>The Necessity of the Existence of Two Witnesses in Terms of Protection of Rights of the Parties in Marriage According to Islamic Law</i> Yrd. Doç. Dr. Suat ERDEM.....	25-44
<b>Koruyucu Aile Uygulamasının İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi</b> <i>The Application of Foster Parents in Terms of Islamic Law</i> Dr. Ülfet GÖRGÜLÜ .....	45-58
<b>İslâm Aile Hukukuna Göre İnternet Ortamında Nikâh Akdinin (Evlenme Sözleşmesinin) Kuruluşu</b> <i>The Establishment of Marriage Agreement on Internet According to Islamic Family Law</i> Yrd. Doç. Dr. İbrahim YILMAZ .....	59-103
<b>Avret Mahremiyeti Prensipleri Açısından Görüntü, Gerçeklik, Sanal Alem ve Cinsellik Üzerine Fikhî Bir Analiz</b> <i>In Terms of principles of Privacy of Human Private part; An Analysis According to Islamic Jurisprudence on Image, Reality, Virtual World and Sexuality</i> Dr. İsmail GÜLLÜK.....	105-128
<b>İslam Hukuku Açısından Para Borçlarında Cezai Şart</b> <i>Penal Clause in Money Debts According to Islamic Law</i> Yrd. Doç. Dr. Şevket PEKDEMİR.....	129-156
<b>İslâm Borçlar Hukukunda Akdın Konusunu Seçme Özgürlüğünün Kısıtlanmasının Temel Dinamikleri</b> <i>The Basic Dynamics of Restriction of Freedom in Selecting the Contract Subject in Islamic Law of Obligations</i> Yrd. Doç. Dr. Hüseyin BAYSA.....	157-172
<b>İslâm Hukukunda Dâru'l-Harbde Faiz Tartışmaları</b> <i>The Debate of Riba (Interest) in Dâr Al-Harb in Islamic Law</i> Fatıha BOZBAŞ .....	173-198
<b>Uluslararası Hukukta İnsan Onuru Fikrinin Gelişmesine İslam'ın Katkısı</b> <i>Islamic Contribution to the Devolpment of Human Dignity Idea in International Law</i> Dr. Şemsettin ULUSAL.....	199-221
<b>İslam Hukukunda Çevrenin Savaş Sırasında Korunması</b> <i>Protection of the Environment during the Wartime in the Islamic Law</i> Yrd. Doç. Dr. Veysel NARGÜL .....	223-249
<b>Mağdur Haklarına Yönelik Kurumsal Yapılar (Sulh ve Uzlaştırma)</b> <i>Institutional Buildings for Victims Rights (Peace and Conciliation)</i> Dr. Adem YILDIRIM.....	251-270

<b>Fıkhî Açıldan Otopsi</b> <i>Autopsy From Fiqh's Perspective</i> Yrd. Doç. Dr. M. Fatih TURAN.....	271-296
<b>İslam Hukuku'nda Mükellefin İctihadı (Teharri) ve Bunun İbadet Alanındaki Uygulaması</b> <i>"Al Taharri" in Islamic Law</i> Yrd. Doç. Dr. Savaş KOCABAŞ.....	297-328
<b>Klasik Fıkıh Usulü Eserlerinde İctihadın Konumu Tasnif Ve Muhteva Bakımından İctihad</b> <i>Position of Ijtihad in the Classical Fiqh Works: Ijtihad in Point of Classification and Content</i> Yrd. Doç. Dr. Ayhan HİRA.....	329-349
<b>Cassâs'a Göre Haber-i Vâhidin Kabul Şartları ve Reddini Gerektiren Sebepler</b> <i>Conditions for Accepting and Rejecting Single Source Message (Haber-i Vâhid ) According to Jassâs</i> Dr. Nejla HACIOĞLU.....	351-369
<b>İlk Dönem Şâfiî Fırû-i Fıkıh Literatürünün Gelişimi</b> <i>The Development of Shâfi'i's Literature of Furû' al-Fiqh in the First Period</i> Yrd. Doç. Dr. Muhittin ÖZDEMİR .....	371-402
السياسة الاقتصادية والمالية بعد الفتوحات الإسلامية <i>İslam Fetihlerinden Sonra İktisadi ve Mali Siyaset</i> Prof. Dr. Mehmet ERKAL.....	403-408
مادة تاريخ الفقه ومحتواها الذي يدرس في كلية الإلهيات بدار الفنون <i>Dârü'l-Fünûn İlahiyat Fakültesinde Okutulan Fıkıh Tarihi Dersi ve Muhtevası</i> Doç. Dr. Ahmet Hamdi FURAT.....	409-420
دلالة الاستقراء بين الأصوليين والجدليين <i>Usul ve Cedel Âlimlerine Göre Tümevarımın (İstikrâ) Delâleti</i> Yrd. Doç. Dr. Ayhan HİRA.....	421-450
<b>İnsan Hakları ve Kadın Hakları Bağlamında İslam'da Eşitlik ve Cinsiyet Hukuku Üzerine Düşünceler</b> <i>Menschenrechte und Frauenrechte - Überlegungen zu Gleichheit und Geschlechtergerechtigkeit im Islam</i> Yrd. Doç. Dr. Abdullah ACAR.....	451-470
<b>Vefeyât: Prof. Dr. Abdülkerim ZEYDAN (1921-2014)</b> Dr. Hüseyin ÇİFTÇİ.....	471-476
<b>Kitap Tanıtımı / Book Review</b> <b>İbn Dakiki'l-İd'in İhkâmü'l-Ahkâm Adlı Eseri ve Üzerine Yapılan Çalışmalar</b> Değerlendiren: Ahmet EKİNCİ.....	477-484
<b>İslâm Hukuku El Kitabı</b> Değerlendiren: Fatiha BOZBAŞ.....	485-488
<b>Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)</b> Değerlendiren: İsmail NARİN.....	489-495
<b>Hanefi Fıkıh Âlimleri</b> Değerlendiren: Halis DEMİR.....	497-501
<b>Symposium Reviews</b> <b>The 2nd Meeting of European Committee for Standardization: Project Committee of Halal Food</b> Assoc. Prof. Dr. Saim KAYADİBİ / Ramazan USTA.....	503-508
<b>Uluslararası 2. Helal ve Sağlıklı Gıda Kongresi (Sağlıklı ve Helal Gıda Seçimi)</b> Taha ÇELİK .....	509-512

## *Editör'den*

İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, on ikinci yılında yirmi üçüncü sayısında yer alan araştırma, inceleme ve çalışmalarından oluşan zengin bir muhtevayla akademik camianın huzuruna çıktı. Öncelikli olarak derginin bu sayıya ulaşmasında yazar ve hakem olarak katkıda bulunan, finansman desteğini sağlayan kişi ve kurumlara teşekkür ediyoruz.

Yirmi üçüncü sayımızda daha çok fûru-ı fıkha dair konuların ağırlıklı olarak ele alındığı dikkati çekmektedir. Bu bağlamda aile hukuku, borçlar hukuku, ceza hukuku alanındaki problemlerin yanı sıra usul konuları, iki tercüme ve bir vefeyat yazısı ile kitap tanıtımları yer almaktadır.

Dergimizin bu sayısının ilk yazısını, Prof. Dr. Saffet KÖSE'nin "Şâfi'î Zahiriliğinin Analizi" başlıklı makalesi oluşturmaktadır. Yazar, makalesinde İmâm Şâfi'î'nin fıkıh düşüncesindeki zahiriliğini ele almakta, bu bağlamda özellikle onun hukuki işlemlerin geçerliliği ile cevazını ayrı değerlendirdiğini belirterek bu ayırımın gözden kaçırılması sebebiyle bazı hatalara düştüğüne işaret etmektedir. Bunun yanında makalede, nassların yorumunda aynı ilkeyi esas alan İmâm Şâfi'î'nin geliştirdiği zahir teorisinin delillerine özet olarak yer verilmekte ve nassların yorumundaki bazı örneklerine işaret edilmekte, Şâfi'î zahiriliği ve delilleri analiz edilmektedir. İkinci yazımız ise Yrd. Doç. Dr. Suat ERDEM'in "İslam Hukukuna Göre Tarafların Haklarının Korunması Açısından Nikâhın Tescili Bağlamında İki Şahidin Gerekliği" başlıklı makalesidir. Yazar makalesinde güncel bir konu olan nikâhta şahitliği ayrıntılı olarak ele alarak nikâhın tescil edilmesinin zorunluluğu ve hukukiliği bağlamında farklı görüşleri değerlendirmek suretiyle bir sonuca varmaktadır. Üçüncü bir yazımız da aile hukukuyla ilgili ve tartışılan güncel bir konu olan 'koruyucu aile'yi ele almaktadır. Yazar Dr. Ülfet GÖRGÜLÜ, "Koruyucu Aile Uygulamasının İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı makalesinde koruyucu aile uygulamasını, çocuğun fiziksel, zihinsel, sosyal ve ruhsal açıdan sağlıklı gelişebilmesi, maddi ve manevi ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için sıcak bir aile ortamına ihtiyaç duymasına dayandırmakta ve çocuğun öz ailesiyle görüşmesi ve duygusal bağının sürdürülmesi şartıyla geçici süre koruyucu aile tarafından sevgi ve merhametle himaye edilmesinin İslam hukuku açısından da desteklenebilecek bir uygulama olduğu kanaatine yer vermektedir. Yrd. Doç. Dr. İbrahim YILMAZ, "İslam Aile Hukukuna Göre İnternet Ortamında Nikâh Akdinin (Evlence Sözleşmesinin) Kuruluşu" başlıklı makalesinde klasik fıkhıta üzerinde durulan akit meclisine yoğunlaşmakta, nikâh akdinin rükün ve şartları bulunduktan sonra internet ortamında icra edilen nikâh akdinin geçerli olacağı sonucuna ulaşmaktadır. Bu sayıda yer alan diğer bir yazı Dr. İsmail GÜLLÜK'ün hazırladığı "Avret Mahremiyeti Prensipleri Açısından Görüntü, Gerçeklik, Sanal Âlem ve Cinsellik Üzerine Fıkhi Bir Analiz" başlıklı makalesidir. Çalışma, güncel bir problemi hürmet-i müsahare merkezli olarak ele almakta, mahremiyetin dokunulmazlığına dikkat çekmektedir.

Dergimizde aile hukuku ile ilgili makalelerden sonra borçlar hukukunu kapsayan yazılar yer almaktadır. Konuyla ilgili ilk yazı Yrd. Doç. Dr. Şevket PEKDEMİR'in "İslam Hukuku Açısından Para Borçlarında Cezaî Şart" başlıklı makalesidir. Yazar makalesinde, güncel bir konu olan borçlar, ticaret, iş ve medeni hukukta geniş bir uygulama alanına sahip borçlanmalarda cezaî şart üzerinde durmakta, borcun zamanında ödenmemesinden kaynaklanan zararın tazmininde cezaî şart uygulanıp uygulanmayacağını delilleriyle sunarak cezaî şartı takyidi şart olarak değerlendirmekte, para borçlarında faize düşmemek ve enflasyondan kaynaklanan zararı en aza indirmek amacıyla altınla borçlanmayı önermektedir. Dergimizin borçlar hukukuyla ilgili ikinci yazısı, Yrd. Doç. Dr. Hüseyin BAYSA'nın "İslam Borçlar Hukukunda Akdin Konusunu Seçme Özgürlüğünün Kısıtlanmasının Temel Dinamikleri" başlıklı makalesidir. Yazar makalesinde, İslâm borçlar hukukunda akdin konusunu belirlemede her ne kadar serbestiyet esas olsa da bazı şeylerin mübadeleye kapalı tutulduğunu bunun da tercih özgürlüğünü kısıtlayan bir uygulama olarak değerlendirmekte ve bu uygulamanın iki temel dinamiği üzerinde durmaktadır. Borçlar hukukuyla ilgili üçüncü yazımız, İslam hukuku alanında doktora öğrencisi olan Fatiha BOZBAŞ'ın "İslam Hukukunda Dâru'l-Harpde Faiz Tartışmaları" başlığını taşımaktadır. Yazar makalesinde, dâru'l-harbde faiz uygulamaları çerçevesinde var olan tartışmayı, tarafların delilleriyle ortaya koymakta, günümüzde daru'l-harp yerine daru'l-ahd kavramının kullanılarak faizin yasaklığına hükmedilmesi kanaatine yer vermektedir.

Bu sayıda devletlerarası hukuku ilgilendiren iki makale de bulunmaktadır. Bunlardan biri Dr. Şemsettin ULUSAL'a ait "Uluslar arası Hukukta İnsan Onuru Fikrinin Gelişmesine İslam'ın Katkısı" başlıklı yazısıdır. Yazar makalesinde insan onurunu geniş bir yelpaze içinde tanımlamakta, İslam'ın getirdiği yargı usulü, savaş hukuku ve milletler arası ilişkilerde insana din ve ırk ayrımı gözetmeksizin verdiği değer, batı dünyası üzerindeki etkisinden bahsetmektedir. Konuyla ilgili bir diğer yazımız da Yrd. Doç. Dr. Veysel NARGÜL'ün "İslam Hukukunda Çevrenin Savaş Sırasında Korunması" başlığını taşımaktadır. Yazar makalesinde modern dönemde özellikle sanayi devrimi sonrası, canlılara ve ekosisteme küresel ölçekte verdiği zararın fark edildiği çevre sorununa, ulusal ve uluslararası düzeyde bir kısım çözüm önerileri geliştirildiğinden bahsetmekte, İslam'ın konuyla ilgili hassasiyetine vurgu yapmaktadır.

Dergimizde ceza hukukuyla ilgili iki makale bulunmaktadır. Bunlardan biri Dr. Adem YILDIRIM'ın "Mağdur Haklarına Yönelik Kurumsal Yapılar (Sulh ve Uzlaştırma)" başlıklı tetkikidir. Yazar makalesinde mağdur haklarına yönelik kurumsal yapıları ele almakta, fıkıh literatüründe var olan sulh sisteminin Osmanlı Devletindeki uygulama şeklini inceleyerek batı kaynaklı hukuk sistemlerinde sulh sisteminin benzeri olan uzlaştırma kurumunu konu edinmektedir. Yazının sonunda Osmanlı sulh sistemi ile günümüz hukuk sisteminde uygulanan uzlaştırma kurumu arasında ayrıştıkları noktalarla birlikte büyük oranda benzerlik olduğunu tespit etmektedir. Bir diğeri de Yrd. Doç. Dr. Fatih TURAN'ın "Fıkıhî Açından Otopsi" adlı makalesidir. Yazar makalesinde güncel bir konu olan Kur'an ve Sünnet ışığında, klasik fıkıh âlimlerinin görüşlerinden de istifade edilerek, günümüzde sıklıkla başvuru alan tıbbî ve adli otopsinin fikhî yönü üzerinde durmaktadır.



Bu sayıda fıkıh usulüne dair makaleler de yer almaktadır. İbadet sahasındaki örneklerin ön plana çıktığı fûru-usûl bileşimi olan “İslam Hukukunda Mükellefin İctihadı (Taharri) ve Bunun İbadet Alanındaki Uygulaması” başlıklı makaleyi, Yrd. Doç. Dr. Savaş KOCA-BAŞ kaleme almıştır. İctihadın ele alındığı diğer bir usul makalesi de Yrd. Doç. Dr. Ayhan HİRA'nın “Klasik Fıkıh Usulü Eserlerinde İctihadın Konumu: Tasnif ve Muhteva Bakımından İctihad” başlıklı yazısıdır. Yazar makalesinde tasnif anlayışlarına bağlı olarak klasik fıkıh usulü eserlerinde icthad konusunun çeşitli şekillerde incelendiği tespitinde bulunmakta, bunları fıkıh usulü sahasında eser bırakan âlimlerin yaklaşım tarzlarıyla ayrıntılı olarak ele almaktadır. Dr. Nejla HACIOĞLU, “Cassas'a Göre Haber-i Vahidin Kabul Şartları ve Reddini Gerektiren Sebepler” başlıklı makalesinde her dönemde tartışılan haber-i vahidin delil olma değerini incelemektedir. Dergimizde literatürle ilgili bir yazı da bulunmaktadır. Bu yazı Yrd. Doç. Dr. Muhittin ÖZDEMİR'in “İlk Dönem Şafî'i Furu-u Fıkıh Literatürünün Gelişimi” başlığını taşımaktadır. Prof. Dr. Mehmet ERKAL ve Doç. Dr. Ahmet Hamdi FURAT'ın Arapça kaleme aldıkları iki ayrı yazı da dergimizin bu sayısına zenginlik katmıştır.

Dergimizde iki tercüme çalışma da bulunmaktadır. Bu çalışmalardan biri Yrd. Doç. Dr. Ayhan HİRA'nın “Usul ve Cedel Âlimlerine Göre Tümevarımın (İstikra) Delaleti”, diğeri de Yrd. Doç. Dr. Abdullah ACAR'ın Almancadan çevirdiği “İnsan Hakları ve Kadın Hakları Bağlamında Eşitlik Yansımaları ve İslam'da Cinsiyet Eşitliği” başlıklı tercümeleridir.

Vefeyât köşemizde ise önde gelen muasır İslam hukukçusu Prof. Dr. Abdülkerim ZEYDAN'ın vefat haberi ve onun öğrencilerinden Dr. Hüseyin ÇİTİFÇİ'nin tanıtım yazısı yer almaktadır. Biz de kendisine Allah'tan rahmet diliyoruz.

Dergimizin bu sayısı İslam Hukuku sahasında yazılıp basılan kitapların tanıtım yazıları ve 07-10 Kasım 2013 tarihinde Konya'da yapılan “Uluslar Arası 2. Helal ve Sağlıklı Gıda Kongresi (Sağlıklı ve Helal Gıda Seçimi)” kongrenin değerlendirme yazısı ile tamamlanmaktadır.

Bu sayımızın da ilim dünyasına hayırlar getirmesini diliyorum, ilim adamlarımızın katkılarını beklediğimizi ifade etmek istiyorum. Ayrıca on iki yıl boyunca İlahiyat disiplinlerinin özel bir alanında çıkan böyle bilimsel bir çalışmaya desteğini esirgemeyen başta Gençleri Evlendirme ve Mehir Vakfı Genel Başkanı Mustafa ÖZDEMİR olmak üzere emeği geçen herkese hassaten yazı takip işini titizlikle yürüten Arş. Gör. Huzeyfe ÇEKER'e teşekkür ediyorum.

Yrd. Doç. Dr. İsmail BİLGİLİ  
N. E. Üniversitesi İlahiyat Fakültesi  
İslam Hukuku, KONYA



# ŞÂFİ'Î ZÂHİRİLİĞİNİN ANALİZİ

## -Hukûkî İşlemlerde Geçerlilik ve Cevâz Ayırımı-

Prof. Dr. Saffet KÖSE\*

**Özet:** İmam Şâfi'î (ö.204/819), nassların yorumunda ve hukuki işlemlere yaklaşımında temel ilke olarak "zâhir"i esas almıştır. Onun mezhepler arasındaki ayırıcı yönünü oluşturan bu kabulünün bazı hukuki sonuçları ile ilgili zaman zaman hatalı değerlendirmeler göze çarpmaktadır. Mesela "İmam Şâfi'î'nin *bay'u'l-îne*'yi caiz gördüğü"ne dair görüşler ileri sürülmektedir. Oysa onun geliştirdiği "zâhir teorisi"ne göre bir işlemin hukuken geçerli olmasıyla dinen caiz olup olmaması farklıdır. Bir işlem hukuken geçerli olabilir ama dinen caiz olmayabilir. Birincisi dünyevi, ikincisi uhrevi hükümdür. Buna göre az önce verilen örnekte *bay'u'l-îne* hukuken geçerlidir ve hukuki sonuçlarını doğurur. Bu dünyada hukukun vereceği hükümdür. Böyle bir akdin amacı faiz elde etmek ise taraflar açısından bu akit caiz değildir. Bunun hesabını ise Allah ahiret yurdunda soracaktır. Bu da ahirete ilişkin hükümdür.

İşte bu yazının amacı, özellikle hukuki işlemlerde zahire itibar etmenin fikhî açıdan ne anlama geldiğini analiz etmek ve Şâfi'î zâhirciliğinin bu yönüne dikkat çekmek olacaktır. Bunun yanında nassların yorumunda da aynı ilkeyi esas alan İmam Şâfi'î'nin geliştirdiği zahir teorisinin delillerine özet olarak ve nassları yorumdaki bazı örneklerine de yer verilecektir.

*Anahtar kelimeler:* Şâfi'î, Zâhirilik, cevaz, nefâz.

### An Analysis of Shâfi'î's Zâhiri Principles Validity of legal proceedings / Differentiation of Nafâdh and Jawâz (Enforcibility and Permissibility)

**Abstract:** Imâm Shâfi'î (d.204/819) considered *Zâhir* (external evidence) as a basic principle regarding interpretation of *al-Nass* and an approach to the legal transactions. The misleading considerations, from time to time, relating to the legal consequences of his acceptance of this rule which formed his distinctive side amongst the *Madhabs* have attracted attention. It is claimed, for example, that Imâm Shâfi'î has allowed the *bay'u'l-înah*. However according to the theory of *Zahir*, developed by Imâm Shâfi'î, a legally valid transaction is different from its permissibility in the religion. A legal proceeding could be legally valid though not permissible in the religion. The first one is secular and the second one is ethereal. According to this, the example of the *bay'u'l-înah* mentioned here is legally valid therefore it will establish its legal consequences. This is the judgment of the law in this world. If the purpose of this sale contract amongst the parties is to gain interest it is not allowed. Allah, therefore, will ask to give an account of this in the Hereafter. This is the judgement related to the Hereafter.

The purpose of this work is to analyze what consideration of the *Zâhir* means in terms of fiqh particularly during a legal process, and to draw attention to this aspect of the Shâfi'î's *Zâhirî* principles. In addition, a summary of evidences relating to the *Zâhir* theory based on the same principles developed by Imâm Shâfi'î in interpreting *al-Nass* and some examples of his interpretation of *al-Nass* will also be included in this article.

*Keywords:* Imâm Shâfi'î, *Zahir*, Jawâz, Nafâdh.

\* İzmir Katip Çelebi Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Dekanı.

## GİRİŞ: PROBLEMİN VAZ'I

İmam Şâfi'î (ö.204/819), nassların yorumunda ve hukuki işlemlere yaklaşımında temel ilke olarak "zâhir"i esas almıştır. Onun mezhepler arasındaki ayırıcı yönünü oluşturan bu kabulünün bazı hukuki sonuçları ile ilgili zaman zaman hatalı değerlendirmeler göze çarpmaktadır. Mesela "İmam Şâfi'î'nin *bey'û'l-îne*'yi caiz gördüğü"ne dair görüşler ileri sürülmektedir. Oysa onun geliştirdiği "zâhir teorisi"ne göre bir işlemin hukuken geçerli olmasıyla dinen caiz olup olmaması farklıdır. Bir işlem hukuken geçerli olabilir ama dinen caiz olmayabilir. Birincisi dünyevi, ikincisi uhrevi hükümdür. Buna göre az önce verilen örnekte *bey'û'l-îne* hukuken geçerlidir ve hukuki sonuçlarını doğurur. Bu dünyada hukukun vereceği hükümdür. Böyle bir akdin amacı faiz elde etmek ise taraflar açısından bu akit caiz değildir. Bunun hesabını ise Allah ahiret yurdunda soracaktır. Bu da ahirete ilişkin hükümdür.

İşte bu tebliğin asıl amacı, özellikle hukuki işlemlerde zahire itibar etmenin fikhî açıdan ne anlama geldiğini analiz etmek ve Şâfi'î zâhirciliğinin bu yönüne dikkat çekmek olacaktır. Bunun yanında nassların yorumunda da aynı ilkeyi esas alan İmam Şâfi'î'nin geliştirdiği zahir teorisinin delillerine özet olarak ve nassları yorumdaki bazı örneklerine de yer verilecektir.

## I- İMAM ŞÂFİ'Î'NİN ZÂHİR TEORİSİNİN DELİLLERİ

İmâm Şâfi'î, Nassların yorumlanmasında zahire göre hareket edilmesi gerektiği üzerinde ısrarla durur. Kur'ân ayetlerinin tefsiri ile ilgili şunu söyler: "Kur'ân ayetleri, görünen (zahiri) anlamı dışında başka (batınî) bir anlama geldiğine dair yine Kur'ân'ın kendisinden veya Sünnetten ya da icmadan bir delil bulunmadıkça zâhirine göre anlaşılır."<sup>1</sup> Aynı esas hadis için de geçerlidir: "Bir hadis, hâss olduğuna dair delil bulunmadıkça umumilik üzere (âmm), başka anlama geldiğine dair delil olmadıkça da zâhirine göre anlamlandırılır."<sup>2</sup> Bu bağlamda İmam Şâfi'î şu delillerden hareket eder:

Münafıkların kim olduğu bildirildiği halde Hz. Peygamber, sırf onların beyanlarına bakarak zahire göre hareket etmiş ve kendilerine Müslüman muamelesi yapmış, kâfir olduklarına hükmetmemiştir.<sup>3</sup>

Hz. Peygamber, karısını zina halinde yakaladığını iddia eden kocaya, karısı ile birlikte *lian*<sup>4</sup> hükümlerini uygulamış, davalı kadının kendisiyle zina ettiği iddia edilen kişiye benzer bir çocuk dünyaya getirmesi ve bunun da söz konusu iddianın doğruluğuna güçlü bir karine teşkil etmesine rağmen "Allah'ın ahirette vereceği

1 Şâfi'î, *er-Risâle*, Kahire 1399/1979, s. 580, nr. 1727.

2 Şâfi'î, *el-Ümm* (nşr. Mahmud Mataracı), Beyrut 1413/1993, V, 241.

3 Şâfi'î, *el-Ümm*, I, 431-432; IV, 148-149, 357; V, 187; VI, 230-231; VII, 136, 499.

4 Nûr (24), 6-9.

hüküm olmasaydı durum apaçık ortada”<sup>5</sup> diyerek kadını cezalandırma yoluna gitmemiştir.<sup>6</sup>

Hız. Peygamber, karısının zina ettiği imasıyla siyah bir çocuk doğurduğunu söyleyen şahsa<sup>7</sup> iddia açık olmadığı için *kazif cezası* uygulamamıştır.<sup>8</sup>

Hâtıb Ebî Belte’ânın Mekke’nin fethi için yapılan hazırlıkların bilgisini burada yaşayan akrabalarına haber vermek üzere yazdığı mektubun vahyin bildirmesi sonucu ele geçirilmesinden sonra<sup>9</sup> Hız. Peygamber, kendisine bunun sebebini sormuş Hâtıb’ın verdiği cevabını yeterli bulup mazeretini kabul ederek onun hakkındaki zannına göre hareket etmemiş ve cezalandırma yoluna gitmemiştir.<sup>10</sup>

Hız. Peygamber, bir hadisinde açık bir şekilde uyuşmazlıkların çözümünde delil ve delilin sunumuna göre hareket edeceğini<sup>11</sup> bildirmiştir.<sup>12</sup>

Hız. Peygamber, “sen elbette boşsun” ifadesiyle hanımını boşayan Rükâne b. Abdi Yezîde ‘elbette’ kelimesiyle neyi kastettiğini sormuş, onun ‘bir talakı’ demesi<sup>13</sup> üzerine beyanını kabul edip niyetini araştırmamış, bir talaka hükmetmiştir.<sup>14</sup>

Hız. Peygamber, meşru bir sebebe bağlı olarak başlayan savaşta karşı tarafın kelime-i şehadet getirerek Müslüman olduklarını beyan etmeleri halinde savaşın sonlandırılacağını, gerçekten iman edip etmediklerinin araştırılmayacağını bildirmiştir.<sup>15</sup>

Görüldüğü üzere İmam Şâfiî’nin nassların tefsirinde ve hukuki işlemlerin geçerliliğinde zahiri esas alan düşüncesini temellendirirken başvurduğu en güçlü delillerinin<sup>16</sup> hemen hemen tamamının *iman* ve *ispat* hukukunu ilgilendiren<sup>17</sup> nasslar olduğunu ve bunu da hukukun bütün alanlarına uygulama yoluna gittiğini belirtmemiz gerekir. Kendisi de bunun farkında olarak zahire göre hareket etmenin sadece bu alanlarla sınırlı olmadığını ve hukukun bütün sahalarında geçerli olduğunu ifade etmiştir.<sup>18</sup> Bu aşamada onun konuyu aydınlatacak bazı örnek içtihatlarına yer vermemiz uygun olacaktır.

5 Buhâri, “Tefsîr”, XXIV/217, “Megâzi”, 1, “Talâk”, 28, “Şehâdet”, 22; Ebû Dâvûd, “Talâk”, 27; Tirmizî, “Tefsir”, 10; Ahmed b. Hanbel, III, 458-459.

6 Şâfiî, *el-Ümm*, I, 434; IV, 149; V, 186-187; VII, 490, 491, 500.

7 Buhâri, “Hudûd”, 41, “İtisâm” 12, Müslim, “Li’ân”, 18-20; Ebû Dâvûd, “Talâk”, 28; Tirmizî, “Velâ”, 4; Nesâi, “Talâk”, 46; İbn Mâce, “Nikâh”, 58.

8 Şâfiî, *el-Ümm*, VII, 492, 500.

9 Buhâri, “Tefsîr”, LX/1, “Cihâd”, 141, “Megâzi”, 46; Müslim, “Fezâilü’s-sahâbe”, 161; Ebû Dâvûd, “Cihâd”, 98.

10 Şâfiî, *el-Ümm*, IV, 356.

11 Buhâri, “Şehâdet”, 28, “Hiyel”, 10, “Ahkâm”, 20; Müslim, “Akdiye”, 4; Ebû Dâvûd, “Edeb”, 87; Tirmizî, “Ahkâm”, 11, 18; Nesâi, “Kudat”, 12, 33; İbn Mâce, “Ahkâm”, 5.

12 Şâfiî, *el-Ümm*, I, 431-434; IV, 149; VI, 233; VII, 137.

13 Ebû Dâvûd, “Talâk”, 10, 14, 40; Tirmizî, “Talâk”, 2; İbn Mâce, “Talâk”, 19; Dârimî, “Talâk”, 8.

14 Şâfiî, *el-Ümm*, VII, 492, 500.

15 Buhâri, “İmân”, 17, “İtisâm”, 28; Müslim, “İmân”, 34-36; Tirmizî, “İmân”, 1, “Tefsîr”, 88; İbn Mâce, “Fiten”, 1; Nesâi, “Cihad”, 1, “Tahrîm”, 1.

16 Şâfiî, *el-Ümm*, VII, 136, 490, 500.

17 Bu konuda bk. Saffet Köse, “Teşekkül Devrinde Fıkhın Dünyeviliği Fikri ve Günümüzdeki Yansımaları”, *İLAM Araştırma Dergisi*, II/2, İstanbul 1997, s. 195-220.

18 Şâfiî, *el-Ümm*, IV, 149; VII, 490.

## II- NASSLARIN TEFSİRİNDEN ÖRNEKLER

İmam Şâfi‘înin *el-Ümm*’de sık sık üzerinde durduğu zâhir teorisini aydınlatacak birkaç örneği fıkıhın farklı alanlarından zikredeceğiz.

Hanefî, Mâlikî ve Hanbelî fakihleri, meninin dışarı çıkmasında şehvet unsurunun bulunmasını şart koştukları ve hastalık, düşme vb. sebeplerle çıkan meninin cünüplük hali doğurmayacağını kabul ettikleri halde İmam Şâfi‘î, ister şehvetle ister şehvetsiz olsun, herhangi bir sebeple meninin dışarı çıkmasıyla kişinin cünüp olacağını ve gusletmesi gerektiğini belirtir.<sup>19</sup>

Maide suresinin 6. ayetinde abdestte başın meshedilmesi emrinin ifası hususunda Hanefîler başın ¼’ünün, Mâlikî ve Hanbelîler tamamının meshini gerekli görürken İmam Şâfi‘î meshin dokunmak anlamına geldiğini düşünerek ıslak elle birkaç tüye dokunmakla bile hükmün gereğinin yerine gelmiş olacağını savunur.<sup>20</sup>

İmam Şâfi‘î Nisa suresinin 43. ayetinin (yahut kadınlara dokunduğunuzda) zahiri anlamını esas alarak mutlak anlamda kadına dokunmanın abdesti bozacağı görüşünü savunmuştur. Ona göre “lems” kelimesinin elle dokunmak manası hakikat, cinsel ilişki anlamı ise *mecaz* veya *kinâyedir*. Bir kelimenin *hakikat* anlamı imkansız olduğunda *mecaza* gidilir. (Burada dokunmaktan maksat teni hissetmektir). Ebû Hanîfe bu ayetteki dokunma kelimesini (lems) cinsel ilişki olarak anlamış, İmam Mâlik ve Ahmed b. Hanbel ise şehvetle dokunma şeklinde yorumlamıştır.<sup>21</sup>

Hanefîler ve Mâlikîlere göre hangi yolla olursa olsun ramazan orucunun mazersiz olarak mesela yeme-içme ile kasten bozulması keffâreti gerektirir.<sup>22</sup> İmam Şâfi‘î ise ramazan orucunun sadece cinsel ilişki ile bozulması halinde keffaretin gerekeceğini savunur. Kasten de olsa yeme içme kefareti değil kazayı gerektirir. Hanefîler ve Mâlikîler kıyasa göre hareket ederken İmam Şâfi‘î, Hz. Peygamber’in ramazan orucunun bozulmasıyla keffarete hükmettiği olayın cinsel ilişki olduğunu, hadiste yeme içmenin geçmediğini, bunun cinsel ilişkiden farklı olduğunu savunur.<sup>23</sup>

Hanefîler, Mâlikîler ve Hanbelîlere göre Devletin yetkili kurumu mükelleflerden topladığı zekâtı Tevbe suresinin 60. ayetinde belirlenen sekiz sınıfa eşit biçimde dağıtmak zorunda değildir.<sup>24</sup> İmam Şâfi‘î ise sekiz sınıfın tamamına ve eşit olarak verilmesi gerektiği görüşündedir. Ona göre ilgili ayetin hükmünün yerine gelebilmesi hiçbir sınıfın ihmal edilmemesine bağlıdır ve bu da zekâtın orada sayılanların tamamına eşit şekilde bölüşürülmesiyle sağlanabilir. Hatta oradaki bir sınıfın his-

19 Şâfi‘î, *el-Ümm*, I, 97; Serahsî, I, 67; İbn Kudâme, *el-Udde*, Beyrut Beyrut 1426/2005, I, 39; Karâfi, *ez-Zahira*, Beyrut 1994, I, 294; Merdâvi, *el-İnsâf*, Beyrut 1419, I, 168; Büceyrimî, *Tuhfetü’l-habîb*, Beyrut 1417/1996, I, 337; “el-İnzâl”, *el-Mevsû‘atü’l-fikhiyye*, Kuveyt 1404/1427, VI, 333.

20 Sâbûnî, *Revâi’u’l-beyân*, Mekke 1391, I, 538-539.

21 Şâfi‘î, *el-Ümm*, I, 62-64; Tahâvî, *Ahkâmü’l-Kur’ân* (nşr. Sadettin Ünal), Ankara 1995, I, 96-102; Mâverdi, I, 184-187; Sâbûnî, I, 486-488.

22 İbn Ebî Zeyd el-Kayravânî, *er-Risâle*, Beyrut 1997, s. 161; Serahsî, III, 73-74.

23 Şâfi‘î, *el-Ümm*, II, 136; Şirbîni, *Muğni’l-muhtâc*, Kahire 1377/1958, I, 442-443.

24 İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 528-529; İbn Cüzey, *el-Kavâninü’l-fikhiyye*, Beyrut, ts. (Dâru’l-Küttüb’l-ilmîyye), s. 75; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, Bulak 1319, II, 205-206.

sesinin daha çok ihtiyaç sahibi olsa bile diğer bir sınıfa aktarılmaması gerekir. Aksi takdirde ayetin hükmü yerine getirilmiş olmaz.<sup>25</sup>

İmam Şâfiî'ye göre fitır sadakası belirlenen yiyecek maddelerinin bizzat kendisinden verilmelidir, bedeliyle ödenemez.<sup>26</sup> Mâlikîler ve Hanbelîler de bu görüştedir.<sup>27</sup> Hanefîler maslahat ilkesinden hareketle fitır sadakasıyla fakirin ihtiyacının giderilmesinin amaçlandığını dolayısıyla bedelinin de verilebileceğini savunur.<sup>28</sup>

Hz. Peygamber ihtiyaçtan dolayı ağaçtaki yaş hurmanın tahmini olarak aynı miktara karşılık gelen kuru hurma ile değiştirilmesine (arâyâ) izin vermiştir.<sup>29</sup> İmam Şâfiî bu tür bir değişimin sadece hurma ve üzüm arasında yapılabileceğini, kurusu ve yaşı ile tüketilebilen incir, kayısı, erik gibi diğer yiyeceklerde geçerli olmadığını savunur. Ona göre hurma ve üzümün salkımlar halinde bir arada bulunması ve yapraklar arasında görünmesini engelleyen bir durumun söz konusu olmaması sebebiyle miktarının tahminen belirlenmesine bir engel yoktur. Diğer meyvelerde ise aynı özellik mevcut değildir.<sup>30</sup>

İmam Şâfiî'ye göre, İslâm toplumunda yaşayan bir gayr-ı müslim vatan-daşın (zimmi) bir Müslüman tarafından kasten öldürülmesi durumunda Hz. Peygamber'in: "Kâfir karşılığında Müslüman öldürülmez"<sup>31</sup> hadisine göre Müslümana kısas uygulanamaz. Ebû Hanîfe'ye göre kısas hükmünü belirleyen ayetler<sup>32</sup> umûmilik ifade ettiğinden ve mezkur hadis, *harbî* ile ilgili olduğundan kısas uygulanır. Mâlikîler ve Hanbelîler İmam Şâfiî ile aynı görüşü paylaşmaktadırlar.<sup>33</sup> Hanefîler, zimmînin canının da Müslümanın ki gibi masum olduğu ve can güvenliğinin de kısasla sağlanabileceği ilkesinden hareket ederler.<sup>34</sup>

Hanefî, Mâlikî ve Hanbelî fakihleri ölümle sonuçlanan hastalık (maraz-ı mevt) halinde kocası tarafından boşanan kadını belli şartlarda ona mirasçı kılarlarken<sup>35</sup> İmam Şâfiî mirasın sebebi olan nikâh bağının ortadan kalktığını savunarak kadını kocaya mirasçı kılmaz.<sup>36</sup>

Hükmen birleşme kabul edilen sahih halvetin tam mehri gerektirip gerektirmediği tartışmalarında İmam Şâfiî eski görüşünden rücu ederek gerektirmediğini savunmuştur.<sup>37</sup> Dâvûd ez-Zâhirî'nin tercihi de aynı yöndedir. Ebû Hanîfe, Züfer,

25 Şâfiî, *el-Ümm*, II, 118.

26 Şâfiî, *el-Ümm*, II, 89, 91.

27 İbn Abdilberr, *el-Kâfi*, Riyad 1400/1980, I, 480; İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 671-672; "Zekâtü'l-fitır", *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, XXXIII, 344.

28 Serahsî, III, 107; Kâsânî, II, 73; V, 67.

29 Buhârî, "Müsâkât", 17; Müslim, "Büyü", 61-82; Ebû Dâvûd, "Büyü", 19.

30 Şâfiî, *el-Ümm*, III, 79-80.

31 Buhârî, "İlim", 39, "Diyât", 31; Nesâî, "Kasâme", 14; Tirmizî, "Diyât", 16.

32 Bakara (2), 178-179; Mâide (5), 45.

33 İbn Kudâme, *el-Udde*, II, 119; Zeylaî, *Tebyinü'l-hakâik*, Bulak 1313, VI, 104; Zekeriyya el-Ensârî, *Esne'l-metâlib*, 1422/2000, IV, 12; "Ehlü'z-zimme", *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, Kuveyt 1404-1427, VII, 136-137.

34 Serahsî, XXVI, 133.

35 Sahnûn, *el-Müdevvene*, III, 34 vd.; Kâsânî, III, 218-221; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 218; Behûtî, IV, 532-534.

36 Şâfiî, *el-Ümm*, V, 365 vd.; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 294.

37 Mâverdi, *el-Hâvî*, IX, 46, 539-545.

Ebü Yûsuf ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, İmam Mâlik ve Ahmed b. Hanbel'e göre tam mehir gerekir. Akit sırasında mehir belirlenmiş ise kadın, üzerinde anlaşma yapılan mehre (mehr-i müsemmâ), değilse mehr-i misle hak kazanır.<sup>38</sup>

### III- HUKÛKÎ İŞLEMLERDE ZÂHİR TEORİSİ

İmam Şâfi'î:

«نَحْنُ نَحْكُمُ بِالظَّوَاهِرِ وَاللَّهِ يَتَوَلَّى السَّرَائِرَ»

“Biz zahire göre hükmederiz gizli olan niyetlere göre hüküm vermek ise onu bilen Allah'ın yetkisindedir” şeklinde formüle edilebilecek olan ilkeyi yukarıda yer verilen delillerden hareketle sadece nasların tefsirinde değil aynı zamanda hukuki işlemlerde muamelaatın da temeline yerleştirerek ikili (düalist) bir yapı geliştirmiştir.

Buradan hareketle Şâfi'î, hukuki işlemlerde beyan (dışa yansıyan, zahiri irade) ile iç (bâtınî) iradenin farklı olması halinde beyana itibar edilmesi gerektiğini, iç iradenin (niyet, sâik) gizli olması sebebiyle bu iradenin bilinmeyeceğini dolayısıyla buna göre nihai hükmü Allah'ın ahirette vereceğini, dünyada zahire göre hüküm vermenin esas olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ona göre niyete ve gizli durumlara göre hüküm vermeyi Allah kendisine tahsis etmiş, kullarına bu konuda yetki vermemiş, onları zahire göre hükmetmekle mükellef tutmuştur. Eğer bu konuda kullarından birisine yetki verecek olsaydı peygamberine verirdi. Oysa bu konuda peygamberinin de yetkisi yoktur. Bu esas hukukun bütün alanlarında geçerlidir.<sup>39</sup>

İmâm Şâfi'î, hükümleri uhrevî ve dünyevî olmak üzere ikiye ayırarak bu görüşlerinin pratikteki yansımalarını biraz daha somutlaştırmaktadır. Ona göre Allah Teâlâ kulları hakkında iki hüküm koymuştur: Birincisi uhrevî yani ahiretteki hükümdür. Bu, Allâh'ın kendisi ile kulları ve kullarının kendi aralarında cereyan eden olaylar hakkında vereceği hükümdür. Allah Teâlâ kulların eylemlerindeki niyet ve maksatları bildiği için bunu esas alarak ceza veya mükâfat verecektir. Kulların kendi aralarındaki uyumsuzluklarda yani dünyada ise hükümler zâhire göredir. Niyeti gösteren güçlü bir zan veya karîne yahut işaret bulunsa dahi insanların kendi aralarındaki ilişkilerinde gizli olan niyete göre hüküm vermek caiz değildir.<sup>40</sup>

Bu ifadelerin hukuki sonucu da şudur: Bir işlemin hukuki bakımdan geçerli kabul edilmesiyle caiz olması farklı şeylerdir. Geçerli olup olmamanın sonucu dünyada, caiz olup olmamanın sonucu da ahirette alınacaktır. Bir işlem caiz olmayabilir ama hukuken geçerli olabilir. Buna göre bir işlem, şekil şartları itibarıyla / zahiren gerekli nitelikleri taşıyorsa hukuki açıdan geçerlidir, sonuçlarını doğurur. Bu, dün-

38 İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Beyrut 1407/1987, I, 367; Kâsânî, II, 291; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 62-65; “Halvet”, *el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye*, Kuveyt 1404-1427, XIX, 272-273; Orhan Çeker, “Halvet”, *DİA*, XV, İstanbul 1997, s. 384-386.

39 Şâfi'î, *el-Ümm*, IV, 148-149; VI, 230; VII, 499.

40 Şâfi'î, VII, 499.



yada verilecek hükümdür. Şayet işlem, zahiren hukuka uygun bulunsa da bununla kanun koyucunun yasakladığı bir sonuca ulaşmak hedefleniyorsa bu caiz değildir. Caiz olmaması dünyevi hükmü etkilemez ve söz konusu işlem hukuki olarak geçerlilik kazanır. Kötü niyetin bulunması günaha sebeptir ancak buna göre de hükmü sadece Allâh Te'âlâ verecektir ve bu da ahiret yurdunda olacaktır. Buna göre caiz olup olmama hükmü ahireti ilgilendirmektedir. Çünkü dünyada niyet ve maksatlar gizli olduğu için bilinemediğinden buna itibar yoktur.

İmam Şâfi'î zahirilik ilkesinin göz ardı edilmesini de oldukça sert biçimde eleştirir. O, zâhir hilâfına hüküm vermenin bir bakıma Allâh'ın bilgisi dâhilinde olan gaybı bilmeyi iddia etmek anlamına geleceğini ima eder.<sup>41</sup>

İmam Şâfi'î, zahire itibar etmenin gerekliliğini de şöyle izah eder: İnsanlar arasında hüküm verirken niyeti ve gizli olan durumları esas almak zanna dayanarak hüküm vermek anlamına gelir ki bu Allah ve Rasûlünün yasakladığı bir husustur.<sup>42</sup>

İmam Şâfi'î'nin bu görüşlerinin *el-Ümm*'deki tam ifadesi şöyledir:

( قَالَ الشَّافِعِيُّ ) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَصْلُ مَا أَذْهَبُ إِلَيْهِ أَنْ كُلَّ عَقْدٍ كَانَ صَحِيحًا فِي الظَّاهِرِ لَمْ أُبْطِلْهُ بِتُهْمَةٍ وَلَا بِعَادَةٍ بَيْنَ الْمُتَبَاعِعِينَ وَأَحْزَنَتْهُ بِصِحَّةِ الظَّاهِرِ وَأَكْرَهُ لَهُمَا النَّيَّةَ إِذَا كَانَتِ النَّيَّةُ لَوْ أَظْهَرْتَ كَانَتْ تُفْسِدُ الْبَيْعَ وَكَمَا أَكْرَهُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَشْتَرِيَ السَّيْفَ عَلَى أَنْ يَقْتُلَ بِهِ وَلَا يَحْرُمُ عَلَى بَائِعِهِ أَنْ يَبِيعَهُ مِمَّنْ يَرَاهُ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ ظَلْمًا لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَقْتُلُ بِهِ وَلَا أُفْسِدُ عَلَيْهِ هَذَا الْبَيْعَ وَكَمَا أَكْرَهُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَبِيعَ الْعَنْبَ مِمَّنْ يَرَاهُ أَنَّهُ يُعْصَرُ حَمْرًا وَلَا أُفْسِدُ الْبَيْعَ إِذَا بَاعَهُ إِيَّاهُ لِأَنَّهُ بَاعَهُ حَلَالًا وَقَدْ يُمَكِّنُ أَنْ لَا يُجْعَلَهُ حَمْرًا أَبَدًا وَفِي صَاحِبِ السَّيْفِ أَنْ لَا يَقْتُلَ بِهِ أَحَدًا أَبَدًا وَكَمَا أُفْسِدُ نِكَاحَ الْمُتَعَةِ وَلَوْ نَكَحَ رَجُلٌ امْرَأَةً عَقْدًا صَحِيحًا وَهُوَ يَنْوِي أَنْ لَا يُمَسِّكَهَا إِلَّا يَوْمًا أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ يُفْسِدِ النِّكَاحَ إِنَّمَا أُفْسِدُهُ أَبَدًا بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ

“Kabul ettiğim esas şudur: Şekil şartları itibariyle (zahiren) sahih olan bir sözleşmeyi –mesela satım akdini- ne ‘onlar bu sözleşmeyi şu niyetle yapıyorlar’ şeklindeki bir itham sebebiyle ne de akdi yapanların aralarında adet haline getirdikleri bir uygulamadan dolayı batıl sayarım. Hukukun zahiren aradığı şartların tamam olması sebebiyle o sözleşmeyi geçerli görürüm. Şayet akdi yapanlar, açığa çıktığında onu batıl<sup>43</sup> kılacak bir niyet taşıyorlarsa (batınî irade zahirden farklı ise) bunu da mekruh görürüm. Bir adamın birisini öldürmek üzere bir silah satın almasına mekruh derim. Ama satıcının haksız yere birisini öldüreceğine kanaat getirdiği bir adama silah satmasının haram olduğuna hükmetmem. Çünkü bu bir ihtimaldir ve silahı alan onunla öldürebilir de. Dolayısıyla böyle bir alış-verişin batıl olduğuna hükmetmem. Bir

41 Bk. Şâfi'î, VI, 230.

42 Şâfi'î, *el-Ümm*, IV, 148-149, 356-357; VII, 492, 499.

43 Metindeki “fasit” ifadesi karmaşaya meydan vermemek için “batıl” olarak çevrilmiştir. Çünkü bu mezhepte fasit ile batıl arasında fark yoktur.

*kimsenin içki yapacağına kanaat getirdiği birisine üzüm satışı mekruh görürüm. Ama satarsa satıcı açısından bu akdi batıl saymam. Çünkü o helal olan bir malı satmıştır. Üzümlü satın alanın hiçbir zaman onu içkide kullanmama, silahı satın alanın da onunla hiçbir zaman öldürmeme ihtimali vardır. Mut'a nikâhının batıl olduğunu savunuyorum. Ama bir adam bir kadınla bir gün veya daha az ya da bir günden biraz fazla beraber olma niyetiyle sahih bir nikâh akdiyle evlenir ise şekil şartları itibariyle sahih olan bu nikâh onun niyetine bakarak batıl saymam. Akit esnasında böyle bir niyetin açığa vurulması halinde bu akdin batıl olduğuna hükmederim.”<sup>44</sup>*

İmam Şâfi‘î bu kaideyi birçok furûa ait meseleyi izahı esnasında tekrar etmiş, bundan önemli sonuçlar çıkarmıştır. Bunlar arasında konumuz açısından önemli olan şu ikisidir:

Hukukun izin verdiği yollarla harama yönelme maksadı kişinin içinde gizli kaldığı müddetçe bunu muhasebe edecek olan bütün gizlilikleri bilen Allah Teâlâdır. Kulların buna göre hüküm verme yetkisi yoktur.

Harama vesile olduğu gerekçesiyle ya da akdi yapanlar kötü niyetlidir diye görünüş itibariyle mübah / meşru yolların kapatılması anlamına gelen *sedd-i zerâi’*ye itibaredilemez.<sup>45</sup>

İmam Şâfi‘î’nin *sedd-i zerâi’* ilkesine itibar etmemesi, hükümlerin zâhire göre olacağı prensibinin tabii sonucudur. Ona göre alış-verişler herhangi bir kötülüğe götürüyor veya şunda kötü bir niyet vardır diye bozulması söz konusu değildir. Dolayısıyla İmam Şâfi‘î *ribâ* yasağını bertaraf eden hile belirtileri açıkça görülmesine rağmen “bey’u’l-‘îne”yi hukuken geçerli bir akit olarak kabul etmektedir. Konuyla ilgili olarak söylediği şudur: “Bir şahıs veresiye satın aldığı yiyecek maddesini teslim aldıktan sonra, satın aldığı kişiye veya bir başkasına, peşinen ya da veresiye, aldığı fiyata veya daha ucuza satmasında bir sakınca yoktur.”<sup>46</sup>

#### IV- ŞÂFİ‘Î’NİN ZÂHİR TEORİSİNİN ANALİZİ

Buraya kadar anlatılanlar bize şu tespitleri yapma imkanı vermektedir. İmam Şâfi‘î’nin “dünyada hükümler zahire göredir, niyetleri ise ancak Allah bilir ve buna göre hükmü ahiret yurdunda sadece O verecektir” kaidesini, özellikle sırf kalbi ilgilendiren ve insanlara “beyana itibar” dışında bir tasarruf yetkisinin tanınmadığı *iman* ve oldukça hassas olunması gereken *ceza* davalarını ilgilendiren delillerden yola çıkarak hukukun bütün alanlarına yaydığı görülmektedir.

Zeyd b. Erkam’ın *bey’u’l-‘îne* şeklindeki alış-verişine tepki gösteren Hz. Âişe’nin itirazına karşı da kıyasa uygun bulduğu Zeyd’in uygulamasını tercih ederek<sup>47</sup> dü-

44 Şâfi‘î, *el-Ümm*, III, 90.

45 Şâfi‘î, III, 148; IV, 150; VII, 492.

46 Şâfi‘î, III, 95-96.

47 Şâfi‘î, III, 47-48, 95-96.

şüncesi doğrultusunda bir yorumda bulunmuştur. Çünkü Şâfiî, bir meselede sa-habe arasında görüş ayrılığı oluşmuş ise ilke olarak kıyasa uygun bulduğu sahabi görüşünü tercih etmektedir.

Nassların yorumunda onların zahirine itibar ya da hukuki işlemlerde niyetin yerine objektif tavrın öne çıkmasının en temel sebebi keyfiliğin önlenmesi, dolayısıyla kanun koyucunun izin vermediği bir menfaati kanunu genişletici ve keyfi bir yorumla metne bağlayarak hukukun gücünden yararlanmak suretiyle hedefe ulaşmak isteyenleri engellemektir. Tecrübeler, bu tutumun gelişmesinde kuralda anlam sapmasına karşı sıkı bir tedbir geliştirme gayretinin bulunduğunu göstermektedir.

Bahsedilen bu tehlikeye karşı tarihi süreç içinde bu yönde önlemlerin yürürlüğe konulduğu önemli tecrübeler vardır. Mesela Bizans imparatoru Justinianus, Corpus Iurus'un tedvininden sonra bu kanunun yorumlanmasını yasaklamış, aksine hareket edenlerin resmi belgede tahrifat yapma suçu işlemiş olacaklarını ve cezalandırılacaklarını ilan etmiştir.<sup>48</sup> Büyük Friedrich de çeşitli defalar kanunların tefsirini yasaklamıştır.<sup>49</sup>

Fransa'da 1790 yılında yayınlanan bir kararname ile kanunların tefsiri yasaklanmıştır.<sup>50</sup> 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanununda hâkimi her türlü yorumdan menetmek amacıyla metne resmi bir tefsir metni eklenmiştir.<sup>51</sup>

Montesquiu ve Beccaria gibi batıda hukuk düşüncesinin sembol isimleri de keyfilik endişesinden dolayı hâkimlerin kanunları tefsir etme yetkisine sahip bulunmadıklarını, bu yetkinin kanun koyucuya ait olduğunu savunmuşlardır.<sup>52</sup>

Orta çağda özellikle İtalya'da şehir hukuk nizamları da kanunların ancak lafızlarına göre tefsir edilebileceklerini hükme bağlamıştır.<sup>53</sup>

Kanunların tefsiri konusundaki bu sıkı tedbirlerin ana sebebinin kanunu uygulama makamında bulunanlara olan güvensizlikten kaynaklandığını<sup>54</sup> tahmin etmek güç değildir. Özellikle ceza kanunlarının yorumunda getirilen sıkı tedbirler, genişletici yorum ve kıyas yoluyla suç ve ceza ihdasına getirilen sınırlandırmaların tarihi süreç içinde keyfiliğin doğurduğu olumsuz sonuçlara bir tepki karakteri arzettiğini söylememiz mümkündür. Bu bağlamda kanunsuz suç-cezanın olamayacağı, suç-ceza arasındaki dengenin kurulması, suç-cezada genellik, aleyhe olan hususlarda kanunların geriye yürümezliği, şüpheden sanığın yararlanması ilkeleri hep keyfiliği önleme ve hukuk yoluyla yapılmak istenen haksızlıklara engel olma amacıyla geliştirilen tedbirler cümlesindedir.

48 Orhan Münir Çağıl, *Hukuk ve Hukuk Bilimine Giriş*, İstanbul 1971, s. 182; Öztekin Tosun, *Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir*, s. 21.

49 Çağıl, 182.

50 Çağıl, 182.

51 Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, İstanbul 1985, I, 161.

52 Tosun, 21.

53 Çağıl, 182.

54 Çağıl, 182.

Ceza kanunlarının insanlar üzerindeki güçlü etkisi sebebiyle bu alandaki metinlerin yorumunda hassasiyetin öne çıkması tabiidir. Ceza hukuku ile diğer hukuk kolları arasında yorum çeşitleri ve metotları bakımından esaslı ve kesin bir farkın bulunduğu yönündeki yaygın bir kanaatin sebebi de budur.

İslam âlimlerinin de nassların yorumunda keyfiliği önleme hususunda hassas davrandıkları bilinmektedir. Özellikle bir takım suiistimallerin önüne geçmek için geliştirilen nassları anlama yöntemleri, *bid'at*larla mücadele ve metodik düşünce dışındaki *re'ye* karşı oluşan tepkinin<sup>55</sup> sebebi de budur.

İmam Şâfi'î'nin de hukuki işlemlerin tefsiri ve hukuk metinlerinin yorumunda keyfi yaklaşımları, sübjektif tavırları engelleme bağlamında zâhirilik ilkesini bir tedbir olarak düşündüğü, böylece kurala yaslanarak yorum yoluyla kanun koyucunun iradesi dışındaki menfaatlere meşruiyet kazandırmak isteyenlere mani olma amacı güttüğü, zahirciliği bu amaca hizmet eden güçlü bir araç olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Nitekim *sükûti icma'*, *sedd-i zerâi'* ilkesini ve *istihsânı* reddedişi ve *kıyası* öne çıkarması da buna delalet eder.

Özellikle istihsân karşıtlığı ve bu konuda serdettiği görüşleri bunun kanıtı mesabesinde. Onun açısından istihsân "canının istediği gibi hüküm vermektir (telezzüz)"<sup>56</sup> ve istihsâna göre verilen hüküm, öncesinde bir örneği bulunmayan yeni bir görüştür.<sup>57</sup> Onun bu yaklaşımına göre kıyas, Kur'an-Sünnetteki bir asla bağlı olarak hüküm elde etme yöntemi olduğu için keyfiliği önleyen bir niteliğe sahiptir. Kıyas olmasaydı her önüne gelen istediği gibi hüküm verirdi.<sup>58</sup>

Kıyas yöntemiyle yeni bir hüküm konulmaz, mevcut olan hüküm açığa çıkarılır. Fıkıh usulündeki ifadeyle *kıyas, hükmün muzhiridir müsbiti değildir*. Onun keyfiliği önleyici rolü de bu işlevindedir. Bunu açıklamak gerekirse söylenebilecek olan şey şudur: Kıyas yöntemine başvurulmak suretiyle naslarla sabit olan bir hüküm, aralarındaki ortak illetten dolayı hakkında açık hüküm bulunmayan meseleye aynen verildiği için müçtehidin ya da hâkimin çok fazla hareket serbestisi yoktur. Bu açıdan kıyasın mevcudu koruma, keyfi müdahaleleri önleme hususunda garantili bir tarafı vardır. Çünkü hüküm zaten bellidir. Hukukçunun faaliyeti *asıl* ile *fer'* arasında irtibat kurmakla sınırlıdır.

Onun sahabe arasındaki ihtilafli konularda kıyasa uygun olan görüşü tercih etmesi<sup>59</sup> de bu sağlamlılığının bir ifadesidir.

İmam Şâfi'î'nin fıkıhın dinamizmini sağlayan içtihadı kıyastan ibaret görmesi de bu anlayışının bir sonucu olmalıdır. Şöyle der:

55 Bk. Hatib el-Bağdâdî, *Şerefü ashâbi'l-hadis* (nşr. Amr Abdülmün'im Selim), Kahire-Cidde 1417/1996, s.23-27, 41; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İlâmü'l-muvakkı'in* (nşr. Taha Abdurrauf Sa'd), Beyrut, ts. (Dâru'l-Cil), I, 54 vd.

56 Şâfi'î, *er-Risâle*, s. 507, nr. 1464.

57 Şâfi'î, *er-Risâle*, s. 25, nr. 70.

58 Şâfi'î, *er-Risâle*, s. 505, nr. 1458.

59 Şâfi'î, *el-Ümm*, III, 95.

“Kanun koyucu, Müslüman fakihin karşılaştığı her olay hakkında ya ona ait bağlayıcı bir hüküm ya da gerçek hükmün yolunu gösteren bir delalet / işaret vazetmiştir. Olay hakkında açık bir hüküm mevcutsa buna aynen uymak gerekir. Eğer açık bir hüküm mevcut değilse olayın hükmü içtihat ile tespit edilir. İctihattan maksat ise kıyastır.”<sup>60</sup> “İctihat ve kıyas aynı anlama gelir.”<sup>61</sup>

Bir hukuk metni için en zaruri faaliyet tefsirdir / yorumdur. Çünkü kuralın ya da kanunun hayatla bağlantısının kurulması ve somut bir olaya uygulanması bir başka ifadeyle metnin somutlaşması bu yolla mümkündür. Zira hukuk metinleri hayatın zengin sayıdaki olaylarının hükümlerini ihtiva ederler. Fakat olayları bazen açıkça bazen de delalet yoluyla kuşatırlar. Tefsiri zaruri kılan da budur. En genel anlamıyla tefsir, kanun koyucunun metinde yer alan gerçek iradesini ve ilgili metnin kapsamını tespit ederek olayı ona bağlamayı hedefler.

Bir başka açıdan konuya bakıldığında nassların sınırlı olayların sınırsız oluşu, nassların umumiyetle genel nitelikli oluşu itibarıyla birçok olayı ihata edişi de tefsiri zorunlu kılan diğer bir husustur. Ancak tefsirde keyfiliğin de önlenmesi gerekir. İmam Şâfiî’i açısından zahire itibar bunlardan birisidir.

Yorum-metin ilişkisindeki hayati nokta yorumla ortaya çıkan anlamın muhtevaya uygun düşmesidir. Metne, muhtevasında bulunmayan bir anlamın yüklenmesi kanunsuz külfet getirdiği gibi muhtevaya dâhil olması gereken bir anlamın gözden kaçırılması da vazifenin ihmali doğurur. Hukukun bağlayıcılığı ve maddi müeyyideyle yürürlüğünün sağlanması da dikkate alınırsa bu tutum, hukuk yoluyla haksızlıklara zemin hazırlamanın aracı haline gelmiş olur. Muhtemelen bu endişe ve belki de bir takım suiistimaller sebebiyle bazı hukukçular, hukuk metinlerinin tefsirini sıkı şartlara bağlayarak sınırlandırmışlardır.

İslam hukuku açısından bakıldığında hukuka kaynaklık eden metinler üzerinde tahrif-tağyir söz konusu olamaz. Çünkü birinci kaynak ilahidir ve Yüce Yaratıcının koruması altındadır. İkinci kaynak olan Sünnet de *cerh-ta’dil* ilmiyle ve Kur’ân’a arz yöntemiyle güçlü bir güvenliğe sahiptir. Eğer tahrif söz konusu olacaksa bu metinlerin kendisinde değil yorumunda yapılabilir. Çünkü tefsir beşeridir. Beşer ise duygularının etkisinde ve harici etkilere maruz vaziyette bulunabilir.

Bu sebeple tefsir objektif, tutarlı, sıkı kurallara bağlanmalıdır. Bu açıdan bakıldığında İmam Şâfiî’i savunduğu zahirilikle keyfiliği önleme hedefinde haklı gözükse de hukuk politikası açısından bunun ne kadar sağlıklı bir yol olduğunu da tartışmak gerekir. Biz bunun üzerinde çok fazla durma niyetinde değiliz. Ancak burada şu kadarına işaret edelim ki tefsirde metnin zahiri anlamından hareket etmek esas olmakla birlikte nassı bununla sınırlandırmak isabetli bir yol değildir. Aksi takdirde anlam kısırlığı ve nassın belli bir anlama hapsedilmesi sonucu onunla bir bütün halinde hayatın bağlantısının kurulması zorlaşabilir. Nitekim daha sonraki Şâfiî ulemasının zâhirilik konusunda daha esnek bir tutum takındığını söylememiz gerekir.

60 Şâfiî’i, *er-Risâle*, s. 477, nr. 1326.

61 Şâfiî’i, *er-Risâle*, s. 477, nr. 1323-24.

İmam Şâfiî'nin hukuki işlem ve eylemlerin geçerliliğinde güçlü biçimde zahire vurgu yapmasının temelinde hukukun istikrar fonksiyonunu önemsemesi vardır. Bu açıdan Şâfiî'ye hak vermek gerekir. Çünkü aynı özelliği taşıyan iki işlemden birisini geçerli sayarken diğerini sübjektif bir tutumla geçersiz kabul etmek hukukun istikrar fonksiyonunu zedeler. Ancak şeklin bu kadar değer kazandığı ve merkeze oturduğu bir hukuk hayatında çok güçlü bir ahlaki arka planın ve onun da temelinde sağlam bir dini bilincin bir başka ifadeyle iman gücüne dayalı bir zeminin bulunması gerekir. Aksi takdirde hukukun bizzat kendi eliyle hileyi meşrulaştırdığı bir düzenin oluşması kaçınılmaz olacaktır. En kötüsü de hile ile mücadele etmesi gereken hukukun bizzat kendisinin onu meşrulaştırdığı bir mekanizma halini alması mukadder hale gelecektir. Mesela İmâm Şâfiî'nin benimsediği ilkenin tabii sonucu olarak ölümle sonuçlanan hastalık (maraz-ı mevt) halinde boşanmış kadının boşayan kocaya mirasçı kılınmaması, faize yol bulmanın hilesi anlamına gelen bey'ul-'îne'nin geçerli bir akit kabul edilmesi<sup>62</sup> kötü niyetli insanlara bu yönden açılan bir kapıdır.

İmâm Şâfiî'nin bu düşüncesini, fihhın işlevselliğini olumsuz yönde etkileyeceği ve fihhı bir hile ilmi haline getirerek adaletsizliklere sebep olacağı gerekçesiyle İmâm Gazzâlî (ö.505/1111) ve günümüz ilim adamları ciddi şekilde tenkit etmişlerdir.<sup>63</sup>

İleriki dönemlerde Şâfiî mezhebine mensup âlimlerin sedd-i zerîa prensibini kullandıkları<sup>64</sup> ve hukuki eylemlerde maksada da itibar ettiklerini belirtmeliyiz.<sup>65</sup> Bunun, zâhir teorisinin açmazlarını pratik olarak gösterdiğini söylememiz mümkündür.

İslâm hukuk ekolleri içinde meşhur dört mezhep dikkate alındığında zâhiriliği temsil eden İmâm Şâfiî'dir. Şâfiî'nin kıyasa önem vermesi hatta neredeyse içtihadı kıyastan ibaret görmesi,<sup>66</sup> nasların delaletleri yoluyla belli ölçüde anlamlarını çeşitlendirilebilmesi ve genişletilebilmesi zahiriliğini yumuşatan bir unsur olarak değerlendirilebilir.

Bu konuda ondan daha ileri giden Zâhiriyye mezhebidir. Mezhebin imamı Dâvûd ez-Zâhirî (ö.270/884) bir Şâfiî hayranıdır. Hatta başlangıçta Şâfiî mezhebine mensup iken daha sonra ayrılarak zahiriliği ileriye götürdüğü mezhebini oluşturmuştur. Bu sebeple Zâhirilik, Şâfiî mezhebinin bir uzantısı sayılır.

Zâhiriyye mezhebi, *kıyas* ve *re'yi* mahkûm eden tavırları ile nasların sırf zahiiriyle yetinme şeklinde benimsedikleri iki temel esasla dikkat çekmişlerdir. Hukuki işlemlerin geçerliliğinde de zahire itibar etmişler ve niyet / maksatları dikkate al-

62 Abdülkerim Zeydân, "Eseru'l-kusûd fi't-tasarrufât ve'l-ukûd", *Mecmû'a buhûs fikhîyye*, Bağdad 1407/1987, 256-257.

63 Gazzâlî, *İhyâu 'ulûmîd-dîn*, Kahire 1312, I, 12-15; Abdülkerim Süreş, "İslâm Düşüncesinde Fihhın Konumu", *Modern Durum ve Dini Bilginin Evrimi* (ed. Yalçın Akdoğan-Kenan Çamurcu), İstanbul 1995, s.77-93.

64 Muhammed Hişâm Burhânî, *Seddü'z-zerâi'*, s, Beyrut 1406/1985, s. 605-716.

65 Bk. Saffet Köse, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul 1997, s. 225-233.

66 Şâfiî, *er-Risâle*, 477, nr. 1326.

mamışlardır.<sup>67</sup> Söz gelimi hüllecinin nikâhını sahih, caiz görmüşler;<sup>68</sup> ölümle sonuçlanan hastalık halindeki (maraz-ı mevt) boşamada mirastan mahrum bırakma kastını dikkate almamışlardır.<sup>69</sup> Maksudı dikkate aldıkları intibai veren bazı içtihatları ise açık bir nassın zahirinin delaleti sebebiyledir. Mesela içki üretene üzüm satışı “günah ve kötülükte yardımlaşmayın”<sup>70</sup> ayetinin gereği olarak caiz görülmemiştir.<sup>71</sup> İlgili nasstan genel ilke çıkarmak yerine onunla sınırlı bir hüküm elde etmeleri yöntemlerinin kısırlığına ve verimsizliğine açıkça delalet eder. Ünlü Endülüslü hukukçu İbn Hazm (ö.456/1064) ile güç kazanmış olsa da bu ekolün, tarihte olduğu gibi bu gün de İslam dünyasında fazla bir itibar görmediğini söylemek gerekir.

Günümüz İslam hukukçularından Abdülkerim Zeydan’ın da isabetle belirttiği gibi hükümlerde niyet ve maksada itibar etmek demek, hükmü sırf zanna, keyfi arzu ve isteklere, sübjektif ve taraflı yoruma, bilinmeyen bir şeye dayandırmak anlamına gelmez. Hükümlerde maksat ve niyetin dikkate alınması gerektiğini savunanlar bunun tespiti halinde ona itibar edilmesi gerektiğini ifade ederler. Maksat anlaşılmadığında, hüküm, akit ve diğer hukuki işlemleri oluşturan ibare ve lafızların zahirine göre olacaktır.<sup>72</sup> Lafızlar, maksatları gösterdiği için dikkate alınmıştır. Kasıt ortaya çıktığında lafız onunla sınırlanır ve ona itibar edilir.<sup>73</sup> Ancak kastın ortaya çıkması sadece lafza mahsus bir durum değildir. Hâlin delâleti<sup>74</sup> veya karîne<sup>75</sup> ile de maksadın anlaşılması mümkündür. Bu açıdan İmam Şâfiî’nin kastın sadece lâfızla ortaya çıktığını söylemesi pek isabetli gözükmemektedir.<sup>76</sup>

## SONUÇ

Hukuk, bir işlemde, bir eylemde şekil şartları açısından kurallara uygunluk ve işlemi yapanın ya da o eylemde bulunanın niyetinin kanun koyucunun amacı ile örtüşmesini arar. Birincisi objektif kriterdir ve hukukun istikrarı, emniyet ve nizam açısından önemlidir. İkincisi de sübjektif karakter arzeder ve adaletin tecellisi için zorunludur. Son tahlilde denilebilir ki bir işlemde hukuki öz mevcut ise şekil de onu koruyucu bir işlev görüyorsa orada denge sağlanmış ve hukuk güçlü bir zeminde bulunuyor demektir. Bu ikisi arasında makul dengenin korunması hukuka güveni sağlaması ve hukuki zemini sağlamlaştırması sebebiyle hukuk politikası açısından son derece önemlidir. Tersinden bakıldığında bunlardan birisinin diğeri aleyhine dengesizliği önemli sorunlara yol açar. Bu ifadeyi biraz açmak gerekirse bir işlemde

67 Zeydan, s. 256-258.

68 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, Kahire, ts. (Dâru’t-Türâs), XI, 249-250.

69 İbn Hazm, X, 218, 229.

70 Mâide (5), 2.

71 İbn Hazm, IX, 29-30; XI, 372.

72 Zeydan, “Eserü’l-kusûd...”, s. 267.

73 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İğâsetü’l-lehfân*, Beyrut 1395/1975, II, 95-96.

74 İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, Kahire 1272-1324, II, 430.

75 Sadruşşerîa, *et-Tavzîh*, Kahire 1377/1957, I, 40; İbn Kayyim el-Cevziyye, *et-Turuku’l-hükmiyye*, Beyrut, ts. (Dâru’l-Kütübî’l-ilmîyye), s. 99-100.

76 Zeydan, s. 268.

sadece şekil şartları göz önünde bulundurulur, niyet ve saik dikkate alınmaz ise hukukun hile ilmi haline gelmesi kaçınılmazdır. Toplumun hukuk bilinci ve ahlaki kontrol mekanizmalarının gücüne göre bu tutumu alanların sayısı artar veya eksilir. Sadece saik ve niyete bakmak da bir açıdan bâtniliğin hukuki boyutunu oluşturacağı gibi aynı zamanda niyet ve saikin gizli olması sebebiyle sübjektif tutumlara yol açma riski de taşır. Bu onun en zor tarafını oluşturur. Hükümlerdeki *kazâi* ve *diyâni* ayırımının temelinde de bir anlamda bu güçlük ve onun doğurduğu çaresizlik vardır. Dolayısıyla saike bakmak gerektiğinde de yine onun için bir takım objektif ölçütlerin oluşturulması zorunludur.

İmam Şâfi‘î’nin zahiri esas alan ilkesel tutumu daha çok saike bakmanın ortaya çıkaracağı risklerden kaçınma, keyfiliği önleme, hukuki istikrarı sağlama amacına yönelik bir tedbir olarak öne çıkmaktadır. İman ve ispat hukukunu ilgilendiren delillerden yola çıkarak genelleştirdiği ve nassların tefsirinin yanı sıra hukuki işlemlerde de geçerli saydığı zâhirliliğinin, günümüz terminolojisiyle söylemek gerekirse hukukçuluktan daha çok kanunculuk zihniyetine uygun düştüğü izlenimi oluşmaktadır. Bununla birlikte kıyasa ağırlık veren yaklaşımı ve delaletler yoluyla zahirciliğin katılığını yumuşatan anlayışı olmasaydı muhtemelen Zahirilik, Dâvûd b. Ali’den (ö. 270/883) önce Şâfi‘î ile kurumsal yapıya kavuşmuş olacaktı.

İmam Şâfi‘î’nin biraz katı biçimde vurguladığı “zahire itibar” ilkesinin ortaya çıkardığı olumsuzluklar sebebiyle daha sonraki mezhep hukukçularınca daha esnek bir tutum alındığı dikkati çekmektedir.

İslâm hukuk doktrininde ele alınan çeşitli konular ve tartışmalara bakıldığında Abdülkerim Zeydân’ın da tespit ettiği gibi İmam Şafi‘î’nin bu görüşünün aksine Malikilerle Hanbelîlerin niyet ve maksada ağırlık verdikleri, Hanefîlerin ise iki anlayış arasında orta bir yol tuttıkları dikkati çekmektedir.<sup>77</sup>

77 Abdülkerim Zeydân, “Eseru’l-kusûd fi’t-tasarrafât ve’l-ukûd”, *Mecmû‘a buhûs fihkiyye*, Bağdad 1407/1987, s. 258, 262, 264, 266.



# İSLAM HUKUKUNA GÖRE TARAFLARIN HAKLARININ KORUNMASI AÇISINDAN NİKÂHTA İKİ ŞAHİDİN GEREKLİLİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Suat ERDEM\*

**Özet:** Nikâh, aralarında evlenme engeli bulunmayan bir erkekle bir kadının hayatlarını geçici olmaksızın birleştirmelerini sağlayan akit ve bu yolla eşler arasında meydana gelen evlilik ilişkisi anlamına gelmektedir.

Nikâh her iki tarafa da bir takım sorumluluk ve haklar getirmektedir. Dolayısıyla ailenin düzenli ve mutlu bir şekilde yürüebilmesi için tarafların kendi sorumluluklarını yerine getirmesi; ihmal durumunda ise hukukun devreye girerek bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunun için de mağduriyet durumunda tarafların evliliklerinin ispat edilebilmesi, mağduriyetlerin giderilebilmesi açısından ehemmiyet arz etmektedir.

Nikâh hükümlerinin hukuken korunabilmesi açısından nikâhta iki şahidin bulunması ve aleniyetin sağlanması gerekmektedir. Şahitlerde aranan özelliklerde mezheplerin farklı yaklaşımları şahitlikten nelerin hedeflendiğine göre değişiklik arz etmektedir.

Nikâh akdinde iki şahidin bulunması, bir taraftan ittifakla nikâhın saygınlığını ve aleniyetini sağlayıp gizli nikâh olmaktan çıkartırken diğer taraftan nikâh hükümlerinin korunmasını özellikle Maliki mezhebi açısından hedeflemektedir.

Günümüzde ise nikâhın hükümlerinin hukuken korunması açısından tescil edilmeyen dini nikâhların İslam hukukunun genel hedeflerine ve maslahat anlayışına uymadığı ve hukuki korumanın sağlanabilmesi için nikâhın tescil edilmesinin gerekliliği ortadadır.

*Anahtar kelimeler:* Nikâh akdi, şahit, nikâhın hükümleri, nikâhın aleniyeti, gizli nikâh.

## **According To The Islamic Law The Necessity Of The Existence Of Two Witnesses In Terms Of The Protection of Rights of the Parties in The Marriage**

**Abstract:** Marriage means the contract that provides a permanent linking for the lives of a man and a woman when there is no obstacle for a marriage and by this way a marriage relationship between the couples.

Marriage brings some responsibilities and rights for both sides. Thus, for a suitable and settled continuity of the family, both sides must carry out their responsibilities and in a negligence statement the legal system must ensure that it gets done. Therefore, in the event of an unjust treatment, it has a great importance to prove the marriages and remove the dominifications.

The presence of two witnesses is necessary in terms of the protection of marriage contract by law and clarity of the marriage. The qualifications of the witnesses differ from communion to communion according to their aims.

The presence of two witnesses at the marriage contract not only provides dignity but also ensures the clarity of the marriage with taking out the marriage from privacy. The protection of the marriage provisions is also aimed, especially in terms of the Maliki communion.

In this day and time, with regards to the protection of the marriage laws; it is apparent that unregistered marriages aren't suitable for the Islamic Law's aims and understanding of affairs in order to provide legal protection, the necessity of the registration for a marriage is also apparent.

The purpose of this work is to analyze what consideration of the *Zâhir* means in terms of fiqh particularly during a legal process, and to draw attention to this aspect of the *Shâfi'i's Zâhiri* principles. In addition, a summary of evidences relating to the *Zâhir* theory based on the same principles developed by *Imâm Shâfi'i* in interpreting *al-Nass* and some examples of his interpretation of *al-Nass* will also be included in this article.

*Keywords:* Marriage Contract, Witness, Provisions of Marriage, Publicity of Marriage, Confidential Marriage.

\* Bayburt Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, suaterdem@hotmail.com

## GİRİŞ

Nikâh kelimesi sözlükte “evlenme, evlilik, cinsel ilişki, birleştirme, bir araya getirme,”<sup>1</sup> gibi anlamlara gelmektedir. Zevâc kelimesi de nikâh ile aynı anlamda kullanılmaktadır.<sup>2</sup>

Nikâh akdi Kur’an, Sünnet ve İcma ile sabit olup<sup>3</sup> fıkıh terminolojisinde şer’an aranan şartlar çerçevesinde aralarında evlenme engeli bulunmayan bir erkekle bir kadının hayatlarını geçici olmaksızın birleştirmelerini sağlayan akit ve bu yolla eşler arasında meydana gelen evlilik ilişkisi anlamına gelmektedir.<sup>4</sup> Nikâh, meşru bir şekilde eşlerden her birine diğerinden cinsel bakımdan faydalanma hakkı veren bir akittir.<sup>5</sup> Nikâh, karı koca arasında birlikte yaşamaya ve karşılıklı yardımlaşmaya imkân veren ve taraflara karşılıklı hak ve ödevler yükleyen bir sözleşme olarak ta tanımlanabilir.<sup>6</sup>

İslam’da hayatın çeşitli yönleriyle ilgili pek çok düzenleme genel ilkelerle belirlenirken evlilik ve aile ile ilgili hükümlerin Kur’an tarafından ayrıntılı bir şekilde ortaya konması ve Sünnet’in de bunları geniş bir şekilde açıklaması İslam’ın evliliğe ve aile hayatına verdiği önemin göstergesidir.

Kur’an nikâha, mirasçı olma, nesebin sübutu, nafaka, talak, iddet, ila, zıhâr, lian, beşinci bayanla evlenme yasağı gibi birçok hüküm getirmiş ve kadına da erkeğe de bir takım haklar vermiş ve sorumluluklar yüklemiştir.<sup>7</sup>

Bu haklar ve sorumlulukların hukuken koruma altına alınması, hem evlenen tarafların mağduriyetinin önlenmesi hem de toplumun sağlam aile temelleri üzerine kurulması açısından önemlidir. Bunun için nikâhın aleni yapılması, topluma duyurulması ve gizlilikten kaçınılması büyük bir ehemmiyet arz etmektedir.

Mezheplerin farklı değerlendirmeleri bulunmasına rağmen nikâhta iki şahidin

1 en-Neseî, Necmuddin Ebû Hafs Ömer b. Muhammed, *Tilbetü't-Talebe fi'l-İstlâhâtî'l-Fıkhiyye*, Dâru'n-Nefâis, Beyrut, s. 124; en-Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhyiddin b. Şeref, *el-Mecmû' Şerhu'l-Mühhezzebe*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, XVII, 276; el-Babertî, Ekmeluddîn Muhammed b. Muhammed, *el-İnâye Şerhu'l-Hidâye*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2007, II, 212; İbn Hacer el-Askalânî, Ahmed b. Ali, *Fethu'l-Bâri Şerhu Şahihi'l-Buhâri*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2003, XI, 28; eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali, *Neylü'l-Evtâr Şerhu min Esrâri Münteka'l-Ahbâr*, Dâru'l-Kelimi't-Tayyib, Beyrut 2009, IV, 161; Heyet, *el-Mu'cemu'l-Vesid*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1990, s. 951; Heyet, *el-Fikhu'l-Menhecî ala Mezhebi'l-İmâmî-Ş-Şafiî*, II, 7.

2 Heyet, *el-Mu'cemu'l-Vesit*, s. 951.

3 İbn Kudâme, Muvañakkuddin Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni*, Dâru 'Aleml'i-Kutub, Riyâd 1997, IX, 340; el-Makdisî, Şemsuddin Ebû'l-Ferec Abdurrahman b. Muhammed, *eş-Şerhu'l-Kebir*, Hicr, 1995, XX, 8-10; el-Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd, *el-İhtiyâr li Ta'lîl'l-Muhtâr*, Çağrı Yayınları, İstanbul 2007, III, 82; Heyet, *el-Fikhu'l-Menhecî*, II, 8,9.

4 Atar, Fahrettin, “Nikâh”, *DİA*, XXXIII, İstanbul 2007, s. 112-117; Karaman, Hayrettin, *İslâm'ın Işığında Günün Meseleleri*, İz Yayıncılık, İstanbul 2009, II, 1025.

5 İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 339; en-Nevevî, Muhyiddin b. Şeref, *el-Mecmû'*, XVII, 276; ez-Zeyla'î, Fahrudin Osman b. Ali, *Tebyinü'l-Hakâik Şerhu Kenzid-Dekâik*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2000, II, 445, 446; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 212; İbn Hacer el-Askalânî, XI, 128; el-Halebî, İbrahim b. Muhammed, *Multeka'l-Ebhur*, Dâru'l-Beyrûtî, Şam 2005, s. 221; eş-Şirbîni, Şemsuddin Muhammed b. Muhammed, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Me'âni Elfâzi'l-Minhâc*, Daru'l-Feyhâi, Şam 2009, IV, 5; eş-Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, IV, 161; Heyet, *el-Fikhu'l-Menhecî*, II, 7, 86.

6 Heyet, *İslâm ve Toplum*, İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul 2000, s. 199.

7 Heyet, *el-'Alâkâtü'z-Zevciyye fi Davi'l-Kitâbi ve's-Sünneti'n-Nebeviyye ve Ekvâli'l-Eimme*, Dâru'l-Kutubî'l-İlmiyye, Beyrut 1971, s. 56-63, 101, 102.

bulunması nikâh hükümlerinin korunması maslahatına yöneliktir. Bu maslahat ise nikâhın alenileşmesini ve tescilini sağlayarak gerçekleştirilebilir.

Günümüzde resmi tescil gerçekleşmeden yapılan dini nikâhlarda iki şahidin bulunma şartı gerçekleşse bile şahitlerin nikâh hükümlerinin korunmasına vesile olması hedefi gerçekleşmediği için birçok mağduriyetler yaşanmakta, dini nikâhla evlenen kadının ve bu evlilikten doğan çocukların mağduriyeti söz konusu olmakta ve çoğu zaman kadın ve çocuklar kocanın insafına terk edilmektedir. Bu tür mağduriyetlerin çoğalmasından dolayı biz de nikâh hükümlerinin hukuken korunması açısından iki şahidin işlevini, İslam hukuku açısından incelemek ve günümüzdeki yanlış uygulamaların çözümüne İslam dini açısından katkı sunmak amacıyla bu konuyu makalemizde inceleme ihtiyacı duyduk.

Makalemizde önce nikâh akdi ile ilgili genel unsur ve şartlar hakkında bilgi verdikten sonra iki şahidin nikâhta bulunmasının gerekçelerini ayrıntılı bir şekilde incelemeye çalıştık.

## I. NİKÂH AKDİNİN RÜKÜN (UNSUR) VE ŞARTLARI

Akit, her iki tarafın anlaşılan hususları yerine getirmekle bağlı olduğu iki taraf arasında imzalanan bir anlaşma olup<sup>8</sup> belirli unsur ve şartların bulunması halinde geçerlilik kazanmaktadır.

Rükün, bir şeyin kendisine dayandığı temel esaslardan birisi ve o şeyin hakikatini oluşturan bir parça demektir. Hanefî hukukçulara göre rükün, bir şeyin varlığı kendisine bağlı olan ve bir şeyin hakikatinde dâhili bir bölümü oluşturan; Cumhur'a göre ise sadece bir şeyin varlığı kendisine bağlı olan şey demektir.<sup>9</sup> Buna göre evliliğin unsurları evlenme akdini oluşturan temel öğeler olup bu unsurlarda mezheplerin ihtilafları söz konusudur.

Nikâh akdi karşılıklı rızanın bulunması gereken bir akittir. Rıza ise içsel bir durum olup bilinemediği için rızaya ve kesin kararlılığa delalet eden îcâb ve kabulün bulunması gerekmektedir.<sup>10</sup> Evliliğin kurulması yönündeki ilk irade beyanı îcâb, buna muvafık olarak beyan edilen irade beyanına ise kabul denmektedir.<sup>11</sup> İcâb kadının velisi tarafından yapılan "seni kızım ile evlendirdim" gibi bir söz, kabul ise "nikâhını kabul ettim" veya "evlendim" gibi kocanın sözüdür.<sup>12</sup>

8 Heyet, *el-Mu'cemu'l-Vesid*, s. 614.

9 Ali eş-Şirbici, *el-'Ukratü's-Se'ide ve Ususu Binâihâ*, el-Yemâme, Beyrut 2001, s. 69; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmu's-Ser'iyye li'z-Zevâci ve't-Talâk ve Âsâruhumâ*, Dâru'n-Nahdati'l- Arabiyye, Beyrut 2009, s. 47; Zuhaylî, Vehbe, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, Risale Yayınları, İstanbul 1992, IX, 33.

10 el-Babertî, *el-'İnâye*, II, 212; eş-Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 70, 71; Ali eş-Şirbici, *el-'Ukratü's-Se'ide*, s. 71, 72; Heyet, *el-Fıkhü'l-Menhecî*, II, 51; Heyet, *el-'Alâkâtü'z-Zevciyye*, s. 27, 28; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmu's-Ser'iyye*, s. 48; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, Nesil Yayınları, İstanbul 1986, I, 263, 264; es-Seyyid Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, Dâru İbni Kesir, Beyrut 2007, II, 147.

11 el-Babertî, *el-'İnâye*, II, 212; Heyet, *el-'Alâkâtü'z-Zevciyye*, s. 27, 28; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmu's-Ser'iyye*, s. 48; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 263, 264; es-Seyyid Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, II, 147.

12 eş-Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 70, 71.

Hanefî hukukçular, nikâhın rûknü olarak sadece icâb ve kabulü zikrederek ikisini bir rûkûn olarak kabul etmekte ve evlenecek tarafları da icâb ve kabul içinde değerlendirmektedirler.<sup>13</sup>

Cumhur ise akdin unsuru olarak tarafları da ayrıca zikrederek evliliğin rûknünü, sigâ (icâb ve kabul), karı, koca ve veli olarak belirtmişlerdir.<sup>14</sup> Hatta Şâfiî hukukçular, sigâ (icâb ve kabul), koca, karı ve veliye iki şahidi de ilave etmişler<sup>15</sup> ve bunlardan birisinin yokluğu halinde nikâhı fasit kabul etmişlerdir.<sup>16</sup> Şahitler Cumhur'a göre rûkûn iken Hanefî hukukçulara göre şarttır.<sup>17</sup>

Şart ise akdin oluşması kendisine bağlı olmakla beraber akdin aslından bir bölüm teşkil etmeyen ve bulunması halinde akdin de bulunmasını gerektirmeyen şeydir.<sup>18</sup>

Unsurlar ve unsurlarda bulunması gereken niteliklerle ilgili şartlara evlilik akdinin kuruluş şartları denmektedir. Buna göre evlilik akdinin yapılabilmesi için akdi yapanlar ile icâb ve kabulde bazı şartlar aranmaktadır.

Mesela, irade beyanında bulunanların karşı tarafın konuşmasını duyması ve ne teklif edildiğini anlaması gerekmektedir.<sup>19</sup>

İcâb ve kabul arasında muvafakat bulunmalı<sup>20</sup> ve aynı mecliste olmalıdır. Taraflar bir arada iken meclis değişirse veya araya fasıla girse akit gerçekleşmez.<sup>21</sup>

Hanefî, Mâlikî hukukçular ile Süfyân es-Sevrî (161/778), Ebû Sevr (204/820) ve Dâvud ez-Zahirî'ye (270/884) göre nikâh akdi, nikâh ve tezvîc kelimeleri ile sarîh olarak; hibe, sadaka, temlik, bey' ve şira kelimeleri ile ise mecazen gerçekleş-

13 es-Semerkandî, Alaüddin Muhammed el-Hanefî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut t.y., II, 118; el-Kâsânî, Alaüddin Ebû Bekr b. Me'sud, *Bedâi' us-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi'*, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2003, III, 317, 324; el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 82; ez-Zeyla'î, *Tebyinü'l-Hakâik*, II, 446; el-Babertî, *el-'Înâye*, II, 212; el-Halebî, *Multekâ'l-Ebhur*, s. 221, 222; Ali eş-Şirbîcî, *el-'Ustratü's-Se'ide*, s. 70; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1988, II, 15; Zuhaylî, *İslâm Fikhi Ansiklopedisi*, IX, 33.

14 el-Makdisî, İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, XX, 106-112, 155-158, 244, 245; Zuhaylî, *İslâm Fikhi Ansiklopedisi*, IX, 33.

15 eş-Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs, *el-Umm*, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2002, IV, 35, 249, 250; el-Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *İslâm'da Evlilik ve Aile Hayatı* (trc. Mehmet Ali Kayabağlar), Kahraman Yayınları, İstanbul 1999, s. 59; el-Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *el-Veciz fi Fikhi Mezhebi'l-İmami's-Şâfiî*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1994, s. 247; eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 70; Ali eş-Şirbîcî, *el-'Ustratü's-Se'ide*, s. 70; Heyet, *el-Fikhu'l-Menhecî*, II, 51.

16 eş-Şâfiî, *el-Umm*, IV, 35, 249, 250.

17 Zuhaylî, *İslâm Fikhi Ansiklopedisi*, IX, 33.

18 el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye*, s. 52; Zuhaylî, *İslâm Fikhi Ansiklopedisi*, IX, 33.

19 eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 73, 74; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 18, 27-29; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye*, s. 52, 53, 56; Zuhaylî, *İslâm Fikhi Ansiklopedisi*, IX, 42, 44, 45; es-Sâbüni, Abdurrahman, *Nizâmu'l-'Usra ve Hallu Müşkilâtihâ fi Davi'l-İslâm*, Dâru'l-Fikr, Suriye 2001, s. 65, 66; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 267; es-Seyyid Sâbık, *Fikhu's-Sünne*, II, 149.

20 eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 73, 74; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 18, 27-29; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye*, s. 52, 53, 56; Zuhaylî, *İslâm Fikhi Ansiklopedisi*, IX, 42-45; es-Sâbüni, *Nizâmu'l-'Usra*, s. 65, 66; es-Seyyid Sâbık, *Fikhu's-Sünne*, II, 149; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 267.

21 el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 325-327; eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 72, 73; Zuhaylî, *İslâm Fikhi Ansiklopedisi*, IX, 43; Heyet, *el-'Alâkâtü'z-Zevciyye*, s. 27, 28; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye*, s. 55, 56; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 267; Heyet, *İslâm ve Toplum*, s. 205; es-Seyyid Sâbık, *Fikhu's-Sünne*, II, 147, 148; Heyet, *el-Fikhu'l-Menhecî*, II, 53.

şir. Daha genel bir ifade ile eşyaların temlik edilmesinde mutlak olarak kullanılan lafızların tamamı ile nikâh akdi geçerlidir.<sup>22</sup> Bu anlayışa göre îcâb ve kabul, haklı olarak yörenin örf ve âdetine göre nikâhta kullanılan her türlü sözle gerçekleştirilmekte.

İmam Şâfiî, Hanbelî hukukçuları, İmam Ata İbn Ebî Rabah (114/732), Sâid b. Müseyyeb (91/710), Zühri (124/742) ve Râbia'ya (136/754) göre ise evlenme akdindeki icâb ve kabul, sadece nikâh veya tezvîc kelimeleri veya bu iki kavramın tercümesi mahiyetindeki diğer dillerdeki karşılığı ile gerçekleşir. Bunun dışındaki kelimelerle nikâh olmaz. Çünkü nikâh ve tezvîc kelimeleri bu anlam için vaz' edilmiş ve Kur'an'da ve Hadis'te bu kelimelerin evlenme anlamıyla kullanıldığına dair birçok delil vardır. Başka anlama gelmesi muhtemel kinaye lafızların net olarak anlaşılabilmesi için kişinin niyetine ihtiyaç duyulmaktadır. Şahitlerin ise kişilerin niyetlerini bilmesi mümkün olmadığı için kinaye lafızlarla nikâh geçerli değildir. Amaç kişinin evlilik niyetinin ve kastının net bir şekilde bilinmesini ve şahitlerin kesin bir duruma şahitlik yapmalarını sağlamaktır.<sup>23</sup>

Bu duruma göre, nikâh ve zevâc sözleriyle nikâh akdinin gerçekleşeceğinde bütün fakihler ittifak halindedir. Ancak hibe, sadaka bey' ve temlik gibi sözlerle nikâhın gerçekleşeceğinde ise ihtilaf söz konusudur.<sup>24</sup>

Hanefî mezhebi ile Cumhur arasında her ne kadar rükün farkı var gibi görünse de sonuç olarak fazla bir şey değişmemektedir. Çünkü akit yapan taraflar Cumhur nezdinde akdin rükünleri arasında ele alınırken Hanefî mezhebinde ise akdin şartları arasında ele alınmaktadır.

## II. NİKÂH AKDİNDE ŞAHİTLERİN BULUNMASI

Şahit, sözlükte "haber vermek, yemin etmek, hazır bulunmak, görmek, bildiğini söylemek, açıklamak, bildirmek"<sup>25</sup> gibi anlamlara gelen şahadet kökünden türeyen bir kelime olup fıkıh terimi olarak bir olaya veya duruma tanık olan veya tanıklık eden kişiye denmektedir.<sup>26</sup> Bu tanıma göre kişinin ancak hazır bulunduğu ve görmek ya da duymak yoluyla bildiği bir konuda şahitlik etmesi caizdir.

22 el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 317-322; İbn Rüşd el-Hafid, Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Kahraman Yayınları, İstanbul 1985, II, 4; el-Makdisî, İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, XX, 93-99; el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 83; ez-Zeylâ'î, *Tebyinü'l-Hakâik*, II, 449; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 213-215; el-Halebî, *Multeka'l-Ebhur*, s. 222; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 15; es-Seyyid Sâbık, *Fikhu's-Sünne*, II, 149, 150; Ali eş-Şirbicî, *el-'Ustratü's-Se'ide*, 71, 72; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye*, s. 48; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 264.

23 eş-Şâfiî, *el-Umm*, IV, 60, 61; eş-Şirâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali, *el-Mühhezzeb*, Dârü'l-Marife, Beyrut 2003, II, 699, 700; el-Gazzâlî, *el-Vecîz*, s. 247; İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 4; el-Makdisî, İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, XX, 93-99, 100-102; el-Babertî, *el-İnâye Şerhu'l-Hidâye*, II, 212, 213; eş-Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 72-74; Ali eş-Şirbicî, *el-'Ustratü's-Se'ide*, s. 71, 72; Heyet, *el-Fikhu'l-Menhecî*, II, 51-53; es-Seyyid Sâbık, *Fikhu's-Sünne*, II, 150; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye*, s. 48; es-Seyyid Sâbık, *Fikhu's-Sünne*, II, 150.

24 İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 4; es-Seyyid Sâbık, *Fikhu's-Sünne*, II, 149-151.

25 en-Nesefî, Necmuddin, *Tilbetü't-Talebe*, s. 275; Heyet, *el-Mu'cemu'l-Vesid*, s. 497.

26 es-Sâğircî, Esad Muhammed Saîd, *Delillirileyle Hanefî Fıkhu*, Karınca ve Polen Yayınları, İstanbul 2009, s. 873.

Şahitlik, hakkı ve gerçeği ortaya çıkaran bir hüccettir. "...Erkeklerinizden iki kişiyi şahit tutun..."<sup>27</sup>, "İçinizden adalet sahibi (güvenilir) iki kişiyi şahit tutun"<sup>28</sup> gibi ayetlerle akitlerde meşru kılınan şahitlikten, genel olarak insan haklarının ihya edilmesi, akitlerin karşılıklı inkârdan korunması, mal sahiplerinin mallarının korunması hedeflenmektedir.<sup>29</sup>

İslam hukukunda Cumhur'a göre nikâhın geçerliliği için diğer akitlerden farklı olarak bu akdin şahitler huzurunda gerçekleştirilmesi şartı aranır. Ancak şahitliğin cinsî münasebet oluncaya kadar tamamlanması gereken tamamlayıcı bir şart mı yoksa nikâh akdinde yerine getirilmesi gereken bir sıhhat şartı mı olduğu hususunda ihtilaf vardır. Bu ihtilafın temelinde ise şahitliğin şer'î bir hüküm mü olduğu yoksa ilerideki muhtemel inkârları ve ihtilafları ortadan kaldırmaya yönelik bir tedbir mi olduğu şeklindeki farklı algılamaya yatmaktadır. Şahitliği şer'î bir hüküm olarak kabul edenler bunu bir sıhhat şartı olarak görmekte, işi garantiye almaya yönelik kabul edenler ise şahitliği tamamlayıcı bir şart olarak görmektedirler. Bazı fakihler ise şahitliği nikâhın ne sıhhat şartı ve ne de tamamlama şartı olarak kabul etmemektedir. Bu husustaki temel asıl İbn Abbas'ın (68/688) rivayet ettiği "Velisiz ve adaletli iki şahitsiz nikâh olmaz"<sup>30</sup> hadisidir.<sup>31</sup>

Hz. Ömer (23/644), Ali (40/661), İbn Abbas, Şa'bi (104/723), Said b. Müseyyeb, İbrahim en-Nehâî (96/715), Evzâî (157/774), Cabir b. Zeyd (93/711), Hasan b. Ali (50/671), İbn Zübeyr (73/692) ile Hanefî, Şafiî ve Hanbelî mezhebi hukukçularına göre "velisiz ve adaletli iki şahitsiz nikâh olmaz"<sup>32</sup> hadisi, "Zaniye kendi kendini nikâhlayan kadındır"<sup>33</sup> ve Hz. Aiş'e'nin (56/676) rivayet ettiği "Dört şey bulunmadan yapılan nikâh zinadır. Damat, veli ve iki şahit"<sup>34</sup> gibi hadislerden dolayı başka yollarla nikâh ilan edilse bile icâb ve kabulü işitmesi için bizzat nikâh akdinde şahitlerin bulunması gerekmektedir. Hatta şahitlerden nikâh akdini gizlemeleri istense bile bu nikâh sahihtir. Nikâh işleminden sonra yapılan şahitlik ve nikâh ise geçerli değildir.<sup>35</sup> Çünkü nikâhta şahitlerin bulunması şart olmasaydı şahitlerin bulunmadığı durumda kendi kendine evlenen kadın zâniye olarak nitelenmezdi.

27 Bakara, 2/282.

28 Talak, 65/2.

29 es-Sâğırî, s. 874.

30 Ebû Hatem et-Temimî el-Bestî, Muhammed b. Hibbân, *Sahîhu İbn Hibbân*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1993, Nikâh, 4075; ed-Dârekudnî el-Bağdâdî, Ali b. Ömer, *Sünenü'd-Dârekudnî*, Dâru'l-Mâ'rife, Beyrut 1966, Nikâh, 11, 21, 22; Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyin, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Haydarabad h.1344, Nikâh, 97, 105.

31 İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 14, 15.

32 İbn Hibbân, *Sahîhu İbn Hibbân*, Nikâh, 4075; Ed-Dârekudnî, *Sünenü'd-Dârekudnî*, Nikâh, 11, 21, 22; Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Nikâh, 97, 105.

33 İbn-i Mâce, Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni, *Sünenü İbn Mâce*, Daru'l-Fikr, Beyrut t.y., Nikâh, 15.

34 Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Nikâh, 129.

35 eş-Şafiî, *el-Umm*, IV, 35, 36; eş-Şirâzî, *el-Mühezzebe*, II, 697, 698; es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ebi Sehl, *Kitâbu'l-Mebsûd fi'l-Fikhi'l-Hanefî*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2009, V, 34, 35; Gazzâlî, *İslâmîda Evlilik*, s. 59; es-Semerkindî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 132; el-Kasâni, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 392-395, 401, 405; en-Nevevî, Muhyiddîn b. Şeref, *el-Mecmû'*, XVII, 357-360; el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 83; ez-Zeyla'î, *Tebyinü'l-Hakâik*, II, 452, 453; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 215; es-Serahsî, V, 30; el-Halebî, *Multeka'l-Ebhur*, s. 221- 223; eş-Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 83, 84; eş-Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, IV, 198-200; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 24, 29, 30; es-Sâğırî, s. 592; Heyet, *el-Fikhu'l-Menhecî*, II, 66; Zuhaylî, *İslâm Fıkhu Ansiklopedisi*, IX, 58, 61; es-Sâbüni, *Nizâmu'l-'Usra*, s. 67; es-Seyyid Sâbık, *Fikhu's-Sünne*, II, 168, 169; Zuhaylî, *İslâm Fıkhu Ansiklopedisi*, IX, 59.

Hadisteki “*nikâh olmaz*” ifadesi şahidin bulunmasının sıhhat şartı olduğunun kanıtıdır. Çünkü yokluğu sıhhat yokluğunu gerektirmektedir.<sup>36</sup> Hz. Ömer’e bir erkek ve bir kadının şahitlik yaptığı nikâhın sorulması üzerine Hz. Ömer’in bunu gizli nikâh olarak kabul etmesi de delil olarak kullanılmaktadır.<sup>37</sup>

İmam Mâlik (179/796) nikâhta şahitlerin bulunmasını değil nikâhın ilanını şart olarak görmektedir. Nikâh akdinde şahitlik akit esnasında olabileceği gibi akitten sonra zifaktan önce de olabilir. Ancak şahitliğin akit esnasında olması müstehaptır. Çocukların veya delilerin huzurunda ilan edilmesi ile alenilik yerine geldiği için geçerli kabul edilen nikâh, gizli tutmaları istenen şahitlerin şahitliği ile alenilik olmayacağı gerekçesiyle geçerli kabul edilmemektedir. İlan edilmeyen nikâh gizli nikâh kabul edilmekte ve haram görülmektedir. Malikî fıkıhçılar, aleniliği nikâhın genel özelliği gizlilik olan zinadan ayrılmasının temel ölçütü olarak görmektedirler. “*Bu nikâhı ilan ediniz ve def çalınız.*”<sup>38</sup> hadisi ile Peygamberin insanları gizli nikâhtan men etmesini aleniyetin emredilmesi olarak kabul etmektedirler.<sup>39</sup> Akit esnasında veya akitten sonra zifaktan önce şahitliğin yani ilanın gerçekleşmediği durumlarda akit fasit olur.<sup>40</sup>

İbn Hazm (456/1064) ise nikâhta ya iki şahidin bulunmasını veya iki şahit bulunmasa bile umumi ilanının bulunmasını yeterli görmek suretiyle<sup>41</sup> nikâhta aleniliğin gerekliliği hususunda Malikî hukukçularla ittifak halinde iken iki şahidin bulunmasının aleniliğin sağlanmasında yeterli olacağını belirtmek suretiyle de Malikî hukukçulardan farklı görüş ortaya koymuştur.

İmamiyye mezhebi hukukçuları ile İbn Münzir (319/931), Osman el-Bettî (143/761) ve İbn Ebî Leyla (148/765) gibi bazı fakihler, ayette nikâh akdi için şahit istenmemesini delil kabul ederek şahitliğin nikâh akdinin sıhhat şartı olmadığını bunun sadece müstehap olduğunu benimsemektedirler.<sup>42</sup>

## A. Şahitlerde Bulunması Gereken Vasıflar

Akit esnasında şahitlerin bulunmasını şart gören fakihler şahitlerin akıllı olması ve buluş çağına girmiş olması vasfında ittifak etmişler, erkek, hür, adil ve müslüman olması gibi vasıflarda ise ihtilaf etmişlerdir.<sup>43</sup>

36 eş-Şâfiî, *el-Umm*, IV, 35, 36; eş-Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 697, 698; es-Serahsî, V, 30; el-Kâsânî, *Bedâi’ us-Sanâi’*, III, 393, 394; en-Nevevî, Muhyiddîn b. Şeref, *el-Mecmû’*, XVII, 357-360; el-Makdisî, İbn Kudâme, *eş-Şerhu’l-Kebîr*, XX, 244-246; el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 83; ez-Zeyla’î, *Tebyinü’l-Hakâik*, II, 452, 453; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 215; eş-Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, IV, 83, 84; eş-Şevkânî, *Neylü’l-Evtâr*, IV, 198-200; Heyet, *el-Fikhu’l-Menhecî*, II, 66.

37 eş-Şâfiî, *el-Umm*, IV, 35, 36.

38 İbn Mâce, Nikâh, 20.

39 es-Serahsî, V, 30; es-Semerkandî, *Tuhfetü’l-Fukahâ*, II, 131; el-Kâsânî, *Bedâi’ us-Sanâi’*, III, 389-394; ez-Zeyla’î, *Tebyinü’l-Hakâik*, II, 452, 453; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 215; eş-Şevkânî, *Neylü’l-Evtâr*, IV, 200; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 59; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü’ş-Şer’iyye*, s. 64.

40 Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 59; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü’ş-Şer’iyye*, s. 64.

41 İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ bi’l-Âsâr*, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 2003, IX, 48, 49.

42 ez-Zeyla’î, *Tebyinü’l-Hakâik*, II, 453; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü’ş-Şer’iyye*, s. 64.

43 Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 268; es-Seyyîd Sâbık, *Fıkhü’s-Sünne*, II, 169, 170.

Hanefî hukukçulara göre şahitlerde hürriyet, akıl ve buluş vasıfları,<sup>44</sup> Şâfiî hukukçulara göre erkek olma, adalet, hürriyet, işitme, duyma, buluş, akıl ve islam vasıfları<sup>45</sup> ve Hanbelî hukukçulara göre ise erkek olma, adalet, akıl, buluş ve islam vasıfları bulunmalıdır.<sup>46</sup>

## 1. İslam

İslam hukukçularına göre, nikâh akdinin dini bir yönü bulunması ve “*Allah müslümanlar aleyhine kâfirler lehine bir yol kılmamıştır*”<sup>47</sup> ayetine binaen kâfirin müslüman üzerinde velâyet hakkı bulunmamasından dolayı şahitlerde, İslam şartı aranmaktadır.<sup>48</sup> Evlenen taraflardan sadece birisinin müslüman olması durumunda ise ihtilaf söz konusu olup Cumhur yine şahitlerin müslüman olması gerektiği görüşündedir. Çünkü müslüman olmayanın müslümâna yönelik şahitlik yapması kabuledilemez.<sup>49</sup>

Ebû Hanife (150/768) ve Ebû Yusuf (183/800) ise erkeğin müslüman, kadının ise ehli kitaptan olması durumunda şahitlerin müslüman olmasının şart olmadığı görüşündedir. Ancak müslüman erkeğin evliliği inkârı durumunda bu iki zimmî şahidin şahitliği geçerli olmaz. Fakat zimmî kadının evliliği inkârı halinde bu iki zimmînin şahitliği yeterlidir.<sup>50</sup>

## 2. Adalet

Adalet vasfı, şahitlerin doğru olması ve dinin emirlerine zahiren de olsa uyması demektir.<sup>51</sup> Buna göre adil kişi dinin emirlerine zahirin de olsa uyan, büyük günah işlemeyen, küçük günahı ısrar etmeyen doğru ve dürüst kişi demektir. Fâsik ise Allah’a itaat ve ibadetten ayrılan kişidir. Durumu meçhul kişi ise fîsk ve adalet açısından durumu belli olmayan kişidir.<sup>52</sup>

Şâfiî, Malikî ve Hanbelî hukukçular ile İbn Hazm ve Şevkani’ye (1250/1835) göre, şahitlerin “*velisiz ve adaletli iki şahitsiz nikâh olmaz*”<sup>53</sup> hadisi gereği adil ol-

44 es-Serahsî, V, 30, 34, 35; es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 132; el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 395; el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 83; ez-Zeyla'î, *Tebyinü'l-Hakâik*, II, 453; el-Babertî, *el-İnâye Şerhu'l-Hidâye*, II, 215, 216; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 27-29.

45 eş-Şâfiî, *el-Umm*, IV, 35; el-Gazzâlî, *el-Veciz*, s. 247; eş-Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 84-86; Heyet, *el-Fikhu'l-Menheci*, II, 67.

46 el-Makdisî, İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, XX, 246, 247.

47 Nisa, 4/141.

48 es-Serahsî, V, 33-34; es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 132; el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 395-401; el-Buhârî, Mahmûd b. Ahmed b. Mâze, *el-Muhîdu'l-Burhânî fi'l-Fikhi'n-Nu'mânî*, Dâru İhyâit-Turâsî'l-'Arabî, Beyrut 2003, III, 141; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 349; el-Makdisî, İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, XX, 246-249; el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 83, 84; ez-Zeyla'î, *Tebyinü'l-Hakâik*, II, 453, 454; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 215-219; el-Halebî, *Multeka'l-Ebhur*, s. 222, 223; Ali eş-Şirbicî, *el-'Usratü's-Se'ide*, II, 67; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye*, s. 67, 68; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 62; es-Seyyîd Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, II, 171.

49 İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 349; el-Makdisî, İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, XX, 247-249; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 62; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye*, s. 67, 68; es-Seyyîd Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, II, 171.

50 es-Serahsî, V, 33, 34; es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 132; el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 395-401; el-Buhârî, Mahmûd b. Ahmed, *el-Muhîdu'l-Burhânî*, III, 141; el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 84; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 218, 219; el-Halebî, *Multeka'l-Ebhur*, 222, 223; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 62.

51 Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 62.

52 es-Sâğırî, s. 592.

53 İbn Hibbân, *Sahihu İbn Hibbân*, Nikâh, 4075; Ed-Dârekudnî, *Sünenü'd-Dârekudnî*, Nikâh, 11, 21, 22; Beyhakî, es-



ması gerekir.<sup>54</sup> Zahiri adalet yeterli olup meşakkat bulunduğu için batini adalet araştırılmaz. Adalet durumu belli olmayan kişilerin şahitliği yeterlidir ancak fısıkları açıkça akit esnasında belli olan şahitlerin şahitliği geçerli olmaz.<sup>55</sup>

Şahitlerin adil olmaları ispat açısından önemlidir. Şahitlerin adil olmaması durumunda ispat tam olarak gerçekleşmeyeceği için şahitlerin adil olmaları İslam hukukunun da bir emridir. Çünkü şahitlik bir şeyi haber verme ve bildirme anlamında olduğu için kişinin doğruluk yönünün yalancılık yönünden üstün olması gerekir. Bu ise adalet vasfı ile ancak sağlanır. Dolayısıyla fâsık kişilerin güvenilirlikleri bulunmadığı için nikâhta şahit olmaları geçerli değildir.<sup>56</sup>

Şahitlik, kişinin saygınlığı anlamına gelmekte olup şahitliğin amaçlarından birisi de akdin önem, ciddiyet ve saygınlığının sağlanmasıdır. Fâsık olan kişinin ise saygınlığı bulunmadığı için şahitliği de kabul edilmez. Kendisi onurlu olmayan kişinin akdin onurunu ve saygınlığını sağlaması düşünülemez. Bundan dolayı da fâsıkların şahitliğinin geçerli kabul edilmesi, nikâh akdini küçümsemek olarak kabul edilmektedir.<sup>57</sup>

Hanefî hukukçulara göre şahitlerin adaletli olması şart değildir. Nikâh, fâsık ve durumu meçhul kişilerin şehadeti ile gerçekleşir.<sup>58</sup> İcâb ve kabul nikâh akdinin rüknüdür. Fâsık kişi kendisi evlendiği takdirde akdin rüknü olan icâbı veya kabulü geçerli oluyorsa akdin şartı olan şahitliğinin daha öncelikli olarak geçerli olması gerekmektedir. Kendisi için kabulü yani velâyeti sabit olanın elbette başkası hakkındaki velâyeti de sabit olur. Çünkü her iki velâyet de aynı cinstendir. Zaten nasslarda bu konuda ayrıntılı bir düzenleme de mevcut değildir.<sup>59</sup>

*Sünenü'l-Kübrâ*, Nikâh, 97, 105.

- 54 eş-Şirâzi, *el-Mühezzeb*, II, 697, 698; el-Gazzâlî, *el-Vecîz*, s. 247; ez-Zemaşşerî, Ebu'l-Kâsım Mahmûd b. Ömer, *Ruûsu'l-Mesâil (el-Mesâilü'l-Hilâfî beyne'l-Hanefî veş-Şafîi)*, el-Mektebetü'l-İslâmî, t.y, y.y, s. 372; es-Semerkindî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 133; el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 401, 402; en-Nevevî, Muhyiddin b. Şeref eş-Şafîi, *el-Mecmû'*, XVII, 357-360; eş-Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 88, 89; eş-Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, IV, 200; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 62; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmuş-Şer'iyye*, s. 68; es-Seyyid Sâbık, *Fıkhû's-Sünne*, II, 170; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 48, 49, 62.
- 55 eş-Şirâzi, *el-Mühezzeb*, II, 697, 698; el-Gazzâlî, *el-Vecîz*, s. 247; ez-Zemaşşerî, *Ruûsu'l-Mesâil*, s. 372; es-Semerkindî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 133; el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 401, 402; en-Nevevî, Muhyiddin b. Şeref, *el-Mecmû'*, XVII, 357-360; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 349; eş-Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 88, 89; el-Makdisî, İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, XX, 247-249; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 62; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmuş-Şer'iyye*, s. 68; es-Seyyid Sâbık, *Fıkhû's-Sünne*, II, 170.
- 56 eş-Şirâzi, *el-Mühezzeb*, II, 697, 698; es-Serahsî, V, 30, 31; el-Gazzâlî, *el-Vecîz*, s. 247; ez-Zemaşşerî, *Ruûsu'l-Mesâil*, s. 372; es-Semerkindî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 133; el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 401, 402; en-Nevevî, Muhyiddin b. Şeref, *el-Mecmû'*, XVII, 357-360; eş-Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 88, 89; eş-Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, IV, 200; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 62; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmuş-Şer'iyye*, s. 68; es-Seyyid Sâbık, *Fıkhû's-Sünne*, II, 170; Heyet, *el-Fıkhü'l-Menheci*, II, 67.
- 57 el-Babertî, *el-İnâye*, II, 216; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmuş-Şer'iyye*, s. 68; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 62; Ali eş-Şirbîci, *el-Ustratü's-Se'ide*, s. 80-83.
- 58 es-Serahsî, V, 30, 31; ez-Zemaşşerî, *Ruûsu'l-Mesâil*, s. 372; es-Semerkindî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 133; el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 401-405; el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 83, 84; ez-Zeyla'î, *Tebyîniü'l-Hakâik*, II, 454, 455; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 216-218; el-Halebî, *Multeka'l-Ebhur*, s. 222; eş-Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, IV, 200; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 31, 32; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmuş-Şer'iyye*, s. 69; es-Seyyid Sâbık, *Fıkhû's-Sünne*, II, 170; es-Sâğurci, s. 592.
- 59 es-Serahsî, V, 30-35; ez-Zemaşşerî, *Ruûsu'l-Mesâil*, s. 372; es-Semerkindî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 132, 133; el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 395, 401-405; el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, III, 83, 84; ez-Zeyla'î, *Tebyîniü'l-Hakâik*, II, 453-455; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 215-218; el-Halebî, *Multeka'l-Ebhur*, s. 222; eş-Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, IV, 200; Bilmen, *Hukukî*

Hanefî hukukçulara göre fîsk yalancılık töhmetinden dolayı şahitlikte etkindir. Şahitlerin adaletini bilmek zor ve meşakkatli bir iştir. Dolayısıyla görünürdeki halin iyiliği ile yetinilmelidir. Nikâhtaki şahitlik, tahammül şahitliği olup eda şahitliği değildir. Tahammül durumu ise töhmetin bulunmadığı, görünen bir durumdur. Yani nikâh akdi eda esnasında şahitliği kabul olunan iki kişinin şahitliğine bağlı değil bilakis herhangi iki şahidin bulunmasına bağlıdır. Dolayısıyla nikâh akdinin kuruluşu adil bir kişinin şahitliğine bağlı değildir. Mesela, yakınların davasında oğulların şahitliği geçerli değilken evlenenlerden birisinin iki oğlu veya evlenen kadının başka adamdan olan iki oğlu şahit olabilir.<sup>60</sup>

### 3. Erkek Olma

Hanbelî, Malîkî ve Şâfiî hukukçulara göre, nikâh akdinde kadınların şahitliği hadis gereği geçerli değildir. Yani iki şahidin de erkek olması gerekmektedir. Erkek olmazsa nikâh sahih olmaz.<sup>61</sup>

Hanefî hukukçulara göre Bakara suresi 281. ayetinde ifade edildiği üzere diğer akitlerde olduğu gibi nikâhta da bir erkek ve iki kadının şahitliği geçerli olmaktadır.<sup>62</sup> İbn Hazm ise şahitlerin iki erkek veya bir erkek iki kadın olabileceği gibi dört kadın olabileceğini de kabul etmektedir.<sup>63</sup>

### 4. Akıl ve Buluş

Evlilik akdinin önemi, değeri, aleniyetinin sağlanması ve gelecekte inkârı halinde evliliğin ispatlanması gibi gerekçelerden dolayı şahitlerde akıl ve buluş şartı aranmaktadır.<sup>64</sup>

### 5. Hür Olmak

İki şahidin hür olması Hanbelî hukukçular dışında Cumhur'a göre şarttır. Evlilik akdinin önemi, değeri ve kölelerin kendi velâyetlerine sahip olmaması sebeplerinden dolayı kölenin şahitliği geçersizdir. Çünkü kendisine velâyeti olmayanın başkasına hiç olamaz.<sup>65</sup> Hanbelî hukukçulara göre ise Kitap, Sünnet ve İcmâda kölelerin şahitliklerinin kabul edilmeyeceğine dair bir delil bulunmadığı için iki kölenin şahitliği diğer akitlerde geçerli olduğu gibi nikâh akdinde de geçerlidir.<sup>66</sup>

İslâmiyye, II, 27-32; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü's-Şer' iyye*, s. 69; es-Seyyid Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 170.

60 es-Serahsî, V, 30, 31; el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 83, 84; ez-Zeyla'î, *Tebyinü'l-Hakâik*, II, 454, 455; es-Sâğırçî, s. 592.

61 eş-Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, II, 697, 698; es-Serahsî, V, 31, 32; ez-Zemahşerî, *Ruûsu'l-Mesâil*, s. 372, 373; en-Nevevî, Muhyiddîn b. Şeref, *el-Mecmû'*, XVII, 357-360; ez-Zeyla'î, *Tebyinü'l-Hakâik*, II, 454; Abdurrahman es-Sâbüni, *Nizâmu'l-'Usra*, s. 67; Heyet, *el-Fikhu'l-Menhecî*, II, 67; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü's-Şer' iyye*, s. 66; Zuhaylî, *İslâm Fıkhu Ansiklopedisi*, IX, 61; es-Seyyid Sâbık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 170.

62 es-Serahsî, V, 32; ez-Zemahşerî, *Ruûsu'l-Mesâil*, s. 372, 373; es-Semerkindî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 133; el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 403; el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 83; ez-Zeyla'î, *Tebyinü'l-Hakâik*, II, 454; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 216; el-Halebî, *Multeka'l-Ebhur*, s. 222, 223; Bilmen, *Hukuku İslâmiyye*, II, 29, 30; Ali eş-Şîrbicî, *el-'Usratü's-Se'ide*, s. 80-83; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü's-Şer' iyye*, s. 67; Zuhaylî, *İslâm Fıkhu Ansiklopedisi*, IX, 61; es-Sâğırçî, s. 592, 878; es-Sâbüni, *Nizâmu'l-'Usra*, s. 67.

63 İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, IX, 48, 49.

64 eş-Şâfiî, *el-Umm*, IV, 35; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 215, 216; Heyet, *el-Fikhu'l-Menhecî*, II, 67; Ali eş-Şîrbicî, *el-'Usratü's-Se'ide*, s. 80-83; Zuhaylî, *İslâm Fıkhu Ansiklopedisi*, IX, 60; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü's-Şer' iyye*, s. 66.

65 Zuhaylî, *İslâm Fıkhu Ansiklopedisi*, IX, 61.

66 Zuhaylî, *İslâm Fıkhu Ansiklopedisi*, IX, 61.

## B. Nikâh Akdindeki Şahitliğin Amaçları

Nikâh akdinin şahitler huzurunda yapılması ve bu akdin şüpheye yer bırakmayacak şekilde insanlar arasında yayılması ve ilan edilmesi ile diğer akit ve tasarruflardan ayrılması, çeşitli hikmetleri barındırmaktadır. Akdin şahitler huzurunda yapılması akdin güvenilirliğini artırdığı gibi nikâhın helal olmasına da sebebiyet vermektedir. Ayrıca ihtiyaç duyulması halinde nikâhın bulunduğu ispatına da yaramaktadır. Bundan dolayı da defler çalarak, şarkı söyleyerek ve düğün yemekleri tertipleyerek evliliğin ilan edilmesi müstehap kabul edilmiştir.<sup>67</sup>

Şahitlikten amacın, sadece nikâhın ilanı mı yoksa aynı zamanda nikâh akdinin inkârdan korunması mı olduğu ile ilgili ihtilaf söz konusudur.<sup>68</sup>

Ebû Hanifé'ye göre şahitlikten amaç sadece ilan olduğu için şahitlerin adaletli olması şart değilken İmam Şâfi (204/820) ise şahitlikten amacın hem ilan ve hem de nikâhın korunması olduğunu belirterek şahitlerin adaletli olması gerektiğini söylemektedir. İmam Malik'e göre şahitler gizlemekle emir olunmuşsa bununla ilan gerçekleşmemektedir.<sup>69</sup>

### 1. Nikâhın Saygınlığı

Şahitliğin amaçlarından birisi dört mezhebin ittifakı ile nikâh akdinin değer ve önemini ortaya koyarak saygınlığını yükseltmektir.<sup>70</sup> Bu saygınlığı sağlamak amacıyla Malikî, Şâfiî ve Hanbelî hukukçular, şahitlerde adil olma şartının bulunması gerektiğini ileri sürmekte ve fasıkların şahitliğinin geçerli kabul edilmesini nikâh akdinin küçümsenmesi olarak değerlendirmektedirler. Fasığın kendisi onurlu değilken nikâh akdini onurlandırması mümkün görülmemektedir.<sup>71</sup> Hanefî hukukçular ise fâsik kişilerin şahitliğinin nikâhın saygınlığını zedelemeyeceği görüşündedir.<sup>72</sup>

Yine nikâhın saygınlığının sağlanması amacıyla şahidin müslüman olma<sup>73</sup> ve buluş çağına girmiş olma şartı aranmaktadır.<sup>74</sup>

### 6. Nikâhın Aleniyeti ve Gizli Nikâh

Şahitliğin amaçlarından birisi akdin aleniyetini sağlamak ve nikâhı zinadan ayırmaktır. İslam hukuku bir taraftan nikâh akdinde şahitlerin bulunmasını gerekli

67 el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmuş-Şer'iyye*, s. 64, 65.

68 Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 61.

69 İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, II, 14, 15.

70 es-Serahsî, V, 30; el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 84; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 29-32; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmuş-Şer'iyye*, s. 66, 69; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 58, 60; es-Sâğircî, s. 592; Ali eş-Şirbîcî, *el-'Usratü's-Se'ide*, s. 80-83.

71 Ali eş-Şirbîcî, *el-'Usratü's-Se'ide*, s. 80-83; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmuş-Şer'iyye*, s. 68; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 62.

72 el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmuş-Şer'iyye*, s. 69; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 31, 32; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 62.

73 Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 62.

74 eş-Şâfiî, *el-Umm*, IV, 35; el-Babertî, *el-İnâye Şerhu'l-Hidâye*, II, 215, 216; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmuş-Şer'iyye*, s. 66; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 60; Heyet, *el-Fıkhul-Menhecî*, II, 67.

görürken diğer taraftan da nikâhın ilanını teşvik etmek suretiyle nikâhı, zina eden insanların alışkanlık haline getirdiği gizlilik töhmetinden uzak tutmaya çalışmaktadır. Çünkü aleniyet, evliliğin yayılması ve duyulmasına vesile olmakta ve böylece nikâhla zinanın birbirinden ayrılmasını temin etmektedir. Dolayısıyla harama düşmemek şartıyla her toplumun kendi örfüne göre değişebilen şekillerde nikâhın aleniyetinin sağlanması ve artırılması uygundur.<sup>75</sup> Malîkî, Şâfiî ve Hanbelî hukukçular bu gayenin gerçekleşmesine yönelik olarak fâsıkların şahitliğini kabul etmezken<sup>76</sup> Hanefî hukukçular ise fâsık olup olmamasına bakmaksızın şahitlerin bulunmasını, genellikle evliliğin yayılmasına ve duyurulmasına vesile olmasından dolayı nikâhın sıhhat şartı olarak kabul etmiştir.<sup>77</sup>

Nikâhın aleniyetinin sağlanması amacıyla İslam dini nikâhın duyurulması ve düğün yemeğine davet edilmesi üzerinde önemle durmuştur. “*Nikâhı ilan ediniz. Mescitlerde yapınız, defler çalınız*”<sup>78</sup>, “*Helal ve haram arasında def ile ses çıkarmak vardır*”<sup>79</sup> “*Bu nikâhı ilan ediniz ve def çalınız*”<sup>80</sup> ve “*Bir koyunla da olsa düğün ziyafeti yap*”<sup>81</sup> gibi hadisler gizli nikâhtan kurtulmak ve evlilik sevincini izhar etmek için evlilik sürecinin açığa vurularak nikâhın ilan edilmesini, dost ve akrabaya ziyafet verilmesini, def çalınarak şenlik yapılmasını, insanların toplanması ve velime yemeği verilmesini ve böylece nikâhın aleniliğinin sağlanmasını ortaya koymaktadır.<sup>82</sup>

Nikâhın aleniyet kazanması amacından dolayı İslam hukukçuları şahitlerde müslüman olma ve akıllı olma şartlarını aramışlardır. Müslüman ve akıllı olmayanların şahitliği ile akdin müslümanlar arasındaki aleniyeti sağlanamaz.<sup>83</sup>

İslam hukukunda nikâhın aleni olması gerektiği ve gizli nikâhın caiz olmadığı hususunda ittifak varken hangi nikâhların gizli nikâh sayılacağı, nikâhın aleniyetin

75 el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 393, 394, 404, 405; ez-Zeyla'i, *Tebyinü'l-Hakâik*, II, 453; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 215; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 29-32; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye*, s. 6-8, 69; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 268; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 60; Heyet, *el-'Alâkâtü'z-Zevciyye*, s. 43, 100; es-Sâğırçî, s. 592; Heyet, *İslâm ve Toplum*, s. 200; es-Seyyid Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, II, 319.

76 el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye*, s. 68.

77 Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 31, 32; Heyet, *el-'Alâkâtü'z-Zevciyye*, s. 100; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye*, s. 69; es-Sâğırçî, s. 592; Heyet, *İslâm ve Toplum*, s. 200.

78 Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa, *Sünenü't-Tirmizî*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 2002, Nikâh, 6.

79 İbn Mâce, Nikâh, 20; Tirmizî, Nikâh, 6; Nesâî, Ahmed b. Şuayb Ebû Abdî'r-Rahman, *Sünenü'n-Nesâî*, Mektebu'l-Matbüati'l-İslâmiyye, Halep 1986, Nikâh, 72.

80 İbn Mâce, Nikâh, 20.

81 Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, *Sahîhu'l-Buhârî*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 2010, Nikâh, 68, 69; Müslim İbnu'l-Haccâc en-Nisâbüri, *Sahîhu Müslim*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 2010, Nikâh, 3475; İbn Mâce, Nikâh, 24. Tirmizî, Nikâh, 28.

82 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 23-25; İbn Abdilberr, Ebû Ömer Yusuf b. Abdillâh, *el-Kâfi fi Fıkhî Ehli'l-Medîne*, Dâru'l-Kutübi'l-İlmiyye, Beyrut 1992, II, 520; eş-Şirâzî, *el-Mühezzeb*, II, 761-763; İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 14, 15; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 467-469; el-Makdisî, İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebir*, XXI, 353-355; eş-Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 344, 345; eş-Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, IV, 272; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 13, 14, 31, 32; es-Sâğırçî, s. 590-593; Heyet, *el-Fıkhü'l-Menhecî*, II, 91; Heyet, *el-'Alâkâtü'z-Zevciyye*, s. 43; Ali eş-Şirbici, *el-'Usratü'ş-Se'ide*, s. 83-86; Heyet, *İslâm ve Toplum*, s. 208; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 268; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 58, 59, 66; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye*, s. 65.

83 el-Babertî, *el-İnâye*, II, 215, 216; el-Ceyyâş, Abdülhamid, *el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye*, s. 66-68; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 60-62.

nasıl sağlanacağı ve sağlanan aleniyetin, nikâhı ve nikâh hükümlerini inkârdan korumaya yönelik olup olmamasında ise ihtilaf bulunmaktadır.

Malikiler hariç diğer üç mezhebe göre, aleniyet ancak şahitlerin bulunması ile sağlanır ve nikâh esnasında bulunan iki şahit nikâhın aleniliği için yeterli kabul edilmektedir. Buna göre gizli nikâh şahitlerin bulunmadığı nikâhtır. Şahitlerin bulunduğu nikâh ise gizli nikâh değil aleni nikâhtır. Bu iki şahidin nikâhı gizli tutmaları istense bile bu nikâh geçerlidir. Çünkü şahitlerin bulunduğu nikâhta gizlilik tahakkuk etmez. Ancak gizli tutma şartı mekruh kabul edilmekte ve hoş karşılanmamaktadır.<sup>84</sup> “*Nikâhları ilan ediniz*” hadisindeki ilan emri iki şahidin bulunması ile yerine getirilmektedir. “*def çalımız*” kısmı ise aleniliğin artırılmasının mendupluğuna alamettir.<sup>85</sup> İbn Hazm de şahitlerin bulunmasını nikâhın aleniyeti için yeterli kabul etmekle beraber aleniyet sağlandığı takdirde nikâhta şahitlerin bulunmasını şart görmemektedir.<sup>86</sup>

Malikî hukukçulara göre ise akit esnasında şahitlerin bulunması gerekli olmayıp fiili birleşmeden önce ilan şarttır. Akit şahitler huzurunda olsa bile şahitlerin akdi gizli tutması istenirse nikâh gizli nikâh kabul edilerek geçerli kabul edilmekte ve böylece nikâhın aleni olmasına büyük bir derecede ehemmiyet verilmektedir. İlan edilmeyen nikâhtan sonra zıfâf olsun veya olmasın taraflar tefrik olunurlar.<sup>87</sup> Nikâh akdinde bulunan şahitler nikâhın yayılmasına vesile olmadığı takdirde bu durum sadece Allah'ın haram kıldığını helal kılmaya yönelik hileci bir uygulama olarak görülmekte ve böyle bir şahitlik ile nikâh geçerli olmamaktadır.<sup>88</sup> Ancak Malikî bazı fakihler şahitlerin bulunması durumunda nikâhın gizli nikâh olmaktan çıkacağı görüşündedirler.<sup>89</sup>

Sonuç olarak “*gerek şahidin bulunmaması ve gerekse şahidin bulunup nikâhı gizli tutmaya çalışması durumundaki nikâh bâtil veya mekruh olma konumundadır. Bu tür nikâhlar haramın alameti olan gizliliği kısmen içinde barındırmaktadır. Müslümana yakışan ise şüpheli şeylerden şüphe vermeyenlere yönelmektir*”<sup>90</sup> şeklindeki görüş biz de katılmaktayız.

84 el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 393, 394, 404, 405; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 14, 15; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IX, 469; ez-Zeylâ'i, *Tebyinü'l-Hakâik*, II, 453; el-Babertî, *el-İnâye Şerhu'l-Hidâye*, II, 215; Heyet, *İslâm ve Toplum*, s. 200, 208; Ali eş-Şirbici, *el-'Usratü's-Se'ide*, s. 83-86; es-Sâğirci, s. 592, 593; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye*, s. 6-8, 65-69; Bilmen, *Hukukî İslâmîyye*, II, 29-32; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 268; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 59, 60; Heyet, *el-'Alâkâtü'z-Zevciyye*, s. 43, 100; es-Seyyid Sâbik, *Fıkhü's-Sünne*, II, 319.

85 el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 393, 394; ez-Zeylâ'i, *Tebyinü'l-Hakâik*, II, 453; el-Babertî, *el-İnâye*, II, 215.

86 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 48, 49.

87 Tenûhî, Ebû Sa'îd Sahnûn b. Sa'îd, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1994, II, 127-129; İbn Abdilberr el-Mâlikî, *el-Kâfi*, II, 520; İbn Rüşd el-Hafîd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 14, 15; Heyet, *İslâm ve Toplum*, s. 208. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 268; Ali eş-Şirbici, *el-'Usratü's-Se'ide*, s. 83-86; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, IX, 58, 59, 66; el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye*, s. 65, 66.

88 Heyet, *el-'Alâkâtü'z-Zevciyye*, s. 100.

89 İbn Abdilberr el-Mâlikî, *el-Kâfi*, II, 520.

90 Heyet, *el-'Alâkâtü'z-Zevciyye*, s. 99.

## 7. Nikâh Hükümlerinin Korunması

Hanbelî ve Şafîî hukukçulara göre şahitlik, gerektiğinde nikâhın buna bağlı olarak ta karşılıklı hakların ispatını temin ederek tarafların ve çocuğun haklarının korunmasını sağlar. Çünkü nikâh akdi, cinsel ilişkinin helal olması, çocukların nesebinin sabit olması mehrin, nafakanın, mirasın ve kocaya itaatin gerekli olması gibi birçok sonuçları olan bir akittir. Dolayısıyla bu tür hak ve sorumluluklardan eşlerin kaçınmaması ve evliliği inkâr yoluna gitmemesi için yani hakların koruma altına alınması için şahitlerin bulunması gerekli kılınmıştır.<sup>91</sup>

Mesela, Şafîî fakihlerinden İmam Nevevî (676/1278), evlilik akdinin sadece iki tarafı ilgilendirmeyen ve üçüncü kişi olan çocuğu da ilgilendiren bir akit olduğunu belirterek çocuğun nesebinin korunması ve bilinmesi açısından şahidin gerekli olduğunu açıkça belirtmektedir.<sup>92</sup> Yine İbn Hibban (354/965) nikâh akdinde şahidin gerekliliğini, nikâhın inkârdan korunması şeklinde gerekçelendirmiştir.<sup>93</sup>

Şahitliğin amacının nikâhın inkârdan korunması ve hakların garanti altına alınması olduğu görüşünde olan fakihler, şahitlerin adil olması şartını benimserken ihtiyaç halinde nikâhın ispatını göz önünde bulundurmuşlar ve şahitlerin adil olmaması durumunda ispatın ve buna bağlı olarak nikâh hükümlerinin korunmasının tam olarak gerçekleşmeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Nikâhın inkârı durumunda şahitlerin şahitliklerine başvurulacağı için ilk önce şahitlerin kendilerinin güvenilir olması gerekmektedir.<sup>94</sup>

Hanefî hukukçulara göre ise şahitlerin bulunması veya nikâhın aleniyeti, ihtiyaç halinde nikâhın bulunduğunu veya mehrin miktarını ispata yani nikâhı inkârdan korumaya yönelik görülmemektedir. Bundan dolayı da sadece tahammül şahitliği nikâh şahitliği için yeterli olup eda şahitliği olması şartı yoktur. Buna göre çocuklar kendi babalarının nikâhlarında şahit olarak bulunabilirler. Ancak ileride babalarının lehine şahitlik yapamazlar. Çünkü şahitliğin tahammülünde yalan ithamı söz konusu değildir. Nikâhta önemli olan, aleniyeti sağladığı için şahitlerin huzurunda yapılmış olmasıdır.<sup>95</sup>

Hanefilerin bu görüşüne rağmen Hanefî fakihlerin, nikâh hükümlerinin korunmasını tamamen göz ardı ettiği söylenemez. Çünkü “*Eda şahitliği kabul edilmeyen kişilerin şahitliği ile nikâh alenileştiği ve yaygınlaştığı için bu kişilerin evli olduklarını duyan bilen herkesin şahitliği nikâh akdini inkârdan koruyabilir.* Böy-

91 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 348; el-Makdîsî, İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, XX, 246; Zuhaylî, *İslâm Fıkhu Ansiklopedisi*, IX, 58, 60; Ali eş-Şirbîcî, *el-'Usratü's-Se'ide*, s. 80-83; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 268; Heyet, *el-Fikhu'l-Menhecî*, II, 66-68.

92 en-Nevevî, Muhyiddin b. Şeref, *el-Mecmû'*, XVII, 358, 359.

93 eş-Şirbîcî, *Muğnî'l-Muhtâc*, IV, 84.

94 el-Ceyyâş, Abdülhamîd, *el-Ahkâmu's-Şer' iyye li'z-Zevâci*, s. 68, 69; Heyet, *el-Fikhu'l-Menhecî*, II, 66-68. Zuhaylî, *İslâm Fıkhu Ansiklopedisi*, IX, 60.

95 es-Serahsî, V, 32, 33; el-Kâsânî, *Bedâi' us-Sanâi'*, III, 404, 405; el-Halebî, *Multeka'l-Ebhur*, 222, 223; Bilmen, *Hukuku İslâmiyye*, II, 29.

lece doğrudan olmasa da dolaylı yoldan nikâh inkârdan korunabilir”<sup>96</sup> ve “Şahitlik, nikâhın inkârını önlemeye yöneliktir. Koruma ise şahidin şahitliğinin kabulüne bağlıdır. Dolayısıyla şahitliği kabul edilmeyecek kişilerin şahitliği ile bu koruma gerçekleşmiş sayılmaz”<sup>97</sup> şeklindeki ifadeler Hanefi hukukçuların da nikâh hükümlerinin korunmasını göz önünde tuttuklarını ortaya koymaktadır.

### C. Şahitliğin Amaçlarının Gözetilmesi Bağlamında Nikâhın Tescili

Nikâhın nesep, nafaka, mehir, iddet ve veraset gibi çok sayıda hukuki neticesi olduğu ve inkârı ferdi ve toplumsal birçok zararlı sonuca sebebiyet verdiğinden dolayı inkârın olmaması için nikâhın resmi makamlar tarafından tescili önem arz etmektedir. Çünkü nikâhın tescili, hem aleniyeti sağlayacağı hem de mağduriyetleri önleyeceği için nikâhın gizlenmesine bağlı ortaya çıkabilecek muhtemel zararlı sonuçları ortadan kaldıracaktır.<sup>98</sup>

İslam’ın ilk yıllarından itibaren nikâhın tesciline gerek duyulmuyordu. Çünkü kişinin imanı evlilik hukukuna riayet etmek için yeterli idi. Ancak zamanla kişilerin imanlarının zayıflamasına paralel olarak olmayan evlilikleri iddia edenler ortaya çıktığı gibi evlilik hukukundan kurtulmak için olan evlilikleri inkâr eden insanlar da çıkmaya başlamıştır. Böylece karı kocanın çeşitli hakları zayi olmaya başlamıştır.<sup>99</sup>

Bu tür sakıncalara binaen nikâhın tescili tarih boyunca yapıla gelmiştir. İlk dönemlerden itibaren doğrudan müdahale biçiminde olmasa bile nikâh akitlerinin devletin denetimine tabi tutulup şartlarını taşımayan evliliklere kadılar tarafından müdahale edildiği, isteyenlerin bir tedbir olarak nikâh akitlerini yazı ile tevsik ettirdikleri ve velisi olmayan kişilerin evlendirilmesinin kadınların görevleri arasında olduğu görülmektedir.<sup>100</sup> Dört halife döneminden itibaren nikâhın tescil edildiğine dair bilgiler vardır. Hz. Ömer zamanında divanlar kurulmuş ve isimler kayıt edilmiştir. Elbette ki bu çalışmalar çerçevesinde nikâhlar da kayıt altına alınmıştır. Nikâh için bir şekil şartı aranmamasına rağmen sadece iki kişinin kendi aralarında nikâh kıyarak insanlara duyurmadan yaşama şansı da söz konusu değildi.<sup>101</sup>

Selçuklular zamanında nikâhların kadı tarafından kıyıldığı veya nikâh için kadıdan izin alındığı hususu kadınların verdiği beratlarda görülmektedir. Yine Memlükler zamanında nikâhların mutlaka kadı nezaretinde kıyılma mecburiyeti bulunmamasına rağmen akkâdu’l-enkiha denen nikâh kıyma memurları vardı.<sup>102</sup>

96 el-Kâsâni, *Bedâi’ us-Sanâi’*, III, 404, 405; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 29.

97 el-Kâsâni, *Bedâi’ us-Sanâi’*, III, 404; ez-Zeyla’î, *Tebyînü’l-Hakâik*, II, 454.

98 Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, II, 14; Ali eş-Şirbici, *el-’Utratü’s-Se’ide*, s. 83-86; Ekinci, Ekrem Buğra, “Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikâh”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sayı:2, 2006, 41-60.

99 Heyet, *el-’Alâkâtü’z-Zevciyye*, s. 101.

100 Atar, “Nikâh”, *DİA*, XXXIII, 112-117.

101 Ekinci, “Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikâh”, 41-60.

102 Ekinci, “Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikâh”, 41-60; Aydın, M. Akif, “Osmanlı Hukukunda Nikâh Akitleri”, *Osmanlı Araştırmaları III*, İstanbul 1982, 1-12.

Osmanlı Devleti'nde kadıların nikâh akitlerini yapmaya yetkili ve vazifeli oldukları görülmektedir. Nikâh, devletin kontrolünde bizzat kadılar tarafından veya kadıların kontrolünde imamlar tarafından gerçekleştirilmekte ve yazılı belgelere tescil edilmekte idi. Yıldırım Beyazıt (806/1403) döneminden itibaren nikâh mahkemenin kıyması veya izin vermesi usulünün ihdas edildiği, nikâh akdinin yapılışına devletin müdahale ettiği ve bazı şekil şartları ilave ettiği görülmektedir. Şeyhülislam Ebu's-Su'üd Efendi (982/1574) zamanının fesadı gerekçesiyle veli izni bulunmayan evliliğin geçerli olmayacağı şeklindeki İmam Muhammed'in görüşünü benimseyerek hâkimin izni alınmadan nikâhın kıyılmayacağını belirten fetva yayınlamıştır.<sup>103</sup>

16. asırdan itibaren nikâhlara kadının iştirakinin resmi bir hal aldığı, nikâhların kadı huzurunda kıyılmasa bile, tarafların evlenmesine bir mani olup olmadığı hususunda *izinname* denilen resmi yazıyla kadıdan izin alındıktan sonra, mahalle veya köy imamı tarafından kıyılması esasının benimsendiği anlaşılmaktadır. Çeşitli sebeplerle nikâh için kadıya başvuramayanların nikâhı, yine kadının kontrolündeki bir din adamı veya mahallenin imamı tarafından gerçekleştirilirdi. Evlenmeye engel bir durumun bulunmadığının hukuk tarafından tespiti anlamına gelen izinnamenin aranması, bizzat kadı tarafından kıyılmayan nikâhların da devlet kontrolünde olduğunu göstermektedir. Kadı kontrolünde olmayan nikâhları en aza indirmek için kadı kontrolünde kıyılmayan nikâhlarla ilgili ihtilafı durumlar mahkemeler tarafından dinlenmiyordu. Buna göre, Osmanlıda nikâhlar kadı huzurunda mahkemede veya kadıdan alınan izinnameye istinaden mahalle veya köy imamları tarafından kıyılırdı.<sup>104</sup>

Osmanlıların son döneminde 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile nikâh için yeni şekil şartları ve nikâhın tescili esasları getirilmiştir. Bu kararnamenin 33. Maddesi nikâhın önceden ilanını ve "*Nikâh akdi esnasında evlenecek olan erkek ya da kadın adaydan birinin ikamet ettiği ilçe hâkimi veya bunun görevlendirdiği bir memur hazır bulunup, nikâh akdini tanzim ve tescil eder.*" şeklindeki 37. maddesi de nikâhın, taraflardan birinin ikametgâhının bulunduğu yerdeki hâkimin veya yetkili kıldığı kişinin huzurunda kıyılarak akidname düzenlenmesini ve tescilini hükme bağlamıştır. Aynı dönemde Ceza Kanununun 200. maddesine de bu maddenin yürütülebilmesi için "*Hâkimin veya nâibinin huzuruyla akd-i nikâh hususundaki mecburiyeyi kanuniyeye riayet etmeyen zevc ile mevcut ise tarafeyn vekilleri bir aydan altı aya kadar ve bu gibi akitlerde şahit sıfatıyla hazır bulunanlar, bir haftadan bir aya kadar hapsolünurlar.*" hükmü konularak kaza hâkimi veya bunun izinname-i mahsus ile mezun kıldığı nâib bulunmaksızın nikâh akdeden imamlar hakkında hapis cezası getirilmiştir.<sup>105</sup>

103 Dalgın, Nihat, "Aile Kurumunun Nikâh Aşamaisıyla İlgili Fikhî Sorunları", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, XIII, Konya 2009, 35-50; İkinci, "Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikâh", 41-60; Aydın, "Osmanlı Hukukunda Nikâh Akitleri", 1-12.

104 Dalgın, "Aile Kurumunun Nikâh Aşamaisıyla İlgili Fikhî Sorunları", 35-50; İkinci, "Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikâh", 41-60; Atar, "Nikâh", *DİA*, XXXIII, 112-117; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 274; Heyet, *İslâm ve Toplum*, s. 201; Aydın, "Osmanlı Hukukunda Nikâh Akitleri", 1-12.

105 Dalgın, "Aile Kurumunun Nikâh Aşamaisıyla İlgili Fikhî Sorunları", 35-50; İkinci, "Osmanlı Hukukunda İzinname



Hukuk-ı Aile Kararnamesi iki sene sonra, 19 Haziran 1919'da yürürlükten kaldırıldı. Nikâh kıyma işi eskiden olduğu gibi kadıların verdiği izinname üzerine imamlara verildi. Ankara hükümetinin çıkarttığı 1921 tarihli bir kanunla mahalle ve köy imamları ile muhtarlarının altı ayda bir nikâh vukuatına dair ilmühaberleri nüfus siciline vermeye mecbur olduğu bildirilmiş, aynı yıl çıkarılan başka bir kanunla da izinnamesiz evlenenlerin veya bu evliliği akdedenlerin, altı ay içinde keyfiyeti tescil ettirmek şartıyla, cezadan kurtulacakları hükme bağlanmıştır. 1924 tarihli şer'î mahkemelerin ilgasına dair kanun şer'î mahkemeleri lağvedince, izinname verme salahiyeti, aynı kanunun 6. Maddesi ile sulh mahkemelerine tevdi edilmiştir. 1926 yılında İsviçre medeni kanununun iktibasıyla evlilik için belediye kaydı esas alınarak şer'î hukuk, bu arada imam nikâhının resmi hüviyeti de tarihe karışmıştır.<sup>106</sup>

Türk Medeni Kanunu'na göre evleneceklerin bizzat yetkili merci önünde evlilik iradelerini beyan etmeleri gerekmektedir. Evlendirme memuru bu evliliği evlenme kütüğüne tescil ederek eşlere ve şahitlere imzalatırır ve kendisi de imzalar. Bu evliliği her iki eşin nüfus cüzdanına kaydeder ve nüfus kütüklerine işlenmek üzere durumu bildirir. Evlenme resmi memur önünde yapılmamışsa yok hükmündedir. Yani evlilikten söz edilemez, evlilik baştan itibaren yoktur. Dolayısıyla dava açarak evliliği ortadan kaldırmak söz konusu değildir. Bundan dolayı imam nikâhı da yok hükmündekabuledilmektedir.<sup>107</sup>

Günümüz İslam ülkelerinde ise nikâhın devletin denetimi altında yapılarak tescil edilmesi ilkesi benimsenmiştir.<sup>108</sup>

Mezhepler tarafından aranan şartlar yerine geldiği için tescil yapılmadan sadece dini kurallara uygun olarak yapılan nikâh bâtil sayılamaz.<sup>109</sup> Dolayısıyla “*Fakat zamanımızda yapılan imam nikâhlarını o döneme benzetme imkânı yoktur. Çünkü sadece imam nikâhıyla kısılan nikâhların, kanun önünde hiçbir geçerliliği yoktur. Bu sebepten bir nikâh akdinde in'ikat ve sıhhat şartları olsa bile, kendinden beklenen güvence sonucunu tam doğurmadığı için geçersizdir. Dolayısıyla tek başına imam nikâhı hem bâtil hem de fasittir*”<sup>110</sup> şeklinde bu nikâhların geçersiz olduğunu belirten görüşlere katılmamız mümkün değildir.

Ancak resmen tescili yapılmayan ve sadece dini kurallara göre yapılan nikâh, bugün kendisinden beklenen hukuki sonucu vermediğinden maslahat açısından sakıncalıdır. Kadın ve erkeğin tüm haklarının zayı olması, evlilik içindeyken ölenin mirasından eşlerin pay alamaması, anlaşamayıp boşanma noktasına geldiğinde karının kocasından hiçbir hak talep edememesi, kadına barınma, tedavi ve mehir

ile Nikâh”, 41-60; Atar, “Nikâh”, *DİA*, XXXIII, 112-117; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 274; Heyet, *İslâm ve Toplum*, s. 201.

106 İkinci, “Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikâh”, 41-60.

107 Akıntürk, Turgut, *Medeni Hukuk*, Savaş Yayınları, Ankara 1994, s. 205-207, 223, 224.

108 Atar, “Nikâh”, *DİA*, XXXIII, 112-117.

109 Güneç, Halil, *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, Yasin Yayınevi, İstanbul 2011, II, 125.

110 Köksal, İsmail, “Uygulamadaki Resmî ve Dinî Nikâhların Fıkıhî Yönü”, *Bilimname*, XVI, 2009/1, 25-41.

gibi hakların tanınamaması, doğan çocukların anne ve babalarının nüfuslarına kayıt ettirilememesi neticesinde çocukların, annesinin ya da babasının sosyal güvencesinden istifade edememesi, ebeveynin ölümü halinde çocukların mirastan mahrum kalması, gibi durumlar muhtemel sakıncalı durumlardır. Böylece birtakım insan hakları çiğnenmekte, dini bakımdan da büyük bir vebal altına girilmektedir.<sup>111</sup>

Dolayısıyla evlenmelerin belirli bir disiplin altına alınarak tescil edilmesi, yapılan işlemlerin İslam hukukuna uygunluğunun sağlanması, sakıncaların giderilmesi ve tarafların haklarının korunması açısından önemlidir. Çünkü devletin evlenecek kişileri kontrol etmesi ve aleniyeti temin gibi maksatlarla nikâhları bir görevliye kıydırması nikâh akdiyle taraflara sağlanan hakları koruma noktasında daha etkin olmaktadır.<sup>112</sup>

İslam hukukuna göre nikâhın bir din adamı huzurunda veya resmi bir memur önünde yapılması şart olmayıp tescili ve merasim şartları nasllara istinat etmemekle beraber hususi ve umumi menfaatler ile amme nizamını korumaya yönelik tedbirler kapsamında olduğu için yetkili mercilerin, istihsan, maslahat, Sedd-i Zerâi gibi delilleri işleterek maslahatı sağlamak amacıyla hakkında nass bulunmayan konularda gerekli düzenlemeleri yaparak birtakım emir ve yasaklar oluşturması ve mübahları emretmesi mümkündür. Devlet, suiistimal söz konusu olunca hakların kullanımını için yeni düzenlemeler getirebileceği gibi hakların kullanımını kendi denetimine de alabilir. Nikâhın tescili bu çerçevede değerlendirilerek dinin özüne, yani Kur'an ve Sünnet'e aykırı olmayan gerekli düzenlemeler yapılabilir.<sup>113</sup>

Yapılan bu düzenlemelerden sonra da tescili yapılmayan ve hukuki koruma altına alınmayan nikâhlara devletin müdahale yetkisi bulunmaktadır. Hanefilerden Serahsî (483/1091) Hz. Ömer'in "kadınlar denkleriyle evlenmedikleri sürece bunu engellerim" sözünü, nikâh akitlerinde devlet yöneticisinin yetkisi bulunduğu delilolarak kabul etmektedir.<sup>114</sup>

## SONUÇ

Aralarında evlenme engeli bulunmayan bir kadınla bir erkeğin hayatlarını birleştirmeleri anlamına gelen nikâh her iki tarafa karşılıklı görev ve sorumluluklar yüklemekte ve haklar getirmektedir.

İslam'da evlilik ile ilgili hükümlerin ayrıntılı şekilde ortaya konması İslam'ın evliliğe ve aile hayatına verdiği önemin göstergesidir.

111 Dalgın, "Aile Kurumunun Nikâh Aşamasıyla İlgili Fikhî Sorunları", 35-50; Güneç, *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, II, 125.

112 Köksal, "Uygulamadaki Resmî ve Dinî Nikâhların Fikhî Yönü", 25-41; Heyet, *İslâm ve Toplum*, s. 201.

113 Dalgın, "Aile Kurumunun Nikâh Aşamasıyla İlgili Fikhî Sorunları", 35-50; Ekinci, "Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikâh", 41-60. Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 274.

114 es-Serahsî, IV, 218.

Nikâh, önemine binaen diğer akitlerden farklı kabul edildiği için diğerlerinde şahit gerekmezken nikâh akdinde şahit gerekmektedir.

Nikâh akdinde temel rükün tarafların rızasıdır. İcab ve kabul olarak isimlendirilen irade beyanı rızanın ifadesi olduğu için önemlidir. Taraflar veya velileri yahut vekilleri yanlış anlamaya imkân vermeyecek bir tarzda iki şahit huzurunda evlenme iradelerini ortaya koyarlar. Bu iradenin yanlış anlamaya imkân vermeyecek bir tarzda ortaya konması için İslam hukukçuları titizlik göstermiştir.

Evlilik akdinin önemi, değeri, aleniyetinin sağlanması ve gelecekte inkârı halinde evliliğin ispatlanması gibi gerekçeleri göz önünde bulunduran İslam hukukçuları şahitlerde bulunması gereken şartları ele alarak incelemişler ve farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Yani şahitlerde farklı şartları aramalarının temelinde, nikâhtaki şahitliğin ne tür hedeflerinin bulunduğu yatmaktadır. Dolayısıyla nikâhta şahitlerin bulunması, sadece bir şekil ve sıhhat şartı değil bilakis belli maslahatları gerçekleştirmeye yöneliktir.

Akdin şahitler huzurunda yapılması, akdin güvenilirliğini ve aleniliğini artırdığı gibi nikâhın helal olmasını ve zina veya zina töhmetinden ayrılmasını da temin etmektedir. Ayrıca ihtiyaç duyulması halinde tarafların evli olduklarının ispatını buna bağlı olarak ta boşanma durumunda olası mağduriyetlerin ve hak kayıplarının önlenmesini de temin etmektedir. Şahitlik bu maslahatları gerçekleştirdiği sürece işlevini yapıyor demektir. Ancak bu sonuçları sağlamadığı takdirde sadece şekil olarak şahitliğin yerine getirilmesi fakat amacına hizmet etmemesi durumunda devletin, bu amaçları gerçekleştirecek şekilde şahitlerin yanı sıra gerekli tedbirleri alarak nikâhın hükümlerini hukuken koruma altına alması İslam hukukunun ruhuna uygun bir düzenleme olacaktır.

Maliki mezhebinin vurguladığı gibi şahitlerin bulunmasının temel amacı, sadece şekil şartını yerine getirmek değil bilakis nikâhın alenileşmesini temin ederek nikâh hükümlerinin hukuken korunmasıdır. Bu bakış açısı, günümüzde tescil edilmeden yapılan imam nikâhlarına bağlı oluşan mağduriyetlerin giderilmesi ve zararların engellenmesi açısından önemlidir.

Nikâhın aleniyeti ve gizli nikâh sayılmaması için en az iki şahidin huzurunda yapılması yeterlidir. Ancak nikâh akdinde bulunan şahitler nikâhın yayılmasına vesile olmadığı takdirde böyle bir şahitlik ile nikâh geçerli olmakla beraber mekruh olmaktadır. Ayrıca aleniyet sağlandığı takdirde nikâhta şahitlerin bulunması şart görülmemelidir.

Tescil yapılmadan sadece dini kurallara uygun olarak yapılan nikâh, mezhepler tarafından aranan şartlar yerine geldiği için bâtil sayılamaz. Ancak resmen tescili yapılmayan ve sadece dini kurallara göre yapılan nikâh, ferdi ve toplumsal birçok zararlı sonuca sebebiyet verdiği için nikâhın tescili ve hukuken korunmaya alınması önem arz etmektedir. Çünkü tescil, hem aleniyeti sağlayarak hem de mağduriyetleri önleyerek nikâhın gizlenmesine bağlı ortaya çıkabilecek muhtemel

zararlı sonuçları ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla evlenmelerin belirli bir disiplin altına alınarak tescil edilmesi, yapılan işlemlerin İslam hukukuna uygunluğunun sağlanması, sakıncaların giderilmesi ve tarafların haklarının korunması açısından önemlidir.

Tescili yapılmayan ve hukuki koruma altına alınmayan nikâhlara maslahat açısından devletin müdahale yetkisi bulunmaktadır. Devlet, suiistimal söz konusu olunca hakların kullanımı için yeni düzenlemeler getirebileceği gibi hakların kullanımını kendi denetimine de alabilir. Nikâhın tescili bu çerçevede değerlendirilerek Kur'an ve Sünnet'e aykırı olmayan gerekli düzenlemeler yapılabilir.

# KORUYUCU AİLE UYGULAMASININ İSLAM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Ülfet GÖRGÜLÜ\*

**Özet:** Çocuklar dünya hayatının süsü ve Allah'ın nimetidirler. Her çocuğun sağlıklı ve mutlu gelişimi için bir aileye ihtiyacı vardır. Doğal ve makul olan çocuklara kendi ailelerinin bakmasıdır. Ancak şiddet, boşanma, ölüm gibi sebeplerle bu mümkün olmayabilir. Bu yüzden koruyucu aile bakımına ihtiyacı olan çocuklar bulunmaktadır. Konu, hukuki, sosyal, psikolojik bakımdan olduğu gibi dini açıdan da önem arz etmektedir.

*Anahtar kelimeler:* Çocuk, aile, koruyucu aile bakımı.

**Abstract:** Children are the ornament of this world and gifts of the God. Everychildneeds a family for healthy and happily development. The naturel and reason ableway is to look after children by their own families. However, it doesn't be possible because of the violence, divorcing, death and like the sereasons. So there are some children who needs of foster family care. This subject is important from the point of religion, as well as legal, social and psychological aspects.

*Keywords:* Children, family, fosterfamilycare.

## GİRİŞ

Koruyucu aile uygulaması, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından yürütülen bir hizmet olup, öz ailesi tarafından bakılamayan ve evlat edindirilemeyen çocuklar bu şekilde koruma altına alınmaktadır. Uygulamada çocuğun öz ailesi ile ilişkisinin ve bağının korunması ilkesi gözetildiği için, koruyucu aile olarak öncelikle yakın akraba, komşu ve dost çevresi tercih edilmektedir.

Koruyucu aile hizmetinin dini yönden bir sakınca taşıyıp taşımadığı hususu meselenin bu açıdan da ele alınmasını gerektirmektedir. Bu itibarla biz makalemizde koruyucu aile hizmetinin içeriği ve hukuki yönüne temas ettikten sonra uygulamayı İslam hukuku açısından değerlendirmeye çalışacağız.

## 1- KORUYUCU AİLE BAKIMI NEDİR?

Koruyucu aile, çocuk ve aile refahı alanında yürütülen önemli bir sosyal hizmettir.

Çocuk Hakları Kanununun 3. maddesine göre korunma ihtiyacı olan çocuk, bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu ifade etmektedir.<sup>1</sup>

\* Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Uzmanı, ulftgorgulu@gmail.com

1 <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/1527.html> (3 Mart 2013)

Koruyucu aile, çeşitli nedenlerle öz ailesi yanında bakımları bir süre için sağlanamayan çocukların kendi aile ortamlarında eğitim, bakım ve yetiştirilme sorumluluğunu kısa veya uzun süreli olarak, ücretli veya gönüllü statüde devlet denetiminde paylaşan, hissettikleri toplumsal sorumluluğu gösterebilen uygun aile ya da kişilerdir<sup>2</sup>.

Çocuklar, sağlıklı gelişebilmeleri için kendilerini koruyup sevecek, güven verip destekleyecek, maddi ve manevi ihtiyaçlarını karşılayacak sıcak bir aile ortamına muhtaçtır. Anne-babalar çocuklarını en iyi şekilde yetiştirmek için çaba gösterecekler de bazı aileler fiziksel ya da psikolojik sorunları, ekonomik yetersizlikleri, boşanma, hastalık, ölüm, özgürlüğünün kısıtlanması gibi problemler nedeniyle bütünlüklerini yitirebilmekte ve çocuklarının ihtiyaçlarını karşılayamaz duruma gelebilmektedirler.

Böyle durumlarda, çocuklara yardım edebilmenin en iyi yolu, öz ailesinin şartları iyileşinceye kadar başka bir ailenin yanında bakımlarının sağlanmasıdır. Bu nedenle, tüm dünyada korunmaya muhtaç çocuklar için en çok tercih edilen bakım şekli koruyucu aile bakımındır. Koruyucu aile bakımının, çocuğa sağladığı aile ortamı çocuğun psiko-sosyal gelişiminin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesi açısından önem taşımaktadır. Koruyucu aile hizmetinde amaç, çocuk için karmaşık ve sorunlu olan bir dönemde özenli davranılarak çocuğun bu dönemi örselenmeden geçirmesini ve normal hayatını devam ettirmesini sağlamaktır. Koruyucu aile çocuklara, öz ailesi, okulu ve çevresiyle ilişkilerini devam ettirmelerini sağlayarak yardımcı olur<sup>3</sup>.

Çocukların ancak bir aile ortamında sağlıklı yetişebileceği inancı ve bilimsel kanıtları temelinde gelişen bu hizmet aynı zamanda her çocuğun bir ailede özel ve sıcak bir ilgi görme hakkını da koruma amacındadır<sup>4</sup>.

Koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuklar; öz ailesi bulunan, öz ailesince bir süre için bakılamayan, çeşitli nedenlerle evlat edindirilme şansını tümüyle yitirmiş olan, kız ya da erkek, sağlıklı ya da özürsüz tek ya da kardeş olup, durumunun koruyucu aile yanına yerleştirilmeye uygun olduğu sosyal çalışmacı tarafından belirlenmiş çocuklardır<sup>5</sup>.

Çocuk koruma sisteminin tarihi incelendiğinde, geleneksel toplumlarda aile yanında bakımın, endüstrileşmeyle birlikte ise kurum bakımının yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir. Kurum bakımının 1950'lerden sonra çocuk ruh sağlığına olumsuz etkilerinin belirlenmesiyle birlikte, koruyucu aile programları tüm dünyada desteklenerek yaygınlaştırılmıştır<sup>6</sup>.

2 <http://www.koruyucuaille.gov.tr/tr/html/120/Koruyucu+Aile+Nedir> (3 Mart 2013)

3 <http://www.koruyucuaille.gov.tr/tr/html/120/Koruyucu+Aile+Nedir> (3 Mart 2013)

4 Koşar, Nesrin, "Türkiye'de Çocuk Refahı Hizmetlerinin Dünü", *Prof. Dr. Mualla Öztürk Anısına XX. Sempozyum Sunumları*, 15-16 Şubat, 2007, Yayına haz. Neşe Erol, Ankara Ü. Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı Yay., no: 6, s. 7.

5 <http://www.koruyucuaille.com/> (5 Mart 2013)

6 Üstüner, Seval, Erol, Neşe, Şimşek, Zeynep, "Koruyucu Aile Bakımı Altındaki Çocukların Davranış ve Duygusal Sorunları", *Çocuk ve Ruh Sağlığı Dergisi*, 12 (3), 2005, s. 130; Koşar, *agt.*, s. 13.

Koruyucu aile hizmetinin tarihsel gelişimi kurum bakımı hizmetinden daha eskidir. Koruyucu aile bakımının ilk şekli geleneksel toplumlarda kendini göstermiştir. Bu toplumlarda geniş ailelerin varlığı çocuğun korunmaya muhtaç kimsesiz hale gelmesini engellemiştir<sup>7</sup>.

Ülkemizde ilk koruyucu aile uygulaması 1949 yılında başlatılmış, hizmetin geniş olarak uygulanmasına ise 1952 yılında geçilmiştir<sup>8</sup>.

Koruyucu ailenin bulunması ve seçimi titiz bir incelemeyi gerektirmektedir. Koruyucu aile hizmetini yürütmekle görevli kurum<sup>9</sup> çocuğu bir aile yanına yerleştirirken muhtemel tehlikeleri mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldırmak için ciddi bir inceleme yapmak ve en ufak ayrıntıyı düşünmek zorundadır<sup>10</sup>.

Koruyucu ailelerin bu hizmetteki temel amacı “yardım etmek” tir. Bu durum ailelerin genelde gönüllülük esasıyla hareket ettiklerini göstermektedir. Evlat edinme ikinci motive edici etkindir. Bu durum ailelerin koruyucu aile hizmetini evlat edinme hizmetine basamak olarak kullandıklarını da göstermektedir<sup>11</sup>.

Aslında koruyucu aile uygulaması tarihi süreçte korunmaya muhtaç çocuklara hizmet vermiş olan süt evlatlık ve beslemelik gibi geleneksel bakım türlerinden farklı olduğu gibi<sup>12</sup> evlat edinme hizmetinden de farklılık arz etmektedir.

## 2- KORUYUCU AİLE UYGULAMASININ HUKUKİ YÖNÜ

Çocuk refahı alanına giren bir hizmet olarak koruyucu aileye ilişkin ilk kanuni düzenleme İngiltere’de 1601 yılında çıkarılan “Yoksullar Kanunu”nda yer almıştır. Bu kanuna göre anne-baba veya büyükanne-baba tarafından bakılamayan çocuklar, el tezgâhlarında çalışmak üzere yün ticareti yapan ailelerin yanına verilmişlerdir. İngiltere’de başlayan bu hizmet, koloni devrinde Amerika’da, çıraklık şeklinde olmak üzere, XIX. yüzyıla kadar devam etmiştir<sup>13</sup>.

XIX. yüzyıla kadar Osmanlı toplumunda, korunmaya muhtaç çocuklara yönelik çocuk bakımevi türünden her hangi bir kurum mevcut değildi. Osmanlı mahkeme sicillerinde yer alan örneklerden de hareketle Müslümanların, kimsesiz çocukları çoğu defa meccanen ailelerinde barındırdıkları söylenebilir. Şer’iyye Sicilleri incelendiğinde, yetimlerin ve fakir aile çocuklarının bakım ve terbiyesinin,

7 <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/koruyucuaileruhsagligi.html> (2 Mart 2013)

8 <http://www.koruyucuale.com/> (5 Mart 2013)

9 “Koruyucu aile hizmeti, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca belirlenen esaslar çerçevesinde Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğünün koordinasyonunda il veya ilçe müdürlüklerinde oluşturulan komisyonlar ile bu hizmet kapsamında görevlendirilen sosyal çalışma görevlisi tarafından yürütülür.” Koruyucu Aile Yönetmeliği (KAY), madde 5. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121214-2.htm> (8 Mart 2013)

10 Akyüz, Emine, “Çocuğun Güvenliği İlkesi Işığında Korunmaya Muhtaç Çocuklar”, *Ankara Ü. Eğitim Bil. Fak. Der.*, c. 24, sayı 2, 1991, s. 722.

11 <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/koruyucuaileruhsagligi.html> (2 Mart 2013)

12 Şenocak, Hasan, “Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sağlanan Bakım”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, sayı 51, 2006, s. 196; Koşar, *agt.*, s. 9.

13 Şenocak, *agm.*, s. 193.

mahkeme kadısının bilgisi dahilinde geçici evlatlık sistemiyle, gönüllü ailelerce yapıldığına dair çok sayıda uygulamaya rastlamak mümkündür<sup>14</sup>.

Bugünkü şekliyle koruyucu aile bakımı 1948 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde çocuk dairesinin kurulmasından sonra ortaya çıkmış, 1950'lerde aile krizlerinin etkilerini azaltmak amacıyla çocuklar, kısa süreler için de olsa koruyucu ailelerin yanına yerleştirilmişlerdir. 1970'li yıllardan itibaren ise problemlili çocukların korunması bakımından koruyucu aileye olan ilgi artmıştır<sup>15</sup>.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesinin 20. maddesinde konuyla ilgili: "Geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuk, Devletten özel koruma ve yardım görme hakkına sahip olacaktır. Taraf Devletler bu durumdaki bir çocuk için kendi ulusal yasalarına göre, uygun olan bakımı sağlayacaklardır. Bu tür bakım, başkaca benzerleri yanında bakıcı aile yanına verme, İslâm Hukukunda kefalet (kafalah), evlât edinme ya da gerekiyorsa çocuk bakımı amacı güden uygun kuruluşlara yerleştirmeyi de içerir. Çözümler düşünülürken, çocuğun yetiştirilmesinde sürekliliğin korunmasına dikkat edilecek ve çocuğun etnik, dinsel, kültürel ve dil kimliğine gereken saygı gösterilecektir."denilmektedir<sup>16</sup>.

Türkiye'de çocuğun bir başka ailede bakımı ile ilgili ilk yasal düzenleme 1926 yılında kabul edilen Türk Medeni Kanunu'nda yer almıştır. Bu kanuna göre ailesi yanında kalamayan çocuğun tedbir olarak baş kabir aileye verilmesi ön görülmüştür. Ayrıca, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (UHK 1930) ve Belediye Kanunu'nda (1930) aile yanında bakıma yönelik maddeler yer almıştır<sup>17</sup>. Uygulamada görülen aksaklıklar ve çocuk sorunlarının toplum yapısına daha uygun olarak çözümlenmesi ilkesi de dikkate alınarak 6972 sayılı "Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkındaki Kanun" yürürlüğe girmiştir<sup>18</sup>.

Koruyucu aile hizmetine yönelik olarak ilk kez 1984 yılında Koruyucu Aile Yönetmeliği çıkarılmış, söz konusu yönetmelik 1993 yılında yeniden düzenlenmiştir.

Türkiye'de hali hazırda uygulamanın yasal dayanağını 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 347. maddesi<sup>19</sup>ile 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun 23. madde-

14 Kurt, Abdurrahman, "İslâm'ın Koruyucu Aileye Bakışı", *Uludağ Ü. İlahiyat Fak. Der.*, sayı 6, cilt 6, 1994, s. 178, 179.

15 Şenocak, *agm.*, s. 194.

16 [http://www.unicef.org/turkey/crc/\\_cr23c.html](http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html) (10 Mart 2013)

17 Üstüner, Seval, Erol, Neşe, Şimşek, Zeynep, "Koruyucu Aile Bakımı Altındaki Çocukların Davranış ve Duygusal Sorunları", s. 131; Sayıta Usta, Sevgi, *Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile Yanına Yerleştirilmesi*, İst. 1996, s. 29; Koşar, agt., s. 10; Resmi Gazete, 06.05.1930, s. 1489 <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-459/tarihi24041930--sayisi1593--rg-tarihi06051930--rg-sayis-.html> (15 Mart 2013)

18 Sayıta, *age.*, s. 29.

19 Madde 347: Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu, onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir. <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4721.html> (11 Mart 2013)



si<sup>20</sup> oluşturmaktadır. Koruyucu aile hizmeti, bu maddeleri temel alarak hazırlanmış olan Koruyucu Aile Yönetmeliği çerçevesinde yürütülmektedir<sup>21</sup>. Yönetmeliğe göre söz konusu hizmet; akraba veya yakın çevre koruyucu aile, geçici koruyucu aile, süreli koruyucu aile ve uzmanlaşmış koruyucu aile modelleriyle sürdürülmektedir.

Haklarında korunma kararı alınmış çocukların koruyucu aileler yanına yerleştirilmeleri için öz ailelerinden muvafakat alınması zorunluluğu yoktur. Bu çocuklar ailelerinden izin alınmaksızın uygun kuruluşlara ya da koruyucu aileler yanına yerleştirilebilmektedir<sup>22</sup>. Çocuk, uygun görülen koruyucu aile yanına, koruyucu aile sözleşmesi imzalanarak, mahalli mülki amirin onayıyla yerleştirilir<sup>23</sup>. Koruyucu aile sözleşmesi imzalanıncaya kadar çocuk ve ailenin birlikte zaman geçirmeleri, birbirlerini tanımaları ve alışmalarına uygun ortam sağlanması planlanır. Bir koruyucu aile yanına, çocuklar ve koruyucu aile arasında birebir ilişki kurulması ve çocukların sağlıklı bireysel gelişimlerinin sağlanacağı uygun şartların bulunması halinde ve tercihen aynı anda olmamak üzere en fazla üç çocuk yerleştirilebilir<sup>24</sup>.

Koruyucu ailenin; yanına yerleştirilen çocuğun her yönden sağlıklı gelişimi için gerekli koşulları sağlamak ve uygulamak, Sağlık Bakanlığının belirlediği aralıklarda çocuk izlem protokollerine göre izlemine yaptırmak, varsa tedavi planı ile ilgili yükümlülükleri yerine getirmek, uygulanmasında koruyucu aile birimiyle işbirliği içerisinde olmak, çocuğun yetenekleri ve becerilerinin el verdiği ölçüde eğitim ve öğretimi veya meslek sahibi edindirilmesi için gerekli çabayı göstermek, çocuğu koruma, eğitime ve yetiştirme dışında hiçbir surette çalıştırmamak, görüş-türülmesinde koruyucu aile birimince bir sakınca bulunmaması durumunda çocuğun; anne, babası ve diğer yakınları ile koruyucu aile birimince uygun görülen şekil ve zamanda görüşmesini sağlamak, çocuğun karşılanabilir nitelikteki ihtiyaç, istek ve beklentileri ile çocuğu ilgilendiren kararlarda düşüncesini almak gibi bir takım görev ve yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>25</sup>.

Koruyucu aile, yanına yerleştirilen çocuk ve çocuğun öz ailesi belli esaslar çerçevesinde düzenli olarak izlenir. Çocuğun öz ailesinin yanına döndürülmesi için koruyucu aile ve çocukla mesleki çalışmalar sürdürülür. Öz aile ile çocuğun birlikte yaşamalarını sağlayacak kısa ve uzun dönemde mesleki çalışmalar planlanır<sup>26</sup>.

Koruyucu aile bakımının hukuki dayanağından kısaca bahsettikten sonra konunun fıkıh açısından değerlendirmesine geçebiliriz.

20 Madde 23: Mahkemece korunma kararı alınan korunmaya muhtaç çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bu kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar Kurumun denetim ve gözetiminde bir koruyucu aile tarafından da yerine getirilebilir. Koruyucu aile, korunmaya muhtaç çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini gönüllü olarak üstlenebileceği gibi Kurumca tespit edilecek ve ödenecek bir ücret karşılığında da yapabilir.

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/614.html> (3 Mart 2013)

21 Resmi Gazete, 14.12.2012, s. 28497. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121214-2.htm> (8 Mart 2013)

22 <http://www.koruyucuale.com/> (5 Mart 2013)

23 Koruyucu Aile Yönetmeliği (KAY), madde 7/1. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121214-2.htm> (28 Şubat 2013)

24 KAY, madde 15/1. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121214-2.htm> (28 Şubat 2013)

25 KAY, madde 15. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121214-2.htm> (28 Şubat 2013)

26 Konunun detayları için bkz. KAY, madde 16. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121214-2.htm> (28 Şubat 2013)

### 3- KUR'AN VE SÜNNET AÇISINDAN KORUYUCU AİLE BAKIMI

Koruyucu aile kavramı ve bu isim altında yürütülen hizmet oldukça yeni sayılabilecek bir uygulamadır. Bu isimde bir uygulamanın İslami literatürde birebir karşılığı bulunmamaktadır. Ancak Kur'an-ı Kerim'in sosyal yardımlaşma ve dayanışmaya ilişkin prensipleri, toplumun yetimler gibi özel ilgi ve desteğe muhtaç kesimlerine sahip çıkılmasına yönelik tavsiyeleri ile Hz. Peygamber'in bu hususlara dair söz ve uygulamaları koruyucu aile olgusuna bakışta bir çıkış noktası ve dini bir perspektif sunabilir.

Kur'an-ı Kerim'de inananların, Allah'ın kendilerine verdiği maddi-manevi rızıkları/nimetleri bunlara sahip olmayan kimselerle paylaşmaları üzerinde önemle durulmuştur<sup>27</sup>. Kur'an'ın temel kavramlarından birini merhamet oluşturmaktadır. Kur'an, aile ve sosyal hayattaki ilişkilerin rahmet ve merhamet ekseninde yürütülmesine dikkat çekmektedir<sup>28</sup>. Özellikle çocuklara şefkat ve merhamet gösterilmesi hususunun Hz. Peygamber'in söylem ve uygulamalarında önemli bir yeri vardır<sup>29</sup>. Kişilerin kendi çocuklarına göstermesi gereken şefkat ve merhameti, özellikle bundan mahrum bırakılmış başka çocuklara da göstermesi hem dini hem insani bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir.

Yine Kur'an'da çaresiz kimselere sahip çıkılması ve bu uğurda gerekli mücahedenin verilmesi<sup>30</sup>, yetimlerin himaye edilmesi istenmekte<sup>31</sup>, yetimi itip kakan ve yoksulu gözetmeyen kimseler kınanmaktadır<sup>32</sup>.

Hz. Peygamber de yetimlerin ve toplumun zayıf kesimlerinin bakılıp gözetilmesini ısrarla vurgulamış, bu sorumluluğu yerine getiren kimseleri cennetle ve cennette kendisiyle beraber olmakla müjdelemiştir<sup>33</sup>. En hayırlı evin, içinde kendisine iyi davranılan bir yetimin bulunduğu ev olduğunu bildirmiştir<sup>34</sup>.

Ayet ve hadislerle önemine dikkat çekilen "yetim" kavramının üzerinde durmak gerekir. Yetim bir yandan babasını yitirmiş ergenlik çağına gelmemiş olan çocuk anlamına gelirken<sup>35</sup>, diğer yandan ergenlik çağına geldiği halde rüştünü ispat edememiş çocuğa<sup>36</sup> veya kendisi için kazanç temin edeni ölmüş olup, geçimini teminden aciz kimseye de yetim denilmektedir<sup>37</sup>.

27 Bakara, 2/3, 195, 254, 261; Âl-i İmran, 3/17, 92, 134; Nisâ, 4/39; Ra'd, 13/22; İbrahim, 14/31; Hac, 22/35; Duha, 93/9-10 vb.

28 Rûm, 30/21; Fetih, 48/29.

29 Müslim, *Fedâil*, 51, 65; Tirmizî, *Birr ve sıla*, 15; Ebû Dâvûd, *Edeb*, 1, *Cihad*, 85.

30 Nisâ, 4/75.

31 Bakara, 2/83, 220; Nisâ, 4/6, 36.

32 Mâûn, 107/2-3.

33 Buhârî, *Talak*, 25, *Nafakât*, 1, *Edeb*, 25, 26; Ebû Dâvûd, *Edeb*, 120, 121, *Cihâd*, 70; Tirmizî, *Birr ve sıla*, 14.

34 İbn Mâce, *Edeb*, 6.

35 İbn Manzûr, *Lisânu'l-arab*, I-XVIII, Beyrut 2004, XV, 308.

36 Müslim, *Cihad ve siyer*, 137.

37 Elmalılı, Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, I-IX, İst. 1935-1939, VIII, 5505.

Hız. Peygamber'in, "Ergenlik çağına geldikten sonra yetimlik yoktur."<sup>38</sup> ifadesi, yetimliğin ne zaman bittiğine dair sınırı belirlemektedir. Ancak buradaki "ergenlik çağına ulaşmak" ifadesinden maksat, hakiki anlamda çocuğun ergenliğe adım atması mıdır, yoksa rüşde ermesi mi anlaşılmalıdır? İbn Abbas'tan rivayet edilen bir görüş bu hususa açıklık getirmektedir.

İbn Abbâs'a, "Yetimlik ne zaman biter?" diye sorulduğunda "Ömrüme yemin ederim ki, adam vardır, sakalı çıkar da hâlâ kendi hakkını almaktan aciz, kendi namına bir şey vermekten acizdir. İşte kişi kendi hakkını alacağında başkalarının alışverişi gibi doğru ve yeterli davranabiliyorsa, artık o zaman yetimlik durumu sona ermiş demektir." diye cevap vermiştir<sup>39</sup>.

Kur'an da evlilik çağına gelinceye kadar yetimlerin gözetilmesini, kendi ayakları üzerinde durup duramayacaklarının iyice anlaşılmasını, nihayet hayata atılabilecek bir hale geldiklerinde mallarının kendilerine teslim edilmesini istemektedir<sup>40</sup>. O halde yetimlik tek başına kalma<sup>41</sup>, mağdur ve himayeye muhtaç olma halini ifade eder. Aileleri olsa bile kendilerine sahip çıkılmayan çocuklar da toplum yetimleri olarak kabul edilebilir.

Kur'an-ı Kerim'de Firavun'un zulmünden korumak amacıyla annesinin nehre bıraktığı bebek Musa'nın Hız. Asiyeye tarafından himaye edilip, yetiştirilmesinden söz edilmektedir<sup>42</sup>. Hız. Musa'nın kendi ailesi olmakla beraber şartlar gereği ailesinin yanında kalmasının mümkün olmadığı durumda bir başkası tarafından bakım ve koruma altına alınmış olmasının, koruyucu aile bakımının bir örneğini teşkil ettiğini söylemek mümkündür.

Hız. Peygamber'in, anne ve dedesini kaybettikten sonra amcası ve yengesi tarafından bakım altına alındığı bilinmektedir<sup>43</sup>. Hız. Peygamber, Hız. Hatice ile evliliği gerçekleşinceye kadar amcasının evinde hayatını sürdürmüştür. Ebu Talip ve ailesinin bu himayesi de akraba koruyucu aile bakımına örnek gösterilebilir. Bu konuda diğer bir örnek olay da Mekke'de yaşanan şiddetli kıtlık ve kuraklık döneminde gerçekleşmiştir. Hız. Peygamber, aynı zamanda bir vefa örneği olarak da nitelenebilecek bir tavır sergilemiş, geçim sıkıntısı çekmekte olan amcası Ebu Talib'in yükünü hafifletebilmek için oğullarından Hız. Ali'yi himayesi altına alırken, diğer amcası Hız. Abbas'ın da Hız. Ali'nin kardeşi Cafer'i bakımına almasını sağlamıştır<sup>44</sup>.

Hız. Peygamber'e eşi tarafından hediye edilen Zeyd b. Harise'yi kölelikten azad ettikten sonra evlatlık edindiği bildirilmektedir. Fakat evlatlık uygulamasının ayetle ilga edilmesinin ardından<sup>45</sup> Zeyd, Hız. Peygamber'in himayesinde yaşamaya

38 Ebû Dâvûd, *Vesâyâ*, 9.

39 Müslim, *Cihad ve siyer*, 137.

40 Nisâ, 4/6.

41 İbn Manzûr, *agy*.

42 Kasas, 27/7-13.

43 İbn Hişam, Muhammed b. İshak, *es-Siretü'n-nebeviyye*, I-IV, Beyrut 1999, I, 204.

44 İbn Hişam, *age.*, I, 281-282.

45 Ahzab, 33/4-5.

devam etmiş, ailesinin, yanlarına alma talebine olumsuz cevap vermiştir<sup>46</sup>. Rasullullah Hz. Hatice ile birlikte ona bir yönüyle koruyucu ailelik yapmışlardır.

Söz konusu ayetler ve Hz. Peygamber'in hayatından örnekler ışığında koruyucu aile bakımının prensipte İslam hukuku açısından mümkün olabileceği söylenebilir. Ancak konunun nesep, mahremiyet, miras, evlatlık hükümleri ve maslahat gibi hususlar bakımından da ele alınmasında yarar vardır.

#### 4- NESEP, MAHREMİYET VE MİRAS AÇISINDAN KORUYUCU AİLE BAKIMI

Dar anlamda çocukla anne ve babası, geniş anlamda kişiyle usulü (annesi-babası, dedesi, nineleri) arasındaki soy bağıny ifade eden nesep<sup>47</sup>, İslam'ın korumayı hedeflediği temel haklardan biridir<sup>48</sup>. Ayrıca mahremiyet, evlilik, miras gibi bir takım hukuki sonuçlar doğurması açısından nesebin korunması zaruridir. Hz. Peygamber, akrabalık ilişkilerinin sürdürülebilmesi için nesebin bilinmesinin gereğine vurgu yapmıştır<sup>49</sup>. Bu itibarla koruyucu ailenin bakımına verilen çocuğun, öz aile ve akrabalarını tanınması dini bir gerekliliktir. Koruyucu aile yönetmeliğinde çocuğun, istemesi durumunda öz ailesi ile iletişiminin devam edeceği<sup>50</sup>, öz ailesinin yanına döndürülmesi için mesleki çalışmaların sürdürüleceği hususuna yer verilmiştir<sup>51</sup>. Bu kayıt nesebin korunması açısından önem arz etmektedir.

Buna dikkat edilmek kaydıyla çocuğun koruyucu aileyi anne-baba gibi görmesinde, onların da çocuğu evlat gibi kabul etmesinde bir mahzur yoktur. Nitekim Hz. Peygamber, babasının Uhud'da şehit düştüğü haberini alınca ağlamaya başlayan bir çocuğu; "*Ben senin baban olayım, Âişe senin annen olsun istemez misin?*" diyerek teselli etmiştir<sup>52</sup>.

Koruyucu aile ile çocuk arasında bir kan bağı veya süt hısımlığı yoksa çocuğun buluş çağına erişmesinden sonra, ilişkileri tesettür ve halvet yönünden mahremiyet kurallarına uygun olmalıdır. Bakımı üstlenilen çocuk süt emme çağında (0-2 yaş) emzirilirse<sup>53</sup>, emziren kadın ve kocasının süt çocuğu olur. Bu suretle mahremiyet husule gelir<sup>54</sup> ve bu hususta doğabilecek sakıncalar ortadan kaldırılmış olur.

46 İbnü'l-Esir, Ebu'l-Hasen İzzuddin Ali b. Muhammed, *Üsdü'l-gâbe fi ma'rifeti's-sahâbe*, I-V, Beyrut 1997, II, 350; İbn Hişam, *age.*, I, 284.

47 Dönmez, İbrahim Kafi, "Nesep", *DİA*, İst. 2006, XXXII, s. 573.

48 Gazzâlî, Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfâ min 'ilmi'l-'usûl*, I-II, Beyrut 1997, I, 417; Şâtîbî, Ebü İshak İbrâhîm b. Mûsâ, *el-Muvâfakât fi usûli'l-ahkâm*, I-IV, Kahire 1940 basımından ofset, II, 4; İbn Âşûr, Muhammed Tâhir, *İslâm Hukuk Felsefesi* (çev. Vecdi Akyüz-Mehmet Erdoğan), İstanbul 1988, s. 151.

49 Tirmizî, *Birr ve sila*, 49; İbn Hanbel, *Müsned*, II, 374.

50 KAY, madde 17. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121214-2.htm> (28 Şubat 2013)

51 KAY, madde 16. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121214-2.htm> (28 Şubat 2013)

52 İbn Hacer, Şihâbuddin Ahmed b. Ali el-Askalânî, *el-İsâbe fi temyizi's-sahâbe*, I-VIII, Beyrut 1412, I, 302.

53 Bakara, 2/233; Lokman, 31/14; Ahkâf, 46/15; Şâfiî, Ebü İshak İbrâhîm b. Mûsâ, *el-Umm*, Lübnan, ty., s. 892.

54 Nisa, 4/23; Buhârî, *Şehâdât*, 7; Müslim, *Rada*, 1; Nesaî, *Nikah*, 52; Dârimî, *Nikah*, 48; Serahsî, Ebü Bekr Muhammed b. Ahmed, *el-Mebsût*, I-XXX, Beyrut ty., V, 136, XXX, 292; Kâsânî, Alâuddin Ebübekr b. Mes'ûd, *Bedâiü's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, I-X, Beyrut 1997, V, 62; İbn Kudâme, Abdullah b. Ahmed el-Makdisî, *el-Mukni'*, Cidde 2000, s. 384; İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, I-II, Beyrut 2008, II, 34.

Hız. Peygamber çocukların yedi yaşından itibaren ayrı yataklarda yatırılmasını ifade etmiş<sup>55</sup>, dolayısıyla beden mahremiyeti bilincinin çocuğa kazandırılmasının önemine dikkat çekmiştir. Koruyucu aile kendi çocuğuyla himaye edilen çocuk arasında bu hususta söz konusu hassasiyeti göstermelidir. Çocukların öncelikle yataklarının, mümkünse odalarının ayrı olması İslam'ın öngördüğü mahremiyeti muhafaza bağlamında önem arz etmektedir.

İslam hukukunda miras tahakkuku muris ile varis arasındaki karabetten kaynaqlanmaktadır. Koruyucu aile ile bakım altına alınan çocuk arasında miras tahakkuk ettirecek derecede bir akrabalık söz konusu değilse, aile ile çocuk arasında herhangi bir miras ilişkisinden söz edilemez. Ancak aile dilerse, himaye ettikleri çocuğa mallarından bağışta bulunabilir<sup>56</sup>. Yine mallarının üçte birinden vasiyette bulunarak<sup>57</sup> çocuğa maddi anlamda destek olabilir.

Koruyucu aile bakımı genellikle evlat edinme uygulamasıyla karıştırılmaktadır. Kimi aileler uygulamaya, bu nedenle uzak dururken kimileri de bunu evlat edinmenin bir basamağı olarak kullanmaktadır. Bu itibarla uygulamanın evlat edinmeden farkını da ele almak uygun olur.

## 5- KORUYUCU AİLE BAKIMININ EVLAT EDİNME DEN FARKI

Evlat edinme, şartları, sonuçları ve sona ermesi Medeni Kanunda düzenlenmiş bulunan, hâkimin izni ile tamamlanan hukuksal bir kurum olup evlat edinenle evlatlık arasında evlilik içi soy bağına benzer bir hısımlık ilişkisi meydana getirir<sup>58</sup>. Çocuk, evlat edinme sonucunda evlat edinenin mirasçısı olur, onun soyadını alır ve onun velayeti altına girer<sup>59</sup>.

Evlat edinen aile hukuksal bir süreci tamamlayarak çocuğun velayet hakkını üzerine alırken, koruyucu aile sisteminde aile, çocuğun bakım, yetiştirme ve eğitim sorumluluğunu Devlet ile paylaşmakta, çocuğun velayeti biyolojik ailesinde kalmaktadır<sup>60</sup>. Koruyucu aile çocuğun günlük bakımında, eğitiminde, ikametgâhını belirlemede, üçüncü kişilerle ilişkilerinin kontrolünü sağlamada ebeveyni temsil etmektedir. Velayet hakkı veliye, küçüğün mallarını yönetim ve kullanma hakkı vermesine karşılık koruyucu ailenin küçüğün malları üzerinde tasarruf yetkisi bu-

55 Ebû Dâvûd, *Salat*, 26.

56 İbn Kudâme, Abdullah b. Ahmed el-Makdisî, *el-Muğni*, I-II, Lübnan 2004, I, 1333; İbn Rüşd, *age.*, II, 314; Mevsîlî, Abdürrahîm b. Muhammed, *el-İhtiyâr*, I-IV, İstanbul 1984, III, 48.

57 İbn Mâce, *Vasâiyâ*, 5; Şâfiî, *age.*, s. 714; İbn Kudâme, *age.*, II, 1388; İbn Rüşd, *age.*, II, 322; İbn Hazm, Ali b. Ahmed el-Endülüsî, *el-Muhallâ*, Lübnan ty., s. 1506; Mevsîlî, *age.*, V, 62.

58 Akyüz, Emine, "Velayet, Çocuğun Korunması ve Koruyucu Aile", *Prof. Dr. Mualla Öztürk Anısına XX. Sempozyum Sunumları*, s. 111; Şenocak, *agm.*, s. 198; Sayita, *age.*, s. 36.

59 Medeni Kanun, m. 314: Evlatlık, evlat edinenin mirasçısı olur. Evlatlık küçük ise evlat edinenin soyadını alır. Evlat edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir. Ergin olan evlatlık, evlat edinilme sırasında dilerse evlat edinenin soyadını alabilir. Eşler tarafından birlikte evlat edinilen ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin nüfus kaydına ana ve baba adı olarak evlat edinen eşlerin adları yazılır.

<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4721.html> (11 Mart 2013)

60 <http://www.koruyucuaile.com/> (5 Mart 2013); Sayita, *age.*, s. 17.

lunmamaktadır<sup>61</sup>. Bununla birlikte eğer velisi yoksa, hakim koruyucu ana-babayı ya da bunlardan birisini çocuğa vasi atayabilir<sup>62</sup>.

Nesebi belli olsun olmasın başkasına ait bir çocuğu kendi çocuğu olarak kabul etme anlamındaki evlat edinme geçmişte ve günümüzde rastlanan sosyal ve hukukî bir realitedir. Arapçada evlat edinme karşılığında kullanılan tebennî, “oğul” anlamındaki İbn kelimesinden türemiş olup “oğul edinme” demektir. Evlat edinme kurumunun var olduğu hemen bütün toplumlarda görüldüğü gibi eski Arap toplumunda da sadece erkek çocuklar evlat edinildiğinden bu vakıa tebennî kelimesiyle ifade edilmiştir. Kız çocuklarının evlat edinilmesi sonraki dönemlerde görülür<sup>63</sup>.

Cahiliye döneminde yaygın olan evlatlık uygulaması, neseb, evlenme, boşanma, miras, sıhrî hısımlık gibi konularda öz çocuk gibi sonuçlar doğururdu. Bu yüzden evlatlığın dul kalan eşiyile de evlenilmezdi<sup>64</sup>. İslam’ın ilk yıllarında eski gelenegin devamı olarak sürdürülen ve hukuki bir takım sonuçlar doğuran evlatlık müessesesi; “Allah, evlatlıklarınızı öz çocuklarınız (gibi) kılmamıştır.”<sup>65</sup> mealindeki ayetle kaldırılmıştır<sup>66</sup>. Hz. Peygamber de kişinin, babası olmadığını bildiği halde kendisini babasından başkasına nispet etmesinin haram olduğunu ifade etmiştir<sup>67</sup>. Bu kurumun İslam hukukunca benimsenmemesi, böyle bir uygulamaya sevk eden dinî telakkilerin batıl inançlardan kaynaklandığının ortaya konması, ayrıca karşıladığı bazı psikolojik ve sosyal ihtiyaçların İslam’da farklı kurumlarla karşılanması ve esas itibarıyla evlatlık uygulamasının sunî oluşuyla izah edilebilir<sup>68</sup>.

İslam’da, hukuki sonuçlar doğuran evlatlığın kaldırılmış olması miras, evlenme, çocuk ebeveyn ilişkisi gibi hususlarda evlatlığın öz evlat hükümlerine tabi olmayacağını ortaya koymakta, bununla birlikte himayeye muhtaç çocukların gözletilmesine, onlara yakın ilgi ve şefkat gösterilmesine, evlat gibi muamele edilmesine engel teşkil etmemektedir.

Ancak bunu yapmak için çocuğun kendi soy kütüğü ile ilişkisini kesmek, öz ana babasını unutturmak kimsenin hakkı olmadığı gibi kanunî mirasçıların arasına katmak, aile içinde mahremiyet bakımından öz evlat gibi davranmak da doğru

61 Akbulut Kurtuluş, Seda, *SHÇEK Aracılığıyla Evlat Edinme ve Koruyucu Aile Kurumu*, Ankara 2011, s. 106, 107. (Basılmamış yüksek lisans tezi).

62 Akyüz, *agt.*, s. 112; Şenocak, *agm.*, s. 198.

63 Aydın, Mehmet Akif, “Evlat Edinme”, *DİA*, İst. 1995, XI, 527.

64 Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle Aile İlmihali*, İst. 1995, s. 299.

65 Ahzab, 33/4.

66 Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 292; Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed, *el-Câmi li akâmi'l-Kur'an*, I-XVIII, Beyrut 1988, XIV, 122.

İslamda evlatlık ilişkisinin hukuki bir değere sahip olmadığını ortaya koymak üzere, Hz. Peygamber’in daha önce evlatlığı olan Zeyd’in boşadığı Zeynep ile evlenmesi hakkında; “Zeyd onunla ilişkisini kesince, müminlere evlatlıklarının –kendileriyle beraber olup ayrıldıkları- eşleriyle evlenmeleri hususunda bir sıkıntı gelmesin diye seni o kadımla evlendirdik.” (Ahzab, 33/37) ayeti ile düzenleme yapılmış, böylece evlatlığın öz çocuk gibi olmadığı bizzat Hz. Peygamber’in hayatından uygulama örneğiyle tescil edilmiştir.

67 Buhârî, *Menâkıb*, 6.

68 Aydın, “Evlat Edinme”, *DİA*, XI, 528.

ve gerekli değildir. Bunun yerine İslâm'ın tavsiyesi, koruma altına almak, bakmak, büyütme, ihtiyaçlarını karşılamak; hukuk ve helâl-haram kuralları bakımından ona öz çocuk gibi değil, bir din kardeşi gibi muamele etmektir<sup>69</sup>. Din İşleri Yüksek Kurulu'nun da koruyucu aile bakımına ilişkin bir soruya verdiği cevap bu doğrultudadır<sup>70</sup>.

Konuyla ilgili değerlendirmelerde İslam'da evlat edinme uygulamasının olmadığına belirtilmesine rağmen koruyucu aile hizmetinin önemine vurgu yapılmakta, bu tarz alternatif müesseselerin gereği üzerinde durulmaktadır<sup>71</sup>.

## 6- MASLAHAT AÇISINDAN KORUYUCU AİLE BAKIMI

İslam hukukunun fer'i kaynakları arasında yer alan mesâlih-i mürsele; hükmün kendisine bağlanması ve üzerine hüküm bina edilmesi, insanlara bir fayda sağlayan veya onlardan bir zararı gideren fakat muteber veya geçersiz sayıldığına dair belirli bir delil bulunmayan manalar/gerekliler şeklinde tarif edilmiştir<sup>72</sup>. Diğer bir tanıma göre; Şer'in muayyen bir nassının, muteberliğine veya butlanına şahitlik etmediği maslahattır. Maslahat özü itibariyle yararı sağlama veya zararı önlemekten ibarettir<sup>73</sup>.

Maslahatla hüküm verebilmek için bir takım şartlardan söz edilmiştir. Gazzâlî (ö.505/1111), muayyen bir asıla kıyas yoluyla elde edilmemiş olan maslahatın dikkate alınması noktasında üç vasfın göz önünde bulundurulmasından söz ederek bunları; zaruret, maslahatın kesin ve külli oluşu şeklinde açıklar<sup>74</sup>. Şâtıbî (ö.790/1388)'ye göre de tüm mahaller ve her türlü durum için maslahat; ebedi, külli ve genel vasıfta olmalıdır<sup>75</sup>. Ayrıca fıkıh bilginleri maslahatın, Şari'in gözettiği maksatlarla uyumlu, makul ve zorluğu gidermeye yönelik olması gibi şartlar üzerinde durmuşlardır<sup>76</sup>.

Maslahatla ilgili bu yaklaşımlar göz önüne alındığında; çeşitli nedenlerle öz aileleri yanında bakımları sağlanamayan çocukların eğitim, bakım ve yetiştirilme sorumluluğunun koruyucu aile tarafından üstlenilmesinin, onlara sıcak bir aile ortamında yetişme imkânının tanınmasının, maddi ve manevi ihtiyaçlarının kurum yerine aile marifetiyle karşılanmasının çocuk refahı açısından mesalih-i mürsele kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

69 Heyet, *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, Ankara 2007, IV, 366.

70 <http://kurul.diyaret.gov.tr/sorusor/sorusor.aspx> (27 Mart 2013)

71 Bkz. Köse, Murtaza, "Mukayeseli Hukukta Evlat Edinme Problemi", *Atatürk Ü.İ.F.Dergisi*, 15/2001, s. 306; Acar, H. İbrahim, "İslam Hukuku Açısından Evlat Edinme ve Hz. Peygamber'in Zeynep'le Evliliği", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 7, Nisan 2006, s. 110.

72 Şa'ban, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, çev. İbrahim Kafi Dönmez, Ankara 1996, s. 170.

73 Gazzâlî, *age.*, I, 416; Ayrıca bkz. Zeydan, Abdulkarim, *el-Medhal li dirâseti'ş-şeriatî'l-İslâmiyye*, Bağdat 1969, s. 170.

74 Gazzâlî, *age.*, I, 421.

75 Şâtıbî, *age.*, II, 25.

76 Ebu Zehra, Muhammed, *Usûlü'l-fıkıh*, Kahire 1958, s. 221; Bkz. Şa'ban, *age.*, s. 171-172.

Bununla birlikte çocuğun yabancı bir aile yanına yerleştirilmesinin, hem çocuk hem koruyucu aile açısından bir takım mahzurlarının olabileceği de göz ardı edilmemelidir. Çocuğun, aile bireyleri tarafından kötü muameleye, istismara maruz kalabileceği söz konusu edilebileceği gibi<sup>77</sup>, ailenin de aralarına yeni katılan yabancı bir çocukta olumsuz anlamda etkilenebileceğini, özellikle evdeki çocukların bunu kabullenmekte, ebeveynlerini ve evlerini bir başka çocukla paylaşmakta bir takım zorluklar yaşayabileceklerini söylemek mümkündür<sup>78</sup>.

Karşılaşılabilecek bu sorunların giderilmesi için gerekli önlemlerin alınması, inceleme ve denetimlerin usulünce yapılması durumunda koruyucu aile bakımının çocuğun refahı ve maslahatı açısından kurum bakımından daha uygun olduğu kanaatindeyiz<sup>79</sup>.

## 7- KORUYUCU AİLEYE VERİLEN BAKIM ÜCRETİNİN DİNİ YÖNÜ

Koruyucu aile yönetmeliğinde (m. 24) çocukların bakım, eğitim ve yetiştirilmelerine ilişkin harcamalara karşılık olmak üzere talepte bulunan ailelere her çocuk için belirlenen yaş aralıklarına göre belli bir miktar aylık ödeme yapılması düzenlenmiştir<sup>80</sup>.

Söz konusu ödemeyi almanın dini açıdan bir sakınca teşkil edip etmeyeceği hususu da tartışma konusu yapılmıştır. Din İşleri Yüksek Kurulunca, koruyucu aile bakımı kapsamında devlet tarafından ödenen paranın, himaye edilen çocuğa harcanması veya onun adına saklanması halinde koruyucu aile tarafından alınmasında dinî açıdan bir sakınca bulunmadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, fakir olması durumunda koruyucu ailenin, çocuk için verilen paradan makul bir şekilde istifade etmesi de mümkündür<sup>81</sup>. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de; "*Yetimleri deneyin. Evlenme çağına (buluğa) erdiklerinde, eğer reşid olduklarını görürseniz, mallarını*

77 Özellikle yurt dışında koruyucu aile bakımına verilen çocukların ve öz ailelerinin yaşadığı olumsuzluklarla ilgili olarak son dönemlerde medyaya yansıyan haberler dikkat çekmektedir. Almanya, Hollanda, Belçika gibi ülkelerde çeşitli sebeplerle ailelerinden uzaklaştırılan Türk çocuklarının yabancı koruyucu ailelerin yanına yerleştirildiği bu durumun dil, din, kültür vb. yönlerden büyük sıkıntılara neden olduğuna dikkat çekilmekte, Türk aileler koruyucu aile olmaya teşvik edilmektedir. Örneğin; Almanya'da ülke genelinde el konulan ve evlatlık olarak bakıcı ailelere verilen ve Jugendamt (Gençlik bürosu) yurtlarında barınan Türk kökenli çocuk ve genç sayısının 1500-2000 arası olduğu tahmin ediliyor.

Bkz. [http://euro.zaman.com.tr/euro/newsDetail\\_getNewsById.action;jsessionid=279EF2BDAF084D269B60F90B74276BA.node1?newsId=51530](http://euro.zaman.com.tr/euro/newsDetail_getNewsById.action;jsessionid=279EF2BDAF084D269B60F90B74276BA.node1?newsId=51530) (22 Mart 2013)

<http://www.sondevir.com/aile/119290/hollandada-koruyucu-aileye-verilen-cocuklarin-5te-1i-turk.html> (22 Mart 2013)

<http://imzakampanyam.com/Cocuklarimiz-Dokunma-Hollanda-imza-kampanyasi> (22 Mart 2013)

Sabah Gazetesi, 14/03/13; Nico De Fijter, Trouw, 19/02/13.

Former ve Pullock (1998) bakım altındaki her beş çocuktan birinin kurum ya da koruyucu aile tarafından cinsel istismara maruz kaldığını tespit etmiştir. Bkz. Erol, Neşe, Şimşek, Zeynep, "Korunma Gerekliğini Olan Çocuklar, Kurum Bakımı ve Koruyucu Aile Sistemi", Prof. Dr. Mualla Öztürk Anısına XX. Sempozyum Sunumları, s. 139.

78 Koruyucu aile olmanın getirdiği zorluklar hakkında bkz. Erol, Şimşek, *agt.*, s. 149.

79 Kurum bakımının çocuk üzerindeki olumsuz etkileri hakkında bkz. Akyüz, Emine, "Korunmaya Muhtaç Çocukların Kurum veya Koruyucu Aile Yanına Yerleştirilmesi", *Ankara Ü. Eğitim Bil. Fak. Der.*, c. 21, sayı 1988 ,2-1, s. 418.

80 <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121214-2.htm> (28 Şubat 2013)

81 <http://kurul.diyabet.gov.tr/sorusor/sorusor.aspx> (27 Mart 2013)



*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.” buyurulmuştur<sup>82</sup>.*

Koruyucu aile olmayı düşünen fakat maddi imkanları elvermediği için bunu gerçekleştirilemeyen kimselere devletin sağlayacağı bu destek hem aile hem bakım altına alınacak çocuk için yarar sağlamaktadır. Ancak bu ödenekten faydalanabilmek için koruyucu aile olmak isteyebilecek kimselerin iyi tespit edilmesi, bunun kötüye kullanılmasını önleyecek tedbirlerin alınması da önem arz etmektedir.

Nitekim Sağlık Bakanlığı tarafından 1987 yılında hazırlanan “Koruyucu Aile ve Evlat Edinme Genel Durum Raporu”nda, yeterli ücret sağlandığında korunmaya muhtaç çocukların daha iyi yetişmesinin ve gelişmesinin mümkün olacağı, kurum bakımından uzaklaşarak koruyucu aile bakımına ağırlık verileceği, devletin bu yolla daha az maddi külfet altına gireceği belirtilmektedir<sup>83</sup>.

## SONUÇ

İslam dini evliliği teşvik etmiş, çok zorunlu olmadıkça boşanmayı hoş görmemiş, nikâhsız beraberlikleri yasaklayarak aile müessesesini kurmaya ve korumaya büyük önem vermiştir. Ayrıca birey, aile ve toplumu olumsuz yönde etkileyen içki, kumar vb. zararlı alışkanlıkları yasak kılmış, böylece toplum içinde korunmaya muhtaç, kimsesiz ya da terk edilmiş çocukların yer almasının önüne geçmeye çalışmıştır. Bütün tedbirlere rağmen bu olumsuzlukları tamamen ortadan kaldırmanın mümkün olmadığı bir realitedir. Çeşitli sebeplerle aileler parçalanabilmekte ya da çocukların güven ve refahını tehdit eden durumlar meydana gelebilmektedir.

Çocukların fiziksel, zihinsel, sosyal ve ruhsal açıdan sağlıklı gelişebilmeleri, maddi ve manevi ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için sıcak bir aile ortamına ihtiyaçları vardır. Ancak yoksulluk, hastalık, ölüm, aile içi sorunlar vb. nedenlerle öz ailelerinin yanında bakımları sağlanamayan çocuklar için kurum yerine koruyucu aile bakımı üzerinde durulmaktadır.

Kur’an-ı Kerim çocukları hayatın süsü<sup>84</sup> ve göz aydınlığı<sup>85</sup> olarak tavsif etmektedir. Ellerinden tutulup, hayata hazırlanmayı bekleyen çocuklar duygusal, bedensel ve zihinsel yönden korunup gözetilmeye muhtaç birer emanettir. Erdemli bireyler ile sağlıklı bir toplum inşa etmenin yolunun çocukların sevgi ve ilgi ile yetiştirilmelerinden, küçük yaşta verilecek değerler eğitiminden geçtiği muhakkaktır. Doğal ve makul olan, her çocuğun kendi aile ortamında ve ebeveyninin

82 Nisa, 4/6.

83 Akyüz, *agm.*, s. 726.

84 Kehf, 18/46.

85 Furkan, 25/74.

yanında yetişmesidir. Bunun sağlanabilmesi için ana-babanın sorumluluklarının bilincinde olması gerektiği gibi, devlet de aileye bu konuda gereken desteği vermelidir. Ancak öz aile şefkatinden mahrum olan çocuklara sahip çıkılması vicdani olduğu kadar insani bir görevdir. Çeşitli nedenlerle çocukların koruyucu ailenin himayesine verilmesi İslamî inanç ve değerler açısından da önem arz eden bir uygulamadır.

İslam'da kimsesiz bir çocuğa sahip çıkmak, bir yetimin başını okşamak, evini ve gönlünü yetimlere açmak, maddi ve manevi ihtiyaçlarını karşılamaya çalışmak tıpkı ibadet bilinciyle yerine getirilmesi gereken bir ahlaki sorumluluk olarak kabul edilmiştir. Bir çocuğu sahiplenmek, sadece bedeninin değil ruhunun ihtiyaçlarını da gidermek, onu önce kendisine sonra topluma kazandırmak, kendisi ve çevresiyle barışık, verimli, mutlu bir insan yetiştirmek kutsal bir görev addedilmelidir.

Aile ihmaline ya da ailesizliğe duçar olmuş çocukları himaye etmek onlara bir ikram olmanın ötesinde toplumun üzerinde büyük bir mesuliyettir. Bir takım mahzurları sebebiyle dini prensipler açısından uygun bulunmayan evlatlık müessesesiyle koruyucu aile hizmeti kimi zaman birbirine karıştırılabilmektedir. Oysa hukuki bir takım sonuçlar doğuran evlatlık müessesesiyle koruyucu aile uygulaması birbirinden tamamen farklıdır. Bu sebeple dini hassasiyetleri öne sürerek koruyucu aile hizmetine karşı çıkmanın, merhamet, yardımseverlik, yetimi ve kimsesizi sahiplenme, bir çocuğun geleceğini kurtarma, topluma bir insan kazandırma gibi dinin önemle üzerinde durduğu erdemleri göz ardı etmek anlamına geleceği söylenebilir.

Koruyucu aile bakımı, öz ailenin yerine geçen bir hizmet türü değildir. Kimsesiz çocukların yanı sıra, ailesi olan ve çeşitli nedenlerle bir arada yaşayamayan çocuklara geçici olarak verilen bir hizmet modelidir. Bu itibarla öz ailenin problemlerini giderici yönde çalışmalar sürdürülmeli, aile rehabilite edilmeli, böylece çocuğun en kısa sürede ailesine geri dönüşü sağlanmalıdır. Çocuğun, öz ailesinin yanına dönüşünde uyum sağlayabilmesi için süreç iyi planlanmalı ve gereken önlemler alınmalıdır. Öz ailesinin yanında yaşamını sürdürmesi mümkün olmayan çocuklar için akraba bakımının sağlanmasına öncelik verilmelidir. Çocuğun, hayatını alışkın olduğu bir ortamda devam ettirmesi ve kültürel kimliğini muhafaza edebilmesi bakımından akraba koruması daha uygun olabilir.

Sonuç olarak çocuğun öz ailesiyle görüşmesi ve duygusal bağının sürdürülmesi şartıyla geçici süre koruyucu aile tarafından sevgi ve merhametle himaye edilmesinin İslam hukuku açısından da desteklenebilecek bir uygulama olduğu düşüncesindeyiz.

# İSLÂM AİLE HUKUKUNA GÖRE İNTERNET ORTAMINDA NİKÂH AKDİNİN (EVLENME SÖZLEŞMESİNİN) KURULUŞU

Yrd. Doç. Dr. İbrahim YILMAZ\*

**Özet:** Nikâh akdi, aile kurumunun ilk adımını oluşturmaktadır. Bundan dolayı İslâm, nikâh akdinin kuruluşuna büyük önem vermiş ve bu akdin kuruluşu için bazı temel unsur ve şartlar koymuştur. İslâm hukukuna göre nikâh medeni bir akittir ve bu akdin kuruluşu, tarafların irade beyanlarını (icap ve kabul) aynı mecliste şahitlerin huzurunda -sesli olarak- beyan etmeleri ile gerçekleşmektedir. Bununla birlikte devletin/kamu otoritesinin koymuş olduğu formalite ile ilgili şekil şartları (kanuni şart) da nikâh akdinin resmi açıdan geçerli olması için önem arz etmektedir. İletişim teknolojisindeki gelişmeler ile birlikte farklı mekânlarda ve çok uzak mesafelerde bulunan taraflar internet ortamında *yazılı, sesli ve görüntülü* olarak hukuki sözleşme yapma imkânına sahip olmuştur. Teknolojideki bu hızlı gelişmelerden aile hukuku da nasibini almış ve internet ortamında icra edilen nikâh akdinin hükmü İslâm hukukçuları tarafından tartışılmaya başlanmıştır. Klasik İslâm hukuku doktrininde gaipler (hazır olmayanlar) arasında nikâh akdinin kurulması tartışılmış ve Hanefîler bunun caiz olduğunu söylemiştir. Günümüz İslâm hukukçuları da modern iletişim araçları ile eş zamanlı olarak yapılan akitlerin hazırlar arasındaki akitler gibi olduğunu söylemektedir. Bu makalede internet ortamında icra edilen nikâh akdinin İslâm hukuku açısından geçerli olup olamayacağı konusu üzerinde durulmuştur.

*Anahtar Kelimeler:* İslâm Aile Hukuku, İnternet, Nikâh Akdi/Evlenme Sözleşmesi

## According to İslâmic Family Law The Establishment Of Marriage Agreement On Internet

**Abstract:** Marriage is the first step in the foundation of family. Therefore İslâm attached great importance to the establishment of marriage contract and has set some of the basic elements and requirements for the establishment of this covenant. According to İslâmic law marriage is a civil contract through contractual and the establishment of this covenant is realized with the same assembly to declare aloud in the presence of witnesses by the parties declarations of will (offer and acceptance). However, government/public authority to be put on the formality of formal requirements (legal requirement), it is important to be viable in the formal marriage contract. With the advancements in communication technology the parties in different places and far apart distances have been able to make a legal contract in writing, audio and video communication on the internet. The family law has also taken its fair share from this rapid advances in technology and enforcement provisions of the marriage contract in the internet began to be discussed by İslâmic jurists. The establishment of the conclusion of the wedding inter absentes (not ready) in the doctrine of classical İslâmic law is discussed and Hanafi said that it is permissible. In today's İslâmic jurists say also that the contracts made simultaneously with the modern means of communication, such as contracts between the members present. In this article it is emphasized that there is a valid to establish marriage contract on the internet in terms of İslâmic law.

*Keywords:* İslâmic Family Law, Internet, Marriage Contract

\* Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi İlahiyat Fak., ibrh.yilmaz@hotmail.com

## GİRİŞ: KONUNUN GÜNCELİĞİ

İnsanlık tarihinde bir zamanlar uzak mesafeler arasında duman, posta güvercinleri vb. klasik vasıtalarla kurulan haberleşme şekli zamanla yerini telgraf, telefon, telsiz, teleks, faks, kaset (ses kaydı), video (görüntü kaydı), radyo, televizyon, bilgisayar, cep telefonu (internet) gibi modern iletişim araçlarına<sup>1</sup> bırakmıştır.<sup>2</sup> Son yıllarda ise iletişim teknolojisindeki gelişmeler sayesinde çok uzak mesafelerden bir kaç saniye içerisinde *yazılı, sesli ve görüntülü* olarak internet ortamında eş zamnallı iletişim kurmak mümkün hale gelmiştir. Böylece milyonlarca bilgisayarın birbirine bağlanması ile oluşan internet teknolojisi sayesinde tüm dünya adeta tek bir köy/yerleşim merkezi haline gelmiştir.

Bugün tüm dünyada internet kullanımı günlük hayatın bir parçası olmuş,<sup>3</sup> internet ortamında ticari ve hukuki sözleşme yapmak günlük sıradan bir olay haline gelmiştir. Bundan dolayıdır ki, internet ortamında gerçekleşen ticari ve hukuki işlemlerde tarafların haklarını güvence altına almak için ulusal ve uluslararası hukuk açısından devletler bazı yasal düzenlemeler yapmak zorunda kalmıştır.<sup>4</sup>

Hiç şüphesiz internet dünyasındaki bu gelişmeler İslâm ülkelerini ve Müslümanları da etkilemiş, internet (ve diğer modern iletişim araçları) üzerinden yapılan ticari ve hukuki muamelelerden aile hukuku da nasibini almıştır. Böylece, farklı mekânlarda ve çok uzak mesafelerde bulunan tarafların internet ortamında icra ettikleri nikâh akdinin, İslâm hukuku açısından geçerliliği tartışılmaya başlanmıştır.<sup>5</sup>

Günümüzde internet ortamında yapılan sözleşmeler, diğer modern iletişim araçları ile yapılan tüm elektronik sözleşme şekillerini de içerdiği için araştırma-

1 Modern iletişim araçlarından kasıt, çok uzak mesafelerden hızlı bir şekilde haberleşmeyi sağlayan elektronik araçlardır.

2 Geçmişten günümüze iletişim/haberleşme araçlarının tarihi seyri ve İslâm hukukunda iletişim araçlarının değerlendirilmesi için bk. Ali Türkmen, *İslâm İletişim Hukuku*, (Doktora Tezi, Danışman: Doç. Dr. Muhsin Koçak, Ondokuz Mayıs Üniv. Sosyal Bilimler Enst., Samsun 1995).

3 Bir iletişim vasıtası olarak interneti kullanmanın dini/fıkhi hükmü ile ilgili bk. Abdurrahman b. Abdullah es-Sened, *el-Ahkâmü'l-fikhiyye li't-teâmülâti'l-elektroniiyye*, Dâru'l-verrâk, Beyrut 2004, s. 81-82, 98-104.

4 Konuyla ilgili geniş bilgi için bk. Buket Öztuna Cox, *Avrupa Birliği Hukukunda Elektronik Ticaret ve Türkiye'deki Gelişmeler*, Pusula yay., İstanbul 2002, s. 23 vd.; Hatice Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003, s. 113-236; Şaban Kayıhan-Habip Yıldız, *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*, Seçkin Yay., Ankara 2004, s. 34-35, 93-111; *İnternet ve Hukuk: Bilişim Hukuku Üzerine Yazılar İnternet Ve Ceza Hukuku, Bilişim Hukukuna İlişkin Hukuki Metinler* (Derleyen: Yeşim M. Atamer), İstanbul Bilgi Üniv. Yay., İstanbul 2004, s. 5-801; Gamze Turan, "Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti", TBB Dergisi, Sayı 77, 2008, s. 87-119; Sened, *el-Ahkâmü'l-fikhiyye*, s. 49-51.

Elektronik sözleşme ortamında tüketiciyi koruma ile ilgili İslâm (hukuku) açısından alınan önlemler için bk. Hamdi Muhammed Mustafa Hasan, "Humâyetü'l-müstehtlik fi nizâmî't-ticâretî'l-elektroniiyye min manzûri'l-islâm", *Mecelletü merkezi Salık Kamil li'l-iktisâdi'l-islâmî*, Camiatü Ezher, yıl:7, sayı:23, 2004, s. 165-220.

5 Bugün, farklı mekânlarda ve uzak mesafelerde olan taraflar (gaipler) arasında internet ortamında icra edilen nikâh akdinin geçerliliğini İslâm hukuku açısından tartışmak mümkündür. Çünkü İslâm hukukunda buna cevaz veren görüşler vardır. Ancak aynı durum bugün ülkemizde mer'î bulunan TMK'ya göre mümkün değildir. Çünkü TMK'ya göre evlenme sözleşmesi, tarafların iradelerini devletin resmi memurunun önünde hazır bulunarak -şahitlerin huzurunda sözlü bir şekilde- açıklamaları ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla TMK'ya göre gaipler arasında evlenme sözleşmesi olamayacağı gibi evlenmenin vekil veya veli (yasal temsilci) aracılığı ile olması da mümkün değildir. (Bk. TMK, md. 134-155. Ayrıca bk. Turgut Akıntürk, -*Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2004, s. 87-96)

mızda sadece “*İnternet Ortamında Nikâh Akdinin (Evlenme Sözleşmesinin) Kuruluşu*” üzerinde durulmuştur. Dolayısıyla internet ortamında icra edilen nikâh akdi ile ilgili görüş ve değerlendirmeler diğer modern iletişim araçları ile icra edilen nikâh akdi için de geçerli olacaktır.<sup>6</sup>

## I. İNTERNET ve İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN SÖZLEŞMELERE GENEL BAKIŞ

Bilgiye ulaşmamızda ve sosyal ilişkilerimizde internetin önemli bir yeri vardır.<sup>7</sup> Burada, konumuzu ilgilendiren yönü ile internetin ne olduğu ve genel olarak internet ortamında yapılan sözleşmelerin hukuki açıdan nasıl değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durulacaktır.

### A. İNTERNET: TANIMI, ÖZELLİKLERİ VE İNTERNET ORTAMINDA SUNULAN HİZMETLER

#### 1. Tanımı ve İnternet Ortamının Özellikleri

“International Network”un kısaltılmışı olan internet, ilk defa 1973 yılının başlarında proje olarak tasarlanmış ve 1984 yılında günümüzün interneti ortaya çıkmıştır.<sup>8</sup>

Bir iletişim aracı olarak internetin birçok tanımı yapılmıştır.<sup>9</sup> Bu tanımlardan birine göre internet, “kendileri arasındaki ortak bir protokol sayesinde bilgi ve belgelerin akışına imkân sağlayan bilgisayar ağlarını birbirine bağlayan uluslararası bir ağdır.”<sup>10</sup>

İnternetin tüm özelliklerini içine alacak bir tanımı ise şöyle yapılmıştır: “İnternet, birden fazla haberleşme ağının birlikte meydana getirdikleri, metin, resim, müzik, grafik ve buna benzer dosyalar ile bilgisayar programlarının ve dijital ortamda depolanabilen her türlü verinin paylaşıldığı ve bilgisayarlar aracılığı ile karşılıklı olarak iletildiği, tüm dünyadaki özel ve kurumsal bilgisayarlar arasında kurulmuş bir ağlar bütünüdür.”<sup>11</sup>

6 Araştırmamızda sadece “nikâh akdinin kurulması (in'kadı)” üzerinde durulduğu için internet ortamında yapılan nikâh akdinin *ispat hukuku* açısından değerlendirilmesine yer verilmeyecektir.

7 İnternetin fayda ve zararları ile ilgili bk. Nureddin Muhtar el-Hâdimî, *el-İnternet ve mekâsîdü'ş-şeriatî ve usûlîthe ve kavâidihâ*, Mektebetü'r-rüşd, Riyad 2006, s. 57-91, 129-147.

8 Kayıhan-Yıldız, *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*, s. 33.

9 İnternetin tanımı, tarihçesi, kullanım özellikleri vs. için bk. <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0internet> (24.09.2013)

10 Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, s. 12-13; Abdurrahman Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, Adal Ofset, Konya 2005, s. 7; Nimet el-Ayyaş, “et-Ticâratü'l-elektronîyye: edâtün li'l-münâsefe fi'l-esvâki'l-âlemiyye”, el-Kudratü't-tenâfüsiyye li'l-iktisâdi'l-arabiyye fi'l-esvâki'l-âlemiyye, (Yayına haz. Ali Tefvik es-Sâdık), Abuzabi 1999, s. 96.

11 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 7-8.

Tüm dünyayı birbirine bağlayan bilgisayarlar arasındaki bu ağ ilişkileri ise IP (internet protokolü) kullanılmak suretiyle gerçekleşmekte, hızlı ve sonsuz olarak nitelenebilen bu ilişki sayesinde bilgiye kolay, hızlı ve aynı zamanda da çok ucuz bir şekilde ulaşılabilir. <sup>12</sup>

İnternet ortamının kendisine has özelliklerini ise şu şekilde sıralamak mümkündür; 1) Küresellik, 2) Sürekli iletişim 3) Bir merkeze bağlı olmama, 4) Sahipsizlik, 5) Yerden ve kimlikten bağımsızlık, 6) Kolay ve hızlı iletişim. <sup>13</sup>

## 2. İnternette Bulunan Hizmetler

Uluslararası bağlardan oluşan internet ortamında özel ve kurumsal anlamda her türlü bilgi ve hizmete ulaşmak mümkündür. <sup>14</sup> İnternet ortamında iletişim kurmaya ve tarafların sözleşme yapmasına imkân sağlayan program ve yazılım hizmetlerinden başlıcaları ise şunlardır; <sup>15</sup>

1) *Elektronik posta (E-posta/E-mail)*: İnternet üzerinden yazılı, sesli ve görüntülü bilgi, belge ve dosyaların gönderilmesi ve alınması.

2) *Görüntülü konferans*: Web tabanlı sesli ve görüntülü görüşme.

3) *FTP (Dosya aktarma protokolü)*: İnternete bağlı iki bilgisayar arasında iki yönlü olarak eş zamanlı dosya aktarımı yapılması.

4) *Telnet*: Ağa bağlı bilgisayarların internet ortamında uzaktan çalıştırılmasına imkân sağlayan sistem.

5) *Haber grupları (Usenet sistem)*: Bilgi ve haber paylaşmayı sağlayan iletişim ortamı/programı.

6) *İnternet aktarmalı sohbet (IRC)*: İnternet üzerinden eş zamanlı olarak yazılı, sesli ve görüntülü iletişim kurma.

## B. İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN SÖZLEŞMELERE GENEL BAKIŞ

Bilgisayar ve cep telefonu teknolojisindeki gelişmeler, farklı mekânlarda ve çok uzak mesafelerde bulunan aynı ülke veya farklı ülke vatandaşları arasında internet ortamında hukuki ilişkilerin kurulmasına ve elektronik sözleşmelerin yapılmasına

12 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 8; İnternetin teknik yapısı ve işleyişi hakkında bk. Kayhan-Yıldız, *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*, s. 35-36.

13 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 21-27; eş-Şeyh Nizam Yakûbî, "el-Ahkâmü'l-el-fikhiyye li't-teâmül bi'l-İnternet: et-Teâküd 'abra'l-internet", *Ahkâmü tekniyyâtü'l-ma'lûmât*, (İdâd: Muhammed b. Abdullah el-Kâsım), Riyad 2002, s. 146.

14 İnternet ortamının sağladığı hizmetler ile ilgili bk. Sened, *el-Ahkâmü'l-fikhiyye*, s. 34-37; Alaüddin bin Abdurrazzak el-Cunko, *et-Tekâbud fi'l-fikhi'l-islâmî*, Daru'n-nefais, Ürdün 2004, s. 336-337; Hâdimi, *el-İnternet ve mekasidü's-şeria*, s. 20-21.

15 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, 27-35; Kayhan-Yıldız, *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*, s. 44-46; Ferid Abdülmaiz Ferac, "et-Teâküd bi'l-internet", *Mecelletü'l-buhûsi'l-islâmiyye ve'l-kânûniyye*, *Mecelletün ilmiyyetün li külliyyeti's-şeria ve'l-kânûn*, Câmîatü Ezher, sayı: 18, 2003, s.474-476.

zemin hazırlamıştır.<sup>16</sup> Aşağıda elektronik sözleşme kavramı ve internet ortamında yapılan elektronik sözleşmenin şekilleri hakkında kısaca bilgi verilecektir.

## 1. Elektronik Sözleşme Kavramı

Tarafların, ulusal veya uluslararası iletişim ağına bağlı (bilgisayar ve cep telefonu gibi) elektronik araçlar üzerinden yaptıkları sözleşmeye “elektronik sözleşme” denilmektedir.<sup>17</sup> Bazı hukukçular, elektronik sözleşme kavramı ile sadece internet (Web) ortamında kurulan sözleşmelerin kastedildiğini söylemektedir.<sup>18</sup> Kural olarak elektronik sözleşme, mekân itibarıyla gaip (hazır olmayanlar) arasında kurulur.<sup>19</sup>

İnternet ortamında sözleşmenin kurulması, klasik usuldeki gibi icap ve kabul ile olmaktadır.<sup>20</sup> Buna göre tarafların internet ortamında yapmış oldukları icap ve kabul şeklindeki karşılıklı irade beyanlarının “aynı mecliste” birbirine uygun olarak birleşmesi ile internet ortamında elektronik sözleşme kurulmuş olmaktadır.<sup>21</sup>

İslâm hukukunda akdin temel unsuru karşılıklı rızaya<sup>22</sup> dayanan icap ve kabuldür.<sup>23</sup> Akdin kurulmasında “karşılıklı rızayı” esas alan İslâm hukukçuları irade beyanının (icap ve kabul) ortaya konulmasında “şekilci” davranmamışlar ve “rıza”yı ifade eden her vasıta ile akdin kurulmasına imkân tanımışlardır.<sup>24</sup> Aynı

16 Modern hukukta hazır olmayanlar arasında yapılan bu tür hukuki ilişki ve sözleşmelere “mesafeli sözleşme” denilmektedir. Mesafeli sözleşmelerde bulunması gereken şartlar ve özellikler ile ilgili bk. Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, s.41-52; Kayıhan-Yıldız, *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*, s. 92-93.

17 Ferac, “et-Teâkud bi'l-internet”, s. 487-491; Sened, *Ahkâmül-fikhiyye*, s. 125; Bülent Sözer, *Elektronik Sözleşmeler*, Beta Yay., İstanbul 2002, s.89.

18 Sözer, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 92; Gamze Turan, “Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, TBB Dergisi, Sayı 77, 2008, s. 92; Sinan Sami Akkurt, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu Ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri” AUHFD, 60 (1) 2011, s. 26.

19 Elektronik sözleşmelerin özellikleri ile ilgili geniş bilgi için bk. Kayıhan-Yıldız, *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*, s. 87-93.

20 Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, s.38; Mete Özgür Falcoğlu, *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu*, Yetkin yay., Ankara 2004, s.61; Turan Şahin, “Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları Ve Bu Beyanların Geri Alınması”, TBB Dergisi 2011 (95), s. 332.

İnternet ortamında yapılan sözleşmeler prensip olarak hazır veya gaip taraflar arasındaki icap ve kabul ile olmakla birlikte alım-satımla ilgili sözleşmeler genel olarak müşterinin internetten alınacak ürünü seçip bedelini kredi kartı veya havale ile ödemesi (teâtî) şeklinde gerçekleşmektedir.

21 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 164; Ferac, “et-Teâkud bi'l-internet”, s.527-539.

22 Nisa, 4/29.

23 Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalü'l-el-fikhü'l-âmî*, Dâru'l-fikr, Dimeşk 1968, I, 300, 318; Ayrıca bk. Merğînânî, *el-Hidâye*, Kahraman Yay., İstanbul 1986, III, 21; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi*, (thk. Ali Muhammed Muavvad-Adil Ahmed Abdülmevcud), Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 2003, VI, 528; Mecelle, md. 149.

24 Akitlerde iradeyi beyan şekilleri ile ilgili geniş bilgi için bk. İbnü'l-hümâm, *Fethu'kâdir*, Daru'l-fikr, Beyrut, ty., VI, 248-252; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi*, VI, 528-532; Hattâb, *Mevâhibü'l-celil şerhu muhtasarı Halil*, Dâru kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1995, VI, 12; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, Daru'l-marife, Beyrut 1997, II, 6-9; İbn Kudâme, *Muğni*, (thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki-Abdülfettah muhammed el-Hulüv), Daru'l-alemi'l-kütüb, Riyad 1998, VI, 7-9.

Ayrıca bk. Abdürrazzak es-Senhûri, *Mesâdru'l-hak fi'l-fikhi'l-islâmî*, Daru'l-mearif, Mısır 1967, I, 100-134; Ali el-Hafîf, *Ahkâmü'l-muâmalâtü's-şer'iyye*, Daru'l-fikri'l-arabi, b.y., t.y., s. 193-194; Zerkâ, *Medhal*, I, 318-335; Vehbe ez-Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî ve edilletühü*, Daru'l-fikr, Dimeşk 1989, IV, 94-104; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, Nesil Yay. İstanbul 1987, II, 63-81; Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler*, İttifak Holding Yay., Konya 1999, s. 47-57; Ahmet Özdemir, “Akitlerde İrade Beyanı”, *Çukurova İlahiyat Fakültesi Dergisi*, cilt: 8, sayı:2, Temmuz-Aralık 2008, s. 123-137.

yaklaşımından hareket eden İslâm hukukçuları farklı mekânlarda ve uzak mesafelerde bulunan gaipler arasında da akdin kurulmasını tecviz etmişlerdir.<sup>25</sup>

Günümüz İslâm hukukçuları da farklı mekânlarda ve uzak mesafelerde bulunan taraflar arasında modern iletişim araçları ile yapılan akitleri, doktrindeki genel ilkeler doğrultusunda çözüme kavuşturmuşlardır.<sup>26</sup>

Günümüzde elektronik ortamda yapılan sözleşmeler, akdin kuruluşu (icap ve kabul) ile ilgili İslâm hukukunda öngörülen şartları<sup>27</sup> içerdiği için, prensip olarak bu şekilde icra edilen sözleşmeler İslâm hukuku açısından da geçerli kabul edilmiştir.<sup>28</sup> Dolayısıyla aşağıda verilen elektronik sözleşme şekilleri ile ilgili genel hükümler İslâm hukuku açısından da geçerlidir.

## 2. Elektronik Sözleşme Şekilleri

İnternet ortamında *yazılı, sesli ve görüntülü* olarak elektronik sözleşme yapma imkânı sağlayan birçok program/yazılım şekli vardır.<sup>29</sup> Ancak bunların özü; hazırlar arasında veya hazır olmayanlar (gaipler) arasında sayılıp sayılmaması açısından iki noktada toplanmaktadır.<sup>30</sup>

Aşağıda bu iki konuyla ilgili kısaca bilgi verilecektir.

- 
- 25 İslâm hukukunda gaipler arasında akdin kuruluşu ile ilgili geniş bilgi için bk. Senhûri, *Mesâdiru'l-hak*, II, 49-59; Karaman, *Hukuk*, II, 93-98; İbrahim Kâfi Dönmez, "İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler (Batı Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak)", *İlam Araştırma Dergisi*, Cilt:1, Sayı:1, (Ocak-Haziran 1996), s. 25-51.
- 26 İslâm hukukunda modern iletişim araçları ile yapılan akitler hakkında bk. *Mecelletü'l-mecma'î'l-fikhi'l-islâmî*, ed-Devratü's-sâdisetü, el-Adedü's-sâdis, el-Cüz's-sâni, 14-20 Mayıs 1990, (Karar: 1-3), s. 1267-1268; Ali Muhyiddin el-Karadâğî, *Hukmü icrâi'l-ukûd bi âlâti'l-ittisâli'l-hadîseti alâ dav'i kavâidi'l-fikhi'l-islâmî*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1996; Dönmez, "İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler", 9-62; İbrahim Fadil ed-Debû, "Hukmü icrâi'l-ukûd bi âlâti'l-ittisâli'l-hadîseti" *Mecelletü'l-mecma'î'l-fikhi'l-islâmî*, ed-Devratü's-sâdisetü, el-Adedü's-sâdis, el-Cüz's-sâni, 14-20 Mayıs 1990, s. 831-876.
- 27 İslâm hukukunda genel olarak akdin kuruluşunda icap ve kabul ile ilgili şartlar şunlardır; 1) Taraflar akit yapma ehliyetine sahip olmalı, 2) İcap ve kabulün (sığa) maksada delaletin açık olması, 3) İcap ve kabul uygunluğu, 4) İcap ve kabulün aynı mecliste olması (ittihad-ı meclis), 5) İki iradenin kesinliği. 6) Tarafların irade beyanlarını işitmeleri (Zerka, *Medhal*, I, 319-324; Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 173-180; Muhammed Ebû Zehre, *el-Mülkiyye ve nazariyyetü'l-akd fi's-şer'iati'l-islâmiyye*, Dâru'l-fikri'l-arabi, Kahire 1977, s. 183; Muhammed Mustafa eş-Şelebi, *el-Medhal fi'l-fikhi'l-islâmî; târifuhû ve târihuhû ve mezâhibühî* (Nazariyyetü'l-milk ve'l-akd), Dâru'l-câmiyye, Beyrut 1985, s. 420-422; Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 104-106. Neşet İbrâhim ed-Düreyni, *et-Terâdî fi ukûdi'l-mübâdelâti'l-mâliyye*, Dârü's-şurûk, Cidde 1982, s. 266-267.
- 28 Ferac, "et-Teâkud bi'l-internet", s. 542; Elektronik ticaretin ve elektronik ortamda sözleşme yapmanın İslâm hukuku açısından meşruiyeti ile ilgili geniş bilgi için bk. Ali Muhammed Ahmed Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-elektroniiyye ve ahkamüha fi'l-fikhi'l-islâmî*, Dâru'n-nefâis, Ürdün 2008, s. 89-118.
- 29 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 169-215; Kayıhan-Yıldız, *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*, s. 67-69; Abdullah b. İbrahim b. Abdullah en-Nâsir, "el-Ukûdu'l-elektroniiyye: dirâse fikhiyye mukarane", *Mecelletü'l-buhûsi'l-fikhiyyeti'l-muâsıra*, Yıl: 19, sayı: 73, 2006-2007, s. 273-274; Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-elektroniiyye*, 148-158; Akkurt, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu Ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", s. 26-42; Şahin, "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları", s. 39-70.
- 30 Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, s.55-70.



### a. Elektronik Posta ile Sözleşmenin Kurulması

Elektronik posta, iletişim teknolojisinin sunmuş olduğu yeni bir posta şekli olup çok uzak mesafeler arasında internet ortamında kolay ve çok hızlı/anında bilgi ve belge aktarmayı sağlayan bir hizmettir.<sup>31</sup> Buna göre elektronik posta, yazılışı ve yollanışı itibari ile normal postanın (mektup) dijitalleştirilmiş şeklidir ve internet ortamında her şahsın kendisine özel olarak tahsis edilen posta kutusuna ulaşmak üzere, farklı mekânlarda ve çok uzak mesafelerde bulunan bilgisayarlardaki bilgi ve belgenin internet ortamında paylaşılması olayıdır.<sup>32</sup>

İnternet ortamında iki veya daha fazla bilgisayar arasındaki elektronik veri (bilgi ve belge) değişimine elektronik posta (e-mail) denilmektedir.<sup>33</sup> Elektronik posta yolu ile irade beyanının (icap ve kabul) açıklanması ve yollanması hukuken mümkündür.<sup>34</sup>

Prensip olarak elektronik posta ile yapılan sözleşmeler, mekân ve zaman olarak *hazır olamayanlar (gaipler)* arasında icra edilen sözleşme olarak kabul edilmektedir. Ancak faks, teleks ve benzeri araçlar da olduğu gibi *e-posta* ile yapılan irade beyanında da, tarafların bilgisayarın başında olduklarını bilmeleri ve karşından haber beklemeleri durumunda irade beyanlarının teatisi anlık ve karşılıklı olarak gerçekleşmiş ise hazırlar arası sözleşmeden bahsedilmektedir.<sup>35</sup>

Elektronik posta ile yapılan sözleşmelerde akdin gerçekleşme “*yeri ve zamanı*” ile ilgili farklı yorumlar yapılmıştır; açıklama teorisine (ilan nazariyesi) göre kabulün açıklandığı, gönderme teorisine (tasdir nazariyesi) göre kabul beyanının gönderildiği, ulaşma/varma teorisine (teslim-tesellüm nazariyesi) göre muhatabın hukuk alanına ulaştığı ve öğrenme teorisine (bilme nazariyesi) göre muhatap tarafından öğrenildiği anda akit kurulmuş olmaktadır.<sup>36</sup>

### b. Eş Zamanlı Görüşme ile Sözleşmenin Kurulması

Bugün iletişim teknolojisinin geliştirmiş olduğu ICQ, IRC, MSN<sup>37</sup> Skype,<sup>38</sup> WhatsApp<sup>39</sup> Viber,<sup>40</sup> Tango<sup>41</sup> gibi programlar/yazılımlar aracılığı ile (bilgisayar ve

31 Sened, *el-Ahkâmü'l-fikhiyye*, 299; Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-elektroniiyye*, s.148-152.

32 Abdurrahim Sâlihi, “In'ikâdü'z-zevâc bi'l-beridi'l-elektroniiyye: Dirâse mukârane beyne'l-fikhi ve'l-kânüni'l-cezâiri”, Defâtiru's-siyâse ve'l-kânün, el-Adedü's-sâbi, 2012, s.191; Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-elektroniiyye*, s.150-152; Nâsir, “el-Ukûdü'l-elektroniiyye”, s. 274; Ferac, “et-Teâkud bi'l-internet”, s.474.

33 Nâsir, “el-Ukûdü'l-elektroniiyye”, s. 274; Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-elektroniiyye*, s. 149-152; İnternet ortamında elektronik postaya dışarıdan yapılan müdahaleler ve güvenlik sorunları için bk. Sened, *el-Ahkâmü'l-fikhiyye*, s. 298-314.

34 Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-elektroniiyye*, 152; Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 202; Şahin, “Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları”, s. 339.

35 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 228; Akkurt, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu Ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, s. 39-40; Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-elektroniiyye*, s. 152.

36 Ferac, “et-Teâkud bi'l-internet”, s. 538-539, 542-545; Sözer, *Elektronik Sözleşmeler*, Beta Yay., İstanbul 2002, s. 98-103; Ayrıca bk. Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, Sayram Yay., Konya 2011, s. 75.

37 Bilgisayar tabanlı internet ortamında canlı olarak yazışma, konuşma ve görüşmeyi sağlayan programlar.

38 Bilgisayar tabanlı internet ortamında eş zamanlı olarak konuşma ve görüşmeyi sağlayan program.

39 Cep telefonu tabanlı internet ortamında eş zamanlı olarak yazışma ve fotoğraf ve video paylaşma programı

40 Cep telefonu tabanlı internet ortamında eş zamanlı olarak yazışma ve konuşma programı

41 Cep telefonunda internet üzerinden görüntülü olarak eş zamanlı görüşme programı

cep telefonu tabanlı) internet ortamında *yazılı, sesli ve görüntülü* olarak anlık/eş zamanlı görüşme ve sözleşme yapmak mümkün hale gelmiştir.<sup>42</sup>

İnternet ortamında eş zamanlı olarak *yazılı, sesli ve görüntülü* iletişim kuru-larak yapılan sözleşmeler telefon ile yapılan sözleşmelere benzemektedir.<sup>43</sup> Tele-fon ile yapılan sözleşmeler ise hazırlar arası sözleşme olarak kabul edilmektedir.<sup>44</sup> Buna göre cep telefonu üzerinden SMS aracılığı ile eş zamanlı yazışma şeklinde yapılan sözleşmeler<sup>45</sup> ve görüntülü cep telefonu ile eş zamanlı görüşülerek yapılan sözleşmeler<sup>46</sup> de hazırlar arasında kabul edilmektedir.

İnternet ortamında eş zamanlı görüşme ortamında akit meclisi, akitle ilgili ko-nuşmanın devam ettiği zaman olmakta ve akit bu görüşme içerisinde kurulmuş olmaktadır.<sup>47</sup>

## II. İSLÂM AİLE HUKUKUNDA NİKÂH AKDİ VE KURULUŞUNA GENEL BAKIŞ

İslâm, aile kurumuna büyük önem vermiş ve onun kurulması için bazı temel unsur (rükün) ve şartların bulunması gerektiğini belirtmiştir. Aşağıda konumuzu ilgilendirdiği kadarıyla nikâh akdi ile ilgili bazı konular üzerinde durulacaktır.

### A. NİKÂH AKDİ VE AKİTLER ARASINDAKİ YERİ

#### 1. Nikâhın Tanımı

Nikâh sözlükte “birleştirme, bir araya getirme, evlenme, evlilik, cinsel ilişki” gibi anlamlara gelmektedir.<sup>48</sup> Arapçada “zvc/zevâc” kökünden türeyen kelimeler de “bir şeyi birleştirmek, yakınlaştırmak, evlenmek, evlendirmek, evlilik, evliliğin taraflarını oluşturan eşler” manalarında yaygın olarak kullanılmaktadır.<sup>49</sup>

Nikâhın terim anlamı ile ilgili ise klasik İslâm hukuku doktrininde birçok ta-nım yapılmıştır.<sup>50</sup> Ancak bunların büyük çoğunluğu, nikâh akdinin mevzusunu/

42 Sened, *el-Ahkâmü'l-fikhiyye*, s. 226; Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, 209-214; Nâsir, “el-Ukûdu'l-elektroniyye” 274-275; Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-elektroniyye*, s. 154-458.

43 Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-elektroniyye*, s. 157; Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 229.

44 Karadâği, *Hükmü icrâ'i'l-ukûd*, 14-33; Dönmez, “Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, s. 52. Ayrıca bk. Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelât*, s. 177; Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 108-109; Çeker, *Akitler*, s. 53, 58; a.mlf., *Fıkıh Dersleri*, Seha Neşriyat, İstanbul 1999, s. 65; Bilal Aybakan, “Meclis”, *DİA*, XXVIII, 241; TBK, md.4/II;

45 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 228-229.

46 Dönmez, “Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, s. 52.

47 Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-elektroniyye*, s. 157; Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 229.

48 İbn Manzûr, “nkh” mad., *Lisânü'l-Arab*, VI, 4537-4538; *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, Vizâratü'l-evkâf veş-şuûnî'd-dîniyye, Kuveyt, XXXI, 205; Atar, “Nikâh”, *DİA*, XXXIII, 112.

49 İbn Manzûr, “zvc” mad., *Lisânü'l-Arab*, III, 1884-1886; *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Zevc”, “Zevce”, XXIV, 56, 60; Fahret-tin Atar, “Nikâh”, *DİA*, XXXIII, 112.

50 Doktrinde nikâh akdi ile ilgili yapılan tanımlar için bk. *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXI, 205.

Nikâh akdini mevzusuna göre tarif eden tanımlardan bazıları şöyledir;

Hanefiler: “*Kasden kadından faydalanmayı temin eden bir akittir.*” (İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadir*, III, 186;)

mahallini oluşturan “*erkeğin kadının cinselliğinden faydalanması veya eşler arasında cinselliğin mübah kılınması*” noktasında birleşmektedir.<sup>51</sup> Nikâh akdini mevzu-suna göre tanımlamak kısmen doğru olmakla birlikte eksik bir tanımdır. Çünkü nikâh akdinin gayesini sadece eşler arasında cinselliğin meşruiyeti ile sınırlandı-rmak mümkün değildir. Evlenmenin temel gayesi, neslin devamını sahih bir şekilde gerçekleştirmek ve cinsellik dâhil her alanda eşler arasında paylaşmayı ve dayanış-mayı sağlamaktır.<sup>52</sup>

Klasik doktrinde nikâhı mevzusuna göre değil de, tarafların karşılıklı irade beyanı ile kurulan medeni bir akit olarak tarif eden hukukçular da olmuştur. Örneğin, Hanbeli fakih İbn Kudâme (ö. 620/1223) terim olarak nikâhı, “*Şer’an nikâh, evlilik akdi demektir. Başka bir anlamın kastedildiği ile ilgili bir delil/karine yok ise mutlak olarak zikredildiğinde akit anlaşılır*”<sup>53</sup> şeklinde tanımlamıştır. Hanefilerden İbn Abidin (ö. 1252/1836) de nikâhı, “*Taraflardan birinin icabının diğerinin kabulü ile birleşmesi veya tarafların her ikisi adına yetkili olan bir kişinin icap ve kabulünün birleşmesi*”<sup>54</sup> olarak tanımlamaktadır.

Son dönem İslâm hukukçuları ise nikâhı, “Bir erkek ile ona dinen helal olan bir kadın arasında ortak bir hayat ve nesil için gerekli bağı meydana getirmek gayesiy-le süresiz olarak yapılmış, eşlerden her birine hak ve vazifeler yükleyen bir akit”<sup>55</sup> olarak tanımlamaktadırlar.

Nikâhın sadece mevzusuna göre değil de, taraflar arasında bir takım haklar ve vazifeler doğuracak şekilde tanımlanması onun medeni bir akit<sup>56</sup> olmasına daha uygun düşmektedir. Çünkü medeni anlamda akit, “İrade beyanlarının (icap ve kabul) bir mevzuda birleşmesi ve tarafların akitten doğan sorumlulukları yerine getirmeyi üstlenmeleri”<sup>57</sup> olarak tanımlanmaktadır.

“Kasden milk-i mütaayî ifade eden bir akittir.” (İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, (tah. Adil Ahmed Abdülmevcüd-Ali Muhammed Muavvad), Daru'l-âlemi'l-kütüb, Riyâd 2003, IV, 59.)

Malikiler: “Erkeğin şer’an kendisine haram olmayan kadından cinsel amaçlı olarak faydalanmasını helal kılan bir akittir.” (Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, Dâru'l-meârif, Kahire 1986, II, 332.)

Şafiiiler: “Cinsel ilişkiyi helal/mübah kılan bir akittir.” (Remli, *Nihâyetü'l-muhtâc*, VI, 176.)

Hanbeliler: “Mevzusu cinsel faydalanma olan, -genel olarak inkâh ve tezvîc lafızları ile kurulan- bir akittir.” (Buhâtî, *er-Ravdu'l-murbi'*, (thk. Abdurrahman b. es-Sâdî), Müessesetü'r-risâle, t.y., s. 508.)

51 Muhammed Ebû Zehre, *Muhâdarât fi akdi'z-zevâc ve âsaruhû*, Dâru'l-fikri'l-arabî, Kahire 1971, s. 43; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 29-30; Çeker, *Akitler*, s. 222.

52 Serahsî, *Mebûsât*, Dâru'l-ma'rife, Beyrut 1989, IV, 194; Muhammed Ebû Zehre, *el-Ahvâlü's-şahsiyye*, Dâru'l-fikri'l-arabî, Kahire, 1950, s. 17; Zekiyyüddin Şaban, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-ahvâlî's-şahsiyye*, Camiatü Karyunus Yay., Bingazi 1993, s. 57.

53 İbn Kudâme, *Muğnî*, IX, 339.

54 İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 59.

55 Ebû Zehre, *el-Ahvâlü's-şahsiyye*, s. 17; Abdülvehhâb Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâlî's-şahsiyye fi ş-şerai'ti'l-islâmiyye*, Daru'l-kalem, Kuveyt 1990, s. 15; Zerkâ, *Medhal*, I, 563; Karaman, *Hukuk*, I, 233; Hamdi Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, Altınoluk, İstanbul 1995, s. 149; Fahrettin Atar, “Nikâh”, *DA*, XXXIII, 112; M. Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985, s. 12.

Modern hukukta nikâh akdi/evlenme sözleşmesi şöyle tanımlanmıştır: “Tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere, cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makbul ve geçerli şekilde birleşmesidir.” (Akıntürk, *Aile Hukuku*, s. 55.)

56 Modern hukukta evlenmenin hukukî mahiyeti ile ilgili “sözleşme”, “kurum” ve “şart-tasarraf” olmak üzere üç görüş vardır. Genel kabul gören görüş ise “medeni sözleşme” olduğu şeklindedir. Akıntürk, *Aile Hukuku*, s. 55-57; Hatemi-Serozan, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 72-75.

57 Seyyid Şerif Cürçânî, “akd” mad. *Târîfât*, Kahire 1938, s. 153; Muhammed Ravvâs Kal'acî-Hamid Sadık Kuneybî,

## 2. Nikâhın Akitler Arasındaki Yeri

Nikâh, toplumun temelini oluşturan aile kurumunun ilk adımı olması ve toplumun varlık ve bekasının sebebi olan neslin devamının meşru zeminini oluşturması yönüyle akitler arasında ayrı bir öneme sahiptir.<sup>58</sup> Bundan dolayıdır ki Kur'an<sup>59</sup> ve sünnette<sup>60</sup> akitler içerisinde sadece nikâh akdi teşvik edilmiş, bu akdin kuruluşu ve korunması ile ilgili birçok hüküm ve tedbirlere yer verilmiştir.<sup>61</sup>

İnsanların hayatlarında yapmış oldukları en önemli sözleşme hiç şüphesiz nikâh akdidir. Bundan dolayıdır ki Kur'an'da nikâh akdi, “*misak-ı galiz/kuvvetli akit*”<sup>62</sup> olarak nitelenmiş ve nikâh akdinin taraflar/eşler arasında meydana getirdiği *manevi bağı* ifade etmek için “*ukdetü'n-nikâh/nikâh bağı*”<sup>63</sup> tabiri kullanılmıştır.<sup>64</sup>

İslâm hukukunda nikâh akdi, genel olarak medeni bir akit olarak kabul edilmekle birlikte<sup>65</sup> diğer akitler gibi sıradan bir akit olarak görülmemiştir.<sup>66</sup> Nitekim doktrinde nikâh akdi, ibadet ile muâmelât arasında ibadete daha yakın bir akit olarak kabul edilmiş<sup>67</sup> ve bu akdin kuruluşunda diğer akitlerden farklı olarak bazı şekil şartlarına yer verilmiştir.<sup>68</sup> Nikâh akdini diğer akitlerden ayıran en önemli şekil şartı ise şahitler huzurunda yapılması<sup>69</sup> ve/ya topluma/çevreye ilan edilmesidir.<sup>70</sup>

“akd” mad., *Mu'cemü'l-ügatü'l-fukahâ*, Dârü'n-nefâis, Beyrut 1988, s. 317; İbrahim Mustafa ve diğerleri, “akd” mad., *el-Mu'cemü'l-vasit*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1986, II, 614.

58 Ebû Zehre, *el-Ahvâlûş-şahsiyye*, s. 18-19; Şaban, *el-Ahkâmü'ş-şer'iyye li'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s. 49; Abdülkerim Zeydan, *el-Mufasssal fi ahkâmî'l-mer'e*, Müessesetü'r-risâle, Beyrut 1993, VI, 12-13; Saffet Köse, “Ailede Meşruiyet Temeli Olarak Nikah”, *Küreselleşen Dünyada Aile*, 2009 Yılı Kutlu Doğum Sempozyumu Tebliğ ve Müzakereleri, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., Ankara 2010, s. 124.

59 “Sizden bekâr olanları, kölelerinizden ve cariyelerinizden durumu uygun olanları evlendirin. Eğer bunlar yoksul iseler, Allah onları lütfuyla zenginleştirir. Allah, lütfu geniş olandır, hakkıyla bilendir.” (Nur, 24/32.)

60 “*Ey gençler topluluğu! Sizden kimin evlenmeye (bedeni ve mali) gücü yeterse hemen evlensin. Zira evlilik, gözü (harama bakmaktan) daha çok sakındıran ve ırzı/namusu daha fazla koruyandır. Kimin de buna (mali) gücü yetmezse ona oruç tutmak gerekir. Çünkü oruç, onun (şehvetini teskin) için kalkan/eneme gibidir.*” (Buhârî, “Savm”, 10; Nikâh, 2,3; Müslim, “Nikâh”, 1,3; Ebû Dâvûd, “Nikâh”,1; Tirmizî, “Nikâh”, 1; Nesâî, “Niakh”, 3, “Siyâm”, 43; İbn Mâce, “Nikâh”, 1.)

61 İslâm aile hukukunda nikâh akdinin kuruluş ve genel özellikleri için bk. Şaban, *el-Ahkâmü'ş-şer'iyye li'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s. 49-56.

62 Nisa, 4/21.

63 Bakara, 2/235, 237.

64 “Ukde” kelimesinin akit kavramı ile bağlantısı için bk. Karadâği, *Mebdeü'r-rızâ fi'l-ukûd*, Darü'l-beşâiri'l-islâmiyye, Beyrut 1985, I, 106.

65 *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Akd”, XXX, 198; Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, s. 179; Karaman, *Hukuk*, I, 236-237; Zühaylî, *el-Fikhi'l-islâmî*, IV, 82; Mehmet Erdoğan, “akd” mad., *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet yay., İstanbul 1998, s. 9; *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi* (Yayına haz. Orhan Çeker), Mehîr Vakfı Yay., Konya 1999), md. 35, s. 86; Ahmed İbrahim Bek-Vâsıl Alaüddin Ahmed İbrahim, *Ahkâmü'l-ahvâlîş-şahsiyye*, el-Mektebetü'l-ezneriyye li't-türas, Kahire 2003, s. 65; Aydın, *Aile Hukuku*, s. 13; Halil Cin-Ahmet Akgündüz, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, Timaş Yay., İstanbul 1990, II, 73.

66 Şelebî, *Medhal*; 441; Ömer Süleyman el-Aşkar, *Ahkâmü'z-zevâc fi dav'i'l-Kitabi ve's-sünne*, Darü'n-nefâis, Ürdün 1997, s. 79.

67 İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 184; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 58; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III, 190.

68 Ebû Zehre, *el-Ahvâlûş-şahsiyye*, 57; Zerkâ, *Medhal*, I, 575; Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s. 27; Subhî Receb Mahmasânî, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mü'cebât ve'l-ukûd*, Dârü'l-ilm li'l-melâyîn, Beyrut 1983, II, 285; Muhammed İbn Ma'cûz, *Ahkâmü'l-üsra fi'ş-şeriatü'l-İslâmiyye vifka Mudevveneti'l-ahvâlîş-şahsiyye*, Darü'l-beyda, y.y., 1998, I, 18-19; Çeker, *Akitler*, s. 54.

69 Nikâh akdinde şahitlerin hazır bulunması ile ilgili hadisler için bk. Buhârî, “Nikâh”, 36; Ebû Dâvûd, “Nikâh”, 19; Tirmizî, “Nikâh”, 14; İbn Mâce, “Nikâh”, 15.

70 Tirmizî, “Nikâh”, 6; İbn Mâce, “Nikâh”, 20.

Dolayısıyla nikâh akdinin icra edilmesinin diğer akitlerden farklı olarak kendine has bazı özellikleri bulunmaktadır.<sup>71</sup> Nitekim nikâh akdi, kendine has bu özelliklerinden dolayı tüm toplumlarda diğer akitlerden farkı algılanmış ve bu akdin kuruluşu kültürel ve dini motiflerle şekillenen düğün merasimleri ile kutlanmıştır.<sup>72</sup>

Hız Peygamber'in (s.a.), nikâh akdinin ilan edilmesini<sup>73</sup> ve defler (oyun aletleri) eşliğinde icra edilmesini istemesi<sup>74</sup> de bu akdin, toplumsal olarak diğer akitlerden farklı olarak telakki edilmesi gerektiğine işaret etmektedir.<sup>75</sup> Bu bağlamda Türk toplumunda kullanılan "*nikâhta keramet vardır*" sözü, nikâh akdinin diğer akitlerden farklı olarak toplumsal yönüne işaret eden güzel bir vecizedir.

Nikâh akdinin toplum nazarındaki saygınlığı ve diğer akitler arasındaki öneminden dolayı bu akdin kuruluşunda esas olan, tarafların rızaya dayalı karşılıklı iradelerini (icap ve kabul) aynı mekânda *sözlü* olarak beyan etmeleridir.<sup>76</sup>

Sosyal, ekonomik ve hukuki birçok yönden sonuçlar doğuran nikâh akdinin akitler içerisindeki öneminden dolayı tarihi süreçte, kurucu unsur ve şartlarının (yapıcı şekli şartlar) yanında toplumsal yönden meşruiyetini sağlayacak ispat ve aleniyet ile ilgili devletin/kamu otoritesinin koymuş olduğu bazı hukuki düzenlemelere de (kanuni şart) yer verilmiştir.<sup>77</sup>

## B. NİKÂH AKDİNİN UNSUR VE ŞARTLARINA GENEL BAKIŞ

İslâm hukukuna göre nikâh akdi, kurucu unsurları açısından genel olarak diğer akitlere<sup>78</sup> benzemekle birlikte kendine has bazı şartları bulunmaktadır. Aşağıda kısaca nikâh akdinin unsur ve şartlarına değinildikten sonra konumuz açısından önem arz eden "*nikâh akdinde şahitlikle ilgili şartlar*" ve "*irade beyanının yazılı olarak yapılması*" üzerinde durulacaktır.

71 İslâm hukukunda nikâh akdini diğer akitlerden ayıran temel özellikler şunlardır;

1) Süreklilik (te'bid) arz etmesi, 2) Bağlayıcı olması, 3) Tek kadınla evliliğin esas olması, 4) Şevval ayında olması, 5) Nikâh akdinin mescitte yapılması, 6) Cuma günü olması, 7) Evlenecek kişilerin reşit ve şahitlerin adil olması, 8) Evlenilecek kadına önceden bakılması, 9) Evlenilecek kadına mehir verilmesi, 10) Mehir ve nikâh ile ilgili araç ve gereçlerin (çeyiz) temini için borçlanmanın meşru olması, 11) Nişan ve akit esnasında hutbe okunması (konuşma yapılması), 12) Nikâhın ilan edilmesi/akrabalara, eşe dosta duyurulması, 13) Nikâh için düğün yemeğinin verilmesi, 14) Gelin ve damat için dua edilmesi, 15) Gelin ve damadın tebrik edilmesi, 16) Zifattan önce eşlerin birbirleri için dua etmesi (Bk. *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, "Nikâh", XXXXI, 219-226)

72 Nikâh akdinin kuruluşunda toplumların gelenek ve göreneklerine göre şekillenen merasim ve düğün kutlamaları için bk. Özdemir Nutku, "Düğün," *DİA*, X, 15-18.

73 Tirmizî, "Nikâh", 6; İbn Mâce, "Nikâh", 20.

74 Buhârî, "Nikâh", 63; İbn Mâce, "Nikâh", 21; Tirmizî, "Nikâh", 6; Nesâî, "Nikâh", 32.

75 Karaman, *Hukuk*, I, 272-274; *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, "Nikâh", XXXXI, 219-221.

76 Zerka, *Medhal*, I, 332; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 991-993; Çeker, *Akitler*, s. 56.

77 Cin-Akgündüz, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, II, 89-90; Ekrem Buğra Ekinçi, "Osmanlı Hukukunda İzinname İle Nikâh", *Türk-Hukuk Tarihi Araştırmaları*, sayı:2, 2006, s. 41-60.

78 İslâm hukukunda genel olarak akdin unsurları ile ilgili bk. Senhuri, *Mesâdiru'l-hak*, I, 85 vd.; Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, 83 vd.; Zerka, *Medhal*, I, 300, 318; Zühaylî, *el-Fikhi'l-islâmî*, IV, 92; Karaman, *Hukuk*, II, 63 vd.; Ayrıca bk. Mecelle, md. 149; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hukkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, Matbaatü Ebu'd-diya, İstanbul, 1330h., I, 236-237.

## 1. Genel Olarak Nikâh Akdinin Unsur ve Şartları

Sözlükte “dügümlmek, bağlamak, bir şeyin iki ucunu bir araya getirmek, sorumluluk”<sup>79</sup> gibi anlamlara gelen akit kavramı terim olarak, “tafflardan birinden sadır olan icabın, akdin mevzuunda sonuç doğuracak biçimde karşı tarafın kabulü ile bağlanmasıdır.”<sup>80</sup>

İslâm hukukuna göre nikâh medeni bir akittir<sup>81</sup> ve diğer akitlerin kuruluşu için gerekli olan rükun<sup>82</sup> ve şartlar<sup>83</sup> nikâh akdi için de geçerlidir.<sup>84</sup>

Malikiler,<sup>85</sup> Şafiiler<sup>86</sup> ve Hanbeliler<sup>87</sup>den oluşan cumhura göre nikâh akdinin temel kurucu unsurları (rükün); *tafflar* (*kadın, koca ve veli*), *irade beyanı* (*icap ve kabul*) ve *akdin mahalli* (*mevzuu*) olmak üzere üçtür.<sup>88</sup> Hanefiler ise nikâh akdinin temel kurucu unsurunun “icap ve kabul” olduğunu söylemişlerdir.<sup>89</sup> Ancak, icap ve kabulün varlığı zorunlu olarak akdin taraflarını ve mahallini (mevzusunu) de gerektirmektedir.<sup>90</sup> Dolayısıyla nikâh akdinin rükünü ile ilgili doktrinindeki tartışma lafzî olup sonuç itibariyle “icap ve kabul” ittifakla nikâh akdinin temel kurucu unsuru olmaktadır.<sup>91</sup>

79 İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, “akd” mad, IV, 3030-3033; Zebidi, *Tâcu'l-arûs*, “akd” mad., 394; VIII, *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Akd”, XXX, 198.

80 Senhûri, *Mesâdirü'l-hak*, I, 73; Zerkâ, *Medhal* 1967, I, 291-292. Ayrıca bk. Mecelle, md. 103; Çeker, *Akitler*, s. 3; Karaman, *Hukuk*, II, 46; a.mlf., “Akd”, *DÎA*, II, 25; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 80-81.

81 Konuyla ilgili kaynaklar yukarıda geçti. (Bk. 65 nolu dipnottaki kaynaklar.)

82 Rükün, bir şeyin mahiyetini teşkil eden (o şeyin bir cüzü/parçası olan) ve o şeyin kendisi ile kaim olduğu şey demektir. (Buhûti, *Keşşâfü'l-knâ'*, VI, 35; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 36; Kalâci-Kuneybi, “rükün” mad., *Mu'cemü'lügati'l-fukaha*, s. 226; *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Akd”, XXX, 200; Erdoğan, “rükün” mad, *Fıkah ve Hukuk Terimler Sözlüğü*, s. 388.)

83 Şart, bir şeyin varlığı kendi varlığına bağlı olmakla birlikte o şeyin varlığından bir cüz/parça teşkil etmeyen şey demektir. Bir başka ifade ile bulunması, ona bağlı diğer şeyin/hükümün olmasını gerektirmeyen, fakat bulunmadığı takdirde ona bağlı diğer şeyin/hükümün olmamasını gerektiren şey demektir. (Buhûti, *Keşşâfü'l-knâ'*, VI, 35; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 36; Kalâci-Kuneybi, “şart” mad., *Mu'cemü'lügati'l-fukahâ*, 260; Erdoğan, “rükün” mad, *Fıkah ve Hukuk Terimler Sözlüğü*, s. 415-416)

84 Ebû Zehre, *el-Ahvâlîş-şahiyye*, s. 40; Bedran Ebu'l-ayneyn Bedran, *Ahkâmü'z-Zevâc ve't-talak fi'l-islâm*: Matbaatü daru't-te'lif, İskenderiyye/Kahire 1961, s. 41; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukü İslâmiyye ve Istılahatü Fikhiyye Kamusu*, Bilmen Yay. İstanbul, II, 15; Şaban, *el-Ahkâmü'ş-şer'iyye li'l-ahvâlîş-şahiyye*, s. 85; Karaman, *Hukuk*, I, 263-272; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 49-53. Ayrıca bk. *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 35.

85 Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, II, 335.

86 Nevevî, *Ravdatü't-tâlibin*, Daru'l-alemi'l-kütüb/Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 2003, V, 382.

87 Buhûti, *Keşşâfü'l-knâ'*, (thk. Muhammed Emin ed-Dinnâvî) Âlemü'l-kütüb, Beyrut 1997, IV, 35;

88 *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXXI, 233; Karaman, *Hukuk*, I, 263-267; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 36. Cumhura göre genel olarak akdin rükünleri için bk. Nevevî, *Mecmu'*, Mektebetü'l-irşad, Cidde, 1980, IX, 174; Şirbini, *Muğni'l-muhtac*, II, 10; Buhûti, *Keşşâfü'l-knâ'*, II, 559-560) Ayrıca bk. Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 92.

89 Meydânî, *Lübâb*, Dâru'l-marîfe, Beyrut, 1998, II, 5; Mavsîlî, *el-İhtiyâr*, (thk. Ali Muhammed Ebu'l-Hayr-Muhammed Vehbi Süeyman), Daru'l-hayr, Beyrut 1998, II, 111; İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 189; İbn Nuceym, *Bahru'r-râik*, Daru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1997, II, 144; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 68; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâ'*, III, 317.

Hanefilere göre genel olarak akdin rükünleri için bk. Kâsânî, *Bedâiü's-sanâ'*, VI, 528; Mecelle, md. 149; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hukkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, I, 236-237; Zerkâ, *Medhal*, I, 300, 318;

90 Şaban, *el-Ahkâmü'ş-şer'iyye li'l-ahvâlîş-şahiyye*, s. 86; Atar, “Nikah”, *DÎA*, XXXIII, 114; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 92; Mecelle, md. 149; Rafet Osman, *Akdü'z-zevâc*, s. 103; Düreynî, *et-Terâdi*, s. 266.

91 Buhûti, *Keşşâfü'l-knâ'*, IV, 35; *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXXI, 233; Zeydan, *el-Mufassal fi ahkâmî'l-mer'e*, VI, 80; Aşkar, *Ahkâmü'z-zevâc*, s. 79; Abdülaziz Amir, *el-Ahvâlîş-şahiyye fi ş-şer'iati'l-islâmîyye: Fikhen ve Kadâen/ez-Zevâc*, Daru'l-fikri'l-arabî, Kahire 1984, s. 30; Şaban, *el-Ahkâmü'ş-şer'iyye li'l-ahvâlîş-şahiyye*, s. 86.

Cumhur (Malikiler, Şafiiiler ve Hanbeliler), genel olarak nikâh akdinin rükun ve şartları arasında bir ayırım yapmayarak her ikisini birlikte “akdin unsurları (rükün)” olarak değerlendirmiştir.<sup>92</sup> Hanefiler ise, nikâh akdinin rükun ile şartlarını ayrı değerlendirmiş ve nikâhın şartlarını, “kuruluş (in’ikâd), geçerlilik (sihhat), yürürlüklük (nefâz) ve bağlayıcılık (lüzûm)” olmak üzere dört grupta ele almıştır.<sup>93</sup>

Hanefilerde genellikle ehliyet, meclis birliği, evliliğin kuruluşunun şarta bağlanmaması ve üzerinde ittifak edilen evlenme engelinin bulunmaması “kuruluş (in’ikâd)”; şahitler, evlilikte rıza ve ihtiyarın bulunması, ihtilaf edilen evlenme engelinin bulunmaması “geçerlilik (sihhat)”; tarafların veya velinin rızasının bulunması gerektiği yerlerde bu rızanın alınması “yürürlüklük (nefâz)” ve (bülûğ ve denklik muhayyerliğinde olduğu gibi) bazı durumlarda evliliğin bağlayıcı sayılması için aranan şartlar “bağlayıcılık (lüzûm)” şartları olarak kabul edilmiştir.<sup>94</sup>

Cumhura göre nikâh akdinde butlan ile fesad arasında bir fark yoktur. Hanefilere göre ise vardır. Dolayısıyla nikâh akdinin rükun veya şartlarından birinin olmaması cumhura göre akdin butlanını gerektirirken, Hanefilere göre akdin rükünlerinden birinin olmaması butlanı, şartlarından birinin olmaması ise fesadı gerektirmektedir.<sup>95</sup>

## 2. Nikâh Akdinde Şahitlik ve Aleniyet Şartı

Evliliği zinadan ayıran temel ölçü aleni olmasıdır. Bu nedenle tüm toplumlarda evlilik aleni, zina ise gizli icra edilmektedir. Evliliğin aleni olması ise akit esnasında şahitlerin hazır bulunması ile sağlanmaktadır.<sup>96</sup> Buna göre nikâh akdinde şahitliğin şart koşulmasının amacı; akdi ilan etmek, inkârı halinde bir ispat vasıtası olmak, nikâhı zinadan ayırarak fitne ve fesadın önüne geçmektir.<sup>97</sup> Bu gerekçelerden hareketle Hz. Peygamber (s.a.), “Veli ve iki adaletli şahit olmadan nikâh

92 Örnek olarak bk. Şirbîni, *Muğni’l-muhtâc*, III, 188; Ayrıca bk. Şaban, *el-Ahkâmü’ş-şer’iyye li’l-ahvâlîş-şahsiyye*, s. 97-99; İbn Macûz, *Ahkâmü’l-üsra fi ş-şer’iati’l-İslâmiyye* I, 33.

93 Örnek olarak bk. Kâsânî, *Bedâiü’s-sanâi’*, III, 325.

94 Nikâhın şartları ile ilgili geniş bilgi için bk. Zühaylî, *el-Fikhü’l-islâmî*, VII, 48-95; Karaman, *Hukuku*, I, 267-272; Aydın, *Aile Hukuku*, s. 17-22.

95 Şaban, *el-Ahkâmü’ş-şer’iyye li’l-ahvâlîş-şahsiyye*, s. 99; Zühaylî, *el-Fikhü’l-islâmî*, VII, 109-121.

Cumhura göre ibadette, nikâhta ve muamelatta fesat ile butlan arasında bir fark yoktur. Hanefiler ise muamelatta fesat ile butlanı ayırmışlar, ibadet ile nikâhta ise ayırmamışlardır. (*el-Mevsûâtü’l-fikhiyye*, “Fesâd”, XXXII, 119-120; H. Yunus Apaydın, “Fesâd”, XII, 417-418)

Hanefilerde nikâh akdinde fesat ile butlanın aynı anlamda kullanıldığı tartışmalı olmakla birlikte genel olarak fesat ile butlan aynı anlamda kullanılmıştır. (Mavsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 115, 120; Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 194-195; Kâsânî, *Bedâiü’s-sanâi’*, III, 615; İbnü’l-hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, III, 242-243.) Son dönme İslâm hukukçularından Muhammed Ebu Zehre, Hanefilere göre nikâh akdinde fesat ve butlan ayırımı olmadığını söylerken (Ebu Zehre, *el-Ahvâlîş-şahsiyye*, 148) Ali Muhyiddin el-Karadâğî, Hanefilerden bazılarına göre fesat ve butlan ayırımının olduğunu, bazılarına göre ise olmadığını söylemektedir. (Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, I, 157-159) Akitlerde fesat ve butlan ayırımı ile ilgili geniş bilgi için bk. Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, I, 155-179)

96 İbnü’l-hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, III, 200; Ebû Zehre, *el-Ahvâlîş-şahsiyye*, 52; Ahmet Yaman, *Aile Hukuku*, Yediveren, Konya 2002, s. 39.

97 İbnü’l-hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, III, 200; Buhûtî, *er-Ravdü’l-murbi’*, s. 517; Karaman, *Hukuku*, I, 268; Çeker, *Akitler*, s.130; Ebû Zehre, *el-Ahvâlîş-şahsiyye*, s. 57; Çeker, *Akitler*, s. 54, 130; Muhammed Vahidüddin Sevâr, *eş-Şekl fi’l-fikhi’l-islâmî: dirâse muvâzene*, Dârü’s-Sekâfe, Amman 1998, s. 72.

geçerli olmaz"<sup>98</sup> ve "Nikâhı ilan edip duyurun, (onu mescitlerde yapın) ve nikâhta def çalın"<sup>99</sup> buyurmuşlardır.

İslâm hukukçuları, nikâh akdinde şahitliğin şart olduğu konusunda ittifak etmişler, ancak akdin *sıhhat şartı* mı yoksa *tamamlayıcı şartı* mı olduğu konusunda ihtilaf etmişlerdir.<sup>100</sup> Nikâhta şahitliği *şer'i bir hüküm* olarak gören İslâm hukukçuları onu akdin *sıhhat şartı*, bir ispat vasıtası ve fesadı önlemeye yönelik bir tedbir olarak görenler ise *tamamlayıcı şart* olarak kabul etmişlerdir.<sup>101</sup> Şahitliği şart koşanlara göre nikâh akdinin geçerli olması için, tarafların yapmış olduğu icap ve kabulü şahitlerin işitmeleri ve ne anlama geldiğini de bilmeleri gerekmektedir.<sup>102</sup>

Doktrininde nikâh akdinin icrasında şahitlerin bulunup bulunmaması ile ilgili genel olarak üç görüş vardır;<sup>103</sup>

### 1) Cumhurun görüşü:

Hanefiler,<sup>104</sup> Şafiiler<sup>105</sup> ve Hanbeliler'den<sup>106</sup> oluşan cumhura göre, şahitlik nikâh akdinin sıhhat şartıdır ve şahitlerin nikâh akdi esnasında tarafların icap ve kabulünü işitmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla cumhura göre -velinin dışında- iki şahit olmadan icra edilen nikâh akdi geçerli değildir.<sup>107</sup>

### 2) Malikilerin görüşü:

Malikiler ise şahitliği nikâh akdinin *tamamlayıcı şartı* olarak kabul etmişlerdir. Bu yüzden akdin kuruluşunda şahitliğin değil, nikâhın ilan edilmesinin şart olduğunu söylemişlerdir. Buna göre akit esnasında şahitlerin hazır bulunması şart olmayıp zıfafa kadar ertelenmesinde nikâh akdinin geçerliliği açısından bir sakınca yoktur.<sup>108</sup>

Dolayısıyla Malikilere göre taraflar iki şahit huzurunda nikâh yapsa ve şahitlerden nikâhın gizli kalmasını isteseler (nikâh-ı sır), ilan şartı gerçekleşmediği için nikâh sahih değildir. Yine aynı şekilde şahitsiz olarak sadece ilan ile yapılan nikâh akdi de geçerli değildir.<sup>109</sup>

98 Buhâri, "Nikâh", 36; Ebû Dâvûd, "Nikâh", 19; Tirmizî, "Nikâh", 14; İbn Mâce, "Nikâh", 15.

99 Tirmizî, "Nikâh", 6; İbn Mâce, "Nikâh", 20.

100 Şaban, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-ahvâlî's-şahiyye*, s.112.

101 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, (thk. Taha Abdürraûf Sa'd), Dâru'l-ceyl, Beyrut 2004, II, 28.

102 Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi'*, III, 401; İbn Âbidin, *Reddül-muhtâr*, VI, 91; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, III, 194; Buhâri, *er-Ravdü'l-murbi'*, 517. Ayrıca bk. Şaban, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-ahvâlî's-şahiyye*, 100, 116; Muhammed Ali es-Sertâvî, *Fikhü'l-ahvâlî's-şahiyye, ez-zevâc ve't-talâk*, Dâru'l-fıkr, Ürdün 2008, s. 60.

103 Nikâhta şahitlik ve ilan ile ilgili görüş ve deliller ile ilgili geniş bilgi için bk. Zeydan, *el-Mufassal fi ahkâmî'l-mer'e*, VI, 107-115; Sevâr, *eş-Şekl fi'l-fikhî'l-islâmî*, s. 70-78.

104 Marğînânî, *Hidâye*, I, 190; İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 199-200.

105 Nevevî, *Ravdatü't-talibin*, V, 391; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 194.

106 İbn Kudâme, *Muğni*, IX, 347.

107 Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 71, 90; İbn Macûz, *Ahkâmü'l-üsra*, I, 39-42.

108 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 28; Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, II, 335; İbn Abdilber, *el-İstizkâr*, (tahr: Abdülmü'tî Emin Kal'acı), Dâru kuteybe, Dimeşk/Beyrut 1993, XVI, 214; Hattâb, *Mevâhibü'l-celil*, V, 27.

Hanbeli fakih İbn Kudâme, İmam Ahmed Hanbel'e göre de ilan şart, şahitsiz nikâhın sahih olduğunu nakletmektedir. (İbn Kudâme, *Muğni*, IX, 347.)

109 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 28; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 70-71; Karaman, *Hukuk*, I, 268; Döndüren,



### 3) Azınlığın görüşü:

İbn Ebi Leyla, Ebu Sevr, Ebû Bekir el-Esam gibi azınlıkta kalan bir grup İslâm hukukçusuna ve Caferilere göre ise nikâhla ilgili ayet<sup>110</sup> ve hadisler<sup>111</sup> mutlak olduğu için şahitlik, nikâh akdinin *sihhat veya tamamlayıcı* şartlarından değildir. Zifaktan önce akdin ilan edilmesi yeterlidir.<sup>112</sup>

## 4. Nikâh Akdinde İrade Beyanı ile İlgili Şartlar

### a. Genel Değerlendirme

İslâm hukukunda akitlerin karşılıklı rıza üzere kurulması esas olduğu<sup>113</sup> için nikâh akdinin kuruluşunda da rızanın esas alınması gerekmektedir.<sup>114</sup> Karşılıklı rızanın varlığı ise irade beyanının (icap ve kabulün) akit meclisinde birbirine uygun olarak açıklanması ile gerçekleşmektedir.<sup>115</sup> İslâm hukukçuları “*icap ve kabul*”den oluşan irade beyanını “*akdin sığası*” olarak isimlendirmişlerdir.<sup>116</sup>

İslâm hukukuna göre nikâh akdinde iradenin (icap ve kabul) beyan edilmesi söz ile olabileceği gibi yazı, elçi aracılığı veya rızanın varlığını gösteren işaret ile de olabilmektedir.<sup>117</sup> İslâm hukukçuları fiili irade beyanı (teâtî/mutâat) ile nikâh akdinin kurulamayacağı konusunda ise ittifak/icma etmişlerdir.<sup>118</sup> Buna göre genel bir kaide olarak nikâh akdinde irade beyanı hazırlar arasında sözlü olarak, (Hanefilere göre) gaipler arasında ise yazılı veya elçi aracılığı ile olabileceği kabul edilmiştir.<sup>119</sup>

### b. Evlenme İradesinin Yazılı Olarak Beyan Edilmesi

Doktrinde evlenme iradesinin yazılı olarak beyan edilmesi *hazırlar ve gaipler* arasında olmak üzere iki şekilde ele alınmıştır.

*Delilleriyle Aile İlmihali*, s.163.

110 Nisa, 4/3; Nur, 24/32.

111 Buhârî, “Savm”, 10; “Nikâh”, 2,3; Müslim, “Nikâh”, 1,3; Ebû Dâvûd, “Nikâh”,1; Tirmizî, “Nikâh”, 1; Nesâî, “Nikâh”, 3; “Sıyâm”, 43; İbn Mâce, “Nikâh”, 1.

112 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 29; İbn Kudâme, *Muğni*, IX, 348; Ebû Zehre, *el-Ahvâlü's-şahiyye*, s.53; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 71-72; Zeydan, *el-Mufassal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 109; Şaban, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-ahvâlî's-şahiyye*, s. 111; Döndüren, *Aile İlmihali*, s.163-164.

113 Mavsilî, *İhtiyâr*, II, 243; Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl*, VI, 2; Buhâtî, *er-Ravdu'l-murbi'*, s. 305; Ayrıca bk. Nisa, 4/29.

114 İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadir*, III, 191.

Nikâh akdinin karşılıklı rıza üzere kurulması gerektiğine işaret eden ayetler için bk. Kasas, 28/27; Ahzab, 33/50.

115 Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 84; Zerkâ, *Medhal*, I, 318; İbn Macûz, *Ahkâmü'l-üsrâ*, I, 34; Sertâvî, *Fikhü'l-ahvâlî's-şahiyye*, s.53.

116 Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelâti's-şer'iyye*, s. 172; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 84; Zerkâ, *Medhal*, I, 318; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 92-94; Ayrıca bk. Zeydan, *el-Mufassal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 87.

117 *el-Mevsûtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXXI, 233-242; Ebû Zehre, *el-Ahvâlü's-şahiyye*, 40-44; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 37-46.

Akitlerde iradeyi beyanın şekilleri ile ilgili geniş bilgi için bk. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, I, 100-134; Hafif, *Ahkâmü'l-muâmel*, s.193-194; Zerkâ, *Medhal*, I, 318-335; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 94-104; Karaman, *Hukuk*, II, 63-81; Çeker, *Akitler*, s. 47-57; Özdemir, “Akitlerde İrade Beyanı”, s. 123-137.

118 İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 73; İbn Nüceym, *Bahru'r-râik*, III, 144; Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelât*, 193; Zerkâ, *Medhal*, I, 331-332; Karadâği, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 919; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 101.

119 Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâlî's-şahiyye*, s. 24.

### **ba. Hazırlar Arasında Evlenme İradesinin Yazılı Olarak Beyan Edilmesi**

İslâm hukukçuları hazırlar arasındaki nikâh akdinde sözlü beyana gücü yeten tarafların irade beyanlarını (icap ve kabul) yazılı olarak yapmalarının ittifakla geçersiz olduğunu söylemişlerdir.<sup>120</sup> Çünkü irade beyanında asıl olan sözlü olmasıdır. Sözlü olarak iradeyi beyan etme kudreti varken, yazılı ve işaretle iradeyi beyan etmeye ihtiyaç yoktur. Bundan dolayı yazılı irade beyanının ve işaretin nikâh akdine delaleti/işareti açık bile olsa geçersiz kabul edilmiştir. Ancak zaruret ve ihtiyaç halinde sözlü beyanda bulunma kudretine sahip olmayan ahraz/dilsiz gibi şahısların evlenme iradelerini yazılı olarak beyan etmelerinde bir sakınca yoktur.<sup>121</sup> Diğer taraftan nikâh akdinde şahitlerin hazır bulunması gerekmektedir ve irade beyanının yazılı veya işaretle olması halinde şahitler, tarafların yapmış olduğu icap ve kabulü işitme imkânına sahip olamayacaklardır.<sup>122</sup>

### **bb. Gaippler Arasında Evlenme İradesinin Yazılı Olarak Beyan Edilmesi**

Malikiler, Şafiiler ve Hanbelilerden oluşan Cumhuriyet<sup>123</sup> gaippler arasında posta (mektup) aracılığı ile nikâh akdinin icrasını caiz görmemiş, Hanefiler<sup>124</sup> ise bunun caiz ve geçerli olduğunu söylemiştir.

Son dönem İslâm hukukçuları genel olarak Hanefilerin görüşünü tercih etmişler ve gaippler arasında posta (mektup) aracılığı ile icra edilen nikâh akdinin geçerli olduğunu söylemişlerdir.<sup>125</sup>

Son dönem İslâm hukukçularından Ali Muhyiddin el-Karadâğî akitlerde temel unsurun “karşılıklı rıza” olduğunu söyleyerek akitlerde irade beyanının yazılı olarak yapılması ile ilgili şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

*“Önemli olan yazılı irade beyanının hazırlar veya gaippler arasında olması değil, yazının iradeyi/maksadı beyan konusunda geçerli olup olmamasıdır. Yazı, gaippler arasında veya ahraz (dilsiz) de olduğu gibi iradeyi beyan etmede geçerli ise bunu sınırlamanın dini veya örfi bir dayanağı yoktur. Şayet yazılı irade beyanı hazırlar arasında geçerli değilse gaippler arasında da geçerli olmaması gerekir. Çünkü gaippler*

120 İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 73; Buhûti, *Keşşâfü'l-kanâ*; IV, 37; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 37. Ayrıca bk. *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXXI, 240; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 45; Şaban, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-ahvâlî's-şahsiyye*, s.91-92.

121 *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXXI, 240; Şaban, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-ahvâlî's-şahsiyye*, s.92; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 45; Zeydan, *el-Mufassal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 80; Bedran, *Ahkâmü'z-zevâc*, 47; Rafet Osman, *Akdü'z-zevâc*, 138. Ayrıca bk. İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 73.

122 Şaban, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-ahvâlî's-şahsiyye*, 92; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 45.

123 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 11; Nevevî, *Mecmû'*, IX, 197; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, III, 190; İbn Kudâme, *Muğni*, IX, 339-340; Buhûti, *Keşşâfü'l-kanâ*, IV, 37. ) Ayrıca bk. *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXXI, 241; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 46; Zeydan, *el-Mufassal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 90.

124 İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadir*, III, 192-193; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi*, III, 325-326; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 73; Ayrıca bkz. *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXXI, 241; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 45-46, 50-51; Zeydan, *el-Mufassal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 90-91.

125 Ebü Zehre, *el-Ahvâlî's-şahsiyye*, s.41; Şaban, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-ahvâlî's-şahsiyye*, s.93; Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelât*, s.192; Zerkâ, *Medhal*, I, 326; İbrahim Bek-Ahmed İbrahim, *Ahkâmü'l-ahvâlî's-şahsiyye*, s. 73; Bedran, *Ahkâmü'z-zevâc*, s.47; Amir, *el-Ahvâlî's-şahsiyye*, s.33.

arasında iradenin yazılı olarak beyan edilmesi zorunlu değildir. Bunun yerine vekiller aracılığı ile de akit yapılabilir.”<sup>126</sup>

Gaipler arasında posta (mektup) aracılığı ile nikâh akdinin icrası konusu üzerinde aşağıda ilgili yerde ayrıca durulacaktır.

## C. NİKÂH AKDİNİN KURULUŞU

Bir akdin kuruluşunda, icap ve kabulden oluşan irade beyanlarının aynı mecliste birbirine uygun bir şekilde gerçekleşmiş olması (ittihad-ı meclis/meclis birliği) ve yapılan irade beyanının akit meclisinde geri alınıp alınamaması (muhayyerlikler) merkezi bir önem taşımaktadır. Konumuz açısından önem arzettiği için nikâh akdinin kuruluşu üzerinde kısaca durulacaktır.

### 1. Nikâh Akdinin Kuruluşu

Genel olarak akdin kuruluşu için aranan temel şartlar nikâh akdi için de gereklidir.<sup>127</sup> Buna göre nikâh akdi, -diğer akitlerde olduğu gibi- tarafların karşılıklı irade beyanlarının (icap ve kabul) aynı mecliste birbirine uygun olarak birleşmesi ile kurulur.<sup>128</sup>

Nikâh akdinde, taraflardan birinin (mucip) ilk olarak yapmış olduğu irade beyanına “icap”, icaba uygun olarak diğer tarafın (kâbil) yapmış olduğu irade beyanına ise “kabul” denir.<sup>129</sup>

Nikâh akdinin kuruluşu için şu temel şartların bulunması gerekmektedir;<sup>130</sup>

- 1) Taraflar evlenme ehliyetine sahip olmalıdır. (evlenme ehliyeti)
- 2) İcap ve kabul aynı mecliste olmalıdır. (ittihad-ı meclis)
- 3) İcap ve kabul, birbirine uygun bir şekilde aynı mecliste birleşmiş olmalıdır. (icap-kabul uygunluğu)
- 4) Taraflar, birbirlerinin yapmış olduğu icap ve kabulü iştmelidir. (Gaipler

126 Karadâği, *Hukmü icrâ'il-ukûd*, s.49-51. (özetlenerek verilmiştir) Yazının rızaya delaleti ile ilgili görüş ve değerlendirmeye hakkında geniş bilgi için bk. Karadâği, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 950-956.

127 Ebû Zehre, *Muhâdarât fi akdi'z-zevâc*, s.77.

128 İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 189; *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 35; İbrahim Bek-Ahmed İbrahim, *Ahkâmü'l-ahvâli's-şahsiyye*, s.65.

129 İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 198; Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâli's-şahsiyye*, s.22; Zeydan, *el-Mufassal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 81; Şaban, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-ahvâli's-şahsiyye*, s.87; Amir, *el-Ahvâlü's-şahsiyye*, s.30; Aşkar, *Ahkâmü'z-zevâc*, s.79-80; Ayrıca bk. Mecelle, md. 101-102.

130 İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 189-190; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 76-77; İbn Nüceym, Bahru'r-raik, III, 144. Ayrıca bk. Hafîf, *Ahkâmü'l-muâmelât*, s.193; Zerka, *Medhal*, I, 331-332; Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 101, VII, 49-53. Ebû Zehre, *el-Ahvâlü's-şahsiyye*, s.40-41; Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâli's-şahsiyye*, s.24-25; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, II, 15, 18; Şaban, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-ahvâli's-şahsiyye*, s.100-104; Karaman, *Hukuk*, I, 266; Zeydan, *el-Mufassal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 97-102; Döndüren, *Aile İlmihali*, s.157-158; İbrahim Bek-Ahmed İbrahim, *Ahkâmü'l-ahvâli's-şahsiyye*, s.73-74; Bedran, *Ahkâmü'z-zevâc*, s.41,49; Sertâvi, *Fikhü'l-ahvâli's-şahsiyye*, s.59; Aşkar, *Ahkâmü'z-zevâc*, s.81-84; Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniv. Yya. 1974, s. 59-64.

arasında yapılan icap ve kabulde tarafların bunu şahitlerin huzurunda seslice yapmaları gerekir.)

5) Mucip icabında devam ediyor olmalıdır. (rücu muhayyerliği kullanılmış olmamalı)

6) İcaptan sonra diğer tarafın (kâbil) akitten vazgeçtiğine delalet eden bir şey olmamalıdır. (kabul muhayyerliği kullanılmış olmamalı)

7) Evlilik, geleceğe izafe edilmeden hemen geçerli olacak şekilde kurulmuş olmalıdır.

## 2. Nikâh Akdinde Akit Meclisi

İslâm hukukunda nikâh, medeni bir akit olarak kabul edilmiş ve diğer akitlerin kuruluşu için geçerli olan icap ve kabulün aynı mecliste gerçekleşmiş olması (ittihad-ı meclis) şartı nikâh akdi için de geçerli kabul edilmiştir. Bu sebeple aşağıda önce genel olarak “akit meclisi ve ittihad-ı meclis” kavramı, sonra da hazırlar ve gaipler arasındaki nikâh akdinde “akit meclisi” konusu üzerinde durulacaktır.

### a. Genel Olarak Akit Meclisi ve Sınırlandırılması

Klasik İslâm hukuku kaynaklarında genel olarak akit meclisi, tarafların akit yapmak için bir araya geldikleri yer/mekân olarak tanımlanmıştır.<sup>131</sup> Son dönem İslâm hukukçuları ise akit meclisini, “icap ve kabulün irtibatını sağlayan zaman ve mekân birliği”<sup>132</sup> veya sadece “tarafların içerisinde akit yaptıkları zaman” olarak tarif etmişlerdir.<sup>133</sup> Buna göre akit meclisi, akdin kurulması için tarafların irade beyanlarını ortaya koydukları *yer veya zaman* olmaktadır.<sup>134</sup>

İslâm hukukuna göre akit, ister hazırlar arasında olsun ister gaipler arasında olsun, irade beyanının (icap ve kabul) aynı mecliste olması gerekmektedir.<sup>135</sup> İslâm hukukunda icap ve kabulün aynı mecliste olmasına fikhî bir terim olarak “ittihâdü'l-meclis/meclis birliği” denilmiştir.<sup>136</sup> Akit meclisi veya ittihad-i meclis nazariyesine göre icaptan sonra, kabul veya reddetmesi için diğer tarafa, kendisine yöneltilen icabı düşünmesi için makul bir süre verilir. Taraflar akitle ilgili konuşmaya ve görüşmeye devam ettikleri sürece ittihad-i meclis devam eder.<sup>137</sup>

Buna göre ittihad-i meclisin gerçekleşmesi için icap ve kabulün aynı mecliste olması, meclis süresince icabı yapan tarafın (mucip) icabından dönmemesi ve ken-

131 Senhûri, *Mesâdrü'l-hak*, II, 6-7; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, s.65. Ayrıca bk Mavsili, *İhtiyâr*, II, 244; Merğînâni, *Hidâye*, III, 21; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi*, VI, 539; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, II, 10.

132 Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, 20; Bilal Aybakan, “Meclis”, *DİA*, XXVI-II, 239.

133 Zerkâ, *Medhal*, I, 348; Şelebi, *Medhal*, s.423, Çeker, *Akitler*, s.57; a.mlf, *Fıkıh Dersleri-I*, 65.

134 *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Meclis”, XXXVI, 144; Aybakan, “Meclis”, *DİA*, XXVIII, 239. Ayrıca bk. Mecelle, md. 181.

135 Senhûri, *Mesâdrü'l-hak*, II, 6; Hafîf, *Ahkâmü'l-muâmelât*, 175; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 104-106.

136 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi*, VI, 539; Senhûri, *Mesâdrü'l-hak*, II, 6; Zerkâ, *Medhal*, I, 347; Çeker, *Akitler*, s.58.

137 Merğînâni, *Hidâye*, III, 21; Senhûri, *Mesâdrü'l-hak*, II, 6; Zerkâ, *Medhal*, I, 348; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 107; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 66.

disine icap yapılan tarafın (kâbil) akitten vazgeçtiğini gösteren bir durumun olmaması gerekir.<sup>138</sup> Doktrinde tarafların akitten vazgeçtiklerini gösteren kesin ve net bir ölçü yoktur. Bundan dolayı ittihad-ı meclisin sınırlarını örf belirlemektedir.<sup>139</sup>

Akit meclisi veya ittihad-i meclis, hakiki ve hükmi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.<sup>140</sup> Hakiki anlamda akit meclisi, “tarafların aynı mekânda birbirlerini işitecek şekilde bir arada bulunarak karşılıklı olarak icap ve kabulde bulunmalarındır. Hükmi anlamda meclis ise gaipler arasında icap ve kabulün gerçekleşmesidir.<sup>141</sup>

Bu yüzden ittihad-i meclisten maksat, -eski fukahanın dediği gibi- tarafların aynı mekânda olmaları demek değildir. Çünkü taraflar bedenen aynı mekânda olmasalar da telefon vb. modern iletişim araçları ile hükmen aynı mekânda olabilirler. Dolayısıyla *ittihad-i meclisten* maksat; tarafların akitle meşgul oldukları *ittihad-i zaman/zaman* birlikteliğidir. Buna göre meclis, hakiki veya hükmi anlamda tarafların akitle ilgili görüş alışverişinde buldukları zaman olmaktadır.<sup>142</sup> İslâm hukukçuları ittihad-ı meclisi ifade etmek için, “*meclis müteferrik olan şeyleri cem eder/bir araya getirir*” demiştir.<sup>143</sup>

Akit meclisinde *ittihad-ı meclis ve ittihad-ı zamanın* esas alınması anlayışına göre akit, hazırlar arasında yapılıyorsa tarafların bir araya geldikleri yer veya akdi konuştukları zaman; akit gaipler arasında mektup veya elçi aracılığı ile yapılıyorsa mektubun okunduğu veya elçinin akit haberini bildirdiği *yer/zaman*; telefon (ve benzeri bir araç) ile yapıyorlarsa telefonla akdin konuşulduğu *zaman* akit meclisi olmaktadır.<sup>144</sup>

## b. Nikâh Akdinde Akit Meclisi

### *ba. Hazırlar Arası İcra Edilen Nikâh Akdinde Akit Meclisi*

Akit meclisi ile ilgili yukarıda verilen genel hükümler hazırlar arasında icra edilen nikâh akdi için de geçerlidir. Buna göre nikâh akdinde icap ve kabulün yapıldığı meclise akit/nikâh meclisi denir. Hazırlar arasında icra edilen nikâh akdinin kurulabilmesi için icap ve kabulün aynı mekânda/mecliste birbirine uygun

138 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, VI, 539; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 106-107.

Akit meclisi şu hallerden biri ile sona erer: 1) Tarafların bedenen birbirinden ayrılması, 2) Konuşmalarda akdin söz konusu olmaktan çıkması, 3) Tarafların akdi reddettiklerini/akitten vaz geçtiklerini gösteren bir tavır almaları, 4) Akdin mün'akit olmasına mani bir halin zuhur etmesi, 5) Akdin mün'akit olması (Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 66-67. Ayrıca bk. Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 110.)

139 Şaban, *el-Ahkâmü'l-şer'iyye li'l-ahvâl-i-şahsiyye*, s.101; Muhammed Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd fi'l-fikhi'l-islâmî*, Dârü'l-fikri'l-Arabî, y.y. 1987, s. 259.

140 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, VI, 539.

141 Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, II, 15.

142 Zerkâ, *Medhal*, I, 348; Şelebi, *Medhal*, s.423; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 108-109; Çeker, *Akitler*, s.57; a.mlf., *Fıkıh Dersleri*, 65;

143 Mevsilî, *İhtiyâr*, II, 244; Merğînânî, *Hidâye*, III, 21; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, VI, 253.

144 Senhârî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 49-50; Hafîf, *Ahkâmü'l-muâmelât*, s.175-177; Ahmed Ferrâc Hüseyin, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd fiş-şer'iatil-islâmiyye*, ed-Dârü'l-câmiyye, Mısır 1990, s. 152; Karaman, *Hukuk*, II, 93-94; Çeker, *Akitler*, s.57-58; a.mlf., *Fıkıh Dersleri*, 65; Aybakan, “Meclis”, *DİA*, XXVIII, 239-241.

olarak beyan edilmesi gerekir. İttihad-ı meclis ile ilgili şartlar nikâh akdi için de geçerlidir.<sup>145</sup>

Nikâh akdinin icra edildiği mecliste zaman birliği esas olduğu için taraflar arasındaki görüşme nikâh akdi ile ilgili olduğu sürece meclisin uzaması akdin kuruluşuna bir zarar vermez. Çünkü meclis müteferrik olan şeyleri cem eder.<sup>146</sup>

### **bb. Gaipler Arası İcra Edilen Nikâh Akdinde Akit Meclisi**

Genel olarak icap ve kabulün aynı mecliste olması ve ittihad-ı meclisin gerçekleşmesi açısından akdin hazırlar veya gaipler arasında olmasının bir farkı yoktur. Çünkü her ikisinde de icap ve kabulün birleştiği *yer veya zaman* akit meclisi olmaktadır.<sup>147</sup> Prensip olarak hazırlar arasında akit/nikâh meclisi hakikaten, gaipler arasındaki ise hükmen gerçekleşmiş olmaktadır.<sup>148</sup>

Doktrininde, posta (mektup) veya elçi aracılığı ile gaipler arasında icra edilen akitlerde, mektup veya haberin ulaştığı yer veya zaman hükmen akit meclisi olarak kabul edilmiştir.<sup>149</sup> Posta (mektup) veya elçi aracılığı ile gaipler arasında icra edilen nikâh akdinde de akit meclisi, mektubun ulaştığı ve şahitler huzurunda okunduğu veya elçinin şahitler huzurunda haberi bildirdiği *yer veya zaman* olmaktadır.<sup>150</sup>

Buna göre gaipler arasında posta (mektup) aracılığı ile yazılı olarak icra edilen nikâh akdinde, icabı alan tarafın bunu iki şahidin huzurunda okuyarak sözlü bir şekilde iradesini beyan etmesi (kabul) ve yapılan irade beyanını şahitlerin iştiraki ile nikâh akdi kurulmuş olur.<sup>151</sup> Böylece hazırlar arasında olduğu gibi gaipler arasında da icap ve kabul aynı mecliste (ittihad-ı meclis) olmakta ve akit esnasında şahitlerin bulunması şartı da gerçekleşmiş olmaktadır.<sup>152</sup>

Diğer taraftan İslâm hukukçuları gaipler arasında posta (mektup) aracılığı ile icra edilen nikâh akdinde, akit meclisinin hitabın ulaştığı yer veya zaman ile sınırlı olmadığını, icabı alan tarafın şahitlere dinletmek için başka meclise gitmesinin caiz olduğunu söylemişlerdir. Çünkü nikâh akdinde icabı alan kişinin, “kabul” şeklindeki irade beyanının şahitlerin huzurunda sesli olarak söylemesi gerekmektedir. Bundan dolayı bu şekilde mekân değişikliğine diğer akitlerden farklı ola-

145 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, III, 325; Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s.24; İbrahim Bek-Ahmed İbrahim, *Ahkâmü'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s.65; Zeydan, *el-Mufasssal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 99-100.

146 Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 49.

147 Aybakan, “Meclis”, *DİA*, XXVIII, 240.

148 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, III, 325; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, II, 15.

149 Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 50; Karaman, *Hukuk*, II, 94.

Gaipler arasındaki akitte icap ve kabul, icabın bağlayıcı olup olmaması, kabulün farklı mecliste olabilmesi ve akdin kuruluş anı/yeri ile ilgili görüş ve değerlendirmeler için bk. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 49-59; Karaman, *Hukuk*, II, 93-98; Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, s.25-51.

150 İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadir*, III, 192; İbn Abiddin, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 73; Ayrıca bk. Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 50; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 45-46; Zeydan, *el-Mufasssal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 90; Şaban, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s.101-102.

151 Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 50-51. Ayrıca bk. Ebû Zehre, *el-Ahvâlü's-şahsiyye*, s.41; Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s.24-25; Zeydan, *el-Mufasssal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 99.

152 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, III, 326; Ayrıca bkz. Üsâme Ömer Süleyman el-Aşkar, *Müsteceddât fî fıkhıyye fı kadâyâ ez-zevâc ve't-talâk*, Daru'n-nefâis, Umman/Ürdün 2010, s. 107.

rak nikâh akdinde cevaz verilmiştir. Dolayısıyla icabı alan tarafın, mektubu aldığı meclisten başka bir meclise/mekâna giderek şahitlerin huzurunda iradesini beyan etmesi, akit meclisinde bulunması gerken ittihad-ı meclise bir zarar vermez. Çünkü gaipler arasında yazılı olarak yapılan icap, meclis değişse de baki kalmakta ve her okunduğunda icabın tekrar etmesi ile meclis de yenilenmektedir.<sup>153</sup>

## 2. Nikâh Akdinde İcap ve Kabulün Fevri (Peş Peşe) Olması

İslâm hukukunda akitlerin kuruluşunda kabulün, icaptan hemen sonra (fevri/ muvâlât) gerçekleşip gerçekleşmemesi gerektiği ile ilgili iki temel görüş vardır. Aynı durum nikâh akdi için de geçerlidir.

### a. Cumhuriyetin Görüşü

Hanefiler,<sup>154</sup> Malikiler<sup>155</sup> ve Hanbeliler'den<sup>156</sup> oluşan Cumhuriyet'e göre, genel olarak akitlerde icap ve kabul arasında fevriyet (kabulün hemen icabın peşi sıra olması) şartı aranmamış ve tarafların akitten başka bir iş ile meşgul olmaması şartı ile icap ve kabulün aynı mecliste olmasının yeterli olacağı ve akit meclisinin devam ettiğine hükmedilebilecek süre içerisinde "kabul"ün olması halinde icabın devam ettiğine hükmedilmiştir.<sup>157</sup>

İcap ile kabul arasında makul bir sürenin olması, icabı kabul eden tarafa akitten kendisi aleyhine doğabilecek zarar hakkında düşünme fırsatı vermektedir.<sup>158</sup> Son dönem İslâm hukuku araştırmacıları genellikle Cumhuriyet'in görüşünü İslâm hukuku ilkelerine ve tarafların maslahatına daha uygun bulmaktadır.<sup>159</sup>

Akdin kuruluşunda icabın yapıldığı tarafa düşünme fırsatı vermeyi kabul eden Cumhuriyet, nikâh akdinde de kabulün fevri olması gerektiğini söylemiştir.<sup>160</sup> Buna göre nikâh akdinde icabın olmasından sonra tarafların akitten vazgeçtiklerini gösteren bir durum olmadığı sürece meclis birliği devam eder ve bu süre içerisinde kabulün olması ile nikâh akdi gerçekleşmiş olur. Meclis birliğinde icap ve kabul arasındaki fasılanın süresinde veya meclisin sona ermesinde ise örf esastır. Tarafların örfen nikâh akdinden vaz geçtiklerini gösteren bir durum vuku bulmadığı sürece meclis birliği devam eder.<sup>161</sup>

153 İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, IV, 76; Ayrıca bk. Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelât*, s. 178-179; Bedran, *ez-Zevâc ve't-talâk*, s.48; Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 51.

154 İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 191.

155 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 16; Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, III, 17; Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl*, VI, 29.

156 Buhûti, *Keşşâfü'l-kınâ*, II, 460; Buhûti, *er-Ravdü'l-murbi*, 304; Merdâvî, *el-İnsâf fi marifeti'r-racihî mine'l-hulâf*, (thk. Ebu Abdillâh Muhammed Hasan) Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1997, IV, 251, VIII, 48.

157 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 16; Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 107.

158 Mavsîlî, *İhtiyâr*, II, 244; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 6.

159 Ebû Zehre, *el-Ahvâlü'l-şahsiyye*, 40; Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâlî'l-şahsiyye*, s. 24; Şelebî, *Medhal*, 422-424; Dönmez, "İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler", s.20.

160 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 16; İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, IV, 76; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi*, III, 325; Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 50.

161 Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 49-50; Zeydan, *el-Mufasssal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 100.

## b. Şafiilerin Görüşü

Şafiiler, genel olarak akitlerin kuruluşunda kabulün, icabın hemen peşi sıra gelmesini (fevrilik/muvâlât) şart koşmuşlar, icap ve kabul arasında uzun bir fasılanın olmasının akdin kuruluşuna zarar vereceğini, ancak az bir fasılanın akde zarar vermeyeceğini söylemişlerdir.<sup>162</sup>

Bu yaklaşımdan hareket eden Şafiilere göre nikâh akdinde de kabulün fevri olması gerekmektedir.<sup>163</sup> Buna göre nikâh akdinde icap ile kabul arasında uzun bir fasıla bulunmamalıdır. Uzun fasılanın ölçüsü ise kendisine icap yapılan tarafın (kâbil) bundan vazgeçtiğini hissettirecek derecede uzun bir zamanın geçmiş olmasıdır. Bu yüzden az bir fasıla nikâh akdinin kurulmasına zarar vermez.<sup>164</sup>

Şafii mezhebinde kabul edilen meclis muhayyerliği, akdin kuruluşunda kabulün fevri olmasının karşı tarafa getirebileceği sıkıntıyı telafi etmeye yöneliktir.<sup>165</sup>

## 3. Akdin Tamam Olması ve Kuruluş Anı

Doktrinde hazırlar arasında yapılan akitte, icap ve kabulü yapan tarafların birbirlerinin beyanını duyması, icap ve kabulün aynı mecliste birbirine uygun olarak birleşmesi (ittihad-ı meclis) ile akit tamam olmaktadır.<sup>166</sup>

Ancak mektup ve elçi aracılığı ile gaipler arasında yapılan akdin ne zaman tamam olduğu veya kurulduğu ile ilgili doktrinde açık ve net bir ifade bulunmamaktadır.<sup>167</sup>

Bu nedenle gaipler arasında akdin tamam olma anı ile ilgili son dönem İslâm hukukçularından<sup>168</sup> Abdurrazzak es-Senhûrî, “*kabulü öğrenme nazariyesini* (öğ-

162 Nevevî, *Mecmû'*, IX, 199; Şirbîni, *Muğni'l-mihtâc*, II, 10; Ayrıca bk. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 16; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 108.

163 Nevevî, *Ravdatü'l-tâlibin*, V, 384, 385.

164 Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 50; Zeydan, *el-Mufassal fi ahkâmî'l-mer'e*, VI, 100.

165 Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2011, III, 60-61; Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, s. 20.

166 Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 6-7; Karaman, *Hukuk*, II, 95; Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, s. 23.

Hazırlar arasında akdin tamam olması/olma anı ile ilgili İslâm Hukukunda hâkim olan nazariyeler hakkında bk. Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, s.23-25.

167 Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 54; Karaman, *Hukuk*, II, 95-96.

Modern hukukta gaipler arasında icra edilen akdin tamam olma anı/zamanı/yeri ile ilgili dört görüş vardır; *Kabulün ilanı nazariyesi* (Açıklama teorisi): Bu nazariye göre kendisine icabın yöneltildiği tarafın kabul ettiğini ilan etmesi ile akit kurulmuş olur.

*Kabulün tasdîri/çıkması nazariyesi* (Gönderme teorisi): Bu nazariye önceki nazariye ile esasta birleşmektedir. Ancak bu nazariye, akdin tamam olması için kabulün ilan edilmesini değil, postaya verilmesini veya faks olarak gönderilmesini şart koşmaktadır.

*Kabulün teslim alınması nazariyesi* (Ulaşma/Varma teorisi): Bu nazariyeye göre mucip karşı tarafın kabulünü içeren postayı teslim aldığı an akit tamam olmuş olmaktadır. Bu nazariye müstakil bir nazariye olmaktan ziyade kabulün tasdîri ile ilamını/bilinmesini şart koşan iki nazariye arasındaki bir durumu ifade etmektedir.

*Kabulün bilinmesi nazariyesi* (Öğrenme teorisi): Bu nazariye iki iradenin ittifak etmesi esasına dayanmaktadır. Her iki tarafın iradelerinin örtüşüğünü bilmesi, daha doğrusu mucibin diğer tarafın kabulünü bilmesi esasına dayanmaktadır. (Karadâği, *Hukmü icrâi'l-ukûd*, s. 52-62; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 53. a.mlf., *el-Vasît fi şerhi kânunî'l-medeni*, Mısır, 2007-2008, I, 199-204; Mahmasâni, *en-Nazariyyetü'l-âmme*, II, 318-320; Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, s.35-51.; Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-elektroniyeye*, 196-208)

168 Konuyla ilgili görüşler için bk. Karaman, *Hukuk*, II, 95-96.



renme teorisi)”,<sup>169</sup> Subhî Receb Mahmasâni<sup>170</sup> ve Ali Muhyiddin el-Karadâğî “*ka-bulün ilanı nazariyesini (açıklama teorisi)*”,<sup>171</sup> İbrahim Kâfi Dönmez “*kabulün var-ma nazariyesini (ulaşma/varma teorisi)*”,<sup>172</sup> Vehbe ez-Zühayli ise “*hem kabulü ilan nazariyesini (açıklama teorisini), hem de kabulü öğrenme nazariyesini (öğrenme teorisi)*”<sup>173</sup> kabul etmiştir.<sup>174</sup>

Konuyla ilgili Senhûrî (ö. 1971) şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

“*Fıkıh kitaplarında nakledilen ifadelerin zahirinden gaipler arasında akdin tamam olması ile ilgili ‘kabulün ilanı nazariyesinin’ kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte fukaha, hazırlar arasında yapılan akitte, mucibin diğer tarafın kabulünü iştirakini şart koşmuşlar, ancak gaipler arasında yapılan akitte mucibin, kabulün olduğunu bilmesi/iştirakini gerektiğini açıkça söylememişlerdir. Şayet onlar, hazırlar arasında olduğu gibi gaipler arasında da akdin tamam olması konusunu açıkça ele almış olsalardı bu konuda görüş ayrılıkları olabilirdi. Hatta daha da ileri giderek diyebiliriz ki, İslâm hukukçularının hazırlar arasında mucibin, diğer tarafın kabulünü iştirakini şart koşmaları kaidesi, onların, akdin tamam olması için gaipler arasında da ‘mucibin kabulü bilmesi nazariyesini’ kabul etmelerini gerektirmektedir. Çünkü hazırlar arasında kabulün iştirakininin şart koşulmasının karşılığı, gaipler arasında kabulün bilinmesinin şart olmasıdır.*”<sup>175</sup>

Gaipler arasında icra edilen nikâh akdinin kuruluş ve tamam olması ile ilgili son dönem İslâm hukuku araştırmacılarından Üsâme Ömer Süleyman el-Aşkar, Senhûrî’nin görüşünün (öğrenme teorisi) İslâm hukuku ilkelerine ve tarafların maslahatına daha uygun olduğunu,<sup>176</sup> Vehbe Zühaylî ise “açıklama teorisi”nin geçerli olduğunu söylemektedir.<sup>177</sup>

#### 4. Nikâh Akdinde Muhayyerlikler

Nikâh akdinin kuruluşunda da diğer akitlerin kuruluşunda olduğu gibi<sup>178</sup> genel olarak “*rücu, kabul ve meclis muhayyerliği*” olmak üzere üç muhayyerlik söz konusudur.<sup>179</sup> Şafiiler’de kabulün fevri olması gerektiği için “*rücu ve kabul muhayyerliği*” yerine “*meclis muhayyerliği*” üzerinde durulmuştur.

169 Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, II, 54-56.

170 Mahmasâni, *en-Nazariyyetü’l-âmme*, II, 302.

171 Karadâğî, *Hukmü icrâi’l-ukûd*, s.53-61, 76.

172 Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, s.50.

173 Vehbe Zühaylî, “İcrâü’l-ukûd bi vesâilü’l-ittisâli’l-hadise”, *Mevsûâtü’l-fikhi’l-islâmi’l-muâsır*, Dârü’l-mektebi, Dimeşk 2007, III, 246-247.

174 Türk Borçlar Hukukunda sözleşmenin kurulma ve hüküm doğurma anının farklı olduğu söylenmiş ve buna göre farklı teoriler kabul edilmiştir. (Akıncı, *Borçlar Hukuku*, s.75-76.)

175 Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, I, 56.

176 Aşkar, *Müstededdât fikiyye*, s. 119.

177 Zühaylî, “İcrâü’l-ukûd bi vesâilü’l-ittisâli’l-hadise”, *Mevsûâtü’l-fikhi’l-islâmi’l-muâsır*, III, 246.

178 Akitlerdeki muhayyerliklerle ilgili bk. Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, II, 14-15.

179 Ebû Zehre, *el-Ahvâlü’ş-şahsiyye*, s.40.

Akdinin kuruluşundan sonra olmak üzere, “ayıp, bülûğ ve kefaet/denklik muhayyerliği” şeklinde nikâh akdi ile ilgili üç muhayyerlik daha vardır. (Çeker, *Akitler*, s. 93-94, 256-257.)

### a. Rücu Muhayyerliği

Meclis devam ettiği sürece, icabı yapan tarafın (mucibin), karşı taraf kabulde bulunmadan önce yapmış olduğu icaptan dönme hakkına “rücû’ muhayyerliği” denilmektedir.<sup>180</sup> Hanefî<sup>181</sup> ve Hanbeliler<sup>182</sup> rücu muhayyerliğini kabul etmiştir. Malikilere<sup>183</sup> göre ise icap bağlayıcı olduğu için mucibin rücu muhayyerliği yoktur.<sup>184</sup>

Akitlerde rücu muhayyerliği vardır diyenlere göre nikâh akdinde de rücu muhayyerliği bulunmaktadır.<sup>185</sup>

### b. Kabul Muhayyerliği

Meclis devam ettiği sürece, mucibin yapmış olduğu icabı karşı tarafın kabul veya reddetme hakkına “kabul muhayyerliği” denir.<sup>186</sup> Hanefiler,<sup>187</sup> Malikiler<sup>188</sup> ve Hanbeliler<sup>189</sup> kabul muhayyerliğini kabul etmiş, Şafiiler<sup>190</sup> kabulün fevri olması gerektiğini söyledikleri için kabul muhayyerliğini kabul etmemiştir.<sup>191</sup>

Akitlerde kabul muhayyerliği vardır diyenlere göre nikâh akdinde de kabul muhayyerliği bulunmaktadır.<sup>192</sup>

### c. Meclis Muhayyerliği

İcap ve kabulde bulunduktan sonra tarafların, daha henüz birbirinden/akit meclisinden ayrılmadan önce yapmış oldukları akitten vazgeçme hürriyetlerine “meclis muhayyerliği” denir.<sup>193</sup>

Hanefiler<sup>194</sup> ve Malikiler<sup>195</sup> göre icap ve kabul ile akit tamam olur ve tarafları bağlayıcıdır. Bundan dolayı bu iki mezhebe göre ister hazırlar ister gaipler arasında olsun meclis muhayyerliği yoktur. Şafiiler<sup>196</sup> ve Hanbeliler<sup>197</sup> ise meclis muhayyerliğini kabul etmiştir.<sup>198</sup>

180 Karaman, *Hukuk*, II, 81,85.

181 Mavsili, *İhtiyâr*, II, 244; Merğînânî, *Hidâye*, III, 21; Kâsânî, *Bedâiü’s-sanâi’*, VI, 530.

182 Buhûti, *er-Ravdu’l-murbi’*, s.304.

183 Hattâb, *Mevâhibü’l-celil*, VI, 30.

184 Senhûri, *Mesâdiru’l-hak*, II, 17-20; Haffif, *Ahkâmü’l-muâmalât*, s. 181; Düreyni, *et-Terâdi*, s. 272-273; Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü’l-akd*, s. 261; Zühayli, *el-Fikhü’l-islâmî*, IV, 112; Karaman, *Hukuk*, II, 85; a.mlf., *Anahatları İslâm Hukuku*, III, 59; Çeker, *Akitler*, s. 59; Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, s. 16.

185 Ebû Zehre, *el-Ahvâlü’ş-şahiyye*, s.40; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, II, 15; Zeydan, *el-Mufassal fi ahkâmî’l-mer’e*, VI, 90.

186 Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, III, 60; Çeker, *Akitler*, s. 59; a.mlf., *Fıkıh Dersleri*, s.57.

187 Mavsili, *İhtiyâr*, II, 244; Merğînânî, *Hidâye*, III, 21; Kâsânî, *Bedâiü’s-sanâi’*, VI, 530.

188 Hattâb, *Mevâhibü’l-celil*, VI, 29.

189 Buhûti, *er-Ravdu’l-murbi’*, s. 304.

190 Nevevî, *Ravdatü’l-tâlibin*, III, 6.

191 Senhûri, *Mesâdiru’l-hak*, II, 15-17; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, s.57.

192 Ebû Zehre, *el-Ahvâlü’ş-şahiyye*, 40; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, II, 15; Zeydan, *el-Mufassal fi ahkâmî’l-mer’e*, VI, 90.

193 Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü’l-akd*, s.185; Senhûri, *Mesâdiru’l-hak*, II, 20; Karaman, *Hukuk*, II, 86.

194 Merğînânî, *Hidâye*, III, 21.

195 İbn Rüşd, *Bidayetü’l-müctehid*, II, 278-279; Karâfi, *Zehira*, V, 20.

196 Şirâzi, *el-Mühezzeb*, Dâru’l-kütübî’l-ilmîyye, Beyrut 1995, II, 4.

197 İbn Kudâma, *Muğni*, VI, 10-11.

198 Meclis muhayyerliği ile ilgili görüşler için bk. *el-Mevsûâtü’l-fıkhiyye*, “Hıyârü’l-meclis”, XX, 169-180; Ebû Zehre,

Mezheplerin, genel olarak akitlerde kabul ettikleri meclis muhayyerliği ile ilgili görüşleri nikâh akdinde farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, Hanefiler,<sup>199</sup> Şafililer<sup>200</sup> ve Hanbeliler<sup>201</sup> göre nikâh akdi muâvazalı/bedelli bir akit olmadığı için (görme ve) meclis muhayyerliği yoktur.<sup>202</sup>

Bu konuda Hanbeli fakih İbn Kudâme (ö. 620/1223) şöyle demektedir: “Bey’ akdine kıyasla nikâh akdinde meclis muhayyerliği sahih değildir. Çünkü nikâh akdi genellikle karşılıklı görüşme ve düşünmeden sonra gerçekleşir. Bu yüzden meclis muhayyerliğine gerek yoktur. Ayrıca nikâh akdinde meclis muhayyerliğinin olması (ve akdin feshedilmesi), kadının ar ve namusuna zarar verir. Kadının muhayyerlik sonucu reddedilmesi onun saygınlığını giderir ve ayıplı bir eşya/mal durumuna düşürür.”<sup>203</sup>

Malikiler ise şart koşulduğu takdirde nikâh akdinde meclis muhayyerliğinin caiz olduğunu söylemişlerdir.<sup>204</sup>

### III. İNTERNET ORTAMINDA NİKÂH AKDİNİN KURULUŞU

İnternet ortamında icra edilen nikâh akdinin klasik usulde kurulan nikâh akdinden hiç bir farkı yoktur. Bu yüzden nasıl ki klasik usulde nikâh akdi icap ve kabulün akit meclisinde şahitlerin huzurunda birbirine uygun bir şekilde birleşmesi ile kuruluyorsa, internet ortamında icra edilen nikâh akdi de aynı şekilde kurulmaktadır.<sup>205</sup> Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, nikâh akdinde veliyi şart koşanlara göre internet ortamında eş zamanlı icra edilen nikâh akdinde de kız adına nikâhı velisi icra etmiş olmalıdır.<sup>206</sup>

#### A. İNTERNET ORTAMINDA NİKÂH AKDİNİN KURULUŞ ŞEKİLLERİ

İnternet ortamında nikâh akdinin icrası elektronik posta (e-mail) ile veya ya-

*el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd* 185-190; Senhûrî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 20-40; Karaman, *Hukuk*, II, 86-90; a.mlf., *Anahtarlarıyla İslâm Hukuku*, III, 60-61; Çeker, *Akitler*, s.59-61; a.mlf., *Fıkıh Dersleri*, s.57-60; İbrahim Tüfekçi, “İslâm Hukukunda Meclis Muhayyerliği”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 20, 2012, s. 11-42.

199 İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 191.

200 Nevevî, *Mecmû'*, IX, 210.

201 İbn Kudâma, *Muğni*, VI, 12.

202 *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXXI, 242; Zühaylî, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 53.

203 İbn Kudâma, *Muğni*, VI, 12.

204 Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, II, 351; Ayrıca bk. *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXXI, 242.

205 Cumhura göre prensip olarak gaippler arasında nikâh akdi geçersiz olduğundan internet ortamında elektronik posta ile yapılan nikâh akdinin kuruluşu sadece Hanefilere göre caiz/geçerli olmaktadır. İlgili başlıkta konu üzerinde ayrıca durulacaktır.

206 Malikilere, Şafilere ve Hanbelilere göre nikâh akdinin geçerli olabilmesi için bakire kızın nikâhını velisi akdetmelidir. Bakire kızın akdin kuruluşunda taraf olması ve irade beyanında bulunması geçersizdir. (Bk. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 16; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 198; Buhâtî, *er-Ravdü'l-murbi'*, 515; a.mlf., *Keşşâfü'l-kınâ'*, IV, 45. Ayrıca bk. Karaman, *Hukuk*, I, 249.)

Evlenmede velayet (veli izni) ile ilgili görüş ve değerlendirmeler için bk. Saffet Köse, “İslâm Hukukuna Göre Evlenmede Velayet”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı:2, 2003, s.101-116; Muhammed Ali Danışman, “İslâm Hukukuna Göre Evlilikte Velayet ve Kapsamı”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 8, 2006, s. 239-258.

*zalı, sesli ve görüntülü* bir şekilde eş zamanlı olmak üzere iki şekilde olabilmektedir. Bunlardan birincisi doktrindeki gaipler arasında mektupla evlenmeye, ikincisi ise hazırlar arasındaki evlenmeye benzemektedir.<sup>207</sup>

## 1. Elektronik Posta İle İnternet Ortamında Nikâh Akdinin Kurulması

### a. Elektronik Posta ile Nikâh Akdinin İcra Edilmesi

Elektronik posta (e-mail) ile internet ortamında nikâh akdinin icra edilmesi, tarafların yazılı veya sesli-görüntülü (video) olarak irade beyanlarını (icap ve kabul) özel şifre ile kullandıkları e-mail adreslerine göndermeleri şeklinde olmaktadır.<sup>208</sup>

Buna göre, taraflardan biri irade beyanını (icap), iki şahidin huzurunda yazılı veya sesli-görüntülü (video) olarak e-posta ile internet ortamında karşı tarafın e-mail adresine göndermekte, icabı alan taraf da, bunu iki şahidin huzurunda okuyup/dinletip sözlü olarak iradesini beyan ettikten sonra “kabul” şeklindeki irade beyanını yazılı veya sesli-görüntülü (video) olarak elektronik posta aracılığı ile diğer tarafın elektronik posta adresine göndermekte ve “kabul” cevabını alan taraf (mucip), bunu iki şahidin huzurunda okuyarak dinletmektedir.<sup>209</sup>

Böylece elektronik posta aracılığı ile internet ortamında icra edilen nikâh akdinin kuruluşu, klasik doktrinde yer alan nikâh akdinin kuruluş (in'ikad/icap ve kabul) ve geçerlilik (sıhhat/şahitlik) şartlarına uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş olmaktadır.<sup>210</sup>

Bugün çok uzak mesafelere rağmen *yazılı ve sesli-görüntülü (video)* olarak elektronik posta ile internet ortamında nikâh akdinin icra edilmesinin klasik doktrindeki mektup (kitâbe/mükâtebe/mürâsele) vasıtası ile nikâh akdinin icra edilmesinden hiçbir farkı yoktur. Aralarındaki tek fark, klasik yöntemde günler veya haftalar süren mektupla iradenin beyan edilmesi (ve nikâh akdinin icra edilmesi), elektronik posta ile birkaç saniye/dakika gibi çok kısa bir zaman dilimi içerisinde gerçekleşmiş olmasıdır.<sup>211</sup>

Diğer taraftan teleks ve faks gibi iletişim araçları ile yapılan irade beyanında (icap ve kabul), tarafların bu cihazların başında hazır bulunmaları halinde, bu şekildeki yazışmanın telefonla aynı anda yapılan görüşmeye benzetmek mümkündür.<sup>212</sup> Nitekim çağdaş İslâm hukuk araştırmacılarından bazıları teleks üzerinden

207 Nikâh akdinin internet ortamında elektronik posta ve eş zamanlı görüşerek icra edilmesinin avantaj ve sakıncaları ile ilgili bk. Abdülilah b. Mezrû' el-Mezrû', "Akdü'z-zevâc 'abra'l-internet", (15.09.2013), 6-7, 18; Sâlihî, "İn'ikâdü'z-zevâc bi'l-berid'i'l-elektroniiyye", s. 191.

208 Abdülilah, *Akdü'z-zevâc 'abra'l-internet*, s.18.

209 Sâlihî, "İn'ikâdü'z-zevâc bi'l-berid'i'l-elektroniiyye", s.191-192.

210 Sâlihî, "İn'ikâdü'z-zevâc bi'l-berid'i'l-elektroniiyye", s.192.

211 Sâlihî, "İn'ikâdü'z-zevâc bi'l-berid'i'l-elektroniiyye", s.192; Üsame Ömer Süleyman el-Aşkar, *Müsteceddât fıkhiyye fi kadâyâ ez-zevâc ve't-talâk*, Daru'n-nefâis, Umman/Ürdün 2010, s. 104.

212 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s.224-226, 228; Akkurt, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu Ve

yapılan yazışmayı eş zamanlı olarak kabul ederken<sup>213</sup> bazıları gaipler arasında gerçekleşen mektup/kitabe vasıtası ile irade beyanı kapsamında değerlendirmektedir.<sup>214</sup> Bu durumda bilgisayarın başında hazır bulunmaları halinde e-posta ile karşılıklı olarak aynı anda eş zamanlı olarak yapılan irade beyanları hazırlar arasındaki akitler gibi kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>215</sup>

## b. Elektronik Posta ile Nikâh Akdinin Kurulmasının Fikhî Yönü

Yukarıda az önce ifade edildiği gibi elektronik posta aracılığı ile internet ortamında nikâh akdinin icra edilmesi, klasik İslâm hukuku doktrininde gaipler arasında posta (mektup/kitabet) aracılığı ile icra edilen nikâh akdine benzemektedir. Bu yüzden klasik doktrinde gaipler arasında klasik posta (mektup/kitabet) yoluyla icra edilen nikâh akdi ile ilgili görüşler, günümüzde elektronik posta aracılığı ile yazılı veya sesli-görüntülü (video) olarak internet ortamında icra edilen nikâh akdi içinde de geçerli olacaktır.<sup>216</sup>

Yukarıda ilgili yerde de ifade edildiği klasik İslâm hukuku doktrininde gaipler arasında posta (mektup/kitabe) aracılığı ile nikâh akdinin icra edilmesi konusunda iki görüş bulunmaktadır;

### ba. Gaipler Arasında Posta (Mektup) Yoluyla Nikâh Akdinin Kurulmasını Caiz Görmeyenler

Malikiler,<sup>217</sup> Şafiiler<sup>218</sup> ve Hanbelilerden<sup>219</sup> oluşan Cumhur'a göre nikâh akdinde asıl olan irade beyanının sözlü olarak yapılmasıdır. Bundan dolayı prensip olarak ister hazırlar arasında olsun ister gaipler arasında olsun nikâh akdinde iradenin yazılı olarak beyan edilmesi caiz değildir. Dolayısıyla gaipler arasında icap ve kabulün yazılı olarak yapılması ile icra edilen nikâh akdi geçersizdir.<sup>220</sup> Buna göre

Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", s. 39-40; Ebu'l-iz, et-Ticarâtü'l-elektroniyeye, s.152.

213 Muhammed Akle el-İbrahim, *Hukmü icrâi'l-ukûd bi vesâilil-ittisâli'l-hadise*, Ürdün 1986, s. 104,112.

214 İbrahim Kâfi Dönmez, teleks, faks ve benzeri araçların bazı hallerde telefon gibi düşünülmesi mümkün ise de nihai tahlilde bunların mektup/elçi ile hazır olmayanlar arasında yapılan irade beyanı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir. (Bk. Dönmez, "İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler", s.55. )

215 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s.228; Akkurt, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu Ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", s. 39-40; Ebu'l-iz, et-Ticarâtü'l-elektroniyeye, s. 152.

216 Sâlihî, "İn'ikâdü'z-zevâc bi'l-beridi'l-elektroniyeye", s.195.

217 Maliki fakih ed-Derdîr şöyle demektedir: "İşaret ve yazılı olarak irade beyanı yetersiz/geçersiz olup sadece sözlü beyandan yoksun olan ahraz (dilsiz) gibi şahıslar için zaruret halinde geçerlidir". (Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağır*, II, 350)

218 Şafiilerden Nevevî şöyle demektedir: "Kişinin, hazır veya gaib olan birisine yazılı olarak evlenme icabında/teklifinde bulunması sahih değildir. Gaipler arasında geçerli olduğu da söylenmiştir." "Şayet veli gaipte olan birisine 'kızımı seninle evlendirdim diye sözlü beyanda bulunur ve bunu yazılı olarak da gönderirse, yazılı beyanı ulaştın veya ulaşmanın bu haberin ulaştığı yerde icabı alan diğer taraf 'bu nikâhı kabul ettim' derse sahih olmaz. Ancak her iki meselede de geçerlidir diyecek olursak, icabın ulaştığı yerde diğer tarafın bunu iki şahidin huzurunda kabul etmesi gerekir."(Nevevî, *Ravdatü't-tâlibin*, V, 383-384)

Nevevî, Mecmû'da gaipler arasında yazılı olarak yapılan irade beyanın iki şahidin huzurunda kabul edilmesi halinde geçerli olduğunu söylemektedir. (Nevevî, *Mecmû'*, IX, 197.)

219 Hanbeli fakih Merdâvî şöyle demektedir: "Hanbeli fakihler, söylemeye kudreti olan kişinin irade beyanını nikâh lafzını kullanarak söylemesi gerektiğini söylemişlerdir. Bu yüzden sözlü olarak irade beyanında bulunma kudreti olduğu halde evlenme iradesini yazılı olarak beyan eden kişinin irade beyanı geçersizdir. Ancak konuşmaktan mutlak olarak aciz olan kişi evlenme iradesini yazılı olarak beyan edebilir." (Merdâvî, *İnsâf*, VIII, 47.)

220 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 11; Nevevî, *Mecmû'*, IX, 197; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 190; İbn Kudâme,

genel olarak gaipler arasındaki akitte yazılı irade beyanın geçerli olduğunu kabul eden cumhur, nikâh akdini bundan istisna etmiştir.<sup>221</sup>

Abdülkerim Zeydan “Nikâh akdinde sözlü beyana gücü yeten tarafın yazılı beyanı sahih değildir”<sup>222</sup> diyen Hanbelilerin bu görüşünün hazırlar için geçerli olduğunu, gaipler arasında ise sözlü beyana güç yetirme imkânı olmadığından yazılı beyanın da geçerli olması gerektiğini, dolayısıyla -Hanefilerde olduğu gibi- Hanbelilere göre de gaipler arasında yazılı irade beyanı ile icra edilen nikâh akdinin geçerli olması gerektiğini söylemektedir.<sup>223</sup>

Buna göre internet ortamında e-posta aracılığı ile icra edilen nikâh akdinin cumhura göre en azından Hanbelilere göre de geçerli olması gerekmektedir. Ancak nikâh akdi ile ilgili işlemler yapılırken, kadının evlenmesinde veliyi şart koşanlar için icap veya kabulü kadın/kız adına velisi yapmalıdır.<sup>224</sup>

### Cumhurun gerekçeleri şunlardır:<sup>225</sup>

1) Akdin kuruluşu için icap ve kabul aynı anda/fevri olarak gerçekleşmiş olmalıdır. Bu şartı Şafiiler ileri sürmektedir.<sup>226</sup>

2) Nikâh akdi esnasında şahitler bizzat hazır bulunmalı ve tarafların yaptığı icap ve kabulü işitmelidirler. Bu şart Şafii<sup>227</sup> ve Hanbeliler<sup>228</sup> için geçerli olup nikâhın geçerlilik (sihhat) şartıdır. Dolayısıyla gaipler arasında yapılan irade beyanında şahitler tarafların icap ve kabulden oluşan irade beyanlarını aynı anda sesli olarak işitme imkânına sahip değillerdir.<sup>229</sup>

3) Posta (mektup/kitâbet) aracılığı ile yazılı olarak icra edilen irade beyanında tahrif ve tebdil olma imkânı vardır. Böyle bir ihtimal nikâh akdine fesadın karışmasına vesile olabilir.<sup>230</sup>

4) Nikâh konusunda diğer akitlerden farklı olarak daha ihtiyatlı davranılması gerekir.<sup>231</sup>

5) Nikâh akdinde iradenin sarîh lafızlarla beyan edilmesi gerekir. Yazılı irade beyanı ise kinâî bir beyandır ve nikâh akdinde kullanılması caiz değildir.<sup>232</sup>

*Muğni*, IX, 339-340; Buhûti, *Keşşâfü'l-kınâ*, IV, 37. Ayrıca bk. *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXXI, 241; Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 46; Zeydan, *el-Mufasssal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 90.

221 Karadâği, *Hukmü icrâi'l-ukûd*, 46-51; Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 103-104.

Gaipler arasında yazılı olarak icra edilen irade beyanı ile nikâh akdinin geçerli olduğu hakkında Şafii ve Hanbelilerin farkı görüşleri için bk. *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXXI, 241.

222 Buhûti, *Keşşâfü'l-kınâ*, IV, 37.

223 Zeydan, *el-Mufasssal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 90.

224 Sâlihî, “İn'ikâdü'z-zevâc bi'l-beridi'l-elektroniyye”, s.192.

225 Aşkar, *Müsteceddât fikhiyye*, s.105-107.

226 Nevevî, *Ravdatü't-tâlibin*, V, 384, 385; Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 50; Zeydan, *el-Mufasssal fi ahkâmi'l-mer'e*, VI, 100.

227 Nevevî, *Ravdatü't-tâlibin*, V, 391; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 194.

228 İbn Kudâme, *Muğni*, IX, 347.

229 Nevevî, *Mecmû'*, IX, 197.

230 Rafet Osman, *Akdü'z-zevâc*, s.141.

231 Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc* III, 190; Ayrıca bkz. Rafet Osman, *Akdü'z-zevâc*, s.141.

232 Nevevî, *Ravdatü't-tâlibin*, V, 383; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, III, 190; Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 46; Rafet Osman, *Akdü'z-zevâc*, s.139.

6) Taraflar arasında vekil tayin etme imkânı varken yazılı olarak irade beyanına ihtiyaç yoktur.<sup>233</sup>

### **bb. Gaippler Arasında Posta (Mektup) Yoluyla Nikâh Akdinin Kurulmasını Caiz Görenler**

Hanefilere göre farkı mekânlarda ve uzak mesafelerde bulunan taraflar (gaippler) arasında icra edilen nikâh akdinde irade beyanının (icap ve kabul) yazılı olarak yapılması mümkündür. Konuyla ilgili Hanefiler, “Gaibin iradesini yazılı olarak beyan etmesi, hazır olanın iradesini sözlü olarak beyan etmesi gibidir”<sup>234</sup> demektedirler.

Buna göre farklı mekânlarda ve uzak mesafelerde bulunan taraflardan biri posta (mektup) aracılığı ile yazılı olarak veya elçi aracılığı ile -iki şahit huzurunda- icapta bulunsa, icabı alan diğer taraf da bunu iki şahidin huzurunda kabul etse ve şahitler yazının içeriğini dinleyip/işitip şahitlik etseler nikâh akdi gerçekleşmiş olur. Ancak, kabul esnasında şahitler bulunmaz ise akit gerçekleşmez. Çünkü şahitlerin akit esnasında hazır bulunması nikâh akdinin sıhhat (geçerlilik) şartıdır.<sup>235</sup>

Gaippler arasında bu şekilde icra edilen nikâh akdinde akit meclisi, hükmen mektubun ulaştığı vakit/yer olmakta, icap ve kabul aynı mecliste gerçekleşmekte ve ve ittihad-i meclis/meclis birliği sağlanmaktadır. Meclis birliği gerçekleştiğine göre icabı alan tarafın mektubun içeriğini iki şahidin huzurunda kabul etmesi ile akit sanki hazırlar arasında gerçekleşmiş gibi olmaktadır.<sup>236</sup>

Hanefilere göre gaippler arasında posta (mektup) aracılığı ile nikâh akdinin kurulabilmesi için aşağıdaki şartların bulunması gerekmektedir;<sup>237</sup>

1) Yazılı irade beyanı farklı mekânda ve uzak mesafede bulunan gaippler arasında olmalıdır.

2) İcabı alan kişi, kabul şeklindeki irade beyanını yazılı olarak değil sözlü olarak şahitler huzurunda beyan etmelidir. Buna göre gaippler arasında icra edilen nikâh akdinde taraflardan biri yazılı olarak icapta bulunsa, diğer atarafa aynı şekilde yazılı olarak bu icabı kabul etse nikâh akdi kurulmuş olmaz. Çünkü gaippler arasında da olsa her iki tarafın iradelerini yazılı olarak beyan etmeleri nikâh akdinde yeterli değildir.

3) Gaippler arasında posta (mektup) aracılığı ile yazılı olarak icra edilen nikâh akdinde icap ve kabul iki şahit huzurunda gerçekleşmiş olmalıdır.

233 Rafet Osman, *Akdü'z-zevâc*, s.141.

234 Merğînânî, *Hidâye*, III, 21; İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 192-193; Ayrıca bk. Meecele, md. 69.

235 İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 192-193; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, III, 325-326; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 73; *el-Mevsûâtü'l-fikhiyye*, “Nikâh”, XXXI, 241; Zühaylî, *el-Fikhi'l-islâmî*, VII, 45-46, 50-51; Zeydan, *el-Mufasssal fi ahkâmî'l-mer'e*, VI, 90-91.

236 Muhammed b. Yahya en-Nüceymî, “Hukmü ibrâmi'l-ahvâliş-şahsiyye ve'l-ukud gayri't-ticâriyye 'abra'l-internet”, *Ahkâmü takniyyeti'l-ma'lûmât* (İdâd: Muhammed b. Abdullah el-Kâsım), Riyad 2002, s.194.

237 İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 73-74; Ayrıca bk. Aşkar, *Müstedcât fikhiyye*, 108; Nüceymî, “Hukmü ibrâmi'l-ahvâliş-şahsiyye”, s.193.

### c. Değerlendirme

Yazı, sürekli kalabilme özelliği ile sözden ayrılmakta ve iradeye (maksada) daha güçlü bir şekilde delalet etmektedir.<sup>238</sup> Bundan dolayıdır ki yazı, iradeyi beyanın vasıtalarından biri olarak kabul edilmekte ve hukuki muamelelerde önemli bir yer işgal etmektedir.<sup>239</sup> İslâm hukukunda da yazılı belge (kitâbe) bir ispat vasıtası olarak kabul edilerek<sup>240</sup> “*el-kitâb ke'l-hitâb/yazılı beyan sözlü beyan gibidir*”<sup>241</sup> denilmiştir.

Dolayısıyla yazılı belge, iradeyi ve maksadı ifade etme konusunda hukukun kabul ettiği bir ispat vasıtası olduğuna göre bunun hazırlar veya gaipler arasında olması arasında bir fark olmaması gerekir.<sup>242</sup> Nitekim konuyla ilgili Cumhuriyet ile Hanefiler arasındaki temel sorun yazılı irade beyanının geçerliliği değil, nikâh akdinin kendine has hassasiyetleri ve genel olarak icap ve kabulün fevri olması gibi akdin kuruluşu ile ilgili doktrindeki temel yaklaşım farklılığıdır.

Ancak akit nazariyesi ve irade beyanında yazının geçerli olması açısından bakıldığında gaipler arasında posta (mektup) aracılığı ile nikâh akdinin icra edilmesi konusunda Hanefilerin görüşü daha isabetli görünmektedir. Buna göre tarafların e-posta aracılığı ile yazılı olarak yaptıkları icap ve kabulü, iki şahit huzurunda sesli olarak okuyup irade beyanında bulunmaları halinde, gaipler arasında posta (mektup) aracılığı ile icra edilen nikâh akdini kabul eden Hanefilere göre elektronik posta aracılığı ile icra edilen nikâh akdinin de geçerli olması gerekmektedir.<sup>243</sup>

Nikâhın diğer akitlerden farklı olduğu ve bu konuda daha ihtiyatlı davranılması gerektiğini söyleyen cumhurun görüşünün haklılık payı vardır. Bu yüzden nikâh akdinin kuruluşunda daha ihtiyatlı davranılmalı, daha güvenilir ve sağlam temeller üzerine inşa edilmesine dikkat edilmelidir. Ancak bu ihtiyat, nikâh akdinin hukuki açıdan gaipler arasında olmasına engel teşkil etmemelidir. Çünkü tarafların kimliği ve kişiliğine yönelik güvenle ilgili endişeler her iki tarafı bilen güvenilir şahitlerin aracılığı ve özel ispat vasıtaları ile giderilebilir.<sup>244</sup> Böylece nikâh akdinin kutsiyetine ve önemine uygun, tarafların ar ve namusuna, şeref ve haysiyetine halel gelmeyecek şekilde gaipler arasında nikâh akdinin icrası mümkündür.<sup>245</sup>

Bununla birlikte gaipler arasında nikâh akdinin icrası ile ilgili doktrindeki ihtilaftan kaçınmak için, gaipler arasında e-posta (veya mektup) aracılığı ile yazılı

238 Şaban, *el-Ahkâmü’ş-şer’iyye li’l-ahvâl-iş-şahsiyye*, s. 92.

239 Muhammed Mustafa ez-Zühaylî, *Vesâilü’l-İsbât fi’l-fikhi’l-İslâmî*, Meketebetü dâru’l-beyân, Dimeşk-Beyrut 1982, I-II, 432-435; Sâlihî, “İn’ikâdü’z-zevâc bi’l-beridi’l-elektronîyye”, s.193.

240 Zühaylî, *Vesâilü’l-İsbât*, I-II, 415-488; Ahmet Fethî Behnesî, *Nazariyyetü’l-İsbât fi’l-fikhi’l-cinâiyyi’l-İslâmî*, Dâru’ş-Şurûk, Kahire-Beyrut, 1989, 213-217.

241 Merğînânî, *Hidâye*, III, 21. Ayrıca bk. Mecelle, md. 69. (*Mükâtebe muhataba gibidir*)

242 Karadâğî, *Hukmü icrâi’l-ukûd*, 49. Yazılı olarak yapılan irade beyanı hakkındaki görüşler hakkında geniş bilgi için bk. Karadâğî, *Hukmü icrâi’l-ukûd*, s.46-51.

243 Nureddin Muhtar el-Hâdimî, “Ukûdü’l-bey’ ve’ş-şira ve’n-nikâh bi’l-internet ve echizeti’l-ittisâli’l-hadîse”, *Bühûsün fikhiyyetün mine’l-Hind*, (İddâd: Mücahidü’l-İslâm el-Kâsımî), Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye, Beyrut 2003, s. 358-359.

244 Nüceymî, “Hukmü İbrâmi’l-ahvâl-iş-şahsiyye”, s.195.

245 Sened, *el-Ahkâmü’l-fikhiyye*, s.226



irade beyanında bulunma yerine, vekâlet (hukuki temsilci)<sup>246</sup> yoluyla nikâh akdinin icrası daha isabetli görünmektedir.<sup>247</sup>

## 2. Eş Zamanlı Görüşme ile İnternet Ortamında Nikâh Akdinin Kurulması

### a. Eş Zamanlı Görüşme ile Nikâh Akdinin İcrası

İnternet ortamında eş zamanlı görüşme sağlayan programları “sadece yazılı görüşme ortamı sağlayan” veya “sesli ve görüntülü görüşme ortamı sağlayan” programlar olmak üzere temelde iki kategoriye ayırmak mümkündür.<sup>248</sup>

Bun göre, internet ortamında yazılı görüşme esnasında, şayet taraflardan birinin yaptığı icabı diğer taraf eş zamanlı olarak alır, okur ve şahitlerin huzurunda sözlü olarak kabul ederse, akit hazırlar arasında icra edilmiş olur. Ancak taraflardan biri, programdan veya kullanıcıdan kaynaklanan bir sebepten dolayı, kendisine yapılan icaba daha sonra cevap verecek olursa bu durumda akit, gaipler arasında yapılan yazışmaya (kitabete/e-posta) dönüşmüş olur.<sup>249</sup>

İnternet ortamında sesli ve görüntülü olarak eş zamanlı yapılan görüşmeler ise telefon ile yapılan eş zamanlı görüşme hükmünde olup hazırlar arasında icra edilen nikâh akdine benzemektedir.<sup>250</sup>

Buna göre tarafların, sesli ve görüntülü bir şekilde eş zamanlı olarak şahitlerin huzurunda evlenme iradelerini (icap ve kabul) beyan etmeleri ile internet ortamında nikâh akdi icra edilmiş olmaktadır. Bu şekilde icra edilen nikâh akdinde, taraflar ve şahitler birbirlerini gördükleri gibi yapılan icap ve kabulü şahitler sesli olarak işitmiş olmaktadır. Bundan dolayı bu şekilde icra edilen nikâh akdinin hazırlar arasında icra edilen nikâh akdinden bir farkı yoktur.<sup>251</sup>

### b. Eş Zamanlı Görüşme ile Nikâh Akdinin Kurulmasının Fıkhî Yönü

#### *ba. Eş Zamanlı Görüşme ile İnternet Ortamında Nikâh Akdinin Kurulmasına Genel Bakış*

Farklı mekânlarda ve çok uzak mesafelerde bulunan tarafların eş zamanlı olarak yazılı, sesli ve görüntülü bir şekilde internet ortamında iradelerini beyan etmeleri ile icra edilen nikâh akdi yeni bir durum olup önceki asırlarda böyle bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla, daha önce gaipler arasında elçilerin taraflar adına

246 İslâm hukukunda nikâh akdinin vekâlet yoluyla icra edilmesi hakkında bk. Merğînânî, *Hidâye*, I, 202; Ebû Zehre, *el-Ahvâlü’ş-şahsiyye*, s.132-136; Zühayli, *el-Fıkhü’l-islâmî*, VII, 219-229.

247 Rafet Osman, *Akdü’z-zevâc*, s.141-142.

248 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 209-217.

249 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 229.

250 Telefon ile yapılan sözleşmelerin hazırlar arasındaki sözleşme hükmünde olması ile ilgili bk. Karadâğî, *Hükmü icrâi’l-ukûd*, 14-33; Dönmez, “Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, 52; Ebu’l-iz, *et-Ticârâtü’l-elektronîyye*, 157; Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, 229. Ayrıca bk. Hafif, *Ahkâmü’l-muâmelât*, 177; Zühayli, *el-Fıkhü’l-islâmî*, 108-109; Çeker, *Akitler*, s. 53, 58; a.mlf., *Fıkh Dersleri*, s. 65; Aybakan, “Meclis”, *DİA*, XXVIII, 241; TBK, md.4/II.

251 Abdülilah, “*Akdü’z-zevâc ‘abra’l-internet*”, s. 6.

sözlü olarak icap ve kabulde bulunmalarını,<sup>252</sup> bugün tarafların internet ortamında eş zamanlı olarak sesli ve görüntülü bir şekilde icap ve kabulde bulunmalarına benzetmek mümkün değildir. Çünkü elçi aracılığı ile icra edilen nikâh akdinde arada üçüncü bir şahıs bulunmakta ve taraflar birbirlerinin yapmış olduğu icap ve kabulü sesli olarak duymamaktadırlar.<sup>253</sup>

Ancak klasik İslâm hukuku doktrininde, günümüzde farklı mekânlarda ve uzak mesafelerde bulunan taraflar arasında sesli-görüntülü bir şekilde eş zamanlı olarak irade beyanının açıklanmasına zemin teşkil edecek bazı görüşler bulunmaktadır. Nitekim Şâfiî fakih Nevevî'ye (ö. 676/1277) göre, birbirlerini görsün veya görmesin farklı mekânlarda ve uzak mesafelerde bulunan taraflardan biri yüksek sesle bağırarak icapta bulunsun ve icabı duyan diğer taraf da bunu kabul etse aralarında bey akdi (satış sözleşmesi) gerçekleşmiş olur.<sup>254</sup>

Nevevî'nin zikretmiş olduğu bu örnek olayı bugün, internet ortamında sesli ve görüntülü olarak yapılan irade beyanlarına benzetmek mümkündür. Nitekim bugün telefon ve internet ortamında yapılan sesli ve görüntülü irade beyanı, mekân olarak birbirine uzakta bulunan tarafları zaman olarak hazır duruma getirmekte ve birbirlerinden çok uzak mesafelerde bulunan akdin tarafları, sanki aynı mekânı paylaşıyor gibi birbirleri ile görüşüp konuşabilmektedir.<sup>255</sup>

Diğer taraftan bugün internet ortamında sesli-görüntülü bir şekilde eş zamanlı olarak icra edilen nikâh akdinde şahitlerin hazır bulunarak tarafların yapmış olduğu icap ve kabulü işitmeleri ile ilgili durumu, olayı bizzat baş gözü ile görmeyen âmânın (kör) şahitliğine benzetmek de mümkündür. Nitekim İslâm hukukçuları âmânın şahitliğinin caiz olup olmayacağı konusunu tartışmışlar, Hanefî<sup>256</sup> ve Şâfiîler<sup>257</sup> bunun caiz olmadığını söylerken Malikiler<sup>258</sup> ve Hanbeliler<sup>259</sup> caiz olduğunu söylemişlerdir.

Buna göre ama olan birisi nasıl ki, maddi gözü ile akdin taraflarını görmediği halde sadece onların irade beyanını işiterek şahitlik edebiliyorsa veya işitme duyusuna istinaden gözleri ile tanık olmadığı bir olayın mahkemede doğruluğu veya yanlışlığı üzerine şahitlik edebiliyorsa, telefon veya internet ortamında canlı olarak icra edilen nikâh akdinde şahitlik yapanlar da icapta bulunan veya kabul eden kişiyi maddi gözleri ile görmeseler de onların sesini işiterek kim olduklarına veya akdin kuruluşuna şahitlik etmektedirler.<sup>260</sup>

252 Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, VII, 45.

253 Aşkar, *Müstedcât fıkhiyye*, s. 109; Sened, *el-Ahkâmü'l-fıkhiyye*, s. 227.

254 Nevevî, *Mecmû'*, IX, 214.

255 Aşkar, *Müstedcât fıkhiyye*, s. 109.

256 Merğînânî, *Hidâye*, III, 121.

257 İmam eş-Şâfiî, *el-Ümm*, (thk. Rafet Fevzi Abdülmuttalib), Daru'l-vefa, 2001, VIII, 113; Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebir fi fıkhi mezhebi'l-İmam eş-Şâfiî*, (thk. Ali Muhammed Muavvad-Aidl Ahmed Abdülmevcud) Daru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 1994, XVI, 191.

258 Karâfi, *Zehira*, X, 164; Hattâb, *Mevâhibü'l-celil*, VIII, 166.

259 Merdâvî, *İnsâf*, XII, 10.

260 Mezrûî, "Akdü'z-zevâc 'abra'l-internet", s. 17.

Dolayısıyla, İslâm hukukçularının nikâh akdinin kuruluşu ile ilgili ileri sürmüş oldukları “*icap ve kabulün aynı mecliste peş peşe sözlü olarak yapılması (müvâlât/ittihad-ı meclis) ve şahitlerin, tarafların irade beyanlarını işitmesi*” gibi şartlar açısından nikâh akdine bakıldığında, bu şartların sesli ve görüntülü bir şekilde eş zamanlı olarak internet ortamında icra edilen nikâh akdinde gerçekleşmiş olduğu görülmektedir.<sup>261</sup>

### **bb. Konuyla İlgili Son Dönem İslâm Hukukçularının Görüşleri**

Farklı mekânlarda ve uzak mesafelerde bulunan tarafların internet (ve telefon) ortamında eş zamanlı olarak irade beyanında bulunması ile nikâh akdinin icrası konusunda son dönem İslâm hukuku araştırmacıları farklı görüş beyan etmişlerdir.

#### **1) İnternet Ortamında Nikâh Akdinin Caiz Olduğu Görüşü**

Mustafa Ahmed ez-Zerkâ,<sup>262</sup> İbrahim Fadıl ed-Debû,<sup>263</sup> Muhammed Akle el-İbrahim,<sup>264</sup> Bedrân Ebu’l-Ayneyn,<sup>265</sup> Üsâme Ömer Süleyman el-Aşkar,<sup>266</sup> Mısır eski müftisi Şehh Nasr Ferîd Vâsıl,<sup>267</sup> Nureddin Muhtâr el-Hâdimî<sup>268</sup> gibi son dönem İslâm hukuku araştırmacılarına göre, internet veya telefon ortamında eş zamanlı görüşme ile şahitlerin huzurunda icra edilen nikâh akdi geçerlidir.<sup>269</sup> Bu görüşün gerekçeleri şunlardır;<sup>270</sup>

(i) Diğer akitlelerde olduğu gibi internet (ve cep telefonu) ortamında sesli-görüntülü olarak icra edilen nikâh akdinde de akdin unsur ve şartları bulunmakta, icap ve kabul aynı mecliste gerçekleşmektedir.

(ii) İnternet (ve telefon) ortamında akdin icrası esnasında veli ve şahitlerin hazır bulunma imkânı vardır.

(iii) İnternet (ve telefon) ortamında sesli-görüntülü olarak icra edilen nikâh akdinde taraflar ve şahitler, yapılan *icap ve kabulü* sesli olarak işitme imkânına sahiptirler.

261 Sened, *el-Ahkâmü'l-fikhiyye*, s. 227. Ayrıca bk. Aşkar, *Müsteddat fikhiyye*, s. 109.

262 Muhammed Akle el-İbrahim’in naklettiğine göre Zerkâ, telefon ile eş zamanlı olarak icra edilen nikâh akdinin geçerli olduğu hakkında şifahi fetva vermiştir. (Bk. *Hukmü icrâi'l-ukûd bi vesâilil-ittisâli'l-hadise*, s. 113.)

263 Debu, “*Hukmü icrâi'l-ukûd bi'l-âlatil-İttisâli'l-hadise*”, s. 866-867.

264 Muhammed Akle el-İbrahim, *Hukmü icrâi'l-ukûd bi vesâilil-ittisâli'l-hadise*, s. 113.

265 Bedran Ebu'l-ayney Bedran, *ez-Zevâc ve't-talak fi'l-islâm*, 41'den naklen Muhammed Akle el-İbrahim, *Hukmü icrâi'l-ukûd bi vesâilil-ittisâli'l-hadise*, s. 113.

266 Aşkar, *Müsteddat fikhiyye*, s. 109.

267 Ribhî el-Cüdeylî, “*Hukmü icrâi'l-ukûd bi vesâilil-ittisâli'l-hadise*”, *Gazze/Filistin* 2004, [www.ao-academy.org/.../hokom27072010.doc](http://www.ao-academy.org/.../hokom27072010.doc) s. 28.

Ferîd Vâsıl, nikâh akdinin şahitlerin huzurunda olması, icap ve kabul esnasında şer'î velinin bulunması ve icra edilen akdin resmi kurumlarca tescil edilmesi şartı ile internet ortamında yapılan nikâh akdini kabul etmektedir. Ancak bu şartlardan biri olmazsa geçersiz olduğunu söylemektedir.

268 Hâdimî, “*Ukûdü'l-bey' ve's-şira ve'n-nikâh bi'l-internet ve echizeti'l-ittisâli'l-hadise*”, s. 358-359.

269 Ahmed Abûd Ulvân, “*Dirâse fikhiyye li ba'dil-müsteddatil-asriyye*”, *Mecelletü Camiatü'l-Medînetil-Âlemiyye*, el-Adedü's-sâlis, s. 68.

270 Aşkar, *Müsteddat fikhiyye*, 109; Muhammed Akle el-İbrahim, *Hukmü icrâi'l-ukûd bi vesâilil-ittisâli'l-hadise*, 113; Muhammed b. Yahya b. Hasan en-Necmî, “*Hukmü ibrâmi akdi'z-zevâc an tarikil-vesâilil-elektroniyye*”, <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4390>, 05.09.2013.

## 2. İnternet Ortamında Nikâh Akdinin Caiz Olmadığı Görüşü

Ezher Üniversitesi İlmî Araştırmalar ve İfta Komisyonu,<sup>271</sup> Suudi Arabistan'ın Daimi Fetva Komisyon üyeleri,<sup>272</sup> Ciddede bulunan İslâm Fıkıh Akademisi,<sup>273</sup> Yusuf el-Karadâvî,<sup>274</sup> Ali Muhyiddin el-Karadâğî,<sup>275</sup> Vehbe ez-Zühaylî,<sup>276</sup> Orhan Çeker,<sup>277</sup> Gazze İslâm Üniversitesi Fetva Komisyonu başkanı Ahmed Ziyâb Şüveydah,<sup>278</sup> Abdullah b. İbrâhîm b. Abdullah en-Nâsır,<sup>279</sup> Abdülhak Hamîş<sup>280</sup> gibi birçok İslâm hukuku araştırmacısı ise telefon ve benzeri araçlar ile mekân itibarıyla hazır olmayanlar arasında eş zamanlı olarak icra edilen nikâh akdinin caiz olmadığını söylemektedir.

Bu görüşün gerekçeleri ise şunlardır;

(i) İnternet ortamında icra edilen nikâh akdinde her ne kadar akdin unsurları ve şartları gerçekleşse de iyice düşünüldüğünde nikâh akdi sadece tarafların rızası ile biten bir akit olmayıp, tarafların ailesini ve toplumu da yakından ilgilendiren çok yönlü bir akitir. Bu yüzden nikâh akdinin diğer akitlerle mukayese edilerek internet ortamında evlenmeye cevaz vermek doğru bir yaklaşım değildir.<sup>281</sup>

(ii) İnternet ortamında evlenmede nikâh akdinin muktezasına ve İslâmın maksadına uygun olmayan bazı zarar ve mefsedetlerin olması muhtemeldir.<sup>282</sup>

(iii) İnternet ve telefon ortamında eş zamanlı olarak yapılan icap ve kabulde tarafların ses taklidi yaparak veya görüntü üzerinde oynayarak karşı tarafı aldat-

271 Çeker, *Akitler*, s. 54.

272 Aşkar, *Müstecceddât fıkhiyye*, s. 110.

273 *Mecelletül-mecma'ül-fıkhi'l-İslâmî*, ed-Devratü's-sâdisetü, el-Adedü's-sâdis, el-Cüz'üs-sâni, 14-20 Mart 1990 (Karar: 4), s. 1268.

274 Cüdeyli, "Hukmü icrâi'l-ukûd bi vesâilil-ittisâli'l-hadise", s. 27, 33.

275 Karadâğî, bir yerde şahitlerin icap ve kabulü işitmesi gerektiği gerekçesiyle telefon ve benzeri araçlar ile yapılan nikâh akdinin geçersiz olduğunu söylerken (Karadâğî, *Hukmü icrâi'l-ukûd*, 37-38.), bir başka yerde mektup ve benzeri modern iletişim araçları ile yapılan irade beyanında icabın ulaştığı yerde iki şahidin hazır bulunması ile nikâh akdinin geçerli olacağını söylemektedir. (Karadâğî, *Hukmü icrâi'l-ukûd*, 62, 78.)

Karadâğî, modern iletişim araçları ile yapılan evlenme irade beyanında şahitlerin icap ve kabulü işitmelerini esas almıştır. Bu gerekçeye göre internet ortamında veya cep telefonunda icap ve kabulün şahitlerin de duyacağı şekilde aleni/sesli olarak yapılması halinde bu araçlarla yapılan evlenme irade beyanının Karadâğî'ye göre de geçerli olması gerekmektedir.

276 Vehbe Mustafa ez-Zühaylî, internet ortamında e-posta ve benzeri ile yapılan nikâh akdinde icap ve kabulün geçerli olduğunu ancak şahitlerin yapılan icap ve kabulü duymaları gerektiği ve nikâh akdinin kendine has kutsiyetinden dolayı telefon ve internet üzerinden eş zamanlı görüşme ile yapılan icap ve kabulün geçersiz olduğunu söylemektedir. (Zühaylî, "Hukmü icrâi'l-ukûd bi veâilil-ittisâli'l-hadise", *Bühâsün fıkhiyyetün mine'l-Hind*, (İdad: Mücahidül-İslâm el-Kâsımî), Daru'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut 2003, s. 341-342. Ayrıca bk. Zühaylî, "İcrâül-ukûd bi vesâilil-ittisâli'l-hadise", *Mevsûatül-fıkhi'l-islâmî'l-muâsır*, Daru'l-mektebi, Dimeşk 2007, III, 228, 246)

277 Orhan Çeker, bir yerde telefon ile "rızâi" akitlerin kurulabileceğini, nikâh gibi "şekli" akitlerin kurulamayacağını söylerken (Çeker, *Akitler*, s. 54.) bir başka yerde telefonla icra edilen nikâh akdinin bazı sakıncalarının olabileceğini söyleyerek cevazı yönünde görüş ihsas/îma etmektedir. (Çeker, *Fıkıh Dersleri*, s. 55.)

278 Cüdeyli, "Hukmü icrâi'l-ukûd bi vesâilil-ittisâli'l-hadise", s. 28, 32.

279 Nâsır, "el-'Ukûdu'l-Elektronîyye Dirâseten El-Fıkhu'l-islâmîyyeten Mukâreneten", s. 291.

280 Abdülhak Hamîş, *Kadâyâ fıkhiyye muâsıra*, Birleşik Arap Emirlikleri, 2008, s. 119.

281 Nâsır, "el-'Ukûdu'l-Elektronîyye" 290; Üzeyir Öztürk, *Elektronik Ortamda Yapılan Akitlerin İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Şükrü Selim Has, Erciyes Üniv. Sosyal Bilimler Enst., ) Kayseri 2009, s. 152.

282 Nâsır, "el-'Ukûdu'l-elektronîyye", s. 291.

maları mümkündür. Nikâh aktinde ise insanların ar ve namusunu korumak için diğer akitlere nisbeten daha ihtiyatlı davranmak gerekmektedir.<sup>283</sup>

(iv) Nikâh akdi esnasında şahitler bizzat hazır bulunmalı ve yapılan icap ve kabulü işitmeleri gerekmektedir. Telefon ve benzeri iletişim araçları ile icra edilen nikâh aktinde bu şart gerçekleştirilmemektedir.<sup>284</sup>

### c. Değerlendirme

İnternet ortamında eş zamanlı icra edilen nikâh aktini, “*akdin temel unsur ve şartları*”, “*doktrinde gaipler arasında icra edilen nikâh aktinin cevâzi*” ve “*internet ortamında icra edilen nikâh aktinin güvenilirliği*” olmak üzere üç farklı açıdan değerlendirmek mümkündür;

#### ca. Akdin Kuruluş Unsur ve Şartları Açısından

İnternet ortamında icra edilen nikâh aktinin kurulmasında icap ve kabulün birbirine bağlı olarak aynı mecliste peş peşe olması (muvâlât/ittihad-ı meclis)<sup>285</sup> ve akit esnasında iki şahidin hazır bulunarak icap ve kabulü işitmesi<sup>286</sup> gibi konular önem arz etmektedir. Bu açıdan bakıldığında akdin kuruluşu ile ilgili temel şartların internet ortamında icra edilen nikâh aktinde de gerçekleştiği görülmektedir.<sup>287</sup>

Şöyle ki, sesli ve görüntülü iletişim kurma imkânı sağlayan telefon ve internet gibi modern iletişim araçları, aradaki mesafeleri kaldırmış, tarafları sanki aynı mekânda yaşıyor gibi birbirine yakınlaştırmıştır.<sup>288</sup> Bundan dolayı sesli ve görüntülü olarak eş zamanlı iletişim kurma imkânı sağlayan (bilgisayar ve cep telefonu tabanlı) internet ortamında, tarafların farklı mekânlarda ve çok uzak mesafelerde olması akdin unsur ve şartlarına uygun olarak kurulabilmesi için bir sıkıntı oluşturmamaktadır.<sup>289</sup>

Bu nedenle internet ortamında eş zamanlı olarak icra edilen nikâh aktinde, taraflar her ne kadar bedenleri ile farklı mekânlarda olsalar da birbirlerini işittikleri ve gördükleri için aynı zamanı paylaşmaktalar ve akit sanki *hazırlar arasında* aynı anda ve aynı mekânda gerçekleşmiş olmaktadır. Dolayısıyla internet ortamında eş zamanlı olarak icra edilen nikâh aktinde icap ve kabul aynı mecliste peş peşe

283 Aşkar, *Müsteceddât fikhîyye*, 110; Ulvân, “Dirâse fikhîyye li ba’di’l-müsteceddâti’l-asriyye”, s. 70; Sened, *el-Ahkâmü’l-fikhîyye*, s. 227.

284 İslâm Fıkıh Akademisi, farklı mekânlarda ve uzak mesafelerde bulunan ve birbirini görüp işitmeyen tarafların telefon ve benzeri modern iletişim araçları ile yapmış oldukları akitlerin hazırlar arasındaki akitler gibi olduğunu karara bağlamış (Karar: 1-3), ancak şahitlik şartı gerekçesiyle nikâh aktini, kabz şartı gerekçesiyle sarf aktini ve anaparanın (ücret) önceden verilmesi şartı ile selem aktini bunlardan istisna etmiştir. (Karar: 4) (*Mecelletü’l-mecma’l-el-fikhî’l-islâmî*, ed-Devratü’s-sâdisetü, el-Adedü’s-sâdis, el-Cüz’ü’s-sani, 14-20 Mart 1990 (Karar: 4), s. 1268.)

285 Ebû Zehre, *el-Ahvâlü’ş-şahsiyye*, s. 40-41; Zühayli, *el-Fikhü’l-islâmî*, VII, 49-53.

286 Ebû Zehre, *el-Ahvâlü’ş-şahsiyye*, s. 52-56; Zühayli, *el-Fikhü’l-islâmî*, VII, 70-78.

287 Sened, *el-Ahkâmü’l-fikhîyye*, s. 230-231.

288 Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 1-2.

289 Hafif, *Ahkâmü’l-muâmelât*, s. 177; Karadâğî, *Hükmü icrâi’l-ukûd*, s. 14-33; Zühayli, *el-Fikhü’l-islâmî*, s. 108-109; Çeker, *Akitler*, s. 58; a.m.lf., *Fıkıh Dersleri*, s. 65; Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, s. 52; Cunko, et-*Tekâbud fi’l-fikhî’l-islâmî*, s. 326-327; Nâsır, “el-Ukûdu’l-Elektronîyye”, s. 274.

olmakta (ittihad-ı meclis/müvalat) ve şahitler de akit esnasında hazır bulunarak sesli ve görüntülü olarak yapılan icap ve kabulü işitmektedirler.<sup>290</sup>

Bu nedenle klasik doktrinde gaipler arasında icra edilen nikâh akdinin geçersizliği ile ilgili ileri sürülen “*icap ve kabulün aynı mecliste olması ve şahitlerin akit meclisinde hazır bulunarak yapılan icap ve kabulü işitmesi gerektiği*” şeklindeki gerekçeler, sesli ve görüntülü bir şekilde eş zamanlı olarak görüşme imkânı sağlayan internet ortamı ile bugün giderilmiş olmaktadır.<sup>291</sup> Bundan dolayı İslâm Fıkıh Akademisinin “*şahitler hazır olmadığı için telefon gibi modern iletişim araçları üzerinden yapılan nikâh akdi caiz değildir*” şeklindeki gerekçesi<sup>292</sup> akdin unsur ve şartları ile ilgili formalitelerin internet ortamında da gerçekleşmesinden dolayı isabetli gözükmemektedir.<sup>293</sup>

Dolayısıyla sesli ve görüntülü bir şekilde internet ortamında eş zamanlı olarak icra edilen nikâh akdinde, şahitler tarafların yaptığı icap ve kabulü aynı anda işitme imkânına sahip oldukları için, telefonla tarafların akit yapmasının caiz olduğu görüşünü kabul eden<sup>294</sup> İslâm Fıkıh Akademisine göre de, internet ortamında icra edilen nikâh akdinin geçerli olması gerekmektedir.

#### **cb. Doktrinde Gaipler Arasında İcra Edilen Nikâh Akdinin Cevazı Açısından**

İnternet ortamında sesli-görüntülü bir şekilde eş zamanlı olarak icra edilen nikâh akdinin Hanefilere göre geçerli olduğunda bir şüphe yoktur. Çünkü farklı mekânlarda ve uzak mesafelerdeki taraflar arasında posta (mektup) aracılığı ile icra edilen nikâh akdi caiz olduğuna göre, tarafları aynı mekâna taşıyan internet ve telefon gibi modern iletişim araçları ile icra edilen nikâh akdinin evleviyetle caiz olması gerekmektedir.<sup>295</sup>

Diğer taraftan, internet ortamında eş zamanlı olarak icra edilen nikâh akdinin Cumhur’a göre de geçerli olması gerekmektedir. Çünkü geçmişte gaipler arasında akdedilen nikâh akdi ile ilgili Şafilerin ileri sürmüş olduğu “*icap ve kabulün aynı mecliste peş peşe (muvâlât) olması ve nikâh akdi esnasında iki şahidin hazır bulunarak icap ve kabulü işitmesi*” ile ilgili şartlar,<sup>296</sup> internet ortamında eş zamanlı olarak icra edilen nikâh akdinde gerçekleşmiş olmaktadır. Şöyle ki, bugün internet (ve telefon) üzerinden eş zamanlı olarak icra edilen nikâh akdinde, icap ve kabul aynı anda aynı mecliste yapılmakta, şahitler tarafları canlı olarak görmekte ve yapılan icap ve kabulü eş zamanlı olarak işitmektedirler.<sup>297</sup>

290 Nüceymi, “Hukmü ibrâmi’l-ahvalîş-şahsiyye”, s. 198.

291 Sened, *el-Ahkâmü’l-fikhiyye*, s. 230.

292 *Mecelletü’l-mecma’l-fikhi’l-islâmî*, ed-Devratü’s-sâdisetü, el-Adedü’s-sâdis, el-Cüz’ü’s-sâni, 14-20 Mart 1990 (Karar: 4), s. 1268.

293 Sened, *el-Ahkâmü’l-fikhiyye*, 231; Nüceymi, “Hukmü ibrâmi’l-ahvalîş-şahsiyye”, s. 198-199.

294 *Mecelletü’l-mecma’l-fikhi’l-islâmî*, ed-Devratü’s-sâdisetü, el-Adedü’s-sâdis, el-Cüz’ü’s-sâni, 14-20 Mart 1990 (Karar: 1-3), s. 1268.

295 Aşkar, *Müsteceddât fikhiyye*, s. 111.

296 Zühaylı, *el-Fikhi’l-islâmî*, VII, 50.

297 Aşkar, *Müsteceddât fikhiyye*, s. 111.

Durum böyle olunca internet ortamında eş zamanlı olarak icra edilen nikâh akdi, Hanefiler açısından olduğu gibi Cumhur açısından da geçerli olması gerekmektedir.

### **cc. İnternet Ortamında İcra Edilen Nikâh Akdinin Güvenilirliği Açısından**

İnternet ortamında eş zamanlı olarak icra edilen nikâh akdinde, tarafların ses ve görüntü üzerinde oynayarak birbirlerini aldatması mümkündür. Ancak günümüzde geliştirilen özel teknik cihazlar aracılığı ile sesli ve görüntülü olarak internet ortamında eş zamanlı yapılan görüşmelerde tarafların birbirini aldatmasının önlenmesi ve tarafların kimliğini açık ve net olarak tespit eden teknolojik tedbirlerin alınması mümkündür.<sup>298</sup>

Ayrıca tarafların gerçek kimliğini tespit eden elektronik imza<sup>299</sup> gibi bazı ispat vasıtaları ve tarafları yakından bilen ve kimlikleri hakkında güven veren şahitler aracılığı ile internet ortamında icra edilen nikâh akdinde tarafların kimliği hakkında oluşabilecek şüphe ve aldatmaların önüne geçmek de mümkündür.<sup>300</sup> Keza devletin/kamu otoritesinin, internet ortamında icra edilen nikâh akdine resmiyet kazandırmak ve aleniyeti sağlamak için nikâhın resmi olarak icra edildiği salonlara, tarafların iradelerini sesli ve görüntülü olarak yapabilecekleri, şahitlerin yapılan icap ve kabulü eş zamanlı olarak görüp duyabilecekleri gerekli teknik alt yapıyı hazırlaması ve akdin güvenli bir şekilde icra edilmesi için gerekli teknik ve hukuki tedbirleri alması mümkündür.<sup>301</sup>

Diğer taraftan telefon ve internet ortamında eş zamanlı olarak nikâh akdinin icra edilmesi herkes için geçerli olmayıp, daha önce yüz yüze görüşüp konuşup anlaşılan, tarafların aile ortamında söz ve nişan gibi evlenmeye yönelik bazı formalitelerin yapıldığı, ancak önemli bir mazeretlerinden dolayı belirlenen tarihte nikâh akdinin yapılacağı mekânda (nikâh/akit meclisi) bulunmaları mümkün olmayan, birbirini tanıyan ve birbirlerinin kim olduklarını bilen taraflar için sınırlanabilir.<sup>302</sup>

## **B. İNTERNET ORTAMINDA İCRA EDİLEN NİKÂH AKDİNDE AKİT MECLİSİ VE MUHAYYERLİKLER**

Nikâh akdinin kurulabilmesi için tarafların ehliyet şartlarını taşımaları; irade beyanının (icap ve kabul) aynı mecliste olması, icap ve kabulün birbiri ile örtüşmesi; rücu, kabul veya meclis muhayyerliğinin kullanılıp kullanılmaması gibi konular önem arz etmektedir.<sup>303</sup>

298 Aşkar, *Müsteceddât fıkhiyye*, s. 111-112; Nüceymi, "Hukmü ibrâmi'l-ahvâli'-şahsiyye", s. 198; Sened, *el-Ahkâmü'l-fıkhiyye*, s. 231.

299 Sâlihî, "İn'ikâdü'z-zevâc b'l-beridi'l-elektroniiyye", s. 193-194.

300 Abdülilâh, "Akdü'z-zevâc 'abra'l-internet", s. 21; Aşkar, *Müsteceddât fıkhiyye*, s. 112.

301 Aşkar, *Müsteceddât fıkhiyye*, s. 112; Sened, *el-Ahkâmü'l-fıkhiyye*, s. 231; Nüceymi, "Hukmü ibrâmi'l-ahvâli'-şahsiyye", s. 198.

302 Abdülilâh, "Akdü'z-zevâc 'abra'l-internet", s. 21.

303 Ebû Zehre, *el-Ahvâlü'l-şahsiyye*, s. 40-41.

Aşağıda e-posta veya eş zamanlı görüşme ile internet ortamında icra edilen nikâh akdinde akit meclisi ve muhayyerlikler üzerinde durulacaktır.

## 1. İnternet Ortamında İcra Edilen Nikâk Akdinde Akit Meclisi

### a. Eş Zamanlı Görüşme ile İcra Edilen Nikâh Akdinde Akit Meclisi ve Akdin Tamam Olması

Genel olarak internet (ve telefon) ortamında yapılan eş zamanlı irade beyanında akit meclisi, akitle ilgili konuşmanın devam ettiği zaman olmaktadır.<sup>304</sup> Bu durumda taraflardan biri konuyu değiştirir veya akitle ilgili konuşma biterse akit meclisi de sona ermiş olur.<sup>305</sup>

Buna göre eş zamanlı olarak internet ortamında icra edilen nikâh akdinde akit meclisi, sesli ve görüntülü olarak icap ve kabulün beyan edildiği, evlenme ile ilgili görüşme ve konuşmaların devam ettiği zaman/ortam olmaktadır. Çünkü internet ve telefon ortamında icra edilen nikâh akdinde icap ve kabul peş peşe aynı zamanda olmaktadır.<sup>306</sup> Ancak internet ortamında (veya telefonla görüşme esnasında) her hangi bir sebepten dolayı konuşmanın kopması halinde akdin kurulması, *öğrenme teorisini* kabul eden görüşe göre mucibin daha sonra kabulün olduğunu bilmesi ile tamam olmaktadır.<sup>307</sup>

### b. E-Posta ile İcra Edilen Nikâh Akdinde Akit Meclisi ve Akdin Tamam Olması

İslâm hukukunda hazırlar arasında olduğu gibi gaipler arasında da icap ve kabulün irtibatı hükmidir. Dolayısıyla mektupla yapılan irade beyanında mucip bizzat mektubun ulaştığı akit meclisinde hazır bulunmuş sayılır.<sup>308</sup>

Buna göre internet ortamında e-posta aracılığı ile yapılan -faks, teleks, cep-mesajı da aynıdır- irade beyanında akit meclisi, elektronik postanın (faksın, teleksin, cep-mesajın) ulaştığı yer olmaktadır.<sup>309</sup> Bu şekilde yapılan irade beyanı, mekân ve zaman olarak gaipler arasında kabul edilmektedir.<sup>310</sup>

Diğer taraftan gaipler arasında icra edilen nikâh akdinde akit meclisi, icabın kavuştuğu yer veya zamanla sınırlı olmadığı için<sup>311</sup> e-postayı alan tarafın, icabın

304 Muhammed Akle el-İbrahim, *Hukmü icrâi'l-ukûd bi vesâilil-ittisâli'l-hadîse*, s. 113; Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-ekonomiyye*, s. 191-192; Nâsır, "el-Ukûdu'l-Elektroniiyye", s. 288; Aşkar, *Müsteceddât fikhiiyye*, 115; Sâlihî, "İn'ikâdü'z-zevâc bi'l-beridi'l-elektroniiyye", s. 193.

305 Karadâği, *Hukmü icrâi'l-ukûd*, s. 22.

306 Aşkar, *Müsteceddât fikhiiyye*, s. 119; Nüceymî, "Hukmü ibrâmi'l-ahvâliş-şahsiyye", s. 207-208.

307 Aşkar, *Müsteceddât fikhiiyye*, s. 119.

308 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, VI, 539-540; Senhûri, *Mesâdirru'l-hak*, II, 50; Dönmez, "İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler", s. 30.

309 Karadâği, *Hukmü icrâi'l-ukûd*, s. 55.

310 Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-ekonomiyye*, s. 190; Sâlihî, "İn'ikâdü'z-zevâc bi'l-beridi'l-elektroniiyye", 193; Aşkar, *Müsteceddât fikhiiyye*, s. 115; Hâdimî, "Ukûdü'l-bey' ve'ş-şira ve'n-nikâh bi'l-internet ve echizeti'l-ittisâli'l-hadîse", s. 358-359.

311 İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, IV, 76; Ayrıca bk. Hafif, *Ahkâmü'l-muâmelât*, 178-179; Bedran, *ez-Zevâc ve'l-talak*, 48;



içeriğini şahitlere göstermek ve okumak için e-postayı aldığı mekândan başka mekâna gitmesi akdin kuruluşuna bir zarar vermez.<sup>312</sup>

Nikâh akdinde diğer akitlere nispeten daha ihtiyatlı davranılması gerektiğinden bu akdin tabiatına ve tarafların maslahatına uygun olan, gaipler arasında icra edilen nikâh akdinin hukuki sonuç doğurması için “*mucibin kabulü bilmesi nazariyesi/öğrenme teorisi*” maslahata daha uygun düşmektedir.<sup>313</sup> Buna göre gaipler arasında yazılı olarak yapılan irade beyanı ile nikâh akdinin gerçekleşmesi ve tamam olması için mucibin diğer tarafın kabulünü bilmesi gerekmektedir. Bu durumda mucibin, karşı tarafın kabul şeklindeki yazılı beyanını öğrendiği zaman, akdin kurulduğu zaman olmaktadır.<sup>314</sup>

Burada şunu da hatırlatmakta fayda var; telefon ve internet ortamında eş zamanlı olarak gerçekleşen akitler, zaman itibarıyla hazırlar arasında, mekân itibarıyla gaipler arasında yapılan bir akit olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla akdin kurulma ve tamam olma anı ile ilgili eş zamanlı olarak akit yapmayı sağlayan modern iletişim araçlarından her birini kendi şartları çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir.<sup>315</sup>

## 2. İnternet Ortamında İcra Edilen Nikâh Akdinde Muhayyerlikler

### a. Rücu' ve Kabul Muhayyerliği

#### aa. Hazırlar Arasında

Bilgisayar ve cep telefonu tabanlı internet ortamında eş zamanlı olarak yapılan icap ve kabulde araya zaman fasılası girmediği, icap ve kabulün peşpeşe aynı mecliste yapıldığı için akit, aynı hazırlar arası gibi olmaktadır. Dolayısıyla internet ortamında eş zamanlı olarak görüşme devam ederken mucip, kabul gerçekleşmeden önce icabından rücu hakkını kullanabilir. Yine aynı şekilde meclis devam ettiği sürece karşı tarafın (kâbil) da kabul muhayyerliği bulunmaktadır.<sup>316</sup>

Buna göre taraflar, internet ortamında eş zamanlı görüşme esnasında iki şahidin hazır bulunması halinde rücu ve kabul muhayyerliğini kullanabilirler. Şayet mucip muhayyerlik haklarını kullanmamış ise icabın olmasından sonra karşı tarafın bu icabı kabul etmesi ile internet ortamında icra edilen nikâh akdi tarafları bağlayıcı (lazım) hale gelir.<sup>317</sup>

Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, VII, 51.

312 Nüceymî, “Hukmü ibramî'l-ahvali's-sahsiyye”, s. 206; Ayrıca bk. Karadâği, *Hukmü icrâi'l-ukûd*, s. 65-66; Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, s. 30-32.

313 Gaipler arasında icra edilen akitlerde akdin gerçekleşme anı/zamanı hakkındaki nazariyeler için bk. (Karadâği; *Hukmü icrâi'l-ukûd*, 52-53; Senhürî, *Mesâdiru'l-hak*, II, 53; a.mlf., *el-Vasît I*, 199-204; Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler”, s. 35-36.)

314 Aşkar, *Müsteceddât fikhiiyye*, s. 119.

315 Aşkar, *Müsteceddât fikhiiyye*, s. 115; Sâlihî, “İn'ikâdü'z-zevâc bi'l-beridi'l-elektroniiyye”, s. 193. Modern iletişim araçlarında akit meclisi ve akdin gerçekleştiği an/zaman hakkında bk. Karadâği, *Hukmü icrâi'l-ukûd*, s. 14 vd.

316 Aşkar, *Müsteceddât fikhiiyye*, s. 120.

317 Aşkar, *Müsteceddât fikhiiyye*, s. 121.

### ab. Gaipler Arasında

E-posta ile yapılan irade beyanı, mektupla gaipler arasında yapılan irade beyanına benzediği için gaipler arasında icra edilen akitte olduğu gibi<sup>318</sup> e-posta (ve teleks, faks ve benzeri) ile yapılan irade beyanından da prensip olarak tarafların rücu ve kabul muhayyerliği bulunmaktadır.<sup>319</sup>

Ancak gaipler arasında e-posta (mektup vb.) ile yazılı olarak icra edilen irade beyanında, icap ve kabul arasına uzun bir zaman fasılası girdiğinden mucibin icapta bulduktan sonra icabında baki kalması gerekip gerekmediği veya kendisine icabın yapıldığı karşı tarafın mucibin rücu hakkını kullanıp kullanmadığının kendisine ulaşmasını beklemesinin gerekip gerekmediği ile ilgili bazı sıkıntılar ortaya çıkmaktadır.<sup>320</sup>

Dolayısıyla gaipler arasında icra edilen akdin kuruluşunda mucibin icabından döndüğünün bilinip bilinmemesi (rücu muhayyerliği), kabul muhayyerliğine göre daha önem arz etmektedir. İslâm hukukundaki hâkim görüşe göre, karşı tarafın kabulünden önce mucibin icabından dönme (rücu) hakkı vardır.<sup>321</sup> Ancak Malikilerin çoğunluğuna göre, icap tek başına bağlayıcıdır<sup>322</sup> ve örfen karşı tarafa tanınması gerekli süre içinde icaptan rücu geçerli olmayıp, bu süre içinde icaptan dönülmüş olsa bile karşı tarafın kabulü ile akit tamam olur.<sup>323</sup>

Buna göre gaipler arasında elektronik posta aracılığı ile icra edilen nikâh akdinde Malikilerin görüşü ile hareket edilerek yapılan icabın bağlayıcı olduğu ve karşı tarafın kabulü ile akdin gerçekleşmesi gerektiği söylenebilir.<sup>324</sup>

Diğer taraftan Müslümanların örf ve âdetinde genel olarak nikâh akdi, daha önce gerçekleşen bir tanışma ve görüşmeden sonra icra edildiği için, diğer akitlerde olduğu gibi evlilik taraflar arasında bir anda gerçekleşen bir olay değildir. Bu yüzden nikâh akdinde icap ile kabulün arasına uzun bir zamanın girmeden aynı mecliste peş peşe olması (ittihad-ı meclis/müvalat) nikâh akdinin yapısına ve tarafların maslahatına daha uygun düşmektedir.<sup>325</sup>

### b. Meclis Muhayyerliği

Hanefiler,<sup>326</sup> Şafiiler<sup>327</sup> ve Hanbeliler<sup>328</sup> göre nikâh akdinde meclis muhayyer-

318 Senhûri, *Mesâdiru'l-hak*, II, 56-59; Karaman, *Hukuk*, II, 97-98.

319 Aşkar, *Müsteddât fikhîyye*, s. 121.

320 Aşkar, *Müsteddât fikhîyye*, s. 121.

321 Senhûri, *Mesâdiru'l-hak*, II, 17-20; Karaman, *Hukuk*, II, 85; Çeker, *Akitler*, s. 59; a.mlf., *Fıkıh Dersleri*, s. 57.

322 Hattâb, *Mevâhibü'l-celil*, VI, 30.

323 Senhûri, *Mesâdiru'l-hak*, II, 18; Hafif, *Ahkâmü'l-muâmalât*, s. 181; Düreyni, *et-Terâdî*, s. 274; Yusuf Musa, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd*, s. 261; Zühayli, *el-Fikhü'l-islâmî*, IV, 112; Karaman, *Hukuk*, II, 85. a.mlf., *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, III, 59; Çeker, *Akitler*, s. 59; Dönmez, "İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler", s. 16.

324 Gaipler arasında icabın bağlayıcı olması ile ilgili bk. Dönmez, "İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları ile Yapılan Akitler", s. 27-29.

325 Aşkar, *Müsteddât fikhîyye*, s. 121.

326 İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 191.

327 Nevevî, *Mecmû'*, IX, 210.

328 İbn Kudâma, *Muğnî*, VI, 12.

liği yoktur. Dolayısıyla ister e-posta ile ister sesli ve görüntülü olarak internet ortamında eş zamanlı icra edilen nikâh akdinde bu mezheplere göre meclis muhayyerliğinin bulunmaması gerekir. Buna göre farklı mekânlarda ve uzak mesafelerde bulunan taraflar arasında icap ve kabulün birbirine uygun bir şekilde birleşmesi ile nikâh akdi kurulmuş olur ve tarafları bağlayıcı (lazım) hale gelir.

Ancak, şart koşulduğu takdirde nikâh akdinde meclis muhayyerliğinin caiz olduğunu söyleyen Malikiler'e göre<sup>329</sup> e-posta veya eş zamanlı görüşme ile internet ortamında icra edilen nikâh akdinde tarafların meclis muhayyerliğinin bulunması gerekmektedir.

### C. KAMU OTORİTESİNİN KOYMUŞ OLDUĞU ŞEKİL ŞARTLARI (KANUNİ ŞART) AÇISINDAN İNTERNET ORTAMINDA İCRA EDİLEN NİKÂH AKDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İslâm hukukunda nikâh akdi “*şekli akitlerden*” kabul edilmiş<sup>330</sup> ve nikâh akdinin temel unsurlarının yanında bir de ispat ve aleniyeti temine yönelik şekil şartları üzerinde durulmuştur.<sup>331</sup> Bu yüzden evlenmeyi meşru olmayan birlikte yaşamalardan ayırmak, fitne ve fesada yer vermemek için İslâm hukukunda nikâh akdinde iki şahidin hazır bulunması veya akdin ilan edilmesi (düğün) nikâhın şekil şartları olarak kabul edilmiştir.<sup>332</sup>

Diğer taraftan İslâm hukukunda devletin/kamu otoritesinin, siyaset-i şeriyeye ve maslahat ilkelerine istinaden, nikâhın şekil şartları ile ilgili zamanın şart ve icaplarına göre gerekli kanuni düzenlemeler yapması mümkündür.<sup>333</sup>

Dolayısıyla fitne ve fesadın önlenmesi için dinin/hukukun koymuş olduğu mevcut şekil şartları yeterli olmayacak olursa, nikâhın dinen/hukuken geçerli olması için toplumsal maslahat adına devletin “*nikâhın ilan edilmesi, evlenmede yaş*

329 Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, II, 351; Ayrıca bk. *el-Mevsûâtü'l-fıkhiyye*, “Nikâh”, XXXXI, 242.

330 Ebû Zehre, *el-Ahvâlü'l-şahiyye*, 57; Zerkâ, *Medhal*, I, 575; Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâlü'l-şahiyye*, s. 27; Çeker, *Akitler*, s. 54.

Akitler, *rızâi ve şekli* akitler olmak üzere ikiye ayrılır;

1) Rızâi akitlerde esas olan, akdin rızaya dayanması olduğundan bu akitlerin kurulması için tarafların icap ve kabulü (irade beyanı) yeterli görülmüş ve hukuken geçerli sayılmıştır. Bey (alım satım) akdi gibi.

2) Şekli akitlerde ise tarafların rızası yeterli olmayıp şekil açısından da dinin/hukukun ön görmüş olduğu (ilan, şahitlik ve tescil gibi) şartların da bulunması gerekmektedir. Şekille ilgili şartlar bulunmadığı sürece bu akitler hukuken geçerli olamaz ve üzerine hüküm terettüp etmez. Nikâh akdi gibi. (Ebû Zehre, *el-Ahvâlü'l-şahiyye*, s. 57; Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâlü'l-şahiyye*, s. 27; Zerkâ, *Medhal*, I, 575-576; Çeker, *Akitler*, s. 54.)

331 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 28. Ayrıca bk. Çeker, *Akitler*, s. 130; Cin-Akgündüz, *Hukuk Tarihi*, II, 88-89.

332 İbnü'l-hümâm, *Fethu'l-Kadir*, III, 200; Buhûti, *er-Ravdü'l-murbî*, 517; Karaman, *Hukuku*, I, 268; Çeker, *Akitler*, s. 130; Ebû Zehre, *el-Ahvâlü'l-şahiyye*, s. 57; Çeker, *Akitler*, s. 54, 130.

333 Beşir Mekki Abdüllâvi, *Sultatu veliyyi'l-emr fi takyidi'l-mübâh*, Dâru Mektebeti'l-Maârif, Beyrut 2011, s. 292-317, 390-409; Aşkar, *Müsteceddât fıkhiyye*, s. 133-135; Ahmed b. Yusuf b. Ahmed ed-Dureyviş, *ez-Zevâcü'l-örfi*, Dâru'l-âsime, Riyad 2005, s. 53-58.

Son dönem İslâm hukukçuları, “Def’i Mefâsid, celb-i menâfi’den evladır” (Mecelle, mad:30) ilkesinden hareketle devletin/kamu otoritesinin koymuş olduğu şekil şartlarına “*kanûnî şart*” demektedirler. (Bedran, *Ahkâmü'z-zevâc*, s. 74; Aşkar, *Müsteceddât fıkhiyyet*, s. 135.

sınırının konulması, devlet memurlarınca icra edilmesi ve tescil edilmesi” gibi yeni şekil şartları koymasında İslâm hukuku açısından bir mani yoktur.<sup>334</sup>

Nitekim toplumsal maslahatı gerçekleştirmek, nikâh akdinin temel unsur ve şartlarına uygun bir şekilde icrasını sağlamak ve ilgili tarafların hukukunu güvence altına almak için Osmanlının son zamanlarında “nikâhın ilan edilmesi, devletin resmi kurumları tarafından akdedilmesi ve resmi kurumlarca tescil edilmesi” zorunlu hale getirilerek<sup>335</sup> bu şartlara uymadan nikâh akdi icra eden taraflar ve ilgili şahıslar için bazı cezai müeyyideler getirilmiştir.<sup>336</sup>

Ali et-Tantâvî,<sup>337</sup> Yusuf el-Karadâvî,<sup>338</sup> Muhammed Akle el-İbrahim,<sup>339</sup> Abdülfettâh Amr,<sup>340</sup> Üşâme Ömer Süleyman el-Aşkar<sup>341</sup> gibi son dönem İslâm hukuku araştırmacıları da, fitne ve fesadı önlemek, nikâhı zinadan ayırmak için devletin, nikâhın resmi makamlarca kıyılmasını ve tescil edilmesini zorunlu kılarak nikâhın şekil şartları ile ilgili bazı düzenlemeler yapabileceğini söylemektedirler.<sup>342</sup>

Dolayısıyla, prensip olarak kurucu unsur ve şartlarına (yapıcı şekil şartlarına) uygun olarak icra edilen nikâh akdi İslâm hukukuna göre geçerli kabul edilmekle birlikte<sup>343</sup> hukuki sonuçlar doğurması için nikâh akdinin, devletin koymuş olduğu şekil şartlarına (kanûnî şart) uygun olarak icra edilmesi gerekmektedir.<sup>344</sup> Aksi halde, sadece klasik doktrinde ifade edilen unsur ve şartlara uygun olarak icra edilen nikâh akdi, hukuki açıdan geçerli kabul edilmeyecektir.<sup>345</sup> Ayrıca dev-

334 H. Yunus Apaydın, “Nikâh Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikâhı Uygulaması”, Erciyes Ün. Sosyal Bilimler Enst. Dergisi, Sayı: 9, yıl: 2000, s. 378; Çeker, *Akitler*, 130; Ayrıca bk. Ebû Zehre, *Muhâdarât fi akdi'z-zevâc*, s. 63-64; Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s. 29-35; İbrahim Bek-Ahmed İbrahim, *Ahkâmü'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s. 235; İbn Ma'cûz, *Ahkâmü'l-üsra*, I, 45-48; Cemal b. Muhammed b. Mahmud, *ez-Zevâcü'l-örfi fi mizânü'l-islâm*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2004, s.79-83.

335 *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 33, 37.

336 Cin-Akgündüz, *Hukuk Tarihi*, II, 89-90; Çeker, *Akitler*, s. 130; *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 109-110.

337 Nikâhın devletin öngörümü olduğu izinnameye göre tertip edilmesi, tescili ve buna uymayanların cezalandırılması ile ilgili geniş bilgi için bk. İkinci, “Osmanlı Hukukunda İzinname İle Nikâh”, s. 41-60; Hallâf, *Ahkâmü'l-ahvâlîş-şahsiyye*, s. 29-35;

337 Ali en-Tantâvî, *el-Fetâvâ*, (haz. Mücahid Deyraniyye), Dâru'l-menâre, Cidde 1987, s. 185.

338 Yusuf el-Karadâvî, *ez-Zevâcü'l-örfi*, (İnternet)den naklen Dureyviş, *ez-Zevâcü'l-örfi*, s. 71-72.

339 Muhammed Akle el-İbrahim, *Nizamü'l-üsra fi'l-İslâm*, Mektebetü'r-isâle el-hadise, Umman/Ürdün 1410h., I, 394'den naklen Dureyviş, *ez-Zevâcü'l-örfi*, s. 73.

340 Abdülfettah Amr, *es-Siyâsetü'ş-şerîyye fi'l-ahvâlîş-şahsiyye*, Dâru'n-nefâis, Umman/Ürdün 1998, s. 46.

341 Aşkar, *Müsteceddât fihhiyye*, s. 134-135.

342 İslâm hukuku açısından devletin nikâhın şekil şartları ile ilgili gerekli düzenlemeleri yapması hakkında geniş ilgi için bk. Dureyviş, *ez-Zevâcü'l-örfi*, s. 53-75.

343 Ebû Zehre, *Muhâdarât fi akdi'z-zevâc*, s. 63; Aşkar, *Ahkâmü'z-zevâc*, s. 177.

Bugün TMK'ya göre, evlenme sözleşmesinin kurucu unsurları; “irade beyanı ve sözleşmenin devletin resmi memurunun önünde olması”dır. Bu iki temel unsur bulunduğu evlenme sözleşmesi hukukten kurulmuş olur. Dolayısıyla tarafların veya nikâh memurunun ilgili defteri imzalamamış olması veya evlenme sözleşmesinin ilgili yerlere tescil edilmemesi gibi resmi formaliteler evlenme sözleşmesinin hukukten kurulmasına mani değildir. (Akıntürk, *Aile Hukuku*, s. 87-90, 93-95)

344 Apaydın, “Nikâh Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikâhı Uygulaması”, s. 378-379; Dureyviş, *ez-Zevâcü'l-örfi*, s. 71-74; Ömer Süleyman el-Aşkar, devletin/kamu otoritesinin koymuş olduğu şekil şartlarına (kanuni şart) uygun olmadan icra edilen nikâh akdinin geçerli olduğunu, ancak eşlerin ve çocukların haklarının korunması için maslahata uygun olan resmi nikâh olduğunu söylemektedir. Bundan dolayı, her hangi bir sebepten dolayı kendi ülkelerinde/beldelelerinde resmi nikâh yaptırmaktan çekinen taraflara başka bir ülkede resmi nikâh yaptırmalarını tavsiye etmektedir. (Aşkar, *Ahkâmü'z-zevâc*, s. 177-178.)

345 Ebû Zehre, *Muhâdarât fi akdi'z-zevâc*, s. 63.

letin koymuş olduğu şekil şartlarına uygun olmadan icra edilen nikâh akdi eşler, çocuklar, aile kurumu ve toplumsal maslahat açısından bazı sıkıntıların doğmasına sebep olacaktır.<sup>346</sup>

Bu yüzden internet ortamında icra edilen nikâh akdini, sadece doktrinde yer alan unsur ve şartlar açısından değerlendirmek eksik olacaktır. Dolayısıyla, internet ortamında icra edilen nikâh akdinin hukuken geçerli olabilmesi için devletin koymuş olduğu şekil şartlarına (kanuni şartlar) uygun olarak icra edilmesi de gereklidir. Aksi halde kanuni şartlara uygun olmadan icra edilen nikâh akdi hukuken geçersiz olduğu gibi fikhî/dinen de meşru bir nikâh olarak kabul edilemez.<sup>347</sup>

Kanaatimizce nikâh akdinin, devletin öngördüğü şekil şartlarına uygun olarak icra edilmesi için, tarafların nikâhın resmen icra edildiği mekânda (akit meclisi) hakikaten bulunmaları ve iradelerini ilgili devlet memurunun huzurunda beyan etmeleri yerine, bunun hükmen de gerçekleşmesine imkân verecek gerekli hukuki ve teknik düzenlemeler yapılabilir. Dolayısıyla, nikâh akdinin rükün ve şartları ile ilgili temel kriterlerin bulunması halinde, internet ortamında icra edilen nikâh akdine resmiyet ve aleniyet kazandırmak için devlet, nikâh akdinin icra edildiği resmi kurumlarda (akit meclisi) teknolojik alt yapı ile ilgili gerekli düzenlemeleri yapabilir. Böylece internet ortamında icra edilen nikâh akdi, doktrinde yer alan rükün ve şartlar ile birlikte devletin koymuş olduğu şekil şartlarına (kanuni şart) da uygun bir şekilde icra edilmiş olur.<sup>348</sup>

Buna göre, farklı mekânlarda ve uzak mesafelerde bulunan taraflar arasında icra edilen nikâh akdinde, taraflardan birinin veya her ikisinin, internet ortamında sesli ve görüntülü bir şekilde eş zamanlı olarak -ilgili devlet memurunun hazır bulunduğu<sup>349</sup> ile irade beyanında bulunmaları ve icra edilen nikâh akdinin resmi kurumlar

346 Apaydın, "Nikâh Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikâhı Uygulaması", s. 378-379; Hasan Örcü, *İslâm Hukuku Açısından Resmi Olmayan Nikâh Uygulamalarının Doğurduğu Hak Zayıfları* (Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncü Yıl Üniv. Sosyal Bilim. Enst., Danışman: Prof Dr. Selahattin Kıyıcı, Van 2006), s. 39-66.

347 Apaydın, "Nikâh Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikâhı Uygulaması", s. 378-379.

348 Aşkar, *Müsteceddât fikhîyye*, 112; Sened, *el-Ahkâmü'l-fikhîyye*, s. 231; Nüceymi, "Hukmü ibramî'l-ahvalîş-şahsiyye", s. 198.

İnternet ortamında icra edilen nikâh akdinde, şahitlerin internet ortamında tarafların icap ve kabulüne şahitlik etmelerinin dini ve hukuki olarak cevazı/geçerliliği ile ilgili bk. Mustafa Talâl el-Uslî, *Ahkâmu icrâi'ş-şehâde bi'l-vesâilî'l-hadîse*, (Macestür tezi, Danışman: Mahir Hamid el-Hülî), Gazze 2011, s. 119-120.

349 Elektronik imzanın birçok çeşidi vardır ve buna göre de tanımı değişmektedir. Elektronik imzanın tüm çeşitlerini kapsayacak şekilde tanımı şöyle yapılmaktadır: Kişilerin biyometrik özelliklerine dayalı (ses, görüntü retinası taraması, parmak izi taraması gibi) biyometrik yöntemleri, kredi kartlarında kullanılan pin, elle atılmış imzanın tarayıcıdan çekilerek elektronik ortama aktarılmış hali, bilgisayar ekranında bu amaçla yapılmış bir kalemle atılan imza tekniği veya çift anahtarlı kriptografiyle oluşturulan dijital (sayısal) imza gibi kişilerin kimliğini tespit ve ispat emeye yönelik elektronik ispat vasıtalarına verilen isim. (Alper Bulur, "E-İspat", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı: 2, Bahar 2005, s. 92.)

Hukuken geçerlilik açısından elektronik imzanın kağıt üzerine tükenmez kalem ile atılmış ıslak imzadan bir farkı yoktur. (*Elektronik İmza Kanunu (5070 Sayılı)*, md. 5; Kayıhan-Yıldız, *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*, s. 121.)

Elektronik imzanın ispat hukuku açısından değeri, çeşitleri ve hukuktaki yeri ile ilgili geniş bilgi için bk. Kayıhan-Yıldız, *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*, s. 121-127; *İnternet ve Hukuk*, s. 49-65; Savaş, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, s. 264-313; Bulur, "E-İspat", s. 90-105; Ebu'l-iz, *et-Ticârâtü'l-ekonomiyye*, s. 316-336; Sened,

tarafından tescil edilerek kanuni formalitelerin yerine getirilmesi ile nikâh akdi kurulmuş olur.<sup>350</sup> Nitekim Mısır eski müftüsü Şeyh Nasr Ferîd Vâsıl da, resmi olarak tescil edilmesi, icap ve kabul esnasında (şart koşanlar açısından) kız tarafının velisinin de bulunması şartı ile internet ortamında icra edilen nikâh akdinin geçerli olduğunu ifade etmektedir.<sup>351</sup>

## SONUÇ

Aile ve toplum açısından sosyal ve hukuki bağlamda önemli sonuçları olan “İslâm Aile Hukukuna Göre İnternet Ortamında Nikâh Akdinin (Evlenme Sözleşmesinin) Kuruluşu” konulu araştırmamızda varmış olduğumuz sonuçları şöyle özetlemek mümkündür;

1) Tüm dünyada internet günlük hayatın bir parçası haline gelmiş ve internet ortamında yapılan sözleşmeler hukuken geçerli kabul edilmiştir. Bu nedenle İslâm hukuku açısından internet ortamında icra edilen akitleri geçersiz saymak yerine sınırlamak, kontrol etmek, şartlarını koymak ve güvenliğini sağlamak daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

2) Nikâh akdi, aile kurumunun ilk adımını oluşturmaktadır. Bundan dolayı İslâm, nikâh akdinin kuruluşuna büyük önem vermiş ve bu akdin kuruluşu için bazı temel unsur ve şartlar koymuştur.

3) Nikâh akdi, medeni akitlerden biri olup temeli karşılıklı rızaya dayanmaktadır. Buna göre nikâh akdinin temel kurucu unsuru karşılıklı rızaya dayalı irade beyanı, yani icap ve kabuldür.

4) Nikâh akdi medeni bir akit olmakla birlikte “şeklî akitlerden” kabul edilmiştir. Bu yüzden diğer akitlerden farklı olarak nikâh akdinin geçerli olabilmesi için şekil şartlarını oluşturan şahitlik ve aleniyet gibi sıhhat şartlarının yerine getirilmiş olması gerekmektedir.

5) Nikâh akdi kuruluş olarak bireysel olmakla birlikte sonuç olarak toplumu yakından ilgilendirmektedir. Bundan dolayı devletin, maslahat gereği bu akitle ilgili düzenleyici bazı şartlar (kanuni şartlar) koyması mümkündür. Dolayısıyla nikâh akdinin kanuni şartlara uygun olarak icra edilmesi de önem arz etmektedir.

6) Doktrinde gaipler arasında posta (mektup/kitâbet) aracılığı ile yazılı olarak icra edilen nikâh akdi tartışılmış, Hanefiler bunun caiz olduğunu söylemiştir. Buna göre günümüzde faks, teleks, e-posta, cep-mesajı ve elektronik posta gibi modern iletişim araçları ile icra edilen nikâh akdinin doktrinde gaipler arasında mektupla icra edilen nikâh akdi ile aynı hükümde olduğunu söylemek mümkündür.

*el-Ahkâmü'l-fikhiyye*, s.141-146; Sâlihî, “İn'ikâdü'z-zevâc bi'l-beridî'l-elektronîyye”, s. 193-194.

350 Sened, *el-Ahkâmü'l-fikhiyye*, s. 231.

351 Cüdeylî, “Hukmü icrâ'î'l-ukûd bi vesâ'il'l-ittisâli'l-hadîse”, s. 28.

7) Günümüz İslâm hukukçuları, farklı mekânlarda ve uzak mesafelerde bulunan taraflar arasında modern iletişim araçları ile eş zamanlı olarak yapılan akitlerin hazırlar arasındaki akitler gibi olduğunu söylemektedir. Buna göre temel unsur ve şartlarına uygun olarak internet ortamında eş zamanlı nikâh akdinin icra edilmesinin de caiz olması gerekmektedir.

8) İnternet ortamında e-posta aracılığı ile icabın yapılması halinde akit meclisi, e-postanın ulaştığı yer veya zaman, akdin kuruluş anı ise mucibin kabulü öğrenme vaktidir. Nikâh akdinin elektronik posta ile icrasında araya fasıla girdiğinden akdin kuruluşu ile ilgili muhayyerlikler ve devletin koymuş olduğu şekil şartlarına uygun olarak icrasında bazı sıkıntıların olması kaçınılmazdır. Dolayısıyla günümüzde elektronik posta aracılığı ile internet ortamında nikâh akdinin icrası İslâm hukuku ilkeleri, nikâh akdinin yapısı ve tarafların maslahatı açısından uygun değildir. Buna göre devletin koymuş olduğu şekil şartlarına uygun olarak internet ortamında eş zamanlı nikâh akdini icra etme imkânı yoksa elektronik posta yerine vekil (hukuki temsilci) aracılığı ile akdin icrası yoluna gitmek gerekmektedir.

9) İnternet ortamında eş zamanlı görüşme ile icra edilen nikâh akdinde, akdin meclisi ve kurulma anı, irade beyanının yapıldığı konuşma anıdır. Buna göre gerekli hukuki önlem ve tedbirlerin alınması, nikâhın temel unsur ve şartlarına, devletin belirlemiş olduğu şekil şartlarına (kanuni şart) uygun olarak icra edilmesi halinde nikâh akdinin internet ortamında eş zamanlı olarak icra edilmesinde İslâm hukuku açısından bir mani bulunmamaktadır.

10) Nikâh akdinin internet ortamında icra edilmesi ile internet ortamında bulunan evlendirme sitelerinde eş adayı aramak, bulmak, tanışmak ve tanımak farklı şeylerdir. Bundan dolayı evlenmek isteyen taraflar, internet ortamında tanışma ve evlenme ortamı hazırlayan ticari amaçlı sitelerin tuzağına düşmemelidirler. Çünkü ticari amaçlı olarak kurulan bu gibi evlendirme siteleri, ahlaki değerleri yıpratmış gibi nikâh akdinin önemini ve kutsiyetini de azaltmaktadır. Bununla birlikte ahlak ve edep kuralları çerçevesinde olmak şartı ile internet ortamında bulunan evlendirme siteleri veya diğer programlar aracılığı ile tarafların birbirlerinin kimlik, kişilik, duygu, düşünce ve genel hayat felsefelerini tanımalarında fıkhen bir engel yoktur.





# AVRET MAHREMİYETİ PRENSİPLERİ AÇISINDAN GÖRÜNTÜ, GERÇEKLİK, SANAL ÂLEM VE CİNSELLİK ÜZERİNE FİKHÎ BİR ANALİZ

Dr. İsmail GÜLLÜK\*

**Özet:** Bu çalışmada, sinema ve diğer görsel yayınlarda yer alan insan bedeninin İslam hukukundaki yeri ve konumu irdelenmektedir. İnsan bedeninin mükerremliğini koruyan avret mahremiyeti, İslam hukukunda çok önemli yer tutmaktadır. Avret mahremiyeti prensipleri dikkate alındığında, insan bedeninin film setlerinde ya da sanal âlemde nasıl yer alması gerektiği irdelenmektedir. Günümüzde insan bedeni, özellikle sinema, tiyatro, bale v.b. görsel sanatlarda ya da sanal âlem gibi dijital ortamlarda çokça yer almaktadır. Hem gerçek hayatın bir benzeri olarak karşımıza çıkan sinema ve tiyatro gibi oyunların, hem de ekranlarda yer alan bedene ait görüntülerin gerçeklik ve sanallık açısından İslam hukukundaki yeri temellendirilmeye çalışılmaktadır. Bu bağlamda başta mahremiyet kavramının tanımı, mahiyeti ve kaynağı ele alınmaktadır. Daha sonra insan bedeninin mahiyeti ve bu bedene ait avret mahremiyeti prensiplerinin kaynağı olan Kur'an ve Sünnet'teki referanslara ve İslam âlimlerinin görüşlerine yer verilmektedir. Bu görüşlerden sonra, meşru olmayan zeminde yer alan cinsel içerikli görüntülerin hukuki sonuçları tartışılmaktadır.

*Anahtar Kelimeler:* Görüntü, gerçeklik, sanal âlem, sinema, cinsellik, mahremiyet, avret.

## **In terms of principles of privacy of human private part; an analysis according to Islamic Jurisprudence on image, reality, virtual world and sexuality**

**Abstract:** In this paper, it is studied importance and location of human bodies that appearing in cinema and mass media in Islamic Law. Privacy of human private parts which protects human dignity takes very important part in Islamic law. Considering principles of privacy of human private parts, it is studied that how should human body take place in a film or virtual world. Nowadays human body takes place too much in visual arts like cinema, theater and ballet etc. or digital media like virtual world. It is tried to establish their places in terms of reality and virtuality in Islamic Law, Both we face plays like cinema and theatre that similar to real life and images of human body that appears on screens. In this context first it is studied definition of term of privacy, its nature and origin. Then it is given essential character of human body, references in Qur'an and Sunnah which are sources of principles of privacy belong to human body and Islamic scholars' concepts on matter. After those concepts, it is discussed legal results of sexual contented images take place on illegal ground.

*Keywords:* Image, reality, human body, virtual world, cinema, sexuality, privacy, private parts.

## GİRİŞ

Modern hukukta mahremiyet, “genel olarak, kişilerin yalnız başına kalabildikleri, istedikleri gibi düşünüp davranabildikleri, başkalarıyla hangi yer, zaman ve koşullarda ne ölçüde ilişki ve iletişim kuracaklarına bizzat kendilerinin karar verebildikleri bir alanı ve bu alan üzerinde sahip olunan hakkı ifade eder”<sup>1</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

\* Üsküdar İcadiye İlkokulu DKAB Öğretmeni, gulluk2001@hotmail.com

1 Mehmet Yüksel, “Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 58-1, s. 182.

Klasik fıkıh kitaplarına bakıldığında, şer'î bir hüküm olan mahremiyet kavramının, mahrem kavramına nispet edilen anlamlarıyla ilgili olarak, başta aile hukukuna ilişkin konularda kullanıldığı görülecektir. Mahremiyet kavramına ilişkin olarak fıkıh kitaplarında “mahremiyet yakınlığı (hısımlığı)”, “yakınlık (hısımlık) olmaksızın mahremiyet”, “nesep, süt ve sıhriyet mahremiyeti”, “sabit mahremiyet”, “mahremiyet sahibi”, “mahremiyetin hürmeti” gibi terkipler geçmektedir. Bu terkiplerden de anlaşıldığı üzere, mahremiyet kavramı, fıkıh kitaplarında mahrem kavramı gibi teknik bir terim olarak kullanılmaktadır. Ancak şunu ifade etmek gerekiyor ki bizim “mahremiyet ilkesi” başlığı altında ele alacağımız konular, sadece fıkıh kitaplarında kullanılan ve dar anlamı ifade eden mahremiyeti değil aynı zamanda geniş anlama sahip olan mahremiyeti de içermektedir. Bu vesileyle, ilerde görüntü ve gerçeklik konularını işenirken “gerçek âlemler” “sanal âlemin” daha iyi anlaşılabilmesi için burada mahremiyetin kapsamlı bir tanımını yapmak yerinde olacaktır.

Osmanlıca, Türkçe ve modern hukuk sözlüklerinde mahremiyetle ilgili olarak şu tanımlara yer verildiği görülmektedir: “Mahrem olma, gizli olma, gizlilik,<sup>2</sup> bir kimsenin gizli özelliği, gizli hususiyetler, sırlar, başkalarından saklanan, başkaları tarafından görülmesi, bilinmesi, duyulması istenmeyen şeyler,<sup>3</sup> bir şeyin gizli tarafı, hususiyet, kendine has özellik, hususi hayat”<sup>4</sup> İslâm hukuk literatüründe, mahremiyetin, ifade edilen bu anlamları kapsayacak şekilde yapılmış olan genel geçer bir ıstılah tanımının oluşmadığı dikkatleri çekmektedir.

Klasik fıkıh kitaplarındaki dar kapsamlı ıstılahi tanıma ek olarak mahremiyet, *Şâri'in, insanın özel hayatı ile ilgili hususlarda, başkaları ile kuracağı ilişkiler hakkında taraflara yüklediği hak ve sorumluluk alanları*, şeklinde tanımlanabilir. Başka bir deyişle mahremiyet, Şâri'in, “başkalarının ulaşmasına sınır koyduğu bir hak” olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahremiyet hakkı, bilinmemeye, ulaşılmamaya ve dokunulmamaya dayalı özel haklar olarak da bilinmektedir. Bu haklar, hem özel yaşama, hem de ilâhî irâdeye saygıyı gerektiren haklar cinsindedir. Mahremiyet hakkı, bireylerin özel hayatlarına saygı gösterilmesi, kişilik haklarının, onurlarının ve kişiliklerinin korunması açısından önem arz etmektedir.

Mahremiyet kavramının önemli konularından biri de mahremiyetin kaynağıdır. Mahremiyetin kaynağı, kişinin kendisi midir; yoksa kişinin kendisini de aşan üstün bir irâde midir? Bu soruya yönelik çeşitli felsefi yaklaşımların var olduğu bilinmektedir. Mahremiyetin kaynağının kişinin kendisi olması durumunda ortaya çıkacak olan sonuçlarla; mahremiyetin kaynağının üstün irâde olması durumunda ortaya çıkacak olan sonuçların, birbirinden farklı olacağı muhakkaktır.

2 Selahattin Bağdatlı, *Hukuk sözlüğü*, : Der Yay. İstanbul, 1997, s. 291; Ejder Yılmaz, *Hukuk sözlüğü*, Yetkin Yay. İstanbul 2005, s. 765; Şükrü Haluk Akalın, *Türkçe sözlük*, Türk Dil Kurumu, Ankara 2005, s.1328.

3 İlhan Ayverdi, *Misalli Biyyük Türkçe Sözlük = Kubbealtı Lügatı*, Kubbealtı Neşriyat, İstanbul, I-III, 2005, II, 1907.

4 Milli Eğitim Bakanlığı, *Türkçe Sözlük: Örnekleriyle*, Milli Eğitim Bakanlığı yay. Ankara, 1996, III, 1882.

Son zamanlarda ilahiyat çevrelerinde mahremiyetle ilgili olarak yapılan tez ve makale çalışmalarında, bazı araştırmacıların, pozitif hukukta yapılan, “*kişilerin yalnız başlarına kalabildikleri, başkalarıyla hangi koşullarda ilişki içerisine gireceklerine kendilerinin karar verebildikleri bir alan*”<sup>5</sup> şeklindeki tanımı iktibas ederek, İslâm düşüncesinde de aynı yönde bir yaklaşımın olduğu fikrinin nazara alınması, fıkhî düşüncesi açısından isabetli olarak görülmemektedir. Zira bu tanımda, mahremiyetin ve insan dokunulmazlığının kaynağı, “kişinin kendisi” gösterilmektedir. Araştırmacının yapmış olduğu bu tanım, modern hukukta terim anlamını verdiğimiz tanımla aynıdır. Modern hukukta yapılan tanımda, “*bizzat kendilerinin karar verebilecekleri bir alan*” kaydı geçmektedir. Oysa İslâm hukukunda mahremiyetle ilgili alanların belirlenmesinde, kişilerin istekleri bütünüyle dikkate alınmamıştır. Şâri Teala, kişilerin mahremiyet sorumluluklarını belirlemiş ve mükelleflere bir çok sorumluluk yüklemiştir. İslâm hukukuna göre mükellef, ilâhî irâdenin belirlemiş olduğu mahremiyet sınırlarını korumakla sorumlu olan kişidir.<sup>6</sup> Sorumluluğun ne olduğuna karar verip, bunu mükellefe yükleyen irâde ise Yüce Yaratıcı ve Hz. Peygamber’dir (s.a.). Dolayısıyla, İslâm hukukunda mahremiyetin kaynağı, kanun koyucu ilâhî irâdedir. İnsan ise hak ve sorumlulukları yüklenecek olan kişidir. Bu durumda insan, hukukun konusu ve nesnesi konumunda kalmaktadır. Özne ise Şâri Teâlâdır.

Mahremiyetin kaynağının Yüce Allah olması durumunda, ruh ve beden, insana emânet olarak verilmiş kabul edilir. Emânette ise emânetin gerçek sahibinin söz, irâde ve tasarrufları geçerli kabul edilir. İnsanın kendi irâdesini, daha üstün bir irâdenin isteklerine tabi olarak belirlemesi durumunda, mahremiyet ve dokunulmazlıkla ilgili ortak sınırların belirlenmesi kolaylaşır, mahremiyet adına tartışma ve kaos yaşanmaz. Aksi halde, üstün irâdenin çizdiği mahremiyet ölçülerine göre hareket etmeyen insan, hem kendisine emanet edilen bedenin hakkını vermekten uzak olur, hem de üstün irâdeye saygısızlık ettiği ölçüde kusurlarının sonuçlarına müstahak olur.<sup>7</sup>

Mahremiyetin kaynağının kişinin kendisinin olması durumunda, fert sayısı kadar farklı bir mahremiyet algısı oluşur. Aynı şekilde, toplumda ortak bir mahremiyet anlayışından bahsedilemez, cinsel istismarın boyutlarının sağlıklı ve gerçekçi bir şekilde tespit edilmesi güçleşir. Örneğin, bir kimsenin, “bu mahremiyet ihlâlidir” dediğine, diğeri, “hayır bana göre bu mahremiyet ihlali değildir” diyebilecektir. Durum böyle olunca, kişilerin mahremiyet sorumluluklarından söz edilemeyecektir.<sup>8</sup>

5 Nalan Çelikoğlu, *Mahremiyet: Kişiyeye Ait Özel Alanlar Tartışması*, İskenderiye Yayınları, İstanbul, 2008, s.20; Huriye Martı, “Hz. Peygamberin Hadislerinde Bir Değer Simgesi Olarak Beden ve Mahremiyeti”, *Marife*, güz.2009, IX-II, s. 9-23.

6 Kemal Yıldız, “Genel Anlamda Mahremiyetin Kaynağı ve Çocuklarda Cinsel İstismarı Önleyici Bir Unsur Olarak Aile İçi Mahremiyetin Önemi”, *Çocuk Sorunları ve İslâm Sempozyumu*, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2010, s. 203

7 Yıldız, a.g.e., s. 203.

8 Yıldız, a.g.e., s. 203.

## A. BEDEN MAHREMİYETİ

İslâm dinine göre beden, Yüce Allah'ın rızası istikametinde kullanılmak üzere insana verilen bir emânettir. İmam Gazzâlî, bedeni, kişiyi sevgilisine ulaştırın bir merkebe, binite benzetmektedir.<sup>9</sup> Beden, çeşitli amaçlarla insana bahşedilen emânet hükmünde bir araç olduğu için, mümin bir insan, kendi bedeni üzerinde sınırsız tasarruf yetkisine sahip değildir. İnsan kendisine bahşedilen bu “mükerrer emâneti”, ölünceye kadar koruyup kollamak ve gözetmek zorundadır.

İslâm âlimleri, hem kişinin kendi bedenine ait uzuvların ve organların alım ve satımı, hem de bu uzuvların kullanımı ile ilgili olarak ortak görüşler ortaya koymuşlardır. İslâm âlimlerine göre insan mükerrer bir varlık olarak yaratılıp, bedeni de kendine emânet olarak verildiği için, organların satılması caiz görülmemiştir. Fakihler, hem insan derisinin kullanılmayacağı yönünde ittifak etmişler<sup>10</sup>, hem de zor durumda kalırsa bile insan etinin yenemeyeceği yönünde görüş belirtmişlerdir. Ayrıca insanın diğer bütün organları dahil olmak üzere, saçının bile satılmayacağı yönünde genel görüş vardır.<sup>11</sup> İnsan bedenine ait organların satılmama gerekçesi, insana verilen üstün değer ve bu değerden dolayı insan bedeninin meta ve mülk<sup>12</sup> olarak görülemeyeceği esası ile açıklanabilir.

İslâm dini, sadece bedene değer vermekle kalmamış, aynı zamanda “beden değeri”ni korumaya yönelik olarak birçok tedbir de almıştır. Yukarıda zikredilen, bedenin parçalarının satılmaması hususu, bu tedbirlerden sadece biridir. Bunun yanında, konumuzu yakından ilgilendiren bir diğer önemli tedbir de “beden tesettürü” hususudur. İlk insan olan Hz. Adem ve Hz. Havva örneğinde olduğu gibi insanın fitratında ve psikolojik yapısında, kendi bedenini örtme yönünde önemli bir istek ve eğilim vardır. Bu istek ve eğilimin nihâi sınırını ise insanın fizyolojik ve ruh yapısını en iyi bilen Yüce Allah belirlemektedir. Böylece, Yüce Allah, bedenlerin örtülmesi noktasında insanı serbest bir şekilde kendi haline bırakmamış, tam aksine gerçek serbestliğin kendi belirlediği beden mahremiyeti ilkelerine riâyet edilerek gerçekleştirildiğini beyan etmiş olmaktadır.

Sinema sanatında ve sanal âlemde dikkat edilmesi gereken en önemli mahremiyet konularından birisi, hiç şüphesiz beden mahremiyetidir. İslâm'ın insan bedenine verdiği değer açısından günümüzdeki filmlere ve benzeri sanal âlemdeki görüntülere bakıldığında, bedenin ne kadar değersizleştirildiği görülecektir. Dinî noktada az çok hassasiyeti olan yapımcı, senarist, yönetmen ve oyuncuların, beden mahremiyeti konusunda çok hassas davranmaları durumunda, bedene verilen gerçek değerler ortaya çıkması ve özgürleşmesi muhtemeldir. Zira, sinema sanatında gösterilen “beden temsili”nin, insanlar tarafından ideal sosyal hayat nizamı şeklinde

9 İmam Gazzâlî, *el-Erbain fi usulî'd-din*, Mektebetü'l-Cüdi, 1963, thk: Muhammed Muhammed Cabir, s. 231.

10 İbnü'l-Hümmam, *Şerhu fethü'l-kadir*, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1424/2003, I, 98.

11 İbnü'l-Hümmam, a.g.e., VI, 391; Zeylaî, *Tebyinü'l-hakaik fi şerhi kenzi'd-dekâik*, el-Matbaatü'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak, 1313, IV, 51.

12 Nazife Şişman, *Emanetten Mülke Kadın Bedeninin Yeniden İnşası*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 35.

algılandığı bilinen bir gerçektir. Bu gerçekten hareketle, Müslüman sanatçıların beden mahremiyeti hakkında yeterince bilgi sahibi olmaları gerekmektedir.

## 1. Göz, Kulak ve Dil Mahremiyeti

Beden tesettürü bir örtü ya da elbise ile yapılırken, göz tesettürü kirpik hareketleriyle yapılır. Kirpik hareketlerini yöneten insan, yarın âhirette kendi aleyhine delil olabilecek mahrem bir sahneyi gözüne kaydetmemeli ve göz kamerasını mahrem kare ve çerçevelere karşı açık tutmamalıdır. Bir mümin, zorunlu olarak göz kamerasını açık tutması gerekiyorsa, o zaman o mümine düşen görev, basiretini ve şuurunu dinimizin mahrem saydığı görüntülere karşı kapatmak olmalıdır.

Göz mahremiyeti ya da “göz muhâfazası” hakkında, hem Kuran-ı Kerim’de, hem de hadislerde çok önemli beyanlar ve açıklamalar yer almaktadır. Bu beyanlar ve açıklamalar muvâcehesinde hareket edildiğinde, hem film yapanlar, hem de filmi izleyenler dinî sorumlulukları yerine getirmenin mutluluğunu hissedeceklerdir.

Kur’ân-ı Kerim’de göz, kulak ve ten muhâfazası ve sorumluluğuyla ilgili olarak İsrâ ve Fussilet sûresinde peş peşe gelen âyetlerin konumuz açısından çok önemli olduğunu düşünmekteyiz. Yüce Allah şöyle buyuruyor: *وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا* “*Bilmediğin şeyin peşine düşme! Çünkü kulak, göz, kalb gibi azâların hepsi de sorguya çekilecektir.*”<sup>13</sup> İslâm âlimleri, insanoğlunun dil, göz ve kulak organlarının amellerinden sorgulanacağı konusunda hiçbir ihtilafın olmadığını, bu âyeti delil getirerek ifade etmişlerdir.<sup>14</sup> Zikredilen bu âyette, kalbin de sorguya çekileceği beyan edilmiştir.

İslâm âlimleri bu âyette geçen “kulak” ve “göz” organlarının sorumluluğuyla ilgili olarak çeşitli değerlendirmeler yapmışlardır. Bazı müfessirler, bu âyetteki gözün sorumluluğunu, “harama bakmama”, kulağın sorumluluğunu da “yasak olan şeyleri dinlememe” şeklinde yorumlamışlardır. Kısaca İslâm âlimleri, kişinin konuştuğu, dinlediği ve gördüğü şeylerden sorumlu olacağını vurgulamışlardır. Bu âyette yer alan kalp, kulak ve gözün özellikle zikredilmesi, sorumluluğun ana muhatap organlarının bu azâlar olduğunu göstermektedir. Zira kulak, Hz. Peygamber’in (s.a.) ve Kur’ân’ın çağrısına kulak vermek için, göz de Yüce Yaratıcı’nın varlığının masnûattaki delillerini müşahede etmek için insana tahsis edilmiştir.<sup>15</sup>

Kur’ân-ı Kerim’de yer alan âyetlerde insan bedenine ait organların birçoğunun, hesap gününde kişinin aleyhinde şahitlik yapacağı beyan ediliyor. Dünya hayatında

13 İsrâ, 17/36.

14 Zerkeşi, *el-Mensur fi'l-kavâid*, Vizaretü'l-Evkaf veş-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt, 1982/1402, thk. Teysir Faik Ahmed Mahmûd, II, 34.

15 İbn Âşûr, *et-Tahrir ve't-tenvir el-maruf bi tefsir-i İbn Âşûr*, Müessesetü't-tarihi'l-Arabi, Beyrut, 1420/2000, XXV, 37.

kişinin yaptıklarıyla ilgili olarak bilgi verip, kişinin aleyhine şahitlik yapacak olan organlar, göz, kulak, deri,<sup>16</sup> dil, el ve ayak<sup>17</sup> şeklinde zikredilmektedir.

İslâm âlimleri, Fussilet sûresinde geçen, حَتَّىٰ إِذَا مَا جَاءُوهَا شَهِدَ عَلَيْهِمْ سَمْعُهُمْ وَأَبْصَارُهُمْ وَجُلُودُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ “Nihâyet oraya ulaştıklarında kulakları, gözleri ve derileri yaptıkları işleri söyleyip kendi aleyhlerinde şahitlik ederler.”<sup>18</sup> âyette, bu üç organın, havâss-ı hamseden olan, beş duyu organının tamamını içerdiğini zikretmişlerdir. Fahreddin er-Râzî, bu âyette “tat alma” ve “koklama” duyularının zikredilmediğini hatırlatarak, “onların derileri” ifadesindeki “deri” duyusunun, “tat alma” duyusunu da içerdiğini ifade etmiştir. Fahreddin er-Râzî, tat alma duyusunun, dil ve damaktaki derinin yiyeceğe temas etmesi sayesinde gerçekleştiğini söyleyerek, tat almayı, deri kapsamında değerlendirmiştir.<sup>19</sup> Bazı müfessirler de<sup>20</sup> “deri”nin, bütün cesedi ihtiva ettiğini zikretmişlerdir. Fahreddin er-Râzî’ye göre “koklama duyusu”, insanda zayıf olan bir duyudur. Bu duyuyla ilgili olarak, Yüce Allah’ın koyduğu, bir mükellefiyet, bir emir ve bir yasağın olmadığı, ayrıca vurgulanmıştır.<sup>21</sup> Ancak şunu hemen ifade edelim ki, günümüzde kimyasal yollarla elde edilen insan bedenine veya zihnine zarar veren kokuların, koklanmaması ve koklatılmaması yönünde yasaklayıcı tedbirler alınabilir. Bunların başında kimyasal silahlar olmak üzere, tiner, sigara dumanı ve benzeri pek çok zararlı kokular zikredilebilir.

Yukarda, duyular âyetiyle ilgili olarak zikredilen “kulak duyusu”nun, tenzîlî emirlerle, “göz duyusu”nun tekvînî emirlerle, “deri duyusu”nun ise ma’siyetlerle ilgili olduğunu belirten müfessirler olmuştur. Bu müfessirlerden Alûsî’ye göre, deri duyusunun şahitliği, zîna gibi yasak olan fiilleri de içermektedir. Bu âyette geçen “derilerin şehâdeti” terkibi, kinaye üslûbunda söylenmiş bir söz olup, bununla tenâsül uzuvlarının şahitliğinin kastedildiği ayrıca birçok müfessir tarafından da rivâyet edilmiştir.<sup>22</sup>

## 2. Avret Mahremiyeti Prensipleri

*Avret mahremiyeti fitrî bir zorunluluktur.* Hz. Adem ve Hz. Havva örneğinde olduğu gibi hiçbir insan başkalarının yanında vücudunun tamamının, belli bir süre de olsa, açık kalmasına tahammül edemez. Bu, fitratın bir gereğidir. Eğer bir insan başkalarının yanında vücudunun tamamının açık olmasına tahammül edebiliyorsa, bu, fitratın bozulduğunun açık bir göstergesidir. İnsan fitratında mündemiç olan

16 Fussilet, 41/20.

17 Nur, 24/24; Yasin, 36/65.

18 Fussilet, 41/20.

19 Fahreddin er-Râzî, *Mefatihü'l-gayb*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1981, XXII, 117.

20 İbn Âşûr, a.g.e., XXV, 37.

21 Fahreddin er-Râzî, a.g.e., XXII, 117; Alûsî, *Ruhü'l-meanî fi tefsiri'l-Kur’âni'l-azim ve’s-seb’i'l-mesani*, Dâru İhyai’t-Türasi'l-Arabi, Beyru, XXIV, 115

22 Fahreddin er-Râzî, a.g.e., XXII, 117; Neseî, *Medarikü't-tenzil ve hakaikü't-tevil*, Dârü'l- Kâlem, Beyrut, 1989, III, 1560; İbn Âşûr, a.g.e., XXV, 38; Alûsî, a.g.e., XXIV, 115;

avret mahremiyetinin ihlâl edilerek zamanla bozulmaması için, çeşitli koruyucu tedbirlerin alındığını görmekteyiz. Bu tedbirlerin başında elbise gelmektedir. Elbise zîneti, avret mahremiyetini koruyan bir kalkan olarak, Yüce Allah'ın insana bahşettiği çok değerli bir nimettir.

Yüce Allah, hayvanlarda olduğu gibi insanı doğuştan elbiseli olarak yaratmamış, onun giyim kuşamını kendi irâdesine bırakmıştır. Bununla birlikte, “avret-i galîza” diye ifade dilen, temel ayıp yerlerinin açılması durumunda, insan irâdesinin devreden çıkarak, o esnada eline gelen en yakın eşyayla üzerini kapatma refleksini ve tepkisini göstermiştir. Ayrıca, gece yarısı depremlerinde bile, insanların, canı pahasına da olsa can havliyle temel avret yerlerini kapatma çabasında oldukları gözlemlenmiştir. Hatta bu depremlerde, inanan insanların, özellikle kadınların, örtünmeyi fitratları haline getirdikleri için, dinimizin onlardan istediği örtünme alanlarını örtme gayretinde oldukları bilinmektedir. Hâlbuki bu tür can kaybı riskinin olduğu durumlarda, İslâm âlimleri, canın korunmasının daha öncelikli olduğunu söylemektedirler. Zira bu tür durumlarda, zarûret hali doğduğu için, esas olan azimet prensibi devreden çıkar, ruhsat prensibi devreye girer.

Örtünmenin fitrîliği yanında, bir de kadın ve erkeğin birbirlerine olan, hem sevgi ve merhamet açısından, hem de cinsellik açısından ilgi ve meyillerinin fitrîliğinden bahsedilebilir. Kadın ve erkekte var olan bu fitrî duyguların, dinimiz açısından nasıl kullanılması gerektiği açıklanmıştır. Dinimiz, insandaki bu fitrî duyguların varlığını kabul etmiş ve buna göre düzenlemelerde bulunmuştur. Sinema sanatında ve sanal elemde, bu fitrî duyguların varlığı göz önünde bulundurulmalı ve kadın erkek arasında ilişkiler ona göre tayin edilmelidir. Kadının ve erkeğin fizyolojik ve ruh yapısı dikkate alınmadan yazılan senaryolar ve çekilen filmler, fitrata aykırılık içerecektir. Bu vesileyle, sinemada çekilen filmlerin bozulmamış fitratlar üzerinden örnek alınarak çekilmesi ve insanın fitrî özelliklerini bozacak tutum ve davranışlardan kaçınılması, büyük önem taşımaktadır. İnsanda var olan fitrî duygu ve hislerin, nasıl yönetileceği ve zapt edileceği ile ilgili ölçü ve prensipler, dinimizce ortaya konmuştur.

*Edep ve hayâ hissi korunmalıdır.* Hayâ, “utanma”, “arlanma”, “çekinme” ve “utanma duygusu” gibi anlamlara gelir.<sup>23</sup> Fahreddin er-Râzî, hayâyı şu şekilde tanımlamaktadır: “Hayâ, kınanma ve tenkit edilme korkusuyla insanda meydana gelen moral bozukluğu ve hal değişikliğidir.<sup>24</sup> Râgıb el-İsfahânî'ye göre hayâ, “nefsin, çirkinliklerden rahatsızlık duyması ve o çirkinlikleri terk etmesi”dir.<sup>25</sup>

Ebû Hayyân el-Endelûsî (ö.745/1344), hayânın tezâhür ve gösterge yerinin yüz; kaynağının kalp; türediği kelimenin ise “hayât” olduğunu ifade etmiştir. Yani haya, hayattır. Hayânın zıddı ise “القحة”/“vikâha” arsızlık, yüzsüzlük, utanmazlıktır.<sup>26</sup>

23 Mustafa Çağrıç, “Haya”, *DİA*, XI, 554.

24 Fahreddin er-Râzî, a.g.e., II, 144.

25 İsfahânî, *el-Müfredât fi ğaribi'l-Kurân*, Dârü'l-Marife, Beyrut, thk. Muhammed Seyyid Kilani, s. 140.

26 Ebû Hayyân el-Endelûsî, *Tefsirü'l-bahri'l-muhit*, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1993, I, 261.

Hayâ, biri fitrî, diğeri îmandan kaynaklanmak üzere, ikiye ayrılır. Fitrî hayâ, “hayâ-i nefsi” diye isimlendirilir. Fitrî hayâ, insanın tabiatında ve ruhunda bulunan, sakinme ve çekinme hissi olarak tanımlanabilir. Bu tür hayâ, insanı pek çok utanma ve ayıp sayılan şeyleri işlemekten alıkoyar. Bir de îmandan kaynaklanan hayâ vardır. Fitrî hayâ, İslâm dininin ruhundaki hayâyla beslenip gelişince, utanma duygusu derinleşir ve ayıplara karşı en büyük koruma teşekkül etmiş olur. Eğer fitrî hayâ, insanı insan yapan değerlerle beslenmez ve takviye edilmezse kalp ve rûhî hayatta boşluklar meydana gelir ve nefsânî arzuların engellenmesi güçleşir. Neticede, hayâ olmayan bir ortamda insanı, insanlığından utandıran davranışların yaygınlaşması kaçınılmaz olur. Birçok günahın ve masiyetin sebebi, insandaki hayâ duygusunun yok olmasıdır. Bu duygu yok olunca, insan arsızca ve yüzüstüce davranışları yapmaktan utanmaz. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.), *“إِذَا لَمْ تَسْتَحْيَ”* “*hayâsız olduktan sonra istediğini yap*”<sup>27</sup> buyurmaktadır. Buhârî şârihlerinden Aynî, bu hadisin şerhi ile ilgili olarak çeşitli çıkarımlarda bulunmuştur. Bunlardan birincisi, *kınanmaktan istihyâ etmiyor ve arlanmaktan çekinmiyorsan, nefsinin sana söylediği, ister iyi isterse kötü olan şeyleri yap. Bu sözün lafzında emir, manasında kınama vardır. İkincisi, eğer istihyâ ettiğin fiilinden eminsen, o zaman sevaba nâil olursun, kendisinden hayâ edilmeyen fiilleri dilediğin gibi yap. Üçüncüsü, tehdit anlamı içerir ki, “اعملوا ما شئتم”*, “*Dilediğinizi yapın*”<sup>28</sup> âyetinde olduğu gibi “*istediğin gibi yap*”, manasına gelir. Dördüncüsü, *hayâ seni, hayır işleri yapmaktan alıkoymasın. Beşincisi, yermeye mübalağa üslûbudur ki, hayâyı terk etmen, onu yapmandan çok daha vahim bir şeydir. Ya da, istediğini yap Allah cezası verecek, anlamında bir tehdittir.*<sup>29</sup> İbn Hacer, *“إِذَا لَمْ تَسْتَحْيَ فَافْعَلْ مَا شِئْتَ”*, hadisini, *hayâ senden çekilip alınunca “dilediğini yap” Allâh senin cezasının verecek*, şeklinde yorumlamış ve hayâ olayının çok önemli bir durum olduğuna işaret etmiştir. İbn Hacer ayrıca, hayânın bir paratoner gibi kişiyi kötülüklerden koruyan bir özelliğe sahip olduğunu, hayâsızlığın ise bütün kötülüklerle kapı araladığını belirtmiştir. İbn Hacer’e göre, bir kimse vâcip ve mendûbu terk etmekten; haram ve mekruhu da işlemekten istihyâ etmelidir. Mubahta ise mubah fiili yapmak da, terk etmek de câizdir.<sup>30</sup>

Hayâ, ahlâkın özüdür. Hayâ, kişiyi ahlâksızlıktan, hayâsızlıktan, rezillikten ve bayağılıktan koruyan bir kalkandır. İnsandaki bu güzel ahlâkî özelliğinin, sanat adına yok edilmesi, insana yapılan en büyük haksızlık olarak görülmelidir. Zira bu özelliğin yok edilmesi, kişiyi normal hayatta da günahları kolayca işlemeye itebilir. Bu sebeple bir sinema filmi çekilirken, hayâ özelliğinin dikkate alınması, hayâyı tahrip edecek tutum ve davranışlardan kaçınılması gerekir.

İnançlı bir müminin, hayâ perdesini ortadan kaldıran ortamlara girmemesi kadar doğal bir sonuç yoktur. Sinema filmi çeken şirket ve kuruluşların, inançlı

27 Ebû Dâvûd, “Edeb”, 6; Buhârî, “Ehâdisü'l-Enbiya”, 54; Bezzar, *Müsned*, VII, 256.

28 Fussilet, 41/40.

29 Aynî, *Umde'tü'l-kâri şerhi sahihi'l-Buhârî*, Daru'l-Kutubi'l-İlmîyye, Beyrut, 2001, XVI, 88.

30 İbn Hacer el-Askalani, *Fethü'l-bâri bi-şerhi sahihi'l-Buhârî*, Dârü'l-Ma'rif, Beyrut, X, 523.



ve hayâ sahibi insanların rol alabilecekleri uygun ortamları sağlamaları gerekir. Sinema sanatında, Müslümanların geri kalmasının ana nedenlerinden birisi de, hiç şüphesiz bu olumsuz ortamların, kişinin ahlâkını bozduğu düşüncesidir. Yapılması gereken iş, inançlı insanların kendilerine ait sanat ve film stüdyoları kurmaları, kurulan bu stüdyoları yine kendi sorumluları tarafından işletip yönetmeleri olacaktır.

Hayâ kavramının, olabildiğince tahrip edildiği asrımızda, kitle iletişim araçları yanında, bir de sinema filmleriyle bu kavramın tahrip edilmesi, onulmaz gediklerin açılmasına yol açabilir. Bu gediklerin daha çok büyümeden kapatılması, yeni yetişen nesillerin, üretilen filmler ve diziler yoluyla özellikle de sanal âlemde kurulan iletişimle hayâ perdelerinin ortadan kalkmaması ve onların sağlıklı bireyler haline gelebilmeleri, ancak hayâ prensibinin yerine getirilmesi ile gerçekleşebilir. Haya duygusunun örtünme ve iffet kavramıyla yakın bir anlam ilişkisi söz konusudur.

*Örtünmenin ana gayesi iffet, zedelenmemelidir:* İffet sözlükte, çirkin söz ve fiillerden uzak kalma,<sup>31</sup> hayâ ve edep dairesinde bulunma, doğruluk, dürüstlük ve ahlâkî değerlere bağlılık üzere yaşama demektir. İffet ayrıca, hem kötü istek ve arzuların kalbe girmesinden kalbi muhafaza etmek, hem de vücudun diğer organlarını, Yüce Allah'a isyan etmekten korumak, şeklinde de tarif edilmiştir.<sup>32</sup> Râgıb el-İsfahânî iffeti, insandaki gayr-i meşru iştilahların galip gelmesini engelleyen, nefse ait özellik, olarak tanımlamaktadır.<sup>33</sup>

İslâm ahlâkçıları, insanda üç temel duygunun olduğunu belirtmişlerdir. Bunlardan birincisi, hakikatleri görüp, fayda ya da zarar getirecek şeyleri birbirinden ayırt etme melekesi olan “kuvve-i akliye”; ikincisi, kin, hiddet, kırgınlık ve atılganlık gibi hislerin kaynağı sayılan “kuvve-i gadabiye”; üçüncüsü de, arzu, iştiha ve cismânî hazların menşei kabul edilen “kuvve-i shehiye”dir.<sup>34</sup> İffet, kuvve-i shehiye duygusu açısından istikamet ve itidal üzere bulunarak, meşru dairedeki zevk ve lezzetlere karşı istekli davranmanın yanı sıra,<sup>35</sup> gayr-i meşru arzu ve iştilahlara iradî olarak kapalı kalma durumunu ifade eder.<sup>36</sup>

Genel anlamı itibariyle iffet, irâdenin gücünü kullanarak cismanî ve behimî arzuları kontrol altına almak,<sup>37</sup> zînadan ve sefâhattan uzak durmak demektir.<sup>38</sup> Başka bir açıdan iffet, dil, göz, kulak, el, ayak ve mide gibi uzuvları, günahlardan

31 Begavî, *Tefsiri'l-Begavî = Meâlimü't-tenzil*, Dârü't-Tayyibe, Riyad, 1993, thk. Muhammed Abdullah Nemr, I, 338; Zebîdî, *Tacü'l-arus min cevâhiri'l-kamus*, Matba'atu'l-Hükume, Kuveyt, 1965, XXIV, 174.

32 İbn Acibe, *el-Bahrü'l-medid fi tefsiri'l-Kur'ani'l-mecid*, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 2002/1423, thk: Ömer Ahmed er-Ravi, X, 64; İbn Hazm, *Resailü İbn Hazm el-Endelüsî*, el-Müessesetü'l-Arabiyye lîd-Dirasat ve'n-Neşr, Beyrut, 1987, thk. İhsan Abbas, I, 353.

33 İsfahânî, a.g.e., s. 339; Çağrıncı, “İffet”, *DİA*, XXI, 506.

34 Ebüssuud Efendi, *Tefsiru Ebüssuud = İrşadü'l-akli's-selim ila mezaya'l-Kur'an-i'l- Kerim*, Dârü'l-Mushaf, Kahire, I, 276; Ahmednagari, *Câmiü'l-ulum fi istilahati'l-fünun = Düsturu'l-ulema*, Daru'l-kutubi'l-ilmiiyye, Beyrut, 1421/2000, thk. Hasan Hani Fahs, II, 234.

35 Ahmednagari, a.g.e., II, 234.

36 Teftâzânî, *Şerhü't-telviḥ ale't-tavziḥ*, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Lübnan, 1996, thk: Zekariya Amirât, II, 105.

37 Ebüssuud Efendi, a.g.e., III, 394.

38 Serahsî, *Usulü's-Serahsî*, Dârü'l-Kitâbi'l-İlmiyye, Beyrut, 1993, II, 331; Begavî, a.g.e., I, 338.

koruyarak ve helal dairedaki zevk ve lezzetlerle iktifa ederek haramlardan uzak kalmaktır. İslâm âlimleri, iffetin, özellikle cinsel arzular, söz söyleme ve yeme-içme gibi en temel fizyolojik hususlarda ortaya çıktığını belirtmişlerdir.

İffet, hayâda olduğu gibi kadın erkek her müslümanın sahip olması gereken erdem ve fazilettir. Bu erdem ve faziletin elde edilmesi, ancak dinî, ahlâkî ve insani değerlere bağlı olarak yaşamayla elde edilmektedir. İffet duygusu, dinî ve ahlâkî terbiyenin bir sonucu olarak, zamanla kişide oluşan ve onu her türlü bayağılık, arsızlık ve yüzsüzlükten koruyan manevî bir tavır olarak da düşünülebilir.

Kimi zaman iffetle hayâ kavramı, birbiri yerine kullanılsa da, tanımlara bakıldığında bu iki kavram arasında önemli farkların olduğu görülecektir. Bu iki kavram arasında en önemli fark, iffetin bir yaşam tarzı, hayânın ise bir reaksiyon olmasıdır. Bir kimsenin bir olay, ya da durum karşısında utanıp yüzünün kızarması hayâyla; bu yüz kızarmasına sebep olan tavrın ise iffetle münasebeti vardır. Netice itibariyle, hayâ iffetin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. İmam Gazzâlî'ye göre, hayâ, iffet ahlâkından kaynaklanan bir özelliktir. Ayrıca Gazzâlî, cömertlik, hayâ, sabır, müsamaha, kanâat, verâ, letâfet (incelik), yardım, zariflik ve tamahkârlıktan uzak durmak gibi özelliklerin de iffetten kaynaklandığını ifade etmiştir.<sup>39</sup>

*Kişisel saygınlık muhafaza edilmelidir:* Mükerrerem bir varlık olarak yaratılan insan, insan olma yönü itibariyle “ırz, namus, haysiyet, şeref, saygınlık ve itibar” gibi yüce hasletler sayesinde, insan olma onuru ve şerefini devam ettirebilmektedir. İnsan onur ve şerefini ifade eden “kişisel saygınlık”, dinimiz açısından son derece önemsenmiştir. Öyle ki, kişisel saygınlığa saldırı, büyük günahlardan daha büyük kabul edilmiştir. Dinimiz ayrıca, kişisel saygınlığın zedelenmemesi ve ortadan kalkmaması için, birçok tedbir almıştır.

Kişisel saygınlığın, bir diğer anlatımla, insan onur, şeref ve haysiyetinin ortadan kalkmaması, saygınlığın kendisi kadar önemlidir. Zira kişisel saygınlığın varlığı, onun korunması için yeterli olmamaktadır. Kişisel saygınlığın ihlâli birçok yolla olabildiği gibi bu saygınlığın korunması da, birçok ahlaki tutum ve değerlere saygıyla mümkün olabilmektedir. Kişisel saygınlık iki şekilde zarar görmekte, zedelenmekte ve saldırıya uğramaktadır. Bunlardan birincisi, kişinin kendisi dışındaki şahıslar tarafından gerçekleşen saldırı; ikincisi de kişinin kendisi tarafından, kendi şahsiyetine yaptığı saldırıdır.

Avret mahremiyetinin işlendiği bu kısımda, kişisel saygınlığın ikinci şekli üzerinde, yani kişinin kendi şahsiyetine yaptığı saldırı üzerine durulacaktır. İslam hukukuna göre mahremiyetin kaynağı Allah olduğu için, kişinin kendi şahsiyetine, haysiyetine, onuruna ve şerefine saldırma hakkı bulunmamaktadır. Kişisel saygınlığa saldırıyla ilgili olarak Hz. Peygamber (s.a.) şöyle buyurmaktadır: *إِنَّ مِنْ أَرْبَى الرَّبَا الْأَسْطِطَالَةَ فِي عَرْضِ الْمُسْلِمِ بغيرِ حَقٍّ. Muhakkak ki ribanın (haddi aşmanın) en*

39 Gazzâlî, *İhya-u ulumi'd-din*, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut, 1983, III, 55.

*şiddetlisi haksız yere bir müslümanın şerefine (manevi şahsiyetine/kişisel saygınlığına ve değerine) saldırmaktır (dil uzamaktır).*<sup>40</sup> Hadiste geçen ırz, insanın manevî kişiliğini, onur, şahsiyet, haysiyet, şeref ve saygınlığını ifade etmektedir. Zikredilen bu nitelikler, “kişisel saygınlığı” ve “kişilik değerleri”ni oluşturmaktadır. Bu hadiste, kişilik değerlerine dil uzatma anlamına gelen “الاستِطَالَة” kelimesinin kapsamıyla ilgili olarak, İslam âlimleri çeşitli görüşler belirtmişlerdir. Bazı hadis şârihleri, müslümanın ırzına yönelik yapılan saldırının, ribâyla kıyaslandırılarak anlatılmasındaki amacın, işin vebâlinin ve haramlık derecesinin büyüklüğünü hatırlatmak olduğunu zikretmişlerdir. Şârihler, “istitâle” kavramını, müslüman birini hakir görmek, onu küçümsemek, ona iftira atmak ve sövmek şeklinde açıklamışlardır. Bazı şârihler, kişinin ırzının, hem şer’ân, hem de aklen, onun malından daha muteber ve şerefli bir özellik olduğunu ifade etmişlerdir.<sup>41</sup> Hadis âlimlerinin çoğuna göre, müslümanın ırzına yapılan saldırı (istitâle/saldırganlık), onun şeref ve haysiyeti hakkında ileri geri konuşmak, onun gıybetini yapmak ve onu lekelemek anlamına gelmektedir.<sup>42</sup>

Bazı alimler, “istitâle” الاستِطَالَة kelimesinin, “sıçramak, saldırmak, atakta bulunmak, ve hamle yapmak” anlamına gelen, صيال kökünden geldiğini ifade etmişlerdir.<sup>43</sup> İbn Abbas ve Ferra, “bağy” البغي kelimesinin, “istitâle” الاستِطَالَة anlamına geldiğini rivayet etmişlerdir.<sup>44</sup> Müfessirlerin çoğunluğu da البغي “bağy”i الاستِطَالَة “bağy”i insanlara karşı haddi aşmak, insanlara saldırmak” şeklinde tefsir etmişlerdir.<sup>45</sup>

İslam âlimlerinin yaptığı açıklamalar ışığında, الاستِطَالَة فِي عَرَضِ الْمُسْلِمِ ifade-si, “kişilik haklarına yapılan her türlü saldırı” şeklinde yorumlanabilir. Bu saldırının dille, elle, basın yayın yoluyla, sinema sanatıyla, ya da başka iletişim vâsıtaları aracılığıyla yapılması arasında bir fark yoktur. Hepsi de “istitâle” الاستِطَالَة kavramı kapsamına girmektedir. Nitekim başka bir hadiste, وَأَشَدُّ الرِّبَا وَأَرْبَى الرِّبَا وَأَخْبَثُ “Ribânın (haddi aşmanın) en aşırısı ve en kötüsü, müslümanın şerefini ve saygınlığını çiğnemektir.”<sup>46</sup> şeklinde geçmektedir. Bu hadiste geçen انتَهَاك kelimesiyle, daha önceki hadiste geçen الاستِطَالَة kelimesi, yaklaşık aynı anlama gelmektedir. Her iki kelimedenden çıkan ortak anlam, “kişilik haklarına yapılan her türlü saldırı” şeklindedir. Nitekim usul âlimleri, “kişinin dokunulmazlığının ihlâli” için “انتهاك حرمة النفس” terkiibini kullanmışlardır.<sup>47</sup> Müslü-

40 Ebu Davud, “Edeb”, 35.

41 Münâvî, *et-Teysir bi-şerhi'l-Câmiî's-sagir*, Mektebetü'l-İmam eş-Şafii, Riyad, 1988, I, 347; Azimabadi, *Avnül-ma'bud şerhu Süneni Ebi Davud*, el-Mektebetü's-Selefiyye, Medine, 1969/1389, XIII, 222; Münâvî, *Fezû'l-kadir şerhi'l-câmiî's-sagir*, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1994, II, 674.

42 Azimabadi, a.g.e., XIII, 222.

43 Dimyâtî, *Hâşiyetu laneti't-talibin*, Mustafa el-Babi el-Halebi, Kahire, 1938/1356, IV, 170.

44 Ebu Hayyân, a.g.e., IV, 290; Firûzâbâdi, *Tenvirü'l-mikbas min tefsiri İbn Abbas*, Matbaa-i Âmiri, Kahire, 1873, s. 122.

45 Taberî, *Câmiü'l-beyân an te'vili âyi'l-Kur'an*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 2000/1420, thk: Mahmûd Muhammed Şakir, Ahmed Muhammed Şakir, XII, 403; Fahreddin er-Râzi, a.g.e., XX, 102.

46 Beyhakî, *Şuabü'l-iman*, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1990, thk: Ebû Hacer Muhammed Zaglul, V, 299.

47 Pezdevi, *Kenzü'l-vusûl ila marifeti'l-usûl*, Matbaa Cavid Baris, Karatşi, s. 121; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrar ala usulü'l-Pezdevi*, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1997, thk: Abdullah Mahmud Muhammed Ömer, III, 338; Teftâzânî, I, 250.

manın ırzının ve hürmetinin çiğnenmesi, dinimizce büyük günahlardan sayılan faizden, daha büyük bir günah sayıldığı için, bu noktada Hz. Peygamber (s.a.) bizleri uyarmaktadır. Hz. Peygamber'in (s.a.) bu uyarısı, müslümanın ve hatta her insanın kişiliğinin "dokunulmaz" olduğunu ve koruma altına alındığını göstermektedir.

Hz. Peygamber'in (s.a.), müslümanın kişisel saygınlığına bu denli değer atfetmesi, müslüman olan şahsın sahip olduğu ya da olması gerektiği bir takım özelliklerle doğrudan ilişkilidir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.) müslüman hakkında şöyle buyurmuştur: *الْمُسْلِمُ مَنْ سَلِمَ الْمُسْلِمُونَ مِنْ لِسَانِهِ وَيَدِهِ وَالْمُهَاجِرُ مَنْ هَجَرَ مَا نَهَى اللَّهُ عَنْهُ* "Gerçek müslüman, elinden dilinden müslümanların emniyet ve esenlikte olduğu (zarar görmedikleri) kimsedir. Hakiki muhacir de, Allah'ın yasak ettiği şeylerden uzaklaşıp onları terk edendir"<sup>48</sup> Dikkat edildiğinde bu hadiste iki önemli hususiyetin ortaya çıktığı görülecektir. Bunlardan birincisi, müslümanın başkalarının hak, hukuk ve kişisel saygınlığına dokunmayan özelliklere sahip bir kimse olduğu; ikincisi de müslümanın Allah'ın yasakladığı sınırlara dokunmayan, hatta dokunmaktan kaçan bir kimse olduğudur. Bu hadiste, bir taraftan müslümanın tanımını yapılırken, diğer taraftan da müslümanda zorunlu olarak bulunması gereken nitelikler zikredilmiştir.

Başka bir hadiste Hz. Peygamber (s.a.) şöyle buyurmaktadır: *كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ مَالُهُ وَعَرَضُهُ وَدَمُهُ حَسْبُ امْرِئٍ مِنَ الشَّرِّ أَنْ يَحْقِرَ أَخَاهُ الْمُسْلِمَ*. "Müslümanın müslümana malı, ırzı ve kanı haramdır. Kişiye şer olarak müslüman kardeşini küçük görmesi yeter."<sup>49</sup> Bu hadiste de müslümanın "ırzı"nın "dokunulmaz" olduğunu ve koruma altına alındığını görmekteyiz. Hadiste geçen *حَرَامٌ* "haram" kelimesi insana ait mahremiyet alanlarının, "dokunulmaz" olduğunu göstermektedir.

Bu bilgiler ışığında, kişisel saygınlıkla ilgili olarak, şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır: Müslüman bir insan, nasıl hem başkalarının şahsiyetlerine zarar veremiyor, hem de başkalarının kendi şahsiyetine zarar vermesinden emin olabiliyorsa, aynen öyle de, müslüman bir kimse kendi itibar, onur ve kişisel saygınlığına da zarar veremez. Aslında müslümanın temel vazifelerinden birisi, kendi onur ve şerefini, başta kendinden gelecek zararlardan korumak, daha sonra da, kendi kişisel saygınlığını, dışarıdan gelebilecek zararlardan korumaktır.

Hz. Peygamber'in (s.a.) müslümanın ırzının dokunulmaz olduğunu beyan etmesi, başta müslümanın kendisine sorumluluk getirmektedir. Nasıl ki bir insanın başkasını öldürmesi, hem Kurân-ı Kerim'de, hem de hadislerde yasaklanıp koruma altına alınmışsa, aynen öyle de kişinin kendisini öldürmesi, yani intihar etmesi yasaklanmıştır. Aynı mukayese ırz konusu için de geçerlidir. Bir müslüman, nasıl başka insanların kişisel saygınlığına zarar veremiyorsa, aynı şekilde kendi şahsiyetine de zarar veremez. Avret mahremiyeti ihlali yapan bir insan, kendi şahsiyetine zarar

48 Buhâri, "İman", 4; Buhâri, "Rikâk", 26; Müslim, "İman", 64; Tirmizi, "İman", 12; Ebu Davud, "Cihad", 2; Nesai, "İman ve Şerâihü", 9.

49 Müslim, "Birr ve Sıla", 32; Tirmizi, "Birr ve Sıla", 18; İbn Mâce, "Fiten", 2; Ebu Davud, "Edeb", 35.

vermektedir. Burada avret yerlerinin, avret-i galîza ve avret-i hafife şeklinde taksim edildiğini bir kez daha ifade etmekte fayda görmekteyiz. Avret-i hafifenin ihlalinin, insanın şahsiyet ve onuruna zarar verdiğini, avret-i galîzanın ise insanın şahsiyet ve onurunu yok ettiğini, söylemek yanlış olmasa gerek.

Bu kısımda ele aldığımız avret mahremiyeti konusuna, bu zaviyeden bakılabilir. Müslüman bir oyuncunun, kendi şahsiyetini ve itibarını zedeleyecek bir şekilde, avret mahremiyeti ihlâlî yaparak, kendi istek ve arzusuyla, kamera önünde, uygunsuz rollerde oynaması, kendisini teşhir etmesi, kusur kaynağı oluşturur. Böyle bir kusur kaynağının oluşmaması için, oyuncunun, kendi şahsiyet ve kişisel saygınlığını muhafaza edebilecek rollerde oynaması esas olmalıdır. Oyuncunun şahsiyet ve onurunun zedelenip zedelenmeyeceği konusunda şüphe varsa, bu durumda da o rolleri oynamak oyuncu açısından sorumluluk doğurur.

*Fitne unsuru öğelerden kaçınılmalıdır.* Fitne kelimesi lügat olarak, “gerçek altını hilelisinden ayırd etmek için ateşe tutmak” anlamına gelmektedir.<sup>50</sup> Daha sonra bu kelime, bütün sıkıntı, meşakkat ve imtihanlar için kullanılagelmiştir.<sup>51</sup> Müfessirlerin pek çoğu, fitne kelimesine “imtihan” anlamı vermişlerdir. İmtihan kelimesi lügat olarak, الاحْتِبَار “denemek, sınamak” ve التخلّص “safılaştırmak, arıtmak, rafine etmek” anlamına gelmektedir. Altının rafine edilmesi de imtihan gibidir. Saf maden altını ateş yakmaz; ateşe konduğunda saf altından bir eksilme olmaz; saf altın eritildiğinde ortaya tortu çıkmaz. İnsan da saf altının geçtiği süreçten geçmektedir. Zaten İslam âlimleri fitneyi, الفتنة ما يتبين به حال الإنسان من الخير والشر “insanın iyi veya kötü olduğunun açığa çıkmasına vesile olan şey” şeklinde tanımlamışlardır.<sup>52</sup>

Fitne kelimesinin Kur’an-ı Kerim’de, “şirk, sapkınlığa düşürmek, öldürmek, alıkoymak, yolunu şaşırmak, mazeret, hüküm, günah, hastalık, ibret, ceza, imtihan, azap, yakmak ve delirmek” gibi çok anlamlara geldiği görülmektedir.<sup>53</sup> Dolayısıyla fitne kelimesi, Türkçemizde kullanıldığı gibi sadece kaos, karmaşa ve karışıklık anlamına gelmemektedir. Fitne kelimesinin birçok anlamı içerdiğini göz önünde bulundurarak, Hz. Peygamber’in (s.a.) kadınların fitne olmasına yönelik söylemiş olduğu beyanlara ve beyanların değerlendirmesine geçebiliriz.

Hz. Peygamber (s.a.) bir hadisinde şöyle buyuruyor: مَا تَرَكْتُ بَعْدِي فِتْنَةً أَضَرَّ عَلَى الرَّجَالِ مِنَ النِّسَاءِ “Kendimden sonra insanlar içinde erkeklerle kadınlardan daha zararlı bir fitne bırakmadım.”<sup>54</sup> Bilindiği gibi fitnenin birçok çeşidi vardır. Bu hadiste fitne çeşitlerinin en zararlısının, kadının fitnesi olduğu vurgulanmaktadır. Takiyyüddin es-Sübki (ö.756/1355), hadisde, kadının olumsuz davranışları sonu-

50 Askerî, *el-Furukü'l-lugaviyye*, Mektebetü'l-Kudsi, Kahire, neşr. Hüsameddin Kudsi, 1353, s. 179.

51 Nisâbüri, *Garâibü'l-Kur'an ve regâibü'l-furkan*, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1996, thk: Şeyh Zekeriyya Amiran, I, 530; Ebû Hayyân, a.g.e., II, 74.

52 Cürçânî, *Kitâbu't-ta'rifât*, Mektebetü Lübnan, Beyrut, 1985, s. 212.

53 Suyûti, *el-İtkan fi ulumi'l-Kur'an*, Vizâretü'ş-şuûni'l-İslamiyyeti ve'l-evakâfi, el-Memleketü'l-Arabîyyetü's-Suudîyye, III, 981.

54 Buhârî, “Nikâh”, 18; Müslim, “Rikak”, 98; Tirmizi, “Edeb”, 31; İbn Mâce, “Fiten”, 19.

cu ortaya çıkan düşmanlık ve fitnenin tahsisine işaret etmiştir. Sübkî'ye göre, bazı insanların anladığı gibi uğursuzluk ve ortaya çıkan olumsuzluğun, sırf kadının kadınlık yönünden kaynaklandığı şeklindeki bir mana asla kabul edilemez. Sübkî'ye göre, hiçbir âlim, böyle bir mananın anlaşıldığını söylemez. Eğer söylüyorsa o kişi cahildir. Sübkî, kadının kadınlık yönüyle fitne olmadığını belirtmek için şu örneği vermektedir: Şari Teâlâ, yağmurun yağmasını rüzgâra hamletmeyi küfür olarak isimlendirmişken, öyleyse hiçbir müdahalesi olmadan kadına şer (kötülük) nisbet edenin durumu ne olur?<sup>55</sup>

Hz. Peygamber (s.a.) fitne kelimesini sadece kadınlar hakkında değil diğer birçok önemli uyarılarda da kullanmıştır. Bu uyarıların birinde, Hz. Peygamber (s.a.) şöyle buyurmaktadır: , إِنَّ لِكُلِّ أُمَّةٍ فِتْنَةٌ وَفِتْنَةُ أُمَّتِي الْمَالُ “Her ümmetin bir fitnesi vardır, benim ümmetimin fitnesi ise maldır.”<sup>56</sup> Bu hadiste yer alan “fitne” kelimesi de malın mutlak anlamda kötülüğüne değil malın insanı Allahtan uzaklaştıran ve insanı dünyaya bağlayan bir unsur olması yönüne dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla nasıl malın kendisi mutlak anlamda şer (kötü) değilse kadın da mutlak anlamda şer olamaz. Nitekim Kur’an-ı Kerim’de geçen لَبِغْضٍ فِتْنَةٌ “Böylece sizi birbirinizle imtihan ediyoruz”<sup>57</sup> ayeti bu durumu vuzuha kavuşturmaktadır. Hz. Peygamber’in kadın hakkında söylemiş olduğu, إِنَّ الدُّنْيَا كُلُّهَا مَتَاعٌ وَخَيْرُ مَتَاعِ الدُّنْيَا الْمَرْأَةُ الصَّالِحَةُ. “Dünya’nın tamamı istifade edilecek şeylerle doludur. Dünyada istifade edilecek en hayırlı şey de Saliha (iyi huylu) bir kadındır”<sup>58</sup> beyanı, dinimizde kadına verilen değer bir göstergesidir. Hz. Peygamber (s.a.)’in الجنة تحت أقدام الأمهات “Cennet annelerin ayakları altındadır”<sup>59</sup> hadisi de, kadına, özellikle de anelik özelliği taşıyan kadına verilen değer, açık kanıttır.

Hz. Peygamber (s.a.), kadınlarla ilgili olarak başka uyarılarda da bulunmuştur. O, bir hadisinde şöyle beyan etmektedir: إِنَّ الدُّنْيَا حُلْوَةٌ خَضِرَةٌ وَإِنَّ اللَّهَ مُسْتَخْلِفُكُمْ فِيهَا فَيَنْظُرُ كَيْفَ تَعْمَلُونَ فَاتَّقُوا الدُّنْيَا وَاتَّقُوا النِّسَاءَ فَإِنَّ أَوَّلَ فِتْنَةٍ بَيْنِي إِسْرَائِيلَ كَانَتْ فِي النِّسَاءِ “Dünya yemyeşil çekici ve tatlıdır, Allah sizi dünyaya kendi sistemini yürütmesini diye halife olarak göndermiştir ve ne yapacağınızı görmektedir. Dünyaya karşı kadınlara karşı dikkatli olun (bu iki şey sizi Allah’ın yolundan ayırabilir). Çünkü Benî İsrail’in ilk fitnesi kadınlarda idi.”<sup>60</sup>

Bu bilgiler ışığında, İslam dininin kadına çok önemli bir değer atfettiği, rahatlıkla söylenebilir. O halde Hz. Peygamber (s.a.)’in kadınla ilgili olarak fitne

55 İbn Hacer, a.g.e., IX, 138.

56 Tirmizi, “Zühd”, 26; Beyhakî, *Şuabü’l-ıman*, VII, 280; İbn Hibbân, *Sahih-i İbn Hibbân bi-tertibü İbn Balban*, Müessesetü’r-Risâle, Beyrut, 1993, thk. Şuayb el-Arnaut, VIII, 17; İbn Hanbel, *Müstedu el-İmam Ahmed b. Hanbel*, Müessesetü’r-Risâle, Beyrut, 1999/1420, thk: Şuayb el-Arnaut, Muhammed Naim Arakusi, İbrâhim Zeybek, XXIX, 15.

57 Furkan, 25/20.

58 Müslim, Radâ, 64; Nesai, Nikâh, 15; İbn Hanbel, a.g.e., XI, 127; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübra*, Vizaretü’l-Evkaf, Mısır, 1344, VII, 80; İbn Hibban, a.g.e., IX, 340.

59 Nesai, “Cihâd”, 6; Kudâi, I, 103; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübra*, IX, 26; Hâkim, II, 125; Tahâvî, *Şerhu Müşkili’l-âsâr*, Müessesetü’r-Risâle, Beyrut, 1994/1415, thk: Şuayb el-Arnaut, V, 376.

60 Müslim, “Rikak”, 99; Tirmizi, “Fiten”, 26; İbn Mâce, “Fiten”, 19; Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübra*, VII, 91.

hadisinin ne anlama geldiği üzerinde düşünmek gerekir. Hz. Peygamber'in bir taraftan iyi huylu kadının dünyanın en hayırlı metaı olarak görmesi ve Cennete gidişin annelik özelliği taşıyan kadının ayakları altına serildiğini beyan etmesi, diğer taraftan da, kadın hakkında uyarıcı nitelikte cümlelerle ümmetini uyarması, üzerinde düşünölmeye değer hususlardır.

Hz. Peygamber (s.a.)'in kadının fitne olmasıyla ilgili hadisinin gramer açısından yorum tahliline bakıldığında, bazı hususların öne çıktığı görölecektir. Hadiste geçen fitne kelimesi, فِتْنَةً şeklinde, nekra olarak gelmiştir. Dolayısıyla kadının fitne olması, kadına ait belirgin bir özellikten değil kadına ait herhangi bir özellikten ya da birçok özellikten kaynaklandığı söylenebilir. Hadisin son kısmında yer alan, مِنْ النِّسَاءِ terkiibindeki مِنْ "teb'iz" içindir. Dolayısıyla bu hadiste fitne olma özelliği, bütün kadınları değil bazı kadınları ifade eder.

Hz. Peygamber'in (s.a.), kadınlarla ilgili olarak söylediği uyarıcı nitelikteki beyanların psikolojik tahlillerini ortaya koymak, âhir zamanda yaşayan kadının durumuna ve çeşitli sanat dallarındaki kadının güncel konumuna da ışık tutacaktır.

Burada, Hz. Peygamber (s.a.)'in kadınlarla ilgili uyarılarını, neden erkeklere yönelik yaptığı üzerinde de düşünmek gerekir. Dikkatle incelendiğinde, Hz. Peygamber (s.a.)'in insan fitratını çok iyi tahlil edip keşfettiğini ve insan fitratının zayıf noktalarını çok iyi gördüğünü söyleyebiliriz. Kuran-ı Kerim'de yer alan birçok ayette insan fitratının zayıf noktalarına ışık tutulmakta, özellikle Nisa sûresinde geçen, *يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا*, "Allah sizin yükünüzü hafifletmek ister, çünkü insan hilkatçe zayıf yaratılmıştır",<sup>61</sup> ayetinde erkeğin zafiyetlerden birinin de kadın cinsine yönelik olduğu vurgulanmaktadır. Bazı müfessirler, bu ayette geçen yaratılış zafiyetinin, birçok konudaki zaaflarla birlikte, özellikle "kadına yönelik bir zafiyet" olduğunu söylemişlerdir. İbn Aşur (ö.1394/1973), bu ayetteki ضَعِيفًا "za-afıa" ilgili olarak Tavus b. Keysan'ın (ö.106/725), "insan kadın konularında zayıf olduğu kadar başka konuda zayıf olmamıştır" sözünü bize nakletmektedir.<sup>62</sup> İbn Aşur, insanın aslının topraktan yaratıldığını, toprağın ise zayıf bir unsur olduğunu, topraktan gelen bütün fertlerde bu zayıflık özelliğinin bulunduğunu söylemiştir.<sup>63</sup> Bazı müfessirler de, buradaki "zafiyeti", "insanın şehvetlere ve itaat konusundaki sıkıntılara sabredemeyen" bir fitrat özelliği taşımasıyla açıklamışlardır.<sup>64</sup> Birçok müfessir, bu ayetin yorumuyla ilgili olarak, Said b. Müseyyeb'in, "Şeytan kadın kozunu (sonuna kadar) oynamadan, insanoğlundan asla ümidini kesmez", şeklindeki meşhur sözünü aktarmışlardır.<sup>65</sup>

61 Nisa, 4/28.

62 İbn Aşur, a.g.e., IV, 99; Ayrıca bk. Ebü Hayyân, a.g.e., III, 237.

63 İbn Aşur, a.g.e., XXVII, 127.

64 Zemahşeri, *el-Keşşaf an hakaikü gavamizi't-tenzil ve uyuni'l-ekavil fi vücuhü'l-te'vil*, Mektebetü'l-Ubeykan, Riyad, 1998/1418, thk: Adil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muavviz, II, 61.

65 Beyhakî, *Şuabü'l-ıman*, IV, 373; Ebü Hayyân, a.g.e., III, 237.

Erkeğin kadına karşı fizik gücü üstünlüğü, tartışma götürmez bir gerçektir. Zikredilen bu ayette, erkeğin fizik ve beden gücünün zayıflığına değil erkeğin kadına karşı hissettiği şehvetin ve arzunun, kimi zamanlarda kontrol altına alınması noktasındaki zayıflığına işaret edildiği söylenebilir. İnsanı zayıf ya da güçlü kılan temel etkenin, kişinin fizyolojik yapısından ziyade psikolojik yapısı olduğu söylenmiştir. İnsanın fizyolojik ve psikolojik yapısı arasındaki güçlü bağdan dolayı, bazı âlimler insanın fizyolojik yapısındaki isteklere ve ihtiyaçlara, bazı âlimler ise insanın psikolojik yapısındaki isteklere ve ihtiyaçlara vurguda bulunmuşlardır.<sup>66</sup> Cinsel isteklerin belirli yaştan sonra fizyolojik gelişimle birlikte ortaya çıkması, isteklerin ve zafiyetlerin bedene bağlı önemli bir yönünün olduğunu göstermektedir.

İnsanın psikolojik yapısında, kadına karşı sevgi, ilgi, alaka, istek, arzu, meyil, şehvet, düşkünlük, tutku gibi duyguların yerleştirildiği, Kur'an-ı Kerim'de ifade edilmektedir. Âli İmran suresinde Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *“Kadınlar, oğullar, yığın yığın biriktirilmiş altın ve gümüş, güzel cins atlar, davarlar ve ekinler gibi nefsin hoşuna giden şeyler insanlara cazip gelmektedir. Bunlar dünya hayatının geçici bir metaından ibarettir. Asıl varılacak güzel yer ise Allah'ın katındadır.”*<sup>67</sup> Bu ayette, özet olarak, bir taraftan insandaki dünyevî isteklerin fitriliğine, diğer taraftan da Yüce Allah katında bu isteklerin değersizliğine ve bu isteklere karşı rağbeti kırmaya dikkat çekilmiştir. Ayette yer alan unsurlara karşı insanın istek duyması, imtihan sırrının bir gereğidir. Zira insan, zikredilen bu unsurlara karşı istek duymasaydı, onun bu dünyada yaşaması zorlaşır. İnsanda şehvet arzusu olmasaydı, insanoğlu çoğalamazdı, çoluk çocuğunu ihmal ederdi, geçimini temin edemezdi, çiftçilik yapamazdı. Bunları yapabilmek için mutlaka nefsanî arzular ve fitrî istekler gereklidir. Yüce Allah, eşyaya karşı bu isteklerin insana birer nimet olarak verildiğini hatırlatmaktadır.

Dinimiz, kadına karşı erkeğin fitratına yerleştirilen temayülün ve şehvet duygusunun, meşru dairede kullanılmasını mubah görmüş, meşru daire dışında bu duygunun kullanılmasını yasaklamıştır. Dinimiz, kendisine şehvet duyulan dünya metaından istifade etmeyi, ahiret menfaatini kazanmak için bir fırsat olarak görür.<sup>68</sup> Kelam âlimleri ayette geçen حُبُّ الشَّهَوَاتِ izâfet terkindeki “şehvet” kelimesiyle, “sevgi” kelimesi arasındaki farka işaret ederek, “şehvetin” Allah'ın fiillerinden, “muhabbetin” ise kulun fiillerinden olduğunu ifade etmişlerdir. Hükemâ da, “insan (müslüman olmayan), müslümanın sevdiği gibi sevmemeyi sever, çünkü müslüman fitrat olarak haramlara karşı meyledebilir, ancak o, haramları sevmemeyi sever”, demişlerdir.<sup>69</sup>

Ayette, hitabın sadece erkeklere değil de insan cinsine yönelik olması, kadın-erkek her ikisine de nasihat ve uyarı niteliğindedir. Yüce Allah bu ayette, dünya

66 Fahreddin er-Râzî, a.g.e., X, 70.

67 Ali İmran, 3/14.

68 Fahreddin er-Râzî, a.g.e., VII, 210.

69 Fahreddin er-Râzî, a.g.e., VII, 211.



metanın, insan hayatında önemli yer eden öge ve unsurların bir kısmını zikretmiş, ilk sıraya da “kadını” koymuştur. Kadının ilk sırada zikredilmesi, birçok müfessirin dikkatini çekmiştir. Müfessirler, kadının önce zikredilmesini, kendileriyle en fazla haz duyulan ve daha güçlü bağ tesis edilen dünya nimetinin kadınlar olmasına bağlamaktadırlar.<sup>70</sup> Zira zikredilen metalar içerisinde insan özelliği taşıyan iki dünya nimeti vardır. Bunlar, kadınlar ve çocuklardır. Diğer zikredilen metaların bir kısmı diğer canlı varlıklar, bir kısmı da cansız eşyalardır. Kadın ise canlı olmasının yanında akıl sahibi bir varlıktır. Dolayısıyla kadının kendisi, bizzat cazibe kaynağıdır. Kadının, kendisini daha cazibeli göstermek için, dışarıdan bir müdahaleye ihtiyacı yoktur. Kadın etken yapıya sahip olmasına rağmen, diğer dünya metaları, edilgen yapıya sahiptir. Kadının etken yapıya sahip olması, onu diğer tüm dünya metalarından ayırmakta ve öncelikli konuma getirmektedir. İnsanoğlu, âyette sayılan dünya metalarının tamamına, bir şekilde, arzu ve şehvet duyar. Ancak bu iştihanın başını, kadın çekmektedir.

Hız. Peygamber (s.a.), insanın, kadınlara karşı arzulu olma eğiliminin, zaman içerisinde Şeytan ve Şeytan'ın yandaşları tarafından kullanılacağını ve bu yolla, birçok kişinin hakikate giden yolda, yolundan döndürülüp kandırılacağını bize haber vermektedir. Kur'an-ı Kerimde birçok ayette, Şeytan'ın, “insanın apaçık bir düşmanı olduğu”<sup>71</sup> vurgusu sürekli hatırlatılmaktadır. İnsanlığa düşman olan Şeytan, insanı yoldan çıkarmak ve insanlığa savaş açmak için yemin etmiştir. Şeytan'ın bu savaşı kazanabilmesi için silaha ve teçhizata ihtiyacı vardır. Bu silah ve teçhizatın her birinin tesir gücü farklıdır. Şeytan'ın asırlar boyu kullandığı en yeni, en teknolojik ve en tesirli silah gücü hiç şüphesiz kadındır. Zira, hem Kur'an-ı Kerim'de, hem de hadislerde bu duruma çokça işaret edilmiştir. Bazı alimler, “Şeytandan daha çok, kadınlardan korkarım” diyerek, Kur'an-ı Kerim'deki, “Şeytanın hilesi, cidden zayıftır.”<sup>72</sup>, “(Kocası, Yusuf'un gömleğinin) arkadan yırtılmış olduğunu görünce, (kadına): “Şüphesiz, dedi; bu, sizin tuzağımızdır. Sizin tuzağımız gerçekten büyüktür.”<sup>73</sup>, (Yusuf) “Ya Rabbi! dedi, zindan, bu kadınların beni dâvet ettikleri o işten daha iyidir. Eğer sen onların fendini benden uzaklaştırmazsan, onlara meyledip cahilce davrananlardan olabilirim.” ayetlerini, bu duruma delil göstermişlerdir. Ancak Nisâbûrî, alimlerin gösterdikleri bu deliller hakkında farklı düşünmekte ve şöyle demektedir: “Hiç şüphe yok ki Kur'an Allah kelimidir. “Sizin tuzağımız gerçekten büyüktür” ifadesi, şahidin (olayı öğrenen koca) sözünün hikâye edilmesidir. Dolayısıyla, âlimlerin iddia ettikleri bu düşünce, (şeytanın hilesinin zayıf, kadınların hilesinin ise güçlü olduğu düşüncesi) hikâye edilen bu ibâre ile sabit olmaz. “Şeytanın hilesinin zayıf olması” ibâresi, Yüce Allah'ın dileğinin gerçekleşmesine nispetlidir. Kadınların tuzağının büyük olması ise erkeklerin tuzağına nispetlidir. Çünkü kadınlar, kendilerini erkeklere sundukları zaman,

70 Fahreddin er-Râzî, a.g.e., VII, 212.

71 Bakara, 2/168; Bakara, 2/208; Enam, 6/142; Yusuf, 12/5; İsrâ, 17/53; Kasas, 28/15; Fâtır, 35/6; Yasin, 36/60; Zuhruf, 43/62.

72 Nisa, 4/76.

73 Yusuf, 12/28.

erkeklerin akıllarını baştan çıkararak onlara galip gelirler.”<sup>74</sup> Kadınların kendilerini erkeklere sunmasının erkekler açısından zor bir durum meydana getirmesinden olacak ki, Hz. Peygamber (s.a.) bir hadisinde, hiçbir gölgenin olmadığı kıyamet gününde, Allah’ın gölgesi altında gölgelenecek sınıftan birisinin *makam ve güzellik sahibi bir kadının talep ağında (nefsine başkaldırıp) “ben Allah’tan korkarım” diyen adam*<sup>75</sup> olduğunu hatırlatmıştır.

Sonuç olarak, “kadının fitne” olması hadisiyle ilgili, yukarıda zikredilen malumata ek niteliğinde, şunlar söylenebilir: Kadın, insan olma itibarıyla en az erkekler kadar değerlidir. Zira kadın erkeğin diğer yarısıdır. Kadın, aynı zamanda insanın gerçek şahsiyet ve kimliğini ortaya çıkarmaya vesile olması ve insanın Allah’la münasebetinin gelişiminde önemli bir etkiye sahip bulunması açısından, üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir varlıktır. Bu sebeptendir ki kadın, hem Kur’an-ı Kerim’de, hem de Hz. Peygamber’in (s.a.) sünnetinde önemli bir yer edinmiştir. İnsan hayatında önemli bir yere sahip olan kadın, kimi zaman bir eş, kimi zaman bir anne, kimi zaman bir kız çocuğu, kimi zaman da bunların dışında yabancı biri olabilmektedir. Hz. Peygamber’in (s.a.) hadisinde, her saffhadaki kadın murat edilmiş olabilir. Günümüze bakan tarafıyla, kadın birçok açıdan erkek için “imtihan” vesilesi olmaktadır. Konumuz avret mahremiyeti olduğu için kadının birçok açıdan fitne olması yanında, cinsel yönden fitne olması hakikati üzerinde ayrıca durmak gerekir.

*Cinsel uyarılardan kaçınmak esas olmalıdır.* Sinemanın ve sanal âlemdeki görüntülerin fikhî açıdan en problematik yönlerinden biri de, ekrana yansıyan kadın görüntüsünün, avret mahremiyeti açısından, birçok cinsel uyarılar içeriyor olmasıdır. Avret mahremiyeti ihlali durumunda ortaya çıkan cinsel uyarılar, hem filmi yapanlar açısından, hem de izleyici açısından fikhî yönüyle problem teşkil etmektedir. İslam âlimlerine göre, dinî açıdan bakılması yasak olan bir uzva bakmak, cinsel uyarı olmasa da, günah kabul edilmektedir. İnsan vücudunda, özellikle kadının fiziksel yapısında, bazı uzuvlar doğrudan, bazı uzuvlar ise dolaylı olarak cinsel uyarandır. İslam âlimleri, cinsel duyguları harekete geçirecek bu uyarıları, avret-i galîza ve avret-i hafîfe şeklinde iki kısma ayırmışlardır.

İnsanın, avret-i galîza ve avret-i hafîfe olan yerlerini örtmesi, birçok hikmeti beraberinde getirdiği gibi onun avret-i galîza ve avret-i hafîfe olan yerlere bakmaması da birçok faydayı beraberinde getirmektedir. Bunların en başında, kişinin nefsinin ve nefsanî duygularını kontrol altına alması gelmektedir. Zira nefis ve hevâ, insanı sürekli cismânî arzu ve lezzetlere sürüklemeye eğilimindedir. Yüce Allah, insanın hem fizyolojik, hem de psikolojik yapısında, cismânî ve rûhî lezzetler yerleştirmiştir. Dinimiz, insan fitratında mündemiç olan bu lezzetlerin kullanılmasını yasaklamamış, bu lezzetlerin ne şekilde kullanılacağıyla ilgili gerekli

74 Nisâbü’rî, a.g.e., IV, 81.

75 Buhârî, “Ezan”, 36; Buhârî, “Rikâk”, 24; Buhârî, “Hudûd”, 19; Buhârî, “Zekat”, 16; Müslim, “Zekat”, 91; Tirmizî, “Zühd”, 53; Nesai, “Âdâbu’l-Kudât”, 2.

prensip ve şer'î kaideler koymuştur. Bu şer'î kaideler, insanın, fizyolojik ve psikolojik açıdan daha sağlıklı gelişimine katkı sağlayan özellikler taşımaktadır.

Müslüman sanatçının eseri olan bir filmin, insan nefsine ve cinsel arzularına hitap eden öğelerden arındırılmış olması, ilke olarak kabul edilmelidir. Toplumsal hayatta sürekli görülen cinsel uyaranların varlığı, sinema dünyasındaki cinsel uyaranların varlığına delil teşkil etmesi bir dayanak ve gerekçe olamaz. Zaten İslam dininin geliş amacı, toplumu düzeltme ve toplum fertleriyle Allah (c.c) arasındaki engelleri ortadan kaldırmaktır.

### 3. Avret Mahremiyeti ve Cinsellik

Avret mahremiyetiyle cinsellik arasında sıkı bir bağ olduğu için, ekrana ya da perdeye yansıyan ve cinsel öge içeren görüntülerin, fıkhî açıdan tahlil edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bilindiği gibi iletişim öğeleri dikkate alındığında, alıcı (mesajı alan kişi) açısından gerçek yaşamdaki görüntülerle, bir filmin perdeye ya da ekrana yansımalarıyla oluşan görüntüler arasında bazı önemli farklar vardır. Bunların başında, gerçek hayattaki iletişimin karşılıklı olması, perdedeki iletişimin ise tek taraflı olması gelmektedir. Filmi izleyen kişi, filmdeki bütün öğelerden etkilenebilir; ancak filmdeki hiçbir ögeyi etkileyemez. İzleyici açısından göz, mesaj veren değil mesaj alan kaynaktır. Gerçek hayatta göz göze gelen bütün canlılar için göz, mesaj kaynağı olmaktadır. Filmde ise bu durumun aksi vardır. Seyirci açısından filmdeki kişiler, ölü hükmündedir. Filmin bu özelliğinden olacak ki, bazı âlimler sinema için, “müteharrîk emvât” (hareketli ölümler) tabirini kullanmışlardır.<sup>76</sup> Şeffaf ve parlak şeylere yansıyan canlı varlıkların görüntüsü, suya veya aynaya yansıyan canlı varlıkların görüntüsü için de, müteharrîk emvât tabiri kullanılabilir. Hareketli ölümler tabiri “mecâzî vücudu” ifade etmek için kullanılmış olabilir. Zira filmde rol alan insanların “hakîkî vücutları” başka yerdedir. Hakîkî vücudun, mecâzî vücuda, hiçbir şekilde müdahil olması söz konusu değildir.

Sinemadaki görüntüyle, şeffaf şeylere, suya ve aynaya yansıyan görüntü arasında da, birçok açıdan farklar vardır. Bu farkların en belirgin olanı, sinemadaki görüntünün kaydedilen görüntü olması, diğerlerindeki görüntünün ise yansıyan görüntü olmasıdır. Diğerlerinin asılları yok olduğunda, yansıyan görüntü de yok olmaktadır. Bu bakımdan, bu görüntülerle asılları arasında “ayniyet” ilişkisi vardır. Bu tür görüntülerin yansiyabilmesi için, mutlaka asıl görüntünün, o esnada hazır bulunması gerekir. Bir perde oyunu olan Karagöz oyununda da perde ve perdenin gerisindekiler arasında, “ayniyet ilişkisi” söz konusudur. Sinemada da yansıma yönü vardır, ancak sinemada görüntülerin gösterilmesi için böyle bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla kamera tarafından çekilen görüntülerle asılları arasında “gayriyet” ilişkisi vardır. Sadece canlı yayınlarda “ayniyet” ilişkisi söz konusudur. Bu zaviyeden bakıldığında, gerçek görüntüyle, kaydedilen ya da yansıyan görüntü

76 Said Nursî, *Sözler*, Şahdamar Yayınları, İstanbul, 2007, s. 804.

arasında fizik kuralları açısından birçok farkın olduğu muhakkaktır. Bu farkların olması, gerçek hayatta bakılması ve dinlenmesi sakıncalı olan görüntü ve sesin, ekrana ve perdeye yansması durumunda, fikhî açıdan farklı sonuçlar doğuracağı söylenebilir. Bu sonuçların sağlıklı değerlendirilebilmesi için, görme sisteminin yapısı hakkında, temel malumatı bilmek gerekir.

## B. GÖRÜNTÜ, GERÇEKLİK VE CİNSELLİK

Görme sistemi, gözlerden, beynin çeşitli bölümlerinden ve bu bölümleri birbirine bağlayan kanallardan oluşmaktadır. Göz, imgeleri oluşturan ve imgeleri elektriksel itkilere dönüştüren iki sistemi içermektedir. Tıpkı bir kamera gibi çalışan imge sisteminin işlevi, nesnelere yansıyan ışığı odaklamak ve bu sayede nesnenin imgesini, göz küresinin arkasında ince bir tabaka olan retina üzerinde şekillendirmektir. Gözün ön şeffaf yüzeyi olan korneaya ışık girer ve ışınlar buradan içeriye geçtiğinde imge oluşmaya başlar. Görmenin fiziksel uyararı ışık, bir enerji çeşidi ve elektromanyetik yayılma şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>77</sup> Görüldüğü gibi görme sisteminde, görme duyusunu ve algısını sağlayan fiziksel uyararı, ışıktır. Görme, ışık sayesinde gerçekleşir. Kur'ân-ı Kerim'deki birçok ayette, görmenin fiziksel uyararının ışık olduğu anlatılmıştır.<sup>78</sup> Yüce Allah, gece görüşü için yıldızları yarattığını<sup>79</sup>, güneş ve ayın farklı ışık tayfları özelliğini taşıdığını beyan etmiştir.<sup>80</sup> Bütün bunlar, gerçek görüntüyle kamera tarafından kaydedilen ya da çeşitli eşyalara yansıyan görüntü hakkında bize fikir vermektedir. Burada önemli olan nokta, görüntünün zihne bilgi akıtıp akıtmamasıdır. Işık zihne bilgi akmasına yol açan fiziksel bir uyararı olduğu için, ışığın bulunduğu bütün görüntülerin zihne bilgi aktardığı söylenebilir. Dolayısıyla, kamerayla çekilen her görüntü, bir şekilde zihne bilgi ulaştırmaktadır. Eğer bu bilgiler, dinin yasak olarak kabul gördüğü bilgilerse bu durumda, görüntünün gerçek olup olmadığına değil görüntünün ışık vasıtasıyla zihne bilgi aktarıp aktarmadığına bakmak daha tutarlı gelmektedir. Sonuç olarak, nasıl gerçek hayatta dinin meşru görmediği cinsel uyararıya bakmak haramsa, aynı şekilde, kamerayla çekilip kaydedilen ve cinsel uyararı özelliği taşıyan görüntüye, televizyon, bilgisayar ve benzeri ekrana bakmak da haram hükmüne tabidir.

Görmenin fiziksel uyararı olan ışığın, fıkıh bilginleri tarafından da dikkate alındığını, hatta hükme tesir ettiği gösteren yorumlar fıkıh kitaplarında mevcuttur. Bazı fıkıh âlimlerine göre, suyun içindeki kadının üreme organına, suyun dışından bakmakla hürmet-i müsâhere meydana gelirken suyun dışında duran bir kadının cinsel organına, suyun içinden bakmakla hürmet-i müsâhere meydana gelmez. Ayrıca aynadan, kadın üreme organına bakmakla da hürmet-i müsâherenin meydana gelmeyeceği ifade edilmiştir. İslam âlimlerinin yapmış oldukları bu

77 Ernest R. Hilgard, *Psikolojiye Giriş*, E yayınları, İstanbul, 1979, s. 125.

78 Bakara, 2/17; Enam, 6/97; İsrâ, 17/12; Nur, 24/40.

79 Enam, 6/97.

80 Yunus, 10/5.

ayrımın, görme psikolojisi ve görme netliğiyle yakından ilişkili olduğu söylenebilir. Görebildiğimiz kadarıyla konuyla ilgili olarak ilk defa, Neseffî'nin *Kenzü'd-Dekâik* isimli eserine şerh yazan Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik fi şerhi Kenzid-Dekâik* isimli eserinde, günümüzde, teknolojik gelişmelerle ortaya çıkan görüntülerin fikhî mahiyetine ışık tutacak malumat vermektedir. Zeylaî, kadının üreme organına cam, su ve aynadan bakmakla ilgili olarak, şöyle bir yorum getirmekte ve ayna ile sudan bakmakla bizzat camdan kadına bakmak arasında bir ayrım yapmaktadır: "Aynadaki kişi, o kişinin kendisi değil timsalidir. Aynada ve sudakinin (görüntünün) aksine, camın arkasından bakmanın hürmeti doğurması, görmenin camdan içeriye nüfûz etmesi sebebiyledir. Görmenin camdan içeriye nüfûz etmesi, görünen şeyin (görüntü) kendisini görmeyi mümkün kılmaktadır. Hâlbuki ışınların yansımaları sayesinde, aynada ve sudan görmenin gerçekleşmesi zorlaşır. Yansıma olmasaydı, göz, görüntünün kendisini görecekti. Oysa aynadaki görüntüyle, suyun dışındaki (suyun içine göre suyun dışındaki) görüntü, sudaki (suyun dışına göre suyun içindeki) görüntü gibi görüntünün kendisi değil görüntünün benzerinin zihinde bıraktığı izlenimdir. Çünkü (suya bakan) göz, su saf ve berrak olduğunda, sudan içeriye nüfuz ederek geçer ve sudaki şeyin kendisini, bizzat olduğu gibi görmese bile, görür."<sup>81</sup>

Zeylaî'nin bu yorumu, daha sonraki Hanefî âlimlerinin temel fıkıh kitaplarında zikredilmiştir.<sup>82</sup> Zeylaî'nin ve diğer İslam âlimlerinin cam, ayna ve sudaki görüntülerle ilgili olarak yapmış oldukları yorumların temelinde, iki hususun ön plana çıktığı söylenebilir. Bunlardan birisi "görüntü netliği", diğeri ise "yansıma"dır. Bir kadının üreme organına bakmakla hürmet-i müsâherenin gerçekleşebilmesi için görüntü netliği esastır. Suyun içinden dışarıdaki kadının üreme organına bakmakla hürmet-i müsâherenin gerçekleşmemesi, görüntü netliğinin kaybolmasındandır. Suyun içerisinde göz, su gibi yoğun bir maddeyle temas ettiğinden, suyun gözdeki ışınları emmesi daha çok olur. Ayrıca suyun içinde, görmenin fiziksel uyararı ışığın, dışarıya göre azaldığı söylenebilir. Işığın kaynağı dışarıda olduğu için suyun içerisinde ışık emilir ve suyun derinliğine göre de ışık hızı ve oranı gittikçe azalır. Hem yoğun su kütlelerinin doğrudan gözle temas etmesi, hem de ışığın azalması, görme netliğini bozmakta ve beyindeki görme merkezinin, görüntüyü algılamasını belirli oranda engellemektedir. Yansımada ise durum, sudan görmeden farklıdır. Sudan görmede, nesnenin bizzat kendisi görülür. Aynada ise nesnenin kendisi değil nesnenin ışık vasıtasıyla yansımaları görülür. Aynadaki yansımanın netliği, aynanın hammaddesiyle yakından ilgilidir. Her ayna, yansıtma özelliğine sahiptir; ancak her aynanın yansıtma netliği aynı değildir. Fıkıh bilginlerinin aynadaki görüntüyü, gerçek görüntünün kendisi değil de gerçek görüntünün misali, gerçek görüntünün zihinde bıraktığı izlenimi, gerçek görüntünün yansımaları şeklinde yorumlamaları, hürmet-i müsâhere konusunda geçmektedir. Bilindiği gibi hürmet-i müsâhere,

81 Zeylaî, a.g.e., II, 107.

82 Ayrıntılı bilgi için bk: İbnü'l-Hümmam, *Şerhu fethü'l-kadir*, III, 215; İbn Abin, *Reddü'l-muhtar ale'd-Dürri'l-muhtar*, IV, 110.

başta Hanefiler olmak üzere Maliki'ler ve Hanbeli'lerin kabul ettiği, önemli bir konudur. Sıhriyet bağının tesisiyle, bağ kurulan kişinin usul ve fûruuyla, sürekli evlenme yasağı meydana gelir. Böyle önemli bir konuda, bakmakla hürmet-i müsâherenin doğduğunu kabul edenler, sadece Hanefi'lerdir. Hanefi'lerin de böyle önemli bir konuda yansıma ve görme netliğinin gerçekleşmediği durumlarda, konuya ihtiyatla yaklaşmaları, anlaşılır bir durumdur.

Öte yandan, İslam âlimlerinin aynada ve sudaki görüntüler hakkında yapmış oldukları yorumlardan hareketle, günümüzde kamera kayıtları ve görsel basındaki müstehcen görüntülerin, gerçek görüntüler gibi haram olmadığını söyleyen âlimler de olmuştur.<sup>83</sup> Verilen fetvada, müstehcenliğin zararlarından bahsedilerek şu kayıt düşülmüştür: “Bununla beraber, gazete ve dergilerdeki müstehcen resimler ile televizyondaki açık görüntüler gerçek değil resim ve hayal olduğu için onlara bakmak hakiki kadının vücuduna bakmak gibi haram sayılmaz.”<sup>84</sup> Bu yönde bir fetva verilmesine mesned teşkil eden görüş ise Şâfiî'lerden İbn Hacer Heytemî (ö.974/1567) ile Şîrvânî'nin (ö.1300/1882), “aynada veya suda görünen kadın görüntüsüne bakmak haram değildir. Ancak fitneye vesile olduğu takdirde haram olur.” görüşüdür.<sup>85</sup> Bu görüşe ek olarak Şâfiî'lerin diğer temel klasik fıkıh kitaplarından çeşitli ibareler geçmektedir. Bu ibarelerin birinde, Kalyûbî'ye (ö.1069/1659) ait şu ifade geçmektedir: “Haram olan bakma (nazar), camın arkasından ince ve seyrek dikilmiş elbiseden ve duru sudan meydana gelen bakmayı da kapsar. Ancak sudaki ve aynadaki görüntüye, şehvetle de olsa bakmak haram değildir.”<sup>86</sup> Hem Kalyûbî'nin, hem de İbn Hacer Heytemî'nin bu şekilde bir hükme varmalarının temelinde, görmenin örfte kullanılan anlamıyla yakından ilişkili olduğu söylenebilir. Zira o dönemdeki örfte görme deyince, mutlak anlamda, bir şahsın bedeninin, yansıma olmadan görülmesi anlaşılır. Örneğin bir kimse, talakın gerçekleşmesini başka bir kimseyi görmeye ta'lik ettiğinde, daha sonra ta'lik ettiği kimseyi aynada ya da gölgesini suda görmesi halinde, talâk gerçekleşmez. Çünkü görülen kişinin kendisi değil benzeri ya da yansıması görülmüş olur.<sup>87</sup> Şâfiî'ler her ne kadar aynada görmekle, örfte kastedilen görmenin gerçekleşmeyeceğini ifade etseler de aynadan yüzü görmeyi, talak, yemin ve benzeri durumlarda geçerli saymışlardır.<sup>88</sup> Diğer taraftan bakma ve görmeyle ilgili olarak Şâfiî'lerde temel bir yaklaşımın olduğunu da görmekteyiz. Bu ilkeye göre, “kişinin eşi ve cariyesi dışında, ister mahrem olsun isterse mahrem olmasın, şehvetle herhangi bir görüntüye bakmak, kesinlikle haramdır.”<sup>89</sup> Bazı Şâfiî fakıhası, şehvetle “cansız varlıklara” bakmanın bile haram olduğunu ifade etmişlerdir.<sup>90</sup>

83 Halil Güneç, *Günümüz Mesalelerine Fetvalar*, İlim Yayınları, İstanbul, 1989, II, 160.

84 Güneç, a.g.e., II, 160.

85 Güneç, a.g.e., II, 160.

86 Kalyûbî, *Hâşîye ala şerhi'l-minhaci't-talibin*, Mustafa el-Babi el-Halebi, Kahire, 1375/1956, III, 208.

87 Mâverdi, *el-Hâvi fi fikhî-Şâfiî*, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1994/1414, X, 213; Nevevî, *el-Mecmû' şerhi'l-Mühezzeb*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, XVII, 222; Remlî, *Nihayetü'l-muhtac ila şerhi'l-minhac*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1404/1984, VII, 51.

88 Kalyûbî, a.g.e., III, 364.

89 Cemal, *Hâşîyetü'l-Cemel ala şerhi'l-menhec*, Matbaatu Mustafa Muhammed, Kahire, IV, 122.

90 Cemal, a.g.e., IV, 122.

## DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Mahremiyet, Şâri'in insanın özel hayatı ile ilgili hususlarda, başkaları ile kuracağı ilişkiler hakkında taraflara yüklediği hak ve sorumluluklar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Mahremiyet hakkı, bilinmemeye, ulaşılmamaya ve dokunulmamaya dayalı özel haklar olarak da bilinmektedir. Bu haklar hem özel yaşama, hem de ilâhî irâdeye saygıyı gerektiren haklar cinsindedir. Mahremiyet hakkı, bireylerin özel hayatlarına saygı gösterilmesi, kişilik haklarının, onurlarının ve kişiliklerinin korunması açısından önem arz etmektedir.

İslâm hukukunda mahremiyetin kaynağı, kanun koyucu ilâhî irâdedir. İnsan ise hak ve sorumlulukları yüklenecek olan kişidir. Bu durumda insan, hukukun konusu ve nesnesi konumunda kalmaktadır. Özne ise Şâri Teâlâdır.

İslâm dinine göre beden, Yüce Allah'ın rızası istikametinde kullanılmak üzere insana verilen bir emanettir. Dolayısıyla insan, kendi bedeni üzerinde sınırsız tasarruf yetkisine sahip değildir. İnsan kendisine bahşedilen bu "mükerrer emâneti", ölünceye kadar koruyup kollamak ve gözetmek zorundadır.

Kur'an-ı Kerim'de yer alan âyetlerde insan bedenine ait organların birçoğunun, hesap gününde kişinin aleyhinde şahitlik yapacağı beyan edilmiştir. Dünya hayatında kişinin yaptıklarıyla ilgili olarak bilgi verip, kişinin aleyhine şahitlik yapacak olan organlar, göz, kulak, deri, dil, el ve ayak şeklinde zikredilmektedir.

Sinema, tiyatro ve benzeri sanatlarda ve sanal âlemde kurulan iletişimde, "avret mahremiyetinin fitrîliği, edep ve hayâ hissi ile iffet duygusunun korunması, kişisel saygınlığın muhafaza edilmesi ve fitne unsuru öğelerden kaçınılması" gibi prensiplerin öne çıktığı görülmektedir.

Işık zihne bilgi akmasına yol açan fiziksel bir uyarıcı olduğu için, ışığın bulunduğu bütün görüntülerin zihne bilgi aktardığı söylenebilir. Görmenin fiziksel uyarıcı olan ışığın, fıkıh bilginleri tarafından "hürmet-i müsâhere" konusu işlenirken dikkate alındığı, hatta hükme tesir ettiği görülmüştür. Dolayısıyla, kamerayla çekilen her görüntü, bir şekilde zihne bilgi ulaştırmaktadır. Eğer bu bilgiler, dinin yasak olarak kabul gördüğü bilgilerse bu durumda, görüntünün gerçek olup olmadığına değil görüntünün ışık vasıtasıyla zihne bilgi aktarıp aktarmadığına bakmanın, göze yüklenen sorumluluk açısından, daha tutarlı gelmektedir.

Dış âleme ait objelerin (mahsûsât), göz duyusu tarafından doğrudan ve dolaylı olarak görülmesi arasında önemli bir farkın olduğu kabul edilmekle beraber, vasıtasız görüntünün mü yoksa vasıtalı görüntünün mü, insan zihnini, kalbini ve psikolojik yapısını daha çok etkilediği tartışılır bir durumdur. Bunun için, görüntü (nesne) ve idrak (subje) arasındaki ilişkinin etkisel boyutu önem arz etmektedir.

Neticede dış dünyaya ait nesnelerin ve görüntülerin (mahsûsât) “vasıtasız görüntü” ya da “vasıtalı görüntü” (sinema, televizyon, gazete, dergi ve bilgisayara yansıyan elektronik görüntüler) olup olmadığına bakarak bir hüküm verme yerine, bu görüntülerin, duyu verileri tarafından beyne ne şekilde mesaj ilettiği (ihşas) ve beynin de bu mesajı ne şekilde idrak ettiği hususuna da bakarak hüküm vermenin daha isabetli olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, düşünen ve hisseden bir insan, gördüğü görüntünün haram mı yoksa helal mi olduğu sonucunu kendisi çıkarabilir.



# İSLAM HUKUKU AÇISINDAN PARA BORÇLARINDA CEZAI ŞART

Yrd. Doç. Dr. Şevket PEKDEMİR\*

## According to Islamic Law Penal Clause in Money Debts

**Abstract:** Although punitive penal has been regarded in classical islamic law resources, it is not taken into consideration as an issue in respect of technical meaning today. We have especially come across provisions of penal clause in islamic world due to the effects of modern law since the 19th century. The penal clause has a wide practice area in laws of contracts, laws of trade, llaw of labour and civil law in present time. Whether the Penal Clause should be practised or not has been a current issue because of the reasons such as he reimbursement of the damage, due to not being paid of the debt, and the compensation of the opportunities and also the providing of the profit. Especially application of some institutions such as participated banks to the penal clause and questioning of the constitutionalism of the application, has resulted of the issue of being investigated.

*Keywords:* Islamic Law, Penal Clause, Loan, Interest, Loss

## GİRİŞ

Klasik fıkıh usulü kaynaklarında şart konusu incelenmesine rağmen günümüzdeki teknik anlamıyla cezai şart konusuna yer verilmemiştir. Özellikle 19. yüzyıldan itibaren modern hukukun da etkisiyle İslâm dünyasında kanunlarda cezai şartla ilgili hükümlere rastlıyoruz. Cezai şart günümüzde borçlar hukukunda, ticaret hukukunda, iş hukukunda ve medeni hukukta geniş uygulama alanına sahiptir. Borcun zamanında ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın tazmin edilmesi, kaçırılan fırsatların telafisi ve muhtemel karın karşılanması gibi sebeplerle cezai şart uygulanıp uygulanamayacağı konusu günümüz İslâm hukukçularının tartıştığı güncel konulardan biri olmuştur. Özellikle katılım bankaları gibi bazı kuruluşların cezai şarta başvurmaları bu uygulamanın meşruluğunun sorgulanması ve konunun İslam hukukçuları tarafından araştırılması sonucunu doğurmuştur.

Bu nedenle biz de bu makalede çağdaş İslâm hukukçularının cezai şartın para borçlarında uygulanıp uygulanamayacağı konusundaki görüşlerini inceleyeceğiz.

\* Ordu Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, s-ukru@hotmail.com

Konu hakkında görüşlere geçmeden önce cezai şartın ne demek olduğunu ve tarafların cezai şartı kararlaştırmadaki amaçlarını tespit edelim<sup>1</sup>.

## I. CEZAI ŞARTIN TANIMI

Bu kısımda cezai şartın hem modern hukukçulara hem de İslâm hukukçularına göre tanımını ve amacını inceleyeceğiz. Cezai şartın kaynağı olarak modern hukuk gösterildiğinden öncelikle modern hukukçular arasında yapılan tanımlara yer vermek istiyoruz.

### a. Modern Hukukta

Tanıma geçmeden önce bu kavram için kullanılan terimlere kısaca değinmek uygun olacaktır.

Modern hukukta cezai şart gerek kanunlarda gerekse doktrinde farklı terimlerle ifade edilmiştir<sup>2</sup>. Modern Türk hukukunda bu kurumun “*cezai şart*”, “*ceza şartı*”, “*akdi ceza*” ve “*cezai akit kaydı*” gibi terimlerle ifade edildiğini<sup>3</sup>, özellikle 818 sayılı eski Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte “*cezai şart*” teriminin hukuk sistemine yerleştiğini söyleyebiliriz.

Modern hukukta cezai şart birçok şekilde tanımlanmıştır. Bunları özellikleri bakımından sınıflandırmak mümkündür.

Bir kısım tanımlarda cezai şartın *ceza niteliği* vurgulanmıştır. Bunlardan bazıları şunlardır:

“*Borçlunun borcunu ihlal etmesi durumunda alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmaya cezai şart (ceza kaydı) denir.*”<sup>4</sup>

“*Bir edimin yerine getirilmemesinde ya da beklenen an ve yerde edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın, ceza olarak verilmesinin sözleşilmesi, ceza koşuludur.*”

Bazı modern hukukçular cezai şartın hukuki niteliği yerine sebep ve konuyu dikkate alarak cezai şartı tanımlamıştır. Bu tanımlardan bazıları şunlardır:

“*Cezai şart borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaat ettiği, ekonomik değeri haiz hukuki muamele ile belirlenmiş bir edimdir.*”<sup>5</sup>

1 Bu makale, *Sözleşmelerde Cezai Şart* adlı doktora tezimizden güncellenerek hazırlanmıştır. Makalede konuyla ilgili görüşler gözden geçirilerek deliller yeniden düzenlenmiş olup daha geniş değerlendirmeler yapılmıştır.

2 Kullanılan terimler için bkz. Pekdemir, Şevket, *Sözleşmelerde Cezai Şart*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s.32,33; Ekinci, Hüseyin, *Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s.23; Gökçeoğlu, Kamil Haluk, *Cezâi Şart ve Güncel İçtihatlar*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007, s.17.

3 Kocaağa, Köksal, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s.35; Gökçeoğlu, *Cezai Şart*, s.17; Kayak, Sevgi, “Roma Hukukunda Cezai Şart”, *İÜHFİM*, 64/1, 2006, 238; Yıldırım, Akkayan, “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *İÜHFİM*, 61/1-2, 2003, s. 360.

4 Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1995, Filiz Kitabevi, s.858.

5 Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II. Baskı, Ankara: ‘S’ Yayınları, 1990, III,365.

*“Borçlunun, asıl borcunu ilerde hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde, alacak-lyaya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime cezai şart denir.”<sup>6</sup>*

## b. İslam Hukukunda

Şart konusu klasik erken dönem fıkıh kitaplarında yer almasına rağmen bugünkü terim anlamıyla cezai şart konusu aynı eserlerde incelenmemiştir İlk dönem fakihlerinin aşağıda belirtilen sebeplerden dolayı cezai şart konusunu incelemedikleri düşünülmektedir.

1. Günümüzdeki ıstlahi anlamıyla cezai şart, ilk dönem İslâm hukukçuları tarafından bilinen bir konu değildir. O dönemin İslâm hukukçuları sadece malın helakından veya itlafından kaynaklanan zararın tazmin edilmesini incelemiştir<sup>7</sup>.

2. İlk dönem İslâm hukukçuları zamanında alacaklı, mahkeme marifetiyle hakkını daha kolay ve daha kısa sürede alabiliyordu<sup>8</sup>. Günümüzde ise, mahkemelerde alacak davaları çok uzun seneler sürebilmektedir. Dolayısıyla ilk dönemlerde cezai şart müessesine gerek duyulmamıştır.

3. Cezai şart konusunun, ilk dönem İslâm hukukçuları tarafından incelenmesinin muhtemel sebeplerinden biri de faizle olan benzerliğidir. İleride açıklanacağı üzere cezai şartta zarar meydana gelmeden önce fazladan edim talebi bulunmaktadır. Bu sebeple cezai şartı faize benzeten İslâm hukukçuları olmuştur<sup>9</sup>.

Günümüzde ise cezai şart uygulaması modern hukukun etkisiyle İslâm hukukuna girmiştir. Bunun sebebinin günümüzde iletişim araçlarındaki teknolojik gelişmelere paralel olarak hukuki ve ekonomik etkileşim olduğunu düşünüyoruz. Globalleşen dünyada ekonomik sorunlar ve çözümler uluslararası katılımlarla geniş platformlarda tartışılmaktadır. Sonuç olarak güncel sorunlara kayıtsız kalmayan İslâm hukukçuları cezai şart konusunu inceleyerek İslâm hukukundaki yerini tespit etmeye çalışmıştır.

19. yüzyıldan itibaren İslâm dünyasında cezai şartla ilgili hukuki düzenlemelere rastlamaktayız. Örneğin Osmanlı Devletinin 1860 tarihli Ticaret Kanununun Zeylinde ve 1879 tarihli Osmanlı Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanunun'da borcun gecikmesi durumunda alınacak tedbirlere yer verilmiştir. Özellikle 1879 tarihli Osmanlı Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanunun'da 111. Maddede yer alan *“Mukavele esnasında bir cezai şart kararlaştırılmışsa bundan eksik veya fazlası verilemez.”* ifadesinden İslâm toplumunun cezai şart konusuna çok yabancı olmadığını anlıyoruz<sup>10</sup>.

6 İkinci, a.g.e, s.25; Kayak, a.g.m, s.238.

7 Zerkâ, Mustafa Ahmet, *“Hel Yugbelu Şeran el-Hükmi ale'l-Medini'l-Mumâtil bi't-Ta'vizi ale'd-Dâim”*, Mecelletü'l-Ebhâsi'l-İktisâdi'l-İslâmiyyi, 2/2, 1985, s.104.

8 Zerkâ, a.g.m, s.104.

9 Zerkâ, a.g.m,s.105.

10 Yaran, Rahmi, *İslâm Hukukunda Borcun Gecikmesi Borçlunun Temerrüdü Alacaklının Temerrüdü*, İstanbul: MÜFV Yayınları, 1997, s.147; Dalgın, Nihat, *Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular 2*, Samsun: Etüt Yayınları, 2010, s.435.

Çağdaş kaynaklarda Arap ülkeleri arasında bu terimi ilk kullanan ülkenin Mısır olduğu, daha sonra birçok Arap ülkelerinin Mısır'ı takip ettiği, Mısır'ın ise Cezai şartı Fransadan alarak kanunlaştırdığı ifade edilmektedir<sup>11</sup>.

Modern hukukta olduğu gibi İslâm hukukunda da borcu hiç ödememe, eksik ödeme veya geciktirme sebebiyle borçluya uygulanan cezai şart müessesini ifade etmek için farklı terimler kullanılmıştır. Bu terimlerden bazıları şunlardır:

1. Cezai şartın mücerred ve bağlayıcı anlaşma olduğunu kabul edenler “*el-Bendü'l-Cezâi*”, “*et-Ta'yînü bi'l-ittifâk*”, “*et-Ta'yînü'l-ittifâki*” isimlerini kullanmışlardır. Lübnan Medeni Kanunu'nun 266. Maddesinde “*el-Bendü'l-Cezâi*” terimi kullanılmıştır.

2. Cezai şartın zararın bedeli olduğunu kabul edenler “*et-Ta'vizü'l-İttifâki*” terimini tercih etmiştir. Örneğin, Mısır Medeni Kanunu'nun 224. maddesinde *et-tavizü'l-ittifâki* terimi kullanılmıştır<sup>12</sup>.

3. Cezai şartın adından da anlaşılacağı gibi ceza olduğundan hareketle bir kısım hukukçular da “*el-Cezâu'l-İttifâki*”, “*el-Cezâu'l-Îsâi*”, “*el-Cezâu't-Teâgudi*” isimlerini kullanmışlardır<sup>13</sup>.

Bu terimler arasında şartu'l-cezai terimi İslâm ülkelerinde en yaygın olarak kullanılan terimdir. Bunu kaynak eserlerde de görmek mümkündür. Aynı zamanda tarihi sürece uygun olanda bu terimdir. Çünkü modern hukukçulara göre cezai şartı ilk uygulayan devletlerden olan Romalılar bu terimi kullanmıştır<sup>14</sup>.

Burada belirtelim ki, bir kavramın farklı terimlerle ifade edilmesi hukuki durumunu etkilemez. Esas olan terimin ifade ettiği kavramdır. Daha açık bir ifadeyle kavramın sınırlarının belirlenmesi ve bunun hukuki karşılığının tespitidir. Nitekim bu durum “*Ukûd'da itibar makasit ve maâniyyedir, elfaz ve mebâniye değildir*”<sup>15</sup> şeklinde külli kaide olarak ifade edilmiştir.

Cezai şart kavramının tanımlanmasına gelince, Modern hukukçularda olduğu gibi İslâm hukukçuları da cezai şartı çeşitli şekillerde tanımlamıştır. Bu tanımları aşağıda olduğu gibi çeşitli şekillerde tasnif etmek mümkündür:

11 Darîr, “*eş-Şartu'l-Cezâi*”, Mecelletü Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmi, 12/2, 2000, s.49; Şubeyr, Muhammed Osman ve Diğerleri, *Buhûs Fikhiyye fi Kadâyâ İktisâdiyye Muâsıra*, t.y., Daru'n-Nefâis, 1998, II, 854.

12 Krş: Darîr, *a.g.m.*, s.50; Yemenî, Muhammed b. Abdülaziz b. Sa'd, *eş-Şartü'l-Cezâi ve Eseruhu fi'l-Ukûdi'l-Muâsıra Dirâse Fikhiyye Mukârene*, Riyad: 2006, s.18; Hamevî, Üsâme, *eş-Şartü'l-Cezâi ve Sultatü'l-Kâdi fi Ta'dilîhi Dirâse Mukârene fi'l-Fikhi'l-İslâmi ve'l-Kânûn*, I. Baskı, Dimeşk: Dâru'n-Nevâdir, 2012, s.54; Teshîri, Muhammed Ali, “*eş-Şartu'l-Cezâi fi'l-Ukûd*”, Mecelletü Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmi, 12/2, 2000, ss.169-184; Arabiyyât, Vail, *el-Mesârifü'l-İslâmiyye ve'l-Müessesatü'l-İktisâdiyye*, Beyrut: Darü's-Sekafe, 2006, s.220; Cündî, Muhammed eş-Şehhat, *Damânü'l-Akd evi'l-Mes'ûliyyeti'l-Akdiyye fiş-Şeriatü'l-İslâm*, Kahire: Dâru'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1990, s.185.

13 Yemenî, *a.g.e.*, s.17,18; Hamevî, *a.g.e.*, s.55; Zuhayli, Muhammed, Muhammed, *Mevsûa Kadâyâ İslâmiyye Muâsıra*, Şam: Dâru'l-Mektebi, 2009, V,192,193; Anzi, Ayyad b. Assaf b. Mukbil, *eş-Surûti't-Ta'viziyye fi'l-Muâmelâti'l-Mâliyye*, Riyad: Künûzu İsbiliyyâ, 2009, I, 146.

14 Bkz. Yemenî, *a.g.e.*, s.17,18; Hamevî, *a.g.e.*, s.55; Anzi, *a.g.e.*, I, 146.

15 Heyet, *Mecelle*, md. 3.

Bazı tanımlarda zamanında ifa edilmeyen borçtan alacaklının zarar ettiği varsayılarak cezai şartın tazminat niteliği ön plana çıkarılmıştır. Bu tanımlardan bazıları şunlardır:

“Cezai şart, borçlunun ödemeyi geciktirmesi veya borcunu hiç ödememesi halinde alacaklının zarar etmesine sebep olduğu için ceza olarak borçlunun alacaklıya ödeyeceği muhtemel tazminat miktarını belirlemede tarafların anlaşmasıdır.”<sup>16</sup>

“Cezai şart, borçlunun edimi hiç ifa etmediği veya geciktirdiği zaman alacaklının hak ettiği belli bir miktardaki tazminatta tarafların önceden anlaşmasıdır.”<sup>17</sup>

Bazı hukukçular ise ceza niteliğini vurgulayarak cezai şartı tanımlamıştır.

“Cezai şart sorumluluklarını ifa etmeyene sözleşmede belirtilen mali bir cezanın kararlaştırılmasıdır.”<sup>18</sup>

Bazı hukukçular ise ceza ve tazminat niteliğinin her ikisini vurgulayarak cezai şartı tanımlamıştır.

“Cezai şart, borcun hiç ödenmemesi ve eksik ifa edilmesi nedeniyle taraflarca ön tazminat veya ceza olarak belirlenen ek bir anlaşmadır.”<sup>19</sup>

“Cezai şart akdin kısmen veya tamamen icra edilmemesi halinde ifa ile yükümlü olan tarafın alacaklıya ceza yahut tazminat olarak belli bir ödemede bulunacağına dair konulan şarttır.”<sup>20</sup>

“Cezai şart, akitte tarafların ödenecek bedelin takdiri konusundaki ittifaklarıdır. Bu bedel borçlu veya iltizamı alan kişi yükümlülüğünü yerine getirmez ya da geciktirirse hak sahiplerine yani alacaklıya veya iltizam veren kişiye ödenir.”<sup>21</sup>

Yukarıdaki tanımlardan cezai şartla ilgili aşağıdaki özellikleri çıkarmak mümkündür:

1. Cezai şart asli sorumluluk olmayıp zait ve akde tabi bir sorumluluktur.
2. Sorumlulukların yapılmaması veya geciktirilmesinden kaynaklanan zararın karşılanmasıdır.
3. Cezai şart zararla bağlantılı bir anlaşmadır. Zarar olmazsa Cezai şart uygulanamaz.
4. Cezai şartı içeren anlaşma sorumlulukların ihlalinden önce yapılmalıdır.
5. Cezai şartın miktarında adalet gözetilmelidir. Başkasına veya kendine zarar veren bir oranda olmamalıdır.<sup>22</sup>

16 Hamevi, a.g.e, s.48.

17 Sultan, Enver, *Ahkâmü'l-İltizâm el-Mucez fi'n-Nazariyyeti'l-Amme li'l-İltizâm*, Beyrut: Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1974, s.71.

18 Yemeni, a.g.e, s.63.

19 Yemeni, a.g.e, s.60.

20 Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005, s.73.

21 Hammad, Kemâl Nezi, *İktisadi Fıkıh Terimleri*, Recep Ulusoy (çev.), İstanbul: İz Yayıncılık, 1996, s.313.

22 Yemeni, a.g.e, s.65.

Bütün bu açıklamaları dikkate alarak cezai şart şöyle tanımlayabiliriz:

Cezai şart, borcun hiç ödenmemesi, eksik, kusurlu veya geç ödenmesi sebebiyle oluşan zararın karşılanması amacıyla taraflar arasında asıl sözleşmeye bağlı olarak zarardan önce kararlaştırılan ve hâkimin müdahale yetkisi olan tazminat niteliğinde bir edimdir.

## II. CEZAI ŞARTIN AMACI

Taraflar çeşitli nedenlerle cezai şart kararlaştırmaktadır. Uygulama alanının genişliği cezai şartın konulmasındaki amaçların da çeşitli olması sonucunu doğurmuştur.

Borçluyu ifaya zorlama ve borcun ifa edilmemesinden doğan zararın önceden götürü usulüyle tespit edilmesi cezai şartın uygulanmasının asıl amaçlarıdır. Bunun yanı sıra birtakım amaçlar da gözetilmektedir.

Bu amaçların her birini gerçekleştirme dereceleri farklıdır. Ayrıca hangisinin diğerine üstün olduğunu tespit etmek de oldukça zordur. Ancak uygulanan hukuk politikası amaçların gerçekleştirilme derecesini ve hangi amacın daha üstün olduğunu belirlemede etkilidir<sup>23</sup>.

Cezai şartın işlevleri hakkındaki bu genel açıklamadan sonra, sözleşmelere cezai şart konulmasından beklenen her bir amacı kısaca açıklayalım.

### a. Borçluyu İfaya Zorlama

Cezai şartın sözleşmelere konulmasının esas amacı cezaların önleyici fonksiyonundan yararlanarak borcun zamanında ve tam olarak ifa edilmesini sağlamak, borçluyu ifaya zorlamaktır<sup>24</sup>. Cezai şartla borçluya hem maddi hem de manevi baskı yapılarak borcun zamanında ifa edilmesi sağlanır. Örneğin ifası daha ağır bir yükümlülük altına girme korkusu borçluya manevi baskı yapar. Buna psikolojik baskı da denilebilir. Asıl borca ek olarak fazladan para verilecek olması ise borçluya maddi baskı yapan bir unsurdur. Cezai şart miktarı yüksek tutulduğunda bu amacın gerçekleşme derecesi daha da artar. Cezai şart olarak belirlenen miktarın hâkim tarafından indirilebilecek olması bu gayenin gerçekleşmesine çok fazla engel olmaz. Böylece borcun ifasında ihmalkâr davranan borçlu, daha ağır bir yükümlülükle karşılaşacağını düşünerek borcunu zamanında ödemeye çalışır<sup>25</sup>.

23 Kocağa, *a.g.e.*, s.40; Günay, *a.g.e.*, s.74; Gökçeoğlu, *a.g.e.*, s.45.

24 Anzî, *a.g.e.*, I, 170; Hamevî, *a.g.e.*, s. 63; Şefik Acem, Nâci, “eş-Şartu'l-Cezâi fi'l-Fikhi'l-İslâmi”, Mecelletü Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmi, 12/2, 2000, s.205; Muhammed Zuhayli, *a.g.e.*, V, 105; Ekinci, *a.g.e.*, s.40; Kocağa, *a.g.e.*, s.42; Arıcı, Kadir, “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3/3, 1997, ss.1-17; Başbuğ, Aydın, “Tacir ve İşveren Hukukunda Cezai Şarttan İndirim”, Kamu-iş, 7/2, 2003, ss.2-19; Kayak, *a.g.m.*, s. 240; Kocağa, Köksal, “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 74, 2008, s.150.

25 Hamevî, *a.g.e.*, s.63; Arabiyât, *a.g.e.*, s.223; Kocağa, *a.g.e.*, s.43; Gökçeoğlu, *a.g.e.*, s.46.

Cezai şartla borçlunun ifayı zamanında yapması, sözleşmeden kaynaklanan hakların ciddiye alınması ve Kurandaki “Sözleşmeleri ifa ediniz”<sup>26</sup> emrinin uygulanması sağlanmaktadır<sup>27</sup>.

Cezai şart olarak belirlenen paranın asıl borcun alacaklısı dışında üçüncü bir kişiye veya hayır kurumuna ödenmesinin kararlaştırılması da borçluyu ifaya zorlama amacını açık bir şekilde gösteren unsurlardandır<sup>28</sup>.

Modern hukuka göre cezai şart miktarının kasten yüksek tutulması, alacaklının zararı olmasa bile borçlunun cezai şart olarak belirlenen miktarı ödemesi borcun zamanında ifa edilmesini sağlamak içindir. Bu yönüyle cezai şartın konulmasında borçlunun ifaya zorlanması, tazminat alınmasından daha önceliklidir<sup>29</sup>.

Borçlunun cezai şartla ifaya zorlanması cezai niteliğini ortaya çıkarmaktadır. Borçlu bu ceza nedeniyle borcunu zamanında ifa etmek için gayret sarfedecek ek olarak cezâî şart ödememek için her türlü tedbiri alacaktır<sup>30</sup>.

## b. Zararın Tazmini

Borcun zamanında ödenmemesinden paranın değer kaybetmesi ve bazı yatırım fırsatlarının kaçırılması gibi nedenlerle alacaklı zarara uğramaktadır. Bazı durumlarda muhtemel kar mahrumiyeti de olmaktadır. Ayrıca borç ihlal edildiğinde alacaklının iktisadi işlerinin bozulması, başkalarına karşı olan yükümlülüklerini yerine getirememesi ve finansal planları gerçekleştirilememesi söz konusudur. Buna karşılık borcunu ödeme imkânı olduğu halde zamanında ödemeyen kişi ise haksız kazanç sağlamaktadır.

Borcun zamanında ifa edilmemesi sebebiyle zarar üç şekilde oluşmaktadır:

**1) Kazanılması Muhtemel Karın Kaçırılmasıyla Oluşan Zarar:** Borç zamanında ödendiğinde alacaklının ticaret gibi meşru yollarla kâr etmesi mümkündür. Ancak borçlu ifada geciktiğinden alacaklı kazanması muhtemel kardan mahrum olabilecektir<sup>31</sup>. Örneğin alacağı zamanında ifa edilen kişi yüzde on karla bin liralık malzemeyi alıp sattığında senede yüz lira kar ettiğini düşünelim; borçlu ifayı üç yıl geciktirdiğinde alacaklı üç yılda üç yüz liralık muhtemel kardan mahrum olacaktır.

**2) Gerçekleşen Karın Kaçırılmasıyla Oluşan Zarar:** Borcun ifası için belirlenen süreden sonra alacaklının borçluya verdiği kadarını çalıştırarak elde ettiği kârın alacaklı tarafından kazanılamamasıdır<sup>32</sup>. Örneğin bir aylığına onbin lira

26 Kur'an, Maide, 5/1.

27 Hamevi, *a.g.e.*, s.63; Şefik Acem, *a.g.m.*, s.205; Hanin, Abdullah b. Muhammed b. Sa'd, “*ed-Def'u biş-şartil-cezâi*”, Mecelletü Adl, II, s.209; Âyid, *a.g.e.*, s.239.

28 Bkz. Kocaağa, *a.g.e.*, s.44. Nitekim Yargıtay Cezai Şartın konulmasının temel amaçlarından birinin borçluyu ifaya zorlamak olduğunu kararlaştırmıştır. Krş. Kocaağa, *a.g.e.*, s.45.

29 Kocaağa, *a.g.e.*, s.44; Günay, *a.g.e.*, s.74.

30 Günay, *a.g.e.*, s.30.

31 Meni, Süleyman b. Abdullah, *Buhûs fi'l-İktisâdî'l-İslâmî*, el-Mektebetü'l-İslâmî, 1997, s.406-412,413.

32 Meni, *a.g.e.*, s.406.

borç verildiğini düşünelim; ifa tarihi belirlenen zamandan itibaren alacaklı borç verdiği kadarıyla meşru yollarla çalışan bir şirkete ortak olsun. Buna göre borç bir yıl sonra ödendiğinde alacaklı bir yılda hissesiyle beşyüz lira kar etmiş olsun, borç zamanında ödenmiş olsaydı alacaklı beş yüz lira daha kazanmış olacaktı. Bu şekilde oluşan zarar gerçekleşen kârın kaçırılmasıyla oluşan zarardır.

**3) İfanın Gecikmesiyle Fiilen Oluşan Zarar:** Borcun zamanında ödeneceğine kesin olarak inanan kişinin alacağını düşünerek borçlanması, ifa geciktiği için borcunu ödeyememesi sebebiyle cezai şart ödemesi veya malının borcu kadar kısmının cebren satılması nedeniyle zarar etmesidir.

Modern hukukçular arasında alacaklının zararını ispat etme yükümlülüğünün sözleşmeye konulup konulamayacağı tartışılmıştır. Bazı araştırmacılara göre böyle bir şart ek edimin cezai şart özelliğini kaybetmesine sebep olur<sup>33</sup>. Ancak çağdaş İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre cezai şartın hak edilmesi için, borçlunun kusuru sebebiyle alacaklının zarar etmesi gerekir.

Cezai şartın zararın karşılanması amacıyla kararlaştırılması onun hukuki niteliğinin götürü tazminat olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim çağdaş İslâm hukukçularından Yemenî ve Şubeyr'e cezai şart tazminat niteliğindedir<sup>34</sup>. Hamevî'ye göre sözleşmelere cezai şartın konulmasında öncelik, borçluyu ifaya zorlamak olsa da az veya çok tazminat gayesi de karışmaktadır.

### c. Alacakların Güvence Altına Alınması

Sözleşmelere cezai şartın konulmasındaki amaçlardan biri de alacakların teminat altına alınmasıdır. Cezai şartla alacağın garanti altına alınmak istenmesi ona sigorta niteliği kazandırmaktadır. Nitekim bazı hukukçulara göre cezai şart sigorta niteliğinde bir hukuki müessesedir<sup>35</sup>. Bu görüşün en kuvvetli savunucusu Alman filozof İhering'tir<sup>36</sup>.

Borçlu, hiçbir kusuru olmadığı halde olağanüstü durumlar sebebiyle borcunu ifa edemediği durumlarda alacaklının zararı olmasa bile daha önce kararlaştırılan cezai şartı ödemekle sorumlu tutuluyorsa sigorta akdi niteliğinde bir cezai şart söz konusudur. Çünkü alacaklı gelecekte doğabilecek her türlü riske karşı adeta alacağını sigortalamaktadır. Ayrıca borçlu kaza ya da mücbir sebepten kaynaklanan zararları da ödemekte, her türlü önlemi alsa bile cezai şarttan kaynaklanan borcundan kurtulamamaktadır<sup>37</sup>.

Cezai şartın hukuki nitelik bakımından sigorta gibi olması bazı durumlarda borçlu ile alacaklı arasında adaletsizliğe sebep olmaktadır. Çünkü bazı modern hukukçulara göre borçlu iradesi dışında oluşan her türlü zarardan da sorumlu tu-

33 Kocaağa, *a.g.e.*, s.45,46.

34 Yemenî, *a.g.e.*, s.159; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*, II, 856.

35 Hamevî, *a.g.e.*, s.277; Gökçeoğlu, *a.g.e.*, s.35.

36 Gökçeoğlu, *a.g.e.*, s.35

37 Hamevî *a.g.e.*, s.277; Ekinci, *a.g.e.*, s.41; Günay, *a.g.e.*, s.32; Gökçeoğlu, *a.g.e.*, s.34.



tılmaktadır. Söz konusu adaletsizliğin İslâm hukukçuları tarafından cezai şartın hak edilmesi için zarar ile fiil arasında illiyet bağının olmasının şart koşulması ile giderildiğini söyleyebiliriz. Buna göre doğal afet gibi mücbir sebep, alacaklının kendi kusuru veya üçüncü şahsın kusuru sebebiyle zarar etmesi borçlunun her durumda alacaklının zararını karşılama yükümlülüğünü kaldırır<sup>38</sup>.

#### d. Mal ve Zaman Tasarufu

Borç ifa edilmediğinde alacaklı mahkeme aracılığıyla borçludan zararının tazminini isteyebilir. Ancak mahkeme yoluyla zararın tazmin edilmesi alacaklının hem zaman kaybetmesine hem de zarar miktarını ispat etme külfetine girmesine sebep olmaktadır. Cezai şartın kararlaştırılmasındaki amaçlardan biri de tazminatı önceden ve götürü olarak tespit ederek alacaklıyı yukarıda belirttiğimiz olumsuzluklardan kurtarmaktır<sup>39</sup>.

Zamanın iyi kullanılması İslâm'da tavsiye edilmiştir. Malın korunması ise İslâm hukukunda korunması emredilen beş kısımdan biridir. Borcun zamanında ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın mahkeme aracılığıyla tazmin edilmesi hem uzun zaman almakta hem de zaten mağdur olan alacaklının mahkeme ve avukat masraflarını üstlenmesine sebep olmaktadır. Sözleşmede cezai şartın kararlaştırılması sorumluluğun ifa edilmemesi veya geciktirilmesinden kaynaklanan zararın tazmini için mahkeme başvurusu ve sonuçlanması arasındaki zaman kaybını ve mahkeme masrafı ödenmesini engeller<sup>40</sup>.

#### e. Tartışmayı Engelleme

Cezai şartın kararlaştırılması, sözleşmenin ihlalden kaynaklanan zararın tespitinde, taraflar arasında çıkabilecek tartışmayı engeller. Başka bir ifadeyle cezai şart tarafların tazminat miktarını belirlemedeki anlaşmazlıklarının giderir. Bazı modern hukukçulara göre cezai şart zararın tespiti ve ispatlanması sorunluluğunu ortadan kaldırır. Çünkü borcun ifa edilmemesinden doğan zarar miktarı önceden belirlenmektedir<sup>41</sup>.

Cezai şart miktarının önceden belirlenmesi İslâm hukukunun sözleşmelerde ğarar ve cehaletin giderilmesi hedefiyle örtüşse de her zaman tartışmayı engellediğini söyleyemeyiz. Çünkü önceden belirlenen cezai şart genellikle gerçek zararla aynı oranda değildir. Çoğu zaman fazla ya da eksik olarak belirlenir. Ayrıca aşırı oranda kararlaştırılan cezai şart bazı durumlarda gerçek zararın tespitini ve mahkemenin müdahalesini gerektirebilir.

38 Senhûri, Abdurrezzâk Ahmed, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medeniyyi'l-Cedîd Nazariyyetü'l-İltizâm bi-Vechi Am*, Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabi, t.y., II, 802; Cündî, a.g.e, s.164,165; Ca'fer, Abdulkadir, *Nizâmü't-Temini'l-İslâmî*, Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2006.s. 250; Şefik Acem, a.g.m, s.210.

39 Şefik Acem, "eş-Şartu'l-Cezâi", s.207; Muhammed Zuhayli, a.g.e, V, 195; Muhammed Necdat, a.g.e, s.500; Kocaağa, a.g.e, s.45; Günay, a.g.e, s.74

40 Hamevî, a.g.e, s. 65; Anzî, a.g.e, I, 168; Muhammed Zuhayli, a.g.e, V, 194.

41 Arabiyyât, a.g.e, s. 223; Sultan, a.g.e, s.72; Gökçeoğlu, a.g.e, s.46; Kocaağa, a.g.e, s.47.

### f. Zararlı Rekabeti Engelleme

Cezai şart bazen tarafların zarar etmesine sebep olan rekabeti engeller. Örneğin ticari kuruluşların aralarında ürünlerin belli bölgelerde üretilip satılmasını kararlaştırmaları halinde, sözleşmeye aykırı olarak farklı yerlerde başka kişilere satış yapanların cezai şart ödemesinin kararlaştırılması, kuruluşların birbirine zarar vermesini engeller<sup>42</sup>.

### g. Kamu Yararı

Hastane, okul, elektrik, su, yol ve kanalizasyon yapımı gibi kamu ihalelerinde cezai şart sözleşmenin zamanında ve belirlendiği teknik şartnameye uygun olarak tamamlanması sağlar. Toplumla hizmet götüren sözleşmelerde cezai şart kararlaştırılmasında kamu menfaati vardır. Çünkü ifası geciken ihaleler kamu menfaatine zarar verir. İnsanların zamanında hizmet alamamasına veya yapılan hizmetlerin kusurlu yürütülmesine sebep olur. Devletin kalkınmasına katkı sağlayacak projelerin gecikmesi gelişmeyi ve ekonomik olarak büyümeyi geciktirir. Cezai şartın bu faydası İslâm hukukunun genel kaideleriyle de örtüşmektedir<sup>43</sup>.

Sözleşmelerde cezai şartın kararlaştırılması piyasada ekonomik canlılık sağlar. Üretimin artmasına katkıda bulunur. İşçi ve işverenin haklarını korur. İnsanların ve devletin ekonomik olarak zarar etmesini engeller<sup>44</sup>.

### h. Mahkemelerin Yükünü Hafifletme

Suç oranının artması, hak ihlali ve yeterli sayıda hâkimin olmaması gibi nedenlerle mahkemelerin iş yükünün arttığı herkes tarafından bilinmektedir. İş yükünün artması adaletin gecikmesine sebep olmaktadır. Devletler adaletin gecikmesini engellemek ve mahkemelerin iş yükünü azaltmak için çeşitli tedbirler almaktadır. Yargıya başvurmadan sorunların taraflar arasında çözülmesi yöntemleri aranmaktadır. Tarafların cezai şartı kararlaştırmaları zaten iş yükü çok fazla olan mahkemenin yükünü hafifletmektedir<sup>45</sup>.

## III. PARA BORÇLARINDA CEZAI ŞARTIN HÜKMÜ

Para borçlarında cezai şart, zamanında ifa edilmeyen veya eksik eda edilen borçlarda, sözleşmenin kuruluşu esnasında asıl borçta belli bir miktar fazlalığın borçludan alınmasının kararlaştırılmasıdır<sup>46</sup>.

Karz ve selem ile vadeli ve taksitli satış sözleşmeleri, para borçları kapsamında cezai şartın çok sık başvurulduğu sözleşmelerdendir. Günümüzde özellikle banka

42 Hamevî *a.g.e.*, s.67.

43 Hamevî, *a.g.e.*, s.68; Anzî, *a.g.e.*, I, 170,171.

44 Anzî, *a.g.e.*, I, 170.

45 Hamevî, *a.g.e.*, s.68; Muhammed Zuhaylî, *a.g.e.*, V, 105; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*, II, 857.

46 Muhammed Zuhaylî, *a.g.e.*, V, 116; Darîr, *a.g.m.*, s.71; İrşîd, *a.g.e.*, s. 386.

işlemlerinde borcun zamanında ödenmesini sağlamak, borcun ifasının gecikmesine mani olmak ve borcun geç ifasından kaynaklanan zararı tazmin etmek için sözleşmelere bitişik olarak cezai şart kararlaştırılmaktadır.

Para borçlarında cezai şart faizli bankaların çoğunda “*gecikme cezası*”, “*gecikme tazminatı*” ve “*gecikme faizi*” gibi birçok isim altında uygulanmaktadır. Ayrıca modern hukukta kanuni düzenlemeler yapılarak cezai şart yasal zemine oturtulmuştur. Günümüzde birçok katılım bankalarının da para borçlarında -farklı şekillerde de olsa- gecikme cezası uyguladıkları bilinmektedir.

İslâm hukukuna göre cezai şartın para olarak kararlaştırılmasının hükmünü, akit esnasında belli bir miktar nakdi fazlalılığın önceden belirlenmiş olması ve nakdi fazlalığın önceden belirlenmemiş olması durumuna göre iki kısımda incelemek uygun olacaktır.

#### a. Nakdi Fazlalılık Önceden Belirlenmeden Cezai Şartın Kararlaştırılması

Önceden bir miktar belirlemeden borcun ifasını geciktiren kişinin alacaklıya cezai şart ödemesinin kararlaştırılması konusunda çağdaş İslâm hukukçuları ihtilaf etmiştir. Bu konuda iki görüş oluşmuştur:

##### 1. Nakdi Fazlalılık Önceden Belirlenmeden Cezai Şart Kararlaştırmayı Caiz Görenler ve Delilleri

Borcun ifasının gecikmesi nedeniyle önceden belli bir miktar veya oran tespit etmeksizin borçlunun alacaklıya bir miktar fazla para ödemesi akid esnasında cezai şart olarak kararlaştırılabilir. Bu şekilde kararlaştırılan cezai şart sahihtir. Ancak fazlalığın alınması iki şarta bağlanmıştır.

Bunlardan birincisi borçlunun ödeme imkânının olması, ikincisi ise alacaklının borcun zamanında ödenmemesi nedeniyle fiilen zarar etmesidir. Alınacak miktar ise hâkim veya bilirkişiler tarafından tespit edilir.

Abdulhamid es-Saih ve Abdullah Menî bu görüşü savunan çağdaş İslâm hukukçularındandır. Ayrıca cezai şartın para borçlarında önceden bir miktar belirlenerek kararlaştırılmayacağını savunan Mustafa ez-Zerkâ ve Sıddık ed-Darîr yukarıda belirtilen şartlar gerçekleştiğinde cezai şartın tazminat olarak alınabileceğini ifade etmektedir<sup>47</sup>.

Kurum olarak Ürdün İslâm Bankası sözleşmelerde bu şekilde bir cezai şart uygulamaktadır<sup>48</sup>.

Hey’etü Kibari’l-Ulemâ/ Büyük Âlimler Kurulu, Nedvetü’l-Bereke, Uluslararası İslâm Bankası Fetva Kurulu, Hey’etü’l-Muhasebe ve’l-Murâcaa li’l-Müesseseti’l-

47 Menî, a.g.e, s.394; Zerkâ, a.g.m, s.105.

48 Muhammed Zuhayli, a.g.e, V,212; Şubeyr ve Diğerleri, a.g.e, II, 863.

Maliyyeti'l-İslâmî İslâm hukukuna göre bu çeşit cezai şartın caiz olduğunu kararlaştırmıştır<sup>49</sup>.

Bu görüşü savunan İslâm hukukçularının delilleri şöyle sıralanabilir:

1) Bu şekilde kararlaştırılan cezai şart İslâm hukukunun ne temel kaynaklarına ne de genel amaçlarına aykırıdır. Bilakis İslâm hukukunun destekleyeceği bir şart çeşididir<sup>50</sup>. Çünkü Kur'anda "Verdiğiniz sözü yerine getirin. Çünkü söz veren sözünden sorumludur."<sup>51</sup>, "Onlar ki emanetlerine ve verdikleri sözlerine riayet ederler"<sup>52</sup> ayetleriyle insanların sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukları başta kararlaştırıldığı şekilde ifa etmeleri istenmiştir. Ayette geçen "emanet" lafzı başkasına verilmesi zorunlu olan bütün mal ve hakları içermektedir<sup>53</sup>. Borcunu zamanında ödemeyen kişi, malını yanında tuttuğu alacaklının zarar etmesine sebep olur. Bu durum borçluyu fiilinden sorumlu tutar<sup>54</sup>. Ayrıca "Aramızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin"<sup>55</sup> ayetinde geçen mal kelimesi İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre aynı malı ve ondan sağlanan menfeati ifade eder. Şeri özur olmaksızın borcun zamanında ifa edilmemesi alacaklının malını batıl yolla yemektir<sup>56</sup>.

2) Bazı hadislerde borcun zamanında ödenmemesi haksız bir fiil olarak nitelendirilirken bazı hadislerde ise ödeme imkânı olduğu halde borcunu zamanında ödemeyen kişilerin cezalandırılabilceği açıkça ifade edilmektedir. Örneğin "Zengin borcunu ifa etmemesi zulümdür"<sup>57</sup> hadisinde ödeme imkanı olan borçlunun ifadan kaçınması alacaklıya yapılan zulüm olarak nitelendirilmiştir. "Ödeme imkânı olan borcunu ifa etmemesi haysiyetine söz söylenmesini ve cezalandırılmasını helal kılar"<sup>58</sup> hadisinde ise ifayı geciktiren borçlunun cezalandırılabilceği belirtilmektedir. Muhaddisler hadiste geçen "ğani" kelimesinden kastedilenin ödeme imkânı olduğu halde borcun ifasını geciktiren kişi olduğunu ifade etmektedir<sup>59</sup>. "Zarar vermek ve zarara zararlarla mukabele etmek yoktur"<sup>60</sup> hadisiyle zararın karşılanması istenmektedir. Borçlunun zararı ancak mali tazminatla karşılanabilir<sup>61</sup>.

49 Zerkâ, *a.g.m.*, s.112; Ebû Gudde, Abdüssettar -İzzeddin Muhammed Hüce, *Karârât ve Tavsiyât Nedeâtî'l-Bereke li'l-İktisâdî'l-İslâmî*, Cidde: Mecmua Delle el-Bereke el-Emanetü'l-Amme li'l-Hey'etiş-Şer'iyye, 2001, s.55.

50 Zerkâ, *a.g.m.*, s.107; es-Saidî, Abdullah b. Muhammed b. Hasan, *er-Ribâ fi'l-Muâmelâtî'l-Masrifîyyeti'l-Muâsıra*, Riyad: Daru Taybe, 2000, II, 1290,1292.

51 Kur'an, İsrâ, 17/ 34.

52 Kur'an, Mü'minûn, 23/8.

53 Rifâi, Fâdi Muhammed, *el-Mesârifü'l-İslâmiyye*, Menşûrâtî'l-Halebiyyi'l-Hukukiyye, Beyrut: 2004, s.84.

54 Zerkâ, *a.g.m.*, s.105; Nezih Hammâd, *a.g.m.*, s.108.

55 Kur'an, Bakara, 2/188

56 Zerkâ, *a.g.m.*, s.106; Nezih Hammâd, *a.g.m.*, s.108.

57 Buhâri, "Havalat", 1,2, "İstikraz", 12; Müslim, "Müskat", 8.

58 Buhâri, "İstikraz", 13.

59 Aynî, Ebû Muhammed Bedreddin Mahmûd b. Ahmed b. Musa el-Hanefî, *Umdetü'l-Kâri Şerhi Sahîhi'l-Buhâri*, Beyrut; Daru'l-Kütübî'l-İlmi, 2001, XII,155; İbn Hacer el-Askalânî, Ebû'l-Fazl Şehabeddin Ahmed, *Fethü'l-Bâri bi-Şerhi Sahîhi'l-Buhâri*, Abdulkadir Şeybe(thk.), Riyad: 2001, IV, 543.

60 İbn Mâce, "Ahkâm", 17; Malik, el-Muvatta, Akdiye, 31.

61 Zerkâ, *a.g.m.*, s.107; Nezih Hammâd, *a.g.m.*, s.108; Zerkâ, Muhammed Enes - Kuri, Muhammed Ali, *et-Ta'vîz an Darari'l-Mumâtele fid-Deyn beyne'l-Fıkh ve'l-İktisâd*, Mecelletü Câmîati'l-Meliki Abdilaziz el-İktisâdî'l-İslâmî, 3/1 1991, s.31.

“Müslümanlar şartları üzeredir. Helali haram veya haramı helal yapan şart müstesna”<sup>62</sup> hadisi, haramlığına delalet eden nas olmadıkça şartları ifa etmek gerektiğine ve şartlarda asıl olanın mübahlık olduğuna delalet etmektedir<sup>63</sup>.

İslâm hukukçularının çoğuna göre şartlarda esas olan ibahadır. Buna göre aksini belirten bir delil olmadığından fiili zararın tazmin edilmesi için kararlaştırılan cezai şart da sahih olmalıdır<sup>64</sup>.

3) Bazı sahabe uygulamalarından da para borçlarında cezai şartın uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Nitekim Buhârîde İbn Sîrîn’den nakledilen “Bir kişi (develerini) kendisine kiralayan kişiye, ‘develerini yükle, eğer falan gün seninle yola çıkmazsam sana yüz dirhem’ dedi, yola da çıkmadı. Şureyh şöyle dedi: Her kim tehdit altında olmaksızın isteyerek aleyhine bir şart koşarsa o şart kendisini bağlar”<sup>65</sup> rivayeti cezai şartın sahih olduğuna delalet etmektedir. Yine İbn Sîrîn’den rivayet edildiğine göre, yiyecek alan bir kişi Çarşamba günü gelmediği takdirde aralarında alışveriş olmamış gibi kabul edileceğini söyler. Bunu söyleyen kişi Çarşamba günü gerçekten de gelmez. Kadı Şureyh bu durum üzerine müşterinin vaadini yerine getirmediğini söyleyip aleyhine hükmeder<sup>66</sup>.

Nâfi b. Abdilharis’ten nakledilen sahabe uygulaması da cezai şartın geçerli olduğuna delil olarak gösterilmektedir. İlgili rivayet şu şekildedir: “Nâfi, Mekke’de Halife Ömer için, hapishane yapılmak üzere Safvan b. Ümeyyeden dört bin dirhem karşılığında bir ev satın aldı. Eğer Ömer razı olursa satım akdi geçerli olacak razı olmazsa Safvan’a dört yüz dirhem tazminat verilecek. Hz. Ömer’e danışıldığında, O, bu şartı kabul etmiştir.”<sup>67</sup>

4) İslâm hukukçularının çoğuna göre gaspçı malı iade etmekle birlikte ondan sağladığı menfati de ödemelidir. Aynı şekilde ifa imkânı olduğu halde borcunu ödemekten imtina eden kişi başkasının malını gasbeden kişi hükmündedir. Borçlunun zimmetindeki borcun ifasının geciktirilmesiyle alacaklının kazanacağı menfaatin engellenmesi gaspçının mal sahibinin menfaatini engellemesi gibidir. Bu durumda imkânı olup ifadan imtina eden borçlu ile gaspçı aynı hükme tabi olmalıdır. Çünkü her ikisi de başkasının malını haksız yere elinde tutmaktadır<sup>68</sup>.

Gaspçı maldan sağladığı menfaati sahibine ödediğine göre imkânı olan borçlu da gecikme süresince alacaklının mudarabe, muzaraa gibi meşru yollarla kazanacağı ve mahkeme marifetiyle uzman kişilerin belirleyeceği kar miktarını ödemelidir.

62 Buhârî, “İcare”, 14; Ebû Davûd, “Kaza”, 12.

63 İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Saïd Zahiri, *el-İhkam fî Usûli’l-Ahkâm*, Beyrut: Daru’l-Afâk, t.y., V, 12; İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdullah Şemseddin, *İlâmü’l-Muvakkîn an Rabbi’l-Alemin*, Demmam: Dâru İbni’l-Cevzi, t.y., III, 107,108; İbn Teymiyye, Ebû’l-Abbas Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim, *el-Fetâva’l-Kübrâ*, Dâru’l-Kütübü’l-İlmî, I. Baskı, Beyrut: 1987, IV, 87.

64 Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e*, II, 866; Arabıyyât, *a.g.e*, s. 229.

65 Buhârî, “Şurut”, 18.

66 Buhârî, “Şurut”, 18; Menî, *a.g.e*, s. 411; Saïdî, *a.g.e*, II, 1208.

67 Buhârî, “Husûmât”, 8; İbn Kudâme, *a.g.e*, VI,331.

68 Menî, *a.g.e*, s.394; Saïdî, *a.g.e*,II, 1202.

5) İslam hukukunda hüküm çıkarmanın yollarından birini teşkil eden maslahat-ı mürsele göre cezai şart geçerli olmalıdır. Çünkü nakdi fazlalılık önceden belirlenmeden cezai şartın kararlaştırılması hem sözleşme hem de alacaklı için faydalıdır. Başka bir ifadeyle cezai şartta akdi maslahat söz konusudur. Çünkü bu şartla borcun zamanında ödenmesi sağlanarak alacaklının hakları korunmaktadır<sup>69</sup>.

6) İmkânı olduğu halde ödemeyi geciktiren kişiden cezai şart alınması faiz değildir. Bilakis borcun zamanında ifa edilmemesi sebebiyle adaletin temini, alacaklının zulümden kurtarılması, zararının veya kar mahrumiyetinin tazmin edilmesidir. Faiz ise, bütün kötü ihtimalleri karşı tarafa yükleyerek çalışmadan borçlunun emeğinden gelir sağlamaktır. Bunu yaparken diğer tarafın ödeme gücünün olup olmamasına itibar edilemez. Taraflar arasında ekonomik dengenin bozulmaması önemsenmez. Cezai şartta veya ifanın gecikmesiyle oluşan zararın tazmininde gelir sağlama amaçlanmamaktadır<sup>70</sup>.

7) Makasid-ı şeria ve şer'i siyaset para borçlarında cezai şartın meşru olmasını gerektirir. Çünkü cezai şart insanları borcunu zamanında ödemeye teşvik etmektedir. İmkânı olduğu halde borcunu zamanında ödemeyen borçlu hukuken mali ceza ile cezalandırılmadığında borcunu zamanında ödeyen kişi ile borcunu geciktiren kişiye eşit davranılmış olur. Ayrıca borçlunun cezasının ahirete bırakılması da alacaklı için bu dünyada bir şey ifade etmemektedir. Hâlbuki İslâm hukukuna göre şeri muamelelerde insanların malın korunması gibi temel hakları hukuki müeyyidelerle korunmalıdır<sup>71</sup>.

İslâm hukukuna göre hakkında nas olmayan konularda adaleti sağlamak için hâkimin ta'zir nevinden tasarrufta bulunma yetkisi vardır<sup>72</sup>. Akitten doğan sorumlulukların ifasını hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda hâkim cezai şartın uygulanmasına hükmedebilir<sup>73</sup>.

8) Cezai şart günümüzde gerek ticari ilişkilerde gerekse borç ilişkilerinde örf haline gelmiştir. Kur'ân ve sünnete muhalif olmayan örf ise İslâm hukuku kaynaklarından kabul edilir<sup>74</sup>. Cezai şartın haramlığına açıkça delalet eden nas olmadığına göre örf haline gelen bu uygulama İslâm hukukuna göre sahih olmalıdır<sup>75</sup>.

69 Muhammed Necdât, Muhammed, *Damânu'l-Akd fi'l-Fikhi'l-İslâm*, 1. Baskı, Dimeşk: Darul Mektebi, 2007, s. 508; İrşid, Mahmûd Abdülkerim Ahmed, *eş-Şâmil fi Muâmelat ve Ameliyyâti'l-Masârifi'l-İslâmiyye*, Amman: Dârü'n-Nefâis, 2001, s. 387; Arabiyyât, a.g.e, s.230.

70 Zerkâ, a.g.m, s.111; Dalgın, a.g.e,s. 479.

71 Zerkâ, a.g.m, s.107,108; Nezihammâd, a.g.m, s.108.

72 Udeh, Abdulkadir, *et-Teşri'u'l-Cinâiyyu'l-İslâmi Mukârenen bi'l-Kânûni'l-Vadî*, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-Arabi, t.y., I, 82; Ebû Zehra, Muhammed, *el-Cerime ve'l-Ukûbe fi'l-Fikhi'l-İslâm*, Kahire: Daru'l-Fikri Arabi, 1946, s.69.

73 Muhammed Necdât, a.g.e, s.508.

74 Hallaf, Abdülvehhab, *İlmu Usûli'l-Fikh*, İskenderiyye: Mektebetü'd-Da'veti'l-İslâmiyye, 2002, s.89; Kuvte, Adil b. Abdulkadir b. Muhammed, *Eseru'l-Urf ve Tatbikatuhu'l-Muâsıra fi'l-Fikhi'l-Muâmelâti'l-Mâliyye*, Cidde: el-Benku'l-İslâmi li't-Tenmiye, 2008, s.21; Kıyıcı, Selahattin, *İslâm Hukukunda Örf ve Adet*, Erzurum: Kültür ve Eğitim Vakfı Yayınevi, 2002, s.169,178.

75 Muhammed Necdât, a.g.e,s.508; Arabiyyât, a.g.e, s.229.

## 2. Nakdi Fazlalılık Önceden Belirlenmeden Cezai Şart Kararlaştırmayı Caiz Görmeyenler ve Delilleri

Ali el-Hafif, Zekiyyüddin Şa'bân, Nezih Kemâl Hammâd, Muhammed Osman Şubeyr, Yunus Refik el-Mısırî, Muhammed Zeki Abdülber, Naci Şefik Acem ve Abdunnâsir el-Atâr<sup>76</sup> gibi çağdaş İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre para borçlarında nakdi fazlalılık önceden cezai şart olarak kararlaştırılmaz. Bu görüşteki İslâm hukukçularına göre bu şekilde kararlaştırılan cezai şart gerçekte faizdir veya en azından faizle arasında çok benzerlik bulunan bir işlemdir<sup>77</sup>.

Bu konuda Zekiyyüddin Şa'bân'ın görüşü şu şekildedir: “Ödeme zamanı gelen borcun gecikmesine karşılık olarak borçludan belli bir miktar paranın alınması hiç şüphesiz Allah'ın yasakladığı faizdir.”<sup>78</sup>

Muhammed Zuhayli de, bedel önceden takdir edilmese bile para borçlarında cezai şartın haram olduğu görüşünü tercih etmiştir. Çünkü bu anlaşmada faiz şüphesi bulunmaktadır. Bu nedenle cezai şart, yerine getirilmesi zorunlu olan sahih şartlardan değildir. Hadiste belirtilen haramı helal sayan şartlardandır. Gecikme tazminatı için önceden anlaşmak faizin kapılarından birini açmaktır. Çünkü Cezai şart, ifası geciken borcun artırılarak tazmin edilmesidir. Bu ise faizdir<sup>79</sup>.

İslâm Fıkıh Akademisi, ödemesini geciktiren borçlunun önceden belirlenen bir şartla veya şartsız olarak asıl borca yapılan fazlalığı ödemekle sorumlu tutulmasının faiz olduğunu kararlaştırmıştır. Daha sonra XII. dönem toplantısında genel olarak sözleşmelerde cezai şartın caiz olduğunu ancak para borçlarında caiz olmadığını kararlaştırarak bu konudaki görüşünü kuvvetlendirmiştir<sup>80</sup>.

Bu görüşteki İslâm hukukçularının delilleri şunlardır:

1) Cezai şartta para borçlarında gecikme sebebiyle alınan bedel Cahiliye dönemindeki “*Ya öde ya da artı.*” uygulamasına benzemektedir. Çünkü cezai şart para borcunun ifasındaki gecikme karşılığında belirlenen bir artıştır<sup>81</sup>. Cezai şart olarak belirlenen miktar gecikmenin veya belli bir zaman beklemenin karşılığıdır. Bu ise apaçık yasaklanan faizdir<sup>82</sup>. Para borçlarında beklemeden oluşan zararın tazmini olarak borçta fazlalığın şart koşulması faize teşviktir<sup>83</sup>. Hâlbuki Kur'anda ‘*Ey iman edenler! Allah'tan korkun ve artık faizin peşini bırakın, eğer gerçekten müminler iseniz. Eğer böyle yapmazsanız, o zaman Allah ve Resulü tarafından size savaş açılmış*

76 Hammâd, *a.g.m.*, s.111,113; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*, II, 866,867,874; Şefik Acem, *a.g.m.*, s.213.

77 Muhammed Zuhayli, *a.g.e.*, V, 212; Hammâd, *a.g.m.*, s.111,113; Muhammed Enes Zerkâ-Muhammed Ali Kuri, *a.g.m.*, s.32,35; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*, II, 866.

78 Muhammed Zuhayli, *a.g.e.*, V,213.

79 Muhammed Zuhayli, *a.g.e.*, V, 214,215.

80 Muhammed Zuhayli, *a.g.e.*, V,214.

81 Mısırî, Refik Yunus, *Buhûs fi'l-İktisâdi'l-İslâmi*, Dimeşk: Daru'l-Mektebi, 2009, s.172; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*,II, 862; Arabiyyât, *a.g.e.*,s.228.

82 Yunus el-Mısırî, *a.g.e.*,s.172; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*,II, 860;

83 Rifâi, *a.g.e.*, s.87; Bennâ, Muhammed Ali Muhammed Ahmed, *el-Karzû'l-Masrifî Dirâse Tarihiyye Mukârene beynê-Şeriatî'l-İslâmiyye ve'l-Kânûnî'l-Vaz'î*, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2006, 429.

*olduğunu bilin. Eğer tevbe ederseniz, ana sermayeleriniz sizindir. Haksızlık etmezsiniz, haksızlığa da uğramazsınız.*<sup>84</sup> ayetinde olduğu gibi daha bir çok ayette faiz yasaklanmıştır.

Amr İbnu'l-Abbas'ın Hz. Peygamber'in Veda Haccı'nda şöyle buyurduğunu rivayet ettiği hadis de para borçlarında fazlalığın alınamayacağını açıkça ifade edilmesi bakımından önemlidir. Söz konusu hadis şöyledir: *'Haberiniz olsun, câhiliyye devrindeki bütün ribâlar kaldırılmıştır ve ödenmeyecektir. Sadece verdiğiniz anapara- rayı alacaksınız. Böylece ne zulmetmiş olacaksınız ne de zulme uğramış olacaksınız.'*<sup>85</sup>

2) Cezai şartın caiz olduğuna delil olarak gösterilen *"Zengin borcunu ifa etmemesi zulümdür."*<sup>86</sup> *"Ödeme imkânı olan borcunu ifa etmemesi haysiyetine söz söylenmesini ve cezalandırılmasını helal kılar"*<sup>87</sup> hadisleri idare aracılığıyla borçlunun ifaya zorlanarak alacaklıya zulmünün engellenmesine işaret edilmektedir. Dolayısıyla yukarıda belirtilen hadisler borcun zamanında ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın cezai şart yoluyla tazminine delil olarak gösterilemez<sup>88</sup>. Çünkü hadiste ırzı ve cezalandırılması helal olur denilmesine rağmen malından alınması helal olur denilmemektedir. Hz. Peygamber borçlunun malından alınarak cezalandırılmasını isteseydi onu da söylerdi. Hâlbuki Hz. Peygamber böyle bir şey söylememiştir<sup>89</sup>. Ayrıca hadiste geçen cezalandırmayı İslâm hukukçuları hapis ve ta'zirle cezalandırma olarak yorumlamış, mali tazminat alınması şeklinde anlamamıştır. Çünkü para borçlarında mali tazminat alınması riba hükmündedir<sup>90</sup>.

*"Zarar vermek ve zarara zararlarla mukabele etmek yoktur."*<sup>91</sup> hadisi para borçların mali tazminat alınabileceği sonucuna ulaştırmaz. İslâm hukukunda zarar konusunda yerleşik kurala delil olabilir. İbn Sirin'den nakledilen rivayet para borçlarında önceden miktar belirlenmeden cezai şart koşulabileceğine delil olarak gösterilemez. Çünkü sözkonusu rivayette fazlalığı müşteri kendiliğinden şart koşturmuştur. Bu insanın nezir ve şart gibi kendi kendine sorumluluk üstlenmesidir. Cezai şartta ise fazlalık alacaklı tarafından istenmektedir<sup>92</sup>.

3) Cezai şartla belirlenen bedelin alınmasında borçlunun zengin veya fakir olması ayırt edilmemektedir. Bu ise İslâm hukukunda borcunu ödeyemeyecek durumda olan borçluya yapılması istenen kolaylık tavsiyelerine uymamaktadır. Çünkü Kur'ân'da *"Eğer (borçlu) darlık içinde ise, eli genişleyinceye kadar ona mühlet*

84 Kur'an, Bakara: 2/278,279.

85 Müslim, "Hac",19; Ebû Dâvud, "Büyu", 5; Tirmizî, "Tefsiru'l-Kur'an", 10.

86 Buhârî, "Havalat", 1,2, "İstikraz",12.

87 Buhârî, "İstikraz", 13.

88 Şubeyr ve Diğerleri, a.g.e,II, 868; Bennâ, a.g.e,s.428.

89 Abdülbir, Muhammed Zekî, *"Re'yün Âhar fî Matli'l-Medîn, hel Yülzemu bi't-Ta'vîz"*, Mecelletü Câmîati'l-Melik Abdilaziz el-İktisâdü'l-İslâmî, 2/1, 1990, s.168.

90 Aynî, a.g.e, XII, 156; İbn Hacer, a.g.e, IV, 544,545.

91 İbn Mâce, "Ahkâm", 17; Malik, el-Muvatta, Akdiye, 31.

92 Saîdî, a.g.e, II, 1209,1210.



vermek (gerekir). Eğer (gerçekleri) anlarsanız bunu sadakaya saymak sizin için daha hayırlıdır.”<sup>93</sup> buyurulmaktadır.<sup>94</sup>

4) Cezai şarttaki bedel İslâm hukukunda menfaat sağlanan borç gibidir. İslâm hukukunda ise taraflardan birine menfaat sağlayan borç icma ile haramdır<sup>95</sup>.

5) Borcunu geciktiren kişiye uygulanacak müeyyideler Kur’ân, sünnet ve İslâm hukukçularının görüşleriyle belirlenmiştir. İslâm hukukunda alacağın garanti altına alınmasını sağlayacak cezai şarta alternatif çözümler mevcuttur. Sözelimi alacaklı rehin ve kefalet gibi hukuki müesseselerle borcun ifasını garanti altına alabilir. Rehinde, alacaklı borcun ifası için rehin alınan malın satılmasını isteyebilir. Kefalet akdiyle de alacağını kefiliden isteyebilir. Ödeme imkânı olduğu halde ifayı geciktiren hapsedilebilir. Bu nedenle faiz şüphesi bulunan cezai şarta gerek yoktur<sup>96</sup>.

6) Şartlarda ibahanın asıl olmasından hareket edilerek bu tür cezai şartın İslâm hukukunda caiz olduğu savunulamaz. Çünkü bu kuralda şartların sahihliği, helali haram veya haramı helal yapmaması ile Kur’ân ve sünnete aykırı olmamasına bağlanmıştır. Oysa Kur’ân’da bu şartın haram olduğuna açıkça işaret edilmektedir<sup>97</sup>. Bu durumda cezai şartın sahih olduğunu söylemek haramı helal yapan bir şartı sahih olarak kabul etmektir<sup>98</sup>.

7) Para borçlarında nakdi fazlalık önceden belirlenerek cezai şartın kararlaştırılması İslâm hukukunun tazminat ilkesine uymamaktadır. İslâm’da tazminat kiralanabilen malın karşılığı veya itlafın bedeli olarak alınır. Para gibi kiralanamayan mallarda asıl borç ödenir. Cezai şartta tazminat ise ifa zamanından sonraki belirli vakte karşılık olarak alınmaktadır. Dolayısıyla zaman ücretlendirilmektedir. Bu ise, icma ile haram olan gecikme faizinden başka bir şey değildir<sup>99</sup>.

Ayrıca cezai şartın kararlaştırılmasında amacın faizdeki gibi zenginleşme olmadığı ve zararın tazmin edilmesi hedeflendiği gerekçesiyle faizden farklı değerlendirilerek meşru olması gerektiği savunulamaz. Çünkü faizin haram olmasının illeti fazlalıktır. Zenginleşme gibi diğer unsurlar ise faizin yasaklanmasının hikmetidir. Dolayısıyla hikmet illet yerine konularak cezai şartın caiz olduğu iddia edilmektedir<sup>100</sup>.

8) Şafiî ve Hanbelî ekollerinin gâsıbın menfaatleri tazmin etmesi gerektiği görüşüne dayanılarak alacaklının muhtemel kârının da tazmin edilmesi gerektiği

93 Kur’ân, Bakara, 2/280

94 Muhammed Zuhayli, *a.g.e*, V, 214.

95 Hz. Peygamberin ‘Menfaat sağlanan her borç ribadır’ dediği rivayet edilmiştir. Bkz. Zeylai, Ebû Muhammed Cemaladdin Abdullah b. Yusuf b. Muhammed, *Nasbü’r-Râye li-Ehâdisi’l-Hidâye*, Cidde: Sekâfeti’l-İslâmî, t.y., IV, 60.

96 Muhammed Zuhayli, *a.g.e*, V, 215; Hammâd, *a.g.m*, s.113 Vehbe Zuhayli, *a.g.e*, s.179.

97 Kur’ân, Bakara, 2/275, 280.

98 Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e*, II, 871.

99 Hammâd, *a.g.m*, s.107; Muhammed Enes Zerkâ-Muhammed Ali Kuri, *a.g.m*, s.32; Abdulaziz Bayındır, ‘Faizsiz Sistemde Ödemeyi Geciktiren Borçluya Uygulanacak Maddi Ceza’, *İÜİFD*, 1, 2001, s.58,59.

100 Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e*, II, 872.

söylenemez. Çünkü bu mezheplere göre, malın misliyle birlikte ondan elde edilen menfaatin de tazmin edilebilmesi için, gasbedilen şeyin kiralanabilir özellikte olması gerekir. Paranın kiralanabilir nitelikte olmadığı konusunda İslâm hukukçuları icma etmiştir. Buna göre gasbedilen şey para ise, gasbeden kişiden tazminat ödemesi istenemez. Klasik dönem İslâm hukukçularından hiçbiri para borçlarında alacaklının kaybettiği menfaatin borçlu tarafından tazmin edilmesi gerektiğini söylememiştir. Kiralanabilir nitelikte olmayan mal gaspçının elinde çok uzun bir süre kalsa bile gaspçı malın mislini veya kıymetini öder. Dolayısıyla yapılan kıyas, kıyâs-ı meal fâriktir<sup>101</sup>.

9) Borcunu zamanında ödemeyen kişi mali tazminatla cezalandırılmadığında borcunu zamanında ödeyen kişiyle aynı tutulmuş olur. Böylece insanları borcunu zamanında ifa etmemeye teşvik etmiş oluruz ve ceza sadece ahiretle sınırlı kalmaktadır düşüncesiyle cezai şartın sahih olduğu iddia edilemez. Çünkü ilgili hadiste borcun zamanında ödenmemesi zulüm olarak nitelendirilmiştir. Kur'ân ve sünnette ise zulmeden kişinin hem dünyada hem de ahirette mutlaka cezalandırılacağı belirtilmiştir. Mali ceza olmasa bile bu uyarı bir müslümanın sorumluluklarını ifa etmesi için yeterlidir. Böylece borcunu ifa edenle ifa etmeyene eşit davranılmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca borcunu zamanında ifa etmeyen kişi hapis gibi şekillerde tazirle cezalandırılmaktadır. Bu durumda borcunu ifa edenle etmeyen arasında haksızlık olduğu, borcunu ifa etmeyen cezasının ahirete bırakıldığı böylece adaletin sağlanmadığı düşüncesi gerçeği yansıtmamaktadır<sup>102</sup>.

10) Ödemenin gecikmesi alacaklıyı her zaman zarara sokmaz. Borcun miktarı azalmadığı için zarardan bahsedilemez. Ayrıca muhtemel kâr kaybı zarar olarak değerlendirilemez. Çünkü kar alım satımın yapıldığı ticari işlemlerden kazanılır. Para borçlarında böyle ilişki söz konusu değildir. Para borçlarından elde edilen gelire faiz denir. Kur'ân'da geçen riba kelimesi de borçtan sağlanan gelir anlamında kullanılmaktadır<sup>103</sup>.

Para borçlarında kazanılması kuvvetle muhtemel karın tazminine izin verilecek olsaydı ticaret ve sanayi alanlarında verilen para borçlarında da faize izin verirdi. Çünkü iddia edildiği gibi bu alanlarda verilen borç diğer tarafın kar etmesine sebep olmaktadır. Alacaklının borç vermeyerek kendisinin de kar etmesi söz konusudur. Bu durumda bu şekilde borç veren kişi muhtemel karını da alacaklıdan tazminat olarak istemelidir. Hâlbuki İslâm hukukunda faizin böyle bir istisnası yoktur<sup>104</sup>.

101 Mısri, *a.g.e.*, s.173; Hammâd, *a.g.m.*, s.109,110; Muhammed Enes Zerkâ-Muhammed Ali Kuri, *a.g.m.*, s.32; Abdülbir, *a.g.m.*, s.169; Bayındır, *a.g.m.*, s.57,58.

102 Hammâd, *a.g.m.*, s.112; Şubeyr ve Diğerleri, *a.g.e.*,II, 870.

103 Bennâ, *a.g.e.*,427; Bayındır, *a.g.m.*, s.58.

104 Şaban, "Talîk" (*el-Hukmu ale Medîni'l-Mumâtil*), s.219.

### 3. Değerlendirme

Delillerin daha kuvvetli oluşu nedeniyle İslam hukukuna göre para borçlarında önceden bir miktar belirlemeden cezai şart kararlaştırılamayacağını savunan çoğunluğu görüşünü tercih ediyoruz.

Kanaatimize göre nakdi fazlalık önceden belirlenmeden cezai şartın kararlaştırılabileceği görüşünün delilleri şu şekilde eleştirilebilir.

1) “Verdiğiniz sözü yerine getirin. Çünkü söz veren sözünden sorumludur.”<sup>105</sup>, “Onlar ki emanetlerine ve verdikleri sözlerine riayet ederler”<sup>106</sup> ayetlerinden para borçlarında tarafların akit esnasında önceden bir miktar belirlemeden cezai şart kararlaştırabilecekleri anlaşılmamaktadır. Ayetlerde genel olarak sözleşmelere riayet edilmesi istenmektedir. Yoksa İslâm hukukunda yasaklanan sözleşmelere de uyulması istenmemiştir. Aksi halde tarafların kendi rızalarıyla belirledikleri her batıl veya fasid şarta uyulması gerekir. Hâlbuki İslâm hukukunda batıl veya fasid şartlara riayet edilmez.

Kur’ân’da “Ey iman edenler! Allah’tan korkun ve artık faizin peşini bırakın, eğer gerçekten müminler iseniz. Eğer böyle yapmazsanız, o zaman Allah ve Resulü tarafından size savaş açılmış olduğunu bilin. Eğer tevbe ederseniz, ana sermayeleriniz sizindir. Haksızlık etmezsiniz, haksızlığa da uğramazsınız”<sup>107</sup> ayetinde “**ruüsü emval**” den kastedilen borç olarak verilen paradır. Para borçlarında cezai şartın caiz olduğunu savunan İslâm hukukçularına göre anapara asıl borç; borcun zamanında ödenmemesi durumunda borçludan talep edilen ek fazlalık ise cezai şarttır. Ayette alacaklının hakkının anapara olduğu açıkça belirtilmişken asıl borca ek olarak cezai şart talep edilmesi ayete aykırı bir ücretin istenmesidir.

Para borçlarına “Aranızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin”<sup>108</sup> ayetinin delil olarak gösterilmesi büyük bir çelişkidir. Çünkü aslında cezai şart olarak kararlaştırılan miktarla karşı tarafın malı haksız şekilde yenilmektedir. Ayette geçen “**Haksızlık etmezsiniz**” ifadesi buna açıkça işaret etmektedir.

2) Para borçlarında cezai şartın alınabileceğine delil olarak gösterilen “Zengin borcunu ifa etmemesi zulümdür”<sup>109</sup> hadiste geçen “**matl**” eda vakti gelen borcun özürsüz olarak geciktirilmesi<sup>110</sup>. İslâm hukuku kaynaklarında borcun geciktirilmesi genellikle **matl** ve **mumatele** kelimeleri ile ifade edilmiştir. Mümâtele borcun edasını uzatıp geciktirme, sürüncemede bırakma demektir. Böyle yapan kişiye

105 Kur’ân, İsrâ, 17/ 34.

106 Kur’ân, Mü’minûn, 23/8.

107 Kur’ân, Bakara, 2/278, 279.

108 Kur’ân, Bakara, 2/188.

109 Buhârî, “Havale”, 1,2, “İstikraz”, 12; İbn Mâce, “Sadakat”, 18; İbn Hibbân, Ebû Hâtîm Muhammed b. Hibban b. Ahmed et-Temîmî, *Sahîhu İbn Hibbân*, Beyrut: Müessesetü’r-Risâle, 1984, dava, 2.

110 Aynı, a.g.e, XII,155; İbn Hacer el-Askalânî, a.g.e, IV,543; Kirmânî, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Yusuf b. Ali, *Sahîhu ebî Abdullah el-Buhârî bi-Şerhi’l-Kirmânî*, Beyrut: Dâru İhyai’t-Türasi’l-Arabi, 1981, X, 117; San’ânî, Ebû İbrâhîm İzzeddin Muhammed b. İsmail Emir, *Sübülü’s-Selâm el-Muvassiletü ilâ Bulûği’l-Merâm*, Riyad: Dar ibn’il-Cevziyye, t.y., V,158.

mümâtîl denir<sup>111</sup>. Hadiste geçen “*ğaniy*” fakir de olsa borcunu ödeme imkânı olduğu halde ödemeyip geciktiren kişidir<sup>112</sup>.

Ödeme imkânı olmayan borçlu mumatil olarak kabul edilmediği gibi ödemenin imkânsızlaşması nedeniyle borcunu geciktiren kişi de mumatil sayılmaz<sup>113</sup>. Aşağıda verilen hadis mumatilin kim olduğunu açıklamaktadır.

“Ödeme imkânı olanın borcunu ifa etmemesi haysiyetine söz söylenmesini ve cezalandırılmasını helal kılar.”<sup>114</sup>

Hadisten anlaşıldığı gibi borç sebebiyle cezaya çarptırılacak kişi, ödeme imkânı olduğu halde borcunu zamanında ödemeyen kişidir. Buna göre aslen zengin olmadığı halde borcunu ödeyecek imkânı olan fakir de bu hadisin şümulüne girer.

Abdurrezak, musannafında Ebû Hureyre’den ödeme imkânı olduğu halde borcun ifasını geciktiren kişi hakkında şöyle bir hadis rivayet etmektedir. “*Borcun olup da ödeme imkânı olduğu halde geciktiren kişi haram yemiş gibidir.*”<sup>115</sup>

İslâm bilginleri yukarıda geçen ayet ve hadisler ile vahiy dönemindeki uygulamalardan hareketle ödeme imkânına sahip olduğu halde borcunu ödemeyen kişinin hapis, dövme, mülazeme/yakın takip, meslekten men etme, fasık sayma ve tazir nevinden cezalarla cezalandırılabileceğini ifade etmişlerdir<sup>116</sup>.

Borcun ifasını geciktiren kişi ancak kanun koyucunun emrine göre cezalandırılabilir. Hadiste ödeme gücü olan kişinin borcunu ifa etmemesi zulüm olarak nitelendirildikten sonra, ırzının ve cezalandırılmasının helal olduğu belirtilmektedir. Yani ödeme imkânı olan borçlunun malı helal olur denilmemiştir. Hadiste mali cezaya işaret edilmemektedir. Irzının helal olması zulüm ve gevşek biri olarak vasıflandırılmasıdır. Cezalandırılması ise hapsedilmesi, dövülmesi veya malının cebren satılmasıdır. Yoksa asıl borcun artırılarak ödettirilmesi değildir<sup>117</sup>.

Hadiste cezalandırmayla kastedilen hapis gibi tazir cezalarıdır. Mali tazir cezası konusunda ihtilafa rağmen hiçbir İslâm hukukçusu bu zamana kadar para borçlarında mali cezadan söz etmemiştir.

111 Muhammed Zuhaylî, *a.g.e*, V, 86; Hammad, *Kadâyâ Fikhiyye Muâsıra*, s.224; Âni, Madar Nizâr, *Ahkâmü Tagayyüri Kıymeti'l-Umleti'n-Nakdiyye ve Eseruhâ fi Tesdîdi'l-Karz*, Amman: Dârü'n-Nefâis, 2001, s. 93.

112 Suyûtî, Ebu'l-Fazl Celaleddîn Abdurrahman b. Ebi Bekr, *Sünenü'n-Nesâi bi-Şerhi'l-Hafız Celâleddîn Suyûtî ve Hâşiyeti'l-İmâm es-Sindî*, Haleb: Mektebetü'l-Matbaâtî'l-İslâmi, t.y., VII,316; San'ânî, *a.g.e*, V,158.

113 San'ânî, *a.g.e*, V,158; Muhammed Zuhaylî, *a.g.e*, V,87.

114 Buhârî, İstikraz, 13; Ebû Dâvud, Kaza, 29; İbn Mâce, Sadakat,18; Nesâi, Buyu, 100.

115 Abdurrezak, Ebû Bekr Abdürrezzak b. Hemmâm San'ânî, *el-Musannağ*, Beyrut: 1972, VIII, 317.

116 Ebû Dâvud, “Kaza”, 29; İbn Mâce, “Sadakat”, 18; Ebû Şeybe, Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed b. İbrahim, *el-Musanneğ*, Kahire: el-Farukü'l-Hadise, 2008, VII,497; Suyûtî, *a.g.e*, VII,316; İbn Hibban, *Sahîhu İbn Hibban*, Dava, 2; Hakim en-Nisaburi, Ebû Abdullah İbnü'l-Beyyi Muhammed, *el-Müstedrek ale's-Sahihayn*, Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, 1915, IV,102; Beyhâkî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Haydarabad: Dâiretü'l-Maârifü'l-Osmaniyye, 1353, VI, 51.

117 Sâlûs, Ali Ahmed, *el-İktisâdu'l-İslâmi Kadâyâ Fikhiyye Muâsıra*, Duha: Dârü's-Sekâfe, 1998, s.566; Anzî, *a.g.e*, I, 212-216.

3) Fıkıh usulünde “Bir hukuki işlemin hükümlerinin işlemeye başlaması veya işlemekte olan hükümlerin sona ermesinin gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir olaya bağlanması ya da hukuki işlem için kayıt konması” anlamında kullanılan<sup>118</sup> şart kaynağı bakımından kanuni ve iradi şart olarak iki kısma ayrılır. Kanuni şartlar genel olarak kanun koyucu tarafından şart koşulan şeyleri tamamlar, onun gayelerinin gerçekleşmesini sağlar<sup>119</sup>. İradi şartlar ise ferdin amaçlarının gerçekleşmesini sağlar.

Şer’î şartlarda ittifak eden İslâm hukukçuları, iradi şartların sınırları konusunda ihtilaf etmiştir. Bunun en önemli sebebi iradi şart konusunda nakledilen hadislerin farklı hükümler içermesi ve hukukçuların yorumlarının genel-özel, önce-sonra, yasak-caiz ve amaca ilişkin olması bakımından yorumlarının farklılık arz etmesidir<sup>120</sup>.

Zâhiri mezhebi<sup>121</sup> şartlarda ve sözleşmelerde haramlığın asıl olduğu iddiasıyla iradi şartları tümüyle reddetmektedir. Hanefî ve Şâfiî hukukçular<sup>122</sup> ise iradi şartların alanını oldukça daraltmaktadır. İbn Şübrüme<sup>123</sup>, İbn Ebî Leylâ, Kadı Şureyh<sup>124</sup> ile Hanbelî mezhebi ve özellikle İbn Teymiye ile öğrencisi İbnü’l Kayyim<sup>125</sup> iradi şartların alanını genişletmektedir. Ancak bu hukukçulara göre kanuna uygun olmak şartıyla insan iradesinden kaynaklanan her şart geçerlidir.

İslâm hukukuna göre cezâî şartın yerinin tespit edilmesi, sözleşmelere etkisi ve hükmünün ortaya konulması bakımından gereklidir. Şartlar kaynağı bakımından değerlendirildiğinde cezâî şartın şer’î bir şart olmadığı açıktır. Çünkü kaynak itibarıyla ne ayette ne de sünnette sözleşmelerde bu türden şarttan bahsedilmemektedir. Buna göre cezâî şart iradi/ca’lî şart olmalıdır. İradi şartlardan da takyidi şart içinde olduğu anlaşılmaktadır<sup>126</sup>. Çünkü sözleşmenin kuruluşu cezai şarta bağlanmamıştır. Sözleşmenin kuruluşu cezâî şarta bağlanmadığından cezâî şart taliki şart değildir. Borçlu sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda sebep olduğu zararı tazmin etmekle sorumlu tutulmaktadır. Yani bu şart sonuca ve hükme etki etmektedir. İnsanların kendi iradeleriyle sözleşmeye koyduğu sözleşmenin aslından olmayan ek bir şarttır.

Bu durumda cezâî şartın, sözleşmeyi takyid etmesi, kaynağının insan olması, sözleşmeyi kuvvetlendirmesi ve sözleşmenin aslından olmaması sebebiyle takyidi şart olduğunu söyleyebiliriz.

118 Hallâf, Abdülvehhab, *İlmü Usûli’l-Fıkıh*, İskenderiyye: Mektebetü’d-Da’veti’l-İslâmiyye, 2002, s.118.

119 Şâtûbî, Ebû İshak İbrâhîm b. Musa b. Muhammed el-Gırnâtî, *el-Muvâfakât fî Usûli’ş-Şeria*, t.y., I, 283; Şâzelî, Hasan Ali, *Nazariyyetü’ş-Şart fî’l-Fıkıh’l-İslâmî*, Dârü’l-İttihâdî’l-Arabi, t.y., s. 49.

120 Kaşıkçı, Osman, “Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/1, 1997, s.214.

121 İbn Hazm, *a.g.e*, VIII, 412,415; İbn Kayyim el-Cevziyye, *a.g.e*, III, 107.

122 Kâsânî, Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes’ud b. Ahmed el-Hanefî, *Bedâi’ü’s-Sanâi’ fî Tertibi’ş-Şerâi’*, II. Baskı, Mekke: t.y., 1986, V, 176; İbn Teymiyye, *a.g.e*, IV, 76; İbn Rüşd, Ebü’l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubî, *Bidâyetü’l-Müctehid ve Nihâyetü’l-Muktesid*, VI. Baskı, Dârü’l-Ma’rife, 1982, II, 161,162.

123 Kâsânî, *a.g.e*, V, 176; Hatib, Abdülaziz Ömer, *el-Kiyemü’l-Mâliyye beyne’t-Ta’bûd ve’t-Ta’vîz fi’ş-Şeriat’l-İslâmiyye*, Amman: Dâru Ammar, 2000, s.321.

124 Hatib, *a.g.e*, s.321,322.

125 İbn Kayyim, *a.g.e*, III, 107; İbn Teymiyye, *a.g.e*, IV, 79; Ebû Zehrâ, *Nazariyyetü’l-Akd*, s. 245.

126 Darîr, “*‘eş-Şartu’l-Cezâi’*”, s.54; Yemenî, *a.g.e*, s.59; Hamevî, *a.g.e*, s.116.

Yukarıdan da anlaşılacağı gibi İslam hukukunda şartların alanı daraltılmıştır. Buna göre “Müslümanlar şartlara riayet ederler.”<sup>127</sup> ve “Müslümanlar şartlar üzere-dir.”<sup>128</sup> hadislerini delil göstererek şartlarda ibahanın esas olduğu düşüncesiyle para borçlarında önceden belli bir miktarı cezai şart olarak belirlemenin caiz olduğunu savunmak da verilen söze riayet edilmesini isteyen ayeti delil olarak göstermek gibidir. Çünkü Kur’ân ve sünnete muhalefet etmeyen şartlarda esas olan ibahadır. Yoksa temel kaynaklara açıkça muhalefet eden şartlarda esas olan ibaha değildir. Onlar batıl veya fasid şart olarak nitelendirilir.

4) İslam hukukunda borcun zamanında ifa edilmesi alacaklının borcun ifasına karşılık kendini güvende hissetmesi için kefillik ve rehin gibi tedbirler alınmıştır. Bu tedbirler daha etkin hale getirilerek borcun ifası sağlanabilir. Dolayısıyla bu tedbirlere rağmen faize teşvik veya faiz gibi algılanabilecek bir uygulamaya gerek yoktur. Bazı katılım bankaları ve şirketler daha kolay olduğu için böyle bir yapıtı-rıma başvurmaktadır. Hâlbuki bu uygulama İslâm hukukunda dayanağı ve örneği olmayan bir uygulamadır. Günümüze kadar hiçbir İslâm hukukçusu para borcunu zamanında ifa etmeyen kişinin alacaklıya asıl borca ek olarak ödenmesi konusun-da tarafların önceden miktar belirleyerek veya miktar belirlenmeden şartlı anlaş-a-bileceklerini savunmamıştır.

5) Para borcunu zamanında ifa etmeyen kişinin cezai şartla muhtemel karı veya gerçekleşen zararı karşılması İslâm hukukunun ne tazminat anlayışıyla ne de ceza anlayışıyla uyuşmamaktadır. Çünkü cezâi şart sözleşme esnasında zarar-dan önce belirlenir. Ta’zir ise, hâkim tarafından zarardan sonra tespit edilir. Ayrıca ta’zir cezası hâkim tarafından verilirken cezâi şart sözleşmenin tarafları arasında kararlaştırılmaktadır.

Ödeme imkânı olduğu halde ifayı geciktiren kişinin hapis ve kınama gibi tazir cezalarıyla cezalandırılabileceği konusunda ittifak eden İslâm hukukçuları<sup>129</sup> mali tazir cezasının meşruiyeti konusunda ihtilaf etmiştir. İslâm hukukçularının ço-ğunluğuna göre mali tazir caiz değildir<sup>130</sup>. Malikîlerden İbn Ferhun, Hanefîlerden Ebu Yusuf ve Hanbelîlerden İbn Teymiyye ve İbnu’l-Kayyım’a göre mali tazir ce-zası caizdir<sup>131</sup>. Mali tazir cezasının verilebileceğini savunan İslam hukukçuları da para borcunu zamanında ifa etmeyen kişinin asıl borca ek olarak bir fazlalığı öde-mesi şartının sahihliğini savunmamıştır.

6) Diğer görüşü savunan İslâm hukukçularının delilleri adaletin sağlanması, imkân olduğu halde borcunu zamanında ifa etmeyen kişinin haksız kazanç elde

127 Buhârî, “İcare”,14; Ebû Davûd, “Kaza”, 12.

128 Tirmizî, “Ahkâm”, 17; Ebû Davud, “Kaza”, 12.

129 Muhammed Zuhaylî, a.g.e, V,118.

130 İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme, *el-Muğni*, Riyad: Dâru Alemlî’l-Kütüb, 1999, XII, 526; İbn Âbidîn, a.g.e, VI, 105; Ebû Ruhayye, Macid Muhammed, “İslâmda Mali Ta’zir Cezası”, Nihat Dalgın(çev.), OMÜİFD, 11, 1999, s.316.

131 Zeylaî, a.g.e, III, 208; İbn Âbidîn, a.g.e, VI, 105,106; İbn Ferhûn, Ebü’l-Vefâ Burhâneddîn İbrâhim b. Ali b. Muhammed, *Tebîrâtü’l-Hükkâm fi Usûli’l-Akziye ve Menâhici’l-Ahkâm*, Beyrut: Dârü’l-Kütübî’l-İlmiyye, t.y., II, 220,221; Ebû Ruhayye, a.g.e, s. 316.

etmesi, gaspçı durumuna düşmesi ve zararın karşılanması konusundaki genel kaidelerden öteye gitmemektedir. Para borçlarında cezai şartta kar elde etme düşüncesinin olmaması ve borçlunun ifaya zorlanması amacıyla kararlaştırılması sebebiyle faiz olmadığını savunmak iyi niyetle çözüm arayışı olarak görülse de işleyiş ve sonuç olarak faizden farklı değildir. En azından faiz şüphesi çok kuvvetlidir. Hz. Peygamber “*Helal bellidir. Haram da bellidir. Bu ikisi arasında şüpheli şeyler vardır. İnsanların çoğu bunu bilmezler. Kim bu şüpheli şeylerden uzak durursa dinini ve ırzını korumuş olur.*”<sup>132</sup> buyurarak şüpheli konularda temkinli davranılmasını istemiştir.

## b. Nakdi Fazlalılık Önceden Belirlenerek Cezai Şartın Kararlaştırılması

Nakdi fazlalık önceden belirlenerek cezai şartın kararlaştırılması konusunda da lehine ve alyhine iki görüş oluşmuştur:

### 1. Nakdi Fazlalılık Önceden Belirlenerek Cezai Şart Kararlaştırmayı Caiz Görmeyenler ve Delilleri

Çağdaş İslâm hukukçularının çoğunluğu ödeme imkânı olmasına rağmen, para borçlarının zamanında ifa edilmemesi koşuluyla tarafların sabit bir miktarın veya asıl borcun belli bir oranının cezai şart olarak önceden kararlaştıramayacağı görüşündedir. Çünkü böyle bir anlaşma İslâm hukukunda yasaklanan faize benzerdir. Borç zamanında ifa edilmediğinde borcun cinsinden veya başka bir maldan belli bir miktarın asıl borçtan fazla olarak alınması veya menfaat sağlanması şartı, sözleşmeyi iptal eden batıl bir şarttır<sup>133</sup>.

Bu şekilde kararlaştırılan cezai şartın haram olduğunu Mustafa ez-Zerkâ, Sıddîk ed-Darîr, Muhammed Zuhayli, Zekiyyüddîn Şa'bân, Refik Yunus el-Mısri, Nezih Hammad, Abdünnâsir el-Atâr, Muhammed Osman Şubeyr gibi çağdaş İslâm hukukçuları açıkça belirtmiştir<sup>134</sup>. Nedvetü'l-Bereke III. Dönem toplantısında alacaklının ve borçlunun önceden belli bir miktar belirlemelerinin caiz olmadığı kararı almıştır<sup>135</sup>.

Bu görüşteki İslâm hukukçularının para borçlarında önceden kararlaştırılan nakdi fazlalığın alınmasının cezai şart olarak kararlaştırılmayacağı konusundaki delilleri şunlardır:

1) Bu uygulama Kur'ân<sup>136</sup> ve sahih hadiste<sup>137</sup> yasaklanan cahiliye faiziyle aynıdır. Borcun zamanında ödenmesi için önerilen bu tür cezai şart gecikme faizinin başka bir şekilde ifade edilmesidir. Ayetler farklı şekillerde yorumlanarak cezai

132 Buhârî, “İman”, 39.

133 Savâ, *a.g.m.*, s.23; Vehbe Zuhayli, *el-Muâmelâtu'l-Mâliyye*, s.179.

134 Muhammed Zuhayli, *a.g.e.*, V, 116-206; Darîr, “eş-Şartu'l-Cezâi”, s.71.

135 Ebû Guddê-Hüce, *a.g.e.*, s.56.

136 Kur'ân, el-Bakara, 2/275-279; Âli İmrân, 130.

137 Buhârî, “Vekâlet”, 11; Müslim, “Musâkât”, 14; Nesâî, “Büyü”, 41; Ebû Dâvud, “Büyü”, 5.

şartın faizden farklı olduğu ispat edilmeye çalışılmıştır. İslâm hukukuna göre sözleşmelerde elfaz ve mebanîye değil mekasid ve meaniye itibar edilir<sup>138</sup>.

Kur'an'daki faiz yasağı bütün çeşitleriyle faizi ve menfaat sağlanan bütün borçları kapsamaktadır.<sup>139</sup>

2) Müttekaddim İslâm hukukçuları para borçlarının zamanında ifa edilmemesi sebebiyle asıl borca ek olarak bir miktar fazlalığın alınmasının haram olduğu konusunda icma etmiştir<sup>140</sup>.

Cessâs bu ittifakı eserinde şöyle ifade etmektedir: “Bir kişinin 1000 dirhem borcunun ifasını ertelemesine karşılık olarak 100 dirhem fazla ödemeyi teklif etmesi caiz değildir. İslâm hukukçuları arasında bu konuda ihtilaf yoktur. Çünkü 100 dirhem gecikmenin bedelidir.”<sup>141</sup>

İbn Münzir ise “Bir kişinin verdiği borca karşılık olarak hediye veya fazlalık vermesini istemenin faiz olduğu konusunda İslâm hukukçuları icma etmiştir”<sup>142</sup> demektedir.

İbn Kudame, “Borçlarda fazlalığın şart koşulması haramdır. Bu konuda İslâm hukukçuları ihtilaf etmemiştir.” Demektedir.<sup>143</sup>

İbn Abdilber Kur'an'da yasaklanan faizin borcun ifası geciktiğinde araplar arasında öde ya da artırır meşhur sözüyle ifade edilen bedel olduğu konusunda eski ve yeni İslâm hukukçularının icma ettiğini belirtmektedir<sup>144</sup>.

3) Borçludan gecikme sebebiyle asıl borcun artırılması “Menfaat sağlanan her borç ribadır.”<sup>145</sup> fıkıh kuralına aykırıdır<sup>146</sup>.

Çağdaş İslâm hukukçularından Mustafa ez-Zerkâ bu konudaki görüşünü şu şekilde ifade etmiştir. “İfanın gecikmesi sebebiyle alacaklının zararı miktarında cezaî şart alınabileceğinin kararlaştırılması çok sakıncalıdır. Tarafların borçlarda zamandan menfaat sağlama konusunda anlaşmaları gizli faize vesiledir. Ayrıca alacaklı faiz oranına denk gecikme tazminatı hak etmektedir. Bu ise bana göre caiz değildir.”<sup>147</sup>

Diğer bir çağdaş İslâm hukukuçusu Darîr: “Bankanın müşteri ile gecikme bedeli olarak belli bir miktar veya borcun belli bir oranını almak üzere anlaşması, adına

138 Darîr, “eş-Şartu'l-Cezâi”, s.71; Anzî, a.g.e, I, 181-187; Bayındır, a.g.m, s.59.

139 Anzî, a.g.e, I, 182; Şubeyr ve Diğerleri, a.g.e, II, 860.

140 İbn Kudâme, a.g.e, VI, 636; İbn Rüşd, a.g.e, II, 128,129.

141 Cessâs, a.g.e, II, 186.

142 İbn Kudâme, a.g.e, VI, 636.

143 İbn Kudâme, a.g.e, VI, 636.

144 Nemerî, Ebû Ömer Cemaleddin Yusuf b. Abdullah b. Muhammed Kurtubi İbn Abdilber, *el-Kafi fi Fikhi Ehli'l-Medîne*, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmi, 1992, s.302.

145 Beyhâkî, a.g.e, V, 350; İbn Âbidîn, a.g.e, VII,395; Buhâtî, a.g.e, III,41.

146 Muhammed Zuhaylî, a.g.e, V, 208; Şubeyr ve Diğerleri, a.g.e, II, 874.

147 Zerkâ, a.g.m, s.110; Muhammed Zuhaylî, a.g.e, V,213.



ister 'gecikme cezası' ister 'gecikme tazminatı' veya 'cezai şart' denilsin kesinlikle caiz değildir. Çünkü bu haramlığı konusunda icma edilen cahiliye ribasıdır."<sup>148</sup> demektedir.

4) Günümüzde birçok kongre, ilmi heyet ve kuruluşlarda para borçlarında cezai şartın haram olduğu kararlaştırılmıştır. Bu kuruluşlardan bazıları şunlardır:

İslâm Fıkıh Akademisi, para borçlarında asli borcun artırılmasının faiz olduğunu kararlaştırmıştır.

Ürdün İslâm bankasının yayınladığı 45 no'lu fetva cezai şartın haram olduğuna delalet etmektedir.<sup>149</sup>

Sudan İslâm Bankası hukuki denetim heyeti konuyla ilgili soruya cevap olarak banka ile müşterinin ev satış sözleşmesinde ödemenin gecikmesi halinde müşterinin her ay 1500 cüneyh cezai şart ödemesini kararlaştırmalarının caiz olmadığını belirtmiştir<sup>150</sup>.

Katar İslâm Bankası, alacaklının ifayı geciktiren borçluya gecikme tazminatı ödemesini şart koşmasının caiz olmadığı, bunun faize teşvik olduğu, alacaklının gecikme tazminatı almasının helal olmadığı şeklinde fetva yayınlamıştır.

Mısır Faysal İslâm Bankası ise borçların ifasında gecikme nedeniyle fazlalığın alınmasının haram olduğu ve faize benzediği yönünde fetva vermiştir.

Batı Sudan İslâm Bankası hukuki denetim heyeti alacaklının kâr mahrumiyeti sebebiyle ifayı geciktiren borçludan tazminat alamayacağını kararlaştırmıştır<sup>151</sup>.

## **2. Nakdi Fazlalılık Önceden Belirlenerek Cezai Şart Kararlaştırmayı Caiz Görenler ve Delilleri**

Halil Günenç ve Nihat Dalgın gibi bazı günümüz İslâm hukukçuları nakdi fazlalık önceden belirlenerek cezai şartın kararlaştırılabileceğini savunmaktadır<sup>152</sup>. Bu görüşteki İslâm hukukçuları nakdi fazlalık önceden belirlenmeden cezai şartın kararlaştırılabileceğini savunan İslâm hukukçularıyla aynı delillere dayanmaktadır.<sup>153</sup> Söz konusu delilleri tekrarlamak yerine bu görüşteki İslâm hukukçularından Nihat Dalgın'ın fikirlerine yer vermeyi yeterli görüyoruz. Dalgın konuyla ilgili olarak şunları ifade etmektedir:

*"Tartışma konumuz olan para borcu veya alış veriş borcunun oluşmasında taraflardan birinin diğerinden ne fazlalık faizi ne de nesie faizi türünden bir talebi bulunmamaktadır. Sözü edilen borç ilişkisinde her iki taraf da meşru sorumluluklarını yerine getirme gayreti içindedir. Ancak, ahlaki ve dini tavsiyelere rağmen borçlu*

148 Darîr, "el-ittifâku ale ilzâmi'l-Medin", s.117,118.

149 Sava, a.g.m, s.28.

150 Sava, a.g.m, s.28,29.

151 Bkz. Savâ, a.g.m, s.28-30.

152 Yaran, a.g.e, s.151; Dalgın, a.g.e, s.469,470.

153 Detay için bkz. Pekdemir, a.g.e, s.148-153.

borcunu zamanında ödemeye yanaşmadığında, kendisine verilebilecek ceza hususunda birlikte karar verilerek, bu, gerektiğinde yürürlüğe konulmak üzere cezai bir şart olarak borç akdi esnasında belirlenmektedir. (...) Borcun zamanında ödenmesi halinde zaten sözü edilen şartın hükmü kalmamaktadır. Faizli borçta ise faiz alma şartı akdin kurucu unsuru olup hiçbir durumda bu şart düşmemektedir. Borçlu zamanında ödemedede bulunsa bile anlaşılan/ şart koşulan faiz fazlalığını ödemekle yükümlüdür<sup>154</sup>. “Biliyoruz ki borçlunun yükümlülüğü, borç aldığı kadarı geri vermektir. Borç ödenirken borcun dışında az da olsa başka bir şeyin talep edilmesi faizdir ve haramdır. Ancak zamanında yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve bunun için meşru bir mazereti de olmayan kimsenin bu tavrı bir suç olarak değerlendirildiğinde, bu suçta ne tür bir ceza verilmesinin uygun olacağı tartışılmaktadır. Bu cezanın suçta uygun, ona denk ve caydırıcılık özelliği olan makul olması halinde, borcun cinsinden olması ya da farklı bir cinsten olması arasında bir fark olmamalıdır. Önemli olan bu cezanın borçlu için bir caydırıcılık özelliğine sahip olması ve alacaklı için de ödemenin geç yapılması sebebiyle karşılaştığı zarar ve sıkıntısına denk ya da ona yakın bir surette giderici özellik taşımasıdır.”<sup>155</sup>

Yukarıdaki açıklamalardan imkânı olduğu halde borcunu zamanında ödemeyen kişinin önceden belirlenen cezai şartı ödemesinin faiz olmadığı borçlunun cezalandırılması olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

Nihat Dalgın'ın önceden belirlenen cezai şartın faiz olmayacağı görüşüne yakın bir yorumun Halil Güneç tarafından da ifade edildiğini görmekteyiz. Halil Güneç ödeme imkânı olduğu halde borcunu zamanında ödemeyen kişiyle ilgili olarak şunları söylemektedir.

“Ödeme gücü olan (ğaniy) borçlunun temerrüdünden doğan zararın tazmin ettirilmesi meşrudur. Bu, faiz gibi değildir. Faizci evinde oturur, ihtiyaç içinde olanlara muayyen bir ziyade mukabilinde, tespit edilen süreye kadar para vermek için onların kendisine gelmelerini bekler. Bizim meselemizde ise tüccar malı ile İslâmî hudutlar içinde ticaret yapmakta, alıp satmaktadır. O, kimseye bir ziyade mukabilinde para vermemektedir. Birisi onun alacağını geciktirdiği ve malını bir süre yanında tuttuğu (hapsettiği) takdirde bunu tazmin ettirmeye hakkı vardır.”<sup>156</sup>

### 3. Değerlendirme

Görüldüğü üzere Dalgın'ın “Biliyoruz ki borçlunun yükümlülüğü, borç aldığı kadarı geri vermektir. Borç ödenirken borcun dışında az da olsa başka bir şeyin talep edilmesi faizdir ve haramdır” ifadesinden para borçlarında asıl borca ek olarak fazlalığın talep edilmesinin faiz olduğu konusunda İslâm hukukçularının çoğunluğuyla aynı fikirde olduğu ancak “zamanında yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve bunun için meşru bir mazereti de olmayan kimsenin bu tavrı bir suç olarak değer-

154 Dalgın, a.g.e, s.469,470.

155 Dalgın, a.g.e, s.474.

156 Yaran, a.g.e, s.151.

*lendirildiğinde (...) cezanın suça uygun, ona denk ve caydırıcılık özelliği olan makul olması halinde, borcun cinsinden olması ya da farklı bir cinsten olması arasında bir fark olmamalıdır.*” açıklaması dikkate alındığında ödeme imkânı olmasına rağmen borcun zamanında ödenmemeyi suç saydığı ve caydırıcı olması için önceden cezai şart kararlaştırılabileceğini savunduğu anlaşılmaktadır.

Para borçlarında borcun zamanında ödenmemesi suç olarak değerlendirilebilir. Ancak bu suça kendi cinsinden ceza verilmesi faizle ilgili ayet ve hadisleri dikkate aldığımızda Kur’an ve sünnetle yasaklanmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi para borçlarında fazlalığın alınamayacağı konusunda icma oluşmuştur. Buna ek olarak İslâm Fıkıh Akademisi’nin kararları ile çağdaş İslâm hukukçularının çoğunluğunun delilleri ve kurumların fetvalarını değerlendirdiğimizde, para borçlarında zararın tazmin edilmesi veya borçlunun cezalandırılması amacıyla cezai şart şeklinde önceden kararlaştırılarak asıl borca ek bir borçludan para talep edilemeyeceği ve bunun gecikme faizine benzediği görüşünü tercih ediyoruz. Binaenaleyh para borçlarının zamanında ödenmesini sağlamak için, görüşlerin tartışıldığı esnada yer yer sunulan diğer yollara müracaat etmek uygun olacaktır. Kısaca ifade edecek olursak, bunlar alacaklının hapsedilmesi, seyahatinin engellenmesi, takip altında tutulması, malının icra yoluyla satılarak borcun ödenmesi ve kefalet gibi tedbirlerdir<sup>157</sup>.

## SONUÇ

Para borçlarının zamanında ödenmesini sağlamak için İslam hukuk sistemi içinde alacaklının hapsedilmesi, seyahatinin engellenmesi, takip altında tutulması, malının icra yoluyla satılarak borcun ödenmesi ve kefalet gibi birtakım tedbirler alınmıştır.

Günümüzde ise klasik tedbirlerin yanı sıra cezai şart, gecikme cezası, asıl borca denk paranın gecikme süresi kadar kullanılıp borçluya iade edilmesi, borcun altına, dövize veya piyasa ortalama fiyatına endekslenmesi, belli bir miktar fazlalık şart koşularak hayır işlerinde kullanılması gibi öneriler de yapılmıştır.

Ancak, klasik dönemde geliştirilen alacaklının hapsedilmesi, seyahatinin engellenmesi, takip altında tutulması, malının icra yoluyla satılarak borcun ödenmesi ve kefalet gibi tedbirler kanaatimizce önlem olarak yeterlidir. Bunun haricinde günümüzde para borçları bağlamında, asıl borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen kişinin, alacaklıya ödemeyi taahhüt ettiği cezai şart uygulamasına ihtiyaç yoktur. Çünkü yukarıda görüldüğü gibi para borçlarında cezai şart uygulaması faize çok benzemektedir. En azından faizcilığe teşvik görünümündedir. Cezai şartın önceden miktar belirlenerek veya miktar belirlenmeden kararlaştırılması faiz

<sup>157</sup> Zamanında ödenmeyen para borçlarına karşı önerilen çözüm yolları ve görüşler için ayrıca bkz. Pekdemir, a.g.e, s. 147-192.

endişesini gidermemektedir. Kur'ân, sünnet ve icma para borçlarında alacaklının borçludan asıl borçtan fazla para istemesine izin vermemektedir.

Para borçlarında ifanın gecikmesinden kaynaklanan sorunlarla karşılaşmak için borçlanmalar istikrarlı birim olarak altın üzerinden yapılmalıdır. Faize düşmemek ve enflasyondan kaynaklanan zararı en aza indirmek için altınla borçlanma daha güvenilir bir çözüm yolu olarak görünmektedir.

İbn Sîrînden nakledilen “*Bir kişi (develerini) kendisine kiralayan kişiye, ‘develerini yükle, eğer falan gün seninle yola çıkmazsam sana yüz dirhem’ dedi, yola da çıkmadı. Şureyh şöyle dedi: Her kim tehdit altında olmaksızın isteyerek aleyhine bir şart koşarsa o şart kendisini bağlar.*” rivayetinde de cezai şartla alacaklı üzerinden para borçlarında gecikmenin engellenmesi ve oluşan zararın karşılanması mümkün görülmemektedir. Çünkü bu rivayette cezai şarttaki gibi alacaklı borçlunun belli bir miktar ödemesini şart koşmamaktadır. Bilakis borçlu kendi aleyhine alacaklı tarafından teklif edilmeyen bir fazlalığı şart koşturmaktadır.

Konuyla ilgili olarak Nâfi b. Abdilharis’ten nakledilen “*Nâfi, Mekke’de Halife Ömer için, hapishane yapılmak üzere Safvan b. Ümeyye’den dört bin dirhem karşılığında bir ev satın aldı. Eğer Ömer razı olursa satım akdi geçerli olacak; razı olmazsa Safvana dörtyüz dirhem tazminat verilecek. Hz. Ömer’e danışıldığında, o, bu şartı kabul etmiştir.*” rivayetinde de borçlu tarafından alacaklı lehine teklifte bulunulmaktadır.

Kanaatimize göre bu rivayetlerde borcunu zamanında ödemeyen kişinin daha sonra borçtan fazla bir miktar hibe veya bağış yaparak alacaklının zararını karşılayabileceğine işaret vardır. Borçlunun bu önerisi, İslâm hukukunun temel kaynaklarına aykırı düşmemektedir. Çünkü alacaklı, asıl borca ek olarak fazla para ödenmesini talep etmemekte, bilakis borçlu kendi isteğiyle alacaklının zararını karşılamak amacıyla bağış yapmak istemektedir. Herkese hibe ve yardım yapılabilirken alacaklıya da yapılabilmelidir. Zamanında ifa edilmeyen borç sebebiyle zarar eden alacaklı, diğer insanlara göre yardım edilmeye daha layıktır. Böylece hem faiz endişesinden kurtulmuş hem de alacaklının zararını karşılamış oluruz. Borçlu bu yardım miktarının en az sınırını her dönemde değerini koruyan en azından kâğıt para kadar zarara sebep olmayan altın kuru üzerinden belirleyebilir. Alacaklıya yapılması düşünülen yardım, gerçekleşen zararın altında olmamalıdır. Kararlaştırılan ifa zamanıyla borcun ödendiği zaman aralığındaki fark, altın üzerinden belirlenerek alacaklıya bağışlanmalıdır. Altın kurunun tespitinde borcun ifa zamanını dikkate alınmalıdır. Çünkü alacaklı, tarafların rızasıyla belirlenen ifa zamanına kadar sürede olabilecek zararı kabul etmiş demektir. Ancak ifa zamanından sonra meydana gelecek zarara rızasının olmadığı anlaşılır.

# İSLÂM BORÇLAR HUKUKUNDA AKDİN KONUSUNU SEÇME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMASININ TEMEL DİNAMİKLERİ\*

Yrd. Doç. Dr. Hüseyin BAYSA\*\*

## The Basic Dynamics of Restriction of Freedom in Selecting the Contract Subject in Islamic Law of Obligations

**Abstract:** An Islamic law of obligations, liberty is a basis in selecting the contract subject; however the exchange of certain issues was prohibited. The prohibition of these issues, which constitute a small aggregate in terms of type and located in the nature substance or benefit, caused to restriction of freedom in selecting the contract subject. This regulation, which limits the right to determine of contract subject in commercial transaction, has certain dynamics. Considering of different dimensions of prohibition, it is possible to categorize this certain dynamics in two groups: The dynamics which originated from specific structure of Islam and the affair axis dynamics which determined for people by divine will. It is necessary to considering of these dynamics for giving the meaning in accordance with the spirit of Islam to legal intervention, which apply to the right to choice of contract subject.

**Keywords:** Freedom of contract, the legitimacy of the subject of the contract, affair (maslahat), the original structure of Islam.

## GİRİŞ

İslâm borçlar hukukunda akid konusunun meşruiyeti, ilâhî otoritenin doğru-  
dan veya dolaylı olarak onaylamış olmasına bağlıdır. Bu temel kurala göre, Kur'an-ı  
Kerim veya Hz. Peygamber Sünnet'inde yasaklanan yahut bu iki kaynaktan çıkarılan  
ilkelere göre haram olduğu tespit edilen bir şeyin mübadeleye konu edilmesi  
caiz değildir.<sup>1</sup>

Kur'an'da, insanların ticaretini yaptıkları bazı madde ve hizmet alımları haram  
kılınmış ve haram hükmünün verilmiş sebepleri yer yer ifade edilmiştir. Sünnet'te  
Kur'an'ın helâl-haram perspektifi paralelinde, ayetlerde haram kılınan şeylerle il-

\* Bu makale çalışmasında akid konusuna, mahiyetinden dolayı getirilen yasaklamanın dinamikleri araştırıldığından, akdin geçersiz sayılmasına yol açan konusu ile ilgili diğer durumlara değinilmemiştir.

\*\* Kilis 7 Aralık Üniv. İlahiyat Fak., huseyinbaysa@kilis.edu.tr

1 Ebû Muhammed Ali b. Hazm, *el-Muhallâ, İdâretü't-Tibâ'ati'l-Müniriyye*, Mısır 1347h., c. VII, s. 392; Muhammed er-Râzi Fahrüddin, *Tefsîru Fahrî'r-Râzi el-Müştehir bi't-Tefsîri'l-Kebîr*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1981, c. XIII, s. 230; Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr*, Beytü'l-Efkâri'd-Düveliyye, Amman 2004, s. 1604.

gili daha ayrıntılı hükümler ortaya konulmuş ve bazı ölçüler verilmiştir.<sup>2</sup> Nasslarda hükmü belirtilmemiş mübadele konuları ise fukâhâ tarafından ayet ve hadisler ışığında değerlendirmeye tabi tutulmuş ve bunlar için uygun hükümler tespit edilmeye çalışılmıştır.

Akde konu edilecek şeyin meşru olup olmadığını tespititte nasslardaki veya nasslardan istinbat edilen hükmün esas alınması, akdin konusunu belirlemede bireyin tercih yetkisini oldukça kısıtlıyor gibi görünmektedir. Ancak gerçekte İslâm borçlar hukukunda akdin konusunu seçmede kişiye geniş bir serbestiyet imkânı tanınmıştır. İlgili nasslara bakıldığında, sadece üç çeşit şeyin ticaretinin haram kılındığı görülmektedir. Bunlar, mahiyeti itibarıyla tiksinti verici veya şirke sebep olma niteliğine sahip<sup>3</sup> yahut zararlı<sup>4</sup> şeyler olup, ticaretin mubah bırakıldığı kısma nispetle küçük bir alanı oluşturmaktadır. Yasaklandığına dair nasslarda herhangi bir ifade bulunmayan, faydalanılabilir şeylerin tamamı ilke olarak mubah kategorisinden sayılmıştır.<sup>5</sup> Nitekim yalnızca Şâri'in haram hükmünü vermeye yetkili olduğunu belirten nasslar<sup>6</sup> ile haram kılınan şeylerin tek tek izah edildiğini bildiren nasslar<sup>7</sup> birlikte değerlendirildiğinde, hakkında haram hükmü verilmemiş maddelerde esas olanın mubahlık olması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Yine, kâinatı insana fayda sağlayacak şekilde dizayn ettiğini bildiren yüce Yaratıcının<sup>8</sup> rahmet sıfatına rağmen, yararlı şeyleri haram kılmak suretiyle insanı onlardan mahrum bırakmayacağı düşüncesi de eşyanın aslen helâl olması gerektiği kanaatini pekiştirmektedir.<sup>9</sup> Bu hususla ilgili olarak, Hz. Peygamber'in yağ, peynir ve yaban eşeğinin helâl olup olmadığı sorusuna "Helâl, Allah'ın kitabında helâl kıldıklarıdır. Haram da Allah'ın kitabında haram kıldıklarıdır. Hakkında bir açıklamada bulunmadıkları ise serbest bıraktığı (mubah olan) şeylerdendir"<sup>10</sup> şeklinde

2 Mehmet Şener, "Hayvan", *DİA*, İst. 1998, c. XVII, s. 94; Bkz. el-Mâide 5/91; el-En'âm 6/145; Muhammed b. İsmail el-Buhârî, el-Câmi'u's-Sahih, Dâru İbn Kesir, Beyrut 1987, "Büyü", 111; Müslim b. el-Haccâc Ebû'l-Huseyn, Sahihu Müslim, Dâru İhyâi't-Türâsî'l-Arabî, Beyrut ty., "Müsâkât", 13.

3 el-En'âm 6/145; el-A'râf 7/157; Râzi, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, c. XV, s. 27.

4 İlgili ayette şarapta birtakım faydaların bulunduğu ancak şarabın yol açtığı zararların, sağladığı yararlardan daha çok olduğu ifade edilmiştir (el-Bakara 2/219). Bu özellikte bir ürünün daha sonra nazil olan ayetlerle haram kınlanması (el-Mâide 5/90-91), zararı faydasından fazla olan şeylerin haramlığına işaret etmektedir. Ancak bilgilerin bir kısmı şarapta fayda ve zararın bulunduğunu ifade eden ayetle şarabın haram kılınmadığını gerekçe göstererek bu kuralı doğru bulmamaktadır. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, c. VII, s. 389, 398; Râzi, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, c. VI, s. 47; Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî, *el-Câmiu' li Ahkâmî'l-Kur'an*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 2006, c. III, s. 446.

5 el-Bakara 2/172; el-Mâide 5/1, 4; el-En'âm 6/145; el-A'râf 7/32, 157; en-Nahl 16/115-6; Râzi, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, c. XV, s. 27; Ebû Muhammed Abdullah Muvaffakuddîn b. Kudâme, *el-Muğni*, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad ty., c. VI, s. 360; Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, Diyanet İşl. Reisliği Neşriyatı, Matbaai Ebüzziya, İst. 1938, c. II, s. 1574; Yusuf el-Kardâvi, *el-Halâl ve'l-Harâm fi'l-İslâm*, Mektebetün Vehbe, Kahire 1997, s. 20.

6 el-Mâide, 5/87; el-A'râf 7/32; en-Nahl 16/116; Yunus, 10/59.

7 el-En'âm 6/119; Muhammed b. İsa et-Tirmizî, *Sünenü't-Tirmizî*, Dâru İhyâi't-Türâsî'l-Arabî, Beyrut ty., "Libâs", 6; Ebû Dâvud Süleyman el-Eş'as, *Sünenü Ebî Dâvud*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut ty., "Et'ime", 31.

8 el-Câsiye 45/13.

9 Kardâvi, *el-Halâl ve'l-Harâm fi'l-İslâm*, s. 21.

10 Tirmizî, "Libâs", 6; Ebû Dâvud "Et'ime", 31; Muhammed b. Yezid b. Mâce, *Sünenü İbn-i Mâce*, Dâru'l-Fikr, Beyrut ty., "Et'ime", 60; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, s. 1601.

verdiği cevap da bu kuralı ifade etmektedir. Fakihlerin çoğunluğunca esas alınan bu prensip, “Eşyada aslanan ibâhâdır” şeklinde küllî kaide haline getirilmiştir.<sup>11</sup>

İslâm borçlar hukukunda, tarafların akid konusunu belirlemede özgürce davranmaları asıl olmakla birlikte, bazı şeylerin mübadeleye kapalı tutulması, birçok maslahatı içermektedir. Ancak bu hukukî müdahale, her ne kadar fert ve toplum maslahatını gerçekleştirici yönüyle ön plâna çıkıyorsa da aslında İslâm dininin mahiyeti ve işlevinden doğan bir uygulamadır. Buna göre akid özgürlüğünün daraltılması şeklinde tezahür eden bu düzenlemenin iki farklı boyutu vardır. Konuyu bu boyutlardan sadece biri bağlamında anlamaya çalışmakla yetinmek, yanlış yorumlamaya yol açabilmektedir. Örneğin söz konusu kısıtlamayı herhangi bir hikmete veya maslahata dayandırmadan İslâm dinine göre yegâne hâkim olan Şâri’in yetkisi ve iradesi dâhilinde tabii olarak meydana gelen bir olgu şeklinde düşünmek; O’nu rahmet ve hikmet gibi rahmanî sıfatlarından soyutlayıp, mahza tahakküm ile nitelendirmektir. Aynı şekilde akdin konusunu seçme özgürlüğünün daraltılmasını, Şâri’in dünya hayatını yönlendirme yetki, irade ve kudretini büsbütün göz ardı ederek, Kur’an ve Sünnet’te işaret edilen hikmetlere bağlamak veya naslarda ifade edilmeyen mantikî gerekçelerle izah etmek, Şâri’in insan maslahatını gözetmeye mecbur olduğu veya bilinçdışı özdevimsel olarak hikmetli davrandığı şeklinde yanlış bir itikada kapı aralayabilmektedir. Aynı zamanda bu yorumlama biçimi, şer’î yasaklamanın uhrevî imtihan ile ilişkisini ve müslüman kimliğini oluşturma yönünü de kapsayacak bütüncül bir yaklaşım değildir. Dolayısıyla akdin mahallini tercih özgürlüğünü kısıtlayan bu düzenlemeyi doğru olarak anlamlandırabilmek için her iki boyutuyla değerlendirmek gerekmektedir.

Akdin konusunu seçme hürriyetine yapılan hukukî müdahale her iki yönü ile birlikte incelendiğinde söz konusu kısıtlamanın gerisinde birtakım dinamiklerin bulunduğu görülmektedir. Bunları, İslâm dininin kendine has yapısından ortaya çıkan dinamikler ve ilâhî iradenin insanlar için gözettiği maslahat eksenli dinamikler şeklinde iki temel başlık altında gruplandırmak mümkündür.

## A. DİNÎ YAPI EKSENLİ DİNAMİKLER

İslâm dininin kendine özgü bir yapıya sahip olması, ticarî hayatta birtakım düzenlemelerin gerçekleştirilmesini gerekli kılmıştır. Bunlardan bir tanesi de borçlar hukukunda akdin konusunu belirleme yetkisine getirilen kısıtlamadır. İslâm’da itikad ve ibadet esaslarının yanı sıra beşerî münasebetler ile ilgili ilkelerin de belirlenip, o doğrultuda yaşamın sürdürülmesinin istenmesi, doğal olarak, ticarî iş ve işlemlerle ilgili hareket alanının da vazolunan kurallar ölçeğinde sınırlandırılmasını gerektirmiştir. Konunun bu açıdan incelenmesi, akdin mevzuunu tercihte beşerî iradenin önüne konulan engelin faydalarını izahtan ziyade, hürriyeti sınırlandır-

11 Zeynüddin b. İbrahim eş-Şehir bi İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Dârü'l-Fikr, Dımaşk 1983, s. 73; Şener, “Hayvan”, c. XVII, s. 94.

manın dinsel yapıyla bağlantılı mahiyetini anlamlandırmaya katkı sağlayacaktır. Dinî yapının ticarî hayata yansırken, akdin konusunu seçme hürriyetinin daraltılmasına yol açmasını, Şâri'in yetkisi, uhrevî imtihan ve dinî kimlik bağlamında ele alacağız.

### 1. Şâri'in Yegâne Hâkim Oluşu

İslâm şeriatının sahibi yüce Allah, her şeyin yaratıcısı, egemeni ve mutlak hüküm sahibidir.<sup>12</sup> O, kâinatı birtakım kurallarla idare ettiği gibi, insanların birbirleriyle ilişkilerinde de ideal olanı gerçekleştirmeye vesile olabilecek kurallar belirlemiş ve tam bir teslimiyet içinde bunlara uyulmasını istemiştir.<sup>13</sup> Beşerin sınırsız bir şekilde özgürce davranma isteğinin önünde bir engel olarak ortaya çıkan ve bir kısmı ticarî işlemlerle ilgili olan bu kaideler, O'nun mahlûkata hükmedecek irade, güç ve yetkiye sahip olmasının tabii bir yansımasıdır.

Şâri' söz konusu ideal yaşama yönlendirmek üzere akde konu edilmek istenen her şeye helâl veya haram şeklinde hükmi bir değer atfetmiş; helâl ve haramı belirleme yetkisini sadece kendisinde tutmuştur.<sup>14</sup> Bu husus ile ilgili ayetlerde Allah'ın helâl kıldığı bir şeyi, hiç kimsenin haram kılma hakkına sahip olmadığı<sup>15</sup> ve insanların gelişigüzel haram ve helâl hükmünü ifade etmemeleri gerektiği, aksi halde Allah adına yalan yanlış hükümler ortaya çıkabileceği bildirilmiştir.<sup>16</sup> Ayrıca bu yetkiyi kendisinde görenler tanrılık iddiasında bulunmakla nitelenmiş; helâli haram, haramı da helâl kılmak, şirk koşmakla eş tutulmuştur.<sup>17</sup> Böyle bir amacı olmadığı halde sırf eşlerinin hassasiyetini göz önünde bulundurarak Allah'ın helâl kıldığı bir şeyi kendisine yasaklamak suretiyle kendini ondan mahrum bırakan Hz. Peygamber bile, ilâhî irade tarafından uyarılmakla karşı karşıya kalmıştır.<sup>18</sup> Bu sebeple fukâhâ, nasslarla sabit olmadıkça bir şeyin haramlığına hükmetmekten çekinmiş ve bunun yerine "mekruh, sevimsiz, uygun değil" gibi ifadeler kullanmayı tercih etmiştir.<sup>19</sup>

İlâhî otorite, yegâne hâkimiyet yetkisini kullanmak suretiyle, ticaret ve hayatın diğer alanları ile ilgili temel şer'î kuralları belirlemiş ve bunlara uymayanların suç işlemiş olacaklarını bildirmiştir. Nitekim şer'î kuralları çiğneyen İsrailoğulları'na daha önce helâl olduğu bildirilen bazı şeyleri haram kılarak onları cezalandırmış-

12 er-Ra'd 13/16; el-Haşr 59/23-4.

13 el-En'âm 6/73; el-Mâide 5/48-9; en-Nisâ 4/65.

14 Hz. Peygamber, insanları Kur'an'da haram kılındığı açıkça ifade edilmeyen bazı şeylerden de sakındırmıştır (Buhârî, "ez-Zebâih ve's-Sayd", 29; İbn Mâce, "Zebâih",11). Ancak O, Şâri'in maksadını gözettiğinden ve kontrolünde bulunduğu onun bu tasarrufunun, Şâri'in izin verdiği ölçüde ve iradesine muvafık olarak meydana geldiğini düşünmek gerekmektedir.

15 "De ki: Allah'ın size indirdiği rızktan bir kısmını helâl, bir kısmını da haram bulmanıza ne dersiniz? De ki: Allah mı size izin verdi, yoksa Allah'a iftira mı ediyorsunuz?" Yunus 10/59; el-Mâide, 5/87; el-Arâf 7/32.

16 en-Nahl 16/116; Yunus, 10/59.

17 et-Tevbe 9/31; Tirmizî, "Tefsiru'l-Kur'an", 10.

18 "Ey Peygamber! Allah'ın sana helâl kıldığı şeyi, zevcelerinin hoşnutluğunu arayarak, niçin kendine haram ediyorsun..." (et-Tahrîm 66/1).

19 Mehmet Erdoğan, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İFAV Yay., İst. 2011, s. 67, 130.



tır. Onlara bütün tırnaklı hayvanları, sırtlarında yahut bağırsaklarında taşıdıkları veya kemiğe karışan yağlar dışında, sığır ve koyunun iç yağlarını yemeyi<sup>20</sup> ve ticarî akde konu etmeyi<sup>21</sup> yasaklamıştır.

Kur'an ve Sünnet'in, eşyayı tercih ile ilgili ölçüler koyması, akdi gerçekleştirecek öznenin manevra alanını sınırlandırmaktadır. Ancak eşyayı meşruiyet açısından değerlendirmeye tabi tutan ve insanları buna uymakla mükellef kılan yegâne Hâkim, hakim olduğu için bütün emir ve yasaklarında çeşitli hikmetler, faydalar ve gerekçeler bulunmaktadır.<sup>22</sup> Şer'i hükümlerin tamamı, maslahatı celb, mefsedeti defetmek (faydayı temin etmek ve zararı uzaklaştırmak) amacıyla vazolunmuştur.<sup>23</sup> Bu bağlamda Şârî'in mübadeleye yönelik kısıtlayıcı kuralları insanoğlunun yararını amaçlayan bir mahiyete sahiptir. Nitekim akit özgürlüğünün daraltılmasına yol açan yasaklamaların insanlara zarar verici maddeler hakkında olduğu, faydalı şeylerin ise mubah bırakıldığı hususu, ilgili nassta açıkça ifade edilmiştir.<sup>24</sup>

## 2. Ahirete Dönük Sınama Ortamının Oluşturulması

İlâhî buyruk ve yasaklar Allah'ın iradesine samimiyetle teslim olanları diğerlerinden ayırt eden bir sınav oluşturma hikmet ve amacında birleşmektedir.<sup>25</sup> Şer'i emir ve yasaklar, bu imtihanın mahallini meydana getirmektedir. Bazı maddelerin mübadelesi haram kılınmak suretiyle akdin konusunu belirleme özgürlüğünün kısıtlanması ve bunun karşısında verilecek tepki, uhrevî imtihanın bir cüzüdür. Nitekim hakkında helâl veya haram hükmünün verildiği konularda insanoğlunun emre uyma veya uymama durumuna göre ahirette mükâfat veya cezayla karşılaşacağına bildirilmesi,<sup>26</sup> şer'i hükümlerle nitelendirilmiş meselelerin ölümden sonraki hayatın keyfiyetini belirlemeye yönelik sınama alanını oluşturduğunu göstermektedir. Örneğin lâşe, kan, domuz eti ve Allah'tan başkası adına kesilen hayvanların etini tüketmekten sakınılması gerektiği belirtildikten sonra bu maddeleri helâl, yasaklanmayan şeyleri ise haram görmenin cezayı gerektirici bir yaklaşım olduğu ifade edilmiştir.<sup>27</sup> Aynı şekilde üzümü şarap imalâtçısına satmak, bile bile cehennem ateşine atlamak gibi değerlendirilerek<sup>28</sup> işlenen suçla karşılık cezanın verileceğine dikkat çekilmiştir. Nasslarda ifade edilen helâl ve haram hükümlerini olduğu gibi kabul etmekle birlikte mübadelesi yasaklanan maddeleri alıp satmak suretiyle emre itaatsizlikte bulunmak sadece geçici bir cezayı gerektirmektedir. Helâl kılı-

20 en-Nisâ 4/160-1; el-En'âm 6/146.

21 Buhârî, "Büyü", 103, 111; Müslim, "Müsâkât", 13; Tirmizî, "Büyü", 61; İbn Mâce, "Ticârât", 11.

22 el-Bakara 2/32; el-Mâide 5/38; Râzî, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, c. II, s. 228-9; Muhammed Mustafa Şelebî, *Te'lîlü'l-Ahkâm*, Dâru Nehdati'l-Arabiyye, Beyrut 1981, s. 104.

23 Ebû İshak İbrahim eş-Şâtübî, *el-Muvâfakât*, Dâru İbn Affân, el-Akrabiyye 1997, c. I, s. 311, 313; Şelebî, *Te'lîlü'l-Ahkâm*, s. 22, 129; Salih b. Fevzân b. Abdillâh, *el-El'ime ve Ahkâmü's-Sayd ve ve'z-Zebâih*, Mektebetü'l-Me'ârif, Riyad 1988, s. 28; Erdoğan, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, s. 47.

24 el-A'râf 7/157; Râzî, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, c. XV, s. 27.

25 Abdullah Kahraman, "Gıda Ürünlerinde Helâl ve Haramı Belirleme Yöntemi", *Cumhuriyet Üniv. İlahiyat Fak. Dergisi*, Sivas 2012, c. XVI, s. 457.

26 el-Mâide 5/85-7; el-A'râf 7/163; et-Tegâbün 64/15; Buhârî, "Büyü", 106; Müslim, "Libâs", 1.

27 en-Nahl 16/115-6; Râzî, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, c. XX, s. 134.

28 Muhammed b. İsmail es-San'ânî, *Sübülüs-Selâm Şerhu Bü'lûğî'l-Merâm*, Mektebetü'l-Me'ârif, Riyad 2006, c. III, s. 60.

nan bir şeyi haram veya haram kılınan bir şeyi helâl kabul etmek ise, o konudaki ilahî otoriteyi reddetmektir. Bu durum, müminlik sıfatını kaybetmeyi, dolayısıyla da ebedi cezayı iktiza etmektedir.<sup>29</sup>

Bütün emir ve yasakları ilâhî imtihanla bağlantılı bir şekilde değerlendirmek gerektiği gibi özellikle naslarda gerekçesi bildirilmediği için hikmetlerine tam olarak vâkıf olunamayan hukukî kısıtlamaları imtihan aracı olarak anlamak, en sorunsuz bir yorumlama yöntemi gibi görünmektedir. Zira kimi zaman şer'î hükmün hikmetini bulmak üzere sarfedilen zihinsel çaba sonucunda tespit edilen vasfın, gerçekte hükmün konuluş gerekçe veya hedefleri arasında olmadığı görülmektedir. Nitekim bir hükmün gerekçesi olarak kabul edilen bir vasfın, daha sonraları ilmin ve bilimin inkişaf etmesiyle birlikte hükmün vazı için geçerli veya yeterli bir vasıf olmadığı kanaatine ulaşılabilenekte veya daha uygun bir vasıf tespit edilebilmektedir. Dolayısıyla akdin konusunu seçme hakkına yapılan müdahaleyi, İslâm'ın genel ilkeleri çerçevesinde yorumlamak gerektiği gibi, hukukî müdahale sonucu meydana gelen kısıtlamanın ölümden sonraki hayat için oluşturulan sınavın bir malzemesi olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

### 3. Dinî Kimliğin Yaşamı Şekillendirmesi

İslâm hukukunda akdin konusunu belirlemede sınırsız özgürlük yerine belirli ölçüler dâhilinde seçim hakkının tanınması, müminin sahip olduğu dinî kimliğin doğal bir sonucudur.<sup>30</sup> İslâm dini insan hayatını inşa ederken ona, kendine özgü nitelikleri olan bir kimlik kazandırmaktadır. İslâm'ın alım satımını yasakladığı maddeleri akde konu etmemek, müslümanın dinî kimliğinin gerektirdiği bir olgudur.

Kur'an-ı Kerim, cahiliye dönemine ait inanç, düşünce ve yaşam biçimini kaldırıp, bu alanlarda yeni bir standart oluşturarak, müntesiplere o paralelde bir kimlik kazandırmak üzere yol gösterici ve yönlendirici bir kılavuz olarak gönderilmiştir.<sup>31</sup> Nitekim Hz. Peygamber döneminde, kendinden önceki dinî, ekonomik, sosyal ve siyasal hareketin yeniden canlanması olarak yorumlanamayacak, kendine has bir gelişme çizgisi takip edilerek yeni bir dünya görüşü ortaya konmuştur.<sup>32</sup> Bu yeni sistemde hedeflenen insan profilini oluşturmak üzere o zamana kadar insanların mubah gördüğü bazı şeyler emredilmiş, bazı şeyler ise yasaklanmıştır. Maslahat odaklı bu düzenleme çerçevesinde insanoğlunun hayatına direkt etki eden ve İslâmî değer ve ilkelere göre mefsedete yol açan ticaret mallarına yasaklama getirilmiştir. Örneğin şarap tüketmenin toplumsal kabul haline geldiği bir ortamda, şarap tiksindirici bir içecek olarak nitelendirilip, içimi ve satışı haram kılınmıştır.<sup>33</sup> Bir müslümanın şarabın değeri ve hükmü ile ilgili bu emre bilinçli olarak uyması, İslâm'ın kendisine kazandırmak istediği kimliğin gereğidir.

29 Ferhat Koca, "Haram", *DİA*, İst. 1997, c. XVI, s. 102.

30 Koca, "Haram", c. XVI, s. 101.

31 el-Bakara 2/185; el-A'râf 7/52; el-İsrâ 17/105-6; Tâhâ 20/113; en-Neml 27/92; ez-Zümer 39/27-8; eş-Şûrâ 42/7.

32 Mustafa Aydın, *İslâm'ın Tarih Sosyolojisi*, Pınar Yay., İst. 2001, s. 34.

33 el-Mâide 5/90.

## B. MASLAHAT EKSENLİ DİNAMİKLER

Fert ve toplum maslahatı, akdin konusunu belirlemede özgürlük alanının da- raltılmasını gerektiren önemli bir faktördür. Sınırsız özgürlük, belirli bir noktadan sonra sahibine veya çevresine zarar vermeye yol açmaktadır. Bundan dolayı dü- şünme hariç hiçbir alanda sınırsız özgürlük uygun görülmemiştir.<sup>34</sup> Bu bağlamda insanoğlunun eşya ile ilişkisinde de fayda ve zarar ölçüğünde özgürlük alanı sınır- landırılmıştır. Faydalı maddelerin kullanım ve tüketimi serbest bırakılırken, zarar- lı şeylere müsaade edilmemiştir.<sup>35</sup> Kullanım veya tüketimi haram olduğu bildirilen maddelerin satımı da aynı şekilde haram sayılmıştır.<sup>36</sup> Nitekim Hz. Peygamber'in kendisine bir kap şarap hediye etmek isteyen sahabîye, şarabın haram kılındığını bildirmesi üzerine, sahabînin yanındakinden onu satmasını istediği ve bunu öğren- nen Hz. Peygamber'in ona "İçimini yasaklayan, satımını da yasaklamıştır." dediği nakledilmektedir.<sup>37</sup>

Nasslardaki akdin konusu ile ilgili yasaklamalar, bireysel ve toplumsal hayatın sağlıklı bir şekilde sürdürülebilmesi için sakınılması gereken şeylere yöneliktir.<sup>38</sup> Bu maddelerin satışa konu edilmesi yasaklanarak birçok açıdan maslahatın temin edilmesi hedeflenmiştir. Söz konusu maslahatların tespit edilmesi, menhiyatın mahiyetinin anlaşılmasında ve haram kılınan maddelerle aynı nitelikleri taşıyan diğer şeylerin hükmünün tespitinde yardımcı olmaktadır. Nitekim İslâm hukuk- çuları nasslarda zikredilen maddelerin helâl veya haram kılınmasındaki hikmet ve illetleri tespit etmeye çalışıp, kıyas yöntemiyle helâl ve haram listesini belirleme yoluna gitmişlerdir.<sup>39</sup>

Akdin konusunu seçme özgürlüğünün kısıtlanmasını gerektiren maslahat ek- senli dinamikleri, zarûriyyât-ı hamsenin korunması, insan fitratının ve onurunun muhafazası, toplumsal huzurun korunması ve mefsedete götüren yolların kapatıl- ması şeklinde sıralamak mümkündür.

### 1. Zarûriyyât-ı Hamseyi Koruma Prensibi

İslâm borçlar hukukunda akid hürriyetinin sınırlandırılmasının başta gelen amaçlarından bir tanesi, zarûriyyât-ı hamseyi<sup>40</sup> korumaktır. İslâm hukukunda din,

34 Turhan Esener, *Borçlar Hukuku I*, Ankara Ün. Hukuk Fak. Yay., Ankara 1969, s. 198; Ali Bardakoğlu, "İslam Hu- kukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", *Erciyes Ün. İlahiyat Fak. Dergisi*, Kayseri 1983, sy. 1, s. 9.

35 İbn Fevzân, *el-Et'ime ve Ahkâmü's-Sayd ve ve'z-Zebâih*, s. 28.

36 Buhârî, "Büyü", 102, 103, 105, 111, 112; Müslim, "Müsâkât", 12, 13; Ebû Dâvud, "İcâre", 30; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, s. 974.

37 Müslim, "Müsâkât", 12; Ahmed b. Şuayb en-Nesâî, *el-Müctebâ mine's-Sünen*, Mektebü'l-Matbû'atî'l-İslâmiyye, Ha- leb 1986, "Büyü", 90; Ebû Bekir Ahmed b. Huseyn b. Ali el-Beyheki, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2003, "Büyü", 119; Kurtubî, *el-Câmiu' li Ahkâmî'l-Kur'ân*, c. VIII, s. 162.

38 el-A'râf 7/157; Râzî, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, c. XV, s. 27; Elmalılı, *Hak Dini Kur'an Dili*, c. III, s. 2075, 2229.

39 Kahraman, "Gıda Ürünlerinde Helâl ve Haramı Belirleme Yöntemi", c. XVI, s. 457.

40 "Zarûriyyât; din ve dünya maslahatının kendisine bağlı bulunduğu hususlardır. Öyle ki bunların bulunmaması durumunda, dünya işleri normal seyrinden çıkar, fesat ve kargaşa doğar, hayat son bulur. Ahirette de kurtuluş ve cennet nimetlerinin kaybına ve apaçık bir hüsrana yol açar." "Zarûriyyât dinin, nefsin, neslin, malın ve aklın ko- runmasıdır. Âlimler bu beş unsurun bütün din ve toplumlarda korunduğunu belirtmişlerdir." Şâtibî, *el-Muvâfakât*, c. II, s. 17-8, 20; Şelebî, *Te'lîlü'l-Ahkâm*, s. 282.

can, akıl, nesil ve mal, korunması zarurî şeyler olarak kabul edilmiş ve bunlara faydadan çok, zarar veren maddelerin tüketimi, kullanımı<sup>41</sup> ve mübadelesi caiz görülmemiştir.<sup>42</sup> Örneğin zarûriyyât-ı hamseden dinin korunması amacına matuf olarak put satımı yasaklanmıştır.<sup>43</sup> Böylece şirk inancının önemli bir unsuru, kazanç getirici bir mal olmaktan çıkarılarak, insanların ona teveccühlerinin önemli bir vesilesi ortadan kaldırılmıştır. Aynı şekilde kehanette bulunma ücreti haram kılınarak<sup>44</sup> gaybı bilme iddiasını besleyen maddî kaynak kurutulmuş ve kehanette bulunmanın cazipliği oldukça zayıflatılmıştır. Yine tevhid inancının korunması amacı doğrultusunda hayvan kesimi esnasında sadece Allah'ın isminin zikredilmesi istenmiş ve O'nun dışında başka şeylerin isimlerini anarak kesilen hayvanın etinden yemek haram kılınmıştır.<sup>45</sup> Böylelikle başka varlıklara kutsallık tanınmasının önüne geçilerek müminde tesis edilen itikadın muhafazası hedeflenmiştir. Keza, muhakeme ve irade zafiyetine uğratıp, "Allah'ı anmaktan ve ibadetlerden uzaklaştıran" şarap, haram kılınarak<sup>46</sup> ibadetlerin sarhoşluk neticesinde terk edilmesine engel olunmak istenmiştir.

İslâm'ın şarap tüketimini ve satımını<sup>47</sup> haram kılmasının bir diğer sebebi ise ruhsal ve bedensel sıhhati koruma ve sağlıklı nesiller yetiştirme hedefine sahip olmasıdır. Sarhoş edici içeceklerin beden ve ruh sağlığını olumsuz etkilediği; birey, aile ve toplum hayatında derin yaralar açtığı herkesçe kabul edilmektedir. Başta beyin olmak üzere vücudun bütün azalarında tahribatlar yapan ve sinir sistemini işlevsiz hale getiren şarap haram kılınarak insanların bu maddeden uzak durmaları amaçlanmıştır.<sup>48</sup>

İnsan sağlığını korumak üzere şarabın yanı sıra hayvanın bedeninden akıp ayrılan kan, domuz eti ve kendiliğinden yahut usulüne uygun kesilmeden ölmüş hayvanın etini tüketmek de haram kılınmış<sup>49</sup> ve satımı yasaklanmıştır.<sup>50</sup> Yenmesi ve satışa konu edilmesi naslarla yasaklanan bu maddelerden murdar hayvan, genellikle bir hastalıktan dolayı öldüğü için böyle bir hayvanın etini yemek, ondaki hastalığın insana geçmesine sebep olabilmektedir. Aynı zamanda, kesilip kanı

41 Koca, "Haram", c. XVI, s. 101.

42 Buhârî, "Büyü", 102, 103, 105, 111, 112; Müslim, "Müsâkât", 12, 13; Ebû Dâvud, "İcâre", 30; Şevkânî, *Neylül'Evtâr*, s. 974.

43 Buhârî, "Büyü", 111; Müslim, "Müsâkât", 13; Beyheki, "Büyü", 120.

44 Buhârî, "Büyü", 112; Müslim, "Müsâkât", 9; Muhyiddin Yahya b. Şeref en-Nevevî, *Sahihü Müslim bi Şerhi'n-Nevevî*, el-Matba'atü'l-Mısriyye bi'l-Ezher, Beyrut 1929, c. X, s. 231.

45 el-Bakara 2/173; el-Mâide 5/3; el-En'âm 6/118, 121.

46 el-Mâide 5/91; Râzi, *et-Teşîru'l-Kebîr*, c. XII, s. 86.

47 İçilmesi ayetle haram kılınan içkinin satışı Hz. Peygamber'in açık talimatıyla yasaklanmıştır. Buhârî, "Büyü", 105.

48 Nihat Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dinî Konular-2*, Etüt Yay., Samsun 2010, s. 33-4; <http://www.alkolunzararları.com/hamilelikte-alkol-kullanımı.html> (17.07.2013).

49 el-Bakara 2/173; el-Mâide 5/3; el-En'âm 6/145; en-Nahl 16/115. Haram kılınan bu maddelerin, teknolojik imkanların gelişmesi ile birlikte zararlarından arındırılması durumunda hükmün değişip değişmeyeceği konusunda genel kanaat haramlık hükmünün devam etmesi şeklinde olmakla birlikte hükmün ibâhâya dönüşeceğini belirten münferit görüşler de olmuştur. İsmail Hakkı el-Milâsî, *Tezkiyetü'l-Lühûm fi'l-İslâm*, Matbaatü'l-Adl, İst. 1341h., s. 14-7; Elmalılı, *Hak Dini Kur'an Dili*, c. II, s. 1562-3; Kâşif Hamdi Okur, "İslam Hukuku Açısından Helal ve Haram Olan Gıdalar", *Usûl İslâm Araştırmaları Dergisi*, İst. 2009, sy. XI, s. 9.

50 Buhârî, "Büyü", 111; Müslim, "Müsâkât", 13; Beyheki, "Büyü", 120; San'ânî, *Sübü'lî's-Selâm*, c. III, s. 8; Şevkânî, *Neylül'Evtâr*, s. 974-5; İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VI, s. 358.

akıtılmadığından hayvanın vücudunda kalan kanda üreyen mikroplar, etini daha zararlı hale getirmektedir.<sup>51</sup> Kan içmenin haram kılınmasıyla da sağlığı korumanın hedeflendiği hususu açıktır.<sup>52</sup> Kan, canlının vücudundan çıktıktan sonra özel tekniklerle muhafaza edilmediği takdirde hemen bozulabilmekte ve kan yoluyla birçok hastalık bulaşabilmektedir.<sup>53</sup> Eti haram kılınan hayvanlardan olan domuz ise pislik yemeye düşkün olup, etinde başta, trişin ve tenya olmak üzere birçok zararlı mikroorganizma bulunmakta ve domuz etini yiyenlere bunlar geçip, teşhisi ve tedavisi zor hastalıklara yol açtığı gibi hormonal dengesizliklere de sebep olmaktadır.<sup>54</sup>

Köpek dişli yırtıcı hayvanlar<sup>55</sup> ve pençeli yırtıcı kuşların etinin haram kılınması da sağlığın korunması amacına matuftur.<sup>56</sup> Bu hayvanların saldırgan oldukları için insana zarar verebilmelerinin yanı sıra genellikle lâşe yiyerek beslenmeleri dolayısıyla leşteki mikropların vücutlarına sirayet etmesi, onları sağlık açısından tehlikeli hale getirmektedir. Aynı amaç doğrultusunda, cellâle diye isimlendirilen ve başıboş gezip çoğunlukla pislik yiyen tavuk, koyun ve sığır gibi hayvanların<sup>57</sup> etinin ve sütünün tüketilmemesi<sup>58</sup> ve onların binek olarak kullanmaması istenmiştir.<sup>59</sup> Bu tür hayvanların yediği pislik etlerini ve sütlerini bozmakta, vücutlarının kötü kokmasına yol açmaktadır.<sup>60</sup> Ayrıca yedikleri pis şeydeki mikroorganizmaların et, süt ve ter yoluyla insanlara sirayet etme ihtimali bulunmaktadır.<sup>61</sup> Fukâhâ bu sakıncaları da dikkate alarak cellâle hayvanlardan faydalanabilmek için bunların bir müddet temiz gıda ile beslenmelerini gerekli görmüştür. Bu süre için iki, üç, on ve kırk gün gibi bazı rakamlar verilmişse de böyle bir sayısal belirleme yerine hayvanın içi temizlenip, pis kokunun gitmesini sağlayacak kadar bir süreyi esas almanın daha uygun olacağı da düşünülmüştür.<sup>62</sup>

İslâm hukuku bilgileri, sözü edilen bu maddelerin tüketim, kullanım veya mübadelesinin uygun görülmediğini bildiren naslardan ayetlerin kesinlik ifade ettiği konusunda görüş birliğine varmışlardır. Ancak ilgili hadislerdeki yasaklama-

51 Râzî, *et-Tefşîru'l-Kebîr*, c. XI, s. 135.

52 Tâhir b. Muhammed b. Âşûr, *et-Tahrîr ve't-Tenvîr*, ed-Dâru't-Tûnusiyye, Tunus 1984, c. II, s. 117-8.

53 Milâsî, *Tezkiyetü'l-Lühûm fi'l-İslâm*, s. 13.

54 İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-Tenvîr*, c. II, s. 119; Asaf Ataseven, *Din ve Tıp Açısından Domuz Eti*, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., Ankara 1989, s. 55; Milâsî, *Tezkiyetü'l-Lühûm fi'l-İslâm*, s. 15; Kardâvî, *el-Halâl ve'l-Harâm fi'l-İslâm*, s. 45; <http://www.gimdes.org/islamda-yasaklanmis-gidalarin-insan-hormonlari-ve-davranislari-uzerindeki-etkileri.html> (29.08.2013).

55 Buhârî, "Zebâih ve's-Sayd", 29.

56 Müslim, "Sayd ve'z-Zebâih", 3; Ebû Dâvud, "Et'ime", 33; Tirmizî, "Et'ime", 3; Nevevî, *Sahîhu Müslim bi Şerhi'ne-Nevevî*, c. XIII, s. 82.

57 Alâüddin el-Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi' fi Tertibiş-Şerâi'*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1982, c. V, s. 39; San'ânî, *Sübülü's-Selâm*, c. IV, s. 287; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, s. 1612.

58 Tirmizî, "Et'ime", 24; İbn Mâce, "Zebâih", 11.

59 Ebû Dâvud, "Et'ime", 25; San'ânî, *Sübülü's-Selâm*, c. IV, s. 287; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, s. 1611.

60 Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. V, s. 40; Kurtubî, *el-Câmiu' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, c. I, s. 92; Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, c. IV, s. 356; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, s. 1612.

61 Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktestid*, Matba'atü Mustafa el-Bâbî, Mısır 1975, c. I, s. 466; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, s. 1612.

62 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, c. VII, s. 410-411; Kurtubî, *el-Câmiu' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, c. IX, s. 92; San'ânî, *Sübülü's-Selâm*, c. IV, s. 288; İbn Fevzân, *el-Et'ime ve Ahkâmü's-Sayd ve ve'z-Zebâih*, s. 75-6; Şener, "Hayvan", c. XVII, s. 95.

ların haramlık ifade ettiğini savunanlar olduğu gibi kerahet bildirdiğini düşünenler de olmuştur.<sup>63</sup> Hadislerdeki yasaklamaların ilgili ayetler karşısındaki konumu hususunda ise Sünnet'in, haram kılınan maddeleri sayıp sınırlayan Kur'an hükmünü<sup>64</sup> neshettiği; ilgili ayet ve hadisler arasında bir tearuzun bulunmadığı, hayvansal kökenli haramların ayette zikredilenlerle sınırlı olmadığı, ayetlerin temel ve örnek haramları ifade ettiği, hadislerin ise bunları detaylandığı şeklinde yorumlar yapılmıştır.<sup>65</sup> Her ne kadar Sünnet'teki yasaklamaların niteliği ve Kur'an hükümleri karşısındaki konumu hakkında bu şekilde farklı görüşler serdedilmişse de cumhur fukâhâ,<sup>66</sup> hadislerdeki yasaklamalara dayanarak ve naslardan çıkardıkları genel ölçüler doğrultusunda şu hayvanların etinin haram olduğunu belirtmişlerdir:

a) **Köpek dışıyla avlanan** ve kendisini bu yolla savunan kurt, aslan, kaplan, pars, maymun, sırtlan, köpek ve kedi gibi hayvanlar,<sup>67</sup>

b) Pençesiyle kaparak avlanan doğan, şahin, kartal ve akbaba gibi **yırtıcı kuşlar**,<sup>68</sup>

c) Yırtıcı olmamakla birlikte kuzgun, karga gibi **lâşe ve pis şeyler yiyen kuşlar**,<sup>69</sup>

d) Tabiatı itibarıyla **iğrenç bulunan** ve hadislerde öldürülmesine izin verilen yılan, akrep ve fare gibi hayvanlar,<sup>70</sup>

e) İlgili rivayetlerde öldürülmesi yasaklanan, sinek, arı ve böcek gibi **haşeratlar**.<sup>71</sup>

Yenilmesi haram görülen bu hayvanların yine tüketim amaçlı olarak alınıp satılması da haram olarak değerlendirilmiştir.<sup>72</sup> Ancak tüketimi haram olup da kulanımında meşru faydalar sağlanan şeylerin kullanmak amacıyla satın alınmasına cevaz verilmiştir.<sup>73</sup> Örneğin ehli eşek etinin yenmesi haram kılınmasına rağmen<sup>74</sup>

63 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, c. I, s. 470; Kahraman, "Gıda Ürünlerinde Helâl ve Haramı Belirleme Yöntemi", c. XVI, s. 458.

64 el-En'âm 6/145.

65 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, c. VII, s. 427; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, c. I, s. 468; Kurtubî, *el-Câmiu' li Ahkâmi'l-Kur'an*, c. IX, s. 81-3; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, s. 1607; Elmalılı, *Hak Dini Kur'an Dili*, c. III, s. 2076; Okur, "İslam Hukuku Açısından Helal ve Haram Olan Gıdalar", sy. XI, s. 14-8; Kahraman, "Gıda Ürünlerinde Helâl ve Haramı Belirleme Yöntemi", c. XVI, s. 458.

66 Fukâhânın çoğunluğu, Hz. Peygamber'in ayetlerde açıkça bahsi geçmeyen hayvan etleri ile ilgili sakındırmalarını haram niteliğinde görürken Mâlikîler, yenmesi haram olan maddeleri ayette (el-En'âm 6/145) açıkça yasaklananlarla sınırlı tuttuklarından hadislerle yasaklananları mubah veya mekruh olarak değerlendirmişlerdir. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, c. I, s. 468; Kurtubî, *el-Câmiu' li Ahkâmi'l-Kur'an*, c. IX, s. 81-3; Nevevî, *Sahîhu Müslim bi Şerhi'n-Nevevî*, c. XIII, s. 83; San'ânî, *Sübülü's-Selâm*, c. IV, s. 276-7; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, s. 1607.

67 Kâsânî, *Bedâ'ü's-Sanâi'*, c. V, s. 39; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, c. I, 468; San'ânî, *Sübülü's-Selâm*, c. IV, s. 275; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, s. 1607; Şener, "Hayvan", c. XVII, s. 94.

68 İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VI, s. 361; San'ânî, *Sübülü's-Selâm*, c. IV, s. 277; Şener, "Hayvan", c. XVII, s. 94.

69 İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VI, s. 358; Şener, "Hayvan", c. XVII, s. 94.

70 San'ânî, *Sübülü's-Selâm*, c. IV, s. 277; İbn Fevzân, *el-E'ime ve Ahkâmu's-Sayd ve ve'z-Zebâih*, s. 81; Şener, "Hayvan", c. XVII, s. 94.

71 İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VI, s. 358; Kurtubî, *el-Câmiu' li Ahkâmi'l-Kur'an*, c. IX, s. 86; Nevevî, *Sahîhu Müslim bi Şerhi'n-Nevevî*, c. XI, s. 3; San'ânî, *Sübülü's-Selâm*, c. IV, s. 285; Şener, "Hayvan", c. XVII, s. 94.

72 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, c. VII, s. 410; Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dini Konular-2*, s. 25.

73 Nevevî, *Sahîhu Müslim bi Şerhi'n-Nevevî*, c. X, s. 233; Abdülaziz Farâğî Ali el-Karnî, *el-Büyü' fi'l-İslâm*, Dârü's-Sahva, Kahire 1987, s. 38.

74 Nesâî, "es-Sayd ve'z-Zebâih", 31; Ebû Dâvud, "Et'ime", 26, 34.

merkebin taşıma işinde kullanılması<sup>75</sup> ve satışa konu edilmesi meşru görülmüştür.<sup>76</sup> Aynı şekilde haram kılınanlar arasında köpek ismi geçmesine rağmen, köpeğin avcılık veya bekçilik amaçlı satın alınmasına müsaade edilmiştir.<sup>77</sup>

Fukâhâ ilgili naslardan yaptıkları çıkarımlar çerçevesinde akid konusunun bazı temel nitelikleri taşınmasını gerekli görmüşlerdir. Hanefî bilginleri, bir şeyin mübadeleye konu olabilmesi için “mubah fayda sağlayıcı özelliğini” öncelikli şart olarak ileri sürmüşlerdir.<sup>78</sup> Şâfiî, Hanbelî ve Mâlikîler ise bu şartın yanı sıra akid konusunun tâhir/temiz olmasına da vurgu yapmışlardır.<sup>79</sup> Bu iki şartın da bedensel ve ruhsal sağlığı koruyucu özelliğe sahip olduğu aşikârdır.

Dine, cana, akla veya nesle büyük zararlar verdiği için tüketilmesi yahut kullanılması caiz görülmeyen şeylerin mübadelesine de cevaz verilmeyerek insanların bunları, ticaretini yapmak veya istifade etmek amacıyla satın alarak gerçekte maddî kayba uğramalarının önüne de geçilmiştir. Nitekim Hz. Ömer’in şarapla ilgili yasaklayıcı vahiy gelmeden önce, malın zayı olmasına da yol açtığına dikkat çekerek şarabın hükmünü Hz. Peygamber’e sorduğu nakledilmektedir.<sup>80</sup> Maddî varlıkların heba edilmesi şeklinde sonuçlanan ticarî muamelelerin haram kılması, her ne kadar akdin konusunu seçme özgürlüğünü daraltmakta ise de malın korunması prensibi açısından gayet makul ve faydalı bir işleve sahiptir.

## 2. İnsan Fitratını ve Onurunu Koruma Prensibi

İslâm borçlar hukukunda akdin konusunu belirleme özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın bir sebebi de insan fitratını ve onurunu koruma prensibidir. İslâm hukukunda özel mülkiyet sınırlamalarında, fitratı koruma ilkesinin önemli bir yeri vardır. Bireylerin kendi iç dünyalarında, aile içi ilişkilerde ve toplumsal yapıda ortaya çıkan birtakım sapma ve problemlerin temelinde fitrî duygu ve özelliklerin bozulması yatmaktadır. İslâm, bu tür sorunların yaşanmasına fırsat vermemek amacıyla bazı hukukî düzenlemeler öngörmüştür.<sup>81</sup>

75 en-Nahl 16/8.

76 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, c. VII, s. 410; Nevevî, *Sahîhu Müslim bi Şerhi'n-Nevevî*, c. XI, s. 3; İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VI, s. 360.

77 Buhârî, “Hars ve'l-Müzâraâ”, 3; “Büyü”, 113; Müslim, “Müsâkât”, 9; Tirmizî, “Büyü”, 46; Beyheki, “Büyü”, 118. Herhangi bir sınıflandırma yapmaksızın, köpek satışından elde edilen paranın haram olduğunu ve köpek öldürmeyi emreden rivayetleri esas alan Şâfiîler avcılık ve bekçilik amacıyla da olsa köpek alım satımına cevaz vermemişlerdir. Nevevî, *Sahîhu Müslim bi Şerhi'n-Nevevî*, c. X, s. 232-3; Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dinî Konular-2*, s. 72.

78 Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, c. V, s. 143; İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VI, s. 359. Bu özellik, hukuken tanınır olmak manasında “mütেকavvim” kelimesi ile ifade edilen niteliğin birinci şartıdır. Hanefîlere göre mütেকavvim bir malda iki özellik daha bulunmalıdır. Onlardan bir tanesi iktisadî değere sahip olması (Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi'*, c. V, s. 145), diğeri ise ihraz edilmiş/sahipli olmasıdır. Hasan Hacak, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, (Yayınlanmamış Dokt. Tezi), Marmara Üniv. Sosyal Bil. Enst., İst. 2010, s. 175.

79 Hacak, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, s. 176; Recep Özdirek, *İslâm Hukukunda Akdin Sınırları*, Yedirenk Yay., İst. 2010, s. 157.

80 Râzî, *et-Tefsîru'l-Kebir*, c. VI, s. 43, 46.

81 Halit Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyete Getirilen Sınırlamalar*, Yayınlanmamış Dokt. Tezi, Selçuk Üniv. Sosyal Bil. Enst., Konya 2001, s. 374.

İnsan hürriyetini sınırlayan malî mübadele ile ilgili düzenlemelerde yasaklanan şeylerin insanı psikolojik olarak rahatsız eden yönüne dikkat çekilmiştir. Nitekim ilgili ayetlerde, tüketimi yasaklanan şeylerin fitrata aykırı ve insan onuruna yakışmayan maddeler olduğuna vurgu yapılmış, haram kılınanların tamamı “habis”<sup>82</sup> sözcüğü ile nitelendirilmiştir. Bunlardan domuz eti ve şarabın ise “rics”<sup>83</sup> olduğu özellikle belirtilmiştir. Kelime anlamı “değersiz ve bayağı oluşu sebebiyle hoş gitmeyen somut veya soyut varlık yahut durum” olan “habîs” sözcüğü, insan fitratına, ahlaka ve geleneğe aykırı, tiksinti duygusuna yol açan şeyler için kullanılmaktadır.<sup>84</sup> Sözlükte “pis olan şey, pislik, büsbütün çirkin” gibi manalara gelen “rics” ise<sup>85</sup> “habîs” kelimesi ile anlamdaş olarak da kullanılmaktadır. Nasslarda haram kılınan maddelerin “rics” kelimesi ile ifade edilmesinin temel amaçlarından bir tanesi, bunların iğrenç telâkki edilmesini sağlayarak psikolojik duyarlılık oluşturmaktır. Her iki kavramla da onurlu insanların bunlardan sakınması gerektiği mesajı verilmiştir.<sup>86</sup> Örneğin şarap ve domuz etinin iğrenç oluşuna vurgu yapılmasının bir sebebi de etkin vasıflarla donatılıp üstün konumda tutulan insanı, bunları tüketmekten uzak tutup, sağduyulu ve onurlu yaşamaya yönlendirmektir. Aynı şekilde cahiliye Araplarının, kanı bağırsaklara doldurup sucuk olarak tükettiği de göz önünde bulundurulduğunda<sup>87</sup> kanın haram kılınmasının bir hikmetinin de insanoğlunu kan içen yırtıcı hayvanların pozisyonuna düşmekten muhafaza etmek olduğunu düşünmek mümkündür.<sup>88</sup>

İnsanlık onurunu korumak amacıyla akdin konusunu belirleme iradesine yapılan müdahaleye bir örnek de hür insan satımının yasaklanmasıdır. Şahsiyetli olarak yaratılan insanın hür sıfatına sahipken satışa konu edilmesinin yasaklanması,<sup>89</sup> bu türden satışın insan haklarına aykırı olmasının yanı sıra insanlık haysiyetiyle bağdaşmayan bir eylem oluşu sebebiyledir. Sünnet’in ortaya koyduğu bu yasaklama, bütün mezheplerce haram hükmü ile değerlendirilmiş ve mal olamayacağı gerekçesiyle hür insanın satımı batıl kabul edilmiştir.<sup>90</sup> Köle ve cariyelerin çeşitli vesilelerle azad edilmelerine teşvik edilerek satış malzemesi olmaktan kurtarılma- larını<sup>91</sup> da insan onurunu koruma amacı ile izah etmek mümkündür. Hanefilerin insan saçı, kemiği<sup>92</sup> ve sütünün satışına cevaz vermemeleri, yine bu gerekçe ile açıklanmaktadır.<sup>93</sup>

82 “... O, onlara “tayyibât”ı/iyi ve temiz şeyleri helâl, habâis/pis ve iğrenç şeyleri ise haram kılar...” el-A'râf 7/157; Râzi, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, c. XV, s. 27.

83 el-En'âm 6/145; el-Mâide 5/90.

84 Ebû'l-Fadl Muhammed b. Mükerrrem b. Manzûr el-Efrikî, *Lisânü'l-Arab*, Dâru'l-Me'ârif, Kahire ty., c. II, s. 1089; Mehmet Zeki Duman, “Habîs”, *DİA*, İst. 1996, c. XIV, s. 379; Kardâvî, *el-Halâl ve'l-Harâm fi'l-İslâm*, s. 52.

85 İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, c. III, s. 1590.

86 Râzî, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, c. XII, s. 84; S. Zafer Kızıklı, “Rics”, *DİA*, İst. 2008, c. XXXV, s. 87.

87 Râzî, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, c. XI, s. 135; Elmalılı, *Hak Dini Kur'an Dili*, c. II, s. 1557.

88 İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-Tenvîr*, c. II, s. 118

89 Buhârî, “Büyü”, 106.

90 Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. V, s. 140; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VI, s. 359.

91 en-Nisâ 4/92; el-Mâide 5/89; et-Tevbe 9/60; el-Mücâdele 58/3; Buhârî, “İtk”, 1; Müslim, “İtk”, 5.

92 Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. VI, s. 555.

93 Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, c. V, s. 145. Dalgın, *Gündemdeki Tartışmalı Dinî Konular-2*, s. 60.



### 3. Kamu Yararını Koruma Prensibi

Akdin mevzuunu seçme hürriyetinin daraltılmasını gerektiren dinamiklerden bir tanesi de toplumsal huzura hanel getirecek fiillerin engellenmesi prensibidir. Toplum saadetinin korunması ve artırılabilmesi için akid konusunun, kamu düzenine katkı sağlamasa da en azından zarar vermeyecek türden olması gerekmektedir.<sup>94</sup> Bu ilke gereğince İslâm ticaret hukukunda sosyal hayatta kargaşaya yol açan şeylerin mübadeleye konu edilmesine engelleme getirilmiştir. Bireysel hürriyeti kısıtlayan bu düzenleme, ferdi yararlarla kamu yararının çatışması durumunda kamu yararının tercih edileceği ve genel zararı gidermek için özel zarara katlanılması gerektiği şeklinde küllî kaide olarak benimsenmiştir.<sup>95</sup>

Kamuya ait alanlardan herkesin ibâha nitelikli yararlanma hakkı vardır. Ancak kaynağını kanundan alan ve tüm toplum fertlerinin eşit olduğu kamu mallarından veya mubah mallardan faydalanma hakkının kullanımı, yine kanunen başkalarına zarar vermeme şartıyla sınırlandırılmıştır. İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, özel mülkteki bir tasarrufun kamuya zarar vereceği gerekçesiyle sınırlandırılmasında esas alınacak ölçü, maruf/örftür.<sup>96</sup>

Akdin muhtevasını istendiği şekilde oluşturma hakkının toplumun faydasını korumak amacıyla sınırlandırılmasına, kamu düzeni gereği herkesin istifadesine açık olan malların, satım akdine konu edilememesini örnek verebiliriz. İslâm hukukunda hayatî öneme sahip olduğundan su ve meralarda yeşeren ot, kamunun ortak malı olarak görülmüş<sup>97</sup> ve ihraz edilmediği (koruma ve tasarruf altına alınmadığı) halde el konulup satılması uygun görülmemiştir.<sup>98</sup> Aynı şekilde, şarabın içilmesi ve satımının haram kılınmasının bir sebebi de toplumda yol açtığı zararlarıdır. Şarap, akli melekeleri zayıflattığından ailede veya toplumda hukukî ve ahlâkî kurallara aykırı davranmaya sebep olabilmektedir.<sup>99</sup> Nitekim ilgili ayette şarabın haram kılındığı ifade edilirken bu maddeyi tüketmenin insanların arasına “düşmanlık ve kin”in girmesine yol açtığı vurgulanmıştır.<sup>100</sup>

Cinsel ilişkiyi ticarî akde konu etmenin haram kılınmasını da kamu yararını korumak amacıyla akdin konusunu seçme hürriyetinin sınırlandırılmasına örnek vermek mümkündür. Ailenin dağılmasına, toplumun ifsadına yol açan gayri meşru ilişkinin ücretsiz olarak yapılması yasaklandı<sup>101</sup> gibi bu eylemi ücret karşılı-

94 Esener, *Borçlar Hukuku I*, s. 203.

95 Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, c. III, s. 89; Halit Çalış, İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *Dini Araştırmalar*, Ankara 2004, c. VII, s. 273.

96 Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyete Getirilen Sınırlamalar*, s. 393-4.

97 Tirmizî, “Büyü”, 44; Ebû Dâvud, “İcâre”, 26.

98 İbn Mâce, “Ruhûn”, 16; Kâsânî, *Bedâi’u’s-Sanâ’i*, c. V, s. 146; Nevevî, *Sahîhu Müslim bi Şerhi’n-Nevevî*, c. X, s. 229;

İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VI, s. 147. İbn Hazm, otun müslümanların ortak malı olduğunu bildiren rivayeti sahih görmediği için satılabileceğini düşünmüştür. *el-Muhallâ*, c. IX, s. 54.

99 Râzî, *et-Tefsîru’l-Kebîr*, c. XII, s. 85; Kurtubî, *el-Câmiu’ li Ahkâmî’l-Kurân*, c. VIII, s. 166.

100 el-Mâide 5/91.

101 el-İsrâ 17/32.

ğında hizmet akdine konu etmenin haram kılındığı özellikle belirtilmiştir.<sup>102</sup> Söz konusu fiilin maddî gelir sağlamasına rağmen akde konu edilmesinin meşru görülmemesi, bu fiilin getirdiği bireysel menfaatin toplum düzeniyle çatışması sebebiyledir. Akdin mevzuunu seçmeye getirilen bu hukukî sınırlamanın bir amacı da gayri meşru ilişkinin malî cazibesini ortadan kaldırarak, toplumun bundan zarar görmesini olabildiğince azaltmak olmalıdır.

Bireysel hürriyetin işlevsiz hale getirildiği bu yöntemde aslında bireyin faydası tamamen göz ardı edilmemiş, toplumun menfaati öncelenmekle birlikte bireyin de maslahatı gözetilmiştir. Nitekim toplumda olumsuz durumlara yol açtığı için haram kılınan şeylerin bireye de doğrudan veya dolaylı olarak zarar verdiği görülmektedir. Dolayısıyla bu türden yasaklamalarla toplumun yanı sıra bireyin de korunması hedeflenmektedir.

#### 4. Mefsedete Götüren Yolu Kapatma Prensibi

Muhteva bakımından akid hürriyetinin daraltılmasını gerektiren diğer bir husus, akde konu edilen şeyin mefselete sebep olması durumunda yasaklanması esasıdır. İslâm hukukunda zararı ortaya çıkmadan önce önlemek üzere, suç ve günaha götüren yolların kapatılması ilke olarak benimsenmiş, harama yol açan şeyler haram kabul edilmiştir.<sup>103</sup> Diğer bir ifadeyle hukuk dışı sonuçlara yol açan mubah tasarruflar, doğurdıkları sonuç dikkate alınmak suretiyle hukuken yasaklanmıştır.<sup>104</sup> Nitekim bir şey yasaklanınca ona giden/götüren yolların da kapatılması hukukî tutarlılığın gereğidir.<sup>105</sup> Ayrıca erdemi ve ilâhî sorumluluk bilincini geliştirmede dayanışmayı emreden, kötülük ve günaha ise yardımlaşmaktan sakındıran nasslar<sup>106</sup> da böyle bir yöntemi gerekli kılmaktadır. İslâm hukukunda sedd-i zerâi' olarak bilinen bu yönteme göre helâl olan bir şeyin İslâm'ın gayri meşru olarak nitelediği işlerde veya şekilde kullanacağı kesin olarak bilinen şahıs ya da kurumlara satılması helâl değildir.<sup>107</sup> Örneğin üzümün satımı normal şartlarda mubah olmasına rağmen cumhur ulemâ üzümün şarap üreticisine satılmasına cevaz vermemiştir.<sup>108</sup> Zira şarap imalâtçısı, helâl olan üzümü haram bir maddeye dönüştürmekte ve elde ettiği mamulü sattığında başkalarının günah işlemesine imkân hazırlamış olmaktadır. Yine, müslümanlarla savaş halinde bulunanlara silâh satılmasına aynı gerekçe ile cevaz verilmemiştir.<sup>109</sup> Çünkü bu silâhların müslümanların canlarına ve

102 en-Nûr 24/33; Buhârî, "Büyütü", 112; "İcâre", 120; Müslim, "Müsâkât", 9; Nevevî, *Sahihu Müslim bi Şerhi'n-Nevevî*, c. X, s. 231; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, s. 975.

103 İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VI, s. 154; Koca, "Haram", c. XVI, s. 103; Kardâvî, *el-Halâl ve'l-Harâm fi'l-İslâm*, s. 31.

104 Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyete Getirilen Sınırlamalar*, s. 373.

105 Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyete Getirilen Sınırlamalar*, s. 393.

106 el-Mâide 5/2; en-Nisâ 4/85.

107 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, c. IX, s. 29-30; İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VI, s. 318, 319; Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyete Getirilen Sınırlamalar*, s. 390, 392.

108 Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâ'i*, c. VII, s. 142; Şâtibî, *el-Muvâfakât*, c. III, s. 23, 54; San'ânî, *Sübülüs-Selâm*, c. III, s. 60; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, s. 982.

109 İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VI, s. 319; Şâtibî, *el-Muvâfakât*, c. III, s. 23, 54.

mallarına yönelik saldırı malzemesi olarak kullanılması kuvvetle muhtemeldir.<sup>110</sup> Keza İslâm hukuk bilgileri kausun bulunduğu bir müslüman toplumda fitnenin büyümesine vesile olma ihtimali güçlü ise, silâh satımının uygun olmayacağını düşünmüşlerdir.<sup>111</sup> Aynı şekilde İslâm hukukunda hırsızlık, yankesicilik ve gasp gibi yollarla elde edildiği kesin olarak bilinen bir şeyi satın almanın, işlenen o suçun günahına ortak olmayı gerektirdiği de bildirilerek bu tür gayri meşru yöntemlerle temin edilen şeylerin satın alınmasına müsaade edilmemiştir. Çünkü gasp veya çalıntı malı ücret karşılığında almak, yasaklanan bu davranışlara dolaylı yardım ve teşvik anlamına gelmektedir.<sup>112</sup>

Mefsedete götüren yolu kapatma ilkesi gereğince akdin konusunu seçme özgürlüğüne getirilen kısıtlamaya, altın ve gümüş kapların alım satımını da örnek vermek mümkündür. Altın ve gümüş kapların yeme-içme vb. amaçlarla kullanılması caiz olmamakla birlikte,<sup>113</sup> bunların ticaretini yapmak niyetiyle temellüküne cevaz verilmiştir. Fakat yeme-içme vb. amaçlarla kullanacağı kesin olarak bilinen bir müslümana söz konusu kaplardan satmak, günah işlemesine yardımcı olunaçağı gerekçesiyle caiz görülmemiştir.<sup>114</sup>

Helâl bir şeyin bir haramın işlenmesine sebep olacağı kesin olarak bilindiği halde satılması helâl görülmediği gibi, tüketimi ve kullanımı haram olan bir şeyin satılmasına da yol açacağı mefseted sebebiyle cevaz verilmemiştir. Örneğin içimi haram kılınan şarabın satımı, her ne kadar maddî gelir sağlasa da başkasının temin etmesine ve içmesine ortam hazırlaması sebebiyle haram kılınmıştır.<sup>115</sup> Aynı şekilde şarap içimini kolaylaştırarak şarabın yol açtığı mefsetede zemin hazırladığı için şarap elde etmek üzere üzümü sıkıp şırasını çıkarmak, şarabı taşımak ve sakiğini yapmak da yasaklanmıştır.<sup>116</sup>

## SONUÇ

İslâm borçlar hukukunda akdin konusunu belirlemede serbestiyet esastır. Bununla birlikte çeşit itibariyle çok az da olsa bazı şeyler mübadeleye kapalı tutulmuştur. Akdin konusunu tercih özgürlüğünü kısıtlayan bu uygulamanın iki temel dinamiği bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, İslâm dininin kendine özgü bir yapıya sahip olması ve bu yapıya göre insanı inşa etme amacını taşımasıdır. İslâm'ın bu özelliği borçlar hukukunun dinin ruhuna ve amacına uygun bir şekilde

110 San'ânî, *Sübü'lü's-Selâm*, c. III, s. 60.

111 İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VI, s. 319; Karnî, *el-Büyü' fi'l-İslâm*, s. 107; Erdoğan, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, s.176.

112 Beyhekî, "Büyü", 76; Kardâvî, *el-Halâl ve'l-Harâm fi'l-İslâm*, s. 229.

113 Müslim, "Libâs", 1, 2; Buhârî, "Eşribe", 26, 27; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, c. I, s. 218-9; İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. I, s. 101,103.

114 Çalış, *İslâm Hukukunda Özel Mülkiyete Getirilen Sınırlamalar*, s. 373; Bkz. İbn Hazm *el-Muhallâ*, c. VIII, s. 514; c. IX, s. 30.

115 Kardâvî, *el-Halâl ve'l-Harâm fi'l-İslâm*, s. 221.

116 Tirmizî, "Büyü", 59; İbn Mâce, "Eşribe", 6; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, s. 982.

yapılandırılmasını gerekli kılmıştır. Söz konusu bu yapılandırmada gerçekleştirilen düzenlemelerden biri de bazı madde ve menfaatlerin mübadelesinin haram kılınmasıdır.

Akdin konusunu belirleme hakkının kısıtlanmasını gerektiren ikinci dinamik, İslâm dininin insan için maslahatı gaye edinen bir özelliğe sahip olmasıdır. Kur'an'da ve Sünnet'te yer alan şer'i yasakların tamamı, mükerrerem olarak yaratılan insanın fitratını veya maslahatını korumak amacıyla vazolunmuştur. Fakihler bu olgudan yola çıkarak hükmü naslarda belirtilmemiş, bireysel veya toplumsal çapta, dinî yahut dünyevî alanda çeşitli sorunlara yol açan zararlı şeyleri de mekruh veya haram niteliğiyle sakınılması gerekenler kategorisinden saymışlardır. İslâm hukukunda tüketimi veya kullanımı uygun görülmeyen bu tür şeylerin yayılmasını önlemek üzere satımına da yasaklama getirilmiştir.

# İSLÂM HUKUKUNDA DÂRU'L-HARBDE FAİZ TARTIŞMALARI

Fatiha BOZBAŞ\*

**Özet:** Bu çalışma İslâm hukukçularının önemle üzerinde durduğu, dâru'l-harbde faiz uygulamaları çerçevesinde var olan tartışmayı ortaya koymayı amaçlamıştır. Dâru'l-harbdeki faiz uygulamalarının niteliği ve tartışmaya mahal olan yönlerinin anlaşılması için çalışmada öncelikle konunun temelini teşkil eden "faiz" ile "ülke" kavramlarına ana hatlarıyla değinilerek bilhassa fıkıh literatüründe hangi yönleriyle ele alındıklarına dair bir çerçeve çizilmiştir; akabinde, dâru'l-harbdeki faiz uygulamaları hususunda klasik ve modern dönemde var olan görüşler, delilleri ve karşıt görüşlere olan tenkitleriyle birlikte ele alınarak bu konudaki farklı yaklaşımlar değerlendirilmiştir.

*Anahtar Kelimeler:* Faiz, Dâru'l-İslâm, Dâru'l-harb, Harbî

**Abstract:** This study aims to examine the debate of riba (interest) in dâr al-harb which is significantly emphasized by Islamic scholars strongly. We have commenced our research by investigating the meaning and framework of "dâr" in order to understand the practice of riba in dâr al-harb. After the explanation of the characteristics of dâr that has been focused lengthy in the classical and modern sources, will be analysed.

*Keywords:* Riba, Dar al-Islam, Dar al-harb, Harbî

## GİRİŞ

Müslümanların, bilhassa ikinci dünya savaşının yarattığı koşullar neticesinde eğitim, iş, baskı rejimlerinden kaçış gibi sebeplerle gayr-i müslim ülkelere olan göç hareketi, küreselleşme ve teknolojiye ilerlemeler ile birlikte daha da ivme kazanmış, bu durum bu ülkelere yerleşen ve bugün ikinci ve üçüncü nesilleriyle birlikte yaşadıkları ülkenin vatandaşlığını da benimseyen yaklaşık yirmi iki milyon müslümanın dinî hüviyetlerini muhafaza ederken birçok fikhî problemi de beraberinde getirmiştir. Özellikle göçmen müslümanların bu gayr-i müslim ülkelerde iskânının cevâzı, gayr-i müslim devletten alınan mâlî yardımlar, özel mülkiyet hakları, gayr-i müslimlerle olan ticârî ve sosyal ilişkiler, helal gıda, ibadet saatleri, faiz muâmesi, gayr-i müslimlerle evlilik gibi bazıları klasik fıkıh doktrininde münakaşaya mahal

\* Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı Doktora Öğrencisi

olan, bazısı da günümüz şartlarında tezâhür eden konular günümüzde gündemi yoğun bir şekilde meşgul etmektedir.

Mezkûr konular içerisinde özellikle “dâru’l-harbdeki faiz muâmelesi meselesi” giderek artan oranda günümüz fıkıh erbâbının ilgisine mazhar olmaktadır. Bu çalışmada da ana gaye, dâru’l-harbdeki faiz meselesinin cevâzı hususunda klasik ve modern dönem literatüründe var olan görüşler tenkitleriyle birlikte ortaya konularak, meselenin hükmü hususunda okuyucuya ışık tutmak olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, klasik ve modern fıkıh literatüründe yer edinen ve üzerinde uzun uzadıya münakaşaların yapıldığı “faiz” ve “ülke” kavramlarıyla irtibatlı olması, bu konunun müşkil yapısını daha da karmaşık hale getirmektedir. Bu nedenle sağlıklı bir değerlendirmeye ulaşmak adına, evvel emirde konunun temelini teşkil eden faiz ile ülke (dâr) kavramlarının klasik ve modern fıkıh literatüründe nasıl anlaşıldığına yönelik genel bir değerlendirmenin sunulması yerinde olacaktır.

## I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Faiz olgusu; insanlık tarihi boyunca uzun değerlendirmelere konu olmuş, tanımını, çeşitleri, cereyan ettiği alanlar, yasaklanma süreci vb. yönlerden gerek klasik dönem ve gerekse modern dönemde İslam hukukunun tartışmalı konuları arasında yer almıştır. İslâmî literatürde ribâ kavramıyla eşdeğer olup olmadığı tartışmalı olan faiz kavramı bütün çeşitlerini kapsayacak şekilde “Ödünç işlemlerinde veya alışverişte ortaya çıkan, karşılığı bulunmadığı veya eşitsiz paylaşıldığı için iki taraftan birini zarara sokan, gerçekleşmiş veya gerçekleşme potansiyeli bulunan fazlalık veya kısaca karşılıksız bir değer transferi”<sup>1</sup> olarak tarif edilebilir. Faiz konusunda klasik fıkıh kaynaklarında mevcut olan tartışma ve yorumlar, daha ziyade faizli muamelelerin ve faiz yasağının hukukî çerçevesinin çizilmesi ve bu hususta objektif ve açık ölçütlerin geliştirilmesi üzerine yoğunlaşmıştır. Klasik dönem İslâm hukukçuları faizin haram olduğu noktasında ittifak etmekle birlikte faizin nerelerde cereyan ettiği noktasında ihtilaf etmişlerdir. Bu farklı görüşler, fıkıh mezheplerinin faiz hükmünün dayandığı illet konusunda farklı değerlendirmelerde bulunmasından ileri gelmektedir.<sup>2</sup> Buna göre bir mezhep veya kişiye göre faiz addedilen durum, başka bir mezhep veya kişi tarafından benimsenmemiş, muhtelif görüşlerin sebep olduğu zihin karışıklığı faiz konusunu İslâm iktisâdının karmaşık meselelerinden biri haline getirmiştir. Faizin illeti meselesi günümüzde de canlılığını

1 Özsoy, İsmail, “Fıkıh Doktrininde Para ve Faiz”, *Fikhi Açıldan Finans ve Altın İşlemleri*, İstanbul 2012, s. 79.

2 Faizin illeti konusunda mezheplerin görüşleri için bak. Şîrâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf Firuzâbâdî (476/1083), *el-Mühezzeb fi fikhi’l İmam eş-Şâfi’i*, Kahire ts., I, 271, 270; Serâhsî, Ebubekir Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed (1090/483), *el-Mebsût*, 3. bs., Beyrut ts., XII, 110, 120; İbn Rüşd el-Hafîd, Ebu’l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Kurtubî el-Endülüsî (595/1198), *Bidâyetü’l-müctehid ve nihâyetü’l-muktesid*, 6. bs., Beyrut 1402/1982, II, 130; Nevevî, Ebû Zekeriyâ, Yahyâ b. Şeref (676/1277), *Ravzatü’t-tâlibin*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd- Ali Muhammed Muavvaz, Beyrut ts., III, 45; İbn Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvâhid es-Sivâsî (861/1457), *Şerh Fethu’l-kadir ale’l-hidâye*, Mısır 1389/1970, IV, 11; VII, 7-8; Hattâb er-Ruaynî, Ebû Abdullah Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahman el-Mağribî (954/1547), *Mevâhibü’l-celil li-şerhi muhtasarı Halil*, Beyrut 1416/1993, VI, 197.

koruyan bir tartışma alanı olmasının yanında, klasik dönemde mezheplerin öne sürdükleri farklı görüşlere günümüzdeki İslâm hukukçularının farklı kanaatlerinin de eklenmesiyle,<sup>3</sup> mesele daha da karmaşık bir hüviyete bürünmüştür.

Ülke (dâr) kavramı da gerek klasik dönem gerekse modern dönem fıkıh literatürünün önemli ve tartışmalı konularından biridir. Klasik dönem fukahâsı İslâm devletindeki hakimiyet mefhumunun tarifi ve İslâm devletinin sınırlarının tespitine yönelik olarak dünyayı ikili -hatta bazı fakihler üçlü- olarak taksim etmişlerdir. Buna göre İslâm esaslarının uygulandığı, yasama, yürütme ve yargı yetkisinin müslüman otoritenin elinde olduğu ülke dâru'l-İslâm iken<sup>4</sup>, bu yetkilerin ya tamamen ya da belli bir dereceye kadar olmadığı ülke ise dâru'l-harbdır<sup>5</sup>. Klasik fukahâyâ göre bu taksim, müslümanlar için emniyet veya korku ve düşmanlığın olup olmaması açısından yapılmış olup yoksa bunun temelinde Batılı bazı müelliflerin ileri sürdüğü gibi müslümanların diğer din mensuplarıyla ilişkilerinde normal halin harb olduğu düşüncesi doğru değildir.<sup>6</sup> Literatürde, İslâmî esaslara göre yönetilen ve İslâmî hükümlerin uygulandığı bütün ülkeler dâru'l-İslâm çerçevesinde değerlendirilirken,<sup>7</sup> ihtilafı olmakla birlikte idaresi gayr-ı müslimlerin elinde bulunan, fakat, İslâm devletinin hâkimiyet sahasına dâhil “bağlı ülkeler” ile başta dâru'l-İslâm iken daha sonra İslâmî olmayan bir idarenin yönetimine giren, fakat, İslâmî hakimiyetin izlerinin tamamen ortadan kalkmaması sebebiyle eski hükmün devam ettiği ülkeler de dâru'l-İslâm kabul edilmiştir.<sup>8</sup> Dâru'l-harb ülkeleri de otoritenin İslâmî olmaması, dolayısıyla İslâm ahkâmının tatbikinin mümkün olmaması veya zorluğuna müteallik olarak “Küfür ahkâmının yaygın olarak uygulandığı ülke”<sup>9</sup>, İslâmî yönetim olmadığı için İslâmî hükümlerin tatbik edilmediği ülke<sup>10</sup> çerçevesinde değerlendirilmiştir. Literatürde dâru'l-İslâm ve dâru'l-harb ülkelerinin hangi durum ve şartlarda yek diğerine tahavvül edeceği hususunda uzun uzadıya yorumlar serdedilmiştir.<sup>11</sup> Hanbelîler ve bazı Şâfiî hukukçular, yapılan bu ikili taksime *dâru'l-ahd* i eklemek suretiyle üçlü bir tasnif yapmışlardır.<sup>12</sup> Klasik fıkıh doktrininde teşekkül eden bu taksim, Kur'an'da ve sün-

3 Modern dönemde faiz konusunda ileri sürülen farklı görüşler için bk. Reşid Rıza, Muhammed (1935), *er-Ribâ ve'l-muâmelât fi'l-İslâm, Dâru İbn Zeydün, Beyrut 1406/1986, 82-85; Dalgın, Nihat, “Faiz Yasağıyla İlgili Farklı Yaklaşımlar”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 16, Konya 2010, s. 110-77; Baktır, Mustafa, “İslâm Hukukunda Zaruret Hali ve Faiz İlişkisi”, I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya 1997, s. 750; Hemşeri, Mustafa Abdullah, el-Amâlu'l-masrifîyye ve'l-İslâm, Kâhire ts. s. 60-61.*

4 Serahsî, *Mebûsât*, X, 81; Hallaf, *Abdulvehhâb, es-Siyâsetü's-şer'iyye*, 3. bs., Beyrut 1407/1987, s. 75; Zuhaylî, *Vehbe, Âsâru'l-harb fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 3. bs., Dimaşk 1998/1419, s. 177, 171.

5 Serahsî, *Mebûsât*, X, 114; Kuhistânî, Şemsuddîn Muhammed el-Hanefî (950/1544), *Câmi'u'r-rumûz, İstanbul 1300, II, 311, Aktaran: Özel, Ahmet, Dârulislâm Dârulharb İslâm Hukukunda Ülke Kavramı, İstanbul 2011, s. 81; Bilmen, Ömer Nasuhi (1971), Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilâhât-ı Fikhiyye Kâmusu, İstanbul 1968, III, 369*

6 Özel, “İslam Hukukunda Ülke Kavramı ve Düşman Ülkelerle Ticarî İlişkiler”, I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Meseleleri Kongresi, Konya 1997, s. 161.

7 Hallaf, *es-Siyâsetü's-şer'iyye*, s. 75; Zuhaylî, *Âsâru'l-harb fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 177, 171.

8 Ali, Yâsir Lütfî, *Ardullah et-taksîmu'l-İslâmî li'l-ma'mûra*, Beyrut 1425/2004, s. 39.

9 Serahsî, *Mebûsât*, X, 114.

10 Zuhaylî, *Âsâru'l-harb fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 170.

11 Serahsî, *Mebûsât*, X, 114; Kâsânî, Ebûbekir b. Mesud (587/1191), *Bedâiu's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'*, 2 bs., Beyrut 1394/1974, VII, 130, 131; Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, VII, 475; İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdullah Muhammed b. Ebi Bekr (751/1350), *Ahkâmü ehli'z-zimme, thk. Subhi Sâlih*, 4. bs., Beyrut 1994, I, 5, 365, 366.

12 Zuhaylî, *Âsâru'l-harb fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 175; Özel, *Dârulislâm Dârulharb İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, s. 145.

nette yer almayıp olaylar ve siyâsî şartlar gereğince fukahâ tarafından sonradan ortaya konduğu kanaatiyle muâsır bazı müellifler nazarında farklı bir renk almıştır.<sup>13</sup> Bu müelliflere göre mezkûr kavramların ortaya çıktığı şartlarla bugünkü şartlar arasındaki farklara, uluslararası ilişkilerin mahiyetindeki değişikliklere, bu kavramların günümüz şartlarına ne ölçüde ve dünyanın muhtelif ülkelerinde yaşayan müslümanların içinde buldukları özel durumlara bakmadan kavramları olduğu gibi bugüne taşımak doğru değildir. Günümüzde, birçoğunda müslümanların önemli bir nüfusa sahip olduğu, serbestçe mülk edinebildikleri, İslâm'ı tebliğ edebildikleri, hatta belediyeler ve parlamentolara seçilip ülke yönetiminde söz sahibi oldukları ülkeler, fiilî bir savaş ve düşmanlık hali olmadıkça dâru'l-harb olarak değerlendirilemez.<sup>14</sup>

Esasında klasik doktrinde yer alan ülke taksiminin temelinde fukahânın, müslüman bireyin yaşadığı ülkeyi ölçüt alarak hak ve sorumluluklarını belirleme gayesi bulunmaktadır. Her ne kadar cumhûr fukahâ hiçbir İslâmî hükmün mekâna göre değişmeyeceği kanaatinde ise de Ebû Hanife (150/767) ve İmam Muhammed (189/824) başta olmak üzere bazı fakihler, özellikle sünnetten delil getirdikleri naslar ışığında, dâru'l-harb sayılan bir bölgede bazı hükümlerin değişeceği görüşünü savunmuştur. Zira müslüman fert, İslâm ülkesinde dinî görevlerini rahatlıkla yerine getirebilmekte iken, dâru'l-harb kabul edilen bir ülkede, bu vecibelerin yerine getirilmesi zorlaşmakta veya bazen mümkün olmamaktadır. Bu problemin en büyük sebebi ise böyle bir ülkede, fikhî hükümlerin yerine getirilmesini sağlayacak müesseselerden müslümanların mahrum oluşudur. Bu durumda, fikhî vecibeleri yerine getirmek, müslümanın bu konudaki kişisel gayret ve sorumluluğuna bağlı kalmaktadır. Bu da, toplumsal düzeyde düşünüldüğü taktirde, fikhî problemlerin büyük ölçüde çözümsüz kalmasına yol açmakta veya dâru'l-harbin şartlarına göre birtakım hükümler bulunmasını gerekli kılmaktadır.

Bu münakaşanın, faizli muameleler, müslüman ve gayr-i müslim arasındaki ortaklık veya vekâlet sözleşmesi, gayr-i müslimle olan evlilik, helal gıda gibi iktisadî ve ictimâî konularda, Avrupa, ABD, Kanada gibi klasik doktrindeki dâru'l-harbe tekâbül edip etmediği ihtilaflı ülkelere göç ederek belirli bir kitleyi oluşturan ve sayıları gün geçtikçe artan müslüman nüfusta bir zihin karışıklığına sebep olduğu açıktır. Bu durum, ilgili konuların değişen zaman, ahvâl ve şartlar muvâcehesinde etraflıca ele alınmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır. İlgili konuların her biri ayrı bir inceleme gerektirdiğinden bu çalışmada sadece daru'l-harbdaki faiz muâmeleler geçmişten günümüze tartışılan yönleriyle teferruatlı şekilde ele alınacaktır. Klasik fıkıh literatüründe ele alınan yönleriyle başklandırılan bu çalışma-

13 Zuhaylî, *Âsârü'l-harb fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 170 Bununla birlikte meşhur hadis kitaplarında bulunmasa da bazı hadislerde "dâru'l-harb" tâbirinin geçtiği görülmektedir: "Dâru'l-harbdе müslüman ve harbî arasında faiz yoktur." (Serahsî, *Mebûsât*, XIII, 56).

14 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bk. Yavuz, Yunus Vehbi, *Çağdaş Fıkıh Problemleri*, Bursa 2008, s. 95; Özel, "Klasik İslâm Devletler Hukukunda Ülke Kavramı ve Günümüzdeki Durum: İbn Teymiyye'nin Mardin Fetvası ile Benzeri Diğer Bazı Fetvalar", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2013, sy. 43, s. 51; Alvâni, Taha Câbir, "Azınlık Fıkıhına Giriş", Terc. H. Mehmet Günay, *Usûl*, 2004, sy. 1, s. 151, 152.



da öncelikle konuya ilişkin mezheplerin görüşleri ve karşıt görüşlere yönelik tenkitlerine değinilecek, akabinde modern İslâm hukukçularının geleneksel- modern bağlamdaki kanaatlerine yer verilecektir.

## II. KLASİK VE MODERN FIKİH LİTERATÜRÜNDE DÂRU'L-HARBDE FAİZ MESELESİNİN ELE ALINIŞI

Dâru'l-harbdeki faiz uygulamaları konusu klasik fıkıh kaynaklarının kitâbu's-siyer, kitâbu'l-cihad, kitâbu's-sarf ve bâbu'r-ribâ kısımlarıyla devletler hukukunu ele alan siyer kitaplarında ele alınırken, konu modern dönemde özellikle gayr-i müslim ülkelerde yaşayan müslümanların sayısının artması, müslümanların bu ülkelerde din ve iktisat arasında çıkmaza düşmesi sebebiyle telif edilen fetva kitapları ve müstakil çalışmalarda yer edinmiştir. Gerek klasik gerekse modern dönem, hemen her mezhebin fıkıh literatüründe yer alan bu konu, klasik ve muâsır fakihler tarafından farklı metotlarla ele alınmıştır. Klasik dönemde, yapılan ülke taksimi temeline oturan bu konunun hükmü, modern dönemin şartlarında bu ayrımı gereksiz bulan pek çok muâsır fukahâ tarafından farklı gerekçelerle değerlendirilmiştir. Yine klasik dönemde gayr-i müslimlerle olan iktisâdî ilişkilerin azlığı, gayr-i müslim ülkelere göç eden müslümanların olmaması veya az sayıda olması sebebiyle muhtemel ki, bu konu pek çok fıkıh kitabında yüzeysel şekilde değerlendirilmiştir. Muâsır çalışmalarda ise hem klasik fukahânın yorum ve gerekçeleri değerlendirilmiş, hem de günümüzün değişen şartları çerçevesinde konuya ayrıntılı şekilde temas edilmiştir.

## III. KLASİK FIKİH LİTERATÜRÜNDE DÂRU'L-HARBDE FAİZ

Dâru'l-harbdeki faiz uygulamaları meselesi, klasik fıkıh kaynaklarında din, uyruk ve ülke farklılığı bakımından çeşitli ihtimaller üzerinden işlenmiştir. Faiz sözleşmesinin dâru'l-İslâmda, dâru'l-harbde veya taraflardan biri dâru'l-İslâm diğeri dâru'l-harbde olmak üzere üç farklı mecliste gerçekleştirilebileceği ihtimali üzerinde durulurken; tarafların müslüman, harbî, zimmî, müste'men, dâru'l-harb veya dâru'l-İslâm vatandaşı oluşuna göre farklı ihtimaller üzerinde durulmuştur. Fakihlerin görüşleri bu ihtimallere göre değişiklik arz etmektedir. Bu çalışmada bunlar arasından sadece dâru'l-harbde gerçekleşen;

- 1) Dâru'l-harbdeki harbî ile oraya izinli yahut izinsiz giren müslüman,
- 2) Dâru'l-harbe dışarıdan gelen iki müslüman,
- 3) Dâru'l-harbde müslüman olan kişilerin kendi aralarında veya dâru'l-İslâmdan gelen müslümanlarla,
- 4) Her biri kendi ülkesinde bulunan harbî ile müslüman arasında gerçekleşen faiz muâmelesine değinilecektir.

## A. DÂRU'L-HARBDE MÜSLÜMANLA HARBİ ARASINDAKİ FAİZLİ MUÂMELELER

Konuya yaklaşımları bakımından bu konuda mezheplerin iki grupta ele alınması mümkündür: Birincisi; faiz yasağının kapsamını dar tutanlar, diğeri; faiz yasağının kapsamını geniş tutanlar. Birinci gruba Hanefî ve Ca'ferî mezhepleri, ikinciye Şâfiî, Mâlikî, Hanbelî, Zâhirî ve Zeydiyye mezhepleri girmektedir. Bazı mezhepler içerisinde her iki görüşe de meyyal fakihler bulunmakla birlikte, bu çalışmada mezhep içerisindeki hâkim görüşün esas alındığı bir tasnif yapılmıştır.

### 1. FAİZ YASAĞININ KAPSAMINI DAR TUTAN MEZHEPLER

#### a. Hanefî Mezhebi

Hanefî mezhebinde bu konu müslüman açısından harbînin malının hukukî durumu temelinde tartışılmış; buradan da müslümanın, fâsit akit kabul edilen faiz aracılığıyla harbînin malına sahip olması konusuna geçilmiştir.<sup>15</sup>

Ebû Yusuf (182/798) dışında, Ebû Hanife (150/767) ve İmam Muhammed (189/805) başta olmak üzere Hanefî müçtehidlerinin çoğuna göre, dâru'l-harbde müslümanla harbî arasında faiz muâmesi câizdir. Daha açık bir ifadeyle dâru'l-İslâm vatandaşı bir müslüman, dâru'l-harbe vizeyle girdiğinde rızasını almak kaydıyla, vizesiz girdiğinde ise rızasına bakılmaksızın harbinin malını faiz yoluyla alabilir. Böylece onlarla, klasik kaynaklarda zikredildiği üzere, bir dirhem karşılığında iki dirhem almak üzere faiz sözleşmesi yapabilir. Aynı şekilde, Hanefî mezhebinde fâsid kabul edilen her türlü alışveriş ve ticârî muâmele, kan, domuz ve leş satımı, bahis ve kumar oynamak da câizdir. Bu konuda zimmî de müslüman gibi telakki edilmiştir, harbî ile sözü edilen bu muâmelelerin hepsini yapabilir.<sup>16</sup>

Ancak gerek faiz muâmesi, gerekse fâsid ticârî muâmelelerde, söz konusu akdin fesâdına sebep olan fazlalığı müslümanın alması gerekir. Faizi harbî aldığı taktirde, böyle bir muâmele câiz olmaz. Kumar için de aynı durum söz konusudur.

15 Bayındır, Servet, "Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükümüne Etkisi", *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2006, sy. 14, s. 211.

16 Serahsî, Ebubekir Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed (483/1090), *Şerhu Siyeri'l-kebir*, Beyrut 1997/1417, IV, 184-183; amlf. , *Mebûsât*, X, 138; V, 192; *Merginânî*, *Burhânüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir* (593/1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mübtedâ*, Karaçi 1417, V, 202; *İbn Sââtî*, *Ebü'l-Abbâs Muzafferüddin Ahmed b. Ali b. Tağlib el-Ba'lebekkî* (694/1295), *Mecmeu'l-Bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*, Beyrut 1426/2005, s. 306; Aynî, *Ebü Muhammed Mahmud b. Ahmed* (855/1451), *Şerhu'l-aynî alâ kenzi'd-dekâik: Remzü'l-hakâik*, Karaçi 1424/2004, II, 62; amlf. , *el-Binâye fî şerhi'l-hidâye*, *Dimaşk ts.*, VI, 570; *İbn Hümmâm*, *Şerh Fethu'l-kadîr*, VII, 38-39; Halebi, *İbrahim b. Muhammed b. İbrahim* (956/1549), *Mülteka'l-ebhur*, Beyrut 1409/1979, I, 40; *İbn Nüceym*, *Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el-Misri* (970/1563), *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik* ( *İbn Âbidîn'in Minhatü'l-hâlik adlı haşiyesi ile birlikte*), Beyrut 1418/1997, VI, 226; Alemgîr, *Ebu'l-Muzaffer Muhyiddin Muhammed Bahâdir* (1118/1706), *el-Feteve'l-hindîyye*; *Diyarbakır ts.*, III, 121; *İbn Âbidîn*, *Muhammed Emin b. Ömer* (1252/1936), *Haşiyetü İbn Âbidîn*, *Dimaşk 2000/1421*, XV, 280-279; amlf. , *Reddu'l-Muhtâr alâ dürri'l-muhtâr*, Beyrut ts. , VII, 422-423.

Müslüman kazandığı taktirde câizdir, kazanamayacağına yönelik bir şüphe olsa dahi, böyle bir muâmele câiz olmaz.<sup>17</sup>

Hanefilerin bu konudaki delilleri şunlardır:

1) *Mekhûl'ün rivâyet ettiği hadis*: “Dâru'l-harbde müslüman ile harbî arasında faiz yoktur.”<sup>18</sup>

Hanefiler göre bu hadis her ne kadar garîb<sup>19</sup> ve mürsel<sup>20</sup> ise de Mekhûl sika (güvenilir) bir râvidir. Böyle bir râvinin mürsel hadisi de hüccettir. Hadiste, dâru'l-harbde müslümanla harbînin faiz muâmelesi yapabileceği kastedilmiştir.<sup>21</sup>

2) *Hz. Peygamber'in Rükâne ile mücadelesi*: Rivâyete göre Hz. Peygamber Mekke'de bir gün müşriklerden Rükâne ile karşılaşır. Rükâne, sürüsünün üçte biri karşılığında Hz. Peygambere güreş teklifinde bulunur. Hz. Peygamber onun bu teklifini kabul eder ve kendisini defalarca yenerek sürüsünün tamamını alır. Bunun üzerine Rükâne: “Bugüne kadar benim sırtımı kimse yere getirememişti, beni yenen de sen değilsin...” der, bunun üzerine Hz. Peygamber ona koyunlarını iade eder.<sup>22</sup>

Hanefilere göre eğer böyle bir muâmele câiz olmasaydı, Hz. Peygamber yapmazdı.<sup>23</sup>

Hanefilerin bu rivâyeti delil olarak zikretmesi, “Böyle bir muâmele câiz olsaydı Hz. Peygamber ona koyunları iade etmezdi” şeklinde tenkit edilmiştir. Hanefiler ise buna “Câiz olmasaydı (güreşmeye) teşebbüs etmezdi” şeklinde cevap verirler. Ayrıca Hz. Peygamber kalplerini İslâm'a ısındırmak için müşriklere birçok kez bu şekilde davranmıştı.<sup>24</sup>

3) *Bizans'ın Pers'i yeneceği konusunda Hz. Ebûbekir'in bahse girmesi*: Hicretten önce Mekke'de Rumlar'ın Persler'i yeneceğini bildiren Rum Suresi'nin ilgili ayetleri<sup>25</sup> nâzil olduğunda müşrikler bu haberin doğruluğu konusunda Hz. Ebûbekir'e bahse girmeyi teklif ederler, o da kabul eder. Durum kendisine bildirilince Hz. Peygamber, Hz. Ebûbekir'e bahse konan para miktarını artırıp süreyi de uzatması-

17 İbn Hümâm bu konuda şöyle der: “Dâru'l-harbde faizin câiz oluşuna dâir hüküm genel bir ifadedir, faizin hem müslüman hem de gayr-i müslim tarafından alınıp verilmesini içerir. Hanefi imamlar bu hükümlerle, fazlalığı müslümanın almasını kastetmişlerdir. Kumar için de durum aynıdır. Verilen cevap her ne kadar “faizin câiz olduğu” şeklinde genel bir ifadeyse de illet ve hüküm ilişkisi gereği fazlayı ancak müslüman alırsa bunun câiz olacağı anlaşılır.” (İbn Hümâm, Şerh Fethu'l-kadir, VII, 39).

18 “لا ربا بين المسلمين و بين أهل دار الحرب في دار الحرب” (Zeylâi, Cemâlüddîn Ebi Muhammed Abdullah b. Yusuf (762/1360), *Nasbu'r-râye li-ehadis'i'l-hidâye*, Cidde ts., IV, 44).

19 Sened veya metin yönünden tek kalmış yahut benzeri başka râviler tarafından rivâyet edilmemiş hadis. (Polat, Selahattin, “Garîb”, *DİA*, XIII, 375).

20 Senedinde, sahâbenin adı anılmaksızın rivâyet edilen ve bu yüzden de muttasıl olmayan hadislere verilen ad. (Akay, Hasan, “Mürsel”, *İslâmî Terimler Sözlüğü*, 3. bs., İstanbul 2005, s. 339).

21 Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 56.

22 Ebû Dâvud, *Libâs*, 24.

23 Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 57; *amlf.*, Şerhu Siyeri'l-kebir, IV, 184.

24 Ayrıntı için bk. Serahsî, *Şerhu Siyeri'l-kebir*, IV, 184.

25 “Elif lâm mim. Rumlar yenildi. (Arapların bulunduğu bölgeye) en yakın bir yerde onlar, bu yenilgilerinin ardından mutlaka galip olacaklar.” (Rûm, 30/1-4).

nı ister. Hz. Ebûbekir de bunu yapar. Yıllar sonra Rumlar (Bizans) Farsları mağlub edince, Hz. Ebûbekir bahis konusu malı alır, getirir ve Hz. Peygamber'in emriyle bu malı tasadduk eder. Hanefilere göre böyle bir muâmele câiz olmamasına rağmen Hz. Peygamber cevaz vermiştir. Çünkü o zaman, Hz. Ebûbekir müslüman, karşı taraf müşrik ve Mekke de dâruş-şirk idi.<sup>26</sup>

Hanefilerin delil olarak sundukları bu rivâyet, "Böyle bir muâmele helal olsaydı Hz. Peygamber tasaddukta bulunmasını emretmezdi" şeklinde tenkit edilirken, Hanefiler bunu, "Eğer haram olsaydı izin vermezdi ve eğer bu yolla mâlik olmasaydı tasadduk emretmezdi" diyerek cevaplamışlardır.<sup>27</sup>

4) Hz. Peygamber'in amcası Abbas'ın müslüman olduğu halde Mekke'de faizcilik yaptığıyla ilgili rivâyet: Hanefiler'e göre, faiz yasağının ilk kez uygulandığı Hayber savaşından<sup>28</sup> önce müslüman olan Hz. Abbas<sup>29</sup>, faizin yasaklandığı ayetin nüzûlünden önce de sonra da Mekke'de faizcilik yapıyordu. Mekke o sıra dâru'l-harbdî. Hz. Peygamber'in ise bu durumdan haberi vardı ve Mekke'nin fethine kadar onun bu uygulamasına ses çıkarılmamıştır. Mekke'nin fethinden sonra ise Hz. Peygamber Veda hutbesi'nde "Câhiliyye faizi kaldırılmıştır. Kaldırdığım ilk faiz de Abdülmüttalib'in oğlu (amcam) Abbas'ın faizidir..."<sup>30</sup> buyurarak Mekke'deki faiz uygulamasını kaldırmıştır. Hz. Abbas'ın faiz uygulamasının kaldırılması, onun o vakte kadar dâru'l-harb sayılan Mekke'de faiz uygulaması yaptığını gösterir.<sup>31</sup>

26 Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 57; *amlf.*, *Şerhu Siyeri'l-kebir*, IV, 184; *İbn Hümâm*, *Şerh Fethu'l-kadir*, VII, 39.

27 Süfyan es-Sevrî (161/778)'nin yaptığı tenkit ve verilen cevap için bk. Serahsî, *Şerhu Siyeri'l-kebir*, IV, 184; Özel, *Dâru'lislâm Dâru'lharb İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, s. 179 (dp. 370).

28 Rivâyete göre Hayber savaşı sırasında, içerisinde altın ve elmas bulunan bir gerdanlığın alım satımıyla ilgili olarak Hz. Peygamber, önce altının gerdanlıktan ayrılması emretmiş ve daha sonra "altın altın ile eşit ağırlıkta değiştirilir." buyurmuştur. Başka bir rivâyete göre ise, Hayber savaşı sırasında altın, gümüş ve mücevherden oluşan bir gerdanlığın satımıyla ilgili bilgi isteyen bir sahabiyeye Fudâle şöyle der: "Altını ayır bir kefeye koy ve tart, daha sonra diğerini bir kefeye koy tart; altını ancak dengi karşılığında al. Ben Hz. Peygamber'den "Allah ve ahiret gününe inanan onu sadece dengi karşılığında alsın" buyurduğunu duydum." Bu rivâyetler faizin Hayber savaşı sırasında haram kılınmış olduğunun delili olarak ileri sürülür. (Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed el-Ezdi, *Müşkilü'l-âsâr*, *Beirut 1333/1915*, IV, 243-244, *Aktaran*: Bayındır, "Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükümüne Etkisi", s. 227).

29 Hz. Abbas'ın ne zaman müslüman olduğu hususunda biri Bedir savaşı (2/624) diğeri Hayber'in fethi (7/629) olmak üzere iki görüş vardır: Birinci görüşe göre Bedir'de esir alındığında Hz. Abbas'ın "Ben müslümanım. Kureyş beni buraya zorla getirdi." şeklinde mazeret bildirmesi, Hz. Peygamber'in ise "Görüntün aksini gösteriyor, fidye ver kurtul" buyurması, onun aslında o tarihte müslüman olduğunu fakat bu durumu Mekke müşriklerinden sakladığını gösterir. Diğer görüş de Haccâc b. Allat kıssasına dayanmaktadır. Hayber'in fethinde müslüman olan Haccâc, durumunun müşrikler tarafından öğrenileceği ve mallarına el konulacağı endişesiyle Mekke'ye gitmek için Hz. Peygamber'den izin ister. Müslüman olduğu anlaşılmasın diye yalan söyleme konusunda da ruhsat alır. Mekke'ye vardığında, soranlara müslümanların Hayber'de mağlup olduklarını, ganimet tükenmeden gidip satın alabilmek için Mekke'ye para bulmaya geldiğini söyler. Müşrikler buna çok sevinirken Hz. Abbas çok üzülür. Bunun üzerine Haccâc, Abbas'la gizlice buluşarak verdiği haberin yalan olduğunu, aksine müslümanların Hayber'i fethettiğini fakat müşrikleri şüphelendirmemek için bunu yaptığını söyler ve bu sırrı üç gün sonra açıklamasını ister. Hz. Abbas da üç gün sonra güzel elbiselerini giyerek Mescid-i Haram'a gider ve sevinçli bir şekilde bu gerçeği haber verir. İşte Hz. Abbas'ın bu hareketi, onun bu tarihte müslümanlığı kabul etmiş olduğunun kanıtı olarak ileri sürülür. (İbn Sa'd, Ebû Abdillâh Muhammed b. Sa'd b. Men' el-Kâtib el-Hâşimî (230/845), *et-Tabakatü'l-kübrâ*, *Beirut 1377/1957*, IV, 14).

30 İbn Hişâm, *Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdülmelik b. Hişâm b. Eyyüb el-Himyerî el-Meâfirî el-Basrî el-Misrî (218/833)*, *es-Siretü'n-nebeviyye*, *Mısır 1355/1936*, IV, 251.

31 Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 57; *amlf.*, *Şerhu Siyeri'l-kebir*, IV, 235-234 *Servet Bayındır ve İsmail Özsoy'un zikrettikleri ve araştırmamız sırasında da tetkik edildiği üzere, Hanefiler'in delil olarak zikrettikleri Mebsût'un mevcut basılı nüshalarında bulunan Hz. Abbas'la ilgili rivâyete önemli bir hata bulunmaktadır. Bu nüshalarda konuya ilişkin olarak şu ibare geçmektedir: «وكان يخفي فعله عن رسول... وكان يخفي... بعد ما أسلم... لأن العباس... وحتتنا في ذلك...»*

Diğer yandan, eğer dâru'l-harbde müslümanlar ile müşrikler arasında faiz câiz olmasaydı “Eğer tevbe ederseniz, sermayeleriniz sizindir.”<sup>32</sup> ayeti gereğince, Hz. Abbas'ın Mekke'deki faiz uygulamasının müslüman olduğu gün kaldırılıp faizlerin de sahiplerine iâde edilmesi gerekirdi.<sup>33</sup>

İşte söz konusu bu durumlar Hanefiler'e göre dâru'l-harbde müslüman ile harbî arasındaki faiz muâmesinin câiz olduğunu gösterir.

Hanefilerin bu deliliyle ilgili olarak Şâfiîler şu tenkidi yapmaktadırlar: “Müslümana dâru'l-harbde de başka yerde de faiz haramdır. Kur'an'da faizin yasaklandığı ayetler câhiliyye dönemi faiz uygulamalarıdır. Hz. Peygamber'in ilk kaldırdığı faiz ise amcası Abbas'ın faiz alacaklarıdır. Bir müslüman, Allah'ın kanlarını ve canlarını haram kıldığı bir toplumun malını faiz yoluyla yemeyi helal göremez. Hz. Peygamber döneminde müslümanlarla kâfirler ticaret yapıyorlardı, fakat kimse faizi câiz görmüyordu.”<sup>34</sup>

Diğer yandan Şâfiîler, Hz. Abbas'ın Mekke'deyken faizcilik yaptığına dâir bu rivâyetin Hz. Abbas'ın müslüman olmadan önceki haline dair olduğunu, zira; hadiste müslüman olduktan sonrasına dair açık bir işaret bulunmadığını ileri sürerler. Kaldı ki, bu hadiste geçtiği üzere onun faizciliğe devam ettiği doğru olsa dahi, bu rivâyet, onun faiz muâmesinin haram olduğunu bilmediğini gösterir.<sup>35</sup>

5) *Hz. Peygamber'in Benî Nadir Yahudilerine olan uygulaması*: Benî Nâdir Yahudileriyle yapılan savaştan sonra, mallarını da alarak Medine'yi terk etmelerine müsaade verilmişti. Yahudiler, Medineliler'le henüz vadesi gelmemiş alacaklarının olduğunu söyleyince, Hz. Peygamber “İndirim yapın, hemen alın.”<sup>36</sup> buyurdu. Hanefilere göre aslında böyle bir uygulama câiz değildir. Hz. Ömer (23/644), Zeyd b. Sâbit (45/665) ve İbn Ömer (73/693) de böyle bir uygulamayı mekrûh görmüşlerdir. Hz. Peygamber'in Benî Nâdir Yahudileri için böyle bir uygulamaya izin vermesi, onların dâru'l-harb vatandaşı olmalarından dolayıdır. Bundan da anlaşılan, müslümanlar arasında câiz olmayan bu tür muâmele, müslüman ile harbî arasında câiz olmaktadır.<sup>37</sup>

32 Bu durumu İsmail Özsoy şu şekilde yorumlamıştır: “Serahsî, Hz. Abbas'la ilgili rivâyetin dâru'l-harbde faizin câiz olduğuna delâlet ettiğini ifade etmekle birlikte, aynı zamanda Hz. Abbas'ın bu işi Hz. Peygamber'den gizlediğini de söylüyor. Eğer bu doğruysa ve Hz. Peygamber'e Allah tarafından bildirilmediyse bu durum Ebû Hanife ve Muhammed'in ictihadlarını teyid değil, cerheder. (Özsoy, *Faiz ve Problemleri*, İzmir 1993, s. 248-249) Ancak Bayındır, konuyla ilgi yaptığı incelemede, bazı nüshalarda *وكان* yerine *وما لا* lafzının geçiş bu durumda ibarenin *وما لا* şeklinde olduğunu ve bu son şeklin doğru olduğunu zikreder. (Bayındır, “Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükmüne Etkisi”, s. 214).

Bakara, 2/279.

33 Fattâni, İsmail Lütüfî, *İhtilâfu'd-dâreyn fi ahkâmi'l-münâkehât ve'l-muâmelât*, yy. ts. s. 377.

34 Evzâi'nin bu yorumu için bk. Şâfiî, Muhammed b. İdris (204/820), *el-Ümm, Beyrut ts. VII, 358-359*; Bayındır, “Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükmüne Etkisi”, s. 221).

35 Fattâni, *İhtilâfu'd-dâreyn fi ahkâmi'l-münâkehât ve'l-muâmelât*, s. 378.

36 *ضعوا و تعجلوا*

37 Serahsî, *Şerhu Siyeri'l-kebir*, IV, 185.

6) *Dâru'l-harbde harbînin malının mubah olması*: Hanefilere göre dâru'l-harbde harbînin malı müslüman için mubahtır. Bir müslüman dâru'l-harbe emanla girdiğinde, onların can ve mallarına zarar vermeyeceğine söz vermiştir. Bu nedenle onlara hıyanette bulunması haramdır. Ancak, herhangi bir yolla harbînin rızasını alarak malını alabilir. Bu durumda hıyanetten sakınmış olur. Dolayısıyla, faiz, kumar veya müslümanlar arasında câiz olmayan bazı ticârî muâmeleler yoluyla, harbînin malını almasında hiçbir sakınca yoktur.<sup>38</sup> Bu görüş şu şekilde de izah edilebilir: Hanefiler'e göre bir muâmelenin faizli kabul edilebilmesi için, muâmeleyi yapan tarafların her ikisinin de malının hukuken korunmuş olması gerekir. Daru'l-harbde harbînin malı bu sığata hâiz olmadığı için, dâru'l-İslâm'da iken faizli kabul edilen böyle bir muâmele dâru'l-harbde faizli bir muâmele olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla faiz unsuru bulunmayan bu işlem neticesinde harbîden faiz alınmasında herhangi bir sakınca yoktur.

### b. Ca'ferî Mezhebi

Ca'ferî mezhebine göre müslüman ile harbî arasındaki faizli muâmele câizdir. Onlar, Hanefî mezhebinden farklı olarak, dâru'l-harb ile dâru'l-İslâm arasında ayırım yapmamaktadırlar. Buna göre, müslümanın gerek dâru'l-harb ve gerekse dâru'l-İslâm'da harbînin malını herhangi bir şekilde alması câizdir.

Ca'ferîler bu konuda kendi rivâyetleri olan şu hadise istinâd etmektedirler: "Hz. Peygamber şöyle buyurdu: "Bizimle dâru'l-harb vatandaşı arasında faiz yoktur. Onlardan bir dirheme bin dirhem alırız, onlardan alırız ama onlara vermeyiz."<sup>39</sup>

Onlara göre harbînin elindeki mal aslında müslümanlarındır. Müslümanlar harbîlere göre zayıf durumda olduklarından, bu mal geçici olarak onların elinde bulunmaktadır.<sup>40</sup>

Ca'ferîlerin bu görüşleri çeşitli açılardan tenkit edilmiştir. Şöyle ki; ayet ve hadisler genel olarak faizin haramlığını bildirmektedir. Sıhhati bilinmeyen bir hadis ile nassların tahsis edilmesi ise câiz değildir.

Diğer yandan, müslümanlar harbîlerin malını alırken de İslâm'ın prensiplerine bağlı kalmalıdır. Buna göre bir müslüman faiz gibi fâsid bir akitle değil, ancak ganimet edinme gibi bir vesileyle harbînin malına el koyabilir.<sup>41</sup>

38 Serahsi, *Şerhu Siyeri'l-kebir*, IV, 183; *Kâsânî, Bedâiu's-sanâi'*, V, 192; İbn Hümâm, *Şerh Fethu'l-kadir*, VII, 39; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr alâ dürrü'l-muhtâr*, VII, 323; Özel, *Dârulislâm Dâruharb İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, s. 179.

39 "ليس بيننا وبين اهل حربنا ربا فإننا نأخذ منهم الف درهم بدرهم ونأخذ منهم ولا نعطيهم"

40 Tûsî, Ebû Ca'fer Muhammed b. el-Hasen (460/1067), *el-İstısbâr fî mâ uhtulife mine'l-ahbâr*, Tahran 1970, III, 70-71; Hillî, Hasen b. Yusuf (726/1325), *Tebsratu'l-müteallimîn fî ahkâmî'd-dîn*, thk. Ahmed el-Hüseynî, Hâdî el-Yûsûfî, Beyrut 1984, s. 127.

41 Fattânî, *İhtilâfu'd-dâreyn fî ahkâmî'l-münâkehât ve'l-muâmelât*, s. 382.

## 2. FAİZ YASAĞININ KAPSAMINI GENİŞ TUTAN MEZHEPLER

### a. Şâfiî Mezhebi

Şâfiî mezhebine mensup fakihlere göre faiz dâru'l-İslâm'da olduğu gibi dâru'l-harbde de haramdır. Faiz muâmelesinin iki müslüman veya müslümanla harbî arasında gerçekleşmesi önemli olmadığı gibi, müslümanın dâru'l-harbe emanla ya da emansız girmesi de durumu değiştirmez.<sup>42</sup> Şâfiîlerin konuyla ilgili delilleri ise şunlardır:<sup>43</sup>

1) Faizin haramlığına dâir ayet ve hadislerde dâru'l-harb - dâru'l-İslâm ayrımı yapılmamaktadır. Bu nedenle bu konuda nassların<sup>44</sup> umûmî ifadeleri esas alınmalıdır.

Bu iddiâyı cevaplayan Hanefîlere göre faizin haramlığı hakkındaki nasslar her ne kadar mutlak ise de dâru'l-harbde müslümanla harbî arasındaki faize cevaz vermek nassların mutlaklığıyla çelişmez. Zira harbînin malı müslümana mübahdır. Ancak Mekhûl hadisinin sübûtu durumunda bir çelişkiden söz edilebilir. Zira "faiz yemeyin" vb. mutlak hükümlerin haber-i vâhidle sınırlandırılması, Kur'an'ın hükmüne ilavede bulunma anlamına gelir. Haber-i vâhide dayanarak böyle bir ilavede bulunmak ise câiz değildir. Ancak çelişki şu şekilde giderilebilir: Ayetlerde yenilmesi yasaklanan, masum, dokunulmaz olan maldır. Harbînin malı ise onlara ihanette bulunmamak şartıyla helaldir. Bu nedenle Mekhûl hadisi olmasaydı dahi, dâru'l-harbde faiz uygulaması câiz olurdu.<sup>45</sup>

2) Bir müslüman dâru'l-harbe emanla girdiğinde, onların can ve mallarına zarar vermesi haramdır. Çünkü bu tür bir davranış hıyanet sayılır. Ancak, harbînin rızasını almak suretiyle onun malına sahip olabilir. Harbî ile yapacağı faiz akdi, fâsid bir akittir. Fâsid akitle elde edilen bir şey de helal olamaz.<sup>46</sup>

Hanefîler bu iddiaya şöyle cevap verirler: Faiz ve diğer fâsid muâmelelerde oluşan akit, mala sahip olunmasına vesile değildir. Müslüman bu fâsid akitle o mala sahip olmuş değildir. Ne var ki; bu akitlerle mal harbînin mülkiyetinden çıkar. Böylece mübah hale gelen bu malı müslüman istilâ ve ahz yoluyla kendi mülkiyetine geçirir. Burada akit mala sahip olunmasına vesile değil; bilakis malın harbînin mülkiyetinden çıkmasına bir vesiledir.<sup>47</sup>

3) Müslümanın durumunun dâru'l-İslâm'a gelen müsteminin durumuna kıyas edilmesi, bu tür bir uygulamanın câiz olmadığını gösterir. Zira o dâru'l-İslâm'a gel-

42 Rûyânî, Ebu'l-Mehâsin Abdulvâhid b. İsmail (502/1108), *Bahru'l-mezheb fi fûrûi mezhebi'l-imâmî-Şâfiî*, thk. Ahmed İzzu-İnâye ed-Dimaşki, Beyrut 1423/2002, VI, 74; Nevevî, *Ebü Zekeriyâ Muhyiddin b. Şeref (676/1277)*, el-Mecmu' şerhu'l-Mühezzeb, yy ts., IX, 391.

43 Mâverdi, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed (450/1058), *el-Hâvi'l-kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavvaz-Adil Ahmed Abdülmevcut, Beyrut 1414/1994, V, 75; Serahsî, *Mebûsât*, X, 22; *Kâsânî*, *Bedâiü-sanâi*, V, 192; Nevevî, *Mecmu' IX*, 392; İbn Hümâm, *Şerh Fethu'l-kadir*, VII, 38-39.

44 Konuyla ilgili bazı ayet ve hadisler için bk. Bakara, 2/275; Bakara, 2/278; Ebü Dâvud, "Büyü", 12.

45 İbn Hümâm'a ait bu yorum için bk. İbn Hümâm, *Şerh Fethu'l-kadir*, VII, 39; Özel, *Dârulislâm Dârulharb İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, s. 182.

46 Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr* V, 75.

47 Serahsî, *Mebûsât*, X, 95; XIV, 57.

diğinde bir dirheme karşılık iki dirhem vermesi yani faiz muâmelesi yapması câiz değildir. Aynı şekilde bir müslüman da dâru'l-harbde girdiğinde bunu yapamaz.<sup>48</sup>

Hanefiler bu tür kıyasın doğru olmadığı kanaatindedir. Çünkü harbî dâru'l-İslâm'a emanla girdiğinde malı masum olur. Bu nedenle onun malı ancak meşrû bir akitle alınabilir. Ancak harbînin malı masum değildir. Ona ihanet etmemek şartıyla herhangi bir şekilde malı alınabilir.<sup>49</sup> Yapılan bu tenkite cevap olarak Hanefiler, buradaki kıyasın harbînin müstem'in olup olmaması açısından değil, mekan-haramlık ilişkisi bakımından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Buna göre harbî ile yapılan faiz muâmelesi, Kur'an ve sünnetteki nassların da gösterdiği üzere nasıl dâru'l-İslâm'da haram ise dâru'l-harbde de haramdır.<sup>50</sup>

4) Hendek savaşıyla ilgili nakledilen rivâyet de bu hükmü teyit eder. Rivâyete göre Hendek savaşı sırasında müşriklerden birisi öldürüldü. Müşrikler cesedin verilmesi karşılığında para teklif ederler. Ancak Hz. Peygamber bunu hoş karşılamaz ve "Parası da cesedi de pistir, verin gitsin." buyurur.<sup>51</sup> Ebû Yusuf bu uygulamaya dayanarak, harbîye bir şey satılması câiz olsaydı Hz. Peygamber'in nehyetmeyeceğini söyler.<sup>52</sup>

Ancak Hanefiler'e göre Hz. Peygamber bu satışı haram olduğu için nehyetmemişti. Müslümanların onlarla mal için değil, dinin yücelmesi ve Allah rızası için savaştıklarını bilmeleri veya müşrikler tarafından kin ve düşmanlığa yol açar endişesiyle nehyetmişti.<sup>53</sup>

5) Faizin haramlığı müslümanlar için geçerli olduğu gibi kâfirler için de geçerlidir. Nitekim Kur'an'da geçen "yasaklandıkları halde faiz almaları ve insanların mallarını haksız yere yemeleri ..." <sup>54</sup> ayeti bunu göstermektedir.<sup>55</sup>

6) Hanefilerin bu konuda delil olarak gösterdikleri Mekhûl hadisi sahih olsa bile mürseldir. Mürsel hadis ise Şâfiilere göre hüküm için delil olamaz.<sup>56</sup>

Dâru'l-İslâm'daki faiz uygulaması konusunda Hanefiler ile Şâfiiler arasındaki görüş ayrılığının sebebi olarak, "farklı unsurları esas almaları" zikredilmiştir. Nitekim Hanefiler mekânı, Şâfiiler ise âkideyni dikkate almıştır. Bazıları ise görüş ayrılığının nedenini, gayr-i müslimlerin dinin furu'u ile muhatap görülüp görülmemesi konusundaki yaklaşım farklılığına dayandırır. Hanefiler gayr-i müslim-

48 Rûyânî, *Bahru'l-mezheb fi fûrûi mezhebi'l-imâmî*-Şâfiî, VI, 74,75; Nevevî, *Mecmu' IX*, 392.

49 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, VII, 132.

50 Ahmedî, Abdülaziz b. Mebrûk, *İhtilâfu'd-dâreyn ve âsâruhu fi ahkâmîş-şeriatî'l-İslâmiyye*, Medîne 1423/2004, II, 234.

51 Taberî, Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr (310/923), *Târîhu't-Taberî*, thk. Muhammed Ebu'l-Faql İbrahim, 2. bs., Kâhire 1968, II, 574.

52 Serahsî, *Mebûsût*, X, 22; XIV, 56; *amlf.*, *Şerhu Siyeri'l-kebir*, IV, 185.

53 Serahsî, *Mebûsût*, X, 22.

54 Nisa, 4/161.

55 Karâfî, Ebû Abbas Ahmed b. İdris (684/1285), *el-Fürûk*, (nşr. Halil el-Mansûr), Beyrut 1418/1998, III, 363; *ayr. bk. Zuhaylî, Âsârul-harb fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, s. 182.

56 Rûyânî, VI, 74 Nitekim İmam Şâfiî de bu hadisin sâbit olmadığını, dolayısıyla hüccet olarak kabul edilemeyeceğini söyler. Şâfiî, *Ümm*, VII, 358.



leri İslâm'ın yalnızca usûlü (inanç esasları) Şâfiîler ise hem usûlü hem de furu'u ile muhatap gördüklerinden, onlara göre faiz gayr-i müslim için de haramdır. Bu uygulamanın dâru'l-İslâm'da veya dâru'l-harbde yapılması hükmü etkilemez.<sup>57</sup> Bu konuda Şâfiîler ile aynı görüşte olan Ebû Yusuf, Ebû Hanife'nin faizi dâru'l-harbde câiz görmesinin sebebini şu şekilde açıklar: “Hanefî âlimlerimizden bir kısmı Mekhûl'dan, o da Hz. Peygamber'den şöyle bir rivâyette bulunmuştur: “Dâru'l-harb halkı arasında faiz yoktur.” Sanıyorum hadis “... ve dâru'l-İslâm halkı arasında...” şeklinde olacaktır.<sup>58</sup>

### b. Hanbelî Mezhebi

Dâru'l-harbdeki faiz uygulamaları konusunda Hanbelî hukukçuları arasındaki hâkim görüş faizin dâru'l-İslâm'da olduğu gibi dâru'l-harbde de haramlığı olmakla birlikte<sup>59</sup> buna bazı şartlarla cevâz verenler de bulunmaktadır.

Bu konuda mutlak haramlığı savunan Hanbelî hukukçulara göre, faiz muâmelesi dâru'l-harbde iki müslüman arasında haram olduğu gibi, müslümanla harbî arasında da haramdır.<sup>60</sup> Aynı zamanda kaynaklarda “aralarında eman bulunmasa dahi”<sup>61</sup> şeklinde kayıt da yer almaktadır.

Mutlak olarak haramlığı savunan Hanbelî hukukçuların bu konudaki görüşleri şu delillere dayanır:<sup>62</sup>

1) Kur'an'da faizle ilgili zikredilen “...Allah faizi haram kıldı...”, “Riba (faiz) yiyen kimseler, şeytan çarpan kimse nasıl kalkarsa ancak öyle kalkarlar...”<sup>63</sup>, “Allah'tan korkun ve artık faizin peşini bırakın, eğer gerçekten müminseniz.”<sup>64</sup> şeklindeki ayetler bir kayıt olmadan genel olarak faizin haramlığını bildirmektedir.

2) Hz. Peygamber'den nakledilen “Kim artırır veya arttırmayı isterse, muhakkak faizcilik yapmıştır.”<sup>65</sup> hadisi gibi pek çok hadis, faizin her çeşidini yasaklar.

3) Hanbelî hukukçular Mekhûl hadisiyle ilgili olarak, bu rivâyetin mürsel olduğu ve sıhhatinin bilinmediğini, aynı zamanda; haram oluşu Kur'an, sünnet ve icmâ ile sâbit olan faizin haramlığının, hiçbir sahih, müsbet ve mevsûk kitapta geçmeyen meçhul bir hadisle terk edilmesinin câiz olamayacağını söyler. Aynı zamanda bu hadisin “Müslümanla harbî arasında dâru'l-harbde faiz muâmelesi

57 Zemaşeri, Ebu'l-Kâsim Mahmud b. Ömer (538), *Ruûsu'l-mesâil*, 2. bs., Beyrut 1428/2007, s. 168.

58 Aynı, *Binâye fî serhi'l-hidâye*, VI, 571; ayr. bk. Zeylâi, *Nasbu'r-râye li-ehadisil-hidâye*, IV, 44.

59 Bayındır, “Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükmüne Etkisi”, s. 217.

60 Muvaffakuddîn İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed (620/1223), *el-Mukni (eş-Şerhu'l-kebir ve el-İnsâf beraberinde)*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki, yy. 1415/1995, XII, 134-135

61 Behûti, Mansur b. Yunus (1051/1641), *Keşşâfu'l-kunâ*; thk. Muhammed Emin ed-Dimâvi, Beyrut 1417/1997, II, 564.

62 Ebu'l-ferec İbn Kudâme, Ebu'l-ferec Abdurrahman b. Muhammed b. Ahmed (682/1283), *eş-Şerhu'l-kebir (el-Mukni' ve el-İnsâf beraberinde)*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki, yy. 1415/1995, XII, 136-137; İbn Müflih, *Ebû İshak Burhâneddin İbrahim b. Muhammed. b. Abdullah b. Muhammed (844/1479), el-Mübdî' şerhu'l-Mukni'*; Beyrut 1418/1997, IV, 153.

63 Bakara, 2/275.

64 Bakara, 2/278.

65 Ebû Dâvud, “Büyü”, 12.

yapılamaz.” şeklinde anlaşılması da muhtemeldir. Nitekim “...Artık hacda kadına yaklaşmak, günah yapmak, kavga yapmak yoktur.”<sup>66</sup> ayetinde geçen “yoktur” lafzı da böyle bir mânâyı destekler.

Zikredilen bu görüşlerin aksine bazı Hanbelî kaynaklarında ise müslümanla harbî arasındaki faiz muâmelesinin ya kayıtsız şekilde<sup>67</sup> ya da aralarında eman bulunmadığı taktirde câiz olduğu geçmektedir.<sup>68</sup>

Dâru’l-harbde faizin helal olduğu görüşünde olan Hanbelîlerin delilleri ise şöyle sıralanabilir:<sup>69</sup>

1) Mekhûl’ün rivâyet ettiği hadis merfû olup bu tür bir akdin câiz olduğunu gösterir.

2) Harbînin malı müslümana helaldir.

3) Cevazı müslümanla harbî arasında eman olmama şartına bağlayan Hanbelîlere göre düşman yurduna emanla giren kişi, onların mallarına ihanet edemeyeceği için faiz akdini yapamaz<sup>70</sup> Bu görüşten yola çıkarak dâru’l-harbe emansız giren kişinin faiz muâmelesi yapabileceği sonucu çıkarılmıştır. Zira arada eman olmadığı taktirde harbînin malı mübahdir.<sup>71</sup>

Ancak bu düşünce, müslümanın her yerde İslâm’ın hükümlerine bağlı olduğu, dolayısıyla her ne kadar harbînin malı mübah olsa da müslümanın o malı ancak meşrû bir yolla alabileceği şeklinde eleştirilmiştir.<sup>72</sup>

### c. Mâlikî Mezhebi

Dâru’l-harbde müslümanla harbî arasındaki faiz muâmelesi konusunda Mâlikî mezhebinde, -Hanbelî mezhebinde olduğu gibi- haramlığı kabul edenler çoğunlukta olmakla birlikte cevazı savunan fakihler de bulunmaktadır.

Bazı Mâlikî kaynaklarında İmâm Mâlik (179/796) ’ten bu konuda herhangi bir görüş zikredilmediği nakledilirken<sup>73</sup> gerek Mâlikî mezhebi, gerekse diğer mezheplerin bazı klasik kaynaklarında İmâm Mâlik’in faizi mutlak olarak haram kabul ettiği belirtilir. İmâm Mâlik’e göre faiz dâru’l-harbde de olsa dâru’l-İslâm’da da olsa aralarında eman bulursa da bulunmasa da her hâlükârda haramdır.<sup>74</sup>

66 فمن فرض فيهن الحج فلا رقت ولا فسوق ولا جدال في الحج (Bakara, 2/197)

67 İbn Müflih, *el-Mübdî’ şerhu’l-Muknî*, IV, 153.

68 Bu görüşün hangi Hanbelî kaynaklarında yer aldığı ve kimler tarafından benimsendiğini tetkik için bk. İbn Müflih, *el-Mübdî’ şerhu’l-Muknî*, IV, 153; *el-Merdâvî, Ebu’l-Hasen Ali b. Süleyman b. Ahmed (885/1480), el-İnsâf fi ma-rifeti-r-racih mine’l-hilaf alâ mezhebi’l-İmami’l-mübeccel Ahmed b. Hanbel (el-Muknî’ ve eş-Şerhu’l-kebîr ile birn likte)*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki, yy., 1415/1995, XII, 135; Behûtî, *Keşşâfu’l-knâ*, II, 564; Bayındır, “Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükümüne Etkisi”, s. 218.

69 İbn Müflih, *el-Mübdî’ şerhu’l-Muknî*, IV, 153.

70 Merdâvî, *el-İnsâf*, XII, 135.

71 Fattânî, *İhtilâfu’d-dâreyn fi ahkâmî’l-münâkehât ve’l-muâmelât* s. 381.

72 Fattânî, *İhtilâfu’d-dâreyn fi ahkâmî’l-münâkehât ve’l-muâmelât* s. 381.

73 Sahnûn, İbn Said et-Tenûhî (240/854), *el-Müdevvenetü’l-kübrâ, Kahire 1323, IX, 271.*

74 Nevevî, *Mecmû’*, IX, 391; İbn Kudâme *el-Makdîsi, eş-Şerhu’l-kebîr*, XII, 135; Karâfî, *Fürûk*, III, 363; Aynî, *Şerhu’l-*

Mâlikî hukukçuların çoğunluğu da böyle bir uygulamayı hoş görmemekte,<sup>75</sup> bazı Mâlikîler ise bir müslümanın dâru'l-harbde bu tür bir muâmele girişiminde bulunmayacağını düşünmektedir.<sup>76</sup>

Bu düşünceyi savunan Mâlikî fakihlerinin ileri sürdükleri deliller ise şunlardır:<sup>77</sup>

1) Faiz hakkındaki ayetlerin hükmü genel olup bu uygulamanın her yerde haram olduğunu göstermektedir.

2) Gayr-i müslimler de müslümanlar gibi dinin fûru'u ile muhâtapdırlar.

3) Dâru'l-İslâm'da sahih olmayan her türlü akit dâru'l-harbde de sahih değildir. Zina, içki gibi, dâru'l-İslâm'da müslümana yasak olan her şey dâru'l-harbde de yasaktır.

4) İslâm'da harbînin malına ancak savaş halinde el konulabilir. Müslüman ise dâru'l-harbe emanla gidiğinde onlara ihanette bulunmayacağına söz vermiş sayılır.

Mâlikî mezhebindeki hâkim görüş bu olmakla birlikte, bazı Mâlikîlere göre, dâru'l-harbde müslümanla harbînin faiz muâmelesi yapmasında bir sakınca yoktur. Delil olarak Hanefîlerin de zikrettikleri Hz. Abbas'ın Mekke'de faizcilik yaptığını dâir rivâyet ileri sürülmüştür.<sup>78</sup>

#### d. Zahirîye ve Zeydiyye Mezhepleri

Zâhirîler, Şâfiî mezhebince kabul edildiği gibi faizin her çeşidinin câiz olmadığı kanaatindedir. Muâmelenin müslümanla zimmî arasında, müslümanla harbî arasında, iki zimmî veya iki müslüman arasında olması durumu değiştirmez. Zâhirîler görüşlerine mesnet olarak "Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet"<sup>79</sup> ayetini zikretmektedirler.

Zâhirîlerin bu görüşlerinin arka planında, onların da Şâfiîler gibi gayr-i müslimlerin İslâm'ın inanç ve ibadet dışında kalan fûru'ya dâir hükümlerinden sorumlu olduğu düşüncesi bulunmaktadır. Nitekim *Muhallâ'* da "Bize haram olan her şey onlara da haramdır... Onları namaz, zekat, oruç, hac konusunda zorlayamayız, fakat; aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmetmekle sorumluyuz." ifadesi bunu göstermektedir.<sup>80</sup>

Zeydiyye mezhebi de bu konuda Zâhirîler ile aynı fikri paylaşır. Onlara göre; faizli muâmeleyi müslümanlar, zimmîler ya da harbîler kendi aralarında da yap-salar, birbirleriyle de yap-salar, helal ve sahih değildir. Bu konuda delil olarak gösterilen Mekhûl hadisine yasaklama anlamı verilip naslarla uyumlu şekilde anlaşılmalıdır.

*aynî alâ kenzi'd-dekâik*, II, 62; *amlf.*, Binâye fî şerhi'l-hidâye, VI, 570; Ahmedî, *İhtilâfu'd-dâreyn ve âsâruhu fî ahkâmîş-şerîati'l-İslâmiyye*, II, 183.

75 Karâfi, *Fürûk*, III, 363.

76 Sahnûn'un bu yorumu için bk. Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, IX, 271.

77 Karâfi, *Fürûk*, III, 363.

78 İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed (595/1198), *el-Mukaddimât ve'l-mümehhidât*, thk. Saïd Ahmed Arâb, *Beyrut 1408/1988 II*, 10-11.

79 Mâide, 5/49.

80 İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saïd (456/1053), *el-Muhallâ*, *Kâhire 1352*, VIII, 514-515.

### 3. Değerlendirme

Dâru'l-harbde müslüman ile harbî arasındaki faizli muâmeleler hususunda mezheplerin görüşlerini inceledikten sonra, bu konuda mezheplerin görüşleri şu şekilde ihtisâr edilebilir:

1) Ebû Yusuf dışındaki Hanefiler'e göre dâru'l-harbde müslümanla harbî arasındaki faiz uygulaması câizdir. Aynı şekilde fâsid kabul edilen her türlü alışveriş ve ticârî muâmele, kan, domuz ve leş satımı, bahis ve kumar oynamak da câizdir.

2) Hanefilerden Ebû Yusuf ile Şâfiî mezhebi, Zâhiriyye mezhebi, Zeydiyye mezhebine göre ve Mâlikî ile Hanbelî mezheplerinde gâlib olan görüşe göre faiz mutlak olarak haram olup câiz değildir. Faiz uygulaması müslümanlar arasında haram olduğu gibi müslümanla harbî arasında da her yer, zaman ve durumda haramdır. Bu uygulamanın dâru'l-İslâm veya dâru'l-harbde olması, arada eman bulunup bulunmaması bu hükmü değiştirmez.

3) Ca'feriyye mezhebine göre müslümanla harbî arasındaki faiz uygulaması, gerek dâru'l-harb ve gerekse dâru'l-İslâm'da, arada eman olsa da olmasa da, bütün bu hallerde câizdir.

### B. DÂRU'L-HARBE DIŞARIDAN GELEN MÜSLÜMANLAR ARASINDAKİ FAİZLİ MUÂMELELER

Dâru'l-harbe dışarıdan gelen müslümanlardan murâd; oraya eman (vize) ile giren veya orada esir olarak bulunan müslümanlardır.

Faizin her durumda câiz olmadığını savunan mezhep veya fakihler bir yana bırakılırsa, dâru'l-harbdeki faiz uygulamalarına belli şartlarla cevâz verenlerin de müslümanların dâru'l-harbde aralarında yaptıkları faiz muâmelesini haram kabul etme noktasında ittifak ettiği görülür. Buna göre, dâru'l-harbde müslümanlar arasında gerek faizli muâmele, gerekse fâsid ticârî muâmelelerin hepsi haramdır. Zimmiler için de durum aynıdır. Zira bunların malı, hukuken ma'sum ve müte-kavvimdir, dolayısıyla aralarında ancak dâru'l-İslâm'da câiz olan muâmeleleri yapabilirler.<sup>81</sup>

### C. DÂRU'L-HARBDE MÜSLÜMAN OLAN KİŞİLERİN YAPTIĞI FAİZLİ MUÂMELELER

Teşpit edildiği kadarıyla klasik İslâm hukuku kaynaklarında, dâru'l-harbde müslüman olan kişilerin birbirleriyle ve oraya eman (vize) ile giren veya orada esir olarak bulunan müslümanlarla yapacağı faiz muâmelesinin hükmüne dâir

81 Serahsî, *Mebûsât*, XIV, 58; *amlf.*, Şerhu Siyeri'l-kebir, IV, 236; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, V, 192-193; İbn Hümâm, *Şerh Fethu'l-kadir*, VII, 38; *Damat Efendi*, Abdullah b. Muhammed b. Süleyman Şeyhzâde (1078/1667), *Mecmeu'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhûr*, Beyrut ts., II, 90.

mâlumat, yalnız Hanefî kaynaklarında mevcuttur. Dâru'l-harbdeki faizli muamelelere kayıtsız veya şartlı cevaz veren Mâlikî ve Hanbelî fakihleri ile Câferiyye mezhebinin konuyla ilgili görüşleri tespit edilememiştir. Hanefî mezhebinde ise bu meselede ihtilaf mevcuttur. Hanefîler'den Ebû Hanîfe'ye göre bu tür bir muâmele mekruh olmakla birlikte câiz iken, İmam Muhammed'e göre câiz değildir. Görüldüğü üzere İmam Muhammed, dâru'l-harbdeki faiz uygulamalarındaki bu meselede Ebû Hanîfe ile farklı düşünmektedir.<sup>82</sup>

Bu konuda Ebû Hanîfe ile İmâmeyn'in farklı kanaatlere sahip olması, dâru'l-harbde müslüman olan kişinin malının hukuken değeri hakkında farklı düşünmeleri dolayısıyladır. Ebû Hanîfe'ye göre bu kişinin canı ve malı dinen ma'sum (dokunulmaz) olmasına rağmen hukuken mütekavvim (mâlî değeri olan) değildir.<sup>83</sup> Bu sebeple onun malı, harbînin malı gibidir. Öyleyse bu kişi öldürüldüğü zaman kısas ve diyet gerekmediği gibi malının itlafı halinde tazmini de gerekmez. Faiz almak malın itlaf edilmesi olduğuna göre bu işlemin yapılması câizdir. Aynı zamanda bu kişi müslüman olmakla diyâneten (günah bakımından) malı için ismet (dokunulmazlık) sabit olmuştur, fakat kazâen (ahkâm bakımından) ismetin var olması için dâru'l-İslâma hicret etmesi şarttır. Ancak ne var ki, onunla yapılan bu tür muâmele aynı zamanda mekrûhtur.<sup>84</sup>

Ebû Hanîfe'ye göre bu müslüman dâru'l-İslâma göç ettikten sonra dâru'l-harbe dönerse, onunla faiz muâmelesi yapmak câiz değildir. Zira dâru'l-İslâma göç ile malını ihraz etmiş olur. Böylece diğer müslümanlarla eşit hale gelir.<sup>85</sup>

İmâmeyn'e göre ise dâru'l-harbde müslüman olan kişinin canı ve malı diğer müslümanlar gibi ma'sum ve mütekavvimdir. Bu nedenle eman (vize) ile dâru'l-harbe giren müslümanlar arasındaki faiz muâmelesi nasıl ki câiz değilse, bu kişilerin kendi aralarında veya emanla gelmiş kişilerle yapacakları faiz muâmelesi de câiz değildir.<sup>86</sup> Bu konuda harbî için zikredildiği gibi, sonradan müslüman olan bu kişinin kendi isteğiyle malını verdiği de iddia edilemez. Çünkü dinen bir müslümanın kendi malını itlafı hususunda rızası geçerli değildir, haramdır. Nitekim "Arttıran da arttırmayı isteyen de muhakkak riba yapmıştır"<sup>87</sup> hadisi bunu gösterir.<sup>88</sup>

82 Serahsî, *Şerhu Siyeri'l-kebir*, IV, 236; *Kâsânî, Bedâiu's-sanâi'*, V, 192; *İbn Nüceym, Bahru'r-râik*, VI, 226; *İbn Âbidîn, Hâşiyetü İbn Âbidîn*, XV, 281.

83 Dâru'l-harbde müslüman olan kişinin can ve malının dokunulmazlığı fakihler arasında tartışma konusudur. Şâfiîler, Hanbelîler ve diğer bazı fakihlere göre, İslâm'ı kabul eden bir kimse nerede olursa olsun canı ve malına yönelik tecâüz tazmini gerektirir. Hanefîler ise bu kimsenin can ve malıyla ilgili ismetin günah açısından olduğu, ceza ve tazmini gerektiren ismetin dinle değil, ülke yani siyâsî hâkimiyet ile gerçekleşeceği görüşündedir. Bu kişi, ancak bulunduğu ülkenin fethedilmesi veya dâru'l-İslâma göç etmesi ile diğer müslümanlar gibi canı konusunda tam ismete kavuşur. (Şentürk, Recep, "İsmet", *DİA*, XXIII, 138) *Bu kişi müslüman olmakla diyâneten (günah bakımından) malı için ismet sabit olmuştur. Fakat kazâen (ahkâm bakımından) ismetin sübûtu için dâru'l-İslam ile ihraz şarttır. Özel, Dâru'lislâm Dâru'lharb İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, s. 184.

84 Serahsî, *Mebisût*, XIV, 58; *Kâsânî, Bedâiu's-sanâi'*, V, 192; *İbn Nüceym, Bahru'r-râik*, VI, 226; *Özel, Dâru'lislâm Dâru'lharb İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, s. 184.

85 *İbn Nüceym, Bahru'r-râik*, VI, 226.

86 Serahsî, *Mebisût*, XIV, 58; *ayr. bk. Kâsânî, Bedâiu's-sanâi'*, V, 192; *İbn Nüceym, Bahru'r-râik*, VI, 226.

87 Ebû Dâvud, "Büyü", 12.

88 *Özel, Dâru'lislâm Dâru'lharb İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, s. 184-185.

## D. DÂRU'L-İSLÂMDAKİ MÜSLÜMAN İLE DÂRU'L-HARBDEKİ HARBİ ARASINDAKİ FAİZLİ MUÂMELELER

Bir önceki meselede olduğu gibi bu meselede de klasik kaynaklarda sadece Hanefî fukahâsının görüşlerine dâir mâlumat bulunmaktadır. Kaynaklarda geçtiği üzere müslüman dâru'l-İslâm'da, harbî ise dâru'l-harbde iken, birbirleriyle karşılıklı konuşarak faiz muâmelesi yapsalar, İmam Muhammed'e göre câiz değilken Hanefîler'in çoğunluğuna göre bu tür işlem câizdir.<sup>89</sup>

İmam Muhammed bu konuyla ilgili olarak Hendek savaşında hendeğe düşen bir müşriğin cesediyle ilgili uygulamayı delil olarak gösterir. Rivâyete göre Hendek savaşı sırasında öldürülen Nevfel b. Abdullah adlı bir müşriğin cesedi hendeğe düşer. Müşrikler cesedin teslim edilmesi karşılığında müslümanlara para teklif ederler. Ancak Hz. Peygamber bunu hoş karşılamaz ve "Parası da cesedi de pistir, verin gitsin." buyurur. İmam Muhammed'e göre bu olayda müşrikler dâru'l-harb, müslümanlar ise dâru'l-İslâm sınırları içindeydiler. Hz. Peygamber'in teklif edilen paranın alınmasını hoş karşılamamasının sebebi, hendeğin dâru'l-İslâm sınırları içerisinde olmasındandır. Ancak bu olay dâru'l-harbde yaşansaydı, câiz olurdu. Çünkü onların malları müslümanlara helaldir. Hanefî fakihlerinin çoğu bu işleme cevâz verirken, harbîlere ait malların müslümanlara mübah olduğu kâidesinden yola çıkarlar. Onlara göre Hz. Peygamber'in bu tavrı, hendek dâru'l-İslâm'da olduğu için alınacak paranın haramlığından değil, müşriklere karşı duyduğu kin ve nefretin bir sonucuydu.<sup>90</sup>

İmam Muhammed'in bu konuyla ilgili olarak gösterdiği bir delil de Sa'd b. Ubâde ile ilgili rivâyettir. Rivâyete göre Sa'd b. Ubâde Hayber savaşı sırasında işlenmiş altın karşılığında külçe altın satın almış, ancak buna Hz. Peygamber cevaz vermeyince külçe altını iade etmiştir. İmam Muhammed'e göre Hz. Peygamber'in bunu uygun görmemesinin nedeni, o bölgenin müslümanların hâkimiyetinde olması, yani dâru'l-harb olmamasıdır. Bazı fakihlere göre ise Hz. Peygamber bedeller arasında eşitlik olmadığı için bu işlemi iptal etmiştir.<sup>91</sup>

## IV. MODERN FIKİH LİTERATÜRÜNDE DÂRU'L-HARBDE FAİZ

Dâru'l-harbdeki faiz uygulamaları konusunda klasik fıkıh kaynaklarında yer alan görüş ihtilafları modern çalışmalarda da bulunmaktadır. Çağdaş müelliflerin bir kısmı konuyu genel olarak işlerken, bir kısmı ise daha ziyade müslümanların faizli işlem yapan yabancı bankalara faiz karşılığı mevduat yatırımlarının hükmü bağlamında ele almıştır.

Konuyla ilgili olarak yazılan müstakil makale veya çalışmalara dayanarak tespit edildiği kadarıyla bu konuda çağdaş müellifler "cevaz taraftarı olan" ve çoğunluğu teşkil eden "cevaz vermeyenler" olarak iki gruba ayrılmaktadır.

89 Serahsî, *Şerhu Siyeri'l-kebir*, IV, 236-237.

90 Serahsî, *Şerhu Siyeri'l-kebir*, IV, 185.

91 Serahsî, *Şerhu Siyeri'l-kebir*, IV, 185-186.

## A. DÂRU'L-HARBDEKİ FAİZ MUÂMELELERİNE CEVAZ VERENLER

Dâru'l-harbdeki faiz uygulamalarına cevaz veren muasır fakih ve müelliflerin kimine göre dâru'l-harbde harbîden alınan faiz şartsız olarak mubahtır. Aynı şekilde içki satımı gibi câiz olmayan akitlerin yapılması da câizdir.<sup>92</sup>

Bu konuda Hanefîler'in görüşünü esas alan cevaz taraftarı müelliflerin bir kısmı ise meseleyi müslümanların dâru'l-harbdeki yabancı bankalara faiz karşılığı mevduat yatırımlarının hükmü bağlamında ele almış, müslümanların yabancı ülkelerdeki mevduatlarına karşılık verilen faizi almamaları veya alıp geri vermeleriyle ilgili olarak, müslümanların bu faizleri almalarında dinen bir sakınca olmadığını belirtmişlerdir. Onlara göre bu faizlerin alınması aynı zamanda vâcibdir. Çünkü o paralar ilgili bankalarda bırakıldığı takdirde müslümanların zararına olacaktır.<sup>93</sup> Yine konuyla ilgili bazı heyet çalışmalarında söz konusu faizlerin müslümanların maslahatı için kullanılması amacıyla alınması gerektiğine dâir görüş beyan edilmiştir.<sup>94</sup>

Bazı müellifler ise cumhûrun görüşünü ihtiyat ve takvaya daha uygun bulmakla birlikte, zaruret ve ihtiyaç durumlarında dâru'l-harbdeki faizli muâmelelere ruhsat bâbından cevaz vermektedir. Bu düşüncede olanlar, klasik Hanefî mezhebi kaynaklarında faiz alma veya verme ayrımının yapılmadığını dikkate alarak, yapılacak faiz muâmelesini veya fâsid bir ticaret ilişkisini, dış görünüş ve tecrübelerle göre müslümanın lehine olduğu takdirde ister faizi alma, ister verme şeklinde olsun, câiz görürler. Buna göre Avrupa ülkelerinde gayr-i müslim bankalarına yatırılan dövizin faizi alınabileceği gibi, dış görünüş ve tecrübelerle göre yıllık %3-5 gibi çok düşük faiz oranıyla verilen, ev, iş kurma, iş büyütme kredileri ya da kendi ülkesine transfer edebilme gibi nitelikleri bulunan krediler, müslümanların lehine olması hasebiyle câiz görülmelidir.<sup>95</sup>

Muasır müelliflerin bir kısmı da dâru'l-harbdeki faiz uygulamalarının câiz olmasını, müslümanın dâru'l-harbe vizesiz olarak girmesi şartına bağlamaktadır.<sup>96</sup> Zira müslüman dâru'l-harbe vizesiz (emansız) olarak girdiği takdirde, kâide gereği harbînin malı dokunulmaz olmadığı için herhangi bir şekilde, ribâ veya diğer fâsid ticarî muâmeleler yoluyla harbînin malı alınabilir.<sup>97</sup>

92 Nâzım b. Sultân el-Mısâh, "el-Lum'a fi'r-reddi alâ fetvâ ed-Doktor Ali Cum'a", Mecelletü'l-furkân, Tarih: 06. 02. 2006, sy. 379 dan naklen <http://www.al-forqan.net/linkdesc.asp?id=2330&ino=379&pg=5> (12. 08. 2012).

93 Sadr, Muhammed Bâkır, *el-Benk el-lâ ribevî fi'l-İslâm*, 6. bs., Beyrut 1403/1983, s. 13-14.

94 Sâmi Hamûd'un belirttiğine göre, dâru'l-harbdeki faiz uygulamalarıyla ilgili olarak 29 Şubat 1972'de İslâm Ülkeleri Dışişleri Bakanları'nın Ciddede yaptıkları toplantıya sunulan "İslâmî Bankacılık Sisteminin Kurulmasına Dâir Mısır Araştırması" adlı bu çalışmada alınan cevaz kararının şer'i isnadlara dayanarak verildiği zikredilmektedir. Aynı zamanda ilgili şer'i görüşün tafsilatının yapılacağı zikredilmekle birlikte bu husus eksik bırakılmış, sadece Garib el-Cemalin şu sözlerine yer verilmiştir: "Müslümanların maslahatı için kullanılmak üzere bu faizlerin alınması, karşılığında günah kazandıracak bir görevdir." Ayrıntılı bilgi için bk. Hamûd, Sâmi Hasan Ahmed, *Tatviru'l-a'mâlî'l-masrifîyye bimâ yettefikü veş-şeriatî'l-İslâmiyye*, 2. bs., Amman 1402/1982, s. 195-196.

95 Döndüren, Hamdi, "Gayr-i Müslim Ülkede Din ve Ticâret İlişkileri", *Türkiye'nin Avrupa Birliğine Girişinin Din Boyutu Sempozyumu*, Ankara 2003, s. 246-245.

96 Nezih Hammad ile Muhammed Reşid Rıza'nın bu görüşü için bk. Bayındır, "Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükmüne Etkisi", s. 223; <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=3205> (01. 01. 2013); Mütrek de bu görüştedir. Ayrıntı için bk. el-Mütrek, Ömer b. Abdülaziz (1405), *er-Ribâ ve'l-muâmelâtü'l-masrifîyye fi nazariş-şeriatî'l-İslâmiyye*, Riyad 1414, s. 229-230.

97 Nezih Hammâd'ın görüşü için bk. <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=3205> (01. 01. 2013).

Ancak Allah Teâlâ'nın faizi genel olarak yasaklaması, müslümanlar her ne kadar faizi alan ve kazanan taraf olarak gözüke de aslında onların yatırdığı mevduatların yabancıların servetini ve gücünü arttırdığı, böylece sanayi, ticaret, ziraat vb. pek çok alanda bunu istismar etmeleri, diğer yandan faiz alma düşüncesinin müslümanları tembellik ve rahatlığa teşvik edeceğini de dile getiren bu müellifler cevazın menfi yönlerine de temas etmiştir.<sup>98</sup>

Şartsız olarak cevaz taraftarı olan müellifler görüşlerini Hanefî mezhebi ile desteklerken, cevazı dâru'l-harbe vizesiz girme şartına bağlayanlar ise bu konuda ayrıca hem fikir oldukları Hanbelî mezhebinin fakihlerinin görüşlerine istinâ ederler.<sup>99</sup>

## B. DÂRU'L-HARBDEKİ FAİZ MUÂMELELERİNE CEVAZ VERMEYENLER

Cevaz taraftarlarının görüşlerine karşılık, dâru'l-harbdeki faiz uygulamaları konusunda haramlığı savunan çağdaş İslam hukukçuları ülke ayrılığının faizin hükmüne etkisi olmadığı düşüncesiyle, dâru'l-İslâm'da da dâru'l-harbde de kişiler arasında faizli muâmele yapılmasının, faizli bankalara mevduat yatırmanın haram olduğunu ileri sürerler.

Bu düşünceyi savunan muasır İslâm hukukçu ve müelliflerinin konuyla ilgili sundukları görüş ve delilleri şöyle ihtisar edilebilir:

1) Faizin haramlığı Kur'an ve sünnetin kat'î nasslarıyla açıkça sâbittir ve fıkhn hiçbir ıstılâhî tartışması bu nassların nâsihi olamaz. Ayetlerde faiz muâmelesi genel olarak yasaklanmış olup, bu konuda istisnâ veya tafsîlat getirilmemiştir. Eğer ki buna ihtiyaç olsaydı, ayetlerin şârihi olan Hz. Peygamber'in buna açıklık getirmemesi düşünülemez. Nitekim âlimlerin ittifak ettikleri üzere dinen beyanı gerekli hususların Hz. Peygamber tarafından açıklamasının ihtiyaç anından sonraya bırakılması vâkî değildir. Hadislere bakıldığında ise Hz. Peygamber'in bu konuda istisnâ getirmediğini, hem faizi alana ve verene, hem de (faiz muâmelesinde) yazan ve şahit olan kişiye lanet ettiği<sup>100</sup> görülmektedir. Öyleyse haramlığı dinen sâbit olan mübahlığı konusunda geçerli bir zaruret ortaya konulamayan faiz gibi mâlî muâmele ve akitlerin temize çıkarılması için bu görüşe dayanmak câiz değildir.<sup>101</sup>

98 Mütrek, *er-Ribâ ve'l-muâmelâtü'l-masrifîyye fî nazari's-şerîati'l-İslâmiyye*, s. 229-230.

99 Sadr, *el-Benk el-lâ ribevî fi'l-İslâm*, s. 14; Mütrek, *er-Ribâ ve'l-muâmelâtü'l-masrifîyye fî nazari's-şerîati'l-İslâmiyye*, s. 229.

100 "Hz. Peygamber faiz alana da verene de şahitlik edene ve bu muâmeleyi yazana da lanet etmiştir." (Buhârî, Büyü, 24, 25; Müslim, "Müsâkât", 105-106).

101 *Avrupa Fetva ve Araştırma Konseyi* (المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث) Paris 1-5/7/2008:Tarihli .18 ,Oturumun 18/1 no'lu kararı <http://www.e-cfr.org/ar/index.php?ArticleID=569> (15. 02. 2012); Fattâni, *İhtilâfu'd-dâreyn fî ahkâmi'l-münâkehât ve'l-muâmelât*, s. 388-385; Ahmedî, *İhtilâfu'd-dâreyn ve âsâruhu fî ahkâmi's-şerîati'l-İslâmiyye*, II, 234-235; *el-Kibî, Sa'düddin Muhammed, el-Muâmelâtü'l-mâliyyetü'l-muâsıra fî dav'i'l-İslâm*, Beyrut 1423/2002, s. 157-158 *Mekke-i Mükerrreme'de toplanan Mecmau'l-fikhiyyü'l-İslâmi de 12-19 Recep 1406 tarihli 9. oturumunda ister alma, ister verme şeklinde olsun faizin her türlü çeşidinin İslâm'da yasak olduğunu ve faiz şüphesi bulunan her türlü durumdan kaçınmanın gerekliliğini belirterek müslümanların nerede olursa olsun faizli işlem yapmayan müslüman bankaları desteklemeleri gerektiğini karara bağlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bk. Sâlûs, Ali Ahmed, Mevsûatu'l-*



Bir müslümana düşen görev, bâtilın galabe çaldığı ve küfür hükümlerinin yürürlüğe konulduğu bölgelerde bâtil yollara sapmak değil, orada kalarak Kur'an'ın hayat düsturlarını tebliğ etmek ve küfür nizamı yerine İslâmî bir nizam kurmak için çaba göstermektir.<sup>102</sup> Allah'ın buyruğunun bir kul olarak kendisine yöneltilmesini düşünen bir mümin, bulunduğu ülkelerde hâkimiyetlere göre değil, o ilâhî buyruğa göre hareket eder.<sup>103</sup> Dâru'l-harbdeki faiz uygulamalarına cevaz verildiği taktirde, içki satımı, erotik filmler yapmak, ırz tüccarlığı, dans ve şarkı ticareti, heykeltıraşlık, kumar gibi bütün haram işlerin de kapısı aralanmış olur. Ayrıca “Müslümanların, zâlim sistemlerin hâkimiyeti altında yaşamasından dolayı sahip oldukları problemleri bertaraf etmek için bâtil düzen içerisinde birtakım şer’î vesileler bulunması gerekir.” şeklindeki düşüncenin İslâm hukukunda kullanılması da asla doğru değildir. Zira bu düşünce müslümanları değiştirecek yerde İslâm’ı değiştirmektedir. Yani “dinin tecdîdi” yerine “dinin teceddüdü” kapısını aralamaktadır. Bu usûl müslümanlara, bâtil sistem içerisinde memnun ve hoşnut bir hayat sürdürme huyunu aşılacaktır.<sup>104</sup>

2) Cevaz taraftarı olanların delil olarak sundukları Mekhûl hadisi bizzat Hanefî kaynaklarında zayıf olarak nitelendirilir. Bu hadis meşhur on hadis kitabında geçmediği gibi, “dâru'l-harb” ifadesi bunun dışında hadislerde geçmemektedir.<sup>105</sup> Nitekim ilk dönem Hanefî fukahâsından bazıları da konuyla ilgili deliller arasında bu hadise yer vermemişlerdir. Ayrıca bir kısım fukahânın da belirttiği gibi, bu hadis hacla ilgili ayette olduğu gibi, olumsuz anlamda, yani müslümanla harbî arasında dâru'l-harbde faizcilik yapılamayacağı şeklinde de anlaşılabilir. Diğer yandan cevaz taraftarlarına göre müslüman ile harbî arasındaki faiz muâmelesi, faizi ancak müslümanın alması durumunda câizdir. Oysa Mekhûl hadisinden böyle bir hüküm çıkmaz. Bu duruma göre, müslüman ile harbî arasında ister verme, ister alma şeklinde olsun, her çeşit faiz câiz olmalıdır.<sup>106</sup>

3) Cevaz taraftarlarının sundukları bir başka delil olan Hz. Abbas'la ilgili rivâyetlere dayanarak dâru'l-harbde faize cevaz verilemez. Nitekim faizden ilk söz eden Rûm sûresinin ilgili ayetlerinde<sup>107</sup> haramlığından söz edilmeksizin faizciliğin iyi bir davranış olmadığına işaret edilir. Sonrasında nâzil olan “Ey iman edenler! Kat kat artırılmış olarak faiz yemeyin”<sup>108</sup> meâlindeki ayet h. 9. yılda, faizi kesin olarak yasaklayan Bakara sûresinin 275-280. ayetleri ise Mekke'nin fethinden sonra

*kadaya'l-fikhiyyeti'l-muâsıra ve'l-İktisâdî'l-İslâmî*, 7. bs., Belbis 2002, s. 185; amlf., *el-İktisâdî'l-İslâmî, ve'l-kadaya'l-fikhiyyeti'l-muâsıra*, Beyrât 1418/1998, I, 250, 368.

102 Mevdûdî (1979), *İtikâdî, İktisâdî, Siyâsî, Sosyal ve Fikihî Meselelere Fetvâlar*, çev. Mahmud Osmanoglu- A. H. Chohan, İstanbul 1992, s. 177-176.

103 Bayındır, “Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükümüne Etkisi”, s. 225.

104 Mevdûdî, *İtikâdî, İktisâdî, Siyâsî, Sosyal ve Fikihî Meselelere Fetvâlar*, s. 177-176.

105 Beşer, Faruk, *Fikih Araştırmaları Işığında Fetvâlar*, İzmir 1997, s. 197.

106 Bayındır, “Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükümüne Etkisi”, s. 227, 230 ayr bk. İlâhî, Fadl, *et-Tedâbiru'l-vâkiye mine'r-ribâ fi'l-İslâm*, 2. bs., Riyad 1412, s. 76.

107 “İnsanların malları içinde artsın diye verdiğiniz faiz, Allah yanında artmaz. Allah'ın rızasını dileyerek verdiğiniz zekâta gelince, işte onlar, malları kat kat artmış olanlardır.” (er-Rûm, 31/39).

108 Âl-i İmran, 3/130.

nâzil olmuştur. Hayber'in fethi ile ilgili rivâyetlerde ise altın ve diğer mücevherlerden meydana gelen bir gerdanlığın altın veya gümüş para karşılığında mübâdelesi söz konusudur. Gerdanlıktaki altının miktarı belli olmadığından haksızlık ihtimali olup Hz. Peygamber bunu yasaklamıştır. Burada faizli bir borç işleminden söz edilmemektedir. Ayrıca Hz. Peygamber'in antlaşmalarında faiz yasağına yer vermesi Mekke'nin fethi sonrasında rastlar. Benî Sakîf ve Necran'lı Hristiyanlarla yapılan pazarlıklarda Hz. Peygamber faiz yasağı üzerinde ısrarla durmuştur. Bu antlaşmalar h. 9. yılda yapılmıştır. Nitekim Vedâ Hutbesi de h. 10. yılda îrad edilmiştir. Eğer cevaz taraftarlarının zikrettiği üzere faizin Hayber'in fethinde haram kılındığı ve Hz. Peygamber'in "kaldırdığım ilk faiz Abdülmuttalib'in oğlu amcam Abbas'ın faizidir" ifadesi, mevcut uygulamayı gösterdiği kabul edilirse, Hz. Abbas'ın dâru'l-İslâma dönüşmüş olan Mekke'de iki yıl süreyle faizcilik yaptığı sonucunu doğurur. Oysa Hz. Abbas'ın bu tür uygulamaları faizin kesin olarak yasaklanmasından önce yaptığı, faiz yasaklanınca sermayesi dışındaki faiz alacaklarını terk ettiği, Hz. Peygamber'in veda hutbesindeki ifadelerinin bu durumu vurguladığı şeklindeki bir yorum tarihî verilere daha uygun düşmektedir.<sup>109</sup>

4) Dâru'l-harbdaki faiz uygulamasıyla ilgili fetvalar müslümanların hâkim durumda olduğu dönemlerin siyâsî ve ekonomik şartlarının etkisiyle verilmiştir. Oysa günümüzde şartlar değişmiştir. Yabancı bankalar müslümanlardan aldıkları mevduatı, daha yüksek faiz geliri karşılığında yine müslüman ve fakat fakir ülkelere verdiklerinden kazançlı çıkan onlar, kaybeden ise müslümanlardır. Yatırılan mevduatlar vesilesiyle müslümanların mallarını mâlik olan yabancı bankalar nüfûzunu arttırarak bunu müslümanlara karşı bir silah olarak kullanmakta ve maddî, fikrî ve sosyal açıdan müslümanları sömürmektedir.<sup>110</sup> Şöyle ki; Batılı ülkeler özellikle petrol zengini ülkelerden aldıkları borç paralarla ya daha yüksek faizlerle İslâm ülkelerine borç vermekte ya da sanayi ürünleri üreterek müslümanlara ve diğer ülkelere satmaktadırlar. Satış fiyatı ise yalnız üretim masrafları ve kârları değil, aynı zamanda satılan malların üretiminde kullanılan kredilere ödedikleri faizleri de ihtivâ etmektedir. Böylece müslümanların gayr-i müslim bankalarındaki mevduatlarına karşılık aldıkları faizler büyük ölçüde batılı bankalardan faizli kredi alan müslümanların emeğinin bir parçası olmaktadır. Bu nedenle en büyük günah, müslümanların faizleri yabancı bankalara bırakmaları değil, paralarını bu bankalara yatırmalarıdır. Diğer yandan; dâru'l-harbdaki faizin cereyan etmeyeceği görüşünün İslâm'ın, halkı ve ülkesini koruyacak gerekli devlet ve adamları olduğu zaman için bile isabetli olup olmadığı konusunda kesinlik yokken, müslümanların üzerine zaafın hüküm sürdüğü ve küfrün istilâsına maruz olup, milyarlarca liralık

109 Bayındır, "Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükümüne Etkisi", s. 229-230.

110 Ebû Zeyd, Abdülazîm Celal, *Fıkhu'r-ribâ, Beyrut 1425/2004*, s. 115; Ebû Şehibe, *Muhammed b. Muhammed, Hulûl li-müşkileti'r-ribâ*, 2. bs., *Kahire 1409*, s. 133; Mütrek, *er-Ribâ ve'l-muâmelâtü'l-masrifîyye fi nazari'ş-şeriatü'l-İslâmiyye*, s. 230 Zerkâ da cevaza katılmamasının sebebi olarak hükümün verildiği dönem ile günümüz şartlarının farklılığını ifade eder. bk. Zerkâ, Mustafa, *Fetâvâ Mustafa ez-Zerkâ, Dimaşk 1420/1999*, s. 620 Ayrıca İsa Abduh, *Salah es-Sâvi, ve Abdurrezak el-Heytî'nin de paylaştığı bu görüşler için bk. Bayındır, "Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükümüne Etkisi"*, s. 224.

mevduatun bloke edilme tehlikesinin bulunduğu zamanımızda bu cevaza imkân yoktur.<sup>111</sup> Müslümanların üzerine düşen, sermayelerini az da olsa biriktirip ticarî muâmelelerini ortaklaşa yapmalarıdır.<sup>112</sup>

Bu delili ileri süren bazı muâsır müelliflere göre ise normal şartlarda gayr-i müslim bankalara müslümanların mevduat yatırması câiz olmamakla birlikte, malın çalınma veya gasbedilme korkusunun had safhada olduğu zaruret durumlarında yabancı bankalarla faizli muâmele yapılabilir. Bu durumda bankadan elde edilen faizin mevduat sahibi tarafından kullanılmasının uygun olmadığı noktada ittifak eden bu düşünürler elde edilen faizin ne yapılacağı noktasında ihtilafa düşmüştür. Bazılarına göre müslümanın yapması gereken, bu faiz tutarını alarak İslâm ülkelerinde yol onarımı, hastane, okul yapımı gibi kamu yararına sarfetmektir.<sup>113</sup> Bazılarına göre ise bankanın verdiği faizin, hayra harcanmak niyetiyle dahi olsa alınması câiz değildir. Nitekim bu durum, kişinin kendini necis bir şeyden temizlemek için yine necis bir şeye bulaştırmasına benzer. Bu ise dinen makul değildir. Yine bu konuda, eğer faiz alınmadığı taktirde, gayr-i müslim bankanın bu tutarı kilise yapımı, müslümanlara düşmanlıkta bulunan ülkelere silah yardımında bulunma gibi mefsedete sarfedeceği ihtimali de dikkate alınmamalıdır. Zira bu tutar, dinen faizin tam karşılığıdır, müslümana düşen ise dinen yasaklanan şeylerden kaçınmaktır. Diğer yandan alınmayarak bankada bırakılan faizlerin söz konusu yerlere harcanması durumu bir ihtimal olup kesinlik ifade etmez.<sup>114</sup>

5) Müslümanla harbî arasındaki faiz işlemine cevaz veren düşüncenin temelinde, siyâsî bakımdan dünyayı tanımlama ve sınıflandırma çabasının etkisi vardır. Nitekim ilk dönem fakihleri dünyayı dönemin siyâsî şartlarının etkisiyle dâru'l-İslâm ve dâru'l-harb olarak algılamışlar, dâru'l-harb ile halkı müslüman olmayan ve vergi ile müslümanların hâkimiyetine girmemiş ülkeleri kastetmişlerdir. Bu ülkeler ya fiilî ya da potansiyel düşman hükmündedir. Her iki durumda da emanla dâru'l-İslâma girmeleri hariç canları ve malları müslümanlara helal görülmüştür. Zira onlara göre de müslümanların durumu aynıdır. Dolayısıyla fukahânın yaklaşımında, dönemin şartlarının etkisiyle mukâbelebilmisil anlayışının hâkim olduğu söylenebilir. Ancak günümüzde İsrail ve Filistin dışındaki bütün ülkeler Birleşmiş Milletler (BM) çatısı altında birbirleriyle barış halindedirler. BM Anayasası'nın bir ve ikinci maddeleri, bu örgüte üye bütün ülkelerin "eşit dereceli egemenlik" ilkesi doğrultusunda birbirlerini tanıyacakları kuralını düzenler. Kur'an'ın ilgili ayetlerinden çıkan neticeye göre de gayr-i müslimlerle ilişkilerde aslanan savaş değil barış ilkesidir. Yüce Allah yalnızca müslümanlarla din uğrunda savaşan, onları yurtlarından çıkararak veya çıkarılmaları için yardımcı olanlarla dost olmayı yasak-

111 Hamûd, *Tatviru'l-a'mâlî'l-masrifîyye bimâ yettefikü veş-şerîati'l-İslâmiyye*, s. 196-199.

112 Kırbânî, Sâdık Abdurrahmân, *Feteva'l-muâmelâtîş-şâyia, Kâhire 1423/2003*, s. 88.

113 Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühü*, V, 3740 Zuhaylî'nin belirttiğine göre Ezher Fetvâ Meclisi de atmışlı yıllarda bu doğrultuda bir fetva vermiştir.

114 Heyet (İbn Baz, Abdülazîz b. Abdullah, Useymîn, Muhammed b. Sâlih, el-Cebrîn, Abdullah b. Abdurrahman, Fevzâî, Sâlih b. Fevzâ, el-Lecnetü'd-dâime li'l-bühûsu'l-ilmîyye ve'l-iftâ), *el-Fetevaş-şerîyye fi'l-mesâilî'l-asriyye, Riyad 1420/1999*, s. 656-658.

lamıştır. Dolayısıyla bir devlet veya topluluk bu üç kuralı ihlal etmedikçe müslümanların onların canlarını ve mallarını helal görmesi Kur'an'ın bu hükmü ile de bağdaşmaz. Bütün bu nedenler sebebiyle, klasik dönemde yapılan dâru'l-İslâm-dâru'l-harb şeklindeki taksime günümüzde dâru's-sulh veya dâru'l-ahd kavramlarını da eklemek gerekir. Onlar bu konuda dâru'l-harb ile dâru'l-küfr kavramları arasındaki farklılığı da işaret ederler. Dâru'l-küfr (gayr-i müslim ülke) olan bölge “dâru'l-harb” olabileceği gibi “dâru'l-ahd” de olabileceği için bu farklılık dikkate alınmalıdır. Artık fiilî savaş durumu dışında insanların mal ve canları mübah görülmemektedir. Hükmen dâru-harbdeki faizli muâmelelere cevaz verilse dahi, bu hüküm günümüz için geçerli olamaz. Dâru'l-harbdeki faiz uygulamalarına verilen cevaza dayanarak günümüzde hiçbir ülkede faiz muâmelesi yapılamaz.<sup>115</sup>

6) Harbînin malının ganimet yoluyla helal sayılması, onun malını medenî akitlerle almaktan ayrı olup, bu akitlerle malı almak haram işlemeye yol açar. Harbînin malının ganimet olarak değerlendirilip mubah kabul edilmesi prensibi sadece bil-fiil savaş durumunda geçerlidir. Bu konuda cumhûrun görüşü, İslâmî prensiplerin yüceliğine ve gayr-i müslimlerin nezdinde onun kutsiyetinin korunmasına delalet eder. Böylece insanlar her yerde İslâmî esaslardan etkilenirler.<sup>116</sup>

7) Dâru'l-harbdeki faiz uygulamalarına cevaz veren anlayış ile Kur'an-ı Kerim'in tenkit ettiği yahudilerin faizcilik anlayışı arasında önemli bir benzerlik bulunmaktadır. Şöyle ki; faiz Tevrat'ta yahudiler arasında haram kılınmıştır. Yahudiler de bunun gereği olarak birbirlerine faizle borç vermez. Ancak bir yahudi, yahudi olmayan birine –bu kişi zimmî dahi olsa- faizle borç verebilir. İşte Kur'an'daki “...nehyedilmelerine rağmen onların faiz almaları yüzünden...” şeklindeki ifade bu anlayışa işaret edebilir. Yahudi kaynaklarında faiz “neşeh (yılan sokması)” şeklinde yorumlanır. Onlara göre, yılan sokması ilk anda çok hafif şekilde hissedilse de zehir bütün vücudu kapladığında artık ondan kurtuluş mümkün olmaz. Faizi öldürücü etkisi bulunan yılan sokması şeklinde algılayan bu anlayış, bu zehiri dindeşlerine değil yabancılara layık görmektedir. Dolayısıyla Kur'an'ın böyle bir düşünceyle paralel bir çizgide yer alması düşünülemez. Ayrıca ticaret karşılıklı güven ilişkisine dayanır. Malının mubah görüldüğünü bilen bir yabancıнын, bir müslümanla gönül rahatlığı içerisinde ticarî ilişkiye girmesi düşünülemez.<sup>117</sup>

8) Faiz yasağında zaman ve mekan değil, bizzat yasağın kendisine itibar edil-melidir. Nitekim İslâmî prensiplerin lafız ve ruhu her durumda hukuka riâyet, ahde vefa ve adaleti gerekli kılmaktadır.<sup>118</sup> Ayrıca faiz yasağı müslüman için oldu-

115 Muhammed Tâhir Mansûrî ve Servet Bayındır'ın görüşleri için bk. Bayındır, “Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükmüne Etkisi”, s. 224, 231, 232; ayrıca bk. <http://www.hayrettin.karaman.net/sc/00237.htm> (15.02.2012); İlahî, *et-Tedâbiru'l-vâkiye mine'r-ribâ fi'l-İslâm*, s. 77.

116 Zuhaylî, *Âsâru'l-harb fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, s. 183; Ahmedî, *İhtilâfu'd-dâreyn ve âsâruhu fi ahkâmîş-şeriatî'l-İslâmiyye*, II, 236.

117 Bayındır, “Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükmüne Etkisi”, s. 232-233 ayr. bk. Hamûd, *Tatvîru'l-a'mâlî'l-masrifîyye bimâ yettefikû veş-şeriatî'l-İslâmiyye*, s. 197; Özsoy, *Faiz ve Problemleri*, s. 250; Heyet, *el-Fetevaş-şer'iyye fi'l-mesâilî'l-asriyye*, s. 658.

118 Karaman, *İslâm'ın Işığında Günün Meseleleri*, s. 404.

ğu gibi kâfirler için de geçerlidir. Özellikle yahudi ve hristiyanları göz önünde bulundurursak, her ne kadar tahrif edilse de faiz yasağının Tevrat ve İncil'de mevcut olduğu bilinmektedir.<sup>119</sup>

9) Dâru'l-harbdeki faiz uygulamalarının cevazına yönelik verilen içtihad cumhuru teşkil eden muhaliflerin içtihad delilleri karşısında zayıf kalmıştır.<sup>120</sup> Nitekim muhaliflerin, delillerin zayıf olduğu şeklindeki itirazlarına Hanefî fukahasının ciddi bir cevabı yoktur. Deliller kendi içerisinde önemli çelişkiler içermesine rağmen mezhep dayanışması nedeniyle olacak ki, bu çelişkiler görmezlikten gelinmiştir.<sup>121</sup>

10) Ayrıca müellifler dâru'l-harbdeki faizli muâmelelere cevaz verenlerin bu konuya diyâneten değil, hukukî müeyyidenin uygulanıp uygulanmayacağı noktasından yaklaşmış olabileceğini belirtirler.<sup>122</sup> Söz gelimi Ebû Hanife, bir müslümanı, dâru'l-harbde, o ülke vatandaşı başka bir müslümanın malını itlaf ettiğinde tazminle yükümlü görmez. Çünkü dâru'l-harb vatandaşı müslümanın dâru'l-harbdeki malı mütekavvim değildir. Ancak dokunulmazdır; bu nedenle itlaf eden müslüman günahkâr olur.<sup>123</sup>

## SONUÇ

Dâru'l-harbdeki faizli muâmeleler konusu, klasik ve modern fıkıh literatüründe yer alan ihtilaflı konulardan biridir. Konunun yine klasik ve modern dönemin münakaşaya mahal olan kavramı olan “ülke” ve bunun yaygın ikili taksimi olan dâru'l-islâm ve dâru'l-harb terkipleri çerçevesinde ele alınması söz konusu ihtilafı daha da artırmaktadır. Esasında bu konu, klasik literatürde teşekkül eden ülke taksimi neticesinde ortaya çıkan bir başka münakaşa konusu “ülke farklılığının hükümlere tesir edip etmemesi, bir başka deyişle dâru'l-harb olan bir ülkede bazı hükümlerin değişip değişmeyeceği” meselesinin bir uzantısıdır. Klasik dönemde fukahâdan bazıları, ülke farklılığının hükümlere tesir edeceğini, dolayısıyla dâru'l-harbde faizli muâmelelerin câiz olduğunu savunurken, cumhur ulemaya göre hükümler bir ülkenin dâru'l-İslâm veya dâru'l-harb oluşuna göre değişmez, bu nedenle faiz dâru'l-İslâm'da olduğu gibi dâru'l-harbde de haramdır. Literatürde her

119 Fattâni, *İhtilâfu'd-dâreyn fi ahkâmî'l-münâkehât ve'l-muâmelât*, 386-387.

120 Karaman, *İslâm'ın Işığında Günün Meseleleri*, s. 404; Bayındır, *Abdülaziz, "Dâru'l-harbte faiz"*, <http://www.suleymaniyevakfi.org/modules/nsections/index.php?op=viewarticle&artid=58>, (15. 02. 2012); Aktepe, İshak Emin, *Faiz ve Finansman Hadisleri*, İstanbul 2010, s. 166; Beşer, *Fıkıh Araştırmaları Işığında Fetvâlar*, s. 197-199; *Hamûd, Tatvîru'l-a'mâli'l-masrifîyye binâ yettefikü veş-şeriatî'l-İslâmiyye*, s. 193; Mûsa, *Kâmil, Ahkâmü'l-Muâmelât*, Beyrut 1415, 1994, s. 265.

121 Bayındır, “Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükümüne Etkisi”, s. 231.

122 Bayındır, “Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükümüne Etkisi”, s. 225.

123 Görüş sahipleri bu ihtimali zikretmekle birlikte şöyle bir şerh de düşerler: Eğer ki mülkîlik ilkesinden hareket edilmiş olunsaydı, “müslümanların dâru'l-harbdeki faiz akdine müdahale edemeyiz, fakat o müslüman günahkâr olur” şeklinde bir kayıt getirilirdi. İlgili kaynaklarda ise böyle bir kayda rastlanmaz. Aksine ilgili kaynaklarda câizdir, helaldir vb. ifadeler yer alır. Ayrıntılı bilgi için bk. Bayındır, “Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükümüne Etkisi”, s. 233-234.

iki görüş sahiplerinin naklî ve aklî deliller getirerek ispata giriştiği ve muhalif görüşün delillerini tenkit ettikleri yer almaktadır. Modern döneme gelindiğinde ise klasik dönemdeki bu iki görüşün de taraftar bulduğu görülür. Muasır İslâm hukuk müelliflerinin bir kısmı dâru'l-harbdeki faizli muâmeleler için cevaz taraftarıyken, çoğunluğu teşkil eden grup haramlığı savunmuştur. Muâsır çalışmalarda hem klasik fukahânın yorum ve gerekçeleri değerlendirilmiş, hem de günümüzün değişen şartları çerçevesinde konuya ayrıntılı şekilde temas edilmiştir.

Dâru'l-harbdeki faiz uygulamaları konusunda hürmet taraftarı olan muasır müelliflerin de zikrettiği gibi kanaatimizce, klasik fıkıh doktrinde otorite esas alınarak o dönemin uluslararası siyâsî konjonktürüne bağlı olarak yapılan dâru'l-harb tarifleri, günümüzün değişen uluslararası ilişki şartları ve ahvâli düşünüldüğünde denk gelmemekte veya yetersiz kalmaktadır. Bu durumda klasik doktrindeki tarifler gereğince dâru'l-harb addedilmesi gereken pek çok ülkenin günümüzde bu tanımların kapsamından çıkarak belki "dâru'l-ahd" olarak değerlendirilmesi mümkündür. Hal böyleyken, bu tariflere istinâden dâru'l-harbde faizin dînen imkanına dâir hüküm binâ etmenin hukuken sağlıklı olmadığı söylenebilir. Diğer yandan şartların tahakkuk ettiği, klasik literatürdeki dâru'l-harb ile örtüşen ülkeler için düşünüldüğünde, gerek cevaza yönelik verilen içtihadın cumhuriyet teşkil eden muhaliflerin içtihad delilleri karşısında zayıf kalması sebebiyle ve gerekse günümüz sosyo-ekonomik şartları açısından daha tutarlı bir yaklaşım tarzı olması sebebiyle faizli muâmelelerin cevazının isabetli olmadığı söylenebilir.

# ULUSLARARASI HUKUKTA İNSAN ONURU FİKRİNİN GELİŞMESİNE İSLAM'IN KATKISI\*

Dr. Şemsettin ULUSAL\*\*

**Özet:** İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi “onur” ya da “insan onuru” teriminin uluslararası hukukta kullanımının popüler hale gelmesinde tetikleyici bir rol oynamıştır. İnsanın onurdan kaynaklanan hakları ve insan olduğu için ortaya çıkan değeri başlangıçtan itibaren İslam tarafından kabul edilmiştir. Ancak bu gerçek özellikle Batı toplumlarında çoğunlukla reddedilir. Nitekim Ortaçağ Avrupa’sında “çile yargısı” gibi insan onurunu ayaklar altına alan ilkeliliklerle nice masumlar katledilirlerken ve savaşlarda hiçbir kural dikkate alınmazken, İslam devletleri “beraat-ı zimmet asıldır” ilkesi ile adil yargı sistemini çoktan tesis etmiş ve hem barış hem de savaş zamanlarında “öteki”lerle ilişkilerinin hukuki zeminini çoktan belirlemiştir. Ayrıca Haçlı Savaşlarından önce İber yarımadası ve Sicilya üzerinden Müslüman doğudan Hıristiyan Batıya ahlak, hukuk ve bilim alanında intikaller başlamıştı bile. Bununla birlikte böyle bir tesirin vukuu da çoğu kez inkâr edilmektedir. Bu çalışmanın asıl amacı İslam’ın “insan onuru” ile ilintili olarak Batıya yaptığı tesirin izlerini sürmektir. Bununla birlikte yine aynı çerçevede İslam’ın bundan sonra uluslararası hukuka yapabileceği muhtemel katkılarla ilgili önerilerde de bulunulacaktır.

*Anahtar Kelimeler:* Onur, insan onuru, İslam’ın etkisi, Ortaçağ Avrupa’sı, Hıristiyan Batı.

## Islamic Contribution to the Development of Human Dignity Idea in International Law

**Abstract:** The Universal Declaration on Human Rights was pivotal in popularizing the use of the term ‘dignity’ or ‘human dignity’ in International Law. The rights of man rising from human dignity and his own value emerging because of being human are determined by Islam from the right beginning. But this reality is often ignored especially by Western societies. Truly, Islam had set up judiciary based on the principle of presumption of innocence and determined the rules of relations with the others long ago while in the Medieval Christian West, many innocent were killed with the trial by ordeal which trampled the human dignity and no rule of humanitarian law was practiced during war and peace. On the other hand the transition from the East to the West on ethic, law and science started via Iberian Peninsula, and Sicily before the Crusades. However it is mostly claimed that such transitional impact had never occurred, either. The main purpose of this paper is to follow the trails of Islamic impact on the West with regard to the human dignity. Besides, the possible contribution of Islam to the international law will be proposed in the same context.

*Keywords:* Dignity, human dignity, impact of Islam, Medieval Europe, Christian West, Universal Declaration of Human Rights.

\* Bu makale, Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından 2013 Yılı Kutlu Doğum Haftası etkinlikleri çerçevesinde 19-21 Nisan 2013 tarihleri arasında Konya’da düzenlenen “Hz. Muhammed ve İnsan Onuru” konulu sempozyumun  
\*\* “İslam’da İnsan Onuru-Hukuk Bağlamında” başlıklı 5. Oturumunda sunulan tebliğin gözden geçirilmiş halidir. Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Uzmanı, semsettinulusal@yahoo.com

## GİRİŞ

Ne uluslar arası hukuk metinlerinde ne de milli kanunlarda “insan onuru” teriminin açık bir tanımı yapılmamaktadır. Bu terim ile ifade edilen şeyin ne olduğu, çoğunlukla kültürel öğelerle şekillenmiş sezgisel anlayışa bırakılmaktadır. Terimin içeriği detaylandırılmamış olsa bile insan onurunun göz ardı edilmesi ve bir hak ihlalinin vuku bulması gibi bir durumla karşılaşıldığında, bunun fark edilip, ihlalin teşhisinin yapılabileceği iddia edilir. Dolayısıyla “onu tarif edemesem bile, gördüğümde tanırım” gibi bir durum söz konusudur.<sup>1</sup>

Onur belirli hukuki ve kültürel gelenekler bağlamında göreceli ve subjektif değerleri kuşatan birleşik bir muhtevadır. Onurun içerdiği değerler bilim ve teknolojik değişikliklerle olduğu kadar, halk ve kültürlerin hareketliliği ve karşılıklı ilişkileri ile değişmeye müsaittirler. Tafsilatlı bir ifadelendirmeye, hukuki açıdan insan onuru, insanın dokunulmazlığını, bir takım hak ve sorumluluklarının tanınmasını ve toplum ve devlet de dahil olmak üzere başkalarının güvence altına alınmasını ifade eder. Kavram aynı zamanda küresel ölçekte dünya toplulukları ve kültürlerinin diğerlerine karşı onur ve dokunulmazlık bağlamında sorumluluklarının neler olduğuna dair imaları da içerir.<sup>2</sup>

İnsan onurunu tarihsel perspektif içerisinde incelemeye tabi tuttuğumuz zaman terimden anlaşılanın bugünkünden farklı olduğu görülür. Diğer yandan günümüzde hala net tanımının yapılamaması ve soyut bir kavram olarak muamele görmesi sebebiyle, bu terim üzerinden vuku bulmuş medeniyetler arası tesirleri araştırırken, bu terim üzerine inşa edilen ya da bu terim ile ilişkilendirilen hukuki içerikleri ve kurumları ele alarak bir değerlendirme yapmak zorunda kalıyoruz. Dolayısıyla, mesela uluslararası hukukta insan onuru fikrinin gelişmesine İslam’ın etkisinin olup olmadığını incelerken, tarihin derinlikleri içerisinde konu terimimizin bizzat kendisini bulmak için gayret sarf etmek verimli bir çalışma olmayacaktır. Bunun yerine bugün bu terimden neşet ettiği genellikle kabul edilen değerler, haklar ve sorumlulukların aynı dönemlerde farklı coğrafyalarda ne şekilde algılanıp uygulandığını ele almak ve asırlardır var olan bir fikrin, kuralın ya da uygulamanın başka kültürlerle intikalini tespitte çalışmak zor da olsa daha kesin sonuçlar verecektir.

Böyle bir çalışmayı yapmak, bilhassa hukuk alanında meydana gelmiş ya da gelebilecek tesiri tahlil etmek güç bir görevdir. Zira geçmiş dönemlerle ilgili kül-

1 Schachter, 849.

2 Kamali (1), 1; Jack Donnelly, modernitenin insan onuru anlayışına yaptığı tesiri şöyle açıklar: Modernite yeni çeşit birey, yeni aileler ve yeni cemaatler meydana getirmiştir. Ortaya çıkan yeni tipler, siyasette, hukukta ve ekonomideki geleneksel ilişkileri ve uygulamaları umursamaksızın güvenlik ve biraz da onur temini için yeni hayat tarzlarına ihtiyaç duymaktadırlar. Bu çerçevede “tabii insan hakları” olgusu da modernitenin yeni şartları içinde ortaya çıkan yeni tip onur ve birey anlayışını korumak için tercih edilen bir mekanizma haline gelmiştir. Onur anlayışı ve insan hakları kavramı bugün dünkünden farklı bir anlam taşıdığı gibi, bunlarla hedeflenenler bakımından da dünkünden farklı bir yaklaşım sergilenmektedir. Bkz. Donnelly (1), 80.



türler arası etkileşimin analizi yapılırken kime ait oldukları bilinmeksizin birbirine benzer ve eş zamanlı olarak ortaya çıkmış fikirlerle karşılaşmak mümkündür. Dahası, bir sembolün etkisinin başladığı an ile bu sembolün somut olarak kabulü arasında geçen zamanın oldukça uzun oluşu güçlüğün diğer bir kaynağını teşkil etmektedir. Bu etkilerin sistemin oluşum süreci boyunca geçiş güzergâhlarında takibi mümkün olmadığı için böyle bir intikalin vuku bulduğunu bazen var saymak mecburiyeti söz konusudur.<sup>3</sup>

Benzer araştırmalarda ortaya çıkan bir zorluk da şudur ki, çok az sayıdaki Batılı araştırmacının objektif çalışması bir tarafta tutulursa, İslam dünyasından fikirlerin, tekniklerin ve kurumların Avrupa'ya intikali ve meydana getirdiği etki, Avrupalıların ve genel olarak batıların hafızasından neredeyse tamamen silinmiştir.<sup>4</sup>

Avrupalı müelliflerin Müslüman dünyadan istifade ettiklerini kabule yanaşmamalarının pek çok izahı yapılabilir. Öncelikle insan tabiatında bulunan gururu gerekçe gösterebiliriz. Kaynaklarına asla atıfta bulunmadıkları bilinmekle birlikte bu tavrın en genel izahı, o dönemdeki Avrupalı yazarların dinî ön yargılarının ve hatta kendilerinin kâfirlere (Müslümanlar kastedilmektedir) hiçbir şeyi borçlu olamayacaklarını savunan taassuplarının altında yatmaktadır. Bu ön yargı onları, İslâm kültürünün yapmış olduğu katkıyı itiraf etmekten alıkoymuştur.<sup>5</sup>

Böyle bir tesiri ispat etmek için karşılaşılan bir diğer zorluk da karşı saldırıya geçmiş olan Hıristiyan devletlerin fanatik ihtirasının, yeniden ele geçirilen topraklardaki sayısız eserleri akıl almaz bir şekilde imha etmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu, tabiatıyla entelektüel etkilerin somut izlerini ortaya çıkarmayı daha da güçleştirmiştir.<sup>6</sup>

İlave olarak, İslam dünyasından kültürel öğelerin ödünç alınmasına rağmen, özellikle dönemin din adamları ve aydınları olumsuz ve tehlikeli bir İslam imajını Avrupa'da yaymaktaydı. Ortaçağ Avrupa'sında özellikle Hıristiyan rahiplerce propagandası yapılan İslam'ın imajı "sahte ve kılıç" dini, Hz. Muhammed'in (s.a.v) imajı "İsa karşıtı" ve Müslüman imajı ise "rahatına düşkün" şeklindeydi.<sup>7</sup> Hıristiyan din adamları ve aydınlar muhtemelen geniş kitlelerin kabulüne mazhar olacağı endişesiyle, İslam hakkında bildiklerini saklamaktaydı.

Bugüne geldiğimizde, İslam'ın Batının düşünce dünyasına bugün ya da gelecekte de etkide ve katkıda bulunabilme imkânı ve potansiyeli mevcuttur. Ne var ki bu potansiyelin varlığına dair bilgi ve inanç oldukça zayıftır. Maalesef Müslümanların içinde dahi böyle bir katkının olabileceğinin farkına varanlar azdır; Müslüman olmayanlar arasında ise mikroskobik boyuttadır.<sup>8</sup>

3 Boisard, 246.

4 Nayef, 15.

5 Boisard, 264.

6 Boisard, 246.

7 Nayef, 15.

8 Weeramantry, 126-127,

İslâm'ın muhtemel katkılarını Batıya teklif etmesini zorlaştıran bir diğer husus da önyargı bariyerleridir. Konuyu insan onuru bağlamında değerlendirdiğimiz zaman batılı araştırmacılar genelde, mesela insan onurundan kaynaklandığı kabul edilen temel ve devredilemez hakların çoğunun İslâm'da var olmadığını ileri sürerler. İslam üzerine mukayeseli çalışma yapan bu araştırmacılar günümüz anlayışıyla İslâm'ın mukayesesini yaparken suçlayıcı ve reddedici bir üslup ve metodu tercih ederler. Bunlara göre İslam modern mefhumlarla asla bağdaşmaz ve bunların tamamını reddeder. Onlar bunu yaparken, fikhın tedvin dönemindeki sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel şartlar çerçevesinde üretilmiş fikirleri ve teorileri bugünkü çağdaş fikir ve uygulamalarla mukayese ederler ve İslam dünyasındaki fikri gelişmeleri ve yenilenmeleri münferit olarak değerlendirip, asla topyekûn bir yenilenmenin olamayacağını iddia ederler.<sup>9</sup>

Bu çalışma, insan onurunu merkeze koyarak, bir taraftan İslâm'ın Müslümanların Batı dünyasında geçmişte meydana getirdiği etkinin izlerini belirginleştirmeye çalışırken, diğer yandan İslâm'a yönelik eleştirileri analiz ederek bugün ya da gelecekte benzer bir tesirin imkânını sorgulayacaktır.

## KAVRAM OLARAK ONUR

Çok değerli kılınmış bir şeyin özelliği olarak karşımıza çıkan onur, insanın kişilik değerini ve bağımsızlığını içeren bir kavramdır. Günümüzde insan haklarının üzerine inşa edildiği bir terim olarak kabul edilen insan onuru, hukuk alanında yeni olsa bile, bir ideal olarak kökenini eski uygarlıklarda bulmaktadır. Nitekim insan onuru kavramı eski Yunan'da uygulamada değilse bile, teoride kendisine yer bulmuştu. İnsanı her şeyin ölçüsü olarak gören Sofistlerde, onu en yüce değer olarak değerlendiren Epikürcülerde, insanın doğuştan eşit ve özgür olduğunu ve devlet dışında değer taşıdığını belirten Stoacılar, hatta sitenin yüceliğinden yana olmasına rağmen, her insanın adaleti değerlendirebileceğini ve kendi yolunu çizebileceğini söyleyen Platon'da bile, kavramın izlerine rastlamak mümkündür.<sup>10</sup>

Klasik Roma düşüncesinde *dignitas hominis* çoğunlukla "statü" anlamına gelmekteydi. Statüsü müsait olana itibar ve saygı gösterilmeliydi. Dolayısıyla insanlar onur bakımından eşit olamazlardı; tersine onur kavramı kişinin kamusal yaşam içinde tuttuğu yere bağlıydı. Çiçero ise, insanın düşünme ve akıl yürütme yeteneğiyle donatılmış tek canlı yaratık olduğuna ve böylece biricikliğine vurgu yapmış ve akılda müşterek olan insanların haklarda da müşterek olduklarını belirterek, insan onurunun devletin temeli olduğunu ifade etmişti. Bununla birlikte o da onurun kamu görevine hazır olma anlamına geldiğini söyleyerek, bir anlamda yerleşik Roma anlayışını fazlaca zorlamamıştır.<sup>11</sup>

9 Songur, 2-3.

10 Bulut, 10-12

11 McCrudden, 656-57. McCrudden'in EJIL 2008 de yayınlanan bu makalesi, kendisinin 17 Nisan 2008 tarihinde New York Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslar arası Hukuk ve Adalet Enstitüsü Konferans Serisi çerçevesinde verdiği

Ortaçağda daha çok teoloji ile ilintili görülen insan onuru kavramı, Tanrının bir görünümü olarak yaratılan insanların, eşit bir biçimde onura sahip oldukları düşüncesine dayanmıştır. Bu, insanı diğer türlerden ayıran bir özelliktir. Buradan “fitri onur” düşüncesine ulaşılır. Esasında insan kişiliğine değer kazandırma ve ona bazı haklar tanıma bakımından önemli bir aşamaya işaret eden bu dönem, Batıda feodal düzenin yerleşmesi ve kilisenin etkinliği nedeniyle, insan onuru kavramının pratiğe aktarılamadığı bir dönem olmuştur. Sonuçta insan onuru, bir takım zihni çabalara rağmen, hem eski Yunan’da, hem Romalı’da, hem de Ortaçağ’da, insanların statülerine bağlı bir kavram olmaktan kurtarılamamıştır. Rönesans’la başlayan süreçte ise insan onuru, sadece küçük bir elit grubunun değil, herkesin sahip olduğu bir nitelik olarak görülmüş, yani herkesi kapsayan bir ideale dönüştürülmüştür. Gerçekten de, önce Rönesans ve ardından aydınlanma ile birlikte insan, artık başlı başına bir değer olarak görülmüş ve bir özne haline gelmiştir.<sup>12</sup> Bu sürecin gelişmesinde İbn Rüşd, İbn-i Sina, Gazali, Farabi ve Kindi’nin eser ve fikirleri ile Batı’ya nüfuz eden Müslüman kurumların meydana getirdiği bilincin oldukça etkin olduğu kabul edilmektedir.<sup>13</sup>

Batı geleneğinde onur mefhumu en iyi Kant tarafından detaylandırılmıştır. Kant insanın ahlaki bir öge olduğunu ve onun hiçbir zaman araç olarak değil daima amaç olarak muamele görmesi gerektiğini belirtir. İnsanı amaç olarak algılamak, onun her zaman kendi menfaatini tanımlama ve talep etme kapasitesine sahip bir varlık olarak muamele görmesi gerektiği anlamına gelir. Bu bir kimsenin diğerinin amacına ulaşması için onun/onların hizmetinde kullanılamayacağı anlamına gelmektedir. Ancak o, bu hizmeti kendi isteği ve bu hizmetin tüm sonuçlarını kavrayacak durumda olması şartı ile vermelidir. Zira kişileri bir işi yapmaya zorlamak onların onurlarına şiddet uygulamaktır.<sup>14</sup>

Katolik Kilisesine gelince, bu kilisenin inanç esasları, insanın Tanrı görüntüsünde yaratılmış olmasını insan onuru mefhumunun merkezine koyar: “Görünen tüm yaratıkların içinde sadece insan Yaratıcıyı bilebilir ve sevebilir... İnsan bu hedefe ulaşmak için yaratıldı ve insanın onur sahibi olmasının temel sebebi de budur... Tanrı suretinde olduğu için, sadece *bir şey* değil, aynı zamanda *birisi* olan insan “*onur*”a sahiptir. O kendi başına bilgi ve mülk edinmeye ve aynı zamanda diğer insanlarla özgürce sosyal ilişkiler kurmaya muktedirdir.”<sup>15</sup>

İnsan onuru teoloji ve felsefenin çok tartışılan konularının arasında yer alır. Günümüzde insan hakları bağlamında uluslar arası hukuk açısından ele alındığında “*insan onurunu koruma*”, üzerinde mutabakata varılmış bir amaç olarak kabul edilir. Başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) olmak üzere imzala-

konferansın makale olarak yayınlanmış halidir. Ayrıca bkz. Bulut, 10-12.

12 McCrudden, 656-57; Bulut, 10-12

13 Geniş Bilgi için bkz. M. M.Sharif A History of Muslim Philosophy,

14 Safi, “*Human Rights and Islamic Legal Reform*”,

15 The Catechism of the Catholic Church, Part Three, Section One, Chapter One ([http://www.vatican.va/archive/ccc\\_css/archive/catechism/p3s1c1.htm](http://www.vatican.va/archive/ccc_css/archive/catechism/p3s1c1.htm))

nan onca uluslar arası sözleşme ve diğer hukuk metinleri bunun en açık kanıtıdır. İnsan onuru kavramının içerik, etki ve gerekliliklerini iyi kavramak için, kavramı benzer diğer kavramlardan ayırmak ve günlük konuşma dilinde kendisine yüklenen içeriklerden ve fonksiyonlardan arındırmak gerekir.<sup>16</sup>

“İnsan onur”unun hem diğer insanlardan hem de diğer yaratıklardan farklı olma bakımından şahsa münhasırlık özelliği sebebiyle o insana ait ve doğuştan var olan bir vasfı ifade ettiği savunulur. Bu savunma, her bir bireye kutsal bir vasfı, özel, dâhil olunamaz kurumsallaşmışlığın karmaşıklığından uzak bir hayatı atfetmektedir.<sup>17</sup> İnsan onuru, insanın kişiliğine, öz değerine ilişkin bir kavramdır. İnsan onuru, insanın özerkliğinin, varlık nedeninin temelini oluşturur. İnsanın, insan olmasının anlamı ve amacı insan onuruyla açıklanır. İnsan, onurunu doğuştan ve doğal olarak kazanmıştır. Bu yüzden onur, vazgeçilmez ve devredilemez bir niteliğe sahiptir.<sup>18</sup>

İslam’ın onur tasavvuruna gelince, Kur’an-ı Kerim insanı Allah’ın yarattığı varlıklar arasında eşsiz, tabiattaki düzeni anlayacak ve iyi ile kötüyü bir birinden ayırt edecek akli kapasite ile mücehhez, ahlaki kapasitesi ile bütün yaratıkların üzerinde ve bütün fikir ve değerleri fiziksel ve sosyal kalıplara dökülecek beceride bir varlık olarak tanımlar. Hayat, insanların tercihte bulunma ve sonucuna katlanma hakkına sahip olduğu bir imtihan olarak sunulur.<sup>19</sup>

İslam’da onur kavramını tahlil etmeden önce insanın Kur’an’da ne şekilde anıldığını özetlemek yararlı olacaktır. Kur’an insanı ilahi mesajın muhatabı bir var-

16 İoanna Kuçuradi *onur, şeref ve gurur* arasında ki farkı izah ederken fitriliğe vurgu yapar. Ona göre onur kavramı insanın yapısına ilişkin (antropolojik) bilgiden oluşurken, şeref kavramı bir kişinin değerine ya da farz edilen değerine –imgesinin değerine– gösterilen saygıyı dile getirir. Bu değer bir kişinin etik özelliklerinden, kişinin erdemlerinden oluşabilir. Yani gösterilen saygının nesnel bir karşılığı olabilir ve bir kişinin erdemlerinin bilgisine dayanabilir. Ama aynı zamanda bu değer, bir kişinin davranışlarının bir kültürde geçerli olan değer yargılarına, yani belirli bir toplulukta “iyi” sayılan davranış biçimlerine ve tutumlarına uygunluğunda ya da istenilen insan imgesine uygunluğunda– bulunduğu farz edilebilir. İnsan onuru ile şeref arasındaki bu fark, kişilerin kendilerini görmek istemedikleri bir duruma düşürülme örnekleri incelenerek ortaya çıkar. Örneğin Amerikalı askerler tarafından işkence gören Iraklı tutuklu: Bir duvarın önünde çıırılçıklak durmak zorunda kalmaktansa, Saddam zamanında tutuklandığında olduğu gibi kendisine elektrik verilmesini tercih ettiğini; çünkü ona elektrik verilmesinin şerefine/namusuna dokunmadığını, çıırılçıklak durmasının ise şerefine/namusuna dokunduğunu söylemişti. Aslında, her iki muamele biçimi de insan onuruna aykırı olduğu halde, bu tutuklu, ona elektrik verildiği zaman değil, başkalarının gözleri önünde çıırılçıklak durmak zorunda kaldığı zaman şerefine/namusuna dokunulmuş hissetmiştir. Böyle bir hissiyatın meydana gelmesinde kişinin yetiştiği kültür ortamının ürettiği değerler ve bu değerler üzerine inşa edilen yargılar etkin olmaktadır.

Onur ile en çok karıştırılan bir diğer kavram da “gurur”dur. Gurur kişinin doğrudan veya dolaylı olarak imgesi (zihninde oluşturduğu ben imajı) na uygun davranıldığı zaman yaşadığı bir duyudur. Bundan dolayı kişi, hak ettiği, ancak kendi imgesine aykırı bir muamele gördüğü zaman gururunu kırılmış hissedebilir. Onurla mukayese edildiğinde şeref gibi gurur da sonradan kazanılan bir vasıftır. Bkz. Kucuradi, 79-80.

17 Morris, 57.

18 Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması*, Dokuz Eylül üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi (Danışman Prof. Dr. Zafer Gören), İzmir, 1999, s.46’dan aktaran Bulut, 1; İnsan onurunun doğuştan olmadığını, bilakis sonradan kazanıldığını savunan araştırmacılar da vardır. Bunlardan birisi olan Bertram Morris der ki: Tartışmamızı özetleyecek olursak 1) İnsan onuru (dignity), insanın kendisinde bizzat var olan ve doğuştan gelen bir vasfı değildir. 2) İnsan onuru a) bir iletişim süreci olarak kendini gösteren b) uzlaşa ile mükemmel hale gelen bir sosyal ilişki olarak ortaya çıkar. 3) Süreci besleyen malzemeler fiziksel, biyolojik ve tarihi rastlantılarda bulunur. 4) Bu malzemeler, bunları değerler haline getiren insan aklı tarafından anlaşılabilir yapılara dönüştürülürler. Bkz. Morris, 64.

19 Safi, “*Human Rights and Islamic Legal Reform*”.

lık olarak tanıtır. Allah Kur'an'ı insan için indirmiştir. Kuran “insana rehber”dir. Kur'an'a göre insan eşsiz bir varlıktır. Kuran insanın yaratılışını anlatırken onu akıl, düşünce ve irade sahibi bir varlık olarak tanımlar; Allah insana kendi ruhundan üflediğini belirtir. Yani bir yönü ile insan diğer yaratıklardan birisidir. Biyolojik yapısı tamamlandıktan sonra Allah ona bütün isimleri öğretmiştir yani kendisini yaratanı bilecek meziyetlerle onu teçhiz etmiştir. Allah insana bilmediğini öğretmiştir.<sup>20</sup> İnsan hariç hiçbir varlık hayatının anlam ve amacını sorgulayamaz. İnsan sadece anlamının değil hür irade sahibi olmanın da ağır yükünü taşıması bakımından da eşsizdir. Kur'an insanı emaneti (bu terim bazen mantık, sorumluluk ve hür irade olarak da tercüme edilir) taşıyan olarak takdim eder. Kur'an ayrıca insanı Allah'ın yeryüzündeki halifesi ilan eder. Yine Kur'an insanın manevi derecesinin meleklerin fevkinde olduğunu da teyit eder.<sup>21</sup>

İnsana verilen bu kıymet ve yüklenen sorumluluk onu diğer varlıklardan farklı ve değerli kılmaktadır. İşte böylesine değerli bir varlık olan insana Allah onuru da bahşetmiştir.<sup>22</sup>

İngilizce “human dignity”, Almanca “Menschenwürde” kelimeleri ile ifade edilen “insan onuru” veya “insan haysiyeti” modern Arapçada “kerametü'n-nas” kelimesi ile ifadelendirilir.<sup>23</sup>

“Keramet” kelimesi, İsrâ Suresinin 70. Ayetinde geçen “*kerremna*” kelimesi ve Hucurat Suresinin 13. Ayetindeki “*ekrame*” kelimesi ile aynı kökten gelmektedir. Bu ayetler “İslam'da İnsan Onuru” hakkında araştırma yapan Müslüman müelliflerin en başta ve en çok atıfta buldukları ayetlerdir. Bu sebeple günümüzde İsrâ 17/70 ayetinin meal ve tefsiri yapılırken onur kavramına bugün yüklenen anlam ile ilintili “*şerefli kıldık*”, “*yücelttik*”, “*üstün kıldık*”, “*izzet ve şerefe mazhar kıldık*”, “*onur ve üstünlükle donattık*” manaları tercih edilmektedir. İsrâ 17/70 ayetinde Allah Teâlâ buyuruyor ki: *Andolsun, biz insanoğlunu şerefli/onurlu kıldık (kerremna). Onları karada ve denizde taşıdık. Kendilerini en güzel ve temiz şeylerden rızıklandırdık ve onları yarattıklarımızın birçoğundan üstün kıldık.* Hucurat 49/13 ayetinde ise Cenab-ı Allah şöyle buyurur: *Ey insanlar! Şüphe yok ki, biz sizi bir erkek ve bir dişiden yarattık ve birbirinizi tanımanız için sizi boylara ve kabilelere ayırdık. Allah katında en değerli olanınız (ekramekum) , ona karşı gelmekten en çok sakınmanızdır. Şüphesiz Allah hakkıyla bilendir, hakkıyla haberdar olandır.*

Bu iki ayet bir arada değerlendirildiği zaman insan için iki çeşit onur ortaya çıkmaktadır. İncelemeye ikinci ayetten başladığımız zaman şu sonuca ulaşılabilmektedir: İnsanlığın ve insanlık ailesinin birliği İslam'ın temel fikri olup, insanların dil ve renklerine göre farklılık arz etmesi Allah'ın bir alametidir. Dolayısıyla bu farklılıklar birinin diğerine üstünlüğü için gerekçe olamaz. Bu ayet bir taraftan ka-

20 Bakara 2/30-32, 185; En'am 6/19; İsrâ 17/82; Hicr 15/28-29; 'Alak 96/5; Tin 95/4.

21 Ahzab 33/72; A'raf 7/11; Sâd 38/72-76; İnsanın değeri ile ilgili bkz. Aydın, 46; et-Turki, 24-28; Kamali, 2,

22 İsrâ 17/70.

23 Troll, “Welchen Stellenwert haben Menschenwürde und Religionsfreiheit im Islam?”

dın ve erkeklerin eşitliğini vurgularken, diğer yönden de iman ve salih amel ile elde edilecek bir onurdan yani “kazanılmış onur”dan bahsetmektedir. Kur’an’a göre kazanılan onurun derecesi bireyden bireye değişir ve bu onur, kişiyi Allah’a yaklaştırır ve onun nezdinde değerli kılar. Öte yandan birinci ayet ise fitri onurdan bahseder. Yani erkek olsun kadın olsun bütün insanları eşit hale getiren ve insanı diğer canlılardan ayıran bir onur. Bu onur ise renk, ırk, dil ve milliyet gibi niteliklerle artmaz ya da eksilmez. Bu onur devredilemez; iman ve salih amelin konusu da yapılamaz.<sup>24</sup>

Bu iki onur çeşidi farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Mesela bazı müellifler, onurun sadece Müslümanlara ait bir nitelik olduğunu, dolayısıyla sadece onların dokunulmazlığa (ismet) layık bulduklarını savunurlar.<sup>25</sup> Öyle olunca, gayrimüslimler bu dokunulmazlıktan mahrumdurlar. Bu müellifler insanın fitraten onur sahibi olduğunu; ancak bu onurun Müslümanlığın devamı ile muhafaza edilebileceğini; aksi takdirde insanın onursuzlaşacağını ileri sürerler. Zira Kur’an bir başka ayette, Allah’a iman etmeyenlerin bu dünyada ve ahiret hayatında aşağılanmaya maruz kalacağını ilan etmektedir.<sup>26</sup> Böyle düşünenler İsrâ 17/70 ayetinin her bir insana daimi onuru garanti eden ve onu dokunulmaz kılan bir ifade içermediğini, sadece insanların diğer varlıklarla mukayesesini yaptığını ileri sürerler. Bu bağlamda klasik dönem müfessirlerin ve bu müfessirlerin görüşlerini iktibas eden muahhar ulemanın kanaatlerini delil getirirler. Şöyle ki, Kurtubî bu ayetin tefsiri ile ilgili farklı rivayetleri naklettikten sonra şunları söyler: *Sahih olan şudur ki, insanı diğer varlıklardan ayıran ve üstün kılan özelliği akıl sahibidir. Zira Allah insana akıl vererek onu onurlandırmıştır. İnsan akılla Allah’ı bilir ve onun kelamını anlar; onun nimetlerine ulaşır ve Peygamberi tasdik eder. Üstünlük fizyolojik özelliklere bağlanamaz. Çünkü Allah kimi hayvanları bazı özellikleri ile insandan üstün kılmıştır. At daha hızlı koşar, fil daha kuvvetlidir ve aslan daha cesurdur. Dolayısıyla insan onurunun ve üstünlüğünün kaynağını akıl teşkil eder.*<sup>27</sup> Şevkânî de Fethul Kadir de benzer yorumları nakleder.<sup>28</sup> Bu fikri savunanlar Batının insan hakları anlayışının inanç farklılığını temel edinmemesi ve tüm insanların fitri onura sahip ve eşit oldukları fikrine istinat etmesi sebebiyle, İslam tarafından reddedildiğini iddia ederler.<sup>29</sup>

24 Mozaffari, 20.

25 İsmet kavramının altında toplanabilecek hukuki korumanın başında kişilerin insan olmakla sahip oldukları temel insan hakları gelir. İslam âlimleri ilahi dinlerin ortak amacının canın, aklın, namus ve haysiyetin, dinin ve malın korunması olduğunu ifade etmişlerdir ve bu beş ilkeyi temel hak ve özgürlükleri bütünüyle kuşatan bir genişlikle ele almışlardır. Anılan beş temel amacı gerçekleştirme yönünde atılacak ilk adım insanın sırf insan olması sebebiyle değerli sayılması ve hakların, koşulsuz ve doğuştan kazanıldığı kabulüdür. Kişilerin bu haklara saygılı davranmasının aynı zamanda bir vebce olarak görülmesi de hakların korunmasının önemli bir ögesi oluşturur. Klasik dönem İslam hukukçularından bir kısmının mutlak can, mal ve namus masuniyetinin sadece Müslümanlar için söz konusu olabileceğini, gayri, Müslimlerin ise ya Müslüman olmak ya da Müslümanlarla anlaşma yapmak suretiyle dokunulmazlık kazanabileceklerine dair görüşleri, yaşadıkları dönemde Müslümanlara karşı gayrimüslimlerin sürdürdükleri hasmane tutumun bir sonucudur. Yani kafir, kafir olduğu için değil, Müslümanlara karşı izlenen tecavüzkar politikanın bir parçası olduğu için dokunulmazlığını kaybeder. Geniş bilgi için bkz. Şentürk, 137-138.

26 Hac 22/18.

27 el-Kurtubî, X/190-191.

28 eş-Şevkânî, III/339.

29 el-Fehd, 173-174.

Klasik dönem İslam bilginlerinden Hanefî hukukçu Serahsi Allah'ın, emanetini taşısın diye insanı yarattığını; onu akıl gibi bir nimetle onurlandırdığını ve *hukukullahın* gereklerine ehil olsun diye onu dokunulmaz kıldığını belirtir.<sup>30</sup> XIX. Yüzyıl Hanefî bilgini İbn Abidin de Borçlar Hukukunda fasit satış konusunu tahlil ederken insan saçının neden satılamayacağını, kâfir bile olsa insanın onur sahibi bir varlık olması gerekçesine dayandırır. Aynı gerekçeyle ölü kâfirin kemiğini kırmanın dahi caiz olmadığını belirtir.<sup>31</sup> Aynı şekilde müfessir Âlusî de İsrâ 17/70 ayetinin tefsirini yaparken, dindar ya da günahkar olsun insan ırkının her üyesinin şeref sahibi olduğunu belirtir ve İbn-i Abbas'ın Allah'ın insana akıl vererek onu onur sahibi kıldığı yönündeki görüşünü nakleder.<sup>32</sup>

XX. Yüzyıl müslüman müellifler de çoğunlukla onurun saygın davranışlarla elde edilmeyeceğini; Allah'ın lütfünün bir neticesi olarak insana bahşedildiğini ve her bir insanın doğduğu andan itibaren sahip olduğu tabii ve kesin bir hak olduğunu kaydetmektedirler. Kişi bir suçtan dolayı mahkûm edilse dahi onur sahibi bir birey olduğu hatırda tutularak asla tahkire maruz bırakılmamalı ve hayatta olduğu müddetçe yaşama hakkı zaafa uğratılmamalı ve elinden alınmamalıdır.<sup>33</sup> Bu olumlu yaklaşımı destekleyen Seyyid Kutup şöyle der: *İnsanoğlu arasında mutlak eşitlik ve vicdan hürriyetini sağlamak ve bu eşitliği zedeleyecek kuvvetlere karşı durmak İslam'ın vazifelerindedir. İslam bu eşitliği sağlarken sadece halk tabakasına saygı göstermekle yetinmiyor; yüksek tabakayı halktan alelade birinin seviyesine indirip onları sadece, yaptıklarına göre değerlendiriyor.*<sup>34</sup> Mustafa es-Sibâî ve Hasan el-İlî'ye göre onur, renk, ırk ve din ayırımı yapılmaksızın insanın müdellel hakkıdır.<sup>35</sup>

Bu görüşe paralel görüş serdedenler yukarıda geçen ayetlerin Allah ile kulu arasındaki ilişkiyi tanımlayıp derecelendirdiğini, dolayısıyla bu ayetlerden hareketle kanun önünde eşitlik fikrinin inkâr edilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedirler. Bunlar, “şayet onur sadece müminlere verilmiş bir ayrıcalık ise İsrâ 17/70 ayetindeki “beni âdem” terimini nasıl anlayacağız ve bu kapsama sadece Müslümanları nasıl dâhil edeceğiz”, sorusunu yöneltirler. Dolayısıyla her ne kadar inananlarla inançsızların arasını tefrik eden ayetler bulunsa da bunların, fitri onurun sadece müminlere bahşedildiği fikrini ispat için sevki zor görünmektedir. Zira Hucurat 49/13 müminlerin de kendi aralarında eşit olmadığına delalet etmektedir. Öyle olunca, Kur'an'ın mümin-kafir sınıflandırması Allah Teâlâ'nın nezdinde ve huzurundaki ayırımı işaret ve delalet eder; yoksa kanun önünde gayrimüslimlere bir ayrımcılığın yapılması için delil olmamalıdır. Kısaca her bir insan kazanılmış onura malik olma potansiyeline sahiptir. Ancak her bir insan ferdi fitri onura doğduğu anda zaten sahiptir.<sup>36</sup>

30 es-Serahsi, II/334.

31 İbn Abidin, VII/245.

32 el-Âlûsi XV/162.

33 Kamali (2), 1-2.

34 Kutub, s. 22,28.

35 Mustafa es-Sibâî, *İştirâkiyyâtü'l-İslam*, Şam 1960, s. 66 ve Abdulhakim Hasan el-İlî, *el-Hurriyyatu'l-'Amme*, Kahire 1983, s. 36'den naklen Kamali (2), 2.

36 Mozaffari, 20.

## ULUSLARARASI HUKUKTA ONUR

Onurun, insanın fitratında bulunan bir özellik olarak hukuk metinlerinde kullanılması 20. Yüzyılın ilk birkaç on yılında başlar. 1917’de Meksika, 1919’da Almanya ve Finlandiya, 1933’te Portekiz, 1937’de İrlanda ve 1940’ta Küba ve 1945’te İspanya bu dönemde anayasalarında onur terimine yer vermeye başlamışlardır. Bu gelişmelere rağmen onur kavramının kullanılışı ikinci dünya savaşının sonuna kadar oldukça sınırlı düzeyde kalır. 1946 yılında Japonya, 1948 yılında İtalya ve 1949 yılında da Batı Almanya ve 1950’de Hindistan anayasalarında onur terimini zikretmişlerdir.<sup>37</sup>

Türkiye’deki anayasa çalışmaları göz önüne alındığında Teşkilatı Esasiye Kanununda onur (haysiyet) teriminin geçmediği görülür. Terim 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında insan haysiyeti, basın özgürlüğü ve sosyal haklar bağlamında dört yerde (22, 27, 41 ve 45. Maddelerde) geçmektedir. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında ise Başlangıç kısmında “her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” ifade edildikten sonra, kişilerin hak ve özgürlüklerini tanımlayan ikinci bölümün 17. Maddesinde “...kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tabi tutulamaz”; 32. Maddesinde ise “Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir” der.

Onur terimi, BM’nin kuruluşundan hatta İkinci Dünya Savaşından önce yayınlanan ya da taslak olarak hazırlanan bir kısım uluslar arası veya bölgesel hukuk metninde de zikredilmiştir. Bunlar arasında 1936 Dijon Bildirgesi, 1944 Amerikalı Yahudiler İnsan Hakları Bildirgesi, ABD’deki Katolik Piskoposların 1946 Haklar Bildirgesi, 1946 Küba İnsan Hakları Bildirgesi, 1947 Birleşik Krallık Uluslararası Haklar Bildirisi, 1948 Amerika İnsan Hakları ve Görevleri Bildirgesi sayılabilir. Bununla birlikte İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi “insan onuru” teriminin kullanımını tetiklemiştir. Zira “insan onuru”na Bildirge’de yapılan atıfla birlikte insan hakları ile ilgili yazılı ve sözlü söylemlerde bu kavram merkezi bir rol oynamaya başlamıştır. Bildirgenin Başlangıç bölümünde iki yerde “onur” zikredilir. Bunlardan birisi “İnsanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan var olan onurunun, eşitliğin ve devredilemez haklarının tanınması dünyada özgürlük, adalet ve barışın temelidir” ifadeleridir. Yine aynı yerde “ Birleşmiş Milletler halkları temel insan haklarına, onura ve bireyin değerine ve erkek ve kadınların eşit haklarına olan inancını bir kez daha vurgulamışlar ve sosyal gelişmişliği ve daha geniş özgürlükler içinde daha iyi yaşam standartlarının teşvik edilmesini tekraren teyit etmişlerdir ” denilmektedir. Bildirgenin Birinci Maddesi aynı temayı şu şekilde içermektedir: “Bütün insanlar onurda ve haklarda eşit doğarlar. İnsanlar akıl ve vicdan ile mücehhez kı-

37 McCrudden, 664.



*ınmışlardır ve birbirlerine kardeşlik ruhu içinde muamele etmelidirler.” Bildirgenin diğer bölümlerinde de daha özel alanlarda onur kavramına atıfta bulunulmuştur.<sup>38</sup>*

Uluslararası İnsani Hukukta (Humanitarian Law) onur teriminin kullanılmasına destek II. Dünya Savaşından sonra Cenevre Sözleşmeleriyle birlikte ortaya çıkmıştır. Uluslararası Kızıl Haç Komitesi, 1949 Cenevre’de toplanan devletlere dört Cenevre sözleşmesinde de aynen kullanılmak üzere bir başlangıç metni teklif etmiştir. Teklif şöyle idi: “*İnsanın şahsiyetine ve onuruna saygı, herhangi bir sözleşme yükümlülüğünün yokluğunda bile bağlayıcı bir uluslar arası ilkeyi ortaya çıkarır. Böyle bir ilke, savaş zamanında, hastalık, yaralanma, esir olma ya da başka bir sebeple aktif olarak düşman saflarında yer almayan ve savaşamayacak duruma gelenlerin tamamına, ırk, milliyet, dini inanç, siyasi görüş ve diğer özellikler dikkate alınmaksızın saygı gösterilmesini, savaşın etkilerinden korunmasını ve acı çekenlere destek verilmesini ve onlarla ilgilenilmesini gerektirir.*” Sözleşme metinleri diğerlerine ilave olarak özellikle onur terimini açık bir şekilde şöyle içerir: “*..belli şekillerde aşağılayarak ve küçümseyerek insan onuruna saldırgan tavırlar...yeri ve zamanı ne olursa olsun yasak olarak kalacaktır.*”<sup>39</sup>

Daha sonra uluslar arası silahlı çatışma mağdurlarının korunması ile ilgili Sözleşmelerin Ek Protokol 1’inin 75. maddesi “*...aşağılayan ve küçümseyen muamele, fahişelik yapmaya zorlama ve her türlü hayâsız saldırıyı*” yasaklamıştır. Madde 85 ise “*insan onuruna tecavüz içeren ırk ayrımcılığına dayalı ayrılıkçı ve diğer gayri insani ve aşağılayıcı uygulamalar da dahil olmak üzere belli işlemler, kasıtlı ve sözleşmelere ya da protokole aykırı olarak yapıldığında bu protokol ağır bir şekilde ihlal edilmiş sayılır*” hükmünü içermiştir. 1956 Kölelik Sözleşmesinin başlangıç bölümü BM Tüzüğüne atıfla üyelerin insan onuru ve değerine inancını teyit eder. 1960’lı yıllara ait Medeni ve Siyasi Haklar sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Irk Ayrımcılığının Yok Edilmesi Sözleşmesi hem başlangıç bölümlerinde hem de pek çok maddelerinde insan onuru kavramını zikrederek, kavrama verilen önem aşikâr kılınmıştır.<sup>40</sup>

İnsan onurunu referans alan maddeler 1979 Kadınlara Karşı Ayrımcılık ve 1984 İşkenceden Korunma ile ilgili sözleşmelerde de yer alır. Bu kavramın uluslar arası sözleşmelerde yer alması 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesinde, 1990 Göçmen İşçiler Sözleşmesinde ve 2007 Dezavantajlı Kişiler Sözleşmesinde de devam etmiştir.<sup>41</sup>

## GEÇMİŞTEKİ TESİRİN ÖRNEKLERİ

Geçmişte, insan onuru üzerinden vuku bulmuş medeniyetler arası tesirleri araştırırken, bu terim üzerine inşa edilen ya da bu terim ile ilişkilendirilen hukuki

38 A.g.e, 11-12.

39 A.g.e, 14.

40 A.g.e, 14-15.

41 A.g.e, 15.

içerikleri ve kurumları ele alarak bir değerlendirme yapmak zorunda kalıyoruz. İnsan onuru denildiği zaman genellikle insanın değeri akla geldiğine göre, esasen bu değer gözetilerek yapılmış her türlü çalışma insan onurunu yüceltmeye matuftur. Öyle olunca, İslâm'ın bu alandaki etkisinden bahsederken yelpazeyi geniş tutmak mimariden, eğitimden, edebiyattan ve sağlıktan hukuka kadar tüm alanları araştırmaya dâhil etmek mümkündür. Ancak bu çalışmada verilecek örnekler tabiiyle daha ziyade hukuk kurumları üzerinde meydana gelen tesirle alakalı olacaktır.

Bu çalışma çerçevesinde verilecek örneklerde de görüleceği üzere, keyfiliğin cereyan ettiği, hukukun üstünlüğünden ve adil bir yargıdan bahsetmenin imkansız olduğu bir çağda, “insan onuru” başlığı altına bugün konulan hiç bir haktan ya da hukuki muameleden söz etmek mümkün değildi. Haçlı seferlerine kadar Hıristiyan Batı'da durum genellikle bu şekilde idi. Buna mukabil İslam devletleri muazzam bir hukuk sistemiyle idare ediliyor ve diğer din ve milletlerle ilişkilerini bu sistemin bir parçasını oluşturan kurallar manzumesi ile yürütüyorlardı.

Batı'da özellikle John Makdisi, George Makdisi, aynı şekilde Marcel A. Boisard, Gamal Mours Badr ve P. J Hamilton İslam hukukunun Batı üzerindeki muhtemel etkisi üzerine dikkat çekici çalışmalar yapan araştırmacılarıdır. Bunlar İslam Hukuku'nun İngiltere'de Örfi Hukukun ve bazı yönleri ile İspanyol ve Fransız hukuk sistemlerinin gelişmesine tesirde bulduklarını belirtirler. Zira İslam dünyasındakilerle İspanya ve İngiltere hukuk kurumları arasında benzerlikler bulunmaktadır. İspanyanın Katolik İspanyollarca geri alınması, Müslümanların bunlarla doğrudan irtibatını sağlamış; Sicilya'nın aynı zamanda İngiltere'de de varlığını sürdüren Normanlar tarafından geri alınması ise İngiltere'nin İslâm'la dolaylı temasına yol açmıştır. Fransa'nın İslam ile ilişkiye geçmesinin zeminini ise Haçlı seferleri meydana getirmiştir.<sup>42</sup>

Bu çalışma çerçevesinde, daha ziyade modern müelliflerin bu sahaya tahsis edilmiş çalışmalarında vardıkları sonuçlardan örnekler arz edilecektir. Ancak daha kâmil bir çalışma Haçlı Seferleri, Sicilya ve İspanya ile ilgili orijinal kaynakların birbir karşılaştırılmasıyla mümkün olacaktır. Yine Hıristiyan tarikatların arşivleri, hacıların, seyyahların, diplomat ve tüccarların rivayetleri kaynak olabileceği gibi, ilâhiyatçıların, reformcuların ve hümanistlerin İslâm hakkında söyledikleri takdir ifadeleri de böyle bir çalışmada malzeme olarak kullanılabilir.<sup>43</sup>

Ortaçağ'da İslâm'ın hukuk ile ahlâk arasında kurduğu ilişki Batıyı hayran bırakmaktaydı. Bir başka ifadeyle, hukuk normları ile ahlâk kurallarının birlikte ele alınması Batı'da bir yandan ahlak eksenli bir hukuk anlayışının filizlenmesine yol açarken, öte yandan İslâm'ın meydana getirdiği etki, insan eşitliğinin teorik boyutunu iyice kuvvetlendirmekteydi. Bu dönemde filozoflar da kurumların alt yapısını hazırlamakla meşguldüler.<sup>44</sup>

42 Watanabe, 65.

43 Boisard, 246.

44 Boisard, 258.

Ortaçağ hukukunun çoğunluğu yazılmamış hukuktu. Haçlı Seferleri'ne kadar Batı'da tanrısal yargılama usullerini de içeren hukuk uygulamaları, dehşet vericiydi. Kişinin suçlu olup olmadığını ispata gerek duyulmaksızın ve delillere müraaat edilmeksizin, zanlı kaynar suya atılır veya kızgın demirle dağlanır ya da kızgın yağla yakılırdı. Şayet sağ kalmayı başarabilirse suçlu olmadığı ilân edilirdi. Böylesine acıklı bir ölüme maruz kalmaktansa daha acısız bir ölümü tercih eden masumlar dahi suç itirafında bulunurlardı. Buna "çile yargısı" denilirdi. Bir diğer usul de "düello yargısı" idi. Bu yargılama usulünün altında, Tanrı'nın masum bir kişinin ölmesine ya da tedavi edilemez bir yara almasına izin vermeyeceği; saf ve temiz olan suyun ise masum bir kişiyi boğmayacağına olan inanç yatmaktaydı.<sup>45</sup>

İslam'da ise suçu ispat edilene kadar kişi suçsuz sayılmaktaydı.<sup>46</sup> Bu, İslam'ın külli kurallarından birisidir. Hz. Ömer, *Ebu Musa el-Eş'ari'*ye yazdığı bir mektupta İslam yargı kurumunun esaslarını şu şekilde belirlemiştir: *Sana takdim edilen delilleri dikkatle incele, üzerinde iyi düşün, şunu bil ki, uygulanmayan bir haktan söz etmek boşunadır. Oturduğunda, görüşünde, konuşmada ve icraatında herkese aynı şekilde davran. Böyle yap ki, hiçbir nüfuzlu şahıs senin, taraf tutacağın vehmine kapılmasın ve hiç bir zayıf senin adaletinden ümidini kesmesin. Öfkeli olmaktan, sıkıntı ve ıstırap vermekten, halkı rahatsız etmekten, kızgın olduğun insanlara farklı davranmaktan sakın.*<sup>47</sup> Benzer bir talimata Hz. Ali'nin Eşter en-Nehâi'ye yazdığı mektuplarda da rastlanır.<sup>48</sup>

İslam'ın Batıya bu alandaki tesirini şu örnek de gayet güzel göstermektedir. İngiltere'de jüri yargılama usulünün temelleri II. Henry döneminin ortalarında XII. yüzyılda atılmıştır. Genellikle jüriler, yerel temsilcilerden meydana gelen 6 veya 12 erkek, üyeden oluşurdu. Jüri üyeleri yaşadıkları bölgede işlenen bir suç dolayısıyla yemin ederek yargulamaya dâhil olurlardı. 1166 yılında Henry II, İngiltere'de yukarıda tanımlanan "Çile Yargısı"na sona erdirerek Jüri sistemine geçmiştir. Jüri uygulamasının bir bölümü de dâhil olmak üzere İngiliz Örfi Hukuku'nun pek çok içeriğinin İslam hukuk sisteminden türetildiği John A. Makdisi tarafından ispat edilmiştir.<sup>49</sup>

Gerçekten de bu sistem, tarihi seyri içerisinde "şuhûd", "udûl", "şuhûd-ı udûl", "şuhûdu'l-kazâ" ve en son Osmanlılarda "şuhudu'l-hâl" adı ile fıkıh kitaplarında ve yargı kayıtlarında devamlı karşımıza çıkar. Şuhud sisteminin jüri mahiyetini kazanmadan önce, bu sistemde görev alanların daha çok akitlerin düzenlenmesinde ve tescilinde kadrolu şahit olarak bazen da bir noter yetkisiyle görev ifa et-

45 A.g.e, 258. Watanabe, 62.

46 "Beraat-ı zimmet asıldır" kaidesi İslam Hukukunun külli kaidelerinden birisidir. Bkz. Suyuti, el-Eşbah ve'n-Nazair ve İbn Nuceym, el-Eşbah ve'n-Nazair.

47 M. Sibai, İslam Sosyalizmi, çev. A. Niyazoğlu. İstanbul 1976, s.150'den naklen. İsmet Kayaoğlu, s. 204.

48 Hazreti Ali şöyle diyor: *Raiyye için kalbinde muhabbet, merhamet duyguları, lütf meyilleri besle. Sakın biçarelerin başına kendilerini yutmayı ganimet bilen yırtıcı bir canavar kesilme! Çünkü bunlar iki sınyıftır. Ya dinde kardeşin ya da hilkatte bir eşin. Evet, kendilerinden zelle sadır olabilir; kendilerine bir takım arızalar gelebilir. Hata ile yahut kasta makrûn işledikleri kabahatlerden dolayı ellerinden tutup yola getirmek pek mümkündür.* Bkz.Ersoy, 4.

49 Bkz. Makdisi, "The Islamic Origins of the Common Law".

tiği bilinmektedir. Bilahare Emevilerin son döneminde, Endülüs Emevilerinde, Fatimilerde ve Eyyubilerde mahkemelerde *kadın*ın yanında bulunan adil, bilgili ve varlıklı kişilerden oluşan bir müşavere heyeti görev yapmıştır. Bu devletlerden Endülüs Emevileri İspanya, Fatimiler Sicilya ve Eyyubiler de Haçlı Seferleri vasıtasıyla dönemin Hıristiyan devletleri ile sürekli ilişki içinde olmuşlardır. Bu müessesenin İslam hukukuna girişi Haçlı seferlerinden üç asır ve dahi Yunanca eserlerin Arapçaya tercümesinden de çok önce vuku bulmuştur. Dolayısıyla sistemin İslam orijinli olduğunda kuşku yoktur.<sup>50</sup>

Jüri sisteminin İngiltere'ye geçişine gelince; yukarıda da belirtildiği gibi İngiliz Örfi Hukuku'nun ana hatları II Henry döneminde ortaya çıkmıştır. Bu dönem aynı zamanda uzun yıllar İslam imparatorluğunun bir parçası olan Sicilya'nın Normanlar tarafından kontrol edildiği dönemdir. Tunus ve Sicilya IX. Yüzyıldan XII. Yüzyıla kadar İslam İmparatorluğunun parçası olmuştur. Normanlar Sicilya'yı geri alınca İslam kurumlarını ve Müslüman kültürünü kendilerinininkiyle değiştirme yerine, onlarla bütünleşmeyi tercih etmişlerdir. Dolayısıyla Müslümanlar kendi dinlerini uygulama ve kendi kanunlarına göre yönetilme imkânı buldular. Bu dönemde Hem Sicilya'da hem de İngiltere'de önemli görevlerde bulunan bir şahıs göze çarpar. Bu kişi Sicilya hükümetinin maliyesinde (divanda) 1149'da görev alan ve Müslümanlar arasında Kaid Brun olarak şöhret bulan Thomas Brown'dur. Thomas Brown görevi gereği arazi anlaşmazlıklarındaki davalarla da ilgilenmesi sebebiyle Sicilya'da var olan şuhûd (jüri) uygulamasına oldukça aşina idi. Thomas Brown II. Henry'nin tahta çıktığı 1154'de İngiltere'ye geri dönmüş ve İngiliz Maliyesinde önemli bir görev almıştır. Böylece II. Henry jüri yargılama usulü ile ilgili doğrudan bilgi elde etme imkânını bulmuş oldu. Burada dikkat çekici husus şudur: İngiltere'de çile yargılama usulünden jürili yargılama usulüne Brown'un İngiltere'ye dönmesinden sadece on yıl kadar sonra geçilmiştir. Bu elbette tamamen tesadüf de olabilir.<sup>51</sup> Bundan yarım asır sonra da Papalık çile yargısına son veren bir kararı ilan etmiştir.

Aynı döneme ait Fransa'dan bir örnek vermek gerekirse, 1246-1270 yılları arasında Fransız kralı olarak tahtta bulunan, IX. Louis'in uygulamalarını zikretmemiz yerinde olacaktır. Zira IX. Louis'in kraliyet müfettişleri atamak, mahkemelerde şahitlerin şahadetine itibar edilmesi prensibini uygulamaya koymak ve zanlının kraldan af dilemek için müracaatına izin vermek gibi kuralları da içeren Fransız hukuk sistemini meydana getiren bir kral olması tesadüf değildir. Onun sunduğu yasama sistemi Avrupa'da hukuk tarihi açısından bir dönüm noktası olmuştur. IX. Louis üzerinde İslam'ın doğrudan bir tesiri vardır. Zira Kral'ın en önemli hukukî reformlarını Filistin'den dönüşünde gerçekleştirmiş olması böyle bir kanaate yol açmaktadır. Kral'a Filistin'de karşılaştığı Fransiskan mezhebine mensup bir rahibin öğüt verirken "*İster inançlı ister inançsız olsun bütün prensler saltanatlarını kanun-*

50 Aslan, 22-50.

51 Makdisi, 1729-1730; Watanabe, 61-84, 73-74.

lara saygısızlıkları sebebiyle kaybetmişlerdir. Burada, Fransa'ya giderken gördüğüm Kral insanlara adaletle ve kanunlara uygun olarak muamele edecektir” dediğini Kral'ın çağdaşı Fransız tarihçi Jean de Joinville nakletmektedir.<sup>52</sup> Bu Fransiskan rahibinin inançsız prenslerden kastının Müslüman emirler olduğu aşikârdır. Ancak çok daha bariz olan bir şey daha vardır ki o da, rahibin sözleri Hz. Peygamberin “Ey insanlar, sizden öncekiler, içlerinden ileri gelen asil bir kişi hırsızlık edince ona ceza vermezler, zayıflar çalınca onun elini keserlerdi. İşte onları bu tutumları helak etmiştir. Allah'a kasem ederim ki Muhammed'in kızı Fatıma çalmış olsaydı onun da elini keserdim” hadisinden başkası değildi.<sup>53</sup>

Bir kısmı bu örneklerle ifadelendirilen tesir neticesinde XI. Yüzyılın sona ermesiyle birlikte bütün bir Avrupa'ya yayılan ekonomik, sosyal ve kültürel başkalaşım XIII. Yüzyılın ilk yarısına kadar Avrupa hukukunu ve hukuki uygulamalarını değişikliğe uğratmıştır. Artık Avrupada bireylerin hukuk vasıtasıyla ferdi değer ve sorumluluklarını belirleyecek sosyal şartlar oluşturulmaktaydı. Bireyin hür ve bağımsız bir şahsiyete sahip olduğu fikri yerleşmekte ve bu dönemde ortaya çıkan “hukukun üstünlüğü” mefhumu sosyal, siyasi ve ekonomik alana büyük oranda nüfuz etmekteydi. Örneklerde de görüldüğü gibi İslam toplumları Batı toplumlarından çok önce hukukun üstünlüğü ilkesine dayanmaktaydı. O halde çok daha gelişmiş İslam hukuk kurumları ile temasa geçen Avrupalıların bunları kendi toplumlarına uygulamaları şartırcı olmamalıydı.<sup>54</sup>

İber Yarımadası'na gelince, “Bilge” lakaplı Kastilla Kralı X. Alphonse (1221–1284) bu bağlamda oldukça önemlidir. Kendisi İslâm medeniyetine son derece vâkıf birisi olarak XIII. yüzyılın ikinci yarısında Arapça kaynaklardan derlenen etkileyici sayıdaki ciltlerden meydana gelen çalışmaların da öncüsü idi. O, elde edilebilen dokümanların büyük ekseriyetini yerel lisana çevirtmişti. Avrupa'nın sistemli ilk hukuk kitabı olan *Las Siete Partidas (Yedi Bölüm)* onun öncülüğünde hazırlanmıştır. *Las Sieta Partidas*'ın modern Batı Uluslararası Hukukunun doğuşunda oynadığı rol uzmanlar tarafından kabul edilmektedir. Ancak bu eser üzerindeki İslam tesiri hala araştırılmaya muhtaçtır.<sup>55</sup>

Bu kitabın ikinci bölümü (Partida) askerî ihtilaflarla alakalıdır ve sanki ihtiva ettiği benzerlikler sebebiyle *siyer* ve *cihad* kitaplarındaki savaş kurallarını iktibas eden bir metindir. Bu kurallar, çocukların, yaşlıların, kadınların ve akıl hastalarının, politik temsilcilerin ve eman ihtiyacı içinde bulunanların korunması ile ilgi-

52 Boisard, 258.

53 Buhari, *Hudud*, 13; Müslim, *Hudud*, 2; Tirmizi, *Hudud*, 6.

54 Watanabe, 62-64.

55 Boisard, 252. Burada bir bilgi karışıklığını tashih etmek gerekmektedir. Boisard makalesinde bu kralı Alfonso IX olarak takdim etmiş ve Salamanca Üniversitesinin de kurucusu olduğunu söylemiştir. Her ne kadar Alfonso IX Salamanca Üniversitesinin kurucusu olsa da *Las Sieta Partidas* Alfonso X'un eseridir. Zira bu eser 1256 ve 1265 yılları arasında yazılmıştır ki, bu yıllar Alfonso X'un iktidarda bulunduğu yıllardır. Halbuki Alfonso IX 1188-1230 yılları arasında krallık yapmıştır. Bkz. <http://en.wikipedia.org>.

li, ihaneti ve sadakatsizliği yasaklayan emirleri içermektedir<sup>56</sup> ki bunlar asırlardır Müslümanlar tarafından bilinen ve uygulanan kurallardır.<sup>57</sup>

Bu eserin XXX. bölümü savaş esirlerine yapılacak muamele ve bunların fidyesini detaylarıyla anlatmaktadır. *Alfaqueqe* (*alfagegee*) (Arapça *el-fakik*, fidye ödeyicisi kelimesinden gelmiştir) olarak isimlendirilen resmî görevliye, arabuluculuk yapma ve düşmanın ya da Müslümanların elinde bulunan esirlerin fidyesini ödeme yetkisi verilir. Son bölüm olan Yedinci *Partida*'da, Müslümanların eman uygulamalarının açık bir kopyası ya da doğrudan tercümesi olan, yabancı olan veya Katolik olmayan elçilerin güvenliği ile alakalı kurallar bulunmaktadır.<sup>58</sup>

Savaş esirlerine yapılan muamele ile ilgili konuyu biraz daha detaylandırmakta yarar vardır. Yukarı da bir nebze ifade edildiği gibi, İslam'ın Hıristiyan Batıya esas tesiri savaş hukukunda olmuştur.<sup>59</sup> Savaşların önemli rol oynadığı bir dönemde bu tesir, mağlup tarafı ilgilendiren belirli uygulamaları, askerlere karşı sergilenecek tavrı, esirlerin değişimini ve yaralıların tedavisi gibi teknik hükümleri içermektedir. Batı bu konularla Haçlı Seferleri'nden itibaren ilgilenmeye başlamıştır. Şüphesiz bu gerçek insanlığın asli değerleriyle ilgili kayda değer bir tekâmülü yansıtmaktadır. İslâm'ın, düşman elinde bulunan Müslüman askerlerini kurtarmak hususunda gösterdiği doğrudan ve acil ilgi insana verilen değer bir sonucuydu. Kur'an'ın emirleri savaş esirlerinin özgürleştirilmesi ve korunmasıyla alakalı bir sisteme geçişin önünü açmıştır.<sup>60</sup> İslam'ın Haçlı savaşları esnasında Batı'ya saçtığı bu tohum, XX. Yüzyıl'ın başlarından itibaren uluslar arası hukukun bir parçası olmuş ve İnsani Hukuk olarak isimlendirilen 1949 Cenevre Sözleşmeleri İslam'ın 1400 küsur sene önce koyduğu hükümleri sadece teyit etmiştir.

## ELEŞTİREL TETKİKTEN MUHTEMEL KATKIYA

Bir dinin ya da medeniyetin öğretisi ve uygulamalarına eleştiri getirmek her zaman mümkündür. Ancak sosyal bilimlerde mukayeseli eleştiri yapılacaksa fikir ve olayların ortaya çıktığı kronolojiyi görmezden gelmek hatalı sonuçlara ulaştırır. İslam ile ilgili araştırma yapanların bu hataya sıkça düştükleri bilinmektedir. Mesela biraz da önyargılı araştırmacılar, İslam'ın demokrasi, barış, sosyal adalet, kadın hakları ve daha geniş anlamda insan hakları gibi kavramları teşvik etmediğini, bilakis bu fikirlere zıt öğretilerin propagandasını yaptığını ispat etme-

56 Boisard, 252.

57 Örnek hadisler için bkz. Buhâri, *Cihâd*, 148; Ebu Dâvud, *Cihâd*, 82.

58 Boisard, 252-53.

59 1920 yılında Lahey Uluslararası Hukuk Akademisinde verdiği konferanslarda Baron de Taube, savaş ilanı ile ilgili modern devletler umumi hukuku kurallarının İslamî doktrinin türevi olduğunu ve bunun haçlı seferleri esnasında şövalyelik kurallarına sirayet ederek, Kilise aracılığıyla modern savaş hukukuna geçtiğini ifade etmiştir. Bkz. Cockeyne, 598.

60 “Esir aldıklarınızı savaş sona erince ya karşılıksız ya da fidye karşılığı salverin.” Muhammed 47/4; “Onlar, kendi canları çekmesine rağmen yemeği yoksula, yetime ve esire yedirirler.” İnsan 76/8; İslam hukukunun savaş esirlerine yaklaşımı ile ilgili geniş bilgi için, bkz. Özel, 4.

ye çalışırlar. Hâlbuki “*temel insan hakları*” terim olarak oldukça yeni olup, Amerikan ve Fransız devrimlerinin sonunda XVIII. Yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte bu dönemde telaffuz edilen temel hakların dahi embriyo safhasında olduğunu unutmamalıyız. Zira bu haklar özgür beyaz adam içindi. Kadının adı yoktu ve kölelik hala yasaldı. Bu sebeple XVIII. Yüzyıl metinlerini günümüz insan hakları anlayışı ile yargılayarak ya da eleştirerek elde edilecek sonuç anlamsız kalacaktır. Hal böyle iken klasik fikhın bu alanda kayıt altına alınmış kurallarını modern hukuk metinleri ile mukayese etmek ve bir neticeye ulaşmaya çalışmak ne kadar beyhude bir çaba olacaktır.<sup>61</sup> Hâlbuki bugün gelinen seviye, binlerce yıllık insanlık tarihinin entelektüel birikiminin bir sonucudur. Bir süreçtir. Bir benzetme yapmak gerekirse bir zincirdir ki İslam bu zincirin en sağlam halkasıdır. Bir kitaptr ki İslam bu kitabın en önemli bölümüdür.

Bu hataya düşenlerden birisi de Jack Donnellydir. O, İslam'da insan hakları bulunduğunu iddia etmenin temelsiz olduğunu söyler. Zira İslam'da var olduğu söylenen ve listelenilen haklara baktığımız zaman, bunların kişilerin sahip olduğu haklar olmadığını, bilakis bunların idarecilerin ya da bireylerin diğerlerine karşı Allah'ın yerine getirilmesini istediği sorumluluklar olduğunu iddia eder. Ona göre hak bizzat insanın insan olduğu için hak ettikleridir. Donnelly hak kavramını şöyle bir örnekle açıklar: Mesela der, ben ahlakî olarak ihtiyaç sahibi birisine yardım etmek zorunda olduğum halde, o muhtaç kişinin sadece ihtiyaç içinde olmasından dolayı benim paramda hakkı bulunmamaktadır. Yine ona göre, Müslümanlar tarafından insan hakları bağlamında sunulan korunma hakkı ile ilgili Kur'an ayetleri, hayatın dokunulmazlığını ve öldürme yasağını içeren metinlerdir. Dolayısıyla İslam'da korunma hakkı yoktur; ancak başkaları için öldürmeme sorumluluğu vardır.<sup>62</sup>

Bu iddia uluslar arası hukukta genel kabul görmüş hak (burada kast edilen devredilemez temel hak kavramıdır) tanımına ve bu tanımın içeriğine uygun düşmemektedir. Zira Birleşmiş Milletler, insan haklarını insanları ve insan gruplarını, temel özgürlük ve insan onuruna müdahale içeren davranışlara karşı koruyan evrensel hukuki teminatlar olarak görür; bu hakların özellikleri hukuk tarafından korunma, devlet ve devlet kurumlarının sorumluluğunda olma ve geri alınamayı da içerir.<sup>63</sup> Dolayısıyla hak kavramına, hakkın alacaklısı ve hakkın borçlusu olmak üzere iki tarafın izafesi zorunludur. Öyle olunca, insan haklarını korumak, bu hakların kullanılabilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmak ve bir kanuna istinaden sınırlandırma ya da başkalarının haklarına tecavüz boyutuna gelmesini önlemek görevlerini üstlenecek bir sorumluyu da gerekli kılar. Dolayısıyla Kur'an-ı Kerim'de ve Peygamberimizin sözlerinde insan hakları ile ilgili ifadelerin daha ziyade görev niteliği taşıması günümüz insan hakları algısının gelişmesine katkı sağlama bakımından bir eksiklik değildir.

61 Peters, 5-6.

62 Donnelly (2), s. 306.

63 Bkz. [http://www.un.org/en/documents/udhr/hr\\_law.shtml](http://www.un.org/en/documents/udhr/hr_law.shtml) ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin, Giriş bölümü.

Donnelly'nin yukarıdaki eleştirisine Afgan asıllı olup Malezya'da çalışmalarını sürdüren Mohammad Hashim Kamali şu şekilde cevap verir: Haklar ve sorumluluklar bütün büyük hukuk geleneklerinde insanın sahip olduğu onurun dışı yansımasıdır. Bu, İslam hukuku için de geçerlidir. Fakat İslam hukukunda adalet mefhumuna yapılan vurgu hak ve sorumluluklara yapılan vurgudan daha fazladır. Başka hukuk sistemlerinde ise adalet mefhumu bu ikisine yapılan vurgunun gölgesinde kalmaktadır. Batının liberal geleneği ve bireyselci yaklaşımı hak kavramına daha vurgulu bir söyleme yol açıyor. Hâlbuki İslam, maneviyata ve ahlaka vurgu yapar ve insanın aklını kullanarak ilahi mesajın adaleti tesisteki rolünü kavramasını ister. Dolayısıyla vurgu kişinin kendi hakkından daha ziyade başkalarının hakkına saygı göstermesi ve bu hakları verme hususundaki sorumluluk ve görevi üzerinedir. Bu sebeple denilebilir ki, İslam hukuku haklardan ziyade görevler üzerine kuruludur. Yine denilebilir ki, İslam'ın insan onuru anlayışı, 1948 İHEB'inde sıralanan hak-esaslı insan hakları yaklaşımına göre, modern insan hakları doktrinine daha objektif bir temel temin etmektedir.<sup>64</sup>

Diğer yandan onurunun korunmasını isteyen bireylerin başkalarının onurunu koruma gibi bir yükümlülüğü vardır. Zira değerli, onurlu ve şerefli olmak, insanın ahlaki duyarlılığa sahip hür ve akıllı bir varlık olarak sorumluluklarını yerine getirmesiyle ortaya çıkan ayrıcalıklardır. Tanrıya karşı sorumluluklarını yerine getirenler Tanrı katında değer, onur ve saygınlık kazanırlar. İnsanlara karşı sorumluluklarını yerine getirenler de insanların gözünde değer, şeref ve saygınlık kazanırlar. İnanan için insana karşı sorumlu davranmak Tanrıya karşı sorumluluğun gereğidir.<sup>65</sup>

Müslüman'da var olması gereken bu sorumluluk ve görev bilinci İslam'ın insanı interaktif, sosyal ve ahlaki bir öge olarak görmesinden de kaynaklanır. İnsanın, varlığının tam anlamını kavrayabilmesi için sosyal ve tabiat ortamıyla aktif ilişki içinde olması zorunludur. İyilik ya da Kur'an'ın ifadesiyle "birr ve takva" bireysel kazançtan ziyade sosyal kazançtır.<sup>66</sup> Pratik olarak bütün ahlaki öğeler sosyal vurgulara sahiptir. Âlicenaplık, mertlik, hakkaniyet ve sadakat gibi değerler, bunlara sahip birileri olmasaydı, anlamsızlaşırdı.

İnsanın ahlaki gelişimi kendisine saygıyla başlar ve diğerlerine araç olarak değil amaç olarak muamelede bulunma safhalarına ulaşır. İnsan kendisini gördüğü gibi, başkalarını gören açık bir varlıktır. Ortak kaderi paylaştığı bir topluma ait olduğunu hisseder. Dolayısıyla sadece kendisinin iyi olması yeterli değildir; başkalarının da iyi olması için çalışmalıdır. O sadece tabiat ve sosyal ortamı anlayan bir varlık değil aynı zamanda onu değiştirebilen bir varlıktır da.<sup>67</sup>

64 Kamali (1), s. 3.

65 Güler, 152.

66 Bakara 2/177.

67 Casiye 45/12,13,15.



İslam hukukuna yönelik eleştirilerde makyas olarak genellikle İHEB kullanılır. İddia edilen odur ki İHEB batı toplumunun siyasi kültüründe kök salmış ve batı liberalizmi içinde gelişen felsefi yaklaşımlarla beslenmiştir. Hal böyle olunca da onun özellikle Batı'dan farklı tarihi tecrübeler ve dünya görüşüne sahip topluluklara uygulanması, ilkelerinin evrenselliğine delalet eder. Ancak bu ilkelerin evrenselliği sorundur. Zira insan haklarının evrensel ilkeler olduğu iddiasını dayandırdıkları argümanlar genel kabule mazhar olmaktan uzaktır. Mesela bazıları farklı coğrafi ve kültürel geçmişe sahip halkların, eşit derecede sahip olunabilecek hak ve özgürlükleri paylaştığı gerçeğine vurgu yaparlar. Bazıları da İHEB'nin BM'yi oluşturan değişik milletlerden temsilciler tarafından yapılandırıldığını ve dolayısıyla da bütün bu millet ve kültürlerin desteğine sahip olduğuna işaret ederler. Ve yine diğer bir kısmı insan haklarının bireyleri modern ulus devletinin saldırısından korumak için modern çağda geliştirildiğini, ulus devlet anlayışının bütün toplum ve kültürlerin temel siyasi yapısı olması sebebiyle de, bireysel özgürlüğü korumak için insan haklarını kabul etme ihtiyacının kendiliğinden evrenselleştğini ifade ederler.<sup>68</sup>

Ancak insan haklarının evrenselliği ile ilgili bu savlar problemlidir. Zira kültürel farklılıkların değerler ve algılar üzerine inşa edildiği gerçeği ya tamamıyla göz ardı edilmekte ya da BM aracılığıyla yapılan antlaşmaların siyasi elitin üzerinde uzlaştıklarından çok daha fazla içeriğe sahip olduğunu görmezden gelmektedirler. Dahası halkı adına konuşan pek çok üst düzey gelişmekte olan ülke yöneticisi siyasi meşruiyete ve toplum desteğine sahip bile değildir. Ve toplumunun kavgalı olduğu etraf kültürlerin ideolojik görüşünü savunmak durumundadırlar. Böyle olunca gerçek demokrasinin bulunmadığı bir ülkenin resmi politikalarının, bu ülke halkının tercih ve görüşlerini yansıttığını kim söyleyebilir?<sup>69</sup>

Şayet Batının insan hakları doktrini evrensel bir iddia için sağlam temellere dayanmıyorsa, daha sağlam bir kriter aranmalı değil midir? Burada İslam'ın değerleri ve inanç sistemi içinde kökleri bulunan, din, cinsiyet, ırk ve milliyet ayrımı yapmaksızın bütün vatandaşların haklarını koruma altına alan ve menfaatlerini savunan kriterleri hatıra gelmektedir.<sup>70</sup>

Çünkü Kur'an ayetleri açık ve gelişmiş insan onuru kavramını somutlaştırdığı için, İslam hukuku kurallarını, özellikle kamu hukuku alanını Kuran'ın insan onuru fikri üzerine inşa etmek, cinsiyet din ya da etnik ayırım yapmaksızın medeni ve siyasi özgürlüklerin korunmasını sağlayacaktır. Dahası insan onuru fikrinden hareketle işe başlamak pek çok bilginin Batı ile özdeşleştirdiği bireysel özgürlükle sınırlı olmayan bir özgürlük geleneğini de geliştirme potansiyeline sahiptir. Bireysel özgürlükle sınırlı olmayandan kasıt, Batının homojen yapısı ile alakalıdır. İslam ise toplumu homojen görmez. Dolayısıyla İslam toplumlarında kişilerin özgürlüğünün yanında etnik ve dini gurupların özgürlüğü de önemsenir.<sup>71</sup>

68 Safi, "Human Rights and Islamic Legal Reform".

69 A.g.e.

70 A.g.e.

71 A.g.e.

## SONUÇ

Çok değerli kılınmış bir şeyin özelliği olarak karşımıza çıkan onur teriminin, insanın kişilik değerini ve bağımsızlığını içeren bir kavram olmasına rağmen, ne uluslar arası hukuk metinlerinde ne de milli kanunlarda açık bir tanımı yapılmamaktadır. Onur belirli hukuki ve kültürel gelenekler bağlamında göreceli değerleri kuşatan birleşik bir muhtevadır. İnsan onuru terimi, hukuk alanında yeni olsa bile, bir ideal olarak kökenini eski uygarlıklarda bulmaktadır. Ancak hem eski Yunan'da, hem Roma'da, hem de Ortaçağ'da, insanların statülerine bağlı bir kavram olmaktan kurtarılamamıştır. Batı geleneğinde onur mefhumu Kant tarafından detaylandırılmıştır. Kant insanın ahlaki bir öge olduğunu ve onun hiçbir zaman araç olarak değil daima amaç olarak muamele görmesi gerektiğini belirtir.

İslam'ın onur anlayışına gelince, “kazanılmış onur” ve “fitri onur” olarak isimlendirilebilecek ikili bir yaklaşımdan bahsedilebilir. Kazanılan onurun derecesi bireyden bireye değişir ve bu onur, kişiyi Allah'a yaklaştırır ve onun nezdinde değerli kılar. Öte yandan fitri onur ise renk, ırk, dil ve milliyet gibi niteliklerle artmaz ya da eksilmez. Bu onur devredilemez; iman ve salih amelin konusu da yapılamaz.

Onurun, insanın fitratında bulunan bir özellik olarak hukuk metinlerinde kullanılması 20. Yüzyılın ilk birkaç on yılında başlar. Terim hem 1961 hem de 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında basın özgürlüğü ve sosyal haklar bağlamında kullanılmıştır.

İnsan onurunu tarihsel perspektif içerisinde incelemeye tabi tuttuğumuz zaman terimden anlaşılanın bugünkünden farklı olduğu görülür. Dolayısıyla, uluslararası hukukta insan onuru fikrinin gelişmesine İslam'ın etkisi incelenirken, bugün bu terimin altına yerleştirilen değerler, haklar ve sorumlulukların aynı dönemlerde farklı coğrafyalarda ne şekilde algılanıp uygulandığını ele almak daha net sonuçlar verebilecektir.

Diğer yandan İslam'ın insan onuru bağlamında Batının düşünce dünyasına bugün ya da gelecekte etkide ve katkıda bulunabilme imkânı ve potansiyelinin var olup olmadığını tespit de her şeyden önce bir özgüven meselesidir. Ne var ki bu potansiyelin varlığına dair bilgi ve inanç eksikliği ve önyargı bariyerleri böyle bir etki ve katkıyı teklif ya da tespiti zorlaştırmaktadır.

Bugün insan onuru terimi üzerine inşa edilen ya da bu terim ile ilişkilendirilen hukuki içerikleri ve kurumları ele alarak geçmişle ilgili bir değerlendirme yaptığımızda İslam'ın Batı'ya tesirinin aşıkâr olduğunu görürüz. Zira haçlı seferlerine kadar “insan onuru” başlığı altına bugün konulan hiç bir haktan ya da hukuki muameleden Hıristiyan Batı'da söz etmek mümkün değildi. Buna mukabil İslam devletleri muazzam bir hukuk sistemiyle idare ediliyor ve diğer din ve milletlerle ilişkilerini sistematik hale getirilmiş kurallar ile yürütüyorlardı. Müslümanların

yargı usulü, savaş hukuku ve milletlerarası ilişkilerde, insana din ve ırkına bakmaksızın insan olduğu için verdiği değer, İber yarımadası ve Sicilya üzerinden sulhane ilişkilerle olduğu kadar, bilhassa Haçlı Seferleri sonrası hasmane ilişkilerle de bütün bir Hıristiyan dünyasını etkilemiştir. Bu etki, tarafsız batılı araştırmacıları günümüz uluslararası hukukunun evrensel normlarındaki İslam'ın izlerini ikrara mecbur etmektedir.

Öte yandan Batının insan hakları doktrini evrensel bir iddia için sağlam temellere sahip bulunmamaktadır. Bu noktada İslam'ın, din, cinsiyet, ırk ve milliyet ayırımı yapmaksızın bütün vatandaşların haklarını koruma altına alan ve menfaatlerini savunan yaklaşımı, bir müracaat kaynağı olarak hatıra gelmektedir.

### KAYNAKÇA

- Aslan, Nasi, *İslam Yargılama Hukukunda "Şuhudu'l-Hal" Jüri*, Beyan Yay. İstanbul 1999.
- Aydın, Mehmet, "Ethics and the Dignity of Man" *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, İzmir 1983, ss. 45-50;
- Boisard, Marcel A, "Batının Kamu ve Uluslararası Hukukuna İslâm'ın Muhtemel Tesiri Üzerine" terc. Şemsettin Ulusal, *Marife*, Yıl: 4, sy. 2, Konya 2004, ss. 245-266.
- Bulut, Nihat, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış", *EÜHFD*, c. XII, sy. 3-4 (2008), ss. 1-12.
- Cockayne, James, "Islam and International Humanitarian Law: From a clash to a conversation between civilization", *IRRC*, September 2002, Vol. 84.
- Donnelly, Jack (1), *Human Dignity and Human Rights*, Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the UDHR Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights Research Projekt on Human Dignity, USA, JUNE 2009.
- Donnelly, Jack (2), "Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights", *The American Political Science Review*, Vol.76, No. 2, (Haziran 1982).
- Düzgün, Şaban Ali, "İnsan Onuru ve Toplumsal Yaşam İçin Etik", *Kelam Araştırmaları Dergisi*, V/1 (2007), ss.1-12.
- el-Âlûsi Şihâbuddîn es-Seyyid Mahmud, *Rûhu'l-Me'âni fî Tefsîri'l-Kur'âni'l-'Azîm ve's-Seb'i'l-Mesânî*, Dâru'l-Hadîs, Kahire 2005.
- el-Fehd, Nasır b. Hamed, *et-Tenkîl bima fî (Beyani'l-Museggafîn) mine'l-Ebâtîl*, <http://tawhed.ws/c?i=100> (erşm. trh. 14.03.2013).
- el-Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Ensârî, *el-Câmi' li Ahkâmî'l-Kur'ân*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1408/1988.
- Ersoy, Mehmet Akif, *Hazreti Ali Diyor ki*, Diyanet İşleri Reisliği, Ankara 1959.

- es-Serahsi, Muhammed b. Ahmed, *Usulu's-Serahsi*, Eda Neşriyat, İstanbul 1990.
- eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muammer, *Fethu'l-Kadîr*, Dâru'l-Vefa, Beyrut, 1418/1997.
- et-Turki, Abdullah b. Abdi'l-Muhsin, *Hukuku'l-İnsan fi'l-İslam*, [http://d1.islamhouse.com/data/ar/ih\\_books/single/ar\\_hokak\\_alnsan\\_in\\_islam.pdf](http://d1.islamhouse.com/data/ar/ih_books/single/ar_hokak_alnsan_in_islam.pdf). (erşm. trh. 25.03.2013).
- Güler, İlhami, “*Universal Declaration of Human Responsibilities*”, *Islamic University of Europa Journal of Islamic Research (İslam Araştırmaları)*, c. 2, sy. 2, Aralık 2009.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer, *Reddu'l-Muhtâr 'alêd-Dürî'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr* (I-XII/ XI-XII Tekmile), thk-tlk., Ahmed Abdulmevcüd ve Ali Muhammed Muavvîd, Dâru'l-Kutubi'l-İmiyye, Beyrut 1415/1994.
- Kamali, Mohammad Hashim (1), “*Human Dignity in Islam*”, *International Institute of Advanced Islamic Studies (IAIS) Malaysia*, s. 1, <http://www.iais.org.my/e/publications/articles.html>, (erşm. trh. 02.02.2013).
- Kamali, Mohammad Hashim (2), *The Dignity of Man: an Islamic Perspective*, Cambridge: Islamic Texts Society, 2002.
- Kayaoğlu, İsmet, “İslam'da Adalet Mefhumu”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* c. 27 sy. 1, 1986.
- Kucuradi, Ionna, “*İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları*”, *Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları*, ed. Ulrike Dufner, 1. Bsk., Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, İstanbul 2008, ss. 77-81.
- Kutub, Seyyid, *İslam'da Sosyal Adalet*, trcm. Yaşar Tunagür ve M. Adnan Mansur, İstanbul 1962.
- Makdisi, John A., “*The Islamic Origins of the Common Law*”, 77 N.C. L. Rev. <http://www.myrevival.com.au/image/data/Makdisi-islamic%20origin%20of%20Common%20Law.pdf> (eşm. trh. 01.04.2013).
- McCrudden, Christopher, “*Human Dignity and the Judicial Interpretation of Human Rights*”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19 no. 4 © EJIL 2008, ss. 655-724.
- M. M.Sharif (ed.) *A History of Muslim Philosophy*, Otto Harrassowitz, Wiesbaden 1966.
- Morris, Bertram, “*The Dignity of Man*”, *Ethics*, Vol. 57, No. 1 (October 1946), ss. 57-64.
- Mozaffari, Mohammad Hossein, “*The concept of Human Dignity in the Islamic Thought*”, *Hekmat Quarterly Journal*, Canadian House of Wisdom, No. 4, ss. 11-27.
- Nayef R. F. Al-Rodham, “*Introduction: A Thousand Years of Amnesia*”, *The Role of the Arab Islamic World in the Rise of the West: Implications for Contemporary Trans-Cultural Relations*, ed. Nayef R.F. Al- Rodhan, New York 2012, ss. 1-25.
- Peters, Ruud, “*Islamic Law and Human Rights: a contribution to an ongoing debate*”, *Islam and Christian- Muslim Relations*, Vol. X, No. 1, 1999.

- Safi, Louay M. “*Human Rights and Islamic Legal Reform*”, *louaysafi.com* (erşm. trh. 12.03.2013).
- Schachter, Oscar, “*Human Dignity as a Normative Concept*”, *The American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 4 (October 1983), (ss. 848-854).
- Songur, Haluk, “*Human Rights and Islam: An Attempt to Compare the Farewell Adress of the Prophet and the Magna Carta*”, *SDÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2007/2, sy. 19, ss. 1-16.
- Şentürk, Recep, “*İsmet*”, *DİA*, XXIII/136-139, İstanbul 2001.
- The Catechism of the Catholic Church, Part I, Section 1, Article 1, Paragraph 6, [http://www.vatican.va/archive/ENG0015/\\_\\_\\_P1B.HTM](http://www.vatican.va/archive/ENG0015/___P1B.HTM) (erşm. trh. 20.03.2013).
- Troll, Christian SJ, “*Welchen Stellenwert haben Menschenwürde und Religionsfreiheit im Islam?*”, [www.sankt-georgen.de/leseraum/troll18.pdf](http://www.sankt-georgen.de/leseraum/troll18.pdf) . (erşm. trh. 20.03.2013)
- Watanabe, Lisa, “*The Possible Contribution of Islamic Legal Institutions to the Emergence of a Rule of Law and Modern State in Europe*”, *The Role of the Arab Islamic World in the Rise of the West: Implications for Contemporary Trans-Cultural Relations*, ed. Nayef R.F. Al- Rodhan, New York 2012, ss. 61-84.
- Weeramantry, C.G., *Justice Without Frontiers: Furthering Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague 1997.



# İSLAM HUKUKUNDA ÇEVRENİN SAVAŞ SIRASINDA KORUNMASI

Yrd. Doç. Dr. Veysel NARGÜL\*

**Özet:** İnsan merkezli gündeme gelen çevre sorunu, insanlık tarihi kadar eski bir olgudur. Erken dönemlerde çevreye verilen zarar, canlı hayatını ve ekosistemi olumsuz etkileyecek düzeyde olmadığından yaygın bir problem olarak görülmemiştir. Modern dönemde özellikle sanayi devrimi sonrası, canlılara ve ekosisteme küresel ölçekte verdiği zararın fark edildiği çevre sorununa, ulusal ve uluslararası düzeyde bir kısım çözüm önerileri geliştirilmiştir. Sorunun yoğun yaşandığı ülkeler ulusal ölçekte bir kısım çalışmalar yapmakla birlikte, uluslararası düzeyde çevrenin korunması sorunu genel anlamda ilk kez 1972 Stokholm Bildirisi'nde gündeme alınmıştır. Meşru bir gerekçe olmaksızın bir devlete veya topluluğa savaş açılması, Kur'an'da onaylamaz. Hz. Peygamber'in meşru bir neden olmaksızın bir topluluğa savaş açtığı da vaki değildir. İslam hukukunda meşru şartları oluşmuş bir savaşın içine girilmesi halinde, savaşta gösterilebilecek maksimum hukukilik ve ahlakilik öngörülmektedir. Bu bakış açısı, savaşta çevrenin korunması hususunda da görülmektedir. İslam hukukçularının görüşleri incelendiğinde ev, ağaç, yeşil alan ve meyve gibi çevre değerlerinin gereksiz tahribinin temel ilke olarak yasak olduğu görülmektedir. Bu ilkeden hareketle İslam hukukçularının, ağaçların sökülmesi ve binaların yıkılması gibi çevre unsurlarının tahribi konusundaki meşruiyet eksenli hükümleri, başka bir alternatifin olmadığı durumlarda sadece askeri gereklilik/zaruret şartıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre savaşta çevreye verilecek zarar, çevre ve unsurlarının dışınca amaçlarla kalkan oluşturulması halinde gündeme gelmektedir. Bu şartın meşruiyeti, haddi aşmaksızın tahribin gerçekleştirilmesi ile ayrıca sınırlandırılmaktadır.

*Anahtar Kelimeler:* İslam Hukuku, Hukuk, Savaş, Çevre, Çevre Koruma.

## Protection of the Environment During the Wartime in the Islamic Law

**Abstract:** Human-centered environment issue is a phenomenon in the agenda as old as human history. In the earlier periods, it was not regarded as a common problem because environmental damage was not at a level that will negatively affect the ecosystem and living beings. In the modern period, especially after the industrial revolution, some solutions have been developed in national and international level after taking into consideration the damage of the environmental problems to animals and ecosystem on a globe scale. Even though countries that were experiencing the problem on a national scale made some work on the issue, at the international level the problem has been brought to the agenda for the first time at the Stockholm Declaration (1972) in order to protect the environment. The Qur'an does not approve any illegitimate war against a state or a community. It is not recorded any war against a community by Prophet Muhammad without a legitimate reason. Islamic law proposes maximum legality and morality during a legitimate war. It is also seen that this Islamic perspective is grasped in terms of protecting the environment. When analyzing the opinion of jurists of the Islamic Law, it is seen that unnecessary destruction of the environmental values such as houses, trees and green spaces is prohibited, as a basic principle. Starting from this principle, the views of Islamic jurists about the provisions regarding damaging environmental factors such as trees, building, and green areas are limited on if there is military necessity. Thus, damage to the environment during the war is valid only for purposes of creating shield. The legitimacy of this requirement is also limited to not destroy unnecessarily.

*Keywords:* Islamic Law, Law, War, Environment, Environmental Protection.

## GİRİŞ

İnsan merkezli gündeme gelen çevre sorunu, insanlık tarihi kadar eski bir olgudur. Erken dönemlerde çevreye verilen zarar, canlı hayatını ve ekosistemi olumsuz etkileyecek düzeyde olmadığından yaygın bir problem olarak görülmemiştir. Modern dönemde özellikle sanayi devrimi sonrası, canlılara ve ekosisteme küresel ölçekte verdiği zararın fark edildiği çevre sorununa, ulusal ve uluslararası düzeyde bir kısım çözüm önerileri geliştirilmiştir. Sorunun yoğun yaşandığı ülkeler ulusal ölçekte bir kısım çalışmalar yapmakla birlikte, uluslararası düzeyde çevrenin korunması sorunu genel anlamda ilk kez 1972 Stockholm Bildirisi'nde gündeme alınmıştır<sup>1</sup>. O tarihten günümüze çevre koruma konusundaki gelişmeler ağırlıklı olarak çevrenin barış zamanında korunmasına yönelik bir gelişme kaydetmiştir. Hâlbuki barış zamanında zararlı faaliyet ve ihmallerden olumsuz etkilenen çevrenin, savaşta uğradığı tahribat daha büyük olabilmektedir<sup>2</sup>.

Doğal çevreyi tehdit eden silahlı çatışmalar, doğrudan veya dolaylı olarak, doğal hayatı tahrip edici sonuçlara neden olmuştur. Teknolojik gelişmeye bağlı olarak silah sanayiinde ortaya çıkan modern savaş teknikleri, silahlı çatışmaların neden olacağı muhtemel çevre tahribatını daha endişe verici boyutlara taşımaktadır. Silahlı çatışmaların doğal çevrenin sürdürülebilirliğine yönelttiği bu tehdit, uluslararası hukukun rolünü gündeme getirmiştir<sup>3</sup>.

Son onlu yıllarda başta Orta Doğu olmak üzere dünya coğrafyasının farklı kesimlerinde yaşanan savaş ve şiddet hareketleri, canlılarla birlikte birçok çevre değerinin bütünüyle ya da kısmen yok olmasına sebep olmuş ve çevrenin savaş sırasında korunması konusuna güncellik kazandırmıştır<sup>4</sup>. Böylesine aktüel bir konunun İslam hukuku perspektifiyle incelenmesinin uygun olacağı düşüncesi, makalenin telifinde etkin rol oynamıştır. Bu çalışmada, çevrenin savaş sırasında korunmasına dair İslam fıkıh müellefatında dağınık durumdaki bilgiler, konu

- 1 16 Haziran 1972 yılında dünya uluslarının Stockholm'da yaptıkları çevre konulu toplantının sonuç bildirisidir. Stockholm Bildirisi, dünya ülkelerinin, çevrenin korunması konusunda ortak hareket etme kararı aldıkları en önemli belgelerdendir. Sonuç bildirisinde; doğal çevrenin ve insanlığın kültürel mirası sayılan eserlerin korunmasının, daha iyi koşullar altında yaşamının ve insan haklarının bir gereği olduğu belirtilmiştir. Sürdürülebilir kalkınma ve gelecek kuşaklara daha iyi yaşam koşulları sağlanması için çevrenin korunmasının gerekliliği üzerinde durulmuştur. Artan çevre tahribatını önleme konusunda ülkeler birlikte hareket etme kararı almıştır. Deniz kirliliğinin önlenmesi, soyu tükenen hayvanların koruma altına alınması, kültürel miras olarak kabul edilen tarihi yapıların restorasyonu ve bakımı gibi geniş bir yelpazede yürütülecek olan eylem planı hazırlanmıştır. Çevre korumanın bir insanlık ödevi olduğu belirtilerek ülkelerin çevre korumaya yönelik yasalar hazırlaması ve uluslararası kanunların yürürlüğe girmesi amaçlanmıştır (Pallemarts, Marc, "Stockholm'den Rio'ya Uluslararası Çevre Hukuku: Geleceğe Doğru Geri Adım mı?", çev. Bülent Duru, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/480/5594.pdf>. (Erişim: 11.03.2014), s. 614; Kılıç, Selim, *Uluslararası Çevre Hukukunun Gelişimi Üzerine Bir İnceleme*, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, s. 136-138; (bkz. <http://www.ansiklopedim.info/?p=4694>. Erişim: 17.04.2013).
- 2 Pazarıcı, Hüseyin, "Uluslararası Hukuka Göre Çevrenin Savaş Sırasında Korunması", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Gündüz Ökçün'e Armağan, Ocak-Haziran, 1992, Sa. 1-2, s. 103.
- 3 Topal, Ahmet Hamdi, "Silahlı Çatışmalarda Doğal Çevrenin Korunması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, MHB yıl 29, sayı 1-2, 2009, s. 214-215.
- 4 Ağustos 1990-Şubat 1991 Körfez Savaşı'nda Irak'ın Kuveyt'in petrol kuyularını ateşe vermesi ve bir miktar petrolü denize dökmesi, ABD'nin Irak'ı işgalinde Bağdat başta olmak üzere şehir ve tarihi eserlerin tahrip edilmesi, şimdilerde Suriye'de yaşanan şiddet hareketleri çevrenin bütün değerleriyle tehdit altında olduğunu göstermektedir.



bütünlüğü içinde tasnif edilerek, pozitif hukuk verilerinden de alıntılar yapılarak incelenecek ve günümüz problemlerine vereceği katkı açısından değerlendirilecektir. Konunun günümüzdeki önemini vurgulamak bakımından savaşın çevre üzerindeki etkilerine özetle temas edilecek, sonrasında İslam hukukunda çevrenin savaş sırasında korunması konusu incelenecektir.

## I. SAVAŞIN ÇEVRE ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Çevreye telafi edilemez zararlar veren savaş kaynaklı çevre tahribatı, temelde doğal hayat alanlarının yok edilmesi, kaynakların ölçsüzce tüketilmesi; toprak, hava ve su gibi elementlerin, ormanların ve denizlerin kirlenmesi şeklinde kendini göstermektedir<sup>5</sup>.

Savaşların doğal çevre üzerinde neden olduğu zararlar, çatışma öncesi, çatışma sırası ve çatışma sonrası olmak üzere üç aşamada gerçekleşmektedir. Çatışma öncesi dönemde özellikle kimyasal, biyolojik ve nükleer silahların üretimi, test edilmesi ve depolanması sırasında oluşan radyoaktif kirlilik doğal çevreyi tehdit etmektedir<sup>6</sup>. Çevreye yönelik asıl tahribat, çatışma sırasında ve sonrasında oluşmaktadır. Günümüzde savaş veya silahlı çatışmaların çevre üzerindeki etkileri, farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır<sup>7</sup>.

### 1. Çevrenin Doğrudan Bir Savaş Aracı Olarak Kullanılması

Teknolojinin ilerlediği günümüzde, çevre düşmanca amaçlarla bir savaş aracı olarak kullanılabilir. Savaşlarda kazanmaya yönelik askeri strateji olarak doğrudan hedef alınarak tahrip edilebilmekte, düşmanın askeri ve iktisadi yönden savaşılabilmek için yeterliliğini ortadan kaldırmaya yönelik bir savaş aracı olabilmektedir. Bu amaca hizmet etmesi bakımından tarım arazileri, su kanalları ve doğal yaşam alanları yok edilebilmektedir<sup>8</sup>.

Ormanları ve bitki örtüsünü ortadan kaldırarak düşmanın gizlenmesine engel olmak, ekili arazileri ateşe vererek yakmak ve yangın oluşturmak, barajları ve su kanallarını açarak veya tahrip ederek su baskını ve sellere neden olmak, su kaynaklarını zehirlemek gibi çevreyi olumsuz yönde etkileyen alternatif yöntemlerden de söz edilmektedir<sup>9</sup>.

5 Altıntaş, Hakan, "Savaşların Çevresel Boyutu ve Ekosistem Üzerindeki Geri Dönüşü Olmayan Etkileri", Manas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 8, 2003, s. 143.

6 Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Second Edition, Cambridge University Press, 2003, s. 308.

7 Pazarcı, *Çevrenin Savaş Sırasında Korunması*, s. 104.

8 Bilinen ilk örnek milattan önce 149-146 tarihlerinde III. Pön Savaşı'nda yaşanmıştır. Romalılar, Kartacılara ait toprakları tuzlayarak zirai açıdan çoraklaştırmayı ve verimsizleştirmeyi amaçlamıştır (Tara Weinstein, "Prosecuting Attacks That Destroy the Environment: Environmental Crimes or Humanitarian Atrocities?", Georgetown International Environmental Law Review, Sayı 17, 2005, s. 700).

9 M. Bothe, "War and Environment", in R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam-New York-Oxford, Vol. 4, 1982, s. 291. Körfez Savaşı sırasında Irak'ın kasıtlı olarak petrolü kara ve denize boşaltması, petrol kuyularını yakması, karşı tarafı değerli bir üründen yoksun bırakma amacı taşıdığı yorumlarına neden

Savaşta oluşan çevre zararı, zamanla yöntem ve etki gücü açısından farklılaşmıştır. Günümüzde giderek gelişen teknolojinin de etkisiyle askeri hedefler doğrultusunda doğal çevrenin dengesine müdahale edilebilmektedir. Bu sayede çevreyi değişime uğratan tekniklerle düşmanın hareketinin engellenebilmesi veya düşmana zarar verilebilmesi mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda atmosfer koşullarının değiştirilmesi suretiyle sis, yoğun yağmur, yıldırım, fırtına gibi doğal afet oluşturulması, denizlerde ve okyanuslarda kuvvetli dalgalar meydana getirilmesi, med-cezir hareketlerinin etkilenmesi, yapay yollarla deprem oluşturulması, iklim koşullarının değiştirilerek aşırı sıcak veya soğuk iklimler oluşturulması, kuraklık meydana getirilmesi gibi doğrudan doğayı etkileyen tekniklerin uygulanması olasıdır<sup>10</sup>. Denize petrol boşaltma ve yangın çıkarma yoluyla savaş gemilerinin ilerlemesine engel olma veya onları yakma ihtimali de bu tekniklere eklenebilir<sup>11</sup>. Zaman ve mekan şartlarına paralel olarak, teknolojik gelişme ve şartların başkalaşması dikkate alınarak bu tekniklere yenilerinin ilave edilebileceği unutulmamalı ve çevrenin düşmanca amaçlarla kullanılması anılan yöntemlerle sınırlandırılmamalıdır.

## 2. Çevrenin Silahlı Çatışmalarda Maruz Kaldığı Dolaylı Zararlar

Savaşların çevreye verdiği tehdit ve zarar, savaşta kullanılan silahların veya başvurulan yöntemlerin ya da çatışma kaynaklı toplu göç hareketlerinin neden olduğu dolaylı zararlardır. Çatışma kaynaklı güvenli bölgelere yönelik toplu göç hareketleri, göç güzergâhında bulunan doğal çevrenin zarar görmesi ihtimalini gündeme getirmektedir. Savaşlardan geriye kalan patlamamış mühimmat, tahrip edilmiş savaş gemileri, uçaklar, deniz altılar ve diğer askeri araçlar da ayrı bir kirlilik kaynağıdır. Teknolojik yönden hızlı gelişen silah sanayii, doğal çevre üzerinde daha şiddetli ve uzun süreli zararlara neden olabilecek bir tehlike arz etmektedir. Çevreye zarar vermesi amaçlanmasa bile pek çok silah, yapısı veya kullanıldığında meydana getirdiği etki itibarıyla canlıların hayat alanlarında fiziki tahribata, canlı

olmuştur. Anılan yöntemle yoğun bir duman bulutu meydana getirerek bombalama sonunda düşmana engel çıkarmanın hedeflendiği de dillendirilmiştir (Pazarıcı, *Çevrenin Savaş Sırasında Korunması*, s. 104). Yine 1861-1865 Amerikan İç Savaşı'nda Kuzey Ordusu, uyguladığı topyekûn savaş politikası çerçevesinde kaynaklarını kesmek amacıyla Güneylilere ait tarım arazilerini yakarak yok etme yoluna gitmiştir. 1937-1945 Çin-Japon Savaşı'nda, Çinliler Sarı Nehir üzerinde kurulu Huayuanchow Barajını yıkarak Japonların ilerleyişine engel olmak istemiştir. Barajın yıkılmasıyla birlikte oluşan sel, binlerce kişinin ölümüne ve yerleşim alanları ile binlerce dönüm tarım arazisinin su altında kalmasına neden olmuştur (Neil A. F. Popovic, "Humanitarian Law, Protection of the Environment and Human Rights", Georgetown International Environmental Law Review, 1995, Sayı 8, s. 69).

10 M. Bothe, "War and Environment", s. 291. 1965-1973 Vietnam Savaşı, savaş yöntem ve araçlarının şekillendirilmesinde çevrenin belirleyici rol oynadığı önemli bir örnektir. Amerikan Ordusu savaş süresince Vietkongluların ormanlarda saklanmasına engel olabilmek için "herbisit" adıyla bilinen yaprak dökücü etkiye sahip binlerce ton kimyasal maddeyi uçaklardan ormanlara püskürtmüştür. Zehirleyici özelliğe sahip bu sıvılar, bölgedeki ekosistem üzerinde uzun dönemli etkiler doğurmuş, milyonlarca dönümlük ormanlık alan dahil temas ettiği tüm bitki örtüsünün yok olmasına ve yaygın erozyonlara neden olmuştur. Ormanların yok olmasıyla birlikte orman ekosisteminde yer alan bitki örtüsü ve hayvan varlığı da yok olmuştur (Mark D. Sameit, "Killing and Cleaning in Combat: A Proposal to Extend the Foreign Claims Act to Compensate for Long-Term Environmental Damage", William and Mary Environmental Law and Policy Review, Sayı 32, 2008, s. 551; <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1062&context=wmelpr>). (Erişim: 04.12.2013).

11 Pazarıcı, *Çevrenin Savaş Sırasında Korunması*, s. 104.

türlerinin yok olmasına ve çevre üzerinde potansiyel tehlikelerin süreklilik kazanmasına yol açabilmektedir. Kitle imha ve konvansiyonel silahların uzun süreli ve yoğun şekilde kullanılması, doğal dengenin bozulmasına ve çevrenin olumsuz etkilenmesine neden olabilmektedir<sup>12</sup>.

İçinde farklı zararlı/yanııcı madde içeren bu tür silahların kullanılması ile oluşan aşırı sıcaklık, toprağın kavruklarıyla çoraklaşmasına neden olmaktadır. Toprağın en üst kısmındaki ekilebilir verimli katmanın oluşması sürecinin yüzyılları bulduğu dikkate alındığında, silahların meydana getirdiği zayıflığın etkisinin uzun yıllar devam ettiği bilinmektedir. Düşmanın savaşabilme yeterliliğini ortadan kaldırmak için endüstriyel tesislerin tahrip edilmesiyle oluşan kirlilik de doğal hayatı bütünüyle tehdit etmektedir<sup>13</sup>. Savaşların finansmanı için ihtiyaç duyulan doğal kaynakların aşırı ölçüde tüketilmesi de doğal çevrenin yok edilmesine/zarara uğratılmasına zemin hazırlayan faktörlerdendir<sup>14</sup>.

Silah sanayiinin hızla geliştiği günümüzde, çevrenin savaşta uğradığı muhtemel zararlar dikkate alındığında, savaş bölgelerinde çevrenin büyük bir tehdit altında olduğu anlaşılmaktadır. Böylesine insanlığı topyekun ilgilendiren küresel bir probleme İslam hukukunun bir bakış açısı var mıdır? Klasik dönemde yazılan eserlerde soruna ışık tutan ilkesel anlamda değerlendirmeler yapılmış mıdır? Söz konusu malumatlar günümüz çevre algısına katkı sağlayabilir mi? gibi sorulara cevap teşkil edecek çalışmanın bu kısmında, İslam hukuk mirasının konuya yaklaşımı üzerinde durulacaktır.

## II. İSLAM HUKUKUNDA ÇEVRENİN SAVAŞ SIRASINDA KORUNMASI

İslam hukukunda savaş istenmeyen bir olgu olmasına rağmen, tarihi tecrübe ve toplumsal realite kabullenilmiş ve bu konuda bir kısım düzenlemeler yapılmıştır. İslam hukukunun temel iki kaynağı Kur'an ve sünnette savaşın insani boyutlar-

- 
- 12 Pazarıcı, *Çevrenin Savaş Sırasında Korunması*, 105. Özellikle misket bombası ile seyreltilmiş uranyum içeren bomba ve benzeri silahların etkilerinin zaman ve mekânla sınırlanamayacağı, insan ve doğa için dönüşü olmayan sonuçlara neden olduğu bilinmektedir. Kitle imha silahları olan nükleer, kimyasal ve biyolojik silahlar, etki ettiği coğrafi alanda bulunan tüm hayvan varlığı ile bitki örtüsünü yok ederek eko sistemde kalıcı tahribat oluşturmaktadır. Hiroşima ve Nagasaki'ye atılan atom bombaları, saldırı anında ve sonrasında on binlerce kişinin ölümünün yanı sıra meydana gelen radyoaktif kirlenme ile bir çevre felaketinin yaşanmasına neden olmuştur. İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana geçen zaman içinde kat edilen teknolojik gelişme sonucunda 6.500 kat daha fazla tesire sahip nükleer bombalar yapıldığı dikkate alındığında tahribat, öncekilerle mukayese edilemeyecek ölçüde tahrip edici olacaktır (Altıntaş, *Savaşların Çevresel Boyutu ve Etkileri*, (dn.1), s. 134).
- 13 Körfez Savaşı'nda Kuveyt ekonomisini zarara uğratmak için Irak'ın ateşe verdiği yaklaşık 700 petrol kuyusunda ayrılarca devam eden yangında oluşan ve atmosfere yayılan zehirli hava kütleleri, yağmur yoluyla toprağa ve su kaynaklarına bulaşarak bölge ülkelerinde ciddi çevre sorunları oluşturmuştur (Aaron Schwabach, "Ecocide and Genocide in Iraq: International Law, The Marsh Arabs, and Environmental Damage in Non-International Conflicts", Colorado Journal of International Environmental Law & Policy, Sayı 15, 2004, s. 1). Kuveyt'in büyük bir bölümünü kaplayan duman ve sisten oluşan bu hava kütleleri, güneşi kapatmış ve ortalama 25 derece olan sıcaklığı 10 dereceye kadar düşürerek bölgedeki basınç farkını değiştirmiştir (Yoram Dinstein, "Protection of the Environment in International Armed Conflict", Max Planck Yearbook of United Nations Law, Sayı 5, 2001, s. 543).
- 14 Demokratik Kongo, Liberya, Sierre Leone, Angola, Somali, Sudan ve Kamboçya gibi ülkelerde yaşanan iç savaşlarda doğal kaynaklar bu şekilde tüketilmiştir bkz. Topal, *Çevrenin Savaş Sırasında Korunması*, s. 216).

da sürdürülmesine dair hükümler yer almaktadır<sup>15</sup>. Bu kapsamda savaşta barbarca metotlar kullanılması yasaklanmış; kadın, çocuk ve yaşlı, bunak, kör ve din adamları gibi savaşa maddi ve manevi fiilen katkısı bulunmayan kimselerin öldürülmesi, yaralanması, düşman askerlerin cesetlerinin hırpalanması/müsl gibi olumsuz eylemler cevaz kapsamı dışında tutulmuş, şiddet ve vahşet ihtiva eden her türlü eylem yasaklanmıştır. Genel ilke böyle olmakla birlikte, zaruri durumlarda ve gerekli olduğu kadar şiddete şiddetle mukabelede bulunulmasına imkân verilmiştir<sup>16</sup>.

İslam hukukunda savaşa katılan düşmanı öldürmek, yaralamak, takip etmek, esir almak, şaşırtmak, moralini bozmak ve yanlış taktik ve stratejilere sevk için hile yapmak, savaşta düşmana karşı yapılması caiz olan fiillerdendir. Bununla birlikte soğuk savaş ve propaganda gibi savaşa hazırlık mahiyetindeki her türlü faaliyet ile kalelerin yakılması veya düşmanın suda boğulması caizdir. Gece baskını ve pusu da savaşın sevk ve idaresinde caiz görülen harp taktiklerindedir. Bedir savaşında olduğu gibi suyollarının kesilmesi ve kullanılmaz hale getirilmesi ile birlikte deniz ve hava savaşı da cevaz kapsamındadır. İslam hukukunda dönemin şartlarına göre mücadele için gerekli her türlü silahla düşmana saldırıda bulunulabileceğine imkân verilmiş ancak zehirli silahların kullanılmasına cevaz verilmemiştir<sup>17</sup>.

İslam savaş hukukuna ilişkin düzenlemelerde, insanı merkeze alan bir korumaya refleksinden hareket edilmesine rağmen, insan dışındaki diğer canlılar ve doğal çevrenin korunmasına da özen gösterilmiştir. Buna göre savaş halinde bir ordunun ağaçlarını kesme, meyve bahçelerini ve yerleşim alanlarını yakma, tarım ürünlerini tahrip, hayvanları telef etme ve su kaynaklarını zehirlenme gibi insana ve çevreye zarar veren eylemlere cevaz verilmemiştir. Bu hükümlerle canlıların hayatını tehdit ederek ve ekolojik düzende bozulmalar meydana getirerek çevre sorununun krize dönüşmesinin önlenmesi hedeflenmiştir<sup>18</sup>.

Savaşta çevrenin korunmasının anlaşılması, İslam hukukunda savaşın temel ilkeler ve meşruiyet açısından bilinmesiyle bağlantılıdır. Savaşın meşru gerekçeleri yapılmasının zorunlu ve temel kural olduğu vurgulanmalıdır. Bu itibarla gerekçeleri açısından meşruiyeti olmayan bir savaş, İslam hukuku açısından onaylanamaz<sup>19</sup>. Bir ordunun savaş esnasında riayet etmesi gereken ilkelere birisi çevreye

15 Bkz. Bakara, (2), 190-194; Maide, (5), 2; Enfal, (8), 61.

16 İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, İstanbul, 1985, I, 310-311; Buhari, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail, *Sahihü'l-Buhari*, Cihad, 146; Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as, *Sünenü Ebi Davud*, İstanbul, 1992, Cihad, 110.

17 Halebi, İbrahim b. Muhammed, *Mülteka'l-Ebhur*, İstanbul, h. 1309, s. 86-87; Damat Efendi, *Mecmeu'l-Enhur fi Şerh-i Mülteka'l-Ebhur*, Beyrut, 1998, II, 412-413; Turnagil, Ahmet Reşid, *İslamiyet ve Milletler Hukuku*, İstanbul, 1972, 216 vd.

18 Rum, (30), 41.

19 İslam hukukunun savaş anlayışı müstakil bir çalışmanın konusudur. Özetle, savaşın müslümanların haklarını savunma, anlaşmalı olanlara ve komşu devletlere yardım etme, barışa dayalı ilişkilerin imkânsızlaştığı toplumsal problemleri çözme gibi nedenlerle meydana geldiği ifade edilebilir (Bakara, 2/216; Bakara, 2/190; Bakara, 2/194; Mahiyeti itibarıyla kötü addedilen savaş, İslam hukukunda "zaruretler, yasakları mübah kılar" (*Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*, Metni kontrol eden: Ali Himmet Berki, İstanbul, 1985, md. 21) kaidesine istinaden, müslümanlara yönelen tecavüzlere karşı koymak için meşru kılınmıştır. Bu meşruiyet "zaruretler kendi miktarlarında takdir olunur" (*Mecelle*, md. 22) ilkesiyle, zarar ve zulmü etkisiz hale getirecek kadariyle mübah kılınarak meşru alanın çerçevesi belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yaman, Ahmet, *İslam Devletler Hukukunda Savaş*, İstanbul, 1998.

zarar vermek için ağaçların kesilmemesidir<sup>20</sup>. Bununla birlikte İslam hukukunda hasmane ilişkilerin ortaya çıktığı durumlarda zarurete bağlı olarak bir savaş taktiği ve düşmanı psikolojik olarak caydırma, ateşkes yoluyla barışa zorlamak için düşman topraklarında ağaç ve ekinlerin kesilip yakılması mubah görülmüştür<sup>21</sup>.

Asıl itibarıyla İslam hukukunda barış ve savaş halinde her türlü malın telef edilmesi yasak olmakla birlikte düşmana ait çevre değerlerine karşı savaş sırasında gerçekleştirilecek bir kısım fiiller vardır. Savaş halinde zaruret nedeniyle genel hükmün dışına çıkan bazı istisnai ilkeler vazedilerek düşmana ait binaların yıkılması, ağaçların kesilmesi ve zirai mahsullerin telef edilmesi caiz görülmüştür<sup>22</sup>.

Tarih boyunca yapılan savaşlarda, taraflar birbirlerinin insan gücü ile birlikte doğal kaynaklarını da hedef almıştır. Savaşlarda insan zayıfatının yanında orman, bağ, bahçe ve ekili araziler gibi çevre değerlerinin yakılıp yıkılması, hayvan sürülerinin telef edilmesi gibi birçok canlı türü ve doğal çevre de tahribe maruz kalmıştır. İslam öncesi dönemde de orduların savaşa fiili katkısı olmayan sivilleri öldürdüğü, mahsulleri telef ettiği ve yerleşim yerlerini ateşe verdiği kaydedilmektedir<sup>23</sup>. Kur'an'da bu tür uygulamalar, *fesat* olarak nitelendirilerek yasaklanmıştır<sup>24</sup>. Buna göre İslam hukukunda savaş halinde tarım arazileri, ağaçlar, mabetler ve mamur mekânların tahrip edilmesine cevaz verilmemiştir<sup>25</sup>.

Sivil hedeflere vurmak, insan dışındaki canlılara ve bitkilere zarar vermek de yasaklanmıştır. Savaşta çevreye zarar verecek her eylem, askeri gereklilik/zaruret ilkesiyle kayıtlandırılmıştır. Hz. Peygamber'in Mute savaşında, kadın ve çocukların öldürülmemesi, sivil halka dokunulmaması, ağaçların yakılmaması ve mamurelerin/meskenlerin tahrip edilmemesi emrini vermesi<sup>26</sup>, bu konuda genel esasın oluşmasına zemin teşkil etmiştir. Hz. Ebu Bekir'in hilafeti döneminde ordu komutanlarına tamim ettiği on maddelik "...hurma ağaçlarını sökmeyiniz ve onları yakmayınız, hiç bir meyve ağacını kesmeyiniz, ihtiyaç durumu hariç, hiçbir koyun, hiç bir inek ve hiç bir deve bile öldürmeyiniz..."<sup>27</sup> mealindeki talimatta on maddenin üçü çevrenin savaş sırasında korunmasına tahsis edilmiştir. Bu talimatta, savaşta

20 Abdurraezzak, Hemmam es-San'ani, *el-Musanef*, thk. Habiburrahman el-Azami, Beyrut, 1983, V, 220, 201.

21 Buhari, "Megazi", 14, "Tefsir-i Haşr", 2, "Hars", 6, "Cihad", 154; Müslim, İbn Haccac Ebu'l-Hüseyn Kuşeyri, *Sahihu Müslim*, "Cihad", 29; Ebu Davud, "Cihad", 83. Ayrıca bkz. Macit, Yunus, *Hz. Peygamber'in Sünnetinde Çevre*, Trabzon, 2000, s. 78-79.

22 Halebi, *Mülteka'l-Ebhur*, s. 86; Damat Efendi, *Mecmeu'l-Enhur*, II, 412-413; Turnagil, *İslamiyet ve Milletler Hukuku*, 218-219.

23 Cahiliye döneminde ordular, girdikleri yerlerin mahsullerini telef, tarlalarını tahrip, kasaba halkını öldürme ve ateşe vererek yakma gibi uygulamalarla çevreye zarar vermiştir (bkz. Mevdüdi, *Cihad, İslam'da Savaş Hukuku*, çev. Beşir Eryarsoy, İstanbul 1992, s. 205- 249; Philip K. Hitti, *Siyasi ve Kültürel İslam Tarihi*, çev. Salih Tuğ, İstanbul 1980, I, 134.

24 Bakara, (2), 205; Buhârî, "Tefsir", 33.

25 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, I, 311; Buhari, Cihad, 146.

26 Hattab, Muhammed Şit, *er-Rasülü'l-Kâidu*, Bağdat, 1960, s. 204.

27 Şeybani, Muhammed b. Hasan, *Şerhu Kitabî's-Siyerî'l-Kebir*, İmla: Muhammed b. Ahmed es-Serahsi, thk. Hasan İsmail eş-Şafii, Beyrut, 1997, I, 31-32; Serahsi, Muhammed b. Ahmed, *Şerhu Kitabî's-Siyerî'l-Kebir*, thk. Ebu Abdillah Muhammed b. Hasen eş-Şafii, Beyrut, 1997, I, 31-32; Taberi, Ebu Cafer Muhammed b. Cerir, *Târihu'r-Rusul ve'l-Müluk*, Mısır, ts., III, 226-227.

masum insanlarla birlikte hayvan ve bitki gibi çevre varlıklarının da korunmasının temel ilke olduğu vurgulanmıştır. İslam hukukunda sadece barış zamanında değil, savaş gibi olağandışı zamanlarda da doğal çevrenin korunmasına dair prensipler vazedilmiştir. Devlet başkanı statüsüyle böyle bir emrin deklare edilmesi, savaş hukukuna dair prensiplerin siyasi erkin müeyyidesi olarak hukukileştirilmesi anlamındadır.

İslam öncesinde çevre değerlerine karşı olumsuz uygulamalar dikkate alındığında, Hz. Ebu Bekir'in ortaya koyduğu bu ilkeler, İslam hukuk tarihi açısından önemsenmelidir. Buna göre İslam hukukunda savaşlarda sadece insan merkezli bir yaklaşımın egemen olduğu söylenemez. İnsanı merkeze alan bir koruma refleksinin yanında, insanın içinde yaşadığı ve kâinatı kapsamına alacak genişlikte bir çevre koruma anlayışından da söz edilebilir.

Kur'an'da, Hz. Peygamber'in öğretileri ve uygulamalarında çevre korumaya verilen önem ve geliştirilen temel esaslara ve Hz. Ebu Bekir'in talimatına rağmen Hz. Peygamber'in savaşlarda sınırlı ve gerekçeli olarak bazı uygulamalarının olduğu dikkati çekmektedir. Hasmane bir ilişki türü olan savaşta, çevreyi tahrip eden müdahaleler genel ilke olarak yasaklanmasına karşın, Hz. Peygamber'in çevreye zarar verecek nitelikteki uygulamalarının mevcudiyeti, bu konuda bir çelişkinin olduğunu akıllara getirebilir. Günümüzdeki tekniklerle birebir örtüşmese de, Hz. Peygamber kendi döneminin şartlarına uygun bazı usulleri askeri gereklilik ilkesi gereği kullanarak çevreye müdahale etmiştir. Söz konusu uygulamalar, çevre koruma boyutuyla incelenmeden önce, hangi gerekçelerle meydana geldiği ve gerekçelerinin meşruiyet kapsamında olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu sayede Hz. Peygamber'in genel kuralın aksine gibi görülen, çevreyi tahrip etme potansiyeli barındıran ve savaşta çevreyi düşmanca amaçlarla kullanma tekniklerini hayata geçiren tatbikatları meşruiyet zemini bulacaktır. Bu konudaki uygulamalar incelendiğinde üç olayın öne çıktığı görülmektedir.

## 1. Çevrenin Savaşta Düşmana Karşı Kullanılması: Hz. Peygamber Uygulamaları

### 1.1. Nadiroğullarına ait hurma ağaçlarının kesilmesi

Çevrenin doğrudan bir savaş aracı olarak kullanılmasının örnek uygulamalardan biri, Nadiroğulları hurma ağaçlarının kesilmesidir. Nadiroğulları, Hz. Peygamber ile aralarındaki anlaşmayı ihlal edip anlaşma gereği, kendilerinden talep edilen diyeti vermedikleri ve hayatına son vermek için Hz. Peygamber'e suikast düzenleme gibi ağır ihanet teşebbüsleri nedeniyle Mekke'den sürülmüştür<sup>28</sup>. Hz. Peygamber Medine'de onlarla barış anlaşması yapmıştır. Amr b. Ümeyye yanlılık-

28 Ebu Davud, "Harac", 23; Vakidi, Muhammed b. Ömer, *Kitâbu'l-Megazî*, Oxford Üniversitesi, 1966, I, 363-370; İbn Hişam, Ebu Muhammed Abdülmelik, *es-Siretü'n-Nebeviyye*, thk. Mustafa Sekâ Kahire, ts., III-IV, 190-193; Hamidullah, Muhammed, *İslam Peygamberi*, çev. Salih Tuğ, Ankara, 2003, I, 582.

la Kilâb kabilesinden iki kişiyi öldürdüğünde, Hz. Peygamber heyetle Nadiroğulları kabilesine gitmiş ve Araplarda adet olduğu üzere antlaşmalı olan Nadiroğullarından, öldürülen iki kişinin diyetini ödemek üzere yardım talebinde bulunmuştur. Talebi zahiren kabul ettiklerini bildirdikleri halde, Hz. Peygamber'i öldürme planı yapılmıştır. Hain tuzak vahiyle bildirilince, kalelerine sığınarak kendilerini korumaya çalışan Nadiroğulları, muhasara altına alınmıştır<sup>29</sup>. Barış ve anlaşma tekliflerine olumlu karşılık vermemeleri, evlerinin yıkılması ve hurma ağaçlarının kesilmesiyle sonuçlanmıştır<sup>30</sup>. Nadiroğulları, ağaçlar kesilirken Hz. Peygamber'in bu uygulamasını yadırgayarak tepki göstermiştir<sup>31</sup>. Tepki karşısında meydana gelen tereddüt nazil olan ayetle giderilmiştir<sup>32</sup>.

### 1.2. Hayberlilerin hurma ağaçlarının kesilmesi

Diğer uygulama, Natat çevresinde Hayber yahudilerine ait hurma ağaçlarının kesilmesidir. Hayber gazası, yahudilerin müslümanlar aleyhine propagandasını önleme, kuzeyde Medine için düşman durumundaki yahudileri etkisizleştirme ve bölgeyi Kureyş ile yapılacak yakın gelecekteki hesaplaşma esnasında tehlikesiz hale getirme gibi gerekçelerle yapılmıştır<sup>33</sup>. Müslümanlara karşı başlatılmış soğuk savaşın ve tehlikeli unsurlar olan Yahudilerin etkisizleştirilmesinin hedeflenmesi<sup>34</sup>, bu seferin meşru gerekçelerle yapıldığının delilidir. Hayberlilerin Medine'de kaybedip Hayber'de buldukları meyve bahçelerinin tek iktisadi kaynakları olması<sup>35</sup>, Hz. Peygamber tarafından bilindiği için hurma ağaçlarını kesme teşebbüsü etkili bir yöntem olarak kullanılmıştır. Söz konusu yöntemin etkili bir yaptırım olarak uygulanması, daha büyük zayıf verilmeden barışı temin etme amacına matuftur. Düşmanın iktisadi gücünü sarsmak, etkili bir metot olacağından, Hz. Peygamber'in emri ile yaklaşık dört yüz hurma ağacı kesilmiştir<sup>36</sup>. İki taraf arasında sık ağaçlı hurma bahçelerinin bulunması ve düşman askerlerin ağaçların arasında siperlenebileceklerinden endişe edilmesi, uygulamayı meşru kılmaktadır<sup>37</sup>.

### 1.3. Taif'in üzüm asmalarının kestirilmesi

Taif'in üzüm asmalarının kesilmesi de diğer bir uygulamadır. Evtas'ta yenilgiye uğrayıp tutunamayan Sakifliler, Taif'e sığınmış ve şehrin kapılarını kilitleyip

29 Bkz. Haşr, (59), 14; Serahsi, *Şerhu's-Siyeril-Kebir*, I, 40-41.

30 Serahsi, *Şerhu's-Siyeril-Kebir*, I, 39- 41). Nadiroğulları hurmalıklarından sadece altı hurma ağacı kesilmiştir (Zâveytî, Muhammed Şükri Ahmed, *Tefsiru'd-Dahhâk*, Kahire, 1999, II, 854).

31 Serahsi, *Şerhu's-Siyeril-Kebir*, I, 40-41. Ayrıntılı bilgi için bkz. İbn Hişam, *es-Siretü'n-Nebeviyye*, III-IV, 191.

32 Bkz. Haşr, (59), 11, 14; Serahsi, *Şerhu's-Siyeril-Kebir*, I, 40-41; Maverdi, *el-Ahkâmu's-Sultaniyye*, Beyrut, ts., s. 52-53; Buhari, "Tefsir/Haşr", 462.

33 Beyhaki, Ebu Bekir Ahmed b. Hüseyin, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, thk. Muhammed Abdulkadir Atâ, Beyrut, 2003, IX, 230-233; İbn Hazm, *Cevâmiu's-Sire*, çev. M. Salih Arı, İstanbul, 2004, s. 203-205.

34 Hattab, *er-Rasûlü'l-Kâidu*, s. 201-202.

35 Vakidi, *Kitâbu'l-Megazi*, I, 375; Halebi, Ali b. Burhaniddin, *İnsânu'l-Uyûn fi Streti Emîni'l-Me'mûn*, Beyrut, 1320, II, 565-566.

36 Serahsi, *Şerhu's-Siyeril-Kebir*, I, 41; Vakidi, *Kitâbu'l-Megazi*, II, 640, 642, 643, 644, 645.

37 Halebi, *İnsânu'l-Uyûn*, II, 731.

savaş hazırlığına başlamış<sup>38</sup>, kalelerini onarmış, bir yıllık ihtiyaçlarını karşılayacak gıda maddelerini kale içinde stoklamışlardı<sup>39</sup>. Savaşa hazırlanmak için Urve b. Mes'ud ile Gaylan b. Seleme isimli şahıslar debbâbe, mancınık ve kalkan yapmayı öğrenmek için teçhizatın yapıldığı yere gönderilmiştir<sup>40</sup>.

Sakiflilerin, müslümanlara karşı aktif savaş hazırlığı içerisinde bulunmaları, Hz. Peygamber'in Taif'e hareket etmesini gerekli kılmıştır. Taiflilerin, kalesine çekilmesi ve kale dışında savaşmaya cesaret edememeleri, barış için etkili bir savaş taktiği olarak üzüm asmalarının kesilmesi<sup>41</sup> ve yakılmasını zorunlu hale getirmiştir<sup>42</sup>. Taiflileri kızdırmak ve dirençlerini kırmak için yapılan bu uygulamada, meyvesi yenmeyen ağaçlardan beşer adet kesilmesinin emredilmesi<sup>43</sup>, kesim yapılırken meyvesi yenen ağaçlara dokunulmadığını ve sınırlı sayıda kesim yapılarak gereksiz tahribatın yapılmadığını göstermektedir.

Görüldüğü gibi savaşta çevreye müdahaleyi ihtiva eden Hz. Peygamber uygulamalarının gerekçesi açıktır. Hz. Peygamber, savaşa mecbur eden düşmanı, barışa zorlamaya yönelik bir çaba içerisinde olmuştur. Bu kapsamda çevreye verilen zarar, düşmanın açıktan savaş girişimini en hafif zararlar barış durumuna dönüştürme gibi zorunlu gerekçelerle gündeme gelmiş ve aşırılığa meydan verilmeyen sonuçlandırılmıştır.

Bu husus, pozitif hukukta silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunması hususunda, uluslararası örf ve adet hukukunun mevcudiyetine ve muhtevasına etki eden temel ilkelerden *askeri gereklilik ilkesi*yle açıklanabilir<sup>44</sup>. Söz konusu ilkeyle, silahlı çatışmalarda askeri zorunluluk taşımayan zarar verici yöntem ve silahların kullanılmasını yasaklama, böylece çevreye zarar verilmesine engel olma hedeflen-

38 İbn Sa'd, Muhammed, *Kitabu't-Tabakâti'l-Kebir*, thk. Ali Muhammed Ömer, Kahire, 2001, II, 145-146.

39 İbn Sa'd, *Kitabu't-Tabakâti'l-Kebir*, II, 145; İbn Seyyid, Ebu'l-Feth Muhammed b. Muhammed, *Uyûnu'l-Eser fi Funûn'l-Meğâzi ve's-Şemâil ve's-Siyer*, Beyrut, ts., II, 270-271.

40 Taberi, *Tarih*, III, 81-82.

41 İbn Hişam, *es-Siretün-Nebeviyye*, III-IV, 478.

42 Serahsi, *Şerhu's-Siyer'i'l-Kebir*, I, 41.

43 Beyhaki, *Sünen*, IX, 84.

44 Pazarıcı, *Çevrenin Savaş Sırasında Korunması*, (dn. 8), s. 112. Askeri gereklilik ilkesi, silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunması hususunda uluslararası örf ve adet hukukunun varlığını ve içeriğini etkileyen en temel ilke olarak bilinmektedir. Bu ilkeye göre, askeri yarar sağlamayan, gereksiz yıkım ve zararlar sebep olan davranışlar yasaklanmaktadır (Pazarıcı, (d. 8), s.112). Söz konusu ilke, silahlı çatışmalarda askeri gereklilik taşımayan zarar verici yöntem ve silahların kullanılmasını da yasaklamaktadır. Böylece çevreye zarar verilmesine engel olmak hedeflenmektedir. Askeri gereklilik ilkesinin kanunlaştırıldığı/kodifiye edildiği 1907 tarihli IV. Nolu Kara Savaşındaki Kanun ve Adetlere İlişkin Lahey Sözleşmesi'ne Ek Lahey Düzenlemeleri madde 23 (g) uyarınca, savaşın zorunlu kıldığı gereklilik hali hariç, düşman mallarını tahrip ve müsadere etmek yasaklanmıştır. Burada açıkça çevreye yer verilmiş olmamakla beraber çatışma sırasında doğabilecek çevreye yönelik zararların ilke kapsamında değerlendirilmesi mümkün görülmüştür. Ancak gayrimenkul ve tarım arazileri gibi koruma altına alınmış olmakla birlikte bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olmayan benzeri çevre unsurları kapsam dışında bırakılmıştır. 55. maddede ise, düşmana ait mülkiyetin yanı sıra işgal edilen topraklarla sınırlı olsa da ormanların korunması öngörülmektedir. Benzer şekilde IV. Nolu Cenevre Sözleşmesi, "Malların İmha Edilmesi Yasağı" başlığı altında düzenlediği 53. maddede, işgal edilen topraklarda askeri harekâtın gerekli kıldığı haller hariç ferden veya müştereken özel şahıslara, devlete veya diğer topluluklara ait menkul ve gayrimenkul malların imhası yasaklanmıştır. Maddeyle birlikte işgal edilen topraklarda okumak kaydıyla hem özel şahıslara hem de devlete ait malları korumak amaçlanmaktadır. Doğal kaynaklar da koruma altına alınan mülkiyet kapsamına girmektedir (Topal, *Silahlı Çatışmalarda Doğal Çevrenin Korunması*, s. 228-229).



miştir. *Askeri gereklilik ilkesine* göre savaşın zorunlu kıldığı zaruret durumu dışında, düşman mallarını tahrip ve müsadere etmek yasaktır<sup>45</sup>. Düşmana ait mülkiyetin yanı sıra, işgal edilen topraklarla, sınırlı da olsa, ormanların korunması öngörülmektedir<sup>46</sup>. Savaşta işgal edilen topraklarda askeri harekâtın gerekli kıldığı haller hariç, özel ve tüzel kişiliklere ait menkul ve gayrimenkul malların imhası yasaklanmıştır<sup>47</sup>. Aynı şekilde işgal edilen topraklarda olmak kaydıyla, hem özel şahıslara hem de devlete ait malları korumak amaçlanmıştır. Doğal kaynaklar da koruma altına alınan mülkiyet kapsamına girmektedir<sup>48</sup>.

Çevrenin, savaşta düşmana karşı kullanılması sadece bu üç uygulama ile sınırlı değildir. Konunun daha çok bu örnekler üzerinden tartışılması ve anılan uygulamaların konuya ilişkin esasların oluşmasına zemin hazırlayan hükümler için delil kabul edilmesi, bu uygulamaların gerekçeleri ile birlikte incelenmesini gerekli kılmıştır. Bu üç uygulamanın dışında savaşta çevrenin korunmasına dair bilgiler vardır. Bu bağlamda öncelikle Hz. Peygamber dönemi başta olmak üzere, fıkıh müdevvenatının gelişim seyrini takip eden müteakip dönemlerdeki İslam hukuk bilginlerinin görüşlerine yer verilecektir. Bu çerçevede söz konusu dönemler itibarıyla kullanılan savaş enstrümanları, çevreye muhtemel zararları dikkate alınarak incelenecektir.

## 2. İslam Hukukunda Çevreyi Tehdit Potansiyeli Barındıran Savaş Enstrümanları

Hz. Peygamber döneminde günümüzdeki gibi gelişmiş kitle imha ve konvansiyonel silahlardan söz edilemez. Teknoloji ve silah sanayiinin kaydettiği seviye dönemsel olarak buna uygun da değildir. İnsanlığın ulaştığı savaş malzemeleri ve taktiği ne ise, lüzumu halinde Hz. Peygamber döneminde onlar kullanılmıştır. Hz. Peygamber döneminde yakın savaş mücadele aracı olarak kılıç ve kalkan kullanılmıştır. Bununla birlikte çevreye zarar verebilme potansiyeli gösteren dönemin uzun menzilli savaş enstrümanı sayılabilen dabbâbe<sup>49</sup> ve mancınının<sup>50</sup> da kullanıl-

45 Gayrimenkul ve tarım arazileri gibi koruma altına alınmış olmakla birlikte bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olmayan benzeri çevre unsurları kapsam dışında bırakılmıştır. 1907 tarihli IV Nolu Kara Savaşındaki Kanun ve Âdetlere İlişkin Lahey Sözleşmesi'ne Ek Lahey Düzenlemeleri 23. maddede kodifiye edilmiştir.

46 IV Nolu Cenevre Sözleşmesi, Madde, 55.

47 IV Nolu Cenevre Sözleşmesi, Madde, 53.

48 Mülkiyetin imhasına ilişkin bu yasak, sadece işgal edilen topraklar için uygulanabilir nitelikte olduğundan işgal altında olmayan topraklarda bu tür davranışlarda bulunulmasını yasaklayan herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Öte yandan BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen 47/37 sayılı ve 25 Kasım 1992 tarihli *Silahlı Çatışmalarda Çevrenin Korunması* başlıklı kararda askeri gereklilik olmaksızın gerçekleştirilen çevreye yönelik tahribatın açıkça uluslararası hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir (bkz. Topal, *Silahlı Çatışmalarda Doğal Çevrenin Korunması*, s. 228).

49 *Dabbâbe*: Gözetleme yapmak için insanların surlara çıkarılmasını sağlayan savaş aletlerindedir. Ağaçtan yapılan ve deri ile kaplanan, içine insan girdirerek kale duvarlarına ulaştırmakta kullanılan bir savaş aletidir (Taberi, *Tarih*, III, 82, (dipnot: 1). Günümüzdeki tank ve panzerlere eş değer kabul edilebilecek ilkel bir savaş aletidir.

50 *Mancınık*: Düşman kale ve hisarlarına ağır taşlar atmak ve fırlatmak için kullanılan savaş aletlerindedir (Taberi, *Tarih*, III, 82, (dipnot: 3).

dığı dikkati çekmektedir<sup>51</sup>. İslam düşmanlığıyla ön plana çıkmış bazı kişilere ait stratejik mekânların ateşle yakılması uygulamaları da, bu çerçevede değerlendirilebilir. Konu, müstakil başlıklar halinde şöyle tasnif edilebilir:

### 2.1. Mancınıkla taş atma

Hız. Peygamber'e saldırı hazırlığı yapan Sakiflilerin, debbâbe, mancınık ve kalkan yapma işini öğrenmek ve meslek haline getirmek için Urve b. Mes'ud ile Gaylan b. Seleme isimli şahıslara özel eğitim aldıkları<sup>52</sup> bilgisinden hareketle, o dönemde savaşta kullanılan -çevreye de kısmen zarar verebilme potansiyeli barındıran- savaş yöntemi ve araçlarının kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu bilgiye ek olarak Hız. Peygamber'in mancınık kullandığına dair kaynaklarda başka bilgiler de yer almaktadır. Bu bağlamda Hız. Peygamber, mancınık kurup Taiflilerin taş tutulması konusunda sahabeyle istişare etmiş ve savaş taktiği açısından kalelerine sığınan Sakifliler için başka bir alternatif olmadığı için Sakiflilerin kalelerine karşı mancınık kurulması kararı alınmıştır. Bu görüşü onaylayan Hız. Peygamber, mancınık yapılması emrini vermiştir<sup>53</sup>.

Benzer şekilde Hız. Peygamber, Sa'b kalesinde ele geçirilen mancınığın onarıldıktan sonra dikilmesini ve Nizar kalesine taş atılmasını emretmiştir. Yine Hız. Ömer kuşatılan Tüster şehrine karşı Ebu Musa el-Eş'ari'nin mancınık kurmasını emretmiş ve emri yerine getirilmiştir<sup>54</sup>.

Bu uygulamalar, İslam hukukçularının hükümlerinde belirleyici bir önem arz etmiş ve savaşta mancınık kullanılmasına delil teşkil etmiştir<sup>55</sup>. Buna göre İslam hukukçuları, kalenin içinde çocuk ve kadınlar olsa bile, mancınıkla düşman kalelerine taş atmanın caiz olduğu konusunda ittifak etmiştir<sup>56</sup>. Dört mezhebin üzerinde ittifak ettiği bu görüş, Hız. Peygamber'in Taif kalesine mancınıkla taş atma ve Taiflilere mancınıkla taş atan savaşçılar göndermesi uygulaması ile temellendirilerek, İslam hukukunda ordu komutanının düşmana yaklaştığında kalelerine mancınıklarla taarruzda bulunabileceğine hükmedilmiştir<sup>57</sup>. Amr b. Âs'ın İskenderiyye halkına karşı mancınık kullanmasına dair rivayet konunun bir başka delilidir<sup>58</sup>.

İlkel bir savaş aleti olan mancınık, günümüz gelişmiş savaş araçları ve kitle imha silahlarıyla kıyaslanamaz. Mancınık, ok atmaya benzeyen hafif bir silah ola-

51 Bkz. Hamidullah, Muhammed, *Hız. Peygamber'in Savaşları*, çev. Salih Tuğ, İstanbul, 1991, s. 234-235.

52 Taberi, *Tarih*, III, 82; İbn Hişam, *es-Siretün-Nebeviyye*, III-IV, 478; Vakidi, *Kitâbu'l-Megazi*, III, 924.

53 Serahsi, *Şerhu Kitabî's-Siyerî'l-Kebir*, IV, 222; Belazuri, Ahmed b. Yahya, *Ensâbu'l-Eşrâf*, thk. Muhammed Hamidullah, Mısır, ts., III, 366-367.

54 Serahsi, *Şerhu Kitabî's-Siyerî'l-Kebir*, IV, 222.

55 Vakidi, *Kitâbu'l-Megazi*, II, 664, 668; Serahsi, *Şerhu Kitabî's-Siyerî'l-Kebir*, IV, 221.

İbn Kayyim, Şemsüddin Ebu Abdillah Muhammed b. Ebi Bekr el-Cevziyye, *Zâdu'l-Meâd fi Hedy-i Hayri'l-İbâd*, thk. Şuayb Arnavut-Abdulkadir Arnavut, Beyrut, 1994, III, 503.

56 İbn Hüمام, Kemaluddin Muhammed b. Abdilvahid, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, Beyrut, ts., V, 447-448; İbn Kudame, Muvaffikuddin Ebu Muhammed b. Ahmed, *el-Muğni*, thk. Abdullah b. Abdî'l-Muhsin-Abdulfettah Muhammed, Riyad, ts., III, 140; Semerkandi, Alauddin, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, Beyrut, 1984, III, 295.

57 Maverdi, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, s. 52; İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müçtehid*, I, 311.

58 İbn Kudame, *el-Muğni*, XIII, 139-140.

rak değerlendirilmiştir. Hz. Peygamber'in Taif'e ve Amr b. Âs'ın da İskenderiye'ye mancınık uygulamalarından hareketle, askeri gereklilik durumunda savaşta mancınık kullanılmasının caiz olduğuna hükmedilmiştir. Leys b. Sa'd (ö.175/791), maslahattan hareket ederek uygulamanın caiz olduğu görüşündedir<sup>59</sup>.

Genel ilke böyle olmakla birlikte içinde müslüman esir ve çocukların bulunduğu kalelere mancınıkla taş atmanın cevazında ihtilâf edilmiştir. Evzaî (ö.157/774) gibi bazı İslam hukukçuları, kalelere karşı mancınık kullanılamayacağı görüşündedir<sup>60</sup>.

## 2.2. Ateşle yakma

İslam hukukçularına göre düşman askerlerinin ölü veya diri olarak ateşle yakılması caiz değildir<sup>61</sup>. Düşmanın evlerini ve kalelerini yıkmak ve yakmak, geceleyin taarruzda bulunmak ise caizdir<sup>62</sup>. Hz. Peygamber'in düşmana ait stratejik binaları yaktığına dair uygulamaları, bu konuya delil teşkil etmektedir. Söz konusu uygulamalardan bazıları şunlardır:

1. Huneyn savaşında düşman ordunun başkomutanı Malik b. Avf en-Nasri'nin köşkü, içinde kimsenin olmadığı bilgisi alındıktan sonra yaktırılmıştır<sup>63</sup>. Köşkün Malik İbn Avf'ı tahkir etmek için yakıldığı dikkate alınarak düşman yurdunda ağaçları kesmenin ve evleri yıkmanın cevazına hükmedilmiştir<sup>64</sup>.

2. Bazı münafıkların Süleym'in evinde toplanıp Tebuk gazasına katılacak kimseleri, Hz. Peygamber'in etrafından dağıtmak istedikleri bilgisi haber alınınca, Talha b. Ubeydullah komutasında bir topluluk Yahudi Süveylim'in evini ateşe vermek üzere görevlendirilmiştir<sup>65</sup>.

3. Hz. Peygamber, babası öldürülen Üsame b. Zeyd'i üç bin kişilik birliğe komutan tayin ederek Şam bölgesinde bir yer olan Ubna'ya baskın yapmak ve yakmak için göndermiştir<sup>66</sup>.

4. Hz. Peygamber, Medine yakınlarında "el-Büveyre" denilen yeri ateşe vermiştir<sup>67</sup>.

5. Kaynaklarda Hz. Muaviye döneminde deniz savaşları sırasında düşmana ateşli silah/lav silahıyla ateş edildiğine dair bir bilgiye de rastlanmaktadır<sup>68</sup>.

Doğrudan yakma uygulamalarının yanında dolaylı yakma şeklinde anlaşılabilir askeri müdahaleler hususunda da İslam hukukunda hükümler vardır. Buna

59 Serahsi, *Şerhu Kitabî's-Siyerî'l-Kebir*, IV, 222; İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müçtehid*, I, 311.

60 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müçtehid*, I, 311.

61 Maverdi, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, s. 53.

62 Serahsi, *Şerhu Kitabî's-Siyerî'l-Kebir*, IV, 221-222; Maverdi, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, s. 52; Aburrezzak, *Musannef*, V, 212-213; İbnu'l-Hümmam, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, V, 477.

63 Serahsi, *Şerhu's-Siyerî'l-Kebir*, I, 41; Taberî, *Tarih*, III, 83.

64 Serahsi, *Şerhu's-Siyerî'l-Kebir*, I, 40-41.

65 İbn Hazm, *Cevami'*, s. 250.

66 Serahsi, *Şerhu's-Siyerî'l-Kebir*, I, 41, IV, 222.

67 Buhârî, *Megâzi*, 14; İbnu'l-Hümmam, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, V, 447.

68 Serahsi, *Şerhu Kitabî's-Siyerî'l-Kebir*, IV, 222.

göre savaşta askeri zorunluluk ilkesi gereği galibiyet maksadıyla, aralarında tüccar müslümanlar bulunsa bile, düşmana ok ve modern kara, deniz ve hava silahları ile atış yapılabileceğine cevaz verilmiştir. Bu konuda yapılacak atışlarda düşmanın hedef alınması ve müslümanlara zarar verilmemesi hususunda azami gayret gösterilmesine dikkat çekilmektedir<sup>69</sup>. Aktarılan bilgilerden anlaşılmaktadır ki, düşman koruma ve savunma halinde olduğu sürece ateşle yakılmalarında bir sakınca yoktur. Esir alındıktan sonra kişilerin yakılması ise haramdır<sup>70</sup>.

Bu bilgiler o dönemde ateşin savaşlarda kullanılan bir yöntem olduğunu ve zaruret/askeri gereklilik halinde Hz. Peygamber tarafından tatbik edildiğini göstermektedir. Savaşta bir mücadele aracı olarak ateşin kullanılması, dolaylı olarak çevreye zarar verme ihtimalini gündeme getirdiğinden, çevrenin savaş sırasında korunması açısından önem arz etmektedir.

### 2.3. Yeşil alana müdahale

Yeryüzünde bitki örtüsü, çevrenin en önemli kısmını teşkil eden ağaç ve yeşillikleri ihtiva etmektedir. Ağaçlar ve yeşillikler, insanın varlığını devam ettirebilmesinde ihtiyaç duyduğu en temel doğal kaynaklardan olduğu gibi, doğal dengenin işleminde hayati önemi haizdir. Kur'an ve Sünnet'te ağaç ve yeşili korumaya dair bilgiler vardır. Hz. Peygamber'in uygulamaya koyduğu müeyyideler bunun delilidir<sup>71</sup>. Savaş durumunda askerlerin her yıl gelip geçtikleri yolda bulunan ve kendilerine yarayacak meyve ağaçlarının kesilmesi uygun görülmemiştir. Bu açıdan kendilerine savaşta lazım olacağı gerekçesiyle ve genel anlamda müslümanlara faydalı olur düşüncesiyle ağaçların kesilmesi mekruh kabul edilmiştir. Bir savaş stratejisi olarak düşmanı öfkelenendirme ihtiyacı ortaya çıktığında, ağaçları kesmenin sakınca teşkil etmeyeceği görüşü ağırlık kazanmıştır<sup>72</sup>.

İslam hukukunda düşmana ait hurma ve diğer ağaç türlerinin imhası, savaş için gerekli faydayı temin edip etmeme diğer bir ifadeyle askeri gereklilik esasına bağlanmış, savaşta galibiyet için olumlu katkı sağlayacak her türlü ağacın kesilmesi, yakılması ve imha edilmesine cevaz verilmiştir. Savaş şartları açısından tahrip edilmesi zorunlu olanlar; kesilmesinde müslümanların zarar, kesilmemesinde fayda sağladıkları ağaç ve bitkiler; kesilmesinde düşmana zarar ve faydası olmayan ağaç ve bitkiler olmak üzere üç ayrı kategoriden söz edilebilir<sup>73</sup>. Konuya savaşta çevrenin korunması boyutuyla bakıldığında, bir zaruret ve maslahat olmaması halinde savaş sırasında doğal çevrenin korunmasına önem verildiği anlaşılmaktadır.

69 Kasani, Alauddin Ebi Bekir b. Mes'ud, *Bedâiu's-Sanâi fî Tertibi's-Şerâi'*, Beyrut, 1986, VII, 100 vd.; Meydani, Abdulkani, *el-Lübab fî Şerhi'l-Kitâb*, Beyrut, ts., IV, 117 vd.

70 Serahsi, *Şerhu Kitâbi's-Siyerî'l-Kebir*, IV, 222.

71 İbn Kayyim, *Zâdu'l-Meâd*, III, 503; Macit, Yunus, Hz. Peygamber'in Sünnetinde Çevre, s. 69-86.

72 Serahsi, *Şerhu Kitâbi's-Siyerî'l-Kebir*, IV, 227.

73 Azzam, Abdullah, *Cihâd Ahkâmı*, İstanbul 1997, s. 26-27.

## 2.4. Hayvanları koruma

Kainatta ve canlılar aleminde her şey bir ölçü ve denge üzere yaratılmıştır. Bütünün bir parçası ve çevreyi tamamlayan unsurlardan birisi de hayvanlardır. Hz. Peygamber'in sünnetinde başta hayat hakları olmak üzere hayvanlar bir takım haklara sahiptir. Buna göre insan ve diğer canlılara zararlı olanlar hariç, hayvanların meşru gerekçeler olmaksızın ve nedensizce öldürülmeleri yasaklanmıştır<sup>74</sup>. İslam hukukunda hayvanların avlanmasına getirilen kayıt ve şartlar<sup>75</sup>, insanın kendisine ihsan edilen nimetleri israf ederek tüketemeyeceğini göstermektedir.

İslam hukukunda barış zamanında olduğu gibi savaş şartlarında da hayvanların gereksiz yere telef edilmesi tecviz edilmemiştir. Aralarında ittifak olmamakla birlikte İslam hukukçularına göre savaşta düşmanın savaş atları ve binek hayvanları öldürülebilir. Hanzala b. Râbih'in, Uhud savaşında Ebu Süfyan'ın atını öldürmesi üzerine Ebu Süfyan'ın onun atını öldürmeye teşebbüs etmesi, delil olma yönüyle temellendirmede esas kabul edilmiştir<sup>76</sup>.

Savaş şartlarında ele geçirilen hayvanların müslümanların kontrolünde tutulmaması halinde öldürüldükten sonra yakılması caizdir. At, kısrak, inek gibi hayvanları boğazlama imkânı olduğu halde yaralayıp bırakmak, işkence sayılacağından dolayı caiz görülmemiştir. Hz. Peygamber, saldırgan köpek bile olsa, işkence yapılmasını yasaklamıştır. Öküz, at gibi hayvanların kontrol altında tutulmaması halinde, vurularak öldürülmelerinde bir sakınca yoktur. Kesme imkânları yoktur, öldürülmemeleri de düşmana fayda sağlamaktadır. Bu açıdan vurularak öldürmelelerinde bir sakınca bulunmamaktadır<sup>77</sup>.

Gıda maddesi olarak tüketilmesinin dışında düşmanın sığır, koyun ve diğer hayvanlarını kesmenin onaylanmaması ilkesine göre, gıda maddesi olarak tüketilmesinin dışında hayvanın kesilmesine cevaz verilmemektedir<sup>78</sup>.

## 2.5. Kaleye duman verme

Ömer b. Abdilaziz'e (ö. 720/101) göre, savaşta düşmanın müslümanlığı kabul etmesini ve teslim olmasını sağlamak veya kalenin dışına çıkması için düşmanı zorlamak amacıyla kaleye duman vermek caizdir. Ahmed b. Hanbel (ö.241/855) de bu görüştedir. Şafii (ö.204/819) ve Hanefilere göre kaleyi ateşle yakmak caizdir. Yakma, dumanlamadan daha şiddetli olduğuna göre, daha şiddetli olanın caiz olması, daha hafifin de caiz olmasını gerektirir<sup>79</sup>. Yakma caiz olduğuna göre, yak-

74 Buhari, "Bedu'l-Halk", 16-17; "Şirb", 9; Müslim, "Müsakat" 48; "Selam", 151; Nesai, "Dahaya", 42; "Sayd", 34; Ayrıca bkz. Macit, Hz. Peygamber'in Sünnetinde Çevre, s. 92-97.

75 Furat, Ahmed Hamdi, İslam Hukukunda "Avcılık" (Fıkıh Kitaplarındaki Kitabu's-Sayd Bahsinden Modern Avcılığa Bakış), Ekev Akademi Dergisi Yıl: 17 Sayı: 55 (Bahar 2013), s. 225-241.

76 Maverdi, *el-Ahkâmü's-Sultanîyye*, s. 42.

77 Serahsi, *Şerhu Kitabi's-Siyer'i'l-Kebir*, IV, 229.

78 Serahsi, *Şerhu's-Siyer'i'l-Kebir*, I, 33.

79 İbn Kudame, *el-Muğni*, XIII, 138-139; Serahsi, Şemsüddin, *Kitâbu'l-el-Mebsût*, Beyrut, ts., X, 32.

madan daha aşağı durumdaki dumanlama evleviyetle caizdir<sup>80</sup>. Dumanlama, hava kirliliğine sebep olacağından dolayı çevreye kısmi zararlar verecektir.

## 2.6. Düşmanı susuzluğa terk etme

İslam hukukunda, aralarında çocuklar olsa da, düşmanın su kanallarını kapatması ve akarsularını kesmesi caiz görülmüştür. Bununla düşmanı zayıflatma, barışa zorlama veya galibiyeti gerçekleştirme gibi maslahatlar hedeflenmiştir<sup>81</sup>. Hayber'de Natat kalesinin suyu Hz. Peygamber'in emriyle kesilmiş ve susuz kalmaları sonucunda düşman teslim olmuştur<sup>82</sup>. Buradan anlaşılmaktadır ki düşmanı susuzluğa terk etmek, onlara işkence amacı taşımamakta, barışın sağlanması için bir yaptırım olarak uygulanmaktadır. Düşmanı susuz bırakma, doğrudan savaşta çevrenin korunması ile ilgili olmasa da doğal dengeye müdahale yönüyle konuyla irtibatlıdır. İslam hukukunda çevreye zarar veren savaş enstrümanları hakkında toplu bir değerlendirme yapılacak olursa şunlar söylenebilir:

İslam hukukunda barış durumunda olduğu gibi savaşta da çevreye zarar vermemek temel kuraldır. Bununla birlikte maslahatın gerektirdiği durumlarda düşmana ait mekanların ateşle yakılması, malların telef edilmesi gibi özel yöntemler kullanılabilir. Savaşın zorunlu kılması halinde, düşman ağaçlarının kesilip ekinlerinin bozulması, mevzilerine karşı modern kara, deniz ve hava silahlarıyla atış yapılmasında bir mahsur yoktur<sup>83</sup>. İmam Muhammed, Nadiroğulları için nazil olan Haşr 5. ayetini delil getirerek, Suriye'nin fethine zemin hazırlayan savaş bağlamında, savaş şartlarının egemen olduğu ülkede hurma ağaçlarının kesilmesi ve evlerin tahrip edilmesinin caiz olduğunu ifade etmiştir<sup>84</sup>.

## 2.7. Değerlendirme

Yukarıdaki bilgiler ışığında, İslam hukukunda düşmana ait kale ve evlerin yıkılıp yıkılması ve ağaçlarının kesilmesi caiz görülmüştür. Taif'te Avf b. Malik'in sarayının yakılması ve Nadiroğulları hürmalıklarının kesilmesi gerekçe gösterilerek, savaş zamanında bu tür eylemlerin caiz olduğuna hükmedilmiştir. Hasan b. Ziyad (ö.819/204), müslüman esirin olmadığına bilinmesi durumunda kaleye yapılacak her türlü eylemin caiz olduğu, bilinmemesi halinde ateşle yakma ve su ile boğmanın caiz olmadığı görüşündedir<sup>85</sup>.

İslam hukukçularının değerlendirmelerine göre, askeri gereklilik halinde düşman kalelerini ateşe verme, ağaçlarını kesip ekinlerini bozma, kalelerine karşı günümüzdeki top ve tanklara karşılık gelebilen, mancınık benzeri savaş aletlerini

80 Şakir, Muhammed b. Sa'd, *Fıkhu Ömer b. Abdilaziz*, Riyad, 2003, I, 419-420.

81 Serahsi, *Şerhu Kitabî's-Siyerî'l-Kebir*, IV, 221-222; Maverdi, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, s. 53.

82 Serahsi, *Şerhu Kitabî's-Siyerî'l-Kebir*, IV, 222.

83 Haşr, 59/5; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, I, 311-312; Zuhayli, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, Dımeşk, 1985, VI, 423.

84 Serahsi, *Şerhu's-Siyerî'l-Kebir*, I, 39- 41.

85 Serahsi, *el-Mebsût*, X, 32.

kullanma ve kaleleri yıkma cevaz kapsamındadır. Anılan savaş yöntem ve enstrümanları, canlıları tahrip etmesi ve çevreye verdiği zarar açısından günümüz kitle imha ve konvansiyonel silahlarıyla eşdeğer kabul edilemez. Günümüz problemlerine İslam hukukunun referansları temelinde bakış açısı kazandırma ve temel ilke belirleme hususunda Hz. Peygamber dönemi uygulamaları, İslam hukukunun ikincil kaynağı olarak önemsenmelidir.

Pozitif hukuk verileri dikkate alınarak konuyla ilgili şu değerlendirme yapılabilir: Pozitif hukukta silahlı çatışmalar sırasında çevrenin korunması hususunda, uluslararası örf ve adet hukukunun mevcudiyetine ve muhtevasına etki eden temel ilkelerden biri de *insaniyet ilkesidir*. 1907 tarihli IV Nolu Kara Savaşındaki Kanun ve Adetlere İlişkin Lahey Düzenlemeleri madde 54 (2)'te; sivil halkın varlığını sürdürdürebilmesi için ihtiyaç duyduğu gıda maddeleriyle bunların yetiştirildiği tarım alanları, besi hayvanları, içilebilir su tesis ve depoları ile sulama tesislerine saldırmak, bunları yok etmek ya da kullanılamaz hale getirmek yasaklanmıştır. Bununla birlikte tehlikeli unsurlar içeren yapı ve tesislerin korunmasına ilişkin 56. madde; baraj, su kanalı, nükleer santral gibi tehlike arz eden unsurları bünyesinde barındıran tesis ve yapıların askeri hedef teşkil etse de ya da askeri hedef içerse dahi hedef alınmayacağı hükmüne yer verilmiştir<sup>86</sup>.

Burada İslam hukuku verileriyle pozitif hukuk verileri arasında doğrudan bir benzerliğin olmadığı anlaşılabilir. Açıkta bir zıtlığın olduğu da söylenemez. İslam hukukunda askeri gereklilik icabı, doğrudan düşmanı devre dışı bırakan ve zararı sadece savaşan düşman kesim ile sınırlı olan bir müdahaleden söz edilmektedir. Pozitif hukuk verilerinde ise, müdahale edilmesi halinde sadece düşmanı olumsuz etkilemeyen, aynı zamanda sivil hedeflere büyük hasarlar verme ihtimali yüksek olan baraj, askeri mühimmat depoları gibi yüksek risk taşıyan kompleks yapılar söz konusu edilmektedir. Bu açıdan İslam hukuku ile pozitif hukukun konuya yaklaşımı, sivil hedefleri dolayısıyla sivillerin içinde bulunduğu çevresel değerleri risk etmemek için ihtiyat ilkesi<sup>87</sup> gereği önleyici tedbirleri devreye koymak bakımından aynı noktada bulunmaktadır.

Pozitif hukukta savaşta çevre korumayı gündeme alan ilkelerden birisi de, *orantılılık ilkesidir*. Bu ilkeye göre, beklenen somut ve doğrudan askeri yarara oranla siviller üzerinde aşırı derecede zarara neden olan savaş yöntemlerinin yasaklanması amaçlanmaktadır. I Nolu Ek Protokol'de sivil halkın korunmasına ilişkin madde 51 (5) (b); kazara sivil yaşam kaybına, sivillerin yaralanmasına, sivil hedeflerin zarar görmesine ya da bunların hepsine neden olması beklenen, tahmin edilen somut ve doğrudan askeri yarara nazaran ölçüsüz sayılabilecek saldırıyı ayırım gözetmeyen saldırı içinde değerlendirmektedir. Askeri harekattan beklenen somut ve doğrudan yararlar doğal çevreye yönelik zarar arasında orantı olduğu takdirde bu tür saldırıların gerçekleştirilmesi onaylanmaktadır<sup>88</sup>.

86 Topal, *Silahlı Çatışmalarda Doğal Çevrenin Korunması*, s. 231.

87 İhtiyat ilkesi için bkz. Pala, Ali İhsan, *İslam Hukukunda İhtiyat İlkesi*, Ankara, 2009, 1-267.

88 Topal, *Silahlı Çatışmalarda Doğal Çevrenin Korunması*, s. 230.

Bu anlamda bir başka ilke de *ayırım gözetme ilkesidir*. Buna göre çevreye yönelik zararların genellikle uzun dönemli olduğu dikkate alındığında çevreyi hedef alan saldırıların askeri yarar sağlamadığı görülür. Buna rağmen, normalde askeri bir nitelik taşımayan orman gibi bir çevre unsurunun doğrudan çatışmaya destek amaçlı kullanılması halinde hedef alınabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>89</sup>. Söz konusu orantılılık ve ayırım gözetme ilkelerinin içeriği incelendiğinde, İslam hukukunda öngörülen esaslarla tenakuz oluşturmadığı sonucuna varılabilir.

### 3. İslam Hukukçularının Görüşleri Ekseninde Çevrenin Savaş Sırasında Korunması

İslam hukukunda çevrenin savaş sırasında korunmasına ilişkin bilgilerin sistematik olduğu ve günümüz sorunlarının çözümüne ilkesel anlamda bakış açısı sunduğu anlaşılmaktadır. Savaşta ağaçların kesilmesi, evlerin tahrip ve hayvanların telef edilmesi gibi çevrenin savaş sırasında korunması ve çevreye verilecek zararın ölçüsünün tespitine ilişkin meseleler, İslam hukukçularınca tartışılmıştır. Konuyu farklı alanlara çekerek asıl mecrasından uzaklaştırmayı hedef edinen yaklaşımlar da olmuştur. Konuyu bu açıdan değerlendirmeye çalışalım.

#### 3.1. Hz. Peygamber'in Uygulamaları ile Hz. Ebu Bekir'in Talimatının Çeliştiği İddiası

İslam hukukunda düşmanı öldürme ve köleleştirme yolu ile yapılan tenkilin yanında mallarını talan ile de tenkil söz konusudur<sup>90</sup>. Mal, bina, hayvan ve ekinler olmak üzere üç kısımda mütalaa edilen tenkil konusundaki görüş farklılıkları, Hz. Ebu Bekir'in talimatı ile Hz. Peygamber'in tatbikatı arasında varsayılan çelişki ile açıklanmaktadır. Görüş sahiplerine göre, Nadiroğulları hurmalıklarının yakılması<sup>91</sup> ile Hz. Ebu Bekir'in savaşta çevrenin korunmasına dair talimatı arasında tenakuz vardır ve Hz. Ebu Bekir, Hz. Peygamber'in uygulamasının nesh edildiğini bildiği için savaşta çevrenin korunmasına dair talimatını deklare etmiştir.

Hz. Ebu Bekir'in ordu komutanına yönelik "... Meyve veren ağaçları kesip ayakta duran binaları yıkma! Gıda olarak yemenin dışında bir nedenle develeri ve koyunları öldürme! Arıları sakın yakma ve boğma!"<sup>92</sup> mealindeki talimatı ile Hz. Peygamber'in uygulamasına aykırı davrandığı ileri sürülmüştür. Hz. Ebu Bekir'in talimatı temelinde Hz. Peygamber'in uygulamalarının neshedilmiş olduğu, Nadiroğullarına ait hurmalıkların kesilmesi gibi savaşta çevreye müdahale anlamı ta-

89 Topal, *Silahlı Çatışmalarda Doğal Çevrenin Korunması*, s. 230.

90 Kelime anlamı itibarıyla *cezalandırma, uzaklaştırma, zincire vurma ve tepeleme* gibi manaları muhtevi olan tenkil, bir hukuk kavramı olarak, bir kimseyi halk önünde ibret olacak biçimde cezalandırma anlamında kullanılmaktadır. Bununla birlikte tenkil, düşmanları ya da zararlı kişileri topluca ortadan kaldırma, etkisiz hale getirme anlamında da kullanılmaktadır (bkz. İbn Manzur, *Lisanu'l-Arab*, Kahire, ts., VII, 4544; Şafak, Ali, *Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rehber Yayıncılık, Ankara, 1992, s. 600; <http://tr.wiktionary.org/wiki/tenkil>. Erişim: 12.04.2013).

91 Buhârî, "Megâzi", 14.

92 Malik b. Enes, *el-Muvatta* (Yahya Leysi Rivayeti), thk. Beşşâr Avvâd Ma'ruf, Beyrut, 1997, I, 577.



şayan uygulamaların ise özel bir olay olduğu ifade edilmiştir. Nadiroğulları hurma ağaçlarının kesilmesi konusunda, Hz. Ebu Bekir'in talimatı ile Hz. Peygamber'in uygulamalarının tenakuz teşkil etmediği, hareket noktası itibarıyla söz konusu iki yaklaşımın da isabetli olduğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda peygamber olması bakımından Hz. Peygamber'in uygulamasının bağlayıcı olduğu vurgulanmıştır<sup>93</sup>.

İslam hukukunda savaşta insanların öldürülmesine cevaz verildiğine göre, varlık hiyerarşisinde insana göre daha az öneme sahip olan binaların tahrip edilmesi ve ağaçların kesilmesi caiz olmalıdır<sup>94</sup>. Bu görüşüle, savaş durumunda düşmanın kendisine kalkan yaptığı engelleri aşmak için çevreye verilebilecek hasarın meşru olduğu ortaya konulmaktadır. Hz. Peygamber'in çevre tahribine yönelik uygulamaları da askeri gereklilik icabı yapılmıştır<sup>95</sup>. Bu itibarla barış zamanında yasak olan bir kısım uygulamaların askeri gereklilik nedeniyle savaş zamanında çevreye zarar veriyor olsa bile, yasak olmadığı ifade edilmiştir<sup>96</sup>.

Hz. Ebu Bekir'in Hz. Peygamber'e muhalefet etmesinin imkânsız olduğunu ifade edenlerle, söz konusu hükmün Nadiroğulları kabilesine özel olduğunu bildirenler son tahlilde Hz. Ebu Bekir'in talimatını ihtiva eden görüşünü onaylamıştır. Hiç kimsenin söz ve uygulamasının Hz. Peygamber'in uygulaması karşısında delil olamayacağını ifade edenler ise, savaşta ağaçları yakmanın caiz olduğunu kabul etmiştir<sup>97</sup>.

İmam Şafii, Halid b. Velid'i Tuleyha ve Temim oğullarına gönderen Hz. Ebu Bekir'in Şam savaşlarında çevreye zarar veren uygulamaları yasaklamasını şöyle değerlendirmiştir: “Zannediyorum Hz. Ebu Bekir'in meyveli ağaçların kesilmesinin yasaklanması şeklindeki emri, O'nun Şam şehirlerinin müslümanlar tarafından fet-hedileceğini haber veren bir rivayeti işitmiş olmasından kaynaklanmış olabilir. Meyveli ağaçların kesilmesi veya duruma göre kesilmemesi mübah olunca, Hz. Ebu Bekir de genel durumu dikkate alarak, kesilmemesini tercih etmiştir”<sup>98</sup>.

Hz. Ebu Bekir'in, en yakınındaki birisi olarak Hz. Peygamber'in uygulamalarının gerekçelerini bildiğine dair yorumlar da vardır. Nitekim diplomatik çabalara rağmen barışa yanaşmayan Nadiroğulları, savaşı gündeme getiren meşru gerekçeler nedeniyle hurmalıklarının yaktırılmasıyla cezalandırılmıştır. Bu uygulama, bütün hurma bahçelerini tahrip etme şeklinde gerçekleşmemiştir. Hurma ağaçlarının bir kısmının kesilmesine, Nadiroğullarının kalelerinden aşağıya ininceye kadar devam edilmiş, aşağıya indiklerinde uygulamaya son verilmiştir. Yaptırımın olumlu sonuç vermesi bakımından hurmalığın bir kısmının kesilmesi, barışın temini için meşru kabul edilmiştir<sup>99</sup>.

93 İbn Kesir, *Tefsiru'l-Kur'âni'l-Azîm, Ebu'l-Fidâ İsmail, Beyrut, 1987, IV, 356.*

94 Serahsi, *el-Mebsût*, X, 32; E. J. Rosenthal, *Political Thought in Medieval Islam*, Cambridge, Cambridge University Press, 1958, s. 8, 38-39, 54, 241-242 ve 244.

95 Bûtî, Muhammed Said Ramazan, *Fıkhü's-Sire*, Dımeşk, 1978, s. 204-205.

96 İbn Kesir, *Tefsiru'l-Kur'âni'l-Azîm*, IV, 356.

97 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, I, 311-312.

98 Şafii, Ebu Abdillâh Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, thk. Rifat Fevzi Abdulmuttalib, Dâru'l-Vefâ, 2001, V, 633.

99 İbnü'l-Arabi, Ebu Bekir Muhammed b. Abdillâh, *Ahkamu'l-Kur'an*, tahrir ve ta'lik: Muhammed Abdulkadir Atâ, Beyrut, ts., IV, 210.

Hiz. Ebu Bekir'in talimatı, savaşta çevreye zarar vermenin meşru olmadığını gösterirken, Hiz. Peygamber'in uygulamaları savaşta çevrenin zaruret gereği tahrip edilebileceğine imkan vermektedir. Bu iki delil arasında zahiren bir çelişki olduğu varsayılabilir. Taif'in mancınıklarla vurulduğu gibi savaş esnasında askeri gereklilik icabı, yakma ve yıkma caiz görülmüştür. Bu husustaki yasaklama, Hiz. Ebu Bekir'in o toprakların müslümanlarca fethedileceğini bildiği için yaptığı şeklinde izah edilmiştir<sup>100</sup>.

Sonuç itibariyle Hiz. Ebu Bekir'in ordu komutanlarına yönelik talimatı, genel ilke nitelikli ve çevreyi zorunlu olarak tahrip etmeyi gerektirmeyen bir düzlemde anlaşılmalıdır. Konuya bütüncül bakıldığında, Hiz. Peygamber'in savaş ortamında ve zaruret şartlarında ortaya koyduğu hükümlerin, Hiz. Ebu Bekir'in genel ilke mahiyetindeki talimatıyla tezat teşkil etmediği anlaşılacaktır.

### 3.2. Klasik İslam Hukuku Referanslarının Geçersiz Olduğu Yaklaşımı

Uluslararası ilişkiler alanında İslam sosyal düzeninin gelişmesinde tümevarım ve tümdengelim uygulamasının olmadığı ileri sürülmüştür. Bununla birlikte Hiz. Peygamber'in uygulamalarında yer alan düşman ordusunun ağaçlarını kesme, evlerini yıkma ve hayvanlarını telef etme ile ilgili şekli hukuki tartışma bu konunun somut örneği olarak takdim edilmiştir. Benzer şekilde, günümüzde kitlesel savaşın çevre tahribini kaçınılmaz kıldığından söz edilmiş ve İslam hukukunun çevrenin korunmasına ilişkin ortaya koyduğu ilke ve hükümlerin geçersiz olduğu dillendirilmiştir<sup>101</sup>.

Bu yaklaşıma göre modern savaşlarda kitlesel tahrip kaçınılmazdır. İslam hukukçularının konuya ilişkin sistematik görüşleri günümüz savaşları açısından bir anlam ifade etmez. Konuya ilişkin hükümlerin ise modern dönemde bir karşılığı yoktur. Modern savaş teknolojisinin kaçınılmazlığını geçerli veri şeklinde takdim eden bu düşünce, İslam hukukunun evrenselliğini ve dinamizmini devre dışı bırakan bir yaklaşımı barındırdığı için eleştirilmelidir. Günümüz modern savaş teknolojisinin kitle ölümlerine yol açması, mevcut durumu meşrulaştırmaz. İslam hukukçularının nass-sosyal realite temelli vaz' ettikleri hükümleri geçersiz kılmaz. Hiz. Peygamber ve Hiz. Ebu Bekir'in uygulamaları incelendiğinde, barış zamanında çevrenin korunmasına dair genel kurullarla birlikte, savaşta maslahatın gerektirdiği durumlarda değişen şartlara göre düşmanla muameleye girişen müslüman devlet adamlarının özgürlüğünün sınırlandırılmadığı ve maslahata uygun davranıldığı anlaşılmaktadır<sup>102</sup>.

Nadiroğulları olayında, kalelerine sığınmış düşman bir kabileyle karşı karşıya olan Hiz. Peygamber, buldukları yerden çıkarıp teslim olmaya zorlamak için en

100 İbn Hacer, Ahmed b. Ali b el-Askalani, *Fethu'l-Bari bi Şerhi Sahihi'l-Buhari*, thk.Abdulaziz b. Abdilllah b. Bâz, Beyrut, ts., VI, 155.

101 Ebu Süleyman, Ahmed, *İslam'ın Uluslararası İlişkiler Kuramı*, İnsan Yayınları, İstanbul, 1985, s. 95.

102 Ebu Süleyman, *İslam'ın Uluslararası İlişkiler Kuramı*, s. 94-96.

temel günlük geçim kaynakları olan hurma ağaçlarını yok etmek zorunda kalmıştır. Bu uygulama, düşmana karşı savaşta zayıf vermeden yapılabilecek en caydırıcı müeyyidedir. İslam savaş hukukunda fiilen savaş durumunun ortaya çıkmasını ve savaşın meydana gelmesini önlemek için kuşatma sırasında bazı yaptırımlar uygulanabilir. Düşmanın teslim olmasını kolaylaştırmak, kan dökmeden sonuca gitmek için temel geçim kaynağı durumundaki hurmalıkların kesilmiş ve yakılmış olması<sup>103</sup>, bunun açık delilidir.

Kuşatma öncesinde Nadiroğullarına ait yerleşim bölgesi etrafında askeri harekâtı engelleyen bazı hurma ağaçları kesilmiş ve yakılmış, askeri harekâtı engellemeyen ağaçlara dokunulmamıştır<sup>104</sup>. Savaş sırasında askeri gereklilik nedeniyle yapılan tahribat, arzı ifsat olarak anlaşılmalıdır. Gerçekte ifsat etmek, bir ordunun düşman ülkesinde önüne gelen her şeyi kontrolsüzce tahrip etmesi ile açıklanabilir. Nadiroğulları hurma ağaçlarının kesilmesinde, özellikle halkın meyvesini yemediği ağaçların seçilmesi<sup>105</sup>, savaş gibi mantık-his dengesinin sağlanmasının bir hayli zor olduğu olağandışı şartlarda hurma ağaçlarının rastgele kesilmediğini ve insanlığa fayda sağlayan ağaçlara dokunulmadığını göstermektedir. Bu tespit, İslam hukukunun çevre duyarlılığının boyutlarını ortaya koyması bakımından son derece önemlidir.

Bir başka husus da şudur: Hz. Ebu Bekir, geniş bir toprağa sahip ve düşmanlık beslemeyen ama sevilmeyen dönemin iki süper gücü Romalılar ve Perslerin egemenliğinde bulunan Suriye ve Irak halkıyla karşı karşıyadır. Dost bir halkın geçim kaynaklarının tahribi, halkı yabancılaştırıp düşman saflarına dahil etmeye sebep olacak siyasi bir tutum olacağından dolayı risk taşımaktadır. Son tahlilde İslam hukukçularının, Hz. Peygamber ve Hz. Ebu Bekir'in uygulamalarını, içinde buldukları konseptte göre değerlendirmeleri<sup>106</sup>, İslam hukukunun savaşta çevrenin korunmasına dair hüküm ve yaklaşımlarının geçersiz olmadığını, çevre sorunlarının çözümünde her döneme ışık tutacak hukuki ilkeler vaz' edildiğini göstermektedir.

### 3.3. Askeri Gereklilik Durumunda Çevreye Zarar Vermenin Meşruiyeti

İslam hukukunda savaşta askeri gereklilik durumunda çevreyi tahrip etmenin caiz olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır. İbn Mesud (ö.32/652)'a göre Nadiroğullarının sadece savaş bölgesinde bulunan ağaçlarının kesilmiş olması<sup>107</sup>, hükmün zarurete bağlı olduğunu ve savaşla sınırlandırıldığını göstermektedir. İslam hukuk bilginlerinin büyük çoğunluğu, savaşta askeri gereklilik nedeniyle çevreye zarar verilebileceğinin caiz, gereksiz yere tahribat yapmanın caiz olmadığı görüşünde

103 Haşr (59), 5; Vakidi, *Kitâbu'l-Megâzi*, I, 372; İbn Hişam, *es-Siretün-Nebeviyye*, III-IV, 191.

104 İbn Hacer, *Fethu'l-Bâri bi Şerhi Sahihî'l-Buhârî*, VII, 333; Vâhidî, Ebu Hasen Ali b. Ahmed, *Esbâbu'n-Nüzûl*, Ta'lik ve Tahriç; Mustafa Dîp el-Buga, Beyrut, 1993, s. 343-345.

105 Süheylî, Abdurrahman b. Ahmed, *Ravdu'l-Unuf fi Tefsiri's-Sireti'n-Nebeviyye li İbn Hişam*, Kahire, ts., II, 177.

106 Ebu Süleyman, *İslam'ın Uluslararası İlişkiler Kuramı*, s. 94-96.

107 Neysâbüri, Ebu'l-Hasen Ali b. Ahmed el-Vâhidî, *el-Vasit fi tefsir-i Kur'âni'l-Mecid*, Beyrut 1994, IV, 271.

ittifak etmiştir. Bununla birlikte Evzaî, Leys b. Sa'd ve Ebu Sevr (ö.240/854) gibi fakihler, askeri gereklilik ilkesini dikkate almaksızın, o döneme ait özel bir hüküm olduğu, dolayısıyla hükmün umumiyet ifade etmediği görüşündedir.

Evzaî, görüşünü Hz. Ebu Bekir'in talimatı ile temellendirerek, ağaçlarla birlikte meyvelere zarar vermenin yasak olduğunu ifade etmiştir. O'na göre, bu emir kesin bir delildir ve peygamberlik öncesi ve sonrasında yakınında bulunan Hz. Ebu Bekir'in, Hz. Peygamber'in hüküm ve prensiplerine dayanmayan bir emir vermesi düşünülemez. Hz. Ebu Bekir'in talimatı, dolaylı olarak Hz. Peygamber'in onayını almış olmaktadır. Hz. Ebu Bekir döneminde ağaçların tahrip edilmesini gerektiren bir zorunluluğun bulunmadığı ihtimali de değerlendirmeye alınmalıdır. Evzaî, ormanın varlığıyla pozisyonunu kuvvetlendirme ve yenilmez bir güç kazanma durumunda olan düşmanın, zaruri olarak askeri sebeplerin bu yasağı ortadan kaldıracığı görüşündedir. İslam hukukçularının bazıları ise ağaçları kökten sökmenin ve binaları yıkmanın meşru olduğu görüşündedir<sup>108</sup>.

Hz. Peygamber'in ağaçların kesilmesini bizzat kendisinin mi emrettiği yoksa sahabenin mi ağaçları kestikten sonra Hz. Peygamber'den onay aldığı konusundaki rivayetler çelişkilidir. İbn Ömer'in (ö.73/692) rivayetine göre, ağaçlar Hz. Peygamber'in emriyle kesilmiştir<sup>109</sup>. Sahabe, bunu kendileri yapmış ve kesilip kesilmemesi hususunda görüş ayrılığına düşmüştür. Konuyu Hz. Peygamber'e sorma hususunda oluşan tereddüt sonucunda, nazil olan ayette her iki tarafın görüşünün isabetli olduğu bildirilmiştir<sup>110</sup>.

İslam hukukçularından ilk rivayetle istidlal edenler, olayın Hz. Peygamber'in içtihadıyla meydana geldiğini, sonra vahiyle desteklendiğini ileri sürmektedir. Onlara göre, bu konuda Kur'an'da açık bir emri olmadığı için Hz. Peygamber'in içtihadı söz konusudur. İkinci rivayetle istidlal eden İslam hukukçuları, sahabeden iki grubun içtihat edip farklı görüşlerde bulunduğu, nazil olan ayetle her iki tarafın yaptıklarının vahyin muradına uygun olduğu görüşündedir. Bu görüşe göre içtihat eden alimler, farklı metotlarla ayrı sonuçlara ulaşmış olsalar bile, her iki grubun yaklaşımı Kur'an ve sünnetin temel esaslarıyla örtüşmektedir. İslam hukukunda savaş taktiği olarak, düşmanı barışa zorlamak için mamurelerini tahrip etme ve yakma, meyve veren ağaçlarını kesme ve sökme gibi çevreye zarar verici müdahalelerin meşruluğu hakkında ileri sürülen görüşler üç kısımda mütalaa edilebilir:<sup>111</sup>

1. *Savaşta çevreye zarar veren eylemlerin meşru olduğunu savunanlar*: İmam Malik (ö.179/795), savaşta çevreye zarar verecek eylemleri gerçekleştirmenin meşru olduğu görüşündedir<sup>112</sup>. Buna göre askeri gereklilik bakımından kalelerine sığınan veya ağaç, bitki gibi çevre değerlerini kendilerine kalkan yapan düşmana karşı

108 Haşr (59), 5.

109 Taberî, *Câmiu'l-Beyân an Te'vil-i Âyî'l-Kurân*, thk. Abdullah b. Abdilmuhsin et-Turki, Dâru Hicr, ts., XXII, 511.

110 Taberî, *Câmiu'l-Beyân*, XXII, 507, 510, 511.

111 İbn Kudame, *el-Muğni*, XIII, 146-147.

112 Malik b. Enes, *el-Müdevenetü'l-Kübrâ (Mukaddemâtu İbn Rüşd)*, Beyrut, 1994, I, 500; İbnü'l-Arabi, *Ahkamu'l-Kur'an*, IV, 209-210.

savaşıma yeterliliğini elde edebilmek için yapılan askeri müdahaleler, çevreye zarar veriyor olsa da zaruret gereği yapılması zorunludur<sup>113</sup>.

2. Savaşta çevreye zarar veren uygulamaların meşru olmadığını savunanlar: Leys b. Sa'd ve Ebu Sevr el-Evzaî'ye göre savaşta çevreye verilen zararlar meşru değildir<sup>114</sup>. Tahrip edildiğinde gölgesinden mahrum kalınması, meyvesinden istifade edilememesi, hayvanların yiyeceğinin tedarik edilememesi ve düşmanın misillemede bulunması gibi ihtimallerle askerin zor duruma düşeceği endişesiyle ve müslümanlara bir zararın dokunacağı gerekçesiyle bu tür çevre unsurlarının tahrip edilmesi haram sayılmıştır<sup>115</sup>. Savaşta çevre değerlerine zarar vermenin meşru olmadığını savunanlar, söz konusu eylemlerin haram olduğuna hükmetmiş olmakla birlikte meşruiyet kapsamında bu tür eylemlerin mekruh olduğunu ifade edenler de olmuştur.

Askeri gereklilik durumunda savaşta tahribatın caiz olmadığı/mekruh olduğu görüşünü savunan Evzaî, "Meyve vermeye başlamış ağacı kesme, hurma ağaçlarını yakma ve üzüm ağacını da kesme"<sup>116</sup> mealindeki hadisi, zahirine hamletmiş, fesat olması sebebiyle müslümanların savaşta, tahribatta bulunmalarının caiz olmadığını ifade etmiştir. Evzaî, görüşünü "O, yeryüzünde iş başına geçti mi orada fesat çıkarmaya, ekin ve zürriyeti kökünden kurutmaya başlar. Allah fesadı sevmez"<sup>117</sup> ayetiyle temellendirmiş ve şu hadisle desteklemiştir:

"Allah Teala peygamberlerinden birine vahyetti ki, her kim yeryüzünün ululuk ve saltanatına itibar ederse Âl-i Davud ile Fars ehlinin mülküne ululuklarına bak-sın. O peygamber dedi: "Ey Rabbim! Davud yücelttiğin şeylere layıktır. Mecusi olan Fars ehlinin nesi var ki?" Allah Teala şöyle buyurdu: "Onlar beldelerini imar ettiler. Kullarım da o imar edilen yerlerde yaşadı"<sup>118</sup>. Hadisin ihtiva ettiği anlam örgüsü incelendiğinde, yeryüzünü imar etmenin övüldüğü, mefhumu muhalifinden yeryüzünde tahribat yapmanın da yerildiği anlaşılmaktadır. Müşriklerin gücünü kırmak için daha çok hürmete layık olan insanın öldürülmesi caiz olduğuna göre, varlık hiyerarşisinde değer açısından insandan daha alt kategoride olan binaları yıkmak ve ağaçları kesmek öncelikli olarak caiz olmalıdır<sup>119</sup>. Kanaatimizce, müdahale gerekçesini dikkate almaksızın verilen mekruh hükmü, ilgili gerekçe ile meşru zemine dönüşmektedir.

Ebu'l-Hasen el-Kerhi (ö.952/340) bu hadisi, savaşta yeterliliğini ortadan kaldıran ve düşmanla savaşmaya engel teşkil eden ağaçların kesilmesi, engel oluşturma-yanların kesilmemesi gerektiği şeklinde anlamıştır. Çevrenin barış zamanında korunmasına yönelik esaslardan hareketle savaşta kesme ve tahrip etmeyi ihtiva eden

113 İbn Kudame, *el-Muğni*, XIII, 146-147; Malik, *el-Müdevvenet'ü-Kübra*, I, 513.

114 Nevevî, Muhyüddin Yahya b. Şeref, *Sahihu Müslim bi Şerhi'n-Nevevî*, Mısır, 1929, XII, 50.

115 İbn Kudame, *el-Muğni*, XIII, 146-147; Malik, *el-Müdevvenet'ü-Kübra*, I, 513.

116 Serahsi, *Şerhu's-Siyeril-Kebîr*, I, 32.

117 Bakara, (2), 205.

118 Serahsi, *Şerhu's-Siyeril-Kebîr*, I, 33.

119 Serahsi, *Şerhu's-Siyeril-Kebîr*, I, 33.

eylemlerin mekruh olduğu vurgulanmıştır. Evzâî, Hz. Ebu Bekir'in savaş talimatına atıf yaparak, söz konusu uygulamaların mekruh olduğu görüşündedir<sup>120</sup>. Evzâî'ye göre meyve ağaçlarını kesmek, içinde mabet olsun veya olmasın, binaları yıkmak mekruhtur. Şafii'ye göre, düşmanın kendileri için birer sığınak yapması ve savaşma yeterliliğini ortadan kaldırması halinde binaları tahrip etmek ve ağaçları kesmek caizdir, böyle bir durum söz konusu değilse mekruhtur<sup>121</sup>. İmam Şafii'nin savaşma yeterliliği gerekçesini dikkate alarak hüküm vermesi, bizce isabetli görünmektedir.

3. *Zorunluluk halinde çevreyi tahribin meşru olduğunu savunanlar*: İslam hukukunda savaşta askeri gereklilik/zaruret durumunda *çevreyi tahrip etmekten başka bir çıkış yolunun olmaması halinde, aşırıya kaçmamak kaydıyla, çevreye zarar veren askeri müdahaleler meşrudur*<sup>122</sup>. Bu anlamda "Zaruretlar yasak olan şeyleri mübah kılar"<sup>123</sup> ilkesi, İslam hukukunda konuya delil teşkil eden külli kaidelerdendir.

Bitki ve ağaçlar sadece düşmanı kızdırmak ve onlara zarar vermek için imha edilebilir. İmha edilip edilmemesi hususunda iki görüş vardır. İlki, bu tür bitkileri imha etmek meşru kabul edilmez. Hz. Ebu Bekir, ordunun başına tayin ettiği komutana bu tür bitkilere zarar vermesini yasaklamıştır. Diğeri, Malik, Şafii, Ebu İshak Şirâzî (ö.393/1003) ve İbn Münzir'e (ö.319/931) göre, söz konusu tabiat varlıklarını/çevreyi imha etmek caizdir. İshak, daha çok zarar verme ihtimali bulunduğu, imha etmenin sünnet olduğunu, Hz. Peygamber'in Taif halkına karşı mancınık kullanmasını gerekçe göstererek, mancınık kullanmanın hatta köylerini yakmanın caiz olduğunu ifade etmiştir<sup>124</sup>.

Maverdî'ye (ö.450/1058) göre, komutanın düşmanı abluka altına almak isterken mancınık kullanması ve tahrip etmesi caizdir. Mağlubiyete neden olacağı endişesinin bulunması durumunda düşmanın hurmalıklarının ve diğer ağaçlarının kesilebileceği, kesmenin yarar sağlamayacağına karar verilmesi durumunda, kesilmemesi gerektiği görüşündedir<sup>125</sup>. İmam Malik'e göre düşmana ait köylerin ve kalelerin yakılması, yıkılması ve suya verilerek imha edilmesinde bir sakıncası yoktur<sup>126</sup>.

Bu değerlendirmelerden sonra İslam hukukçularının çoğunluğunu teşkil eden cumhurun bu konudaki görüşünü netleştirelim. Cumhura göre, ağaçları kesme ve telef konusundaki hüküm, devlet başkanı veya savaş sevk ve idare eden komutanın düşmanı mağlup etmek için bir maslahat görmesi durumuyla ilgilidir. Bu bağlamda konu siyaset-i şer'iyeye kapsamında değerlendirilmiş ve zaruret şartına bağlanmıştır. Zaruret, savaş kazanabilecek başka bir alternatif yöntemin bulunmaması durumunda geçerlidir. Alternatif yöntemle yapılacak müdahale yakma ve

120 Serahsi, *el-Mebsût*, X, 31-32.

121 Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim, *Kitâbu'l-Harâc*, Kahire, 1396, s. 210-211; Şafii, *el-Ümm*, VII, 242-243; İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müçtehid*, I, 311-312.

122 İbnü'l-Arabi, *Ahkâmu'l-Kur'an*, IV, 210.

123 İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim, *el-Eşbah ve'n-Nezâir*, Kahire, 1998, s. 94; Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, Riyad, 2003, s. 37-39.

124 Şafii, Ebu Abdillâh Muhammed b. İdris, *Ahkamu'l-Kur'an*, Beyrut, 1990, s. 383.

125 Maverdî, *Ahkamu's-Sultanîyye*, s. 52.

126 Malik, *el-Müdevvenetü-Kübra*, I, 513.

yıkmadan daha büyük bir zarar oluşturacaksa, daha büyük bir tehlikeyi bertaraf etmek için gerekli olduğu kadar yakma ve yıkma gibi tahribat mubah görülmüştür. Zira bir zararın derece bakımından kendisinden daha küçük olan bir zararla izalesi caizdir<sup>127</sup>. Bu durumda çevreye yakma ve yıkma ile verilecek zarar, zaruret miktarınca sınırlı olmalıdır<sup>128</sup>.

### 3.4. Değerlendirme

Kaydedilen bazı bilgilerden hareketle, savaşta çevre tahribini meşrulaştıran, düşmanı öfkelenmek için ağaçların sökülmesini veya meyvelerinin zayi edilmesini normalleştiren bir algı oluşabilir. Haşr 5. ayetine dair değerlendirmeler incelendiğinde, çevreye gereksiz zarar veren bir uygulamaya cevaz verilmediği görülmektedir. Buna göre ayette, hurma ağacının kendisi değil meyvesi kastedilmekte, hurmaları toplama ile dalında bırakma arasında tercih hakkı verilmekte, sahabenin hurma ağaçlarını kesmedikleri, meyvelerini topladıklarına da dikkat çekilmektedir.

Konuya ışık tutan bir başka husus da şudur: Hz. Peygamber'in sefere gönderdiği Ebu Leyla el-Mazını ile Abdullah b. Selam, önce *acve/iyi cins hurmaları*, sonra *levn/düşük kalitedeki hurmaları* toplamıştır. Ebu Leyla'ya *niçin acveleri topladığı* sorulduğunda, Bunun düşmanı kızdıracığını söylemiştir. Abdullah b. Selam ise, *levnleri kesme nedenini*, "İyi biliyorum ki düşmanı yenme ve servetlerine konma hususunda, Allah, Peygamber'ine yardım edecektir. Bunun için *acve/ekstra kalite hurmalara dokunmamayı uygun buldum*"<sup>129</sup> sözleriyle açıklamıştır. Ayette, gereksiz yıkım ve tahrip hedeflenmemiştir. Şayet hedef gereksiz tahribat olsaydı, düşmanları kızdırmak ve faydalanmalarını önlemek için sadece meyveler toplanmaz, ağaçlar kökten sökülüp yok edilirdi.

Nadiroğullarına ait binaların yıktırılmasına temel teşkil eden delil incelendiğinde, yıkımın yapılmasını gerektiren önemli gerekçelerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Evler kale gibi kullanılmış ve istihkâm vazifesi görmüştür. Bundan güç alarak müslümanlara saldıran Nadiroğullarını ele geçirmek için askeri gereklilik nedeniyle evlerinden bir kısmı yıkılmıştır. Yıkımın başladığını gören Nadiroğulları, evlerini terk etmekten başka çarelerinin olmadığını anlamış ve müslümanlara bırakmamak için bizzat kendileri evlerini yıkmaya başlamıştır.

Nadiroğulları olayını delil göstererek müslümanların savaşta gereksiz tahribat yaptığı ithamını yapanlar, İslam'ın savaş sırasında tahribe izin verdiğini iddia etmiştir. Uygulamanın hedefi, düşmana zarar vermek ya da düşmandan intikam almak değildir. Oysa dikkatli bir tetkik yapıldığında, Nadiroğullarına ait hurma ağaçlarının kesilip yakılmasının, sadece askeri zorunluluk nedeniyle gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır ki, makalenin ilgili kısmında konuyla ilgili malumat verilmiştir.

127 "Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur" (Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, s. 40-41).

128 Bakara, 2/173, 178.

129 Serahsi, *Şerhu's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 40-41.

Kesilen ağaçlar, Haşr 5. ayetinde ifade edildiği gibi *line* adı verilen hurma ağacı türüdür.<sup>130</sup> Süheylî (ö.581/1186), Nadiroğullarının *line* türü hurmanın meyvesini değil, *acve* ve *bernî* türü hurmaları yedikleri görüşündedir. Süheylî, özellikle bu tür hurma ağacının söz konusu edilmesi ile düşmana ait olup kesilmesi caiz olan ağaçların, genelde gıda ihtiyaçlarını karşılamak için kullanılmayan ağaçlar olduğu, Nadiroğullarının da *line* türü hurmayı değil *acve* ve *bernî* türü hurmaları yediklerine işaret etmektedir<sup>131</sup>.

Zühri'ye (ö.h.124) göre 'acve' denilen hurmanın en iyi cinsi hariç, diğer hurma ağaçlarının hepsi kesilir<sup>132</sup>. Bazı ağaçların kesilmesi, Nadiroğullarının kalesine karşı yapılan operasyonların zorunlu bir sonucudur. Özel durumlar dışında Hz. Peygamber'in ürünlerin tahrip edilmesini yasakladığına dair hükümler vardır<sup>133</sup>.

İbn Abbas (ö.68/687), ayetin tefsiri sadedinde müslümanların kuşatma ile birlikte hurma ağaçlarını kesmek ve ağaçları ateşe vermek zorunda kaldığını belirtmiştir<sup>134</sup>. Mücahid, bazı muhacirlerin ağaç kesmeye başlarken diğerlerinin kesmediği, ayetin her iki tarafın yaptığı işin isabetli olduğunu bildirmek için nazil olduğu görüşündedir. O'na göre ayet, "Kim hurma ağacını keser ve bu kesmekteki niyeti bu işin kuşatmada olumlu etkisi olacağı şeklinde ise hak üzeredir. Çünkü her grup ayrı ayrı Allah'ın hükmüne uymuştur"<sup>135</sup> şeklinde anlaşılmalıdır.

Sakif kabilesine ait kalenin mancınıkla yıktırılması, savaşta gösterilen şiddet ve çevre tahribatı açısından tenkit edilebilir. Saldırgan Sakiflilerin kaleyi kendilerine muhkem bir siper olarak kullandıkları, bu nedenle kalenin dışına çıkarılmalarının askeri gereklilik oluşturduğu, müdahalenin gerekçesini ortaya koymaktadır. Eşit şartlarda savaşabilmek için kalenin yıkılması kaçınılmaz olduğu dikkate alındığında, Sakiflilere karşı mancınık kullanılmasının gereksiz bir müdahale olmadığı, bunun askeri zorunluluk nedeniyle yapıldığı anlaşılacaktır. Kan dökülmesini önlemek ve düşmanı barışa zorlamak için Sakif'in üzüm asmalarının kesilmesi emredilmiş, emir sınırlı bir alanda uygulanmış ve müslümanların blöf yapmadığı anlaşıldığında, az sayıda asma sökülünce Sakifliler teslim olmuştur.

Son tahlilde, Hz. Peygamber'in çevreyi tahrip ettiği intibainı uyandıran bu uygulamalar, ağaçları tahrip etmek ve fesat çıkarmak için yapılmamıştır. Ağaçların kesilmesinin meşruiyeti sadece Nadiroğulları olayı için geçerlidir. Bu özel hükümden, askeri zaruretin gerektirmesi halinde düşmana ait ağaçların kesilip yakılabilme hakkını veren genel bir hüküm çıkarılamaz. Cumhuriyet'e göre, zaruretin gerektirdiği durumlarda böyle bir uygulama meşrudur. Bu değerlendirme, askeri bakımdan uygulamanın yapılmasının maslahata uygun düşmesi anlamındadır. İslam hukuk alimleri, zaruret/maslahat/askeri gereklilik durumunda tahrip ve bas-

130 Serahsi, *Şerhu's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 40; Maverdi, *Ahkâmu's-Sultaniyye*, s. 53.

131 İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî*, VII, 234.

132 Serahsi, *Şerhu's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 40.

133 Cassas, Ebu Bekir Ahmed Razi, *Ahkamu'l-Kur'an*, Beyrut, 1993, III, 642.

134 el-Hamidi, Abdulaziz b. Abdillâh, *Tefsiru İbn Abbas*, Mekke, ts., II, 871; Tirmizi, Muhammed b. İsa, *Sünenü't-Tirmizi*, İstanbul, 1992, *Kitabu Tefsiri'l-Kur'an*, 60.

135 Cassas, *Ahkamu'l-Kur'an*, III, 642.



kın yapmanın meşru olacağını ittifakla kabul etmiştir. Fukahanın cumhuruna ait bu görüş, savaşta çevrenin korunması hususunda genel ilkeyi belirlemesi bakımından son derece isabetlidir.

Düşmanın çevreyi siper ve kalkan yaparak savaşa yeterliliğini ortadan kaldırması durumunda ağaçların yakılması ve meskenlerin yıkılmasını, günümüz hukuk sistemleri de onaylanmaktadır. Dahası, kuşatma altında kalanları etkilemek ve kuşatmanın daha etkili olmasını sağlamak için şehirlerin yakılması da kabul edilmektedir. Şehirde yaşayan suçsuz insanların öldürülmesi söz konusu olacağından bu görüş İslam savaş hukuku açısından tecviz edilemez<sup>136</sup>.

## SONUÇ

Meşru bir gerekçe olmaksızın bir devlete veya topluluğa savaş açılması, Kur'an'da onaylanmamaktadır. Hz. Peygamber, meşru bir neden olmaksızın bir topluluğa savaş açmamıştır. İslam hukukunda meşru şartları oluşmuş bir savaşın içine girilmesi halinde, savaşta gösterilebilecek maksimum hukukilik ve ahlakilik öngörülmektedir. Bu bakış açısı, savaşta çevrenin korunması hususunda da görülmektedir.

İslam hukukçularının görüşleri incelendiğinde ev, ağaç, yeşil alan ve meyve gibi çevre değerlerinin gereksiz tahribinin temel ilke olarak yasak olduğu görülmektedir. Bu ilkedен hareketle İslam hukukçularının, ağaçların sökülmesi ve binaların yıkılması gibi çevre unsurlarının tahribi konusundaki meşruiyet eksenli hükümleri, başka bir alternatifin olmadığı durumlarda sadece askeri gereklilik/zaruret şartıyla kayıtlandırılmıştır. Buna göre savaşta çevreye verilecek zarar, çevre ve unsurlarının düşmanca amaçlarla kalkan oluşturulması halinde gündeme gelmektedir. Bu şartın meşruiyeti, haddi aşmaksızın tahribin gerçekleştirilmesi ile ayrıca kayıtlandırılmaktadır.

Kur'an hükümlerinin hayata geçirildiği Hz. Peygamber döneminde, günümüzde olduğu gibi çevreyi bütün unsurlarıyla tehdit eden girift bir çevre probleminden söz edilemez. Bu dönemde Kur'an ve Hz. Peygamber'in uygulamaları temelinde hayata geçirilen çevre koruma ilkelerinin günümüz çevre problemlerinin çözümüne perspektif sunması ve katkı sağlaması, İslam hukukunun evrenselliğini ve dinamizmini göstermektedir. Hukuk tarihinin teşekkülü bağlamında erken dönemde savaşta çevre koruma uygulamalarının Hz. Peygamber ve Hz. Ebu Bekir tarafından gündeme getirilişi ve buna bağlı olarak İslam hukukçularının sistematik yaklaşımları, İslam hukuk tarihi açısından önemsenmelidir.

Son tahlilde İslam hukukunda savaş durumunda çevrenin korunması konusunda bu kadar ayrıntılı hüküm vazedilmesinin mefhum-ı muhalifinden, barış durumunda çevre korumaya daha fazla önem verildiği sonucu çıkmaktadır.

136 Lavrence, Thomas Joseph, *The Principles of International Law*, Third Edition, Boston, 1900, s. 441; Bkz. <https://archive.org/details/ed3reprinciplesof00lawr>. (Erişim: 11.03.2014).



# MAĞDUR HAKLARINA YÖNELİK KURUMSAL YAPILAR (SULH VE UZLAŞTIRMA)

Dr. Adem YILDIRIM\*

**Özet:** Mağdur haklarına yönelik kurumsal yapıların ele alındığı bu çalışmada, fıkıh literatüründe var olan sulh sisteminin Osmanlı Devletindeki uygulama şekli ele alınmış ardından batı kaynaklı hukuk sistemlerinde sulh sisteminin benzeri olan uzlaştırma kurumu konu edilmiştir. Çalışmada Osmanlı sulh sistemi ile günümüz hukuk sisteminde uygulanan uzlaştırma kurumu arasında büyük oranda benzerlik olduğu görülmüş, ayrışıkları noklaların davaya konu olan bazı suç çeşitlerinde olduğu tespit edilmiştir. Diğer taraftan günümüz uzlaştırma sisteminde tarafların anlaşacağı edimin üst limiti konusunda belli bir ölçünün tespit edilmediği görülmüş bu durumun tarafların nizamı sona erdirip sulha ulaşmalarının önündeki muhtemel engellerden biri olabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

*Anahtar Kelimeler:* Ceza hukuku, onarıcı adalet, uzlaştırma, sulh, mağdur hakları.

## For Victims Rights Institutional Buildings (Peace and Conciliation)

**Abstract:** In this study has examined institutional structures for victims' rights. This system is available with the name of peace in Islamic law. In this study, both the system and the application on the ottoman in contemporary legal practice are discussed. Similarities and differences between these two applications have been identified. The two systems are largely revealed homology to each other. Decomposition of the point that constitute the range of offenses. On the other hand the present system has not been a certain extent in the upper limit of the deed. In our opinion, a certain upper limit for the good functioning of the system must be determined.

*Keywords:* Criminal law, restorative justice, conciliation, peace, victims' rights.

## GİRİŞ

Batılı ceza hukuk sistemleri suçluluğu azaltmak, suça engel olmak, genel ve özel önleme yöntemleriyle faili ıslah etmek gibi amaçlarla yola çıkmıştır. Ceza adalet sisteminin suçu önleme, faili ıslah etme ve mağduru tatmin etme konusunda yetersiz kalması, mahkemelerde iş yükünün çoğalması, davaların uzun süre sonuçlanamaması bilim adamlarını farklı arayışlara yöneltmiştir.

Söz konusu bu tıkanıklıktan çıkış arayışları adına *onarıcı adalet* fikri hukukçular arasında tartışmaya açılmış, fail ve mağduru yüzleştirip aralarındaki uyumsuzluğu mahkemeye taşımadan kendi aralarında çözme yöntemi olan *uzlaştırma kurumu* devletlerin yasalarına girmeye başlamıştır.

\* Diyanet İşleri Başkanlığı İ.H. e-mail: ademyildirim@hotmail.com

Çalışmamızda uzlaştırma kurumunun tarihteki benzer uygulama şekli olan sulh sistemini ve günümüz uzlaştırma kurumunu ele alacak, sonra da konuya yönelik değerlendirmemize yer vereceğiz.

## I. İSLAM HUKUKU'NDA SULH (UZLAŞTIRMA) SİSTEMİ (Osmanlı Devleti Örneği)

### A. SULH'UN TARİFİ

Sözlük anlamı olarak sulh “*barışma, barış, uzlaşma, uyuşma, hasımlar arasında husumeti kaldırma, insanların arasını uzlaştırma*” manalarına gelmektedir.<sup>1</sup> *Sulh* kelimesi *fesat* kelimesinin zıddıdır.<sup>2</sup> Kelime fıkıh literatüründe “*Müddeî ile müdde-i aleyh aralarında rızalarıyla nızai ref’ ve izale eden bir akit*”<sup>3</sup> olarak tarif edilir.<sup>4</sup> Diğer bir ifadeyle sulh “*fertler arasında mevcut bir anlaşmazlığın karşılıklı rıza ile ortadan kaldırılmasını konu alan akit veya görülmekte olan bir davanın anlaşmayla sona erdirilmesi*”<sup>5</sup> “ *taraflar arasında anlaşmazlık ve ihtilafı kaldırmak için yapılan anlaşma*”<sup>6</sup> olarak tarif edilmektedir.

Mecelle’de sulh şu şekilde tarif edilmektedir: “*Sulh, bitterazi nızai ref’ eden bir akiddir ki icab ve kabul ile mün’akid olur.*”<sup>7</sup> Genişçe yapılmış bir tarifine göre sulh, “*ister münazaalı haklara, ister sadece münazaalı olması muhtemel haklara dair olsun ve isterse tereddütlü bir hakkın mevcudiyetine, doğumuna veya şumulüne müteallık olsun doğmuş bir ihtilafı bitirmek veya doğacak bir ihtilafın önüne geçmek üzere ivaz mükabilinde karşılıklı anlaşmayı havi mukavele*” dir.<sup>8</sup>

### B. CEZANIN AMACI VE SULH

Sulh, İslam hukukunda iyi ve güzel bir akit olarak sayılmış ve الصلح سيد الاحكام (es-Sulh’u, Seyyidü’l-Ahkâm) “*sulh hükümlerin efendisidir*” sözü adeta bir darb-ı mesel gibi tanınmıştır. Sulh birçok durumda hakkın ayaklar altına alınmasına değil, yükselmesine hizmet ettiği gibi sulh olanların haysiyetini de kuvvetlendi-

1 Ebu Abdurrahman Halil b. Ahmet el-Ferâhîdî (v.175/791), *Kitâbu’l-Ayn*, thk. Mehdi el-Mehzûmî, İbrahim es-Semerrâî, Müessesetü Dâru’l-Hicre, II. Bs., y.y., 1410, s. 451; Abdulkâdir er-Râzî, *Muhtârü’s-Sihah*, el-Müessesese el-hadise li’l-kitab, Trablus, Lübnan, t.y., s. 313; İbn Fâris, *Mücmelü’l-Luga*, C. II, s. 539; Ebu’l-Hüseyn, Ahmed b. Fâris b. Zekerîyya İbn Fâris, *Mu’cemu Mekâyisi’l-Luga*, C. I-VI, Thk. Abdusselam Muhammed Harun, Beyrut, t.y., C. III, s. 303; Mehmet Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük*, 11. Bs., İstanbul, İz Yayıncılık, 1996, s. 1002.

2 İbn Abbâd ed-Dâlekânî es-Sâhib (v. h. 385), *el-Muhid fi’l-Lügah*, thk., Muhammed Osman, C. I-III, Beyrut, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 2010, C. 1, s. 319; Abdullah İbn Mahmud İbn Mevdûde el-Mevsîlî, el-Hanefî, *el-İhtiyâr li Ta’lîli’l-Muhtâr*, İstanbul, Çağrı Yay., 1996, C. 3, s. 5.

3 Karşılıklı rıza ile davalı ile davacı arasındaki anlaşmazlığı kaldıran akit.

4 Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, t.y. C. 8, s. 5.

5 Atar, “Sulh” mad., *DİA*, C. XXXVII, s. 481.

6 Fahrudin Osman b. Ali Zeylaî, (ö.734/1342), *Tebyinü’l-Hakâik Şerhu Kenzi’d-Dekâik*, C. I-V, Beyrut, Dâru’l-Ma’rife, t.y., C. V, s. 29.

7 Mecelle, mad.: 1531., “Sulh iki tarafın razı olmasıyla kavga ve çekişmeyi kaldırıp gideren bir akittir ki icab ve kabul ile neticeye bağlanır.”

8 S. Şakir, Ansay, “Sulh”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, sayı 2, 1943, s. 201,

ren bir müessesedir.<sup>9</sup> Hz. Ömer'in *“tarafı sulha yönlendirin, çünkü davaların mahkeme kararıyla hükme bağlanması onlar arasında düşmanlık meydana getirir”* sözü sulhun sahabe tarafından da teşvik edilip uygulanan bir usul olduğunu göstermektedir.<sup>10</sup>

### C. SULH'UN HUKUKÎ KAYNAĞI

Sulh akdinin aslı kaynağı Kur'an-ı Kerim'dir. Hz. Peygamberin hadisleri bu konudaki ayetleri beyan eden ve konunun uygulama şeklini gösteren vazgeçilmez dini kaynak ve dayanaktır.

#### 1. SULH'UN KUR'AN'DAN KAYNAĞI

Kur'an-ı Kerim'de sulh'u teşvik ve tavsiye eden birçok ayet-i kerime vardır. Bunlardan bir kısmı doğrudan sulh'tan bahsederken bir kısmı dolaylı olarak bahsetmektedir.

Nisa Suresi 128. ayet her ne kadar özelde karı-koca arasında çıkan bir anlaşmazlığın sulh yoluyla çözümlenmesini tavsiye etmekteyse de, ayette tavsiye edilen sulh'un genel anlamda anlaşılmasına engel herhangi bir neden yoktur. İslam hukukçuları, bu ayetin sulhun meşru olduğuna delil teşkil ettiğini belirtirler.<sup>11</sup> Ayette geçen *وَالصُّلْحُ خَيْرٌ* *“Sulh daha hayırlıdır”* buyruğu umumî ve mutlak bir lafızdır. Bu ifade ruhları teskin eden ve anlaşmazlıkları izale eden gerçek sulhun, kayıtsız ve şartsız olarak hayırlı olmasını gerektirir. Karı-koca arasında meydana gelecek bütün sulhler de bu kapsamdadır.<sup>12</sup>

Kur'an-ı Kerim'de sulh'un uygulama örneklerinden bir diğeri yine Nisa Suresi 35. ayette geçmektedir. Karı-koca arasında ayrılık endişesi oluştuğunda, Allah Teâlâ topluma şöyle bir görev yüklemektedir. Toplum, kadın ve erkeğin ailesinden olmak üzere birer arabulucuyu kadın ve erkeği uzlaştırmak üzere görevlendirir. Şayet eşler uzlaşma ve aile yuvasını tekrar tesis etme isteği içindelerse Allah onları bu arzularına muvaffak kılar. Ayette geçen *إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا* *“Şayet o ikisi sulh/ıslah olmayı isterlerse Allah onların arasını birleştirir”* ifadesi, sulh müessesesinin toplum ve aile içinde bize bir uygulamasını vermesi açısından önemlidir.

Toplumsal ilişkilerde sulh müessesesinin önemini ortaya koyan ve sulh'u teşvik eden ayetlerden bir diğeri Enfal Suresi'nin 1. ayetidir. Ayette Allah'a karşı takva

9 Ansay, “Sulh”, s. 200.

10 Atar, “Sulh” mad., *DİA*, C. 37., s. 482.

11 el-Kâsânî, Alaaddin Ebubekir Mesud b. Ahmet, *Bedâiü's-Sanâi*, C. I-VII, 3. bs., Beyrut, Daru'l-Kitabi'l-Arabi, 1982. C. VI, s. 40; Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd, (v. 595/1198), *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, 2 c., 4.bs., Matbaatu Mustafa el-Bâbi el-Halebi ve Evlâduhu, Kahire, 1975/1395. C. II, s. 293; Bilmen, *Kâmus*, C. VIII, s. 8.

12 Ebu Abdullah Muhammed İbn Ahmed el-Ensârî el-Kurtûbî, *el-Câmi li Ahkâmî'l-Kur'an*, Beyrut, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1988. C. VII, s. 161.

emrinden sonra, toplum fertlerinin kendi aralarında sulh'u tesis etmeleri **فَاتَّقُوا اللَّهَ** وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ **“Allah’tan korkun ve aranızı düzeltin.”** ifadeleriyle emredilmektedir.

Uyuşmazlık ister fert isterse toplum arasında olsun, tarafları bir araya getirip sulh ve barışı sağlamanın birtakım ilkeleri olmalıdır. Hucurât Suresi'nin 9. ayeti musaleha'da en temel ilkeyi **لِنَعْلَمَ “adalet”** olarak ikame etmektedir. Taraflar arasında adaletle sulh etme görevi de yine aynı surenin 10. ayetinde geçen **فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخْوَابِكُمْ** **“kardeşlerinizin arasında sulh edin”** emriyle müminlere tevdi edilmektedir.<sup>13</sup>

Bunlardan başka Kur'an-ı Kerim'de sulh'u dolaylı olarak teşvik ve tavsiye eden ayetler de mevcuttur. Öfkeyi yutup, insanları affetmeyi tavsiye eden Âl-i İmran Suresi'nin 134. ayeti,<sup>14</sup> kötülüğü iyilikte savmayı tavsiye eden Fussilet Suresi'nin 34. ayeti,<sup>15</sup> toplum olarak hep birlikte Allah'ın ipine (emirlerine) sarılmayı tavsiye eden Âl-i İmran Suresi'nin 103. ayeti<sup>16</sup> ve müminlerin birbirleriyle çekişmelerini yasaklayan Enfal Suresi'nin 46. ayeti<sup>17</sup> bu grup ayetler arasında sayılabilir.

## 2. SULH'UN HADİS'TEN KAYNAĞI

Hadislerde sulh'un vasıfları beyan edilmiş, Hz. Peygamber bizzat kendi uygulama örnekleriyle sulh'u teşvik ve tavsiye etmiştir. Geçerli sulh'un ölçütlerinden biri olan **“helali haram kılmama veya haramı helal kılmama”** vasfını Peygamberimiz şöyle ifade etmektedir: **“Müslümanlar arasında sulh geçerlidir. Ancak helali haram kılan veya haramı helal kılan sulh geçersizdir. Müslümanlar şartlarına bağlıdır. Ama helali haram kılan haramı helal kılan şartlar geçersizdir.”**<sup>18</sup> Diğer bir hadiste Hz. Peygamber **“müslümanlar arasında sulh caizdir”**<sup>19</sup> buyurmaktadır.

Sulh'te Kur'an-ı Kerim'in aradığı **“adaletin tesisi”** şartı, Hz. Peygamberin uygulamasında da görülmektedir: Ümmü Seleme validemizden gelen rivayete göre, Peygamber Efendimize bir miras davasında hüküm vermesi için iki kişi müracaat

13 “Eğer müminlerden iki topluluk birbirleriyle savaşırlarsa aralarını düzeltiniz; eğer biri diğeri üzerine saldırırsa, saldırımlarla Allah'ın buyruğuna dönmelerine kadar savaşınız; eğer dönerlerse aralarını adaletle bulunuz, adil davranınız, şüphesiz Allah adil davrananları sever. Müminler ancak kardeşlerdir. Oyleyse kardeşlerinizin arasında düzeltin ve Allah'tan korkun ki esirgenesiniz.” (Hucurât 49/9-10.)

14 “Onlar bollukta ve darlıkta sarfederler, öfkelerini yenerler, insanların kusurlarını affederler. Allah iyilik yapanları sever.” (Âl-i İmran 3/134).

15 “İyilik ve fenalık bir değildir. Ey inanan kişi: Sen, fenalığı en güzel şekilde sav; o zaman, seninle arasında düşmanlık bulunan kişinin yakın bir dost gibi olduğunu görürsün.” (Fussilet 41/34).

16 “Toptan Allah'ın ipine sarılın, ayrılmayın. Allah'ın size olan nimetini anın: Düşmandınız, kalblerinizin arasında uzlaştırdı da onun nimeti sayesinde kardeş oldunuz. Bir ateş çukurunun kenarında idiniz, sizi oradan kurtardı. Allah, doğru yola erişesiniz diye size böylece ayetlerini açıklar.” (Âl-i İmran 3/103).

17 “Allah'a ve Peygamberine itaat edin; çekişmeyin, yoksa korkar başarısızlığa düşersiniz ve kuvvetiniz gider. Sabredin, doğrusu Allah sabredenlerle beraberdir.” (Enfal 8/46).

18 Tirmizi, Ahkâm, 17; İbn Mâce, Ahkam, 23. الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما حلالا أو أحل حراما شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما

19 Ebu Davud, Akziyye, 12. الصلح جائز بين المسلمين Bu konudaki diğer hadisler için bkz., Buhari, Sulh, 12; Müslim, Akdiye, 3; Ebu Davud, Akdiye, 7; İbn Mace; Ahkam, 23.

eder. Dâvayı çözecek delilleri olmayınca Hz. Peygamber “*Siz bana gelip dâva açıyorsunuz. Ben de bir beşerim. Belki sizin biriniz diğerinden daha düzgün ve beliğ bir şekilde ifadede bulunabilir. Ben de işittiğime göre hüküm veririm. Şunu iyi bilin ki zahir delillere istinaden kime hakkı olmadığı halde kardeşinin hakkını vermiş olursam o, bunu almasın. Zira bu durumda ben ona cehennemden bir ateş parçası vermiş olurum.*”<sup>20</sup> buyurmuştur. Taraflar arasında adaletle hükmetmesi için yeterli delili elde edemeyen peygamberimiz, davayı taraflar arasında sulh yapmaya havale etmiştir. Zira hadisin devamında tarafların “*benim hakkım sana helal olsun*” ifadesi tarafların sulh'e razı olduklarını göstermektedir.

### 3. FIKIHTA VE OSMANLI KANUNNAMELERİNDE SULH

Sulh akdinin meşru olduğu konusunda İslam hukukçuları görüş birliği içindedirler.<sup>21</sup> Ceza hukukunda sulh, genelde kısas ve diyet cezalarında tarafların bir meblağ karşılığında karşılıklı yaptıkları sözleşmeyi ifade eder.<sup>22</sup>

Taraflar arasında meydana gelen uyumsuzluğa bir çözüm yolu olan sulh'u fıkıh kitaplarının muâmelatla ilgili bölümlerinde bulmak mümkündür. Fıkıh eserlerinin nikâh bölümünde eşler arasında meydana gelen anlaşmazlıkların çözümünü sağlayacak sulh; edebü'l-kâdi/kazâ, cinâyet ve kısas bölümlerinde, görülmekte olan bir davayı tarafların karşılıklı rızaları ile sonlandıracak sulh; feraiz bölümünde mirasçılarının tereke ile ilgili gerçekleştirdikleri sulh; siyer bölümünde isyankârlarla veya başka devletlerle yapılan anlaşmayı ifade eden sulh mevzuları işlenmektedir.<sup>23</sup>

Osmanlı döneminde sulh anlaşmalarına dair bir düzenleme I. Selim Kanunnamesi'nde yer almıştır.<sup>24</sup> Sulh'e dair en kapsamlı düzenleme 1855 tarihli Mecelle'de, *Kitabu's-sulh ve'l-ibra* ismiyle iki ayrı bölümde yer almaktadır. Bu bölümler bir mukaddime ve dört bâb'dan oluşmaktadır. Mukaddime bölümünde 8 madde, birinci bâb'da sulh akdi ve ibra'ya dair 6 madde, ikinci bâb'da sulh bedeli ile iddia edilen ve istenen şeyle ilgili durum ve şartlara dair 3 madde, üçüncü bâb'da, iddia edilen ve istenen şey hakkında 8 madde, dördüncü bâb'da sulh ahkâmı ve ibra hakkında 16 madde olmak üzere toplamda 41 madde mevcuttur.<sup>25</sup>

Osmanlı hukuk sisteminde var olan, sonraları Mecelle'de kanunlaştırılan sulh uygulaması, İslam hukuku orijinli olup yukarıda değinildiği gibi fıkıh kitaplarında “*Kitabu's-sulh ve'l-ibra*” başlığı altında etraflıca anlatılmaktadır.<sup>26</sup>

20 Ebu Davud, Akziyye, 7.

21 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, C. II, s. 293; Ebu Ahmed Abdullah İbn Ahmed İbn Kudâme, *el-Muğni*, C. I-X, Beyrut, Daru'l-Fikr, 1405. C. V, s. 3; Bilmen, *Kâmus*, C. VIII, s. 8.

22 Mevsilî, *el-İhtiyâr*, C. III, s. 5.

23 Atar, “Sulh”, *DİA*, C. 37, s. 481.

24 Zeynep Abacı Dörtok, “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri”, *OTAM (Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi)*, Sayı: 20 Sayfa: 105-115 Yayın Tarihi: 2006, s. 108.

25 *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, Hikmet Yayınları, s. 321-332, 1968, İstanbul.

26 Abdülmecit Mutaf, “Osmanlı Hukuk Sisteminde Dostane Çözüm: “Sulh” Uygulaması”, *Yeni Ümit Dini İlimler Der-*

## D. SULH'UN ÇEŞİTLERİ

Sulh “*Âdî*” ve “*adlî*” olmak üzere iki çeşittir. “*âdî sulh*” herhangi bir şekle tâbi olmayan, “*adlî sulh*” ise mahkeme kontrolünde belli şekli hüviyete sahip sulh'tur.<sup>27</sup>

### 1. MAHKEME DIŞINDA (ÂDÎ) SULH

Aralarında hukuki bir dava bulunan tarafların mahkemeye müracaat etmesizin kendi aralarında yapmış oldukları sulhtur. Herhangi bir yönlendirme veya hukukî prosedür gerektirmeyen bu tür bir anlaşmaya varmak taraflar adına her zaman mümkündür. Şer'iyeye sicillerinde bu tür sulh kayıtları az da olsa mevcuttur. Bu tür kayıtlara sulh kaydı değil de, *borç ibrâsı ikrârı* demek daha doğru bir isimlendirme olacaktır.<sup>28</sup>

### 2. YARGI SİSTEMİ İÇİNDE (ADLÎ) SULH

Yargı sistemi bünyesindeki adlî sulh iki çeşittir. Bunlardan birincisi ‘*kadı*’ (*hâkim*)’in nezaretinde gerçekleşen sulhtur. Hâkim davalı ve davacıyı sulh olmaya eğilimli görüyorsa tarafları sulha davet eder. Ancak bunu yaparken dava hakkındaki görüş ve kanaatini bildirmekten kaçınması gerekir. Hâkimin bu aşamada rolü, sulhun hukukî şartlarına uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığını kontrol etmektir. Sulh sahih bir akid şeklinde tamamlanmışsa hâkim davanın sulh yoluyla sona erdiğini tespit ve tescil eder.<sup>29</sup>

İkinci çeşit sulh, taraflar arasında vukû bulan anlaşmazlığın mahkeme içinde veya dışında, kendi aralarında veya üçüncü kişinin/kişilerin (muslihûn) nezaretinde çözüme kavuşturulduğu sulhlardır. Hem kadı'nın hem de diğer üçüncü kişilerin muslihûn (arabulucu) sıfatıyla davalı ve davacı arasında var olan uyuşmazlığı çözüme kavuşturup sulh etmeleri, mahkemenin onayıyla belgelenir ki bu belgeye “*sulh akdi hücceti*” denir.<sup>30</sup>

## E. SULH KAPSAMINA GİRİP GİRMEME AÇISINDAN DAVALAR

Sulh ancak alacak, borç, tazminat, öldürmeden doğan dem-i diyet, ta'zir gibi kul hakkının (hukukû'l-ibâd) mevcut olduğu davalarda yapılabilir. Zina ve içki içme, hırsızlık<sup>31</sup> gibi ceza davalarında (hukûkullah) sulh geçerli değildir.<sup>32</sup>

*gisi*, Sayı 70., 2005.

27 Atar, “Sulh”, *DİA*, C. 37., s. 481.

28 Mutaf, “Osmanlı Hukuk Sisteminde Dostane Çözüm: “Sulh” Uygulaması”; Abacı Dörtok, “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh”, s. 109.

29 Atar, “Sulh”, *DİA*, C. 37, s. 482.

30 Abacı Dörtok, “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh”, s. 109.

31 Hırsızlık suçunda failin işlediği suç henüz yargıya intikal etmemiş, konu fail ile mağdur arasında bir mesele olarak kalmışsa, diğer bir ifade ile suç alenileşmemişse bu suç sulha konu olabilmelidir.

32 Atar, “Sulh”, *DİA*, C. 37, s. 482-283; Mutaf, “Osmanlı Hukuk Sisteminde Dostane Çözüm: “Sulh” Uygulaması”;



## F. SULH'TA TARAFLAR

Sulhta tabii olarak bir müddeî (davacı) ve bir de müdde-i aleyh (davalı) bulunur. Müddeî iddiasını belirttiikten sonra müdde-i aleyh söz konusu iddiaya karşı üç tür davranış gösterir. Birincisi *an ikrârin sulhtur*. Müdde-i aleyh iddiayı ikrar (kabul) ederse taraflar arasında *ikrar yolu ile sulh* gerçekleşmiş olur. İkincisi *an inkârın sulhtur*. Müdde-i aleyh iddiayı inkâr (red) ederse neticede yapılan sulh *inkâr yolu ile sulh* adını alır. Üçüncüsü, *an sükûtin sulhtur*. Müdde-i aleyh iddia karşısında ikrar veya inkâr etmeyip sükût ederse (susarsa) yapılan sulh *sükût yolu ile sulh* şeklinde isimlendirilir.<sup>33</sup>

Sulhta diğer bir taraf *muslihûn* (arabulucu)'dır. Davalı ve davacı arasında uzlaşmayı sağlayan kişiler muslihûn olarak adlandırılır. Muslihûn belli bir kişi veya zümre değil, tarafların anlaşmaları için onları bir araya getirip uzlaşmayı sağlayan arkadaşları, komşuları, akrabaları, mahalle büyükleri, esnaf ve sanatkârlardan vs. kimselerden olabilir.<sup>34</sup>

Sulh'un bir diğer tarafı *şuhûdü'l-hâl*'dir. Bu kişiler Osmanlıda, mahkemede yargılamaya veya sulh meclisinde sulha *müşahit sıfatıyla katılan seçkin kimselerdir*. "*Udûli'l-Müslimin*" olarak da isimlendirilen bu kişiler yargılamaya veya sulha gözlemci olarak katılır, fakat davaya müdahil olmazlardı. Şehrin önemli 5-6 kadar hukukçusundan veya seçkin kişilerinden oluşan şuhûdü'l-hâl, hâkimin veya muslihûnun adalet ilkesine uygun hüküm vermesine dolaylı bir etki yaparlardı. Sulh meclislerinde, sulh neticesinde düzenlenen ve mahkemeye ibraz edilen "sulh akdi hücceti'nde" (sulh belgesinde) şuhûdü'l-hâl'in de imzası bulunurdu.<sup>35</sup>

## G. SULH SÖZLEŞMESİNDE YAPTIRIM ÇEŞİTLERİ (BEDEL-İ SULH)

Sulh anlaşmaları birkaç şekilde sonuçlanabilir. Sulh karşılığında davalının davacıya taahhüt ettiği bedele "*bedel-i sulh*" (musâlehunaleyh/musâleh bih) denir. Bedel-i sulh, mal ya da menfaat olabilir.<sup>36</sup> Genelde alacak davalarında nakit olarak borç verilen para yine nakit olarak ödenir. Sulhta davacının talep ettiği miktar bedel-i sulhla aynı olmayabilir. Bu, ya davalının borcu inkârından, ya borca itirazından veya ödeme gücünün bulunmamasından kaynaklanabilir. Bedel-i sulh nakit olmayacaksa, borcun yaklaşık değerindeki malla ödenir.<sup>37</sup> Buna "*aynî sulh*" denir. Sulh'ta bir diğer sonuç "*meccânen sulh*" (bir haktan karşılıksız vazgeçme) olabilir ki bu, sulhun "*af*" ile sonuçlanması<sup>38</sup> anlamına gelir.<sup>39</sup>

Bilmen, *Kâmus*, C. VIII, s. 5.

33 Mecelle mad.1535; Bilmen, *Kâmus*, C. VIII, s. 7, El-Mevsli, *el-İhtiyâr*, C. 3. s. 6.

34 Abacı Dörtok, "Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh", s. 109.

35 Bahriye Yıldız, "232 numaralı Maraş Şer'iyye Sicilinin 1-75. Sahifelerinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi", *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi*, s. 8, 2008.

36 Bilmen, *Kâmus*, C. VIII, s. 5.

37 Mutaf, "Osmanlı Hukuk Sisteminde Dostane Çözüm: "Sulh" Uygulaması".

38 "*Meccânen sulh*" ile "*ibra*" birbirinden farklı kavramlardır. İbra, "*bir hakkın tamamından feragat*"tır. Diğer bir ifadeyle ibra, "*bir kimseyi bir haktan beri kılmak, onu hakkında davadan ve hak talebinden vazgeçmek*"tır. (Bilmen, *Kâmus*, C. VIII, s. 5.)

39 Atar, "Sulh" mad., *DİA*, C. 37, s. 483.

## H. SULH AKDİ HÜCCETİ (UZLAŞMA BELGESİ) İÇERİĞİ

Taraflar arasında uzlaşma sağlandıktan sonra varılan sonuç “*sulh akdi hücceti*” adında bir belge olarak *Şer’iye Sicillerine* kaydedilir ve belgenin birer nüshası taraflara verilir.<sup>40</sup> Bir *sulh akdi hücceti* dokuz tür bilgiyi içermek durumundadır.

*Sulh akdi hüccetinde* davacının adı ve adresi, davalının adı, anlaşmazlık konusu, sulh olmak için üzerinde anlaştıkları meblağ, sulh bedelinin peşin olarak ödendiği (bedel veresiye de olabilir ki bu takdirde ödeme zamanı ve varsa kefilin ismi yazılmalıdır), taraflar arasında artık anlaşmazlığın kalmadığı, tarafların bu anlaşmayı kabul ve itiraf ettikleri, muamelenin yapıldığı tarih ve son olarak şahitlere ait bilgiler yer almaktadır.<sup>41</sup>

Bedel-i sulh ve ikrar kısmında, üzerinde uzlaşılan bedel, nakit olarak ödenecekse ne kadar olduğu; mal olarak ödenecekse mallar vasıflarıyla birlikte teker teker yazılır. Sulh meccanen sağlanmışsa veya davadan feragat edilmişse bu durumlar sulh akdi hüccetinde açıkça yer alır. Ayrıca sulh bedeli peşin olarak sulh meclisinde ödenmişse bu ikrar edilir. Bedel veresiye ödenecekse ödeme takvimi ve kefilin kimliği açıkça yazılır. Taraflar arasında husumet kalıp kalmadığı ve sulh uygulamasına kaynaklık eden ayet ve hadisler de yine bu bölümde yer alır. İbrâ ve iskat bölümünde, sulh bedelini teslim alan davacı, davalının borcunu ibra edip, o dava hakkında tekrar bir talebi olursa mahkemece bu talebinin dikkate alınmaması gerektiğini ifade eden beyanlar yer alır.<sup>42</sup>

## I. SULH SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Osmanlı hukukunda uygulanan gerek mahkeme dışındaki (âdî) sulh, gerekse yargı sistemi içindeki adlî sulh uygulaması, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların kısa ve hızlı şekilde çözüme kavuşturulması adına önemli işlevler gören bir yapıya sahip olduğu görülmektedir.

Osmanlı hukuk sisteminde zina, hırsızlık ve diğer had cezalarının sulh kapsamı dışında kalıp, kişiler arasındaki borç, alacak, diyet, tazir gibi kişisel davaları (hukukul’ibâd) konu edinmesi, sulh sistemini batı kaynaklı hukukta var olan uzlaştırma kurumundan ayıran en önemli farklardan birini oluşturmaktadır. Zira aşağıda da izah edileceği gibi günümüz uzlaştırma kurumunda uzlaşma kapsamına girmeyen birçok suç çeşidi Osmanlı hukuk sisteminde sulhe konu olan suç çeşitleri arasında bulunmaktadır.

Osmanlı uygulamasında mağduru **şahıs** olan suçların sulha/uzlaşmaya konu edildiği, mağduru **toplum** olan suçların sulh/uzlaşma kapsamı dışında tutulduğu görülmektedir.

40 Mutaf, “Osmanlı Hukuk Sisteminde Dostane Çözüm: ‘Sulh’ Uygulaması”, s. 65.

41 Abdulaziz Bayındır, *İslâm Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 1986., s. 19.

42 Mutaf, “Osmanlı Hukuk Sisteminde Dostane Çözüm: ‘Sulh’ Uygulaması”, s. 65.

## II. BATI KAYNAKLI HUKUKTA ONARICI ADALET (UZLAŞTIRMA KURUMU)

### A. GENEL OLARAK

Batı kaynaklı hukukta cezanın temel amacının insanların ceza hukuku kurallarına uymalarını sağlayarak suç oranını azaltmak olduğu, bunun da genel önleme ve özel önleme yoluyla gerçekleşebileceği söylenmektedir.<sup>43</sup> Daha açık ifadelerle ceza hukukunun asıl amacı “*barış esasına dayalı toplum düzeninin devamının sağlanması, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi ve suç işleyen insanın yeniden sosyalleştirilmesi ve toplumsal sorumluluğa sahip bir birey durumuna getirilmesi*” olarak ifade edilmektedir.<sup>44</sup>

20. yüzyılın sonlarına doğru ceza hukuk sisteminin, ifade edilen bu amaçları sağlayıp sağlayamadığı sorgulanmaya başlanmıştır. Ceza adalet sisteminin bir kere daha tartışılmaya başlanmasının temel nedeni mevcut cezalandırma sisteminin suçu önleme ve faili ıslah konusunda yetersiz kalması, hapisanelerin suçluluğu azaltma konusunda sadra şifa bir çözüm ortaya koyamamış olmasıdır. Oluşan bu krizin temel etmenlerinden birisi de ceza adalet sisteminde unutulmuş ve dışlanan suç mağdurlarıdır. Neticede geleneksel ceza adalet sistemine duyulan memnuniyetsizlik yeni bir kavram olarak ortaya konan “*onarıcı adalet*” fikrini tartışmaya açmıştır.<sup>45</sup>

Onarıcı adalet özellikle Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Yeni Zelanda ve Avustralya’da oldukça yaygın olarak kullanılan, Anglo-Sakson menşeli bir kavram olduğu söylenebilir de, içeriği incelendiğinde onarıcı adalet fikri temelde Osmanlı hukukundan esinlenerek ortaya konulan bir uygulama olduğu izlenimi vermektedir. Batı kaynaklı hukukta yeni ve gelişmekte olan bir kavram olarak sunulan onarıcı adalet fikri temelde, suçtan doğrudan etkilenen taraf olan mağdur, fail ve topluma, suç verilecek tepkinin (ceza) belirleneceği sürece doğrudan katılma imkânının verilmesi ve mağdurun uğradığı zararın giderilmesi düşüncesine dayanmaktadır.<sup>46</sup>

### B. ONARICI ADALET FİKRİNİN KURUMSAL UYGULAMASI OLARAK “UZLAŞTIRMA”

Onarıcı adalet fikri temelde suç neticesinde, fail-mağdur-toplum üçgeninde bozulan ilişkilerin onarılması esasına dayanmaktadır. Onarıcı adalet fikrine göre, bir haksızlığı gidermek ve haksızlığın tekerrürünü engellemek için, haksızlığı doğuran ilişki düzeltilmeli ve eşitlik sağlanmaya çalışılmalıdır. Onarıcı adalet düşün-

43 İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, *Yaptırım Teorisi*, 3. Kitap, II. Bası, İstanbul, Beta, 2002, s. 28.

44 Ekrem Çetintürk, “Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD*, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 2.

45 Çetintürk, “Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma”, s. 3.

46 Adalet Bakanlığı, *Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı*, Ankara, 2009, s. 11.

cesinde taraflar arasında bozulan ilişkiyi “*neyin*” düzeltereği değil, bunun yerine ilişkinin “*nasıl*” düzeltereği sorusunun yanıtı aranmaktadır. Onarıcı adalet düşüncesine göre ceza adaletinin temel işlevi barışı sağlamak, yaraları iyileştirmek ve zararları gidermek olmalı, sistem intikama değil, barıştırmaya, uyuşmazlıkların devamına değil çözümüne, husûmet içerisindeki tarafları ayırmaya değil bir araya getirmeye odaklanmalıdır.<sup>47</sup>

Onarıcı adalet düşüncesinin öngördüğü bu amaçları gerçekleştirecek bir kurumsal yapının, ceza adalet sistemi içerisinde varlığı son yıllarda tüm dünyada oluşmaya başlamıştır. Bu kurumsal yapı birçok ülkede felsefi, bölgesel ve kültürel farklılıklardan dolayı birbirinden farklı isimlerle<sup>48</sup> ifade edilebilirken, ülkemizde “*uzlaştırma*” olarak isimlendirilmektedir.<sup>49</sup>

### C. UZLAŞTIRMA SİSTEMİNİN AMACI

Uzlaştırma düşüncesine göre suç öncelikle soyut kuralların ihlalden ziyade belirli bir kişiye karşı işlenmiş haksızlık olarak algılanmaktadır. Buna göre uzlaştırma failin yaptığı haksızlıktan kendisinin sorumlu tutulduğu, meydana gelen zararın giderilmesinin ve en önemlisi de mağdurun uğradığı zararın telafi edilmesinin amaçlandığı, tarafların suçun etki ve sonuçlarını gerçek nedenleriyle anlayarak suçun önlenmesine çalışıldığı bir sistemdir. Buna göre “*uzlaştırmanın amacı, suç nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararın mümkün olduğu ölçüde giderilmesi için mağdur ve failin aktif olarak katılacakları bir süreçte uyuşmazlığın çözümüne imkân sağlanması; fail ve mağdura suçu tartışmaları, duygularını açıklamaları ve sorularına cevap bulmaları için fırsat verilmesi; suç nedeniyle ortaya çıkan zararı dikkate alarak tarafların karşılıklı olarak kabul edebilecekleri bir telafi planının hazırlanmasına imkân verilmesidir.*”<sup>50</sup>

### D. UZLAŞTIRMA SİSTEMİNİN KARAKTERİSTİK ÖZELLİKLERİ

#### 1. ONARICI / ZARARI TAZMİN EDİCİ VASFI

Uzlaştırma düşüncesinde suça karşı verilecek toplumsal tepkiye (cezaya) mağdurun, maruz kaldığı zararın mümkün olduğu kadar giderilmesinden başlanmak-

47 Çetintürk, “Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma”, s. 27.

48 Orijinal adı *mağdur-fail arabuluculuğu* (*victim-offender-mediation*) olan *Uzlaştırma* terimi dünyada bundan başka şu isimlerle de anılmaktadır: “Mahkeme dışı suç çözümü (out-of-court offence resolution), Mağdur fail barışması (victim-offender-reconciliation), Mağdur fail uyuşmazlık çözümü (victim-offender dispute resolution), Suç Uzlaştırması (crime-act-mediation), Mağdur-fail dengesi (victim-offender-balancing), Mağdur-fail diyalogu (victim-offender dialogue), Mağdur-fail konferansı (victim-offender-conferencing), Mağdur-fail toplantıları (victim-offender meetings). (Çetintürk, a.g.e., s. 29.)

49 Onarıcı adalet kurumunun orijinal ve en yaygın ismi olan *mağdur-fail arabuluculuğu* (*victim-offender-mediation*) kavramı yerine ülkemizde, Ceza Muhakemesi Kanununda 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklik neticesinde “*uzlaştırma*” terimiyle ifade edilmeye başlanmıştır. (Çetintürk, a.g.e., s. 29.)

50 Çetintürk, a.g.e., s. 30.

tadır. Ceza adalet sisteminde mağdurun dava sürecinde rolü suçu yetkili makamlara bildirmek ve olaya tanıklık yapmayla sınırlıdır. Suçu yetkili makama bildirmek hem zaman alıcı hem de sıkıntılı bir işlemdir. Uzlaşma sisteminde mağdurun bu tür sıkıntıların birçoğunu yaşamaması öngörülmektedir. Faille yüz yüze gelen mağdur, uğramış olduğu zararı faile anlatma imkânı bulmakta, fail de mağdura vermiş olduğu zararı yakından görme fırsatını yakalamakta, böylelikle taraflar arasındaki uyuşmazlık birincil yoldan çözülebilmektedir.<sup>51</sup>

## 2. AFFEDİCİ / SORUN ÇÖZÜCÜ VASFI

Klasik ceza yargılama sistemi kanuna aykırılık teşkil eden fiilin insani sonuçlarıyla değil kanuni sonuçlarıyla ilgilenmektedir. Fail cezaevine girse dahi mağdur genellikle korku ve acılarıyla baş başa kalmaktadır. Özellikle ağır nitelikli ve belli bir mağduru olan suçlarda, fail cezasını çekip topluma katıldıktan sonra mağdur ve fail birbiriyle karşılaşmaktan son derece korkmaktadırlar.<sup>52</sup> Adalet sistemi muhtemel bu korkuyu gidermek için herhangi bir şey yapmamaktadır. Oysa uzlaştırma sistemi temelde uyuşmazlığın karşılıklı konuşup müzakere yoluyla çözümüne dayandığı için yukarıda sayılan sakıncaların uzağında bir çözüm sistemi olarak ortaya çıkmıştır. Uzlaşının temeli mağdurun zararının giderilmesine ve barış yoluyla sorunlara çözüm arama sürecine dayanmaktadır.

## 3. KATILIMCI / ESNEK VASFI

Uzlaştırma düşüncesinde mağdura, suçun etkilerini doğrudan faile anlatabilmesi, ona sorular sorabilmesi ve suç nedeniyle ortaya çıkan zararın en iyi şekilde giderilmesi amacıyla faille bir araya gelmesi için fırsat verilmesi esastır. Bu süreci kolaylaştırmak amacıyla toplum üyeleri de bu uzlaşmaya katkı sağlayabilirler. Diğer taraftan klasik ceza yargılamasında bütün suçlara aynı tepkilerin (cezaların) verilmesi mağdurun ihtiyaçlarının karşılanması açısından olumsuz neticeler verebilmektedir. Uzlaştırma sisteminde ise aynı suçların mağdurlar üzerinde farklı etkiler yapacağı fikri kabul edilmektedir.<sup>53</sup>

## E. UZLAŞTIRMA KURUMUNUN YASAL TEMELİ

### 1. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ TAVSİYE KARARLARI

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan çeşitli belgelerde ve Bakanlar Komitesinin çeşitli tavsiye kararlarında, ceza muhakemesi hukukunda uzlaştırma vb. programların geliştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Avrupa Konseyi Çocuk

51 Çetintürk, "Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma", s. 96-97.

52 Çetintürk, a.g.e., s. 98-99.

53 Çetintürk, a.g.e., s. 100.

Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 13. Maddesi sözleşmeye taraf olan devletlerin, arabuluculuğun kurumsallaşmasını ve kullanılmasını teşvik etmelerini gerekli kılmaktadır. Yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (85) 11 sayılı “*ceza hukukunda mağdurun durumu*” başlıklı kararına göre, mağdurun menfaatlerinin korunması ve ihtiyaçlarının karşılanması ceza adaletinin temel işlevlerinden biri olmalıdır.<sup>54</sup>

Uzlaştırma hakkında asıl dayanak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “*Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkında Uzmanlar Komitesi*” tarafından hazırlanan ve Bakanlar Komitesince 15 Eylül 1999 tarihinde kabul edilen R (99) 19 sayılı tavsiye kararıdır.<sup>55</sup>

## 2. TÜRKİYE’DE YASAL TEMELİ

1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan değişiklikler Türk ceza adalet sisteminde köklü bir değişime neden olmuştur. Bu değişikliklerden birisi de dünyadaki gelişmelere uygun olarak mağdurun konumunun güçlendirilmesi, haklarının daha sağlam koruma altına alınması ve mağduriyetinin giderilmesi için çeşitli imkânların sağlanmasıdır.<sup>56</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 253. maddesi, 06/12/2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’la değiştirilmiştir. Yapılan değişikliklerle beraber uzlaştırmanın iç hukuk açısından bir ceza muhakemesi kurumu olduğu belirlenmiştir.<sup>57</sup>

TCK ve CMK değişiklikleriyle, mağdurlar bakımından yapılan en önemli gelişme, uzlaştırma kurumu olmuştur. Bu yeni kurumla birlikte mağdurlar ilk defa kendi uyuşmazlıklarının sahibi olmuşlar ve bu uyuşmazlığın çözümü konusunda söz hakkı kazanmışlardır. Artık mağdur şikâyetçi ve tanık konumundan, maruz kaldığı maddi ve manevi zararları faile anlatabilme, bu zararların telafisi noktasında fikrini söyleme imkânına kavuşmuştur.<sup>58</sup>

## E. UZLAŞTIRMA SİSTEMİNİN FAYDALARI

### 1. FAİL/ŞÜPHELİ/SANIK AÇISINDAN FAYDASI

Uzlaşma sisteminin fail açısından en başta gelen avantajı, mahkûmiyet riskinin ortadan kalkmasıdır. Mahkûmiyet olmayacağı için, fail mahkûmiyete bağlı

54 Mustafa Serdar Özbek, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk” Konulu Tavsiye Kararı, s. 1. (Çevrimiçi) [www.uzlasma.adalet.gov.tr/doc/mevzuat/tavsiye.pdf](http://www.uzlasma.adalet.gov.tr/doc/mevzuat/tavsiye.pdf), 24/04/2013.

55 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (99) 19 Sayılı Tavsiye Kararı’nın ayrıntısı için bk., Özbek, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk” Konulu Tavsiye Kararı, s. 3.

56 Çetintürk, “Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma”, s. 224.

57 Çetintürk, a.g.e., s. 230.

58 Çetintürk, a.g.e., s. 224.

hak yoksunluklarına da tabi tutulmayacaktır. Klasik yargı sisteminde fail edilgen konumda iken, uzlaşma sisteminde fail uyuşmazlığın bir tarafı olacak, sürece doğrudan müdahil olacaktır. Dolayısıyla sosyal barışa uzlaşmanın katkısı klasik muhakemedekinden daha fazla olacaktır. Aynı zamanda uzlaştırma sistemiyle fail işlediği suç sebebiyle mağdur üzerinde yaptığı etkiyi yakından görme imkânına sahip olacak, bu da uzlaşma sürecini hızlandıracaktır. En nihayet mağdur uzlaşma neticesinde tatmin olacağı için fail aleyhine yeni bir intikam alma ihtimali de kaybolacaktır.<sup>59</sup>

## 2. MAĞDUR AÇISINDAN FAYDASI

Uzlaştırma kapsamına giren suçlar kamu hukukunu değil daha çok şahıs hukukunu ilgilendiren suçlardır. Klasik yargılama sonucunda davaların uzaması sebebiyle failin aldığı ceza mağduru yeterince tatmin etmemektedir. Uzlaştırma sisteminde mağduru suçtan hemen sonra tatmin olması öngörülmektedir. Diğer taraftan uzlaştırma sisteminde mağdur uyuşmazlığın çözümüne direkt müdahil olabilmekte, uzlaşmanın sonucunda etkin rol alabilmektedir. Böyle bir yöntemin sosyal barışın tesisine daha fazla ve daha kalıcı bir etki bırakması beklenmektedir.<sup>60</sup>

Klasik yargılama sistemi yapısı itibariyle maliyetli bir işlem iken, uzlaştırma sistemi daha az külfet gerektiren bir yapıya sahiptir. Bu sistem sayesinde mağdur yanıtını sadece failin verebileceği sorularının cevabını alma imkânına kavuşur. Faille görüşen, onunla konuşan mağduru korkularının azalması ve faile duyduğu intikam hissinin hafiflemesi beklenmektedir.<sup>61</sup>

## 3. CEZA YARGILAMASI AÇISINDAN AMACI

Klasik yargılama sonucunda verilen kararlar tarafları tatmin etmediği zamanlarda bu durum, yeni suçların işlenmesine sebep olacak bu da yargı sistemine yeni iş yükü olarak yansıtacaktır. Uzlaşma sisteminde uyuşmazlık tarafların özgür iradeleriyle sonuca bağlandığından yargı sistemi hem o davadan kurtulabilecek hem de muhtemel yeni davalardan kurtulmuş olacaktır.<sup>62</sup>

## F. UZLAŞTIRMA SİSTEMİNİN TEMEL İLKELERİ

### 1. GİZLİLİK

Uzlaştırmanın temel ilkelerinden birisi, uzlaştırmanın gizliliği ilkesidir. Uzlaştırmanın uygulanmasına yönelik Adalet Bakanlığı yönetmeliğinin 19. maddesinde ilke kayıt altına alınmıştır. Buna göre *“uzlaştırma müzakereleri gizli olarak*

59 Adalet Bakanlığı, *Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı*, s. 34.

60 Adalet Bakanlığı, a.g.e., s. 33.

61 Adalet Bakanlığı, a.g.e., s. 33.

62 Adalet Bakanlığı, a.g.e., s. 35.

*yürütülür”, “uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamalar herhangi bir soruşturma, kovuşturma ya da davada delil olarak kullanılamaz. Müzakerelere katılanlar bu bilgilere ilişkin olarak tanıklık yapmak zorunda bırakılamaz.” “uzlaştırmacı tarafından gerekli görülmesi halinde tutulan tutanak veya notlar, kapalı bir zarf içerisinde Cumhuriyet savcısına verilir.”<sup>63</sup>*

Uzlaştırma sürecinde taraflar arasında gerçekleşen görüşmeler ve paylaşılan bilgiler daha sonra ne mahkemede ne de basın yayın organları yoluyla hiçbir şekilde kullanılmamalıdır. Aksi durumda uzlaştırma taraflar için potansiyel tehlike içeren bir süreç haline alacaktır. Uzlaştırmada gizlilik şartı, uyumsuzluğun etkili bir şekilde çözümü için gerekli olan, düşüncelerin özgürce paylaşılması gerekliliğinin temelini teşkil etmektedir.<sup>64</sup>

## 2. GÖNÜLLÜLÜK

Ceza muhakemesi kanununa göre uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin temel ilkelerinden biri de, uzlaştırmanın gönüllülük ilkesine göre yürütülmesidir. Buna göre *“Uzlaştırma, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin özgür iradeleri ile rıza göstermeleri dâhilinde gerçekleştirilir. Bu kişiler anlaşma yapılana kadar iradelerinden vazgeçebilirler.”<sup>65</sup>*

Fail ve mağdurun uzlaşmaya katılması ve bu müzakereden netice alınması, uzlaştırmanın gönüllülük ilkesiyle yakından ilişkilidir. Uzlaştırmanın amacı, uyumsuzluğu tarafların özgür iradeleri doğrultusunda bir uzlaşıyla çözüme kavuşturmasıdır. Bu amacın gerçekleşmesi tarafların uzlaşma masasına gönüllü olarak katılmalarıyla sağlanabilir. Uzlaştırmada gönüllülük ilkesi gereğince uzlaştırmacı, fail ve mağdura uzlaştırma öncesinde uzlaşma teklifini kabul edip etmeme haklarının her zaman için var olduğunu, uzlaşmanın ancak tarafların ortak istekleriyle sürdürülebileceğini etraflıca anlatmalıdır. Taraflara verilen bu hak onların müzakereye olan ilgilerini ve sonuca yönelik güven ve adalet duygularını pekiştirecektir. Gönüllülük özellikle mağdurun uzlaştırmaya katılması bakımından son derece önemlidir. Mağdur özgür iradesiyle her zaman uzlaşmaya katılmayı veya uzlaştırmayı sürdürmeyi reddetme hakkına sahip olduğunu bilmelidir. Bu sayede mağdur süreç esnasında istemediği bir durumla karşılaştığında veya sürecin sonunda kâbulenmediği bir neticeyle karşılaştığında süreci bitirebilme özgüveninin vermiş olduğu güçle uzlaştırmayı daha kolay benimseyebilecektir. Bu ilke mağdur için ne kadar önemliyse fail için de o kadar önemlidir. Zira fail sürece gönüllü katılmakla yaptığı haksızlığın sonuçlarını giderme noktasında üzerinde daha çok sorumluluk hissedecek bu da uyumsuzluğun olumlu neticelenmesine katkı sağlayacaktır.<sup>66</sup>

63 Adalet Bakanlığı, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Madde 19/1-4.

64 Çetintürk, “Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma”, s. 81-82.

65 Adalet Bakanlığı, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Temel İlkeler, Madde 5/1.

66 Çetintürk, a.g.e., s. 79-81.



### 3. MENFAATLERİN KORUNMASI

Ceza muhakemesi kanununa göre uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin temel ilkelerinden biri de, uzlaştırmada menfaatlerin korunması ilkesidir. Buna göre *“Uzlaştırma, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin temel hak ve hürriyetlerine uygun olarak, menfaatlerin korunması esaslı gözetilerek yürütülür. Uzlaştırmaya katılan şüpheli, sanık, mağdur veya suçtan zarar gören müzakereler sırasında, kanunun tanıdığı temel güvencelere sahiptir.”*<sup>67</sup>

### 4. UZLAŞTIRMA SONUCUNUN MAHKEMEYE SUNULMASI VE RAPORUN İÇERİĞİ

Uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin temel ilkelerinden bir önemli maddesi de uzlaştırma raporunun savcılığa sunulmasıdır. Buna göre uzlaştırmacı, uzlaştırma işleminin sonuçlarıyla ilgili diğer bazı belgeleri ve gider pusulalarını cumhuriyet savcısına teslim eder. Tarafların imzalarını taşıyan uzlaşma raporunda tarafların ne surette uzlaştıklarına dair ayrıntılı bilgi yer alır. *“Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder. Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayanmadığını ve edimin hukuka uygun olmadığını belirlerse raporu onaylamaz. Onaylamama gerekçesini rapora yazar. Bu durumda uzlaşma gerçekleşmemiş sayılır.”*<sup>68</sup>

Uzlaştırma, faille mağdurun aralarında var olan uyuşmazlıkların gönüllülük esasına dayalı çözümünü içeren bir süreç olduğundan, uzlaşmanın sonucu sadece maddi yaptırıma veya tazminata bağlanmayabilir. Bu yaptırım bazen bir özür dileme, bazen suçun nasıl ortaya çıktığına dair bir açıklama, bazen mağdurun yaşadığı acıyı failin hissetmesi ve bunu mağdura ikrar etmesi şeklinde de olabilir. Bu yönüyle uzlaştırma mağdurun maddi yönünü ele aldığı kadar manevi ihtiyaçlarını da dikkate almaktadır. Uzlaşma teklifinin kabulünde ve diğer süreçlerde olduğu gibi uyuşmazlığın çözüm noktası olan uzlaşma raporu da tarafların gönüllülük esasına uygun olarak kayda alınmalıdır.<sup>69</sup> Netice itibarıyla gönüllülük esasının şart olduğu uzlaşma raporunun içeriği genelde özür dileme, zararın tazmini amacıyla belli bir miktar paranın ödenmesi, zarar gören şeyin onarılması ve eski haline getirilmesi, belli bir davranışta bulunulması, toplum veya mağdur adına kişisel bir hizmet görülmesi ve belli bir eğitim veya tedavi programına katılma gibi çok farklı yaptırımlardan oluşabilmektedir.<sup>70</sup>

67 Adalet Bakanlığı, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Temel İlkeler, Madde 5/2-3

68 Adalet Bakanlığı, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Madde 21/1-5

69 Çetintürk, “Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma”, s. 84-85.

70 Çetintürk, a.g.e., s. 89.

### III. UZLAŞTIRMA SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. UZLAŞTIRMA SİSTEMİNİN OLUŞUM AMACI YÖNÜYLE DEĞERLENDİRİLMESİ

Uzlaştırma sisteminin ortaya çıkışı bize şu gerçeği açıkça göstermektedir. Batı kaynaklı ceza hukuku mağduru zayıf haklarını telafi etme noktasında yetersiz kalmıştır. Klasik ceza yargılamasında, davaların gereğinden fazla uzaması, hapis cezasının mahkûmun veya zanlının ailesini olumsuz yönde etkilemesi toplumda yeni mağdurlar üretebilmektedir.

Uzlaştırma sisteminin özüne baktığımızda, sistemin adaletin tesisine dair bir tez olarak değil, klasik ceza yargı sisteminin zayıf görülen yönlerini kapatmaya yönelik bir antitez olarak oluştuğunu söyleyebiliriz. Diğer bir ifadeyle uzlaştırma sistemi bir zorunluluktan doğmuştur. Bu zorunluluk, klasik ceza sisteminin işleyişinin tüm dünyada tıkanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Uzlaştırmanın amacı sistemde oluşan bu tıkanmayı tahliye etmektir. Nitekim bu gerçekler, birçok bilim adamı tarafından da açıkça itiraf edilmektedir. Uzlaşma sisteminin masaya yatırıldığı Adalet Bakanlığı çalıştayında Prof. Dr. Cumhur Şahin, bu gerçeği şu ifadelerle dile getirmektedir:

*“Sorun tekerin, çarkın döndürülmesidir. Uzlaşmayı uygularsak yargının yükünün azaltılması gerçekleşebilecektir, uzlaştırmanın amacı bu olmalıdır. Diğerleri tali konulardır. İş yükü bizi bu amaca götürmektedir. Almanya’da yüksek mahkemelerdeki dosya sayısı bizdeki bir ceza dairesinin dosya sayısı kadardır....”<sup>71</sup>*

Yukarıda yer alan ifadeler uzlaştırma sisteminin temel çıkış argümanının mağdur haklarının öncelenmesi değil, *“adalet sisteminin tıkanmışlığına çareler arama”* gerçeği olduğunu açıkça göstermektedir.

#### B. UZLAŞTIRMA SİSTEMİNİN KUR’AN CEZA İLKELERİ YÖNÜYLE DEĞERLENDİRİLMESİ

Taraflar arasında bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan uzlaştırma, temelde mağduru zararlarını tazmin etme ve mağduru manen tatmin etme hedefiyle, İslam ceza hukukunun amaçladığı hedeflere de uygun bir düşüncedir. Batı kaynaklı hukukta var olan uzlaştırma düşüncesi, genel hatlarıyla klasik İslam hukuk kaynaklarında *“Kitabu’s-Sulh”* başlığı altında işlenmekte olup, sistemin Osmanlı Devleti’ndeki uygulamasının *“Musâlaha”* olarak isimlendirildiğini yukarıda görmüştük. Uzlaştırma sistemini Kur’an ceza ilkeleri<sup>72</sup> yönüyle değerlendirdiğimizde sisteme yönelik tespitlerimizi iki başlık altında toplayabiliriz:

71 Adalet Bakanlığı, “UNDP, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi, Çalıştay Raporu”, 30-31 Ekim 2008, İstanbul, s. 2.

72 Adem Yıldırım, *Kur’an-Sünnet İşığında Cezanın Amacı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Doktora Tezi, 2013, s. 34-101.

## 1. UZLAŞTIRMA DÜŞÜNÇESİNE YÖNELİK LEHTE ELEŞTİRİMİZ

Klasik ceza yargılama sistemi daha çok fail/zanlı üzerinde yoğunlaşmakta, failin nasıl ıslah edilip topluma kazandırılacağı sorusu üzerinde durmaktadır. Şüphesiz bunlar bir ceza sisteminde gözetilmesi gereken hedeflerdir. Fakat batı kaynaklı ceza yargılama sisteminde mağdur, suçtan zarar gören taraf olarak adalet sisteminin muhatabı olamamış, sadece zarar gördüğü davada şikâyetçi ve tanık konumunda kalmıştır. Uzlaştırma sistemi tam bu noktada klasik ceza yargılama sisteminde adeta unutulmuş mağdur haklarını önceleme yönüyle haklı olarak dikkat çekmektedir. İslam ceza hukukunda cezanın öncelikli amaçlarından birisinin mağdurun zayı olan maddi-manevi haklarını mağdura ödemek olduğundan, İslam ceza hukukunun ön gördüğü bu amacın genel hatlarıyla uzlaştırma sisteminde de gözetildiğini ifade edebiliriz.

## 2. UZLAŞTIRMA DÜŞÜNÇESİNE YÖNELİK ALEYHTE ELEŞTİRİMİZ

### a. Uzlaştırma Kapsamına Girmeyen Suçlara Yönelik Eleştirimiz

Mevcut uygulamada taraflar arasındaki her türlü uyuşmazlık, uzlaştırma kapsamına alınmamaktadır. Buna göre Türk Ceza Kanununda etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar<sup>73</sup> uzlaşma kapsamına girmeyen suçlardandır.<sup>74</sup>

Uzlaştırma sisteminin temelde taraflar arasında var olan uyuşmazlıkların etkin bir yöntemle çözümünü amaçlayan bir sistem olduğu gerçeğinden hareket ettiğimizde, uzlaştırma kapsamına alınmayan suç tasniflerinin mağdur lehine tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir. Zira kanunda yer alan “*Etkin Pişmanlık Hükümlerine Yer Verilen Suçlar*”a bakıldığında bu suçların birçoğunun şahıs aleyhine işlenen suçlar olduğu görülecektir. Madem ki uzlaştırma sistemi fail ile mağdur arasında vuku bulan uyuşmazlıklara çözüm amacıyla ortaya konmaktadır, şu halde suçtan etkilenen tarafın “*şahıs*” olduğu her suç türünü uzlaştırma kapsamına dahil etmek öncelikle uzlaşmanın ruhuyla uyuşan bir yaklaşım olacaktır.<sup>75</sup>

Diğer taraftan mağduru “*şahıs*” değil de “*toplum*” olan suçların, diğer bir ifadeyle mağdurun “*kamu tüzel kişisi/kamu*” olduğu suçların uzlaşma kapsamına alınmaması ilkesel olarak yerinde bir uygulamadır. Zira İslam hukukuna göre

73 “Etkin Pişmanlık Hükümlerine Yer Verilen Suçlar” şunlardır: 1) Mal varlığına karşı suçlar; organ ve doku ticareti suçu; hırsızlık, yağma, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas, karşılıksız yararlanma suçları. 2) Uyuşturucu ve uyarıcı maddelerle ilgili suçlar. 3) Para ve kıymetli damgalarda sahtecilik suçları. 4) Suç işleme amacıyla örgüt kurma. 5) Zimmet suçu. 6) Rüşvet suçu. 7) İftira suçu. 8) Yalan tanıklık suçu. 9) Hükümlü ve tutuklunun kaçması suçu. (Adalet Bakanlığı, *Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı*, s. 38.); Bunların dışında, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ve mağdurun kamu tüzel kişisi olduğu suçlar uzlaştırma kapsamına girmeyen suçlardır. (Adalet Bakanlığı, *Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı*, s. 37.)

74 Adalet Bakanlığı, *Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı*, s. 38.

75 İslam hukukunda *kasten adam öldürme* suçu dahil, mağduru şahıs olan birçok suç uzlaştırma kapsamına dahildir. Bunun istisnası yargıya intikal etmiş ve kesinleşmiş zina, hirabe ve hamr gibi birkaç suç türüdür. Bu suçlar kişisel değil, toplumsal yapıları ön plana çıktığı için uzlaşma kapsamı dışında kalmaktadır. (Bkz. Adem Yıldırım, *Kur'an-Sünnet Işığında Cezanın Amacı* Basılmamış Doktora Tezi, s. 80-87.)

de topluma yönelik işlenen suçların af ve uzlaşmaya kapalı olması<sup>76</sup> bu uygulamanın yerindeliliğini teyit etmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere **hırsızlık** suçu örneğinde olduğu gibi toplumsal suçlarda konu yargıya intikal etmeden (suç alenileşmeden) önce taraflar arasında uzlaşma sağlanabilmelidir. Suç yargıya intikal etmiş ve kesinlik kazanmışsa artık toplumsal suçlarda sulh ve af geçerli olmayacaktır.

### **b. Tarafların Üzerinde Uzlaşacağı Edimin<sup>77</sup> Miktarına Yönelik Eleştirimiz**

Uzlaştırma sisteminde mağdurun zararının giderilmesinin en önemli edim türü olduğu, zarar miktarının tazminat hukukunun prensipleri dikkate alınarak ve orantılılık ilkesi göz önünde tutularak taraflarca tespit edileceği ifade edilmektedir.<sup>78</sup> Edimin orantılılık ilkesine göre tespit edilmesi, mağdurun uğramış olduğu zararın failden tazmin edilmesi anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle mevcut uygulamada faile uygulanacak edim hukuka, ahlaka ve uzlaşmanın amacına aykırı olmamalıdır. Şüphesiz bunlar mağdurun kaybettiği haklara kavuşması açısından uzlaşmada uyulması gereken hususlardandır. Fakat burada **“orantılılık”** ilkesine dair bir oranın verilmemiş olması kanaatimizce sistem adına eksiklidir. Mevcut haliyle uzlaştırma sistemi, edimin tespiti noktasında hem mağdur hem de fail adına adaleti tesis edecek genel bir ilkeden yoksundur. Aralarında zaten ihtilaf olan fail ve mağdurun uzlaşmalarını sağlayacak net bir **“ölçünün”** olmayışı, tarafların uzlaşmalarını sağlayamadığı gibi ihtilafın derinleşmesine sebep olabilecektir.

Teklifimiz, mağdurun failden alacağı maddi-manevi tazminat için ilkesel bir üst limitin tespit edilmesi gerektiği yönündedir. Buna göre fail tespit edilen üst limitin üzerinde bir edimle yükümlü tutulmamalı, mağdur da bu limitin üstünde bir tazmin isteminde bulunamamalıdır. Bununla birlikte mağdur failden limitin altında bir edim talebine sahip olmalıdır. Diğer bir ifadeyle mağdur her zaman için hakkından kısmen veya tamamen vazgeçerek faili affetme yetkisini elinde bulundurmalıdır. Faille mağdur arasında tespit edilip üzerinde uzlaşmaya varılacak edim miktarı şüphesiz her suç için farklı olacaktır. Edimin tespiti her suç için önceden ayrı ayrı tespit edilemeyeceğine göre burada Kur'an ve Sünnet'te var olan genel ceza ilkesi devreye girmelidir. Buna göre fail ile mağdur arasındaki maddi-manevi uyumsuzluk “suça misliyle mukabele/mumâselet” ilkesine göre çözümlenmelidir.<sup>79</sup>

Netice olarak, hem fail hem de mağdur aralarındaki uyumsuzluğu mahkemeye intikal ettirmeksizin kendi aralarında uzlaşıyla sonuçlandırmak için gerekli gayreti gösterdikleri zaman, bu durumun her ikisinin de maddi-manevi lehine sonuç-

76 “Rasulullah, kendi aleyhine yapılan kötülüklerden dolayı asla intikam peşinde koşmadı. Fakat Allah'ın bir yasağı ihlâl edilince Allah için cezasını mutlaka verirdi.” (Buhârî, Edeb, 80.) “Allah'ın koyduğu cezalardan birinin infazı, yeryüzünde kırk sabah yağmur yağmasından daha hayırlıdır.” (İbn Mâce, Hudûd, 3.; Sünen-i Nesâî, Katu's-Sârik, 7.)

77 Alacaklının talep hakkına sahip olduğu, borçlunun ifa ile yükümlü olduğu konu.

78 Adalet Bakanlığı, *Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı*, s. 53.

79 Bkz. Yıldırım, *Kur'an-Sünnet Işığında Cezanın Amacı; İslam Hukukunda Suça Misliyle Mukabele Prensibi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, basılmamış yüksek lisans tezi, 2007; Suat Erdoğan, *Kur'an-Sünnet Işığında Suç Ceza Uygunluğu*; basılmamış doktora tezi, 2014.

lanacağını önceden bilmeleri sağlanmalıdır. Bu farkındalık ve hukukî düzenleme, hem tarafların lehine sonuç verecek hem de mahkemenin iş yükünü hafifletecek ve devletin yargılama masraflarını aza indirecektir.

## SONUÇ

Mağdur haklarına yönelik kurumsal yapıların Osmanlı uygulaması olan *sulh sistemi* ve batı kaynaklı hukuk uygulaması olan *uzlaştırma sistemini* incelediğimiz araştırmamızda ulaştığımız sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz:

Gerek Osmanlı Devleti'nde uygulanan **sulh sistemi** gerekse batı kaynaklı hukukta kurumsallaşan **uzlaştırma kurumu**, mağdur haklarının tespit ve telâfisi açısından üzerinde durulması ve geliştirilmesi gereken bir yapı olarak dikkat çekmektedir.

Osmanlı hukukunda uygulanan sulh sisteminin kaynağı, klasik fıkıh külliyyatının “Kitâbu’s-Sulh” bölümlerine dayanmaktadır. Söz konusu sistem sadece Osmanlıya ait bir yapı olmayıp, İslam fıkının belli bölümünü oluşturarak her zaman ve zeminde uygulanabilirliğe sahiptir. İslam hukuk sisteminde var olan musâlahâ sisteminin, Kur’an ceza ilkeleri ile bütünleştirilerek değerlendirilmesi gerektiği hususu öne çıkmaktadır. Bu husus ceza hukuku içinde sistemleştirilerek yerini aldığı taktirde fail ve mağdur arasındaki uyuşmazlıklar daha hızlı çözülecek, taraflarda oluşması beklenen tatmin duygusu gerçekleşecektir.

Batı kaynaklı hukukta yerini alan uzlaştırma, takdim edildiğinin aksine yeni bir kurum olmayıp, İslam hukukunda var olan ve Osmanlı hukuk sistemi içinde yüzyıllarca uygulanan bir yapı olduğu gerçeği belirginleşmiştir. Diğer taraftan uzlaştırma kurumunun mevcut ceza hukuk sistemi içinde bu denli ön plana çıkartılması, bizlere sulh sisteminin önemini bir keza daha hatırlatmış ve üzerinde yeni çalışmalar yapılması gerektiği gerçeğini ortaya koymuştur.

Batı kaynaklı hukukun sunduğu uzlaştırma kurumunun bizâtihi mağdur haklarının önemine binaen ortaya konulmadığı, aksine mevcut ceza sisteminin tıkanıklığını aşmak ve mahkemelerin iş yükünü hafifletmenin bir yolu olarak düşünüldüğü bizzat sistemi geliştiren bilim insanları tarafından ifade edilmektedir.

Uzlaştırma kapsamına giren ve girmeyen suçlar açısından sistem ele alındığında sulh sistemi ile uzlaştırma kurumu arasında bâriz farkın olduğu görülmekte olup, İslam hukukunda kişiler arası hukuku ilgilendiren uyuşmazlıklar sulh’a konu olabilirken, batı kaynaklı hukukta çerçeve mağdur aleyhine daha dar tutulmuştur.

Günümüz uzlaştırma kurumunda uzlaşmanın tarafları olan fail ve mağdurun bir araya gelip uyuşmazlığı çözüme gayretinin birçok avantajı beraberinde getirdiği haklı olarak ortaya konmuşken, söz konusu uyuşmazlığın sonucu olan “edim”in “hangi ölçü” içerisinde çözülmesi gerektiği hususu somut olarak ortaya koyul-

mamış, bu husus “orantılılık” gibi çerçevesi çizilmemiş bir ifadeyle tarafların inisiyatifine bırakılmıştır. Taraflar uzlaşmaya otururken daha işin başında, ***uzlaşma ölçüsünde üst limitin suçun mislini aşmaması*** gerektiği ve bu limitin altında kalan herhangi bir noktada uzlaşabilecekleri ilkesini bilip kabul edilecek olsa kanaatimizce ortaya çıkacak muhtemel adaletsizlikler daha baştan engellenmiş olacaktır.

Uzlaşmanın olumsuz neticelenmesi durumunda uyuşmazlık mahkemeye intikal ettirilmelidir. Bu durumda mağdurun uğradığı mağduriyet mahkeme kararıyla faile tazmin ettirilmeli, ayrıca faile işlediği suça karşılık, suçun “misli” olacak bir ceza yükletilmelidir.

## FIKHÎ AÇIDAN OTOPSİ

Yrd. Doç. Dr. M Fatih TURAN\*

**Özet:** İnsan cesedinin dıştan ya da iç organlarının açılarak incelenmesi olan otopsi, özellikle tıbbî ve hukukî ihtiyaç ve gerekçelerle başvuru olan bir yöntemdir. Kur'an'da ve Sünnette doğrudan otopsinin fikhî hükmünü ortaya koyan naslara rastlanmamaktadır. Ancak bazı naslardan dolayı da olsa otopsi ile ilgili değerlendirmeler yapmak mümkündür. Bununla birlikte, İslam âlimlerinin Kur'an ve Sünnetten çıkarılan "zaruret" prensibi ve "ıztırârî" hallerle ilgili vermiş oldukları misaller, otopsinin fikhî yönünü tespit etmeye ışık tutacak niteliktedir. Bu makalede; Kur'an ve Sünnet ışığında, klasik fikhî âlimlerinin görüşlerinden de istifade edilerek, günümüzde sıklıkla başvuru olan tıbbî ve adli otopsinin fikhî yönü üzerinde durulmuştur.

*Anahtar Kelimeler:* Ceset, Otopsi, Tıp, Adli, Fikh

### Autopsy From Fiqh's Perspective

**Abstract:** Autopsy which means to look at the human corpse externally as well as internally through post mortem examination is a method applied on the ground of especially medical and juristical needs and justifications. There exist no doctrines which regulate the fiqh judgements directly in *Holy Qur'an* and Sunnah. However, it is possible to carry out an evaluation on autopsy indirectly from some other doctrines. On the other hand, the examples given by Islamic scholars about the 'compulsory' situations and 'necessity' principle derived from *Holy Qur'an* and sunnah can be used to determine the Islamic jurisprudence of autopsy. In this article, in the light of *Holy Qur'an* and Sunnah as well as the views expressed by the scholars dealing with classical fiqh, the Islamic jurisprudence of medical and forensic autopsy, which is commonly used today, is explained.

*Keywords:* Body, Autopsy, Medicine, Forensic, Fiqh

## GİRİŞ

Tıp, teknolojiyi de arkasına alarak her gün yeni gelişmelere imza atmaktadır. Gerek hastalıkların sebebinin ortaya çıkarılması ve bunlara tedbir alınması yönünden gerekse adli tıp açısından önemli ilerlemeler sergilemektedir. Bu gelişim ve ilerlemelerde önemli aktörlerden biri de otopsi faaliyetleridir.

Otopsi; insan vücudunu daha yakından tanıma, ölüm ve hastalık sebeplerinin belirlenmesi ve cinayet gibi kriminal olaylarda suçun işleniş biçimini teşhir etme işlemidir. Otopsi ile hastalıklar hakkında daha yeni ve geniş bilgilere ula-

\* Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, fturan@atauni.edu.tr

şılmakta, hastalıkların insan vücudunda geçirdiği gelişim seyri tespit edilerek bu hastalıklarla mücadele yolları geliştirilmekte, tıp eğitimi almakta olan öğrencilere vücudun içyapısı tanıtılmaktadır. Bunların yanında kriminalistik<sup>1</sup> bilimi ile gelişen ve iç içe olan adli tıp müesseselerinde cesetler üzerinde yapılan otopsilerle, kişinin ne zaman, nasıl ve hangi sebeple öldüğü tespit edilerek, birçok adli vakıya aydınlatılmakta, ceza davalarında adliyeye yardımcı olunmaktadır.<sup>2</sup>

Günümüz dünyasında artık vazgeçilemez bir işlem olan otopsi, tarih boyunca büyük gelişim arz etmiş fakat farklı toplumlarda, değişik zamanlarda, dini ve ahlaki açıdan mahzurlu görülmüş, bu yüzden gerçek manada gelişimini ancak 19 yy'dan sonra gösterebilmiştir.<sup>3</sup>

İslam'da Allah'ın insanı mükerrem kılıp, hoş ve güzel nimetlerle donatarak, yarattıklarının çoğundan üstün kıldığı kabul edilmektedir. Bu yüzden İslam'a göre dünyadaki her şey insan için, insan da Allah için yaratılmıştır ve insan, yaratılanların en değerlisi ve şerefliisidir. İslam'da insanın maddi ve manevi hak ve dokunulmazlıkları vardır. Bunlardan biri de beden dokunulmazlığı olup, ölümden sonra da devam etmektedir. Bununla birlikte insan hayattayken beden dokunulmazlığı mutlak ve sınırsız değildir. Bazen hayat hakkını ortadan kaldıran durumlar söz konusu olabilmektedir. Mesela insanın kendisini faydasız yere tehlikeye atması caiz değildir; ancak savaşlarda canı pahasına düşmanla çarpışması farzdır ve en faziletli davranışlar arasında gösterilmiştir. Yine amme menfaatinin gerekli kıldığı bazı suçlar insanın bedenî cezalar görmesini, hatta hayatını kaybetmesini gerektirebilmektedir. Öldükten sonra da cesedin dokunulmazlığı mutlak değildir; faydalı, gerekli ve zaruri olduğunda bu dokunulmazlık da usulüne uygun bir şekilde ortadan kalkabilmektedir. Ancak, İslam'da insanın mükerrem bir varlık sayılması ve insana saygı üzerinde ısrarla durulmasının yan ısıra, kıyamet günü cismanî haşrin gerçekleşeceği inancının varlığı ve ölüye karşı da birtakım vecibelerin bulunduğu hükme bağlanmış olması gibi sebeplerle otopsi ve benzeri müdahaleler Müslümanlar arasında öteden beri tereddütle karşılanmış, konunun ahlâkî ve dinî hükmü üzerinde birtakım tartışmalar yapılmıştır. Bunun neticesi olarak da, bazı dönemlerde otopsi faaliyetlerine şiddetle karşı çıkıldığı görülmüştür.

Otopsinin tarihi çok eski zamanlara dayansa bile, organ nakli, kan nakli ve benzeri tıp ilmiyle ilgili olan konular gibi, günümüzdeki şekliyle bu işlem yeni sayılır. Dolayısıyla, fikhî boyutlarının tespiti oldukça önem arz eden bu mevzularla

- 
- 1 Türkçedeki iz biliminin karşılığı olan "kriminalistik", adli ve idari soruşturma esasında elde edilen maddi delillerin, bilimsel usullerle incelenmesi ve değerlendirilmesi suretiyle, suç ve suçlunun tespit ve ispatında elde edilen verilerin bilimsel analizleri birleştirip ortaya çıkarma çalışmasının bilimsel şeklidir. Hukuka yardımcı bir bilim dalı olan kriminalistik, bilimsel teknik, yöntem ve araçların yardımıyla suçu ve suçluyu aydınlatma yöntemidir. Bkz. Söylemez, Ahmet, *Kriminalistik*, İstanbul, 1977, s. 10; Dönmezer, Sulhi, *Kriminoloji*, İstanbul, 1981, s. 10; Sokullu, Füsün R., *Kriminoloji*, Beta, Yay., İstanbul, 2002, s. 29-34; İçli, Tülin Günşen, *Kriminoloji*, Seçkin Yay., Ankara, 2002, s. 44-47.
  - 2 Öztürk, Cemal, *Ceza Muhakemesinde İz Bilimi*, Seçkin Yay., Ankara, 2006, s. 27-38; Ersoy, Gökhan-Toprak, Sadık, "Güncel Durumu ile Hukuki ve Tıbbi Açından Otopsi Süreci", *Klinik Gelişim Dergisi, Adli Tıp Özel Sayısı*, c. 22, İstanbul Tabip Odası Süreli Yay., 2009, s. 65.
  - 3 Öztürel, Adnan, "Adli Tıp Otopsileri Çağdaş Problemleri Memleketimizdeki Adli Tıp Otopsilerinin Durumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 35, sy. 1-4, Ankara, 1978, s. 520; Ersoy-Toprak, s. 65, 66.



alakalı sarih bir nass bulunmamaktadır. Ancak İslam âlimleri, Kur'an ve Sünnet'te mevcut olan "zaruret" prensibini ve "ıztırârî" hallerle ilgili hükümleri açıklarken, günümüz modern meselelerine ışık tutacak, istifade edebileceğimiz bazı hükümler ve prensipler ortaya koymuşlardır.

İşte bu çalışmamızda; günümüzün önemli fikhî problemlerinden olan otopsi veya otopsi benzeri uygulamaların İslam medeniyetinde var olup olmadığını ve İslam'da bu tür fiillere karşı nasıl bir tutum sergilendiğini tespit etmeye çalışacağız. Bu kapsamda, vefatın hemen peşinden ya da daha sonra mezar açılarak yapılan adlî otopsinin; ölüm nedeni, hastalıkların tespiti ve tıp eğitimi için yapılan tıbbî otopsinin fikhî açıdan tahlilini yapmaya gayret edeceğiz.

## 1. OTOPSİ KAVRAMI, ÇEŞİTLERİ VE TARİHİ

### A-OTOPSİ KAVRAMI

Esas itibarıyla Grekçe kendi gözü ile görmek manasında *autopsia* şeklinde ifade edilen bu kavram Türkçemizde Fransızca okunuşuyla otopsi olarak yerleşmiştir.<sup>4</sup> Arapçada ise otopsi; teşrih/ "تشریح" kelimesi ile ifade edilmektedir.<sup>5</sup> "شرح" / şerrehe fiilinin mastarı olan bu kelime, açıklamak, keşfetmek ve kesmek gibi manalara gelmektedir.<sup>6</sup> Osmanlı'da da otopsi için teşrih kelimesi kullanımı yaygın olmakla beraber "feth-i meyyit", "feth-i nas", "feth-i ceset" kavramlarıyla da otopsinin kasdedildiği görülmektedir.<sup>7</sup>

Otopsi kelimesi terim olarak; insan vücudunu daha yakından tanıma, ölüm ve hastalık sebeplerinin belirlenmesinde hastalığın vücutta bıraktığı etkiyi görme ve inceleme, cinayet gibi kriminal olaylarda suçun işleniş biçimini teşhir etme işlemi olarak tarif edilmektedir.<sup>8</sup>

Cesedin hem içten hem dıştan incelenmesi olan otopsi, son derece kapsamlı teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bilimsel bir yöntemdir.<sup>9</sup> Otopsiyle ölüm sebep-

4 Maskar, Üveys, "İslam'da ve Osmanlılarda Otopsi Sorunu Üzerine Bir Etüd", *Türk Patoloji Dergisi*, Ankara Patoloji Derneği Yayın Organı, c. 3, sy. 3-4, 1976, s. 206; Bu kelime yerine Almanca'da *kesip*, biçme manasında "section" kelimesi kullanılmaktadır. Bkz. Mutlu, Kamile, *Autopsie (section) Metodu*, Sümer Basımevi, Ankara, 1937, s. 11.

5 Şenkütî, Ahmed Mezid, *Ahkamu'l-Ciraheti't-Tibbiyye ve'l-Asâru'l-Muterrettibetü Aleyha*, Mektebetu's-Sahâbe, Cidde, 1415/1994, s. 171; Bâr, Muhammed Ali, "Teşrih, Ulûmuhu ve Ahkâmuhu", *Mecelletu'l-Mecmei'l-Fikhî'l-İslâmî*, sy. 8, Mekke, 1995, s. 173-196.

6 İbn Manzur, Ebu'l-Fadl, Cemâluddin Muhâmmad b. Mükerrrem (ö. 711/1311), *Lisânu'l-Arab*, thk. Abdullah Ali el-Kebîr-Muhâmmad Ahmed Hasbullâh-Hâşim Muhâmmad eş-Şâzeli, Dâru Sadr, Beyrut, ts., II, 497; Zebîdî, Muhâmmad Murtaza (ö.1205/1791), *Tâcu'l-Arûs*, thk. İbrahim et-Tirâzî, et-Türâsu'l-Arabiyye, Kuveyt, 1972/1392, VI, 503.

7 Şanzade, Mehmed Ataullah, *Mirâtü'l-Ebdân fi Teşrih-i Azâi'l-İnsan*, Darü't-Tıbaa-i Hakani, İstanbul, h. 1232, s. 5; Jamin, A., *İlm-i Teşrih-i Tavsihi* (çev. Hasan Mazhar Paşa), Mahmud Bey Matbaası, İstanbul, h. 1322, s. 4; Cadéac, C., *Feth-i Naş ve Teşhisi Tehsil Eden Mühim Nokta*, (çev. Mehmed Hanefibeyzâde Ahmed Ata), Necm-i İstikbâl Matbaası, İstanbul, h. 1333, s. 9-11.

8 Cantürk, Güral, *Sözlük Dergisi Tıp Terimleri Sözlüğü*, c. 2, sy. 2, İstanbul, 2011, s. 18; *Türk Hukuk Lugatı* (Türk Hukuk Kurumu), Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 272

9 Bkz. CMK, md. 87; Koç, Sermet, "Ölüm Olaylarında Kimliklendirme", *Adli Tıp Ders Kitabı*, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul, 2011, s. 120.

leri tespit edilmekte, bulaşıcı hastalıklarla mücadele yolları keşfedilmekte, ortada bir cinayet varsa otopsi sebebiyle elde edilen deliller ile cinayetler aydınlatılmakta, kısacası; adli ve tıbbî açıdan birçok faydalı bilgiler ve neticeler temin edilmektedir.<sup>10</sup>

## B- OTOPSİ ÇEŞİTLERİ

Otopsi; tıbbî ve adli otopsi olmak üzere iki çeşittir.<sup>11</sup> Tıbbî otopsi; hastalıklar hakkında daha yeni ve daha geniş bilgilere ulaşmak, hastalıkları insan vücudunda geçirdiği gelişim seyri ile tespit etmek, tıp eğitimi almakta olan öğrencilere vücudun iç yapısını tanıtmak ve henüz tüm yönleriyle bilgi sahibi olunamamış hastalık türleri hakkında yeni bulgulara ulaşmak amacıyla cesedin incelenmesidir.<sup>12</sup>

Tıbbî otopsiler, tıp eğitimi ve kalite gelişiminin önemli bir parçası olmasının yanı sıra, kişinin ölmeden önceki hastalık sürecini anlamak isteyen hekimler için önemli bilgiler sunabilmektedir. Bu bilgiler hem tıbbî bilgi birikiminin gelişimine katkıda bulunmakta hem de kişinin sağlığındaki klinik uygulamaların isabetliliği hakkında fikir verebilmektedir. Ülkemizde otopsinin bu yoldan yapılabilmesi ölenin yakınlarının izniyle mümkündür. Bununla birlikte otopsi yapılacak kimsenin ölmeden önce vücudunda otopsi yapılmasına karşı çıkmamış olması gerekmektedir.<sup>13</sup> Ancak gerekliliği gösterildiği takdirde, bulaşıcı ya da salgın hastalığı şüphesi bulunan ölüye, herhangi bir izin alınmaksızın ilgili hekim tarafından otopsi uygulanabilmektedir.<sup>14</sup>

Adli otopsi ise bir ölümün doğal sebeplere dayanmadığı şüphesi hâsıl olduğunda veya kaza, intihar ve cinayet gibi sebeplerle meydana gelen ölümlerde kişinin ne zaman, nasıl ve hangi sebeple öldüğünü tespit amacıyla yapılan otopsidir. Bu durumda ölenin yakınlarının onay verme tasarrufları yoktur; otopsi yapılması zorunludur. Ancak bazı ülkelerde, dini gerekçelerle bu halde dahi ölenin yakınlarına otopsiyi reddetme hakkı yasal olarak tanınmıştır.<sup>15</sup>

Adli otopsilerle cinayeti işleyen kişi ya da kişiler tespit edilmekte, intihar olaylarında ölümün gerçekten intiharla mı olduğu belirlenmektedir. Çok sayıda kişinin aynı anda öldüğü otobüs, uçak, tren kazaları gibi kazaya bağlı ölümlerde, yangın ve patlamalar sebebiyle ölümlerde kimlik tespiti yapılmakta, işyeri kazaları neticesinde açılan tazminat davaları karara bağlanmaktadır. Ölü bebeğin doğum sırasında veya doğumdan sonra yaşam bulgularının olup olmadığı belirlenmekte,

10 Celbiş, Osman-Aydın, N. Engin-Soysal, Zeki-Mızrak, Bülent, "Türkiye'de Adli Tıp Uygulamasındaki Güncel Hukuki Durum", *İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, c. 1, sy. 11, 2004, s. 53-55.

11 Tıbbî ve adli otopsinin yapılış şekli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy-Toprak, 65-74

12 Koç, s. 120; Tan, Oğuzhan- Yerlikaya, Ünal, "Tıpla İlgili Problemler", *İslam Hukuku (El Kitabı)*, Grafiker yay., Ankara, 2012, s. 810.

13 Ersoy, Gökhan-Toprak, Sadık, "Güncel Durumu ile Hukuki ve Tıbbî Açıdan Otopsi Süreci", *Klinik Gelişim Dergisi, Adli Tıp Özel Sayısı*, c. 22, İstanbul Tabip Odası Süreli Yay., 2009, s. 65.

14 Bkz. Umumi Hıfzıssaha Kanunu, md. 70.

15 Ersoy-Toprak, s. 65, 66; Koç, s. 120.

beklenmedik bir şekilde ölümün meydana gelmesinde ya da ölüm sebebi hakkında kesin kanaat oluşmayan tüm durumlarda adli otopsiye başvurulmaktadır.<sup>16</sup>

Otopsi ayrıca iç ve dış otopsi şeklinde de ifade edilebilmektedir. İç otopsi ile cesedin iç organlarının çıkartılarak incelenmesi, dış otopsi ile de cesedin iç organlarının çıkarılmadan dıştan incelenmesi kastedilmektedir.<sup>17</sup>

## C- OTOPSİ TARİHİ

Otopsi benzeri işlemlere ilk olarak M.Ö. 3000 yıllarında Mısırlılarda rastlanmaktadır. Mısırlıların cesetlerde açtıkları kesiklerden kalp haricindeki iç organları ve burundan kanca yardımıyla beyni çıkarma faaliyeti yaptıkları belirlenmiştir. Fakat bu işlem bir tanı koyma amacı değil, mumyalama maksadı taşıdığından otopsi olarak kabul edilmemektedir.<sup>18</sup>

M.Ö. 300'lü yıllarda tıp tarihinin önemli isimlerden biri olarak görülen Hirophilus'un canlı insanlar ve kadavralar üzerinde pek çok inceleme gerçekleştirdiği ve bu çalışmalarının insan vücudunu tanımak ve anlamak gayesi güttüğünden ilk otopsi olarak kabul edildiği görülmektedir.<sup>19</sup> Bunun yanında daha erken bir tarihte M.Ö.1000 yıllarında ilk defa otopsinin Ling Shu adında bir Çinli tabip tarafından yapıldığı da iddia edilmektedir. Yine bu dönemde Çin'de mahkûmlar üzerinde otopsi yapıldığı ancak o zamanki bazı felsefi akımların bu fiile karşı çıktığı nakledilmektedir.<sup>20</sup>

İslam öncesi dönemde Arap yarımadasında tanı koyma maksadıyla otopsi yapıldığına dair herhangi bir bilgiye rastlanmamaktadır. Ancak otopsiye benzer bir işlem olan müslenin yapıldığı bilinmektedir. Fakat müslle tanı koyma maksatlı olmayıp, bir kimsenin, başkalarına ibret olması amacıyla ya da hayattayken nefret etmesi ve intikam almayı istemesi sebebiyle başka birisinin burnunu, kulağını, ve sair uzuvlarını kesmesi, gözlerini oyarak çirkin bir şekle sokması veya iç organlarını çıkarmasından ibaret bir fiildir.<sup>21</sup>

Avrupa'da otopsinin ilk defa 1111'de Norveç'te yapıldığı bilinse de belgeli olan ilk otopsi 1286'da İtalya'nın Parma şehrinde veba salgını sonucu ölen bir kişiye yapılmış ve bu tarihten itibaren tıbbi ve adli otopsi sistemi kısmen gelişmeye başlamıştır.<sup>22</sup> Bu dönemden sonra yapılan ölüm sonrası inceleme sayıları çeşitli top-

16 CMK, md. 88, 89; Ersoy-Toprak, s. 66; Koç, s. 107-111

17 CMK, md. 87; Ersoy-Toprak, s. 65-67; Koç, s. 120.

18 Ersoy-Toprak, s. 64; Koç, s. 120.

19 Ersoy-Toprak, s. 64.

20 Mansur b. Muhammed, *Kitabu Teşrihi'l-Ebdân Mine't-Tıb* (çev. Esin Kahya- Betül Bilgen), Atatürk Kültür Merkezi Yay., Ankara, 2008, s. 2.

21 Râzi, Muhâmmed b. Ebi Bekr (ö. h. 666), *Muhtârû's-Sihâh*, Dâru'l-Feyhâ, Dımaşk, 1431/2010, s. 415; Ahteri, Muslihiddin Mustafa b. Şemseddin Karahisârî (ö. 968/1560 ), *Ahteri Kebir*, İstanbul, h. 1310, s. 270; Kal'aci, Muhâmmed Ravvas-Kuneybi, Hâmid Sâdik, *Mu'cemu Lugati'l-Fukaha*, Dâru'n-Nefâis, Beyrût, 2006. s. 374; Yağcı, Cengiz, "Müslle" Maddesi, *Şamil İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, 1991, IV, 389, 390

22 Öztürel, s. 520; Julian L. Burton- Guy R. Nutty, *The Hospital Autopsy*, CRS Press, United States of America, 2010,

lumsal olgulara bağlı olarak inişli çıkışlı bir seyir göstermiştir. 19. Yüzyılda, yaşamları boyunca on binlerce otopsi yapan tıpçılar var olmuş, 20 yy. boyunca otopsi oranlarında büyük artış görülmüştür.<sup>23</sup>

Türkiye’de ilk otopsi Hayrullah Efendi’nin “Makalat-ı Tıbbiye” isimli kitabında nakledildiğine göre, Osmanlı döneminde 1843 yılında Avusturya Hastanesi doktoru Bernard tarafından başına sırık düşmesi sonucunda ölen bir işçiye yapılmış ve bu otopsiyi tıp öğrencileri de izlemiştir.<sup>24</sup> Bundan önce Sultan Abdülmecit’in halife olarak 1841 yılında imzaladığı bir fermanla sadece Hristiyan ölülerin otopsisine izin verdiği de bilinmektedir.<sup>25</sup> Esasında bu tarihten 40 yıl önce tıp okullarında teşrih (otopsi) yapılmasının gerekliliği ve bu faaliyetin yapılacağı mekânlar oluşturma düşüncesinin iyice artmaya başladığı da göze çarpmaktadır.<sup>26</sup> 1879 tarihinde kabul edilen Usulü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunuyla hekimlerin adli olaylarda “ehl-i hibre” (bilirkişi) olarak görevlendirileceği belirtilmiş ve ölüm olaylarında cesedin dış muayenesine göre bir teşhis konulmazsa ya da kurşun veya zehir aranması icap ediyorsa otopsi yapılması gerekli görülmüştür.<sup>27</sup>

Bazı araştırmacılar tarafından İslam dünyasında dini sebeplerden dolayı otopsinin yapılmadığı hatta bu yüzden tıp ilminin pek gelişmediği ileri sürülmüştür.<sup>28</sup> Bu araştırmacıardan bazıları, İslam dünyasında Anatomi ve fizyoloji çalışmalarının da Avrupada 16 yy’a, doğuda da 19. yy’a kadar tıpta otorite kabul edilen Galen’in hayvanlar üzerinde yaptığı otopsilerden elde ettiği bilgileri insan anatomisine uygulayarak yazdığı eserlerinin Arapçaya çevrilmesi neticesinde oluştuğunu iddia ederler.<sup>29</sup>

s. 4; Bilgin, Nursel Gamsız-Ögenler, Oya-Akça, Tamer, “Ülkemizde Adli Otopsinin Tarihçesi”, *Lokman Hekim Dergisi*, Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi, c. 1, sy. 8-12, Mersin, 2011, s. 8.

23 Ersoy-Toprak, s. 64; Usubütün, Alp- Gedikoğlu, Gökhan, “Türkiye’de Patolojinin Gelişimi” *Türk Patoloji Dergisi*, c. 23, sy. 2, Ankara, 2007, s. 69; Julian L Burton- Guy R Nutty, s. 6.

24 Zehirlenerek öldüğünden şüphelenilen bu şahsın midesinin açılıp, mide muhteviyatının tahlilinden sonra zehirlenmediğinin tespit edildiği, kafasının açılarak beyin kanamasından öldüğünün saptandığı anlatılmaktadır. Bkz. Hayrullah, Abdulkhak, *Makalat-ı Tıbbiye*, Tabhane-i Amire, 1843, s. 91; Ayrıca bkz. Maskar, s. 266; Öztürel, s. 521.

25 Maskar, s. 266; Celbiş-Aydın-Soysali-Mızrak, s. 53.

26 Altıntaş, s. 378-383.

27 Bkz. 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu, md. 40 ve 41.

28 Garrison F. H., *An Introduction to the History of Medicine*, W.B. Saunders Filedelfia, London, 1929, 1929, s. 126-139; Maçkar, s. 260-262; Yahudilikte ölmüş insanın vücudunun parçalanması yasaklanmıştır. Ancak Yahudiler, vücuda da saygısızlık olmadığı müddetçe başkalarının hayatını kurtarmak amacıyla otopsi yapılabileceğini bunun için de ailesinden izin alınması gerektiğini kabul ederler. Yahudilere göre otopsi üç gün içerisinde yapılmalı ve vücuttaki tüm organlar eksiksiz bir şekilde ölüyle birlikte gömülmelidir. Bkz. Julian- Guy s. 42; Hristiyanlıkta açıkça otopsiye karşı olumsuz bir tavır bulunmamaktadır. Ancak ortaçağın sonlarına kadar kilise bu tarz tıbbi müdahalelere hep karşı çıkmıştır. Ancak bu dönemden sonra kilisenin otopsiye karşı tavrı değişmiştir. 1556 yılında yapılacak bir otopsiye bizzat Katolik kilisesi izin vermiştir. İngiltere gibi halkı Protestan olan bazı ülkelerde 19 yy’a kadar tıbbi otopsi için ancak idam edilmiş suçluların vücudunun kullanılacağı kanunda belirtilmiştir. Bkz. Finkbeiner, Ursell, Walter E.-Ursell, Philip C.-Davis, Richard L., *Autopsy Pathology*, Saunders Elsevier, Philadelphia, 2009, s. 21; Julian- Guy, s. 4; Jarco S. Problems of the Autopsy, au 1670, A.D., Bull N Y Acad Med 47; 1971, s. 792-796; Finkbeiner, Ursell -Davis, s. 21; Julian- Guy, 44; Bununla birlikte Ortadoks Hristiyanlarının bu konuda daha ılımlı olduğu ancak bazı Hristiyan grupların ise her durumda otopsiye karşı çıktığı bilinmektedir. Bkz. Finkbeiner-Ursell-Davis, s. 21; Julian- Guy, s. 43-45.

29 Maskar, s. 260-263; Kahya, Esin-Bilgen, Betül, *Kitabu Teşrihi’l-Ebdân Mine’l-Tıb* adlı eserin önsözünde, s. 3-4; Esasında İslam medeniyetinde ilmin din ve beden ilmi şeklinde tarif edildiğini ve dini ilimlerin yanında tıbbi ilimlere büyük önem verilerek İslam Tarihi boyunca tıbbi müesseselerin kurulduğu görülmektedir. Bkz. Şeşen, Ramazan,

Esasında İslam dünyasında, tarihte otopsi yapılmasına sıcak bakmayanların olduğu bilinmektedir. Mesela Sultan II. Beyazıd döneminde bazı şüpheli ölümlerde otopsi ve mezar açma işlemleri için resmi makamlardan izin istendiği, ancak devrin şeyhülislamlarının bu konuda katı bir tutum içinde olduklarına dair nakiller bulunmaktadır.<sup>30</sup> Bu dönemde aynı saiklerle mezar açmak için yapılan bir işteğe 1494'de Şeyhülislam Mevlana Alaaddin Aliyyü'l-Arabî'nin şiddetle karşı çıktığı ve bunu yapanın büyük bir günah işlemiş olacağını ifade ettiği nakledilmektedir.<sup>31</sup> Bu durumun yansımaları sonraki dönemlerde otopsi ile ilgili yazılan eserlerin birçoğunun hayvanlar hakkında olduğu dikkatten kaçmamaktadır.<sup>32</sup> Ancak yukarıdaki birkaç misalden ve fizyoloji, anatomi ile ilgili eserlerin birçoğunun hayvanlar hakkında yazılmasından yola çıkarak otopsiye karşı tavrın İslam dünyasının her dönemi için olumsuz olduğunu iddia etmek yanlış bir tutum olacaktır.

Nitekim bu örneklerin yanında otopsi yapıldığına ve otopsi faaliyetine önem verildiğine dair bilgilere de rastlanılmaktadır. Mesela, İslam dünyasının önemli tabip ve filozoflarından İbn Rüşd (1126/1198), Ebû Bekir er-Razî (834-932), İbn Sina (980-1037) ve İbn Nefis (1213-1288)'in otopsi yapıp yapmadığı yönünde doküman bulunmasa da birçok batılı araştırmacıdan yüzlerce yıl önce insan kalbi ve akciğerinin anatomisini tarif etmeleri, bu bilgilerin ancak teşrih (otopsi) ile elde edilebileceğinin savunulmasına sebep olmuştur. Ayrıca İbn Sina'nın "*tıp ve teşrih bilmeyen güçsüzdür*" sözü, İbn Nefis'in ve Şemseddin İtâkî (1572/ 1632) 'nin teşrih ile ilgili eserleri, tıpla ilgilenen İslam âlimlerinin otopsi ile meşgul olduğuna delil olarak gösterilmektedir.<sup>33</sup> Bunların yanında Avrupadaki birçok tıp araştırmacısına asırlarca tesiri bulunmuş İbn Rüşd'ün, eserlerinde insan anatomisinden bahsederken, birçok iç organ hakkında verdiği bugünkü tıp verileriyle hemen hemen örtüşen bilgiler dikkate alındığında,<sup>34</sup> söz konusu organları incelemeyen bu bilgileri vermesinin imkânsız olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bunların yanında IV. Murad'ın hekim başlığını da yapmış bulunan Emir Çelebi, Anatomi ile ilgili bir kitap yazmış ve bu kitabının son kısımlarında "*ilmi teşrih'in ehlinden öğrenilmesi, sadece kitaplarla okumakla yetinilmeyip, harplerde ölenler üzerinde teşrih yapılarak bilginin tamamlanması gerektiğini...*" ifade etmiş ve bundan yaklaşık 400 yıl önce insan cesedi üzerinde otopsi yapılmasını teşvik etmiştir.<sup>35</sup>

"Eyyübiler Döneminde Tıp Eğitimi", *İslami Tetkikler Dergisi*, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yay., c. 9, İstanbul, 1995, s. 221-242; Ünal, İsmail Hakkı, "Hz. Muhammed (s.a.v.) ve Tıp", *Diyanet İlmî Dergi*, Hz. Muhammed (s.a.v.) Özel Sayısı, Ankara, 2000, s. 181-190; Ağrakça, Ahmet, *İslam Tıp Tarihi*, İstanbul, 2004.

30 Bilgin-Ögenler-Akça, s. 9

31 Bilgin-Ögenler-Akça, s. 9; Öztürel, s. 521.

32 Bkz. Sabri, Hüseyin, *Hülâsa-i Teşrih ve Fizyoloji-i Baytarî*, Hukuk Matbaası, İstanbul, 1913; Hâmedânîzade, Ali Naci, *Feth-i Meyyit*, Matbaa-i Şems, İstanbul, 1916.

33 Uzluk, F. N., "Anatominin Gelişmesi, İbn Nefis'in Küçük Dolaşımı Bulması", *İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası*, c. 15, sy. 1, İstanbul, 1952, s. 350-361; Maskar, s. 265; Ayrıca bkz. Kahya, Esin, *Şemseddin İtâkî'nin Resimli Anatomi Kitabı*, Ankara, 1996.

34 İbn Rüşd'ün tıp ilmindeki yeri için bkz. Karlığa, H. Bekir, "İbn Rüşd" Maddesi, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, 1999, XX, 272; Bakkal, Ali, "İslam Tıp Tarihinde İbn Rüşd", *Uluslararası İbn Rüşd Sempozyumu*, 2009, Sivas, II, 441-468.

35 Emir Çelebi, Seyit Mehmed, *Mucezu't-Tib*, Süleymaniye Kütüphanesi Mihrişah Bölümü No: 342, Türkçe Yazma, (1034/1625); Maskar, s. 263; Altıntaş, Ayten, Osmanlı Tıp Eğitiminde Teşrih Meselesi, *Uluslararası III. Türk Kültü-*

Bununla birlikte 1600'lü yıllarda saray cerrahlarından Ebubekir Halife'nin "İlm-i Teşrih" adıyla otopsi dersleri verdiği nakledilmektedir.<sup>36</sup>

Bunların yanında İslam tarihinde özellikle Osmanlı dönemindeki adli davalarda hekimlerin görüşlerine başvurulduğu ve onların yaptıkları otopsiler neticesinde verdikleri raporların dava sonuçlarında son derece önemli rol oynadığı görülmektedir. Bunlardan bazıları şu şekildedir:

1552 yılında Bursalı Ramazan kızı Şahban Hatun'un oğlu Ali'yi, ustası Satılmışoğlu Celal'in döverek ölümüne sebebiyet verdiği öne sürülür. Mahkeme tarafından dört tabip ölüyü muayene etmek üzere görevlendirilirler ve mütevaffanın üzerinde herhangi bir darp izi olmadığı sonucuna varırlar. Anlaşıldığı kadarıyla bu olaydaki otopsi, bir nevi dış otopsidir. Ancak şu olay, iç otopsinin de yapıldığını göstermektedir:

1555'de Tahtakale'de vefat eden Abdullahoğlu Cafer adlı kişinin Karamanlı Abdurrahman adındaki bir şahıs tarafından vurularak öldürüldüğü iddia edilir. Ancak Abdullahoğlu Cafer üzerinde yapılan otopsi işlemi ile üzerindeki yarasının ölmeye sebep olamayacağı ve onun vebadan öldüğü rapor edilir.<sup>37</sup> O günkü tıbbî imkânlar dikkate alındığında, bir insanın vebadan ölüp ölmediğinin ancak iç otopsi ile bilineceği anlaşılmaktadır.

Yine içeriği zikredilmeyen Bursa'da 1649 yılında gerçekleşmiş bir davada, kararın ancak otopsi ile elde edilecek bilgiler neticesinde verilebileceğini gören kadının, hekimlerden görüş istediği kaynaklarda nakledilmektedir.<sup>38</sup>

## II- OTOPSİNİN FIKHÎ DEĞERLENDİRMESİ

Özellikle tıp ilminin gelişiminde büyük katkısı olması ve mahkemelerin muhakeme faaliyetlerinde adaletin teminine büyük fayda sağlaması sebebiyle dünyanın birçok ülkesinde otopsiye sıklıkla başvurulmakta ve bu tür faaliyetler günden güne artmaktadır. İstatistiklere göre, sadece Türkiye'de yılda yaklaşık 25-30 bin otopsi işlemi uygulanmaktadır.<sup>39</sup> Bu durum, günümüzde otopsinin fikhî boyutunun tespitinin daha çok önem arz ettiğini göstermektedir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, cesedin dış muayenesi ve iç muayenesi olmak üzere iki tür otopsi bulunmaktadır. Dış otopsi yani cesedin dış muayenesinde hem klasik hem de çağdaş İslam hukukçuları dini bir sakınca görmemektedirler. Mesela, fakihlerin birçoğuna göre, İslam ceza hukukunda ispat vasıtalarından biri-

*rü Kongresi Bildirileri*, (25-29 Eylül, 1993, Ankara) Ankara, 1999, s. 378.

36 Bilgin-Ögenler-Akça, s. 9.

37 Düzbakar, Ömer, "Osmanlı Hukuk Sistemi İçinde Tıp ve Hekimlerin Yeri", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku-Tarihi Dergisi*, c. 3, sy. 2, 2005, s. 105-109; Ekşi, Ahmet, *İslam Tıp Hukuku*, Ensar Yay., İstanbul, 2011, s. 83.

38 Bilgin-Ögenler-Akça, s. 9.

39 Koç, Sermet, "Otopsiler ile İlgili Dünyada ve Türkiye'deki Güncel Durum", *Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi*, c. 9, sy. 2, 2012, s. 80.

si olarak değerlendirilen “kasâme” nin söz konusu olabilmesi için, ölü olarak bulunan kişi üzerinde yapılacak inceleme neticesinde yaralama ve müessir fiil izlerine rastlanması gerekli şartlardan biridir. Ceset iyice incelenip kendisinde öldürme izine rastlanırsa kasâmeye gidilir ve cesedin bulunduğu bölgedeki insanlara yemin verdirilerek onlardan diyet alınır. Maktulde herhangi bir öldürme izi bulunmamasının, bu kişinin tabii bir ölümlle öldüğüne delalet ettiği ve bu durumda hiç kimseye ceza verilemeyeceği savunulur.<sup>40</sup> Görüldüğü üzere, cezaî bir hüküm verebilmek için ceset üzerinde yapılması istenen tüm ameliyeler bir nevi dış otopsidir ve cesedin ölüm sebebinin tespiti için dıştan incelenmesine karşı her hangi bir itiraz söz konusu değildir. Esas tartışma konusu olan cesedin iç muayenesidir.

Cesedin cerrahi teknikler kullanılarak açılıp incelenmesi yani iç otopsiyi fikhî açıdan değerlendirebilmek için öncelikle Kur’an ve Sünnet bağlamında konunun ele alınması, ardından klasik fikhî kitaplarında bu konuya ışık tutabilecek örneklerle bakılması gerekmektedir.

Kur’an-ı Kerim’de ve Sünnette doğrudan otopsinin hükmünü ortaya koyan bir nassa rastlanmamaktadır. Ancak insanları bilime ve araştırmaya, iyiliğe ve yardımlaşmaya teşvik eden birçok âyet ve hadis bulunmaktadır.<sup>41</sup> Daha önceden de ifade ettiğimiz üzere, otopsi ile hastalıklar hakkında önemli bilgilere ulaşılmakta, elde edilen bu bilgilerle hastalıklarla mücadele yolları belirlenmekte, tıp eğitimi almakta olan öğrenciler vücudun iç yapısını tanıyarak, mesleki açıdan önemli kazanımlar elde etmektedirler. İlme ve araştırmaya katkısı, insanlar için tıp alanında iyi ve hayırlı sonuçlara vesile olması gibi özellikleri, otopsinin bu âyet ve hadisler kapsamında değerlendirilmesini mümkün kılmaktadır. Ayrıca Kur’an’da ve Sünnette sıklıkla toplumda adaletin tesisinin önemine işaret edilmektedir.<sup>42</sup> Günümüzde özellikle birçok ceza davasına konu olan ölüm vakıalarının aydınlatılmasında ceset üzerinde yapılan adli otopsilerin büyük katkısı bulunmaktadır. Bu otopsilerle bir ölümün doğal sebeplerle mi, kaza, intihar yâda cinayetle mi gerçekleştiği anlaşılabilir. Özellikle cinayet sebebiyle ölümlerde kişinin ne zaman, nasıl ve hangi şekilde öldürüldüğünün tespiti, suçluların belirlenmesi için çok önemli bir metottur. Elde edilen bu delillerle suçlular yakalanarak gerekli cezaya çarptırılmaktadır. Adaletin icrasına yönelik âyet ve hadisler dikkate alındığında, otopsilerin mahke-

40 Kâsânî, VI, 356; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffâkuddîn Abdullah b. Ahmed el-Makdisî (ö. 620/1223), *el-Muğnî*, Dâru’l-Fikr, Beyrut, 1405, X, VII; Meydânî, III, 51; Damad Efendi, II, 678, 680.

41 İlgili âyet-i kerimeler için bkz. Nisâ, (4), 162; Maide, (5), 2; En’âm, (6), 97; Tâhâ, (20), 114; Mu’minûn, (20), 80; Sâd, (38), 29; Fâtır, (35), 28; Zümer, 39/9; Câsiye, (45), 20; Târik, (86), 5; Alak, (96), 1-5; İlgili hadis-i şerifler için bkz. Buhârî, Ebû Abdillâh Muhâmmed b. İsmail (ö.256/870), *el-Câmiu’s-Sahih*, el-Matbaatu’s-Selefiyye, Kâhire, h.1403, İlm, 13, İ’tisam, 10; Müslim, İbnü’l-Haccâc Ebû’l-Huseyin el-Kuşerî el-Nisâbüri (ö.h.261), *Sahih-i Müslim*, Dâru Tayyibe, Riyâd, 2006, İmaret, 98; Ebû Dâvûd, Süleyman b. Es’as es-Sicistânî (ö. 275/888), *Sunenu Ebi Dâvud*, Riyad, ts., İlm, 10; İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhâmmed b. Yezid el-Kazvîni, (ö.275/888), *Sunenu İbn Mâce*, Mektebetu’l-Meârif, Riyâd, ts., Mukaddime, 17; Tirmizi, Ebû İshak b. İsa b. Serve (ö. 279/892), *el-Câmiu’s-Sahih*, Dâru’l-Garbi’l-İslâmiyyi, Beyrût, 1996, İlm, 2, 19.

42 İlgili âyet-i kerimeler için bkz. Al-i İmran, 3/21; Nisa, 4/135; Mâide, 5/8, 42; Araf, 7/29, 181; Yunus, 10/47; Şâra, (42), 15; Hadid, (42), 25; Mümtehine, (60), 8-9; İlgili hadis-i şerifler için bkz. Buhârî, Ezân, 36; Zekât, 16, Rikak, 24, Enbiyâ, 54, Meğâzî, 53, Hudûd, 11,12,19; Müslim, Zekât, 91, Hudûd, 8, 9, Edep, 36, İmâre, 5, 18, Cennet, 63, Vesaya 13; Ebû Dâvûd, Hudûd, 4; İbn Mâce, Hudûd, 6; Tirmizi, Hudûd, 6, Zühd, 53.

melerin muhakeme faaliyetlerinde sunduğu bilgiler ile adaletin icrasına sağladığı katkı yönüyle ne denli önemli bir işlem olduğu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca zaruretlerin yasakları kaldırması prensibi bazı âyet-i kerimelere dayanmaktadır.<sup>43</sup> Bu âyetlerden birisinde “Allah size leş, kan, domuz eti, Allah’tan başkası adına kesilen hayvanı kesin olarak haram kıldı. Fakat kim mecbur kalırsa, başkasına saldırmadan zaruret miktarını aşmamak üzere yemesinde bir günah yoktur. Şüphesiz ki Allah bağışlayandır, merhamet edendir.”<sup>44</sup> buyurularak, normal şartlarda haram olan şeylerin zaruret durumunda helal olduğu ifade edilmektedir. Bu âyetlere binaen fukaha, açıklıktan ölmek üzere olan kimsenin, ihtiyacını giderecek kadar domuz eti, ölü insan eti yemesinin veya içki ve kan içmesinin mubah olduğunu belirtmiştir.<sup>45</sup> Otopsinin dini açıdan mahzurlu bir işlem olduğu iddia edilse bile daha çok zaruret sebebiyle yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda, zaruretlerin yasakları kaldırması prensibinin otopsiyi de kapsadığı ifade edilebilir.

Her ne kadar sünnette doğrudan otopsi ile ilgili bir rivayet bulunmasa da bu ameliye ile ilişkilendirilebilecek bazı hadis-i şeriflere rastlanılmaktadır. Mesela bir hadis-i şerifte Hz. Peygamber (s.a.v.), “Ölünün kemiğini kırmak, o kemiği, o kimse sağ iken kırmak gibidir.”<sup>46</sup> buyurmaktadır. Diğer rivayetler ise daha çok “müsle” nin yasaklanmasıyla alakalıdır. Bu rivayetler de “Hz. Peygamber bizi müsle yapmaktan nehyetti.”<sup>47</sup> “Allah’ın ismiyle Allah yolunda ve Allah’ı inkâr edenlerle savaşınız ve ahdinizi bozmadan, (ganimetlere) hıyanet etmeden, müsle yapmadan çocukları öldürmeden savaşınız.”<sup>48</sup> şeklindedir. Ölüye canlı gibi muamele edilmesini emreden ve intikam amacıyla ölünün organlarının çıkarılmasını nehyeden bu rivayetler sebebiyle ölüye hürmet gösterilmesi İslam’ın önemli ilkelerinden birisi olmuştur.<sup>49</sup>

Klasik fıkıh kaynaklarında da doğrudan cesetler üzerinde iç otopsi yapıp yapılamayacağı hakkında her hangi bir bilgiye rastlanmamaktadır. Otopsinin bir tanı koyma işlemi olduğu ve dünyada bu günkü manada iç otopsi faaliyetlerinin 19. ve 20. yüzyıllarda yaygınlık kazandığı dikkate alındığında, bu durumun doğal olduğu anlaşılabilmektedir. Yine de bu kaynaklarda yer alan bazı mevzularda, dolaylı da olsa İslam âlimlerinin iç otopsiye bakışı hakkında bizlere fikir veren ve üzerinde değerlendirmeler yapabileceğimiz bilgilere rastlayabilmekteyiz. Bunlardan birisi, ölmüş hamile bir kadının karnından çocuğun alınması meselesidir. Bir diğeri de,

43 Bakara, 2/173; En’am, 6/119; Nahl, 16/115.

44 Bakara, 2/173.

45 İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 74; Zeylaî, Fahrüddin Osmân b. Ali (ö. 743/1343), *Tebyînu’l-Hakâik Şerhu Kenzü’l-Dekâik*, Dâru’l-Kütübî’l-İslamiyye, Kâhire, h.1313, V, 181; Buhûti, Mansur b. Yunus, (ö. 1051/ 1641), *Şerhu Muntehâ’l-İrâdât*, Âlemu’l-Kütüb, Beyrut, 1996, III, 412; İslam Hukukunun bütün sahalarında zaruret prensibine riayet edildiği ve bu esasa dayanılarak bazı kolaylıkların tanındığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baktır, Mustafa, *İslam Hukukunda Zarûret Halî*, Akçağ Yay., Ankara, ts., s. 1-265.

46 Ebu Dâvud, Cenâiz, 64; İbn Mâce, Cenaiz, 63; Malik b. Enes (ö. h. 179), *Muvatta*, Dâru’l-Marife, Beyrût, 2007/1428, Cenâiz, h. No:45

47 Buhârî, *ez-Zebâih ve’s-Sayd*, 25, Mezâlim, 30; Ebu Dâvud, Hudûd, 3; Beyhâkî, Ebu Bekr Ahmed b. el-Hüseyn (ö. 458/1065), *es-Sünenü’l-Kübrâ*, thk. Muhâmmed Abdulkadir Atâ, Mektebetü Dâri’l-Bâz, Mekke, 1994/1414, VI, 324, IX, 69.

48 Ebu Dâvud, Cihad, 82; İbn Mâce, Cihad 38. Tirmizî, Diyât, 14, Siyer 47.

49 Sadece insanlara değil, hayvanlara da müsle yapılması yasaklanmıştır. Bkz. Buhârî, *ez-Zebâih ve’s-Sayd*, 25.



başkasının değerli bir malını yutan, sonra da ölen insandan cerrahi müdahale ile bu malın alınıp alınamayacağı konusudur.

Hanefiler, Şafiiler, bazı Hanbeliler ve Zahirilere göre, hamile bir kadın öldüğünde karnındaki çocuğun canlı olmasından şüphe duyulursa, kadının karnı en kolay şekilde açılır ve çocuk alınır. Bu fiilin yapılması, açlıktan ölmek üzere olan kimsenin ölü eti yemesinin mubah olması gibi zaruridir. Ölüye ta'zim gereklidir ancak burada bir hayatı kurtarma söz konusudur.<sup>50</sup> “Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur” kaidesi de bu şekilde davranmayı gerektirir.<sup>51</sup> Zahirilere göre, böyle bir duruma şahit olduktan sonra kadının karnını açarak çocuğu almayan ve bu halde terk eden kişi, çocuğun ölmesiyle kasten adam öldürmüş sayılır.<sup>52</sup> Şafiiler ve Zahiriler, çocuğun hayatta kalabileceği asgari müddeti dikkate alarak, böyle bir müdahale için kadının en az altı aylık hamile olmasını şart koşmuşlardır.<sup>53</sup> Bununla birlikte Hanefilere göre, anne hayattayken karnındaki çocuğun öldüğünden emin olduğunda, annenin hayatı tehlike altında kalacağından karnının yarılması yoluyla çocuğun alınması gerekir.<sup>54</sup> Hatta ölmüş çocuğun bir kısmı dışarı çıkmış ama bütün olarak çıkarılması imkânı yoksa çocuğun parça parça da alınması mümkündür.<sup>55</sup>

Hanefiler ve Hanbelilerin bir kısmı, Şafiiler, Zahiriler ve Malikilerden Sehnûn'a göre bir kişi başkasının değerli bir malını yutar ve sonra da ölürse yine zarûret nedeniyle karnı yarılarak bu mal alınabilir.<sup>56</sup> Hanefiler ve Hanbeliler'den bu görüşü kabul edenler, birinin başkasının değerli bir malını kasten yutması durumunda, kasten yutmasa da malın tazmin edileceği terikesi veyahut malı ödeyecek biri bulunmaması halinde, öldükten sonra malın alınması için karnın yarıp açılacağını belirtirler. Bu âlimlere göre, ölüye ta'zim ile mal karşı karşıya kalındığında, ölüye ta'zim tercih edilmelidir. Ancak başkasının malını yutan kişi bu hareketi ile bu ta'zimi izale etmiştir.<sup>57</sup>

- 50 İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed (ö. 456/1064), *Muhallâ*, İdâretü'd-Dıbaati'l-Muniriyye, Mısır, h. 1352, V, 166; Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Muahmmmed b. Habib, (ö. 485/1058), *el-Hâvî fi'l-Fikhîş-Şafiyyi*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994/1414, III, 62; Kâsânî, Alâuddin Ebi Bekr b. Mes'ud (ö. h. 587), *Bedâiü's-Senâi' fi Tertibiş-Şerâi'*, Dâru'l-Kitâbî'l-Arabî, Beyrut, 1982, V, 130; İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 413; Nevevî, Ebû Zekerîyya Muhyiddin Yahyâ b. Şeref (ö. 676/1277), *Kitâbu'l-Mecmû Şerhu'l-Mühezzeb liş-Şirâzi*, thk. Muhammed Necib el-Mutî, Mektebetü'l-İrşâd, Cidde, ts., V, 300; İbnu'l-Humâm, Kemâluddin, Muhammed b. Abdulvâhid, es-Sivâsi, (ö. 861/1457), *Şerhu Fethi'l-Kadir*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ts., II, 142; *el-Fetevâyi Hindiyiyye*, (Heyet), Dâru'l-Fikr, 1411/1991, I, 157, III, 360.
- 51 İbn Nüceym, Zeynu'l-Abidin b. İbrahim (ö. 970), *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1980/1400, s. 88.
- 52 İbn Hazm, V, 166.
- 53 İbn Hazm, V, 166; Mâverdi, III, 62; Nevevî, Ebû Zekerîyya Muhyiddin Yahyâ b. Şeref, (ö. 676/1277), *Ravzâtu'l-Tâlibin*, Dâru'l-Âlemi'l-Kütüb, Beyrut, h. 1405, II, 143.
- 54 İbn Nüceym, Zeynu'l-Abidin b. İbrahim (ö. 970), *el-Bahrûr-Râik*, Dâru'l-Marîfe, Beyrut, ts. VIII, 233; İbn Abidin, Muhammed Emin (ö.1252/1836), *Hâşiyetu Reddî'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 2000/1421, II, 238.
- 55 İbn Mazeh, Mahmud b. İbrahim Burhânuddin (ö. 612/1219), *el-Muhidu'l-Burhânî*, Dâru İhyâit-Turâsi'l-Arabiyyi, Beyrut, ts, V, 252; *el-Fetevâyi Hindiyiyye*, V, 360; İbn Abidin, VI, 389.
- 56 İbn Hazm, V, 166; Şirâzi, Ebu İshak İbrahim b. Ali, (ö. 476/1083), *el-Mühezzeb*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1995/1416, I, 138; Mâverdi, III, 62; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffâkuddin Abdullah b. Ahmed el-Makdisî (ö. 620/1223), *el-Kâfi*, thk. Abdullah b. Hasan et-Türki, Dâru Hicr, 1997/1418, I, 368; Mevâk, II, 254; İbn Abidin, II, 238.
- 57 İbn Kudâme, *el-Kâfi*, I, 368; İbn Nüceym, *el-Bahrûr-Râik*, VIII, 233; İbnu'l-Humâm, II, 142; Tehâvî, Ahmed b.

Yaşadığı umulan çocuğun ölen annenin karnının yarılması suretiyle alınacağını ifade eden bazı Hanefiler ise ister kendinin ister başkasının malını yutsun, bir kimsenin ölümünden sonra bu malın alınması için karnının yarılamayacağını savunurlar. Bu âlimlere göre, ölen kişinin terikesinde mal olmasa bile malı elde etme ölüye hürmetin önüne geçemez. Alacaklının malı tazmin edilme imkânı varsa tazmin edilir, yoksa hesaplaşma ahirete kalır.<sup>58</sup> Bazı Şafilere göre ise, ölünün karnındaki mal kendisine ait ise bu mal varislerin olacağından, onların da bu malı alma hakkı vardır. Talep etmeleri durumunda ölünün karnı açılabilir.<sup>59</sup> Bu görüşlere karşın Mâlikilerin çoğunluğu ve bazı Hanbeli âlimleri, Hz. Peygamber (s.a.v.)'den rivayet edilen “*Ölünün kemiğini kırmak, o kemiği, o kimse sağ iken kırmak gibidir.*”<sup>60</sup> hadis-i şerifini ve bu tür faaliyetlerin müsleye benzediğini esas alarak ölmüş hamile bir kadının karnındaki çocuğun canlı olduğundan şüphelenirse bile karnın yarılarak çocuğun alınamayacağını savunurlar. Bu âlimlerin buldukları dönemin tıbbî bilgileri doğrultusunda yaptıkları değerlendirmelere göre, hamile bir kadın vefat ettiğinde çocuğu da ölür. Annenin ölümü, çocuğun da ölümü demektir. Çocuğun yaşama ihtimali çok zayıftır ve canlı doğmuş olsa bile yine de alışılmış olduğu üzere çocuk ölür. Zaten, böyle bir müdahale yapmak insan cesedinin saygınlığına aykırıdır. Dolayısıyla çocuğun zayıf olan yaşama ihtimaline karşın, kesin olan insan saygınlığına riayet terk edilemez.<sup>61</sup> Bu âlimlere göre, çocuk anne karnından çıkartılmak isteniyorsa, orada bulunan kadınların annenin karnına bastırması suretiyle el ile çıkarılmalıdır. Böylelikle müsleye benzer bir fiilde de bulunulmamış olunur.<sup>62</sup> Ancak bu görüşteki bazı Hanbeli âlimlerine göre eğer çocuğun bir kısmı anne karnından çıkar ve yaşadığı görülürse, çocuğun rahatça çıkarılabilmesi için annenin karnı yarılabilir.<sup>63</sup> Yine bu âlimler yukarıdaki aynı gerekçelerle ister kendinin ister başkasının malını yutsun, bir kimsenin ölümünden sonra malın alınması için karnının yarılmasını caiz görmezler.<sup>64</sup> Bazı Malikiler, bir yemin ve şahit delili ile malın nisab miktarında olduğu sübût bulunca, ölünün karnının yarılarak malın sahibine verileceğini ifade etmiş; ancak nisab miktarının hırsızlık nisabı mı yoksa zekât nisabı mı olduğunda ihtilaf etmişlerdir.<sup>65</sup>

Muhammed b. İsmail, (ö. h. 1232), *Hâşiyetu’-Tehâvi alâ Murâğî’l-Fellâh*, el-Matbaatu’l-Kübra, Mısır, h. 1318, I, 395; İbn Abidin, II, 238; Ekşi, s. 84.

58 Semerkandî, Alâuddin Ebû Bekr Muhâmmmed b. Ahmed (ö. 539/1114), *Tuhfetu’l-Fukahâ*, Dâru’l-Kütübü’l-İlmiyye, Beyrut, 1984/1405, III, 345; Kâsânî, V, 129; İbn Müflih, İbrahim b. Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed (ö. 884), *el-Mubdî’ Şerhu’l-Muknî*, Dâru Âlemi’l-Kutub, Riyâd, 2003/ 1423, II, 251.

59 Şîrâzî I, 138; Mâverdi, III, 62; Nevevî, *Kitâbu’l-Mecmû*, V, 300.

60 Ebû Dâvud, Cenâiz, 64; İbn Mâce, Cenaiz, 63; Mâlik, Muvatta, Cenâiz, 15.

61 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, II, 413; İbn Müflih, II, 252; Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yusuf (ö. 897/1492), *et-Tâc ve’l-İktil*, Dâru’l-Fikr, Beyrut, 1368, II, 254; Buhûti, Mansur b. Yunus, (ö. 1051/ 1641), *Keşşâfu’l-Kına’ an Metni’l-İkna’*, Dâru’l-Fikr, Beyrut, h. 1402, II, 146; Uleyş, Muhammed b. Ahmed (1299/1882), *Minehu’l-Celil Şerhu Muhtasarı Siydi Halil*, Dâru’l-fikr, Beyrut, 1989/1409, I, 531.

62 İbn Kudâme, *eş-Şerhu’l-Kebir*, thk. Abdullah b. Hasan et-Türkî, Dâru Hicr, 1997/1418 II, 420; Merdâvî, Abu’l-Hasan Ali b. Süleyman (ö. 885/1480), *el-İnsâf*, Dâru İhyâit-Turâsî’l-Arabiyyi, Beyrût, h. 1419, II, 390; İbn Müflih, II, 251.

63 Buhûti, II, 146; Merdâvî, II, 390; I, 235; İbn Müflih, II, 251.

64 İbn Kudâme, *el-Kâfi*, I, 368; Mevvâk, II, 254; Buhûti, II, 146; Huraşî, Muhammed b. Abdillâh (ö. 1101/1690), *Şerh alâ Muhtasarı Halil*, Dâru’l-Fikr, Beyrut, ts., II, 145.

65 Mevvâk, II, 254; Huraşî, II, 145; Dusûkî, Muhammed b. Ahmed (ö.1230/1815), *Hâşiyetu’l-Dusûkî ala Şerhi’l Kebir*, Dâru’l-Fikr, Beyrut, ts. I, 429.

Görüldüğü üzere, klasik dönem İslam âlimlerinin çoğunluğu zarûret söz konusu olduğunda ölünün cesedine cerrahi müdahaleyi kabul ederken, diğer bir kısım âlimler ise gerek Hz. Peygamber'in yukarıdaki hadis-i şeriflerine gerekse insan cesedinin saygınlığı ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, ölüde herhangi bir cerrahi faaliyetin yapılmasını kabul etmemektedirler. Bu açıdan bakıldığında, iç otopsiyi gerektiren hem adli hem de tıbbî otopsi birinci grup İslam âlimlerine göre mümkün görünüyorken, ikinci grup İslam âlimlerine göre ise caiz olmayacaktır.

Esasında ölü insanın vücudunun saygınlığı sadece ikinci grup tarafından değil, İslam âlimlerinin çoğunluğu tarafından önemsenmektedir. Ancak birinci grup İslam âlimleri, insan hayatını kurtarma ihtimali ile ölmüş insanın vücudunun saygınlığı tercihi karşısında birinci şıkkı seçmişlerdir. Bu âlimler, zarûreti diniyenin ikinci sırasında yer alan canın korunması ilkesi sebebiyle, canın korunmasının her durumda bir Müslüman için tartışılmaz bir emir olduğunu dikkate alarak, ölmüş insanın vücuduna saygı yerine daha elzem olan doğmamış çocuğun hayatını kurtarmanın tercih edilmesi gerektiğini savunmuşlardır. İkinci grup İslam âlimlerinin ölmüş hamile bir insanın karnının yarılacağı ısrarının altında, Hz. Peygamber (s.a.v.)'den nakledilen ölüye eziyet edilmemesi ile ilgili rivayetler yanında, ölmüş anneden doğan çocuğun da âdeten ölmüş olacağı, anne karnından çıkarılsa bile bir müddet sonra öleceği düşüncesi yatmaktadır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu görüştekilerden bazılarının göre ölmüş anneden çocuğun bir kısmı çıkar ve yaşadığı görülürse anne karnı yarılarak çocuk kolay bir şekilde çıkarılabilir.

Birinci grup İslam âlimleri, değerli bir malı yutan ve ölen kimsenin karnının yarılarak malın alınmasını, ölmüş hamile annenin karnının yarılmasından zarûret açısından daha alt derecede görmektedirler. Bu gruptaki âlimler, malın tazmini mümkün olduğunda cesede saygının tercih edilmesi gerektiğini savunurlar. Bu âlimlerden bazıları ise hiç bir halde malı almak için karnın yarılamayacağını ifade ederler. Ölmüş hamile kadının karnının yarılarak çocuğun alınmasına sıcak bakmayan İslam âlimleri ise doğal olarak bir mal için de cesedin karnının yarılmasını kabul etmemektedirler.

Kısaca ifade etmek gerekirse, ölüye cerrahi müdahale yapılabileceğini savunan İslam âlimleri, bunu ancak zarûret durumuyla sınırlandırmıştır. Dolayısıyla zarûret sebebiyle yapılan bir otopsinin caiz olduğunu iddia etmek, bu gruptaki İslam âlimlerinin görüşleriyle paralellik arz etmektedir. Nitekim otopsi de zarûret sebebiyle yapılan bir uygulamadır. Çoğu kere otopsi ile hastalıkların sebebi tespit edilerek tedavi yöntemleri geliştirilebilmekte, karanlıkta kalmış birçok adli vaka aydınlatılabilmektedir. Bu açıdan, otopsinin zarûreti ile birinci grup İslam âlimlerinin vurguladığı zarûret arasında bir fark bulunmamaktadır. Kaldı ki buradaki zarûret sadece yukarıdaki misallerle de sınırlı kalmamaktadır. Özellikle kişinin ne zaman ve hangi sebeplerle öldüğünün tespiti hukuk davaları açısından da son derece mühimdir.

Mesela, bir trafik kazasında karşılıklı miras ilişkisi doğan kişilerden hangisinin önce öldüğünün tespiti miras paylaşımı açısından oldukça önemlidir. Böyle bir durumda birbirine mirasçı durumda olan kişilerden sonra ölen, önce ölene mirasçı olmakta ve mirası da kendinden sonraki mirasçılara dağıtılmaktadır.<sup>66</sup> İslam âlimleri, bu günkü tıbbi imkânların bulunmadığı dönemlerde bu konularda farklı çözüm yolları bulmaya çalışmışlardır. Mesela aralarında akrabalık bulunan bir grup insan hep beraber bir gemide batıp boğulsalar veya yangında yanarak ölseler ve hangisinin sonra öldüğü bilinmese İslam âlimlerinin çoğunluğuna göre, ölenlerin hepsinin malı, sağ kalan varislerin olur. Bunlar birbirlerine mirasçı olamaz.<sup>67</sup> Cumhuriyet'in böyle bir hüküm vermesinin sebebi, hangisinin önce öldüğünün tespitinin mümkün olmamasıdır. Hâlbuki hangisinin önce öldüğü tespit edilebildiğinde, buna göre miras taksimi de değişecektir. Günümüzde toplu ölüm olaylarında kimin önce, kimin sonra öldüğü çoğu kere otopsi ile tespit edilebilmektedir.

Bir çocuğun ölü doğması veya doğduktan sonra kısa bir müddet bile yaşamış olması da farklı miras paylaşımına sebebiyet vermektedir. İslam âlimlerinin çoğunluğuna göre, dünyaya gelen çocuğun sağ olup olmadığı hakkında şüphe bulunduğu, çocuğun doğduktan hemen sonra bağırap bağırmadığına bakılır. Şayet en ufak bir bağırama sesi duyulmuşsa çocuk varis olur ve ona varis olunur, yoksa ne varis olur ne de varis olunur.<sup>68</sup> Hanefiler ve Şafilere göre, çocuğun en ufak bir hareketi veya ağlaması canlı doğduğunu gösterir.<sup>69</sup> Bazı Malikiler'e göre, çocuğun aksırması, ağlaması ve bağırması yaşadığını gösterir. Ancak yine de Malikiler'de tercih edilen görüşe göre, çocuğun hareket etmesi veya hışırması bağırması yerine geçmez ve yaşadığını göstermez. Fakat bu durumlar uzun sürer ve az da olsa çocuk emerse sağ sayılır.<sup>70</sup> Hâlbuki günümüzde otopsi ile çocuğun anne karnında mı yoksa doğduktan sonra mı öldüğü net bir şekilde tespit edilebilmektedir.

66 Türk Medeni Kanununda hangisinin önce öldüğü tespit olunamayan kişiler, aynı anda ölmüş sayılırlar. Bkz. TMK Md.29. "Aynı anda ölenler de birbirlerine mirasçı olamazlar. Ölüm tarihinde sağ olan yasal mirasçılarda mirastan pay alırlar." Bkz. Y2.HD:nin 29.1.1985 tarih 214/698 sayılı kararı; Y2.HD 17.3.1992 tarih ve 1395/3146 sayılı kararı.

67 Serahsi, Ebu Bekr Muhâmmed b. Ahmed, (ö. 483/1090), *el-Mebsût*, Dâru'l-Marife, Beyrut, 2000/1421, XXX, 50;Kâsânî, I, 302; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 198; Şirbinî, el-Hâtib Şemsuddin Muhammed b. Ahmed, (ö. 977/1569), *Muğni'l-Muhtâc ilâ Marifeti Me'âni'l-Elfâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ts., III, 26; Buhûti, IV, 474, 475; Dusûkî, IV, 487; İbn Abidin, VI, 798; er-Râzî, Muhammed b. Ebi Bekr b. Abdilkâdir, (ö. h. 666), *Tuhfetu'l-Mülûk*, thk. Abdullah Nezir Ahmed, Dâru'l-Beşâiri'l-İslamiyye, Beyrut, h. 1417, s. 263; Meydânî, Abdülğâni el-Gânîmî, (ö.1298/1881), *el-Lubâb fi Şerhi'l-Kitâb*, thk. Mahmûd Emin en-Nevâvî, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabiyyi, Beyrut, ts. I, 423; Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhu'l-İslâmî ve Edilletüh*, Dâru'l-Fikr, Dimaşk, 1989/1409, VIII, 469.

68 Mâverdi, III, 31, 67, Kâsânî, I, 302; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 198; Buhûti, IV, 463.

69 Mâverdi, VIII, 172; Baberti, Ekme'lüddin, Muhammed b. Mahmud (ö. 786/1383), *Şerhu'l- İnyae ala'l-Hidâye (Fethu'l-Kadir ile birlikte)*, Beyrut, ts. III, 4.

70 Aynı durum cenaze namazının kılınıp kılınmayacağına da söz konusudur. İslam âlimlerinin çoğunluğuna göre, ölü çocuk doğduktan sonra bağırmışsa ya da ağlamışsa canlı doğmuş sayılır ve cenaze namazı kılınır, aksi takdirde cenaze namazı kılınmadan defnedilir. Bazı İslam âlimleri ise, çocuğun dört aylık hamilelik geçmesinde hemen sonra ölü olarak doğsa bile kendisine ruhun üflendiği ve artık normal bir insan olarak değerlendirilmesi gerektiğinden hareketle cenaze namazının kılınacağını ifade ederler. Bkz. Mâverdi, III, 67; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 198.

## A- DEFNEDİLMİŞ CESEDE (FETH-İ KABİR'DEN SONRA YAPILAN) OTOPSİ

İslam âlimlerinin iç otopsiye bakışı hakkında bizlere fikir veren ve üzerinde değerlendirmeler yapabileceğimiz diğer bazı bilgilere de “feth-i kabir” meselesinde rastlamaktayız. Özellikle mütekaddimûn âlimlerin otopsi benzeri bazı ameliyeler hakkındaki görüşlerine daha çok vakıf olabilmek için “feth-i kabir” ile ilgili tartışmalar büyük önem arz etmektedir. Ayrıca günümüzde önemli fikhî tartışmalardan birisi olan ölünün kabrinden çıkarılarak ya da kabrinden çıkarılmadan doku almak suretiyle otopsi yapılıp yapılamayacağı problemine ışık tutabilecek bir takım bilgilere bu tartışmalarda rastlamak mümkündür.

Günümüzde defnedilmiş bir ceset, gerekli görülmesi halinde mahkeme kararı ile adlî otopsi yapılması için mezar açılarak incelenebilmektedir. Duruma göre cesetten sadece doku alınarak mezar kapatılabilmektedir ya da ceset daha kapsamlı bir otopsi için adlî tıp kurumlarına taşınarak incelendikten sonra tekrar defnedilmektedir. Ülkemizde yeni CMK 87. madde 4. fıkrasında bu konu hakkında; “Gömülmüş bulunan bir ceset, incelenmesi veya otopsi yapılması için mezardan çıkarılabilir. Bu husustaki karar, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir. Mezardan çıkarma kararı, araştırmanın amacını tehlikeye düşürmeyecekse ve ulaştırılması da zor değilse ölünün bir yakınına derhâl bildirilir.” ifadeleri yer bulmuştur.

İslâm'a göre insan, eceli gelip ölünce usulüne göre yıkanır, kefenlenir, namazı kılınır ve defnedilir. Bütün bu vazifeleri yerine getirmek Müslümanların dini görevleri arasındadır.<sup>71</sup> İnsanın öldükten sonra toprağa tevdi edilmesi, çevre sağlığı ve temizliği, insanın saygınlığının korunması ve ölümü hatırlatma türünden pek çok hikmetler taşıdığı ve bir bakıma geride kalanların ölen kimseye yapabilecekleri son görevlerini simgelediği için kabrin şeklinden ölünün nasıl ve ne zaman defnedileceğine kadar birçok hüküm ortaya çıkmıştır.<sup>72</sup>

Bu hükümlerden birisi olan kabirlere saygı sünnette vurgulanmış, fakihlerin tamamı tarafından da bu tutum savunulmuştur. Fıkıhta esas olarak, kabirlerin üzerleri örtüldükten sonra açılmaları ve başka yerlere nakledilmeleri caiz değildir.<sup>73</sup> Fakat bazı zarûrî hallerde buna izin verilmiştir. Mezarların açılması ve başka yerlere nakledilmesini caiz kılan sebepler ise mezheplere göre değişebilmektedir. Mesela mezarların açılmasıyla ilgili olarak; Hanefilere göre bir ölü gasb edilmiş bir kefenle, başkasının mülkü olan bir şeyle, kendisinin değerli bir malıyla gömüldüğünde veya defin esnasında birisinin malının mezarın içine düştüğü sonradan fark edildiğinde mezar açılabilir. Hanefiler bu konuda, sahabeden Ebi Rağğal'in beraberinde çubuk şeklindeki altın ile gömülmesi sebebiyle Resulullah (s.a.v.) ta-

71 Karaman, Hayrettin, *Helaller ve Haramlar*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 255.

72 Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübenli, Beşir, “Kabir” maddesi, *İslam'da İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yay., İstanbul, 1997, II, 497-500.

73 Nevevî, *Kitâbu'l-Mecmû*, V, 3

rafından kabrin açtırılmasını ve Muğire b. Şube'nin de Hz. Peygamber (s.a.v)'in defni esnasında yüzüğünü kabirde düşürdüğünü fark etmesi üzerine kabri tekrar açtırmasını delil olarak gösterirler.<sup>74</sup> Ancak Hanefiler, gasb edilmiş kefen ile defnedilmiş ölünün terekesinden kefeni karşılayacak bir mal kalmışsa o mal ile kefenin bedelinin ödemesinin yapılacağını, fakat terekesinde kefenin parasını karşılayacak mal yoksa o zaman kefenin sahibinin dilerse mezarı açtırabileceğini kabul ederler.<sup>75</sup> Hanefilere göre, ölmüş hamile kadın karnındaki dokuz aylık bebek çıkarılmadan defnedilirse, sonradan mezar açılıp bebek kadının karnından alınmaz. Çünkü artık çocuk ölmüştür ve mezarın açılması gereksizdir.<sup>76</sup> Hanefiler namazı kılınmadan defnedilen ölünün kabrinin açılmayacağını, bu durumda kabrin önünde namaz kılınacağını belirtirler. Bununla birlikte, cesedin kibleye ters gömülmesi sebebiyle de mezarın açılmayacağını savunurlar.<sup>77</sup>

Şafiilere göre ölmüş hamile kadın, karnındaki çocuğun hayatta olduğu şüphesine rağmen defnedilirse, mezar açılıp annenin karnından çocuğun alınması gerekir.<sup>78</sup> Bununla birlikte, başkasının değerli bir malını yutan kişi ölür ve defnedilirse, mirasçıları bu malı tazmin etmediği takdirde mezar açılır ve ölünün karnı yarılarak mal alınır. Yine Şafiilere göre, ölünün bir mal ile defnedilmesi, kibleye ters veya gusledilmeden gömülmesi kabrin açılabilme sebeplerindendir. Ayrıca bu âlimlere göre, ölü gusledilmeden gömülmüşse kabirden çıkarılır ve gusledilir. Kibleye ters gömülmüşse, kibleye döndürülür ve tekrar defnedilir.<sup>79</sup>

Malikilere göre ise mezarda değerli bir şey unutulmuşsa mezar açılır ve değerli olan şey alınır. Cenazeye birlikte gömülen malın değeri az ise kabir açılmaz, mal başkasının ise misli veya kıymeti sahibine terekeden ödenir. Ancak mezarın açılıp ölüye cerrahi müdahalede bulunulması söz konusu olamaz. Zaten Malikiler defnedilmeden önce de ölüye herhangi bir cerrahi müdahaleyi kabul etmezler. Dolaşısıyla mezar açıldıktan sonra da aynı durum geçerlidir.<sup>80</sup>

Hanbelilerin çoğunluğu da Malikiler gibi düşünür. Ancak bebeği kurtarmak için ölmüş hamile kadının veya bir malı yutmuş ölünün karnının yarılacağına ka-

74 Semerkandi, I, 257; Serahsi, II, 131, 132; İbn Nüceym, *Bahru'r-Raik*, II, 210; el-Bağdâdi, Muhammed (ö. h. 1030), *Mecmeu'd-Damânât fi Mezhebi'l-İmâmî'l-Azam Ebî Hanîfete'n-Nu'man*, Dâru's-Selâm, Kahire, ts., I, 295, II: *Fetavâ'l-Hindiyye*, V, 351; İbn Mazeh, V, 405.

75 İbn Mazeh, V, 405, el-Bağdâdi, I, 295.

76 İbn Mazeh, II, 356.

77 Semerkandi, I, 253; Damat Efendi, Muhammed bin Süleyman, (ö.h.1078) *Mecmeu'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, Dâru İhyâ't-Türâsi'l-Arabiyye, h. 1317, I, 270.

78 Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc* I, 367; el-Melibârî, Zeynuddin b. Abdulazîz (ö. 987/1579), *Fethu'l-Muin bi Şerhi Gurretu'l-Ayn*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, ts, II, 122, 123; Cemâl, Şeyh Süleyman b. Ömer b. Mansur el-Acili eş-Şafî, (ö. 1204/1790), *Hâşiyetu'l-Cemel alâ'l-Menheci li şeyhi'l-İslâm el-Ensârî*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, ts., IV, 51.

79 Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Muahmed b. Habib, (ö. 485/1058), *el-Hâvi fi'l-Fıkhî-Ş-Şafîyyi*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrût, 1994/1414, III, 62, Nevevi, *Kitâbu'l-Mecmû*, V, 301; Şirâzi, Ebû İshâk İbrahim b. Ali (ö. h. 476), *et-Tenbih*, thk. İmâduddin Ahmed Haydar, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut, 1403, s. 52; Şirbinî, el-Hâtib Şemsuddin Muhammed b. Ahmed, *el-İknâ' fi Halli Elfâzi Ebi Şuca'*, Dâru'l-Fıkr, 1415, Beyrut, I, 210.

80 Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yusuf (ö. 897/1492), *et-Tâc ve'l-İklîl*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, h. 1398, II, 252; Huraşî, II, 133; Adevî, Ali es-Saidî, *Hâşiyetü'l-Adevî*, thk. Yusuf eş-Şeyh Muhammed el-Bukâî, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, 1412, I, 546.

bul eden bazı Hanbelilere göre ölü değerli bir malla birlikte ya da gasp edilmiş bir kefen ile gömülmüşse, mezar açılır ve bu mal ve kefen alınır. Ayrıca ölmeden önce başkasının değerli bir malını yutmuşsa, mezar açılır ve karnı yarılarak mal çıkarılır. Ancak bunların ölünün terekesinden ödenme imkânı varsa bu işlemler yapılmaz.<sup>81</sup>

Cesedin nakledilmesiyle ilgili olarak ise; Hanefiler'e göre defnedilmeden önce ceset bir ya da iki mil uzaklığa nakledilebilir ancak bundan fazlası ise mekruhtur. Definden sonra mezarın açılarak cesedin başka yere nakli ise caiz değildir.<sup>82</sup> Bununla birlikte, başkasının arazisindeki bir mezar, arazi sahibinin talebi durumunda taşınabilir.<sup>83</sup> Şafilere ise ölünün defninden sonra kabrinin açılarak nakledilmesi hakkında kısaca haram derler ve sadece zarûri durumlarda bunun söz konusu olabileceğini belirtirler. Fakat bu zaruri durumlar hakkında bilgi vermezler.<sup>84</sup>

Hanbelilere ve Malikilere göre ise, hayvanların yemesine engel olma veya aile mezarlığına defnedilmesi gibi bir maslahat bulunduğu, mescide gömüldüğünde, başka birinin ya da ortak olan bir araziye izinsiz defnedildiğinde ölünün mezarından çıkarılarak bir beldeden diğer bir beldeye, şehirden köye, köyden şehire nakledilmesi caizdir. Ancak, cesedin kesinlikle bozulmamış olması ve cesede saygısızlık yapılmaması şarttır.<sup>85</sup>

Görüldüğü üzere, zarûri hallerde ölüye cerrahi müdahale yapılacağını kabul eden İslam âlimlerinin çoğunluğu yine zaruret durumunda kabrin açılabilceğini, cesedin nakledilebileceğini ve cesede cerrahi müdahalenin söz konusu olabileceğini ifade etmişlerdir. Bu âlimler açısından baktığımızda, mezar açılarak cesetten doku alma veya cesedin adli tıp kurumlarına nakledilmesi yoluyla adli otopsi yapılmasında her hangi bir mahzur bulunmamaktadır. Ölmüş insana zaruri durumlarda dahi cerrahi müdahale yapılmasını kabul etmeyen İslam âlimlerinin zaruri durumlarda kabrin taşınmasına sıcak baktıklarını ancak kabrin açılmasından sonra cerrahi müdahale yapılmayacağını savunduklarını görmekteyiz. Bu âlimler açısından öldükten hemen sonra yapılan otopsi caiz olmayacağı gibi, feth-i kabirden sonra yapılan otopsi de caiz olmayacaktır.

Klasik fıkıh literatüründeki otopsinin fıkhî boyutuna ışık tutacak bilgilerden sonra çağımızda ortaya çıkan bu konudaki görüşlere ve tartışmalara da kısaca temas etmenin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

81 İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 414; *Keşşâfu'l-Kına*, II, 145.

82 İbn Nüceym, *Bahrur-Raik*, II, 210; İbn Mazeh, V, 217.

83 Bağdâdî, I, 342; Tahâvî, Ahmed b. Muhammed (ö. h. 1231), *Hâşiyetu't-Tahâvî*, el-Matbaatu'l-Kübrâ, Mısır, h. 1318, I, 408; İbn Mazeh, V, 405; *Fetâvâ'l-Hindiyye*, II, 472, IV, 343.

84 Nevevî, Ebû Zekeriyya Muhyiddin Yahyâ b. Şeref (ö. 676/1277), *Minhâcu't-Tâlibin ve Umedü'l-Muttakin*, thk. Muhammed Tahir Şa'ban, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, ts., s. 29; Şirbîni, *el-İkna*, I, 209.

85 İbn Kudâme, *el-Muğni*, II, 414; İbn Müflih, Ebu Abdullah Muhammed b. el-Makdisî, (ö. h.762), *el-Furû*, thk. Abdullâh b. Abdî'l-Muhsin et-Türki, Müessesetü'r-Risale, 2003/1424, III, 391; Mevâk, II, 252; Buhûti, II, 107, 145; Huraşî, II, 133; Adevî, I, 546.

## B- OTOPSİYLE İLGİLİ ÇAĞDAŞ YAKLAŞIMLAR

Son devir İslam hukukçularının çoğunluğu, ister dış ister iç otopsi şeklinde olsun adaletin tanzimi, ölüme bağlı muhtemel mağduriyetlerin önlenmesi için adli otopsilerin caiz, aynı zamanda gerekli olduğunu kabul etmektedirler.<sup>86</sup> Fakat iç otopsiyi gerektiren tıbbî otopsilerin caiz olup olmadığı hususunda genel olarak iki farklı görüş ortaya çıkmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Diyanet İşleri Başkanlığı,<sup>87</sup> Suudi Arabistan İslam Âlimleri Hey'eti<sup>88</sup>, Mekke-i Mükerrerme Mecmeu'l-Fıkhî'l-İslamî,<sup>89</sup> Ürdün Fetva Meclisi,<sup>90</sup> Mısır Ezher Fetva Meclisi<sup>91</sup> ve bazı İslam âlimleri, ister hastalıklar hakkında bilgi sahibi olmak için isterse tıp eğitimi amacıyla yapılan tıbbî otopsinin caiz olduğunu kabul etmektedirler.<sup>92</sup>

Bu âlimlere göre, fukahanın hayatta olduğu umulan ceninin anne karnından çıkarılmasını ve başkasının malını gasp etmiş ve sonra da ölmüş kimsenin karnının yarılmasını caiz gören görüşleri, zarûri maslahatlardan olan can ve malın korunması sebebiyledir. İç hastalıklar hakkında bilgi sahibi olunması ya da tıp eğitimi alınması da zaruri maslahatlardan biri olan insan hayatını kurtarmak için elzemdir. Nitekim tıpta kadavralar üzerinde yapılan otopsiler ile elde edilen bilgiler en önemli bilgi kaynaklarıdır. Otopsiler ile hasta insanların iyileştirilme yolları öğrenilmekte, hem öldürücü hem de elem verici hastalıkların oluşumu, gelişimi iyice belirlenerek bu hastalıklara karşı birtakım mücadele yolları tespit edilmeye çalışılmaktadır.<sup>93</sup>

Bu âlimler, tıbbî otopsi ile ölünün saygınlığına zarar verildiği ve bu yüzden otopsinin yapılmaması gerektiği düşüncesini, mütekaddimûn fakihlerin, gasp edilmiş ya da çalınmış bir kefene sarılarak gömülmüş bir ölünün kabrinin açılarak kefenin alınmasını caiz gören görüşlerine istinaden reddederler. Onlara göre burada da kabrin açılması ve ölünün avret mahallinin dahi ortaya çıkarılması ile

86 Şenktî, s.170; Zuhayli, III, 522; *Fetâvâ'l-Lecneti'd-Dâime li'il-Buhûsi'l-İlmiyye ve'l-İftâ'*, (Heyet), Düzenleyen: Ahmed b. Abdîrzzâk ed-Duveysi, Dâru'l-Âsime, Riyâd, 1419/1998, V, 272, XII, 190, XXV, 93; *Fetâvâ Kitâbu'l-İftâ bi'l-Kuveyt*, (Heyet), Vuzâretu'l-Evkâf ve's-Şuuni'l-İslamiyye, 1996/1417, II, 201; el-Useymin, Muhammed b. Salih b. Muhammed, *Mecmûu Fetâvâ ve Resâil-i İbni Useymin*, Dâru'l-Vatan, h. 1413, XVII, 23.

87 Müşavere ve Dini Eserleri İnceleme Kurulu'nun 16.4.1952 tarih ve 211 sayılı kararında, "...Âmmenin menfaat ve maslahatı göz önünde tutularak, bilinmeyen bir hastalığın bilinir hale gelmesi, hastalığın bilinmemesinden doğacak âmme zararının önlenmesi, hayatta bulunmaları sebebiyle daha şayan-ı ihtiram olan hastaların tedavilerinin sağlanması gibi maslahat ve şer'i hikmetlerin husule gelmesini temin için, yakınlarının rızası alınarak, ölümler üzerinde otopsi yapmanın caiz olacağı ve bu gibi sebepler dolayısıyla ölüye gösterilmesi gereken hürmet ve tekrimin zevaline katlanmanın, İslamî hükümlerin bir gereği olduğu..." ifade edilmiştir.

88 9. Oturum, 1976 tarih 40 no'lu karar.

89 10. Oturum, 1408 tarihli karar.

90 H.1397 tarihli karar.

91 29/2/1971 tarihli fetva.

92 Şenktî, s. 170; Zuhayli, III, 522; *Fetâvâ'l-Lecneti'd-Dâime*, XII, 190, XXV, 93, 94; Karaman, s. 256, 257; el-Matrudî, Ali b. Abdilaziz b. İbrahim, *Tatbiku'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye alâ'l-Mesâil-i Tibbiyye*, Kulliyetü's-Şeria, Riyad, h. 1429, s. 32.

93 Serdâvi, Mahmud Ali, "Hükümü't-Teşrih fi's-Şeriatil-İslamiyye", *Mecelletü Dirasât*, c. 12, sy. 3, 1985, s. 144; Şenktî, s. 172; Bâr, s. 178.



ölünün saygınlığına zarar verilmesine rağmen, zarûret bulunduğu bu fiile izin verilmiştir.<sup>94</sup>

Bu İslam âlimlerine göre, “İki fesat teâruz ettikde ehaffi irtikâb ile a’zamanın çaresine bakılır.”<sup>95</sup> “Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur.”<sup>96</sup> kaideleri de hastalıkların tespiti ile onlarla mücadele ve tıp eğitimi için otopsinin caiz olduğuna birer delildir. Birinci kaideye göre, iki mefsedet taaruz ettiğinde en hafif olan işlenerek daha büyük olan def edilir. Eğitim amacıyla ya da tıbbî bir teşhis için ölüm sebebinin belirlenmesi maksadıyla ceset üzerinde otopsi yapılması mefsedet ise, insanların tıbbî bilgi eksikliğiyle yaşamını yitirmesi daha büyük bir mefsedetir. Bu yüzden hafif olan mefsedet yani otopsinin yapılması icap eder. İkinci kaideye göre, ammenin menfaatini korumak için hususi zarara bakılmaz. Otopside kaçınmak, ölüye hürmeti amaçlayan, sadece ölüyle alakalı bir maslahattır. Burada toplumu ilgilendiren genel ve hususi olan maslahatlardan birisi tercih edileceğinde, pek tabi ki genel olanın tercih edilmesi gerekecektir. O yüzden genel maslahatın ferdi maslahata takdimi gerekmektedir.<sup>97</sup> Bu âlimlere göre otopsi yapılması için ölünün yakınlarından izin alınması gerekmektedir.<sup>98</sup>

Tıbbî otopsilerin yapılmaması gerektiğini ifade edenler ise;<sup>99</sup> bu konuda Kur’an, Sünnet ve külli kaidelerden bazı deliller öne sürerler. Bu âlimlerin Kur’an’dan delili, İsrâ süresindeki “*Biz, hakikaten insanoğlunu şan ve şeref sahibi kıldık. Onları, (çeşitli nakil vasıtaları ile) karada ve denizde taşıdık; kendilerine güzel güzel rızıklar verdik; yine onları, yarattıklarımızın birçoğundan cidden üstün kıldık.*”<sup>100</sup> âyet-i kerimesidir. Bu gruptaki âlimlere göre, âyette Allah Teâlâ’nın insanoğlunu kerem sahibi, değerli bir varlık olarak yarattığı ifade edilmektedir. Bu durum bütün insanoğlunun hayatını, ölümünü ve sonrasını kapsamaktadır. Otopsi, insanın parçalarına ayrılması, karnının yarılması ve benzer manzaraların söz konusu olduğu bir faaliyet olduğundan, Allah’ın insana yüklediği saygınlığa ihanettir ve caiz değildir.<sup>101</sup>

Bu gruptaki âlimler Sünnetten de Hz. Peygamber’in “müsle” ile ilgili, “*Hz. Peygamber bizi müsle yapmaktan nehyetti.*”<sup>102</sup> “*Rasûlullah (s.a.v.), bir orduya komutan göndereceğinde ona Allah’a karşı sorumluluk bilincinde olmayı ve beraberindeki Müslüman askerlere iyi davranmayı söyler ve şöyle buyururdu: “Allah adıyla Allah yolunda savaşın Allah’tan gelen gerçekleri örtbas eden kâfirlerle savaşın!*”

94 Serdâvi, s. 144; Şenktî, s. 172; Bâr, s. 179.

95 İbn Nüceym, s. 87; Mecelle, md. 28.

96 İbn Nüceym, s. 87; Mecelle, md. 26.

97 Serdâvi, 144-146; Yakubî, İbrahim, *Şifâu’t-Tebârih ve’l-Edvâ’ fi Hükmî’t-Teşrih ve Nakli’l-A’zâ’*, Mektebetu’l-Gazâlî, Dımaşk, 1986, s. 96; Şenktî, s. 172,173; Bâr, s. 179, 180.

98 Zuhayli, III, 522.

99 Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, İslam âlimleri dış otopsinin caiz olduğunda ittifak halindedir. Tıbbî otopsilerin caiz olmadığını ifade edenler ile iç otopsiyi gerektiren tıbbî otopsinin yapılmaması gerektiğini savunanları kastetmekteyiz.

100 İsrâ, 17/70.

101 Kassâr, Halife Abdulaziz, “Hükmü Teşrihi’l-İnsan beyne’s-Şeriatı ve’l-Kanun”, *Mecelletu’l-Hukûk*, Câmîâtü’l-Kuveyt, sy. 4, 1998, s. 32; Sakkâf, Hasan b. Ali, *el-İmtâ’ ve’l-İstikâsâ’ li Edilleti Tahrîmi Nakli’l-A’zâ’*, Dâru’r-Râzî, Ammân, ts., s. 28.

102 Buhârî, ez-Zebâih ve’s-Sayd, 25, Mezâlim, 30; Ebu Dâvud, Hudûd, 3; Beyhâkî, VI, 324, IX, 69.

*Savaşın; fakat hainlik yapmayın öldürdüğünüz kimselerin gözünü oyup kulak ve burunlarını kesmeyin, çocukları öldürmeyin...*<sup>103</sup>, “*Resûlullah (s.a.v.) hayvanlara müsle (işkence ve azab) etmeyi yasaklamıştır.*”<sup>104</sup> hadis-i şeriflerini delil göstererek tıbbî otopsinin caiz olmadığını ifade etmişlerdir. Bu âlimlere göre, otopsi müslere benzemektedir. Dolayısıyla müsleyi reddeden ve yasaklayan bütün hadislerin kapsamına girmektedir.<sup>105</sup> Yine ölmüş hamile bir kadının çocuğunun alınmasının ve değerli bir malı yutan kimsenin öldükten sonra karnının yarılmasının caiz olmadığını savunan mütekaddimûn fakihlerin delil olarak sunduğu “*Ölünün kemiğini kırmak canlı iken kırmak gibidir.*” hadisi de bu gruptaki âlimlere göre tıbbî otopsinin caiz olmadığını göstermektedir. Hadis-i şeriften ölü insanın kemiğini kırmanın haram olduğu anlaşılmaktadır. Otopsi de bundan farklı bir şey değildir. Dolayısıyla otopsi de haramdır. Nitekim zarûret bulunmasına rağmen, bu hadis gereğince mütekaddimun fakihlerden bazıları, ölmüş kadının karnından çocuğun alınmasını veya değerli bir malı yutan ve sonra da ölen kimsenin karnının yarılmasını kabul etmemişlerdir.<sup>106</sup> Yine bu âlimlere göre, “*Kabirlerin üstüne oturmayın ve onlara karşı namaz kılmayın*”<sup>107</sup> hadis-i şerifindeki yasak, bu fiillerin ölüye eziyet vereceği endişesinden kaynaklanmaktadır. Kabirde oturma veya namaz kılma fiili ile ölüye dokunma söz konusu değilken bile eziyet verilmesi endişesiyle nehy sabit olmuşsa, otopsinin, yani ölüyü cüzlerine ayırmak gibi büyük bir eziyetin kesinlikle yapılmaması gerekir.<sup>108</sup>

Bu gruptaki âlimlere göre, “*Zarar bir başka zarar ile izale olunmaz.*”<sup>109</sup> şer’î kaidesi de otopsinin caiz olmadığını göstermektedir. Bu kaideye göre, bir zarar başka bir mefsedetle giderilmemelidir. Mefsedet olan otopsi ile bir takım tedavi yöntemleri geliştirerek, başka bir zararın yani hastalıkların önüne geçilmesi amaçlanmakta, zarar bir başka zarar ile ortadan kaldırılmak istenmektedir. Hâlbuki şer’î kaide ise bu yöntemin caiz olmadığını göstermektedir.<sup>110</sup>

Görüldüğü üzere, her iki gruptaki İslam âlimleri de ölüye saygı ve hürmet gösterilmesi ilkesine sıkı sıkıya bağlıdırlar. Ancak birinci gruptaki İslam âlimleri mütekaddimûn fakihler gibi zaruret penceresinden bakarak, otopsinin ölüye hürmetten daha zarûri olduğu sonucuna varmışlardır. İkinci grup İslam âlimleri de yine mütekaddimun fakihlerin özellikle ölünün saygınlığını ihlal edici her türlü

103 Ebû Dâvûd, Cihâd, 140; Tirmizî, Diyât, 14.

104 İbn Mâce, Zebâih, 10.

105 Senbuhlî, Muhammed Burhanuddin, *Kazâyâ Fıkhyye Muâsıra*, Dâru’l-Kalem, Dimaşk, 1408/1988, s. 64; Kassâr, s. 32; Sakkâf, s. 27.

106 Mutî’i, Muhammed Bahit, “Fetvâ eş-Şeh Muhammed Bahit el-Mutî’i”, *Mecelletu’l-Ezher*, c. 6, sy. 1, 1935, s. 628; Pala, Ali İhsan, “Muhammed Bahit el-Mutî’i Hayatı ve İlmi Kişiliği”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 6, 2005, s. 193, 194.

107 Ebû Dâvûd, Cenâiz 73; Tirmizî, Cenâiz 57; Nesâî, Ebi Abdirrahman Ahmed bin Şuayb bin Ali, (ö. h. 303), *Sunenu’n-Nesâî*, Beyrut, h. 1417, thk. Abdulkadir el-Bendâri-Seyyid Kusrevî Hasan, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1991/1411, Kible, 11.

108 Kassâr, s. 34.

109 Mecelle, Md.25; Kassâr, s. 34.

110 Mutî’i, s. 628; Kassâr, s. 34; Sakkâf, s. 28.

davranışı yasaklayan delillerini ön plana çıkararak, tıbbî otopsinin caiz olmadığı kanaatine varmışlardır.

Tıbbî otopsinin fıkhi hükmü konusunda çoğunluğu oluşturan birinci gruptaki İslam âlimlerinin görüşlerine katılmaktayız. Tıbbî otopsiyi caiz görmeyen İslam âlimlerinin delil olarak gösterdiği İsrâ suresi 70. âyette, insanın kerem sahibi olarak yaratıldığı ve otopsi ile insana yüklenen bu vasfa saygısızlık yapıldığının aksine, otopsi yoluyla tıbbî eğitim ve hastalıklarla mücadele yollarının belirlenmesi, insanların daha sağlıklı yaşaması ve hayat standartlarının artmasıyla, âyette insan için kullanılan vasfa daha çok yaklaşmış olunacaktır.

Bu İslam âlimlerinin delil olarak gösterdiği “*Ölünün kemiğini kırmak canlı iken kırmak gibidir.*” rivayeti ve müslâ ile ilgili hadis-i şerifler, ölüye kefenlenmesinden defnine ve mezarındaki durumuna kadar hürmet ve saygı gösterilmesi, özellikle cahiliye döneminde sıkça yapılan ölüye işkenceyi yasaklama amacını taşımaktadır. Müslâ yani ölüye işkence, insanlara hiçbir faydası olmayan haram bir fiildir. Otopsi ise insanların maslahatı için yapılan bir eylemdir. Nitekim mütekaddimun fakihlerin birçoğu, bu hadislerle rağmen ölmüş hamile kadının karnındaki çocuğun yaşama ihtimali sebebiyle cerrahi müdahale ile çıkarılması veya başkasının değerli bir malını yutmuş ölü bir insanın karnının yarılarak malın alınması gibi zaruri durumlarda ölüye cerrahi müdahaleyi caiz görmüşlerdir. Ayrıca bu âlimlerin delil olarak gösterdiği mezarların üzerinde oturulmasının yasaklanması ile ilgili hadis-i şerif de, hiçbir maslahat içermeyen, aksine ölüye saygısızlık ifade eden bir davranışla alakalıdır.

“Zarar bir başka zarar ile izale olunmaz.”<sup>111</sup> şer’î kaidesi mucibince otopsinin caiz olmadığı iddiasına karşı da şunları söyleyebiliriz: Bu kaide ile kastedilen, bir zararın kendisinden daha büyük bir zararla izale olunamadığı gibi kendi misli ile de izale olunamamasıdır. Mecelle’nin 965. maddesinde de ifade edildiği üzere, meselâ bir kimse çarşıda bir sanat veya ticaretle uğraşmak istediğinde, çarşıda bulunan diğer esnaf bizim kârımıza mani oluyor diye onu bu işten men edemezler.<sup>112</sup> Yani esnaf, kârlarının düşmesi zararını başka bir kimseye iş yaptırmama zararı ile izale edemezler. Bu yüzden, tıbbî otopsiyi bu kaide ile izah ederek, otopsi yapmama neticesinde ortaya çıkacak zararın, bu âlimlere göre zarar olarak kabul edilen otopsi ile izale edilmiş olacağını iddia etmek, yanlış bir değerlendirme olacaktır. Çünkü burada zarar kendisinden daha büyük zararlar ya da misli bir zarar ile izale edilmemektedir. Tam aksine otopsi yapılmaması büyük zarar, otopsi yapılması küçük zarardır. Nitekim bir başka kaidede “Zarar-ı âmîni def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur.”<sup>113</sup> denilmektedir. Bir kimseye otopsi yapılması şayet zararlı bir durum ise hususi bir zarardır. Otopsi ile elde edilen tıbbî bilgilerle umumi zararın önüne geçilmekte, birçok insanın sağlıklı yaşamasına vesile olunmakta, yani kü-

111 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Mısır, 1968, s. 87.

112 Bakır, Mustafa, *İslâm Hukukunda Külli Kâideler*, Erzurum, 1988, s. 63, 64.

113 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 87; Mecelle, md. 26.

çük bir zararla büyük zarar ortadan kaldırılmaktadır. Ayrıca, “Zarar-ı eşed, zarar-ı ahaf ile izale olunur.”<sup>114</sup>, “Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur.”<sup>115</sup> ve “İki fesat teâruz etikde ehaffi irtikâb ile a’zâminin çaresine bakılır.”<sup>116</sup> kaideleri de yukarıdaki iddiaların aksine tıbbî otopsinin caiz olduğunu destekler niteliktedir.

### C- TIP EĞİTİMİ İÇİN OTOPSİ

Günümüzde yasal bekleme süresi sonunda, sahibi olmayan kadavralar eğitim amacıyla tıp fakültelerine verilmekte ve bunlar üzerinde tıp eğitimi yapılmaktadır. Ancak uzmanlar, durum bu şekilde olsa da tıp fakültelerinde üzerinde tıp eğitimi verilecek kadavra sıkıntısı çekildiğini ve organ bağıışı gibi vatandaşların bedenlerini ölüm sonrası tıp eğitimi için kullandırmaları<sup>117</sup> gerektiğini her fırsatta dile getirmektedir.

Otopsi ile alakalı günümüzde tartışılan meselelerden birisi de Müslüman olarak ölmüş kimsenin cesedinin tıp eğitimi için otopsi yapıp yapılamayacağıdır. Otopsinin her çeşidinin caiz olduğunu, gerektiğinde hem adli hem de tıbbi otopsinin yapılabileceğini kabul eden İslam âlimlerinin bir kısmı, özellikle tıp eğitiminde faydalanmak üzere Müslüman bir ölü üzerinde otopsi yapılmasının caiz olmadığını ifade etmişlerdir. Bu âlimlere göre, bu tür otopsiler ancak Müslüman olmayanların ve ölüm cezasına çarptırılmış mahkûmların cesetleri üzerinde yapılmalıdır. Kanı helal olmayan insanlar üzerinde otopsi yapmak caiz değildir.<sup>118</sup> Bu gruptaki İslam âlimlerinin görüşlerini şu şekilde özetleyebiliriz;

- Kur’an-ı Kerim’de “Allah kimi hor ve hakir kılsa, artık onu değerli kılacak bir kimse yoktur.”<sup>119</sup> buyurulmuştur. Bu âyet-i kerime’de, Allah’ın bir kimseyi zelil kılması durumunda hiç kimsenin onu kerem sahibi yapamayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla kâfirler de Allah’ın zelil kıldığı kimselerdir ve bu yüzden tıp eğitimi için onların cesetlerinde otopsi yapılmalıdır. Ancak, Müslüman olarak ölmüş kişinin cesedi üzerinde operasyon, o cesedin saygınlığını ortadan kaldırmaktadır.

-Ölünün kemiğini kırmanın yasaklanması ile Müslüman olarak ölmüş kimse kastedilir.<sup>120</sup>

-Ebû Hüreyre’den rivayet edilen bir hadis-i şerifte Hz. Peygamber (s.a.v.), “Cenaze işlerinde süratli olunuz.”<sup>121</sup> buyurmuşlardır. Müslüman bir kimsenin cesedi-

114 Hâdimî, Ebu Said, *Mecamiu’l-Hakayık (Güzelhisari’ nin şerhi ile birlikte)*, İstanbul, h. 1308, s. 323; Mecelle, md. 26.

115 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 89; Mecelle, md. 29.

116 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir* s. 89; Mecelle, md.28.

117 Diyanet İşleri eski başkanı Ali Bardakoğlu, tıp eğitimi için kadavra bağışının dinen sakıncası olmadığını ifade etmiştir. Bkz. <http://www.dunyabulteni.net/index.php?aType=haber&ArticleID=3521>; <http://www.memurlar.net/haber/118963/>

118 Suudi Arabistan İslam âlimleri Hey’eti 47 no’lu karar; *Fetâvâ’l-Lecneti’l-Dâime*, V, 272, XXV, 93, 94; Muşeyyih, Şeyh Halid b. Ali, *Fıkhu’n-Nevâzi’l-fi’l-İbâdât*, Câmiâtu’l-Kuveyt, h. 1426, s. 75.

119 Hâc, 22/18.

120 Suudi Arabistan İslam âlimleri Hey’eti 47 no’lu karar; Şenkîti, s.178; *Fetâvâ’l-Lecneti’l-Dâime*, V, 272.

121 Buhârî, Cenâiz, 51; Nesâî, Cenâiz, 44.

nin teşrih edilmesiyle, vefattan sonra gerçekleştirilen yıkama, kefenleme, cenaze namazı kılma ve defin merasimlerinde gecikme olacaktır. Bu da, cenazenin süratli yapılması ve cenaze işleri ile alakalı sünnetteki emirlere zıt bir durumdur. Müslümanın cesedinin atıl bırakılarak, kendisiyle alakalı olmayan bir maslahat sebebiyle ölümü ile gerekli olan maslahatları yerine getirmemek caiz değildir.<sup>122</sup>

-Ölüme mahkûm edilmiş kişilerin cesetleri üzerinde yapılacak çalışmalar ihtiyacı karşılamak için yeterlidir.<sup>123</sup>

Görüldüğü üzere otopsinin her çeşidini caiz gören İslam âlimlerinin bir kısmı, tıp eğitimi maksadıyla otopsi yapılabilmesi için cesedin sahibinin Müslüman olmaması ve kanının helal olması gerektiğini savunmuşlardır. İnsanın canlısı kadar ölüsünün de muhterem olduğu, canlısı kadar ölüsüne de değer verilmesinin gerekliliği, İslam hukukunun prensiplerinden biridir. Ancak bu değer için insan olmak yeterli görülmüş, ölünün ırkı, dini ve şahsiyeti hakkında bir ayırım yapılmamıştır. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v.) bir Yahudî'nin cenazesine ayağa kalkınca etrafındakiler, "O, bir Yahudî'dir, Ya Rasûlallah!" demişler, buna karşılık Hz. Peygamber (s.a.v.); "O da bir insandır."<sup>124</sup> karşılığını vermiştir. Bazı İslam âlimlerinin de ifade ettiği üzere, Peygamberimiz müsleyi yasaklarken gayrimüslimlere de yapılmasını yasaklamış, Yahudi bir kimsenin mezarındaki kemiğin kırılması, Müslümanın kemiğini kırmak gibi haram kabul edilmiş, saygı ve ta'zim açısından Müslüman ve gayrimüslimin cesetleri arasında bir fark görülmemiştir.<sup>125</sup>

Otopsi ile bir Müslümanın cenazesinin süratli yapılması ve cenaze ile ilgili işlerle alakalı sünnetteki emirlere tearuzluk sadece tıp eğitimi için yapılan otopside bulunmayıp, adli ve tıbbî otopside de söz konusudur. Bu yüzden, adli otopsi ve tıbbî otopsinin "Zarûretler yasakları mubah kılar." prensibi çerçevesinde yorumlanmasını gerektiren sebepler, tıp eğitimi için yapılan otopside de geçerlidir.

Ölüme mahkûm edilmiş ya da Müslüman olmayan bir insanın açıkça; "Benim üzerimde otopsi yapılmasın." vasiyetinde bulunmasına rağmen, onun vücudunda dilendiği gibi tasarruf yapma hakkı bulunmamaktadır. Bu yüzden sadece ölüme mahkûm edilmiş ya da Müslüman olmayan insanların kadvralarının tıp eğitimi maksadıyla yapılacak otopsi için kâfi olacağı iddiası yeterli değildir. Bu mevzuda kadvranın şahsiyetini değerlendirme konusu yaparak, mahkûm ya da gayrimüslim gibi şahısların cesetleri üzerinde istenildiği gibi tasarruf yapılabileceği düşüncesine katılmamaktayız.

Ancak yine de insanın hayatta olduğu gibi öldükten sonra da muhterem olduğunu hiçbir zaman ihmal etmememiz gerekmektedir. Günümüzde ilim ve teknolojinin ulaştığı seviye itibarıyla, birçok gelişmiş ülkede insan bedenine çok benzer plastik taklitler yapılabilmektedir. Bunlarla eğitim çalışmaları sürdürüle-

122 Şenkîti, s. 177.

123 Şenkîti, s. 177; *Fetâvâ'l-Lecneti'd-Dâime*, XXV, 94; Karaman, s. 259.

124 Müslim, *Cenâiz*, 78, h.no. 1593.

125 İbn Nüceym, *Bahru'r-Râik*, II, 210.

bilecekse, öncelikle bu yol denenmelidir. Eğer her şeye rağmen kadavra üzerinde çalışma zarûreti varsa, ancak o zaman gerçek insan cesedi üzerinde çalışma yoluna gidilmelidir. Kadavra üzerinde çalışılırken insanın muhteremliği esasının zedelenmemesine aşırı özen gösterilerek, cesetler üzerinde tahribat yapılmamasına dikkat edilmeli ve en az on-on beş kişinin aynı kadavra üzerinde çalışmasının temini sağlanmalıdır. Cesedin açılmasıdaki gaye elde edildikten sonra ölen insana saygı duyulup, değer verilmeli ve iç organları yerlerine yerleştirilip, vücudunun parçaları bir araya toplanmak suretiyle eski haline getirilmelidir. Daha sonra da usullere göre defni yapılmalıdır. Otopsi yapılacak kişi ölmeden önce kabul etmiş bile olsa öldükten sonra yakınlarından da izin alınmalıdır. Zaten günümüzde kişi hayat-tayken kendi bedenini tıp eğitimi maksadıyla otopsi için bağışlasa bile, hayatını kaybettiğinde birinci dereceden bir yakını kabul etmezse, o kişinin bedeni kadavra çalışmalarında kullanılamamaktadır.<sup>126</sup>

## SONUÇ

İslam dini insanı yüceltmış, saygıya layık görmüştür. İnsanın canlısı kadar ölüsünün de muhterem olduğu, canlısı kadar ölüsüne de değer verilmesinin ve saygı duyulmasının gerekliliği, İslam hukukunun prensiplerinden birisi olmuştur. İslam'da dış organlarının kesilmesi, iç organlarının çıkarılması, kemiklerinin kırılması yoluyla ölüye işkence yapmak yasaklanmış, ölüye yapılan bu tür fiillerin canlıya yapılmış gibi değerlendirileceği ifade edilmiştir.

Otopsi, ölüm sonrasında cesedin dıştan ya da iç organların açılmasıyla içten incelenmesi olup, son derece kapsamlı teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bilimsel bir yöntemdir. Çalışmamızda da görüldüğü üzere fıkhîta dış otopsi yani cesedin dış muayenesinde hem klasik hem de çağdaş İslam âlimleri dini bir sakınca görmemiş ancak iç otopsi hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Esas tartışma konusu olan da cesedin iç muayenesidir.

Kur'an ve Sünnette doğrudan otopsinin hükmünü ortaya koyan bir nas bulunmamaktadır. Otopsinin ilmi araştırmalara katkısı ve adaletin tecellisi açısından insanlar için faydalı bir fiil olduğu göz önünde bulundurularak, insanları ilme ve araştırmaya, iyiliğe ve yardımlaşmaya teşvik eden, toplumda adaletin icrasını emreden âyet ve hadisler kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Ayrıca "zarûretlerin yasakları kaldırması" prensibi bazı âyet-i kerimelere dayanmaktadır. Otopsinin de daha çok zarûret sebebiyle yapıldığı dikkate alındığında, bu prensibin otopsiyi de kapsadığı belirtilebilir.

Her ne kadar Sünnette doğrudan otopsi ile ilgili bir rivayet bulunmasa da ölüye canlı gibi muamele edilmesinin emredildiği, intikam maksadıyla ölünün organlarının çıkarılmasının nehyedildiği bazı rivayetlere rastlanılmaktadır. Klasik fıkıh

<sup>126</sup> Bkz. Umumi Hıfzıssaha Kanunu, md. 70; Ersoy-Toprak, s. 65.

kaynaklarında da doğrudan otopsinin hükmü ile ilgili bir bilgiye rastlanmasa da sünnette ki bu rivayetler çerçevesinde ölüye cerrahi müdahalelerin yapılıp yapılamayacağı tartışılmıştır.

Hanefiler, Şafiiler, bazı Hanbeliler ve Zâhiriler'in, hamile bir kadın öldüğünde karnındaki çocuğun canlı olmasından şüphe duyulursa, zarûret sebebiyle annenin karnının en kolay şekilde açılıp çocuğun alınacağı; Hanefiler, Şafiiler, Hanbelilerin bir kısmı ile Zahiriler ve Malikilerden Sehnûn'un, bir kişinin başkasının değerli bir malını yutması ve sonra da ölmesi durumunda yine zarûret nedeniyle karnının yarılarak bu malın alınabileceğine yönelik ifadeleri, zarûret durumunda ölüye bir takım cerrahi müdahalelerin yapılabileceğini kabul ettiklerini göstermektedir. Mâlikilerin çoğunluğu ve bazı Hanbeli âlimleri ise, Hz. Peygamber (s.a.v.)'den rivayet edilen, *"Ölünün kemiğini kırmak, o kemiği, o kimse sağ iken kırmak gibidir."* hadis-i şerifini ve bu tür faaliyetlerin müsleye benzediğini esas alarak, hiçbir halde ölüye cerrahi müdahalenin söz konusu olamayacağını savunurlar.

Zarûret sebebiyle yapılan bir otopsinin caiz olduğunu iddia etmek, birinci gruptaki İslam âlimlerinin görüşleriyle paralellik arz etmektedir. Artık günümüzde vazgeçilemez bir vakıa olarak kabul edilen ve ameliyattan tek farkı ceset üzerinde yapılması olan otopsiler ile ölüm sebepleri tespit edilmekte, bulaşıcı hastalıklarla mücadele yoluna gidilmekte, ortada bir cinayet varsa otopsi sebebiyle elde edilen deliller ile cinayetler aydınlatılmakta, kısacası adli ve tıbbî açıdan birçok faydalı bilgiler ve neticeler temin edilmektedir. Bu açıdan, otopsinin zarûreti ile birinci grup İslam âlimlerinin vurguladığı zarûret arasında bir fark bulunmamaktadır. Aynı zamanda buradaki zarûret sadece yukarıdaki misallerle sınırlı kalmamaktadır. Özellikle kişinin ne zaman, hangi sebeplerle öldüğünün tespiti hukuk davaları açısından da son derece mühimdir.

Ayrıca, klasik fıkıh kitaplarındaki "feth-i kabir" ile ilgili bazı bilgiler, günümüzde önemli fıkıhî tartışmalardan birisi olan ölünün kabrinden çıkarılarak ya da kabrinden çıkarılmadan doku almak suretiyle otopsi yapılıp yapılamayacağı problemine ışık tutabilecek niteliktedir. Zarûri hallerde ölüye cerrahi müdahale yapılacağını kabul eden İslam âlimlerinin çoğunluğu, yine zarûret durumunda kabrin açılabilmesini, cesedin nakledilebileceğini ve cesede cerrahi müdahalenin söz konusu olabileceğini ifade etmişlerdir. Bu âlimler açısından baktığımızda mezar açılarak cesetten doku alma veya cesedin adli tıp kurumlarına nakledilmesi yoluyla adli otopsi yapılmasında her hangi bir mahzur bulunmamaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Diyanet İşleri Başkanlığı başta olmak üzere diğer birçok devletin fetva heyetleri, adaletin tanzimi, ölüme bağlı muhtemel mağduriyetlerin önlenmesi için adli otopsilerin; ister hastalıklar hakkında bilgi sahibi olmak isterse tıp eğitimi amacıyla yapılan tıbbî otopsilerin caiz olduğunu kabul etmektedirler. Bununla birlikte, otopsinin her çeşidinin caiz olduğunu kabul eden İslam âlimlerinin bazıları, özellikle tıp eğitiminde faydalanmak üzere gerçekleştirilen otopsilerin sadece Müslüman olmayanların ve ölüm cezasına çarptırılmış

mahkûmların cesetleri üzerinde yapılması gerektiğini savunmuşlardır. Hâlbuki İslam'da insanın canlısı kadar ölüsünün de muhterem olduğu belirtilmiş ancak bu değer için insan olmak yeterli görülümüş, ölüsünün ırkı, dini ve şahsiyeti hakkında bir ayırım yapılmamıştır. Nitekim Hz. Peygamber'in bir Yahudi'nin cenazesi için sırf insan olması sebebiyle ayağı kalkması, gayrimüslimlere de müslüman yapılmasını yasaklaması, Yahudi bir kimsenin mezarındaki kemiğin kırılmasını, Müslümanın kemiğini kırmak gibi haram kabul etmesi, saygı ve ta'zim açısından Müslüman ve gayrimüslim cesetleri arasında bir fark görülmediğini ortaya koymaktadır. Bu mevzûda kadavranın şahsiyetini değerlendirme konusu yaparak, mahkûm ya da gayrimüslim gibi şahısların cesetleri üzerinde istenildiği gibi tasarruf yapılabileceği düşüncesine katılmamaktayız. Bununla birlikte tıp eğitimi için ölülerin cesetlerinin kullanımının en son çare olarak görülmesi ve farklı alternatifler üzerinde durulması gerektiğini savunmaktayız. Mesela günümüzde ilim ve teknolojinin ulaşmış olduğu seviye itibariyle, birçok gelişmiş ülkede insan bedenine çok benzer plastik taklitler yapılabilmektedir. Bunlarla eğitim çalışmaları sürdürülebilecekse, öncelikle bu yol denenmelidir. Eğer her şey rağmen kadavra üzerinde çalışma zarureti varsa, ancak o zaman gerçek insan cesedi üzerinde çalışma yoluna gidilmelidir.

Netice olarak; Kur'an'da ilme, araştırmaya, insanlara faydalı işler yapmaya teşvik edilmesi, adaletin tesisinin talep edilmesi, zaruret durumunda mahzurlu durumların mubah hale geleceğine işaret edilmesi, Hz. Peygamber (s.a.v)'den rivayet edilen hadislerin özellikle cahiliyye döneminde sıklıkla yapılan ölüye işkenceyi nehyetme maksadı taşıması, klasik İslam âlimlerinin zaruret durumunda ölüye cerrahi müdahale yapılabileceği yönündeki görüşleri, "zarûretler mahzurâtları mubah kılar", "Zarar-ı ammı def için zarar-ı has ihtiyar olunur.", "Zarar-ı eşed, zarar-ı ahaf ile izale olunur.", "Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur." ve "İki fesat teâruz ettikde ehaffi irtikâb ile a'zâminin çaresine bakılır." kaideleri dikkate alınarak konu değerlendirildiğinde, otopsinin her çeşidinin aşağıdaki hususlara dikkat edilmesi durumunda caiz olduğunu ifade edebiliriz.

-Otopsi yapılmasının gerekliliği uzmanlar tarafından açıklanmalıdır.

-İnsanın muhteremliği esasının zedelenmemesine aşırı özen gösterilmelidir. Cesedin açılmasındaki gaye elde edildikten sonra ölen insana saygı duyulup, değer verilmeli ve iç organları yerlerine yerleştirilip, vücudunun parçaları bir araya toplanmak suretiyle eski haline getirilmelidir. Ardından da usullere göre defni yapılmalıdır.

-Adli otopsi dışındaki otopsiler için ya otopsi yapılacak kişiden ölmeden önce ya da öldükten sonra yakınlarından izin alınmalıdır.

-Özellikle tıp eğitimi için yapılacak otopsiler için, hem otopsi yapılacak kişiden ölmeden önce hem de öldükten sonra yakınlarından izin alınmalıdır.



# İSLAM HUKUKUNDA MÜKELLEFİN İÇTİHADİ (TEHARRİ) VE BUNUN İBADET ALANINDAKİ UYGULAMASI

Yrd. Doç. Dr. Savaş KOCABAŞ\*

**Abstract:** In Islamic Law the term “*Al Taharri*” means to choose one of the options in ambiguous cases, to apply and to act depending on it. The choice is done according to the existing indications and signs, if they are not clear, it is done by guessing or estimation. This process is also expressed by different terms such as “*Al Ijtihad*”, “*Al Tewahhy*” and “*application of the more probable*”. Most of the Muslim scholars have adopted and applied this principle in various fields of Fiqh. Intermixed clean and unclean pots or clothes, ambiguity of the prayer times or the direction of Qiblah are some of the issues this principle has been applied in Islamic Law.

**Keywords:** Al Teharri, Al Ijtihad, Al Tewahhy, Suspicion

## GİRİŞ

Mükellef ibadetten alım-satıma kadar günlük yaşamının her alanında şer’i hükümleri uygulayabilmek için gerek duyduğu bilgiyi bazen kesinlik derecesinde edinemeyebilir. Her şeyde kesin bilgiyi şart koşmanın kullarda sıkıntıya ve hükümleri uygulamada tikanıklığa yol açacağını bilen Şâri<sup>1</sup>, buna ulaşamadığı durumlar için “araştırıp baskın kanaate göre karar vermek” olarak özetleyebileceğimiz Teharri esasını koymuştur. Fakihler de bu esası fikhin muhtelif bölümlerinde –aralarında bazı ihtilaflarla birlikte- uygulamışlardır. Bu çalışmamız, birçok konuda getirdiği kolaylıklar ve çözümler sebebiyle fıkıhçı için büyük öneme sahip bu prensip ve ibadetlerdeki uygulaması hakkındadır.

Genel olarak Teharri, fıkıh kitaplarında müstakil olarak ele alınmayan, çeşitli bölümlerde örneklerine rastlanan bir konudur. Bununla birlikte bu konunun Hanefi fakihleri tarafından kısmen derlenmeye çalışıldığı da görülmektedir. Bu bağlamda Muhammed eş-Şeybani’den (ö. 189/805) itibaren bir kısım Hanefi fakihleri “Kitabu’t-Teharri” gibi başlıklar altında çeşitli konulardaki,<sup>1</sup>diğer bir kısmı

\* Gaziantep Üniversitesi İlahiyat Fak. İslam Hukuku Anabilim Dalı, skocabas@gantep.edu.tr

1 Örnek olarak Bk. Muhammed b. Hasen , *el-Asl, İdaretu’l-Kur’an*, Karaçi, II/ 305 vd.; Serahşi, Şemsü’l-eimme Muhammed b. Ahmed, *el-Mebsût*, X/ 185 vd.; Burhaneddin el-Buhari, *el-Muhitu’l-Burhani*, Beyrut, Dâru’l-Kütübü’l-ilmîyye, 2004, V/411 vd.

ise, “Fasl fi’-teharri fi...” (Filan meselede teharri hakkında bir fasıl) gibi<sup>2</sup> başlıklar altında belli bir bölümdeki teharri örneklerini bir araya getirmişlerdir. Bildiğimiz kadarıyla konuyu terim ve meşruiyet bağlamında ele alan tek isim Serahsi’dir (ö. 483/1090), o da konuya kısaca değinmiştir.

Diğer mezheplerde ise muhtelif örnekleri bir başlık altında toplama çabası olmadığı gibi –bildiğimiz kadarıyla- konuyu terim ve meşruiyet bağlamında ele alan hemen hiçbir fakih yoktur.

Bilebildiğimiz kadarıyla modern dönemde konu üzerinde yapılan tek akademik çalışma, 1996 yılında Ürdün Üniversitesi tarafından yayımlanan Halid Said Hasan Ganaim’in “*Ahkamu’t-Teharri fi fikhil-ibadat: İbadetler Fikhinde Teharri Hükümleri*” isimli çalışmasıdır.<sup>3</sup> Doktora tezi olduğunu düşündüğümüz bu esere ulaşma imkânımız olmamıştır.

Konuya dair kaynak sorunundan dolayı Teharri’nin literatürdeki yerini ortaya koymak ve tüm yönleriyle çerçevesini çizmek uzun bir furu taramasına gereksinim duymaktadır. Bu çapta bir araştırmanın ise hem zaman hem hacim bakımından makalenin sınırlarını aşacağı açıktır.

Bu yüzden, ele alınacak örnekler üzerinden tümevarımlara gidilmeye ve kurallar tespit edilmeye, böylece Teharri’nin kavramsal çerçevesinin belirlenmesine çalışılacaktır.

Makalede evvela teharri’nin manası ve hükmüne dair bilgiler verilecek, ardından ibadetlerdeki bazı örnekleri ele alınacak, daha sonra da bu örnekler ışığında teharriye dair genel kurallar ve tespitler ortaya konmaya çalışılacaktır.

## I. TEHARRİ KAVRAMI VE HÜKMÜ

Burada teharri ile ictihad ve tevahhi gibi benzer kavramlar açıklanacak, ardından teharri’nin hükmü ortaya konmaya çalışılacaktır.

### A. TEHARRİ VE BENZER KAVRAMLAR

Teharri (التحري) kelimesi sözlükte; istemek, aramak, bir şey için çalışıp çabalamak ve özen göstermek gibi manalara gelir.<sup>4</sup> Örneğin “تحري مسرتك” cümlesi “senin mutluluğunu istiyorum, onun için çabalıyorum”, “فلان يتحري كذا” cümlesi “Filan kişi meseleyi titizlikle araştırıyor/özenle doğruya en yakını bulmaya çalışıyor” mânâsına gelir. Aynı kökten gelme “حري” de “lâyık olan” anlamını taşır. Mesela

2 Örnek olarak Bk. İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrahim, *el-Bahru’-Râik Şerhu Kenzi’d-Dekaik*, Daru’l-Kitabi’l-İslami, 8/545; Şürünbilali, Ebü İhlas Hasan b. Ammar, *Meraki’l-Felah Şerhu Nuri’l-İzah*, el-Mektebetu’l-asriyye Beyrut, 2005, 1/19.

3 [http://books.google.com.sa/books/about/%D8%A3%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85\\_%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D8%B1%D9%8A\\_%D9%81%D9%8A\\_%D9%81%D9%82%D9%87\\_%D8%A7%D9%84.html?hl=ar&id=UWp-QgAACAAJ](http://books.google.com.sa/books/about/%D8%A3%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85_%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D8%B1%D9%8A_%D9%81%D9%8A_%D9%81%D9%82%D9%87_%D8%A7%D9%84.html?hl=ar&id=UWp-QgAACAAJ) (13. 06. 2013)

4 Neseî, Ömer, *Tilbetu’-Talebe*, Mektebetu’l-müsenna Bağdat, H.1311, I/90.

“هو حرِّي أن يفعل كذا” cümlesi “Filan şunu yapmaya layıktır” mânâsını ifade eder. Şu halde “تحرى” fiili “doğruya en yakın olanı bulmak için araştırma yaptı” manasına gelir.<sup>5</sup>

Bir fıkıh terimi olarak teharrî; bir hükmü uygularken ona ilişkin bir konuda kesin bir bilgiye sahip olunmadığında araştırma ve inceleme yaparak zan derecesinde de olsa bir kanaat edinme çabasıdır.<sup>6</sup>

Bu konuda en meşhur örnek kiblelidir. Namaz kılmak isteyen fakat kiblenin hangi tarafta olduğunu bilmeyen kimse fakihlerin büyük çoğunluğuna göre mevcut karine ve emareler ışığında araştırma yapıp kible olduğunu tespit ettiği yöne doğru namaz kılar. Onun hakkında kible tespit ettiği yöndür. Dolayısıyla da namazı sahihtir. İşte namaz için kiblenin yönünü araştıran bu kişinin yaptığı faaliyete fıkıh dilinde teharrî adı verilmektedir.<sup>7</sup>

Fıkıhta teharrî yerine kullanılan başka terimler de vardır. Bunlardan biri ictihad (اجتهاد)'dır. Türkçe'ye de geçmiş olan bu kelime sözlükte, “çaba, ısrar ve zahmet” anlamlarına gelen “cehd” kökünden türemiş olup; “bir konuda her türlü çabayı sarfetmek, bir şeyi elde etmek için tüm gücünü kullanmak” manasını ifade eder.<sup>8</sup>

Bu terim Usul-i Fıkıh literatüründe, “Belli ilmi şartlara haiz kimsenin nassın lafız ve mânâsından hareketle, nass bulunmadığında da çeşitli istinbat metotları kullanılarak şer’î hüküm hakkında zannî bilgiye ulaşma çabası” mânâsında kullanılırken<sup>9</sup>; Fıkıh’ta, “Mükellefin bir hükmü uygulayabilmek için ihtiyaç duyduğu bir bilgiye kesinlik derecesinde sahip olmaması halinde mevcut delil, işaret ve emareleri kullanarak zann-ı galiple, bunlar da yoksa kalbinin şehadetine bağlı olarak bir kanaat edinme çabası manasında kullanılır.<sup>10</sup>

Tariflerinden anlaşılacağı gibi Fıkıh literatüründe teharrî ictihaddan daha kapsamlıdır. Zira ictihadda sonuca ulaşmak için delil ve emarelere başvurulması şarttır. Teharrîde ise varsa delil ve emarelere başvurulur, yoksa salt tahmine (kalbin şehadetine) dayalı bir karar verilir. Buna göre, her ictihad teharrîdir, fakat her teharrî ictihad değildir.<sup>11</sup>

Bu mânâdaki diğer bir terim Tevahhî (التواخي)dir. Hadislerde teharrînin ibadetlerde tevahhînin ise muamelatta kullanıldığı göze çarpmaktadır. Örneğin Rasûlullah

5 Seâlebi, Ebu Mansur, *Fıkhu'l-Luğati ve Sirru'l-Arabiyye*, İhyâu't-Turâsi'l-Arabî, 2002, I/131; Mutarrizî, Ebu'l-Feth Burhaneddin Nasr b. Abdüsseyyid, *el-Muğrib fi Tertibi'l-Mu'rib*, Beyrut Daru'l-Kitabî'l-Arabî, “h-r-y” md., I/113; ez-Zebidi, Murtaza Muhammed b. Muhammed, *Tacu'l-Arus min Cevahiri'l-Kamus*, Daru'l-Hidaye, XXVII/430; Serahsi, a.g.e., IX/20.

6 İbn Abidin, Muhammed Emin b. Ömer, *Haşiyetu Reddi'l-Muhtar alâ Dürrî'l-muhtar*, Daru'l-Fikr, Beyrut, 1992, II/352.

7 Bk. Makalemizin Namaz Bölümündeki 2. teharrî örneği “Kibleyi Tayinde Teharrî”.

8 İbn Manzur, Ebu'l-Fadl Muhammed b. Mekrem, *Lisânu'l-Arab*, “c-h-d” md, I/133; H. Yunus Apaydın, “İctihad”, *DİA*, XXI/432.

9 Taftazânî, Sa'deddin Meş'ud b. Ömer, *Şerhu't-Telviḥ ale't-Tavdiḥ*, Mektebetu Subeyh, Kahire, II/234; H. Yunus Apaydın, “İctihad”, *DİA*, XXI/432.

10 Serahsi, *el-Mebsût*, X/186.

11 el-Mevsûa el-Fikhiyye el-Kuveytiyye, “et-Teharri”, Daru's-Selasil Kuveyt, X/187.

(s.a.v) namaz rek'atlarında şüphe konusunda “وأیکم ما شك في صلاته فَلْيَتَحَرَّ أَقْرَبَ ذَلِكَ لِلصَّوَابِ”  
 “(Sizden kim namazında şüphe ederse doğruya en yakın olanı bulmaya çalışsın...)”<sup>12</sup>,  
 miras meseleleri için yanına gelen iki varise ise, “... اذْهَبَا فَاقْتَسِمَا وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ” ( Gidip mirası  
 paylaşın; onda da doğru ve hak hukuka uymaya gayret gösterin) buyurmuştur.<sup>13</sup> Gö-  
 rüldüğü gibi ilk hadiste teharrî, ikincisinde ise tevahhi kelimesi kullanılmıştır.

Kimi fakihler aynı ayırımın fıkıhta da bulunduğunu söyleyeler de,<sup>14</sup> bunların  
 birbirlerinin yerine kullanıldığına rastlamak mümkündür.<sup>15</sup>

Fakihler mükellefin ferdi araştırma ve ictihadını bazen de “zanla amel” ve  
 “zann-ı gâliyle amel etmek” veya “zan üzerine bina etmek” ve “en kuvvetli görüşle  
 amel etmek” gibi kelimelerle ifade etmişlerdir.<sup>16</sup>

Fakihlerce farklı biçimlerde ifade edilen bu konunun, dilimizde de kullanılıyor  
 olması sebebiyle “ictihad” kelimesiyle ifadesi uygun olsa da biz, hem usulî ictihad-  
 la karıştırılmasının önüne geçmek, hem de müstakil bir fıkıh terimi olarak ortaya  
 koymak için -başlıkta olduğu gibi- “teharrî” kelimesiyle ifade etmeyi daha uygun  
 gördük.

## B. TEHARRİNİN HÜKMÜ

Teharrinin hükmü hakkında fakihler arasında ana hatlarıyla iki görüş vardır.  
 Çoğunluk bunu meşru görürken, bazıları meşru olmadığı görüşündedir. Şimdi bu  
 iki görüşü delilleriyle birlikte ele alalım.

### a. Teharriyi Meşrû’ Görenler.

Gelecek örneklerde görüleceği gibi fakihlerin büyük çoğunluğu, teharrîye iliş-  
 kin meselelerde birbirlerinden farklı ictihadlar ortaya koysalar da, onu genel ola-  
 rak meşru görmüş, fikhin muhtelif bölümlerinde esas alarak uygulamışlardır.

Bunlara göre, Müctehidin şer’î hükme ulaşma yolunda naslar üzerinde veya  
 dışında araştırma yapması (ictihad) ve ulaştığı görüşle amel etmesi caiz ve meşru  
 olduğu gibi, mükellefin de günlük hayatta bir hükmü uygulayabilmek için ihtiyaç  
 duyduğu bilgiye sahip olmadığında, mevcut karine ve emareler ışığında araştırma

12 İbn Mace, “İkametu’s-Salâti”, 1210; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, Müessesetü’r-Risâle Beyrut, 2001, VII/236; Ebü Ya’lâ el-Mevsilî, *el-Müsned*, hd. no: 7027, XII/456; İbn Cârûd, Ebü Muhammed Abdullah b. Ali, *el-Müntekâ mine’s-Süneni’l-Müsnedeti an Rasulillah*, Müessesetü’l-Kitâbi’s-Sekâifiyye Beyrut, I/71.

13 İbn Ebî Şeybe, Ebü Bekir Abdullah b. Muhammed, *el-Müsned*, Mektebetü’r-Ruşd, Riyad, IV/541; Ebü Davud, *Uk-diye*, h. no: 3584, III/301.

14 İbn Nüceym, *a.g.e.*, II/268; İbn Abidin, *a.g.e.*, II/352.

15 Örneğin, Tevahhi’nin İbadet alanında kullanımı için Bk. Şâfiî, Ebü Abdullah Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Daru’l-ma’rife, Beyrut 1990, I/90; el-Merdâvî, Alaeddin Ali b. Süleyman, *el-İnsâf fi marifeti’r-racihî mine’l-hilaf ala mezhebi’l-imami’l-mübeccel Ahmed b. Hanbel*, Daru İhyai’t-turas el-arabi, I/103; İbn Abidin, *a.g.e.*, II/624.

Teharrînin Muamelatta kullanımı için Bk. Semerkandî, Alauddin Muhammed b. Ahmed, *Tuhfetu’l-Fukahâ*, Dâru’l-kütübi’l-ilmîyye 1994, 3/363; İbn Nüceym, *a.g.e.*, 8/228; Haraşî, Ebü Abdullah Muhammed b. Abdullah, *Şer-hu Muhtasar-ı Halil*, Daru’l-fikr Beyrut, II/173.

16 İbn Nüceym, *a.g.e.*, II/119.

yaparak edindiği kanaate göre hareket etmesi de caiz ve meşrudur. Hatta, “vacib yerine getirilmesi için zorunlu olan şey de vaciptir” kaidesi<sup>17</sup> uyarınca, edası teharrîye bağlı olan konularda onun vacip olduğu dahi söylenebilir.

Bu fakihler teharrînin meşruluğuna, Usulcülerin usûlî icthadın meşruluğuna dair zikrettikleri delillere benzer deliller getirmişlerdir. Bu delilleri şöyle sıralamak mümkündür:

1. Allah (c.c) “*Ey inananlar! İnanmış kadınlar hicret ederek size gelirlerse onları deneyin, hicretlerinin sebebini inceleyin. Allah onların imanlarını çok iyi bilir. Onların mümin kadınlar olduklarını öğrenirseniz, inkarcılara geri çevirmeyin.*”<sup>18</sup> buyurmuştur. Müslümanlar hicret eden kadınların mümin olduklarını ancak zann-ı galip ve teharrî ile tespit edebilirler. Buna rağmen Allah (c.c) onların bu zan ve kanaatlerini “علمتموهن” ( onların mü’min olduklarını bilerseniz/ öğrenirseniz ) diye ifade etmiştir. Bu ise teharrînin Şari’ nezdinde bilgi ifade ettiği ni, dolayısıyla geçerli olduğunu göstermektedir.<sup>19</sup>

2. Rasûlullah (s.a.v) bir hadisinde “Mü’min Allah’ın nuruyla bakar”<sup>20</sup>, başka bir hadisinde de “İyilik göğsünü genişleten ve ferahlatan, günah ise içini rahatsız eden ve daraltan şeydir”<sup>21</sup> buyurmuştur. Zira mü’minin kalbi helal olan şeylere karşı rahat ve huzurlu iken haramlardan huzursuz ve rahatsız olur.<sup>22</sup> Bu ve benzeri hadisler mü’minin görüşüne önem atfetmiş ve doğruyu bulma ihtimalinin kuvvetli olduğuna işaret etmiştir.

3. İleride geleceği gibi Allah Rasülü (s.a.v): “Sizden biri namazında şüpheye düştüğünde en doğru gördüğünü seçip namazını ona göre tamamlasın. Sonra iki defa secde etsin.”<sup>23</sup> buyurmuştur. Genel olarak şüpheye düşülen durumlarda teharrî yapılabileceğini gösteren bu hadis teharrînin sünnetten esasını teşkil etmektedir.<sup>24</sup>

4. Bir hükmü uygularken ihtiyaç duyulan kesin bilgiye ulaşılamadığında zann-ı galibe başvurup ona göre hareket etmek İslam Hukuku’nda kabul gören bir

17 İzzeddin b. Abdüsselam, *Kavaidü’l-ahkam fi mesalihî’l-enam*, Kahire Mektebatu’l-kutub el-İlmiyye, II/204.

18 Mümtehiine: 60/10.

19 Bk.Serahsi, *el-Mebstût*, X/186.

Ayetteki “deneyin” ifadesini Taberi ve İbn Kesir gibi müfessirler İbn Abbas (r.a)’tan nakledilen bir rivayete göre “onlara mü’min olduklarına ve başka bir şey değil Allah rızası için hicret ettiklerine yemin ettirin” şeklinde tefsir ederken aralarında Zemaşeri, Razi, Beyzavi, Ebu’s-Suud ve Cemaleddin Kasımî’nin bulunduğu birçok müfessir de “onların hal ve hareketleriyle başka karinelere bakarak zann-ı galibe göre karar verme” manası ekseninde tefsir etmiş, “علمتموهن” cümlesinde zan için “ilm: kesin bilgi” kelimesinin kullanılmasına dikkat çekmişlerdir.

Bk. Zemaşeri, Ebu Kasım Mahmud b. Amr b. Ahmed, *Envaru’t-Tenzil ve Esraru’t-Te’vil*, IV/517; Razi, Ebû Abdullah Muhammed b. Ömer et-Temimi, *Mefatihü’l-Ğayb*, IXXX/322; Beyzavi, Nasiruddin Abdullah b. Amr, *Daru İhyau’t-Turasi’-arabi*, Beyrut 1418 h., *Envaru’t-Tenzil ve Esraru’t-Te’vil*, V/206; Ebu’s-Suud, Muhammed b. Muhammed el-İmadi, *İrşadu’l-Akli’s-Selim*, *Daru İhyai’t-Turasi’-arabi*, Beyrut, X/239; Mehasinu’t-Te’vil, Kasımî, Cemaleddin Muhammed b. Muhammed, *Daru’l-Kutubi’l-İlmiyye* 1418 I. Baskı, IX/208.

20 Buhârî, *et-Tarihu’l-Kebir*, 15; Tirmizî, “*Tefsiru’l-Kur’an*”, 3127; Taberânî, *el-Mu’cemu’l-Kebir*, 7497.

21 Ahmed b. Hanbel, *el-Müsneid*, IV/227; Taberânî, *el-Mu’cemu’l-Kebir*, XVI/21.

22 Serahsi, *el-Mebstût*; X/186; Serahsi, “*Usulu’s-Serahsi*”, II/118;

23 Buhârî, “*Salât*”, 401; Müslim, “*Salât*”, 572.

24 İbn Useymin, Muhammed b. Salih b. Muhammed, *eş-Şerhu’l-Mumti’ alâ Zâdi’l-Müstenki’*, Daru İbn el-Cevzi Riyad, 1422-1428 h., I. baskı, I/ 62.

yöntemdir. Şâri' bu gibi durumlarda mükellefin zann-ı galibine kesin bilgi muamelesi yaparak ona göre yaptığı amellerini geçerli saymıştır.<sup>25</sup>

5. Mükellef tarafından yapılan teharri müctehidin yapmış olduğu ictihad gibidir. Teharri de onun gibi şer'i mükellefiyetleri yerine getirmek için zorunlu olarak başvurulmuş bir yöntemdir. Dolayısıyla geçerli ve meşrudur.<sup>26</sup>

6. Müslüman devlet başkanının ictihadla savaş kararı almasının alimlerin ittifakıyla caiz olması teharrinin meşruluğunu teyit eden bir husustur. Dokunulmazlığı bulunan insan hayatını yok etme ihtimaline rağmen Müslüman devlet başkanı ictihad edebilir ve sağlayacağı faydalara, önleyeceği zararlara bakarak uygun olduğuna kanaat getirdiğinde savaş yapabilir. Müslüman kanının dökülmesi, namusların çiğnenmesi ve daha pek çok olumsuzlukların yaşanması ihtimaline rağmen bu caizken, çoğu zaman kimseye zararı olmayacak, mükellefin önünü açacak, içinde bulunduğu tereddütlü durumdan kurtarıp farz veya mendubu yerine getirmesine, haram veya mekruhtan kaçınmasına vesile olacak teharri elbette caiz olmalıdır.<sup>27</sup>

7. Teharrinin meşruiyetini destekleyen diğer bir husus İmam Şafii'nin er-Risale'sinde "Şer'i konularda ictihad yapan müctehidin bu ictihadın genellikle zanna dayanmasına rağmen Şâri' nezdinde kabul edilmesine" dayanak olarak zikrettiği "kıbleyi tespititte teharri" örneğidir. Zira Kabe'yi doğrudan gören dışında kimsenin ona tam isabet etmesi hemen hiç mümkün değildir. Dolayısıyla insanlar bu hususta zanni ictihada dayanmaktadırlar ve bu da icmayla caizdir. Kesin bilginin şart koşulması halinde hemen hiç kimsenin namazı geçerli olmaz.<sup>28</sup>

Son iki istidlal türünü "icmanın delaleti/göstergesi" ile adlandırmak mümkündür. Zira fakihlerin icmasıyla sabit olan fürudan bu iki örnek, genel olarak teharrinin caiz ve meşru olduğunun göstergesidir.

### **b. Teharri'yi Meşrû' Görmeyenler**

Serahsi isim vermeden bazı alimlerin teharriyi meşru görmediklerini ifade etmiş ve delillerini zikretmiştir.

İleride ele alınacak örneklerden anlaşılacağı üzere fakihlerin geneli teharriyi meşru görmektedirler. Bildiğimiz kadarıyla buna prensip olarak direk karşı çıkan bir mezhep veya alim yoktur. Ancak Serahsi'nin meşru görmeyenler ile Zahirileri kastetmiş olması mümkündür. Nitekim İbn Hazm (ö. 456/ 1064), el-Muhalla'sında teharriye hemen hiç yer vermediği gibi<sup>29</sup> ileride gelecek hemen tüm fakihlerce kabul edilmiş kıbleyi tayinde teharri<sup>30</sup> ile esirin Ramazan'ı tespititte teharri<sup>31</sup> ve na-

25 İbn Useymin, *eş-Şerhu'l-Mumtî*, I/ 62.

26 Serahsi, *el-Mebcut*; X/186.

27 Bk. Serahsi, *el-Mebcut*; X/186.

28 Bk.Şafii, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris, *er-Risale*, Mektebe el-Halebi Kahire 1940, I/486.

29 Örneğin bk. İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali ez-Zahiri, *el-Muhallâ*, Dâru'l-Fikr Beyrut, II/ 259; III/ 88, 89; IV/ 409.

30 İbn Hazm, *a.g.e.*, III/ 88.

31 İbn Hazm, *a.g.e.*, IV/408.

maz vaktinde tereddüt durumunda teharrî konularında karşıt görüş belirtmiş ve onu esas alanlara yönelik “Bu konuda ne Allah’ın kitabında, ne Rasulullah (s.a)’in sahih sünnetinde, ne zayıf bir rivayette, ne icmada ne de bir sahabinin görüşünde bir delil vardır; böyle bir şey ise fasittir, geçersizdir” gibi sert ifadeler kullanmıştır.<sup>32</sup> Bu meselelere yaklaşımından, onun veya genel olarak Zahirilerin teharrîyi kabul etmedikleri sonucu çıkarılabilir.

Serahsi’nin ifadesine göre teharrîyle amel etmeyi meşru görmeyenler onun Allah’ın kınadığı zanna göre davranma olmasından hareket etmişlerdir.<sup>33</sup> Nitekim Allah (c.c.) “*Zan ise hiç şüphesiz hakikat bakımından bir şey ifade etmez.*” buyurmuştur.<sup>34</sup> Ayrıca teharrîde şüphe vardır, amelleri şüphe üzerine bina etmek ise caiz değildir.<sup>35</sup>

Serahsi ve İbn Nüceym gibi fakihler buna şöyle cevap vermişlerdir: Teharrî hem şüphe ve zandan farklıdır. Çünkü “şek” ve “şüphe” kişinin bilmekle bilmemek arasında ve tam tereddüt halinde olması, “zan” ihtimallerden birinin delilsiz ağır basmasıdır. Teharrî ise, ihtimallerden birinin zann-ı gâlibe dayanarak seçilmesidir.<sup>36</sup> Teharrî ve ictihad, her zaman kesin bilgiye götürmese de, yakınlarına ve kenarına ulaştıran bir rehberdir. Arapçada da, “çölün kenar noktalarındaki dağ” a aynı kökten gelme “Harr” denmesi<sup>37</sup> bu noktada dikkat çeken bir husustur.

Buradaki, zan ile teharrî arasındaki ayrım esnasında yapılan zan tanımı, “*ihitmallerden birinin ağır basması ve bunun tercih edilmesidir*” şeklindeki yaygın zan tanımından farklı bir tanıdır.<sup>38</sup> Yukarıdaki itiraza yaygın zan tanımına uygun olarak cevap verilecek olursa, âyette kastedilen ve yerilen zannın hiçbir delile dayanmayan zan, teharrînin ise delil ve emarelere dayalı zan olduğu söylenebilir.

## II. TEHARRİ’NİN İBADETLER FIKHINDAKİ UYGULAMA ÖRNEKLERİ

İbadet hakkındaki tüm teharrî örneklerinin ayrıntılı olarak ele alınmasının makale sınırlarını aşacağı açıktır. O yüzden, burada İbadet bölümündeki önemli teharrî konuları ayrıntılı olarak ele alınacak, diğer bazı örneklerle de ilgili başlıkların girişinde dipnotta işaret edilecektir.<sup>39</sup>

32 İbn Hazm, *a.g.e.*, IV/408.

33 Serahsi, *el-Mebsût*, X/186.

34 Necm: 53/28.

35 Serahsi, *el-Mebsût*, X/186.

36 İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-Râik*, VIII/332

37 Serahsi, *el-Mebsût*, X/185.

38 Bk. Apaydın, Yunus, “Zan”, *DİA*, XX/122.

Zannın muhtelif tarifleri için ayrıca bk. Ebû Hüseyin el-Basri, Muhammed b. Ali , *el-Mu’temed, fî Usul’i’l-Fıkh, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1403, I. baskı, II/ 308*; Cürçani, Şerif, Ali b. Muhammed Seyyid, *Kitabu’t-Ta’rifat, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1983, I. baskı, I/ 144*; Tehanevi, Muhammed b. Ali, *Keşşafu Istılahat’i’l-Funun ve’l-Ulum, Mektebetu Lübnan, Beyrut 1996, I. baskı, II/ 1154*;

39 Gelecek fıkıh başlıkları arasında yer almadığından kurban hakkındaki bazı teharrî örneklerine burada işaret etmemiz uygun olacaktır.

Malikiler bedevilerin kurban gününü tespit için teharrîye başvurmaları gerektiğini, hata etmeleri halinde kurbanlarının geçerli olup tekrar kurban kesmelerinin gerekmeceğini ifade etmişlerdir. Yine Malikiler’e göre yeni doğan

## A.TAHARET

### a. Temiz ve Necis Kapların Karışması

Bazılarında temiz bazılarında necis su bulunan kapların birbirine karışıp ayırt edilememesi, başka da temiz su bulunamaması durumunda ne yapılacağı teharriyle alakalı olup konu hakkında mezheplerde farklı görüşleri vardır.

Bu meselede teharri alanını en geniş tutan mezhep Şâfiî mezhebidir. Onlara göre bu durumdaki kişi her halükârda teharri yapar; ister temiz kaplarla necis kapların sayısı eşit, ister necis kaplar daha fazla, isterse daha az olsun.<sup>40</sup> Hatta İmam Nevevî (ö. 676 1277): “Bir temiz kap yüz necis kapla karışsa bile hüküm böyledir” demiştir.<sup>41</sup> Şâfiîler bunu telef olan malların değerini belirlemede ve kıbleyi tespitte teharriye başvurma ile müctehidin -hata ihtimaline rağmen- ictihâdî konulardaki ictihad etmesine kıyas etmişlerdir. Zira bunlar herkesçe kabul edilen, hatta zarurî görülen teharri ve ictihadlardır.<sup>42</sup>

Hanefiler teharri alanını Şafililerden daha dar tutmuşlardır; onlara göre sadece temiz kaplar necislerden daha fazla olduğunda teharri yapılabilir.<sup>43</sup> Necis kaplar daha çok veya diğerlerine eşit olduğunda ise teharri yapılamaz; suların bırakılıp teyemmüm edilmesi gerekir.<sup>44</sup> Çünkü hüküm galip olana göre verilir; zira çoğu temiz olduğunda teharri yapanın temize isabet etme ihtimali kuvvetli iken aksi durumda bu ihtimal zayıftır.<sup>45</sup>

Bâbertî (ö. 786/1384) Hanefiler’in dayanakları arasında “haram ile helal bir araya geldiğinde haram hükmü ağır basar” kaidesini zikretse de<sup>46</sup>, diğer kaynaklarda buna rastlanmamaktadır.<sup>47</sup> Zira sözkonusu kaideye göre burada teharriye hiçbir şekilde başvurulmaması gerekirken Hanefilere göre kapların çoğu temiz olduğunda başvurulur. Dolayısıyla meseleyi bu kaideyle gerekçelendirmek uygun değildir.

Bu Hanefilerin suya taharet için ihtiyaç duyulduğundaki görüşleridir. Ona içmek için ihtiyaç duyulduğunda ise kapların sayısı kaç olursa olsun teharri yapılıp temiz olduğuna karar verilenin içilebileceğini söylemişlerdir.<sup>48</sup>

İmam Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855) ile Hanbelî fukahasının çoğu meseleye sadece suyun kullanım alanı açısından bakmışlardır. Onlara göre kaplarda sadece

çocuğunun saçı ağırlığına altın veya gümüş tasadduk etmek isteyen, ancak kesmediğinden dolayı saçını tartması mümkün olmayan kimsenin onun ağırlığını tespit için teharriye başvurur.

Bk. Sahnûn, Abdüsselam b. Said Tenuhi, *el-Müdevvenetü'l-Kubra*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye Beyrut 1994, I/ 546; Derdîr, Ebu'l-Berekat Ahmed b. Muhammed Adevi, *eş-Şerhu'l-Kebîr alâ Muhtasar-ı Halîl*, Dâru'l-fikr, II/ 126.

40 Mâverî, *el-Hâvî el-Kebîr*, I/345.

41 Nevevî, *el-Mecmû'*, I/180.

42 Nevevî, *el-Mecmû'*, I/180.

43 Hanefilere göre abdest aldıktan sonra seçiminin hatalı olduğu ortaya çıkarsa tekrar abdest alır. Bk. Babertî, Ekmeleddin Muhammed b. Muhammed, *el-İnâye*, Daru'l-fikr Beyrut, II/275.

44 Babertî, *a.g.e.*, II/275.

45 Serahsî, *a.g.e.*, X/201.

46 Babertî, *a.g.e.*, I/174.

47 Konuyla ilgili geçen dipnotlarda zikredilen Hanefî kaynaklarının aynı cilt ve sayfalarına bakınız.

48 İbn Abidin, *a.g.e.*, I/348.



içmek için teharrî yapılabilir. Abdest konusunda ise, temiz kapların sayısı necislerden çok veya az olsun, hiçbir şekilde teharrî yapılamaz. Bu suların bırakılıp teyemmüm edilmesi gerekir. İki rivâyetten en sahihe göre teyemmümü suyu dökmeden yapmada bir sakınca yoktur.<sup>49</sup>

Mâlikîler ise burada teharrî kapısını tamamen kapatmışlardır. Onlara göre farzı büyük bir meşakkat olmaksızın yerine getirip sorumluluktan kesin bir şekilde kurtulmanın mümkün olduğu bu ve benzeri her yerde teharrî yapılamaz. Bu konuda sorumluluktan kesin bir şekilde kurtulmanın yolu ise, necis kap sayısından bir fazla sayıda kaptan abdest alıp onunla namaz kılmaktır. Örneğin ikisi temiz ikisi necis dört kap olduğunda onların herhangi üçünden abdest alınıp her birinden sonra namaz kılınır. Böyle yapıldığında en az bir temiz kapla abdest alınmış olur.<sup>50</sup>

### ***b. Temiz ve Necis Elbiselerin Karışması***

Bazı temiz elbiselerle necis elbiselerin birbirine karışıp temizlerin tespit edilememesi ve başka bir elbise de bulunamaması durumunda, namaz kılmak için bedenini örtmek zorunda olan kimsenin ne yapması gerekir? Teharriyle ilişkili bu konuda mezheplerde farklı görüşler vardır.

Hanefîlere göre sayıları ne olursa olsun teharrî yapıp temiz olduğuna kanaat getirilen elbiseyle namaz kılınması gerekir. Elbiseler meselesinde teharrîyi kaplardakinden geniş tutan Hanefîler'e göre aralarındaki fark şudur; namazdaki setri-avrette elbisenin yerini tutan bir şey olmadığından onda teharrî zorunludur, taharet konusunda ise abdest ve guslün yerini tutan teyemmüm bulunduğundan böyle bir zorunluluk yoktur. Nitekim, Hanefîler suya içmek için ihtiyaç duyulduğunda da yerini tutacak başka bir şey bulunmadığından her halükarda teharrî yapılabileceğini söylemişlerdir.<sup>51</sup>

Şâfiîler kaplardaki gibi bunda da her halükarda teharrî yapılacağını söyleyerek burada Hanefîlerle aynı görüşü paylaşmışlardır.<sup>52</sup>

Mâlikîlere göre bu durumdaki kişi vakit varsa teharrî yapıp temiz olduğuna zann-ı galiple kanaat getirdiği elbiseyle namaz kılar, vakit az ise teharrîyle meşgul olmayı bırakıp derhal elbiselerden herhangi birini giyip kılar. Onlara göre kap meselesiyle bunun arasındaki farkın sebebi, esas olarak "necaset hükümlerinin hades hükümlerinden daha rahat ve kolay olması"dır; kaplar meselesinde hadesin kaldırılması sözkonusu olduğundan ihtiyat gerekirken elbiseler meselesinde aynı necaset sözkonusu olduğundan ihtiyat gerekmez.<sup>53</sup>

49 İbn Kudame, Ebû Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni*, Dâru İhyai't-Turâsi'l-Arabî, I/46; Behaaddin el-Makdisî, *el-Udde şerhu'l-umde*, I/16.

50 Uleys, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed, *Minahu'l-Celil Şerhu Muhtasari Halil*, Dâru'l-fikr Beyrut 1989, I/75.

51 İbn Abidin, *a.g.e.*, I/348.

52 Mâverdi, *a.g.e.*, I/345; Şirbini, Şemseddin Hatib Muhammed b. Ahmed, *Muğni'l-Muhtac ila ma'rifeti meani elfazi'l-Minhac*, Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, Beyrut, I/130.

53 Sâvî, *Hâşiyetu's-Sâvî*, I/81.

Hanbelîler ile Mâlikîler'den İbn Macîşun (ö. 212/827) (ö.164/781) ise bunda ihtiyatı esas almışlardır. Onlara göre mükellef bu durumda teharri yapmaz. Sorumluluktan kesin kurtulmak için Mâlikîlerin kaplar konusunda söyledikleri yolu izler; necis elbise sayısından bir fazla sayıda elbiseyi teker teker giyip hepsiyle ayrı ayrı namaz kılar.<sup>54</sup> Örneğin dört elbiseden ikisinin temiz ikisinin necis olduğu biliniyorsa onlardan herhangi üçüyle üç defa namaz kılar. Çünkü namaz onun üzerinde borçtur ve borcunu şüpheye mahal bırakmaksızın bu yolla ödemesi mümkündür. Üstelik bunda büyük bir meşakkat de yoktur.

Bunlar meseleyi bir vakit namazı kazaya kalan fakat hangi vakit olduğunu bilmeyen kimsenin, kesin bir şekilde eda etmiş olmak için bir günlük beş vakit namazı kaza etmesine kıyas etmişlerdir.<sup>55</sup> Onlara göre su meselesi bundan farklıdır; çünkü onda defalarca abdest aldığı taktirde necis suyla abdest alma ihtimali artar. Hakikatte temiz olan kaplarla abdest alındığında hades giderilse de necis olanlarla abdest alırken bedene necaset bulaştırılır. Bedene necaset bulaşması ise hem o an hem sonrası için sorun teşkil eder. Zira bedende necaset bulunması namazın sıhhatine engeldir. Elbisede ise böyle bir problem yoktur.<sup>56</sup>

Bu görüş sahiplerinin kaplarla elbiseler arasındaki ayrımlarına getirdikleri açıklama gerçekten makuldür. Meşru hades giderme yollarından teyemmüm imkanı varken bedene necaset bulaştırma ihtimali bulunan bir eyleme zorlamak fikhin ruhuna ve şeriatın hedefine aykırıdır. Teyemmümde, su varken abdesti terk etme mahzuru olsa da, necaset ihtimali göz önünde bulundurulduğunda bu su yok hükmündedir.

Bu görüştekiler elbiseler konusu ile kible konusu arasında yaptıkları ayrımı da şöyle açıklamışlardır: kibleyi tespit problemi sıkça karşılaşılan bir mesele olduğundan onda defalarca namaz kılmak meşakkatlidir. Elbiselerin birbirine karışması ise nadiren karşılaşılabilecek bir durum olduğundan onda defalarca abdest alıp namaz kılmakta bir meşakkat yoktur. Gerçekten de kible konusunda hemen herkes hayatında defalarca karşılaşılabilecek, elbiselerin karışmasıyla ömür boyu tek bir defa karşılaşılabilecek kişi gerçekten azdır.

Nitekim bu görüş sahipleri, necis elbiseler onlarca veya yüzlerce olduğunda, kılınması gereken namazın çok olması sebebiyle büyük bir meşakkat yaşanacağından, hükmün hafifletilmesini öngörmüşlerdir; bu durumdaki kişi temiz sandığı her bir elbiseyle namaz kılmaya devam eder ve temiz elbiseyle kıldığını kanaat getirince kılmayı bırakır.<sup>57</sup> Örneğin yüz necis elbiseden dördüyle dört defa namaz kıldığında bunlardan en az birinin temiz olup namazı temiz elbiseyle kıldığını kanaat getirirse daha fazla kılması gerekmez.

54 el-Merdâvî, *a.g.e.*, I/77.

55 Buhuti, Şeyh Mansur b. Yunus el-Hanbelî, *er-Ravdu'l-Murbi Şerhu Zadi'l-Müstakni'*, Daru'l-Müeyyed-Müessesetü'r-Risale, Beyrut, I/98.

56 İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/47; İbn Müflih, Şemseddin Ebû Abdullah Muhammed b. Müflih, *el-Fürû'*, Müessesetü'r-Risale Beyrût, I/45.

57 İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/47.

## B. NAMAZ<sup>58</sup>

### *a-Namaz Vakitlerini Tespitte Teharri*

Bilindiği gibi namazın şartlarından biri vaktin girmesidir. Dolayısıyla namaz kılmak isteyen kimse vaktin girdiğini bilmek zorundadır. Dolayısıyla vaktin girdiğinden şüphe duyularak kılınan namaz geçersizdir.<sup>59</sup>

Günümüzdeki gibi zamanı saniyesine ve salisesine kadar dakik biçimde bildiren saat ile dünyanın her yerindeki namaz vakitlerini bildiren takvim ve cihaz gibi imkanların bulunmadığı önceki çağlarda sıkça karşılaşılan bu problemle günümüzde az da olsa karşılaşılabılır. Sözelimi, dış dünyadan soyutlanmış ve elektronik cihazlardan mahrum edilmiş hücre hayatı yaşayan hapisteki kişi bu durumla karşılaşılabılır.

Söz konusu imkanların bulunmadığı yerde namaz vakti konusunda müezzine uyulur. Onun olduğu yerde teharrîye yer yoktur. Müezzinin görevi olan bu konuda ona güvenilmek zorundadır.<sup>60</sup> Nitekim Rasûlullah (s.a.v) “Müezzin emanetin teslim edildiği güvenilir (güvenilmesi gereken) kişidir.” buyurmuştur.<sup>61</sup> Namaz vakti hususunda uyulmadığında ona güvenilmemiş olur.<sup>62</sup> Ayrıca, görevi gereği araştıracağından onun isabet etme ihtimali daha yüksektir.

Müezzin bulunmadığında namaz vaktini bilme ihtimali olan kimselere sorulur. Teharrîye yine başvurulmaz. Zira, fakihlerin genel bir kaide olarak zikrettikleri gibi, bilen birinden sormak teharriden önceliklidir. (“الاستخبار فوق التحري”). Yani, sorup öğrenme imkanı bulunduğu sürece teharrîye başvurulmaz. Dini haberlerde bülüğe ermiş akıllı tek kişinin şahitliği geçerli olduğundan, hem kible sorulan kişi hem de müezzin konularında sayı ve adalet gibi şahitlikte aranan şartlar aranmaz.<sup>63</sup>

58 Fakihlerin Namaz bölümünde teharrî bağlamında ele aldıkları diğer bazı konular şunlardır:

Hanefiler, Şafîiler ve Hanbelîler iki farklı günde iki namaz terk ettiğini bilip namazları ve günlerini hatırlayamayan kimsenin teharrî yapması gerektiğini söylemişlerdir.

Hanefiler iki namazdan birinde secdeyi unuttuğunu bilip hangi namaz olduğunu hatırlayamayan kimsenin teharrî yapması gerektiğini ifade etmişlerdir.

Bk. Kâsânî, Alauddin Ebu Bekir b. Mes'ud, *Bedâiu's-Sanâi' fi tertibi's-Sera'i'*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1994, I/155; İbn Hümâm, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvahid, *Fethu'l-Kadir*, II/518; Nevevî, *el-Mecmû'*, I/196; İbn Kudame, Ebû Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni*, el-Mektebetu'l-Kahire 1968, I/ 438.

59 İbn Abidin, *a.g.e.*, I/370; Karâfi, Şehabeddin Ahmed b. İdris, *ez-Zahire*, Beyrut, Dâru'l-Ğarb el-İslâmî, II/80; el-Hattâb, Şemseddin Muhammed b. Muhammed, *Mevâhibu'l-Celil*, Dâru'l-Fikr Beyrut, I/405; Nevevî, Muhyiddin Ebu Zekeriyâ Yahya b. Şeref, *Ravdatu'l-Tâlibin ve Umdedü'l-müftin*, Beyrut, el-Mektebu'l-İslâmî, 1991, I/271; Nevevî, *el-Mecmû'*, VI/307; Remli, Şemseddin Muhammed b. Ebu Abbas, *Nihayetu'l-Muhtac ila şerhi'l-minhac*, Daru'l-Fikr, Beyrut 1984, I/380; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/280.

60 Semerkandi, *Tuhfetu'l-Fukahâ*, I/111; Abderî, Muhammed b. Yusuf el-Garnati, *Et-Tâcu ve'l-İkil*, Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye Beyrut, 1994, II/88; el-Hatib eş-Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, I/325; İbn Kudâme, *el-Muğni*, Kahire, Mektebetu'l-Kahire, I/301.

Bu konumundan dolayı da fakihler müezzinin, namaz vakitlerinden anlayan, araştırıp tespit etmesini bilen kimselerden seçilmesini müstehap görmüşlerdir. Bk. A.g.e.

61 Ebû Dâvud, “*Salat*”, 517, Tirmizî, “*Ebvabu's-Salat*”, 207, ve İbn Hibban, “*Ezan*”, 1671 ( IV/522 ), Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 7169 (XII/89).

62 İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/280.

63 İbn Abidin, *Hâşiyetu Reddi'l-Muhtâr*, I/370; Nevevî, *el-Mecmû'*, I/177; Haraşî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl*, I/234; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/280.

Ezanı işitme ve bilen birine sorma imkanı olmadığına ise teharri zorunlu hale gelir. Her ne kadar vaktin girdiğinden emin olunmadan namaz kılınmasa da teharriye mecbur kalan kimse hakkında zann-ı gâlip derecesindeki kanaat yeterlidir.<sup>64</sup>

Hava açıksa güneşin gölgesi, aydınlık ve karanlık gibi alametlere göre teharri yapılır. Hava kapalı veya sisli olduğunda vakti tespit zor olacağından biraz sabretmek ve ihtiyatlı davranmak daha uygundur.<sup>65</sup>

Teharri yaparken geçerli alamet ve karineler bağlamında Şafiiler, sürekli yapılan ders, zikir ve benzeri işlerin aldığı sürelerle göre hesaplama yapılabileceğini, hep namaz vakitlerinde öttüğü tecrübe edilmiş horozun sesine ve benzer alametlere itibar edilebileceğini söylemişlerdir. Hatta bunlar göz dışındaki duyularla da tespit edilebileceğinden, kibleyi tayinde teharri geçersiz kabul edilen âmânın buradaki teharri geçerli sayılmıştır.<sup>66</sup>

Hanbeliler de, daha önce filanca işi filanca sürede yaptığını tecrübe etmiş kimşenin namaz vakitlerini onun ışığında tespit edip namazı ona göre kılabileceğini söylemişlerdir.<sup>67</sup>

“Müctehid diğer müctehidi taklid edemez” kaidesi uyarınca burada da kişi kendi teharriğini bırakıp başkasının teharriğine göre amel edemez.<sup>68</sup>

### **b. Kibleyi Tayinde Teharri**

Kibleyi tayinde teharri, fıkıh kitaplarında en detaylı şekilde yer alan bir teharri konusudur.<sup>69</sup>

Bir önceki konudaki gibi kiblede de teharriye ancak hakkında kesin bilgi edilemediğinde başvurulur.

Bu durumla günümüzde de karşılaşmak mümkündür. Sözgelimi, görüş alanında cami ve minaresi olmayan<sup>70</sup> bir evde bulutlu havada veya gece karanlığında misafir bulunan, ev sahibine de sorma imkanı olmayan kimse için bu durum söz konusudur.

Camisi olan beldelerde kible konusunda camilerin mihraplarına uyulur.<sup>71</sup>

64 Karâfi, *ez-Zahire*, II/80; el-Hattâb, *Mevâhibu'l-Celil*, I/405; İbn Abidin, *Hâşiyetu Reddi'l-Muhtâr*, I/370; Nevevi, *Ravdatu't-Tâlibîn*, Beyrut, el-Mektebu'l-İslâmî, 1991, I/271; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/280.

65 el-Hattâb, *Mevâhibu'l-Celil*, I/378, 405; Hisni, Muhammed bin Abdülmu'min el-Huseyni, *Kifâyetu'l-Ahyâr fi halli ğayeti'l-ihtisar*, Dimaşk, Dâru'l-Hayr, I/94; Zühayli, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuh*, Beyrut, Dâru'l-Fikr, I/675.

66 Râfi, *Fethu'l-Aziz bişerhi'l-Veciz*, III/58.

67 İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/280.

68 İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, I/433; Şirâzi, Ebû İshak İbrahim b. Ali, *et-Tenbîh fi'l-fikhiş-Şafii*, Alemlu'l-Kutub Beyrut, I/26; Kelvezânî, Mahfuz b. Ahmed b. Hüseyin, *el-Hidâye ala mezhebi'l-imam Ahmed*, Beyrut, 2004, I/72.

69 Bk. Semerkandî, *Tuhfetu'l-Fukahâ*, I/119; Serahsi, *el-Mebsût*, X/190; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/259; Uleyş, *Minahu'l-Celil*, I/236; el-Ensârî, Zekeriyya b. Muhammed b. Muhammed b. Zekeriyya, Daru'l-Kitab el-İslami, *Esna'l-Metâlib*, I/137; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/319; İbn Kudame, *el-İkna'*, I/202.

70 Kibleyi caminin minaresine göre tespit birazdan gelecektir.

71 Bk. Serahsi, *el-Mebsût*, X/190; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/259; el-Ensârî, *Esna'l-Metâlib*, I/137; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/319.

Çünkü camilerin kibleleri eskiden beri işin erbabı ve uzmanları tarafından araştırılarak tespit edilip camiler ona göre yapıldığından genelde doğrudur.<sup>72</sup> Kiblesinin hatalı olduğu bilinen camilerin ise kiblelerine elbette uyulmaz.<sup>73</sup>

Camilerin mihrapları kible tarafında olup onu gösterdiğinden fakihler bunu “kible camilerin mihrapları yoluyla bilinir” ve “mihraplar varken teharri yapmak caiz değildir” gibi cümlelerle ifade etmişlerdir.<sup>74</sup> Osmanlılardaki ve günümüzdeki tek minareli camilerde minareler genel olarak caminin giriş cephesinin sağında (kuzeybatı) bulunduğundan<sup>75</sup>, uzaktaki kimse kibleyi buna göre de tespit edilebilir. Bazı camilerin kapılarının ne tarafta olduğu biliniyorsa o da kible konusunda bir alamettir.

Kibleyi cami yoluyla öğrenme imkanı bulunmadığında bilen birine sorulur.<sup>76</sup> Çünkü daha önce geçtiği üzere sorup öğrenme imkanı olduğu sürece teharriye başvurulmaz.<sup>77</sup>

Kible haberi dine dair bir haber olduğundan büluğa ermiş akıl sahibi bir kişinin sözü kabul edilir. Erkek ve sayı şartı aranmaz. Fakat adil olmak zorundadır. Çünkü dini yönü zayıf olan fasık yalan söyleyebileceğinden güvenilirliğini yitirmiştir.<sup>78</sup>

Kibleyi başkasından kesin bir şekilde öğrenme imkanı da olmayan kimse teharri yapar. Bilgi ve tecrübeleri ışığında araştırır ve kible olduğu kanaatine vardığı tarafa yönelerek namaz kılar.<sup>79</sup> Onun hakkında kible, kible olduğuna kanaat getirdiği taraftır. Zira Amir b. Rebia (r.a.) babasından şöyle rivâyet etmiştir: Bir yolculukta Hz. Peygamber (s.a.v) ile birlikteydik. Zifiri karanlık bir gecede kiblenin ne taraf olduğunu bilemedik. Herbirimiz ayrı bir tarafa yönelip namaz kıldı. Sabah olunca bunu Hz. Peygamber (s.a.v)’e anlattık. Bunun üzerine “Siz ne tarafa yönelirseniz Allah’ın rızası oradadır.”<sup>80</sup> ayeti nazil oldu.<sup>81</sup> Bu ayetle aynı zamanda onların teharrieleri onaylanmış olmaktadır. Zira Hz. Peygamber (s.a.v)’in onlardan namazlarını tekrar kılmalarını emrettiğine dair bir rivâyet yoktur. Hanefi fıkıh kaynaklarında da Hz. Ali (r.a.)’ın “Teharri yapan kimsenin kiblesi (kible olduğuna kanaat getirip) yöneldiği yöndür” dediği zikredilir.<sup>82</sup>

72 İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/319.

73 Uleyş buna Eski Kahire’nin Reşid ve Karafe bölgelerindeki camileri örnek gösterir. Bk. *Minahu’l-Celil*, I/236. Ayrıca Bk. er-Reşidi, Ahmed b. Aburrezzak el-Mağribi, *Haşiyetu’r-Reşidi ala Şerhi’l-Minhac er-Remli*, I/442.

74 Zeylei, Fahrüddin Osman b. Ali, *Tebyinu’l-Hakâik Şerhu Kenzid-Dekaik*, el-Matbaatu’l-Emiriyye el-Kübra Kahire, 1313 h., I/101; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/319.

75 Filiz Gündüz, “Minare”, *DİA*, XXX/100; Ahmed Yıldız, *Kültürümüzde ve Mimarimizde Minare*, Tefekkür Dergisi, Mayıs 2009, sayı: 25.

76 Semerkandi, *Tuhfetu’l-Fukahâ*, I/119; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/259; Zekeriyya el-Ensârî, *Esna’l-Metâlib*, I/137; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/319.

77 İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/319.

78 Kâsânî, *Bedâiü’s-Sanâi’*, I/157; el-Hattâb, *Mevâhibu’l-Celil*, I/510; Heytemi, *Tuhfetu’l-Muhtâc Fi Şerhi’l-Minhac*, Daru’l-ihyâi’t-turas el-arabi, 1983, I/499; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/327.

79 İbn Âbidîn, *Reddu’l-Muhtâr*, I/433; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/259; Heytemi, *Tuhfetu’l-Muhtâc*, I/499; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/327.

80 Bakara: 115.

81 Tirmizi, “*Ebvabü’s-Salât*”, 345; Dârekutni, “*Salât*”, 1065.

82 Bazı Hanefi fıkıh kitaplarında yer alan bu sözü hadis vb. kaynaklarında bulamadım. Bk. Serahşi, *el-Mebsût*, I/215;

Kible konusunda teharri yapacak kimse emare ve alametlerle kibleyi bulma yöntemlerini bilen kimsedir. Hatta şer'î ilimleri bilen fakat bu yöntemleri bilmeyen bir fakih veya müctehid bu konuda mukallit sayılır.<sup>83</sup>

Kibleyi araştırırken yıldızlara, güneş, ay ve rüzgar gibi delil ve alametlere başvurulur. Bunların en güvenilirleri yıldızlardır. Zira Allah (c.c.) “Onlar (insanlar) yönlerini yıldızlarla bulurlar.” buyurmuştur.<sup>84</sup> Yön hususunda en güvenilir yıldız ise gökyüzünde hep aynı yerde gözüken kuzey kutup yıldızıdır.<sup>85</sup>

Dört mezhebe göre teharri yapma imkanı olan kimse teharri yapan başka birini taklid edemez. Aksi taktirde delilsiz zanna uymuş olur. Taklid edeceği kimsenin dayanağı da kendisinininki gibi zannî olacağından, onun görüşünü kendisinininkine tercihini gerektiren bir durum yoktur. Bu durumda elinden geleni yapmış olduğundan Şâri' onun namazını sahih kabul eder.<sup>86</sup>

Mâlikiler teharriyle meşgul olurken namaz vaktinin geçme ihtimalinin bulunması ile teharri için gerekli bilgi materyalinden yoksun olunması durumlarını bundan istisna ederek bu iki durumda başkasını taklid etmenin caiz olduğunu söylemişlerdir.<sup>87</sup> Fakat onlara göre kişi yine de taklid edeceği görüşü değerlendirmeye tabi tutar; isabetli olduğuna kanaat getirirse uyar, yoksa bazı deliller ortaya çıkar ümidiyle –vakit varsa- biraz daha bekler. Vakit iyice daralınca da derhal namazını taklidle eda eder.<sup>88</sup>

Ancak Şâfiilere ve Hanbelilere göre kişi gerekli bilgi materyalinden tamamen yoksun olduğunda bile başkasını taklid edemez. Herhangi bir tarafa yönelerek namaz kılar, sonra kibleyi öğrendiğinde onu (eda veya kaza olarak) tekrar kılar.<sup>89</sup>

Teharri yapan kimse namazını kible olduğuna kanaat getirdiği tarafa yönelerek kılmak zorundadır. Aksi taktirde, yöneldiği taraf gerçekten kible olsa bile namazı geçersizdir. Çünkü onun hakkında kible, teharri sonucu kible olduğuna kanaat getirdiği yöndür. Kanaat getirdiğinden farklı bir yöne yönelerek kıldıği na-

Burhaneddin Mahmud b. Ahmed el-Buhari, *el-Muhitu'l-Burhani*, II/148; Zeylei, *Tebyinu'l-Hakâik*, I/101.

83 İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/320.

84 Nahl: 16.

85 Semerkandi, *Tuhfetu'l-Fukahâ*, I/119; Zekeriyya el-Ensâri, *Esna'l-Metâlib*, I/138; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/320.

Güneş dahil tüm yıldızlar, gökadamız Samanyolu içinde değişen hızlarla hareket halindedirler. Ancak çıplak gözle görebildiğimiz yıldızlar bile Dünyamıza çok uzak oldukları için bizim bu hareketi algılamamız olanaksızdır. Onların yer değiştirmiş gibi görünmesinin sebebi ise Dünya'nın kendi etrafında ve güneşin çevresinde dönüşüdür. Bunun tek istisnası küçükyakı takımyıldızının en parlak yıldızı Kutup Yıldızıdır. Bu yıldız dünya ile tamamen aynı yörüngeye sahip olması sebebiyle daima aynı yerde gözüktür. Bu yüzden de tarih boyunca yön bulma ve seyir amacıyla kullanılmıştır.

Bk. Mehmet Sezer-Mustafa Kumdakçı, “Yıldızlar Saati Biliyor”, *Journal of İstanbul Kültür University*, 2005/3, s. 19; Raşid Gürdilek, *TÜBİTAK Bilim ve Teknoloji Dergisi*, [http://biltek.tubitak.gov.tr/merak\\_ettikleriniz/index.php?kategori\\_id=38&SORU\\_id=3060](http://biltek.tubitak.gov.tr/merak_ettikleriniz/index.php?kategori_id=38&SORU_id=3060).

86 İbn Âbidin, *Hâşiyetu reddi'l-muhtâr*, I/433; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/258; Nevevî, *el-Mecmû'*, III/206/ Ruheybânî, *Metâlibu Uli'n-Nuhâ*, Beyrut, el-Mektebu'l-İslami 1994, I/389.

87 Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/259.

88 Abderî, *et-Tâcu ve'l-İklil*, I/198.

Hanbelilerden Kadı Ebû Ya'la: “Ahmed b. Hanbel'in ifadesinin zahirine bakılırsa bu durumda taklid caizdir” demiş, fakat İbn Kudâme bunun yanlış bir çıkarım olduğunu açıklamıştır. Bk. İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/323.

89 Nevevî, *el-Mecmû'*, III/206; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/323.

maz istikbal-i kible farzı eksik namazdır, dolayısıyla geçersizdir. O yüzden tekrar kılınması gerekir.<sup>90</sup> Ancak Ebû Yusuf kıldığı tarafın kible olduğu ortaya çıkması durumunda, maksadın gerçekleşmesini göz önünde bulundurarak namazının geçerli olacağını söylemiştir.<sup>91</sup>

Namaz kılarken kiblenin farklı olduğuna dair kalbe gelen şüphe geçersiz ve hükümsüzdür. O yüzden kişi namazına yönünü değiştirmeden devam eder. Çünkü namaza hatası ortaya çıkmamış bir ictihad ve teharriyle girmiştir. Hiçbir delile dayanmayan şüphesi teharriden daha zayıf olup hükmünü kaldıramaz. Dolayısıyla hatalı olduğu ortaya çıkmadıkça namazı geçerlidir.<sup>92</sup>

Fakat teharrisine dayanarak bir yöne doğru namaza duran kimsenin kible hakkındaki kanaati namazdayken değişirse Hanefilere, Şâfiilere, Hanbelilere ve İmam Malik'ten gelen bir rivâyete göre son kanaatinin gösterdiği yöne yönelip namazına devam eder. Hatta kanaati her rek'atta değişip dört rekatin herbirini farklı yöne doğru kılsa namazı sahih olur ve kaza etmesi gerekmez. Çünkü onun hakkındaki kible, teharrisinin gösterdiği yöndür. Dolayısıyla kibleye yönelme farzını eksiksiz yerine getirmiş sayılır. Bunu dört ayrı namazı teharriyle dört ayrı yöne doğru kılmaya kıyas etmek mümkündür. Onda her bir namazdaki kiblesi teharriyle tespit ettiği yön olduğu gibi, namazın içinde de her bir rekattaki kiblesi teharriyle tespit ettiği yön olup o tarafa yönelerek namaz kılması gerekir. Aksi taktirde namazı kibleye yönelmeden kılmış olur. Burada, şer'an sakıncalı olan "ictihadın ictihadla bozulması" da sözkonusu değildir. Çünkü bu sakınca önceki rek'atları sonraki teharriye göre yeniden kılmak gerektiği söylendiğinde sözkonusu olur. Oysa burada namazın kılınan kısmı geçerli sayılmakta, sadece, kılınacak rekatlarda o andaki teharriye uyulması istenmektedir.<sup>93</sup> Yani, her teharri kendi zamanında geçerli olmakta, hiçbirini diğerini bozmamaktadır.

İmam Malik'ten gelen diğer rivâyete göre ise teharri namazdayken değişen kimse yenilerine aldırış etmeden baştaki görüşüne göre kılmaya devam eder. Çünkü görüşünün defalarca değişme ihtimali bulunmakta olup bu istikrarsızlığa yol açar.<sup>94</sup>

Teharriye göre veya taklitle bir tarafa yönelip namaz kılmaya başlayan kimse namaz esnasında bunun yanlış olduğunu kesin veya kesine yakın bir şekilde öğrenirse, fakihlerin geneline göre namazı baştan kılması gerekmez. Doğru tarafa yönelip namazını tamamlar, sonra da kaza etmesi gerekmez.<sup>95</sup> Nitekim Bera b. Azib

90 Muhammed b. Hasen, *el-Asl*, III/15; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/256.

91 Muhammed b. Hasen, *el-Asl*, III/15; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, I/121; Burhaneddin el-Buhârî, *el-Muhitu'l-Burhânî*, V/414.

92 Zeyleî, *Tebyînu'l-Hakâik*, I/103; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/260; Şâfiî, *el-Ümm*, I/116; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, I/235.

93 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, I/119; İbn Hâcib, *Câmiu'l-Ümmehât*, I/42; Nefrâvî, *el-Fevâkih'üd-Devânî*, Beyrut, Dâru'l-Fikr 1995, I/230;

Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, I/338; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, I/235; Ruheybânî, *Metâlibu Ulin'n-Nuhâ*, I/394.

94 İbn Hâcib, *Câmiu'l-Ümmehât*, I/42; Nefrâvî, *el-Fevâkih'üd-Devânî*, Beyrut, Dâru'l-Fikr 1995, I/230.

95 Zeyleî, *Tebyînu'l-Hakâik*, I/102; İbn Nüceym, *el-Bahrur-Râik*, I/305; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/260; Şirazi,

(r.a.)’tan (ö. 72/691) rivayet edildiğine göre namazın Kabe’ye yönelerek kılınmasını emreden âyet indikten sonra, ensardan bir grubu Beyt-i Makdis’e doğru namaz kılarırken gören biri, “Şahitlik ederim ki ben Rasûl-i Ekrem’i Kabe’ye doğru namaz kılarırken gördüm” dedi. Bunun üzerine hepsi Kabe’ye yöneldi.<sup>96</sup>

Ancak Mâlikîler’deki meşhur görüşe göre eğer gözü gören biri olup kableden çok sapmışsa namazı kesip baştan kılar. Fakat çok sapmamışsa veya âmâ ise doğru tarafa yönelip namazına devam eder.<sup>97</sup>

Hata ettiğinin farkına namazdan sonra varan kimsenin Hanefilere, Malikilere, Hanbelilere ve Şafiilerdeki bir kavle göre onu tekrar kılması gerekmez. Çünkü her yeni teharri yeni bir nesh demektir.<sup>98</sup> Neshin hükmü ise nesh vaktinden itibaren geçerlidir, öncesine etkisi yoktur. Bera b. Azib’ten gelen rivayetlerin hiçbirinde namazın bir kısmını Beyt-i Makdis’e doğru kılan kimselere Rasûl-i Ekrem (s.a.v.)’in namazlarını kaza etmelerini emrettiğine dair bir ifadenin bulunmaması kıldıkları namazın geçerli sayıldığını göstermektedir. Ayrıca namaz kılacak veya kılmakta olan kimse hakkında kible, kible sandığı veya bildiği yöndür. Hatta bu açıdan, her ikisi teharri yaptıktan sonra, kibleye baştan isabet eden ile namazın ortasında isabet eden arasında hiçbir fark yoktur.<sup>99</sup>

Fakihler bunu, bir tehlike sebebiyle kibleye yönelemeyen kimseye kıyas etmişlerdir. Zira her ikisi de bir özürden dolayı kibleye yönelememiştir. Tehlikeden dolayı kibleye yönelemeyen kimsenin namazı kaza etmesi farz olmadığı gibi bunun da kaza etmesi de farz değildir. Ayrıca, acizlikten dolayı namazın başka bir şartında, mesela setr-i avretinde eksiklik bulunan kimsenin kılmış olduğu namazı kaza etmesi gerekmediği gibi, bilgisizlikten doğan acizlikten dolayı kibleye yönelemeyen kaza etmesi de gerekmez.<sup>100</sup>

Şafilere de bu konuda iki kavil olup en sahihine göre namazı tekrar kılması gerekir. Çünkü hata kesin olarak ortaya çıkmıştır ve düzeltme imkanı vardır. Dolayısıyla yanlış teharriye göre eda edilmiş olan namaz geçersizdir. Bu, hakim bir konuda hüküm verdikten sonra ona aykırı açık bir delil bulmasına benzer.<sup>101</sup>

Zifiri karanlıkta, bulutlu veya sisli havada, zindanda veya dış dünyaya kapalı benzer bir yerde olup teharri yapamayan, sorup öğrenme hatta birini taklit imkanı bulunmayan, yani kible hususunda tam aciziyet içinde olan kimse herhangi bir yönü seçip o tarafa doğru namaz kılar. Hanefilere, Mâlikîlere ve Hanbelilere göre

*et-Tenbih*, Beyrut Alemlü’l-kutub, I/29; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/325.

96 Buhârî, “*İman*”, 40; Müslim, “*Mesacid*”, 525.

97 Karâfi, *ez-Zahire*, II/132; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/260. Derdir, *eş-Şerhu’l-Kebir*, I/227.

98 Zeylei, *Tebyinu’l-Hakâik*, I/102; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râik*, I/305; Karâfi, *ez-Zahire*, II/132; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/260; Şirazi, *et-Tenbih*, I/29; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/325.

Malikilere göre kıldığı yönün kible olmadığını vakit çıkmadan öğrenmesi durumunda namazı tekrar kılması müstehtaptır. Bk. Karâfi, *ez-Zahire*, II/132; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/260.

99 İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râik*, I/305; Karâfi, *ez-Zahire*, II/132; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/260.

100 İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/325.

101 Şirazi, *et-Tenbih*, I/29; Nevevi, *el-Mecmû*, III/222.



doğrusunu öğrenip vakit çıkmamışsa tekrar kılması, çıkmışsa kaza etmesi gerekmez. Çünkü insana gücünün üstünde bir şey yüklenmez. Bu kimsenin en fazla yapabileceği ise teharri, yani kalbinin şehadetine uymaktır.<sup>102</sup> Kabe'den uzaktaki kimseden istenen -imkansız olduğu için, Kabe'nin kendisine değil- o cihete yönelmek olduğu gibi, bu kimseden istenen de teharri sonucu kanaat getirdiği tarafa yönelmektir.<sup>103</sup> Ancak Mâlikilere göre ihtiyaten dört yöne dört defa namaz kılmak müstehaptır. Mâlikilerden Muhammed b. Mesleme'ye (ö. 210/825) göre ise hiçbir görüşü oluşmamışsa namazı dört yöne dört defa, bir yönün kible olmadığından eminse diğer üç yöne üç defa, iki yönün kible olmadığından eminse diğer iki yöne iki defa kılması gerekir.<sup>104</sup>

Şâfiîler ise onun daha sonra kibleyi öğrenip namazı tekrar kılması gerektiği görüşündedirler.<sup>105</sup> Çünkü bu nadir karşılaşılan bir özürdür, dolayısıyla tekrar kılınmasında bir meşakkat yoktur.<sup>106</sup>

### c. Namaz Rek'atlarında Tereddütte Teharri

Namazdayken kaç rek'at kıldığına dair şüpheye düşen, mesela üç rek'at mı dört rek'at mı kıldığından emin olamayan kimsenin, teharri yapıp zann-ı galibine göre mi hareket edeceği, yoksa en az sayıyı esas alarak namazını ona göre mi tamamlayacağı hususunda mezheplerde farklı görüşler vardır.

Konuyla ilgili, biri teharriyi diğeri en az sayıyı esas almayı, bir diğeri de şüpheye aldırış etmeyip namaz sonunda iki secde yapmayı emreden üç sahih hadis vardır ve ihtilafın kaynaklarından biri budur.

Bu hadislerin birincisi; Abdullah b. Mes'ud (r.a.)'tan (ö. 32/652) yapılan şu rivayettir; Allah Rasulü (s.a.v.) bir gün namaz kıldırdı. -Ravilerden İbrahim en-Nehai (ö. 96/714) burada: "Rasulullah namazda bir şeyi fazla mı eksik mi yapmış, bilmiyorum" ilavesini yapmıştır-. Namazın hemen ardından ona "Ya Rasûlallah! Namazda bir şey oldu mu?" denildi. "O nedir?" buyurdu. "Şöyle şöyle kıldın" dediler. Bunun üzerine Allah Rasulü (s.a.v.) bacağını kırarak (uylukla bacağını bitiş-tirerek) namazdaki teşehhüd oturuşuna geçti. Kibleye dönüp iki defa secde etti, ardından selam verdi. Sonra yüzünü bize dönerek, "Namazda (olağandışı) bir durum olması halinde onu söylerim. Fakat ben bir beşerim ve sizin unuttuğunuz gibi ben de unuturum. Dolayısıyla unuttuğumda bana hatırlatın. Sizden biri namazında şüpheye düştüğünde en doğru gördüğünü seçip namazını ona göre tamamla-sın. Sonra iki defa secde etsin."<sup>107</sup> Hadis'teki "en doğru gördüğünü seçip..." ifadesi açıkça teharriyi emretmektedir.

102 Teharri'nin bunu da kapsadığı makalenin ilk sayfalarında geçmişti.

103 Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkâm*, Beyrut, İhyau'l-Küttüb'l-Arabiyye, I/61; Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/259, 260; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/322.

104 Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, I/259, 260.

105 Şirâzi, *el-Mühezzeb*, I/131.

106 Nevevî, *el-Mecmû'*, III/229.

107 Buhârî, "Salât", 401; Müslim, "Salât", 572.

Diğeri, Ebû Said el-Hudrî (r.a.)'tan (ö. 74/693) nakledilen şu hadistir: “Sizden biri namazında şüpheye düşüp kaç rek'at kıldığını, üç mü dört mü kıldığını bilemezse şüpheyi bıraksın ve kesin olanı esas alsın. Sonra, selam vermeden önce iki defa secde etsin. Eğer beş rek'at kılmışsa bunlar (sehiv secdeleri) onun tekini çifte dönüştürür. Şayet dört rek'at kılmışsa secdesiyle şeytani zelil etmiş olur.”<sup>108</sup> Bu hadiste en az rek'atı esas alma açıkça ifade edilmiştir.

Üçüncüsü ise Ebû Hureyre (r.a.)'tan (ö. 58/687) nakledilen Hz. Peygamber (s.a.v)'in şu hadisidir: “Şeytan birinize namazında gelip onu karıştırmaya çalışır. Nihayet kişi kaç (rek'at) kıldığını bilemez. Kim böyle bir şeyle karşılaşsa (son) oturmada iki defa secde etsin”<sup>109</sup>

Her bir mezhep bu hadisleri farklı şekilde değerlendirmiştir.

Ebû Said el-Hudrî (r.a.) hadisinin tam tereddüt içinde olup seçim yapamama durumu, İbn Mes'ud (r.a.) hadisinin teharrîyle bir seçim yapabilme durumu için geçerli olduğunu düşünen Hanefiler birini alıp diğerini atmaktansa iki hadisi farklı durumlara yorumlayarak cem yapmayı tercih etmişlerdir. Hatta meseleye, hadis diye zikretseler de büyük muhaddis Cemaleddin Zeylei'nin (ö.762/1361) İbn Ömer (r.a.) (ö. 73/692) ve Said b. Cübeyr (ö. 95/714) gibi bazı sahabi ve tabiinlere ait olduğunu söylediği “Sizden kim namazında şüpheye düşerse onu baştan kılsın” şeklindeki mevkuf rivâyeti de dahil ederek onu da kişinin bununla az karşılaşması durumu için geçerli saymışlardır.<sup>110</sup> Seçeneklerden mükellef için en zoru olan “namazı baştan kılmayı” emreden ve diğerlerinden daha zayıf olan bu rivâyeti en az gerçekleşen nadir durumlar için seçerken de sanki dengeye ve ihtiyata riayet etmişlerdir. Her ne kadar bu te'viller kesin ve kanıtı olmasa da, açık bir engel bulunmaması ve delilleri cem etme gayretinin zorunlu bir sonucu olması sebebiyle kabul edilebilir niteliktedir.

Bu görüş Hanefiler'deki kuvvetli rivayete göredir. Hasan b. Ziyad'ın (ö. 204/819) Ebû Hanife'den (zayıf) rivâyetine göre ise her halükarda ihtimallerin en azı esas alınır.<sup>111</sup>

Malikiler, namazın sonunda iki defa secde etmeyi emreden Ebû Hureyre hadisinin namazda şüpheye çok düşen vesveseli hakkında<sup>112</sup>, en azı esas almayı emreden Ebû Said el-Hudri hadisinin diğerleri hakkında olduğunu söyleyerek, İbn Mesud hadisindeki teharrîyi de en azı esas alma manasında yorumlayarak daha farklı bir cem yoluna gitmişlerdir.<sup>113</sup> Malikilerin Ebû Hureyre hadisini vesveseci hakkında yorumlamalarında aynı zamanda vesveseliyi içinde bulunduğu halden

108 Müslim, “*Mesâcid*”, 88; Ebû Dâvud, “*Salât*”, 1024; Neseî, *es-Sünenü'l-Kubrâ*, “*Sehv*”, 589.

109 Ahmed, *Müsned*, XXII/232; Bezzar, XIV/235; İbn Huzeyme, *es-Sahih*, II/109; Ebû Ya'la, *Müsned*, XI/367.

110 Şürünbilâli, *Meraki'l-Felâh*, I/219.

111 Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, I/211.

112 İbn Cüzeyy, *el-Kavâninü'l-Fikhiyye*, I/55.

113 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, I/208, 209.

kurtarma çabası yatmaktadır. Çünkü aklına gelen şüphelere aldırış etmediğinde kişi namazını daha rahat ve huzurlu kılacaktır. Sonuç itibarıyla Malikiler'in bu konuda teharriye hiçbir şekilde yer vermedikleri görülmektedir.

Şâfiiler, hadisler arasında cem yapmayı tercih yoluna gitmişlerdir. En azı esas alan hadisi ravisinin çokluğu ve ihtiyata daha uygun olması gerekçesiyle teharri hadisine tercih ederek<sup>114</sup> her türlü durum ve koşulda en az sayının esas alınacağını söylemişlerdir.<sup>115</sup> Dolayısıyla Şâfiiler de Malikiler gibi teharriye hiçbir şekilde yer vermemişlerdir.

Ahmed b. Hanbel'den bu konuda üç görüş rivayet edilir. Biri İbn Mes'ud (r.a.) hadisinin zahirinden anlaşılan "her halükarda teharri yapmak", diğeri Ebû Said el-Hudrî (r.a.) hadisinin zahirinden anlaşılan "her halükarda en azı esas almak"tır.<sup>116</sup> Ondan nakledilen ve Hanbelilerce tercih edilen meşhur rivayete göre ise tek başına kılan ihtiyaten en azı esas alır.<sup>117</sup> İmamsa teharri yapar; çünkü yanıldığında kendisini uyaracak bir cemaati bulunduğundan onun teharri yoluyla doğruyu bulma ihtimali yüksektir.<sup>118</sup>

Bu görüşleri özetleyecek olursak;

Hanefilere göre kişi, tereddüt adeti haline gelmiş olup teharri yoluyla bir seçim yapamadığında,<sup>119</sup> Ahmed b. Hanbel'den gelen üç rivâyetten birine göre her halükarda, Hanbelilerde en kuvvetli kabul edilen rivâyete göre ise imamsa teharri yapar.<sup>120</sup> Malikiler ve Şâfiilerle Ahmed b. Hanbel'den gelen bir rivayete göre ise bu konuda hiçbir şekilde teharriye başvurmaz.

Meseledeki ihtilafın farklı hadislerden kaynaklandığını daha önce ifâde etmiş-tik.

İhtilafın diğerkaynağı ise teharri ile ihtiyat arasında tercih meselesidir.

Teharri'yi tercih edenlere göre Şâri' onu onaylamış ve kalbin şahitliğini yeterli bulmuştur, dolayısıyla başka bir şeye başvurmaya gerek yoktur.<sup>121</sup> Teharri'yi tercih eden Hanefilerin, suyun yokluğunda teyemmüme abdest ve guslün tüm hükümlerini vermelerine benzer şekilde, teharrideki zann-ı galibe de her hususta kesin bilginin tüm hükümlerini verdikleri görülmektedir. Dolayısıyla namazı her koşulda geçerli sayıp ihtiyatı gereksiz bulmuşlardır.

114 Nevevî, *el-Mecmû'*, IV/106; Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, II/213.

115 Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, II/212

116 Buhuti, *er-Ravdu'l-Murbi*, II/166; İbn Müflih, *el-Mübdî' fi şerhi'l-mukni'*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye Beyrût, I/470.

117 İbn Kudâme, *el-Muğni*, II/13; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, I/469.

118 İbn Kudâme, *el-Muğni*, II/13-15; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, I/469.

119 Serahsî, *el-Mebsût*, I/219.

120 İbnRüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, I/208, 209; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, I/55; Nevevî, *el-Mecmû'*, IV/106; Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, II/212; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, I/281; Buhûti, *er-Ravdu'l-Murbi*, II/166; Ruheybânî, *Metâlibu Ulî'n-Nuhâ*, I/526.

121 Serahsî, *el-Mebsût*, I/219; Zeylei, *Tebyînu'l-Hakâik*, I/199; Aynî, *el-Binâye*, II/631.

İhtiyatı önceleyenler ise, farzı hiçbir güçlük çekmeden ve kesin bir şekilde yerine getirme imkanı varken, zanni olan teharrîye tutunulamayacağı düşüncesindedirler.<sup>122</sup> Onlara göre farzlar -mesela haccın rükünlerinde olduğu gibi- teharrîyle düşmez.<sup>123</sup>

Konuyu kısaca değerlendirecek olursak; doğrusu, büyük bir meşakkat içermemesi sebebiyle<sup>124</sup> Şafililerin ve Malikilerin sorumluluktan kesin olarak kurtulmak için gösterdikleri ihtiyat, haklı bir gerekçe olarak gözükmektedir. Buradaki durum, mesela kibledekinden farklıdır. Çünkü orada kişi çıkmazdadır ve teharrîden başka bir alternatifi yoktur.

Bununla birlikte farklı derecedeki zanların hepsi aynı tutulmamalı ve çok kuvvetli olduğunda zanna göre hareket edilmelidir. Böylece anılan teharrî hadisi de göz ardı edilmemiş olur.

### C. ORUÇ<sup>125</sup>

#### *a- Dış Dünyadan Kopuk Kimsenin Ramazan Ayını Tespitte Teharrîsi*

Kafirlerin eline esir düşen veya kafir bir ülkeye ticaret ve benzeri sebeplerle gidip orada uzun süre yaşayan, çölde veya zindanda uzun süre kalan, dolayısıyla gün ve ayları takip edemediğinden Ramazan ayını tespit imkanı olmayan bir müslümanın, teharrî yapıp Ramazan ayı olduğunu tahmin ettiği zaman diliminde oruç tutması gerektiği hususunda fakihler ittifak etmişlerdir.<sup>126</sup> Çünkü bu kimse Ramazan orucunu tutmakla mükelleftir. Onu tutmak ise Ramazan ayını tespit bağıdır.

Bu kimse havanın soğukluğu ve sıcaklığı gibi çok genel emareleri dahi değerlendirecek Ramazan ayını tespit etmeye çalışır ve vardığı kanaate göre oruç tutar.<sup>127</sup>

Daha sonra Ramazan'ı doğru tespit ettiği ortaya çıkarsa kaza etmesi gerekmez; çünkü o vakitte yapması gereken teharrîyi yapmış, bizzat isabet ederek de amacına ulaşmıştır. Dolayısıyla kaza etmesini gerektiren bir durum yoktur.<sup>128</sup>

Orucu Ramazan ayından sonra tuttuğu ortaya çıkarsa orucu yine geçerlidir; çünkü Ramazan'a isabet etmemiş olsa da orucu, vücut sebebi olan vakitten (Ra-

122 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, 2004, I/208, 209; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, I/55; Nevevî, *el-Mecmû'*, IV/106; Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, II/212; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, I/281; Buhâtî, *er-Ravdu'l-Murbi'*, II/166; Ruheybânî, *Metâlibu Ulin'n-Nuhâ*, I/526.

123 Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, II/213; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, Dâru'l-Hadis Kahire, 2004, I/208, 209.

124 Zira genelde, mesela 3 ile 4 rek'at arasında tereddütte bir rek'at fazla kılması söz konusu olur. Namazın baştan kazası ve tekrarı gibi bir durum yoktur.

125 Oruç bölümünde bir başka teharrî örneği şudur: Hanefiler, sahur ve iftar vakitleri hakkında bilgisine ve adaletine güvendiği birinden bilgi edinme imkanı bulunmayan kimsenin teharrî yapması gerektiğini söylemişlerdir. Bk. İbn Abdîdîn, *Reddu'l-Muhtar*, II/407.

126 Serahsî, *el-Mebsût*, III/59; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, II/86; Sahnûn, *el-Müdevvenetu'l-Kubra*, I/275; Uleyş, *Minahu'l-Celil*, II/125; İbn Kudâme, *el-Muğni*, III/167; el-Merdâvî, *el-İnsâf*, III/270.

127 Serahsî, *el-Mebsût*, III/59; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, II/86; Nevevî, *el-Mecmû'*, IV/284.

128 Serahsî, *el-Mebsût*, III/59; İbn Abdilberr, *el-Kâfi*, I/357; Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, IV/460; İbn Kudâme, *el-Muğni*, III/167.

mazan ayı) sonra tutmuştur.<sup>129</sup> Fakat oruç o yılın Ramazan'ının kazası kabul edilir. İbadetlerde niyet ederken eda veya kaza olduğunun belirtilmesi şart olsa da, zaruretten dolayı burada bu şart aranmaz.<sup>130</sup>

Tutmuş olduğu oruçlar bilmeden vaktinden sonra tuttuğu Ramazan'ın kazası olduğuna göre oruç sayısının o yılın Ramazan günleri kadar olması gerekir. Dolayısıyla daha az tutmuşsa eksik günlerin orucunu kaza eder.<sup>131</sup> Tuttuğu günlerden bazıları Şevval'in birinci gününe, kurban bayramı veya teşrik günleri adı verilen bayramın 2,3 ve 4. gününe denk gelmişse, o oruçları da tekrar tutması gerekir.<sup>132</sup>

Bu kimse bir aylık orucu Ramazan ayından önce tuttuğu ortaya çıkarsa fakihlerin büyük çoğunluğuna göre orucu geçersizdir.<sup>133</sup> Çünkü kazayla telafisi mümkün olan bir ibadette hata yapıldığı kesin bir şekilde ortaya çıkmıştır.<sup>134</sup> Ayrıca, mükellefin bunu sorumluluğun üzerinden kalktığına emin bir şekilde yerine getirmesi mümkündür. Dolayısıyla vaktinden önce eda edildiği ortaya çıkınca tekrar kılınması gerekir.<sup>135</sup>

Bu konuda farklı bir görüş olarak sadece Hasan b. Salih'ten (ö. 169/785) orucun geçerli olacağı görüşü nakledilir. İmam Şâfi'i'nin (ö. 204/819) el-Ümm'deki bu meseleye dair "Bir kimse, ister vaktinden önce ister sonra tutmuş olsun orucu olur, dese bu da (kabul edilebilir) bir görüştür."<sup>136</sup>sözüne binaen bazı Şâfiî fukahası bunu onun diğer bir kavli olarak zikretse de Şâfiilerin büyük çoğunluğu bunu doğru bulmamıştır.<sup>137</sup>

Orucu geçerli sayanlar bunu tüm hacıların Arafat vakfesini hatayla Zilhicce'nin dokuzu yerine sekizinde (terviye günü) yapmaları halinde vakfelerinin geçerli olmasına kıyas zikredilmiştir.<sup>138</sup> Fakat o vakfe, tekrarında büyük bir meşakkat olduğundan dolayı zarureten geçerli kabul edilmiştir.<sup>139</sup> Nitekim aynı hatayı hacıardan bazıları yaptığı taktirde bu kimseler Arefe günü tekrar vakfe yaparlar.<sup>140</sup>

Bir kimse yıllarca teharrîyle oruç tutar, sonra her yıl orucu Ramazan'dan önce tuttuğu ortaya çıkarsa, yine fakihlerin büyük çoğunluğuna göre tuttuğu oruçlar Ramazan yerine geçmez. Çünkü ibadeti farziyet sebebinden önce yapmak onu geçersiz kılar. Dolayısıyla bu, namazı vaktinden önce kılmak gibidir.<sup>141</sup>

129 İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, II/283; II/41; Uleyş, *Minahu'l-Celil*, II/125; Zekeriyya el-Ensâri, *Esna'l-Metâlib*, I/413; Ebu Necâ, *el-İkna*, I/305.

130 Sahnun, *el-Müdevvenetu'l-Kubra*, II/41; Uleyş, *Minahu'l-Celil*, II/125; İbn Kudâme, *el-Muğni*, III/280.

131 Serahsi, *el-Mebsût*, III/59; Kâsâni, *a.g.e.*, II/86; Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebir*, III/459; İbn Kudâme, *el-Muğni*, III/168.

O yılın kazası olduğundan dolayı Hanefiler ayrıca niyeti geceden yapmayı da şart koşmuşlardır. Bk. *a.g.e.*

132 Kâsâni, *a.g.e.*, II/87; Uleyş, *Minahu'l-Celil*, II/125; Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebir*, III/459; Merdâvi, *el-İnsâf*, III/270.

133 Serahsi, *el-Mebsût*, III/59; Kâsâni, *Bedâiu's-Sanâi'*, II/86; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînu'l-Fikhiyye*, I/80; Nevevi, *el-Mecmû'*, IV/284; Merdâvi, *el-İnsâf*, III/270.

134 Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebir*, IV/460.

135 Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebir*, IV/460.

136 Şâfiî, *el-Ümm*, II/111.

137 Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebir*, III/460.

138 Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebir*, III/460; Nevevi, *el-Mecmû'*, IV/284.

139 Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebir*, III/460.

140 İbn Kudâme, *el-Muğni*, III/168.

141 Serahsi, *el-Mebsût*, III/59; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînu'l-Fikhiyye*, I/80; Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebir*, III/459; İbn Kudâme, *el-Muğni*, I/167.

Fakat Hanefiler'deki en sahih görüşe ve Mâlikiler'den İbn Macişun'a (ö. 164/780) göre her yıl tuttuğu oruç (niyetinde olmasa da) önceki yılın kazası kabul edilir. Çünkü her yıl "üzerindeki farz oruca" niyet eden bu kimsenin üzerindeki borç geçen yıldan kazaya kalan oruçlarıdır. Zaruretten dolayı kaza yerine eda diye niyetinde bir sakınca yoktur. Bu durumda son Ramazan'dan sonra tuttuğu herhangi bir ay yoksa bir ay borçludur, varsa hiçbir borcu yoktur. İlk yıl Ramazan'dan önce tuttuğu oruç da herhangi bir yılın edası veya kazası yerine geçmez. Eda sayılamaz; çünkü vaktinden önce tutulmuştur. Kaza da sayılmaz; çünkü daha önce kazaya bıraktığı bir orucu yoksa bu onun kazası olamaz, varsa diğer kazalardaki gibi kazaya niyet edilmesi gerekir. Dolayısıyla ilk yıl hiçbir yılın edası da kazası da olamaz.<sup>142</sup>

Mâlikilerde meşhur ve Hanefiler'de zayıf görüşe göre ise, niyette eda ile kaza arasında fark bulunduğundan dolayı bu kimse Ramazan orucunu tutmuş olmaz. Çünkü ikinci yılın Ramazan'ından önce ikinci yılın edası niyetiyle tutulan oruç önceki yılın kazası olamaz. Mesela bu yılın edasına niyet etmişse onu geçen yılın kazası saydığımızda yıl farkı ortaya çıkar.<sup>143</sup>

#### D. ZEKÂT<sup>144</sup>

##### *a-Zekât Verilecek Kimse Hakkında Teharrî*

Allah (c.c.) zekât verilebilecek kesimleri açıklayarak şöyle buyurmuştur: "Sadakalar (zekâtlar) Allah'tan bir farz olarak ancak, yoksullara, düşkünlere, (zekât toplayan) memurlara, gönülleri (İslâm'a) ısındırılacak olanlara, (özgürlüklerini satın almaya çalışan) kölelere, borçlulara, Allah yolunda çalışıp cihad edenlere ve yolcuya mahsustur."<sup>145</sup> Dolayısıyla ayette zikredilen sekiz sınıftan başkalarına kasten verilen zekât geçersizdir. Bu yüzden zekât verilmesi düşünülen kimselerin dikkatle araştırılması (teharri) gerekir.<sup>146</sup>

Hanefilere göre zekâta ehil olup olmadığından şüphelenildiği veya araştırma sonucu zekâta ehil olmadığına dair kuvvetli zan olduğu halde bir kimseye verilen zekât geçersiz olup zekâtın tekrar verilmesi gerekir.<sup>147</sup>

Hakkında hiçbir kanaat bulunmayan birine verilen zekâtı Hanefiler zekâta ehil biri olmadığı ortaya çıkmadıkça geçerli saymışlardır.<sup>148</sup> Ancak Hanbelîlere ve

142 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, II/87; İbn Cüzeyy, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye*, I/80.

143 Karâfî, *ez-Zahîre*, II/503; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, I/519; Uleyş, *Minahu'l-Celîl*, II/125; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, II/87.

144 Zekât'la ilgili teharriye başka örnek verecek olursak; Mâlikiler bir elbise veya kumaşın kenarındaki altının zekâtı verilirken altın miktarını tespit için teharriye başvurulacağını ifade etmişlerdir.

Bk. Sâvî, Ebu Abbas Ahmed b. Muhammed el-Halvani, *Bulğatu's-Salik Liakrabi'l-Mesalik*, Daru'l-Mearif Beyrut, I/625.

145 Tevbe: 60.

146 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, I/348; *Tebyînu'l-Hakâik*, III/304; İbn Hâcib, *Câmiu'l-Ummehât*, I/166; Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebîr*, VIII/544; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, I/439.

147 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, I/348; Zeylei, *Tebyînu'l-Hakâik*, I/304.

148 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, I/348.

Şâfîlere göre doğru çıksa bile zekâtı geçerli sayılmaz. Zekâtı yanlışlıkla veren kimse ister devlet başkanı ister mal sahibi olsun onu tazmin edip tekrar öder. Çünkü teharrî yapmayarak ihmalkarlık (tefrit) etmiştir, dolayısıyla sonucuna katlanmak zorundadır<sup>149</sup>.

Araştırarak zekât verilebilir kimselerden olduğuna kanaat getirip verdiği kimse kendisinin kölesi, müdebber, ümm-i veledi veya mükatebi<sup>150</sup> olduğu ortaya çıkması halinde Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve Muhammed eş-Şeybani'nin ittifakiyla bu zekât geçersizdir. Fakat zengin, borçsuz veya zekât verilmesi caiz olmayan diğer kimselerden olduğu ortaya çıkarsa zekâtı Ebû Yûsuf'a göre geçersiz Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre geçerlidir.

Ebû Hanife ile Muhammed eş-Şeybani'nin delili şu hadistir: Ma'n b. Yezid (r.a)'tan (ö. 64/683) yapılan rivâyete göre babası sadaka olarak bir miktar para çıkarıp camide bir adama bıraktı. Ma'n onu alıp eve geldiğinde babası "Ben seni kastetmişim" dedi. Bunun üzerine Ma'n durumu Rasûlullah (s.a.v)'e götürdü. Hz. Peygamber (s.a.v) "Ey Yezid, sana niyet ettiğin (sadaka sevabı) vardır. Ey Ma'n, almış olduğun şey senindir." buyurdu.<sup>151</sup>

Her ne kadar hadiste geçen sadakadan kastın zekât olduğu kesin olmayıp naf ile olma ihtimali bulunsa da, "Sana niyet ettiğin vardır" cümlesindeki genel ifade farz olan sadakayı yani zekâtı da kapsamaktadır.<sup>152</sup>

Ayrıca, zekâtının geçersiz kabul edilmesi halinde tekrar teharrî yapmak zorunda kalan kişinin hata yapma ihtimali yine bulunmaktadır. Zira fakirlik ve borçluluk gibi hususlar kapalı olduğundan bunları tespit hata yapmak gayet mümkündür. Dolayısıyla teharrîlerinin sonucundan sorumlu tutmak insanları sıkıntıya sokar.<sup>153</sup> O yüzden hüküm kişinin vardığı sonuca göre olmalıdır. Bu bakımdan mesele kible meselesinden farksızdır.<sup>154</sup>

Ebû Yusuf'a göre ise bu, hatalı olduğu ortaya çıkmış bir teharrî olup geçersiz sayılır. Ona göre bu mesele kaplarda ve elbiselerdeki teharrîde yanlışın ortaya çıkması meselesine benzemektedir. Oradaki gibi burada da yanlışlığı ortaya çıkan zanna itibar edilmez.<sup>155</sup>

Mâlikîlerde esas alınan görüşe göre burada zekâtı teslim edenin mal sahibi yani zekât borcu bulunan kimse olup olmamasına bakılır. Mal sahibi ise borcu

149 İbn Kudame, *el-Muğni*, II/498; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, I/439.

150 Müdebber: Efendinin, kendisinin ölümünden sonra azatlığını ilan ettiği köle.

Ümm-i Veled: Efendisinden çocuk doğuran, onun vefatından sonra hürriyetine kavuşacak olan cariye.

Mükateb: Hürriyete kavuşması karşılığında belli bir bedel ödemek üzere efendisiyle anlaşma yapan köle.

Bk. Çağrı, Mustafa- Bardakoğlu, Ali, "Kölelik" *İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV, İstanbul 2006, III/ 1139, 1140.

151 Buhârî, "Zekât", 422; İmam Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, XXV/191.

152 Aliyyu'l-Kâri, *Mirkâtu'l-Mefâtih*, Beyrut, Dâru'l-Fikr 2002, IV/1326.

153 Zeylei, *Tebyînu'l-Hakâik*, I/304.

154 İbn Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, IV/214.

155 Zeylei, *Tebyînu'l-Hakâik*, I/304.

düşmez; mümkünse verdiği kimseden alarak, yoksa kendi malından zekâtı tekrar öder. Fakat zekâtı teslim eden Müslümanların yöneticisi veya onun vekiliyse verdiğini geri alabilirse alıp uygun yere tekrar verir, alamazsa zekât ödenmiş sayılır.<sup>156</sup> Çünkü Müslümanların yöneticisinin ictihadı, -doğruluğu araştırılmadan- birer hüküm kabul edilir. Zira kendisinin değil Müslümanların işini yaparken yaptığı hatadan sorumlu tutulduğu taktirde çok zarara uğrayabilir.<sup>157</sup>

Şâfiilere ve Hanbelîlere göre ise teharrî yapılarak zekât verilen kimsenin köle, kafir, haşimoğullarından vs. olduğu ortaya çıkarsa, zekât geçersizdir; çünkü bu mâli bir borçtur ve ister hatayla ister kasten olsun, yerine ulaştırılmadıkça borçlu borcundan kurtulamaz, tekrar ödemesi gerekir. Zekât verilenin zengin olduğunun ortaya çıkması hususunda ise İmam Ahmed b. Hanbel ile İmam Şâfiî'den ikişer rivâyet vardır; birine göre, her halükarda yerine ulaştırılması gereken bir borç olduğundan, bu geçersiz sayılır. Diğer rivayete göre yukarıda geçen Ma'n hadisinden dolayı bu geçerlidir.<sup>158</sup> Bu rivayete göre fakirin diğer zekât verilen kimselerden ayrı değerlendirilmesinin gerekçesi kişilerdeki zenginlik ve fakirliğin her zaman bilinmemesidir. Yüce Allah'ın fakirliklerini gizleyen iffetli mü'minler hakkında "*Bilmeyen kimseler, iffetlerinden dolayı onları zengin zanneder.*"<sup>159</sup> buyruğu bunu açıkça göstermektedir. Dolayısıyla görünürdeki fakirliğe dayanmak zorunda kalınır ve hatalı olduğu ortaya çıkarsa mazur görülür. Köle, kafir veya haşimoğullarından olması gibi hususlar ise birtakım emare ve delillerle genellikle bilinebildiklerinden, bunlardaki hata mazur görülmez.<sup>160</sup>

Konuya dair genel değerlendirme yapacak olursak;

Malikilerin imam ve vekilinin teharrînin sonucundan sorumlu tutulmaması görüşü İslam'ın emaneti elinde bulunan kimsenin ondan sorumlu tutulmaması ve benzeri genel ilkelerine ve ruhuna uyduğundan isabetli gözükmektedir.

Şafi ve Ahmed b. Hanbel'den gelen iki rivayetten biri ile Ebu Yusuf'un teharrînin sonucundan her halükarda sorumlu tutan görüşü İslam'ın amelleri niyete göre değerlendirme ilkesine aykırı olduğu gibi mükellef için büyük meşakkat olacağından pek isabetli durmamaktadır.

Geriye, mazur görülebilir hata ile görülemez hata arasında ayırım yapan görüş kalmaktadır. Bu noktada, nelerin kapalı olup olmadığı dolayısıyla kişinin nelerde mazur görülüp görülemeyeceği hususunda iki yaklaşım vardır. Ebu Hanife ile Muhammed eş-Şeybani'ye göre kişi kendisine ilişkin bilgilerde, yani kendisinin kölesi, müdebberî vs. hususunda hatada mazur görülemeyip diğer her şeyde ma-

156 İbn Hacib, *Câmiu'l-Ummehât*, I/166; Bağdadi, *İrşâdu's-Sâlik ilâ Eşrefi'l-Mesalik*, Mustafa el-Babi el-Halebi Kahire, I/38; Sâvi, *el-Hâşiye aleş-Şerhi'l-kebir*, I/668.

157 Heyet, *el-Mevsua el-Fikhiyye el-Kuveytiyye*, XXIII/33.

158 Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebir*, VIII/545; İbn Kudâme, *el-Muğni*; II/498; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, I/439.

159 Bakara: 2/273.

160 Mâverdi, *el-Hâvi'l-Kebir*, VIII/545; İbn Kudâme, *el-Muğni*, II/498; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, I/439.



zur görülürken, Şafii ve Ahmed b. Hanbel'den gelen bir rivayette sadece zenginlik-fakirlikte hatada mazur görülüp diğerlerinde mazur görülemez.

Fakat kanaatimizce fakirlik-zenginlik dışındaki hususlar da toplumdan topluma zamandan zamana değişebilir. Özellikle günümüzde büyük şehirlerde zenginlik dışındaki hususlar da insanlara kapalı kalabildiğinden bunlarda da hata mümkündür. O yüzden farklı toplum ve çağları göz önünde bulundurarak “öğrenilmesi kolay olan tüm hususlarda teharride hata yapanın mazur görülmeyip zekâtı tekrar ödemesi gerekeceği” şeklinde genel bir kural/ölçü koymak daha uygun gözükmektedir.

## E. HAC<sup>161</sup>

### *a-Mikat Konusunda Teharrî*

Hacc veya Umre gibi bir sebeple Mekke'ye gitmekte olan kimsenin Zülhuleyfe ve Cuhfe gibi mikatların her ikisinden veya ikisinin ortasındaki bir noktadan geçmesi durumunda nerede ihram giyeceği, bilmediğinde teharrîye başvurup başvuramayacağı meselesi de konumuzla ilişkilidir.

Birazdan görüleceği gibi genel olarak mezhepler tespit imkanı olduğu sürece teharrîye başvurulacağı görüşündedirler. Nitekim Iraklıların hâlâ uygulanmakta olan Zatürk mikatı da Hz. Ömer (r.a.) tarafından teharrî yoluyla tespit edilmiştir. İbn Ömer (r.a.)'tan yapılan rivayete göre; Basra ve Kufe fethedilince bu yörenin halkaları Hz. Ömer'e (r.a.) gelerek “Ey mü'minlerin emiri! Allah Rasulü (s.a.v) Necdîlere mikatı Karn (Karnu'l-menazil) olarak belirlemişti. Orası ise bize uzak düşüyor. Karn'dan girecek olursak bizim için sıkıntı olacak.” dediler. Hz. Ömer “Öyleyse onun sizin yolunuz üzerindeki hizasına bakın” dedi ve (sonra kendisi) onlara Zatürk'ü belirledi.<sup>162</sup> Nitekim her iki mikat da Mekke'ye iki merhale<sup>163</sup> mesafedir.<sup>164</sup>

Hanefilere göre Mekke'ye bilinen mikatların ortasından geçilirken ihrama onlardan birinin hizasından girilir. Mekke'ye uzaklıkları farklı olması durumunda bunların Mekke'ye en yakınından girmek caiz olsa da en uzağının hizasından girmek daha evladır. Hizalarını tespit ederken bilen biri varsa ona sorulur, yoksa teharrî yapılır. Mikatların tümüne uzak bir yerden geçilmesi sebebiyle herhangi birinin hizasını tespit etme imkanı olmadığına ise ihrama Mekke'ye iki merhale mesafede girilir.<sup>165</sup>

161 Hac bahsinde ele alınan başka teharrî örneklerini verecek olursak; Hanefiler Hac'ın rükünlerinden birini yapıp yapmadığından şüpheye düşen kimsenin teharrî yapması gerektiğini söylemişlerdir. Şafilere göre ihrama girdikten sonra hac veya umreden hangisine niyet ettiğinden tereddüde düşen kimse teharrî yapar.

Bk. Semerkandi, *a.g.e.*, I/211; Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi'*, I/166; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, II/ 117; Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib, *el-Hâvi Şerhu Muhtasari'l-Müzeni*, Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, Beyrut, 1999, IV/85.

162 Buhari, “Hacc”, 1531; *Musannaf-ı İbn Ebi Şeybe*, 14072; Beyhaki, *es-Sünenü'l-Kübra*, “Cimau Ebvabi'l-mevakit”, 8913.

163 Bir merhale: 45.352 m. dir. Bk. Kal'aci, Muhammed Revvas, *Mu'cemu Luğati'l-fukaha*, Daru'n-Nefais, 1988 II. baskı, I/451.

164 Haraşi, *a.g.e.*, II/302;

165 İbnü'l-Hümâm, *Fethul-kadir*, II/426; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, II/342.

Mâlikiler de aynı şekilde, ortasından geçilen iki mikattan herhangi birinin hizasının teharrîyle tespit edilip oradan ihrama girilebileceğini söylemişlerdir.<sup>166</sup>

Şâfiilere göre kişi ihrama kara veya denizdeki kendisine en yakın bir mikatın hizasında girer. Nitekim Hz. Ömer de Iraklıların mikatını belirlerken oraya en yakın olan Karnu'l-menazil miktarını esas almıştır.<sup>167</sup> Mikatların birine veya onun hizasına ulaşıp ulaşmadığından tereddüde düşen, bilgi alacağı birini de bulamayan kimse teharrîye başvurur. Körlük gibi bir sebepten dolayı teharrîden aciz kalmadıkça da başkasını taklid etmez. Mikatların tümüne uzak bir yerden geçmesi sebebiyle herhangi birinin hizasını tespit etme imkanı olmadığına ise Hanefiler'in söylediği gibi ihrama Mekke'ye iki merhale mesafede girer.<sup>168</sup>

Hanbelilere göre de ihrama aynı şekilde mikatların hizasında girer. Kendisine uzaklıkları farklı ise en yakınının hizasından, eşit uzaklıkta iseler Mekke'ye en uzak olanın hizasından girer. Bunların hepsini de teharrî ile tespit etmeye çalışır. Kendisine en yakın mikatın hizasını tespit edememesi halinde mikatı ihramsız geçmemek için dikkatli ve ihtiyatlı davranmalı, gerekirse öncesinden girmelidir. Çünkü ihrama mikattan önce girmenin bir sakıncası yoktur, ancak sonra girmek caiz değildir. İhrama teharrîyle giren, sonra ona mikatı geçtikten sonra girdiği ortaya çıkan kimseye dem cezası gerekir.<sup>169</sup>

### ***b- Tavaf Sayısında Tereddüt Durumunda Teharrî***

Tavaf esnasında kaç şavt yaptığından şüpheye düşen kimsenin ne yapacağına dair mezheplerde farklı görüşler vardır. Birazdan görüleceği gibi çoğunluk teharrî yapılamayacağı görüşündedir. İbn Münzir (ö. 390/921) "en az sayının esas alınacağı" hususunda ilim ehlinin icma ettiğini söylese de<sup>170</sup> konu hakkında teharrî dahil başka görüşler de bulunmaktadır.

Kasani (ö. 587/1191) ve Haskefi (1088/1677) gibi kimi Hanefi fakahası en kuvvetli rivayete göre (Zahiru'r-rivayeye)<sup>171</sup> bu durumda en az sayının esas alınacağını söylemiştir.<sup>172</sup> Ancak Hanefi fakihlerinin çoğu sünnet olan tavafta en az sayının esas alınırken, rükün ve vacip olan tavafın<sup>173</sup> baştan alınması gerektiğini söyle-

166 Derdir, eş-Şerhu'l-Kebir, II/23; Sâvi, *el-Haşiye ala eş-Şerhi's-Sağır*, II/23; Hattâb, *Mevâhibu'l-Celil*, III/34; Abderi, *et-Tâcuve'l-İklil*, IV/46.

167 Nevevî, *el-Mecmû*, VII/198, 199.

168 Remli, *Nihâyetu'l-Muhtâc*, III/260.

169 İbn Kudâme, *el-Muğni*, III/249; İbn Müflih el-Makdisi, *el-Mübdî*, III/103; Bahâuddin el-Makdisi, *el-Udde şerhu'l-umde*, I/182; İbn Kudâme el-Makdisi, *eş-Şerhu'l-Kebir ala metni'l-Mukni'*, III/214.

170 Bk. İbn Kudame, *el-Muğni*, III/ 344.

171 Zahiru'r-rivayeye; İmam Muhammed eş-Şeybani'nin tevatür veya şöhret derecesinde nakledilen şu altı kitabına verilen isimdir; el-Asl, el-Camiu's-Sağır, el-Camiu'l-Kebir, es-Siyeru's-Sağır, es-Siyeru'l-Kebir, ez-Ziyadat ve :Ziyadetu'z-Ziyadat'tır. Bu kitaplar Hanefi mezhebinin ana kaynaklarıdır. Heyet, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara 2009, s. 610, 611.

172 Kasani, *a.g.e.*, I/166. Ayrıca bk. Semerkandi, *a.g.e.*, I/ 211.

173 Arafat vakfesinden sonra yapılan Ziyaret tavafı hacın iki rükünden biridir ve farzdır. Veda tavafı vacip, Mekke dışından gelenlerin ilk yaptığı tavaf ise sünnettir. Nafile olarak yapılan tavafa tatavvu tavafı denilir. Fakihlerin sünnet tavafı tatavvu tavafı da kastetmiş olmaları mümkündür. Değilse, anılan gerekçeden dolayı tattavvu tavafının hükmünün sünnet tavaf gibi olduğu açıktır. Tarifler için bk. Heyet, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, DİB, s. 553, 554.

mişlerdir. Bu ayırmadaki gerekçeleri, kural olarak sünnetin hükümlerinin farz ve rükünlerden daha kolay olmasıdır.<sup>174</sup>

Hanefi fukahâsından Cessas (ö. 370/981) ise namazdaki rek'at sayısında te-reddüde kıyasla bunda da teharri yapılması gerektiğini söylemiştir. Fakat Hanefi fukahâsı bu kıyasa, "Namazda en azı esas alma yerine teharrinin tercih edilmesinin bir sebebi de bir rükünün fazladan yapılmasının namazı bozmaya yol açması sakıncasıdır. Çünkü en az esas alındığında rükünün tekrarlanma ihtimali kuvvetlenmektedir. Hac'da ise bu sakınca bulunmadığından ihtiyat olan en azı esas almak daha uygundur" diye cevap vermişlerdir.<sup>175</sup>

Mâlikilere göre tavafta şüphe kişide alışkanlık haline gelmişse şüphelendiği sayıların en büyüğünü, yoksa en küçüğünü esas alır.<sup>176</sup> Fazla yapmasının bir zararı olmaz; çünkü şüphe durumunda fazladan yapılanlar itibara alınmaz, hiç yapılmamış gibi kabul edilir.<sup>177</sup>

Şafiilere göre ve Hanbelîlerdeki en sahih rivâyete göre bu kimse teharri yapmaz. Sorumluluktan kesin bir şekilde kurtulmak için, şüphelendiği sayıların en küçüğünü esas alıp tavafını ona göre tamamlar.<sup>178</sup> Takıyuddin İbn Teymiyye'nin (ö. 727/1329) tercih ettiği diğer rivâyete göre ise teharri yapıp zann-ı gâlibine göre hareket eder.<sup>179</sup> Ona göre bu ve benzeri durumlarda teharri vesveseyi engeller.<sup>180</sup>

Görüldüğü gibi bu konuda teharri görüşünü benimseyenler azınlıktadır. Cessas ve İbn Teymiyye'nin bu görüşte olup Ahmed b. Hanbelî'den zayıf senetle nakledilen böyle bir rivayet bulunmaktadır.

### III. İBADET ALANINDAKİ TEHARRİ KONULARI IŞIĞINDA TEHARRİ'YE DAİR GENEL HUSUSLAR

Makalenin girişinde ifade edildiği gibi, bu bölümde, makalenin sınırları çerçevesinde ulaşılan sonuçlar ışığında teharriye dair genel kurallar ve tespitler ortaya konmaya çalışılacaktır.

174 İbn Abidin Lübabü'l-menâsik'ten naklettiği bu görüşü esas almış ve İbn Nüceym'den, "bunun Hanefi meşayihinin büyük çoğunluğunun görüşü olduğu"nu nakletmiştir. İbn Nüceym'in Kasani'den bunun zahirurriyave olduğunu naklettikten sonra kendisinin bunu kendisinin bulmadığını söylemiş ve bu rivâyeti destekleyecek bir şeyler zikretmediği gibi konuyu, biraz önce ifade ettiğimiz "tavafa baştan başlama" görüşünü esas alarak ele almış ve konuyu o eksende anlatmıştır. Bk. İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, II/356; İbn Âbidin, *Hâşiyetu reddi'l-muhtâr*, II/95, 496.

175 Semerkandî, *a.g.e.*, I/ 211; İbn Nüceym, *a.g.e.*, II/ 117; Şelebi, Şihabuddin Ahmed b. Muhammed, *Hâşiyete ala Tebyini'l-Hakâik*, el-Matbaatu'l-Emiriyye el-Kübra Kahire, 1313 h., II/452.

176 Haraşi, *Şerhu Muhtasar-ı Halil*, II/313; Adevi, *el-Hâşiyete alâ kifâyeti't-Tâlibi'r-Rabbâni*, II/409; Sâvî, *el-Hâşiyete alâ eş-Serhi's-Sağir*, II/39; Adevi, *el-Hâşiyete alâ Şerhi Kifâyeti't-Tâlib*, IV/166.

177 Hacce Kevkeb Ubeyd, *Fıkhu'l-İbâdâti ale'l-Mezhebi'l-Mâliki*, Matbaatu'l-İnşa Dimeşk, 1986, I/357.

178 Nevevî, *el-Mecmû*, 8/21; Şirbini, *a.g.e.*, II/245; ; Hicâvî, *el-İknâ*, I/379.

179 Merdâvî, *el-İnsâf*, VI/374.

180 İbn Teymiyye, *Mecmû'l-Fetâvâ*, XXXII/12.

## A.TEHARRİ YÖNTEMİNİ EN ÇOK İŞLETEN MEZHEPLER

Bu çalışmada ele alınan örneklerde görüldüğü gibi teharrî yöntemini en çok işletenler Hanefilerdir. Az sayıda da olsa bazı kitaplarında bu başlığı taşıyan bölümlerin bulunması, hem bu konuya verdikleri önemi hem de bunu esas aldıkları fûruların çokluğunu göstermektedir.

Hatta görüldüğü kadarıyla Hanefiler, teyemmüme bedeli olduğu abdest ve guslün bütün hükümlerini verdikleri gibi<sup>181</sup>, kesin bilginin olmadığı durumlarda zannı onun bedeli yaparak tüm hükümlerini vermişlerdir. Bunu, teharrîyle yanlış tarafa yönelerek kıldığı ortaya çıkan kimsenin, vakit çıkmamış olsa bile kaza etmesinin gerekmediği şeklindeki ve benzeri birçok örnekte açıkça görmek mümkündür.

Diğer mezhepler ise bu yöntemi işletme hususunda birbirlerine yakın gözük-  
mektedirler.

## B.TEHARRİYİ TEK SEÇENEK YAPAN DURUMLAR

Ele alınan konular ışığında tüm mezheplere göre Teharrî'nin yapılması gerektiği durumlar şöyle sıralanabilir.

### *a.Başka Çözüm Yolunun Bulunmaması*

Rekat veya tavaf sayısında tereddüt durumlarında teharrî dışında “en az sayıyı esas almak”, hatta ibadeti baştan eda etmek gibi seçenekler de vardır. Ancak, namaz vakti veya kible bilinmediğinde bunları tespitin tek yolu teharrîdir. Dolayısıyla alternatif bir çözümün bulunmadığı bu ve benzeri durumlarda teharrînin zorunlu olacağı açıktır. Nitekim geçen örneklerde teharrîye başvurulması gerektiği tüm fakihlerin üzerinde ittifak ettiği bir husustur.

Bilindiği gibi teharrîye ancak, sorup öğrenilecek biri veya kesin delil ve karineler bulunamadığında, zorunlu olarak ve son çare olarak başvurulur. Bedelin veya farklı bir çözümün olmadığı bu gibi örneklerde teharrîye geçit verilmediği taktirde geriye ya o ibadeti terk etmek veya herhangi bir seçeneği rastgele seçme ihtimali kalır. Bunlar ise teharrî karşısında zayıftır, hatta yok hükmündedir. Çünkü çözüm getirmeyen ve hedefi gerçekleştirilmeyen bir seçenek, ancak “çözümsüzlük” seçeneğidir.

Yukarıda geçen örneklerle Mekke'ye bilinen mikatların hizasından giren kimsenin ihram giymek için hizasına gelip gelmediğini tespitinde teharrîye başvurulması örneği de eklenebilir. Ayrıca, uzun süre dış dünyadan soyutlanan kişinin Ramazan ayını tespit için yaptığı teharrî de başka bir örnektir. Tam mahrumiyetten dolayı

181 Bir teyemmümle dilediği kadar farz kılmaya, namaz için vakti girmeden teyemmüme cevaz vermeleri gibi. Bk. Serahsi, *el-Mebcut*, I/ 109; Semerkandi, *a.g.e.* I/ 46.

yanılma ihtimalinin kuvvetli olmasına rağmen başka seçenek bulunmadığından dolayı fakihlerin geneli mükellefin teharri yapmasını gerekli görmüşlerdir.

***b. Teharrinin bir farzın edası için şart olup, yapılmadığında o farzın terkinde yol açması***

“Vacibin yerine getirilmesi için zorunlu olan şey de vaciptir” (ما لا يتم الواجب إلا) (به فهو واجب) kaidesi genel bir fıkıh ve usul kaidesidir. Teharri konusu mesele yerine getirilmesi gereken bir görev olup başka bir çözüm yolu yoksa bu kaide gereği teharriye başvurmak ve ona göre hareket etmek vacip hükmünü alır. Tamamen tahmine dayalı bir seçimde ise zayıf ihtimali kuvvetli ihtimale tercih sözkonusu olduğundan, geçersiz olduğu açıktır.

Yukarıdaki örneklerin hepsi burada da örnek gösterilebilir. Çünkü vaktin girmesi ve kible namazın sıhhat şartlarındandır. İhram da haccın sıhhat şartlarındandır.<sup>182</sup> Bunlarda Teharriye de başvurulmadığında bu vaciplerin terki sözkonusu olduğundan teharriye başvurmak da vaciptir.

***c. Ters yönde şüphelerin bulunması***

Buna, zekât verilecek kişinin ona ehil olmadığına dair kalpte şüphe veya aksi yönde kuvvetli zan bulunması örnek verilebilir. Bu durumda şüpheyi giderecek uzun bir teharri şarttır. Bu yapılmadan verildiğinde kişi ehil de çıksa zekât geçersizdir. Çünkü kişi o anda ehil olduğunu bildiği veya kuvvetli zanla sandığı kişiye vermekle mükellef iken bunu yapmamıştır, dolayısıyla zekâtını vermemiş gibidir.

**C. TEHARRİ'Yİ DİĞER ESASLARA TERCİH EDİLİR YAPAN DURUMLAR**

Ele aldığımız konular ışığında Teharri'yi diğer esaslara tercih edilir kılan durumlardan bazılarını şöyle sıralamak mümkündür.

***a. İnsanlar arasında yaygın (umum-i belva) veya çok karşılaşılan/tekrarlanan bir durum olması***

Teharri ile başka çözümlerin çatışması durumunda konunun çok karşılaşılan bir olay olması kimi fakihler için teharriyi tercih sebebi olmuştur.

Örneğin kible konusunda çoğu fakihlerin teharri ağırlıklı görüşleriyle Hanefilerin rekatta tereddüt meselesinin altında yatan bir neden de budur.

Buna karşın Malikilerle Hanbelilerin elbiselerin veya kapların birbirlerine karışması meselelerinde defalarca namaz kılmayı gerektirecek şekilde çok meşakkatli bir seçenek olan ihtiyatı tercihlerinin bir nedeninin de bunların nadiren karşılaşılan durumlar olması söylenebilir.

<sup>182</sup> Zihni, Mehmet, *Nimet-i İslam*, İslam Mecmuası Yayınları, İstanbul 1986, s. 208, 209, 680,

## D. TEHARRİ’NİN TERCİH EDİLMEMESİNE YOL AÇAN DURUMLAR

Çalışmada ele alınan örnekler ışığında Teharrî’nin tercih edilmeyeceği durumları şöyle sıralamak mümkündür.

### *a. Teharrî’nin İhtiyatla Çatışması*

Kimi fakihlerin teharrîyi tercih etmemelerinde onun ihtiyatla çatışması rol oynamıştır. Bu fakihler, özellikle mükellefin az karşılaştığı konuda, meşakkatli de olsa ihtiyatı öncelemişlerdir.

Teharrî-İhtiyat çatışması özellikle sayılarla ilgili hükümlerde sözkonusu olur. Bu durumdaki ihtiyat ise “en az sayıyı esas almak”tır. Çünkü farklı sayılar arasında tereddüt edildiğinde; bunlardan en azının esas alınması halinde ibadetin olsa olsa daha çok yapılma ihtimali vardır. Teharrîde ise ağır basan kanaate göre bir seçim bulunduğundan daha çok yapma ihtimali gibi daha az yapma ihtimali de bulunmaktadır. Bir ibadetin fazla yapılması ise az yapılmasından daha ehvendir. Buna rekat ve tavafta tereddüt meselelerinde en az sayıyı esas almayı tercih eden fakihlerin yaklaşımı da örnek verilebilir.

Fakihlerin ihtiyat çözüm yolu bununla sınırlı değildir. Kaplar konusunda Malikilerin, elbiseler konusunda Hanbelilerin getirdikleri necis kap/elbise sayısından bir fazla sayıda kaptan abdest alarak/elbise giyerek namaz kılma çözümünde olduğu gibi, daha başka ihtiyat çözüm yolları da vardır.

Teharrî-İhtiyat çatışması meselesine, “teharrînin başlı başına şer’i bir esas olup bilgi yetersizliği ve tereddüt halleri için getirilen çözüm yolu olduğunu, Şâri’in mükelleften her zaman gerçekte olanı değil kendisine gözükeni istediğini” göz önünde bulundurarak bakan fakihler ise ihtiyatı gereksiz bulup teharrîyi seçmişlerdir.

Hatta onlara göre bazen teharrî ile ihtiyat kesişir. Yani teharrî ihtiyat, aksi ise risk olur. Buna, Hanefilerin namazda bir rüknün tekrarının veya sayıca fazla yapılmasının namazda problem teşkil edeceğini, dolayısıyla asıl ihtiyatın teharrî olduğunu söylemelerini örnek verebiliriz. Bu ise onların, “bir şeyi sayıca fazla yapmanın her zaman ihtiyat olmayacağı” önermelerinin sonucudur.

Tüm türleriyle ihtiyatın teharrî ile çatışması hususunda fakihlerin genel bakışını tespit uzun bir araştırmaya gerek duyabilir. Fakat, namaz rekatları, elbiseler ve kaplar meseleleri ışığında düşünüldüğünde, mesela Hanefilerin genelde teharrîden yana oldukları şeklinde bir genelleme yapmak mümkün gözükmemektedir.

### *b. Teharrînin bazı sakıncalar içermesi*

Bazı durumlarda teharrî bir takım sakıncalar içerebilir. Meseleye bu yönden bakan fakihler de doğal olarak teharrîden başka bir çözüm yoluna gitmişlerdir. Örneğin, Hanbeliler kaplar konusunda teharrîyi seçmeme gerekçelerini “teharrî yaparak abdest alma durumunda hakikatte necis olan kaplarla abdest alınarak beden necis yapılma ihtimalinin bulunduğu” şeklinde açıklamışlardır.

### c. Bedelinin/Alternatifinin bulunması

Bazı durumlarda teharri konusunun bir bedeli/alternatifi olabilir. Bedel, bedeli olduğu şeyin yerine geçtiğinden dolayı bazı fakihler alternatifi varsa teharri yerine onu değerlendirilmeyi tercih ederler. Örneğin, Hanefiler elbiselerin birbirine karışması halinde teharriyi her halükarda gerekli görürken kapların karışmasında temiz kapların daha az olması durumunda teharriyi tercih etmemiş, farkı da “abdestin bedeli (teyemmüm) vardır ancak setr-i avretin bedeli yoktur” şeklinde açıklamışlardır. Hanbelilerin kaplar konusunda, içme suyu için teharriye izin verirken abdest suyu için teharri yerine teyemmüm yapmak gerektiğini söylemeleri, Hanefilerin benzer bir ayırım yaparak abdest için ihtiyaç duyulduğunda teharri için temiz kap sayısının daha fazla olmasını şart koşarken içmek için böyle bir şart koşmamaları da buna örnek verilebilir.

## E. BAZI TEHARRİ KAİDELERİ

Çalışmada ele alınan örnekler ışığında Teharri hakkında şu kaideler söylenebilir:

1. “Her vaktin teharri si o anı bağlar.” veya “Her teharrinin hükmü sonraki teharri ye kadar devam eder.” Dolayısıyla her yeni teharri ye o andan itibaren uyumak gerekir. Mesela, namaz kılariken ikinci rekatta teharri si değişen kimsenin o rekattan itibaren yeni teharri sinin söylediği tarafa yönelmesi gerekir.

2. Bir önceki kaidenin zorunlu bir sonucu veya açılımı olarak: “Teharri başka bir teharri ile bozulmaz.”<sup>183</sup> Diğer bir ifadeyle, “Bir teharrinin hükmü onun değişmesiyle geçersiz olmaz.” Mesela ikindi vaktinde kible hakkında yapılan teharri, öğle vaktindeki teharri den farklı yönü gösterdiğinde, ikindi vaktindeki teharri öğle vaktindeki teharri yi bozamaz ve öğle namazını geçersiz kılmaz. Aksi taktirde hükümler istikrarsızlaşır, o da mükellefe zorluk getirir.<sup>184</sup>

3. “Teharri yapması gereken kimse kendi konumundaki birini taklid edemez.” Bu husus özellikle kible konusunda başkasını taklid hakkındaki mezheplerin katı tutumlarında açıkça görülmektedir.

4. “Vacip olduğu durumlarda teharri ye başvurmamak tefrit olup sonucunu sahibi üstlenir.” Buna da, zekâti gerekli araştırma yapmadan verdiği kimsenin ona ehil olmadığı ortaya çıkması halinde –bazı istisnalar dışında- zekâtın geçersiz sayılacağına dair fakihlerin genel görüşleri örnek olarak verilebilir.

183 Fıkıh Kaideleri kitaplarında da yer alan kaide “teharri” yerine “ictihad” kelimesiyle ifade edilir. Bu, Usul-i Fıkıhtaki ictihadın da önemli kurallarındandır.

Örn. bk. Zerkeşi, Bedreddin Muhammed b. Abdullah, *el-Mensur fi'l-kavaidil-fıkhiyye*, Vezaretü'l-evkaf el-Kuveytiyye 1985, I/ 93; Suyuti, Celaleddin Abdurrahman b. Ebu Bekir, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Daru'l-kutubi'l-ilmiiyye Beyrut 1990, I/ 101; İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Daru'l-kutubi'l-ilmiiyye Beyrut 1999, I/ 89; Karafi, Ebü Abbas Şihabuddin Ahmed b. İdris, *Şerhu Tenkhih'l-Fusul*, Şeriketu't-Tibaa el-Fenniyye, 1973, I. baskı, I/ 442.

184 Zerkeşi, a.g.e., I/ 93.

## SONUÇ

İslam hukukunda mükellefin bireysel ictihadı anlamına gelen teharrî, şüpheli ve tereddütlü durumlar için Şâri' tarafından konulan ve fakihlerce geliştirilen bir fıkıh kuralı ve prensibidir. Temelinde zan olsa da, İslam hukukunda zan (zann-ı galip) kesin bilgiye ulaşmanın imkânsız olduğu hallerde kesin bilgi hükmündedir.

Dolayısıyla teharrî, mükellefe birçok kolaylıklar getiren, tikanıkları açan ve çıkmazlardan kurtaran önemli bir çözüm yoludur. Çünkü ihtiyaç varken işletilmediğinde mükellef çıkmaza girecek, konu ibadetse ibadetleri aksayacak veya yerine getirilemeyecek, muamelatsa birçok meşru maslahatı gerçekleşmediği gibi büyük zararlar görebilecektir. O yüzden, bu esasın iyi anlaşılıp muhtelif fetva konularında işletilmesi halinde birçok probleme çözüm getirebileceğini düşünmekteyiz.

Sunduğumuz örneklerde görüldüğü gibi, elbette o da diğer birçok ictihad prensibi gibi kurallarında müctehidlerin ittifak ettikleri, ilgili her bir füruda aynı yaklaşım sergiledikleri bir prensip değildir. Başka bir seçeneğin bulunmaması, farzın edası için şart olması veya olumsuz yönde şüphelerin bulunması gibi teharrîyi zorunlu kılan durumlarda ittifak etseler de, mesela başka bir esasla çatışması durumunda hangisinin işletileceği hususunda -doğal olarak- farklı yaklaşımları olmuş, her biri ayrı bir çözümü önlemiştir. Şüphesiz bu tercihlerinde onların genel ictihad yöntemlerinin etkisi vardır. Mesela genel olarak bedele bedeli olduğu şeyin tüm hükümlerini verme eğiliminde olan Hanefilerin burada da, kesin bilginin yerini tutan zan ve teharrîye çok yer/yetki verdikleri gözlemlenmektedir.

Teharrînin önemli bir yönü de usûli ictihada benzerliğidir. O yüzden usuli ictihada yer alan bazı kaideler burada hemen aynı ifadelerle yer almaktadır; “Teharrî imkanı olan kimsenin başkasını taklid edemeyeceği”, “Teharrînin teharrîyi bozmayacağı” kaideleri gibi. Bu ise teharrîyi daha önemli ve daha zengin bir prensip kılmaktadır.

Son olarak, teharrînin, üzerinde daha başka çalışmaların yapılmasına uygun geniş bir alan olup bizim de bu yönde bazı çalışmalar içerisinde olduğumuzu ifade edelim.



# KLASİK FIKİH USULÜ ESERLERİNDE İCTİHADIN KONUMU: TASNİF VE MUHTEVA BAKIMINDAN İCTİHAT

Yrd. Doç. Dr. Ayhan HİRA\*

**Özet:** Fıkıh usulü, şer'î hükümlerin kaynaklardan nasıl çıkarılacağını öğreten bir ilimdir. Bir yönüyle fıkıh yöntemi, diğer bir yönüyle fıkıh düşüncesi hakkında bilgi veren bu ilim, içtihat edeceklere rehberlik yapar ve içtihat etme düzeyinde olmayanlara hüküm verme sürecinin işleyişini anlatır. Bundan ötürü fıkıh usulünde içtihat bahislerinin özel bir yeri vardır. Ancak fıkıh usulü eserleri birden fazla yöneme ve anlayışına göre yazıldığı için muhtevanın tasnifi de farklı olmaktadır. Dolayısıyla tasnif anlayışlarına bağlı olarak klasik fıkıh usulü eserlerinde içtihat konusu çeşitli şekillerde incelenmiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konunun işlenişinde altı farklı uygulama söz konusudur. Kimi usulcüler konuyu müstakil başlıkta, kimileri kıyas ile birlikte ya da kıyasın alt başlığı olarak incelemişlerdir. Müstakil başlığı tercih edenlerin çoğunlukla içtihadı kıyastan sonra yer vererek bu iki başlık arasındaki ilişkiye dikkat çektikleri görülmektedir. Buna karşın konuyu hatime ya da tetimme kısmında inceleyenler ise, böylece bu kısma kadar olan bilgilerin içtihadın ön şartı olduğunu anlatmaya çalışmışlardır. İctihadı fetva bağlamında ele alanlar, müçtehidin veya müftinin sıfatları başlığında konuya yer vermişlerdir. Bu arada içtihadı belli bir başlıkta toplamayıp muhtelif başlıklarda yeri geldikçe açıklama yaparak konuyu esere yayma şeklindeki uygulama da tespitlerimiz arasında bulunmaktadır. Bu tablo, klasik fıkıh usulü eserlerinde içtihat konusuna bakışın yeknesak olmadığı sonucuna ulaştırmaktadır.

*Anahtar Kelimeler:* Fıkıh usulü, delil, kıyas, içtihat, müçtehit.

## Position Of Ijtihad In The Classical Fiqh Works: Ijtihad In Point Of Classification And Content

**Abstract:** Fiqh procedure is a science that teaches how to remove the canonical provisions from sources. This knowledge which gives information about the fiqh method in one aspect and provides information about the thought of fiqh another aspect, makes guidance to those who remove provisions and describes the operation of the adjudication process to all who haven't access to level of ijthad. Thus, ijthad has a special place in fiqh procedure. But because of fiqh method works is written by more than one method and an understanding, classification of the content is different. Therefore, depending on understanding of classification ijthad subject have been studied in a variety of ways in classical fiqh method works. Some of procedural scholars studied the subject in separate topics and some of them in conjunction with analogy or as the subtitle of this. It is observed that those who prefer separate topics drew attention to the relationship between the two titles usually by giving place in ijthad after analogy. Whereas those who looks into subject in the final section and completion in this way tried to explain the informations which up to this part are prerequisite of ijthad. Those who investigating the ijthad in the context of fatwa gave place to the topic in the title adjectives of mujtahid or mufti. At this time the application which in form of dissemination subject to the work by description on various topics in places is among our detections. This picture reach the result that overview of the topic of ijthad in the works of the classical fiqh procedure is not uniform.

*Keywords:* Methodology of fiqh, source, analogy, ijthad, mujtahid

\* Kafkas Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, ayhnhira@hotmail.com

## GİRİŞ

İçtihat kelimesi; çaba göstermek, bütün gücünü kullanmak, ısrarlı olmak, zahmet çekmek manasındaki “cehd” ile güç ve takat manasındaki “cühd” kökünden gelmekte, güç ve çaba sarf etmek, bir şeyi elde edebilmek için olanca gücü harca-yıp elinden geleni yapmak manasında hakiki, belli birtakım yöntemleri kullanarak hüküm çıkarma manasında mecâzî anlamlar taşımaktadır.<sup>1</sup>

Kur’an-ı Kerim’de içtihat kelimesi yerine cehd<sup>2</sup> ve cühd<sup>3</sup> kelimeleri geçmektedir. Hadislerde “içtihat” kelimesi kadı ve yönetici olan kimselerin neye dayanarak hüküm verecekleri konusu bağlamında geçmekte ve doğru hükme ulaşmak için elinden gelenin yapılması anlamında kullanılmaktadır. Konuyla ilgili olarak genel-de Muâz b. Cebel’den (r.a.) gelen rivayet<sup>4</sup> zikredilmektedir.

Muaz b. Cebel’in şer’î hükme ulaşmak için benimsediği ve Hz. Peygamber’in tasdik ettiği bu hareket tarzı, daha sonra bu sahada çalışacak fakihlerin ve teşekkül edecek mezheplerin yol haritasını çizmiştir. Zira içtihadın terim anlamına dair tanımlarda, “araştırma yapılan konuda şer’î hükmün ortaya çıkarılması amacına yönelik olarak müctehidin bütün gücünü sarf etmesi” üzerinde durulmaktadır. Böylece, içtihat edecek kişi (müctehid), içtihat edilecek konu (müctehedün fih) ve hem hakiki hem de mecazî anlamının kullanıldığı “ictihâd” ile kavram örgüsü belirlenmekte ve konunun sınırlarını çizen çerçeve oluşturulmaktadır.

Ancak söz konusu çerçevenin müellifler tarafından çeşitli tasnif anlayışları içinde ele alınmış olması, içtihat konusuna yaklaşımın birden fazla olduğunu göstermektedir. Usul âlimlerinin bir kısmı konuyu “içtihat” şeklinde müstakil başlık altında incelerken diğer bir kısmı “müctehidin/müftünün sahip olması gereken nitelikler” bağlamında ele almıştır. Bunun yanında içtihat konusunu kıyas başlığıyla birlikte veya kıyas konusuyla içi içe işleyenlere de rastlanmaktadır. Öte yandan yeri geldikçe konuya temas etmek suretiyle içtihadın fıkıh usulü eserinin bütününe serpiştirildiği de tespit edilmektedir. Görünen o ki, içtihat konusunun işlenişinde yeknesaklık yerine çeşitlilik anlayışı tercih edilmiştir.

Bu çalışmada, yukarıda değinilen başlıklar çerçevesinde bahsedilen çeşitliğin resmi çizilmeye çalışılmış, bunun için temsil edici sayıda eser seçilerek sadece iç-

1 Cessas, Ebubekr b. Ahmed er-Razi, *el-Fusûl fi’l-usûl*, I-IV, Kuveyt 1985’ten ofset basım İstanbul 1994, IV, 11; Gazzâlî, Muhammed bin Muhammed, *el-Mustesfâ min ilmi’l-usûl*, I-II, Beyrut 1997, II, 382; Cürçânî, Ali b. Muhammed, *Kitâbü’l-Tarîfât*, Beyrut 1983, s. 10; Hayrettin Karaman, *İslam Hukukunda İctihad*, İstanbul 1996, s. 14; Yunus Vehbi Yavuz, *Haneî Mezhebinde İctihâd Felsefesi*, İstanbul 1993, s. 29. Aynı kökten gelen cihâd ve mücahede kelimeleri çaba sarf etmek anlamında ictihad kavramıyla örtüşmektedir. H. Yunus Apaydın, “İctihad”, *DİA*, İstanbul 2000, XXI, 432.

2 Mâide, 5/53; En’âm, 6/109.

3 Tevbe, 9/79.

4 “Rasûlullah (s.a.v.) Muâz’ı Yemen’e kadı olarak gönderdiğinde ona sordu: ‘Nasıl hüküm vereceksin?’ Muâz: ‘Allah’ın kitabındaki göre hüküm veririm’ dedi. Rasûlullah: ‘Allah’ın kitabında bulamaz isen?’ Muâz: ‘Rasûlullah’in sünnetine göre hüküm veririm’ dedi. Rasûlullah: ‘Eğer Allah Rasûlünün sünnetinde de yoksa?’ Muâz: ‘Kendi görüşümle ictihad ederim’ dedi. Bunun üzerine Rasûlullah: ‘Allah Rasûlünün elçisini, Allah Rasûlünün arzusuna uygun hareket etmeye muvaffak kılan Allah’a hamdolsun’ buyurdu.” Buhârî, “İtisam”, 13; Müslim, “Akziye”, 15; Ebû Dâvûd, “Akziye”, 11; Tirmizî, “Ahkâm”, 3.

tihat ile alakalı açıklamalar hakkında bilgi verilmiştir. Böylece klasik fıkıh usulü eserlerindeki tasnif ve muhteva anlayışının içtihat gibi önemli bir konuya nasıl yansıdığı ortaya konmuş olacaktır.

## 1. İCTİHADIN MÜSTAKİL BAŞLIK ALTINDA İNCELENMESİ

Tespit edebildiğimiz kadarıyla başta İmam Şâfiî (ö. 204/819) olmak üzere Ebû Ya'lâ el-Ferrâ (ö. 458/1066), Hatib el-Bağdâdî (ö. 463/1071), İmam Gazzâlî (ö. 5050/1111) ve Tâciüddîn es-Sübki (ö. 771/1369) gibi âlimler içtihat konusunu müstakil bir başlık altında işlemişlerdir.

### 1.1. İmam Şâfiî, *er-Risâle*

Fıkıh usulünü bir beyan<sup>5</sup> teorisi çerçevesinde ele alan<sup>6</sup> İmam Şâfiî, bu teorinin beşinci maddesini içtihat ayırmış ve eserin ilerleyen sayfalarında kıyastan sonra içtihat başlığına yer vermiştir. Burada içtihadın nerede ve nasıl konumlandırıldığı araştırıldığı için müellifin kurduğu beyan-ictihat ilişkisinin konumuz açısından önem arz ettiği aşikârdır. Bu sebeple önce onun beyan teorisini kısaca ele alıp daha sonra söz konusu edilen ilişkinin mahiyetini belirlemeye çalışacağız.

Şâfiî'ye göre "asılları bakımından aynı, fer'leri bakımından farklı manaları bir araya getiren isim" olan beyan, kimi zaman ya tamamen ya da kısmen icmal veya tafsil şeklindedir.<sup>7</sup> Bu bakımdan Şâfiî'ye göre beyan beş kısma ayrılmaktadır. Birinci kısım Kurân'da başka açıklama yapmaya ihtiyaç duyurmayacak kadar açık olan beyan türüdür.<sup>8</sup> İkinci kısımda Kurân'daki açıklamaya sünnette ek hükümlerin getirildiği beyan türü yer alır.<sup>9</sup> Üçüncü kısımda Kurân'da adı konan ancak ayrıntıların sünnette açıklandığı beyan türü vardır.<sup>10</sup> Dördüncü kısımda Kurân'da yer almayan ancak sünnette açıklanan beyan türü bulunur.<sup>11</sup> Beşinci ve son kısım Kurân'da ve sünnette yer almayan ancak içtihat yoluyla olan beyan türüne ayrılmıştır. Burada "Nereden yola çıkarsan çık, bundan sonra namazda yüzünü Mescid-i Haram yönüne çevir. Ve nerede olursanız olun, yüzlerinizi o yöne çevirin

5 Fıkıh usulünde kullanılan "beyân" terimi iki yönlü işleyişi ifade eder. Birincisi, manadaki kapalılığı gidererek muhatabın anlayacağı şekilde açıklık kazandırmaktır. İkincisi, Yüce Allah'ın hükümleri nasıl açıkladığı hakkında bilgi vermektir. Bkz. İbrahim Kafi Dönmez, "Beyân", *DİA*, VI, 24. İmam Şâfiî'ye göre beyân, kökleri (asl) bakımından aynı, dalları (fer') bakımından farklı manaları içeren bir isimdir. Bkz. İmam Şâfiî, *er-Risâle*, Kahire 1988, s. 49, 51.

6 Soner Duman, Şâfiî'nin Kıyas Anlayışı, İstanbul 2009, s. 63 vd. Duman, Şâfiî'nin beyan teorisinin bir bütün olarak Kur'an tefsirine denk düştüğü görüşündedir. Bkz. *a.g.e.*, s. 65.

7 Şâfiî, *er-Risâle*, s. 47.

8 Namazın, zekâtın, haccin, orucun farz kılınması; zinanın, içkinin, domuz etinin yenmesinin haram olması gibi. Şâfiî, *er-Risâle*, s. 51.

9 Örneğin Yüce Allah namazın farz oluşunu muhkem olarak bildirmiş, namazın sayısı ve vakti gibi keyfiyeti ise Hz. Peygamber'in diliyle açıklamıştır Şâfiî, *er-Risâle*, s. 55.

10 Örneğin, "Namazı kılın, zekâtı verin" (Bakara, 2/43), "Hacı ve umreyi Allah için tam olarak yapın" (Bakara, 2/196) ayetlerinde yer alan bu ibadetlerin nasıl yapılacağıının ayrıntısını Yüce Allah Hz. Peygamber'in diliyle açıklamıştır, Şâfiî, *er-Risâle*, s. 56.

11 Yüce Allah Hz. Muhammed'e tabi olmayı ve onun verdiği hükme razı olmayı farz kılmıştır. Bu sebeple Hz. Peygamberden geleni kabul eden, Allah'ın farz kıldığını kabul etmiş olur Şâfiî, *er-Risâle*, s. 57-58.

ki, insanların sizin aleyhinizde kullanabilecekleri delil olmasın”<sup>12</sup> ayeti delil gösterilerek kişinin içtihat ederek yönünü bulacağı anlatılır.<sup>13</sup>

Buna göre beyan, nassların açıklaması olduğu için içtihat da nassların açıklama türlerinden biri demektir. Bu durumda içtihat yoluyla ulaşılan hüküm her ne kadar açıkça nasslarda yer almıyorsa da aslında emare olarak mevcut demektir. Müctehidin yaptığı ise içtihat yoluyla söz konusu emareleri araştırıp bulmaktır. Bundan sonrası, ulaşılan sonucun nasslarla irtibatının kurulmasından ibarettir. Beşinci beyan türünde bahsedilen kible tayini örneğinde tabiat varlıkları emarelerdir. Bunlar üzerinde düşünüp yön tayin etmek içtihat, bulunulan yer ile muhtemel yön arasında değerlendirme yapıp yönelmek ise kıyastır. O halde Şâfiî'nin içtihat anlayışında içtihat ve kıyas birbirini tamamlayan bir süreçtir.<sup>14</sup> Ancak bu son beyan türüne ilişkin açıklamalar, Şâfiî'nin kıyasla irtibatlandırılan içtihat anlayışının fıkıh usulünde kullanmaya alıştığımız kıyastan daha genel olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim kendisine kıyasın içtihatla aynı anlama gelip gelmediğini soran muhatabına bu iki terimin anlamdaş olduğunu söylemiştir.<sup>15</sup>

Şâfiî'nin sıralamasında içtihat başlığı kıyas başlığından sonra yer almaktadır. Kıyas başlığında müctehidin doğru veya yanlış yapmasına bağlı olarak sevap kazanması ve kıyasta ihtilafın imkânı gibi hususlar ele alınmıştır.<sup>16</sup> İctihad başlığında ise meşruiyetin ispatına yönelik açıklamalar bulunmaktadır. Bunlar “kibleye yönelmede yön tayini”, “ihramlı kişinin av hayvanlarını öldürmesi halinde öldürülene denk hayvanın belirlenmesi”, “şahitlik yapan kimsenin adil olup olmadığının belirlenmesi” gibi örnekler üzerinden yapılmıştır.<sup>17</sup>

## 1.2. *Ebü Ya'lâ, Muhammed b. Hüseyin, el-Udde fî usûli'l-fıkh*

Müellif “Bab: İctihad” başlığı altında ele aldığı içtihat konusunu mesele alt başlıkları halinde incelemiştir. Birinci mesele, yapılan içtihadın sonunda müctehidin doğru karar verip vermemesi halinde sevap kazanıp kazanamaması,<sup>18</sup> ikinci mesele, şer'î konularda Hz. Peygamber'in içtihadı,<sup>19</sup> üçüncü mesele, ikincisiyle alakalı olarak Yüce Allah'ın Hz. Peygamber'e “Re'yinle hüküm ver! Sen ancak doğru hüküm verirsin” buyurmasının hükmü,<sup>20</sup> dördüncü mesele, kendisinin huzurunda ya da o

12 Bakara, 2/150.

13 Şâfiî, *er-Risâle*, s. 59.

14 Duman, Şâfiî'nin Kıyas Anlayışı, s. 66-67.

15 Şâfiî, *er-Risâle*, s. 271. O halde onun bu iki terime yüklediği anlamın, zamanla ictihad açısından genişleme, kıyas açısından daralma şeklinde günümüze intikal ettiği söylenebilir.

16 Şâfiî, *er-Risâle*, s. 271-277.

17 Şâfiî, *er-Risâle*, s. 278-286. İmam Şâfiî'ye göre naslara dayanmadan yapılan ictihad “istihsan”dır. O, ictihad bahsinde özellikle ictihadın meşruiyeti üzerinde durduğuna göre, onun usul anlayışında hüküm ile nassın irtibatının sağlamlığının özel bir yeri var demektir. Bu sebeple de söz konusu irtibatın kurulmadığını düşündüğü istihsan konusuna hemen ictihad başlığından sonra yer vermiş ve burada yergi dolu ifadeler kullanmıştır. Bkz. Şâfiî, *er-Risâle*, s. 287-290.

18 Ebü Ya'lâ, Muhammed b. Hüseyin el-Ferrâ, *el-Udde fî usûli'l-fıkh*, I-V, Riyad, 1990, V, 1540.

19 Ebü Ya'lâ, *el-Udde*, V, 1578.

20 Ebü Ya'lâ, *el-Udde*, V, 1587.

yokken Hz. Peygamber zamanında yapılan içtihat;<sup>21</sup> beşinci mesele, başkasını taklit edemeyeceği hükümler bağlamında müftinin sahip olması gerek nitelikleri;<sup>22</sup> altıncı mesele, kıyasa aykırı hüküm olması bağlamında istihsân;<sup>23</sup> yedinci mesele, bir fikhî olayda aynı anda birden fazla hükmün geçerli olup olmaması<sup>24</sup> hakkındadır.

Ebû Ya'lâ'nın bu meselelerdeki tavrı, karşı tarafın delillerine ayrıntılı olarak yer verip konuyu onlar açısından yeterince tartışmak ve "bizim delilimiz"<sup>25</sup> yan başlığıyla kendisinin taraf olduğu görüşü delilleriyle ortaya koymak şeklindedir. Örneğin Ebû Ya'lâ birinci meselede içtihadın hükmünün zannî oluşundan dolayı itikadî alanda birden fazla doğru olamayacağına dikkat çekmiş, fikhî sahada bildirilen görüşlerden birinin doğruluğu olacağı hakkında Kur'an, sünnet ve icma delillerinden istidlaller yapmıştır.<sup>26</sup>

### 1.3. Hatib el-Bağdadi, el-Fakih ve'l-mütefakkih

İctihad konusunu "Müctehidler Görüşleri Hakkında Söz (Kelam)" şeklindeki müstakil bir başlık altına işleyen Hatib el-Bağdadi, bu konuya geçmeden önce "icmâ-ıctihat" ve "kıyas-ıctihat" bağlamında birtakım açıklamalar yapmıştır. Bu bağlamda "Müctehidler İcmâsı" başlığında ümmetin hata üzerinde görüş birliğine varamayacağı ilkesinden hareket edip Muaz hadisini<sup>27</sup> ve çeşitli ayetleri<sup>28</sup> zikrederek icmânın kaynak değerini ispatlamaya çalışmıştır.<sup>29</sup> Benzer bir tutumla kıyasın alt başlığı olarak "İctihat ve Kıyas Yoluyla Verilen Hüküm Hakkında Sahabeden ve Tabiünden Rivayet Edilenler" başlığında da çeşitli rivayetlere atıfta bulunarak rey içtihadının meşruiyetini izah etmiştir.<sup>30</sup>

Böylece içtihadın icmâ ve kıyas ile olan irtibatı hakkında bilgi veren Bağdâdi, "İstishabu'l-Hâl" ve "Nazar ve Cedel" başlıklarından sonra "Müçtehitlerin Görüşleri Hakkında Söz (Kelam)" başlığı altında içtihatla ilgili asıl açıklamalara başlamaktadır. Bu başlıkta içtihat yoluyla ulaşılabilecek doğrunun Allah katında tek olduğu, ancak hata yapsa bile her müçtehidin sevap kazanacağı öncelikle vurgulanmaktadır. Bundan sonra sahabenin ihtilaf edip içtihat yapması, farklı içtihatlarla göre yapılan amellere ve taklide izin vermesi, ihtilafın ruhsatı meydana çıkarması ve müçtehidin sevap kazanmasının delilleri gibi meselelere yer verilmiştir.<sup>31</sup> Bu başlık altında

21 Ebû Ya'lâ, *el-Udde*, V, 1590.

22 Ebû Ya'lâ, *el-Udde*, V, 1594.

23 Ebû Ya'lâ, *el-Udde*, V, 1605.

24 Ebû Ya'lâ, *el-Udde*, V, 1610.

25 Söz konusu meselelerdeki "bizim delilimiz" ifadesi için bkz. *el-Udde*, V, 1581, 1587, 1590.

26 Ebû Ya'lâ, *el-Udde*, V, 1550.

27 Buhârî, "İ'tisâm", 13; Müslim, "Akziye", 15; Ebû Dâvûd, "Akziye", 11; Tirmizî, "Ahkâm", 3.

28 Nisa, 3/115, 59; Kalem, /28

29 Hatib el-Bağdadi, Ebubekir Ahmed b. Ali, *el-Fakih ve'l-mütefakkih*, thk. Adil b. Yusuf, I-II, Riyad, 1995, I, 225 vd.

30 Hatib el-Bağdadi, *el-Fakih ve'l-mütefakkih*, I, 282 vd.

31 Hatib el-Bağdadi, *el-Fakih ve'l-mütefakkih*, I, 402-406. Bağdâdi'nin tartıştığı "Allah katındaki doğru" meselesindeki görüşü şu şekilde özetlenebilir: Görüşler ikiye kadar düşüyse ikisi de fasit olamaz. Aksi halde ümmet iki fasit üzerinde görüş birliğine varmış demektir ki bu da ümmetin hata üzerinde birleşmemesi ilkesiyle çelişir. Bu iki görüş doğru da olamaz. Zira bunlar birbirine zıttır. Böyle olursa bir şey hem helal hem haram, hem sahih hem batıl olur ki bu da düşünülemez. O halde bu iki görüşten biri doğru, diğeri ise yanlıştır. Zira delalet genel olunca bunun hükmü özel olamaz. Hatib el-Bağdadi, *el-Fakih ve'l-mütefakkih*, I, 407-408.

Bağdâdî'nin rey içtihadının meşruiyetini ispat için delillere peşi sıra yer verdiği görülür: İbn Mesud'un mehir belirlenmeden ve birleşme olmadan kocası ölen kadının mirası meselesinde reyî ile hüküm vermesi,<sup>32</sup> Hz. Ali'nin ümmü veledin satışı konusunda rey kelimesini kullanması, hadiste iki ve bir ecirden bahsedilmesi; nassa, icmâya, açık kıyasa muhalif değilse içtihadın bozulamayacağı gibi.<sup>33</sup>

#### 1.4. Gazzâlî, Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfa min İlmi'l-Usul*

Fıkıh usulünü her birine “kutup” adını verdiği dört ana bölüme ayıran İmam Gazzâlî'ye göre konular “hükümler”, “deliller ve kısımları”, “hükümlerin delillerden çıkarılma yöntemleri” ve “içtihat ve müctehidin vasıfları” şeklinde sıralanmaktadır Zira ona göre fıkıh usulünün asıl gayesi, hükümlerin delillerden nasıl iktibas edileceğini bilmektir.<sup>34</sup> Bu sebeple onun tasnif anlayışında içtihat konusu son kupta yer almaktadır. Bu başlıkta içtihat “1.Fen: İctihad - 1.Nazar: İctihadın Rükünleri” ve “2.Nazar: İctihadın Hükümleri” şeklinde kısımlara ayrılmıştır. İctihadın rükünleri “içtihat, müctehid ve içtihatî konu” şeklinde sıralanmıştır. “İkinci fen”de taklit, “üçüncü fen”de ise tercih konusu işlenmiştir.<sup>35</sup>

Gazzâlî'ye göre içtihat için öncelikle Kitap, sünnet, icmâ ve akıl gibi kaynakların durumunu, ardından da hüküm çıkarmanın yollarını bilmelidir. Bu da delillerin konuluşunu, şartlarını ve dili bilmek gibi öncül bilgilere; nesih ve rivayet (cerh-tadil) gibi tamamlayıcı bilgilere sahip olmakla mümkündür. Şer'î delilleri/kaynakları (medârik) kuşatıcı şekilde bilmenin yanında adalet vasfını zedeleyecek günahlardan da kaçınmak gerekir.<sup>36</sup>

Gazzâlî'nin kaynak bilgisi hakkındaki görüşleri incelendiğinde onun kolaylaştırma ilkesinden yana olduğu söylenebilir. Örneğin, hükümlerle alakalı 500 kadar ayetin yerini ihtiyaç halinde bulabilecek kadar öğrenmiş olmayı, Ebu Davud'un *Sünen*, Ahmed Beyhaki'nin *Marifetü's- Sünen* gibi hükümlerle ilgili sahih hadislerin derlendiği kaynaklara ulaşabilmeyi ve bablarının yerlerini bilmeyi, icmâ ve hilaf konusu meseleleri ezberlemiş olmayı yeterli görmektedir.<sup>37</sup> Böylece içtihadın ve müctehidin mahiyeti hakkında bilgi veren Gazzâlî, “delillerin şekilleri, kısımla-

32 Hatib el-Bağdadi, *el-Fakih ve'l-mütefakkih*, I, 410.

33 Hatib el-Bağdadi, *el-Fakih ve'l-mütefakkih*, I, 411. Müellif buradan sonra taklit başlığına yer vermiştir.

34 İctihadı “şer'î hükümleri öğrenme talebiyle bütün gücünü harcamak” anlamında kullanan Gazzâlî'ye göre içtihadın tamamlanabilmesi için bu talep doğrultusunda daha fazlasını yapamayacağını hissedinceye kadar elinden geleni yapıp bütün gayretin sarf edilmesi gerekmektedir. Müellife göre meşakkatin, çaba sarf etmenin olmadığı işe içtihad denmez. Örneğin “değirmenin taşını taşımada içtihad etti” denir fakat “hardal taşımada içtihad etti” denmez. Gazzâlî, Ebü Hâmid Muhammed, *el-Mustesfa min ilmi'l-usul*, I-II, Beyrut 1997, II, 382

35 Müellifin tasnif hakkındaki açıklamaları için bkz. Gazzâlî, *el-Mustesfa*, I, 38-39.

36 Bu şart müftinin fetvasına itimat edilebilmesi için koşulmuştur. Zira adil olmayanın fetvası da kabul edilmez. Ancak kendisi alim ise kendi adına içtihad edip içtihadının sonucu ile amel edebilir. Bu durumda adalet içtihadın sıhhat şartı değil, fetvanın kabul edilme şartı gibidir. Bkz. Gazzâlî, *el-Mustasfa*, II, 383.

37 Gazzâlî, *el-Mustasfa*, II, 383-84. Gazzâlî'nin konuyla ilgili açıklamaları, sahihle fasidi ve makbul ile merdudu ayırt edebilecek düzeyde “sünnet” deliline ilişkin “rivayet bilgisi”ne sahip olmayı önemseydiğini göstermektedir. Öte yandan ümmetin sahih olarak kabul ettiği bir hadis fetvada kullanılacaksa, bunun isnadını araştırmaya ihtiyaç duyulmayacağını söylemekle, ümmetin ortak kanaatine (Buhari ve Müslim gibi hadis imamlarının tadiline güvenmek gibi) verdiği önemi ortaya koyduğu da söylenebilir. Ancak Gazzâlî, itiraz varsa ravileri ve adil olduklarını bilmeyi de gerekli görmektedir. Gazzâlî, *el-Mustasfa*, II, 387.

rı, şartları” hakkındaki malumatı “şer’î deliller” ve dilbilgisinden ibaret olan “vaz’î deliller” olmak üzere iki kısımda toplamaktadır.<sup>38</sup>

Gazzâlî, kendi zamanındaki içtihat ehliyetinin fûru üzerinde çalışmakla elde edildiğini kabul etmekle beraber bunu şart koşmamakta ve sahabe dönemini örnek göstermektedir. Yine buna bağlı olarak içtihadın bölünebilirliğini mümkün görmektedir. Örneğin, sarhoşluk veren maddeleri yasaklayan haberleri, velisiz nikâh meselesini vs. bilmese bile, feraizi bilen kişinin bu konuda fetva verme yetkisi vardır. Ayrıca müftünün her meseleye cevap vermesi şart değildir. Kendisine kırk soru sorulan İmam Malik otuz altısına “bilmiyorum” demiştir. Ama fetva verdiği konuyu bilmeli, bilmediğinde tevakkuf etmelidir.<sup>39</sup>

Gazzâlî, Hz. Peygamber zamanında içtihadın cevazı, O’nun içtihat edip etmediği gibi konuları “Müctehed fih: hakkında kesin delil bulunmayan her bir şer’î hüküm” başlığında işlemiştir.<sup>40</sup> “İctihadın Hükümleri” başlığında ise ictihatta doğru ve hata halinde sevap ve günah kazanma, müctehidin bir başkasını taklit etmesinin haram oluşu, içtihadın içtihadı nakzetmesi gibi konular alınmıştır.<sup>41</sup> Bütün bu konulardan sonra “Taklit” başlığında taklidin delilleri, kimler için caiz olduğu, taklitte takip edilecek yol;<sup>42</sup> “Tercih” başlığında ise delillerin tertibi, tercihin delilleri ve şekilleri gibi konular işlenmiştir.<sup>43</sup>

### 1.5. Sübkî, Tâcuddîn Abdülvehhab, Cem’ul-Cevâmî

Sübkî’nin fıkıh usulü toplam altı “kitap” başlığından oluşmaktadır ve içtihat konusu eserinin son başlığında “İctihad” adıyla yer almaktadır. Burada müellif, içtihadın tanımını “hükme dair zannın oluşması için fakihin elinden geleni yapması” şeklinde yaptıktan sonra büluğ, akıl, beraeti asliyyeyi bilme, orta derecede Arapça, usul, belagat, metinleri ezberlememiş olsa da kitap ve sünnetin ahkâmı alakalı olanını bilmesini şart olarak göstermiş, hadisle ilgili bilgiler konusunda da zamanının hadis imamlarına başvurmayı yeterli saymış, içtihat ehliyeti için kelim ilmini ve fûruu fikhı bilmeyi; erkek, adil, hür olmayı şart koşmamıştır.<sup>44</sup>

Gazzâlî’de görüldüğü üzere Sübkî de müctehidler arasında derece/tabaka ayırmasını gözetmiştir. Nitekim tahrîc yapabileni “mezhepte müctehid”, tercih yapabileni de “fetvada müctehid” şeklinde isimlendirmiştir. O halde Sübkî’ye göre de içtihat bölünebilmektedir.<sup>45</sup>

38 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, II, 385. Müellif, bu sonuca ulaşırken yukarıda zikredilen tavrını nesih konusunda da sürdürerek tutarlı bir tavır sergilemektedir. Ona göre Kitabın ve Sünnetin neshinin hepsini külliyyen bilmek yerine fetva verdiği ayetin ve hadisin mensuh olmadığını bilmesi yeterlidir. Bkz. a.g.e., II, 386.

39 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, II, 388-89.

40 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, II, 390 vd.

41 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, II, 398 vd.

42 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, II, 462.

43 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, II, 471.

44 Sübkî, Tâcuddîn Abdülvehhab b. Ali, Cem’u’l-cevâmî fi usûl’l-fıkh, thk. Abdülmünim Halil İbrahim, Beyrut 2003, s. 118.

45 Sübkî, Cem’u’l-cevâmî, s. 119.

Sübki, Hz. Peygamber'in "rey içtihadı" yapıp yapmadığına dair tartışmaya yer vermiş ve bu konuda O'nun rey içtihadının hem caiz hem vaki olduğu kanaatine ulaşmıştır. Üstelik müellife göre Hz. Peygamber'in içtihadı diğerlerinin içtihadından üstündür. Sübki kendi zamanında yapılacak içtihadı da caiz görmektedir.<sup>46</sup>

Bu bilgileri verdikten sonra Sübki, "Mesele" alt başlıklarında "müctehidin isabetli hüküm verip vermemesi halinde sevap kazanma ve Allah katında doğrunun tek olup olmadığı", "içtihadın içtihadı bozması",<sup>47</sup> "taklit ve şartları",<sup>48</sup> "müctehidin daha faziletli olanını taklit",<sup>49</sup> "usuluddinde taklit"<sup>50</sup> gibi konuları ele almıştır.

## 2. İCTİHADIN KIYAS İLE BİRLİKTE İNCELENMESİ

Kıyasın ve içtihadın bir bütün olarak algılandığı bu başlıkta Cessâs'ın (ö. 370/980) *el-Fusûl fi'l-usûl* ve Ebu'l-Hüseyn el-Basrî'nin (ö. 436/1044) *el-Mu'temed fi usûli'l-fıkh* adlı eserine yer verilecektir.

### 2.1. Cessâs, Ebubekir b. Ahmed, *el-Fusûl fi'l-usûl*

İçtihadı "Kıyasın ve İctihadın İspatı" başlığında kıyas konusu ile beraber işlemiş olan Cessâs'ın ifadelerinden anlaşıldığı kadarıyla bu iki konunun tek başlıkta birleştirilmesi, şer'î kıyasın diğer bir ifadeyle hükmün illetinin çıkarılmasının yolu olarak içtihadın gösterilmesidir. Bunda müellifin kimi zaman kıyas ve içtihadı eş anlamlı kimi zaman kıyası içtihadın bir türü olarak kullanmasının da etkili olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda icthâd ile ilgili kavram örgüsünün belirlendiği ve konunun sınırlarının çizildiği çerçeve üzerinde söz söyleyenlerden biri olan Cessâs'a göre içtihat, müctehidin araştırma yaptığı konuda var gücüyle çalışmasıdır. Ancak içtihat, sonradan ortaya çıkan ve hükmünün bilinmesini sağlayacak bir delilin Allah Teâlâ tarafından bildirilmediği hadiseler için kullanılmak suretiyle örfte özel bir mana kazanmıştır.<sup>51</sup>

Ancak tevhid ilmini bilmenin, Hz. Peygamber'in peygamberliğini tasdik etmenin bir tür içtihat olduğu söylenemez. Aynı şekilde, Allah Teâlâ tarafından şer'î hükmüne dair delil bildirilmiş olan konulardaki faaliyetlerin de içtihat olduğu söylenemez. Zira içtihadın örfte ve ilim ehlinin ıstılahında kazandığı manaya göre insan, bizzat doğruyu tutturma şartı bulunmaksızın, içtihadıyla ulaştığı, kuvvetle muhtemel olduğunu düşündüğü görüş doğrultusunda amel etmekle yükümlüdür. Müctehid içtihat ettiğinde bu zannınca hareket ederek sorumluluğunu yerine getirmiş olur. Tevhid ve benzeri ilimlerde Allah'a ait delil mevcut olduğu için, delille-

46 Sübki, Cem'u'l-cevâmi, s. 120.

47 Sübki, Cem'u'l-cevâmi, s. 120.

48 Sübki, Cem'u'l-cevâmi, s. 121.

49 Sübki, Cem'u'l-cevâmi, s. 122.

50 Sübki, Cem'u'l-cevâmi, s. 122-130.

51 Ebubekir b. Ahmed b. Ali er-Razi el-Cessâs, *el-Fusûl fi'l-usûl*, I-IV, Kuveyt 1985, IV, 10.



rinin yeterince açık ve anlaşılabilir olmasından dolayı bu ilimlerde hakikate isabet ettirmekle sorumlu tutulmuş olmak söz konusudur.<sup>52</sup>

Cessâs'a göre icthâdın üç manası vardır: 1) Nass veya istinbât yoluyla elde edilen illet üzerine yapılan şer'î kıyâs. Bu durumda söz konusu illetten dolayı fer', aslına döndürülür (red) ve bu ikisini birleştiren manadan dolayı aslın hükmü fer'e verilir. Bu, her ne kadar kıyas olsa da, yapılan işlem içtihat sayılır. Çünkü bu illetin varlığı hükmün de var olmasını gerektirmez. Zira illet hükümden ayrı olarak da var olabilir. Dolayısıyla illet emare gibi olur. İletinin ispatının yolu içtihatla elde edilen hükmün alametidir. Zann-ı galip de bu hükmü aradığımız şer'î hüküm (matlûb) saymamızı zorunlu kılmaz. Bu sebeple hükme ulaşmanın yolu içtihatdır. Örneğin, Hz. Ebubekir'in zekât vermeyenlerle yaptığı savaş, Hz. Ömer'in sevad arazisini gazilere dağıtmaması, oruç tutacak olan kişinin cünüp olarak sabahlaması, hamileliğin asgari süresi, zina eden kadının doğum yapınca kadar recmedilmemesi, iddetin sona ermesi hakkında kadının sözünün geçerli olması gibi. 2) İlet mevcut olmaksızın, meydana gelen zann-ı gâlibin gösterdiği doğrultuda fer'in asl'a kıyas edilmesidir. Örneğin uzaktaki bir kimsenin Kabe'nin bulunduğu yönü araştırması, istihlâk edilenlerin ve avlanan hayvanların değerinin belirlenmesi, mihrin emsal değerinin ve kadının nafakası ile mut'asının<sup>53</sup> türünün ve miktarının tespit edilip hükme bağlanması, gibi. 3) Usûl (deliller) ile yapılan istidlâldir.<sup>54</sup>

Cessas, içtihadın tarihçesinin Hz. Peygamber ile başladığı kanaatindedir. Zira vahyin gelmediği hususlarda sahabe ile istişare yoluyla içtihat etmiş, uygun gördüğü görüşü seçmiştir. Böyle olmasaydı sahabe ona "Bu kendi görüşün mü yoksa vahiy mi?" diye sormaz, o da "benim görüşüm" şeklinde cevap vermezdi.<sup>55</sup> Nitekim bu kabulün neticesi olarak sonradan ortaya çıkan olayların hükmü hakkında yapılan içtihadın geçerliliği üzerinde selef icmâ etmiştir.<sup>56</sup>

Konuyla ilgili son bilgi olarak Cessas, "Hükmün illeti, kendisine hükmün bağlandığı alamet ise ve o alamet tek ise müctehidler niçin farklı görüş belirtiyorlar?" sorusuna cevap verirken hükmün illetinin çıkarılmasının yolunun içtihat olduğunu ve bu sebeple buğdaydaki illetin hacim ölçüsüyle tartılmak, yiyecek olmak, biriktirilebilmek gibi farklı şekillerde tespit edilmesinin yanlış olmayacağını söylemektedir.<sup>57</sup>

52 Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 11.

53 Nikâhtan sonra henüz dokunmadan veya onlar için belli bir mehir tayin etmeden kadınları boşarsanız bunda size mehir verme zorunluluğu yoktur. Bu durumda onlara mut'a (hediye türünden bir şeyler) verin. Zengin olan duruma göre, fakir de durumuna göre vermelidir.

54 Cessas, *el-Fusûl*, IV, 11-12, 17. Buna göre, hükmün illeti olan mananın mevcudiyetini gösteren delâlet bulunduğu da, kendisiyle hükümlerin sabit olduğu yollardan (vücûth) biriyle sabit ve sahih olan her bir hükmün üzerine kıyâs yapılması câizdir. Mananın (illet) bulunduğu konunun ister tevkîfi ve ittifak, isterse bu ikisi dışındaki bir delâlet yoluyla sabit hale gelen bir asıl olması arasında fark yoktur. Bu durumda, belli bir hükmü gerektirecek şekilde, kıyâsı tahsis edecek herhangi bir delil bulunmadıktan sonra, Kitap ve Sünnet nassı, ümmetin icmâsı ve haber-i vâhidle sabit olan hususlar üzerine kıyâs yapmak vaciptir. Bk. Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 127.

55 Cessas, *el-Fusûl*, IV, 27.

56 Cessas, *el-Fusûl*, IV, 53.

57 Cessas, *el-Fusûl*, IV, 89.

## 2.2. Ebu'l-Hüseyin el-Basrî, el-Mu'temed fi Usulî'l-Fıkh

İçtihadı “Kıyas ve İctihad Hakkında Söz” başlığında inceleyen el-Basrî, İmam Şafîî'nin tarifini naklederek kıyasın istidlal demek olduğunu kabullenmekte ve bu anlayışını kavramın sözlük anlamıyla desteklemektedir. Nitekim sözlükte kıyas “muayene etmek, araştırmak” demek olduğuna göre içinde ta'lil bulunmasından dolayı istidlal de kıyas olarak tanımlanmaktadır.<sup>58</sup>

Basrî, giriş mahiyetindeki bilgilerden sonra konuyla ilgili açıklamaları, açıklamanın türüne bağlı olarak, alt başlıklarda yapmaktadır. Buna göre birinci alt başlıkta Hz. Peygamber'in içtihadı konusu işleyen Basrî, peygamberlerin kıyas ve içtihat yoluyla ibadetlerinin aklen caiz oluşu üzerinde durmaktadır. Ona göre şayet içtihat ile kast edilen husus, nassla istidlal ederek Allah'ın muradına ulaşmak ise caizdir. Ama şer'î emareler kastediliyorsa durum değişir. Âhad haberler de şer'î emaredir fakat Hz. Peygamber hakkında işlevi olamaz. Ferleri ve asılları bir araya getiren kıyas gibi müstenbat emarelerle bizim içtihat etmemiz gibi onunki de caizdir. Müctehid emarelerin en benzeyeni ile amel etmekle yükümlüdür. Bunu sahih bir nazar yoluyla elde edebilir. Hz. Peygamber ise kendiliğinden yapar. Onun, bir ayetin tevili hakkında içtihat edip içtihadının sonucuna göre amel etmesi, emareyle değil de delaletle istidlal kabilinden olup caizdir.<sup>59</sup>

İkinci alt başlık Hz. Peygamber zamanında yaşayan bir kimsenin içtihat ve kıyas yoluyla ulaştığı sonuca göre amel etmesinin cevazı konusuna ayrılmıştır. Müellife göre diğer asırlarda yaşayanlarla bunlar arasında akli yönden fark olmadığı için asr-ı saadette yaşayıp da Hz. Peygamber'in yanında olmayan kişinin içtihadı caizdir. Zaten yanında olsaydı peygambere sorardı. Ancak yanında olan kişi imkânı varken sormadan içtihat etseydi akıl bunu caiz görmezdi. Aynı şekilde yolun tehlikesini bilen kişi olduğu halde sormadan kendi görüşüyle hareket eden bu kişinin tavrı da kabul edilemez.<sup>60</sup>

Üçüncü alt başlık şer'iyâtın bütününde kıyasla değil naslarla amel edileceği hakkındadır. Zira Yüce Allah meselelerin keyfiyeti hakkında tümenden nassla bildirim yapabilir. Örneğin tartılabilir bütün mallarda faiz olduğunu bildiği gibi. Kıyasla amele gelince kıyasın yapılabileceği ve yapılamayacağı alanlar vardır. Örneğin namazın farz oluşunu, rekât sayılarını, şartlarını, vakitlerini akılla bulamayız.<sup>61</sup>

Dördüncü alt başlık kıyas yoluyla edilen bilgiyle amel edilip edilemeyeceği tartışmasıdır ve müellif amel edilebileceğini savunan taraftadır. Buna da akli ve şer'î deliller sunmaktadır. Mesela akıl yıkılmakta olan duvarın dibine oturmanın kötü/kabih olduğunu bilir. Yine sahabe ihtilafı konularda kıyasla amel konusunda

58 Basrî'ye göre şer'î kıyas emare (doğru bir araştırmayla zanna ulaştırılan şey) demek olduğu için tasnif anlayışı bakımından önce emarenin sonra da kıyasın ele alınması gerekir. Bkz. Ebu'l-Hüseyin el-Basrî, *el-Mu'temed fi usulî'l-fıkh*, I-II, Beyrut 1980, II, 690-92.

59 Basrî, *el-Mu'temed*, II, 721, 761.

60 Basrî, *el-Mu'temed*, II, 723, 765.

61 Basrî, *el-Mu'temed*, II, 724.

icmâ etmiştir. Örneğin karısına “sen bana haramsın” diyen kişinin bu sözü için Hz. Ebubekir ve Hz. Ömer “yemin”, Hz. Ali ve Zeyd “uç talak”, İbn Mesud “bir talak”, İbn Abbas “zıhar” demiştir.<sup>62</sup> Ayrıca sahabe kendi görüşü için “bu benim reyim” ifadesini kullanmıştır.<sup>63</sup>

Beşinci alt başlık müctehidin birbirine zıt iki ayrı görüşü “Bu konuda iki görüş vardır” örneğindeki gibi beyan etmesi hakkındadır.<sup>64</sup>

### 3. İCTİHADIN KIYASIN ALT BAŞLIĞI OLARAK İNCELENMESİ

İctihadın müstakil başlıktan alt başlığa doğru bir seyir takip ettiği izlenimini veren bu başlıkta Şîrâzî'nin (ö. 476/1083) *el-Luma'*, Âmidî'nin (ö. 631/1233) *el-İhkâm* ve Sadruşşerîa'nın (747/1346), *et-Tavzih* adlı eserleri incelenecektir.

#### 3.1. Şîrâzî Ebû İshak İbrahim, *el-Luma' fi usûli'l-fıkh*

Üst başlığı kıyas konusuna tahsis eden (el-Kelâm fi'l-Kıyas) müellif, daha sonra çeşitli alt başlıklarda (Bab: Sıfatül müfti, Bab: el-Kavlü fi Akvali'l- müctehidin, Bab: el-Kavlü fi Tahrîci'il-müctehid) içtihat konusunu işlemiştir.<sup>65</sup>

Bu tasnife bakıldığında, içtihat konusunun genel itibariyle fetva verecek olan müftînin sahip olması gereken nitelikler başlığı bağlamında incelendiğini söylemek mümkündür. Nitekim konuya “Müftî Kitabın hükümlerle, helal ve haram ile ilgili ayetlerini, hükümleri beyan eden sünnetleri, bu iki kaynağın hakikat-mecaz, mutlak-mukayyet vs. lafızlarla ilgili bilgisini, Allah'ın ve peygamberin hitabını anlayacak şekilde dili, Hz. Peygamberin fiillerinin hükümlerini, neshi, icmâyı, kıyası ve içtihat usullerini, delillerin tertibini, tercihi bilmeli, adil ve güvenilir olmalıdır” şeklinde girilmesi bu kanıyı güçlendirmektedir.<sup>66</sup>

Şîrâzî, içtihat başlığında içtihadın mahiyeti, doğrunun tek ya da birden fazla olması, müctehidin sevap kazanıp kazanamaması, müctehidin sonuç olarak farklı iki hükme ulaşması, Hz. Peygamber'in içtihadı gibi konuları ele almıştır.<sup>67</sup> Daha sonra “şer'î hükmü elde edebilmek için var gücüyle elinden geleni yapmaktır” şeklinde “İctihadı tarif etmiş ve hükümler hakkında bilgi vermiştir.”<sup>68</sup>

Onun açıklamalarına göre hükümler “aklî” ve “şer'î” olmak üzere iki kısımdır. Usûlüddine dair “âlemin sonradan var olması” gibi aklî hükümlerde doğru tektir. Şer'î hükümler ise iki kısımdır. Birinci kısımdakilerde içtihat yapılamazken diğer kısımda içtihat mümkündür. İctihad yapılamayan kısım da ikiye ayrılır. Farzlar

62 Basrı, *el-Mu'temed*, II, 726.

63 Basrı, *el-Mu'temed*, II, 732. Müellif 753. sayfaya kadar bu konuyu delillendirmiştir.

64 Basrı, *el-Mu'temed*, II, 765.

65 Şîrâzî Ebû İshak İbrahim b. Ali, *el-Luma' fi usûli'l-fıkh*, Beyrut 1985, s. 254.

66 Şîrâzî, *el-Luma'*, s. 255 vd.

67 Şîrâzî, *el-Luma'*, s. 258.

68 Şîrâzî, *el-Luma'*, s. 258-59.

gibi zorunlu olarak bilinenleri inkar eden kafir; icmâ ile bilinen diğer kısmı inkâr eden ise fasık olur. Ayrıca içtihadın caiz olduğu alanda çok sayıda görüş bulunabilir. Son olarak müellif doğrunun tek ya da birden fazla olmasını ve tercihin gerekliliğini tartışmıştır.<sup>69</sup>

### 3.2. Âmidî, Seyfeddin, el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm

Âmidî “Kıyasla İlgili Tartışmalı Konular” başlığı altında içtihadı dair bahisleri çeşitli alt başlıklar (bab-mesele) halinde işlemiştir. Konuyla ilgili olarak bir âlimin başka bir âlimi taklit etmesi bağlamında tabiinden olan müctehidin sahabe görüşünü taklit etmesi,<sup>70</sup> müctehidin, müftinin ve müsteftinin nitelikleri, terimlerin (içtihat, müctehid, müctehed fih) açıklaması<sup>71</sup> gibi hususlar bir tür mukaddime bilgi mahiyetinde sunulmuştur. Bundan sonra on iki mesele halinde açıklamaların yapılacağı bildirilmiştir. Bu meseleler şu şekildedir:

1) Hz. Peygamber’in nass bulunmayan yerde içtihat edip etmediği hakkındaki ihtilaf,<sup>72</sup>

2) Hz. Peygamber’in vefatından sonraki dönemlerde içtihat edileceği hakkındaki ittifak,<sup>73</sup>

3) Aklî konularda her müctehidin isabetli hüküm vermiş sayılmayacağına dair çoğunluğun görüşü,<sup>74</sup>

4) Müctehidin şer’î hükümlerde hata etmesi durumunda günahkâr olmayacağı hakkındaki ittifak,<sup>75</sup>

5) Hakkında nass bulunması ya da bulunmaması halinde zannî fikhî mesele,<sup>76</sup>

6) Aklî delillerde olumlu (ispat)-olumsuz (nefy) gibi iki zıttın aynı anda var olamayacağına dair ittifak,<sup>77</sup>

7) Müctehide nispet edilmesi doğru ve yanlış olan görüşler,<sup>78</sup>

8) İctihadi meselelerde maslahat gerekçesiyle hâkimin hükmünün bozulmasının caiz olmadığına dair ittifak,<sup>79</sup>

9) Mükellefin bir meselede içtihat ehliyetine sahip olması halinde o meselede başkasını taklit edememesi,<sup>80</sup>

69 Şîrâzî, *el-Luma*, s. 258-59.

70 Âmidî, Ali b. Muhammed, *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, I-IV, Beyrut 1982, IV, 161 vd.

71 Amidi, *el-İhkâm*, IV, 169-171. İctihad ehliyeti için özellikle iki kapsamlı şart öne sürülmüştür. Birincisi, genel hatlarıyla kelimeleri bilmektir. İkincisi şer’î hükümlerin kaynaklarını gerekli görülen bütün yönleriyle bilmek ve tanımaktır. Bkz. a.g.e., IV, 170-171.

72 Amidi, *el-İhkâm*, IV, 172.

73 Amidi, *el-İhkâm*, IV, 181.

74 Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 184.

75 Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 188.

76 Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 189.

77 Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 203.

78 Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 206.

79 Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 209.

80 Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 210.

10) Müctehide “Hüküm ver! Zira sen sadece doğru hüküm verirsin” demenin cevazı hakkındaki ihtilaf,<sup>81</sup>

11) Hz. Peygamber’in içtihat edebileceğini söyleyenlerin O’nun içtihadında hata olup olamayacağı hakkındaki ihtilafları,<sup>82</sup>

12) Nefyedenin (nâfi) delil getirip getirmemesi hakkında ihtilaf.<sup>83</sup>

### 3.3. Sadruşşerîa Ubeydullah b. Mes’ûd, et-Tavzih

Müellif dördüncü rükün olan kıyasın içindeki bab alt başlığında içtihat konusunu işlemiştir. Eserde ilk olarak içtihadın şartları ele alınmıştır. Sadruşşerîa’ya göre içtihadın şartları Kitab’ın sözlük ve terim anlamını, kısımlarını; sünnetin se-nedini ve metnini; kıyasın vecihlerini iyi bilmekten ibarettir. Bu şartları taşıyan kişinin yaptığı içtihadın hükmü ise hata ihtimali taşıyan zannı galiptir.<sup>84</sup>

Sadruşşerîa, her müctehidin kararında isabetli olabileceği gibi hata da yapabileceği kanaatindedir. O, konu hakkındaki görüşünü böylece açıkladıktan sonra Mutezile’nin “her müctehid isabetli karar vermiştir” şeklindeki görüşünü ele alıp taraflar arasındaki görüş ayrılığını gündeme taşımış, söz konusu ihtilafın sebebini şöyle açıklamıştır: “Bize göre Allah katında her olayın belli bir hükmü vardır. Onlara göre ise hüküm, müctehidin içtihadının ulaştırdığı hükümdür. Onlara göre şayet doğru tek olsaydı gücün üstünde bir sorumluluk yüklenmiş olurdu. Bundan ötürü örneğin, kible tayini meselesinde hata eden namazdan çıkmış olurdu.”<sup>85</sup>

Müellif, konu hakkındaki tartışmaları aktarırken önce görüşü, ardından da delili vererek açıklamalarını sürdürmüştür. Nitekim “doğrular eşittir” diyen gurubun görüşünü “çünkü birden fazla doğru olması, doğrular arasında farklılığı gerektirmez”, “doğrulardan biri en doğrudur” diyen gurubun görüşünü de “çünkü böyle olmasaydı içtihat faaliyetine duyulan ihtiyaç ortadan kalkacak sadece tercih etmiş olmakla doğru hükme varılmış sayılacaktı” şeklinde sunmuştur. Ancak Sadruşşerîa, bahsedilen tartışmada sadece alıntılamanın olmaması, “Bütün içtihatların tek noktada buluşması içtihat yapılmadan önce bilinemez ki doğru tek ya da çok olsun. Bu durumda doğru birden fazladır” diyerek görüşünü de açıklamış ve içtihadın ispatı bağlamında daha önce yukarıda bahsedilen delilleri sıralamıştır.<sup>86</sup>

Sadruşşerîa’ya göre “kıyas ile sabit olan nass ile sabit olmuş” anlamına gelir. Bir olay hakkında kip olarak iki nass varsa doğru tek olur. O halde nass mana olarak varsa nasıl olur da doğru birden fazla olabilir? Örneğin Ebu Hanife’ye göre para yerine geçmesine kıyas edilerek kadınların takısının zekâtı ödenmelidir. Şâfiî’ye göre ise elbiseye kıyas edilerek ödenmesi gerekli görülmez. Her ikisi de ihtiyacı

81 Âmidî, *el-İhkam*, IV, 215.

82 Âmidî, *el-İhkam*, IV, 221.

83 Âmidî, *el-İhkam*, IV, 224.

84 Sadruşşerîa, *et-Tavzih li-metni’t-Tenkîh fi usûli’l-fıkh*, I-II, Beyrut 1996, II, 245.

85 Sadruşşerîa, *et-Tavzih*, II, 246.

86 Sadruşşerîa, *et-Tavzih*, II, 246.

karşılama için harcanır. Burada kıyasın manası şudur: Asıldaki nass her ne kadar açıkça olmasa da mana olarak ferdeki nass gibidir. Şayet iki nass bu konuda açıkça bulunsaydı doğru tek olurdu. Zira şer’i delillerde çelişki olmaz. Dolayısıyla biri mensuh diğeri nasih olurdu.<sup>87</sup>

Müellif bundan sonra benzer tartışma yöntemini kullanarak “kible tayini” ve “Bedir esirleri” konularını hata işleme - sevap kazanma bakımından işlemiştir.<sup>88</sup>

#### 4. İCTİHADIN MÜCTEHİDİN/MÜFTİNİN NİTELİKLERİ BAŞLIĞIN- DA İNCELENMESİ

İctihadın daha çok fetva bağlamında ele alındığı bu başlıkta Debûsî'nin *Takvîmü'l-edille* ve Pezdevî'nin *Kenzü'l-vüsûl ile'l-usûl* adlı eserleri ele alınacaktır.

##### 4.1. *Debûsî, Ubeydullah b. Ömer, Takvîmü'l-edille*

“Zann-ı Galibe Dayanarak Fetva Vermenin Caiz Olduğu Hükümlerde Müctehidin Sıfatı” başlığında müctehidin isabetli karar verip veremediğinin tartışıldığı “doğrunun tek ya da birden çok olması” meselesi ele alınmıştır. Tartışmada taraflar “mütekellimin”, “fukaha ve bazı kelamcılar” ile “âlimlerimiz” şeklinde guruplandırılmış, müellifin kendini konumlandığı görüş ise “âlimlerimiz” in görüşü olarak takdim edilmiştir. Buna göre bir gurup mütekellimin usulcüsünün iddiası şöyledir: Kıyas ve içtihat yoluyla fetva vererek hükümlerinin belirtilmesinin caiz olduğu olaylarda doğru birden fazladır ve dolayısıyla her müctehid bizzat doğru karar vermiştir.” Bu guruptakiler daha sonra görüş ayrılığına düşmüş, bir kısmı Allah katındaki doğruların eşit düzeyde olduğunu, diğer bir kısmı ise en doğrunun tek olduğunu söylemiştir. Buna karşılık “fukaha ve bazı kelamcılar” ise önce Allah katındaki doğrunun tek olduğunu öne sürmüşler, ancak daha sonra bunların bir kısmı şayet Allah katındaki doğruyu tutturamazsa müctehidin başlangıçtan sonuna kadar hata ettiğini ve onun amelinin doğru olamayacağını savunmuşlardır. Bu tartışmada müellifin kanaatini yansıtan “âlimlerimiz” ise şöyle demiştir: Allah katında hata etmiş olsa bile amelinde doğrudur ve sanki Allah katında doğruya isabet ettirmiş gibi ameli dinen sahih olur. Her müctehidin doğru olmasındaki anlam budur.<sup>89</sup>

Debusî'nin konuyla ilgili bir diğer başlığı, hakkında nass bulunmayan konuda içtihat edip yanılan müctehidin durumunun ne olacağı hakkındadır. Burada yukarıda zikredilen yöntemi uygulayarak tarafların görüşlerini gerekçeleriyle birlikte “sevap kazanır”, “mazur görülür” ve “kınanır” şeklinde veren müellif kendi kanaatini “âlimlerimiz şöyle demiştir” diyerek açıklamaktadır: Şayet doğru hükme

87 Sadruşşeria, *et-Tavzih*, II, 247-48.

88 Sadruşşeria, *et-Tavzih*, II, 250-53.

89 Müellifin konu hakkındaki tartışması bu minval üzere devam etmektedir. bkz. Debûsî, Ebu Zeyd Ubeydullah b. Ömer, *Takvîmü'l-edille fi usûli'l-fıkıh*, Beyrut 2001, s. 407-414.

ulaştıran yol açıkken hata etmişse kınanır. Ancak böyle değilse sevap kazanır, asla sapkınlıkla suçlanmaz.<sup>90</sup>

#### 4.2. *Pezdevî, Ali b. Muhammed, Kenzü'l-vüsül ile'l-usûl*

Pezdevî içtihat konusunu “kıyas” ve “istihsan” konusunu beraberce işledikten sonra “Müctehidlerinin Hallerinin Bilinmesi Ve İctihaddaki Konumları” başlığı altında işlemiştir. Bundan sonraki başlıklar ise “illetlerin tahsisinin fesadı”, “tearu-zun giderilmesi”, “tercih” vs. şeklindedir.

İctihadın tarifi hakkında açıklama yapmayıp içtihadın şartını ve hükmünü inceleyen Pezdevî, bu şartları üç madde halinde tespit etmiştir: 1) Kitabı bilmek. Burada kastedilen, Kuran’ın sözlük ve şer’î manalarının yanında daha önce kitap başlığında anlatılan vecihlerin/kısımların bilinmesidir. 2) Sünneti bilmek. Bunun içeriği tevatür, şöhret ve âhad şeklindeki rivayet yollarıyla, metinleriyle, anlamlarının kitap başlığında incelenen umum-husus gibi vecihleriyle beraber sünneti bilmek şeklindedir. 3) Kıyas başlığında anlatılan kapsamıyla beraber kıyası bilmek.<sup>91</sup>

İctihadın hükmü kısmında müctehidin zann-ı galibiyle doğru hükme ulaşım ulaşamaması meselesi incelenir. Müellif burada Mutezile mezhebinin görüşünü “her müctehid isabet eder” cümlesiyle, kendi görüşünü “biz müctehidin hata edebileceğini ve doğruyu tutturabileceğini söylüyoruz” diyerek anlatmakta ve görüşlerin delillerini zikretmektedir.<sup>92</sup>

Konu hakkındaki karşılıklı görüşleri ve delilleri sıralayan müellif en son Hanefî görüşü savunduktan sonra bu konunun “illetlerin tahsisi” meselesiyle alakası bulunduğunu söyleyerek o konuya geçmektedir.<sup>93</sup>

## 5. İCTİHADIN TETİMME/HATİME BAŞLIĞINDA İNCELENMESİ

İctihadın fıkıh usulü eserinin son kısmında yer aldığı bu tasnifin örneği olarak Cüveynî’nin (ö. 478/1085) *el-Burhan fi Usulî'l-Fıkh* ve Molla Hüsrev’in (ö. 885/1480) *Mirâtü'l-usûl* adlı eserine yer verilecektir.

### 5.1. *Cüveynî, İmamü'l-Harameyn, el-Burhan fi Usulî'l-Fıkh*

Eserde birinci ana başlık beyan konusuna ayrılarak Kuran-sünnet burada işlenmiş, ardından ikinci ana başlık icmâ konusuna tahsis edilmiş ve burada “icmâ ehliyetine sahip olanların sayısı ve niteliği” bağlamında müctehid müftînin sıfat-

90 Debbûsî, *Takvîmü'l-edille fi usulî'l-fıkh*, s. 415-417.

91 Pezdevî, Fahrulislam Ali b. Muhammed, *Kenzü'l-vüsül ile'l-usûl*, (Abdülaziz Buhârî *Keşfü'l-esrâr* içinde), I-IV, Beyrut 1997, IV, 20-24. Abdülaziz Buhârî (*Keşfü'l-esrâr*, IV, 20) onun bu tavrını içtihad konusunun fakihler tarafından yeterince biliniyor olmasına bağlamakta ve kendisi içtihadın tanımı hakkında bilgiler vermektedir. Verdiği bilgilerin Gazzâlî’nin açıklamalarıyla (*el-Mustesfâ*, I-II, Beyrut 1997, II, 382) örtüştüğü görülmektedir.

92 Pezdevî, *Kenzü'l-vüsül*, IV, 24-44.

93 Pezdevî, *Kenzü'l-vüsül*, IV, 45.

ları mevzubahis olmuştur.<sup>94</sup> Eserde bu bahsin asıl yeri yedinci kitaptaki fetva başlığıdır.<sup>95</sup> Ancak burada günahlardan titizlikle kaçınma anlamında “vera” şartını öne süren usulcülerin görüşünü ele alan ve bu görüşe katılmayan müellif, fasık da olsa bir müctehidin başkasını taklit etmeyip içtihadı doğrultusunda hüküm vermesi gerektiğini, dolayısıyla onun görüşü muhalif olduğu takdirde icmânın sadece bir yönden gerçekleşip diğer yönden gerçekleşmediğini söylemekte, müftî için şart koşulan sıfatların müctehidde de bulunması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>96</sup>

İctihad konusu, kıyas başlığında da gündeme getirilmiş ve “Caiz Oluşu Açıklandıktan Sonra Kıyas İle Teabbüd” alt başlığında bir yandan kıyasın kaynak değeri ispat edilirken diğer yandan içtihadın şer’î hükümlere ulaştırılan yollardan biri olduğu hakkında hem sahabenin hem de sonraki nesillerin görüş birliğine vardıkları ifade edilmiştir. Ayrıca bu ifadeler sahabenin “içtihat” ve “rey” kelimelerini açıkça kullandıkları örneklerle desteklenmiştir.<sup>97</sup>

Eserde içtihadın ele alındığı esas yer, tamamlayıcı (tetimme) mahiyetteki altıncı (Kitab: İctihâd) ve yedinci (Kitab: Fetva) başlıklardır.<sup>98</sup> İctihad başlığında müctehidin içtihadî konularda doğru hüküm verip verememesi meselesi incelenmiştir. Burada ilk olarak itikadi konular ile akli-zannî konulardaki içtihat arasındaki ayrım dikkat çekilmiş ve ardından doğrunun tek ya da birden fazla olmasına ilişkin tartışmanın taraflarının görüşleri ve delilleri incelenmiştir.<sup>99</sup> Fetva başlığında ise içtihadın hükümleri meselesine yer verilmiştir. Bu başlıktaki konular “fasıl” alt başlıkları içinde işlenmiştir. İlk fasılda “bâliğ olmak, nassları anlayacak kadar Arapçayı, Kur’an’ı, nesih için tarihi, hadisleri, fıkhi bilmek” gibi şartlar, müftînin/ müctehidin sahip olması gereken sıfatlar bağlamında sıralanmıştır.<sup>100</sup> İkinci fasılda adalet vasfı müstakil olarak incelenmiş, bu şart bulunmadığında sözün “küçük çocuğun sözü gibi” olacağı ifade edilmiştir. Burada sahabeden itibaren mezhep imamlarına kadar bazı isimler üzerinde değerlendirmeler de yapılmıştır.<sup>101</sup> Üçüncü fasılda İmam Şâfi’î’nin içtihat usulü,<sup>102</sup> dördüncü fasılda bir müctehidin başka bir müctehidi hangi hallerde taklit edip edemeyeceği,<sup>103</sup> beşinci fasılda taklidin şartları,<sup>104</sup> altıncı fasılda şer’u men kablena<sup>105</sup> hakkında bilgi verilmiştir.

94 Cüveynî Abdülmelik b. Abdillâh b. Yûsuf el-Cüveynî, *el-Burhân fi usûli’l-fikh*, I-II, Kahire 1996, I, 439.

95 Cüveynî, *el-Burhân*, II, 869-871.

96 Cüveynî, *el-Burhân*, I, 442.

97 Cüveynî, *el-Burhân*, II, 500-508.

98 Bu eserin Dâru’l-Kitâbi’l-İlmiyye, Beyrut 1997 baskısında tetimme başlığı bulunmamaktadır. Halbuki eserin son sayfasında (II, 257) yer alan ibarede müellif içtihad ve fetva konusunda derleyip toparlayıcı mahiyette bir tetimme başlığının varlığından bahsetmektedir.

99 Cüveynî, *el-Burhân*, II, 859-868.

100 Cüveynî, *el-Burhân*, II, 869-871.

101 Cüveynî, *el-Burhân*, II, 872-873.

102 Cüveynî, *el-Burhân*, II, 874-875.

103 Cüveynî, *el-Burhân*, II, 875-877.

104 Cüveynî, *el-Burhân*, II, 877-879.

105 Cüveynî, *el-Burhân*, II, 880.



## 5.2. Molla Hüsrev, *Mirâtü'l-usûl*

Molla Hüsrev, bu eserinde deliller bahsini içtihatla sonlandırmaktadır. Müellife göre deliller ve hükümler daha önce açıklandığı için geriye hüküm çıkarma yolu olan içtihat kalmakta, bu sebeple içtihat en sonda yer almaktadır.<sup>106</sup>

Bu açıklamadan sonra içtihadın sözlük ve terim anlamı, mutlak ve mukayyet şeklinde kısımları, içtihat ehliyetinin şartları, içtihadın hükmü, müctehidin isabetli karar vermesi ve hata etmesi halinde sevap kazanıp kazanmayacağı, kible tayininde doğru görüşün tekliği-çokluğu tartışması, içtihadın bölünüp bölünmeyeceği gibi meseleler kısa açıklamalar halinde ele alınmıştır.<sup>107</sup>

## 6. İCTİHADIN MUHTELİF BAŞLIKLARDA İNCELENMESİ

### 6.1. Serahsî, *Ebubekir Muhammed b. Ahmed, el-Usûl*

Serahsî bu eserinde başlıklara ilişkin açıklamalar yaparken içtihat konusunu değişik bağlamlarda ele almıştır. Eserde sayfa numarasına göre kavram takibi yapıldığında içtihat-müctehid kavramlarının eserin geneline serpiştirildiği, konuların müstakil bir içtihat başlığı altında toplanmadığı ve kavramlardan yeri geldikçe bahsedildiği görülmektedir. Burada göze çarpan diğer bir husus, Serahsî'nin genellikle tanım açıklaması yapmadığıdır. Bu konu, onun *Fıkıh usulü* ile *Mebisûl*'u arasında karşılaştırmalı bir çalışmayı beklemektedir.

#### • İctihad-Kitap (Lafızlar)

Müctehidin kıyas yapabilmesinin yolu, nassın anlamları üzerinde düşünmesi ve müessir vasfı seçmesidir. Bunun için “hakikat” ve “mecaz” türündeki lafızların üzerinde düşünerek anlamlara vakıf olur ve yöntemi doğru uygularsa hitabın sahibinden duymuş gibi olur.<sup>108</sup>

#### • İctihad-Sünnet

Mürsel hadisin kabulünde ravinin adil ya da mecruh olduğunu bilmenin yolu içtihatıdır. Rivayet yolunun sağlamlığı konusunda şüphe duyulmayan mürsel hadis, sağlamlığından emin olunamayan müsnet rivayetten daha kuvvetlidir.<sup>109</sup>

#### • İctihad-İcmâ

İcmânın delili bağlamında, ümmetin hata üzerinde birleşmeyeceği ile içtihadın bağlayıcılığı arasında irtibat kurulmuştur. Şöyle ki bu ümmet hata üzerinde

106 Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmûz, *Mirâtü'l-usûl fi şerhi Mirkâti'l-vusûl*, I-II, İstanbul 1289, II, 313.

107 Molla Hüsrev, *Mirâtü'l-usûl*, II, 314-319.

108 Serahsî, *Usûl*, thk. Ebu'l-Vefa el-Afgânî, I-II, Beyrut 1993, I, 178.

109 Burada ravinin fikhî meselelere dalmış olması kusur sayılmamış, aksine bu husus ictihadın ve hatırlama gücünün delili kabul edilmiştir. Serahsî, *Usûl*, II, 9 ve 11. Serahsî “O halde size göre meşhur haberle nesih olabildiği gibi mürsel ile de olabilmelidir” şeklindeki itiraza şöyle cevap vermiştir: Bu caiz değildir. Zira mürselin kuvvetli olması, bu yönüyle bir tür ictihad gibidir. Bu, kıyas yoluyla kesinlik kazanan bir kuvvetlilik durumu gibidir. Bunun benzeriyle nesih olamaz. Serahsî, *Usûl*, I, 360-361.

birleşmez. Öyle olursa şeriat ortadan kalkar. Ümmet bir konuda görüş birliğine varınca fert fert olmasa da ümmetçe kesin olan şey (hüküm) ortaya çıkar. Tıpkı içtihadıyla verdiği kararı bozulmayacak şekilde uygulamak zorunda olan hâkim gibi.<sup>110</sup>

İctihad-sükûtî icmâ bahsinde susup susmamanın koşuluna vurgu yapılmakta, sükûtî icmânın kesinlik kazanmasıyla alakalı olarak kendi görüşüne muhalif bir görüş yaygın hale geldiğinde müctehidin susmayıp görüşünü söylemesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir.<sup>111</sup>

Müctehid kavramına “icma ehliyetinin şartları” konusunda özel yer verilmiş ve icmânın “ümmetin tamamının değil âlim, müctehid ve açıkça günah işleyenlerin ittifakı” olduğuna dikkat çekilmiştir.<sup>112</sup>

### • İctihad-Kıyas

İki kıyas arasında tearuz olunca birini diğerine tercih imkânı varsa müctehid bunu yapar. Örneğin meselelerin tarihleri biliniyorsa böyledir. Bu imkân yoksa dilediğini seçerek hüküm verir. Hanefî usule göre içtihatla ulaşılan iki hükümden biri doğru diğeri yanlıştır. Zira müctehid bazen hata edebilir. Ama daha güçlü karşı bir delil olmadıkça mazur görülür. Çünkü içtihat yolunda yanlış yapsa da sevap kazanır. Nitekim “Mümin Allah’ın nuruyla bakar”<sup>113</sup> hadisi gereğince kible tayininde içtihadı izin verilmiş ve yön yanlış da olsa namazı geçerli sayılmıştır.<sup>114</sup> Konuyla ilgili olarak “illetin tahsisi” meselesinde, hata ihtimalinden dolayı müctehidin korunmuş olmasının nassın korunmuş olması gibi olduğu ve korunmuş olmanın, her müctehidin sevap kazandığı şeklinde anlaşıldığı söylenmiştir.<sup>115</sup>

İki kıyasın tearuzu meselesi bağlamında bahsedilen hususlardan biri de “içtihadî bir hükmün başka bir içtihadî hüküm ile neshedilememesi” konusudur. Bir içtihadın kendi döneminde yapılan başka bir içtihat yüzünden bozulmayacağı genel kabulü Muaz b. Cebel’in: “Reyimle içtihat ederim” sözüyle desteklenmiştir.<sup>116</sup>

110 Serahsi, *Usûl*, I, 300.

111 Ancak kendi görüşünün insanlar tarafından uygulanmayacağını bilen bir müctehid, hâkimin içtihadî bir konuda muhalif hüküm vermesi halinde kendi görüşünün doğruluğunu ve hâkimin görüşünün yanlış olduğunu açıklaması gerekli görülmektedir, Serahsi, *Usûl*, I, 308-309.

112 Serahsi, *Usûl*, I, 311. Ancak bir kişiye ilgili konuda icthad yetkisi tanınmıyorsa onun farklı görüşü icmayı bozamaz. Örneğin, İbn Abbas’ın ribevî mallarda fazlalık faizini helal sayan görüşü sahabe tarafından dikkate alınmamıştır. Bkz. Serahsi, *Usûl*, I, 316. Benzer bir tartışma tabiihin ihtilafının sahabe icmasını bozup bozmayacağı meselesi bağlamında Ebu Hanife (Serahsi, *Usûl*, I, 314) ve İbrahim en-Nehaî hakkında da yapılmıştır. Serahsi, *Usûl*, II, 114.

113 Tirmizi, “Tefsîru’l-Kur’ân”, 16.

114 Serahsi, *Usûl*, II, 14. İctihad ederek kılınmışsa yönün yanlış olduğu ortaya çıksa bile namaz geçerlidir. Serahsi, *Usûl*, II, 225.

115 Serahsi, *Usûl*, II, 211-212. Eserde Mutezile’nin her müctehidin isabetli olduğunu söylemekle hata ettiği, içtihadın hükmünün kuvvetle muhtemel (zann-ı galib) bir sonuç doğurduğu ve hiç kimsenin kesin olarak doğru hükme isabet ettiğinin iddia edilemeyeceği de ifade edilmiştir. Serahsi, *Usûl*, I, 227. Bu minvaldeki açıklamalar “âhad-mütevâtir haber” konusu işlenirken de yapılmış, her asırda farklı görüşlerin ortaya çıktığı, müctehidin mutlaka bir delile dayanarak tercih yapıp öylece amel ettiği, bu müctehide göre başka türlü içtihad edenin hatalı olduğu, fakat müctehidden bu durumda günahın kaldırıldığı ve onun günaha girmiş olmasından korkulmayacağı ifade edilmiştir. Serahsi, *Usûl*, I, 294.

116 Serahsi, *Usûl*, II, 262. Rivayetle ilgili olarak bkz. Serahsi, *Usûl*, II, 107, 130, 131, 173.

Ancak müctehid kendince malum olan usullere dayanarak içtihat ile bir sonuca ulaşsa onun hasmı söz konusu vasfın sıhhatini bozacak başka bir usule sahip olduğunu söylemekten aciz değildir.<sup>117</sup>

Kıyasla ilgili olarak bir başka yerde Muaz hadisi ve Hz. Peygamber'in Amr b. As'a "Hüküm ver, isabet edersen on, hata edersen bir sevap var" şeklindeki sözü kıyasın delili olarak sunulmuş ve şayet nassın olmadığı yerde rey içtihadı şer'î hükümlerin kaynaklarından biri olmasaydı böyle bir emrin söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir.<sup>118</sup>

#### • Hz. Peygamber'in İctihadı

Hız. Peygamber'in nass bulunmayan hükümlerde içtihat edip rey ile hüküm vermesi konusunda ihtilaf edilmiştir. Kimilerine göre O sadece vahiyle, kimilerine göre bazen vahiyle bazen de rey ile amel eder.<sup>119</sup> Hız. Peygamber'in vahiyle hareket ettiğini gösteren ayetler vardır. Vahye tabi olmak vahiydekini aynen uygulamakla olur. Benzerindeki hükmü ispat için vahiydeki manayı istinbat ise rey ile mümkün olur. Hız. Peygamber sadece doğruyu ikrar eder, ikrar edince de O'nun bu ikrarı mana bakımından vahiy olur ve daha başlangıçta vahye benzer. Ancak bize göre O'nun vahyin gelmesinden ümidini kesmiş olması gerekir. Bu, ümmetin Kur'an'a ve sünnete arz edilmiş rey ile amel etmesi şartı gibidir. Bu şart bulunmazsa rey içtihadına dönüşür. Yolculukta suyu olmayan ama bulabileceğini ümit eden kişinin teyemmümde acele etmeyip suyu araması meselesi de böyledir. Ümidi yoksa suyu aramakla meşgul olmaz. Hız. Peygamber dışındaki kişinin durumu böyledir; vahiy beklentisi olmadığı için rey ya da içtihatla uğraşıp ameli geciktirmez. Ama peygambere sürekli vahiy geliyordu. Dolayısıyla suyu bulma ümidi olan kişi gibiydi. Bu sebeple bekliyor hemen amel etmiyordu. Onun bu beklemesi müevvel veya hafi nass üzerinde bir başkasının düşünmesi gibidir. Vahiyden ümidini kesinceye kadar bekleyince rey ile amel eder ve bunu insanlara açıklar. Açıklayınca da vahiyle sabit olmuş gibi kesin hüccet haline gelir.<sup>120</sup>

## SONUÇ

Klasik fıkıh usulü eserlerinde içtihat konusunun tasnif ve muhteva bakımından nasıl ele alındığını göstermeye çalışan bu araştırmada ulaşılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

117 Serahsi, *Usûl*, II, 127.

118 Serahsi, *Usûl*, II, 130-131 ve 193. Yine bu minvalde Hız. Abdurrahman'ın Hız. Ali'ye ilk iki halifenin sünnetine tabi olmak üzere halifelik teklifini iletmesi, onun da "Allah'ın Kitabı ile Peygamberin sünneti ile ve reyimle ictihad ederim" demesi üzerine, teklifi kabul eden Hız. Osman'a halifelğin tevdi edilmesi, İbn Mes'ud'un mufavvada (mehirsiz evlenmiş kadın) meselesinde "reyimle ictihad ediyorum" demesi kıyasın reddedenlere cevap mahiyetinde zikredilmiştir. Serahsi, *Usûl*, II, 132-133.

119 Serahsi, *Usûl*, II, 91.

120 Serahsi, *Usûl*, II, 97.

1. Konuyu müstakil başlık altında inceleyen İmam Şâfiî'nin ve Hatib el-Bağdâdî'nin başlık muhtevası, "içtihatla ulaşılan sonucun Allah katındaki doğru olup olmaması" bakımından benzerlik göstermektedir. Yine konuyla ilgili içerik bakımından Gazzâlî ile Sübkî'nin tutumu birbirine yakındır.

2. İctihadın kıyas ile birlikte işlenmesi, kıyasın ve içtihadın bir bütünün ya da bir sürecin birer müstakil parçası gibi algılandığı izlenimini vermektedir. Nitekim konunun Cessas tarafından "Kıyasın ve İctihadın İspatı", Ebu'l-Hüseyin el-Basrî tarafından "Kıyas ve İctihad Hakkında Kelam" başlığı altında incelenmesi bunu teyit etmektedir.

3. İctihadın fıkıh usulü eserlerinde kıyasın alt başlığı olarak incelenmesi, konunun müstakil başlıktan alt başlığa doğru bir seyir takip ettiği izlenimini vermektedir. Nitekim Şirâzî, içtihatla ilgili meseleleri kıyas başlığı altında işleyerek konuyu, kıyasın bir parçası ya da kıyas sürecinin devamı gibi görmüştür.

4. Kıyas yaparak hüküm verecek olan müftînin hangi sıfatlara sahip olması gerektiği bağlamında içtihadı ele alan Âmidî'nin, "Kıyasla İlgili Tartışmalı Konular" başlığı altında içtihadı dair bahisleri çeşitli alt başlıklar halinde işlemiş olması, konunun ne denli kıyas merkezli düşünüldüğünü göstermektedir. Yine dördüncü rükün olarak kıyası işleyen Sadruşşerîa'nın kıyas içinde "Bab: İctihad" alt başlığını kullanması, konunun tamamen kıyas bağlamında kabul edildiğini açıkça ifade etmektedir.

5. İctihadın "müctehidin/müftînin sıfatları" bağlamında ele alınması, konunun daha çok fetva bağlamında ele alındığını, kıyas ve istihsan gibi yolları kullanarak hüküm verecek olan kişinin niteliğini tespite yönelik bir çaba olduğunu ortaya koymaktadır. Pezdevî'nin, "müctehidler hallerinin bilinmesini ve içtihat konularını" kıyas ve istihsan konusundan sonra işlemesi, Debûsî'nin müctehidin sıfatını "zann-ı galibe dayanarak fetva vermenin caiz olduğu hükümler"de mevzu bahis yapması bunun teyididir.

6. İctihadın "hatime" ya da "tetimme" başlıkları altında incelenmesi hakkında a) İctihadın, kendini usul ve fûru öğrenimine vererek içtihat melekesi kazanacak kişinin ve yapacağı faaliyetin nitelikleriyle ilgili tamamlayıcı mahiyette tali bilgiler kümesi olarak görülmesi, b) Fıkıh usulünün, sahabe neslinin nassları anlamasının müctehid imamlar devrinde yeniden nasıl anlaşıldığı hakkında bilgi vermekten ibaret sayılması gibi yorumlar yapılabilir. Ancak Molla Hüsrev tarafından içtihadın en sonda yer almasının sebebi olarak delillerin ve hükümlerin daha önce açıklanmış olmasının gösterilmesi, tasnifin mantığını açıklamaktadır. Buna göre üç ana konudan (delil-hüküm-yöntem) oluşan fıkıh usulünün ilk iki konusunun açıklanması sona ermiştir. O halde geriye hüküm çıkarma yolu olan içtihadın açıklanması kalmış demektir.

7. İctihadı değişik bağlamlarda ele alan Serahsî'nin tutumu kendine özgüdür. Gerçi icma ve kıyas konusunda içtihat konusunda değinmeler yapan Cüveynî gibi müellifler vardır. Ama bunlar esasa ilişkin açıklamaları yukarıda sayılan tasnif anlayışları içinde yapmışlardır. Serahsî ise içtihat-müctehid kavramlarını eserinin geneline serpiştirmiş, konuların temerküz ettiği bir başlık oluşturmamıştır.

8. İctihadla ilgili tasnif anlayışlarında kronolojik bir seyir takip edilmediği görülmektedir. Dolayısıyla içtihadın müstakil başlıktan tali konuma dönüştüğü kesin bir dille söylenememektedir. Örneğin müstakil başlık kullananlarla çağdaş olan Cüveynî (ö. 478), konuyu hatime kısmında inceleyen Molla Hüsrev (ö. 885) ile aynı tasnif gurubunda yer almıştır.



# CASSÂS'A GÖRE HABER-İ VÂHİDİN KABUL ŞARTLARI VE REDDİNİ GEREKTİREN SEBEPLER

Dr. Nejla HACIOĞLU\*

**Özet:** İslam hukukçuları ve hadisçiler prensip olarak haber-i vâhidlerin hüccet olduğunu yani şer'î kaynak değeri taşıdığını kabul etmekte ancak kabulü ve amel edilebilmesi konusunda sahip oldukları anlayışlara göre çeşitli şartlar ileri sürmektedirler. Haber-i vâhidin kabul şartlarını incelediğimiz bu çalışmamızda bir Hanefî usûlcüsü olan Cassâs'ın haber-i vahidin reddini Kur'an'a ve sabit sünnete aykırı olması, umûm'ul-belvâ'da vârid olması, müslümanların tatbikatına uymaması ve aklın gereklerine aykırı olması gibi sebeplere dayandığı görülmektedir. Cassâs'ın ileri sürdüğü bu ilkeler sonraki dönemde genel olarak Hanefî mezhebinin bu husustaki temel ilkelerini oluşturmuştur. Cassâs'ın kendisinden sonra gelen Hanefî usûlcüleri Debûsi, Serahsî ve Pezdevî'ye etkisine de çalışmada kısmen yer verilmiştir.

*Anahtar Kelimeler:* Cassâs, Haber-i Vâhid, Kabul Şartları, Red Sebepleri, Debûsi, Serahsî, Pezdevî.

## Conditions for Accepting and Rejecting Single Source Message (Haber-i Vâhid ) According to Cassâs

**Abstract:** Islamic jurists and hadithians in principle accept those prophet's messages leaning on the single source, haber-i vâhid, as the evidences and valuable source of Islamic jurisprudence but with respect to / at the point of acceptance and application, they put forward various requirements according to their perception. In this study of "the acceptance requirements of haber-i vâhid", Hanafian methodist Cassâs relates the rejection of haber-i vâhid to those causes/conditions as; conflicting either with Kur'an and Prophet(as)'s strict order, advise and living examples (Sünnet – Sunnah), or being opposite to the common sense and to the necessities of wisdom. These principles put forward by Cassâs, in general constitutes the fundamental principles of Hanafî sect. Effects of Cassâs on following hanefian methodists Debûsi, Serahsî and Pezdevî are also in the scope of this study.

*Keywords:* Cassâs, Single Source Message - Haber-i Vahid, Acceptance Requirements, Rejection Reasons, Debûsi, Serahsî, Pezdevî.

## GİRİŞ

Cassâs'ın "*el-Fusûl fi'l-Usûl*" isimli eseri Hanefî/Fukahâ metoduna göre yazılmış, günümüze kadar ulaşan ilk fıkıh usûlü eseri olarak kabul edilmektedir. Biz, bir fıkıh usûlcüsü olan Cassâs'ın haber/hadis konusundaki değerlendirmelerini onun bu eseri bağlamında ele almaya çalıştık. Bu bakımdan haber/hadis konuları, hadis usûlü eserlerinde yer alan içerik ve sistematığe göre değil usûlcülerin oluşturduğu sistematığe göre ele alınmaktadır.

\* Gaziosmanpaşa N.İ. İpekçi Ortaokulu Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi öğretmeni.

Cassâs, hadis/sünnet bahsini şer'î hüküm kaynakları arasında bir kaynak olarak ele almakta ve Kur'an'dan sonra ikinci kaynak olarak zikretmektedir. Sünnetin şer'î bir kaynak olarak ele alınması kendisinden sonra gelen Hanefî usûlcülerinin de esas aldıkları bir metod olmuş ve bilindiği gibi yerleşik fıkıh usûlü yaklaşımı bu sistem üzerine oturmuştur.

Hadis/sünnet konularını hadis usûlcülerinin ele alış biçimiyle fıkıh usûlcülerinin ele alış biçimi birbirinden oldukça farklı olmuştur. Hadis usûlcüleri konuları hadis lafzını kullanarak ele almışlar ve daha çok hadisleri tanımlama ve sınıflandırma işiyle uğraşmışlardır. Hadislerin zayıf ve sahih olanlarını birbirinden ayırmada temel çıkış noktaları isnada ve râvilerin durumlarına ait değerlendirmeler olmuş, bunun sonucunda da isnad ve râvilerle ilgili geniş bir mâlumat oluşturmuşlardır.

Cassâs'ta örneğini gördüğümüz üzere fıkıh usûlcülerinin hadis/sünnet konularını ele alışları hadisçilerden daha farklıdır. Cassâs, konuları haber lafzını kullanarak ele almış, âhâd haberleri; kabulünün gerekliliği, kabulünün delilleri ve bilgi ve amel yönünden değeri açısından ele alarak uzun mûlahazalarda bulunmuştur.

Bazı âlimlere göre haber, hadisin muradifi olarak görülmekte, bazılarına göre Hz. Peygamber'den gelen rivayetlere hadis, başkalarından gelenlere haber denmekte, diğer bir kısmına göre ise haberle hadis arasında umum-husus ilişkisi bulunmaktadır. Buna göre her hadis haberdir fakat her haber hadis değildir.<sup>1</sup> Biz de haberi umum, hadisi ise husus kabul edip Cassâs'ın bu kavramları kullanım tarzını esas alarak konularımızı haber kelimesini kullanarak sunmayı uygun bulduk.

Bizi bu çalışmayı yapmaya iten sebep, konunun daha önce çalışılmamış olmasıdır. Cassâs'ın ilk dönem Hanefî usûlcülerinden olması, kaynak olarak kullandığımız "*el-Fusûl fi'l-Usûl*" isimli eserinin ilk Hanefî fıkıh usûlü eseri olarak kabul edilmesi, kanaatimizce konuyu araştırmaya değer kılmaktadır. Hanefîlerin haber-i vâhidin kabul şartları konusundaki anlayışlarının oluşmasında ve gelişmesinde Cassâs'ın ne derecede etkisi olduğunu görmek ve bu hususta Hanefîlerin anlayışı ile farklılaşan ve bütünleşen yanlarını tespit etmek önemli gördüğümüz bir meseledir. Bu çalışmada ilk dönem usûlcülerinden olan Cassâs'ın haber-i vâhidin kabulü ve reddi konusunda hangi prensipleri esas aldığını ve onun bu husustaki yaklaşımını ortaya koymaya çalışacağız. Cassâs'a kaynaklık eden kişi ve görüşler ile, Cassâs'tan etkilenen kişi ve görüşlerin tespiti çalışmamızda ortaya çıkarmak istediğimiz hususlardandır. Cassâs'ın kendisinden sonra gelen Hanefî usûlcülerinden özellikle Serahsî olmak üzere Debûsî ve Pezdevî'ye etki edip etmediğini görmek merak ettiğimiz konular arasındadır.

Çalışmamızda kısmen de olsa haber/hadislerin kabulünde Şafiîler ve Hanefîler arasındaki anlayış farklılıklarına da dikkat çekmeye çalışacağız.

Araştırma konumuzun daha iyi anlaşılabilmesi için kısa bir giriş yapma ihtiyacı duymaktayız.

1 İbn Hacer el-Askalânî, *Nuhbetu'l-Fiker Şerhi*, çev: Talat Koçyiğit, Ankara Üniversitesi Basımevi, (Ankara) 1971,22.



Haberin sıhhati ve kabul edilebilirliğiyle onun (kaynağına aidiyetinin) kesinliğinin aynı şey olmadığı bilinmektedir. Apaydın'ın da belirttiği üzere haber-i vâhidin kabulü ve onunla amel edilebilmesi için öngörülen sıhhat şartlarını tamamlamış haber, doğruluğu yani Hz. Peygamber'e nispeti kesinleşmiş haber değil, ekollerin amel edilebilirlik bakımından öngördükleri sıhhat şartlarını taşıdığından, onlar açısından hüccet olma hüviyetini kazanmış haberdir.<sup>2</sup>

Haber-i vâhidin kabul edilebilmesinin bazıları râvide, bazıları haberin içeriğinde, bazıları da haberin bizzat kendisinde olan birçok şartı vardır.<sup>3</sup>

Cassâs, âhad haberlerin illetlerinden dolayı reddinin caiz olduğunu, kabulünün ise ictihad, zann-ı gâlib ve râviler hakkındaki hüsn-i zann yoluyla olduğunu belirtmektedir.<sup>4</sup>

Haber-i vâhid etrafında yapılan tartışmalar sebebiyle bu terimin mahiyet ve kavram bakımından tarih içinde iki defa anlam değiştirdiği, ilk zamanlar “bir veya birkaç kişinin haberi” anlamına gelirken daha sonra “mütevatir seviyesine ulaşmayan haber” manasında kullanıldığı araştırmacılar tarafından ifade edilmektedir.<sup>5</sup> Haber-i vâhidi “bir kişinin rivayet ettiği haber” anlamında bir kavram olarak kullanan ilk kişinin Mu'tezile'den Vâsıl b. Atâ (131/748) olduğu belirtilmektedir.<sup>6</sup> Yine araştırmalara göre, ilk devirlerde âhâd haberle tek kişinin haberi kastedilirken, sonraki devirlerde ve özellikle usûl-i hadis kitaplarının tedvin edildiği asırlarda âhâd haber anlayışında önemli sayılabilecek bir değişiklik olmuş ve bu tabir, yalnız bir kişinin bir kişiden rivayet ettiği haberler hakkında değil, bir kişinin iki kişiden, üç kişinin hatta üçün üstünde kişilerin üç veya daha fazla kişilerden rivayet ettikleri haberler hakkında kullanılmıştır. Her tabakada mütevatirin şartı olan kalabalığa ulaşamamış olan haberlere âhâd haberlerden sayılmıştır. Usûl kitaplarında haberler, onları rivayet edenlerin sayılarına göre, mütevatir ve âhâd olmak üzere önce iki kısma, daha sonra âhâd haberler, garib, aziz, meşhur olmak üzere üç kısma ayrılmıştır.<sup>7</sup> Hadisçiler ve fıkıh usûlcülerinin genel olarak kabul ettikleri “mütevatir haber seviyesine ulaşmayan her haberin âhâd haber olarak” tanımlanmasının, mezhep imamlarının yaşadıkları dönemde bilinen bir tanım olmadığı ifade edilmiştir.<sup>8</sup>

Mezhep imamlarının yaşadığı dönemde haber-i vâhid ile tek kişinin haberinin kastedildiğine dair ileri sürülen deliller ile ilgili yaptığımız sınırlı denebilecek

2 H. Yunus Apaydın, “Haber-i Vâhid”, *DİA*, İstanbul 1996, XIV, 358-359.

3 Apaydın, “Haber-i Vâhid”, 359.

4 Ahmed b. Ali er-Râzi el Cassâs, *el-Fusûl fi'l Usûl*, Tahk. Uceyl Câsim en-Neşemî, Mektebetu'l İrşâd, İstanbul 1994, III, 113.

5 Mustafa Ertürk, “Haber-i Vâhid”, *DİA*, İstanbul 1996, XIV, 349.

6 Ertürk, “Haber-i Vâhid”, 350.

7 Talat Koçyiğit, *Hadis İstılahları*, A.Ü. Basımevi, Ankara 1985, 22-23.

8 İsmail Hakkı Ünal, *İmam Ebû Hanîfe'nin Hadis Anlayışı ve Hanefî Mezhebinin Hadis Metodu*, Semih Ofset Matbaacılık, Ankara, 1994, s.134.

araştırmamızdan, bu tespiti kesin olarak doğrulayan bir sonuç çıkaramadığımızı belirtmek isteriz. Bu husus daha derinlikli bir araştırmaya muhtaç olup bizim çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır.<sup>9</sup>

Bizim kesin olarak ifade edebileceğimiz husus ise Cassâs'ın âhâd haberi tek kişinin haberi olarak ele almış olduğudur. Cassâs, âhâd haber konusunu geniş bir şekilde değerlendirdiği 'el-Fusûl' isimli eserinde, âhâd haberi tek kişinin haberi olarak ele almakta<sup>10</sup>, iki kişinin rivayet ettiği haberler konusunda "haber-i vâhidi reddedip iki kişinin haberini kabul edenler" başlıklı bir bölüm açarak bu hususta detaylı bir inceleme yapmaktadır.<sup>11</sup>

Bizim bu çalışmamızda da âhâd haberin tek kişinin haberi olarak ele alındığı dikkatten kaçmamalıdır.

Cassâs'ın, "ashabımıza göre âhad haberlerin reddini gerektiren hususlar, İsâ b. Ebân'ın belirttiği hususlardır" sözünden, Hanefî mezhebinin bu konudaki yaklaşımında İsâ b. Ebân'ın görüşlerinin esas kabul edildiği anlaşılmaktadır.<sup>12</sup>

Cassâs ve İsâ b. Ebân'a göre şu durumlarda haber-i vâhidin reddi caizdir.<sup>13</sup>

1. Kur'an'a aykırı olması
2. Sabit sünnete aykırı olması
3. Umûm'ul-belvâ'da vârid olması
4. Müslümanların tatbikatına uymayan haberler olması
5. Aklın gereklerine aykırı olması<sup>14</sup>

Debûsî ve Serahsî'nin de haber-i vâhidin reddini aynı illetlere dayandırmaları, zikretmemiş olsalar da Cassâs'ı dolayısıyla İsâ b. Ebân'ı esas aldıklarını göstermektedir.

Debûsî ve Serahsî'nin ileri sürdüğü âhad haberin reddini gerektiren illetlerden ilk üçü, Cassâs'ın ileri sürdükleri ile aynıdır. Onlar dördüncü şartı "aralarında tartıştıkları bir konuyu ilgilendirdiği halde ashabin ihticac etmemiş bulunması" şeklinde ifade etmekte Cassâs'ın beşinci şart olarak ileri sürdüğü aklın gereklerine aykırı olması hususuna ise temas etmemektedirler.<sup>15</sup>

9 Ebû Hanîfe ve İmam Şâfiî'nin bu konudaki görüşlerinin tespiti noktasında daha geniş bilgi için bkz. Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî, *Kitâbu'l-Asl*, Thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Alemu'l-Kutub, Beyrut 1990, III, 68-82; Muhammed b. İdris eş-Şafî, *er-Risâle*, Thk. Ahmed Muhammed Şâkir, Matbbatu Mustafa el-Bâbî el-Halebî, (b.y.) 1940, 365; Ebû Bekr Muhammed b. Ebû Sehl es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, Daru'l-Ma'rife, Beyrut(t.y.), II, 124; Ünal, *İmam Ebû Hanîfe'nin Hadis Anlayışı ve Hanefî Mezhebinin Hadis Metodu*, 134; Ertürk, "Haber-i Vâhid", 349-351.

10 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 63-142.

11 Geniş bilgi için bkz. el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 94-109.

12 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 113.

13 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 113.

14 "Aklın gereklerine aykırı olması" ilkesi İsâ b. Ebân'ın sıraladığı haber-i vâhidin reddini gerektiren sebepler arasında yer almamakta, diğer sebeplerin mütalaası yapıldıktan sonra konunun sonunda Cassâs'ın görüşü olarak yer almaktadır. (Bkz. el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 121- 122).

15 Ebû Bekr Muhammed b. Ebû Sehl es-Serahsî, *el-Usûl*, Tahk: Ebû'l-Vefâ el-Afgânî, Kahraman Yayınları, İstanbul

Hanefî usûlcülerinin literatüründe yer alan “arz” terimini, anlam bakımından yer almakla birlikte Cassâs ve Serahsî'nin kullanmadığı, Debûsî'nin ise kitaba, sabit sünnete ve umûm'ul-belvâda arz ifadesiyle bu terime yer verdiği görülmektedir.<sup>16</sup>

Gerek Cassâs'ın gerekse Debûsî, Serahsî ve Pezdevî gibi diğer Hanefî usulcülerin haber-i vâhidin kabulü konusunda görüş birliği içerisinde oldukları şartlar incelendiğinde bu şartların hadisin muhtevası ile yani metin ile ilgili olduğu görülmektedir. Hanefî usûlcüleri haberlerde biri maddî (zahirî) diğeri manevî (batinî) olmak üzere iki çeşit kopukluğun varlığından bahsetmekte, prensip olarak hadislerin senedindeki maddî inkıtaa fazla önem vermemektedirler.<sup>17</sup> İmam Şâfiî ve Şâfiî usûlcüleri ise özellikle senedin sıhhatine ve muttasıl olmasına aşırı önem vermektedirler.<sup>18</sup> Bu durum, Hanefî ve Şâfiîlerin hadis anlayışları arasındaki temel farklardan birini teşkil etmektedir.

## I. HABER-İ VÂHİDİN REDDİNİ GEREKTİREN SEBEPLER

### 1. HABER-İ VÂHİDİN KUR'AN'A AYKIRI OLMASI

Cassâs, Kur'an'a aykırı olan haber-i vâhidlerin reddini, kitap nassının kesin bilgi gerektirmesi haber-i vâhidlerin ise kesin bilgi gerektirmemesi anlayışıyla gerekçelendirmektedir.

Serahsî de aynı hususu gerekçe göstermektedir.<sup>19</sup>

Cassâs, “Rabbinizden size indirilene uyun”<sup>20</sup> mealindeki ayetin her halükârda Kur'an'a uymanın vucûbuna ve Kur'an'ın hükmüne âhad haberle itirazın caiz olmadığına delalet ettiğini söylemiş ve bunu şu şekilde açıklamıştır: “Kitaba uyma emri nass ile sabit olmuştur, haber-i vâhidin kabulü ise böyle değildir. Bundan dolayı Kur'an'ın haber-i vâhid sebebiyle terk edilmesi caiz olmaz. Çünkü kitaba uymanın lüzumu bilgi gerektiren bir yolla sabit olduğu halde haber-i vâhid sadece amel etmeyi gerektirir. Dolayısıyla kitabın haber-i vâhid sebebiyle terk edilmesi ve haber-i vâhidle kitaba itiraz edilmesi caiz değildir. Bu da ashabımızın “haber-i vâhidlerle kitaba muhalefet edenlerin sözlerinin makbul olmayacağı” şeklindeki görüşünün sahil olduğunu gösterir.”<sup>21</sup> Cassâs, Hz. Peygamber'den nakledilen, hadisçiler tarafından sened ve muhteva yönünden tenkid edilen<sup>22</sup> “Benden gelenleri Allah'ın

1984, I, 364; Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsâ ed-Debûsî, *Takvîmu'l-Edille fî Usûli'l-Fıkh*, Daru'l- Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2001, 196.

16 ed-Debûsî, *Takvîmu'l-Edille*, 196.

17 es-Serahsî, *el-Usûl*, I, 361-364; Apaydın, “Haber-i Vâhid”, 359.

18 İmam Şâfiî'nin “*er-Risale*”sinde haber-i vâhidin delil olabilmesi için ileri sürdüğü şartlar incelendiğinde, bunların râvinin güvenilirliğiyle ilgili olduğu, haberin muhtevasına değinilmediği görülmektedir. (Geniş bilgi için bkz. eş-Şâfiî, *er-Risale*, 369-371) ; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*(İslam Hukuk Metodolojisi) çev. Yunus Apaydın, Klasik Yayınları, İstanbul 1996, I, 258-261; Apaydın, “Haber-i Vâhid”, 359.

19 es-Serahsî, *el-Usûl*, I, 365.

20 7, A'raf, 3.

21 el-Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 28.

22 Apaydın, “Haber-i Vâhid”, 359.

kitabına arz edin, Allah'ın kitabına uygun olan bendendir, Allah'ın kitabına muhalif olan benden değildir.” sözünü delil göstermekte ve “bize göre bu âhad yolla gelen haberler içindir, tevatür yoluyla sabit olan haberlerle Kur'an'ın tahsisi caizdir” demektedir. Cassâs, bu delillerden hareketle “Peygamber size ne verirse onu alın, neyden nehyederse ondan kaçınınız”<sup>23</sup> mealindeki ayeti delil gösterenlerin görüşünün geçerli olmadığını, bir hüküm getirme konusunda sünnetinde tıpkı Kur'an gibi olduğunu, bu sebeple de tevatür yoluyla gelen haberlerle kitabın birbirini tahsis ve neshinin caiz olduğunu belirtmektedir.<sup>24</sup>

Cassâs, kitaba aykırı olan haber-i vâhidlerin reddedilmesi gerekliliğini ashabının görüşü olarak sunmaktadır. Nitekim Ebû Yûsuf'un, Kur'an ve ma'ruf sünnetin asıl kabul edilip bu ikisine tâbi olunmasını, Kur'an ve sünnette açık olmayan şeylerin de bu ikisine kıyas edilmesini ön gördüğü şu ifadelerinden anlaşılmaktadır: “Rivayetler çokça artmıştır. Ma'ruf olmayan ve fıkıh ehlinin bilmediği Kitap ve Sünnete muvafık olmayan rivayetler terk edilir. Şazz hadislerden sakın. Toplumun amel ettiği, fakihlerin bildiği, Kitap ve Sünnete uygun olan hadislere ittiba et ve diğer şeyleri de bunlara kıyasla. Rivayetle gelmiş olsa bile, Kur'an'a uygun olmayan hadisler, Rasulullah'a ait değildir.”<sup>25</sup>

Debûsî, Serahsî ve Pezdevî gibi Hanefî usûlcüleri de Kitaba aykırı haber-i vâhidin reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Serahsî haber-i vâhidin kitaba arzı konusunda “Benden sonra hadisler çoğalacak, siz bunları Allah'ın kitabına arz edin, ona uygun olanları alın, aykırı olanları reddedin.” şeklindeki hadisi delil kabul etmektedir.<sup>26</sup>

Haber-i vâhidin kitaba arzı ve kitaba aykırı olanlarla amel edilmemesi yönünde sahabenin bazı uygulamaları bulunmakla birlikte bu düşüncüyü sistemleştirip kıstas ve prensip haline getirenlerin Hanefî hukukçular olduğu belirtilmektedir.<sup>27</sup>

Cassâs'ın kitaba aykırı olması sebebiyle reddini gerekli gördüğü hadisleri şu şekilde sıralayabiliriz:

#### **a. Fatıma bt. Kays'ın rivayet ettiği nafaka hadisi**

Fâtıma bt. Kays'ın rivayet ettiği bu hadis, hadis kaynaklarında şu şekilde yer almaktadır.

Şa'bî, Fâtıma bt. Kays'ın rivayet ettiği, Allah Rasûlünün kendisine oturma ve nafaka hakkı tanımadığı şeklindeki hadisi aktarıncâ Ömer şöyle demiştir:

Unutup unutmadığını bilmediğimiz bir kadının sözünden ötürü Allah'ın(cc) kitabını ve Peygamberimiz'in(sav) sünnetini terk edemeyiz. Allah Teâla şöyle bu-

23 59, Haşr, 7.

24 el-Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 28-29.

25 Ebû Yûsuf, *er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâi*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut (t.y.), 32.

26 es-Serahsî, *el-Usûl*, I, 364; ed-Debûsî, *Takvîmu'l-Edille*, 196; Pezdevî, II, 695.

27 Apaydın, “Haber-i Vâhid”, 359.

yurmaktadır: “Kadınları boşadığınız zaman onları evlerinden çıkarmayın, kendileri de çıkmasınlar, apaçık bir kötülük yapmaları hali müstesna (65, Talak, 1).”<sup>28</sup>

Cassâs, Fâtıma bt. Kays'ın haberi ile ilgili şunları söylemektedir:

Hammad b. Seleme, Hammad b. Ebî Süleyman, İbrahim yoluyla Ömer Hz. Peygamber'in şöyle söylediğini rivayet etmiştir: “Kadın için oturma ve nafaka vardır.” Eğer bu hadis, sahihse Ömer, Fâtıma bt. Kays'ın haberini âhad oluşu sebebiyle değil, bu illetten dolayı reddetmiştir.<sup>29</sup>

Cassâs, tefsirinde Talak suresinin altıncı ayetinin izahını yaparken bu hususla ilgili şu bilgileri vermektedir:<sup>30</sup>

Hammad b. Seleme, Hammad b. Süleyman'dan o da Şa'bî'den kocasının Fâtıma bt. Kays'ı, bâin talakla boşadığını onun da Hz. Peygamber'e gittiğini ve Hz. Peygamber'in “Sana oturma ve nafaka yoktur.” dediğini rivayet etmektedir. Ben bunu en-Nehâî'ye haber verdim, o da Ömer'in şöyle söylediğini haber verdi: Unuttuğum unutmadığını bilmediğimiz bir kadının sözüyle Allah'ın kitabındaki ayet ve Rasûlullah'ın sözünü terke edecek değiliz. Rasûlullah'ın “Kadın için oturma ve nafaka vardır.” dediğini duydum.

Cassâs, Hz. Ömer'in Fâtıma bt. Kays'ın haberini hadise muhalefetten dolayı reddetmiş olması ihtimalini zikretmekle birlikte, kendi tercihi, ayete muhalefetten dolayı reddetmiş olabileceği yönündedir.

Cassâs, “Onları gücünüz ölçüsünde oturduğunuz yerin bir bölümünde oturtun”<sup>31</sup> ayetinin kadının oturma ve nafaka hakkının varlığına delalet ettiğini ve Fâtıma bt. Kays'ın haberinin bu ayete muhalif olması sebebiyle reddedildiğini belirtmektedir.<sup>32</sup> Serahsî de haberin ayete aykırılıktan reddedildiğini söylerken,<sup>33</sup> Debûsî, kitap ve sünnete dayalı kıyasa muhalefetten reddedildiğini belirtmektedir.<sup>34</sup>

Cassâs, İsâ b. Ebân'ın Hz. Ömer'in “Peygamberimizin sünneti” sözüyle sünnete dayalı kıyası kastettiğini söylediğini belirtmekte ve onun bu hususu şöyle izah ettiğini aktarmaktadır:<sup>35</sup>

Hiz. Ömer de Fâtıma bt. Kays'ın rivayetinin hilafına başka bir hadis bulunmaktaydı. Eğer kendisinde başka bir hadis bulunsaydı hangisinin nasih olduğunu anlamak için Fâtıma bt. Kays'a rivayet ettiği hadisin tarihini sorar, ona göre amel ederdi. Bunu sormamasından kendisinde bu konuda sünnet nassı bulunmadığı anlaşılmaktadır.

28 Muslim, Talak, nr.: 3694; Ebû Dâvûd, Talak, nr.: 2288; Ebû Yusuf, *Kitâbu'l-Âsâr*, 132; İmam Tahâvî, *Şerhü Meâni'l-Âsâr*, Matbaatu'l-Mustafa (b.y.) (t.y), II, 432.

29 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 105.

30 el-Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 459-460.

31 65, Talak, 6.

32 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 114; el-Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 459-460.

33 es-Serahsî, *el-Usûl*, I, 365.

34 ed-Debûsî, *Takvîmu'l-Edille*, 183.

35 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 141-142.

Cassâs'ın Hz. Ömer'in Fâtıma bt. Kays hadisini reddedişini hadise değilde ayete aykırı oluşuna bağlamayı tercih edişinde İsa b. Ebân'ın bu konuda başka bir hadis olmadığı görüşünün etkisi olması mümkündür.

### **b. “Ehlinin kendisi için ağlaması sebebiyle ölü azap görür” hadisi**

Bu hadis, hadis kaynaklarında farklı şekillerde rivayet edilmekte ve geniş değerlendirmeler yapılmaktadır.

“Ehlinin kendisine ağlamasından ötürü ölünün azap göreceğine delalet eden bazı rivayetler mevcuttur.<sup>36</sup> Bazı rivayetlerde İbn Abbas'ın bu hadisi Hz. Aişe'ye aktardığı, Hz. Aişe'nin Rasûllullah'ın böyle bir söz söylemediğini belirttiği, ehlinin ağlamasıyla kâfirin azabının artacağını söylediği yer almaktadır.<sup>37</sup> Bazı rivayetlerde ise Hz. Aişe'ye İbn Ömer'in “ölü ehlinin ağlamasından ötürü azap görür” sözü aktarıncaya, Hz. Aişe'nin “Allah İbn Ömer'i bağışlasın, o yalan söylüyor değildir, ancak unutmuş veya yanılmıştır. Allah Rasûlü, kendisine ağlanan bir cenazenin yanından geçerken, “o kabirde azap gördüğü halde bunlar ağlıyor.” demiştir.” dediği aktarılmaktadır.<sup>38</sup>

Cassâs, “Ehlinin kendisi için ağlaması sebebiyle ölü azap görür.” hadisinin zahirinin “Hiçbir günahkâr başkasının günahını yüklenmez”<sup>39</sup> ayetine aykırı olması sebebiyle reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Cassâs, İbn Abbas ve Hz. Aişe'nin bu hadisi, zikredilen ayete aykırı olması sebebiyle reddettiklerini söylemektedir.<sup>40</sup>

Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*'da “Hiçbir günahkâr başkasının günahını yüklenmez.” ayetini tefsir ederken Hz. Aişe'nin hadisi, bu ayete dayanarak reddettiğini belirtmektedir. Hz. Aişe'nin Hz. Peygamber'in ehlinin kendisine ağladığı bir yahudinin yanından geçerken “O kabirde azap görüyor ve bunlar ona ağlıyor.” dediğini belirttiğini, hadisi bu sebeple reddettiğini ifade etmektedir.<sup>41</sup>

Gerek *Ahkâmu'l-Kur'an*'da gerekse hadis kaynaklarında bu hadisi, Hz. Aişe'nin sadece ayete aykırı olmasıyla değil, aynı zamanda Hz. Peygamber'in sözünün yanlış anlaşılması noktasından da değerlendirdiği görülmektedir. Hz. Aişe hadisin varlığını kabul etmekle beraber konuyla ilgili Hz. Peygamber'in açıklamasının râvi tarafından eksik ve yanlış anlaşılacak şekilde rivayet edildiğini belirtmektedir.

### **c. “Muhammed Rabbini gördü” hadisi**

Cassâs, Hz. Aişe'nin “Kim Muhammed Rabbini gördü diyorsa küfre girmiştir”<sup>42</sup>

36 Muslim, Cenâiz, nr.: 2139, 2147; Nesâi, Cenâiz, nr.: 1847.

37 Tahâvî, *Şerhu Maâni'l-Âsâr*, IV, 105-106.

38 Şeybânî, *el-Muvattâ*, 113.

39 6, En'am, 164.

40 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 113-114, 119.

41 el-Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 28.

42 Buhârî, Tefsîr, nr.: 4855.

çünkü Allah Teâlâ “Gözler onu idrak edemez”<sup>43</sup> buyurmaktadır”<sup>44</sup> sözünü, hadisin ayete aykırılığı sebebiyle reddedileceğine delil olarak sunmaktadır.

Hadis kaynaklarında bu hadis çeşitli şekillerde yer almakta, Hz. Aişe'nin hadisi sadece “Gözler onu idrak edemez.” ayetine değil, “Allah bir insanla ancak vahiy yoluyla veya perde arkasından konuşur yahut bir elçi gönderip izniyle ona dilediğini vahyeder”<sup>45</sup> ayetine ve başka ayetlere de aykırı oluşu sebebiyle reddettiği belirtilmektedir.<sup>46</sup>

Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*'da “Gözler onu idrak edemez.” ayetinin tefsirini yaparken, Allah'ın ahirette görülemeyeceğini açıklamakta, ancak bu hadise ve hadisin ayete aykırılığı konusuna yer vermemektedir.<sup>47</sup>

Cassâs'ın ru'yetullahı reddetmesi meselesi, bazı araştırmacılarca onun Mu'tezile mezhebine paralel sadece iki görüşünden biri olarak değerlendirilirken,<sup>48</sup> diğer bazı araştırmacılarca Mu'tezile mezhebine paralel pek çok görüşünden sadece biri olarak değerlendirilmektedir.<sup>49</sup>

#### **d. Musarrât hadisi**

Cassâs hadisin metnini vermeksizin ve bu konuda herhangi bir açıklama yapmaksızın musarrât hadisinin riba ayetine aykırı olması sebebiyle reddedildiğini belirtmektedir.<sup>50</sup>

Musarrât hadisi kaynaklarda şu şekilde yer almaktadır:

“Koyun ve deveyi (çok sütlü görünsün diye) memelerine süt biriktirerek satmayın. Birisi böyle bir hayvanı satın alırsa, sütünü sağdıktan sonra şu iki durumdan kendisi için iyi olanı tercih eder; isterse onu alıkor, isterse iade eder ve bir sa'y da hurma verir.”<sup>51</sup>

Cassâs musarrât hadisinin ayete aykırılıktan dolayı reddedildiğini söylerken, Serahsî, “Usûl”de kıyasa, “Mebstût”ta ise usûle aykırılıktan dolayı reddedildiğini,<sup>52</sup> Debûsî “*Te'sisu'n-Nazar*”da usûle, “*Takvîmu'l-Edille*”de kıyasa aykırı olduğu için reddedildiğini<sup>53</sup> belirtmektedirler. Usulcüler arasında bu hususta bir birlik olmadığı hatta aynı kişinin bir hadisi bazen bir asla bazen başka bir asla aykırılıktan reddedilebileceğini söylediği görülmektedir. Bazı usulcüler musarrât hadisinin temel

43 6, En'am, 103.

44 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 119; Muslim, İman, I, 415-425.

45 42, Şûrâ, 51.

46 Geniş bilgi için bkz. Muhyiddin Ebû Zekeriyya Yahya b. Şeref en-Nevevî, *el-Minhâc, Şerhu Sahih-i Muslim b. Haccâc*, (m.y.), (b.y.), (t.y.), I, 349-356.

47 el-Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 4-5.

48 Mevlüd Güngör, *Cassâs ve Ahkamü'l-Kur'an*, Elif Matbaası, Ankara, 1989, 164.

49 Şükrü Özen, *Ebû Mansûr el-Mâturidî'nin Fıkıh Usûlünün Yeniden İnşası*, (m.y.), İstanbul 2001, 110-160.

50 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 114.

51 Buhârî, Buyû, nr.: 2148; Muslim, Buyû, nr.: 3809.

52 es-Serahsî, *el-Usûl*, I, 256; *el-Mebstût*, XIII, 41.

53 ed-Debûsî, *Takvîmu'l-Edille*, 182; *Te'sisu'n-Nazar*, 157.

esaslara ve kıyasa aykırı olmadığını dolayısıyla reddedilemeyeceğini belirtmekte ve bu hususun izahını yapmaktadırlar.<sup>54</sup>

Cassâs'ın *Ahkâmu'l-Kur'an*'da ribâ ayetlerinin<sup>55</sup> tefsirinde musarrât hadisine yer vermediği, konuyla ilgili herhangi bir izahta bulunmadığı görülmektedir.<sup>56</sup>

## 2. HABER-İ VÂHİDİN SABİT SÜNNETE AYKIRI OLMASI

Cassâs, tevatür yoluyla gelen sabit sünnetin kesin bilgi gerektirdiğini, kitap nassı gibi olduğunu, bu tür sünnete aykırı bir haber-i vâhidin reddinin gerektiğini belirtmektedir.<sup>57</sup>

Cassâs mütevatir haberi, zorunlu bilgi ifade eden ve zorunlu bilgi ifade etmeyip doğruluğu bir delille sabit olan şeklinde iki kısma ayırmakta, Hanefi usulcülerin meşhur kapsamında değerlendirdiği hadisleri 'zorunlu bilgi ifade etmeyen doğruluğu bir delille sabit olan mütevatir haberler' başlığı altında zikretmektedir.

Cassâs'ın iki kısma ayırdığı mütevatir haberin, zorunlu bilgi ifade eden kısmında rivayete dayalı herhangi bir örnek vermeyerek, rivayete dayalı örnekleri sadece zorunlu bilgi ifade etmeyen kısımda zikretmesi meşhur haber seviyesinde olan haberleri sabit sünnet kapsamında değerlendirdikleri göstermektedir. Cassâs, mütevatir haberin zorunlu bilgi ifade etmeyen ikinci kısmında şu örnekleri vermektedir: "Mest üzerine mesh", "altı şeyin değişiminde fazlalığın haram oluşu", "mut'anın mübah iken haram kılınışı" ve "recm haberleri".

Cassâs bu kısımda sabit sünnete aykırı olan haber-i vâhid konusunda herhangi bir misal göstermemektedir. *Ahkâmu'l-Kur'an*'da yemin ve tek şahitle hüküm verme hakkındaki hadisin "şahit(beyyine) davacıya, yemin ise davalıya aittir." hadisine aykırılığını vurgulamaktadır.<sup>58</sup>

Cassâs, "Allah Rasulü yemin ve tek şahitle hükmetti"<sup>59</sup> hadisinin, Bakara 282. ayette<sup>60</sup> emredilen ihtiyata ve şüpheyi ortadan kaldırma gibi maksatlara muhalif olması sebebiyle Kur'an'a aykırı olması, hadisin sened bakımından illetli olması, ravisi tarafından inkâr edilmesi, hadisin hüküm bildiren genel lafızlarla varid olmaması sebebiyle kabul edilemez olduğunu belirtmektedir.<sup>61</sup>

Serahsî bu konuda "Allah Rasulünün yemin ve tek şahitle hüküm verdiği haberinin", "beyyine davacıya, yemin ise davalıya aittir." mealindeki meşhur sünnete aykırılığı sebebiyle reddedildiğini zikretmektedir.<sup>62</sup>

54 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-Muvakkiin*, I, 366; Abdülkerim Zeydan, *Fıkıh Usulü*, çev. Rûhi Özcan, Yıldızlar Matbaacılık, İstanbul, 1993, 168.

55 3, Âli İmran, 130; 4, Nisa, 161; 2, Bakara, 275.

56 el-Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, II, 37; II, 292; I, 464-471.

57 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 114.

58 el-Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, I, 514-516.

59 Muslim, *Akdiyye*, nr.: 4447.

60 Borçların yazılması ve şahit tutulması ile ilgili ayet.

61 el-Cassâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, I, 514-516.

62 es-Serahsî, *el-Usûl*, I, 367.



Cassâs'ın sabit sünnet kavramı ile ifadelendirdiği hususa Debûsî'nin Hz. Peygamber'den mütevatir ve müstefiz yolla gelen üzerinde icma edilmiş sabit sünnet, Serahsî'nin ise meşhur sünnet ifadesiyle yer verdiği görülmektedir.<sup>63</sup>

### 3. HABER-İ VÂHİDİN UMUMU'L-BELVÂ'DA VARİD OLMASI

Umumu'l-belva genel olarak bütün toplumu ilgilendiren ve herkesin karşı karşıya kalıp hükmünü bilmeye gerek duyacağı var sayılan hususlardır.<sup>64</sup> Hanefiler, diğer usûlcülerden farklı olarak umumu'l-belvâda varid olan âhâd bir haberin kabul edilemeyeceği görüşünü benimsemişlerdir. Debûsî, Serahsî ve Pezdevî gibi Hanefî usûlcüler umumu'l-belva prensibini haber-i vâhidin kabul şartları arasında saymaktadırlar.<sup>65</sup>

Hanefilerde umumu'l-belvâda varid olan haber-i vâhidin reddinin gerekliliği fikrinin ilk defa Ebu'l-Hasan el-Kerhî tarafından ortaya atıldığı ifade edilse de<sup>66</sup> Cassâs'ın ifadelerinden bu konunun Kerhî'den önce İsâ b. Ebân tarafından dile getirildiği anlaşılmaktadır.<sup>67</sup>

Cassâs, İsâ b. Ebân'ın ortaya koyduğu umumu'l-belvâda varid olan bir hadisin reddinin gerekliliği prensibini şu şekilde aklî gerekçelere dayandırmaktadır. “Peygamber(sav) bilinmesi gereken emir ve yasakların hepsini hükümleriyle insanlara bildirmiştir. Peygamber'in bu şekilde bildirmesiyle bunlar müstefiz olarak insanlara aktarılmıştır. Bu konularla ilgili haberler müstefiz olarak aktarılmazsa bu haberlerin mensuh veya aslen sahih olmadığı anlaşılır. Bu tür haberlerin topluluk tarafından aktarılmayıp fertlerle sınırlı kalması mümkün değildir.<sup>68</sup> Serahsî de umumî belvâ prensibini aynı gerekçelere dayandırmaktadır.<sup>69</sup>

Cassâs, herkesin bilmesi gereken bir haberin bir kişiyle sınırlı kalmasının kabul edilemez bir durum olduğunu şu misallerle izah etmeye çalışmaktadır.<sup>70</sup> Camide karışıklık çıkıp insanların öldüğü haberlerinin, topluluktan nakledilmeyip bir kişiden nakledilmesi, Cuma günü selam verdikten sonra, arkasında birçok namaz kılan olmasına rağmen bir adamın imama bir rekat kıldın demesi, gökyüzü açık olduğu halde, herkesin değil, bir kişinin hilali gördüğünü söylemesi kabul edilemez durumlardır. Cassâs'a göre umumu'l-belvâda varid olması sebebiyle reddi gerektiren hadisler şunlardır:

63 ed-Debûsî, *Takvîmu'l-Edille*, 196.

64 Apaydın, “Haber-i Vâhid”, 360.

65 ed-Debûsî, *Takvîmu'l-Edille*, 196-200; es-Serahsî, *el-Usûl*, I, 364-369; Pezdevî, II, 695.

66 en-Neşemî, III, 113; Apaydın, “Haber-i Vâhid”, 360.

67 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 113.

68 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 114-115.

69 es-Serahsî, *el-Usûl*, I, 369.

70 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 115-116.

**a. “Abdestte Allah’ın adını zikretmeyenin abdesti yoktur.” hadisi<sup>71</sup>**

Cassâs, Ebû Hureyre’nin, Peygamber(s.a.v.)’den şöyle rivayet ettiğini nakleder: “Abdestte besmele çekmeyenin abdesti yoktur.”<sup>72</sup> Cassâs, bu hadisin reddinin gerekliliğini şu şekilde açıklamaktadır: bu haberin zahiri Allah’ın ismi zikredilmeden alınan abdestin bâtil olduğunu göstermektedir. Eğer bunun hükmü böyle olsaydı, diğer farzlar gibi herkesin bilmesi gerekirdi. Çünkü bütün bunlar tek kişinin değil, genelin ihtiyacı olan konulardır.<sup>73</sup>

**b. “Bir ölüyü yıkayan kimse yıkansın, taşıyan abdest alsın.” hadisi**

Cassâs, râvisini zikretmeden hadis metnini vermekte ve herhangi bir açıklamada bulunmamaktadır.<sup>74</sup> Hadis kaynaklarında hadis çeşitli şekillerde zikredilmekte Cassâs’ın kullandığı hadis metni kaynaklarda şu şekilde yer almaktadır. Ebû Hureyre Rasûlullah’ın şöyle söylediğini rivayet etmiştir. “Kim ölüyü yıkarsa yıkansın, kim taşırsa abdest alsın.”<sup>75</sup>

**c. Erkeğin cinsel organına dokunmasından dolayı abdest almak gerektiğini bildiren hadis**

Cassâs, hadisin râvisini ve metnini zikretmemektedir. Hadis, kaynaklarda şu şekilde yer almaktadır. Mervan b. el-Hakem, Busra binti Safvan’ın Rasûlullah’tan şöyle rivayet ettiğini aktarır: “Sizden kim tenâsül uzvuna dokunursa abdest alsın.”<sup>76</sup> Cassâs, erkeğin cinsel organına dokunmasından dolayı abdest almak gerekli olsaydı abdestsiz namaz kılma durumu söz konusu olacağından, idrar ve dışkıda olduğu gibi Peygamber(s.a.v.)’in herkese açıklaması gerekirdi, demektedir.<sup>77</sup> Serahsî’nin erkeğin cinsel organına dokunmasıyla ilgili hadisi aynı gerekçeyle hem umumu’l-belvâ prensibine aykırılıktan hem de kitaba aykırılıktan reddettiği görülmektedir.<sup>78</sup> Cassâs ve kendisinden sonra gelen Debûsî, Serahsî ve Pezdevî gibi Hanefî usulcüler haber-i vâhidin reddini gerektiren hususlar hakkında görüş birliğinde olmalarına karşın, ele aldıkları bir hadisin reddedilme gerekçeleri konusunda farklı görüşler ileri sürmektedirler. Birisi, bir hadisi, kitaba aykırılıktan dolayı reddederken başka birisinin aynı hadisi kıyasa veya sabit sünnete veya usule aykırılıktan dolayı reddettiği görülmektedir.

Hanefî usulcülerin sıkça kullandıkları “asıllara aykırılık” ifadesiyle neyi kasettikleri konusunda bir kesinlik bulunmadığı görülmektedir.<sup>79</sup> Cassâs, asılların kitap, sabit sünnet ve ittifak (icma) olduğunu belirtmektedir. Pezdevî, bunları ki-

71 İbn Mâce, Tahâra, nr.: 397; Tirmizî, Tahâra, nr.: 25.

72 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 115.

73 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 115.

74 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 115.

75 Ebû Dâvûd, Cenâiz, nr.: 3160; Tirmizî, Cenâiz, nr.: 993.

76 Ebû Dâvûd, Tahara, nr.: 179; Nesâî, Tahârat, nr.: 163-164; Tirmizî, Tahârea, nr.: 82.

77 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 122, III, 115.

78 es-Serahsî, *el-Usûl*, I, 365-368

79 Ünal, *Ebû Hanîfe’nin Hadis Anlayışı*, 150.

tap, ma'ruf sünnet, umûm-ı belvâ ve sahabenin ileri gelenlerinin bir şey üzerindeki muvafakatı olarak dört grupta toplamaktadır.<sup>80</sup> Bu asılların bizzat teşriî kaynakların kendisi değil fakat muhtelif şer'î nasslardan istinbat edilmiş genel asıllar olduğu da söylenmiştir.<sup>81</sup> Yani bu umumî asıllar ile teşriî kaynakları arasında ayırım yapılarak teşriî kaynağın hayatın bütün yönlerinde gerekli olan nassların alındığı kaynak olduğu, umumî asılların ise şer'î nasslardan çıkartılmış dinin ruhu ve genel maksatlarına uygun küllî kaideler olduğu bildirilmiştir.<sup>82</sup>

#### **d. Kadına dokunmaktan dolayı abdest almak gerektiğini bildiren hadis<sup>83</sup>**

Cassâs, ilgili hadisi zikretmemekte, umumu'l-belvâ prensibinden dolayı reddedilmesi gereken hadisler arasında sadece konunun adını vermekle yetinmektedir.<sup>84</sup>

#### **e. Ateşin temas ettiği şeyden<sup>85</sup> dolayı abdest almak gerektiğine dair hadis**

Cassâs, Ebû Hureyre'nin rivayet ettiği "Ateşin temas ettiği şeyden dolayı abdestin gerekliliği" hakkındaki hadisi, İbn Abbas'ın "Biz ateşte kaynatılan suyla abdest alıyoruz" diyerek reddettiğini belirtmektedir.<sup>86</sup> Cassâs, Ebû Hureyre'nin rivayet ettiği gibi bir hadis mevcut olsa idi, bu hadisi umumun ihtiyacından dolayı herkes naklederdi demektedir.

Cassâs ravilerle ilgili durumları anlattığı kısımda İbn Abbas'ın bu hadisi "kıyasa" aykırı bulduğu için reddettiğini ifade etmekte, İsâ b. Eban'ın da İbn Abbas'ın **hadisi kıyasa aykırı bulduğu için reddettiği görüşünde olduğunu belirtmektedir.**<sup>87</sup>

#### **f. Rukû da ellerin kaldırılması hadisi**

Cassâs, hadis metnini vermeksizin, umumu'l-belva prensibinden dolayı reddedilen hadisler arasında hadisin konusunu zikretmekle yetinmektedir. Cassâs, bu hadis sabit olsa idi naklinin mütevatir olması gerekirdi demektedir.<sup>88</sup> Serahsî'de rukûda ve rukûdan başı kaldırdıktan sonra ellerin kaldırılması haberini, herkesin ihtiyaç duyduğu bir konuda naklin meşhur olması gerektiği ilkesine aykırılıktan dolayı reddetmektedir.<sup>89</sup> Ebû Yusuf rükûda ellerin kaldırılmaması konusunda Ebû Hanife, Hammad ve İbrahim kanalıyla şu hadisin geldiğini nakleder; "Namazın girişindeki ilk tekbirde ellerini kaldır, bunun dışındaki yerlerde ellerini kaldırma."<sup>90</sup>

80 Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Huseyn el-Pezdevî, *Kenzu'l-Vusûl ilâ Ma'rifeti'l-Usûl* (Keşfu'l-Esrar Hamişinde) Şirket-i Sahafiyeye-i Osmaniyeye Matbaası, İstanbul 1308, III, 115.

81 Ali el-Hafif, *Muhâdarât fî Esbâbi'l-İhtilâfi'l-Fukahâ*, Mısır, 1956, 72.

82 ed-Dümeynî, Müsfir Azmullah, *Makâyîsü Nakdi Mutûni's-Sünne*, (m.y.), Riyad, 1984, 457.

83 Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî, *Kitâbu'l-Âsâr*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1994, 162.

84 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 115.

85 Cassâs'ın "ateşin temas ettiği şeyden dolayı abdest" ibaresiyle yer verdiği metin, bazı kaynaklarda "ateşte kızartılan eti yemekten dolayı abdest" ibareleriyle de yer almaktadır (Bkz. İbn Kuteybe, *Te'vilü Muhtelifi'l-Hadis*, 177). Biz Cassâs'ın kullandığı ibareyi kullanmayı tercih ediyoruz.

86 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 119.

87 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 127-128.

88 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 119.

89 es-Serahsî, *el-Usûl*, I, 369.

90 Ebû Yusuf Yakub b. İbrahim el-Ensârî, *Kitabu'l-Âsâr*, Matbaatu'l-İstikâme, Kahire 1355, 20-21.

### **g. Zulyedeyn Hadisi**

Peygamber(s.a.v.) dört rekâtlı bir namazın iki rekâtında selam verince, Zulyedeyn isimli bir sahabî “Ya Rasûlallah namaz mı kısaltıldı yoksa siz mi kısalttınız?” diye sormuş, bunun üzerine Hz. Peygamber, Ebû Bekir ve Ömer’e “Zulyedeyn’in söylediği doğru mu?” diye sormuş, onlarda “evet” cevabını vermiştir.<sup>91</sup> Hadis, hadis kaynaklarında da benzer ifadelerle yer almaktadır.<sup>92</sup> Cassâs, Zulyedeyn hadisini âdeten topluluğun bilmesi gereken bir olayı tek kişinin haber vermesinin kabul edilemezliğine delil olarak göstermektedir.<sup>93</sup>

## **UMUMU’L-BELVÂ İLKESİNE İTİRAZLAR VE CASSÂS’IN CEVAPLARI**

Cassâs, umumu’l-belvâ prensibine aykırı olması sebebiyle reddedilen hadisleri sunduktan sonra, umumu’l-belvâ prensibini reddedenlerin görüşlerine yer vermekte ve onların fikirlerine çürütmeye çalışmaktadır. Cassâs, kendi görüşüne muhalif görüşte olan kimselerin kim olduğunu belirtmemekte ve “denilirse” kelimesini kullanarak muhalif görüşleri zikretmektedir. Diğer mezheplere mensup usulcülerin çoğunluğuna göre, bir haberin umumu’l-belvâda varid olması o haberin hüccet sayılmasına engel teşkil etmez ve böyle haber-i vâhidler makbuldür. Gazzâlî bu hususta şunları söylemektedir. “Kerhî ve bazı rey ehlinin aksine umumu’l-belvâda varid olmuş haber-i vâhid makbuldür. Çünkü âdil kişinin naklettiği -doğruluğu mümkün olan- her haberin tasdik edilmesi gerekir. Mesela cinsel organa dokunmakla ilgili hadisi âdil bir kişi nakletmiştir ve doğru söylemesi mümkündür. Biz bu haberi nakleden kişinin kesinlikle yalancı olduğunu söyleyemeyiz. Ancak bir kişi -mesela bir valinin pazarda öldürülmesi, bir vezirin azli ve Cuma günü cami-de Cuma namazı kılmaktan alıkoyan bir olayın meydana gelmesi gibi veya güneş tutulması, zelzele veya büyük bir yıldızın düşmesi gibi- yaygınlık kazanmaması âdeten imkânsız olan bir şey naklederse durum değişir. Çünkü bütün bu olaylar vuku bulduğu takdirde hemen yaygınlık kazanacak türde olaylardır ve bunların gizli kalması mümkün değildir.”<sup>94</sup>

Cassâs umumu’l-belvâda haber-i vâhidin kabul edilebilirliği düşüncesinde olanların ileri sürdükleri bazı iddialara yer vermekte ve bunları cevaplandırmaktadır.

1. Hayz kadınlar açısından umumu’l-belvâdır. Ancak süresinin nakli müstefiz/meşhur olarak gelmemiştir.<sup>95</sup> Cassâs’ın cevabı: “Kadın hayız gördüğünde namazı terk etmesi ve hayzın en az üç en fazla on gün sürmesi hususu müstefiz nakille gerçekleşmiştir. Peygamber(s.a.v.)’in, Hamne binti Cahş’a “Altı yedi gün hayız olursun kadınların her ay olduğu gibi” demesi, mutad olanın altı yedi gün olma-

91 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 115.

92 Buhârî, *Âhâd*, nr.: 7250; Muslim, *Mesâcid*, nr.: 1288; Tahâvi, *Şerhu Maâni’l-Âsâr*, I, 570-571.

93 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 115.

94 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 115.

95 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 115.

sındandır. Ümmet hayızın en az üç, en fazla on gün olduğu ve üç günden az on günden fazla olanın bunun dışında görüldüğü konusunda ittifak etmiştir. Bu mütevatir nakilledir” şeklindedir.<sup>96</sup> Burada Cassâs’ın müstefiz ve mütevatir kelimelerini Hanefilerdeki ma’ruf sünnet kavramında olduğu gibi genel anlamıyla yaygınlaşmış haber anlamında kullandığı anlaşılmaktadır.

2. Peygamber(sav) Arafat vakfesinde büyük bir kalabalık halinde bulunmasına rağmen, Arafat vakfesinden sonraki telbiyesinde ihtilaf vardır. Cassâs’ın cevabı: Kimse Peygamber(sav)’in vakfeden sonra telbiye getirmediğini rivayet etmemiş, topluluk akabe cemresini taşıyana kadar telbiye getirdiğini rivayet etmiştir. Telbiye fiili burada vucûbiyet ifade etmez, fazilet ve kurbet ifade eder. Peygamber(sav)’in bunu ümmete açıklayıp bildirmesi gerekli değildir. Çünkü terki de caizdir.<sup>97</sup>

3. Vitrin vucûbu, cünüplükte mazmaza ve istinşâkın vucûbu umumu’l-belvâ ile ilgili olduğu halde haber-i vâhid ile gerçekleşmiştir.<sup>98</sup> Cassâs’ın cevabı: Burada bizim söylediklerimize aykırı bir şey yoktur. İnsanlar Hz. Peygamber’in bunları yaptığı konusunda ihtilaf etmemiş, vucûbiyeti konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bazıları vucûbiyet değil nedb ifade eder demiştir.<sup>99</sup> Serahsî bu konularda Hz. Peygamber’in fiili meşhur olmuştur demektir.<sup>100</sup> Umumu’l-belvâda haber-i vâhidin geçerli olduğunu kabul edenler, bu örneklerin, âmmenin ihtiyacı olan konularda naklin yaygınlaşmasına itibar edilmediğini gösterdiğini belirtmekte, Hz. Peygamber’in ummun ihtiyacı olan konulardaki bazı bilgileri herkese değil, ilim ve itkan sahiplerine has kılmasının mümkün olduğunu belirtmektedirler.<sup>101</sup> Cassâs buna iki şekilde cevap verilebileceğini belirtmektedir:<sup>102</sup>

a. Aslında sizin söyledikleriniz, bizim söylediklerimizin doğruluğunu ispatlar. Çünkü fıkıh ve dirayet ehlinin çoğunluğu umumu’l-belvâda varid olan haber-i vâhidin terk edilmesi gerektiği görüşündedir.

b. Peygamber(sav) ihtiyaç duydukları şeyleri herkese açıklamakla emrolunmuştur. Namazın, zekâtın, orucun, cünüplük guslünün öğretilmesini bir kısmına tahsis etmemiş, herkese bildirilmiştir. Umumun ihtiyaç duyduğu diğer konularda bunun gibidir. Bu konularda nakil ancak tevatür ve istifada yoluyla olabilir.

#### 4. HABER-İ VÂHİDİN MÜSLÜMANLARIN TATBİKATINA UYMAYAN HABERLER OLMASI

Cassâs’ın bu başlık altında verdiği bazı örnekler incelendiğinde bunların umumu’l-belvâdan ne farkı olduğu sorusu akla gelmektedir. Hz. Peygamberin “ak-

96 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 115.

97 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 116.

98 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 116-117.

99 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 116-117.

100 es-Serahsî, *el-Usûl*, I, 369.

101 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 116-117.

102 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 117.

şam ve diğer namazlarda kunut okuduğu” haberi gibi ancak genel olarak bakıldığında umumu’l-belvâ ile ilgili verilen örneklerin daha çok ibadetlerle bağlantılı olduğu görülmektedir.

Cassâs, Îsâ b. Ebân’ın bu hususta şöyle söylediğini kaydetmektedir: İnsanların amellerinin hilafına âhad haberler varid olmuştur. Sahabenin önde gelenleri ve ondan sonrakiler bu illetten dolayı bazı âhad haberleri reddetmişlerdir.<sup>103</sup>

Bu hususta şu haberler zikredilmektedir.<sup>104</sup>

1. Hz. Peygamber’in “Akşam ve diğer namazlarda kunut dualarını okuduğu” haberi.

2. Seleme b. Muhbik’in hadisi. Cassâs, hadisi şu şekilde aktarmaktadır: Seleme b. Muhbik, karısının cariyesi ile cimada bulunan bir kimsenin durumu hakkında Hz. Peygamber’e soru sormuş, Hz. Peygamber şöyle cevaplandırmıştır: “Eğer zorlamayla cimada bulunmuşsa cariye azad olur ve onun mislini hanımına borçlanır. Cimada bulunması cariyenin itaatı ile gerçekleşmişse cariye kendisinin olur ve mislini hanımına borçlanır.” Cassâs ilim ehli bunun hilafına ittifak etmiştir, demektedir. Serahsî, bu hadisin kitap, sünnet ve icmaa aykırı olduğu ve sahih kıyasın bu hadisi reddettiğini belirtmektedir.<sup>105</sup> Tahâvî, bu hadisin bütün ulemaya göre mensuh olduğunu belirtir.<sup>106</sup>

3. Hz. Ömer’in, Ebû Mûsâ el-Eş’arî tarafından rivayet edilen isti’zan hadisini reddetmesi. Hadis kaynaklarda şu şekilde yer almaktadır: Ebû Sa’îd el-Hudrî şöyle aktarmaktadır: Ben Ensar meclisinde idim. Ebû Mûsa korkmuş bir halde geldi ve şöyle dedi: Ben Ömer’in yanına girmek için üç kez izin istedim, izin verilmeyince geri döndüm. Sonra Ömer bana: “Seni girmekten alıkoyan nedir?” diye sordu. Ben de “Üç kez izin istedim, izin verilmeyince geri döndüm. Allah Rasulü şöyle buyurdu: Sizden biriniz üç kez izin isteyince kendisine izin verilmezse geri dönsün, dedim.” Bunun üzerine bana: “Allah’a yemin olsun ki buna dair bana bir delil getireceksin dedi. Aranızda bunu Peygamber’den duyan kimse var mı?” diye sordu. Ubeyy b. Ka’b şöyle dedi: Allah’a yemin olsun ki şu topluluğun en küçüğü kalkıp sana şahitlik edecek.” Ben o topluluğun en küçüğü olduğum için kalkıp onunla birlikte Ömer’e gittim, Allah Rasulünün bunu söylediğini bildirdim.<sup>107</sup>

Cassâs, Îsâ b. Ebân’ın bu hadisi insanların amellerinin hilafına varid olan hadislerden saydığını ve onun, Hz. Ömer’in bu davranışını genelin muhtaç olduğu bir bilginin bir kişiye mahsus olmasını yadırgadığı şeklinde izah ettiğini belirtmektedir.

103 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 117.

104 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 117.

105 es-Serahsî, *el-Usûl*, I, 369.

106 Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed et-Tahâvî, *Muhtasar İhtilâfî’l-Ulema*, Beyrut 1996, III, 294; *Şerhu Maâni’l-Âsâr*, III, 34.

107 Buhârî, *İsti’zân*, nr.: 6245; Tirmizî, *İsti’zân*, nr.: 2690.

Cassâs bu kısımda İsa b. Ebân'ın görüşlerini destekler mahiyette uzun açıklamalar yapmaktadır. Biz bu açıklamaları konuya yeni bir şey katmadığı ve konunun uzamasına sebep olduğu düşüncesiyle burada zikretmenin faydalı olmayacağı düşüncesindeyiz.

Çalışmamız esnasında gördüğümüz üzere Cassâs genellikle polemikçi bir tavırla kendi görüşünü ispat etmek ve muhaliflerinin görüşlerini çürütmek amacıyla kanaatimizce gereksiz yere meselelerin uzamasına sebep olmaktadır.

## 5. HABER-İ VÂHİDİN AKLIN GEREKLERİNE AYKIRI OLMASI

Cassâs'a göre aklın gereklerine aykırı olma, âhad haberlerin reddi için bir sebeptir. Çünkü akıl hüccettullahtır. Aklın gereklerine zıd olan haberler fâsittir, kabul edilemez. Aklın delaleti ise sabittir ve sahihtir. Akla aykırı görünen haberler mümkünse yorumlanır.<sup>108</sup>

Cassâs haber-i vâhidin reddini gerektiren zikretmiş olduğumuz diğer sebepleri İsa b. Ebân'a dayandırarak sunarken aklın gereklerine aykırı olan âhad haberlerin reddi ilkesini kendi görüşü olarak sunmaktadır.

Serahsî ve Debûsî'nin de haber-i vâhidin red sebepleri arasında bu gerekçeye yer vermedikleri dikkat çekmektedir.

Aklî ilkelere aykırı olan haberlerin kabul edilmemesi gerektiği Mu'tezile tarafından en çok vurgulanan hususlardandır.<sup>109</sup> Araştırmalara göre hadislerin akla uygun olma kriterine tâbî tutulması anlayışı aslında sahabe dönemine dayandırılmakta, İbn Abbas ve özellikle Hz. Aişe'nin, Ebû Hureyre ile diğer bazı sahabilerin birtakım rivayetlerine itirazları bu açıdan değerlendirilmektedir. Ebû Hanîfe ve öğrencilerinin hadisleri değerlendirmede böyle bir kıstası dikkate aldıklarını gösteren kendilerinden nakledilen sarîh bir haber olmasa da, fikhî meselelerde delil olarak kabul ettikleri hadisler ve bunların yorumları dikkate alındığında akla uygunluğu esas aldıklarına dair pek çok örnek zikretmek mümkündür.<sup>110</sup> Cassâs'ın akıl kriterini zikredip araştırabildiğimiz diğer bazı Hanefî usulcülerin bu hususa temas etmemeleri onların bu esasa uygun davranmadıkları anlamına gelmese de Cassâs'ın haber-i vâhidin reddini gerektiren sebepler arasında bu esası dile getirmesinin akla önem vermesi noktasında ayrıcalıklı bir husus olduğu kanaatindeyiz.

Cassâs haber-i vâhidin reddini gerektiren hususlar konusunda İsa b. Ebân'ın görüşlerinin özeti verdiğini belirterek bunlar benim ve ashabımın görüşüdür demektedir.

108 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 122.

109 Kâdî, *Fadlu'l-İ'tizâl*, 139 (Geniş bilgi için bkz. Hansu, *Mu'tezile ve Hadis*, 81-85, 136). Mu'tezile içerisinde Basrî bu konuda ihtiyatlı davranarak akla aykırı görünen haberlerin hemen reddedilmemesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Ona göre, akli ilkelere aykırı bir haber, zorlama olmaksızın yorumlanabiliyorsa yorumlanmalı, yorum ilkeleri çerçevesinde çelişkisi giderilemeyen haberler reddedilmelidir (bkz. el-Basrî, *el-Mu'temed*, II, 152-153).

110 Ünal, *Ebû Hanîfe'nin Hadis Anlayışı*, 88-89.

Cassâs'ın haber-i vâhidin kabul şartları konusunda ileri sürdüğü incelemeye çalıştığımız bu dört şartın hadisin/haberinin metni/muhtevası ile ilgili olduğu açıkça görülmektedir. Cassâs ve kendisinden sonra gelen Hanefî usulcüler, hadisçiler ve diğer usulcüler gibi hadisin kabul şartları olarak sened incelemesine girişmemişlerdir. Cassâs ravilerle ilgili şartları ayrı bir başlık altında değerlendirmiş ve ravileri üç grupta sınıflandırmıştır.<sup>111</sup>

Cassâs üç grupta incelediği ravilerin en üst grubunda yer alan, rivayetleri selef tarafından tenkide uğramayan, âdil, ilim taşıyıcılığı, zabt ve itkanla maruf olma gibi sıfatlara sahip olanların haberlerinin dahi kitap, sünnet ve icmaa uygun olma şartıyla kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bu durum hadisin kabulünde metnin öncelikli olup isnadın daha sonra geldiğinin önemli bir göstergesidir.

Cassâs'ın yaptığı sınıflandırmanın getirdiği sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür.

1. grupta yer alan, rivayetleri selef tarafından tenkide uğramayan, adil, ilim taşıyıcılığı, zabt ve itkanla maruf ravilerin rivayetleri, kıyasa takdim edilir.

2. grupta yer alan, zabt ve itkanla maruf olmayan ve ilim taşıyıcısı olarak tanınmayan, sika ravilerin kendisinden hadis aktardığı ravilerin rivayetleri kıyasa aykırı olmadıkça kabul edilir, yani kıyas tercih edilir.

3. grupta yer alan, tanınan ancak selefin rivayetlerini şüphe ile karşıladığı ravilerin rivayetleri kıyasa aykırı olmadıkça kabul edilir, yani kıyas tercih edilir.

Bu değerlendirmeden ravisi hangi özellikte olursa olsun asıllara muhalif hiçbir âhad haberinin kabul edilemeyeceği, kıyas ve haber-i vâhidin tercih edilmesi noktasında ise ravinin özelliklerinin etkili olduğu anlayışı ortaya çıkmaktadır.

## SONUÇ

Cassâs âhâd haber ifadesi ile tek kişinin haberini kastetmektedir. Araştırmamızda da âhâd haber aynı anlayışla değerlendirilmiştir.

Cassâs haber-i vâhidin reddini gerektiren hususlarda İsa b. Ebân'ın görüşlerine yer vermekte ve 'bunlar benim ve ashabımın görüşleridir' demektedir.

Cassâs'ın İsa b. Ebân'ın görüşlerine aykırı bir tutum içerisinde bulunmadığı, genel olarak onun görüşleri çerçevesinde bir yaklaşım sergilediği dikkat çekmekle beraber kendine has yeni fikirler ileri sürdüğü de görülmektedir.

Cassâs'a göre şu durumlarda haber-i vâhidin reddi caizdir: Kur'an'a aykırı olması, sabit sünnete aykırı olması, umumu-l belvâda vârid olması, insanların hilafına amel ettikleri haberler olması ve aklın gereklerine aykırı olması.

111 el-Cassâs, *el-Fusûl*, III, 135-136.



“Aklın gereklerine aykırı olma” ilkesinin, Cassâs'ın görüşlerinden önemli ölçüde etkilendiği İsa b. Ebân'ın ve Cassâs'tan etkilenen Debûsî ve Serahsî'nin yer vermediği bir ilke olduğu dikkat çekmektedir. Cassâs'ın haber-i vâhidin reddini gerektiren sebepler arasında bu esası dile getirmesi, akla önem vermesi noktasında ayrıcalıklı bir husustur.

Debûsî ve Serahsî'nin haber-i vâhidin reddini (aklın gereklerine aykırı olma hariç) aynı illetlere dayandırmaları, zikretmemiş olsalar da Cassâs'ı, dolayısıyla İsa b. Ebân'ı esas aldıklarını göstermektedir.

Haber-i vâhidin kitaba arzı ve kitaba aykırı olanlarla amel edilmemesi yönünde sahabenin bazı uygulamaları bulunmakla birlikte, bu düşüncüyü sistemleştirip prensip haline getirenlerin Hanefî hukukçular olduğu anlaşılmaktadır.

Debûsî, Serahsî ve Pezdevî gibi Hanefî usulcüler umumu-l belvâ prensibini haber-i vâhidin kabul şartları arasında saymaktadırlar. Hanefîler, diğer usulcülerden farklı olarak umumu-l belvâda vârid olan âhâd bir haberin kabul edilemeyeceği görüşünü benimsemişlerdir.

Cassâs'ın râvilerle ilgili değerlendirmelerinden; râvisi hangi özellikte olursa olsun asıllara muhalif hiçbir âhâd haberin kabul edilemeyeceği, râvinin özelliklerinin ancak kıyas ve haber-i vâhidin birbirlerine tercih edilmesinde etkili olduğu anlaşılmaktadır.

Gerek Cassâs'ın gerekse Debûsî, Serahsî ve Pezdevî gibi diğer Hanefî usulcülerin haber-i vâhidin kabulü konusunda görüş birliği içerisinde sundukları şartlar incelendiğinde, bu şartların hadisin muhtevası ile yani metin ile ilgili olduğu görülmektedir. Bu durum Hanefî ve Şâfiîlerin hadis anlayışları arasındaki temel farklılardan birini teşkil etmektedir.



# İLK DÖNEM ŞÂFİÎ FÜRÛ-İ FIKIH LİTERATÜRÜNÜN GELİŞİMİ\*

Yrd. Doç. Dr. Muhittin ÖZDEMİR\*\*

**Özet:** Şâfiî fûrû-i fikh literatürü, İmam Şâfiî'nin kaleme aldığı eserlerle doğmuş ve fikh düşüncesine paralel olarak eserleri de iki evrede gelişim göstermiştir. İmam Şâfiî, fûrû-i fikh alanında *el-Ümm* ve *el-İmlâ/el-Emâlî*'yi telif etmiştir. *el-Ümm*, mezhebin ilk fûrû' eseri olarak mezhebin ana kaynağını teşkil etmiştir. *el-İmlâ/el-Emâlî*, günümüze ulaşmadığı için mahiyetleri ve bunların aynı eser mi yoksa ayrı eserler mi oldukları hakkında bir kanaat sahibi olmak mümkün görünmemekte, ancak ayrı oldukları ihtimali ağır basmaktadır. Şâfiî'nin eserlerini, öğrencileri Büveytî ve Müzenî'nin kaleme aldıkları muhtasarlara takip etmiştir. *Muhtasaru'l-Büveytî*, rafine bir eser özelliğine sahip olmaktan uzaktır. *Muhtasaru'l-Müzenî*, uzun yıllar süren titiz bir çalışma neticesinde telif edilmiş, içerik ve şekil bakımından oldukça başarılı bir metin olmuş, kendisinden sonra kaleme alınan eserleri çeşitli yönlerle etkilemiş ve bu özellikleriyle ilk dönem literatürünün en rafine eseri olma özelliğine sahip olmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Şâfiî, literatür, fûrû-i fikh, Büveytî, Müzenî

## The Development of Shafi'i's Literature of Furû' al-Fiqh in The First Period

**Abstract:** Shafi'i's literature of furû' al-fiqh emerged by Shafi'i's works. His works has developed in two phases in paralel to the idea of jurisprudence. Shafi'i wrote al-Umm and al-İmlâ/al-Emali in the field of furû' al-fiqh. al-Umm, as the first book of his law school, constituted the main source of Shafi'i's school. It is not clear whether the al-İmlâ and the al-Emali are the same work or different works and it is also not known their characteristic features because they are not exist today. But the general idea that they are different works. Shafi'i's books were followed by the Mukhtasars of Buwaytî and Muzanî. Mukhtasar of Buwaytî does not seem an important work. As to Mukhtasar of Muzanî, it was written after a comprehensive study that had been continued over many years. It is very successfull text in terms of form and content and influenced later works with various aspects therefore became the most crucial work of early literature of Shafi'i school.

**Keywords:** Shafi'i, literature, furû' al-fiqh, al-Buwaytî, al-Muzanî

## GİRİŞ

Şâfiî mezhebinin doğuşundan itibaren mezhebin usûlü çerçevesinde fûrû' eserleri kaleme alınmıştır. Mezhep imamı Muhammed b. İdris eş-Şâfiî'nin usûl alanında olduğu gibi fûrû' alanında da eser vermiş olması, daha sonra kaleme alınacak fûrû' eserleri için önemli bir örnek teşkil etmiştir. Mezhep imamının kaleme aldığı eserler ekseninde daha sonra imamın öğrencileri eserler kaleme almış,

\* 7-9 Mayıs 2010 tarihlerinde, Diyarbakır'da düzenlenen "Uluslararası İmam Şâfiî Sempozyumu"nda sunulmuş tebliğin geliştirilmiş halidir.

\*\* Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuku Öğretim Üyesi.

fürû-i fıkıh eserlerinde zamanla önemli bir birikim meydana gelmiş ve hem şekil hem muhtevâ açısından daha başarılı eserler vücut bulmuştur. Mezhebin ilk fürû-i fıkıh eser örneklerinin oluştuğu bu dönemi ve bu dönemin temel eserlerini anahatlarıyla tanıtmak önemli bir ameliye olacaktır. Mezhebin daha sonraki dönemlerinde kaleme alınacak eserlere örnek teşkil edeceği için bu eserlerin çok yönlü incelenmesi, mezhebin doğuş mantalitesinin kavranması adına önemli bir çalışma olacaktır. Böylece mezhebin doğuş dönemini ve bu dönemin eserlerini karakteristik yönleriyle tanıtmak, mezhebin anlaşılmasına bir nebze olsun katkı sağlayacaktır.

## I. ŞÂFİÎ FÜRÛ-İ FIKİH LİTERATÜRÜNÜN DOĞUŞ DÖNEMİ VE BU DÖNEMİN GENEL YAPISI

Şâfiî fürû-i fıkıh literatürünün doğuş dönemi, İmam Şâfiî'nin müstakil müctehid fakih olarak ilim sahnesine çıktığı 195/811'den başlar, Rebi' b. Süleymân el-Murâdî'nin vefat ettiği 270/884'le sona erer<sup>1</sup>. Dönem, kendi içinde üç önemli kırılma yaşamıştır: *el-Kadîm* evresi, *el-kavlu'l-cedîd* evresi ve Şâfiî'nin vefatından sonra fikhî müktesebatını ders ve eser vererek aktarmaları rolünü üstlenen öğrencilerin çalışmalarından meydana gelen evre. Bu üç evreyi kısaca değerlendirdikten sonra dönemin eserlerini incelemeye çalışacağız.

İmam Şâfiî'nin fikhî birikiminin kökleri gerilere dayanmakla beraber, bağımsız ictihad kimliği 189/804 yılında ilk Bağdat ziyareti dönüşüne tekabül eden zamanlarda oluşmaya başlamıştır<sup>2</sup>. Mescid-i Haram'da ilmi halka oluşturmuş ve kendi fıkıh anlayışını farklı bir mantaliteyle öğretmeye koyulmuştur. 189/804 ile 195/811 yılları arası Şâfiî için hazırlık ve oluşum yılları olmuştur<sup>3</sup>. İmam Şâfiî tam bağımsız bir fakih olarak ilim dünyasına, *el-kadîm* görüşlerini ilan etmeye başladığı 195/811 tarihi itibarıyla katılmıştır. Bu tarih, aynı zamanda onun, İslâm dünyasının kalbi Bağdat'a yaptığı ikinci ziyaretin ilk adımını oluşturmuştur<sup>4</sup>. İmam Şâfiî 197/813 yılında Mekke'ye gitmesine, 198/814 yılında da Bağdat'a dönmesine rağmen görüşlerinde bir farklılaşma olmamıştır. Yani; 195/811 ile 199/815 yılları arasında, zaman ve zemin farklılığı yaşamasına rağmen görüşlerinde herhangi bir değişim yaşanmamıştır<sup>5</sup>.

1 "Doğuş dönemi" şeklindeki isimlendirme ve bu dönemin başlangıç ve bitiş zamanları için Ekrem Yüsun Ömer el-Kavâsimî'nin tespitlerinden yararlandık (el-Kavâsimî, Ekrem Yüsun Ömer, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmî-Şâfiî*, Dâru'n-Nefâis, Ürdün 1323/2003, s. 299-321).

2 el-Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmî-Şâfiî*, s. 299.

3 Abdusselam, Ahmed Nahrâvî el-İndûnîsi, *el-İmâmuş-Şâfiî fî Mezhebeyhi'l-Kadîm ve'l-Cedîd*, y.y., Kahire 1408/1988, s. 433.

4 el-Beyhâkî, Ebû Bekir Ahmed b. el-Hüseyin, *Menâkibuş-Şâfiî* (thk. es-Seyyid Ahmed es-Sakr), I-II, Mektebetu Dâri't-Turâs, Kahire 1390/1970, c. 1, s. 220.

5 İmam Şâfiî, 198/814 yılında üçüncü ve son kez Bağdat'a gelince el-Kerâbisî (248/862), Irak eserlerini kendisine okumasını istemiştir. Şâfiî de bu talebi reddetmiş ancak ez-Za'ferânî (260/874)'ye yönlendirmiştir. Mısır'a dönüş zamanına oldukça yakın olan bu dilimde, eğer görüşlerinde bir değişim olsaydı, el-Kerâbisî'yi ez-Za'ferânî'ye yönlendirmezdi (ed-Dakr, Abdülğani, *el-İmâmuş-Şâfiî Fakihuş-Sunneti'l-Ekber*, Dâru'l-Kalem, Dimaşk 1407/1987, s. 148).

*el-Kadîm*in genel olarak İmam Mâlik'in mezhebine uyum gösterdiği yaklaşımını<sup>6</sup> benimsemekle beraber; *el-kadîm*, İmam Mâlik'in fıkıh anlayışı ve Ahmed b. Hanbel'in mezhebi arasında köklü ilişkiler olduğu kanısındayız. Şâfiî'nin *el-kadîmi* Mâlik'in izlerini taşımakta, İbn Hanbel de *el-kadîm*in talebesi<sup>7</sup> olduğuna göre bunlar arasında üçlü bir örgü mevzubahistir ve bu konu hala netliğini kazanmış değildir<sup>8</sup>.

İmam Şâfiî, 199/815 yılının sonlarına doğru Mısır'a gitmiş, vefat (204/820)'ına kadar burada kalmış ve fikhî görüşlerine nihaî şeklini vermiştir. Mısır'da yoğun telif ve tedris faaliyetlerini sürdüren Şâfiî, ictihadlarının tamamına yakınına değıştirmiş, önceki kitaplarını bu yeni ictihadları ekseninde tekrar yazmış, görüşlerinin yayılmasında en büyük paya sahip Mısırlı öğrencilerini yetiştirmiştir. Şâfiî'nin "rivayet edene hakkımı helal etmiyorum"<sup>9</sup> diyecek şekilde eski görüşlerinden (*el-mezhebu'l-kadîm/el-kadîm*) vazgeçerek çok yönlü nedenlerden dolayı çok daha yeni ictihadlarla fikhî müktesebatını kemale erdirdiği ve buna göre öğrenci yetiştirip eser yazdığı nihaî görüşlerine *el-mezhebu'l-cedîd/el-kavlu'l-cedîd* denmiştir. Şâfiî'nin bu yeni görüşleri, Mısır'da yazdığı ve günümüze kadar gelen *er-Risâle*'de ve *el-Ümm*'de yer almıştır.

İmam Şâfiî'nin görüşlerinin *el-kadîm* ve *el-cedîd* şeklinde tefrik edilip adlandırılması, Mısır doktrininin öncekinden ayırt edilmesini sağlamak ve muhtemel karışıklığın önüne geçmek gayesiyle mezhebin önde gelenleri tarafından yapılmıştır. İmam Şâfiî'nin müstakil müctehid imam olarak ilim sahnesine çıkması, İmam Ebû Hanîfe (150/767) ve İmam Mâlik (179/795) gibi mezhep önderlerine nisbeten yeni (*cedîd*) bir atılımdır ama Mısır'da fikhî görüşlerini kemale erdirmesine nisbeten eskidir (*kadîm*)<sup>10</sup>. Bu ayırım Şâfiî'nin görüşlerinin gelişimini ifade eden kavramsal bir çerçevedir. İmam Şâfiî'nin fikhî görüşleri ve Şâfiî mezhebinin temel kaynağı, herhangi bir ikilemi kabul etmeyecek şekilde bir tek bütünden oluşmuştur<sup>11</sup>.

Müctehid imamlar ve bu düzeye ulaşmamış diğer fakihler, zaman zaman bir takım görüşlerinden vazgeçmiş, bir başka görüşü benimsemişlerdir ve son ulaştıkları görüş artık kendi görüşü olarak kabul görmüştür. Ancak İmam Şâfiî kadar ictihadlarında radikal bir değışim yaşamış bir başka müctehid yoktur. İmam Şâfiî'nin fikhî ictihadlarının *el-kadîm* ve *el-cedîd* şeklinde ikiye ayrılıp isimlendirilmesinin muhtemel nedenleri şunlardır:

- 
- 6 el-Kürdî, Muhammed b. Süleyman, *el-Fevâidu'l-Medeniyye fî Beyâni İhtilâfi'l-Ulemâi mine-Şâfiyye* (thk. Muhammed Ali b. Hüseyin el-Mâlikî), el-Mektebetu'l-İslâmiyye, Diyarbakır t.y., s. 240; Ahmed Ali, Muhammed İbrahim, *el-Mezhebu'l-cedîd-Şâfiyye*, Kral Abdulaziz Üniversitesi Dergisi, Sayı 2, sayfa 1-24, Riyâd 1398/1978, s. 4.
- 7 İbn Kâdi Şühbe, Takiyuddîn Ebû Bekr b. Ahmed el-Esedî ed-Dumaşkî, *Tabakâtu'l-Fukahâi-Şâfiyye* (thk. Ali Muhammed Ömer), I-II, Mektebetu's-Sekâfeti'd-Diniyye, Kahire t.y., c. 1, s. 26.
- 8 Aybakan, Bilal, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 159.
- 9 Kürdî, *el-Fevâidu'l-Medeniyye*, s. 240.
- 10 Abdusselam, *el-İmâmu-Şâfiî fî Mezhebeyhi'l-Kadîm ve'l-Cedîd*, s. 215-218.
- 11 Bu ayırıma dikkat çeken en-Nahrâvî, Şâfiî'nin Irak'ta dile getirdiğine ve yazdıklarına *el-kadîm*, Mısır'dakilerine *el-cedîd* denildiğini, yoksa mezhebin iki ayrı çizgide seyretmediğini, tek olduğunu ve ikincisinin bulunmadığını kaydetmiştir (Abdusselam, *el-İmâmu-Şâfiî fî Mezhebeyhi'l-Kadîm ve'l-Cedîd*, s. 218).

1. *el-Kadîmin* ve *el-kavlu'l-cedîdin* iki farklı coğrafyada yeşermesi.

2. Hem *el-kadîme* ait hem *el-kavlu'l-cedîde* ait eserleri kaleme almış olması. Şayet sadece birine ait eserleri kaleme almış olsaydı görüşleri iki ayrı isim altında zikredilmezdi.

3. Eski öğrencilerinin kendisiyle birlikte Mısır'a gelmeyiip Bağdat'ta kalmaları ve böylece eski görüşlerini ve eserlerini rivayet etmeleri, Mısır'da da yeni görüşlerini ve eserlerini rivayet edecek öğrenciler edinmesi ve böylece iki ayrı merkezin oluşması. Yani; eğer bir tek yerde kalsaydı ve öğrencileri de aynı kişiler olsaydı görüşleri iki farklı isim altında değerlendirilmezdi<sup>12</sup>.

İmam Şâfiî'nin icthadlarının iki ayrı isim altında zikredilmesinin muhtemel nedenleri bu şekilde olmakla beraber, onun görüşlerini değiştirmesine neden olan amiller de bulunmaktadır. Şâfiî'nin icthadlarının tümüne yakınıni değiştirmesinin ve yeni sonuçlara ulaşmasının pek çok nedeni olmakla beraber başlıcalarını şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Daha önce karşılaşmadığı ve icthadları için hukûkî zemin oluşturacak sünnet malzemesine ve âsâra (sahâbe ve tâbiûn görüşleri) ulaşması<sup>13</sup>.

12 Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmi'sh-Şâfiî*, s. 306-307.

13 "İmam Şâfiî, Mısır'da yeni bir ortam görünce görüşlerini değiştirdi" iddiası (örneğin Emin, Ahmed, *Duhâ'l-İslâm*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, I-III, Beyrut 1351-1355/1933-1936, c. 2, s. 221), fıkıh ilminin gelişimiyle bağdaştırılması zor olan bir yaklaşımdır. Bu, aynı zamanda hayatının büyük bir kısmını Küfe'de geçiren Ebû Hanîfe'yi, Hac ibadeti dışında Medine'den ayrılmayan İmam Mâlik'i, noksanlıkla nitelendirebilecek bir kurgudur. Bir mezhep imamının sadece çevresel faktörlerden dolayı görüşlerini belirlediği ya da değiştirdiği yaklaşımı, fıkıh ilminin kaynak kavramını kavramaktan yoksundur. Bu çerçevede, İmam Şâfiî'nin görüşlerini değiştirmesinin en önemli nedeni, bu şıkta dile getirdiğimiz gibi yeni sünnet ve âsar birikimine muttali olmasıdır. Muhtemelen Şâfiî'nin zihninde berraklaşmamış pek çok problem de böylece çözümünü bulmuştur. Şâfiî Mısır'da, talebeleri Amr b. Ebî Seleme ed-Dîmaşki (214/829) ve Bişr b. Bekr el-Bucelî ed-Dîmaşki et-Tinnîsi (205/820) sayesinde İmam Evzâi (158/774) fıkıhıyla tanışmıştır. Hâkezâ; döneminin tartışmasız Mısır imamı olan Leys b. Sâd (175/791)'in fıkıh anlayışına, başta gelen öğrencisi Yahyâ b. Hassân et-Tinnîsi (208/823) sayesinde muttali olmuştur. Bu iki ekolün yanında İmam Mâlik'in Mısır'ı yurt edinmiş iki büyük öğrencisi Eşheb b. Abdilazîz (204/820) ve Abdullah b. Abdilhakem (210/825)'le tanışması da önemli bir gelişme olmuştur. Şâfiî, bunlarla kurduğu diyalog neticesinde yeni hadislere, sahabe kavillerine ulaşmış ve bu malzeme, İmam'ın kitabı ve sünneti tekrar yorumlamasında etkili olmuştur. Bu birikim, böylece, Şâfiî'nin icthadlarını yenilemesinde ve daha da berraklaştırmasında büyük bir rol oynamıştır (Beyhâkî, *Menâkibu'sh-Şâfiî*, c. 2, s. 313-323; el-Askalânî, *el-İmâm el-Hâfız Şihâbüddin Ahmed b. Ali b. Muhammed İbn Hacer, Tevâli't-Te'sîs li-Meâlî Muhammed b. İdrîs* (thk. Ebû'l-Fidâ Abdullah el-Kâdî), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1406/1986, s. 62-73; el-Yûsuf, Muhammed et-Tayyîb b. Muhammed b. Yûsuf, *el-Mezheh inde'sh-Şâfiyye ve Zikru Bâdi Ulemâihim ve Kutubihim ve Istilâhâtihim*, Dâru'l-Beyânî'l-Hadîse, Tâif/Kahire 1421/2000, s. 64; Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmi'sh-Şâfiî*, s. 308). Ayrıca Şâfiî'nin, İmam Mâlik'in onaltı hadis dışında herhangi bir hadise muhalefet etmediği düşüncesinin değişmesi, "Mâlik'in aslı benimseyip fer'i terk ettiği, fer'i benimseyip aslı terk ettiği" kanaatinin perçinlenmesi, Mağrib taraflarında Mâlik'in sarığıyla duaya çıkılması haberinden dehşete kapılması ve Mısırlı Mâlikîlerin aşırı taassupkar tavırlarından derinden sarsılması, onun düşüncelerini yenilemesinde etkili olmuştur (Askalânî, *Tevâli't-Te'sîs*, s. 147-148; es-Safedî, Selahuddin Halîl b. Aybek, *el-Vâfi bi'l-Vefeyât* (thk. S. Dering), Franz Steiner Verlag GMBH, Wiesbaden 1974, c. 2, s. 177; Dakr, *el-İmâmu'sh-Şâfiî Fakihû's-Sünneti'l-Ekber*, s. 159-160; Yûsuf, *el-Mezheh inde'sh-Şâfiyye*, s. 38-41). Bu değerlendirmelere; "öyleyse İmam Şâfiî'nin fıkıh anlayışı, sünnet ve âsar birikiminin tümüne ulaşamadığı ve diğer muhitlerdeki örf ve adetleri bilmediği için eksik kalmıştır" şeklinde yapılabilecek bir itirazla şöyle cevap verilebilir: Birincisi; Şâfiî, döneminin önemli İslâm merkezlerinde (Filistin, Mekke, Medine, Yemen, Bağdat, Mısır, Bağdat-Mısır hattı) kalmış ve buradaki örf ve adete beşeri ilişkilere tanıklık etmiştir. İkincisi; gerçekten Şâfiî sünnet malzemesinin tümüne muttali olamamış ve bir insanın tek başına bu birikime sahip olamayacağını ama bunun âlimlerin tümünden de müstağni kalamayacağını belirtmiştir (eş-Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs, *er-Risâle*, (thk. Ahmed Muhammed Şâkir), Mektebetu Dârî't-Turâs, Kâhire 1426/2005, s. 128-129). İmam Şâfiî, elde edemediği ve fıkıh anlayışında yer veremediği özellikle sahih hadislerin varlığından duyduğu kaygıyı "izâ sahha'l-hadîs fehuvu mezhebi" (bir hadis sahih olunca, o hadis benim mezhebim-

2. Eskiden kullandığı kıyâstan daha nitelikli bir kıyâsı benimsemesi ve bunu hukûk alanında kullanması.

3. Daha önce hiç görmediği yeni bir muhit, örf-adet ve beşeri ilişki türleriyle karşılaşması ve bu çevre faktörünün onun hukuk anlayışını etkileyecek izler bırakması<sup>14</sup>.

İmam Şâfiî, Mısır'da ictihadlarını gözden geçirirken sadece fürû-i fıkıh alanında değil usûl alanında da değişikliğe gitmiştir<sup>15</sup>. Şâfiî'nin *er-Risâleyi* yeniden yazması, Beyhakî (458/1066)'nin de *er-Risâletu'l-kadîme (el-İrâkiyye)* ve *er-Risâletu'l-cedîde (el-Mısriyye)*'yi iki ayrı kitap halinde zikretmesi bu düşüncenin temelini teşkil etmektedir<sup>16</sup>. Fahreddin er-Râzî (606/1210)'nin, *er-Risâlenin* Mısır'da tekrar yazıldığını ve her ikisinde de faydalı pek çok bilginin bulunduğunu aktarması<sup>17</sup> ve İbn Hacer el-Askalânî (852/1448)'nin de benzer bilgiyi kaydetmesi<sup>18</sup>, bu düşüncenin teyidini teşkil etmektedir.

İmam Şâfiî, Mısır'da ictihadlarını ve eserlerini yenilerken eserlerinin bir kısmının içeriğine dokunmamış, olduğu gibi bırakmış ve öğrencilerinden bunları okumasını istemiştir. Beyhakî (458/1066) bu durumu şu şekilde dile getirmektedir:

İmam Şâfiî, Irak'ta el-Hasan b. Muhammed b. es-Sabbâh ez-Za'ferânî (260/874)'nin rivayet ettiğinden daha fazla eser kaleme almıştır<sup>19</sup>... Sonra Mısır'da

dir/sahih hadis benim mezhebimdir" ifadeleriyle dile getirmiştir. Yani; sahih hadislerin tümüne ulaşamadığının bilincinde olarak, kendisinden sonra bir sahih hadis bulunursa ve kendi görüşünün de buna ters olduğu tespit edilirse, hadisin gereğinin yapılması ve kendi görüşünün terk edilmesi gerektiğini ısrarla vurgulamıştır (İbn Ebî Hâtim er-Râzî, el-İmâmu'l-Celîl Ebû Muhammed Abdurrahman, *Âdâbuş-Şâfiî ve Menâkibuhû* (thk. Muhammed Zâhid b. el-Hasan el-Kevserî, thk. Abdulğani Abdulhâlik), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003, s. 50, 51; en-Nevevî, Ebû Zekeriyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref ed-Dımaşkî, *el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb liş-Şirâzi* (thk. Muhammed Necib el-Mutî'i), I-XXIII, Dâru İhyâit-Turâsî'l-Arabî, Kahire 1415/1995, s. 104). Böylece Şâfiî, elde edemediği sahih bir hadis için böyle bir formül çizerek kendi anlayışında bir bütünlük oluşturmuştur. Bunu değerlendiren İmam Nevevî, İmam Şâfiî'nin fıkıh anlayışında yer vermediği her sahih hadisin varlığı durumunda bu tavrın sergilenmemesi ve öncelikle bu özellikte bir hadisi görenin müctehid olması gerektiğini söylemiştir. Ardından bu seviyedeki bir ilim adamında, Şâfiî'nin ve öğrencilerinin kitaplarının ve görüşlerinin tümünü iyice mütâlaa ettikten sonra, Şâfiî'nin bu sahih hadise ulaşmadığı ya da sıhhatinden emin olamadığı için fıkıhında yer vermediği kanaatinin hâkim olması gerektiğini belirtmiştir. Bunun da oldukça zor ve nadir olduğunu söylemiştir. Çünkü Şâfiî'nin gördüğü ve bildiği pek çok hadisin bulunduğunu ve bunların zâhirine göre amel etmediğini kaydetmiştir. Şâfiî'nin bu durumda; mutlaka tenkit (ta'n), nesih, tahsis, tevîl ve benzeri mekanizmalardan birini işlettiğini ileri sürmüştür (Nevevî, *el-Mecmû'*, s. 105-106). Görüldüğü gibi İmam Şâfiî, *el-kadîmi* bırakıp *el-kavlu'l-cedîdî* oluştururken, fıkıh anlayışının temellendirilmesinde bir bütünlük örneği sergilemiş ve kendisinden sonra da sürekli işleyecek bir formül inşa ederek fıkıh anlayışını canlı tutmayı hedeflemiştir.

- 14 Kâdızâde, Abdulazîz Abdulkadir, *el-İmâmuş-Şâfiî ve'l-Mesâilu'l-letî U'tumidet min Kavlihi'l-Kadîm*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, el-Câmiatu'l-İslâmiyye Külliyyetü'ş-Şerîa, Medine 1404/1984, s. 33, 289-290; Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmiş-Şâfiî*, s. 307.
- 15 Ahmed Nahrâvî Abdusselam, Şâfiî'nin fıkıh anlayışının fürûda değişim geçirdiğini, ancak usûlün değişiminin çok daha zor olduğunu, dolayısıyla Şâfiî'nin usûl anlayışının varlığını koruduğuna inandığını kaydeder (*el-İmâmuş-Şâfiî fi Mezhebeyhi'l-Kadîm ve'l-Cedîd*, s. 219-220). Bu düşüncenin haklılığına inanmakla beraber, Şâfiî'nin fıkıh anlayışını her iki alanda da bir değişim süzgecinden geçirdiğine kanaat getirmekteyiz. Usûl alanında yenilenme daha zordur ama Şâfiî'nin, fürû alanında gösterdiği radikal tavır düzeyinde olmayan bir tavrı usûlünü yenilemiştir. Bu konudaki en büyük dayanağımız Şâfiî'nin, Mısır'da *er-Risâle*'yi tekrar yazması ve sonraki dönemlere her iki nüshanın nakledilmesidir (Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 246; Şâkir, *er-Risâle*, (nâşirin önsözü), s. 7-13).
- 16 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 246.
- 17 Râzî, Muhammed b. Ömer b. el-Hüseyn Fahrüddin, *Menâkibu'l-İmâmiş-Şâfiî* (thk. Ahmed Hacâzî es-Sakkâ), Dâru'l-Cil, Beyrut 1413/1993, s. 147.
- 18 Askalânî, *Tevâli't-Te'sis*, s. 154.
- 19 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 255.

bunları, şu birkaç kitap hariç tekrar yazmıştır: *Kitâbu's-siyâm*, *kitâbu's-sadâk*, *kitâbu'l-hudûd*, *kitâbu'r-rehni's-sağîr*, *kitâbu'l-icâre*, *kitâbu'l-cenâiz*. *el-Mezhebu'l-cedîd*de kendisinden bunları ders almayı emrederdi. Sonra bunların içinde ictihadını değiştirdiklerinin yakılmasını emretmiştir. Muhtemelen bir başka yerde dile getirdiğiyle yetinmek için artık bunlardan vaçgeçmiştir<sup>20</sup>.

Bu rivayeti değerlendiren İbn Hacer el-Askalânî, eski ictihadlarının bir kısmının yeni kitaplarında varlığını koruduğunu kaydetmiştir<sup>21</sup>. Muhammed İbrahim Ahmed Ali de bir takım rivayetlerden hareketle, Şâfiî'nin *el-mezhebu'l-cedîd*inde *el-mezhebu'l-kadîme* ait bazı fıkıh bablarının yer aldığını dile getirmiştir<sup>22</sup>. Dolayısıyla İmam Şâfiî'nin, Mısır'da kaleme aldığı eserlerinin bazı bablarına dokunmadığı ve olduğu gibi bıraktığı sonucuna ulaşmaktayız.

Doğuş döneminin son halkasını, 204/820'de vefat eden Şâfiî'nin fıkıh birikiminden beslenen, onun ictihad ve istinbat yöntemini esas alan öğrencilerinin gayretleri oluşturmuştur. Rebî' b. Süleyman el-Murâdî (270/884), 240/854 yılında hac mevsiminde Mekke'de ez-Za'ferânî (260/874)'yle karşılaşmış, selamlaştıktan sonra ona şöyle söylemiştir:

Ey Ebû Ali, sen doğuda ben batıda bu ilmi –Şâfiî'nin ilmini- yayacağız<sup>23</sup>.

Bu anekdot onun öğrencilerinin çabalarını özetlemektedir.

İmam Şâfiî'nin öğrencileri Irak ve Mısır şeklinde iki merkezde kümelenmişlerdir. İlginç bir şekilde Iraklı öğrencileri Mısır'da, Mısırlı öğrencileri de Irak'ta Şâfiî'ye talebelik yapmamışlardır. Şâfiî'nin Iraklı (*el-kadîm*) öğrencileri şunlardır: Za'ferânî (260/874), Kerâbîsî (245/860), Ebû Sevr (240/854), Ahmed b. Hanbel (241/855), Ebû Ubeyd el-Kâsım b. Sellâm el-Lügavî (224/839). Mısırlı (*el-mezhebu'l-cedîd*) öğrencileri ise şunlardır: Büveytî (231/846), Müzenî (264/878), Rebî' b. Süleyman el-Murâdî (270/884), Ebû Bekr Abdullah b. Zübeyr el-Humeydî (219/834), Harmele b. Yahya (243/858), Muhammed b. Abdillâh b. Abdilhakem (268/882), Rebî' b. Süleyman el-Cîzî (256/869), Yûnus b. Abdilâlâ es-Sadeî (264/878)<sup>24</sup>. Bir ilim adamının en son ulaştığı ve ölümüne en yakın olan görüşleri artık kendisiyle özdeşleşen nihai görüşleridir. Şâfiî'nin muteber ve nihai ictihadları

20 Beyhakî, *Menâkibu's-Şâfiî*, c. 1, s. 256.

21 Askalânî, *Tevâlî'te-Te'sis*, s. 155.

22 Ahmed Ali, *el-Mezheb inde's-Şâfiyye*, s. 5, 6.

23 Beyhakî, *Menâkibu's-Şâfiî*, c. 2, s. 360; Nevevî, *Tehzibu'l-Esmâ ve'l-Luğât* (thk. Ali Muhammed Muavvad/Âdil Ahmed Abdulmevcûd), I-(el-Esmâ)-II-(el-Luğât), Dâru'n-Nefâis, Beyrut 1426/2005, s. 275-276.

24 eş-Şirâzî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Ali b. Yûsuf el-Firûzabâzî, *Tabakâtu'l-Fukahâ* (thk. Ali Muhammed Ömer), Mektebetu's-Sekâfeti'd-Diniyye, Kahire 1418/1997, s. 97-101; İbn Sübkî, Tâcuddîn Ebû Nasr Abdulvehhâb b. Ali b. Abdilkâfi, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ* (thk. Mahmûd Muhammed et-Tanâhî/Abdulfettâh Muhammed el-Hulû), I-X, Dâru İhyâ'il-Kutubi'l-Arabiyye, Kahire t.y., c. 1, s. 27-63, 67-71, 74-80, 93-109, 114-117, 117-126, 127-131, 132-139, 140-143, 153-160, 162-170, 170-180; el-İsnevî, Cemâluddîn Ebû Muhammed Abdurrahîm b. el-Hasan b. Ali b. Ömer el-Emevî, *Tabakâtu's-Şâfiyye* (thk. Kemâl Yûsuf el-Hût), I-II, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1422/2001, c. 1, s. 21-32; İbn Kesîr, İmâduddîn İsmâîl b. Ömer, *Tabakâtu's-Şâfiyye* (thk. Abdulfettâh Mansûr), I-II, Dâru'l-Medâri'l-İslâmiyye, Beyrut 2004, c. 1, s. 113-115, 117-120, 123-124, 129-132, 135-138, 139-141, 141-142, 144-145, 148-149, 153-155, 163-164; İbn Kâdî Şühbe, Takiyuddîn Ebû Bekr b. Ahmed el-Esedî ed-Dimaşkî, *Tabakâtu'l-Fukahâ'i's-Şâfiyye* (thk. Ali Muhammed Ömer), Mektebetu's-Sekâfeti'd-Diniyye, Kâhire t.y., c. 1, s. 25-40.



*el-kavlu'l-cedîd* olduğuna göre; İslâm dünyasının farklı muhitlerinden gelen ilim gönüllüleri, Şâfiî'nin fikhî ictihadlarını ve eserlerini onun Mısırlı öğrencilerinden almışlardır. İmam Şâfiî'nin fıkıh anlayışının çeşitli coğrafyalara yayılması, Mısırlı öğrencileri sayesinde olmuştur. Iraklı öğrencilerinden en geç vefat eden öğrencisi ve *el-kadîmin* en güçlü ravisi olan Za'ferânî'nin etkisi zamanla zayıflamış ve ölümlüyle de bu ark tamamen kurumuştur<sup>25</sup>. Şâfiî'nin bütününe yakınına değiştirdiği görüşlerinin kendisine mal edilmesi ve ölümünden sonra da sürdürülmesi beklenemezdi.

Mısır'da İmam Şâfiî'ye, onu iyi şekilde anlayacak, ictihadlarını ve eserlerini kuvvetli bir şekilde ezberleyecek, kendisinden sonra onun koyduğu ilkelere göre hüküm çıkarımında bulunacak ve çeşitli merkezlerden gelen öğrencilere onun fıkıh birikimini kâmilan aktaracak öğrenciler nasip olmuştur. Bir anlamda Mısır, Şâfiîliğin merkezi olmuştur. Şâfiî'nin pek çok öğrencisi arasında Büveytî (231/846), Müzenî (264/878) ve Rebî' el-Murâdî (270/884) en önemlilerini oluşturmuştur<sup>26</sup>.

İmam Şâfiî, ölümüyle neticelenen hastalığı döneminde, öğrencilerinin en faiki ve yaşça en büyüğü olan Ebû Yakub el-Büveytî'yi ders halkasının başına geçirmiştir<sup>27</sup>. Büveytî'den sonra sırasıyla Müzenî ve Rebî' el-Murâdî ders halkasını devralmışlardır. Büveytî, toparlayıcı, fıkıhta türünün ilk örneği olan *el-Muhtasarı* kaleme alan<sup>28</sup> ve ölümüne inancından ödün vermeyen isim olarak dikkat çekmişken, Müzenî mutlak ictihad düzeyinde fıkıh ilmine hâkim<sup>29</sup>, dâhiyane münazaracı<sup>30</sup> ve daha sonra kaleme alınacak Şâfiî fürû-i fıkıh eserlerinin örnek alınacağı *el-Muhtasarı* telif etme yönüyle temayüz etmiştir. Rebî' b. Süleyman el-Murâdî'ye fıkıhçı kimliği baskın olmamakla beraber<sup>31</sup>, mezhebin hafızası olarak Şâfiî'nin görüşlerini ve eserlerini nakletmede en büyük paya sahip olmuştur<sup>32</sup>.

25 İbn Nedîm, Ebû'l-Ferec Muhammed b. Ebî Yakûb İshâk, *el-Fihrist* (thk. Yûsuf Ali Tâvil), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1422/2002, s. 354.

26 Aybakan, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, s. 160.

27 Beyhakî, *Menâkibu'sh-Şâfiî*, c. 2, s. 338; el-Abbâdî, Ebû Âsım Muhammed b. Ahmed, *Kitâbu Tabakâti'l-Fukahâi'sh-Şâfiyye/Das Klassenbuch Der Gelehrten Safiiten* (nşr. Gösta Vitestam), Leiden: E. J. Brill, 1964, s. 7; Şîrâzî, *Tabakâtu'l-Fukahâ*, s. 98; Nevevî, *Tezhibu'l-Esmâ ve'l-Luğât*, el-Esmâ, s. 133/*el-Mecmû'*, c. 1, s. 111; Askalanî, *Tevâli't-Te'sis*, s. 181.

28 Abbâdî, *Kitâbu Tabakâti'l-Fukahâi'sh-Şâfiyye*, s. 8.

29 Müzenî'nin fıkıh ilmindeki yeri hakkında bazı akademik çalışmalar yapılmıştır. Ulaşabildiğimiz çalışmalar şunlardır: 1. Muhammed Nebîl Genâyim, *el-Müzenî ve Eseruhu fi Fikhi'sh-Şâfiî* (Yüksek lisans, Kahire Üniversitesi İslâm Hukuku Bölümü, Kahire 1972/Dâru'l-Hidâye, 1419/1998 yy), 2. Mahmud Ali Muslih Sirtâvî, *el-İmâm Ebû İbrahim el-Müzenî ve Eseruhu fi Fikhi'sh-Şâfiî* (Doktora, Ezher Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kahire 1976), 3. Nâsir Muhyidin Nâcî, *el-İmamu'l-Müzenî ve Muhâlefetuhu li'l-İmami'sh-Şâfiî fi Kitâbi'l-Muhtasar* (Yüksek lisans, Ümmü'l-Kurâ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mekke 1409/1988), (Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmami'sh-Şâfiî*, s. 314).

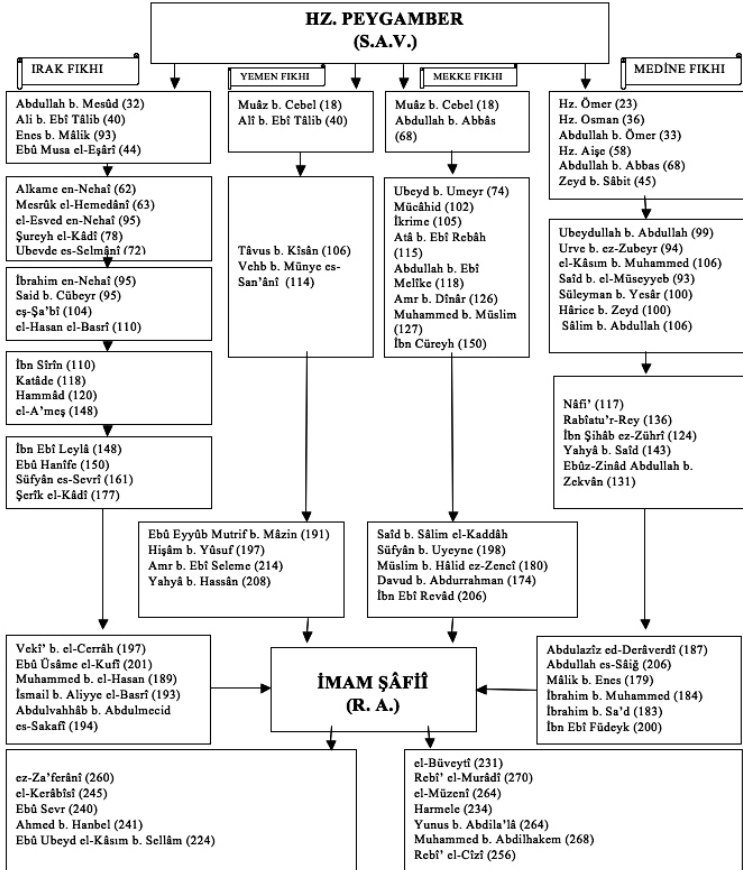
30 İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi'sh-Şâfiyye*, c. 1, s. 27.

31 Melchert, Christopher, *The Formation of the Sunni Schools of Law 9th-10th Centuries C.E.*, Leiden: E. J. Brill, 1997, s. 81; Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmami'sh-Şâfiî*, s. 209.

32 Nevevî, *Tezhibu'l-Esmâ ve'l-Luğât*, el-Esmâ, s. 275-276. Rebî' b. Süleyman el-Murâdî'nin rivayetlerinin öne çıkmasının pek çok nedeni arasında şu üç nokta önem kazanmaktadır: 1. Güçlü hıfzı ve bunun yanında büyük dikkat sahibi olması. 2. 174/790 yılında doğan Rebî', 270/884 yılında vefat etmiş, Şâfiî'den sonra 66 yıl yaşamış ve böylece uzun ömrü, rivayetinde önem kazanmasını sağlamıştır. 3. İmam Şâfiî'nin öğrencileri arasında hocasıyla en uzun süre beraber kalan kişi olması (Beyhakî, *Menâkibu'sh-Şâfiî*, c. 1, s. 242-243; Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmami'sh-Şâfiî*, s. 209-210).

Rebî' b. Süleyman el-Murâdî'nin vefat tarihini (270/884), doğuş döneminin bitiş noktası olarak tayin etmeyi yeğledik. Bu tarihten sonra artık mezhebin gelişimi, bir başka ifadeyle klasik mezhep formuna bürünme süreci başlamıştır. Doğuş döneminin bir takım özellikleri bulunmaktadır. Bu dönemde ne İmam Şâfiî'nin kendisi ne de öğrencilerinden herhangi biri, kadılık vazifesini icra etmiştir. Bu dönemde kadılık görevini Hanefî fakihler elinde bulundurmışlardır. Ebû Yüsuf (182/798)'la başlayan kazâ vazifesi, İmam Muhammed (189/804) ve onun ardından da Yahya b. Eksem (242/856) ve Ahmed b. Ebi İmrân (280/893) tarafından sürdürülmüştür<sup>33</sup>. Bu dönemin bir başka özelliği, usûl-i fıkıh alanında herhangi bir eserin kaleme alınmamış olmasıdır. İmam Şâfiî'nin öğrencileri fıkıh usûlü için *er-Risâle*'yle yetinmişler, onu okumuş, okutmuş ve hüküm çıkarımı için örnek almışlardır<sup>34</sup>. Bu dönemin bir başka özelliği de, Şâfiî fıkıh âlimlerini tanıttakak tabakât türü eserlerin kaleme alınmamış olmasıdır<sup>35</sup>.

**Tablo 1: İmam Şâfiî'nin Kaynakları ve Öğrencileri**



33 Kavâsimi, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmami-Ş-Şâfiî*, s. 316.

34 Müzenî'nin *er-Risâle*'den faydalanması hakkındaki ifadeleri için bkz. Beyhaki, *Menâkiku-Ş-Şâfiî*, c. 1, s. 236.

35 Kavâsimi, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmami-Ş-Şâfiî*, s. 318.

Mezhebin doğuşu sürecinde, katı bir Şâfiî olan Ebû Süleyman Davud b. Ali el-İsfahânî (270/883), *ez-Zâhiriyye* olarak adlandırılacak bir fıkıh mezhebinin tesisine öncülük etmiş ve böylece Şâfiî mezhebine, kendi içinde bir başka mezhebin doğuşuna tanıklık edilmiştir. Davud b. Ali, her ne kadar Mısırlı öğrenciler Müzenî ve Rebî' el-Murâdî'yle görüşmemişse de Iraklı öğrencilerden ve özellikle Ebû Sevr (240/854)'den ve Şâfiî'den yararlanan Ebû Ya'kûb İshâk b. Râhûye (238/853)'den beslenmiştir. İsfahân kökenli, Kûfe doğumlu, Bağdat meşrepli ve döneminin Bağdat'ta en önemli ilim kaynağı (*intehet ileyhî riyâsetu'l-ilm bi-Bağdâd*) olan Davud *ez-Zâhirî* (270/883), Şâfiî olmakla kalmamış onun fazileti hakkında iki kitap da kaleme almıştır<sup>36</sup>. Davud *ez-Zâhirî*'nin yeni bir fikhî mezhebe öncülük etmesi, Şâfiî mezhebinin artık kendi içinde başka fikhî oluşumlara kaynaklık edecek kadar güçlenip genişlediğini göstermektedir<sup>37</sup>.

### III. DOĞUŞ DÖNEMİ ESERLERİ

Şâfiî fıkıh literatürünün temel kaynaklarını, tümü İmam Şâfiî'ye nisbet edilen *el-Ümm*, *el-İmlâ/el-Emâlî*, *Muhtasaru'l-Büveytî* ve *Muhtasaru'l-Müzenî* oluşturmaktadır<sup>38</sup>. Son iki eser her ne kadar Şâfiî'ye nisbet edilse de<sup>39</sup>, her konu “*kâleş-*

36 Şirâzî, *Tabakâtu'l-Fukahâ*, s. 90; Nevevî, *Tehzibu'l-Esmâ ve'l-Luğât*, *el-Esmâ*, s. 269. Davud b. Ali, İmam Şâfiî hakkında *menâkıb* türünde eser veren ilk kişi olarak bilinir. İbnu'l-Mülakkîn (804/1401)'in bildirdiğine göre; İmam Şâfiî'nin hayatı hakkında kırk civarında eser yazılmıştır (Kâtib Çelebi, Hacı Halife Mustafa b. Abdillâh el-Kustantîni er-Rûmî el-Hanefî, *Keşfu'z-Zunûn an Esâmi'l-Kutub ve'l-Funûn*, I-VI, Maarif Basımevi, yy 1941. (Dâru'l-Fikir, Beyrut 1410/1990), c. 2, s. 1840). İmam Şâfiî hakkında *menâkıb* vb. türde eser kaleme alan âlimlerin bir kısmının listesi şöyledir: 1. Davud b. Ali el-İsfahânî (270/883), 2. Zekerîyyâ b. Yahyâ es-Sâci (307/920), 3. İbrahim b. Muhammed b. Arafê (323/935), 4. İbn Ebi Hâtîm er-Râzî (327/938), 5. Ebû'l-Hasan Muhammed b. el-Hüseyn b. İbrahim el-Âbirî (363/974), 6. es-Sâhib İsmail b. Abbâd (385/995), 7. Ebû Ali el-Hasan b. el-Hüseyn b. Hemkâh el-Hemedânî (405/1014), 8. Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdilhakem en-Nisâbüri (405/1014), 9. Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Misrî el-Âbirî (407/1016), 10. İsmail b. İbrahim b. Muhammed el-Heravî es-Serahsî (414/1023), 11. Ebû Mansûr Abdulkâhir b. Tâhir el-Bağdâdî (429/1037), 12. Ebû'l-Hüseyn Muhammed b. Abdullâh er-Râzî (454/1062), 13. Ebû Bekir Ahmed b. el-Hüseyn el-Beyhakî (458/1066), 14. İmâmu'l-Harameyn Ebû'l-Meâlî Abdulmelik b. Abdillâh el-Cüveynî (478/1085), 15. Ebû Muhammed Abdullâh b. Yûsuf el-Cürcânî (489/1096), 16. Nasr b. İbrahim el-Makdisî (490/1096), 17. Ebû Zekerîyyâ Yahyâ b. Ebû'l-Hayr b. Sâlim el-İmrânî el-Yemenî (558/1163), 18. Fahrüddîn Muhammed b. Ömer er-Râzî (606/1210), 19. İbnu'n-Neccâr Ebû Abdillâh Muhibbuddîn Muhammed b. el-Mahmûd el-Bağdâdî (643/1245), 20. Ebû'l-Abbâs Takiyuddîn Burhânuddîn İbrahim b. Ömer el-Ca'berî (732/1332), 21. İsmail b. Ömer b. Kesîr ed-Dımaşkî (774/1373), 22. Takiyuddîn Ebû Bekir Ahmed b. Şühbe ed-Dımaşkî (851/1448), 23. Ebû'l-Fadl Ahmed b. Ali İbn Hacer el-Askalânî (852/1449). Bu listeyi, eş-Şerîf Nâyîf ed-Dâis'in, Beyhakî'nin *Beyânu Hatai men Ahtaa alâş-Şâfiî* adlı kitabına yaptığı tahkikin önsözündün aldık (el-Beyhakî, Ebû Bekir Ahmed b. el-Hüseyn, *Beyânu Hatai men Ahtaa alâş-Şâfiî* (thk. eş-Şerîf Nâyîf ed-Dâis), Müessesetu'r-Risâle, Beyrut 1406/1986, s. 30-31). Bu listede İbn Ebi Hâtîm er-Râzî'nin eseri *Kitâbu Âdâbi'ş-Şâfiî ve Menâkibuh*, İbn Hacer el-Askalânî'nin eseri de *Tevâlî't-Teşîs fî Meâlî Muhammed b. İdrîs* olarak verilmiş, diğer eserlerin tümü *Kitâbu Menâkibi'ş-Şâfiî* olarak verilmiştir. Liste, İbn Hacer el-Askalânî'nin eseriyle son bulmuştur. Bu liste, Kâtib Çelebi'nin listesiyle paralellik arzietmekte, ancak Kâtib Çelebi ayrıca, Ebû Abdillâh Muhammed b. İbrahim el-Büsençî ve Ebû Abdillâh Muhammed b. Selâme b. Cafer b. Ali el-Kedâî (454/1062) isimlerine yer vermiştir (İbnu'l-Mulakkîn, Sirâcuddîn Ebû Hafs Ömer b. Ali b. Ahmed el-Endelussî et-Tekrûrî eş-Şâfiî, *el-Akdu'l-Muzheb fî Tabakâti Hameleti'l-Mezheb* (thk. Eymen Nasr el-Ezherî/Seyyid Mehennâ), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1417/1997, s. 27; Ebû'l-Fidâ Abdullâh el-Kâdî, *Tevâlî't-Teşîs* (nâşirin önsözü), s. 13-14, Kâtib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1839-1840).

37 Şirâzî, *Tabakâtu'l-Fukahâ*, s. 164-168.

38 es-Sakkâf, Alevî b. Ahmed eş-Şâfiî el-Mekki, *el-Fevâidu'l-Mekkiyye* (*Mecmûatu Sebâ Kutubin Müfide*), Kahire 1940, s. 35.

39 Sakkâf, *el-Fevâidu'l-Mekkiyye*, s. 35; el-Hadramî, Ahmed b. Ebî Bekr b. Sümeyt el-Alevî eş-Şâfiî, *el-İbtihâc fî Beyâni Istilâhi'l-Minhâc* (*Minhâcu't-Tâlibîn*'in ekinde 663-683 arasında), Dâru'l-Minhâc, Beyrut 1426/2005, s. 670-671; el-Yûsuf, *el-Mezheb İndeş-Şâfiyye*, s. 66.

Şâfiî" ifadesiyle başlasa da bunlar gerçekte, hocalarının birikimini kendi ifadele-riyle özetleyen<sup>40</sup> ve onun usûlüyle fikhî problemlerin çözümünü satırlara döken öğrencilerinin ürünüdür. Dolayısıyla doğuş döneminin bu dört eserini, İmam ve öğrencilerinin eserleri şeklinde iki ayrı kategoride ele almak daha isabetli olacaktır. Bu dört eser çalışmamızın ana mevzuu arasında yer aldığı için İmam Şâfiî'nin diğer eserlerine sadece ismen değineceğiz<sup>41</sup>.

## A. İMAM ŞÂFİİ'NİN ESERLERİ

İmam Şâfiî, eğitiminin ilk anlarından itibaren yazı yazmaya başlamış ve yazı sanatında kendini geliştirmeye çalışmıştır. Bu süreçteki yazı, öğrenme ve güzel yazabilme amaçlıydı<sup>42</sup>. Bağdat'a derdest edilip götürülüşüne tekabül eden zamanlarda, Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî (189/804)'nin eserlerini bazı rivayetlere göre edinmiş<sup>43</sup>, diğer bazı rivayetlere göreyse bizzat yazmıştır<sup>44</sup>. Erken yaşlardan itibaren hadis-i şerifleri yazmaya başlayan Şâfiî, hayatının her aşamasında hadisleri yazmaya son derece ihtimam göstermiş, müctehid imam olarak ilim dünyasında yer aldıktan sonra da pek çok fakihden çeşitli konulara ait problemleri (*mesâil*) yazarak bunların fikhî mütalaalarını kayıt altına almıştır<sup>45</sup>. İmam Şâfiî, zihnini meşguliyetlerden arındırmak için gece sessizliğinde yazmayı tercih ederdi<sup>46</sup>. Daha önce edindiği muhtelif fikhî âlimlerine ait eserleri önüne serer, bunları okuyup özümседikten sonra eserlerini kaleme alır<sup>47</sup>.

İmam Şâfiî'nin kitaplarını yazması hakkında bilgi aktaran ve bu bilgiyi değerlendiren eserlerde *kitâbet*, *imlâ* ve *tasnîf* kavramlarının sıklıkla kullanıldığı ve küçük anlam farklılıklarıyla birbirlerinden ayrıldıkları dikkatten kaçmamaktadır.

40 Müzeni, Ebû İbrâhim İsmâil b. Yahya b. İsmâil el-Misrî, *Muhtasaru'l-Müzeni* (thk. Muhammed Abdulkâdir Şâhin), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1419/1998, s. 7.

41 İmam Şâfiî'nin hayatı ve eserleri hakkında ana kaynak vazifesi gören pek çok menâkib ve tabakât türü eser kaleme alınmakla beraber, pek çok modern çalışma da bulunmaktadır. Bunların bir kısmı müstakil kitap çalışması şeklindeyken, bir kısmı tez tarzında, diğer önemli bir kısmıysa tahkik edilen eserlerin girişinde verilen nâşirin önsüzü türündedir. Bu çalışmanın gayesi, doğuş dönemi eserlerini tümüyle ve detayıyla incelemek olmadığı ve Şâfiî fûrû-i fikhî literatürünün gelişiminde önemli role sahip eserler olduğu için, İmam Şâfiî'nin sadece iki eserini inceleyeceğiz, diğer eserlerin türünü ve ismini belirtmekle yetineceğiz. Dolayısıyla konunun gereksiz bir tekrardan kaçınmak için Şâfiî'nin eserlerini inceleyen şu çalışmaları öneriyoruz: Ebû Zehra, Muhammed, *İmam Şâfiî* (trc. Osman Keskiöğlü), DİB Yayınları, 3. Baskı, Ankara 1996, s. 150-166; Abdusselam, *el-İmâmuş-Şâfiî fi Mezhebeyhi'l-Kadîm ve'l-Cedîd*, s. 704-727; Lowry, Joseph Edmund, *The Legal-Theoretical Content of The Risâla of Muhammad b. Idris al-Shâfiî*, PdD Thesis: University of Pennsylvania, 1999; Şâkir, *er-Risâle* (nâşirin önsüzü), s. 7-13; Hassûn, *Mevsûatu'l-İmâmiş-Şâfiî el-Kitâbu'l-Ümm* (thk. Ahmed Bedruddin Hassûn), (nâşirin önsüzü), I-XV, II. Baskı, Dâru Kuteybe, Beyrut 1996, c. 1, s. 77-126; el-Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmiş-Şâfiî*, s. 195-272; Aybakan, *İmam Şâfiî ve Fikhî Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, s. 112-148; Bedir, Murteza, *er-Risâle*, DİA, c. 35, s. 117-119; Aybakan, *Şâfiî*, DİA, c. 38, s. 223-233/Şâfiî *Mezhebi*, DİA, c. 38, s. 233-247.

42 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 92-95; İbn Ebi Hâtim, *Âdâbuş-Şâfiî ve Menâkibuhû*, s. 20-21.

43 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 117; İbn Ebi Hâtim, *Âdâbuş-Şâfiî ve Menâkibuhû*, s. 26, 27.

44 İbn Nedîm, *el-Fihrist*, s. 352; Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 107; İbn Ebi Hâtim, *Âdâbuş-Şâfiî ve Menâkibuhû*, s. 26.

45 Bkz. *Kitâbu İhtilâfi Ebi Hanîfe ve'bni Ebi Leylâ, Kitâbu İhtilâfi Ali ve Abdillâh'ibni Mes'ûd, Kitâbu İhtilâfi Mâlik veş-Şâfiî, Kitâbu'r-Redd alâ Muhammed'ibni el-Hasan, Kitâbu Siyeri'l-Evzâi*.

46 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 237-238, 242-243.

47 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 240-241; İbn Ebi Hâtim, *Âdâbuş-Şâfiî ve Menâkibuhû*, s. 53.

*Kitâbet*; hocanın eserini bizzat kendisinin kaleme alması, öğrencisine yazdırması ve öğrencinin gerek ders esnasında gerekse dersten sonra hocasından öğrendiğini yazması şeklinde üç anlamda kullanılmıştır. Hocanın bizzat kendisinin eserini kaleme almasına *kitâbet* denmişken, öğrencisine yazdırmasına *imlâ* denmiştir. Bu her iki işlem de hocaya ait kabul edilmiş, ortaya çıkan ürün hocaya nisbet edilmiştir<sup>48</sup>. Öğrencinin derste öğrendiklerini kendi üslup ve ifadesiyle kaleme alması da *kitâbet* kapsamında ele alınmış fakat ortaya çıkan ürün artık öğrenciye ait kabul edilmiştir. *Tasnîf* kavramı da *kitâbet* gibi iki farklı anlamda kullanılmıştır. Eğer bu işlemi, hocanın yönlendirmesi ve talebi olmadan öğrenci yapmışsa ürün ona ait kabul edilmiştir. Çünkü öğrenci her ne kadar hocasının ifadelerini kullanmışsa da üslup ve dil öğrencinin mezyetidir, tertip, düzen, ayıklama gibi unsurlar etkin olarak kullanılmış ve bütün bu işlemler öğrencinin kendi iradesiyle gerçekleşmiştir<sup>49</sup>. İmam Şâfiî, eserlerini büyük oranda bizzat kendisi yazmış (*kitâbet/tasnîf*), küçük bir oranınıysa öğrencilerine yazdırmıştır (*imlâ*). İmamın, öğrencilerine yazdırdıktan sonra yazılanları kontrol etmesi ve gerekli eklemelerde bulunması da muhtemeldir. Dolayısıyla İmam Şâfiî'ye sahih bir şekilde nisbet edilenlerin tümü onun telifâtıdır, eserleridir, kitaplarıdır, ürünüdür. Kitap isimleri<sup>50</sup>, bâb başlıkları, eserlerin tertip ve düzeni, üslup ve yöntemi şahsi gayretlerinin ürünüdür<sup>51</sup>.

## 1. el-Ümm

İslâm ilimler tarihinin en önemli klasiklerinden, Şâfiî mezhebinin “ana” kaynağı, İmam Şâfiî'nin en hacimli, en iyi bilinen ve en çok istifade edilen fürû-i fıkıh kitabı *el-Ümm*, Şâfiî'nin fikhî müktesebatının zirve noktasını oluşturmaktadır. *el-Ümm*, türünün güzel örneklerinden ve döneminin önemli ürünlerinden biridir. Üslubu, ifadesi, anlatımı, münâzara yönteminin kullanılması, konularının detaylandırılmış olması, naklî ve akli delillerin kullanılması, derin araştırma özelliğine sahip olması, tenkit tarzı ve sağlam sonuçlarıyla dikkat çekmiştir.

- 48 İmam Şâfiî'nin *el-Ümm*'de imlâ yöntemini kullandığına dair örnekler için bkz. *el-Ümm*, c. 7, s. 261, 280, 288, c. 8, s. 342. İmam Şâfiî'nin *er-Risâle*'de imlâ yöntemini kullanması hakkında bilgi için bkz. Şâkir, *er-Risâle* (nâşirin önsözü), s. 12.
- 49 Ebû Zehra, *İmam Şâfiî* (trc. Osman Keskiöğlu), s. 154-156; Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmî'sh-Şâfiî*, s. 200.
- 50 Buradaki “*kitap isimleri*” ifadesinden, bir fürû-i fıkıh eserinde “*kitâb*” adıyla anılan *Kitâbu't-tahâre*, *Kitâbu's-salâ* gibi ana başlık isimleri anlaşılmalıdır. İmam Şâfiî eserlerine muayyen bir isim vermemiştir. Örneğin *el-Hucce'yi el-Bağdâdî*, *er-Risâle*'yi *Kitâbunâ* şeklinde anmıştır (Bkz. Şâfiî, *er-Risâle*, s. 120, 212, 269, 279, 304, 379; Beyhâkî, *Menâkibu'sh-Şâfiî*, c. 1, s. 163-164; Askalânî, *Tevâlî't-Te'sîs*, s. 147, Hassûn, *Mevsûatu'l-İmâmî'sh-Şâfiî el-Kitâbu'l-Ümm* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 81; Şâkir, *er-Risâle* (nâşirin önsözü), s. 10). İmam Şâfiî'nin eserlerine isim verme işi, öğrencileri ve özellikle ez-Za'ferânî (260/874) ve el-Murâdî (270/884) tarafından gerçekleştirilmiştir (Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmî'sh-Şâfiî*, s. 205).
- 51 Ebû Süleyman, İmam Şâfiî'nin eserlerindeki yöntemini ve üslubunu özetle şu şekilde dile getirmektedir: 1. Ayet-i kerimelerin incelenmesi, 2. Sünnetin ve âsârın incelenmesi, 3. Metinlerin anlaşılmasında Arap dilinin inceliklerinden yararlanılması, 4. Usul kaidelerinin tatbik edilmesi, 5. Uygun olanına ve zâhire göre istidalde bulunma, 6. Fikhin külli kâidelerine göre hükmün tespiti, 7. Fikhî farklılıkların açıklanması, 8. Mukayeseli hukuk olarak adlandırılabilir hilâf yönteminin kullanılması, 9. İmam Şâfiî'nin kendi hilâf tarzı (Ebû Süleyman, Abdulvahhâb İbrahim, *Menheciyyetu'l-İmâm Muhammed b. İdrîs eş-Şâfiî f'l-Fikh ve Usûlih*, Dâru İbn Hazm, Beyrut 1420/1999, s. 33-72, 104-109).

İmam Şâfiî'nin eserlerine muayyen bir isim vermediği belirtilmiş<sup>52</sup>, *el-Üm'mün* isim babasının Rebî' el-Murâdî olduğu bildirilmiş ancak bu bilgi temel kaynaklarda yer almamıştır. *el-Üm* adlandırmasının Rebî' el-Murâdî tarafından yapıldığı bilgisi, modern çalışmalarda yer almaktadır<sup>53</sup>. *el-Üm'mün* diğer adının *Kitâbu'r-Rebî'* olduğu bilgisi<sup>54</sup>, *el-Ümm* adlandırmasının Rebî' el-Murâdî tarafından yapıldığını akla getirmektedir. Elde ettiğimiz bilgiler çerçevesinde, Şâfiî'nin Mısırlı (*el-cedîd*) fürû-i fıkıh eserinin farklı isimlerle anıldığı ve bunların en önemlilerinin *el-Ümm*, *el-Mebsût* ve *Kitâbu'r-Rebî'* olduğu anlaşılmaktadır.

İbn Nedîm (380/990), Şâfiî'nin pek çok kitabının olduğunu, ardından *el-Mebsût* (*fi'l-Fıkıh*) adında bir kitabının olduğunu, bunu ez-Za'ferânî (260/874) ve Rebî' el-Murâdî (270/884) ikilisinin rivayet ettiğini belirterek kitabın ana başlıklarını sıralamıştır<sup>55</sup>. Rebî' el-Murâdî'yi anlatırken onun Şâfiî'den usûl eserlerini rivayet ettiğini ve rivayet ettiği eserlere *el-Mebsût* dendiğini belirtmiştir<sup>56</sup>. ez-Za'ferânî'yi de anlatırken onun *el-Mebsût'u*, Rebî' el-Murâdî'nin tertibini esas alarak rivayet ettiğini, Rebî' el-Murâdî rivayetinin revaç bulduğunu ve zamanla ez-Za'ferânî rivayetinin zayıflayıp kaybolduğunu kaydetmiştir<sup>57</sup>. İbn Nedîm'in verdiği bu bilgilerden, ez-Za'ferânî'nin fıkıh konularında rivayet ettiği Iraklı esere *el-Hucce* dendiği gibi *el-Mebsût* da dendiği ve *el-Mebsût* isminin Rebî' el-Murâdî'nin rivayet ettiği fıkıh eseri için de kullanıldığı anlaşılmaktadır<sup>58</sup>. İbn Nedîm'in verdiği bilgilerde *el-Mebsût* isminin sıklıkla kullanıldığı ancak *el-Ümm* isminin hiç geçmediği dikkat çekmektedir.

Beyhakî (458/1066), “*Bâb: İmam Şâfiî'nin Mısır'a Gelişi, Burada Mısır (el-Cedîde) Kitaplarını Tasnif Etmesi ve Müslümanların Bunlardan Yararlanması*” başlığı altında *el-Ümm* hakkında bilgi vermektedir. Rebî' el-Murâdî'den yapılan bir rivayete göre Şâfiî *el-Mebsût'u*, yanında hiçbir eser olmadan bütünüyle ezberinden yazmıştır<sup>59</sup>. “*Mısır Eserleri*” başlığı altında bu bilgi işlendiğine göre, *el-Ümm*'ün diğer adının *el-Mebsût* olduğu Beyhakî tarafından da vurgulanmakta ve bu bilgi İbn Nedîm'in aktarımlarıyla paralellik arz etmektedir. Bir sonraki bâbda Beyhakî, Şâfiî'nin fürû-i fıkıh alanında yazılmış eserlerinin *el-Ümm* olarak bilindiğini aktarmakta<sup>60</sup> ve böylece *el-Ümm* ismi ilk defa gün yüzüne çıkmaktadır.

İlk kaynaklardan elde edebildiğimiz bilgiler ışığında, Mısırlı *el-Ümm*'ün Bağdatlı *el-Hucce/el-Mebsût'un* geliştirilmiş hali ve kendi fıkıh çizgisinin zirvesi olduğu aydınlanmaktadır<sup>61</sup>.

52 Abdusselam, *el-İmâmuş-Şâfiî fi Mezheyhi'l-Kadîm ve'l-Cedîd*, s. 715.

53 Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmiş-Şâfiî*, s. 218.

54 Abdusselam, *el-İmâmuş-Şâfiî fi Mezheyhi'l-Kadîm ve'l-Cedîd*, s. 715.

55 İbn Nedîm, *el-Fihrist*, s. 353.

56 İbn Nedîm, *el-Fihrist*, s. 354.

57 İbn Nedîm, *el-Fihrist*, s. 354.

58 Ebû Zehrâ, *İmam Şâfiî* (trc. Osman Keskiöğlü), s. 151-152; Abdusselam, *el-İmâmuş-Şâfiî fi Mezheyhi'l-Kadîm ve'l-Cedîd*, s. 713-716; Hassûn, *Mevsûatu'l-İmâmiş-Şâfiî el-Kitâbu'l-Ümm* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 79-80.

59 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 242.

60 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 247.

61 *el-Hucce*'nin ve *el-Mebsût'un*, Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî (189/804)'nin eserleriyle aynı adı taşıması mani-

İbn Nedîm (380/990) *el-Mebsû'ta*, *Kitâbu'r-Risâle*, *Kitâbu Ahkâmi'l-Kur'an*, *Kitâbu İhtilâfi Mâlik veş-Şâfiî*, *Kitâbu İhtilâfi'l-Hadîs*, *Kitâbu İhtilâfi İrâkiyyeyn*, *Kitâbu Fedâili Kureyş*, *Kitâbu'l-İcmâ'*, *Kitâbu Mâ Hâlefe'l-İrâkiyyûn (İrâkiyyeyn) Aliyyen ve Abdellâh*, *Kitâbu'r-Redd alâ Muhammed b. el-Hasan*, *Kitâbu Siyeri'l-Vâkidî*, *Kitâbu Siyeri'l-Evzâi*, *Kitâbu'l-Hukmi bi'z-Zâhir*, *Kitâbu İbtâlî'l-İstihân* gibi fürû-i fıkıh konularını aşan kitaplar dâhil toplam 105 kitap ismine yer vermiştir<sup>62</sup>. İbn Nedîm'in listesinden onun usûl, hilâf gibi konuları işleyen eserleri de *el-Mebsû't*'tan saydığı anlaşılmaktadır.

Beyhakî (458/1066), İmam Şâfiî'nin eserlerini, “*usûlü kapsayan ve fürû'a işaret edenler*” ve “*fürû' alanında tasnif edilenler (el-Ümm)*” şeklinde temelde iki ayrı kategoride incelemiştir. Usûl alanında 13, fürû' alanında 128, toplamda 140 küsur eserin kaleme alındığını belirtmiştir<sup>63</sup>. Beyhakî'nin usûl, hilâf ve benzeri eserleri *el-Ümm* kapsamında ele almadığı ve bu yaklaşımın *el-Ümm*'ün nihaî şekline oldukça yakın olduğu görülmektedir. *el-Ümm*'ün fürû-i fıkıh eseri olduğu, usûl, hilâf gibi konuları içermediği ve içeriğinin Beyhakî'nin verdiği liste şeklinde olduğu yaklaşımını, İbn Hacer el-Askalânî (852/1448) de teyit etmektedir<sup>64</sup>.

Ahmed Bedruddîn Hassûn, İmam Şâfiî'nin *Kitâbu'r-Risâle*'si ve *Kitâbu İhtilâfi'l-Hadîs*'i hariç, günümüze ulaşmış eserlerini, *Mevsûatu'l-İmâmiş-Şâfiî el-Kitâbu'l-Ümm*<sup>65</sup> adıyla yaptığı tahkik çalışmasında<sup>66</sup>, her cildin kapağına “*el-Ümm, 1. İhtilâfu'l-İrâkiyyen, 2. İhtilâfu Aliyy ve Abdillâh b. Mesûd, 3. İhtilâfu Mâlik veş-Şâfiî, 4. Cimâu'l-İlm, 5. Beyânu Ferâizillah, 6. Sıfatu Nehyi Resûli'llah, 7. İbtâlû'l-İstihân, 8. er-Redd alâ Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, 9. Siyeru'l-Evzâi*” isimlerini kaydetmiştir. Hassûn'un taksimatıyla, bu dokuz eserin *el-Ümm*'den sayılamayacağı aksine her birinin müstakil eserler olduğu düşüncesi pekişmektedir. Aslında İbn Nedîm'in listesi hariç, *el-Ümm*'ün çerçevesi hakkında herhangi

dardır. *el-Hucce*'nin, eş-Şeybânî'nin eserine karşılık olarak, ez-Za'ferânî (260/874) tarafından bilinçli olarak adlandırıldığı belirtilmiştir (Abdusselam, *el-İmâmuş-Şâfiî fi Mezhebehi'l-Kadim ve'l-Cedid*, s. 712-713; Hassûn, *Mevsûatu'l-İmâmiş-Şâfiî el-Kitâbu'l-Ümm* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 79). Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki; genelde fürû-i fıkıh eserlerinin özeldede İmam Şâfiî'nin eserlerinin eş-Şeybânî'nin izlerini taşıdığı belirtilmiş (et-Tahâvî, Ebû Cafer, *es-Sunenu'l-Me'sûre li'l-İmâm Muhammed b. İdris eş-Şâfiî* (thk. Abdulmu'ti Emin Kal'aci), Dârul-Marife, Beyrut 1406/1986, (nâşirin önsözü), s. 29), ancak konunun özel bir araştırmaya muhtaç olduğu da izah edilmiştir (Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmiş-Şâfiî*, s. 211).

62 İbn Nedîm, *el-Fihrist*, s. 353-354.

63 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, s. 246-254.

64 Askalânî, *Tevâli't-Te'sis*, s. 154.

65 Hassûn'un, Rebî b. Süleyman el-Murâdî'nin rivayetiyle yazılmış on yazma nüshayı esas alarak İmam Şâfiî'nin eserlerini tahkik ettiği bu çalışması, Karaçi Üniversitesi İslâm Fakültesi (Pakistan)'nde hazırlanmış doktora tezidir. Hassûn, adeta Ahmed Muhammed Şâkir'in *er-Risâle* tahkikindeki yöntemini uygulamıştır. Eserleri paragraflara ayırarak numaralandırmış ve bütün metni harekelemiştir. Çalışması, Dârü Kuteybe tarafından 1996 yılında 15 cilt halinde basılmıştır. Biz de çalışmamızda, *el-Ümm*'ün ve diğer dokuz kitabın Ahmed Bedruddîn Hassûn tarafından yapılan bu tahkikini esas aldık.

66 Hassûn'un *el-Ümm* tahkikine göre eser, kitâb adıyla 43 ana başlık altında taksim edilmiştir. Tekrar hariç 1255 konu incelenmiştir. *el-Ümm*, 2884 paragrafa bölünmüştür (Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmiş-Şâfiî*, s. 220). Beyhakî'nin, *el-Ümm*'ü 140 küsur ana fikhî konuya ayırması ve bu rakamın Hassûn'un tahkikinde 43 olarak sınırlanması, Beyhakî'nin *kitâb* adıyla verdiği pek çok konunun, *bâb* alt başlığı altında incelenmesinden kaynaklanmaktadır. Aslında her ikisinde de aynı konular incelenmiş fakat başlık konusunda farklılıklar yaşanmıştır. Birinde *kitâb* olarak yer alan bir konu bir diğerinde *bâb* olarak yer alabilmiştir (Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmiş-Şâfiî*, s. 220-221).

bir ihtilaf olmamış ve bu konuda ilim çevrelerince adeta uzlaşma sağlanmıştır<sup>67</sup>. İmam Şâfiî uzmanı olarak nitelenebilecek muhaddis, fakih ve Şâfiîyyu'l-mezheb Beyhakî'nin konu hakkındaki tespitleri karşısında, Şiî ve Mutezili<sup>68</sup> İbn Nedîm'in tespitlerinin bir ağırlığa sahip olabileceği beklenmemelidir. *el-Ümm*'ün bir takım baskılarında bu eserlerin yer alması, bunların *el-Ümm*'den olduğu düşüncesini zihinlere getirebilir. Ancak bu eserler *el-Ümm*'den olduğu için değil, özellikle kısa oldukları için Şâfiî'nin bütün eserleri bir arada sunulabilir düşüncesiyle istidrâden eserin sonlarına dercedilmişlerdir. Örneğin bazı baskılarda *Muhtasaru'l-Müzenî*, *el-Ümm*'ün kenarında (hâmişinde) basılmıştır<sup>69</sup> ve bu eser Şâfiî'nin de değildir. Hâkezâ Rif'at Fevzî Abdulmuttalib, *el-Ümm*'ün tahkikini yaparken *er-Risâle*'yi de tahkik etmiş ve birinci cildi bütünüyle *er-Risâle*ye ayırmıştır<sup>70</sup>. Fakat bununla beraber *er-Risâle*'nin *el-Ümm*'den farklı bir eser olduğuna dair en küçük bir tereddüt bulunmamaktadır.

*el-Ümm*'ün büyük bir oranını bizzat İmam Şâfiî kaleme almış (*kitâbet*), küçük bir oranınıysa öğrencilerine yazdırmıştır (*imlâ*). Yazdıklarını öğrencileri kendisine okumuş, o da öğrencilerine kitabını rivayet iznini vermiştir (*icâzet*). En güçlü râvî Rebî' b. Süleyman el-Murâdî, birinci şıktaki yöntem (*kitâbet*) için "*ahberanâ's-Şâfiî*" veya "*kâleş's-Şâfiî*" ifadesini kullanmışken, ikinci şıktaki yöntem (*imlâ*) için de "*imlâen*" ifadesini kullanmıştır. İmam Şâfiî, eserlerinin büyük bir kısmını kendisi yazdığı için, *imlâ* ifadesi diğer ifadelerle nispeten daha seyrek kullanılmıştır<sup>71</sup>. Bu, Şâfiî'nin her kitabı için başvurduğu bir metottur<sup>72</sup>. Rebî, şahsi görüşünü söylediği yerlerde mutlaka bunu belirtmiştir<sup>73</sup>. Rebî'in görüşünü belirttiği yerlerde

67 Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmi's-Şâfiî*, s. 221.

68 Tavîl, *el-Fihrist* (nâşirin önsözü), s. 5.

69 Bkz. *el-Ümm*, Dâru's-Şa'b, 1388/1968 (Bulak 1321/1904 baskısından ofsettir).

70 Bkz. *el-Ümm* (*er-Risâle*, thk. Abdulmuttalib), c. 1, s. 1-181, Dâru'l-Vefâ, Beyrut 1422/2001. Rif'at Fevzî Abdulmuttalib, *er-Risâle ve İhtilâfu'l-Hadis* dâhil Şâfiî'nin diğer kitaplarını *el-Ümm* kapsamında ele almış, bunun için de yazma nüshalarda ve Bulak baskısında bu eserlerin *el-Ümm*'le birlikte yer almasını delil olarak kullanmıştır (Abdulmuttalib, *el-Ümm* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 13, 18, 24). *el-Ümm*'ü tahkik eden bir başka isim olan Mahmûd Matrâcî de, Rif'at Fevzî Abdulmuttalib gibi eserin çerçevesini, usûl ve hilâf konularını işleyen diğer risâleleri kapsayacak şekilde belirlemiştir. Mahmûd Matrâcî, *Kitâbu't-tahâre, İstikbâlu'l-kible, Havf, İstiskâ* vb. anabaşlıklı konuların müstakil eserler olmadığını, *el-Ümm*'ün birer parçası olduklarını belirtmiştir. Ancak Matrâcî bununla yetinmemiş, *el-Ümm*'ün 7. cildinde yer alan *İbtâlu'l-İstihân, Kitâbu İhtilâfi Mâlik ve's-Şâfiî, Kitâbu İhtilâfi'l-İrâkiyyen, İhtilâfu's-Şâfiî maa Muhammed b. el-Hasan, İhtilâfu Ali ve'bnî Mesûd* gibi risâlelerin *el-Ümm*'ün birer bâbı olduğunu ve müstakil eserler olmadığını iddia etmiştir. Görüldüğü gibi Matrâcî, bu eserlerin *el-Ümm*'den olduğunu, sadece Bulak baskısında yer almalarından esinlenerek iddia etmiştir. Ayrıca bu risâlelerin bir *bâb* olarak yer aldığını ifade etmiş, *kitâb* olarak ifade etmemiştir (Matrâcî, *el-Ümm* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 33). Hem Rif'at Fevzî Abdulmuttalib'in hem de Mahmûd Matrâcî'nin iddiaları, teknik bir analizden kaynaklanmamakta, sadece bu risâlelerin *el-Ümm*'le birlikte basılmalarından kaynaklanmaktadır. Her iki araştırmacı da, İmam Şâfiî'yi ve onun fikhî külliyyatını en iyi bilenlerden ve zaman bakımından ona en yakın olan *Menâkibu's-Şâfiî* yazarlarından biri olan Beyhakî'nin net ayırımını göz ardı etmektedirler. Eserinde bu konuya da yer veren Bilal Aybakan, şu açıklamalarda bulunmuştur: "Beyhakî'nin önce usûl nitelikli eserleri ardından da furtu' çerçevesindeki kitapları (bölüm) sayması, teorik nitelikteki risâlelerin *el-Ümm*'den bağımsız eserler olduğu, onun kapsamına dâhil olmadığı izlenimini vermektedir. Günümüzde de *el-Ümm* adı anıldığında bu çerçeve anlaşılır. *el-Ümm*'ün matbu nüshalarına bu risâlelerin de derc edilmesi bu ayırımın organik mi teknik mi olduğu tereddüdüne yol açmıştır. Fakat baskın olan görüş, bunların ayrı eserler olduğu yönündedir. Bununla birlikte eserler arasında varolan organik bağlar tamamını bir bütün olarak dikkate almayı zorunlu kılmaktadır (Aybakan, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, s. 121)."

71 Bkz. *el-Ümm*, c. 7, s. 261, 280, 288, c. 8, s. 342.

72 Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmi's-Şâfiî*, s. 223-224.

73 Bkz. *el-Ümm*, c. 13, s. 9, 782, 787.



adını açıkça belirtmesi, rivayetlerine başka bir şeyi karıştırmaması hususuna ne derece önem verdiğini göstermektedir.

Ebû Tâlib el-Mekkî (386/996)'nin *Kûtu'l-Kulûb* adlı eserinde yer verdiği bir ifadenin<sup>74</sup>, İmam Gazzâlî (505/1111) tarafından *İhyâu Ulûmi'd-Dîn*'de “*Vefâ ve İhlâs*” başlığı altında bir örnek olarak kullanılması<sup>75</sup> ve uzun bir zaman aralığından sonra Zeki Mübarek (1308-1371/1891-1925)'in bu düşüncüyü *İslâhu Eşneâ Hata' fi Târihi't-Teşrii'l-İslâmî: Kitâbu'l-Ümm lem Yuellifhu'ş-Şâfiî ve innemâ Ellefehu'l-Büveytî ve Tasarrafe fihî'r-Rebî' b. Süleymân*<sup>76</sup> adını verdiği bir kitapta işlemesi dışında, *el-Ümm*'ün İmam Şâfiî'ye aidiyeti konusunda bir tartışma yaşanmamıştır. Bu iddia, ilim dünyasında bir yankı uyandırmamış<sup>77</sup>, İmam Şâfiî'yi ve onun eserlerini az ya da çok işleyen araştırmacılar bu zayıf yaklaşımı çürütmek için uzun uzadıya izahlarda bulunmak zorunda kalmışlardır<sup>78</sup>.

Rıf'at Fevzî Abdulmuttalib, elimizde bulunan *el-Ümm* sistematığının İmam Şâfiî veya Rebî' b. Süleyman el-Murâdî tarafından gerçekleştirilmediğini, çok sonraları Şâfiî fıkıh âlimi Sirâcuddîn Ömer b. Reslân el-Bulkînî (805/1403)<sup>79</sup> tarafından gerçekleştirildiğini ileri sürmüştür. Abdulmuttalib, *el-Ümm*'ün, *Muhtasaru'l-Büveytî*'nin ve *Muhtasaru'l-Müzenî*'nin temelde birbirlerinden farklı şekillerde sistematize edildiğini belirtmiştir. Bulkînî'nin, *Muhtasaru'l-Müzenî*'nin tertibini esas alarak *el-Ümm*'ü yeniden tertip ettiğini, dolayısıyla iki eserin sistematığı arasında benzerliklerin bulunduğunu vurgulamıştır<sup>80</sup>. İbn Nedîm'in ve Beyhakî'nin, *el-Ümm*'ün içeriğini listelerken her bir ana başlığı müstakil bir kitapmış gibi vermeleri, bu düşünceye haklılık payı vermektedir.

74 Ebû Tâlib el-Mekkî, *Kûtu'l-Kulûb* (thk. Abdulmun'im el-Hafînî), I-IV, Dâru'r-Reşâd, Kahire 1416/1996, c. 3, s. 458.

75 Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *İhyâ-u Ulûmi'd-Dîn* (Tahrîcu'l-İmâmi'l-Hâfız el-İrâkî, *el-İmlâ fi İşkâlâtî'l-İhyâ li'l-İmâmi'l-Gazzâlî, Ta'rifu'l-Ehyâ bi-Fedâilî'l-İhyâ li'ş-Şeyh el-Ayderûs* eserleriyle birlikte), Dâru'l-Hayr, Beyrut/Dımaşk 1417/1996, c. 2, s. 280.

76 Bkz. Mübarek, *İslâhu Eşneâ Hata' fi Târihi't-Teşrii'l-İslâmî*, el-Mektebetu'l-Asriyye (Brockelmann, Carl, GAL (Ar.): *Târihu'l-Edebi'l-Arabî* (Abdulhalîm en-Neccâr/es-Seyyid Yakûb Bekir/Ramazan Abduttevvâb), Dâru'l-Mearif, Kahire 1993, c. 3 (2. Kısım), s. 319); Sezgin, Fuad, GAS (Ar.), *Târihu't-Turâsi'l-Arabî* (trc. Mahmûd Fevzi Hicâzî), Câmîatu'l-İmâm Muhammed b. Süüd el-İslâmiyye, Riyâd 1403/1983, c. 1 (3. Bölüm), s. 184, 192.

77 Bu iddiadan etkilenen ender isimlerden biri Kâtib Çelebi'dir (bkz. *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1397).

78 Konunun detaylı izahı için bkz. Ebû Zehra, *İmam Şâfiî* (trc. Osman Keskiöğlü), s. 157-161; Şâkir, *er-Risâle* (nâşirin önsözü), s. 7-8; Abdusselam, *el-İmâmü'ş-Şâfiî fi Mezhebeyhi'l-Kadîm ve'l-Cedit*, s. 721-727; Hassûn, *Mevsûatu'l-İmâmî'ş-Şâfiî el-Kitâbu'l-Ümm* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 88-92; Sakr, *Menâkibu'ş-Şâfiî* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 31-40; Abdulmuttalib, *el-Ümm* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 13-17; Matrâcî, *el-Ümm* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 34-37; Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmî'ş-Şâfiî*, s. 227-233; Aybakan, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, s. 122-123.

79 Bulkînî'nin hayatı için bkz. İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi'ş-Şâfiyye*, c. 2, s. 275-280.

80 Rıf'at Fevzî Abdulmuttalib, İstanbul'da bulunan III. Ahmed ve Medine'de bulunan Mahmûdiye Kütüphanelerinde yer alan yazmaların orijinal tertibini, bunların yanında Bulkînî'nin tertibine göre basılan Bulak baskısını esas alarak *el-Ümm*'ü tahkik ettiğini belirtmiştir. Abdulmuttalib, Bulkînî'nin zannedildiği gibi *el-Ümm*'e eklemeye bulunmadığını, hazif de yapmadığını, sadece birbirleriyle irtibatlı ve mütenâcis konuları bir başlık altında cemettiğini, bu işlemi yaparken *Muhtasaru'l-Müzenî*'den yararlandığını, eserin tümünü değil sadece üçte birini tertip ettiğini, bunun da yaklaşık olarak *el-Muâmelât*'in sonuna denk geldiğini, geri kalan bölümlerin orijinal tertibe göre kaldığını vurgulamıştır. Rıf'at Fevzî Abdulmuttalib, devamla, Bulkînî'nin tertibinde çok az sayıda konunun yer almadığını belirtmiş ve bunları örneklemiştir. Bulkînî'nin, ayrıca *er-Risâle* ve *İhtilâfu'l-Hadis* gibi kitaplarda yer alan bazı konuları *el-Ümm*'ün ilgili başlığının altına eklediğini, Bulak baskısında bunların eserin kenarında basıldığını belirtmiştir (Abdulmuttalib, *el-Ümm* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 15, 21-24, 36).

İmam Şâfiî'nin fikhî birikiminin son halkası ve fıkıh ilminin güzel örneklerinden olan *el-Ümm* üzerine çeşitli çalışmalar yapılmış<sup>81</sup>, özellikle son zamanlarda farklı araştırmacılar tarafından tahkik edilmiş ve defalarca basılmıştır<sup>82</sup>.

## 2. el-İmlâ/el-Emâlî

İmam Şâfiî'nin eserleri içinde öne çıkanlardan ve Şâfiî fürû-i fıkıh literatürünün kaynağını oluşturan dört ana damardan biri *el-İmlâ/el-Emâlî*'dir. *el-İmlâ/el-Emâlî*, Şâfiî'nin eserleri içinde sıklıkla anılmasına ve mezhebin fıkıh literatürünün iskeletini oluşturmasına rağmen, tabakât türü eserler hariç hakkında hemen hemen hiçbir bilgiye rastlanmamaktadır. Modern çalışmalarda dahi eserin izini sürmek mümkün değildir. *el-İmlâ/el-Emâlî* hakkında ikna edici bilgileri ve değerlendirmeleri, Aybakan sunmaktadır.

İmam Şâfiî'nin Mekkeli öğrencisi ve onun mezhebine göre Mekke'de fetvâ veren Ebû'l-Velîd Mûsâ b. Ebî'l-Cârûd el-Mekki'nin, Şâfiî'den hadis ve *el-Emâlî* kitabını rivayet ettiği kaydedilmiştir<sup>83</sup>. İbn Sübkî (771/1370) de Mûsâ b. Ebî'l-Cârûd'u *el-Emâlî* kitabını rivayet eden kişi olarak daha ilk cümlede tanıtmıştır<sup>84</sup>. Ebû Hâmid el-İsferâyînî (406/1016)'nin Mısır'dan *Emâliyyu's-Şâfiî*'yi yüz dinara temin ettiği bildirilmiştir<sup>85</sup>. Bu rivayetler ışığında, İmam Şâfiî'nin *el-Emâlî* adında bir eserinin olduğu aydınlığa kavuşmaktadır.

Beyhakî (458/1066), Mûsâ b. Ebî'l-Cârûd'un, *Muhtasaru'l-Büveytî*'ye benzeyen *Muhtasar* adında İmam Şâfiî'den rivayetlerden oluşan bir kitabının olduğunu rivayet eder<sup>86</sup>.

Birinci gruptaki rivayetlerden hareketle, İmam Şâfiî'nin *Kitâbu Cimâi'l-İlm, Kitâbu't-Tahâre, Kitâbu's-Salât* ayarında *el-Emâlî* adında bir fürû-i fıkıh kitabının

81 *el-Ümm* üzerine yapılmış çalışmaların bir kısmı şu şekildedir: 1. Beyhakî, *Tahrîcu Ehâdîsi'l-Ümm* adında bir eser yazmış ve hala mahtuttur (Kandemir, Yaşar, *Beyhakî*, DİA, c. 6, s. 59). 2. Ahmed b. Ahmed el-Hüseynî (1332/1919), *el-Ümm*'ün ibadet bölümleri için *Mürşidu'l-Enâm li-Berri Ümmi'l-İmâm* adıyla bir şerh yazmıştır (Komisyon (Müessesetu Âli'l-Beyt), *el-Fehresu's-Şâmil li't-Turâsi'l-Arabîyyi'l-İslâmiyyi'l-Mahtût, el-Fikh ve Usûluh*, I-XII, el-Mecmeu'l-Melikî li-Buhûsi'l-Hadâreti'l-İslâmiyye/Müessesetu Âli'l-Beyt li'l-Fikri'l-İslâmî, Ammân 1420/1999-1425/2004, c. 1, s. 694). 3. Ebû Bekr Ahmed b. Sehl, *el-Ümm*'ün mesâilî üzerine *el-Uyûn* adında bir eser yazmıştır (Abbâdî, *Kitâbu Tabakâti'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, s. 12). 4. Muhammed Zeynuddîn Said, Yâsir İbrahim Ahmed ve Muhammed Ahmed Hasan Mahmûd, Dâru'l-Ulûm Fakültesinde (Kahire) *Merviyâtü'l-İmâmi's-Şâfiî fi Kitâbi'l-Ümm* adıyla başlayan ve eserin hadis açısından kritiğini yaptıkları yüksek lisans tezleri hazırlamışlardır. 5. Abdulvahhâb Ahmed Halîl, *el-Kavâid ve'l-Davâbitü'l-Fikhiyye fi Kitâbi'l-Ümm* adıyla, İmam Muhammed b. Suûd Üniversitesi'nde yüksek lisans tezi hazırlamıştır. 6. Ahmed el-Kubeysi, *Vaslu Murselâti'l-İmâmi's-Şâfiî fi Kitâbi'l-Ümm* adıyla, Bağdat Üniversitesi Ulûmu'l-İslâmiyye Fakültesi'nde doktora tezi hazırlamıştır (Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmi's-Şâfiî*, 226-227).

82 *el-Ümm*'ün baskıları: 1. *el-Ümm* (nşr. Muhammed Zührî ne-Neccâr), I-VII, Bulak 1903; Dâru'l-Marife, I-VIII, 2. Baskı, Beyrut 1393/1973, 2. *Mevsûatu'l-İmâmi's-Şâfiî el-Kitâbu'l-Ümm* (thk. Ahmed Bedruddîn Hassûn), Dâru Kuteybe, I-XV, Beyrut 1996, 3. *Kitâbu'l-Ümm: Mevsûatu'l-İmâmi's-Şâfiî* (thk. Ali Muhammed Muavviz/Âdil Ahmed Abdulmevcûd), Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 2001, 4. *el-Ümm* (thk. Rif'at Fevzi Abdulmuttalib), Dâru'l-Vefâ, Mansûra 2001; 5. *el-Ümm* (thk. Mahmûd Matrâci), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, I-IX, Beyrut 2002.

83 Şirâzi, *Tabakâtu'l-Fukahâ*, s. 99; Nevevî, *Tehzibu'l-Esmâ ve'l-Luğât el-Esmâ*, s. 602; İbn Kesir, *Tabakâtu's-Şâfiyye*, c. 1, s. 159; İbn Kâdi Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, 38.

84 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 2, s. 161.

85 Nevevî, *Tehzibu'l-Esmâ ve'l-Luğât el-Esmâ*, s. 706; İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 4, s. 64.

86 Beyhakî, *Menâkibu's-Şâfiî*, s. 257.

var olduğu, bunun müstakil bir eser olduğu ve *el-Ümm* kapsamında da yer almadığı sonucuna varılabilmektedir. Bu rivayetlerde *el-İmlâ* isminin yer almaması, *el-Emâlî* isminin geçmesi dikkat çekmektedir. Beyhakî'nin rivayetine göreyse; bu eserin, *Muhtasaru'l-Büveytî* ve *Muhtasaru'l-Müzenî* gibi, öğrencilerinin hocalarından rivayet ettiği ve zaman zaman görüşlerini eklediği bir eser özelliğinde olma ihtimali doğmaktadır. Bu sadece bir ihtimali geçmemekteyse de; *Muhtasaru'l-Büveytî* ve *Muhtasaru'l-Müzenî*'nin gerçekte Şâfiî'nin eserleri olmamasına rağmen ona nisbet edilmeleri, *el-İmlâ/el-Emâlî* için de bu ihtimalin varlığını mümkün kılmaktadır.

İmam Şâfiî'nin öğrencilerine yazdırdığı (*imlâ*) bölümlere<sup>87</sup> *el-İmlâ/el-Emâlî* adının verildiği ihtimalinin yüksek olduğu yaklaşımı<sup>88</sup>, bir ihtimali ifade etmekten öteye geçmemektedir. *İmlânın* bir eser adı olmaktan çok, Şâfiî'nin eserlerini yazma yöntemi olduğu ve öğrencilerine yazdırmasına bu adın verildiği kanaatini taşımaktayız. Aynı şekilde Katib Çelebi'nin Şâfiî fıkıh literatüründe *imlâ/emâlî* kavramının *ta'lik* kavramıyla müteradif olduğunu bildirmesinden<sup>89</sup> yola çıkarak, İmam Şâfiî'nin bu eserinin, onun öğrencilerinin ders notlarını kitaplaştırmasından müteşekkil olabileceği sonucuna ulaşmak<sup>90</sup> da sadece bir ihtimal olarak kalmaktadır.

Ebü Hâmid<sup>91</sup>, *el-Emâlî*'yi, İmam Şâfiî'nin Mısır'da kaleme aldığını ve bunun *el-İmlâ*'dan farklı olduğunu söylemiştir<sup>92</sup>. *el-Ümm*'ün Muhammed Zührî en-Neccâr neşriyle verilen Dâru'l-Mârifet baskısında İmam Şâfiî'nin eserleri; *el-Ümm*, *el-İmlâu's-Sağîr*, *el-Emâliyyu'l-Kübrâ*, *Muhtasaru'l-Müzenî* ve *Muhtasaru'l-Büveytî* şeklinde verilmiştir<sup>93</sup>. Bu bilginin kaynağını bilmediğimiz için bunu yorumlamak ve bundan hareketle bir sonuca ulaşmaya çalışmak sağlıklı olmayabilir. Ama özellikle Ebü Hâmid el-İsferâyîni (406/1016)'nin ifadelerinden, *el-Emâlî*'nin *el-İmlâ*'dan farklı olduğu anlaşılmaktadır.

Hülasâ-i kelâm; *el-Emâlî* ve *el-İmlâ*'nın birbirlerinden farklı iki eser olduğu, bunların fûrû-i fıkıh alanında kaleme alındığı, Şâfiî fûrû-i fıkıh literatürünün

87 Beyhakî, *Menâkibu's-Şâfiî*, c. 1, s. 254.

88 Aybakan, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, s. 124.

89 Kâtib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 1, s. 161.

90 Aybakan, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, s. 125.

91 Kürdi, *Ebü Hâmid* ismini vermekle yetinmiş, dolayısıyla bundan kimi kastettiği kapalı kalmıştır. Çünkü Şâfiî fıkıh literatüründe *Ebü Hâmid* ile el-Kâdi Ahmed b. Bişr b. Âmir el-Merverrûzî (362/972) ve İbn Ebî Tâhir Ahmed b. Muhammed b. Ahmed el-İsferâyîni (406/1016) kastedilir. Şâfiî fıkıh literatüründe *Ebü Hâmid* mutlak olarak kullanılmaz, el-Merverrûzî için *el-Kâdi (Ebü Hâmid)*, el-İsferâyîni için de *eş-Şeyh (Ebü Hâmid)* nitelermeleri mutlaka eklenir (Nevevî, *el-Mecmû'*, c. 1, s. 113; *Tehzîbu'l-Esmâ ve'l-Luğât el-Esmâ*, s. 707). Kürdi'nin, yalnız *Ebü Hâmid* ifadesinden el-İsferâyîni'yi kastettiği anlaşılmaktadır. Çünkü Şâfiî mezhebinde, Ebü Hâmid el-İsferâyîni (406/1016)'nin istisnâî bir pozisyonu vardır. Ayrıca *el-Emâlî*'nin *el-İmlâ*'dan farklı olduğuna hükmedebilmek için buna mutlaka muttali olmak gerekir ve el-İsferâyîni'nin *Emâliyyu's-Şâfiî*'yi satın aldığı zaten belirtmiştir. Şâfiî fıkıh literatüründe, *Ebü Hâmid*'in mutlak olarak kullanılmayacağı prensibi bulunmasına karşın, zaman zaman el-İsferâyîni için bu ifadeye yer verilmiştir (Hatib el-Bağdâdî ve Hanefî fıkıh âlimi el-Kudûrî'nin yalnız *Ebü Hâmid* ifadesi için bkz. *Tehzîbu'l-Esmâ ve'l-Luğât el-Esmâ*, s. 705).

92 Kürdi, *el-Fevâidu'l-Medeniyye*, s. 242. Bununla beraber *el-İmlâ*'nın *cedid* grubunda yer aldığı da belirtilmiştir (Kürdi, *el-Fevâidu'l-Medeniyye*, s. 243).

93 Bkz. *el-Ümm* (nşr. en-Neccâr), Dâru'l-Marifet, II. Baskı, Beyrut 1393/1973. Eserin girişinde verilen bu bilgilerin Muhammed Zührî en-Neccâr'a ait olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü bu bilgiler Bulak baskısında yer almamaktadır ve tarih ile tabakât kitaplarından derlenmiştir. *Kitâbu't-Tahâre*'ye başlamadan önce *Mukaddime* adı altında, sayfalar harfle numaralandırılarak bu bilgiler sunulmuştur (*el-Ümm* (nşr. en-Neccâr), c. 1, s. ط —1).

temel taşları arasında yer aldıkları, içindeki bilgilerin Şâfiî'nin ve öğrencilerinin eserlerinde serpiştirilmiş halde bulunabileceği ya da rivayetler şeklinde aktarılmış olabileceği, günümüze ulaşmadıkları için haklarında net bir bilgiye sahip olma imkânının bulunmadığı kanaati ağır basmaktadır.

### 3. Diğer Eserleri

#### a. Irak Eserleri

İmam Şâfiî'nin *el-mezhebu'l-kadîm* görüşlerini yansıtan Irak evresi eserleri (*el-İrâkiyye*), 195-199/811-815 yılları arasında kaleme alınan *er-Risâletu'l-İrâkiyye* (*el-Kadîme*), *el-Hucce*, *el-Mebsût* ve *es-Sunen'dir*<sup>94</sup>.

#### b. Mısır Eserleri

İmam Şâfiî'nin fikhî birikiminin nihaî ifadesi olan *el-mezhebu'l-cedîd* görüşlerini yansıtan Mısır evresi (199/204-815/819) ürünü bu eserler, *el-kutubu'l-cedîde* olarak anıldıkları gibi *el-kutubu'l-mısıriyye* olarak da anılmışlardır<sup>95</sup>. Mısır evresi eserlerinin büyük bir kısmı, Irak evresi eserlerinin ayıklama-ekleme-çıkarma-düzeltilme işlemlerinden geçmiş ve gelişmiş halini oluşturduğu gibi bir kısmı da ilk telifi oluşturmaktadır<sup>96</sup>. Bu eserlerin kahir ekseriyeti günümüze ulaştığı için bunları birkaç başlık altında ele almak gerekmektedir:

#### (1) Usûl Eserleri

İmam Şâfiî, fıkıh usûlü alanında ilk kaleme alınan eser olan *er-Risâle*<sup>97</sup>yle bu ilmin mimarı olarak İslâm ilimler tarihine geçmiştir. İmanın her ne kadar sade-

94 İbn Nedîm, *el-Fihrist*, s. 353; Ebû Zehra, *İmam Şâfiî* (trc. Osman Keskiöğlü), s. 151-152; Hassûn, *Mevsûatu'l-İmâmiş-Şâfiî el-Kitâbu'l-Ümm* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 87. İmam Şâfiî'nin Iraklı öğrencileri Ahmed b. Hanbel (241/855), el-Kerâbîsi (248/862) ve Ebû Abdîrrahmân Ahmed b. Yahyâ b. Abdilazîz el-Bağdâdî eş-Şâfiî (230/844)'nin, hocalarından rivayet ettikleri ancak günümüze ulaşmayan eserlerinin bulunduğu kaydedilmiştir. Ebû Sevr (240/854)'in de Şâfiî'den rivayet ettiği ve bazı eklemelerde bulunduğu rivayetlerin var olduğu belirtilmiştir (Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 256-257).

95 Ebû Zehra, *İmam Şâfiî* (trc. Osman Keskiöğlü), s. 151-152; Hassûn, *Mevsûatu'l-İmâmiş-Şâfiî el-Kitâbu'l-Ümm* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 87-88.

96 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 255-256, 263; Ebû Zehra, *İmam Şâfiî* (trc. Osman Keskiöğlü), s. 152-154; Hassûn, *Mevsûatu'l-İmâmiş-Şâfiî el-Kitâbu'l-Ümm* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 80-81. el-Humeydî (219/834), Yûnus b. Abdilâlâ es-Sadeî (264/878), Muhammed b. Abdillâh b. Abdilhakem (268/882) ve diğer Mısırlı öğrencilerinin, birinin diğerinden ayrı olarak belirli konularda rivayet ettiği eserlerin bulunduğu belirtilmiştir (Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 257).

97 *er-Risâle*'nin Ahmed Muhammed Şâkir tarafından geniş açıklamalar, yararlı notlar, numaralandırılmış paragraflar ve kapsamlı fihrist eşliğinde yapılan tahkikli neşri, en fazla istifade edilenini oluşturmaktadır (*er-Risâle* (thk. Şâkir), Dâru't-Turâs, Kâhire 1426/2005). Ahmed Muhammed Şâkir dışında, Abdulfettâh b. Zâfir Kebbâre (*Kitâbu'r-Risâle* (thk. Kebbâre), Dâru'n-Nefâis, Beyrut 1419/1999) ve Abdullatif el-Humeym/Mâhir Yâsin el-Fehl (*er-Risâle* (thk. el-Humeym/el-Fehl), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1326/2005), eseri müstakil olarak tahkik etmişlerdir. Rif'at Fevzi Abdullmuttalib ise, *el-Ümm* eşliğinde (*el-Ümm* (thk. Abdullmuttalib), c. 1, Dâru'l-Vefâ, Beyrut 1422/2001) tekrar tahkik etmiştir. *er-Risâle*, Majid Khadduri tarafından *Islamic Jurisprudence: Şâfiî's Risâle* (The Johns Hopkins Pres, Baltimore 1961; The Islamic Texts Society, Cambridge 1987) adıyla İngilizceye, Ubeydullah Dalar (Nur Yayınları, Ankara t.y.) ve Abdulkadir Şener/Ibrahim Çalışkan (TDV, Ankara 1996) tarafından Türkçeye tercüme edilmiştir. *er-Risâle* hakkında bkz. Lowry, *The Legal Theoretical Content of the Risâle of Muhammed b. Idris al-Shâfiî*; Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmiş-Şâfiî*, s. 240-246; Aybakan, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, s. 125-132; Bedir, Murteza, *er-Risâle*, DİA, c. 35, s. 117-119.

ce *er-Risâle*'si fıkıh usûlü eseri olarak kabul görmüşse de; *Kitâbu İbtâlî'l-İstihsân*, *Kitâbu Cimâi'l-İlm*, *Kitâbu Beyâni Ferâizillah*, *Kitâbu Sifati Nehyi'n-Nebiy*<sup>98</sup> ve *Kitâbu İhtilâfi'l-Hadîs*<sup>99</sup> gibi eserleri de usûl eseri özelliklerine sahiptirler.

## (2) Mukayeseli Hukuk Eserleri

İmam Şâfiî, günümüz hukuk mantığında mukayeseli (karşılaştırmalı) hukuk çerçevesinde mütalaa edilebilecek hilâf ilmi alanında, *Kitâbu İhtilâfi Ebî Hanîfe ve'bni Ebî Leylâ*, *Kitâbu İhtilâfi Ali ve Abdillâh b. Mesûd*, *Kitâbu İhtilâfi Mâlik ve Şâfiî*, *Kitâbu'r-Redd alâ Muhammed b. el-Hasan*, *Kitâbu Siyeri'l-Evzâi* adlı eserleri kaleme almıştır<sup>100</sup>. Şâfiî, bu eserlerde, fakihlerin görüşlerini ve delillerini gözler önüne sermiş, bunları tartışmış, kendi görüşünü belirtmiş ve delilleriyle iddiasını ispatlamaya çalışmıştır<sup>101</sup>.

## (3) İmam Şâfiî'ye Nisbet Edilen Eserler

İmam Şâfiî'ye nisbet edilen fakat ona aidiyeti tartışmalı ve zayıf olan bir takım eserler bulunmaktadır. Bunları kısaca şu şekilde sıralayabiliriz: *el-Fıkhu'l-Ekber*<sup>102</sup>, *el-Akîdetu'l-Muhtasara (el-Akîde/İ'tikâduş-Şâfiî)*<sup>103</sup>, *et-Temhîd fî Usûli't-Tevhîd (Usûlu'd-Dîn ve Mesâlihu's-Sünne)*<sup>104</sup>, *Edebu'l-Kâdî*<sup>105</sup>, *Kitabus-Sebk ve'r-Remy*<sup>106</sup>. Bu eserler dışında şiir, kıyafet ilmi, faydalı bilgiler, hikâyeler ve haberler, dua ve münacât gibi bir takım rivayet ve eserler de ona nisbet edilmiştir<sup>107</sup>.

## (4) İmam Şâfiî'nin Eserlerinden Yapılan Derlemeler

İmam Şâfiî'nin eserlerinde istidlalde bulunduğu ayet-i kerimelerin, hadis-i şeriflerin ve âsârın (sahâbe ve tâbiün görüşleri) derlenmesinden bir takım eserler vücuda gelmiştir. Şâfiî'ye minnettar olmadığı ve aksine Şâfiî'nin kendisine minnettar olduğu düşüncesine mazhar olan Beyhakî (458/1066), Şâfiî'nin kullandığı ayet-hadis-âsâr malzemesini *Muhtasaru'l-Müzeni*'nin tertibini esas alarak *Marifetu's-Sunen ve'l-Âsâr*'ı telif etmiştir<sup>108</sup>. İmam Şâfiî'nin, yoğunlukla ahkâm ayetlerinin yer

98 Şâfiî, *Mevsûatu'l-İmâmiş-Şâfiî el-Kitâbu'l-Ümm*, c. 15, s. 6-76, 79-93, 97-103, 107-138.

99 Bkz. Şâfiî, *İhtilâfu'l-Hadîs* (thk. Muhammed Ahmed Abdülaziz), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1986.

100 Şâfiî, *Mevsûatu'l-İmâmiş-Şâfiî el-Kitâbu'l-Ümm*, c. 14, s. 7-237, 239-339, 339-614, c. 15, s. 139-233, 237-351.

101 Bu eserler hakkında bilgi ve bunların içerikleri için bkz: Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmiş-Şâfiî*, s. 233-239; Aybakan, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, s. 132-136, 140-144.

102 Brockelmann, *Târîhu'l-Edebi'l-Arabî*, c. 3, s. 321.

103 Brockelmann, *Târîhu'l-Edebi'l-Arabî*, c. 3, s. 321; Sezgin, *Târîhu't-Turâsi'l-Arabî*, c. 1, s. 189. Ayrıca İmam Şâfiî'nin akîde anlayışı için bkz. Akil, Muhammed b. Abdulvahhâb, *Menhecû'l-İmâmiş-Şâfiî fî İsbâtî'l-Akîde*, I-II, Edvâu's-Selef, Riyâd 1419/1998.

104 Brockelmann, *Târîhu'l-Edebi'l-Arabî*, c. 3, s. 321; Sezgin, *Târîhu't-Turâsi'l-Arabî*, c. 1, s. 189.

105 Brockelmann, *Târîhu'l-Edebi'l-Arabî*, c. 3, s. 321. Muhtemelen bu eser, İbn Nedîm (380/990)'in ve Beyhakî (458/1066)'nin, Şâfiî'nin eserlerini sıralarken yer verdiği ve *el-Ümm*'ün içinde yer alan *kitâb* ana başlıklı konudur, müstakil bir eser değildir (*el-Fihrist*, s. 354; *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 253).

106 Brockelmann, *Târîhu'l-Edebi'l-Arabî*, c. 3, s. 322; Sezgin, *Târîhu't-Turâsi'l-Arabî*, c. 1, s. 189. Bu eserin de müstakil bir eser olmadığı, *el-Ümm*'ün bölümlerinden biri olduğu kuvvetle muhtemeldir (*el-Fihrist*, s. 353; *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 253).

107 Brockelmann, *Târîhu'l-Edebi'l-Arabî*, c. 3, s. 321-322; Sezgin, *Târîhu't-Turâsi'l-Arabî*, c. 1, s. 190-191.

108 el-Beyhakî, Ebû Bekir Ahmed b. el-Hüseyn, *Marifetu's-Sunen ve'l-Âsâr* (thk. Abdulmu'tî Emin Kal'acı), I-XV, Dâru

aldığı, konulu tefsir çerçevesinde ele alınabilecek bir eserin bulunduğu rivayet edilmiş<sup>109</sup> ancak bu eser günümüze ulaşmamıştır. Fakat bu eser, elimizde bulunan *Ahkâmu'l-Kur'ân* adındaki eserden farklı olup bunu Beyhakî, Şâfiî'nin eserlerinde istidlalde bulunduğu ayet-i kerimeleri derleyerek oluşturmuştur<sup>110</sup>. Muhaddis ve fakih Ebû Cafer et-Tahâvî (321/933), İmam Şâfiî'nin rivayet ettiği hadis-âsâr malzemesini konularına göre tertip ederek *Sunenuş-Şâfiî* olarak bilinen *es-Sunenu'l-Me'sûre*'yi telif etmiştir<sup>111</sup>. Muhaddis Ebû'l-Abbâs el-Asamm (346/957), Rebî' el-Murâdî (270/884)'nin İmam Şâfiî'den rivayet ettiği hadis-i şerifleri ve âsârı alarak *Müsnedu'l-İmâmiş-Şâfiî*'yi telif etmiştir<sup>112</sup>.

## B. ÖĞRENCİLERİNİN ESERLERİ

İmam Şâfiî'nin öğrencileri, hocalarının irtihalinden sonra onun fıkıh düşüncesini rivayet, ders ve eser yoluyla aktarmaya çalışmışlardır. Büveytî (231/846), Müzenî (264/878) ve Rebî' b. Süleymân el-Murâdî (270/884) gibi en önemli üç öğrenci dışında şu öğrenciler de Şâfiî'nin çeşitli konulara ilişkin görüşlerini rivayet etmişlerdir: Ebû Bekr Abdullah b. Zübeyr el-Humeydî (219/834), Ebû Ali Abdulazîz b. İmrân b. Eyyub b. Miklâs el-Huzâî el-Mısrî (234/848), el-Hâris b. Süreyc en-Nakkâl (236/850), Ebû Sevr İbrahim b. Hâlid el-Kelbî (240/854), Ahmed b. Hanbel (241/855), Rebî' b. Süleyman el-Cizî (256/869), Yûnus b. Abdilâlâ es-Sadeî (264/878), Muhammed b. Abdillâh b. Abdilhakem (268/882), Bahr b. Nasr el-Havlânî (267/880), Ebû'l-Velîd Mûsâ b. Ebî'l-Cârûd el-Mekkî, el-Hüseyn el-Kallâs<sup>113</sup>.

İmam Şâfiî'nin öğrencilerinin bir kısmı, onun fıkıh birikimini ve fetvâlarını muhtasar eserler şeklinde kaleme almışlardır. Büveytî, Müzenî ve Mûsâ b. Ebî'l-Cârûd, *muhtasar* türü eserler telif ederek İslâm ilimler tarihinde bir ilki yaşamışlardır<sup>114</sup>. Muhtasar türü bu eserlerde, öğrencileri, hocalarının ifadelerinde tasarrufta bulunma, eklemelerde bulunma hatta zaman zaman muhâlefet etme yoluyla kendi ilmi kişiliklerini yansıtmışlardır. Örneğin Nâsır Muhyiddîn Nâcî, "*el-İmâmu'l-Müzenî ve Muhâlefetuhu li'l-İmâmiş-Şâfiî fi Kitâbihi'l-Muhtasar*"<sup>115</sup>

Kuteybe/Dâru'l-Va'y, Kahire 1412/1991, (nâşirin önsözü), c. 1, s. 38, 40, 43-44.

109 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 244; İbn Nedîm, *el-Fihrist*, s. 353.

110 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 2, s. 368.

111 Kal'acî, *es-Sunenu'l-Me'sûre* (nâşirin önsözü), s. 29/*Marifetu's-Sunen ve'l-Âsâr* (nâşirin önsözü), c. 1, s. 26.

112 Beyhakî, *Beyânu Hatai men Ahtaa alâş-Şâfiî*, s. 95; el-Askalânî, Şihâbüddîn Ahmed b. Ali b. Muhammed İbn Hacer, *Tâcîlu'l-Menfaa bi-Zevâidi Ricâlil-Eimmetil-Erbaa* (thk. Ekremullah İmdâd el-Hakk), I-II, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 1416/1996, c. 1, s. 238-239; eş-Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris, *Müsnedu'l-İmâmiş-Şâfiî* (trt. Muhammed Âbid es-Sindî, tkm. Muhammed Zâhid b. el-Hasan el-Kevserî), Dâru'l-Fikr, Beyrut 1417/1997, Kevserî (tkd), s. 7-10; Sezgin, *Târîhu't-Turâsi'l-Arabî*, c. 1, s. 187. *Müsnedu'l-İmâmiş-Şâfiî*'nin, es-Sindî'nin tertibi esas alınmaksızın farklı neşirleri yapılmıştır. Bunların bir kısmı şöyledir: 1. el-Matbûâtü'l-İlmiyye, y.y., 1327/1909, 2. thk. Saîd Muhammed el-Lehâm/Hayâ Şihâ el-Edkâ, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1417/1996, 3. thk. Eyyüb Ebû Haşrif, tkm. Abdulkadir el-Arnâût, Dâru's-Sekâfeti'l-Arabiyye, Dımaşk 1423/2002.

113 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 256-259.

114 Beyhakî, *Menâkibuş-Şâfiî*, c. 1, s. 256-257.

115 Ümmü'l-Kurâ Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, 1409/1988 tarihinde yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

adlı yüksek lisans tezinde, Müzenî (264/878)'nin 69 konuda hocasına muhalefet ettiğini belirtmiştir<sup>116</sup>.

### 1. Muhtasar'ı-Büveytî

İmam Şâfiî'nin en gözde öğrencisi, ilminin mirasçısı, fıkının taşıyıcısı, mezhebinin yayıcısı, pek çok fakîhin hocası, âbit, zâhit ve müttaki Ebû Yakûb Yûsuf b. Yahyâ el-Büveytî (231/846), hocasının ifadelerini (*kelâm*) özetleyerek meşhur *el-Muhtasar*'ını telif etmiştir<sup>117</sup>.

İbn Nedîm (380/990), Büveytî'nin biyografisini sunarken onun pek çok eserinin olduğunu söyler ve *Kitâbu Muhtasari'l-Kebîr*, *Kitâbu Muhtasari's-Sağîr* ve *Kitâbu'l-Ferâiz*'i kaydeder<sup>118</sup>. İbn Nedîm'in bu bilgisinden Büveytî'nin, İmam Şâfiî'nin fikhî müktesebâtını iki ayrı eserde ihtisâr ettiği anlaşılmaktadır. Eğer Müzenî'nin yaptığı ameliyenin benzerinin daha önce el-Büveytî tarafından yapıldığını varsayarsak, Büveytî'nin hocasının fıkını önce *el-Muhtasaru'l-Kebîr*'de özetlediği sonra da bunu *el-Muhtasaru's-Sağîr*'de özetlediği sonucuna ulaşılır.

İsnevî (772/1370)'nin kaydettiğine göre; Büveytî, meşhur *el-Muhtasar*'ını yazınca, Rebî b. Süleyman el-Murâdî'nin de bulunduğu bir ortamda Şâfiî'ye okuyarak sunmuştur<sup>119</sup>. *Muhtasaru'l-Büveytî* hakkında yeterli bilgi bulunmadığı için eserin yazılış tarihi bilinmemekte, ancak bu nota göre eser İmam Şâfiî daha hayat-tayken yazılmıştır<sup>120</sup>.

Ebû Âsım, çok güzel olduğunu belirttiği *el-Muhtasar*'ın, *el-Mebsût*'un bâb tertibi esas alınarak yazıldığını söylemiştir<sup>121</sup>. Büveytî, İmam Şâfiî'nin görüşlerini düzenli halde sunduğu eserinde kendi görüşünü de belirtmiş, zaman zaman Rebî b. Süleymân el-Murâdî'nin görüşlerine de yer vermiştir<sup>122</sup>.

İbn Sübkî (771/1370) *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*'da, Nevevî (676/1277) ve Takiyuddîn es-Sübkî (756/1355)'nin *Muhtasaru'l-Büveytî*'de dikkat çeken yaklaşımlarının olduğunu belirttikleri örnekleri vermiş ve sona da kendisinin dikkatini çeken benzer örnekleri eklemiştir<sup>123</sup>.

*Muhtasar*ların, gerçekte İmam Şâfiî'nin öğrencilerinin mahsulü olduğunu ama Şâfiî fıkıh literatüründe öğrencilerine değil bizzat kendisine nisbet edildiğini belirtmiştik. Şâfiî fıkıh terminolojisinde *nas* kavramının, İmam Şâfiî'nin net ifadeleri için kullanılmasına rağmen, *Muhtasaru'l-Büveytî*'deki ifadeler için de kullanıl-

116 Kavâsimî, *el-Medhal ilâ Mezhebi'l-İmâmi's-Şâfiî*, s. 207.

117 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 2, s. 163.

118 İbn Nedîm, *el-Fihrist*, s. 356.

119 İsnevî, *Tabakâtu's-Şâfiyye*, c. 1, s. 23.

120 Aybakan, Büveytî'nin *el-Muhtasar*'ı, İmam Şâfiî'nin vefatından sonra kaleme aldığını söylemiş, ancak buna bir kaynak göstermediği için bu tespitin izaha muhtaç olduğunu belirtmek gerekir (Aybakan, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, s. 161).

121 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 2, s. 163.

122 Özel, Ahmet, *Büveytî*, DİA, c. 6, s. 500.

123 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 2, s. 166-169.

ması, bu eserin Şâfiî'ye nisbetinin bir başka ifadesi olarak anlaşılabilir. Zira Şâfiî fîrû-i fîkîh eserlerinde, hem *el-Ümm* hem de *Muhtasaru'l-Büveytî* ifadeleri için *nass* kavramının kullanımına yer verilmiştir<sup>124</sup>. Muhtemelen Şâfiî fîkîh âlimleri, eserlerini hocalarının görüşlerinden derledikleri ve kendi görüşlerini özellikle isimlerini belirterek verdikleri için, bu ilk öğrencilerin eserlerini artık Şâfiî'ye nisbet etmişlerdir. Her halükarda bu ifade biçimi ve yaklaşımı, *muhtasar*ların öğrencilerine ait olduğu gerçeğine bir hâle getirmez.

Günümüze ulaşan *Muhtasaru'l-Büveytî*, henüz basılmamış ve yazma olarak durmaktadır<sup>125</sup>.

## 2. Muhtasaru'l-Müzenî

Şâfiî tabakatında; mezhebin dolunayı ve büyük destekçisi, münazaracı, tartışmaların galip ismi, şeytanı yenebilecek güçte cedelci, zahit, muttaki, ilim dağı, müctehid, müdakkik ve büyük imam şeklinde tavsif edilen Ebû İbrahim İsmail b. Yahya b. Amr b. İshâk el-Müzenî (264/878)'nin *el-Muhtasaru*'ı, Şâfiî fîkîh edebiyatının dört ana kaynağının son halkasını oluşturmaktadır. Şâfiî fîrû' fîkîhinde *el-Muhtasar* mutlak ifadeyle Müzenî'nin bu kitabı kastedilmekte, fakat bununla beraber eser daha çok *Muhtasaru'l-Müzenî* olarak bilinmektedir. Müzenî'nin *el-Câmiu'l-Kebîr*, *el-Câmiu's-Sağîr*, *el-Muhtasaru'l-Kebîr*, *el-Muhtasaru's-Sağîr*, *el-Mensûr*, *el-Mesâilu'l-Mu'tebere*, *et-Terğîb fî'l-İlm*, *Kitâbu'l-Vesâik*, *Kitâbu'l-Akârîb* ve *Kitâbu Nihâyeti'l-İhtisâr* adlarında oldukça çok sayıda ve çok yönlü eserleri bulunmakta<sup>126</sup>, ama *el-Muhtasaru*<sup>127</sup> bunların en önemlisini oluşturmaktadır.

Kâdi Hüseyin (462/1070), Müzenî'nin *el-Muhtasaru*'ı hazırlamadan önce Şâfiî'nin fîkîhî birikiminden hareketle *el-Câmiu'l-Kebîr* adıyla bir kitap kaleme aldığını, bu eseri hacimli bulduğu için kısaltarak *el-Muhtasaru*'ı oluşturduğunu ve bunu da hacimli bulduğundan daha az mesele içeren bir kitap yazdığını aktarmıştır<sup>128</sup>. Beyhakî, Müzenî'nin İmam Şâfiî'nin eserlerinden yola çıkarak *el-Muhtasaru'l-*

124 Bu örnek kullanım için bkz. İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 2, s. 167.

125 Şâfiî mezhebinin teşekkülü konulu doktora tezi hazırlamış olan Ahmed El Shamsy (*From Tradition to Law: The Origins and Early Development of The Shafi'i School of Law in Ninth-Century Egypt*, Harvard University, Cambridge 2009), *Muhtasaru'l-Büveytî*'nin tenkitli neşrini hazırlamıştır (Aybakan, *İmam Şâfiî ve Fîkîh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, s. 161). *Muhtasaru'l-Büveytî*'nin yazma nüshaları için bkz. Sezgin, *Târîhu't-Turâsî'l-Arabî*, c. 1, s. 192.

126 Küçük farklılıklarla bkz. İbn Nedîm, *el-Fihrist*, s. 356; Beyhakî, *Menâkibu's-Şâfiî*, c. 2, s. 344; Şîrâzî, *Tabakâtu'l-Fukahâ*, s. 97; İsnevî, *Tabakâtu's-Şâfiyye*, c. 1, s. 28; İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 2, s. 94; İbnu'l-Mulakkîn, *el-Akâdu'l-Muzehb fî Tabakâti Hamleti'l-Mezhebe*, s. 19. İsnevî (772/1370), *el-Mesbûr* adında bir eserin de adını vermiştir. Ayrıca Nevevî ve İsnevî, Ebû Ali el-Hasan b. Abdullah b. Yahyâ el-Bendenîcî (425/1034)'nin, *el-Câmi'* adındaki *et-Ta'lik*'inin *Bâbu's-Salâ bi'n-Necâse* bölümünden, Müzenî'nin İmam Şâfiî'nin mezhebine göre değil kendi mezhebine göre bir eser telif ettiğini nakletmişlerdir (Nevevî, *Tehzîbu'l-Esmâ ve'l-Lugât el-Esmâ*, s. 741; İsnevî, *Tabakâtu's-Şâfiyye*, c. 1, s. 28). Şâfiî mezhebindeki konumu çokça tartışılan Müzenî'nin, müstakil bir mezheb imamı olarak anlaşılmasının önüne geçmek için, buradaki *mezhebe* ifadesinin görüş anlamında olduğunu özellikle belirtmek gerekir.

127 *Muhtasaru'l-Müzenî*, tabakat eserlerinde farklı isimlerle zikredilmiştir. İbn Nedîm (380/990) *Kitâbu Muhtasari's-Sağîr*, Beyhakî (458/1066) *el-Muhtasaru's-Sağîr*, Şîrâzî (476/1083) *Muhtasaru'l-Muhtasar*, İbn Sübkî (771/1369) ve İsnevî (772/1370) *el-Muhtasar* şeklinde bir kullanım yoluna gitmişlerdir. Şâfiî fîrû-i fîkîh eserlerindeki kullanım ve eserin basıldığı isim olmasından dolayı, çalışmamızda *Muhtasaru'l-Müzenî* ismini kullanmayı tercih ettik.

128 el-Merverrûzî, el-Kâdi Ebû Ali el-Hüseyin b. Muhammed b. Ahmed, *et-Ta'lika* (thk. Ali Muhammed Muavvad, Âdil Ahmed Abdulmevcûd), I-II, Mektebetu Nizâr Mustafâ el-Bâz, Mekke t.y., c. 1, s. 110-111.



*Kebîr*'i, sonra da İslâm dünyasında elden ele dolaşan *el-Muhtasaru's-Sağîr*'i tasnif ettiğini kaydetmiştir<sup>129</sup>. Yine Beyhakî, Müzenî'nin *el-Muhtasar*'ı yirmi yılda telif ettiğini, bu süre zarfında üç, bir rivayette sekiz defa tashih ettiğini, eserini yazmaya başlamadan üç gün önce oruç tutmaya başladığını ve özellikle eserinin telifi için şükür namazı kıldığını belirtmiştir<sup>130</sup>. Ayrıca Müzenî'nin, eserinde bitirdiği her bir konu için iki rekât şükür namaz kıldığı kaydedilmiştir<sup>131</sup>. Eserleri hakkında yapılan değerlendirmelerden Müzenî'nin, İmam Şâfiî'nin fikhî müktesebatını öncelikle hacimli eserler (*el-Câmiu'l-Kebîr/el-Câmiu's-Sağîr*)de derlediği, sonra da bu eserleri ihtisar (*el-Muhtasaru'l-Kebîr*) ettiği ve en nihayetinde bütün bunların özü olacak şekilde *el-Muhtasar (u's-Sağîr)*'ı oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Müzenî *el-Muhtasar*'da, İmam Şâfiî'nin görüşlerini özlü ifadelerle ihtisar etmiş, zaman zaman hocasının usûlüne göre yaptığı tahrîrleri eserine eklemiş, bazen hocasının görüşlerini değerlendirdikten sonra onun farklı görüşleri arasında tercihler yapmış, bazı yerlerde de kendi görüşünü belirtmiştir<sup>132</sup>.

*Muhtasaru'l-Müzenî*, düzenli ve orijinal bir sistematığe sahip olduğu için, kendisinden sonra kaleme alınan eserler için örnek bir metin olmuştur<sup>133</sup>. Müzenî'nin, elde ettiği eserlerden yararlanarak<sup>134</sup> ve İmam Şâfiî'nin tertibini de göz önünde bulundurarak eserinin konu sistematığını oluşturduğu anlaşılmaktadır. Beyhakî, Müzenî'nin İmam Şâfiî'nin güzel tertibini terk ettiğini belirtmekle beraber, İslâm tarihinde yazılan eserler içinde *el-Muhtasar*'dan daha verimli bir kitap bilmediğini kaydetmiştir<sup>135</sup>.

Müzenî'nin, bir mezhep müntesibi olarak müstakil bir müctehid gibi hareket etmesi nedeniyle mezheple bağlantısı sorgulanmıştır<sup>136</sup>. Müzenî'nin Şâfiî mezhebindeki konumunun tartışıldığı kadar bir başka âlimin mezhepteki konumu tartışılmamıştır. İbn Süreyc (306/918) *et-Takrîb Beyne'l-Müzenî ve's-Şâfiî* ve onun öğrencisi Ebû İshâk el-Mervezî (340/951) *et-Tavassut Beyne's-Şâfiî ve'l-Müzenî* adlı eserlerde, Müzenî'nin *el-Muhtasar*'daki Şâfiî'ye aykırı olan görüşlerinin bir kısmını desteklemiş, bir kısmına da karşı çıkmışlardır<sup>137</sup>.

129 Beyhakî, *Menâkibu's-Şâfiî*, c. 2, s. 344; *Beyânu Hatai men Ahtaa alâ's-Şâfiî*, s. 95.

130 Beyhakî, *Menâkibu's-Şâfiî*, c. 2, s. 349.

131 İbnu'l-İmâd, Ebû'l-Felâh Abdulhayy b. Ahmed b. Muhammed el-Hanbelî, *Şezerätü'z-Zehab fi Ahbâri men Zehab*, I-VIII, Dâru İhyâ'it-Turâsî'l-Arabî, Beyrut t.y., c. 2, s. 148.

132 Özen, Şükrü, *Müzenî*, DİA, c. 32, s. 248.

133 Kâtib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1635.

134 Tahâvî (321/933)'ye, neden dayısı Müzenî'nin mezhebini bırakıp Hanefî olduğu sorulduğunda, onun, Müzenî'nin sürekli Ebû Hanîfe'nin eserlerini incelediğini, kendisinin de bunun üzerine bu mezhepe geçtiğini söyleyerek cevap verdiği aktarılır (el-Halilî, Ebû Ya'lâ el-Halil b. Abdillâh b. Ahmed b. el-Halil el-Kazvîni, *el-İrşâd fi Marîfeti Ulemâ'l-Hadis* (thk. Muhammed Said b. Ömer İdrîs), I-III, Mektebetu'r-Rüşd, Riyâd 1409/1989, c. 1, s. 431). Bu rivayetten, Müzenî'nin diğer mezheplerin telifatından azami derecede yararlandığı anlaşılmaktadır.

135 Beyhakî, *Menâkibu's-Şâfiî*, c. 2, s. 348. Fırû-i fıkıh ilminde konu sistematığının işleniş hakkında detaylı bilgi için bkz. Aybakan, Bilal, *Fırû-i Fıkıh Sistematiği Üzerine*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 31 (2006/2), İstanbul 2007, s. 5-32.

136 ez-Zerkeşi, Bedruddin Muhammed b. Bahâdir b. Abdullâh eş-Şâfiî, *el-Bahru'l-Muhîd fi Usûlü'l-Fıkıh* (thk. Abdulkâdir Abdullâh el-Anî vd.), I-VI, Vezâretu'l-Evkâf ve's-Suûni'l-İslâmiyye, Kahire 1413/1992, c. 6, s. 212.

137 İbn Kâdi Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 77; Özen, *Müzenî*, DİA, c. 32, s. 247.

Şîrâzî (476/1083), onu, Şâfiî'nin talebeleri arasında müctehid olarak benimsemiş ve görüşlerini *vücûh* olarak nitelemiştir. Cüveynî (478/1085) ve Râfiû (623/1226), onun, Şâfiî'nin usûlüne aykırı olarak tahrîc ettiği ve *teferrudât* olarak nitelenen görüşlerini mezhepten saymamışlardır<sup>138</sup>. Ama Şâfiî'nin usûlüne göre yapılan tahrîclerin mezhepten sayılması durumunda, onun tahrîclerinin evleviyetle kabul edilmesi gerektiğini de vurgulamışlardır<sup>139</sup>. Râfiû, Müzenî'nin, Şâfiî'nin usûlüne aykırı davranmadığı ve bu bakımdan Ebû Yûsuf (182/798)'la İmam Muhammed (189/804)'in Ebû Hanîfe (150/767)'ye karşı sahip oldukları pozisyondan farklı bir pozisyona sahip olduğunu kaydetmiştir<sup>140</sup>. Şehristânî'nin, Müzenî'nin, İmam Şâfiî'nin ictihadına herhangi bir eklemeye bulunmadığını ileri sürdüğü kaydedilmiştir. Bunu değerlendiren İbn Sübkî (771/1370), Cüveynî'nin, Müzenî'nin farklı yaklaşımının artık kendisini bağlayacağını ileri sürdüğünü kaydetmiştir<sup>141</sup>. İbn Sübkî, Müzenî'nin mezheple irtibatı bakımından ne Muhammedler (*el-Muhammedûn*)<sup>142</sup> gibi mezhepten tamamen ayrı olduğunu ne de Iraklı ve Horasanlı Şâfiîler gibi mezhebe tamamen bağlı olduğunu vurgulamıştır<sup>143</sup>.

İbn Sübkî, Müzenî'nin görüşlerinin mezhepten sayılıp sayılmaması hakkındaki tartışmaların *el-Muhtasar* dışındaki eserler için geçerli olacağını, bu eserde dile getirdiği yaklaşımlar için geçerli olamayacağını, çünkü Müzenî'nin bu eserini “İmam Şâfiî'nin ilminden ve onun söylediklerinin anlamından ihtisar ettiği” açıkça dile getirdiğini kaydetmiştir. İbn Sübkî devamla, Müzenî'nin diğer eserlerindeki görüşleri için tavakkuf edileceğini ve örneğin *Nihâyetu'l-İhtisâr* adlı eserinde İmam Şâfiî'ye açıkça muhalefet ettiğini ve dolayısıyla bunların mezhepten kesinlikle sayılmayacağını belirtmiştir<sup>144</sup>.

Mezhebin önde gelen âlimleri tarafından övgüyle anılan bu çalışma<sup>145</sup>, Şâfiî sonrası dönemde fûrû-i fıkıh alanında merkezî bir yer işgal etmiş, mezhebin fıkıhına dair telif edilen kitapların temelini oluşturmuş, âlimler onun ifadelerini tefsir etmiş ve şerhetmişler, yazdıkları eserlerde konuların düzeninde onun ter-

138 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 2, s. 102; İbn Kâdi Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 28.

139 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 2, s. 103; İsnevî, *Tabakâtu's-Şâfiyye*, c. 1, s. 28; İbn Kâdi Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 28.

140 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 2, s. 102; İsnevî, *Tabakâtu's-Şâfiyye*, c. 1, s. 21; İbn Kâdi Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 28.

141 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 2, s. 103.

142 Muhammed b. Nasr el-Mervezî (294/906), Muhammed b. Cerir et-Taberî (311/923), Muhammed b. İshâk b. Huzeyme (312/924), Muhammed b. İbrahim b. el-Münzir en-Nisâbüri (319/931) (*el-Hafnâvî*, Muhammed İbrahim, *el-Fethu'l-Mubin fi Tarîfi Mustalahâti'l-Fukahâ ve'l-Usûliyyin*, Dârü's-Selâm, Kahire 1428/2007, s. 138-139).

143 Aybakan, Müzenî'nin mezhepteki koordinatları hakkında şu değerlendirmede bulunmaktadır: “Müzenî'nin zaman zaman müstakil bir müctehid gibi davranması nedeniyle görüşlerinin Şâfiî'nin usûlünü esas alan birer tahrîc mi yoksa bağımsız birer ictihad mı olduğu noktasında tereddütler oluşmuştur. Onun bağımsız ictihad yaptığı izlenimi veren görüşleri *teferrudât* olarak nitelenip mezhep yapısına dâhil edilmemiştir. Şâfiî'nin usûlünü esas alan tahrîcleriyle *vücûh* olarak nitelenip mezhep içi hiyerarşide imamın görüşlerinden sonra ikinci sırada bir statü kazanmıştır.” (Aybakan, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhephleşmesi*, s. 166). Ayrıca konunun düzenli bir değerlendirilmesi için bkz. Özen, *Müzenî*, DİA, c. 32, s. 247.

144 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 2, s. 103. Ayrıca bkz. İsnevî, *Tabakâtu's-Şâfiyye*, c. 1, s. 28; İbn Kesir, *Tabakâtu's-Şâfiyye*, c. 1, s. 130.

145 Beyhakî, *Menâkibu's-Şâfiî*, c. 2, s. 344-347.

tibini esas almışlardır<sup>146</sup>. Muahhar dönemlerde bile mezhep mensupları arasında en yaygın temel kaynaklardan biri olmayı sürdürmüştür<sup>147</sup>. Genç kızların çeyizine *Muhtasarü'l-Müzenî*'nin bir nüshasının konulduğuna dair ifadeler<sup>148</sup>, bu eserin ne derece yaygın hale geldiğini göstermektedir.

III. (IX.) yüzyılın ikinci yarısında Kadı Ebû Zur'a ed-Dımaşkı (302/914), halkın çoğunluğu Evzâî mezhebinden olan Dımaşk'ta Şâfiî mezhebini teşvik için, *el-Muhtasarî* ezberleyene yüz dinar vereceğini ilân etmiştir<sup>149</sup>.

Büveytî'nin ardından mezhebin başına geçen, verdiği derslerle Horasan, Irak, Şam ve Endülüs bölgelerinden pek çok âlim yetiştiren ve mezhebin yayılmasında büyük bir rol oynayan Müzenî, *el-Muhtasarî*yla da İslâm dünyasında büyük bir yankı uyandırmıştır. Eser pek çok kişi tarafından rivayet edilmiş ama el-Asamm en-Nisâbü'rî'nin rivayeti en önemlisini oluşturmuştur<sup>150</sup>. Şâfiî âlimleri tarafından üzerine ihtisâr, şerh, manzûm ve ta'lik türü pek çok çalışma yapılan *Muhtasarü'l-Müzenî*'nin çeşitli baskıları gerçekleştirilmiştir<sup>151</sup>.

#### (a) *Muhtasarü'l-Müzenî*'nin Günümüze Ulaşmış Şerhleri

1. Ebû'l-Hasan Alî b. Muhammed el-Mâverdî (450/1058): *el-Hâvî'l-Kebîr*<sup>152</sup>,
2. el-Kâdî Ebû't-Tayyib Tâhir b. Abdillâh et-Taberî (450/1058): *et-Ta'likatu'l-Kübrâ fi'l-Fürû*<sup>153</sup>,
3. el-Kâdî Ebû Alî el-Hüseyn b. Muhammed b. Ahmed el-Merverrûzî (462/1070): *et-Ta'lika*<sup>154</sup>,
4. Şemsuddîn Muhammed b. Ahmed b. Adlân el-Kinânî (749/1348): *Şerhu'l-Muhtasar*<sup>155</sup>.

#### (b) *Muhtasarü'l-Müzenî*'nin Günümüze Ulaşmamış Şerhleri

1. İbnu'l-Kâss Ahmed b. Ebî Ahmed et-Taberî (335/946)<sup>156</sup>,

146 Kâtib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1635.

147 *Muhtasarü'l-Müzenî*, *el-Mühcezzeb*, *et-Tenbîh*, *el-Vasît*, *el-Vecîz*, *er-Ravda* (Nevevî, *Tehzîbu'l-Esmâ ve'l-Luğât el-Esmâ*, s. 60).

148 Özen, *Müzenî*, DİA, c. 32, s. 248.

149 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 197; İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 71.

150 İbn Nedîm, *el-Fihrist*, s. 356.

151 Eserin baskılarının bir kısmı şöyledir: 1. *Muhtasarü'l-Müzenî* (nşr. Muhammed el-Belbisî, Bulak 1321), 2. *Muhtasarü'l-Müzenî (el-Ümmü*'ü ilk üç cildinin kenarında, nşr. Muhammed Zührî en-Neccâr, Kahire 1961, 1963, Beyrut 1393/1973; *el-Ümm*'le beraber müstakil bir cilt halinde, Beyrut 1393/1973), 3. *Muhtasarü'l-Müzenî* (nşr. Muhammed Abdülkâdir Şâhin, Beyrut 1419/1998), 4. *Muhtasarü'l-Müzenî* (nşr. Mahmûd Matracî, Dâru'l-Kutubî'l-İlmiyye, Beyrut 1423/2002), *el-Ümm* kapsamında 9. ciltte ayrı olarak basılmıştır, 5. *Muhtasarü Kitâbi'l-Ümm li's-Şâfiî* (nşr. Halil b. Me'mûn Şihâ, Dâru'l-Marife, Beyrut 1425/2004).

152 1. nşr. Mahmûd Matracî vd., I-XXIV, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1414/1994; 2. nşr. Alî Muhammed Muavvad/Âdil Ahmed Abdulmevcûd, I-XVIII, Dâru'l-Kutubî'l-İlmiyye, Beyrut 1414/1994.

153 İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 205-207; Sezgin, *Târihu't-Turâsi'l-Arabî*, c. 1, s. 195, 213.

154 Nşr. Alî Muhammed Muavvad/Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Mektebetu Nizâr Mustafa el-Bâz, Mekke t.y.

155 Sezgin, *Târihu't-Turâsi'l-Arabî*, c. 1, s. 196. Uzunca bir şerh olduğu ancak tamamlanamadığı kaydedilmiştir (İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 2, s. 131).

156 *et-Talhis*, *el-Miftâh*, *Edebu'l-Kâdî* ve *el-Mevâkîf* adlarında önemli kitapları bulunan (İbn Sübkî, *Tabakâtu's-*

2. Ebu'l-Hasan Ali b. el-Hüseyin el-Cûrî<sup>157</sup>: *el-Mürşid (Şerhu Muhtasari'l-Müzenî)*<sup>158</sup>,

3. Ebû İshâk el-Mervezî (340/951)<sup>159</sup>,

4. Ebû Nasr Ahmed b. Ali b. Tâhir el-Cevbekî en-Nesefî (340/951)<sup>160</sup>,

5. Ebû Ali el-Hasan b. el-Hüseyin b. Ebî Hüreyre el-Bağdâdî (345/956), *et-Ta'liku'l-Kebîr alâ Muhtasari'l-Müzenî* ve *et-Ta'liku's-Sağîr alâ Muhtasari'l-Müzenî* adında küçük hacimli iki ta'lik yazmıştır<sup>161</sup>.

6. Ebû Ali el-Hüseyin b. Kâsım et-Taberî (350/961): *el-İfsâh Şerhu Muhtasari'l-Müzenî*<sup>162</sup>,

7. Ebû'l-Hüseyin Ahmed b. Muhammed b. Sehl et-Tabesî (358/968): *eş-Şerhu'l-Kebîr alâ Muhtasari'l-Müzenî*<sup>163</sup>,

8. el-Kâdî Ebû Hâmid Ahmed b. Bişr b. Âmir el-Merverrûzî (362/972): *Şerhu Muhtasari'l-Müzenî*<sup>164</sup>,

9. İbnu'l-Kattân Abdullah b. Adiyy b. Muhammed b. Mubârek el-Cürcânî (365/975): *el-İntisâr alâ Muhtasari'l-Müzenî*<sup>165</sup>,

10. Ebû Bekir Muhammed b. Muhammed b. Ca'fer İbn Dakkâk el-Bağdâdî (392/1001): *Şerhu'l-Muhtasar*<sup>166</sup>,

11. el-Kâsım b. Muhammed b. Ali el-Kaffâl el-Kebîr el-Mervezî eş-Şâşi

*Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 59) İbnu'l-Kâsım, *Muhtasaru'l-Müzenî*'ye orta hacimde bir şerh yazdığı, kimi zaman Şâfiî'yi savunduğu, kimi zaman da ona yapılan itirazları haklı bulduğu kaydedilmiştir (Kâtib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1636).

157 Hem *Keşfu'z-Zunûn*'da hem de *el-Hazâinu's-Seniyye*'nin asıl nüshasında, Ebu'l-Hasan Ali b. el-Hüseyin el-Cûrî'nin nisbesi, el-Hürî olarak kullanılmıştır (*Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1636; el-Endûnisi, Abdulkadir b. Abdumuttalib el-Mendîli, *el-Hazâinu's-Seniyye min Meşâhiri'l-Kutubi'l-Fikhiyye li Eimmetinâ'l-Fukahâi's-Şâfiyye* (thk. Abdülazîz b. es-Sâyib), Müessesetu'r-Risâle, Beyrut 1325/2004, s. 93). Aybakan da bu nisbeyi aynen eserine almıştır (*İmam Şâfiî ve Fıkah Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, s. 167). el-Hürî nisbesi yanlış olup doğrusu el-Cürî olmalıdır. Cür, İran bölgesinde bulunan bir yerleşim yeridir (el-Belâzurî, *Futûhu'l-Buldân* (trc. Mustafa Fayda), Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara 1987, s. 452, 564, 565; İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 457). el-Cürî'nin ölüm tarihi hakkında bilgi bulunmamakta, ancak Ebû Bekir en-Nisâbüri (324/935)'ye ulaştığı ve ondan rivayette bulunduğu aktarılmıştır (İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 457).

158 İbn Sübkî, eserin on cilt olduğunu, İbnu'r-Rif'a (710/1310)'nın ve babası Takiyuddin es-Sübkî (756/1355)'nin eserden yararlandıklarını, Râfiî ve Nevevî'nin buna muttali olamadıklarını kaydetmiştir. Eserde, Ebû Ali İbn Ebi Hüreyre (345/956) çokça referans gösterilmiştir (İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 457).

159 Kâtib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1635; Endûnisi, *el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 67.

160 Kays, Kays Âl-u, *el-İrâniyyûn ve'l-Edebu'l-Arabî Ricâlu Fikhi's-Şâfiî*, 4. cilt, Müessesetu'l-Buhûs ve't-Tahkikâtî's-Sekâfiyye, Tahran 1410, s. 53.

161 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 256; İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 99. Endûnisi, *el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 35. Ebû Ali et-Taberî'nin, buna ta'lik yazdığı kaydedilmiştir (Şîrâzî, *Tabakâtu'l-Fukahâ*, s. 108).

162 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 280-281; Kâtib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1635; Endûnisi, *el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 21.

163 Bin cüz civarında olduğu kaydedilmiştir (İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 97-98; Endûnisi, *el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 66).

164 Kâtib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1635; Endûnisi, *el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 67.

165 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 315; İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 115.

166 Şîrâzî, *Tabakâtu'l-Fukahâ*, s. 113; İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 142; Endûnisi, *el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 66.

(400/1009): *et-Takrîb Şerhu Muhtasari'l-Müzeni*<sup>167</sup>,

12. Ebû Hâmid el-İsferâyîni (406/1016): *et-Ta'liketu'l-Kebîre alâ Muhtasari'l-Müzeni*<sup>168</sup>,

13. Ebû Sürâka Muhammed b. Yahya (410/1019)<sup>169</sup>,

14. Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdullah el-Mervezî el-Mes'ûdî (420/1029)<sup>170</sup>,

15. Ebû'l-Futûh Yahyâ b. İsmâil b. Muhammed b. Melâhis el-Yemenî (421/1030)<sup>171</sup>,

16. Ebû Bekr Muhammed b. Dâvud b. Muhammed es-Saydelânî el-Mervezî (427/1035): *Şerhu Muhtasari'l-Müzeni*<sup>172</sup>,

17. Ebû Alî es-Sincî (430/1039)<sup>173</sup>,

18. Ebû Hâtim Mahmûd b. el-Hasan el-Kazvîni et-Taberî (440/1048)<sup>174</sup>,

19. Abdusseyyid b. Muhammed b. es-Sabbâğ el-Bağdâdî (477/1084): *eş-Şâmilu'l-Kebîr Şerhu Muhtasari'l-Müzeni*<sup>175</sup>,

20. Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed eş-Şâfi (507/1113): *eş-Şâfi fi Şerhi Muhtasari'l-Müzeni*<sup>176</sup>,

167 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 474; Endünisî, *el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 38, 149.

168 50 cilt civarında ve Irak ile Horasan Şâfiî muhitlerinin esin kaynağı olduğu, değinilmemiş konuları enfes güzellikte işlediği, çeşitli problemleri ele aldığı, fûrû' konularını incelediği, âlimlerin görüşlerini zikrettiği, delillerini serdettiği ve bunları cevapladığı kaydedilmiştir (Nevevî, *Tehzibu'l-Esmâ ve'l-Luğât el-Esmâ*, s. 706-707). Eser günümüze ulaşmadığından, Şâfiî fıkıhının bir çehresi karanlıkta kalmıştır. Ebû Hâmid el-İsferâyîni'nin bu eserde yer alan bir takım yaklaşımları, sonraki eserlerde serpiştirilmiş halde yer almıştır.

169 Katib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1635.

170 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 4, s. 171; Katib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1635.

171 Katib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1635.

172 İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 190; Katib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1636; Endünisî, *el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 67. Eserin iki büyük ciltten oluştuğu kaydedilmiştir. İbn Sübkî, Horasanlı Şâfiilerce *Tarikatu's-Saydelâniyye* diye isimlendirilen şerhin bazı bölümlerini gördüğünü belirtmiştir (İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 4, s. 148-149).

173 Katib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1635. Hem Irak tarihinin üstadı Ebû Hâmid el-İsferâyîni (406/1016)'den hem de Horasan tarihinin üstadı Ebû Bekir el-Kaffâl (365/976)'dan okumuştur. İbnu'l-Haddâd (345/956)'ın *Fürû'*unu ve İbnu'l-Kâss (335/946)'ın *et-Talhis*'ini şerhetmiştir. Cüveynî'nin *el-Mezhebu'l-Kebîr* şeklinde nitelediği, *Muhtasaru'l-Müzeni*'ye büyük bir şerh yazdığı kaydedilmiştir (Nevevî, *Tehzibu'l-Esmâ ve'l-Luğât el-Esmâ*, s. 763; Muhammed, Ali Cum'a, *el-Medhal ilâ Dirâseti'l-Mezâhibi'l-Fıkhiyye*, Dâru's-Selâm, Kahire 1428/2007, s. 38).

174 Bazı çalışmalarda, *Muhtasaru'l-Müzeni*'ye *el-Keşf fi Şerhi Muhtasari'l-Müzeni* adında bir eser yazdığı kaydedilmişse de, kaynaklarda bunun izine rastlayamadık. Bkz. İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 5, s. 312-314; İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 194-195.

175 Şâfiî fıkıh literatüründe *eş-Şâmil* mutlak isimlendirmesiyle kastedilen eserdir (Muhammed Târik, Muhammed Hişâm Mağribiyye, *el-Medhal ilâ'l-Mezhebi's-Şâfiî*, Dâru'n-Nehda, Dumaşk 1427/2006, s. 45). Ayrıca bkz. en-Nevevî, *Tehzibu'l-Esmâ ve'l-Luğât el-Esmâ*, s. 809; İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 5, s. 122-134; el-İsnevî, *Tabakâtu's-Şâfiyye*, c. 2, s. 39, 40; İbn Kesir, *Tabakâtu's-Şâfiyye*, c. 1, s. 444; el-Endünisî, *el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 54, 151.

176 Fahrulislâm Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed b. el-Hüseyn b. Ömer eş-Şâfi'nin, *eş-Şâfi* adında iki eseri vardır. Birincisi *eş-Şâfi fi Şerhi Muhtasari'l-Müzeni*'dir, ikincisiyse *eş-Şâfi fi Şerhi's-Şâmil*'dir. İkinci eserini tamamlayamamış, beşte bir oranında eksik kalmıştır (İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 276-277). İbn Sübkî, bu eserin muhtemelen *eş-Şâfi fi Şerhi Muhtasari'l-Müzeni* olduğunu belirtmiştir (İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 6, s. 72). *el-Hazâinu's-Seniyye*'de Muhammed b. Ahmed, Muhammed b. Muhammed şeklinde yanlış olarak kaydedilmiştir (Endünisî, *el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 53).

21. Muhyissunne el-Hüseyn b. Mes'ûd b. Muhammed Ebû Muhammed el-Bağavî (516/1122): *Şerhu'l-Muhtasar*<sup>177</sup>,
22. Abdulcebbâr b. Abdulğani b. Ali b. Ebî'l-Fadl el-Ensârî el-Basrî (624/1226)<sup>178</sup>,
23. Ebû'l-Futûh Ali b. İsa eş-Şâfiî (710/1310)<sup>179</sup>,
24. İbn Adlân Muhammed b. Ahmed el-Kinânî (749/1348)<sup>180</sup>,
25. Yahya b. Muhammed el-Haddâdi el-Münâvî (871/1466)<sup>181</sup>,
26. Zekeriyâ el-Ensârî (926/1520)<sup>182</sup>,
27. İbnu'l-Kattân es-Semennûdi: *el-Meşrebu'l-Henî fi Şerhi Muhtasari'l-Müzenî*,
28. Muhammed Abdurraûf el-Münâvî<sup>183</sup>.

### (c) *Muhtasaru'l-Müzenî'nin İhtisarlari*

1. Ebû Muhammed Abdullah b. Yûsuf b. Abdullah b. Yûsuf b. Muhammed Heyyûveyh Ruknu'l-İslâm el-Cüveynî (438/1047): *Muhtasaru'l-Muhtasar*<sup>184</sup>,
2. eş-Şeyh Ebû Muhammed, *el-Mu'tasar* adıyla ihtisar etmiştir. Gazzâlî de bunu *Unkûdu'l-Muhtasar ve Nekâvetu'l-Mu'tasar*<sup>185</sup> adıyla talhis etmiştir.
3. Gazzâlî *el-Muhtasar'ı Hulâsatu'l-Vesâil ilâ İlmi'l-Mesâil* adıyla kısaltmıştır<sup>186</sup>.

### (d) *Muhtasaru'l-Müzenî'nin Manzûm Türü*

1. Ebû Recâ Muhammed b. Ahmed el-Üsvânî (335/946) *Kasîde fi'l-Funûn* adlı eserinde pek çok ilmin yanında, *Muhtasaru'l-Müzenî*'yi de manzûm hale getirmiştir<sup>187</sup>.

177 Nefis bir kitap olduğu, Ezraî (783/1381)'nin bundan çokça nakilde bulunduğu, İsnevî (772/1370)'nin kitaba muttali olmadığını kaydedilmiştir (İbn Kâdi Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 268).

178 Katib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1636.

179 Katib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1635.

180 *Muhtasaru'l-Müzenî*'ye yazdığı şerhi bitirememiştir (İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 9, s. 97).

181 Katib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1635.

182 Katib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1636; el-Cemel, Süleyman b. Ömer b. Mansûr el-Uceylî el-Mısırî eş-Şâfiî, *Hâşiyetu'l-Cemel alâ Şerhi'l-Menhec* (thk. eş-Şeyh Abdurrezzâk Gâlib el-Mehdi), Dârul-Kutubi'l-İlmiyye, I-VIII, Beyrut 1417/1996, (nâşirin önsözü), c. 1, s. 6.

183 Özen, *Müzenî*, DİA, c. 32, s. 248-249.

184 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 5, s. 75.

185 Endünisî, eserin bir diğer adını *Unkûdu'l-Muhtasar Talhîsu Muhtasari'l-Muhtasar* olarak kaydetmiştir (*el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 75, 155). Özen, eserin adını *Hülâsetu'l-Muhtasar ve Nukâvetu'l-Mu'tasar* (Süleymaniye, Yenicami, nr. 442) olarak vermiştir. Ayrıca diğer isminin *Ukûdu'l-Muhtasar ve Bekâu'l-Muktasar* olduğunu, *Unkûdu'l-Muhtasar ve Nukâvetu'l-Mu'tasar*'ın kısaca *el-Mu'tasar* olarak bilindiğini belirtmiştir. Bu eserlerin hepsinin farklı isimlerle anılan bir eser olması gerektiğini vurgulamıştır (Özen, *Müzenî*, DİA, c. 32, s. 249). Dolayısıyla Katib Çelebi, *el-Mu'tasar* adlı eseri, eş-Şeyh Ebû Muhammed'e nisbet etmişken, Özen bunun Gazzâlî'nin *Unkûdu'l-Muhtasar ve Nukâvetu'l-Mu'tasar*'ın diğer ismi olduğunu söylemiştir.

186 Katib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 1, s. 719.

187 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 70; İbn Kâdi Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 86.

### (e) Muhtasaru'l-Müzenî Üzerine Yapılan Fıkıh Sözlüğü Niteliğindeki Dil Çalışmaları

1. Ebû Mansûr Muhammed b. Ahmed el-Ezherî (370/980): *ez-Zâhir fî Ğarîbi Elfâzi'l-İmâmi's-Şâfiî*<sup>188</sup>,

2. İbn Fâris (395/1004): *Hilyetu'l-Fukahâ*<sup>189</sup>,

3. Ebû Süleyman el-Hattâbî (388/998): *ez-Ziyâdât fî Şerhi Elfâzi Muhtasari'l-Müzenî (Tefsîru'l-Luġati'lleti fî Muhtasari'l-Müzenî)*<sup>190</sup>,

4. Nevevî'nin, *Tehzîbu'l-Esmâ ve'l-Luġât* adlı fıkıh sözlüğü ve ricâl ilmi çalışması formatındaki eserinde esas aldığı altı eserden biri *Muhtasaru'l-Müzenî*'dir<sup>191</sup>.

### (f) Muhtasaru'l-Müzenî Üzerine Yapılan Ziyâdât ve Tahrîc Türü Çalışmalar

1. Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed en-Nîsâbûrî (324/935): *Ziyâdâtu Kitâbi'l-Müzenî*<sup>192</sup>,

2. Hâkim el-Kebîr: *el-Muharrec alâ Muhtasari'l-Müzenî*<sup>193</sup>.

### (g) Muhtasaru'l-Müzenî Üzerine Yapılan Diğer Çalışmalar

1. İbn Süreyc (306/918)'in *el-Muhtasar*'a yöneltilen itirazlara, *el-Furûk fî Fîrûi's-Şâfiyye* adlı eserle cevap verdiği kaydedilmiştir<sup>194</sup>.

2. Ebû Sehl İbnu'l-İfrîs *ez-Zevzenî* (362/972), Müzenî'nin *el-Câmiu'l-Kebîr* ve *el-Muhtasar* adlı eserlerini de kapsayan *Cemu'l-Cevâmî*' adlı bir eser yazmıştır<sup>195</sup>.

3. Ebû Avâne Yakub b. İshâk el-İsferâyînî (316/928)<sup>196</sup>, *el-Muhtasar*'da senedleriyle yer alan hadisleri derlemiştir<sup>197</sup>.

4. Kafkasya'nın Lekzân (Lezgân) bölgesinin Zâhar şehrinde Nizâmülmülk'ün kurduğu medresede, VII. (XIII.) yüzyılda *el-Ümm*'ün ve *Muhtasaru'l-Müzenî*'nin Lekzî (Lezgî) diline yapılan tercümelelerinin okutulduğu kaydedilmiştir<sup>198</sup>.

188 thk. Ali Muhammed Muavvad/Âdil Ahmed Abdulmevcüd (*el-Hâvi'l-Kebîr*'in ilk cildinde), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut 1414/1994; thk. Abdulmun'im Tavî Beşennâti, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 1419/1998.

189 İbn Fâris, Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Fâris b. Zekeriyâ er-Râzi, *Hilyetu'l-Fukahâ* (thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki), eş-Şirketü'l-Muttahide, Beyrut 1403/1983.

190 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 290.

191 Nevevî, *Tehzîbu'l-Esmâ ve'l-Luġât*, *el-Esmâ*, s. 60, 64.

192 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 311; Katib Çelebi, *Keşfu'z-Zunûn*, c. 2, s. 1636; Endünisî, *el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 53. Eser, *ez-Ziyâdât alâ Kitâbi'l-Müzenî* adıyla Hâlid b. Hâyif Ureyç el-Mutîri tarafından tahrîc edilerek Dâru'l-Keşer tarafından Kuveyt'te 1426/2005 tarihinde basılmıştır.

193 Özen, *Müzenî*, DİA, c. 32, s. 249.

194 Özen, *Müzenî*, DİA, c. 32, s. 249.

195 İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 3, s. 301-302; Endünisî, *el-Hazâinu's-Seniyye*, s. 44.

196 Şâfiî mezhebini İsferâyine taşıyan ilk kişi olduğu kaydedilmiştir (İbn Kesîr, *Tabakâtu's-Şâfiyye*, c. 1, s. 228; İbn Kâdi Şühbe, *Tabakâtu'l-Fukahâi's-Şâfiyye*, c. 1, s. 73).

197 İbn Sübkî, *el-Muhtasar*'da senedleriyle verilen hadislerin, Ebû Avâne el-İsferâyîni tarafından derlenen bir cüze sahip olduğunu belirtmiştir. Ebû Avâne'ye kadar varan kendi senedini zikretmiş ve bunun ilk hadisini kaydetmiştir (İbn Sübkî, *Tabakâtu's-Şâfiyyeti'l-Kübrâ*, c. 2, s. 96).

198 el-Kazvîni, Zekeriyâ b. Muhammed b. Mahmûd, *Âsâru'l-Bilâd ve Ahbâru'l-İbâd*, Dâru Sâdir, Beyrut 1998, s. 602. *Muhtasaru'l-Müzenî* üzerine yapılan çalışmalar için ayrıca bkz. Özen, *Müzenî*, DİA, c. 32, s. 248, 249; Aybakan, *İmam Şâfiî ve Fıkıh Düşüncesinin Mezhepleşmesi*, s. 167.

**Tablo 2:** *el-Ümm, Muhtasarü'l-Büveytî ve Muhtasarü'l-Müzenî'nin Konu Sistematiği*

	<b>el-Ümm</b>	<b>Muhtasarü'l-Büveytî</b>	<b>Muhtasarü'l-Müzenî</b>
1	<i>et-Tahâre</i>	<i>Bâb (Tahâre)</i>	<i>Bâbu't-Tahâre</i>
2	<i>Kitâbu'l-Hayz</i>	<i>Bâbu's-Salâ</i>	<i>Bâbu(vakti)'s-Salât</i>
3	<i>Kitâbu's-Salât</i>	<i>Kitâbu'z-Zekât</i>	<i>Kitâbu'l-Cenâiz</i>
4	<i>Kitâbu Salâti'l-Havf</i>	<i>Kitâbu's-Siyâm</i>	<i>Kitâbu'z-Zekât</i>
5	<i>Kitâbu Salâti'l-İdeyn</i>	<i>Kitâbu'n-Nikâh</i>	<i>Kitâbu's-Siyâm</i>
6	<i>Kitâbu Salâti'l-Kusûf</i>	<i>Bâbu'n-Nafaka</i>	<i>Kitâbu'l-Hacc</i>
7	<i>Kitâbu'l-İstiskâ'</i>	<i>Bâbu'l-İlâ</i>	<i>Kitâbu'l-Bey'</i>
8	<i>Kitâbu'l-Cenâiz</i>	<i>Bâbu'z-Zihâr</i>	<i>Bâbu's-Selem</i>
9	<i>Kitâbu'z-Zekât</i>	<i>Bâbu'l-Liân</i>	<i>Bâbu'r-Rehn</i>
10	<i>Kitâbu Kasmî's-Sadakât</i>	<i>Bâbu't-Talâk</i>	<i>Kitâbu't-Teflîs</i>
11	<i>Kitâbu's-Siyâmi's-Sağîr</i>	<i>Bâb (fi'l-İdde)</i>	<i>Bâbu'l-Hacr</i>
12	<i>Kitâbu'l-'tikâf</i>	<i>Bâbu'r-Ric'a</i>	<i>Bâbu's-Sulh</i>
13	<i>Kitâbu'l-Hacc</i>	<i>Bâbu'l-İstibrâ</i>	<i>Bâbu'l-Havâle</i>
14	<i>Kitâbu'd-Dahâyâ</i>	<i>Kitâbu'l-Hacc</i>	<i>Bâbu'l-Kefâle</i>
15	<i>Kitâbu's-Sayd ve'z-Zebâih</i>	<i>Kitâbu'l-Buyû'</i>	<i>Bâbu's-Şerike</i>
16	<i>Kitâbu'l-Ati'ma</i>	<i>Bâbu's-Sarf</i>	<i>Kitâbu'l-Vekâle</i>
17	<i>Kitâbu'n-Nuzûr</i>	<i>Bâbu's-Selef</i>	<i>Kitâbu'l-İkrâr</i>
18	<i>Kitâbu'l-Buyû'</i>	<i>Kitâbu'r-Rehn</i>	<i>Kitâbu'l-Âriye</i>
19	<i>Kitâbu'r-Rehni'l-Kebîr</i>	<i>Bâbu'l-Vedia</i>	<i>Kitâbu'l-Ğasb</i>
20	<i>Kitâbu's-Şuf'a</i>	<i>Bâbu's-Şerike</i>	<i>eş-Şuf'a</i>
21	<i>Kitâbu'l-Hibe</i>	<i>Bâbu'l-Kırâd</i>	<i>el-Kırâd</i>
22	<i>Kitâbu'l-Lukatati's-Sağîre</i>	<i>Bâbu'l-Ğasb</i>	<i>el-Musakât</i>
23	<i>Kitâbu'l-Lakît</i>	<i>Bâbu't-Teflîs</i>	<i>Kitâbu's-Şart fi'r-Refik Yeşterituhum el-Musâki</i>
24	<i>Kitâbu'l-Ferâiz</i>	<i>Bâbu Bulûği'r-Rüşd</i>	<i>el-İcâre</i>
25	<i>Kitâbu'l-Vesâyâ</i>	<i>Bâbu's-Şuf'a</i>	<i>el-Muzâraa</i>
26	<i>Kitâbu'l-Cizye</i>	<i>Bâbu's-Sulh</i>	<i>İhyâu'l-Mevât</i>
27	<i>Kitâbu Kitâli Ehli'l-Bağy ve Ehli'r-Ridde</i>	<i>Bâbu'l-Ehbâs</i>	<i>Kitâbu'l-Atâya ve's-Sadakât ve'l-Habs</i>
28	<i>Kitâbu's-Sebk ve'n-Nidâl</i>	<i>Bâbu'l-İcârât</i>	<i>Kitâbu'l-Lukata</i>
29	<i>Kitâbu'l-Hukm fi Kitâli'l-Müşrikin</i>	<i>Bâbu'l-Musakât</i>	<i>el-Ferâiz</i>
30	<i>Kitâbu'n-Nikâh</i>	<i>Bâbu Kasmî'l-Fey'</i>	<i>Kitâbu'l-Vesâyâ</i>
31	<i>Kitâbu's-Şiğâr</i>	<i>Bâbu's-Selb fi'l-Mubâreze</i>	<i>Kitâbu'l-Vedia</i>
32	<i>Kitâbu'n-Nafakât</i>	<i>Bâbu Fardi's-Sadaka</i>	<i>Kasmu'l-Fey' ve'l-Ğenâim</i>
33	<i>el-İded</i>	<i>Bâbu'l-Cizye</i>	<i>es-Sadakât</i>



**Tablo 2:** *el-Ümm, Muhtasarü'l-Büveytî ve Muhtasarü'l-Müzenî'nin Konu Sistematiği*

<b>el-Ümm</b>	<b>Muhtasarü'l-Büveytî</b>	<b>Muhtasarü'l-Müzenî</b>
1	<i>et-Tahâre</i>	<i>Bâbu't-Tahâre</i>
34	<i>Kitâbu'l-Liân</i>	<i>en-Nikâh</i>
35	<i>Kitâbu Cerâhi'l-Amd</i>	<i>es-Sedâk</i>
36	<i>Kitâbu'l-Hudûd ve Sıfatu'n-Nefy</i>	<i>el-Kesmu ve Nuşuzu'r-Reculi alâ'l-Mer'e</i>
37	<i>Kitâbu'l-Akdiye</i>	<i>Kitâbu'l-Hul'</i>
38	<i>Kitâbu'd-Da'vâ ve'l-Beyyinât</i>	<i>Kitâbu't-Talâk</i>
39	<i>Kitâbu'l-Kur'a</i>	<i>er-Ric'a</i>
40	<i>Ahkâmu't-Tedbîr</i>	<i>el-İlâ</i>
41	<i>el-Mekâtib</i>	<i>Kitâbu'z-Zihâr</i>
42	<i>Bâbu'l-Velâ</i>	<i>Liân</i>
43		<i>Kitâbu's-Siyer</i>
44		<i>er-Radâ'</i>
45		<i>en-Nafaka</i>
46		<i>Kitâbu'l-Katl</i>
47		<i>Kitâbu'l-Kesâme</i>
48		<i>Bâbu Hukmi'l-Mürted</i>
48		<i>Kitâbu'l-Hudûd</i>
50		<i>Kitâbu's-Sirka</i>
51		<i>Kitâbu's-Siyer</i>
52		<i>el-Cizye</i>
53		<i>Kitâbu's-Sayd ve'z-Zebâih</i>
54		<i>Kitâbu'd-Dehâyâ</i>
55		<i>Kitâbu's-Sebk ve'r-Remy</i>
56		<i>el-Eymân ve'n-Nuzûr</i>
57		<i>Kitâbu Edebi'l-Kâdî</i>
58		<i>Kitâbu'l-Ekdiya</i>
59		<i>eş-Şehâdât</i>
60		<i>ed-Da'vâ ve'l-Beyyinât</i>
61		<i>el-İtk</i>
62		<i>Müdebber</i>
63		<i>el-Mükâteb</i>
64		<i>Kitâbu İtki Ümmehâtî'l-Evlâd</i>

#### IV. SONUÇ

Şâfiî fûrû-i fıkıh literatürünün doğuşu, İmam Şâfiî'nin fıkıh anlayışının gelişimiyle paralellik arz etmektedir. Mezhep imamının fıkıh anlayışının *kadîm ve cedîd* gibi iki önemli evreye ayrılması, özellikle fûrû-i fıkıh eserlerinin de iki evreye ayrılması sonucunu doğurmuştur. İmam Şâfiî'nin *kadîm* grubunda yer alan fûrû-i fıkıh eserleri *el-Hucce* ve *el-Mebsût* adındaki eserleridir. İmam Şâfiî'nin *cedîd* grubunda yer alan eserleri, *el-Ümm* ve *el-İmlâ/el-Emâlî* isimli eserleridir.

*el-Ümm*, mezhebin ilk fûrû-i fıkıh ve en önemli kaynak eseridir. Mutlak ihtidat özelliklerinin tümünü taşıyan eser, günümüze kadar varlığını sürdürmeyi başarmış, üzerinde pek çok çalışma yapılmış ve defalarca tahkikli neşri yapılmıştır. İmam Şâfiî'nin fûrû-i fıkıh alanındaki diğer eseriye *el-İmlâ* ya da *el-Emâlî* olarak bilinen eseridir. İki ayrı eser olduğu kanaatine sahip olduğumuz mezhebin bu iki önemli kaynağı, günümüze ulaşmadığı için hakkında net bir bilgi vermek mümkün görünmemektedir.

Mezhebin doğuş dönemi fûrû-i fıkıh eserlerinin ikinci kısmını, İmam Şâfiî'nin öğrencilerinin eserleri oluşturmaktadır. Öğrencilere nisbet edilen pek çok eser bulunmakla beraber en önemli kaynaklar *Muhtasaru'l-Büveytî* ve *Muhtasaru'l-Müzenî*'dir.

*Muhtasaru'l-Büveytî*, muhtasar adındaki eser türlerinin ilk örneğini oluşturmaktadır. Eser, türünün ilk numunesini oluşturmasından, müellifinin mezhebin sorumluluğunu omuzlamasından ve ölümle sonuçlanan işkence dolu bir hayat yaşamış olmasından olacak ki; rafine bir eser özelliğine sahip olamamıştır. Günümüze ulaşan eser henüz basılmamış ve oldukça yakın zamanlarda inceleme konusu olmuştur.

Mezhebin doğuş dönemi eserlerinin sonuncusunu *Muhtasaru'l-Müzenî* oluşturmaktadır. Uzun sürede ve oldukça büyük bir emek sonucu meydana gelen eser, ilk dönem fûrû-i fıkıh eserlerinin en rafine olanıdır. *el-Muhtasar* mutlak ismiyle anılan eser, kendisinden sonra kaleme alınacak eserler için de önemli bir örnek metin olmuştur. Gerek şekil ve gerekse muhteva açısından oldukça başarılı bir profil çizen *Muhtasaru'l-Müzenî*, çeşitli yönlerden pek çok türde oldukça zengin bir çalışmaya konu olmuştur. Böylece *el-Ümm*, *el-İmlâ/el-Emâlî*, *Muhtasaru'l-Büveytî* ve *Muhtasaru'l-Müzenî* dördlüsü, doğuş döneminin en önemli eserleri olmuşlar ve mezhebin temel kaynaklarını oluşturmuşlardır.

## السياسة الاقتصادية والمالية بعد الفتوحات الإسلامية\*

Prof. Dr. Mehmet ERKAL\*\*

### İslam Fetihlerinden Sonra İktisâdî ve Mâli Siyaset

**Özet:** Fetihlerin ardından fethedilen arazilerde zirai gelişim politikaları izlendi. Su kaynakları düzenlenerek sulama kanalları inşa edildi. Abdülmelik b. Mervan zamanında para basıldı. Muhasebe defterleri (divan) tutulmaya başlandı. Diğer dillerden hesaplara ilgili metinler Arapçaya çevrildi. Önceki devletlerin iktisadi tecrübelerinden istifade edildi. İnan Sâsânî topraklarının fethiyle, İnan parası dinar pazarda etkin bir şekilde yer aldı. Dört halifenin mali ve iktisadi nizam konusundaki gayretleri, Emelvilir döneminde muhasebe defterleri, önceki millet ve devletlerin tecrübelerini de kullanarak kurdukları sistemle daha düzenli hale gelmiştir. Divan teşekkül etti.

*Anahtar kelimeler: Harac, fey, fetih, divan.*

مع الفتوحات الإسلامية تجلت قضايا جديدة تتمثل في حق الناس الذين يعيشون في الأراضي المفتوحة, لقد استطاع الخليفة عمر رضي الله عنه أن يحل هذه القضية بأخذ ضريبة الخراج من هذه الأراضي وضريبة الجزية من السكان المحليين معتمدا علي مفهوم الفي, وهكذا نجد أن الخليفة عمر بن الخطاب قد حافظ علي الأراضي المفتوحة , كما شجع علي الفتوحات الإسلامية.

كان يعاني ملاك الأراضي الزراعية التي تحت سيطرة كل من الروم والفرس من الضرائب الباهظة التي أثقلت كاهل المواطنين. علاوة علي ذلك انتفاضات الجيش المتكررة في كل من مصر وأروبا واسيا الصغرى كل هذه الاسباب اضافة الى قلة موارد الري جعلت المزرعين يمتنعون عن الزراعة.

\* هذه المقالة ترجمة مختصرة ( للنظام الضريبي في صدر الاسلام ) من كتاب  
Mehmet Erkal, İslam, Türkiye, 2009

\*\* Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

بعد الفتوحات الإسلامية اهتم المسلمون بتطوير الزراعة في البلاد المفتوحة فأقيمت شبكات الري والسدود علي نهر الفرات وحفرت القنوات في عهد الخليفة عمر بن الخطاب.

لقد أعطي بنو أمية الزراعة قسط كبير من الاهتمام بالرغم من انشغالهم بالفتوحات وإعداد المجاهدين, فعندما تهدمت السدود التي كانت على نهر الفرات تكونت مستنقعات كثيرة فجففها عبدالله بن دراج عامل الخراج الذي عين من قبل معاوية, وحول هذه الأراضي إلي أراضي صالحة للزراعة, حيث بلغ إنتاجها ما يقارب خمسة ملايين درهم.

عمل الحجاج بن يوسف الثقفي على تحسين موارد الري فشق الترغ والجداول بين نهر دجلة والفرات وأنشأ قناة أكبر من التي كانت قائمة من قبل, وحول البرك والمستنقعات إلي أراضي صالحة للزراعة بعد تجفيفها.

وفي عهد الخليفين الوليد بن عبد الملك (٦٨ - ٦٩ هجرية) و هشام بن عبد الملك (٥٠١ - ٥٢١) نشطت الحركة الزراعية.

أما الخليفة عبد الملك بن مروان (٣٧ - ٦٨) فقد أمر بسك العملة<sup>١</sup> (طبع العملة) واستبدلت الدراهم الفارسية والبيزنطية التي كانت تتداول حينها بدراهم ودنانير إسلامية وعمت العملة الإسلامية الأسواق مما ساعد علي استقرار النظام الاقتصادي في الدولة الإسلامية خلافا لما كان يحدث قبل ذلك من تذبذب في السيولة وانقطاعها أحيانا بسبب القلاقل والحروب.

وفي الجانب الإداري فنجد أن المسلمين قد استعملوا دفاتر المحاسبة بعد ترجمتها الي اللغة العربية في مجال (الديوان - استيفاء الخراج) وكانت اللغة العربية هي لغة الحكام الإداريين, أما العامة فكل منطقة تتحدث لغتها التي كانت عليها من قبل فنجد اللاتينية هي اللغة الرسمية في مصر وسوريا والفراسية في العراق وإيران<sup>٢</sup>. نشطت حركة الترجمة في الشام في عهد الخليفة عبد الملك بن مروان حين أمر كاتبه سليمان بن سعد أن يترجم الدفاتر إلى العربية. وفي غضون عام واحد استطاع ابن سعد أن ينقلها إلى العربية. وأمر

1 Barkan, Ömer Lütfi. İktisat Tarihi, İstanbul, 1950, s. 59.

٢ أحمد بن يحيى بن جابر بن داود البلاذري, فتوح البلدان, تعليق ومراجعة رضوان محمد رضوان, المكتبة التجارية الكبرى, القاهرة, ١٩٣٢م, ص ٢٩٦.

الحجاج من كاتبه صالح بن عبد الرحمن الذي كان يتقن العربية والفارسية بترجمة دفاتر المحاسبة الى العربية<sup>٣</sup>.

وفي عهد الخليفة الوليد بن عبد الملك ترجمت الدفاتر المالية في مصر من اللاتينية إلى العربية, ويعتبر المؤلفون أن تعريب الدواوين (الدواوين) لم يكن صدفة, وإنما كان نتيجة تخطيط مسبق من قبل الدولة الإسلامية والذي يعتبر جزء من السياسة الاقتصادية والمالية. وكان الهدف من التعريب, المحافظة علي النظام والاقتصادي والمالي للدولة الإسلامية من التزوير والغش. وعليه فإن إصلاح النقود, وتعريب الدواوين وتحسين الزراعة في العهد الأموي, كلها مقدمات لعهد جديد شكلته الفتوحات الإسلامية.

لقد امتدت رقعة الأراض الإسلامية وتوسعت فشملت المحيط الهادي و الأطلسي وتحسنت طرق النقل فساعد ذلك علي انسياب السلع و البضائع إلى الاسواق فحدثت طفرة اقتصادية كبيرة. وكانت للنقود الذهبية دورا كبيرا في تلك الآونة وكانت دول أوربا الغربية والدولة البيزنطية تتحكم بعدة طرق علي دخول وخروج هذه النقود, فلذلك نلاحظ انه كان هناك تفاوت في المستوي الاقتصادي بين شرق و غرب الامبراطورية الرومانية إذ كانت النقود تخرج من غرب الامبراطورية الرومانية إلى شرقها حيث تنشط الحركة الاقتصادية بها. وعندما جاء الفتح ودخل المسلمون شرق الامبراطورية البيزنطية جمعوا كثير من النقود التي كانت تنساب علي تلك المناطق باعتبار أنها غنائم ووزعت علي المجاهدين.

أصبحت واردات الإمبراطورية الرومانية والإمبراطورية البيزنطية من دول الشرق الأقصى أكثر من صادرتها مما اضطرها لإخراج الذهب بشكل مستمر. وبالرغم من أن الأخيرة كانت أغنى دولة بالذهب في تلك الآونة, اتخذت بعض الاجراءات حافظت به علي مخزونها من الذهب.

بعد الفتوحات الإسلامية طرح المسلمون الأموال التي كانت مكدسة في قصور الساسانيين وفي خزائن بعض الجنود إلى الأسواق فأحييتها و زادت من نشاطها كما كان لهذا دور كبير في دخول البضائع إلى أوروبا من أمريكا بعد اكتشافها حيث ارتفعت الأسعار, وظهر أصحاب رؤوس الأموال الذين بدعوا بممارسة أشكال مختلفة من التجارة.

وهكذا بدأ عصر استعمال الدينار الذهبي الإسلامي الذي أصبح سائدا في جميع الأسواق العالمية.

حددت الشريعة الإسلامية موارد أموال المسلمين ومصارفها وعلي هذا كان الرسول عليه الصلاة والسلام وخلفائه من بعده يديرون السياسة المالية والحياة الاقتصادية بشكل عادل يضمن سلامة المجتمع وتداول الثروة فيه. كانت موارد بيت المال في العهد النبوي تأتي من الزكاة، الفي، الخراج، خمس الغنائم<sup>٤</sup>، الجزية. ولقد فرض الإسلام (الجزية) مبلغا ضئيلا يؤخذ من غير المسلمين وهو ما يقارب واحد في المئة من المال، ويمكن أن تدفع الجزية علي أفساط أو سلع عينية وكل هذه تسهيلا علي دافعها، كما كان الرسول عليه الصلاة والسلام يوصي عمال الجزية بالرفق علي أهل الذمة وأن يسهلوا ولا يعسروا عليهم ومنع عمال الجزية من أخذ الهدايا من أهل الذمة حتى لا تكون هنالك أفضلية فرد علي آخر.

ولقد أصبح النظام المالي في عهد الخلفاء الراشدين أكثر دقة، ففي هذا العهد حددت نسبة الضريبة كما حدد المكلفين بدفعها من خلال مصدر الاجتهاد. ولمصدر الاجتهاد بعض المؤيدين و المعارضين، فعلي سبيل المثال لا الحصر نجد أنه عندما تولى الخليفة أبوبكر الصديق خلافة المسلمين بعد الرسول صلى الله عليه وسلم رفضت بعض القبائل دفع الزكاة محتجين بالآية (خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلَّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) وقالوا نحن نفر بالشهادتين ونقيم الصلاة ولكن الزكاة ندفعها لرسول الله مقابل الدعاء لنا وهو قد مات. فرفضوا أن يدفعوها.

وفي الحقيقة أن ما جاء في الآية الكريمة لم يكن موجه للرسول صلى الله عليه وسلم في شخصه بل الخطاب يعم جميع ولاة أمر المسلمين.

لقد كانت هذه القبائل حديثة عهد بالإسلام ولم يرسخ الإسلام في قلوبهم ولم يفهموا الأحكام .

وعندما ذكرت (الزكاة) في الآية الكريمة لم يقصد بها الدعاء لدافع الزكاة وغنما هي أمر بدفعها.

٤ أبو عبيد القاسم بن سلام، الأموال، تحقيق: محمد خليل هراس، ط ٢، دار الفكر للطباعة، القاهرة، ١٣٨٩

هـ، ص ١٠٤، حديث رقم: ٤٠-٤١.

٥ سورة التوبة: ١٠٣.

في هذه الحادثة تباينت آراء صحابة رسول الله عليه وسلم فنجد أن عمر رضي الله عنه قال لأبي بكر الصديق رضي الله عنه: عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَمَنْ قَالَ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَقَدْ عَصَمَ مِنِّي نَفْسَهُ وَمَالَهُ إِلَّا بِحَقِّهِ وَحِسَابُهُ عَلَى اللَّهِ).<sup>٦</sup> في هذه الحادثة نجد أن عمر رضي الله عنه قد اتخذ موقفا أكثر ليونة مع مانعي الزكاة عكسي ما كان متعارف عن شخصيته و التي أكثر شدة وصرامة من الخليفة أبوبكر الذي اشتهر بلين الجانب وإن دل هذا إنما يدل على مدى عمق تفكير الخليفين في المسائل السياسية و الدينية.

لقد أحدث الخليفة عمر بن الخطاب نقلة حضارية كبرى في النظم الإدارية والمالية وقد كان حريصا كل الحرص في اختيار<sup>٧</sup> العمال الذين يجمعون الجزية، وكان يعين من عرف بالزهد والتقوى ثم يخضعهم للشورى وكان يراقبهم بنفسه أو يوكل من يراقبهم، وعند موسم الحج من كل سنة كان يعقد محاكم المظالم وهي تشبه ما يعرف بمحاكم (التمييز) اليوم للنظر في القضايا والشكاوى مع حضور طرفي النزاع. ومن الأمثلة الرائعة التي ضربها المسلمون في الزهد والورع عندما أعاد أبو عبيدة عامر بن الجراح الجزية إلى أهالي مدينة حمص<sup>٨</sup>. فعندما فتح المسلمون مدينة حمص قدموا معاهدة لأهلها وطالبوهم بدفع الجزية مقابل حمايتهم. ولكن عندما تقدم أبو عبيدة لفتح مدينة اليرموك وجد أن الروم قد حشدت قدر هائل من العدة والعتاد لقتال المسلمين، فقرر أن ينسحب من المدن التي فتحها بعد استشارة أصحابه ليجمع تحت لوائه أكبر عدد من المسلمين. ولما انسحب المسلمون من حمص رد لأهلها ما دفعوا من جزية.

أما الدولة الأموية فقد كانت تعتمد على مصادرها المالية من بيت المسلمين من زكاة، جزى خمس الغنائم الى جانب مصادر جديدة دعتها الضرورة لاستحداثها، وركزت السياسة المالية في الدولة الأموية على الآتي:

- 
- ٦ عمدة القاري شرح صحيح البخاري للإمام بدر الدين محمد بن أحمد العيني المتوفى، إسطنبول من سنة ١٣٠٨ إلى سنة ١٣١١ هجرية، زكاة، ١.
- ٧ أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم الكوفي، الخراج، تحقيق الشيخ محب الدين الخطيب، مكتبة السنة، القاهرة، ١٣٩٦، ص ١٢٤-١٢٧.
- ٨ البلاذري، فتوح البلدان، ص ١٤٢-١٤٣-١٤٤، أبو يوسف، الخراج، ١٥٠.

١/ المحافظة علي مصادر أموال بيت المال.

٢/ الدقة في جمع الأموال.

٣/ اقتطاع الجند الأراضي الخراجية للانتفاع بوارداتها بينما بقيت ملكية الأراضي للدولة.

ونجد أن الأمويين قد اعتمدوا على العناصر غير العربية<sup>٩</sup> في المناصب المالية وذلك لمعرفةهم للقراءة والكتابة وإجادتهم لمسك الدفاتر الحسابية.

---

٩ أبو عبد الله محمد بن عبدوس الجهشياري، الوزراء والكتاب، تحقيق، مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ شليبي، مصطفى الباي الحلبي، القاهرة، ١٩٣٨، ص ٣٤.



## مادة تاريخ الفقه ومحتواها الذي يدرس

### في كلية الإلهيات بدار الفنون\*

Doç. Dr. Ahmet Hamdi FURAT\*\*

#### ملخص

تحتل دارالفنون التي تأسست عام ١٩٠٠ مكانة غاية في الأهمية من ناحية تاريخ التعليم الديني. تبين مضبطة دارالفنون عزم هذه المؤسسة على تدريس مساقات التفسير والحديث وأصول الحديث والفقه وأصول الفقه وعلم الكلام وتاريخ الدين الإسلامي. وتطبيقا لهذه المضبطة تم اعتماد درس تاريخ الفقه كمادة تدرس لمدة ساعة أسبوعيا في السنتين الثانية والثالثة في البرنامج الخاص بقسم الفقه في شعبة العلوم الدينية العليا والذي تم إقراره في اجتماع مجلس المعلمين لشعبة الآداب في ٢٨ مايو ١٣٢٨ (١٠ حزيران ١٩١٢). الكتب في تاريخ الفقه التي تم اعتمادها في بهدف تكوين المحتوى التعليمي لهذه المادة : تاريخ علم الفقه لكامل ميراث؛ دروس تاريخ الفقه لسيد بك؛ تاريخ الفقه، لإسماعيل حقي.

تحتل دارالفنون التي تأسست عام ١٩٠٠ مكانة غاية في الأهمية من ناحية تاريخ التعليم الديني. وذلك بسبب احتضان بنيتها لشعبة «العلوم الدينية العليا». وقد كان من المقرر افتتاح مدرسة أو معهد العلوم الدينية قبل ذلك التاريخ بستة عشر عاما أي عام ١٨٨٤ ولكن تم تأخير فتح المعهد تلبية للرغبة في إنشاء هذه المؤسسة ضمن بنية دارالفنون<sup>١</sup>.

تبين مضبطة دارالفنون عزم هذه المؤسسة على تدريس مساقات التفسير والحديث وأصول الحديث والفقه وأصول الفقه وعلم الكلام وتاريخ الدين الإسلامي. فقد كانت مادة التفسير تدرس على مدار أربع سنوات ثلاث ساعات كل أسبوع. في حين كانت

\* و قدم هذه المقالة في المؤتمر "Darulfünün İlahiyat Sempozyumu" في 18-19 نوفمبر ٢٠٠٩ بالاسم "İlahiyat Fakültesi'nde Darulfünün İlahiyat Sempozyumu" "Darulfünün Okutulan Fıkıh Tarihi Dersi ve Muhtevası" وتتم طباعة في 2010 (363-357 ( "Tebliğleri (2009 Kasım 19-18)

\*\* جامعة استانبول، كلية إلهيات، قسم الفقه

١ ز نكين، ذكي صالح، المدارس في عهد المشروطية الثانية، آقره، ص. ٣٨-٩؛ أكمل الدين إحسان اوغلي، "كلية الإلهيات الأولى في العالم الإسلامي"، أوراق ندوة في دار الفنون الهيات، استانبول 2010، ص. 7-10؛ أمره دولن، "دراسات الهيات في دار الفنون من عهد العثماني إلى عهد الجمهورية"، أوراق ندوة في دار الفنون الهيات، استانبول 2010، 7-105.

الدروس عدا درس تاريخ الدين الإسلامي تدرس ساعتين كل أسبوع. أما درس تاريخ الدين الإسلامي فكان يدرس في السنة الأولى لمدة ساعتين في الأسبوع، وفي السنوات الثلاث المتبقية لمدة ثلاث ساعات في الأسبوع. وقد كان موسى كاظم يدرس مادة أصول الفقه أما حمدي أفندي العلائي فقد كان يدرس درس الفقه ضمن الدروس التي تدرس ساعتين في الأسبوع<sup>٢</sup>.

من أهم النقاط التي تتعلق بكلية الإلهيات في دارالفنون أيضا لائحة الإرشادات التي أصدرها وزير المعارف أمرالله أفندي في الرابع من جمادى الأولى الموافق عام ١٣٣٠ \ الثامن من نيسان عام ١٣٢٨. في هذه اللائحة تم تقسيم العلوم الشرعية إلى بنود. هذه البنود هي بند التفسير والحديث وبند الكلام وبند الفلسفة وبند الفقه وبند السير وعلم الأخلاق الشرعية. وقد كان ضمن بند دروس الفقه ما يلي «أصول الفقه وعلم الخلاف والفقه وتاريخ علم الفقه وحكمة التشريع». بعد ذلك مباشرة في العاشر من نيسان عام ١٩١٢ تم البدء في تحضير برنامج جديد لشعبتي الآداب والشريعة بطلب من ناظر المعارف آنذاك. وقد تم تغيير اسم الشعبة إلى «العلوم الشرعية» وقد تم تقسيمها إلى قسمين هما قسم العلوم الفقية وقسم علوم الكلام. وقد كان قسم علوم الكلام يحوي دروس الفقه وأصول الفقه وحكمة التشريع<sup>٣</sup>.

وقد كان القسم المتعلق بالفقه في المضبطة كما يلي:

قسم العلوم الفقهية: سوف يحتوي القسم على دروس التفسير الشريف وأصول الفقه وعلم الأخلاق وتاريخ الفقه وحكمة التشريع والسيرة النبوية وتاريخ الدين الإسلامي وأخلاق الشريعة والتصوف ومختصر في الفلسفة والأدب العربي والأدب الفارسي واللغة الفرنسية وستكون مدة التحصيل الدراسي أربع سنوات. وستدرس دروس التفسير الشريف والحديث الشريف وحكمة التشريع وتاريخ الدين الإسلامي والسيرة النبوية والأخلاق الشرعية والتصوف والأدب العربية والفرنسي بشكل مشترك في كلا القسمين. وكذلك تقرر تدريس علم الفقه اعتبارا من السنة الأولى على صورة القواعد الفقهية بشكل مشترك بين القسمين، وتدرسه بصورة مفصلة في قسم الفقه سنويا. وتقرر تدريس علم أصول الفقه بشكل مشترك في السنة الأولى على وجه الإجمال وبشكل مفصل في قسم العلوم الفقهية على مدار السنوات جميعها. وقد تقرر تدريس كتاب «هداية» وأصول الفقه ابتداء من السنة الثانية على أن تتم في السنة الرابع لتحقيق الممارسة للمواد المشتركة ما عدا الفقه الشريف. بالإضافة إلى تدريس

٢ زنكين ٣٨-٣٩؛ أمره دولن، ص. ١٠٨.

٣ زنكين ٤٢؛ أمره دولن، ص. ١١٣-١١٤؛ أكمل الدين إحسان اوغلي، ص. ١٠.

أصول الفقه بشكل مفصل اعتباراً من السنة الثانية وحتى السنة الرابعة. كما إنه من المهم، بمكان البدء في تدريسه لأحياء علم الخلاف بين المذاهب الإسلامية وإكساب أهمية في العالم الإسلامي فيما يأتي من الزمان. هذا العلم يتمثل في القياس وبيان الخلاف بين المذاهب الإسلامية المختلفة وعلم الخلاف علم تم إهماله ولم يعد له ذكر للأسف حتى وقتنا الحالي فوصل إلى درجة الانقراض. وعليه يدرس مختصر الطحاوي في ساعة مستقلة بالإضافة إلى إظهار أسباب الاختلاف الفقهية وتفصيل المسائل الفقهية قدر ما أمكن. ويتبع ذلك تدريس كتاب «البداية» لابن رشد. كذلك تم استحداث مادة تاريخ الفقه الذي يتناول مواضيع سبب ظهور علم الفقه وانتشاره ومسالك الفقهاء وطبقاتهم والمسائل الفقهية والكتب الفقهية راجحها ومرجوحها. وقد تم قبول تدريس الفلسفة التي تدرس بالتفصيل لطلاب قسم علوم الكلام بشكل مختصر في قسم قسم العلوم الفقهية، نظراً للوقت غير المناسب لطلاب القسم والذي يتعذر بسببه بدراسته بشكل مفصل<sup>٤</sup>.

تم إدراج درس الفقه وأصول الفقه في السنة الأولى في كل من قسم علم الكلام وقسم العلوم الفقهية، على أن يتم تدريسها بشكل مفصل في باقي السنوات في قسم العلوم الفقهية. وقد تم تقرير تدريس كتاب الهداية للمرغيناني لتأمين الممارسة العملية بخصوص الفقه الشريف ابتداء من السنة الثانية. وكذلك فإن البند الذي ينص بخصوص علم الاختلاف يثير الاهتمام فقد تم التأكيد على أن علم الاختلاف هو من العلوم الإسلامية ولكن تم إهماله. وقد تم التأكيد على أنه يتناول الخلاف بين المذاهب الموجودة والمندثرة والقياس بينها. قد استخدمت عبارة «من المهم، بمكان البدء في تدريسه لأحياء علم الخلاف بين المذاهب الإسلامية وإكسابه أهمية في العالم الإسلامي فيما يأتي من الزمان». وفي هذا المجال قرر تدريس مختصر الطحاوي وبداية المجتهد لابن رشد في السنة الأولى. وقد تم توضيح سبب تدريسه بشرح أسباب الاختلاف في المسائل الفقهية، وتوضيح ما قد يحدث من اختلاف في المسائل الفقهية مستقبلاً قدر الإمكان. وقد تبين تقرير درس جديد تحت عنوان تاريخ الفقه. ووضح سبب تدريسه وهو بيان نشأة علم الفقه وأسباب وكيفية انتشاره.

وتطبيقاً لهذه المضبطة تم اعتماد درس تاريخ الفقه كمادة تدرس لمدة ساعة أسبوعياً في السنتين الثانية والثالثة في البرنامج الخاص بقسم الفقه في شعبة العلوم الدينية العليا والذي تم إقراره في اجتماع مجلس المعلمين لشعبة الآداب في ٢٨ مايو ١٣٢٨ (١٠ حزيران ١٩١٢) كذلك وفقاً لاجتماع معلمي قسم الآداب ستدرس مادة تاريخ الفقه

لمدة ساعة أسبوعيا في السنة الأولى. كما كان درس تاريخ الفقه يدرس لمدة ساعة أسبوعيا في السنة الأخيرة وفقا لطلب السيد اسماعيل حقي وإقرار مجلس معلمي شعبة الآداب في ١٩ أغسطس ١٣٢٨ (١ أيلول ١٩١٢) ووفقا لللائحة الإرشادات لدارالفنون استانبول ستدرس مادة تاريخ الفقه حسب البرنامج المعد لشعبة العلوم الشرعية في فصلين دراسيين.

أستاذة المواد المتعلقة بالفقه والواردة أعلاه هم كما يلي:

حكمة التشريع: إسماعيل حقي (المناسيري)<sup>٥</sup>

أصول الفقه: حاج حافظ سعيد أفندي، عبداللطيف أفندي، عاصم أفندي.

الفقه: سرّي أفندي، حاج حافظ سعيد أفندي، شاكر أفندي.

الخلافا: شاكر أفندي

تاريخ الفقه، كامل أفندي<sup>٦</sup>.

في عام ١٩١٤ تم إغلاق هذه الشعبة (العلوم الدينية العليا). وبدأ يدرس في مدارس الخلافة العليا التي أسست مع مدارس الإصلاح كقسم عالي أي بما يقابل البكالوريوس في يومنا ٦. وفق برنامج ١٩١٤ الدراسي يدرس تاريخ الفقه لمدة ساعة أسبوعيا في السنة الأولى. أما في ١٩١٥ و ١٩١٦ و ١٩١٨ و ١٩٢٢ فلم يكن له مكان في المقرر الدراسي. أما في منهاج مدرسة المتخصصين والتي تقابل في زماننا الماجستير<sup>٧</sup> فقد كان يدرس فيها تاريخ الفقه عام ١٩٢٢ في شعبة الفقه بالإضافة إلى الفقه الحنفي والفقه الشافعي والفقه المالكي والفقه الحنبلي والخلافا والجدل ومقايسة الأحكام أما في قسم الفقه وأصول الفقه بالإضافة إلى الفقه الحنفي والفقه الشافعي والفقه المالكي والفقه الحنبلي وأصول الفقه وفقه الاختلاف (في الصف الأول والثاني والثالث)<sup>٨</sup>

وفي عهد الجمهورية التركية تم افتتاح كلية الإلهيات مع هذه العبارات الواردة في المادة الرابعة من قانون توحيد التدريس "ستقوم وكالة المعارف بفتح كلية شريعة في دار

٥ صالح صبري ياووز، "مناسرتلي إسماعيل حقي"، DIA، ج. ٢٧، ٥٦٣-٤.

٦ متين يورده نه ر، «عبد اللطيف خاربوتي»، DIA، ج. ١٦، ٢٣٥-٧.

٧ نسيمي يازيجي، "كامل ميراث"، DIA، ج. ٣٠، ١٤٥-٦.

٨ أكمل الدين إحسان اوغلي، ص. ١٠.

الفنون بالإضافة إلى مدارس أخرى لتنشئة الموظفين بالقيام بالوظائف المتعلقة بخدمة الدين مثل الإمامة والخطابة والتأسيس<sup>8</sup>. في مطلع شهر نيسان عام 1924 تم افتتاح الكلية على الأغلب وفي ذلك الوقت تم تدريس درس تاريخ الفقه في أربعة فصول من السنوات الدراسية 1925-1926، 1925-1926، 1926-1927، 1927-1928، 1930-1931. وهنا من الضروري التركيز على نقطة أن درس تاريخ الفقه كان وحيدا في قسم الفقه بمعنى أنه لم يكن هناك درس أصول الفقه أو الفقه أو علم الخلاف أو حكمة التشريع. وقد كان سيد بيه وبعد ذلك اسماعيل حقي الإزميري يدرس تاريخ الفقه عام 1924<sup>9</sup>.

بعد أن قمنا بالحديث عن رحلة مادة تاريخ الفقه في كلية الإلهيات بدارالفنون سنتعرف على الكتب التي تم اعتمادها في بهدف تكوين المحتوى التعليمي لهذه المادة :

### تاريخ علم الفقه لكامل ميراث<sup>10</sup>

**أول كتاب درس في هذه المحاضرات يحمل اسم تاريخ علم الفقه.** وقد كان محرره النائب عن أفيون أنقرة قره حصار محمد كامل أحمد رشدي والذي تغير اسم عائلته وفق قانون تغيير أسماء العائلات إلى ميراث. وقد ذكر في المعلومات التي قدم بها لكتابه أن أهمية هذا الدرس تكمن في كونه مستحدثا لأول مرة في تاريخ التعليم الإسلامي: وهذا تبسيط لما ورد من هذه المعلومات :

**تاريخ الفقه:** تاريخ له خصوصية. لأن التاريخ العام هو علم يرصد أزمان جميع الأحداث والتغيرات التي تمر بها الإنسانية منذ ظهورها ومن ثم تطورها لتصل إلى ما وصلت إليه الآن من عمران وحضارة ولذلك موضوعات التاريخ هي عبارة عن تناول جميع الأحداث الهامة المتعلقة بالتغيرات والتحولات التي تطرأ في حياة البشرية.

كما أن رصد وشرح نشأة وتطور وانتشار ومواضيع ومحتوى العلوم المختلفة التي تسيطر على عالم الحضارة الإنسانية مثل الحقوق والقوانين والفنون بالإضافة إلى الحروب والفتوحات اللازمة لإحداث التغيرات والانقلابات المجتمعية أيضا هي مواضيع التاريخ الخاص. ولذلك سطر لكل فن ولكل عصر ولكل قوم تاريخ خاص به. ومن هنا فإن تاريخ الفقه أيضا كمثلهما فقه خاص.

وتنبع خصوصية علم الفقه من توجيهه إلى الأحكام الفرعية من قبل الفقه المعاصر. وإلا فإن علم الفقه يعني في العهود الإسلامية المبكرة علم الدين والشريعة نظرا لسيطرة علم الفقه على المواضيع العملية والعقدية والأخلاقية. ويمكن اعتبار علم تاريخ الفقه تاريخا عاما. لأن الحضارات والأديان

٩ أكمل الدين إحسان اوغلي، ص. ١١.

١٠ كمال بيلديز، الياس بيلديرم، علم الفقه / مصادر و بحوث تاريخ الفقه الإسلامي، ص. ٣٨٠.

القديمة اختتمت بالشريعة الإسلامية وظهرت حضارتنا اليوم امتدادا لها. وبالتالي فإن تاريخ العلم المتعلق بهذا الدين العظيم الذي يعد بمثابة الرابط بين العصور القديمة والعصور الحديث من أهم علوم التاريخ العامة.

أما المسائل المتعلقة بتاريخ الفقه فهي لم تنظم وتنسق وتصنف بعد في إطار عملي كغيرها من العلوم. ورغم أنه تم تصنيف بعض الكتب المتفرقة في أوقات مختلفة فيما يتعلق بطبقات الفقهاء من شتى المذاهب إلا أنه كما أسلفنا لم يتم تأليف وتنسيق المسائل المتعلقة بمواضيع تاريخ الفقه بصورة عملية كما هو الحال في العلوم الأخرى. ورغم وجود بعض المؤلفات التي تتعلق بطبقات الفقهاء من مختلف المذاهب وكتب تاريخ الفقه إلا أن المسائل والمواضيع التي تصلح أن تكون موضوعا لتاريخ الفقه ترد عادة كمعلومات استطرادية في سياق علم المسائل الفقهية وفي مقدمات الكتب الفقهية وحكمة التشريع وكتب السير وغيرها من الكتب.

### قدم معلومات حول تاريخ الفقه كما يلي:

بيد أنه من المعلوم ما لعلم تاريخ الفقه الذي يتناول كيفية ظهور الأحكام الإسلامية ونقلها ونشأة المذاهب المختلفة وشكلها وانتشارها من أهمية وأي أهمية. وبناء على هذه الأهمية تم اعتماد درس تاريخ الفقه في مقررات قسم العلوم الشرعية العثمانية في دارالفنون وتعديلهما يراعي حاجات الواقع والزمان.

في الواقع قبلت هذه الوظيفة معترفا بعجزنا ومعتمدا على اجتهادي رغم علمي بأن جمع المعلومات المتعلقة بتاريخ الفقه ووضعها في سياق منظم يحتاج إلى جهد كبير وسعي حثيث وبحث مكثف. وما التوفيق إلا بالله العظيم.

تاريخ الفقه هو مكون من جمع معان يتركيب بالإضافة. وتعريف وشرح الألفاظ المركبة والمعقدة يكون بتفكيكها وشرح الأجزاء التي باجتماعها تتشكل الألفاظ. وبناء عليه فإن تاريخ الفقه هو عبارة عن تركيب مكون من مضاف وهو التاريخ ومضاف إليه وهو الفقه وكون فهم المركب يعتمد على فهم المضاف والمضاف إليه فستحدث عن تعريف وموضوع الفقه بعد أن تحدثنا أعلاه عن التاريخ وأنواعه.

تاريخ الفقه وهو العلم الذي يعنى بتناول المواضيع المتعلقة بكيفية ظهور الأحكام وضبطها ونقلها واستنباطها بالإضافة إلى تناول نشأة المذاهب المختلفة وانتشارها.

أهميته: يقدم تاريخ الفقه معلومات قيمة فيما يتعلق بكيفية وضع الأحكام وضبطها ونقلها بعناية فائقة بين الصحابة والتابعين من السلف إلى الخلف. ومن ثم يضع بين يدي الأمة تجربة أئمة الأمة (نور الله قبورهم) فيما يتعلق باستنباط الأحكام والتي تحار العقول في الجهد الذي بذلوه في سبيل ذلك والبصيرة والرؤية التي كانوا يتمتعون بها لتشكيل أنموذجا يحتذي به من يسير على درجهم.

العناوين الرئيسية للمجلد الأول من كتاب كامل ميراث<sup>١١</sup>

طريقة وضع وضبط الأحكام الشرعية وماهية الوحي وصور نقل وضبط الصحابة لها،  
وحجية أخبار الآحاد واستنباط الأحكام الشرعية من الأحاديث،  
وتحرير وجمع الكتاب والسنة،  
وجمع الأحاديث وانقطاع تخريج الحديث،  
والمراجع الفقهية والمراجع الأصلية،  
والكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان وعمل أهل المدينة وشرع من قبلنا والعرف،  
والقرون المحجرية الثلاثة الأولى وعلم الفقه في القرن المحجري الأول،  
واختلاف الصحابة في المسائل الفقهية وسبب اختلافهم فيها،  
وفقهاء الصحابة،

وفناوى فقهاء الصحابة المشهورة: وأبو بكر الصديق وعمر الفاروق وعثمان بن عفان القرشي الأموي وعلى بن أبي طالب وابن مسعود وعبدالله بن عباس المطلبي الهاشمي وعبدالله بن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت الأنصاري النجاري وأمنا عائشة رضي الله عنهم وأرضاهم.

### وفي المجلد الثاني:

فقهاء التابعين: علقمة والأسود ومسروق وشريح والنخعي، وحماد أبو حنيفة والشعبي وحسن البصري وسعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباب ومكحول وطاوس بن كيسانى ورابعة،  
وفي القرن الثاني تدوين علم الفقه والقضاء في الإسلام والعرف والعادة،  
وفقهاء تابعي التابعين والإمام مالك والمذهب المالكي وسفيان الثوري وابن أبي ليلى والأوزاعي ومسلم بن خالد والإمام أبو يوسف والإمام محمد والإمام مذاهب الشافعية والمالكية،  
في القرن الرابع وأسباب ظهور المذهب الشافعي وتدوين أصول الفقه والمنذوب.

## دروس تاريخ الفقه لسيد بك<sup>١٢</sup>

يفتتح سيد بك كلامه بالعبارات الآتية» درسنا هو درس تاريخ الفقه وهو درس جديد. هذا  
الدرس سيرينا الصفحات التاريخية للفقه والأحكام الفقهية. وسوف نتعرف على يد من خرجت القواعد الفقهية والزمن  
والطريقة التي قررت فيها الأصول والمسالك الاجتهادية وبناء عليه المذاهب الفقهية. وخلاصة القول سنتعرف على من  
خدموا علم الفقه وكيف ومتى تطور علم الفقه ليصبح علما من العلوم. وسيكون لهذا الدرس أهمية كبيرة في فهم الحقيقة  
الشرعية. هذا الدرس الذي يعتبر علما قائما بذاته ذا قيمة عالية وسيكون ناعفا في الإحاطة بالحقيقة الشرعية بكامل

١٢ العدد السابع مطبعة دارالفنون من نشر جمعية طلبة كلية الإلهيات بدارالفنون، سيد بك رئيس، كلية إلهيات في دارالفنون المقرر الحادي عشر الفصل الدراسي الأول لعام ١٣٤٠ كمال بيلديز، الياس بيلديز، علم الفقه / مصادر و بحوث تاريخ الفقه الإسلامي ، ص. ٣٨١.

جوانبها وبمختلف اجتهادات الفقهاء ومنشأها.<sup>١٣</sup>

عقب ذلك تحدث سيد بك عن عدم تصنيف أي مصنف تحت هذا العنوان من ذي قبل بسبب عدم الإحساس بالحاجة لمثل هذا الأثر. ويبين في هذا الباب أنه لا يوجد ضمن مصنفات الطبقات مصنفات في تاريخ الفقه. وفي هذا السياق يشير إلى أن لكل علم في الغرب تاريخ خاص به وأن هذا يدفعبرقي بالعلم وتطوره<sup>١٤</sup>.

كما يستخدم سيّد بك العبارات التالية: « وبالتالي فإن إضافة كلمة تاريخ إلى الفقه (في تاريخ الفقه) تقتضي إظهار الصفحات التاريخية التي مر بها الفقه اعتباراً من عهد النبي الكريم. كما أن ذلك لا يكون بطريقة عشوائية عمياء بل يستوجب إظهار جميع الوثائق والدلائل. كل هذه الأمور من وظائف تاريخ الفقه. ولكن كما أسلفت مؤخرًا لم يصلنا من أسلافنا الكرام مع الأسف ولم يكتب بشكل مباشر كتاب في تاريخ فقه ليكون دليلًا لنا في هذا الطريق<sup>١٥</sup>. »

ويشير سيد بك إلى ضرورة القيام بتحضير مثل هذا المصنف من خلال « مراجعة الكتب والمصنفات التي كتبت في تراجم الأحوال وطبقات الفقهاء والأقوال المختلفة للفقهاء وكتب الفقه والتاريخ وجمع المعلومات اللازمة لهذا الدرس من هذه المصادر وتنسيقها.

ويضيف سيد بك إلى ما ذكرناه أعلاه « ها نحن ... ونحن على عجزنا قبلنا أن نتحمل هذه المشقة اعتماداً على عشقنا للمجرد للعلم وآملين أن نقدم الخدمة لوطننا وملتنا. وسوف نبذل أقصى طاقتنا من أجل تجاوز هذه المشقة العظيمة. ويبين سيد بيه أن هناك نقصاً بالغاً في المعلومات الفقهية المتعلقة بالصحابة والتابعين ويعزو ذلك إلى عدم وجود مصادر كافية. لذلك فالعيب ليس فينا أو في همتنا بل في غياب المراجع المتعلقة بهذا الخصوص.. وبتعذر جمع المعلومات اللازمة بالقدر الكافي. وكم أتمنى أن يأتي من بعدنا من يطلع على آثار أسلافنا التي لم نطلع عليها وبالتالي يستطيعون الرقي بهذا الدرس وهذا العلم وإيصاله إلى درجة من الاكتمال<sup>١٦</sup>. »

إن العبارات التي وضحت أسلوب سيد بك تحمل أهمية كبيرة. في نقدنا سوف

١٣ دروس تاريخ الفقه ، ٣ .

١٤ دروس تاريخ الفقه ، ٣ .

١٥ دروس تاريخ الفقه ، ٥ .

١٦ دروس تاريخ الفقه ، ٥ .



نتجرد من حسن الظن والحكم بحسن النية ونعمل بأسلوب يناسب المدرس والمؤرخ وفي بيان حياة وزمان الفقهاء وسوف نتجرد من الإحساس المذهبي المتعصب وسنعمل حينما نتحدث عن الفقهاء والمؤرخين جاهدين على الإيفاء بمقتضى حديث «أنزلوا الناس منازلهم» والوارد في صحيح مسلم. ومن الله التوفيق».

العبارات التي تتقدم كتاب سيد بك كالاتي:

موضوع تاريخ الفقه والبحث العملي

قبل أي شيء من الضروري بيان البحث العملي في تاريخ الفقه وهذا يعني رصد مواضيع تاريخ الفقه أي المسائل التي يتناولها تاريخ الفقه. لذلك يتوجب علينا شرح المقصود من تعبير الفقه وشمولية هذا المفهوم. وبالتالي نسأل ما هو الفقه؟ وما المسائل التي يشملها؟ في بادئ الأمر يتوجب علينا فهم هذا الأمر جيدا.

من المعلوم أن الفقه كلمة عربية. وفي اللغة العربية تعني الإدراك في الأصل. والفهم أيضا يعني الإدراك ولكن هناك فرق بين الكلمتين تجعلهما غير مترادفتين كما يقول المحققون. فالفهم هو إدراك مجرد. أما الفقه فهو إدراك وإيمان وإتقان وهذا يكون بالوقوف على ماهية الشيء وجزئياته وروحه ومكونه. ففي الحديث الشريف يبين رسولنا الكريم بقوله «رب حامل للفقه غير فقيه» أي أنه ليس كل حامل أو حافظ للفقه فقيها. وهذا يؤدي إلى عدم الاكتفاء بحفظ أو معرفة الأحكام الشرعية لوحدها لحياة الفقه. فقد كان لزاما معرفة تلك الأحكام وحكمتها وأسبابها ومقاصدها الشرعية. فمن يحفظ الأحكام الشرعية بصورة معينة يقال له عالم ولكن لا يقول له فقيه. فبين العلم والفقه فرق في الخصوصية والعمومية. فالفقه أخص وأعم. وبناء عليه كل فقيه عالم وليس كل عالم فقيها.

...

وهم أيضا محقون. لأن علم الأخلاق في زمن الفقهاء المتأخرين انفصل عن علم الفقه وانضم إلى علم التصوف أما علم الاعتقاد فصار علما مستقلا مختلفا تماما تحت مسمى علم الكمال. والتعريف يقتضي أن يكون اللفظ جامعا للمفردات مانعا للمخالفات. ولذلك أضاف المتأخرون شرط العمل | الوجه العملي إلى تعريف الإمام الأعظم أبي حنيفة ليكون مانعا ولتمييزه عن غيره من علوم الأخلاق والكلام. وقد عرف الفقه في بعض كتب أصول الفقه على أنه معرفة الأحكام الشرعية الفرعية بالأدلة التفصيلية. وهذه التعاريف لا تختلف عن التعريف السابق بتاتا. فرغم اختلاف الألفاظ والتعابير إلا أن المقصد والنتيجة واحدة. ونحن في درسنا سنبين الصفحات التاريخية للأحكام الفقهية وفق تعريف الفقهاء المتأخرين. وسوف يجري البحث العلمي والتبعبات في دائرة الشكل النهائي الذي أتخذته الفقه أي في واقع اليوم. ومن هذا التوضيح نخرج بالنتيجة التالية: درسنا هو عبارة عن موضوع تاريخ الفقه والبحث العلمي في مسائل الأحكام الفرعية والمسائل الفقهية غير المتعلقة بالأخلاق والاعتقاد. فالأخلاق والاعتقاد خارج بحثنا العملي. ولكن أريد أن أشير هنا إلى أن الفقه بشكله النهائي يحتوي على قسمين: أصول الفقه وفروع الفقه. أما قسم أصول الفقه فيتناول الأصول المقررة والقواعد الفقهية الكلية.

أما علم قسم فروع الفقه فيتناول الأحكام الفرعية التي تتفرع عن هذه الأصول. وسيكون كلا القسمين ضمن موضوع درس تاريخ الفقه والبحث العملي المتعلق به. وخلاصة القول فإن الفقه اليوم يعني حقوق الإسلام. وتاريخ الفقه يتناول كيفية وزمن تطور حقوق الإسلام بفروعه وأصوله والصفحات التاريخية التي مر بها ليظهر هذا العلم القائم بذاته ويصل إلى شكله الحالي.

## أقسام المؤلف كما يلي

عهد الرسالة، عهد الصحابة، عهد التابعين، عهد المجتهدين، عهد المهاجرين، عهد المقلدين.

**الفقه في عهد الرسالة، الاعتقاد في الإسلام. الأخلاقيات. الحقوق في الإسلام،** الأسس الشرعية في المعاملات، الحق وصورة تلقي مفهوم الحق في نظر الشارع، العرف والعادة، حقوق الإله، حقوق العباد، العدالة، رفع الضرر ومنع التغيرير ورعاية العقود والشروط، والمناكحة ونظام البيوت ونظام التوارث ونظام المعاملات وأحاديث الأحكام والمواضع التي تجري عليها الاجتهادات والإمامة والقضاء والإفتاء والاجتهادات والفقه الأكبر والفقه الوجداني والعهد الثاني وجمع القرآن والسنة والاجتهاد والقياس والاختلافات الفقهية والأوزان الفقهية.

هذا المؤلف يحوي قسمين فقط. أما باقي الأقسام فهي ليست متوفرة بأيدينا. القسم الثاني يشبه مؤلف «تاريخ التشريع الإسلامي» للخضري<sup>١٧</sup>.

## تاريخ الفقه، لإسماعيل حقي<sup>١٨</sup>

يفتح إسماعيل حقي كلامه بالعبارات الآتية:

تاريخ الفقه: علم جليل يبين الأزمنة التاريخية للتشريع الإسلامي للأحكام الفقهية. وموضوعاته هي مثل موضوعات الفقه من أفعال المكلفين. ولكن الفرق بينهما أن الفقه يقسم إلى أبواب شرعية تبين الأحكام الشرعية المترتبة على أفعال المكلفين. أما تاريخ الفقه فهو يقزم على رؤية الصفحات التاريخية المتعلقة بوضع الأحكام الشرعية وضبطها وتخريج

١٧ أردم سامي، "تاريخ الفقه..."، مجلة أدب بحوث التركيبة، 3/5، استانبول ص. 100؛ محمد بن عفيفي الباجوري الخضري، تاريخ التشريع الإسلامي، القاهرة ١٩٢٠.

١٨ نشر جمعية طلبة كلية الإلهيات في دارالفنون في استانبول بالجمهورية التركية. مقرر السيد إسماعيل حقي بك الإزميري المحترم مدرس مادة تاريخ الفقه. مطبعة دارالفنون باستانبول ١٣٤١.

القواعد الفقهية وتقرير وترتيب المسالك والأصول الفقهية ورصد وتقرير المذاهب الفقهية وظهورها وانتشارها والأشكال التي اتخذتها الإسلامية منذ عصر السعادة الجليل. الفقه في اللغة فهم الشيء كما ينبغي والنفوذ إلى داخل ذلك الشيء. فالمعرفة المجردة بالأحكام الشرعية ليست فقها. ربما يلزم المعرفة بما مع عللها وحكمتها. واصطلاحا كما عرفه الإمام الهمام أبو حنيفة معرفة النفس الإنسانية ما لها وما عليها.

للاطلاع على حقانية علم ما بشكل يقيني فإنه من المفترض غالبا أن يتم مراجعة تاريخ ذلك العلم. والعلوم والفنون لها كالأحداث البشرية تاريخ. وعليه فإن الفقه له تاريخ. وبالتالي فعلى الأغلب لا بد من دراسة التاريخ للوقوف على الغوامض الفقهية بالشكل اللائق. ففقه التاريخ يحاط بالأحكام الشرعية العملية كل الإحاطة. ويطلع من خلاله أيضا على مسالك الاجتهاد عند الإئمة المجتهدين ونشأة وأصل الاجتهادات المختلفة عندهم. كما يبين للخلف مقدار الجهد والطاقة التي كان يصرفها الأئمة المجتهدون في استنباط الأحكام ومدى التزامهم بالبصيرة والرؤية. ويمثل لقوته.

مراتب الفقه وشموله

للفقه ثلاث مراتب.

معرفة الأحكام الشرعية

معرفة الأحكام الشرعية مع العلل والأسباب كما ينبغي ومعرفة وضبط الأصول الشرعية مع فروعها.

العمل بهذه المعلومات.

يستخدم إسماعيل حقي العبارات الآتية على مواد الفقه:

مواد الفقه الإسلامي ثلاث. 1. الكتاب، 2. السنة، 3. آراء الفقهاء. وتعبير آخر له مادتان. الوحي والرأي. الوحي إما متلو وإما غير متلو. ويسمى الوحي المتلو الكتاب والوحي غير المتلو السنة. أما الرأي فهو رأي الفقهاء. ومهما كان رأي الفقهاء موافقا للكتاب والسنة إلا أنه لا شكذ أن رأيهم يكون نتاجا للأفكار التابعة لتأثير المحيط الذي يوجدون فيه والزمان والبنية النفسية لهم.

يقسم إسماعيل حقي العهود الفقهية كما يلي:

من الضرورة أن نسب تاريخ الفقه والفقهاء إلى العصور والأزمان المتباينة أو الأشخاص نظرا لاختلاف الطبيعة النفسية للمجتهدين. ومن الراجح أن نميل عن نسبة الأمر إلى الشخص بسبب الاختلاف في الطبيعة النفسية وأن نتحول إلى نسبة الأمر إلى الأزمان والعصور لأنها أكثر وأعم تأثيرا من البنية النفسية. وإذا نظرنا إلى الأحوال النفسية للمجتهدين في نفس العصر نجد أن لا خلاف حقيقي تستند إليه. وبناء عليه قسمنا الأزمان الفقهية إلى ستة عصور. فلكل عصر أوصاف مميزة واحوال اجتماعية للمسلمين خاصة تميزه عن غيره. هذه الأوصاف المميزة لها تأثير كبير في الاجتهادات والفتاوي التي وصلتنا.

**العهد الأول**، التشريع الخاص بعصر السعادة. هذا العصر عصر أصيل يعتمد كل فقيه عليه.

**العهد الثاني** وهو خاص بالتشريع أيام الخلفاء الراشدين وكبار الصحابة.

**العهد الثالث**، وهو خاص بالتشريع في المدة الممتدة بين الخلفاء الراشدين إلى حدود القرن الثاني. وهو زمن الصحابة وخيار التابعين.

**العهد الرابع**، خاص بالتشريع بالقرن الثاني والثالث. دون فيه الفقه وأصبح من العلوم المدونة وظهر فقهاء ذوو شأن وشرف عظيمين. فقد أعطي لهؤلاء الفقهاء عظيمي الشأن مفاتيح القيادة الدينية. وقد بين تلاميذهم آراءهم أيضا. حتى أن تلاميذهم اهتموا باستقلالية آرائهم فحافظوا على نسبة آرائهم لأنفسهم من خلال بيان موافقة اجتهاداتهم لاجتهادات أساتذتهم.

**العهد الخامس**، ويبين التشريع الخاص بالمدة الزمنية الممتدة من القرن الثالث الهجري إلى أواخر القرن السابع الهجري. وفي هذا العصر فتح ميدان الجدل في المسائل الفقهية التي تم تلقيها من الأئمة ضمن التحقيق فيها. وصنفت مؤلفات عظيمة وظهرت مسائل كثيرة. وينتهي هذا العهد بمحوم هولاء ونهاية الدولة العباسية في بغداد. أما في مصر فاستمر لزمن أطول قليلا.

**العهد السادس**، ويفيد التشريع الخاص بالمدة الزمنية حتى وقتنا الحالي. وفي هذا الزمان أصبحت روح التقليد مهيمنة في الفقه. وسيلحق بالعصر السادس موضوع الحوادث الفقهية في العصر الحاضر<sup>19</sup>.

#### مراجع

- أردم سامي، "تاريخ الفقه ..."، مجلة أدب بحوث التركيب، 3/5، استانبول 2005، 85-105.
- إسماعيل حقي، تاريخ الفقه، استانبول 1341.
- أكمل الدين إحسان أوغلي، "كلية الإفتاء الأولى في العالم الإسلامي"، أوراق ندوة في دار الفنون الهيات، استانبول 2010، ص. 23-7
- أمره دولن، "دراسات الهيات في دار الفنون من عهد العثماني إلى عهد الجمهورية"، أوراق ندوة في دار الفنون الهيات، استانبول 2010، 105-125.
- زكنين، ذكي صالح، المدارس في عهد المشروطية الثانية، أنقره، ص-
- سيد بك، دروس تاريخ الفقه، استانبول 1341
- صالح صبري يابوز، «مناسترلي إسماعيل حقي»، DIA، ج. 27، 4-5-63.
- كامل ميراث، تاريخ علم الفقه، استانبول 1329-30.
- كمال بيلديز، الياس بيلديرم، علم الفقه / مصادر وبحوث تاريخ الفقه الإسلامي، 7، مجلة بحوث الفقهية الاسلامية، 2006، 6-395.
- متين يورده نه ر، «عبد اللطيف خاربوتي»، DIA، ج. 16، 7-235.
- محمد بن عفيفي الباجوري الحضري، تاريخ التشريع الإسلامي، القاهرة 1920.
- نسيمي يازيجي، «كامل ميراث»، DIA، ج. 30، 6-145.

١٩ هذا الأثر على شكل مجموعتين وهو ناقص وموجود في مكتبة أتاتورك بأرض روم في قسم أوزايجه ورقم

# USUL VE CEDEL ÂLİMLERİNE GÖRE TÜMEVARIMIN (İSTİKRÂ) DELÂLETİ\*

Halid b. Muhammed el-Arûsî

Çeviri: Yrd. Doç. Dr. Ayhan HİRA\*\*

**Özet:** Tümevarımın delaleti; çok faydalı, büyük sonuçları olan, kökleri çok eskiye dayanan bir delalettir. İmam Şâfiî (r.h.) onu birçok yerde delil olarak kullanmıştır. Her ne kadar usul âlimleri "ihtilaf edilmiş deliller" başlığında ele alarak bu konuya usul kitaplarında yer vermiş olsa da tümevarımın delaletinin delil değeri hakkında görüş birliğine varılmış olduğunu iddia ettiğimde gerçeğin sınırlarını aşmış değilim.

Bununla beraber, mantıkçıların ve onların yolundan giden bazı usul âlimlerinin "tam istikrâya (istikrâ-i tâm/tam tümevarım) ancak mantıkî kıyas yoluyla ulaşılacağı yönündeki iddiası, bu delaletle uyumsuzdur. Mantıkçılar fikhî kıyas ile mantıkî kıyası birbirinden ayırmak suretiyle, bu iddiaya bir başka iddia daha eklemiştir. O da fikhin kesinlik ifade etmeyen aklî delillerden başka bir şey olmadığıdır.

Sizlere sunmakta olduğum bu çalışmada, söz konusu iddiayı sona erdirecek, bu görüşü iptal edecek, bu delaletin fakihlerin ihtihadlarındaki ve tercihlerindeki sonucunu açıklayacak şekilde, hakikatleri delilleriyle bilen araştırmacıların (ehl-i tahkik) ve aklî ilimlerde kabiliyetli olanların bu mesele hakkındaki sözlerini derledim. Araştırmayı bir giriş ve altı bölüme ayırdım:

Birinci Bölüm: Mantıkçılara ve usulcülere göre tümevarımın tanımı.

İkinci Bölüm: Mantıkçıların mantıkî kıyasa değer vermelerinin ve temsili kıyası önemsememelerinin sebepleri.

Üçüncü Bölüm: Âlimlerin, mantıkî kıyas ile temsili kıyasın birbirinden farklı olduğu iddiasının gerçek olmadığını açıklamaları.

Dördüncü Bölüm: Çekişmeli konuların ve âlimlerin bunlar hakkındaki görüşlerinin anlatılması.

Beşinci Bölüm: Tam istikrâ ile çıkarılan meseleler.

Altıncı Bölüm: Eksik istikrâ (el-istikrâ'ü'n-nâkıs) ile çıkarılan meseleler.

Âlemlerin rabbi olan Allah'a hamdolsun!

## GİRİŞ

Tek olan Allah'a, kimseye ihtiyacı olmayan Bir'e hamdolsun! Bana bir kısmını bile sayamayacağım kadar nimetler vermesine karşılık, layığıyla şükretmekten aciz biri olarak O'na hamdediyorum. O'ndan başka ilah olmadığına, O'nun tek olduğuna ve hiçbir ortağının bulunmadığına şahitlik ederim. Yine Hz. Muhammed'in O'nun kulu ve elçisi olduğuna, diğer bütün dinlere karşı üstün kılmak için elçisini hidayetle ve hak din ile gönderdiğine şahitlik ederim. Şahit olarak Allah yeter! Salat, selam ve bereket Hz Peygamber'e, ailesine, ashabına ve ahiret gününe kadar O'nun hidayetine uyanlara olsun!

\* Bu yazı Ümmü'l-Kurâ Üniversitesi Şeriat Fakültesi öğretim üyesi Halid b. Muhammed el-Arûsî tarafından yazılan "Delâletü'l-İstikrâ Beyne'l-Usûliyyîn ve'l-Cedeliyyîn" başlıklı makalenin tercümesidir. Makale el-Mecmeu'l-Fikhi'l-İslami Dergisinde (Yıl: 19, Sayı:21, Sayfa: 123-169, Suudi Arabistan 2006) yayınlanmıştır.

\*\* Kafkas Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi. e-mail: ayhnhira@hotmail.com

Bu, önemli bir delalet şekli olup fıkıh usulündeki delaletlerden biridir. Ayrıca İmam Şafii'nin birçok yerde delil olarak başvurduğu, çok eskiye uzanan bir delalettir. Bu delaletin faydası, fıkıh usulünden diğer ilimlere de geçmiştir. Hadis, dil bilgisi, biyografi gibi alanların âlimleri iddialarını ispatlamak için bunu delil göstermişlerdir. Üstelik bu delaletin faydası, tasnif ve telif türü eserlerin yazarlarının kalemlerinin söylemediğini bu kitaplara söyletme düzeyine ulaşmıştır. Örneğin, İmam Buhârî'nin fıkıh anlayışı, bab başlıklarını koymas ve seçmesi yöntemi ancak şerh edenlerin tümevarım yoluyla araştırmasından sonra bilinebilmiştir. Öyle ki, bu araştırmacılar İmam Buhârî'nin fikhının bab başlıklarında olduğunu söylemişlerdir. Onların, bu delaleti çok iyi bilenlerle övünmeleri ve "o, kendi alanında tam istikrâ sahibi kişilerdendir"<sup>1</sup> demeleri senin için yeterlidir.

Hakkı ehline teslim etmek bakımından usulcülerin ve fakihlerin bu meseleyi temellendirdikleri söylenmelidir. Onlar fûru meseleleri ustaca işlemişler, delillerini meydana çıkarmışlardır. Her ne kadar tamamına göre olmasa da bu delalet, âlimlerin çoğuna göre genel olarak muteber sayılmış bir kuraldır. Ancak mantıkçıların ve onları takip eden bazı usulcülerin iddiasına göre tam istikrâ, fıkıh usulünde hiçbir anlam ifade etmemektedir. Yine onlar mantıkî kıyas dışında tam istikrânın bütün yollarını kapatmışlardır. Onları böyle yapmaya götüren, fikhî kıyası hafife almaları ve fıkıhta kesin olmayan delillerden başka bir şeyin bulunmadığını sanmalarındır. Bu araştırmada görüleceği üzere, bu iddia yersizdir; ne dayanağı ne de delili vardır. İnşallah bu araştırmadan da öğreneceğin gibi zaten imamlar ve aklî ilimleri iyi bilenler onları reddetmişlerdir.

Bu meseleyle ilgili bir başka konu, bildiğim kadarıyla, tahrîc kitaplarının bu meseleden ve bundan çıkarılmış ayrıntılı fıkıh meselelerinden/somut hukuk olaylarından (fûrû) hiç bahsetmemiş olmasıdır. Bu sebeple son iki bölümde hükümleri ve fûrû meseleleri ele alan kitaplardan çıkarılmış bu meseleye dair fûru fıkıh meselelerini derledim.

Yemin ederim ki, Yüce Allah'ın bize faydalı olanı öğretmesini, öğrendiğimizin fayda sağlamasını, amellerimizin Allah rızası için olmasını; salat, selam ve bereketin Peygamberimiz Hz. Muhammed'in, ailesinin ve bütün ashabının üzerine olmasını diliyorum.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### MANTIKÇILARA VE USULCÜLERE GÖRE TÜMEVARIMIN TANIMI

Bildiğim kadarıyla İsnevî'nin<sup>2</sup> söyledikleri dışında usulcüler tümevarımın sözlük anlamına itiraz etmemişlerdir. İsnevî, işin aslını açıklama bakımından şöyle

1 Bu, İbn Hacer'in nitelendirmesidir. İbn Hacer, Hafız Zehebi'nin "nakdûr-ricâl" konusunda tümevarımı tam olarak bilen kişilerden olduğunu söylemiştir. Bkz. *Nuhbetü'l-Fiker*, s. 236.

2 Ebu Muhammed Abdürrahîm b. el-Hasen b. Ali el-İsnevî el-Ermevî eş-Şâfiî, *Nihâyetü's-Sûl fî şerhi Minhâci'l-usûl ve et-Temhîd fî tahrîci'l-fürû ale'l-usûl* adlı eserlerin sahibidir. H. 772'de vefat etmiştir. Bkz. *el-Bedru't-Tâli*, I, 352; *Şezerâtü'z-zehab*, VI, 233.

demmiştir: “Tümevarım, insanların ‘onu topladım ve birbirine kattım (قرأت الشيء قرآنا)’ şeklindeki sözlerden alınmıştır.”<sup>3</sup> İsnvî bu tanımı Cevherî’ye<sup>4</sup> ve başkalarına dayandırmış sonra da şöyle demiştir: Müctehid meselenin bütün fertlerini toplamak istediğinde bunun uygun olup olmadığına bakar ve bunu tümevarım yoluyla ifade eder.<sup>5</sup>

Öte yandan İbn Teymiyye<sup>6</sup> bu türetmeyi hatalı bulmakta ve şöyle demektedir: “Bu konudaki türetmeyi bir grup âlim hatalı saymış, “hemzeli” okuyuş (قرأ) ile “ya” harfiyle okuyuş (قري) arasında fark görmemişlerdir. “Toplayıp bir araya getirme (cemetme)” anlamı hemzesiz okuyuşta vardır. Nitekim karye (köy), kıraat (okuma) gibi kelimeler de bu kökten türetilmiştir. Yine “misafiri ağırladım, ağırlarım” diğer bir ifadeyle “seni onunla bir araya getirdim” ya da “suyu havuzda topladım” gibi ifadelerde kelime hemzesiz okunur. Fiil “suları takip ettim” cümlesinde “ya”lı (تقریت) ve bir yerden başka bir yere giderken söylenen “ülkeleri araştırdım” ifadesinde hem “vav”lı (فروت) hem “ya”lı (قريت) şekilde kullanılmıştır. Tümevarım da bu anlamdan türetilmiştir ve “bir şeyi araştırarak derleyip toplamak” anlamına gelmektedir. Ancak bu anlam, senin “onu tam olarak topladım (استقرأته القرآن)” sözünden farklıdır. Zira bu, hemzeli okuyuştan türetilmiştir.<sup>7</sup>

İbn Teymiyye’nin bu görüşü tartışmalıdır. Zira sözlükler kelimenin bu manası üzerinde neredeyse görüş birliği içindedir. Sonra ben, müfessirlerin örneğin Katâde’nin<sup>8</sup> tefsirinde “Onu toplamak ve okutmak şüphesiz bize düşer” (Kıyamet, 75/17) ayetinin “eklemek (zam) ve toplamak (cem)” anlamında kullanıldığını gördüm. Taberî<sup>9</sup> şöyle der: Katade “Kur’an” kelimesinin anlamını “yavruyu rahmine eklediğinde cenini dışı devenin karnında topladı” diyen kişinin sözünün mastarına çevirmiştir. Nitekim Amr b. Külsüm<sup>10</sup> şöyle demiştir: “(Bugün, yarın ve yarından sonraki gün, bilemediğin olay ve hadiselerin kaynağıdır. Yabancıların bulunduğu bir yere gidersen sana) uzun boyunlu, esmer, asil, hamile kalmamış beyaz develerin kolları gibi etli iki kol...”

Şairin “cenini toplamamış/hamile kalmamış (لم تقرأ حنيننا)” sözünün anlamı “rahme yavruyu eklemedi/ rahminde cenin toplamadı” şeklindedir.<sup>11</sup>

3 Cevherî bu tarife şöyle bir ekleme yapmıştır: Sureleri derleyip topladığı için Kur’an-ı Kerim’in bu adı alması da adı geçen tanımın kapsamındadır. Bkz. *es-Sihah*, “Karae” maddesi. Yine bkz. *Lisânü’l-Arab ve Tâcü’l-Arûs*.

4 Ebu Nasr el-Fârâbî İsmail b. Hammâd el-Cevherî. Dilbilgisinin ve edebiyatın imamıdır. H. 393’te vefat etmiştir. Bkz. *Buğyetü’l-vüât*, I, 446.

5 *Nihâyetü’s-Sül*, I, 361-362.

6 Ebu’l-Abbâs Ahmed b. Abdülhalim b. Abdüsselam b. Teymiyye, *el-Fetâvâ ve Minhâcü’s-sünne* adlı eserlerin sahibidir. H. 728’de vefat etmiştir. Bkz. *Şezerâtü’z-zeheb*, VIII, 142; *el-Âlâm*, I, 144.

7 *Mecmû’l-fetâvâ*, II, 478.

8 Ebu’l-Hattâb el-Basri Katâde b. Diâme b. Aziz es-Sedûsî. Hafız ve allâme. Kör ve dilsiz idi. H. 118’de vefat etmiştir. Bkz. *Tabakâtü’l-müfessirîn*, II, 43.

9 Ebu Cafer Muhammed b. Cerîr et-Taberî Muhaddis, müfessir ve allâme, *et-Tefsîr* ve *et-Tarih* adlı eserlerin sahibi. H. 303’te vefat etmiştir. Bkz. *Tabakâtü’l-müfessirîn*, II, 105.

10 Ebu’l-Esved Amr b. Külsüm b. Mâlik b. Attab. Tağliboğullarındandır. Cahiliyedeki ilk tabaka şairidir. Muallaka adı verilen meşhur şiirin sahibidir. Şiirinin ilk iki dizesi (matla) şöyledir: “Ey kadın, artık kalk. Sabah oluyor (Büyük kadehinle bize sabah şarabı ver.) Hicretten yaklaşık 40 sene önce vefat etmiştir. Bkz. *el-Âlâm*, V, 84.

11 *Tefsîru’t-Taberî*, XII, 340.

Evet, bu konuda şu söylenebilir: Görüşlerin en doğrusu, tümevarım kelimesinin fiilin “ya”lı (فِي) okunuşundan türetilmiş olmasıdır. Çünkü bu okuyuşta “izini sürmek” ve “toplanarak bir yerden başka bir yere intikal etmek” anlamı vardır.<sup>12</sup> Bu anlam, tümevarıma daha yakındır. Ama hemzeli okuyuştaki diğer anlamda sadece “toplamak” anlamı vardır ve bu anlam eksik olup kastedilen amacı gerçekleştirmede yetersiz kalır.

Mantıkçılar “tasdikler”i anlatan kıyasları sınıflandırırken bu delalet türünü kendi terminolojilerinde zikretmişler ve bunu üç kısma ayırmışlardır:

*Birincisi*, kesin bilgi veren tam istikrâdır. Bu, tikel önermelerden tümel bir sonuca ulaşılmasını sağlayan akıl yürütme yöntemi<sup>13</sup> olup tikellerin hepsini incelemek, bunlarda bulunan hükmü tümele uygulamakla olur. Mantıkçılar bu sonuca ancak şu iki türdeki mantıklı kıyas ile ulaşılabilirliğini iddia etmişlerdir:

*a. İktiranî kıyas.* Bu kıyas iki önermeden<sup>14</sup> oluşur ve çoğunlukla bu ikisinden dolayı diğer üçüncü bir söz (sonuç) zorunlu olarak çıkar. Örneğin “Âlem değişkendir, her değişken sonradan değildir, o halde sonuç olarak âlem hâdistir” sözümüzde olduğu gibi. Bu kıyasın doğru olabilmesi için küçük öncül büyüğe dâhil edilmelidir. Küçük öncülden maksat, sonucun konusu (mevzu)<sup>15</sup> olan küçük terimdir ve buradaki örnekte “âlem” kelimesidir. Büyük öncülden maksat, sonucun yüklemi (mahmul) olan büyük terimdir ve o da geçen örnekteki “hâdis” kelimesidir. Büyük ve küçük terim arasında tekrar edilen “değişken” kelimesine “orta terim” denir. Bu terim sonuç ifade edilirken söylenmez. Bu kıyasın sonucu fiilen olmasa da düşünce (kuvve) olarak yani biçim (suret ve heyet) olarak değil kesin bilgi (madde) olarak öncülünde bulunur.

Araya istisna harfi (لكن) girmeksizin üç öncülü de bir arada bulunduğu için bu kıyasa iktiranî kıyas denmiştir. Yine küçük terim büyük terimde ve kapsamında bulunduğu için buna “şümul kıyası” adı da verilmiştir. Mantıkçılar bunu şu şekilde gerekçelendirmişlerdir: Büyük terim küçük terimden daha genel olmazsa sonuç zorunlu olarak çıkmaz. Zira genel hakkındaki hüküm, aynı zamanda özel hakkındaki hüküm olmalı, bunun aksi şekilde olmamalıdır.<sup>16</sup>

*b. İstisnai Kıyas.* Buna “şartlı (şartî) kıyas” da denir. Çünkü bu kıyasta büyük önerme şartı, küçük önerme denilen ikincisi ise istisna harfini (لكن) içermektedir. Örneğin, Şayet bu, insan olsa; kesin hayvan olurdu (büyük önerme), lakin o insan-

12 “Karaye” maddesi için bkz. *es-Sıhah, Lisânü'l-Arab ve Tâcü'l-Arûs*.

13 Tümel (küllî), hiç kimsenin ortaklığın meydana gelmesini düşünmekten alıkonamayacağı şeydir. İnsan, hayvan gibi çokluklar bunun mefhumunda ortak olarak bulunur. Tikel ise herhangi bir kimsenin ortaklığın meydana gelmesini düşünmekten alıkonabileceği şeydir. Örneğin Zeyd ve Amr gibi. Bkz. *el-Külliyât*, s. 745.

14 Mantıkçıların terminolojisindeki önerme (kazıyye) başkalarınınkinde “isim cümlesinin yüklemi (haber)” gibidir. Bunun da bizzat doğru veya yanlış olma ihtimali vardır. Bkz. *el-Külliyât*, s. 2, 7, 712.

15 Mantıktaki konu (mevzu) kavramı, “kendisi hakkında hüküm verilen”, “fiilin kendisine isnat edildiği şey” anlamındadır. Yüklem (mahmul) ise “mükellefin fiili”, “isnat edilen fiil” demektir. Yüklem konuya hamledildiği için böyle denmiştir. Görüldüğü üzere mantıkçıların konusu ve yüklemi, nahivcilerin haberi ve mübtedası gibidir. Bkz. *el-Külliyât*, s. 712.

16 *İzâhu'l-Mübhem fi şerhi's-Süleym*, s. 12; *Şerhu'l-Ahdarî alâ metni's-Süllem*, s. 33.



dır (küçük önerme), o hayvandır (sonuç). Bu tür kıyasın sonucu fiilen yeni sureti ve heyetiyle mevcuttur. Bizim “o hayvandır” sözümüz, şart cümlesinin devamındaki “kesin hayvan olurdu” sözünde mevcuttur.

Yine burada “mukassem kıyas” bu türe girer ve buna “munfasıl” adı verilir. Örneğin, “Sayı ya çift ya tekdir- lakin bu çifttir” ifadesinin sonucu olarak “o, tek değildir” gibi.<sup>17</sup>

Bu iki tür kıyasın çeşitli şekilleri vardır. İşin uzmanları bunları sonuçlu ve sonuçsuz olma bakımından sınıflandırmışlardır. Bunları sınırlandırıp saymak bu araştırmanın amacı değildir. Zaten bunları örnek olarak verdim. Kıyasın bu iki türünden çıkan her sonuç tam istikradır.

*İkincisi*, eksik istikrâdır. Bu, tikelden tümele doğru bir akıl yürütme olup tikellerin çoğunun incelenmesi yoluyla yapılır ve bu tikelerde bulunan hüküm tümele uygulanır. Örneğin, “Bütün hayvanlar alt çenesini hareket ettirir.” Çünkü biz tümevarım yoluyla bu sonuca ulaşırız. Ancak burada tümevarım dışında kalan bir hayvan yani timsah vardır. Zira o üst çenesini hareket ettirmektedir. Dolayısıyla bu istikrâ ancak zan (kesin olmayan bilgi) ifade eder.

*Üçüncüsü*, kıyas-ı temsildir (temsili kıyas/kıyâsü't-temsîl). Bu, aralarındaki birleştirici ortak vasıftan dolayı tikelden tikele doğru akıl yürütmedir. Örneğin “Nebiz, sarhoş edicilik (iskar) özelliğinde ortak olduğu için şarap gibi haramdır” gibi. Bu kıyas ikinci önermeyi (fer’), ilk önermeyi (asıl), ortak niteliği (illet) ve sonucu (hüküm) kapsamaktadır. Mantıkçılar bunun tümevarımdan farklı olduğunu iddia etmişlerdir. Çünkü mükellefin temsil kıyası bazen tikel olur. Ama tümevarım ancak tümel olur.<sup>18</sup>

İnsanların tümevarımı ayırdığı bölümler bunlardır. Sen onların kesinlik ifade eden tam istikrâyı sadece mantikî kıyasa ait saydıklarını görmüşsündür. İbn Teymiyye, onları böyle davranmaya iten sebebin kıyas-ı temsiliyi hafife almaları ve şumul kıyasını yüceltmeleri olduğunu söylemiştir.<sup>19</sup> Bu doğrudur. Onların kıyas-ı temsili hakkındaki şu sözlerine kulak ver: “O, zayıftır. Zira akıl yürütülen konuda delil olunca başka konunun tikellerini araştırmaya ihtiyaç duyulmaz.” Ama kendini rahatlatmak ve kesin inanç sağlamak için yapılması doğru olur. Düşün! Mantıkçılar ilaveten şöyle demişlerdir: “O yani temsil kıyası-tümevarım sadece fakihlerin araştırması için uygundur ve zandan başka bir anlam ifade etmez.”<sup>20</sup>

Onların bu hafife alma tavırlarının kaynağı, kıyasın maddesinin değil suretinin tam istikrâyâ hâkim olduğuna inanmalarıdır. Bu sebeple onu sadece mantikî kıyaslarına ait saymışlar ve bunu herhangi bir delile dayanmadan mantikî kıyas ile

17 *İzâhu'l-Mübhem*, s. 16; *Şerhu'l-Ahdarî alâ metni's-Süllem*, s. 35.

18 Bu sınıflandırma için bkz. *İzâhu'l-Mübhem*, s. 17; *Şerhu'l-Ahdarî*, s. 37. Ayrıca bkz. *el-Külliyât*, s. 440; *Mecmû'u'l-Fetâvâ IX*, 150,196.

19 Bkz. *Mecmû'u'l-Fetava*, IX, 203.

20 *Şerhu'l-Ahdarî*, s. 37; *el-Külliyât*, s. 296.

temsilî kıyas arasında yaptıkları ayırma dayandırmışlardır. İnşallah üçüncü bölümde uzmanların bu ayırmanın önemsizliğine ilişkin sözlerinden ve bu meselede kıyasın suretinin değil maddesinin hâkim konumunda olduğundan söz edeceğiz.

Usulcülerin meseleyi tanımlamaları ve sınıflandırmaları, genel olarak işin uzmanlarının şu tarifinden ve sınıflandırmasından farklı değildir: Tam istikrânın, “tümel tüm tikelleri kapsadığı için, tikelin tümelde kesin olarak bulunması sebebiyle tikeldeki hükmün tümelde de bulunduğunu ispat etmektir.” Örneğin “Her cisim bir yer tutar” cümlesindeki cismin tikellerini tümevarım yoluyla araştırdığımızda onun cansız, bitki ya da hayvan olduğunu görürüz. Bunların hepsi evrende bir yer işgal etmektedir. Bu tümevarım, tümel hakkında kesin hüküm ifade etmiştir. O da tikeller arasında müşterek olan “cisim”dir. Bu tümelin bütün tikellerine tümele verilen hüküm uygulanır. Bu da kesinlik bildirir.<sup>21</sup>

Eksik istikrâ şudur: “Tikellerinin çoğunda hüküm kesinlikle bulunduğu için bu hükmü tümele uygulamaktır.” Onların bu kısma dair verdikleri örneklerden biri şu sözleridir: Vitir namazı binek devesi üzerinde kılınır, dolayısıyla vacip olmaz. Çünkü biz vacipleri, beş vakit namazın kazasını ve edasını tümevarım yoluyla araştırdık, binek üzerinde eda edilen hiçbir vacip göremedik. Bu tümevarımın eksik olmasının gerekçesi, tartışmanın diğer tarafın vaciplerin sadece sayılardan ibaret görülmemesidir. Nitekim ona göre vitir namazı vaciplerendir ve tümevarım yoluyla araştırılmamıştır.<sup>22</sup> Bundan ötürü ikinci öncül özellikle sonuç vermez. Fakihlere göre bu tümevarıma “genel çoğunluğa dâhil etmek” adı verilir.<sup>23</sup>

Zerkeşî<sup>24</sup> Merdâvî,<sup>25</sup> İbn Neccâr<sup>26</sup> gibi usulcüler mantıkçıların tam tümevarımı mantıkî kıyasa tahsis etme tavrını örnek almışlardır. Onların iddiasına göre mantıkî kıyas çoğu âlime göre kesinlik ifade eder.<sup>27</sup> Ancak Zerkeşî, şumul kıyasına izafeten mukasem kıyasta tahsis etme anlamı olduğu için iddiasında mukasem kıyası kullanmıştır. Bu, küllî önermenin kesinliğini daha çok ifade etmektedir. Buna şu örneği vermiştir: “Namazlar ya farzdır ya da nafilidir. Hangisi olursa olsun taharet şarttır. Neticede her namaz için taharet şarttır.” Sonra şöyle demiştir: “Bu, kesinlik anlatır. Bir şeyin her bir ferdi için açıklama (tafsil) yoluyla hüküm kesin olunca, özet (icmal) yoluyla da kesin olur.”<sup>28</sup>

21 *Şerhu'l-Kevkebi'l-Münir*, IV, 418; *Şerhu'l-Muhallâ alâ Cem'i'l-Cevâmî*, II, 346; *el-Bahru'l-Muhit*, VI, 10; *Nihâyetü's-Sül*, IV, 371; *et-Takrîr ve't- Tahbir*, I, 65.

22 Bu çekişmenin tümel hükmü dâhil olması hakkında usul âlimlerinin görüşleri farklıdır. Açıklaması dördüncü bölümde yapılacaktır. Bkz. önceki dipnotta geçen kaynaklar.

23 Bkz. Önceki kaynaklar.

24 Bedrüddin Muhammed b. Bahadır ez-Zerkeşî eş-Şafîi. Minhâcî lakabıyla anılmaktadır. Fıkıh usulündeki *el-Bahru'l-Muhit* ve *el-Mensûr fi'l-Kavâid* adlı eserlerin sahibidir. H. 314 yılında vefat etmiştir. Bkz. *Şezerâtü'z-Zehab*, VIII, 572; *el-A'lâm*, VI, 60.

25 Ebu'l-Hasen Alaeddin Ali b. Süleyman el-Merdâvî el-Dimaşkî el-Hanbelî. *el-İnsâf ve el-Fetâvâ* adlı eserlerin sahibidir. H. 885 yılında vefat etmiştir. Bkz. *Şezerâtü'z-Zehab*, VIII, 510; *el-A'lâm*, IV, 292.

26 Ebu'l-Bekâ Muhammed Şihâbüddin el-Futûhî el-Mısırlî el-Hanbelî Zamanında mezhebin imamıydı, *Münteha'l-İrâdât fi'l-fikh ve Şerhu'l-Kevkebi'l-Münir* adlı eserleri vardır. H. 972'de vefat etmiştir. Bkz. *el-A'lâm*, VI, 6.

27 *el-Bahru'l-Muhit*, VI, 10; *et-Tahbir*, VIII, 3788; *Şerhu'l-Kevkebi'l-Münir*, IV, 419.

28 *el-Bahru'l-Muhit*, VI, 10. Yine bkz. *Haşiyetü'l-Mutî alâ Nihâyetü's-Sül*, IV, 379; *Haşiyetü Şirbînî alâ Şerhi'l-Mahallî*, II, 745.

Bu bölümü sona erdirmeden önce, usulcülerden bir kısmının bu katî-zannî ayırımını İbn Akîl'in<sup>29</sup> ve Karâfi'nin<sup>30</sup> yaptığı gibi görmezden geldiği söylenmelidir. İbn Akîl şöyle bir tarif yapmıştır: “Dinin asıllarındaki hükmün tek bir nitelik üzerinde araştırılmasıdır. Sonra iki müctehid bu hükmün fer'inin söz konusu asıllara uygunluğu hakkında tartışır. Neticede bu fer'in bu asıllara ilhak edilmesi daha iyidir.”<sup>31</sup> Bu, fakihlerce “ferdin genel çoğunluğa ilhak edilmesi” adı verilen durumdur. Karâfi'nin tanımını şöyledir: “Bu, hali hakkında tartışma bulunduğu zann-ı galibe göre hükmün tümünün tikellerinde araştırılmasıdır.”<sup>32</sup>

Onların böyle yapmasının sebebi, şerî hükümlerin genelde zanna dayanıyor olmasını, kesinlerin az bulunmasını ve nadire göre hüküm verilmeyeceğini dikkate almış olmalarıdır.

## İKİNCİ BÖLÜM

### MANTIKÇILARIN MANTİKÎ KIYASI YÜCELTİP TEMSİLİ KIYASI ÖNEMSEMELERİNİN DELİLİ

Buraya kadar anlatılanlardan, âlimlerin sözü kabul görenlerden naklettiklerinden ve onların kitaplarında yazılı bulunanlardan anlaşıldığı kadarıyla mantıkçılar mantikî kıyası yüceltip temsili kıyası hafife almaktadırlar. Onların tam istikrânın yegâne yolu olarak mantikî kıyası göstermeleri söz konusu ayırımın sonuçlarından biridir.

Mâzerî<sup>33</sup> ve İbn Teymiyye'nin ifadesine göre mantıkçılar bu görüşlerini Hz. Peygamber'in sarhoş edici maddelerin haram oluşunu delillendirmek üzere mantık kıyasını iki öncülüyle birlikte kullanmasına dayandırmaktadırlar. Nitekim hadiste “Her sarhoş edici şaraptır ve her şarap haramdır” buyrulmuştur.<sup>34</sup>

Mâzerî, akıl yürütmedeki bu zorlamaya (tekellüf) karşı çıkmış ve bu konuda güzel sözler söylemiştir. Bunları aynen aktarıyorum: “Bu iki önermenin sonucu şudur: Her sarhoş edici haramdır. Bazı usulcüler bu sonucu mantık ilmini kullanarak çıkarmak istemiş ve şöyle demişlerdir: Mantıkçılar şöyle derler: Sonuç verilen kıyas ancak iki öncülle olur. Şayet biz ‘her sarhoş edici haramdır’ dersek, bu önerme tek başına bir anlam ifade etmez. Eğer buna ‘her şarap haramdır’ cümlesi eklenirse, zikredilen sonucun aynısı olur. Mantıkçılar ilk terime “konu”, ikinciye “yüklem” adını verirler. Bunun anlamı şudur: Birinci terim, üzerine ikinci terim

29 Ebu'l-Vefâ Ali b. Akil b. Muhammed ez-Zufri el-Bağdâdî el-Hanbelî. Dünyanın en zekilerinden biridir. Fıkıh usulü alanında *el-Vâdih* ve *el-Funûn* adlı eserleri vardır. H. 513'te vefat etmiştir. Bkz. *Siyeru A'lâmi'n-Nubelâ*, XIX, 447.

30 Ebu'l-Abbas Ahmed b. İdris el-Karâfi el-Maliki, *Nefâisü'l-usûl fi şerhi'l-Mahsûl* ve *el-Furûk* adlı eserlerin sahibidir. H. 684'te vefat etmiştir. Bkz. *el-A'lâm*, I, 95.

31 Bkz. *el-Vâzih*, II, 74.

32 Bkz. *Şerhu Tenkihi'l-Fusûl*, s. 248.

33 Ebu Abdullah Muhammed b. Ali b. Ömer el-Maliki. *el-Muallim fi şerhi Müslim* adlı eserin sahibidir. H. 536'da vefat etmiştir. Bkz. *Şezerâtü'z-Zehab*, IX, 186; *el-A'lâm*, VI, 577.

34 Hadisi bu lafızlarla Müslim, Eşribe kitabının “Her sarhoş edici haramdır” sözünün açıklaması babında (hadis no:2003) İbn Ömer'den rivayet etmiştir.

yüklensin diye konmuştur. Birinci öncüldeki yüklem, ikinci öncülde konu olur. Sonuç da birinci öncülün konusuyla ikinci öncülün yüklemine bileşiminden meydana gelir. Gördüğün gibi daha önce bahsedilen sonuç da böyledir.

Mantıkçılar bunu asıl yapıp sonuca ulaşmayı bu yolla kolaylaştırmaktadırlar. Bu kıyas, bu usulle yapıldığında fıkıhın bir ya da iki konusu hakkında açıkça sonuç verir. Ama diğer kıyaslarda bunun uygulanması doğru olmaz. Fıkhî kıyasların çoğunda bu yolla sonuca ulaşamaz. Örneğin biz Hz. Peygamber'in fazlalık faizini<sup>35</sup> haram kılmasının illetini İmam Şafî'nin<sup>36</sup> dediği gibi yiyecek olarak tespit edersek, bu illeti ancak araştırma ve sınıflandırma yoluyla öğrenebiliriz. Bunu öğrendiğinde İmam Şafî daha önce bahsettiğimiz üzere sonucun birinci önermenin konusundan ve ikinci önermenin yükleminden oluştuğu yöntemi kullanarak şöyle diyebilir: 'Her ayva yiyecektir. Her yiyecekte faiz vardır, ayvada faiz vardır.' Ancak bu yöntem Şafî'ye bir yarar sağlamaz. Zira bu sonucun doğruluğunu başka bir yolla öğrenmiştir. İşte bu başka yöntemle sonucu öğrendiğinde, kendi görüşünü ve maksadını belirten başka ifade kullanır. Bu yaptığı, birinci yönteme bir ilave değildir. O, bu konuya dikkatimizi çekmiştir. Zira biz bazı son devir âlimlerinin fıkıh usulü yerine mantık usulünü koymak amacıyla kitap tasnif ettiğini görmüş bulunuyoruz.<sup>37</sup>

Kuvvetle muhtemel ki o, "bazı son devir âlimleri" sözüyle Gazzâlî'yi<sup>38</sup> kast etmektedir. Zira onun çağdaşdır. Gazzâlî fıkıh usulüne mantık ilmini sokan ilk kişilerdendir.<sup>39</sup> Gördüğün gibi Mâzerî infaflı davranmış, aşırıya kaçmamış, mantıkî kıyasın sonucunu tamamen değersiz saymamış, bu kıyasın fıkhî kıyas yoluyla düzenlenebileceğine ve sonucun aynı olacağına dair uyarıda bulunmuştur.

Daha sonra Mâzerî, bahsedilen akıl yürütmenin zayıflığını ve kanun koyucunun (Şâri'), mantıkçıların işaret ettiği bu anlamı sürekli muteber saymadığını açıklamak için bu hadisin tariklerini toplamış ve şöyle demiştir: Hadisin bazı tariklerinde "her sarhoş edici haramdır" şeklinde ifade vardır. Bu, zikredilen iki öncülün başka bir tarikteki sonucudur ve bu öncüller anılmaksızın söz konusu sonuca ulaşılmıştır. Sonucu söylemeksizin bu öncülleri başka bir tarikte zikretmiştik. Üçüncü tarik şöyledir: Her sarhoş edici şaraptır ve her sarhoş edici haramdır. Bu tarikte iki öncül de birleştirilmişçesine, öncüllerden biri söz konusu iki öncülün sonucuyla birlikte zikredilmiştir. Bu da bahsedilen müteahhir âlimin (Gazzali) yönelmediği anlayışa dinin iltifat etmediğini sana hissettirmektedir.<sup>40</sup>

35 Ubade b. Sabit'in Hz. Peygamber'den rivayet ettiği hadis şöyledir: Altını altın karşılığında, gümüşü gümüş karşılığında, buğdayı buğday karşılığında, arpayı arpa karşılığında, tuzu tuz karşılığında satmayın; ancak misli misline, elden ele peşin olarak satın. Artık bu durumda fazla veren ve alan gerçekten faiz işlemi yapmış olur." Bkz. Müslim, "Müsâkât" (Babu's-Sarf, hadis no: 1587).

36 Şafî'nin görüşü için bkz. *Nihayetü'l-Muhtâc*, III, 428.

37 Mâzerî'nin bu nakli için bkz. *İkmâlü'l-Muallim*, VII, 112. Şâtûbî bu nakli özet olarak nakletmiştir. Bkz. *Muvâfakât*, IV, 337.

38 Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed el-Gazzâlî et-Tüsi eş-Şafî. Hüccetü'l-İslam. *el-Mustasfâ ve İhyâu Ulûmiddîn* adlı eserlerin sahibidir. H. 505'de vefat etmiştir. Bkz. *Şezerâtü'z-Zeheb*, VI, 18; *el-Âlâm*, VII, 22.

39 Mâzerî'nin bu konuda Gazzâlî'nin *İhyâ* adlı kitabına o daha hayattayken yazdığı bir reddiyesi vardır. İbn Teymiyye *Şerhu'l-Akîdeti'l-Asfahâniyye* adlı kitabında (I, 172) İbnü's-Salâh'ın diliyle ondan çeşitli fasıllar nakletmiştir.

40 Bkz. Daha önce geçen iki kaynak.

Mâzerî, Ebû Musa el-Eş'arî'den<sup>41</sup> rivayet edilen şu hadise işaret etmektedir: Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: Ülkemizde arpadan üretilen şaraba “mirz”, baldan üretilene “tibi”<sup>42</sup>denir. Hz. Peygamber, daha sonra “Her sarhoş edici haramdır”<sup>43</sup>buyurmuştur. Bu ifade, hemen öncesinde zikredilen hadiste geçen o iki öncülün sonucudur. Başka bir tarik daha vardır: “Her sarhoş edici şaraptır ve her şarap haramdır”<sup>44</sup> Hz. Peygamber burada “Her sarhoş edici haramdır” sonucunu söylememiştir. Üçünü tarik şöyledir: “Her sarhoş edici şaraptır ve her sarhoş edici haramdır.”<sup>45</sup> Burada “her sarhoş edici haramdır” ifadesiyle sonuç söylenmiştir.

Mâzerî bu hadisin ittifaken geldiğine işaret ediyor gibidir. Hz. Peygamber'in bu dizimi (nazım) kullandığı hadiste mantıkçıların iddiası yer almamaktadır. Mâzerî, tanımayanlar için söylüyorum, kendisi usulcüdür ve *el-Burhan* ile *Mütekellim*'i şerh etmiştir ve zamanında Malikî mezhebinin İmamıdır. Ancak bütün bunlar mantık düşkünü bir takım Malikilerce önemsememiş ve onu hemen aciz olmakla, mantık bilmemekle itham etmişlerdir. Mâzerî'nin sözlerini aktardıktan sonra kendisi hakkında ithamda bulunan Übeyy'in<sup>46</sup> ifadeleri şöyledir: Mantık bilenlerce malumdur ki, İmam'ın bu sözleri onun mantık ilminde yetersiz olduğunu veya hiç bilmediğini göstermektedir. Düşün! Şayet sözün uzamasından endişe etmeyecek olsaydım bu hususu genişçe açıklardım. Ama söz yine de uzamaktadır. Çünkü konu, mantıkî kıyası ve fıkhi kıyası bilmekle ilgilidir.<sup>47</sup> Senûsî<sup>48</sup>de onun gibi konuşarak şöyle demektedir: “Mâzerî'nin bu konudaki sözleri onun mantık ilminde zayıf olduğunu ya da hiçbir şey bilmediğini göstermektedir.”<sup>49</sup>

Cedelicilerin böyle söylemelerine karşın vakitlerinin çok olması şaşılacak şeydir. Nitekim Übeyy, zorlama tavrıyla vaktini Mâzerî'den yani mantık bilmeyen (!) birinden ayıklamaksızın nakiller yaparak doldurmakta ve bunu yaparken korkmamakta ama açıklamaya sıra gelince sözün uzamasından duyduğu endişe kendini kaplamaktadır?! Bu, kafasında ret cevabını kurgulayan kişinin sığındığı bir korku hali değil midir?

Mâzerî'nin sözünü naklettikten sonra Şâtıbî<sup>50</sup> onu şöyle desteklemektedir: “Burada şer'î önermelerin takriri hususunda mantıkçıların yöntemine bağlı kal-

41 Abdullah b. Kays. Önce Mekke'de Müslüman olmuş ve sonra halkın yanına dönmüştür. Ömer b. Hattab zamanında Basra valiliği yapmıştır. H. 42'de vefat etmiştir. Bkz. *Üsdü'l-Gâbe*, VI, 299.

42 Mirz ve tibi' başka rivayetlerde geldiği üzere köpürünceye dek kaynatılmak suretiyle arpadan, daneden, baldan yapılan bir içecektir. Bkz. *Fethu'l-Bârî*, X, 42.

43 Müslim, Eşribe (Her sarhoş edici haramdır babı), hadis no: 1733.

44 Müslim, Eşribe (adı geçen bab), hadis no: 2003.

45 Müslim, Eşribe (adı geçen bab), hadis no: 2003.

46 Muhammed b. Hulfe el-Übeyy. Tunus'taki bir köye nispet edilmiş, Kuzeybatı Afrika'nın (Mağrib dünyası) akli ilimelerdeki bilgini olarak vasıflandırılmıştır. *Sahih-i Müslim* adlı eseri *İkmâlü İkmâlî'l-Muallim fi Şerhi Sahih-i Müslim* adıyla şerh etmiştir. H. 827'de vefat etmiştir. Bkz. *el-Bedru't-Tâli*, II, 76.

47 *Şerhu'l-Übeyy alâ Sahih-i Müslim*, VII, 113.

48 Muhammed b. es-Seyyid es-Senûsî eş-Şerif. *Şerhu'l-Übeyy alâ Sahih-i Müslim* üzerine yazdığı bir haşiyesi vardır. H. 895'de vefat etmiştir. Bkz. *Keşfü'z-Zünûn*, VI, 216.

49 *Tekmilâtü İkmâlî'l-İkmâl*, VII, 112.

50 İbrahim b. Musa b. Muhammed eş-Şâtibi el-Girnâti el-Mâlikî. *Muvafakat ve el-İtisâm* adlı eserlerin sahibidir. H. 790'da vefat etmiştir. Hayatı hakkında bkz. *el-A'lâm*, I, 75.

manın zorunlu olmadığına dair anlattıklarımıza ilişkin bir uyarı vardır... Hz. Peygamber'in hadisi ittifâkî bir emirdir. O, mantıkçıların maksadını kast etmiş değildir.”<sup>51</sup>

İbn Teymiyye bu akıl yürütmeyi şiddetle reddetmiştir. Zira ona göre Hz. Peygamber delilden hüküm çıkaran konumunda değil, kanun koyucu makamındadır. Bir başkası eğer böyle olmadığını iddia ederse ispatlamasını isteriz. Ayrıca Hz. Peygamber'in sözünün kendisiyle akıl yürütülür. O'nun “her şarap haramdır” hadisiyle getirdiği tümel önerme bütün Müslümanların yerleşik olarak bildiği malum bir önermedir. Daha önce bahsedilen Ebu Musa el-Eş'ari hadisinde geçtiği üzere bazıları baldan ve daneden imal edilen nebiz gibi sarhoşluk veren içecek türleri hakkında şüpheye düşmüştür. Bunun üzerine Hz. Peygamber “Her sarhoş edici şaraptır” tümel önermesiyle onlara cevap vermiş, böylece sarhoş edicilerin hepsinin Allah'ın haram kıldığı şarap ismine dâhil olduğunu onlara açıklamıştır. Daha sonra sarhoş edicinin haram olmasının kalplerine iyice yerleşmesi amacıyla “Her sarhoş edici haramdır” diyerek bildikleri bir hükmü onlara getirmiştir. Şayet “Her sarhoş edici haramdır” demekle yetinseydi, birisi bunu son kadeh<sup>52</sup> şeklinde yorumlayabilirdi. İmam Ahmed b. Hanbel bunu şöyle ifade etmiştir: O'nun “Her sarhoş edici şaraptır” sözü daha derin (beliğ) bir ifadedir. Zira onlar son kadehe şarap demezler. Şayet sadece “Her sarhoş edici şaraptır” deseydi, bazıları bu ifadeyi “haramlık bakımından şaraba benziyor” diye yorumlayabilirdi. Ancak “Her şarap haramdır” diye ekleme yapınca, O'nun, sarhoş edicinin Allah'ın haram kıldığı şarap ismine dâhil olmasını istediği anlaşılmış oldu.<sup>53</sup>

İşte ince kavrayış (*fıkıh*) ve anlayış (*fehmi*) budur. Boşuna endişeye ve zorlama tavırlara gelince, bunlar ne doğruyu gerçekleştirebilecek ne de yanlışlığı iptal edebilecek şekilde nassların anlamlarını eğip bükmektir.

Şimdi sırada mantıkçıları ve diğerlerini temsil kıyasını önemsememeye götüren sebepler vardır. İbn Teymiyye bu kıyası övmek ve reddedenleri yermek suretiyle sebepleri şöyle anlatmıştır:

1) *Mantıkçılar temsili kıyası yermişlerdir.* Zira filozofların ve Cehmiyye, Mutezile gibi onların yolundan gidenlerin bazı ferî ve aslı kıyasları delil olarak kullandıklarını ve Sühreverdi'nin<sup>54</sup> zikrettiği şu kıyası yaptıklarını görmüşlerdir: “Gök yüzü sonradan değildir.” Bunu “ev”e (beyt) kıyas ederek yapmışlardır. Bu kıyasın ortak illeti ise farklı parçaları birleştirerek yapmaktır (te'lif). Burada binanın sonradan olmasının illetinin (te'lif) ve bunun fertte de de mevcut olduğunun ispat-

51 Bkz. *el-Muvafakât*, IV, 338-339.

52 Son kadeh, hemen peşinden sarhoşluğun geldiği kadehtir. Âlimlerin görüşünden farklı olarak, nebiz içmeyi mubah görenler buradaki haramlığı önceki kadehleri dikkate almayarak son kadeh diye yorumlamışlardır. Bkz. *el-Mebsût*, XXXIV, 9.

53 Bkz. *Mecmû'ül-Fetâva*, IX, 68.

54 Öldüren filozof, Şihâbüddin Yahya b. Habeş b. Emîrek. İnsanların en zekilerinden biridir. Ama az akıllıdır. Âlimler onun zındık ve kanının heder olduğuna karar vermişler, devlet başkanı ona tercih hakkı tanımış, o da aç kalarak ölmeyi seçmiştir (H. 587). Bkz. *Şezerâtü'z-Zeheb*, VI, 476.

lanmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kıyasın zorunlu sonucu, varlığın birliğinin (vahdet-i vücud) ve yaratıcı ile yaratılanın bir olduğunun söylenmesidir.<sup>55</sup> Ya da mantıkçılar Cehmiyye'nin ve Kaderiyye'nin şu kıyasını görmüşlerdir: "Evren oluşturulmuş bir cisimdir. İnsana ve diğerlerine üreme bakımından kıyas edilerek evren sonradan değildir."

Cehmiyye ve Mutezile evrenin sonradan oluşuna dair getirdikleri bu delili, Allah'ın sıfatlarını reddetmek için hile olarak kullanmışlardır. Onlar yaratıcıyı evrenin sonradan olması yoluyla ispatlamışlardır. Evrenin sonradan olmasının delili ise cisimlerin sonradan olmasıdır. Arazların yani sıfatların kendileriyle birlikte var olmasından dolayı cisimler sonradan değildir. Cisimler sıfatlardan ayrı olamaz. Sonradan olma bir şeyden ayrı bulunamayan da sonradan olma demektir. Cisimlerin sonradan olduğu kesinleşince, sonradan var olanın bir var edicisinin bulunması gerekli hale gelir. İşte, var edeni bu şekilde ispatlıyorlar. Şayet Allah Teâlâ zatıyla beraber bulunan fiillerle nitelendirilirse, fiillerin ve sıfatların ezelden beri var olmaları caiz olur. O zaman cisimlerin sonradan olmalarının delili olamaz. Bundan dolayı ilim, kudret, irade gibi sıfatları iptal edip ancak cisimlerle beraber bulunabileceğini iddia ediyorlar.<sup>56</sup>

Şeyh buna şöyle cevap vermiştir: Kıyasın zayıflığı, temsili kıyas yoluyla yapılmamasından değil, bilakis maddesinden ve öncüllerinden kaynaklanmaktadır. Eğer mantıkî kıyas şeklinde yapıp "Gökyüzü oluşturulmuştur, her oluşturulmuş sonradan değildir" denseydi, bu sorular ve daha fazlası sorulurdu. Sonra, Allah Teâlâ'nın benzeri yoktur ve O'nun sıfatı şümul kıyası yoluyla ispatlanmaz. Ayrıca o ve başkası fertleriyle aynı düzlemde olan bir tümelin altında bir araya gelmez. Bu, temsili kıyas yoluyla bu şekilde kesinleşmez. Zira Yüce Allah'ın benzeri yoktur. Allah'ın sıfatlarının ispatının yolu kıyas değil, Kur'an'a başvurmaktır. Başkasında bulunan kemal sıfatlarının Allah Teâlâ'da öncelikle daha üstün şekilde bulunduğunu, başkasının uzak olduğu eksikliklerden yine Yüce Allah'ın öncelikle uzak olduğunu açıklayan evlâ kıyas budur. Yaratıcıyı ve peygamberlikleri bilmenin kıyasa bağlı olmadığını bilakis zaten ortağı olmayan "bilineni" gösteren ayetlerle bilinebileceğini söylemek için bu kadarı yeterlidir.<sup>57</sup>

2) *Temsilî kıyası önemsemeyip zayıf bir delil olarak göstermek, sonraki dönem mantıkçılara ait bir sözdür.* Zira onlar fakihlerin bu kıyası çokça kullandıklarını görmüşlerdir. Fakihler bunu kesin olmayan konularda kullanmaktadırlar. Şayet bu kıyasları şümul kıyası şekline döndürselerdi yine sadece zan ifade ederdi. Ama onlar kıyasın zayıflığının şekil bakımından olduğunu zannetmişler, kendi kıyaslarının şekli kesin, fakihlerin kıyasının şekli ise zannî saymışlardır.

3) *Mantıkçılar sadece zihinde var olacak ve herhangi bir muayyen varlığı göstermeyecek şekilde kıyasları salt şekil olarak ele almışlardır.* Bundan ötürü onlar şöyle

55 Mecmû'ul-Fetâvâ, X, 18-19.

56 Mecmû'ul-Fetâvâ, IX, 18-19, 205, 235.

57 Mecmû'ul-Fetâvâ, IX, 205; Şerhu'l-Akâidetü'l-İsfahâniyye, I, 33.

derler: Her “e” “b”dir, her “b” “c”dir, o halde her “e” “c”dir. Onlar bunun hiç değişmeden sürekli böyle olduğunu sanırlar, bu öncüllerin kuvvetli ya da zayıf olmasına bakmaksızın bunu her şeye uygularlar.<sup>58</sup>

İbn Teymiyye'nin bu söyledikleri doğrudur. Sonuç veren kıyas şekillerini fıkıh meseleleriyle örneklendiren bir mantıkçı bulman az hatta enderdir. Bu harflerle yapılan temsil kıyasına karşı çıkan kişi, mantıkçıların “Evren değişkendir, her değişken sonradan değildir” vb. sözlerindeki gibi bunun yerine genel tümel önermeler koyar. Bu, onların itirafıdır. Şimdi Ahmed Dimenhûrî'nin<sup>59</sup> söylediklerine kulak ver: Müelliflerin âdetinin, “her c b'dir ve her b e'dir” gibi birinci türün birinci şeklinde söyledikleri üzere, harflerle temsil kıyası yapmak olduğunu bil. Bunu özetleme yapmak amacıyla “Her insan hayvandır, her hayvan algılayıcıdır (hassas)” kıyası yerine yapmaktadırlar. Biz bunu kabul etmedik. Ben, her ne kadar “Her namaz ibadettir, her ibadet niyete muhtaçtır” gibi bir temsil kıyası daha açık olsa da buradaki amacı açıklama yapmak için örneklendirdim.<sup>60</sup>

Sebeplerin özeti bunlardır. Sebeplerdeki ortak noktanın, suretiyle yapılan kıyas ile maddesiyle yapılan kıyasın birbirinden ayrılmaması olduğunu farkına varmışsındır. İnşallah bir sonraki bölümde açıklaması gelecek olan meselenin bir tarafı da budur.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### MANTIKÎ KIYAS İLE TEMSİLÎ KIYASIN FARKLI OLDUĞU İDDİASINI ÂLİMLERİNİ ÇÜRÜTMESİ

Bu, cedelcilerin ve onlara uyan birtakım usulcülerin öne sürdüğü bir iddiadır. Bunlar mantık kıyasının kesin bilgi verdiğini, tam istikrâya ulaştırdığını, temsili kıyası küçümseyerek bunun sadece fıkıh meseleleri için kullanılabilir bir delil olduğunu kabul etmişlerdir.

Âlimlerin çoğuna ve aklî ilimlerin önde gelenlerine göre, delil olma değeri bakımından fikhî kıyas ile mantikî kıyas eşittir. Birinin kesinlik bildirdiği yerde diğeri de aynı şekilde kesinlik bildirir, birinin zan ifade ettiği yerde diğeri de aynı şekilde zan ifade eder. Bunlar kesinlik ya da ihtimal bildirmesi hususunda kıyasın biçimini (suret) değil içeriğini (madde) esas almışlardır. Mantıkçılar ise zorunlu sonuç veren tümel önermenin ortada yer alması yoluyla kıyaslarının kesin bilgi verdiğini kabul etmişler ve şöyle demişlerdir: İki olumsuzdan ve iki tikelden kıyas olmaz.<sup>61</sup>

58 Şeyh'in sözlerinde bazı tasarruflar yaparak naklettim. Bkz. *Mecmû'ul-Fetâvâ*, IX, 112.

59 Ahmed b. Abdülmünim b. Yusuf ed-Dimenhûrî. Zamanın Ezher Üniversitesi rektörü. *İzahu'l-Mübhem fi Şerhi's-Süllem, Nihayeti't- Tarif bi-Aksami'l-Hadisiz-Zaif* gibi eserleri vardır. H. 1192'de vefat etmiştir. Bkz. *el-A'lâm*, I, 164.

60 *İzahu'l-Mübhem*, s. 13.

61 Selb, olumluluğu ortadan kaldırmak, olumsuzlaştırmak anlamındadır. Örneğin, “İnsan taş değildir” gibi. Burada



Nebizin haram olduğunu mantikî kıyas yoluyla ispatlamak istediğinde şöyle dersin: “Her nebiz sarhoş edicidir, her sarhoş edici haramdır.” Bu kıyastaki orta terim “sarhoş edici”, sonuç ise “Nebiz haramdır” şeklinde olur. Bunu temsili kıyasa döndürmek istediğinde “Sarhoş edici olma illetinden dolayı üzüm şarabına kıyasla nebiz haramdır” dersin. Mantikî kıyastaki orta terim, temsili kıyastaki illetin ta kendisidir. Bu yüzden de “menat”, “vasıf” ya da “cami-müşterek” adı verilir. Temsili kıyasta asıl ve fer arasında ortak olan niteliğin etkisinin açıklanmasına ihtiyaç duyduğun gibi büyük önermenin doğruluğunun ve orta önermenin büyük teriminin mutlaka bulunması gerektiğinin de açıklanmasına ihtiyaç duyarsın. Şayet delil kesinse iki kıyasın sonucu da kesindir. Ama delil zannî ise sonuç her ikisinde de zannî olur.

Öte yandan şümul kıyası/mantikî kıyas temsil kıyasına muhtaçtır. Zira kıyaslarının kapsadığı tümel önerme sadece zihinlerde vardır. Onu bilmek için herhangi bir sebep var olmalıdır. Bir kimse “Bu ateştir ve her ateş yakıcıdır” dediğinde, bu önermenin tikelleriyle bilinmesi gerekir. Bu da ancak çoğunlukla öyle olduğunun gözlemlenmesiyle olur. Bu ateşin bunun ve şunun gibi bir ateş olduğuna dair hüküm vermek, bu tümel önermeye dayanarak daha önce zikredilen temsil kıyasıyla akıl yürütmektir. Bir önceki bölümde Mâzerî'nin uyararak istediği ve temsil kıyasını kötüleyeni kötülediği husus budur. Bu sebeple mantıkçıların kesin bilginin temsil kıyası ile değil de şümul kıyasıyla elde edilebileceğine dair iddiaları delili olmayan bir sözdür. Bilakis Hz. Peygamber'den öğrenilen tümel önermelerle kesin bilgiye ulaşılabilir ve kesinlikle kıyaslardan birine ihtiyaç yoktur. Nitekim Hz. Peygamber'in “Her sarhoş edici haramdır” hadisi daha önce geçmiştir ve bu, O'ndan öğrenilmiş genelleme ifade eden bir önermedir.

İbn Kayyım<sup>62</sup> şöyle der: Şeriatın sahibi sarhoş edici her bir tikeli içerecek şekilde onu tanımlamış ve “Her sarhoş eden haramdır” demiştir. Bu tanımlama uzun, geniş kapsamlı, çok yorucu kıyas yoluna başvurmamızı gereksiz hale getirmiş, haram hükmünü rey ichtihadı ya da kıyas yoluyla değil de açık ibaresiyle bizlere ispatlamıştır.<sup>63</sup>

Burada amaç, onların “mantık kıyası dışında kesin bilgi yoktur” şeklindeki sözlerinin yanlış olduğunun ispatlanmasıdır. Sonuçta bu kıyasların durumlarına dair söylenecek sözün en kısası “bu iki kıyasın delil değerinin eşit olmasıdır.” Bu, temsil kıyası kesin bilgi ifade etmeye daha yakın değilse böyledir. İbn Teymiyye'ye maşallah! Bu iki kıyası insanın duymasıyla ve görmesiyle nitelendirirken ne güzel bir benzetme yapmış ve şöyle demiştir: “Gerçek şudur: Temsil kıyası bilgi verme

tikel olmak kastedilir. Bunun konusu şahıs ise “Zeyd yazıcıdır”, tikel şekilde biçimlendirilmişse “Bazı insan hayvandır” gibi olur. Mantık kıyasında sonucun zorunlu olarak çıkması için “büyük” adı verilen tümel önermenin bulunması şart koşulmuştur. Zira genel için verilen hükmün özel için de verilmiş olması zorunludur. Bkz. *Şerhu'l-Ahdari alâ Metni's-Süllem*, s. 33.

62 Ebu Abdullah Muhammed b. Ebubekir b. Eyyub el-Hanbelî. *Zâdü'l-Meâd fi Hedyi Hayri'l-İbâd ve'l-İlâmü'l-Muvakkîn* adlı eserlerin sahibidir. H. 721'de vefat etmiştir. Hayatı hakkında bkz. *Şezerâtü'z-Zeheb*, VIII, 282.

63 *İ'lâmü'l-Muvakkîn*, I, 567. Ayrıca bkz. *Mecmû'ül-Fetâvâ*, IX, 275.

ve kesinlik ifade etme bakımından şümül kıyasından daha üstündür. Eğer şümül kıyasının verdiği bilgi daha çok ise o zaman bu daha büyük olur. Temsil kıyası aklı kıyas alanında yapılır. Örneğin, duyu bilgisi alanındaki görmek gibi. Şümül/man-tık kıyası da böyledir. Örneğin, duymak gibi. Şüphesiz görmek daha büyük ve mü-kemmel bir duyudur. Duymak ise daha geniş ve kapsamlıdır. Temsil kıyası görmek konumundadır. Örneğin “Görmediğini gördüğüyle kıyaslayan kimse” denilmesi gibi. Şümül kıyası ise genel olmak bakımından duymaya benzer.”<sup>64</sup>

Mantıkçılar önermelerin bir kısmını dışarda bırakarak kıyas türlerini bazı önermelere tahsis ederek geniş daraltmışlardır. Nitekim Ahdarî<sup>65</sup> *Urcûze* adlı eserinde şöyle demiştir:

Sonra onlara göre kıyas iki kısımdır,  
Bunlardan biri kesin olduğu iddia edilendir,  
O, sonucu gösterendir,  
Kuvvetlice ve yüklemli önermeye özgüdür.

Onlar iktirânî kıyası yüklemli önermelere, istisnâî kıyası ise şartlı önermelere<sup>66</sup> tahsis etmişlerdir. Şiir şeklinde yazan müellifin *Şerhu Metni's-Süllem*'indeki açıklamasına göre istisnâî kıyas da yüklemli önermelere özgüdür.<sup>67</sup>

Şeyh Ahmed Dimenhûrî konuyu dikkatlice ele almış ve şöyle demiştir: Me-tindeki “Yüklemli önermeye özgüdür sözü, genellikle böyle olmasına dayalıdır.”<sup>68</sup>

Bazı usulcülerin mukasem kıyasın tam istikrâyı gösterdiğini kabul etmeleri bu tahsisin sonuçlarından biridir. Yine bu kıyasın şeklinin hükmü pekiştirmesi onların zannıdır. Gerçekten delildeki kural (zâbit), sonucun delil tarafından zorunlu olarak gösterilmesidir. Manası bir olduktan sonra delilin yapısının farklı olması gerçeği değiştirmez. Kıyasın şeklinin ister iktirânî ister istisnâî veya temsili olması ayrıdır.

Sen “Bu insandır, her insan yaratılmıştır veya duyu sahibidir yahut konuşandır” veya “O bu sıfatların zorunlu olarak bulunduğu insan olma niteliğindeki ortaklıktan dolayı insandır, yaratılmıştır, duyu sahibidir veya konuşandır” dediğinde yahut “Bu insandır, insan olmak bu hükümleri gerekli kılar ve onun ayrılmazdır” demek istediğinde veya “Bu, insan ise o zaman insan olmanın zorunlu nitelikleriyle nitelenmiştir” ya da “Bu sıfatlarla nitelenmiştir veya nitelenmemiştir” dediğinde ikincisi hükümsüz olur ve birincinin doğruluğu ortaya çıkar. Zira bu nitelikler insanın ayrılmazdır. Bunlar olmadan insanın var olması düşünülemez.

64 *Mecmû'l-Fetâva*, IX, 19.

65 Abdurrahman b. Muhammed el-Ahdarî. *Metni's-Süllem*'in yazarıdır. Sonradan bu eseri yirmi bir yılda şerh etmiş ve manzum hale getirmiştir. H. 985'te vefat etmiştir. Bkz. *el-Âlâm*, III, 331.

66 Yüklemli önerme, konu ve yüklem içeren önermedir. Örneğin “Zeyd yazıcıdır” gibi. Şartlı önerme, şart edatıyla birbirine bağlanan iki parçadan oluşur. Bkz. *İzahu'l-Mübhem*, s. 10.

67 *Şerhu'l-Ahdarî*, s. 33.

68 *İzahu'l-Mübhem*, s. 12.

İbn Teymiyye bu örnekleri verdikten sonra şöyle der: Akıllar ve tasavvurlar genişleyince bunların ifade gücü de genişler. Nitekim Yunan mantıkçılarının başına geldiği üzere akıllar, ibareler ve tasavvurlar daralınca bunların sahipleri de aklı ve dili tutulmuş gibi kalakalırlar.<sup>69</sup>

Bu bölüme başlarken yaptığım söz konusu açıklama, İbn Teymiyye'nin ifadele-  
rinin özetidir. Senin için onun eserlerindeki çeşitli konulardan bu özeti çıkardım.<sup>70</sup>  
Bölüme bununla başladım. Çünkü İbn Teymiyye, en güzel açıklamayı yapmış ve  
en güçlü delili sunmuştur. Yoksa bu meseleyi diğer âlimler de ele almışlardır. Akli  
ilimlerin önde gelenlerinden Safiyyüddin el-Hindî<sup>71</sup> bunlardan biridir. Açıkla-  
masına yöneltilen “Tümevarım yani mantikî kıyas, temsili kıyastan daha iyi bir  
delildir. Zira ilki bütün parçalarındaki hüküm ispatlanıncaya kadar kesin olmaz.  
Temsili kıyas ise bundan farklı olarak hükmün başka bir tikelde kesin olarak bu-  
lunmasından dolayı bir tikele uygulanmasıdır” şeklindeki soruya özetle şöyle ce-  
vap vermiştir. “Hükmün illeti olan ortak vasfın gözetilmesi, bir tikelin hükmünün  
başka bir tikele dâhil edilmesinin şartlarından. Tümevarım ise her ne kadar  
tikellerinin çoğunda hükmün salt ispatlanmasından dolayı tümel hakkında veril-  
miş bir hüküm olsa da bazı türlerinin hüküm bakımından diğer türlerden farklı  
olması aklen imkânsız değildir. Bu durumda tikelin tümelin altına yerleştirilmesi  
mücerret zan iledir.<sup>72</sup> el-Hindî bu açıklamayı meselenin sonunda yapmıştır. Onun  
bu sözleri, konunun başında söylediği şu ifadeleri kayıtlamaktadır: Mantikî kıyas,  
ittifakla delil sayılmıştır. Bundan ötürü öncülleri kesin sayılan kıyas olarak yorum-  
lanır.” Söz konusu sınırlamadan bahsetmeden bu icmânın varlığını ondan nakle-  
derek söyleyen kişi yanlış yapmış olur.

Tâceddîn es-Sübki<sup>73</sup> de önceki soruyu gündeme getirmiş ve Şeyh Safiyyüddin  
el-Hindî gibi cevaplandırmıştır. Bu sebeple Sübkî, *Cem'u'l-Cevâmi* adlı muhtasar  
eserinde mantikî ya da temsili kıyasın hangisiyle tam istikrâya ulaşılabileceğine  
ilişkin işareti kabul etmemiştir. Bu tavır, haşiyecilerin sözlerinden kaynaklanan  
şüphenin aksinedir. Zira onlar mantikî ve temsili kıyasın birbirinden farkını an-  
latmada aşırıya kaçmışlardır. Yazarın maksadı da sanki budur. Ama durum böyle  
değildir.<sup>74</sup>

Tüfî'nin<sup>75</sup> bu konuda çok iyi bir açıklaması vardır: Şer'î kıyas, gerçekte iki ön-  
cülde oluşan akli-mantikî kıyasa döner. Çünkü bizim “Nebiz sarhoş edicidir, şa-  
rap gibi haramdır” sözümüz, “Nebiz sarhoş edicidir, her sarhoş edici haramdır..”

69 *Mecmuu'l-Fetâvâ*, IX, 158.

70 Bkz. *en-Nübüvât*, s. 270; *Şerhu'l-Akidedi'l-İsfahâniyye*, s. 73; *Mecmuu'l-Fetâvâ*, IX, 200-201.

71 Ebu Abdullah Muhammed b. Abdürrahim b. Muhammed el-Ermevî el-Hindî eş-Şâfi. *Nihâyetü'l-vusûl fi dirâyeti'l-usûl* adlı eserin sahibidir. H. 751'de vefat etmiştir. Hayatı hakkında bilgi için bkz. *Şezerâtü'z-zehab*, VI, 37.

72 *Nihâyetü'l-Vusûl*, VIII, 4051.

73 Ebu Nasr Abdülvehhab b. Ali b. Abdülkâfi es-Sübki eş-Şâfi. *Cem'u'l-Cevâmi* ve *Raf'u'l-Hâcib an Muhtasari İbni'l-Hâcib* adlı eserlerin sahibidir. H. 771'de vefat etmiştir. Bkz. *Şezerâtü'z-Zehab*, VIII, 380.

74 Bkz. *Takrîrâtü's-Şibini ve Hâşiyetü'l-Bennâni alâ Şerhi'l-Mahalli*, II, 345.

75 Necmeddin Ebu'r-Rabi Süleyman b. Abdülkavi b. Abdülkerim et-Tüfi el-Bağdadî el-Hanbelî. *Şerhu Muhtasari'r-Ravza ve et-Ta'yînü Şerhu'l-Erbâin* adlı eserlerin sahibidir. H. 716'da vefat etmiştir. Hayatı hakkında bilgi için bkz. *Şezerâtü'z-Zehab*, VIII, 71; *el-A'lâm*, III, 127.

sözümüzün özetidir. İlkindeki ikinciye yüklenen bir fazlalık değildir. Ancak aslın (makîs aleyh) zikredilmesi, denk görmek ve aşına olmak bakımındandır. Bu sebeple “Nebiz sarhoş edicidir ve haramdır” dersek amaç gerçekleşir. Şerî kıyasın akli kıyasa döndüğü ispatlanınca akli kıyasta zorunlu olarak bulunan “dört rükünden oluşma” şartı şerî kıyasta da zorunlu olarak bulunur. Bunun açıklaması şöyledir: İki öncül ve sonuç (hüküm), konu ile yüklem arasındaki altı parçayı kapsar. Tekrar sebebiyle iki parça yani orta terim düşer, geriye dört parça kalır. Bunlar amacın rükünleridir ve fakihler yaptıkları kıyaslarında bunlarla yetinirler. Örneğin biz “Nebiz sarhoş edicidir” deriz. Bu önerme iki parçadır: Konu (nebiz) ve yüklem (sarhoş edicidir). Bu iki parça nahiv terminolojisinde “mübteda” ve “haber”dir. Sonra biz “Her sarhoş edici haramdır” deriz ki bu da iki parçadır ve bundan zorunlu olarak “Nebiz haramdır” sonucu çıkar. Bu da yine iki parçadır. Böylece altı parçaya tamamlanmış olur. Yine “Nebiz sarhoş edicidir, her sarhoş edici haramdır, nebiz haramdır” ifadesi de böyledir. Bu önermede “sarhoş edici” lafzı iki kez düşer. Çünkü birinci öncülde yüklem, ikincide konudur. Böylece geriye “Nebiz sarhoş edicidir, o haramdır” ifadesi kalır. Bu ikisi fakihlerin yaptığı kıyas şeklidir. Buna göre ortaya çıkan şudur: Şer’î kıyas, toplumda dört rükün üzerine kurulu olma bakımından akli kıyasa dayanır.<sup>76</sup>

Mezheplerinin görüş ayrılıklarını araştıranların sözü budur. Onlar birbirlerini itham etmeden hem fikir olarak gerçeğin açıklanması konusunda anlaşmışlar hem de görüşlerini delillerle ve örneklerle desteklemişlerdir. Bu mesele hakkında yazılanların hepsini araştırmak ya da bunlara dikkat çekmek bu bölümün amacı değildir. Alıntı yaptığım kişilerin bu alanın imamları ve araştırmacıları olması yeterlidir. Allah Teâlâ en iyisini bilir.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### TARTIŞMA KONULARININ AÇIKLANMASI VE ÂLİMLERİN BUNLAR HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ

Tümevarımın delaleti âlimlerin hepsine göre genel olarak muteber bir delalettir.<sup>77</sup> İmam Şafîî birçok yerde bunu delil olarak kullanmıştır. Örneğin, kadınların hayız durumu ve hayzın süresi gibi.<sup>78</sup> Bu delaletin akıl yürütme ve somut hukuk olayı bakımından fûru fıkıh ve ahkâm kitaplarındaki sonuçları, temellendirme ve ilkeleştirme bakımından usul kitaplarındaki sonuçlarından daha fazladır. Bildiğim kadarıyla Hanefîler herhangi bir usul kitabında bu delaleti karşı çıkmamışlardır.<sup>79</sup> Hanefî imamlarının pek çok yerde bu delaleti delil olarak kullandıklarını

76 Bkz. *Şerhu Muhtasari’r-Ravza*, III, 227-228.

77 *Şerhu’l-Mahallî alâ Cem’îl-Cevâmi*, III, 345; *Şerhu Tenkîhi’l-Fusûl*, s. 448; *Nihâyetü’s-Sûl*, IV, 377; *Şerhu’l-Kevkebi’l-Münîr*, IV, 418.

78 *el-Bahru’l-Muhît*, VI, 10.

79 Kemal İbn Hümmam *et-Tahrîr*’de anlattığını, usule ait bir delalet olarak değil, mantık önermelerinin hemen peşinden anlatmıştır. Bkz. *et-Tahrîr*, I, 65.

görmenin yanı sıra Fahrulislam Pezdevî<sup>80</sup> bunu genişçe anlatmış, başka bir usul meselesinde bu delaleti şahit göstermiştir. Bahsedilen usul meselesi “vav” harfinin tertip anlamına gelmesidir. Bu, Araçların konuşmasının tümevarım yoluyla incelenmesiyle elde edilmiş bir sonuçtur.<sup>81</sup> Pezdevî’yi şerh eden Abdülaziz el-Buharî,<sup>82</sup> söz konusu şahit göstermeye bir değerlendirme ekleyerek şöyle demiştir: Bu ikisi yani tümevarım ve iyice ayrıntılı düşünme (teemmül) onun yani “vav” harfinin mutlak olarak bir araya getirmek (cem) anlamında değil de tertip için olduğunu iddia edenin delilidir.<sup>83</sup> Bu delalet her ne kadar genele göre asıl itibarıyla hüccet ise de bazı yönleri hakkında tartışma söz konusudur. Bu çekişme yerlerini şu şekilde belirlemek mümkündür:

Birincisi, tam istikrâya götüren delil hakkındadır. Şöyle ki, mantıkçılar ve bu konuda onları takip eden bazı usulcüler tek yolun mantıkî kıyas olduğunu iddia edip bunun üzerine başka bir görüşü yani “fıkıhın temelini kesin önermelerin değil de kesin olmayan önermelerin oluşturduğu” düşüncesini inşa etmişlerdir. Bu, açıklaması daha önce geçmiş bir meseledir. Bu iddianın zayıflığı önceki bölümde açıklamıştır. Dolayısıyla bu konuda tekrar konuşmaya ihtiyaç yoktur.

İkincisi, tam istikrâ bütün tikellerin incelenmesi yoluyla çekişme biçimini içerip kesin olmayı sürdürür mü? Yoksa bu ihtilaflı şekil, tümevarımın kesinliğini zedeleyerek onu eksik tümevarıma dönüştürür mü? Örneğin, vitir namazının hükmü, sünnet<sup>84</sup> olduğunu söyleyen cumhur ile vacip<sup>85</sup> olduğu görüşünü benimseyen Hanefiler arasında tartışmalıdır. Cumhur tümevarım ile akıl yürütmüş, bütün tikellerindeki hükmü araştırmıştır. Diğer bir ifadeyle vaktinde yapılması, kaza edilmesi, tam ya da iki rekât kılınması yönleriyle farz namazları incelemişler, Hz. Peygamber’in binek üzerinde kıldığı böyle bir namaz tespit edememişlerdir. Sonra da “Hz. Peygamber (s.a.) devesi üzerinde vitir kıldı”<sup>86</sup> ifadesini görmüşlerdir. Tartışmanın biçimi hakkındaki hükmün kesin olup olmadığı ispatlanabilir mi? Tümevarımın tam olabilmesi için bu tikeller tümel hükmün kapsamına alınabilir mi? Yoksa bu biçimle ilgili hükmün zannî olduğu kesinleşir de tümevarım eksik mi olur?

Usulcüler arasındaki ihtilafta iki görüş vardır:<sup>87</sup>

a) Çoğunluğun görüşüne göre tümevarım, çekişmenin biçimi hakkındaki

80 Ali b. Muhammed b. Hüseyin el-Pezdevî. Zamanında Hanefilerin imamı idi. *el-Mebst, Kenzü'l-Vusûl ilâ Marifeti'l-Usûl* onun eserlerinden bir kısmıdır. Hicri 482’de vefat etmiştir. Bkz. *Siyeru A'lâmî'n-Mübelâ*, VIII, 602.

81 *Usûlü'l-Pezdevî* (Abdülaziz el-Buharî, *Keşfü'l-Esrâr* şerhiyle birlikte), II, 205.

82 Alâüddin Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed b. el-Buhari. *Şerhu'l-Müntehabi'l-Ahsikese ve Keşfü'l-Esrar* onun eserleri arasındadır. 730’da vefat etmiştir. Hayatı için bkz. *el-A'lâm*, IV, 13.

83 *Keşfü'l-Esrâr*, II, 205.

84 *el-Muğni*, 2/291; *el-Mecmû*, III, 11; *Mevâhibü'l-Celil*, II, 75.

85 *el-Mebst*, I, 155.

86 Bu hadisi Buharî “Vitr” kitabının “Binek üzerinde vitir” babında (h. No: 9991), Müslim, “Yolcuların Namazı” kitabının “Binek üzerinde nafil namazın cevazı” babında (h. No: 700) İbn Ömer’den tahrîç etmiştir.

87 Bu görüşler için bkz. *Şerhu'l-Mahallî alâ Cemî'l-Cevâmi*, II, 345; *Şerhu'l-Kevkebi'l-Münir*, IV, 418; *Nihâyetü's-Sûl*, IV, 377.

hükmün ispatlanmasında kesin delildir. Bunlar çekişmenin biçimini yok sayıp hiç olmamış gibi kabul etmişlerdir. Dolayısıyla biçimin tam tümevarımda hiç etkisi yoktur ve onun doğruluğunu zedeleyemez.

b) Az sayıdaki âlimin görüşüne göre tümevarım, çekişmenin biçimi hakkındaki hükmün ispatlanmasında kesin olmayan bir delildir. Bunlar görüşlerini bu biçimin, uzak bir ihtimal bile olsa, diğerlerine aykırı olma ihtimaliyle gerekçelendirmişlerdir. Ancak bu, tam tümevarımın doğruluğunu zedeleyip onu eksik tümevarıma dönüştürür.

Bennânî ve Şirbînî, hükmün kesinliğinin ispatı hususunda çoğunluğun benimsediği illeti şu şekilde kabul etmeyi tercih etmişlerdir: Aklî ve uzak ihtimaller normal durumlarda olumsuz etki yapamaz. Nitekim tevatür hakkında “kesin bilgi ifade eder” demişlerdir. Bu kimseler, uzak bir ihtimal olarak gördükleri için, yalan söyleme konusunda anlaşma ihtimalinin olabileceğini iddia eden kişiye kulak asmamışlardır. Bu gerekçelendirme, yok sayma konumuna indirgeme şeklindeki gerekçelendirmeden daha iyidir. Çünkü onu bu konuma indirgemek, hiç var olmamışa dönüştürmez.<sup>88</sup>

Gördüğün gibi iki grup arasındaki anlaşmazlığın öyle çok büyük bir sonucu yoktur. Neticede tümevarım ikisine göre de hüccettir. Anlaşmazlık konusu ise onun kesin ya da zannî bir delil olup olmadığıdır.

Üçüncüsü, eksik tümevarım, tikellerin çoğunun incelenmesi yoluyla çekişmenin biçimini kapsar mı, ona dâhil edilebilir mi yoksa edilemez mi? Bunun örneği daha önce geçen örnektir. Tümevarımı uygulayanın, hükmün tikellerinin hepsini kesin olarak inceleyememiş olma varsayımı halinde çelişmenin biçimi çoğunluğa dâhil olacak mıdır? Buna fıkhîta “ferdin genel çoğunluğa dâhil edilmesi” denir. Bu hususta âlimler üç farklı görüşe ayrılmışlardır:

a) Ermevî,<sup>89</sup> Beyzâvî,<sup>90</sup> Safiyyüddîn el-Hindî, Taceddin es-Sûbkî ve bazı Hanbelîler ile Merdâvî'nin çoğunluğa nispet ettiği görüşe göre tümevarım hüccettir ama kesinlik değil zan bildirir. Bunu, hakkında görüş ayrılığı bulunan tikelin tümevarım uygulanan diğer tikellere aykırı olma ihtimaliyle gerekçelendirmişlerdir. Merdâvî ve diğerleri gibi bazı müteahhir âlimler bir şart koşmuşlardır. O da “hükmü belirleyici illetin hükümde açıklanmamış olması”dır.<sup>91</sup> Ancak bu şartın sebebini söylememişlerdir. Kuvvetle muhtemeldir ki sebep şudur: İlet hükümde ortaya çıkınca çekişme biçiminin ona dâhil edilmesi, eksik tümevarım değil de “illet kıyası” ya da “ferdin genel çoğunluğa dâhil edilmesi” türünden olmaktadır.

88 *Haşiyetü'l-Bennânî ve Şirbînî alâ Şerhi'l-Mahallî*, II, 346-347.

89 Muhammed b. el-Hüseyn b. Abdullah el-Ermevî eş-Şafî. *Hâsıl* adlı eserin sahibidir. H. 655'te vefat etmiştir. Bkz. *Hediyetü'l-Ârifîn*, II, 126.

90 Abdullah b. Ömer b. Muhammed eş-Şirâzî el-Beyzavî. *Minhâcû'l-Usûl* adlı eserin sahibidir. H. 691'de vefat etmiştir. Bkz. *Şezerâtü'z-Zehab*, V, 392.

91 *et-Tahbîr*, VIII, 789; *Şerhu'l-Kevkebi'l-Münir*, IV, 419.

b) Fahrüddin er-Razî'nin<sup>92</sup> görüşü genel çoğunluğa dâhil edilemeyeceği ve başka bir ayrı delil eklenmediği sürece zan bildirmeyeceği şeklindedir.<sup>93</sup> Zan bildirdiğini savunan çoğunluğun bu görüşünün iki delili vardır:<sup>94</sup>

1) Biz bir türün ve bir hükmün altında yer alan pek çok biçim olduğunu gördük ama bu hükmün kapsamına girdirilen söz konusu şeylerden hiç birinin kapsam dışına çıktığını göremedik. Bu çokluğun kuvvetle muhtemel olduğuna dair sözümüz, anlaşmazlık biçiminin bu hükmün kapsamındakilerden biri olduğunu ifade etmektedir. Bu zan, tümevarım yoluyla incelenen tikellerin değişmesiyle değişmektedir. Dolayısıyla tümevarımın daha çok olduğu yerde zan da daha kuvvetli olmaktadır.

2) Hz. Peygamber'den rivayet edilen hadislerde zan ile amel etmenin vacip olduğuna dair ifadeler. Örneğin, *Sahih* adlı eserlerde geçen şu hadis: “Ben de sizin gibi bir insanım. Bana bir davacı (hasım) gelir. Biriniz diğerine göre delilini daha iyi sunabilir, ben de böylece doğru olduğu kanaatine vererek onun lehine hüküm veririm. Bu sebeple bir Müslümanın hakkını alıp kimin lehine karar vermişsem şüphesiz bu, onun için bir parça ateştir. Artık onu ya alsın ya da bıraksın.”<sup>95</sup> Yine bir hadiste “Şüphesiz ben ne insanların kalplerini delip araştırmak ne de içlerini yarmakla emrolundum.”<sup>96</sup>

Sübki, Fahrüddin Râzî'nin “bitişik olmayan ayrı delil, zan bildirmeyen bir şeyi zan bildiren bir şeye dönüştüremez” şeklindeki sözünü ele alıp şöyle demektedir: “Şayet ayrı delil ile tümevarımı destekleyen şeyi kast ediyorsa, bu durumda zan bildiren şey, ayrı delille yapılan tümevarımın değil de iki delilin yani ayrı delilin ve tümevarımın toplamı olur.”<sup>97</sup>

c) Bu, Kemal İbn Hümam'ın<sup>98</sup> sözlerinden anlaşılan görüştür. Bunu öğrencisi İbn Emir el-Hâc'a<sup>99</sup> yazdırmıştır. İbn Hümam, *et-Tahrîr* adlı eserinde mutlak olarak söylediği “Eksik tümevarım meselenin tikellerinin çoğunun incelenmesidir ve bu tümevarım kesinlik bildirmez” sözünü kayıtlamış gibidir. Bu görüşün özeti şudur: Tamamlayınca kadar tümevarımda kuvvetle muhtemel olanla yetinilir. Çünkü tümevarımda mevcut tikeller dikkate alınır, varlığı muhtemel tikellere ne bakılır ne de bunlar göz önünde bulundurulur. İbn Emir Hâc şöyle der: Musannif bana yazdırma yoluyla şöyle ifade etmiştir: Şayet tam tümevarımın tikellerin hükümlerini bilmeyi sağladıysa söylenirse, bundan tümel hükmün kesinlikle bu

92 Ebu Abdullah Muhammed b. Ömer b. el-Hüseyn er-Râzî eş-Şâfi. *el-Mahsûl ve et-Tefsîr* adlı eserlerin sahibidir. H. 606'da vefat etmiştir. Bkz. *Şezerâtü'z-Zehab*, VII, 40.

93 *Nefâisü'l-Usûl*, IX, 4260.

94 Bu iki delil için bkz. *et-Tahbîr*, VIII, 3791-3795; *el-İbhâc*, III, 74.

95 Buhârî, Mezâlim (H. no: 2458); Müslim, Akziye (H. no: 3583)

96 Bu, Buhârî'de (Megâzî, H. No: 4351) ve Müslim'de (Zekat, H. no:1064) geçen hadisin bir parçasıdır.

97 *el-İbhâc*, III, 74.

98 Muhammed b. Abdulvahid b. Mesud el-İskenderi el-Hanefî. *et-Tahrîr ve Şerhu Fethu'l-Kadir* adlı eserlerin sahibidir. H. 861'de vefat etmiştir. Hayatı için bkz. *el-A'lâm*, VI, 255.

99 Ebu Abdullah Muhammed b. Emir Hâc el-Hanefî. Kemal İbn Hümam'ın öğrencisidir. *et-Tahrîr ve't-Tahbîr* adlı eseriyile *et-Tahrîr*'i şerh etmiştir. H. 879'da vefat etmiştir. Hayatı için bkz. *el-A'lâm*, VII, 29.

olduğu sonucu zorunlu olarak çıkmaz. Zira mevcut olması halinde muhtemel tikellerinin bir kısmının hükmünün mevcut tikellerinin hükmünden farklı olması mümkündür. Buna şöyle cevap verilir: Bizim şerî önermelerdeki hedefimiz dışta olan işlerin hükmüdür. Şerî tümevarım tamdır ve tam olmayan dilbilgisi tümevarımının aksine bununla amaç kesin olarak elde edilir.<sup>100</sup>

Dördüncüsü, âdetlere ve gözlemlere dayanması halinde kendisine aykırı bir biçim gördüğümüz zaman tam tümevarım bozulur mu?

Zerkeşî *el-Bahr* adlı eserinde bu ihtilafa işaret ederek şöyle demiştir: İmam Şâfiî hayzın genelde dokuz yaşında başlaması, en az ve en çok süresi gibi pek çok konuda tümevarımı delil olarak kullanmıştır. Fakihler de bu yolu takip etmiş ve şöyle demişlerdir: Bundan daha az bir sürede hayız olup temizlenen kadına rastlarsak bu yol takip edilecek midir? Bu konuda vecihler vardır: Birincisi, evettir. Bu cevabı Ebu İshak<sup>101</sup> vermiştir. Ona göre isteklerin ve asırların geçmesiyle âdetler de değişir. En doğru vecih, bunun dikkate alınmamasıdır. Çünkü öncekiler konunun hakkını vermişler, ihtilafı dikkate almamışlardır. Üçüncüsü, şayet selef âlimlerden biri bunu uygun görmüşse buna uyarız yoksa uymayız görüşüdür.<sup>102</sup> Zerkeşî'ye göre mezhepteki en doğru görüş budur.<sup>103</sup> Aksi halde Nevevî'nin<sup>104</sup> *el-Mecmû* adlı eserinde naklettiği üzere Şâfiî araştırmacılarından bir grup birinci görüşü benimsemiştir.<sup>105</sup>

Şâfiî mezhebinin sahih gördüğü bu düşünce tartışmalıdır. Nitekim İmam Şâfiî'nin hayzın en az ve en çok süresi hakkında yaptığı çıkarım eksik tümevarım olunca, daha sonra bu tümevarıma aykırı durum veya durumlar ortaya çıkınca, özellikle de bu sınırlamayı pekiştiren dilbilgisi veya din dayanağı olmadığında, buna karşı olmaya ya da bu tümevarımı bozmaya ne engel vardır?

İmam Şâfiî'nin bu tümevarımdaki muhalif duruşu, onun kendini ya da ilmini eksiltmez. Çünkü onun dayanağı şerî kaynakların tümevarım ve derinlemesine araştırılması yolu değil, gözlem ve âdettir. Bundan dolayı imamlar Hz. Aişe "Kadınlar iki yıldan fazla hamile kalmaz" sözünü söylediğinde inananların annesi Hz. Aişe'ye muhalefet hususunda söyleyecek söz bulamadılar. İmam Malik bu söz kendisine ulaştınca şöyle demiştir: Sübhanallah! Bunu kim söylüyor. Bu, komşumuz Muhammed b. Aclân'ın karısıdır. Kadın da kocası da doğru insanlardır. On iki yılda üç kez hamile kalmış ve her hamileliği dört yıl sürmüştür.<sup>106</sup>

Bunlar Hz. Aişe'nin gözlem yoluyla edindiği bilgilerdir. O da gördüğüyle hüküm vermiştir. Şayet onun sözü ictihada veya nassa dayansaydı durumun de-

100 *et-Takrîr ve't-Tahbîr*, I, 65.

101 İbrahim b. Muhammed b. İbrahim el-İsferâyîni. Mezhebin müctehidlerinden biridir. H. 418'de vefat etmiştir. Bkz. *Tenzîbü'l-Esmâ ve'l-Lügat*, III, 170.

102 *el-Bahrü'l-Muhîr*, VI, 12.

103 *el-Mecmû*, I, 381.

104 Ebu Zekeriyya Yahya b. Şeref b. Hasan en-Nevevî eş-Şâfiî. *Ravzatü'l-Talîbîn ve Şerhu Sahih-i Müslîm* adlı eserlerin sahibidir. H. 676'da vefat etmiştir. Hayatı hakkında bkz. *Şezerâtü'z-Zehab*, V, 354.

105 *el-Mecmû*, I, 381.

106 Bu rivayet için bkz. *Sünenü Beyhâkî*, "Adet", H. no: 15553. Ayrıca bkz. *el-Muğnî*, XI, 233.



ğişmesinden ötürü duraksar ve hüküm vermezdi. Nevevî, İmam Şafî'nin bu tümevarımdan dönülemeyeceğini söyleyen rivayeti tashih etmesinin illetini şöyle anlatmaktadır: Meydana gelen her olayda mevcuda uymanın kapısını açarsak ve düzenlenmişin değiştirilmesinde azaltmayı ya da çoğaltmayı seçersek kapılar karışır, zorluk oluşur. Vecih, bizden önceki araştırmacı âlimlerin açıklamalarına uymaktır.<sup>107</sup> Hükmün dayanağının nass ya da şerî kaynaklardaki tümevarım olması halinde Nevevî'nin ve başkalarının bu sözü Şafî'ye ait sayılır. Hâlbuki durum böyle değildir.

Sonra fikhın ve fakihin durumu, hükümleri bulmak ve sonradan meydana gelen olaylara göre mevcut hakkında kıyaslar yapmak değil midir? Gerçekleşen olaylarda mevcuda uyma kapısının açılması, taklide ve donukluğa yaslanmaktan daha iyidir.

Beşincisi: Bu beşincinin çekişme konusu olduğundan kesin emin değilim. Ancak eksik tümevarımın tam tümevarıma dönüştürülmesinde bazı fakihlerin bu meseleyle ilişkili olarak karinelerin etkisi olduğunu kabul eden uygulamaları olduğunu gördüm. Bu, mahiyetini usulcülerde bulamadığım bir meseledir. Şöyle ki,

1) İbn Arefe'nin<sup>108</sup> anlattığına göre mezhep işleriyle ilgili tümevarım mezhebi bilen biri tarafından yapılıncı kesin olur. Bu sözü, Maliki mezhebine göre hacrin sebeplerini naklederken söylemiş ve sebepleri şöyle sıralamıştır: Çocuk olmak, delirmek, köle olmak, israf etmek, iflas etmek, hastalık, kadının evli olması. Sonra şöyle demiştir: Bu şekilde sınırlı sayıda sıralamak tümevarıma dayalıdır. Mezhebi bilen için mezhep konularında tümevarım kesindir. Zira yanındaki mevcut bilgiden ötürü, bu sıralama onun tarafından yapılmıştır.<sup>109</sup> Sanki Şeyh, mezhebin kaynakları sınırlı olduğunda bunların tümevarımla incelenip sınırlandırılmasının mukallit için kolay olduğuna işaret etmektedir. Şeriatın kaynaklarının tümevarımı bundan farklıdır. Zira mutlak müctehidden başkasının tümevarımla incelenmeye gücünün yetmeyeceği kadar geniş ve kapsamlıdır.

2) Bu, Remlî'nin<sup>110</sup> anlattığı meseledir. Bunu az önce geçen “hayzın en az ve en çok süresi” meselesinde kaydetmiştir. Onun görüşüne göre konunun İmam Şafî'nin tümevarım yoluyla söylediklerinin dışına çıkması caiz değildir. Bu görüşünü şöyle ispatlamıştır: Çünkü tümevarım yani Şafî'nin tümevarımının her iki konuda da eksik olduğu varsayılsa bile bize göre konu hakkında farklı görüşün bulunmaması delilinden ötürü burada tümevarım tastamamdır.<sup>111</sup> Eksik tümevarım hakkındaki ittifakın veya mezhebe uyanların görüş birliğinin onu tam tümevarıma dönüştürecek bir karine sayılması kesin sözdür. Remlî, müteahhirine

107 *el-Mecmû*, I, 381.

108 Muhammed b. Muhammed b. Arefe el-Maliki. *el-Muhtasarul-Fikhi* adlı eserin sahibidir. H. 803'de vefat etmiştir. Bkz. *ed-Dibâcû'l-Mezheb*, II, 419.

109 *Mevâhibü'l-Celil*, V, 58.

110 Muhammed b. Ahmed b. Hamza eş-Şafî. *Nihayetü'l-Muhtâc fî Şerhi'l-Munhaç*'in sahibi. H. 1004'te vefat etti. Hayatı hakkında bkz. *el-A'lâm*, VI, 7.

111 *Nihayetü'l-Muhtâc*, I, 325.

göre görüş ayrılığının bulunmadığını kastetmiş olabilir. Aksi halde daha önceki bölümde geçtiği üzere, mesele hakkında Şafiî imamlarının büyükleri muhalefet etmiş demektir.

Bu bölümü sona erdirmeden önce burada değinmeden geçilmeyecek bir mesele vardır ve kanaatimce bunu sadece İbn Müflih<sup>112</sup> böyle anlatmıştır: İnsanların sözünün “şöyle iş yaptığını gördüğümüz kişinin sözü muteber değildir” denerek reddedilmesinin bu delaletle gerekçelendirilmesi doğru değildir. Nitekim daha sonra biz bunu çok sayıda kişide tümevarım yoluyla inceledik ve sonucun dendiği gibi olmadığını gördük. Ayrıca tümevarım “sözün reddedilmesi (cerh)” ve bunun yollarından biri değildir ki, bununla hüküm verelim. Merdâvî bunun, İbn Müflih’ten faydalandığı hususlardan biri olduğunu söylemiş ve ondan başkasından bahsetmemiştir.<sup>113</sup> Bu bilgiler, sadece ondan alıntılanmış gibidir. Allah en iyisini bilir.

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### TAM TÜMEVARIMLA ÇIKARILAN MESELELER

Başlıktaki “meseleler” ile burada konumuz olan bilim dalına (fen) bitişik bulunan fûru fıkıh meselelerini (somut hukuk olayları) kastediyorum. Yoksa bu tümevarım kuralı tümel meselelerin ve şeriatın maksatlarının çıkarılmasında zaten çok faydalıdır. Şâtibî *el-Muvâfakât* adlı eserinde, tümevarımın delaletinden yararlanarak bu maksatların ve tümel (küllî) meselelerin yeteri kadarını bir araya getirmişti.

Fûru fıkıh meselelerine gelince, bu meselelerin asıllara dayandırılmasını göstermek amacıyla pek çok kitap telif edilmesine karşın, bildiğim kadarıyla bu tümevarım kuralından bahseden ve bundan çıkan fûru meseleleri açıklayan kimseye rastlamadım. Bu bölümde, âlimlerin bu kuralın delaletiyle ispatladıkları meselelerin ve bunlara ait fûru meselelerin bir kısmını şöylece topladım:

Birincisi, insanın menisinin temiz olup olmadığı meselesidir. İbn Teymiyye âlimlerin konuyla ilgili görüşlerini anlattıktan sonra tümevarımın delaletine dayanarak temiz olduğu sonucuna varmıştır. O, bu konuda üç görüş nakletmiştir:

1) Meni idrar gibi necistir. Bu sebeple meninin kuru ya da yaş olmasına bakılmaksızın beden ve elbisenin yıkanması gerekir. Bu görüşün Mâlik’e, Evzâî’ye,<sup>114</sup> Sevrî’ye<sup>115</sup> ve bir grup âlime ait olduğunu söylemiştir.<sup>116</sup>

112 Ebu Abdullah Muhammed b. Müflih b. Muhammed el-Hanbelî. *el-Furu ve Usulü’l-Fıkıh*’ın sahibi. H. 765’te vefat etmiştir. Hayatı için bkz. *Şezerârü’z-Zeheb*, VIII, 340.

113 *Usulü İbn Müflih*, II, 552.

114 Şam halkının imamıdır. Ebu Amr Abdurrahman b. Amr el-Evzâî. Etbâu’t-tâbiinin büyüklerindedir. H. 157’de vefat etmiştir. Hayatı hakkında bilgi için bkz. *Şezerâtü’z-Zeheb*, II, 256.

115 İmam Ebu Abdullah Süfyan b. Said es-Sevrî. Yolundan gidenleri olan bir mezhebin sahibidir. H. 161’de vefat etmiştir. Hayatı hakkında bilgi için bkz. *Şezerâtü’z-Zeheb*, II, 274.

116 *Mevâhibu’l-Celil*, I, 104; *el-Muğnî*, II, 497.

2) Meni necistir, kuru iken ovalanması yeterlidir. Bu, Ebu Hanife ve İshak'ın<sup>117</sup> görüşüdür. Ayrıca Ahmed b. Hanbel'den de böyle bir görüş rivayet edilmiştir.<sup>118</sup>

3) Sümük ve tükürük gibi bir dışkıdır. İbn Teymiyye bu görüşü İmam Şafiî'ye nispet etmiştir. Bu görüş, Ahmed b. Hanbel'in mezhebinde de meşhurdur.<sup>119</sup>

Şeyh Takıyyüddin bu son görüşten yana olmuş, buna dair deliller getirmiş sonra da meniyi necis sayan görüşün delillerini anlatmıştır. "Meni kandan dönüşerek oluşmaktadır. Dönüşüm ise temizlemez" delili de bunlardan biridir. Kendisi, söz konusu delile karşı cevaplar vermiştir. Kanın necis olduğunu kabul ettiğini varsayarak meninin dönüşerek değiştiğini söylemesi bu cevaplardan biridir. Yine şöyle demiştir: Onların "Dönüşüm temizlemez" sözü hakkında şunu söyleriz: Böylesine uzun, geniş ve icmâya aykırı bir fetvayı kim verebilir? Zira Müslümanlar şarabın Allah tarafından bozulup sirkeye dönüştürülmesiyle temiz olacağı hakkında icmâ etmişlerdir. Hayvanların ve ağacın dönüşmesi de böyledir. Üstelik ben derim ki: Tümevarımın bize gösterdiğine göre şarabın sirkeye, kanın meniye, zigotun embriyoya, gübresi pis sayılan hayvanın etinin temiz ete -yumurtası ve sütü de böyledir- pis suyla sulanmış ekinin temiz suyla sulanması halinde temize dönüşmesindeki gibi Yüce Allah tarafından kendi cinsinden başka bir türe dönüştürüp değiştirilmesiyle her şeyin necaset hükmü, necasetin varlığı ve necaset hali için konmuş adı ortadan kalkar. Bu, zorunlu olup bu konuda çekişme mümkün değildir. Yeryüzündeki yaratılmış her şey Yüce Allah tarafından bir halden diğerine dönüştürülmekte, bunların yaratılışı değiştirilmektedir. Dolayısıyla bunların kaynaklarına ve unsurlarına bakılmamaktadır.<sup>120</sup>

İkincisi: İbn Müflih de gümüşten imal edilmiş elbisenin erkekler için haram olması konusunda bu delaletle çıkarım yapmış, bunun İbn Teymiyye'nin birbirine karıştırdığı bir mesele olduğunu söylemiş ve erkeklerin giymesinin mubah olduğu giyecekler konusunda İbn Teymiyye'nin sözünü nakletmiş, fakat dinin haram kılındığını gösterdiği hususlardan bahsetmemiştir. Gümüş giysisinin haram olduğunu gösteren genel bir lafız olmadığında, haram kılındığını gösteren şer'î bir delil bulunmadıkça hiç kimse onun haram olduğunu söylemez. Nitekim sünnet, gümüş yüzüğü mubah saymıştır.<sup>121</sup> Bu, o anlam kapsamındaki, öncelikle ondan daha mubah olanın ve önceliği olmayanın da mubah olduğunu gösterir. Dolayısıyla onun helal veya haram oluşu incelenmeye muhtaçtır. Haram kılınması için delile ihtiyaç duyulur ve haram kılmada asıl olan kural, haram hükmünün yokluğudur.

İbn Müflih daha sonra haram oluşun gerekçesini şöyle nakletmiştir: Gümüş, kendisi sebebiyle cinayetlerin işlendiği ve teleflerin gerçekleştiği iki nakitten (altın-gümüş) biridir. Sonra burada israf ve kibir de söz konusudur. Bunu bilmek

117 Irak halkının imamıdır. Ebu Yakub İshak b. İbrahim b. Muhalled b. Râhûye. H. 238'de vefat etmiştir. Bkz. *Şezerâtü'z-Zehab*, III, 172.

118 *el-Mebsût*, I, 18; *el-Muğni*, II, 497.

119 *Nihayetü'l-Muhtâc*, I, 243; *el-Muğni*, II, 497.

120 *Mecmuu'l-Fetâvâ*, XXI, 601.

121 Buhari, İlim (Hz. Peygamber'in gümüş yüzük edinmesi).

insanların seçkinlerine özgü değildir. Yine tümevarım, kendisinden imal edilmiş kapların kullanılmasının haram olduğu her cinsin mutlak olarak kullanılmasının da haram olduğunu göstermektedir. Aksi halde hüküm böyle değildir.

İbn Müflih şöyle der: Bu, doğru tümevarımdır ve makbul delillerden biridir.<sup>122</sup>

Üçüncüsü: Kemal İbn Hümam'ın Hanefî mezhebi adına tercih ettiği görüş, bu kuralın fûru meselelerindedir. Şöyle ki, Hac suresinde “Ey iman edenler! Rükû edin, secde yapın, Rabbiniz'e ibadet edin, iyilik yapın. Umulur ki kurtuluşa erersiniz. (Hac, 77).” şeklinde geçen ayetteki ikinci secde tilavet secdelerinden değildir. Şafîî mezhebinin aksine bu secde namaz içindir.<sup>123</sup> O, şu sözyle bu görüşünü ispatlamıştır: Çünkü bu secde rükû emrine bitişiktir. Tümevarım yoluyla incelendiğinde, Kur'an'daki bu örneklerin alışlageldiği üzere namazın emredilen rükû olduğu görülür. Örneğin, “Secde yapın, rükû edenlerle beraber rükû edin (Al-i İmran, 43)” gibi.<sup>124</sup>

Kemal İbn Hümam tümevarımı Ukbe b. Amir'in<sup>125</sup> şu hadisine öncelemiştir: “Dedim ki: Ya Rasulallah! İçinde iki secde bulunduğu için Hac suresine üstünlük verilmiştir. Dedi ki: Evet, bu iki secdeyi yapmayan onları okumamıştır.”<sup>126</sup> Bunu hadisi zayıf olduğu için yapmıştır.<sup>127</sup>

Dördüncüsü: Bu, Şeyh Ahmed Derdîr'in<sup>128</sup> fakihlere nispet ettiği tümevarımdır. Bunun sonuçlarından biri, fakihlerin tereke ile alakalı hakları beşle sınırlandırılmalarıdır. Bunlar: Malla ilgili hak, ölüyle ilgili hak, zimmetle ilgili hak, başkasıyla ilgili hak, varisle ilgili haktır. Derdîr şöyle der: Bunların sayıyla sınırlandırılması ve düzenlenmesi tümevarıma dayanır. Âlimler bunları incelemişler ve bu beş haktan fazlasını bulamamışlardır. Bu sınırlama ve düzenleme “Çünkü akıl bunlardan daha fazlasını mümkün görür” şeklinde ifade edildiği üzere akli değildir.<sup>129</sup>

Beşincisi: “isyancılarla savaş” meselesinde tümevarım yolunu kullanan Buhûtî'nin<sup>130</sup> de bunları “devlet otoritesine başkaldıranlar” ile sınırlaması söz konusudur. Buhûtî onları şu şekilde sıralamıştır: 1) Bir yoruma dayanmaksızın otoriteye itaat etmekten kaçınanlar, 2) Bir yorumları vardır. Ancak bunlar direnme gücü olmayan küçük bir topluluktur, 3) Günah işlediği için Müslümanı ve ehl-i hakkı tekfir eden hariciler, 4) Ehl-i haktan olup otoriteye biat ettikten sonra devlet

122 İbn Müflih'in *en-Nüketü ale'l-Muharrar*'daki tercihi de budur. Bkz. I, 206. *el-Furû*'da bunun tersini tercih etmiştir. Bkz. II, 352.

123 *Nihâyetü'l-Muhtâc*, II, 92.

124 *Şerhu Fethi'l-Kadir*, I, 464.

125 Ukbe b. Amir b. Nâbi el-Ensârî. Bedir'de ve birinci Akabe'de bulunmuş, Yemame'de şehit olmuştur. Hayatı hakkında bilgi için bkz. *Üsdü'l-Gâbe*, IV, 52.

126 Tirmizi, “Salat”, H. no: 5751.

127 Tirmizi, hadisin ravisinin zayıf olduğunu bildirmiştir. Fakat Mübarekfürî'nin İbn Hümam'a itirazı vardır. Zira zikredilen hadisi takviye eden şahitler vardır. Bkz. *Tuhfetü'l-Ahvezi*, III, 145.

128 Ebu'l-Berekat Ahmed b. Muhammed b. Ahmed El-Adevî. Derdîr diye meşhur olmuştur. Maliki fakihlerindedir. *Şerhu Muhtasari Halil* adlı bir eseri vardır. H. 1201'de vefat etmiştir. Hayatı hakkında bilgi için bkz. *el-A'lâm*, I, 244.

129 *Şerhu'l-Kebîr*, IV, 457.

130 Ebu's-Seâdât Mansur b. Yunus b. Salâheddin el-Buhûtî el-Mısri el-Hanbelî. *Keşşâfü'l-Kınâ en Metni'l-İknâ* adlı eserin sahibidir. H. 1051'de vefat etmiştir. Hayatı hakkında bilgi için bkz. *el-A'lâm*, 7/207.

başkanını bir yoruma dayanarak tahttan indirenler. Bunların güçleri ve direnme imkânları vardır.<sup>131</sup>

Sınırlama değil de örnekleme yoluyla anlattığım bu beş meseleyi, ilk üç meselede olduğu üzere, “çekişme yeri hakkındaki tümevarım” ile son iki meselede olduğu üzere, “hakkında farklı görüş bulunmayan tümevarım” arasında bölüştürdüm. Allah en iyisini bilir.

## ALTINCI BÖLÜM

### EKSİK TÜMEVARIMLA ÇIKARILAN MESELELER

Bunlar fakihlerin “ferdin genel çoğunluğa dâhil edilmesi” adını verdikleri meselelerdir. Bu, araştırmacıların pek çok yerde delil olarak kullandıkları faydalı bir kuraldır. Bu kurala dayanarak çıkarılan bazı meseleler şunlardır:

Birincisi, İbn Dakik el-Iyd<sup>132</sup> bu kuralı kullanarak İmam Malik’in mezhebine göre meninin necis olduğu, ister yaş ister kuru olsun suyla yıkanmasının gerektiği sonucunu çıkarmış, ilk olarak bunun niçin necis olduğunu şöyle açıklamıştır:

a) Dışkıya dönüşen fazlalıklar necisin toplandığı yerdedir. Meni de bundan sayıldığı için necis olur.

b) Temizlenmesi gereken hadesler necistir. Meninin çıkması da temizliği gerektirdiğine göre meni de necistir.

c) Meni idrar yolundan aktığı için necis olur.

İbn Dakik el-Iyd daha sonra şöyle söylemiştir: “Meninin nasıl giderileceğine gelince, meninin suyla giderilmesi, necasetin ancak suyla temizlenmesinden dolayıdır. Meninin kalıntısının izin verilen kadarı bundan müstesnadır ve fert genel çoğunluğa dâhil edilir.<sup>133</sup> Burada fert menidir. Genel çoğunluk ise ancak suyla giderilebilen necasettir.

İkincisi, bu kuralı uygulayan İbn Teymiyye burada hayızla ilgili iki mesele çıkarmıştır:

a) İlk defa hayız görmeye başlayan kız, kendisiyle aynı durumda olanların hayız olduğu süre içinde kan görürse oturur ibadet etmez.

b) Bir gün ve geceden daha az sürede kesilen kan hayız değil, hastalık kanıdır.

İbn Teymiyye devamla şöyle der: “Bu böyledir. Çünkü hayız, Yüce Allah’ın Âdem’in kızlarına yazdığı bir şeydir. Normalde genel olarak kadınlar bu durumu yaşamalıdır. Hastalık kanı ise bir bozukluğun, başa gelen hastalığın kanıdır. Asıl

131 *Keşşâfü’l-Kınâ*, VI, 161.

132 Ebu’l-Mevâhib, Muhammed b. Ali b. Vehb el-Kuşeyri. *İhkâmü’l-Ahkâm Şerhu Umdetü’l-Ahkâm*’ın ve *Şerhu’l-İlmâm*’ın sahibidir. H. 702’de vefat etmiştir. Hayatı hakkında bilgi için bkz. *Şezerâtü’z-Zeheb*, VII, 11.

133 *İhkâmü’l-Ahkâm*, I, 103.

olan ise sağlık ve afiyette olmaktır. O halde kan, söz konusu asıl üzerinde temellendirilmeli, fert genel çoğunluğa dâhil edilmelidir. Bu sebeple hayız görmeye başlayan kız, ilk kanı gördüğünde namaz kılmayı bırakır. Şayet kanın akması bir gün ve geceden az sürede kesilirse, meşhur görüşe göre bu kan vücut dengesinin bozulmasının kanıdır. Çünkü hayız, bundan daha az bir süre olamaz. Kadın bu hastalık süresinde kılamadığı namazı kaza eder.”<sup>134</sup>

Üçüncüsü, kocasının bulunması durumunda esir kadınla ilişkiye girmenin hükmü meselesinde Ahmed b. Hanbel’in yolundan gidenlerin, bu kuralla çıkarım yapma hakkında çekişmesi söz konudur. İbn Kayyım *Zâdü'l-Meâd* adlı eserinde bu meseleden bahsetmiş ve İmam Ahmed’in takipçilerinin şu görüşte olduğunu söylemiştir: Kadın tek başına esir edildiğinde hayızdan temizlendiğinde onunla ilişkiye girmek mubahtır. Ancak beraberinde kocası varken esir edilmişse bu ikisinin nikâhı feshedilmiş olmaz.<sup>135</sup> İbn Kayyım beraberlerinde kocaları olsa bile onlarla ilişkiyi mubah sayan görüşü tercih etmiştir. Onun delili şu hadistir: Hz. Peygamber Evtas’a bir ordu göndermiş, bunlar düşmanla karşılaşmış, onlarla savaşmış ve onları mağlup etmişler, kendilerine esir paylaşımında kadınlar düşmüştür. Hz. Peygamber’in ashâbı bu kadınların beraberinde müşrik kocaları olduğu için onlarla ilişkiye girmekten kaçınmışlardır. Bunun üzerine Yüce Allah “Ellerinizi altında olanlar dışındaki evli kadınlarla nikâhlanmanız haram kılınmıştır. (Nisa, 24)” ayetini indirmiştir. Buna göre kadınlar iddetlerini bitirince size helal olurlar demektir.<sup>136</sup> İbn Kayyım, kâfir kocanın nikâhının feshedilmiş oluşunu, karısının cinsel dokunulmazlığının sona erişini ve esir alanın kocadan daha çok hak sahibi oluşunu bu hadisle gerekçelendirmiştir.

Diğer görüşün gerekçesi şudur: Kadınla ilişkiye girmek tek başına esir edilirse mubahtır. Çünkü kocanın hayatta olması bilinemez (meçhul) durumdadır, bilinemeyen ise “yok” hükmündedir. Kocası onunla beraberse, koca hayatta olduğu sürece ilişki helal olmaz.

İbn Kayyım bunlara şöyle bir soru sormuştur: Kadının tek başına esir edilmesi, kocasının da düşman ülkesinde yaşadığını kesin biliyor olmamız halinde hüküm ne olacaktır? Sizler bu durumda ilişkiyi caiz sayıyorsunuz. İkinci görüşte olanlar bu bölümün kuralıyla, “asıl olan ferdi genel çoğunluğa dâhil etmektir” kuralıyla çıkarım yapmışlar, genel durumun kocanın ölümü olduğunu, dolayısıyla kadınların hükmünün beraberinde kocası olmayan kadının hükmü gibi olacağını iddia etmişlerdir. Bu durumda iddeti bitince onunla ilişki helal olmaktadır.

İbn Kayyım bu kural hakkında onlarla çekişmiş ve şöyle demiştir: Onlara denir ki, genel durum, esir kadınların tek başlarına esir edildikleri esnada kocalarının hayatta olmasıdır. Kocaların hepsinin ölümü gerçekten enderdir.<sup>137</sup>

134 *Şerhu'l-Umde*, I, 482.

135 Mezhebin görüşü budur. İmam Ahmed'in arkadaşları bu görüştedir. Bkz. *el-İnsâf*, I, 95.

136 Müslim, Radâ, Hadis no: 1456. Hadis Ebu Said el-Hudrî'den rivayet edilmiştir.

137 *Zâdü'l-Meâd*, I, 131-132.

Dördüncüsü, Buhûti fıkihtaki şu meşhur meseleyi bu kuraldan çıkarmıştır: Kim suyun, elbisenin veya kabın temiz ya da necis olduğu hakkında şüpheye düşerse, şüphe ortaya çıkmadan önce kesin emin olduğu asıl kurala göre hareket eder. Şeyh Mansur el-Buhûti şöyle der: Çünkü bir şey herhangi bir halde bulunursa, onun başka bir hale geçmesi için birincinin yok, diğerinin ise var olmasına ihtiyaç duyulur. İkincinin ve birincinin varlığını sürdürmesi için salt mevcut olmaya ihtiyaç vardır. Böylece geçiş daha kolay ve çok olur. Asıl olan, ferdin genel çoğunluğa dâhil edilmesidir.<sup>138</sup>

Beşincisi, bu, tümevarıma dayanan başka bir çıkarımdır. İbn Teymiyye bunu vakıf meselesinde “Günahkârlar dışında, çocuklarıma sonra fakirlere vakfettim.” diyen kişi hakkında gündeme taşımıştır. Bu istisna, günahkâr çocukları ve fakirleri mi yoksa diğerlerini dışarıda bırakıp sadece fasık fakirleri mi bağlar? İbn Teymiyye istisnanın hepsini bağlayacağı görüşünü tercih etmiş ve bu görüşü savunmak için birçok delil getirmiştir. Bunların bir kısmı, şu an konu edindiğimiz bu kuraldır. O şöyle demiştir: Kur’anda ve sünnette mevcut bulunan ve cümleleri takip eden istisnaların genelini düşünen kimse, bunların cümlelerin tamamına ait olduğunu görür. Bu, istisna hakkında böyledir. Ama şartlar ve sıfatlar söz konusu olduğunda bunlar nerdeyse Allah’tan başkasının sayamayacağı kadardır. Kur’anda, sünnette ve Arapçada istisna cümlenin hepsine ait olunca, demek ki asıl olan kural, ferdi genel çoğunluğa dâhil etmektir.<sup>139</sup>

Bu bölümde bir araya getirilmesi kolay olan budur ve bu, bu bölümün de sonudur. Allah’a salat, Peygamberimize, ailesine ve arkadaşlarının hepsine selam olsun!

## KAYNAKÇA

- el-İbhâc fi şerhi’l-Minhâc*, Takıyyüddin ve oğlu Tacüddin es-Sübki, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1404.
- İhkâmü’l-Ahkâm şerhu Umdeti’l-Ahkâm*, İbn Dakik el-Iyd (ö. 702 h.), Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut.
- Üsdü’l-Ğâbe fi marifeti’s-sahabe*, İzzüddin İbn Esir el-Cezerî (ö. 630 h.), thk: Ali Muavviz-Adil Abdülmeccud, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut-Lübnan.
- Usûlü İbn Müflih*, Şemsüddin Muhammed b. Müflih el-Makdisi (ö. 763 h.), thk: Fehd es-Südhân, Mektebetü Abikan, Riyad 1420 h.
- el-A’lâm*, Hayrüddin ez-Ziriklî, Dâru’l-İlm lil-Melayin, Beyrut 1989.
- İ’lâmü’l-Muvakkûn an Rabbi’l-âlemin*, Şemsüddin Muhammed b. Ebubekr el-Maruf bi-İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751 h.), Daru’l-Ceyl, Beyrut-Lübnan.
- İkmâlü İkmâli’l-Muallim şerhu Sahih-i Müslim*, Muhammed b. Muhammed el-Übey (ö. 827 h.), Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1415 h.
- el-İnsâf fi marifeti’r-râcih mine’l-hilâf*, Alaüddin Ali b. Süleyman el-Merdâvi (ö. 885 h), thk: Muhammed Hamid Fakî, nşr: Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî,

138 *Keşşâfü’l-Kinâ*, I, 45.

139 *Mecmu’l-Fetâvâ*, XXXI, 164-167.

- Îzâhu'l-mübhem min meâni's-Süllem*, Ahmed Dimenhûrî, Mustafa el-Baba Matbaası, 1367 h.
- el-Bahru'l-Muhît fi usûli'l-fikh*, Bedrüddin Muhammed b. Bahadır ez-Zerkeşi (ö. 794 h.), Vizâratü'l-evkâf veş-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt 1409 h.
- el-Bedru't-Tâli' bi-Mehâsine min bâdi'l-Karni's-Sâbi'*, Muhammed b. Ali eş-Şevkânî (ö. 1250 h.), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- Buğyetü'l-Vüât fi Tabakâti'l-Lügaviyyîn ve'n-Nühât*, Celaleddin es-Suyûtî (ö. 911 h.), el-Mektebetü'l-Asriyye, Beyrut.
- Tâcü'l-Arûs*, Muhammed Murteza ez-Zebidî, Dâru Mektebeti'l-Hayât, Beyrut.
- et-Tahbîr Şerhu'l-Tahrîr*, Ebu'l-Hasan Ali b. Süleyman el-Merdâvî (ö.885 h.), thk: Abdurrahman el-Cebrîn-Avzu'l-Karnî-Ahmed Serrâc, nşr: Mektebetü'r-Rüşd, Riyad.
- Tuhfetü'l-Ahvezî bi-şerhi Câmiü't-Tirmizî*, Hafız Muhammed el-Mübârekfûrî (ö.1353 h), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- Tefsîru't-Taberî*, Ebu Cafer Muhammed b. Cerir et-Taberî (ö. 310 h), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- et-Takrîr ve't-Tahbîr şerhu't-Tahrîr*, İbn Emir Hâc (ö. 879 h), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1403 h.
- Tehzîbü'l-Esmâ ve'l-Lügât*, Muhyiddin en-Nevevî (ö. 676 h), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.
- Teysîru't-Tahrîr alâ Kitâbi't-Tahrîr*, İbn Hümam (ö. 861 h), Muhammed Emin el-Maruf bi-Emîn Padişah, Dâru'l-Fikr.
- Cemu'l-Cevâmi maa şerhi'l-Muhallâ*, Taceddin es-Sübki (ö.771 h), Daru'l-Fikr, Beyrut.
- Hâşiyetü't-Desûkî alâ Şerhi'l-Kebîr*, Şemseddin Muhammed ed-Desûki, Dâru'l-Fikr.
- ed-Dürerü'l-Kâmine fi Âyâni'l-Mieti's-Sâmine*, Şihabeddin Ahmed b. Hacer el-Askalânî (ö. 852 h), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- ed-Dibâcü'l-Mezheb fi Marifeti Âyâni'l-Mezheb*, İbn Ferhûn el-Mâlikî (ö. 799 h), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1417 h.
- Zâdü'l-Meâd fi Hedyi Hayri'l-İbâd*, İbn Kayyım el-Cevziyye (ö. 751 h), thk: Şuayb el-Arnavut, Abdülkadir el-Arnavut, Müessesetü'r-Risâle, 1407 h.
- Sünenü Dârekutnî*, Hafız Ali b. Ömer ed-Dârekutnî (ö. 385 h), thk: Mecdî b. Seyyid eş-Şûri, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- es-Sünenü'l-Kübrâ*, Ebubekir Ahmed b. Hüseyin el-Beyhakî (ö. 458 h), thk: Muhammed Abdülkadir Atâ, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
- Siyeru A'lâmi'n-Nübelâ*, Şemseddin ez-Zehebî (ö.748 h), Müessesetü'r-Risâle.
- Şezerâtü'z-Zehab fi Ahbâri men Zehab*, Şihabeddin Abdülhay b. el-İmâd el-Hanbelî (ö. 1032 h), thk: Abdülkadir el-Arnavut-Muhammed el-Arnavut, Dâru İbn Kesir, Dimaşk, Beyrut.
- Şerhu'l-Ahdarî ale's-Süllem* (Îzâhu'l-Mübhem ile birlikte), Mustafa el-Baba Matbaası 1367.
- Şerhu'l-Akâdeti'l-İsfahâniyye*, Şeyhulislam İbn Teymiyye (ö. 728 h), thk: İbrahim Suaydâ, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad 1415 h.
- Şerhu Fethi'l-Kadir*, Kemaleddin b. Hüâm (ö. 861 h), Dâru İhyâit-Türâsi'l-Arabî.
- Şerhu'l-Kevkebi'l-Münir fi Usûli'l-Fikh*, Muhammed b. Ahmed b. Neccâr el-Hanbelî (ö. 972 h.), thk: Muhammed ez-Zuhayli-Nezih Hammad, Merkezü'l-Bahsi'l-İlmî ve İhyâit-Türâsi'l-İslâmî, Mekke
- Şerhu Muhtasari'r-Ravza*, Süleyman et-Tüfi (ö. 716 h.), thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Vizâratü'ş-Şuûni'l-İslâmiyye bi'l-Memleketi'l-Arabiyyeti's-Suûdiyye.



- Şerhu'n-Nuhbe, Nüzhetü'n-Nazar fi Tavzihi Nühbetü'l-Fiker*, Hafız İbn Hacer el-Askalânî (ö. 852 h.) thk: Nureddin Itr, Matbaatü's-Sabah, Dımaşk 1414 h.
- Sahihu'l-Buhârî maa Şerhi Fethi'l-Bârî*, Muhammed b. İsmail el-Buhârî (ö. 256 h.), Dâru Sâdır.
- Sahihu Müslim maa Şerhi'n-Nevevî*, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc el-Kuşeyrî (ö. 261 h.), Dâru İhtiyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut.
- Tabakatü'ş-Şâfiyyetü'l-Kübrâ*, Tâceddin es-Sübki (ö. 771 h.), thk: Mustafa Atâ, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye.
- Tabakâtü'l-Müfessirîn*, Şemseddin ed-Dâvudî (ö. 945 h.), thk: Ali Muhammed Ömer, Mektebetü Vehbe, Kahire 1396 h.
- el-Furû*, Şemseddin Muhammed b. Müflih el-Makdisî (ö. 762 h.), thk: Ebu'z-Zehrâ Hazim el-Kâdî, nşr: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye.
- Fevâtihu'r-rahamût bi-Şerhi Müsellemi's-Sübût* (Mustasfâ zeyli ile birlikte), Abdülalî Muhammed b. Nizameddin el-Ensârî (ö. 1225 h.), Dâru'l-Ulûmi'l-Hadîse, Beyrut.
- Keşşâfü'l-Kınâ en-Metni'l-İknâ*, Mansur b. Yunus el-Buhûtî (h. 1046'da hayattaydı), Âlemü'l-Kütüb, Lübnân.
- Keşfü'l-Esrâr an-Usûli Fahrulislam el-Pezdevî*, Abdülaziz el-Buhârî (ö. 730 h.), talik: Muhammed el-Mutasım Billah, Dâru'l-Kütübî'l-Arabî, Beyrut.
- Keşfü'z-Zünûn an-Esâmi'l-Kütübî ve'l-Fünûn*, Mustafa b. Abdullah el-Hanefî, el-Maruf bi-Halife (ö. 1067 h.) nşr: el-Mektebetü'l-Faysaliyye.
- el-Külliyât*, Ebu'l-Bekâ el-Hüseynî el-Kefevî (ö. 1094 h.), thk: Adnan Derviş-Muhammed el-Mısrî, Müessesetü'r-Risâle 1413 h.
- Lisânü'l-Arab*, Ebu'l-Fazl Cemaleddin İbn Manzûr (ö. 711 h.), Dâru Sâdır.
- el-Mebsût*, Muhammed b. Ebu Sehl es-Serahsî, Daru'l-Marife, Beyrut.
- el-Mecmû Şerhu'l-Mühezzeb*, Ebu Zekerriyya Muhyiddin en-Nevevî (ö. 676 h.), nşr: el-Mektebetü's-Selefiyye.
- Mecmuu Fetâva Şeyhülislam İbn Teymiyye*, Takıyyüddin b. Teymiyye (ö. 728 h.), tertib: Abdurrahman b. Muhammed en-Necdî.
- Muhtârû's-Sıhah*, Muhammed b. Ebubekir er-Râzî, tertib: Mahmud Hazır Bek, Dâru'l-Fikr 1401 h.
- el-Müstasfâ min İlmi'l-Usul*, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed el-Gazzâlî (ö. 505 h.), Dâru'l-Ulûmi'l-Hadis, Beyrut.
- el-Muğni*, Muvaffakuddin b. Kudâme el Makdisî (ö. 620 h.), thk: Abdullah et-Türki-Abdülfettah el-Huluv, Vizâratü'ş-Şûni'l-İslamiyye, Riyad.
- Mükmilü İkmâli'l-İkmâl*, Muhammed b. Yusuf es-Senûsî (ö. 895 h.), tashih: Muhammed Sâlim Hâşim, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1415 h.
- Minhâcü's-Sünneti'n-Nebeviyye*, Takıyyüddin Ahmed b. Teymiyye (ö. 728 h.), thk: Muhammed Resael Salim.
- el-Muvâfakât fi Usûli'ş-Şeria*, Ebü İshak eş-Şatıbi (ö. 790 h.), nşr: Dâru'l-Marife, Beyrut.
- Mevâhibü'l-Celil Şerhu Muhtasari Halil*, Ebu Abdullah Muhammed el-Mağribî (ö. 954 h.), Dâru'l-Fikr.
- en-Nübüvve*, Şeyhülislam İbn Teymiyye (ö. 728 h.), Dârül-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1405.
- Nefâisü'l-Usul fi Şerhi'l-Mahsül*, Şihabeddin Ahmed b. İdris el-Karâfi (ö. 684 h.), thk: Adil Abdülmevcûd-Ali Muavviz, Mektebetü Nizârü'l-Bâz, Mekke

*en-Nüketü ve'l-Fevâidü's-Seniyye ale'l-Muharrar*, Şemseddîn b. Müflih el-Makdisî (ö. 763 h.), thk: Muhammed Hasen İsmail-Ahmed Cafer Salih, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut.

*Nihâyetü's-Sûl Şerhu Minhâci'l-Usûl*, Cemaleddîn Abdurrahim el-İsnevî (ö. 772 h.), Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1982 m.

*Nihâyetü'l-Muhtâc Şerhu'l-Minhâc*, Şemseddin er-Remlî, Dâru'l-Fikr, 1404 h.

*Nihâyetü'l-Vusu'l fî Dirâyeti'l-Usûl*, Safiyyüddin es-Ermevî el-Hindî thk: Salih el-Yusuf-Sad es-Süveyh, el-Mektebetü't-Ticâriyye.

*el-Vâzih fî Usûli'l-Fıkh*, Ebu'l-Vefâ Ali b. Akîl el-Hanbelî (ö. 513 h.), thk: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Müessesetü'r-Risâle 1420 h.

# İNSAN HAKLARI VE KADIN HAKLARI BAĞLAMINDA İSLAM'DA EŞİTLİK VE CİNSİYET HUKUKU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER\*

**Yazar: Ute GERHARD\*\***

**Tercüme: Yrd. Doç. Dr. Abdullah ACAR\*\*\***

“Kadın hakları insan haklarıdır”, şeklinde günümüzde basit bir tarzda formüle edilen söylem, 1996 yılında Pekin’de yapılan 4. Dünya Kadınlar Konferansı’nın kapanış metninde yer alan bir ifadedir. «İnsan Hakları olarak Kadın Hakları» sloganı, 1993 yılında Viyana’da yapılan “*Dünya İnsan Hakları Konferansı*”ndan bu yana Uluslararası kadın hareketleri tarafından kadınlara karşı yapılan şiddet ve ayrımcılık karşıtı eylemlerde/kampanyalarda kullanılmaya başlanmıştır. Geçmişte ve günümüzde kadın hakları bağlamında eşitlik ve / veya farklılığın önemi hakkındaki feminist söylemlerden uzak durarak ve bu söylemleri dikkate almadan, insan hakları konusunda kadın örgütlenmeleri gündeme gelmiş, ancak bu sorunlara cevap ararken hep eski sorunlarla karşılaşmıştır. Evet, bu sorun yeni uluslararası söylemde değerlendirilmesi gereken ve bu arada, hem uluslararası siyaset düzeyinde (örneğin Birleşmiş Milletler’in bünyesinde oluşturulacak özel bir konuma sahip kadınlardan sorumlu temsilcilikce) hem de kadın hakları konusunda akademik yayınların artırılmasıyla/zenginleştirilmesiyle ele alınması gereken bir konudur. Bu söylemin yeni tartışmalara ve insan haklarının evrenselliği tartışmasında bu hakların erkek egemenliğinde olmasına karşı çıkan feminist eleştirilerin daha yeni tanımlanmaya başlanması enteresan gibi gelebilir.

---

\* Almanca olarak orijinal başlığı “*Menschenrechte und Frauenrechte - Überlegungen zu Gleichheit und Geschlechtergerechtigkeit im Islam*” olan bu makale, hukuk tarihi ve feminizm üzerine araştırmaları bulunan Bayan Ute GERHARD tarafından Essen Koleji Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları kapsamında ISSN 1617-0571 numaralı dijital yayımla 2004 yılında (4. Yıl) 3. sayısında yayımlanmıştır. Türkiye’de “6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”un TBMM’de 08/03/2012 tarihinde kabul edilmesinin ardından, kadın hakları yeniden gündeme gelmiş ve üzerinde tartışmalar yaşanmaya başlanmıştır. Daha önce buna benzer tartışmaların Avrupa’da yaşanmış olması ve batılıların ağızından “İslam’da Kadın Hakları” konusunun ele alınması nedeniyle bu makalenin tercümesine ihtiyaç duyulmuş ve okuyucularla paylaşılacak istenmiştir. Makalede, henüz dünyanın pek çok ülkesinde kadın haklarının tam olarak yasalaşmadığı ve batılı bir yazar gözüyle İslam’ın kadın haklarına bakış açısı sergilenmeye çalışılmıştır.

\*\* 1939 yılında Almanya’nın Köln şehrinde doğdu. 1962 yılında Göttingen Üniversitesinin hukuk ve sosyoloji bölümünü bitirdi. Bremen Üniversitesinde 1977 yılında “Kadınların İş Hayatındaki Hakları ve Onların Engellenmeleri ve Sınırlanmaları” isimli teziyle doktora ünvanını aldı. 1987-2004 yılları arasında Hannover Üniversitesinde profesör olarak çalıştı. “Kadın Haklarında Eşitsiz Eşitliklik” adlı çalışmasıyla meşhur oldu. Detaylı bilgi için bkz: [http://de.wikipedia.org/wiki/Ute\\_Gerhard](http://de.wikipedia.org/wiki/Ute_Gerhard).

\*\*\* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

## A. ULUSLARARASI KAMPANYA: “KADIN HAKLARI İNSAN HAKLARIDIR”

İnsan hakları ve sivil haklar tarihi incelendiğinde, insancıl ve adil bir temel kural olarak insan hakları, önceki dönemlerde yaşanan adaletsizliklere karşı geliştirilen bir formül olduğu görülür. Hatta, dünya çapında ilk defa çeşitli ve özel anlaşmalarda kabul edilen ve uluslararası politikayı ölçmeye yarayan hukuki kuralardan biri olan ve 1948 yılında ilk defa Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi” nin önsözünde, bu beyannamenin uluslar arası “Barbarlığa karşı bir reaksiyon”, “Naziler tarafından 2. Dünya Savaşı’nda tetiklenen ırkçılıkla mücadele” ve “soykırım gibi insanlık vicdanına derin zarar veren acılar” la mücadele amacıyla çıkarılan anlaşmalardan alıntılar yapıldığına atıflar yapılmaktadır.

Böylece insan hakları kavramı, sadece Batının etkisinde kesintisiz adım atılması gereken bir inanç olmayıp aksine, 20. yüzyılda Batıda başlayan ırkçılıkla, emperyalizmle, soykırımla mücadelede tüm dünya için tehditler oluşturan adaletsizliğe karşı, “insanlığı gittikçe artan aşırı akımlardan kurtarmayı ve insan onurunu yeni tarzda garantiye alma çabasınının” sembolüdür.<sup>1</sup>

Fransız Devrimi’nden beri, yürürlükte olmayan pozitif hukukta yer almamalarına rağmen

insan hakları, sadece fransızların pozitif hukukunda bulunmayan hakların elde edilmesiyle kalmayıp, toplumsal hareketler için her zaman bir referans olmuştur. Bu söylem, sadece bireysel bir haksızlığa uğrama ya da bir kader olarak görülmemeli, aksine adaletsizliğe karşı geliştirilmiş “haksızlığa uğramış ortak acı tecrübeler” topluluğunun<sup>2</sup>, bir dili olarak değerlendirilmelidir. Buradaki sorun, hakların kullanımında da haksızlık yapılması veya sosyal protestolara yol açacak ihlallerin yapılması sorunudur. Görünüşe göre, çeşitli faktörler daima bu kapağın ağzını açmak için her zaman bir araya gelebilirler. Bu konuda Barrington Moore, Alman işçileri ve işçi hareketleri örneğinden hareketle somut tarihi bilgilere dayanarak, onların gerçekleştirildiği “*itaat ve direnişin toplumsal nedenleri*” konulu çok kapsamlı ve detaylı bir çalışma ortaya koymuş, bu çalışmada “ahlaki öfke ve sosyal adaletsizlik duygusunu ortaya çıkaran nedenlerin tarihsel nedenlerinin keşfedilmesinin zorunlu olduğunu dile getirmiştir.<sup>3</sup> Bu araştırmasında, insanoğlunun kendini muzdarip hissettiği/adaletsizliğe uğradığı zaman, uzlaşmak yerine isyan etme konusunda ne kadar becerikli olduğunu net bir şekilde ortaya koymaktadır. Buna göre, insanı isyana sürükleyen şey, sadece acı tecrübeler ve yaşadığı ızdıraplar değil, bu acı ve ızdırapların gittikçe kaçınılmaz olması ve toplumda adaletsiz bir şekilde yaygınlaşması düşüncesidir.

1 SCHWARTLÄNDER, Johannes/BIELEFELDT, Heiner: Christen und Muslime vor der Herausforderung der Menschenrechte. Bonn, Deutsche Kommission Justitia et Pax.1992.

2 HONNETH, Axel, Der Kampf um Anerkennung. Zur Moralischen Grammatik Sozialer Konflikte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

3 MOORE, Barrington, Ungerechtigkeit. Die sozialen Ursachen von Unterordnung und Widerstand. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982, s.35.

Kadınların yaşadıkları acı tecrübelerin insan hakkı olarak algılanması ve bu konuda konuşmanın zor olmasının nedeni, kadınların eşit ve hak sahibi olarak kabul edilmemeleri, haklarını kullanmaları konularında ihmal, tahakküm, aşağılama ve birçok fiziksel şiddete maruz bırakılmaları, hemen hemen tüm kültürlerde/toplumlarda doğal cinsiyet düzenlemelerinin bir parçası yani kadının rolünün gereği gibi algılanmasıdır. Dolayısıyla, kültürel gelenekler, alışkanlıklar ve günlük rutinler, genellikle kadına şiddet konusunda bunun bir doğal durum gibi algılanmasına ve şiddetin meşru bir hak gibi algılanmasına sebep olmaktadır. Bu konuda kadınların yaşadığı acı ve adaletsizlikler hemen hemen birbiriyle benzerlikler arz etmektedir.

Kadınların kırılanlıklarının asıl nedeni, kültürel/geleneksel olarak meşrulaştırılan sevgi ve cinsel istismara olan yatkınlıklarıdır ve bunun altında yatan sebep ise cinsiyete göre tanzim edilmiş görevlerdir ki buna göre kadınlar “severek çalışır - iş olarak sevgi” gösterirler. <sup>4</sup>İşte, tamamen özel ve hukukun işlemediği alanlar bu kadar derin tarihi gelenekler ve kültürel özelliklerin etkisi altındadır. Böylece insan hakları ihlalleri, ayrımcılık ve yaşamlarındaki kısıtlamalar gibi - ki her insan buna maruz kalabilir - en üst seviyede ele alınması gereken konular, maalesef çok geç dile getirilmeye başlanmış yada neredeyse hiç dile getirilmemiştir.

Bir insan hakkı olarak kadın haklarının dünya çapında tanınmasına yönelik uluslararası düzeyde yürütülen kampanyalar işte tam burada devreye giriyor ve hem yürürlükte olan hukukta ve insan hakları konusundaki erkek egemenliğine karşı feminist eleştirileri kabul ederek kadınların haklarının korunmasının güvende olmayışından rahatsız olduklarını belirtiyorlar, hem de insan haklarının evrenselliğini sadece olduğu gibi kabul etmeyip, daha da genişletilmesini ve kadınlara ilişkin konularda “yeniden tanımlama” yapmak istiyorlar. <sup>5</sup> Yukarıda sıralanan feminist eleştirilerin boyutları, evrensel bir insan hakkı olan eşitlik kavramına kültürel ve cinsiyete dayalı ayrımcılık açısından bakıldığında oluşan stratejik ikileme ve kadın haklarını koruma açısından sorunlu olan kamu ve özel hukukun arasındaki sınırdan daha da belirginleşmektedir.

Tamamıyla devletin görevi olarak savunulan dini ve kültürel kaynaklı aile hakları ve ailenin korunması meselesi, uluslararası insan hakları savunucuları ve ilgili diğer kurumların önünde bir engel olarak durmakta, öte yandan insan hakları teorisinde sıkça karşılaşılan insan hakları kavramının yeni nesillere uygun şekilde dizayn edilmesi de kadın hakları meselesinde pek çözüm üretici olamamaktadır.

4 BOCK, Gisela/DUDEN, Barbara, Arbeit aus Liebe - Liebe als Arbeit. Zur Entstehung der Hausarbeit im Kapitalismus, in: Sommeruniversität für Frauen (Hg.); Frauen und Wissenschaft, Berlin: Courage Verlag, 1976, s. 118 ...

5 BUNCH, Charlotte, Transforming Human Rights from a Feminist Perspective, in: Peters, Julie/Wolper, Andrea (Hg.): Wo- men's Rights - Human Rights. New York/London: Routledge,1995, s. 11-17.; FRIEDMAN, Elisabeth, Women's Human Rights: The Emergence of a Movement, in: Peters, Julie/Wolper, Andrea (Hg.): Wo- men's Rights - Human Rights. International Feminist Perspectives. New York/London,1995, s. 18-34.

Özellikle güneyli kadınlar, haklarının “politik ve sivil haklar birinci nesil, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ikinci nesil, son olarak ise gelişme hakkı, yaşanabilir bir çevre hakkı ve barış hakkı” şeklindeki bir hiyerarşiyle düzenlenmesine karşı çıkmaktadırlar.<sup>6</sup> Üçüncü sırada yer alan hakların kadınların ortak/grup hakları olarak kabul edilmesi aslında bir tuzaktır, çünkü uluslararası gelişme politikası ve kadınların bağımsızlık hareketlerindeki tecrübeleri, kadınların taleplerinin aleyhine erkek egemenliğinin güçlenmesiyle sonuçlanmıştır.<sup>7</sup>

Birleşmiş Milletler Teşkilatı ve onun organları da bugüne kadar kendini kadın hakları savunucuları olarak göstermekle kalmadı. Aynı zamanda kadınlar lehine BM Anlaşmasını temel alarak “insan hakları kurumları”nın kadını koruma adına yaptıkları daha önceki uygulamalarının oldukça olumsuz olduğunu beyan etti.<sup>8</sup>

Gerçi Birleşmiş Milletler’in kurulmasının bir yıl öncesinden yani 1947 yılından beri Birleşmiş Milletlerinin bünyesinde resmi-politik bir “Kadın Statüsü Komisyonu” bulunmaktadır. Bu komisyonun çalışmaları arasında kadınlarla ilgili bütün anlaşmaların yazılması, 1983 den itibaren ise kadınların insan haklarının korunmasıyla ilgili yol haritalarının çizilmesi ve 1979 da “Kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın engellenmesi” anlaşmasının hazırlanması, bulunuyor. Bu anlaşma 1981den beri yürürlükte ve günümüze kadar sadece 139 ülke tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak seksenden fazla ülke, özellikle evlilik ve aile hukuki hakkındaki çekimserliklerini kayd altına almışlardır. Feminist eleştiriler, bu anlaşmada bulunan ayrımcılık esaslarının yine erkek standartlarından kaynaklandığına dikkat çekmekte, yani aslında anlaşma eşit haklara sahip olmayı, kamusal alanda da eşit hale getirilme anlamında kullandığını, (anlaşmaya imza atan ülkeler aslında “kadınlara erkeklere verilen hakların aynısını vermelidirler”) kadınlara özel hakların genel insan hakları kuruluşları ve sorunları arasında ayrı ayrı ele alınmasının marjinalleşmelere yol açtığını ve son olarak çeşitli kuruluşlarda söz sahibi/üst düzeyde olan kadın sayısının çok az olduğu yönündedir.

Henüz 1993 yılında düzenlenen ek bir anlaşma ile “cinsiyete dayalı şiddet ve kadına karşı ayrımcılık” konularında özel tanımlar geliştirilerek özel hayattaki gizli baskıya dikkat çekildi.<sup>9</sup>

6 RIEDEL, Eibe, Menschenrechte der dritten Dimension, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift, 1989, 16. Jg., H. 1/2, S. 9-21.

7 CHARLESWORTH, Hilary, What are “Women’s International Human Rights”?, in: Cook, Rebecca J. (Hg.): Human Rights of Women. National and International Perspectives. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, S. 58-84.

8 WÖLTE, Sonja, Der internationale Schutz der Menschenrechte von Frauen: Ansätze einer feministischen Kritik am UN- Menschenrechtsinstrumentarium. Diplomarbeit am Fachbereich Gesellschaftswissenschaften. Frankfurt/Main: 1996, S. 20 ff.

9 Bkz: KLINGELBIEL, Ruth, Kein Rückschritt und kein Meilenstein. Die 4. Weltfrauenkonferenz zwischen Neuinterpretation und Erweiterung des Menschenrechtskonzepts, in: Wissenschaft&Frieden, 1995, H. 4, S. 12-16; HOLTHAUS, Ines (1996): Frauenmensenrechtsbewegungen und die Universalisierung der Menschenrechte, in: Peripherie, 1996, Nr. 61, S. 6-23.

Herşeye rağmen, özellikle insan hakları teorileri ve siyasi pratikleri arasındaki çatışmada “kadınlar için uluslararası insan hakları kadın inisiyatifi hareketi” oluştu ve bu hareket sadece kuzey ülkeleri kadınlarının önderliğinde değil güney ülkelerinin kadınlarının çabalarıyla gerçekleşti. Buradaki en önemli unsur, uluslararası kadın hareketinin kendine mahsus duruş sergilemesidir. Bunun nedeni, özellikle 1975 yılından itibaren Birleşmiş Milletler tarafından STK faaliyetlerinde, resmi ortamlarda ve dünya çapında düzenlenen konferanslarda gerçekleştirilen kadın hakları ile ilgili farkındalık oluşturma faaliyetlerinin 1975-1985 arasında oldukça yoğun olarak işlenmiş olmasıdır.<sup>10</sup> Bunun yanında, Birleşmiş Milletler tarafından kadın hakları ile ilgili düzenlenen konferanslarla, yerel ve ulusal sorunları tartışmak üzere hazırlanan projelerde kadın konularına yer verilmesi etkili olmuştur. Elit ya da batı feminizminden bağımsız olarak yürütülen insan hakları kampanyaları ki, 1985 yılında Nairobi’de düzenlenen “Dünya Kadın Konferansı”nda olduğu gibi kadınların gücünü göstermek ve dünyanın diğer ülkelerindeki kadınlara özgüven vermek açısından bu tür projeler etkili olmuştur.<sup>11</sup> Ancak, Batı ülkelerinden olmayan kültürlerdeki kadınların insan haklarından yararlanmalarında en önemli etken, kadınların kendi kültürlerinin içeriğini ve anlamını yine kendilerinin belirlemesi, böylece kendi tecrübeleriyle ve kararlarıyla ataerkil uygulamaların ve kültürlerinin tanımlanmasına katkıda bulunabilmeleridir.<sup>12</sup>

Buna ek olarak, “Kadının İnsan Hakları” konusunda 1991 yılından bu yana Birleşmiş Milletler nezdinde çeşitli ortamlarda düzenlenen konferanslarda kadın haklarına yer verilmesi ve dünya çapında kadınlara karşı yapılan insan hakları ihlallerinin sistematik/düzenli olarak belgelenmesi konusu 1991 yılında Viyana’da yapılan ve ana teması “kadına karşı şiddet konusunda bağlayıcı gündem maddeleri ve tarafların tecrübeleri” olan konferansta 120 yi aşkın ülkeden yüzbinlerce kişinin imzasıyla karar altına alınarak, kadınların korunması hedeflenmiştir. 1996’da dördüncüsü Pekin’de yapılan konferansta, “kadına karşı şiddet demek, kadının, insan hakları ve temel haklarının ihlal edilmesi, kısıtlanması ve engellenmesi” demektir, denilmiştir. Cinsel istismar, cinsel kölelik, uluslararası kadın ve çocuk ticareti ve diğer şekillerde yapılan şiddet gibi cinsiyete dayalı şiddet konusunda özel olarak hazırlanan rapor, insan onuru ve insan değerinin ayaklar altına alındığını göstermesi bakımından dikkate değer bir çalışmadır.<sup>13</sup>

“Bu konuları saklamadan dünyanın gözünün önüne çerçeveleyip koymak”<sup>14</sup> suretiyle İnsan Hakları hakkında yapılan kampanyalara motor/öncü güç olmak, böylece dinamik bir şekilde ve sadece bir defa değil insan hakları konusunda her

10 Bkz: WICHTERICH, Christa, Frauen der Welt. Vom Fortschritt der Ungleichheit, Göttingen, Lamuv.1995.

11 Bkz: COOK, Rebecca J. , Human Rights of Women. National and International Perspectives. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994.

12 TOUBIA, Nahid, Female Genital Mutilation, in: Peters, Julie/ Wolper, Andrea (Hg.): Women’s Rights - Human Rights. International Feminist Perspectives. New York, London: Routledge, 1995, S. 224-237.

13 Aktionsplattform,1996: Erklärung in Beijing, zitiert nach dem Bericht der Vierten Weltfrauenkonferenz der Vereinten Nationen. New York, Nr. 224.

14 Bunch, a.g.e, 17.

zaman Batılı ve erkek egemenliğini değiştirmek gerekmektedir. Buradaki amaç, kadın hakları sorunları için yeni bir cephe açmadan, bu konularda kadınların özel deneyim ve insan hakları söylemlerini de pratikte hesaba katmak ve tanımak suretiyle yeni bir insan hakları tanımlamaktır. Böylece taraflar insan hakları uygulamaları konusunda kaç sorunun hala cevaplandırılmadığını, kaç tane pratik uygulamanın neleri değiştirdiğini öğrenmiş olacaklardır. Ama tarih ve gelecek/istikbal; feminist bakış açısıyla geliştirilen insan hakları söylemlerinin, insan hakları için bir yenilik hatta siyasi bir mesele olup olmadığına tanıklık edecektir.

## B. İSLAM'DA EŞİTLİK VE CİNSİYET EŞİTLİĞİ

Bu başlık altında, İslam dininin eşitlik ve cinsiyet eşitliğine bakış açısı aktüel olarak değerlendirilecektir. İnsan hakları konusu – ve onun farklı aktörler tarafından büyük bir siyasi sömürü aracı olarak kullanılması - nedeniyle bu konu genelde büyük bir anlaşmazlık vesilesidir. Çünkü, her iki taraf da insanlık ve humanizm adına kendi kültürel üstünlüğünü göstermek istemektedir.<sup>15</sup> Böylece, Gudrun Krämer'in konu ile ilgili bir değerlendirmesini sizinle paylaşabilmiş olduk. Öte yandan, insan hakları meselesi, uluslararası diyalogun sürdürülebilmesi için bir şans olmakla birlikte kendine mahsus zorlukları da bünyesinde taşıyan ve üzerinde inceleme yapılması gereken araştırma konularından birisidir. Sonuçta, - uluslararası ağlar, kampanyalar ve insan hakları söylemini dile getiren özellikle kadın hareketleri sayesinde - devletlerin bireysel insan haklarının güçlendirilmesi yönünde kibirli davranmaları ve yetkilerini kötüye kullanmaları azalmış olsa da “kültürel fakhlıklar” ın evrensel olarak görecelik arzemesi nedeniyle, bunların uygulanabilirliğinin halen uluslararası anlaşmaların en çok tartışma konuları arasında bulunmaya devam etmektedir.<sup>16</sup> İnsan haklarına yapılan tek yönlü veya çok yönlü atıfların sadece “Batı geleneğinin kültürel genetik potansiyeli” olarak değerlendirilmesini doğru bulmamış, aynı zamanda Kur'an merkezli özel yorumlardan kaynaklanan islami tekelleşmenin de yanlışlığını ortaya koymuştur. O, insan haklarını düzenleyen kuralların, kültürlerle özgü bir miras olmadığı (kültürden kültüre değişmeyeceği) ve böyle nitelendirilemeyeceği konusunda ısrar etmektedir. Bu bağlamda, özellikle Hıristiyan kiliselerinin insan haklarının resmen tanınması yoluyla haksızlıklarla mücadele etmede ne kadar da geç kaldığını/ayıldığını belirtir.<sup>17</sup> Bielefeldt, pozitif hukukun geçerli olabilmesi için, cinsiyet eşitliği olarak insan hakları kavramının sahte bir şekilde vurgulanmamasını ve “eşit özgürlük” ve “eşit katılım” (sadece gösteriş amaçlı eşitlik değil) ifadelerinin evrensel bir geçerliliğinin

15 KRÄMER, Gudrun, Islam und Menschenrechte, in: Der Islam: Eine Einführung durch Experten. Christoph Burgmer spricht mit Reinhard Schulze, Baber Johansen, Yann Richard, Gudrun Krämer, Annemarie Schimmel, Faruk und Gernot Rotter. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, S. 53-67.

16 BIELEFELDT, Heiner, „Westliche“ versus „islamische“ Menschenrechte? Zur Kritik an Kulturalistischen Vereinahmungen der Menschenrechtsidee, in: Rumpf, Mechthild/Gerhard, Ute/ Jansen, Mechthild M. (Hg.): Facetten islamischer Welten. Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion. Bielefeld: transcript, 2003, S. 123-142.

17 Bkz: HILPERT, Konrad, Die Menschenrechte. Geschichte, Theologie, Aktualität. Düsseldorf: Patmos, 1991.



olmadığını hususunun altını çizmektedir. Bu durum, 1948 yılında “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”nde Birleşmiş Milletler, diğer uluslararası kurumlar ve paydaşlar tarafından vurgulanmış<sup>18</sup> ve 1950 yılında yayınlanan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, 1969 yılında kabul edilen “Amerikan İnsan Hakları Beyannamesi” veya 1981 de kabul edilen “Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi” gibi birçok devletin anayasalarında positif haklar arasında sayılan bölgesel insan hakları kurallarına temel teşkil etmiş metinlerde yer almıştır. Belirtilen bu çerçeve – Bielefeldt’in de dediği gibi – “insan onuru” nun anlaşılması kabilinden yapılan diğer yorumlar ne ise farklı dini, kültürel, felsefi inanç ve yaşam tarzlarının farklı olabileceği hususlarının da üzerinde durulması gereken bir olay olduğu unutulmamalıdır. Çünkü, yeni tecrübeler yardımıyla mümkün olan değişikliklere perde açabilme prensibi, insan haklarını yasal çerçevede düzenleme konusunda “en kritik prensip”tir.

Önceleri insan hakları bağlamında ele alınmayan ve sadece kısa cümlelerle üstü örtülen pek çok adaletsizliğe karşı, özel olarak mücadelede kadın hakları hareketlerinin uğraşları sonunda, devletler, insan haklarını modern bir şekilde anlamak ve insan hakları üzerine yeni söylemler geliştirmek zorunda kalmışlardır: Öncelikle, Fransız devrimi sırasında ele alınmayan kadın hakları konusu, uluslararası kadın hakları hareketince, 20. yüzyılın başlarında tekrar gündeme getirilmiş ve 1990’lardan itibaren de bu konu, çok yönlü bir şekilde “Kadın hakları İnsan haklarıdır” başlığı altında küresel tüm dünya politikasının gündemine sokulmuştur. Zaten, 200 yılı aşkın bir süredir insan hakları denilince, akla sadece kadın hakları gelmemiş, aynı zamanda sistematik, politik ve pratik bir problem genişletilerek her yönüyle konunun ele alınması sağlanmış, böylece “diğer yarı”nın da insan olduğu vurgulanmaya çalışılmıştır.

Bu vesileyle, “kadın olmanın özü” konusunda bir şeyler söylemek; özellikle tarihsel ve güncel farklı tecrübeleri, özellikle de kadınların yaşadığı adaletsizlikleri, “kültürler arası” ve “dinlerarası” diyalog sürecinde oluşan anlayışsızlıkları tam olarak bilmek ve kelimeleri ona göre kullanmaktan geçer.

### C. İNSAN HAKLARINDA ERKEK EGEMENLİĞİ/ERKEK MERKEZLİLİK

Öncelikle, insan haklarında erkek egemenliği kavramı -Avrupalıyı merkeze oturtma/alma konusunda olduğu gibi- insan hakları anlayışının tarihi kökeni ve bu hakların özerk erkeksi bir görünümde insanlığın önüne çıkarılışı –ve keşke beyaz ya da batılı tarzda olabilseydi- tipik ve kendine özgü saldırgan bir tarzda ve feminist bir bakış açısıyla ortaya konulmaktadır. Bu söylem, bir yandan epistemolojik diğer taraftan oldukça pratik ve çok sistematik bir eleştiri tarzı olup, aslında Avrupalıyı merkeze alma teorisinin aksine veya çok defa evrensel manada insan hakları düşüncesinin kullanılmasına ve bu kavramın yan uzantılarının da bütünüyle reddedilmesine yol açmaktadır. Evet bu durum, insan hakları kataloğunun

18 Mesela; Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar ve Sosyal ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 1966.

yeniden tanımlanmasını gündeme getirmiştir. Kadın hakları konusunda 1789 yılında Temel İnsan Hakları Beyannamesinde sözde dile getirilen 1791 yılında da Olympe de Gouges tarafından açıklanan “Kadınların ve Vatandaşların Hakları Beyannamesi” ne temel teşkil etmek üzere tüm insanların eşitlik ve özgürlük temelinde birleşerek radikal söylemlerden uzaklaşmalarındaki hedef, insan hakları şikayetlerinin azaltılmasıydı.<sup>19</sup> Değişik metotlarla ve gayelerle dünya çapında oy kullanma hakkı elde etmek ve 1876 yılında Hedwig Dohm adlı kadın filozof tarafından dile getirilen “insan hakkı sadece cinsiyet hakkı demek değildir” şeklinde yapılan 19. yüzyıldaki kadın hareketleri, insan haklarının gelişmesine önderlik etmiştir.

Bu hareketler/eylemler, uluslararası Kadın hakları savunucuları tarafından değişik platformlarda yeniden gündeme taşınmış, 1980’lerin ortalarından itibaren de Dünya kadınlar Konferansında, özellikle de 1993 Viyana Uluslararası İnsan Hakları Konferansı’nda ana gündem olmuş, böylece bu “Kadın hakkı insan hakkıdır” şeklindeki slogan sadece batılı ülkelerde değil batılı olmayan kadınların gerçekleştirdiği girişimlerde de ikna edici gücünü korur hale gelmiştir.<sup>20</sup> Her ne kadar cinsiyete dayalı ayrımcılık devam etse de, artık Birleşmiş Milletlerin 1948 tarihli İnsan Hakları Beyannamesi’nde ifade edildiği (bkz. madde 1/3, 13, 55/c ve 76/c) gibi, anlama ve yorumlama vb. zorlama yöntemlerle yapılan ayrımcılıklar, kadınların haklarını zoraki ellerinden almak anlamına geleceği şeklinde karar altına alınmış bulunmaktadır.<sup>21</sup>

1979 yılında Birleşmiş Milletler genel kurulu ve bir dizi ülke tarafından hazırlanan en geniş kapsamlı (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women CEDAW) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, sadece İslam ülkelerince değil bir çok ülke tarafından imza altına alınmış, sadece aralarında ABD ve Vatikan’ın da bulunduğu BM’ye üye bazı ülkeler bu sözleşmeye karşı çekimser kalmışlar ya da tamamen reddetmişlerdir.<sup>22</sup> Bu sözleşmenin içeriğinde, ayrımcılığın geniş tanımı yapılarak, kadınların eşitliğinin sadece “fırsat eşitliği” olmadığı aksine “nihai eşitlik” noktasında eşit oldukları belirtilerek, özellikle kadınların gelişmelerine fırsat tanımak üzere özel tedbirlerin alınması ve fakat aile mahremiyetine de (madde: 16) dikkat edilmesinin altı çizilmiştir.

Ann E. Mayer, çeşitli İslam ülkelerinin kanun ve anayasalarında kadın hakları ile alakalı şeriatın kaynaklanan ve oldukça fazla detaylar içeren örnekler vere-

19 GERHARD, Ute, Menschenrechte – Frauenrechte – Unrechts- erfahrungen von Frauen, in: Reuter, Hans-Richard (Hg.): Ethik der Menschenrechte. Zum Streit um die Universalität einer Idee I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, S. 201-236.

20 Bkz: Charlesworth, What are “Women’s International Human Rights”?, s.58, 1994.

21 Burada örnek olsun diye bazı edebi eserlerin adını sıralayalım: OKIN, Susan M. (1979): Women in Western Political Thoughts. 1979, Princeton/N.J: Princeton University Press. 1979, Keller 1986; Benhabib/Nicholson 1987; BENHABİB, Seyla, Das verallgemeinerte und konkrete Andere, Ansätze zu einer feministischen Moraltheorie, 1989.

22 Vatikan, Pasifik ülkelerinden bazı devletler, Suudi Arabistan, İran ve ABD şu ana kadar CEDAW Sözleşmesini onaylamamış ve imzalamamış ülkelerdir. (Bkz: Charlesworth / Chinkin 2000, 217).

rek, çekimser kalmalarının nedenini açıklamaktadır.<sup>23</sup> Mayer, oldukça geniş bir çerçevede Kur'an'ın farklı yorumlanmasından kaynaklanan yorumlara yer verir ve sadece Şii ve Sünni mezhep mensuplarının ve onların farklı yorumlarından oluşan ekollerinin değil aksine yüzyıllar boyunca İslam Hukukçularının hangi farklı değerlendirmelerle ve hangi sebeplerle bu konularda parçalanmışlık sergilediklerini örneklerle ortaya koyar. Mısır örneğinden hareketle yazar, ülkede kadın/aile hakkı konusunda, İslam hukukunda ulusal bir konsensüsün/icmanın olmadığını kanıtlamaya çalışmaktadır. Sonuçta Ann E. Mayer, "gerçekten dini gerekçeler" le ya da hiçbir dini kurala dayanmaksızın İslam'da kadın hakları konusunda bazı rezervlerinin olduğu sonucuna ulaşmakta, ancak, çok yönlü ve farklı çıkar peşinde olan güç odaklarınca çeşitli ülkelerde geliştirilen tepkilerin ve akıl yürütmelerinin de çürük olduğu kanaatine varmaktadır.<sup>24</sup> İslam'da Aile Hukuku'nun özellikle insan hakları çerçevesinde ele alınmasını öngören feminist söylemler ki bu tür ifadelerin, kamu ve özel alanlarda temel kırılma noktası olduğu, insan hakları uzmanları ve liberal demokratlarca da temel direnç noktasını oluşturduğu belirtilmektedir. Her şeyden önce insan hakları, özgürlükler ve bireysel haklar, devlete ve onun kurumlarına karşı bireylerin haklarını korumayı amaçladığı için, uğradığı haksızlıklara rağmen bu insan haklarının korunması tüm kamu otoriteleri tarafından ortaya konmaktadır. Sonuç olarak, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"(CEDAW)ne ilave olarak Birleşmiş Milletler düzeyinde ek protokol ve açıklamalarla kadınlara karşı cinsel şiddet, tecavüz, gizli/pasif şiddet gibi bazı yanlış uygulamaların azalmasına yol açtı. Bu amaçla, 1993 yılının Aralık ayında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda bir "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Bildirgesi" yayınlanarak bu konularla ilgilenecek özel bir rapörtör atamıştır. Bu talep doğrultusunda, 1993 yılında Viyana'da yapılan insan hakları konferansında ortaya konan dünyada kadınlara karşı yapılan insan hakları ihlallerine dair belgeler, özellikle bir kadın mahkemelerinin kurulması fikrini desteklemiş ve bunu 120 ülkeden yüzbinlerce katılımcı imza atarak bu fikri koruma altına almıştır. Fakat, Viyana Konferansı'nda imza altına alınan bu kararlar hala bazı konularda çelişkili ve belirsizliğini devam ettirmektedir. Her şeye rağmen, bir taraftan, "bazı geleneksel veya dini uygulamaların, kültürel önyargıların ve bazı zararlı dini referanslı aşırılıkların etkileri" adı altında kadınlara karşı işlenen haksızlıklar kayıt altına

23 MAYER, Ann E. (2003): „Islam, Menschenrechte und Geschlecht: Tradition und Politik“, in: Feministische Studien, 2003, 21. Jg., H. 2, S. 281-289.

24 Bkz: Kramer, insan ile İslamın insan hakları anlayışı arasındaki mesafe ve farklılığın sebebini, İslam'ın vahiy tabanlı bir din oluşuna bağlar. İslama göre insan, yeryüzünde Allah'ın yaratıklar içinde seçtiği ve "Allah'ın emirlerini yerine getirmekle görevlendirilen" bir "halifesi"dir. İnsanın bu konumu, ...islam inancına göre Allah'a mutlak itaati gerektiren bir bağlılıktan ibarettir. (Bkz: KRÄMER, Islam und Menschenrechte, in: Der Islam, 1998, 55 vd.) Bu durumda, insanın vazifesi sadece Allah'a karşı sorumlu olmaktan ibaret olup İslam'da insan hakları ya da insan onuru konusu bu bağlamda değerlendirilmelidir. Tam da burada, İslami anlayışla Batı felsefesinde bazı doğal ve devredilemez olarak tanımlanan haklar arasında büyük bir fark olduğu anlaşılır. (Bkz:AMİRPUR Katajun, Sind Islam und Menschenrechte vereinbar? Zeitgenössische Menschenrechtsbegründungen: Von der demokratieorientierten Deutung des Korans zur Akzeptanz außerreligiöser Werte, in: Rumpf, Mechthild/Gerhard, Ute/Jansen, Mechthild M. (Hg.): Facetten islamischer Welten. Geschlechter- ordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion. Bielefeld: transcript, 163-178.2003. İran'lı filozof ve reformist Abdulkarim SURUŞ'un takdimiyile..)

alınmış ve kadınlar açısından insan haklarının evrenselliği onaylanmış, diğer taraftan, kadına yönelik şiddet ile bağlantılı olarak kültürel ve dini farklılıklar “kabul görmüş”, böylece kadın hakları adına dile getirilen bazı çözüm önerileri arasındaki çatışmaların önü alınmaya çalışılmıştır. Fakat, üzerinde hala tartışma bulunan bazı konular 1995 yılında Pekin’de yapılan Dünya Kadın Konferansı’nda yeniden dile getirildi. Bu toplantıda yapılan Eylem Platformu görüşmelerinde, cinsel sebeplere dayalı ayrımcılık ve dışlamalara karşı bir değişim stratejisi geliştirilmesi, böylece kültürel ya da dini sebeplerle kadınların sağlıklı ilgi konularında ayrımcılığa uğradıkları hususuna bir dipnot düşülerek, bu konularda bazı muhafazar devletlerin konuya dikkatleri çekilmiştir.<sup>25</sup>

Günümüzde, dünya çapında kadın haklarının son durumu ile kültürel ve dini gelenekler arasında hala canlı çatışmaların olduğu, 2002 yılında Johannesburg’da yapılan Dünya Çevre Zirvesinde tekrar görülmüştür. Burada yapılan toplantıların son dakikasında kadın örgütleri, “insan hakları ile kadın hakları eşittir” şeklinde nihai bir belgenin kabul edilmesini sağlamışlardır. Bu belgenin 47. Paragrafında, “kültürel ve dini sebeplerle” kadınlara karşı yapılan insan hakları ihlallerinin yeniden düzenlenmesi uzun tartışmalar sonunda kabul edilmiştir. Bu nedenle kadınlar, artık tecavüz ve cinsel ilişki ya da gayr-i meşru çocuk edinme vb. sebeplerle cezalandırılmak için taşlanmayacaklar, recm edilmeyecekler ve baskı altına alınmayacaklardır. Buna göre, hükümetler bu konuda gerekli sözleşmeleri/düzenlemeleri yapacaklardır.<sup>26</sup> Çevre zirvesinde alınan kararlarda, ülkelerin kendi kültürel ve dini değerleri ile yerel kanunları da dikkate alınmak suretiyle, çevre kirliliği dolayısıyla sağlık problemleri riski bulunan kadınların sağlık hizmetlerinden faydalandırılmalarının zorunlu olduğu metinde kayıt altına alınmıştır. Bu metinde en zor uzlaşılan madde “*ve tüm insan hakları ve kendisi hakkında kişinin bizzat karar verme hakkı*” meselesi idi. Buradaki amaç, sadece “kültürel pratikler” başlığının yanlış anlaşılmasının dengelenmesi değil, aksine, kadınların doğum kontrolü hakları ile kürtaj haklarının olup olmadığının tespit edilmesidir. Şurası kesin ki, insan hakları bağlamında kadın haklarının tanımının kesin bir şekilde yapılması ve üzerinde mutabakat sağlanması ve bir formül üzerinde uzlaşılması elbette zor bir durumdur. BM tarafından Kahire ve Pekin’de düzenlenen “Nüfus ve Kadın Konferansı” zirvelerinde, 18 yaşına gelmiş bir bireyin aile planlamasını reddetme hürriyetinin sadece İslam ülkelerinde engellenmediği, aksine bazı radikal-hristiyan ülkelerde hükümeti oluşturan koalisyonlardaki uç kanatlarca da engellenmesinden şüphelenildiği dile getirildi. Kısaca, “hristiyan-müslüman” ittifakı şeklinde ifade edilen tabir, şimdilik aralarında radikal-protestan gruplar ve aile planlaması konusunu el değilmesi mümkün olmayan bir tabu olarak gören ve bu nedenle de insan hakkı olarak kadın hakları meselesine karşı çıkan organizasyonların oluşturduğu

25 CHARLESWORTH, Hilary/CHİNKİN, Christine, *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis*. Manchester. 2000.

26 SCHWİKOWSKİ, Martina (2002): *Frauen siegen in letzter Minute*, in: *tageszeitung (taz)*, 6.9.2002, 6.

Bush hükümetince de desteklenmektedir. <sup>27</sup> Renate Kreile'nin de belirttiği gibi<sup>28</sup>, Müslüman ülkelerde kültürel ve politik kimliğin temel taşı oluşturmada büyük role sahip olan cinsiyet eşitliği kavramının, "Kadın ve Ahlak Muhafızlığı" yapılmak suretiyle bir mücadele alanına dönüşmesinin sebepleri tam olarak bilinmemektedir. Aynı şekilde, İslami cinsiyet politikaları söylemleri, üzerinden gelmesi gereken ahlaki ve politik krize sebep olmaktadır. Kadın sorunlarının argümanları, ister bireysel isterse de islami bakış açısıyla olsun, <sup>29</sup> her ülkenin bu sorunları kendi kapısının önüne bırakabileceğine dair kanaatler maalesef ne kadar da azdır. Avrupa ülkelerinde bile, hala kadınların cinsiyet eşitliğine karşı çıkanların hikayeleri bitmiş değildir. Hatırlanırsa, bazı Hristiyan hukukçular ve ilahiyatçılar sırf dogmatik sebeplerle kadın haklarına mesafeli duruşlar sergilemekte ve çok hızlı bir şekilde onların bu reformist görüşleri toplumun değişik katmanlarında kadınlara karşı fiili ayrımcılığı körüklemekte, hatta üstesinden bile gelinememektedir. Şimdi, "Deja Vue"<sup>30</sup> şeklinde veya benzer deneyimleri referans alarak, kendi ilericiliğini kibirli bir tarzda kaynak göstermeden ve yanlış anlaşılmaya meydan vermeden ve hafızam beni yanıltmıyorsa Dieter Senghaas'ın da dediği gibi<sup>31</sup> "Avrupa'da çatışmaların gerçek tarihi" her zamankinden daha çok göz ardı edilmemeli, tarihi tecrübelerin ışığında çoğulcu politik kültür dikkate alınmalı ve "ortak öğrenme süreci" ile özellikle de kişinin kendine mahsus imajının düzeltilmesinin yanında ortak kültürün de korunmasına yönelik tedbirler alınmalıdır. Şu unutulmamalıdır ki, Avrupalı olmayan kültürlerde "Çatışma Kültürü" kavramı yerine uluslararası diyalog kullanıldığı gibi, Avupalılar kültürlerde de analog çatışma eğilimi senaryoları her zaman mümkündür.

#### D. KADINLARA ÖZEL HUKUK OLARAK AİLE HUKUKU

Cinsiyetlerin eşit olmadığı kanaatinde olan Müslüman ve Avrupalı (hristiyan) savunucuların gerekçeleri –büyük bir ihtimalle ve genellikle- benzerlikler arz etmektedir. Cinsiyet farklılığı Allah'ın/Tanrı'nın iradesi ya da insanın doğası olarak kabul edilsin ya da edilmesin, her durumda kişinin en temel haklarını kullanabilmesi için henüz kendi başına yetersiz olduğu, dolayısıyla böyle bir hakka sahip olmadığı düşüncesiyle onların haklarını yok sayma ya da onları yetersiz görme iddiası geçersizdir.

27 Bkz: "Günlerce süren müzakereler sırasında ülkelerin kırmızı çizgileri iyice netleşti. Özellikle bazı itirazlar ve anlaşmaların imzalanmaması fikri muhafazakar devletler, ABD, Vatikan ve birçok Arap ülkeleri ve bazı Afrika ülkelerinden geldi. Buna karşılık, katolikliğin yaygın olduğu İrlanda ve bazı güney Avrupa ülkeleri de engellemeye çalıştılar...Kanada ise, ilk günden itibaren işlerin yürümesi için büyük bir çabayla bu blokları çözmeye çalıştı. ... Detay için bkz: (Schwikowski 2002), Klingholz 2002, Lynch 2002.; Ann Mayer;2003.

28 KREILE, Renate, Identitätspolitik, Geschlechterordnung und Perspektiven der Demokratisierung im Vorderen Orient, in: Rumpf, Mechthild/Gerhard, Ute/Jansen, Mechthild M. (Hg.): Facetten islamischer Welten. Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion. Bielefeld: transcript, 2003, S. 32-52.

29 Bkz: İnsan hakları kavramına muhalif bazı islami çevreler, kendi ülkelerine Batılı ülkeler tarafından yapılan uyarılara karşı çıkmakta ve artık kendi inançlarına saygı duyulmasını ve gözetlenmek istemediklerini dile getirmektedirler.

30 Deja Vue; önceden yaşanılmış olayların tekrar yaşanmasına Fransızca olarak verilen bir deyimdir.

31 SENGHAAS, Dieter, Außerhalb Europas, aber nicht anders als einst in Europa, in: Frankfurter Rundschau, 26.7.2003, Nr.172, Dokumentation, 7.

Kadının aile içerisindeki sorumlulukları belirlenmiş olduğundan, onların haklarını en iyi şekilde aile hukuku maddeler haline getirmiş, “modern” vatandaş olmak için hazırlanan yasalar ya da yeniden düzenlenmiş neo-gelenekçi bir islami aile hukuku da,<sup>32</sup> her zaman kadınlara özel hakların olduğunu kabul etmekte<sup>33</sup> bu durum burjuvalist hukuk teorisyenlerinin işaret ettiği gibi “ülkeye göre adaletsiz hukuk”<sup>34</sup> olarak da isimlendirilmektedir. Bugün anayasalarımızda açıkça belirtildiği gibi, günümüze kadar evlilik sadece kuru bir anlaşma değil aksine ahlaki bir ilişki ve devletlerin özel korumaları altında bulunan bir kurumdur ki bu durum CEDAW’ın 3. ve 6. maddelerinde (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women=Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi) evliliğin insan hakları çerçevesinde korunmasına yönelik rezervleri korumakta ve kadınların bakış açısıyla evlilik derslerinin düzenlenerek, böylece hiyerarşik biçimde cinsler arasındaki güvenin artırılması için tarafların rollerinin iyi belirlenmesi gerçeğini göz önüne sermektedir. Bu nedenle Ziba Mir-Hosseini, evliliğin “vahyin sesi” ve “toplumun sesi” arasında bariz çelişkilerle devam ettiğini ilginç ve mantıklı bir tarzda ele almakta, bu konuda ataerkil-ortaçağ fıkıh kurallarından evlilikle alakalı örnekleri irdelemektedir. Daha sonra, evliliklerin, zaman ve duruma bağlı olarak yapılan doğma/değişmez bir alış-veriş anlaşması gibi veya egemenlik anlaşmasına benzer bir anlaşma benzeri bir sözleşme olarak ele alındığına dair örnekler vermektedir. Bu konuda, evliliğin ve insan ilişkilerinin ana ilkesinden biri, insan ilişkilerini düzenleyen “muamelat” bahsidir. Öte yandan, Kur’an’ın alış-veriş sözleşmeleri konusundaki önermelerinin yani “muamelat ilkerinin”, bir ibadet olan “evlenme” konusunda neden delil olarak gösterildiğini ve fıkıhçıların bu evliliğin Allah ile kul arasında bir anlaşma imiş, dolayısıyla “değişmez” gibi gösterilmesinin kendi mantığına aykırı olduğunu belirtmektedir.<sup>35</sup>

1900 yılında Friedrich Carl von Savigny tarafından evliliğin kurumsal doktrinine dayanarak evliliğin “tabii” olarak isimlendirilmesi gerektiğini ve aslında<sup>36</sup> ona bir sözleşme gibi bakılmaması gerektiğini, bu konuda özellikle evlilik ve aile hukuku için özel bir yöntem kullanılması gerektiğini belirterek şu bağımsız değişkenleri argüman olarak sıralamaktadır: “Bazan evlilikle alakalı yasal düzenlemeler yapılırken, bir kurum olarak evliliğin değeri, en önemli ve en tuhaf sebeplere dayanabilir. Bireysel ihtiyaçlar ve acil insani durumlar için gerekli ve vazgeçilmez olarak kabul edilen bazı davranışlar, kişinin devletle olan ilişkilerinde kendine göre vazgeçilmez doğal sebeplere dayanabildiği için ona saygı gösterilmesi gerekmektedir. Ve onun doğası gereği o bireysel ve bağımsız irade ve görüşü tanımak

32 Bkz: MİR-HOSSEİNİ, Ziba (2003): Neue Überlegungen zum Geschlechter- verhältnis im Islam. Perspektiven der Gerechtigkeit und Gleichheit für Frauen, in: RUMPF, Mechthild/GERHARD, Ute/ JANSEN, Mechthild M. (Hg.): Facetten islamischer Welten. Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion. Bielefeld: transcript, S. 53-81, 2003.

33 GERHARD, Ute (1978): Verhältnisse und Verhinderungen. Frauenarbeit, Familie und Rechte der Frauen im 19. Jahrhundert. Mit Dokumenten. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1978.

34 GRİMM, Dieter (1987): Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

35 MİR-HOSSEİNİ, Ziba, Neue Überlegungen zum Geschlechter- verhältnis im Islam., 2003, S. 53-81.

36 Bkz: Aus der Fülle der Literatur vgl. Elstain 1981; Gould 1989; Gerhard 1990, 31.

ve o iddianın bağımsız olarak varlığını kabul etmek gerekmektedir.”<sup>37</sup> İnsan davranışlarının Tanrının değişmez “kutsal” yasaları gibi olmadıkları, dolayısıyla insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen değişim ve gelişimin temel kuralları, zaman içerisinde sosyal durumlara göre değişkenlik arzedebileceği unutulmamalıdır. Zamanla bağlı olarak kadının durumunun değişmesi, insanlar tarafından daha anlaşılır kanunların yapıldığını göstermektedir. Ziba Mir-Hosseini, özellikle vahyin sesinin üstünlüğüne karşı çıkılarak, toplumu düzenleyen anayasal düzenlemelerin sosyal, kültürel ve ideolojik, ata-erkil kurallardan da uzak tutulması gerektiğini söylemektedir. Liberal demokrasilerin anayasalarında evlilik sözleşmesinin sistematik önemi ve liberalizmin politik teorileri hakkında, Carol Pateman'ın klasik toplumsal sözleşme üzerine etkileyici ve ayrıntılı eleştirileri vardır. Daha sonra, evlilik sözleşmesi vasıtasıyla kadınların “cinsel kontrat” anlamında özel bir teslim anlaşması imzalamadıklarını, aksine, siyasi ve toplumsal uzlaşmaya eşit bir şekilde katılım sözleşmesi imzaladıklarını belirtir. <sup>38</sup> Bu nedenle O, bilimsel bilgiye dayalı çok yönlü feminist toplum analizleri ve araştırmaları yardımıyla, hiçbir vatandaşı ayırmadan özgür ya da liberal bir toplum oluşturmanın yolunun, kamu ve özel alan meselelerindeki politik tartışmalarda sivil vatandaşların dikkate alınması/ayrıcılık yapılmaması veya özellikle herhangi bir cinsiyete özgü kuralların ihdas edilmemesinden geçtiğinin altını çizer.<sup>39</sup>

## E. EŞİTLİK, EŞİTLİK HUKUKU, EŞDEĞERLİLİK

Hukuki bir kavram olarak eşitliğin mahiyeti hakkındaki müzakereler ve farklılık görüşleri özellikle de cinsiyet farklılığı konusu, üzerinde pek çok tartışmaların bulunduğu bir konudur. Nitekim, “Almanya Müslümanlar Merkez Konseyi”nce (ZDM), 2002 de kabul edilen İslam Sözleşmesi’nde<sup>40</sup> de bu konu ele alınmıştır.<sup>41</sup> Bu sözleşmede insan hakları konusu, islami bir bakış açısıyla 13 madde ile ele alınmıştır: “İslam Hukuku haklıya hakkını, haksıza da cezasını vermeyi emreder”. Bu, 2000 yılı aşkın süredir özellikle kadınların haklarını adil bir şekilde düzenleyen adalet ilkelerine karşı çıkanlara alternatif olarak kullanılan Aristo'nun eşitlikçi yaklaşımından daha eşitçi=adil bir formüldür.<sup>42</sup> Öte yandan, ZDM üyesi Murad Hoffman; “Bildığım kadarıyla kadın hakları konusunda, *“haklıya hakkını, haksıza da cezasını vermeyi emreder” şeklinde baştan beri belirtilen ifadenin hiç değilse biraz*

37 Bkz: GERHARD, Ute, Verhältnisse und Verhinderungen. Frauenarbeit, Familie und Rechte der Frauen im 19. Jahrhundert. Mit Dokumenten. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1978.

38 PATEMAN, Carol, The Sexual Contract. Cambridge/Oxford: Stanford University Press, 1988.

39 Bkz: ELSHTAIN, Jean Bethke (1981): Public Man, Private Woman: Women in Social and Political Thought. Princeton/New York, 1981. Princeton University Press.; GERHARD, Ute, Gleichheit ohne Angleichung: Frauen im Recht. München, Beck.Gerhard 1990, 31ff.

40 Şubat 2002 de kabul edilen Die Islamische Charta=İslam Sözleşmesi online olarak [www.islam.de](http://www.islam.de). de mevcuttur.

41 Müslümanlar Merkez Konseyi, özellikle 11 Eylül 2001'deki terör saldırısı sonucu Almanya'da Müslümanların en önemli temsilcisi konumuna yükselerek temsil pozisyonunu ele geçirmiştir. Bkz: HOFMANN, Murad, Islam, Kreuzlingen. München: Hugendubel. 2001, 66-68.

42 DANN, Otto, Gleichheit und Gleichberechtigung. Das Gleichheitspostulat in der alteuropäischen Tradition und in Deutschland bis zum ausgehenden 19. Jahrhundert. Berlin: Duncker und Humblot, 1980.

düzeltilmesi gerekmektedir. Allah (c.c.), Kur'an-ı Kerim'in Ali İmran Suresi 36. ayette "Erkek, kadın gibi değildir" buyurduğu üzere, kadınlarla erkeklerin insan olma noktasında değil fizyolojik bakımlardan onların birbirlerinden farklı olduklarını, dolayısıyla Müslüman kadın ve erkeklerin bu konuyu sadece moda/güncel olarak ele almamaları gerekir" demektedir.<sup>43</sup> Eğer, "eşdeğerlik» söylemleriyle hukuki bir terim olan 'eşitlik' ya da "fiziki cinsiyet farklılıkları gibi fizyolojik manada hukuken eşit muamele etmemek" kastediliyorsa, bunu konuşana ünlü J. Jean Rousseau'nun "modern ve batılı cinslerin rolleri" isimli klasik isimli kitabını okumasını hatırlatırız.<sup>44</sup> "Zayıf cinsiyetin tabiatı ve ahlakın fonksiyonu" görüşünde, özellikle hukukçuların kadınların gayr-i adil davranışlara maruz bırakılmalarını meşrulaştırma çabalarında, 200 yılı aşkın süredir devam eden Batılı hukuk ve devlet teorilerinin etkisi vardır.<sup>45</sup> Örneğin, Alman anayasasında 1949 yılında cinsiyete bağlı farklılıklar 3. maddede özetlenmiş olmasına rağmen, cinslerin rollerinin "biyolojik ve fonksiyonellik (yani emek) yönünden kadın ve erkek arasındaki farklılıkların yeniden gözden geçirilmesi gerekliliği, bu argümanların ne kadar güçlü olduğunu göstermektedir. Bu arada, bu konudaki yasal sorunlar çözülmüştür ancak bu sorunlar, yeni kadın hareketlerince sosyal ve kültürel alanda başlatılan eylemler sayesinde, 1993'de anayasanın 3. maddesi II. fıkrasında revize edilen "kadınlar ve erkekler için eşit haklar uygulanacaktır" şeklindeki bir formülle kadınlara karşı sosyal ayrımcılığın tarihsel gelişimi telafi edilmiş ve varolan dezavantajlar ortadan kaldırılarak bu sorun böylece çözülmüştür.<sup>46</sup> Bir çok Avrupa anayasaları da, cinsiyete dayalı eşitsiz muameleyi dışlanmış ve böylece anayasaların Aristotelesçi bir şekilde yorumlanması daha güçlü hal getirilmiştir.<sup>47</sup> İslam Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de kadın haklarının çok genel ve belirsiz durumu, neredeyse Avrupa anayasalarındaki aynı ifadelerle yeniden formüle edilmiş ve şu şekilde düzenlenmiştir: "Müslüman kadın ve erkek, Allah'a karşı sorumlulukları ve O'nun emirlerine uymak bakımından eşittir. Bu eşitlik, aynı zamanda özgürlük, adalet, kardeşlik ve refah bakımından da eşitlik anlamını taşımaktadır." Öte yandan, kadın ve cinsiyet sorunlarının, pratik ve politik İslam bakış açısıyla "sıcak patates=kor parçası" gibi ele alınması zor olan bir konu olarak göz önüne alınmasına karşı çıkan<sup>48</sup> bir grubun, 1990 Kahire Beyannamesi olarak bilinen "İslam İnsan Hakları Beyannamesi"nde daha önce bahsedilen 6. maddeye karşı çıkarak geleneksel ve eşit olmayan tutumlar sergilemeleri şaşırtıcı gelebilir. Onlardan bir kaçışta burada okunabilir: a) İnsanlık onuru bakımından kadın da erkek de birbirine eşittir. Kadının da hakları ve görevleri vardır, O da mali açıdan yetenekli ve bağımsızdır,

43 Bkz: HOFMANN, Murad, a.g.e, s: 66-68, 2002.

44 JOHANN G. Fichte, Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre, 1796, Hamburg.

45 GERHARD, Ute, Gleichheit ohne Angleichung: Frauen im Recht. München, Beck, 1990.

46 SACKSOFSKY, Ute, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2, 1996. des Grundgesetzes. Baden-Baden: Nomos.

47 MACKINNON, Catherine A. Geschlechtergleichheit: Über Differenz und Herrschaft, in: Nagl-Docekal, Herta/Pauer-Studer, Herlinde (Hg.): Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 140-173., 1996.

48 KREILE, Renate, Identitätspolitik, Geschlechterordnung und Perspektiven der Demokratisierung im Vorderen Orient, in: Rumpf, 2003.



O da adını ve soyunu korumakla görevlidir. b) Kocasını da ailenin bakımı ve mutluluğundan sorumludur.<sup>49</sup>

Lise J. Abid, 2002'de kabul edilen İslam Sözleşmesinde kadınlarla ilgili sorunların “çok dolaylı” bir şekilde ele alındığını, böylece kadınlar açısından “hak eşitliği” kavramının, “gittikçe artan maddi eşitlik”i (iş ve kazanç hayatında eşitlik) ifade edilmesini eleştirerek, daha uzlaştırmacı bir tutum sergiler.<sup>50</sup> O, Almanya İslam Konseyi'nin sözleşme maddelerinde Almanya hukuk sistemi ve sosyal düzenlemelerde ortak bir zemin” bulabileceklerini düşünmesine rağmen, bu “6. maddedeki “tekrar görüşülmek üzere” uzlaşılabilen göreceli maddelerin yeniden ele alınabileceğini düşünür. İslam Sözleşmesi, ayrımcılık içeren pasajlar içerdiğinden, bizzat Müslümanlar arasında bile ihtilafli bir konudur. Bu ihtilafların altında, tartışma konularında bile ittifak olmaması yatmaktadır. İslam Sözleşmesi, Almanya'da yasa önünde eşitlik ve dikkate alınma bakımından birçok İslami akımın<sup>51</sup> “etki”lerinin dikkate alınması gerektiğini göstermesi bakımından iyi bir denemedir.

Köln'deki İslam Kadın Araştırmaları Merkezi'ni temsilen verdiği bir röportajda Sabiha Al-Zayat'ın de dediği gibi, çok yönlü terminolojik ve çeşitli kavram kargaşalarıyla cinslerin hukuk önünde eşitliklerinin eleştirilmesi neticede bir karsızlığı gösterir. O, bir yandan, İslam ile geleneksel-ataerki geleneklerden kaynaklanan tutumların arasına mesafe koyar. Diğer yandan da, şunları vurgular: “Özellikle kadın konularında Kur'an'ın bize öğrettiği prensipleri denemeliyiz, yani cinslerin kesin olarak eşitliğini uygulamak için... Eşit sayılmak ise bu konunun alt kümesidir. Gerçek anlamdaki eşitlik, mesela farklılıkların hakkı demek değildir. Eşitlik kavramını kesinlikle bir “değer” olarak ele almalı ve onu tek başına adaletin garantisi olmayan nicelik bir değer olarak yerinde tutmalıyız. Feminist tartışmalar bize bunları öğretmiştir.”<sup>52</sup> Ancak burada, Sabiha El-Zayat'ın görünüşte feminist tartışmaların yanlış olduğuna dair görüşüne itirazımız vardır. Dünya çapında sürdürülen eşitlik ve/ya farklılığa dair feminist tartışmalar, genellikle yaşam alanlarında farklı olan kadınların farklı yönleri adı altında yürütülmüş ve onların bu faaliyetleri sayesinde kadınların eşitlikleri tanınmış, haksız uygulamalara maruz kalmaları önlenmiştir.<sup>53</sup> Bir hukuk prensibi olarak eşitliğin anlamı, kimliğin yok sayılması veya adaletsizliğin zıttıdır. Çünkü, sadece insan olmak, kendi başına, toplum ve devletler nezdinde eşit haklara sahip olmak için hukuk nezdinde eşit haklara sahip olmayı ve insan farklılığının çok yönlü ele alınmasını gerektirir. Bu

49 BİELEFELDT, Heiner, „Westliche“ versus „islamische“ Menschen- rechte? Zur Kritik an kulturalistischen Verein- nahmungen der Menschenrechtsidee, in: Rumpf, 2003.

50 ABİD, Lise J. , Die Debatte um Gender und Menschenrechte im Islam, in: Rumpf, Mechthild/Gerhard, Ute/Jansen, Mechthild M. (Hg.): Facetten islamischer Welten. Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Dis- kussion. Bielefeld: transcript, S. 143-162.2003.

51 Bu konuda Alman Müslümanlar Konseyi “İslam nedir” isimli bir sunu hazırlayarak web sayfasına koymuştur. Bu metinde; “İslam aileye kendi sosyal sistemi içerisinde çok önemli bir değer verir. Erkek ve kadın sağlıklı bir toplum oluşturma konusunda ortak sorumluluklara sahiptir...denmektedir. Bkz: [www.islam.de](http://www.islam.de)

52 EL-ZAYAT, Sabiha Edith Kresta ile yaptığı “tageszeitung” isimli gazetedeki röportaj, 29.10.2001, s.14.

53 BENHABİB, Seyla/Butler, Judith/Cornell, Drucilla/Fraser, Nancy (1993): Der Streit um Differenz. Feminismus und Postmoderne in der Gegenwart. Frankfurt/Main: Fischer.

bakımdan, eşitlik tartışmaları konusu her zaman bir mücadele alanı olmuştur, öyle ki, sadece “eşitlik” hakkında konuşmak ve hukuk önünde herkesin eşit olmasının “sacayağı”nı oluşturan kıstaslardan biri kabul edilebilecek “sembolik tanıma” bile uzun mücadeleler sonunda gerçekleşmiştir. Nitekim, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi(1948), daralan zihin dünyamızın arka planında artık bu tür tartışmalara yer bırakılmaması için standartlar getirmiştir. Hatta, cinsiyet dağılım oranı da dahil, bu kuralların tüm zamanlarda geçerli olduğunu ve kadınların da kendi hakları konusunda düşüncelerini dile getirmeleri hakkı bulunduğunu kabul eder.

## F. POLİTİK BAKIMDAN İNSAN HAKLARI SÖYLEMLERİ

Mevcut yasalara ya da erkek egemen/merkezli hukuka karşı, insan hakları mücadelelerinde feminist söylemlerle yapılan itirazlara güvenilir bir politika açısından pek de itiraz yoktur. Herşeyden önce kadınların gelenekten kaynaklanan haksız muamele görmeleri ve adaletsizliğe maruz bırakılma tecrübeleri, kadınlara şüphecilik hakkı vermektedir. Doğrudan devletten kaynaklanmayan insan hakları zorlamalarını, güç merkezlerini ve kemikleşmiş haksızlıkları ortadan kaldırmak pek de kolay görünmemektedir. Günümüzde, “kültürel görecelik”, “post-modernizm” ve “mikro-politik şahsiyet” vb. kavramlar altında bazı temel insan haklarına şüpheyle yaklaşılmaktadır. Bu tür insan haklarını, evrensel manada kadınların özgürleşmesi vb. proje iddialarıyla “büyük söylemler” arasında sayıp, küçük görüp kurban etmek doğru olmaz. “Hak sahibi olma hakkı” ve buna benzer sorunların artmasının dikkatle incelenmesi gerekmektedir. Martha Minow bu sorunu açıklar ve şöyle der: “Ben temel hakların kullanılması hususunda insanların bundan mahrum edilmesi ve bunu yaparken bir de hukuk dilinin kullanılmasından endişe ediyorum ve insanlar, bu insanlara “bunu yapmanıza gerek yok, sen zaten bunu istemiyorsun” diyerek onları engelliyorlar.”<sup>54</sup> Herşeyden önce, uluslararası hukuk uzmanlarının da çok iyi bildiği gibi, genel manada kadınlar için insan haklarının tanınması konusunda halen zorlukların bulunması, aslında yasal düzenlemede yaşanan şüpheciliklere zaten gerek olmadığını göstermektedir. Onlar, bir taraftan dünyada kadınların hala yetersiz olduklarını ve bugüne kadar bu sebeple insan haklarının tanınmadığı vb. kanaatlerle sürekli küçük görmelerine rağmen, diğer taraftan da insan haklarını vazgeçilmez politik bir strateji aracı olarak da kullanmaktadırlar. İnsan hakları demek, - Cornelia Vismann’ın da dediği gibi - “belirli tecrübeleri konuşmak ve paylaşmak için insanı konuşmaya ikna etmek” demektir. Dolayısıyla, bu tecrübelerin yasalarla değil diyalogla korunması gerekmektedir. Zaten, İnsan Hakları Bildirgesi de haksız tecrübelerin yazılı hale getirilmesinden ibarettir.<sup>55</sup> Ziba Mir-Hüseyni ve Katajan Amirpur’un özellikle İran için etkileyici bir şekilde ifade ettikleri gibi, bir insan hakkı olarak kadın hakkı konusunda

54 MINOW, Martha, “Law Turning Outward” Telos 73 1987, New York, s.210.

55 VISMANN, Cornelia „Das Recht erklären. Zur gegenwärtigen Verfassung der Menschenrechte“, in: Kritische Justiz, H. 3, s.321-335.1996.

hukukun referans kaynağı, kadınların kendine özgü otoriteleri ve farklı şekillerde seslerini duyurmalarından geçer.<sup>56</sup> İran'daki kadın hareketlerinin “üçüncü dalga feminizm” şeklinde algılanıp kendi çok yönlü bölgesel etkilerden kaynaklandığı, dolayısıyla dünya kadın hareketleri için bir örnek teşkil edemeyeceği şeklindeki bir yaklaşım, insan haklarının ortak bir platformda ve uluslararası ya da global dünyada ele alınmasına engel teşkil eder.

## KAYNAKÇA

- ABİD, Lise J. (2003): Die Debatte um Gender und Menschenrechte im Islam, in: Rumpf, Mechthild/Gerhard, Ute/Jansen, Mechthild M. (Hg.): Facetten islamischer Welten. Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion. Bielefeld: transcript, S. 143-162.
- AKTIONSPLATTFORM (1996): Erklärung in Beijing, zitiert nach dem Bericht der Vierten Weltfrauenkonferenz der Vereinten Nationen. New York, Nr. 224.
- AMİR PUR, Katajun (2003): Sind Islam und Menschenrechte vereinbar? Zeitgenössische Menschenrechtsbegründungen: Von der demokratieorientierten Deutung des Korans zur Akzeptanz außer-religiöser Werte, in: Rumpf, Mechthild/Gerhard, Ute/Jansen, Mechthild M. (Hg.): Facetten islamischer Welten. Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion. Bielefeld: transcript, 163-178.
- BENHABİB, Seyla/Nicholson, Linda (1987): Politische Philosophie und die Frauenfrage, in: Fetscher, Iring/Münkler, Herfried (Hg.): Pipers Handbuch der politischen Ideen. München/Zürich: Piper, S. 513-562.
- BENHABİB, Seyla (1989): Das verallgemeinerte und konkrete Andere. Ansätze zu einer feministischen Moraltheorie, in: List, Elisabeth/Studer, Herlinde (Hg.): Denkverhältnisse. Feminismus und Kritik. Frankfurt/Main: Suhrkamp, S. 454-487.
- BENHABİB, Seyla/Butler, Judith/Cornell, Drucilla/Fraser, Nancy (1993): Der Streit um Differenz. Feminismus und Postmoderne in der Gegenwart. Frankfurt/Main: Fischer.
- BIELEFELDT, Heiner (2003a): „Westliche“ versus „islamische“ Menschenrechte? Zur Kritik an kulturalistischen Vereinnahmungen der Menschenrechtsidee, in: Rumpf, Mechthild/Gerhard, Ute/Jansen, Mechthild M. (Hg.): Facetten islamischer Welten. Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion. Bielefeld: transcript, S. 123-142.
- BIELEFELDT, Heiner (2003b): Muslime im säkularen Rechtsstaat. Integrationschancen durch Religionsfreiheit. Bielefeld: transcript.
- BOCK, Gisela/Duden, Barbara (1976): Arbeit aus Liebe - Liebe als Arbeit. Zur Entstehung der Hausarbeit im Kapitalismus, in: Sommeruniversität für Frauen (Hg.): Frauen und Wissenschaft. Berlin: Courage Verlag, S. 118-199.
- BUNCH, Charlotte (1995): Transforming Human Rights from a Feminist Perspective, in: Peters, Julie/Wolper, Andrea (Hg.): Women's Rights - Human Rights. New York/London: Routledge, S. 11-17.
- CHARLESWORTH, Hilary (1994): What are “Women's International Human Rights”?, in: Cook, Rebecca J. (Hg.): Human Rights of Women. National and International Perspectives. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, S. 58-84.

56 MİR-HOSSEİNİ, Ziba, Neue Überlegungen zum Geschlechterverhältnis im Islam. in: Rumpf, 2003; AMİR PUR, Katajun, Sind Islam und Menschenrechte vereinbar? Zeitgenössische Menschenrechtsbegründungen, 2003.

- CHARLESWORTH, Hilary/Chinkin, Christine (2000): *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis*. Manchester.
- COOK, Rebecca J. (Hg.) (1994): *Human Rights of Women. National and International Perspectives*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- DANN, Otto (1980): *Gleichheit und Gleichberechtigung. Das Gleichheitspostulat in der alteuropäischen Tradition und in Deutschland bis zum ausgehenden 19. Jahrhundert*. Berlin: Duncker und Humblot.
- ELSHTAIN, Jean Bethke (1981): *Public Man, Private Woman: Women in Social and Political Thought*. Princeton/N.J.: Princeton University Press.
- EL-ZAYAT, Sabiha im Gespräch mit Edith Kresta (2001): „Die Probleme des Dialogs. Das Recht auf Differenz leitet Sabiha El-Zayat vom Zentrum für Islamische Frauenforschung in Köln (ZIF) genauso aus dem Koran ab wie die Gleichwertigkeit der Geschlechter“, in: *tageszeitung (taz)*, 29.10.2001, S. 14.
- FICHTE, Johann Gottlieb (1960): *Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre [zuerst 1796]*. Hamburg: Meiner.
- FRIEDMAN, Elisabeth (1995): *Women's Human Rights: The Emergence of a Movement*, in: Peters, Julie/Wolper, Andrea (Hg.): *Women's Rights - Human Rights. International Feminist Perspectives*. New York/London, S. 18-34.
- GERHARD, Ute (1978): *Verhältnisse und Verhinderungen. Frauenarbeit, Familie und Rechte der Frauen im 19. Jahrhundert. Mit Dokumenten*. Frankfurt/Main: Suhrkamp.
- GERHARD, Ute (1990): *Gleichheit ohne Angleichung: Frauen im Recht*. München, Beck.
- GERHARD, Ute/Jansen, Mechthild M./Maihofer, Andrea/Schmid, Pia/Schulz, Irmgard (Hg.) (1990): *Differenz und Gleichheit. Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht*. Frankfurt am Main: Helmer.
- GERHARD, Ute (1994): „Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht“, in: Stefan Batzli/Fridolin Kissling/Rudolf Zihlmann (Hg.): *Menschenbilder – Menschenrechte. Islam und Okzident: Kulturen im Konflikt*. Zürich: Unionsverlag, S. 69-88.
- GERHARD, Ute (1997): „Menschenrechte sind Frauenrechte – Alte Fragen und neue Ansätze feministischer Rechtskritik“, in: *L'Homme. Zeitschrift für feministische Geschichtswissenschaft*, 8. Jg., H. 1, S. 43-63.
- GERHARD, Ute (1999): *Menschenrechte – Frauenrechte – Unrechtserfahrungen von Frauen*, in: Reuter, Hans-Richard (Hg.): *Ethik der Menschenrechte. Zum Streit um die Universalität einer Idee I*, Tübingen, Mohr Siebeck, S. 201-236.
- GOULD, Carol C. (1989): *Private Rechte und öffentliche Tugenden. Frauen, Familie und Demokratie*, in: List, Elisabeth/Studer, Herlinde (Hg.): *Denkverhältnisse. Feminismus und Kritik*, Frankfurt/Main, Suhrkamp, S. 66-85.
- GRIMM, Dieter (1987): *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HILPERT, Konrad (1991): *Die Menschenrechte. Geschichte, Theologie, Aktualität*. Düsseldorf: Patmos.
- HOFMANN, Murad (2001): *Islam, Kreuzlingen*. München: Hugendubel. Hofmann, Murad (2002): „Der Islam und die Menschenrechte“.
- RUBRIK Islam Kommentare, GMSG homepage (= Gesellschaft Muslimischer Sozial- und Geisteswissenschaftler).
- HOLTHAUS, Ines (1996): *Frauenmensenrechtsbewegungen und die Universalisierung der Menschenrechte*, in: *Peripherie*, Nr. 61, S. 6-23.

- HONNETH, Axel (1992): Der Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- KELLER, Evelyn Fox (1986): Liebe, Macht und Erkenntnis. München/ Wien: Hauser.
- KLINGELBIEL, Ruth (1995): Kein Rückschritt und kein Meilenstein. Die 4. Weltfrauenkonferenz zwischen Neuinterpretation und Erweiterung des Menschenrechtskonzepts, in: Wissenschaft & Frieden, H. 4, S. 12-16.
- KLINGHOLZ, Rainer (2002): Das Tabu von Johannesburg, in: Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 25.8.02, Nr. 34, S. 48.
- KRÄMER, Gudrun (1998): Islam und Menschenrechte, in: Der Islam: Eine Einführung durch Experten. Christoph Burgmer spricht mit Reinhard Schulze, Baber Johansen, Yann Richard, Gudrun Krämer, Annemarie Schimmel, Faruk und Gernot Rotter. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 53-67.
- KRÄMER, Gudrun (1999): Gottes Staat als Republik. Reflexionen zeitgenössischer Muslime zu Islam, Menschenrechten und Demokratie. Baden-Baden: Nomos.
- KREILE, Renate (2003): Identitätspolitik, Geschlechterordnung und Perspektiven der Demokratisierung im Vorderen Orient, in: Rumpf, Mechthild/Gerhard, Ute/Jansen, Mechthild M. (Hg.): Facetten islamischer Welten. Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion. Bielefeld: transcript, S. 32-52.
- LYNCH, Colom (2002): Islamic Bloc, Christian Right Team Up to Lobby U.N., in: The Washington Post, 17.6.02, A01.
- MACKINNON, Catherine A. (1996): Geschlechtergleichheit: Über Differenz und Herrschaft, in: Nagl-Docekal, Herta/Pauer-Studer, Herlinde (Hg.): Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 140-173.
- MAYER, Ann E. (2003): „Islam, Menschenrechte und Geschlecht: Tradition und Politik“, in: Feministische Studien, 21. Jg., H. 2, S. 281-289.
- Mir-HOSSEİNİ, Ziba (2003): Neue Überlegungen zum Geschlechterverhältnis im Islam. Perspektiven der Gerechtigkeit und Gleichheit für Frauen, in: Rumpf, Mechthild/Gerhard, Ute/Jansen, Mechthild M. (Hg.): Facetten islamischer Welten. Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion. Bielefeld: transcript, S. 53-81.
- MOORE, Barrington (1982): Ungerechtigkeit. Die sozialen Ursachen von Unterordnung und Widerstand. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- OKÏN, Susan M. (1979): Women in Western Political Thoughts. Princeton/N.J.: Princeton University Press.
- PATEMAN, Carol (1988): The Sexual Contract. Cambridge/Oxford: Stanford University Press.
- PATEMAN, Carol (1989): The Fraternal Social Contract, in: Carol Pateman (Hg.): The Disorder of Women: Democracy, Feminism and Political Theory. Cambridge: Polity Press, S. 33-57.
- PETERS, Julie/Wolper, Andrea (Hg.) (1995): Women's Rights - Human Rights. International Feminist Perspectives. New York/London: Routledge.
- RİEDEL, Eibe (1989): Menschenrechte der dritten Dimension, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift, 16. Jg., H. 1/2, S. 9-21.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1963): Emil oder über die Erziehung [zuerst 1762]. Stuttgart:
- SACKSOFSKY, Ute (1996): Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes. Baden-Baden: Nomos.
- SCHWARTLÄNDER, Johannes/Bielefeldt, Heiner (1992): Christen und Muslime vor der Herausforderung der Menschenrechte. Bonn: Deutsche Kommission Justitia et Pax.

- SCHWIKOWSKI, Martina (2002): Frauen siegen in letzter Minute, in: tageszeitung, 6.9.2002, 6.
- SENGHAAS, Dieter (2003): Außerhalb Europas, aber nicht anders als einst in Europa, in: Frankfurter Rundschau, 26.7.2003, Nr.172, Dokumentation, 7.
- SPULER-Stegemann, Ursula (2002): Scharia als Fessel und Chance. Ein Blick in die Runde. Über das islamische Recht und seine verschiedenen Interpretationen in der muslimischen Welt, in: tageszeitung (taz), 8.3.2002, S. 4-5.
- TOUBÍA, Nahid (1995): Female Genital Mutilation, in: Peters, Julie/ Wolper, Andrea (Hg.): Women's Rights - Human Rights. International Feminist Perspectives. New York, London: Routledge, S. 224-237.
- VISMANN, Cornelia (1996): „Das Recht erklären. Zur gegenwärtigen Verfassung der Menschenrechte“, in: Kritische Justiz, H. 3, S.321-335.
- WICHTERICH, Christa (1995): Frauen der Welt. Vom Fortschritt der Ungleichheit, Göttingen, Lamuv.
- WÖLTE, Sonja (1996): Der internationale Schutz der Menschenrechte von Frauen: Ansätze einer feministischen Kritik am UN- Menschenrechtsinstrumentarium. Diplomarbeit am Fachbereich Gesellschaftswissenschaften. Frankfurt/Main: S. 20 ff.
- YOUNG, Iris Marion (1990): Justice and the Politics of Difference, Princeton/N.J.: Princeton University Press.

## VEFEYÂT

### PROF. DR. ABDÜLKERİM ZEYDÂN (1921-2014)

Dr. Hüseyin ÇİFTÇİ



Iraklı büyük alim Prof. Dr. Abdülkerim Zeydan, Yemen'in Başkenti San'ada 27.01.2014 Pazartesi günü sabah saat 07.00'de 97 yaşında vefat etti.

Abdülkerim Zeydân, 1921 yılında Bağdat'ta doğdu. Üç yaşında iken babasını kaybetti. Annesinin himayesinde ilkokulu Bağdat'ta bitirdi. Orta öğrenimini tamamladıktan sonra lisans eğitimi almak için Bağdat Üniversitesi Hukuk Fakültesine girdi. Lisans öğreniminin ardından dini eğitim-öğretim programı uygulayan Necibiyye Lisesinin müdürü oldu. Bir süre bu görevini başarı ile sürdürdükten sonra Lisansüstü eğitim için Mısır'a gitti ve Kahire Üniversitesi İslam Hukuku Enstitüsünde yüksek lisansını üstün derece ile bitirdi. Peşinden aynı üniversiteye bağlı Hukuk Fakültesi'nde doktora başladı ve bu süreci de 1962 yılında yüksek şeref payesi ile tamamladı.

Abdülkerim Zeydan, Iraklı ve Mısır'lı birçok hocadan ders aldı. Emced ez-Zehâvî, Abdülkadir el-Hatip, Necmeddin el-Vaiz, Muhammed Mahmut es-Savvaf, Ali el-Hafif, Muhammed Ebu Zehra, Hasan Me'mûn, Abdülkerim es-Sâ'ika hoca-

larından bazılarıdır.

Abdülkerim Zeydân Bağdat'a döndükten sonra bilimsel faaliyetleri yanında birçok idari görevlerde de bulundu. Bağdat Üniversitesi Hukuk Fakültesinde İlahiyat bölümü başkanlığı; Bağdat Üniversitesi Edebiyat Fakültesi- Dini İlimler Bölümü Başkanlığı; İslami Araştırmalar Fakültesi Dekanlığı bunlardandır.

Bağdat Üniversitesi, Irak tarihinde bir başkasına verilmeyen “özel başarı ödülü” ile kendisini taltif etti.

1992 yılında Ba's rejiminin baskıları sonucu Yemen Sa'na Üniversitesinde öğretim üyesi olarak görev yapmak üzere Irak'tan ayrıldı. Ölünceye kadar adı geçen üniversitede ve sonradan kurulan İmân Üniversitesinde öğretim üyeliğine ve diğer bilimsel faaliyetlerine devam etti.

Vefat edinceye kadar fıkıh alanındaki uluslararası birçok bilimsel kuruluşun üyesi bulunmaktaydı. 1970'lerden itibaren İslam Üniversitesi alimler konseyi üyeliği, Râbitatü'l-âlemi'l-İslâmî'ye bağlı fıkıh akademisi üyeliği, Sa'na İmân Üniversitesi fıkıh akademisi üyeliği bu görevler arasında yer almaktadır.



### Eserleri

1. *Ahkâmü'z-zimmiyyîn ve'l-müste'menîn*, Bağdad 1963.
2. *el-Vecîz fi usûlü'l-fıkh*, Beyrut 1985, Ruhi Özcan tarafından *Fıkıh Usulü* adıyla Türkçe'ye tercüme edilmiştir. İstanbul 1993.
3. *el-Medhal li-dirâseti'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1982 (6. bs.), Ali Şafak tarafından *İslam Hukukuna Giriş* adıyla Türkçe'ye tercüme edilmiştir, İstanbul 1976, 1985.



4. *Usûlü'd-da'Ve*, Beyrut 1987: *İslam'da Davet ve Tebliğ Esasları* adıyla Ruhi Özcan tarafından Türkçeye tercüme edilmiştir, İstanbul 1979, Hisar Yayınları; diğer bir tercümesi: *İslam Davetçilerine*, trc. Nezir Demircan, Ankara 1977, İkbâl Yayınları; başka bir tercümesi: *İslam Davetinin Esasları*, trc. Veli Ulutürk-Mehmet Karabulut, İstanbul 1991, Risale Yayınları.

5. *el-Kuyüdü'l-vârîde 'ale'l-milkiyyeti'l-ferdiyye li'l-maslahati'l-'ämme fiş-şer'ati'l-İslâmiyye*, Amman 1986.

6. *el-Kısas ve'd-diyat fiş-şer'ati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1418/1998.

7. *el-Libâs ve'z-zîne fi'l-İslâm*, Beyrut 1425/2004.

8. *el-Kefâle ve'l-havâle fi'l-fikhi'l-mukâran*, Bağdad 1975.

9. *el-Müstefâd mine'l-kasas'l-Kur'ânî*, Beyrut 2005.

10. *Nazarât fiş-şer'ati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1421/2000.

11. *el-Mufasssal fi ahkâmi'l-mer'e ve'l-beyti'l-müslim*, Beyrut 1992-93. Kadın konusundaki bu 11 ciltlik hacimli ansiklopedik eser 1417/ 1997 yılında İslami Araştırmalar dalında “Kral Faysal Uluslararası Ödülü”nü kazanmıştır.

12. *es-Sünenü'l-İlâhiyye fi'l-ümem ve'l-cemâ'a ve'l-efrâd fiş-şer'ati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1414/1993.

13. *Mecmû'atu buhus fikhîyye*, Beyrut 1986. Bu koleksiyon içinde şu makaleler vardır:

a. “eş-Şer'atü'l-İslâmiyye ve'l-kânûnü'd-devliyyü'l-'âmm,” s. 9-85.

b. “Hukûku'l-efrâd fi dâri'l-İslâm,” s. 89-138: *İslam Hukukunda Fert ve Devlet: İslam Anayasa Hukuku* adıyla Aksay Öncel tarafından Türkçeye tercüme edilmiştir, İstanbul, ts. Nizam Yayınevi. Ayrıca Cemal Arzu ve Osman Zeki Soyuyğit tarafından yapılan iki tercümesi daha vardır.

c. “Hâletü'z-zarûre fiş-şer'ati'l-İslâmiyye,” s. 139-214: Bu makale Hayreddin Karaman tarafından Türkçeye tercüme edilmiş ve İslam'ın Işığında Günün Meseleleri adlı eseri içinde yayımlanmıştır.

d. “el-İmân bi'l-kazâ' ve'l-kader ve esaruhâ fi sülûki'l-ferd,” s. 215-246.

e. “Eseru'l-kusûd fi't-tasarrufât ve'l-'ukûd,” s. 247-270: Bu makale Ali Barakdoğlu tarafından “Akitlerde ve Hukuki İşlemlerde Kasdın Rolü” adıyla tercüme edilmiş ve *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisinde* (sy. 3, Kayseri 1986, s. 353-373) yayımlanmıştır.

f. “el-Hilâf fiş-şer'ati'l-İslâmiyye,” s. 271-302: Bu makale Abdullah Kahraman tarafından “Hilaf İlmi ve İslam Hukukçularının Hukuki İhtilaflarının Sebepleri” adıyla Türkçeye tercüme edilmiş ve *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*'nde (sy. 3, Sivas 1999, s. 273-290) yayımlanmıştır.

g. “el-Lukata ve ahkâmühâ fiş-şerî’ati’l-İslâmiyye,” s. 303-347.

h. “Ahkâmü’l-lakît fiş-şerî’ati’l-İslâmiyye,” s.349-374.

i. “el-‘Ukûbe fiş-şerî’ati’l-İslâmiyye,” s. 375-424.

15- *Nizâmü’l-kazâ’ fiş-şerî’ati’l-İslâmiyye*, Beyrut 2002.

16- *el-Vecîz fî şerhi’l-kavâ’idi’l-fıkhiyye fiş-şerî’ati’l-İslâmiyye*, Beyrut 2001.

17- *Mevkıfüş-şerî’ati’l-İslâmiyye mine’r-rikk*,

18- *en-Niyyetü’l-mücerrede fiş-şerî’ati’l-İslâmiyye, et-Terbiyetü’l-İslâmiyye* (sy. 10, yıl: 8, Bağdad 1396/1976, s. 10-21) Hasan Güleç tarafından bazı tasarruflarla “İslama Göre Sadece Niyet” adıyla tercüme edilerek *Diyanet Dergisi*’nde yayımlanmıştır (XV/4, Ankara 1976, s. 216-228).

19- *Mesâilü’r-radâ’ fiş-şerî’ati’l-İslâmiyye*,

20- *eş-Şerhu’l-İrâkî li’l-usûli’l-‘işrîn*,

21- *Mûcezû’l-edyân fi’l-Kur’ân*, Beyrut 1418/1998.

22- “ed-Dîmokrâtiyye ve müşâreketü’l-müslim fi’l-intihâbât”, *Mecelletü’l-Mecma’i’l-fikhî el-İslâmî*, yıl: 18, sy. 20, Mekke 1426/2005, s. 24-88.

Prof. Dr. Abdülkerim Zeydan ile ilgili bazı notlar:

Merhum Zeydân ile tanışmam 1968 yılında “el-Kâdiriyye İslam Enstitüsü”nde (6 yıllık ortaokul ve liseyi kapsayan) öğrenime başladığım günlere uzanır. Kendisini sadece derslerde değil özel sohbetleri ve derslerini takip ederek de tanıma fırsatı buldum. O yıllarda Bağdat Üniversitesi İlahiyat Fakültesinde tahsil görmekte olan Türk öğrenciler vardı. Özellikle İslam hukukunda yüksek lisans yapmakta olan merhum hocamız ve değerli ilim adamı Doç. Dr. Ruhi Özcan onun öğrencileri arasında bulunmaktaydı. Kendisinin merhum Zeydan’dan istifade etmemiz gerektiği konusundaki tavsiyelerinin şahsımızdaki etkisi büyüktür.

el-Kadiriyye İslam Enstitüsünden mezuniyetin akabinde Bağdat Üniversitesi/ Edebiyat Fakültesi- Din Bilimleri Bölümünde (daha önce müstakil İlahiyat Fakültesi iken Saddam Hüseyin’in talimatı ile Edebiyat Fakültesinin bir bölümü haline getirilmiştir) 1973 yılında Lisans Eğitimime başladıktan sonra Abdülkerim Zeydan’ın öğrencisi oldum ve onu daha yakından tanıma imkanını buldum. Dört yıllık Üniversite öğrenimi sırasında İslam Hukuku ve İslam Hukuk Usulü derslerini kendisinden okuma şansını yakaladım.

Bağdat Üniversitesi’ndeki eğitimim sırasında Zeydan’ın ilmi birikimini ve kişiliğini yakından tanıdım. Keskin zekası, geleneğe hakim, güncel sorunlarla nasslar arasında kurduğu mükemmel bağlantı, tutarlı yöntemi, mezhepler arasındaki görüş farklılıkları ve delillerine olan vukufiyeti, taassup ve önyargıdan uzak duruşu dikkatimizi çeken özellikleri arasında idi.

Kendisinden doktora yapmış bulunan öğrencisi Sami el-Cenâbî, onun keskin zekası hakkında şunu söyler:

“Doktora tezimin mukaddimesini yazarken bazı ibareleri dikte etmişti. Daha sonra bunları yeniden gözden geçirip kendi görüşüm doğrultusunda değiştirmiştim. Aradan uzun bir zaman geçtikten sonra o bölümü kendisine okuduğumda, “benim sana yazdırdığım ibareler bunlar değil” dediğinde, “onu kendime göre değiştirdim” diye cevap verdim. Bunun üzerine bana tekrar şöyle şöyle yazacaksın dediğinde gördüm ki yüzde yüz yıllar önceki aynı ibareleri tekrar etmişti.”

Prof. Dr. Abdülkerim Zeydân sadece akademik çalışmalarla yetinmemiş, imkânlar ölçüsünde yaşadığı toplumun ve İslam ümmetinin sorunlarıyla da ilgilenmiştir. Mesela o yıllarda İhvan-ı Müslimîn’in Irak sorumlusu idi ve bu teşkilatın kurduğu “İslami Araştırmalar Fakültesi”nin Dekanlığını yapmaktaydı. Aynı zamanda İhvan’a ait olan birçok okul ve kurslarda dersler okutmakta, dini ve sosyal faaliyetlerde bulunmakta, basın- yayın hizmetlerini bizatihi sürdürmekteydi.

Öte yandan fırsat bulduğunda görevli olduğu fakülte yanında başta olmak üzere bizim öğrenim gördüğümüz Bağdat Üniversitesi/Edebiyat Fakültesi- Din Bilimleri Bölümünde, Evkaf Bakanlığına bağlı İmamı Azam Fakültesinde ve diğer orta dereceli okullarda dersler verir, akşamdan sonra da özel talebelerine dersler okuturdu.

Prof. Dr. Abdülkerim Zeydan’ın bizdeki görüntüsüyle ilgili birkaç noktanın altını çizmemiz gerekirse şunları söyleyebiliriz: Son derece mütevazı bir kişiliğe sahipti. Kendini ilme adamıştı, öğrencilere sevgisi ve ilgisi büyüktü. Sakin bir insandı. Bulduğu yerde ilmi meseleleri konuşmaya özen gösteren bir yapısı vardı. Ders vermeye başladığı andan bitişine kadar öğrencinin ilgisini tutabilen bir maharete ve pedagojik formasyona sahipti. Birçok hocanın aksine onun derslerinde ve konferanslarında avam dili yerine fasih bir Arapça ile hitap etmesi en fazla takdir toplayan yönlerinden birisiydi. Okuduğumuz yıllarda Saddam Hüseyin yönetiminin baskı ve yakın takibi altında olduğunu bildiğimizden çok istememize rağmen Türkiye’den gelen ve kendisini ziyaret etmek isteyen misafirlerimizi evine götürmekten kaçınmak zorunda kalırdık.

Prof. Dr. Abdülkerim Zeydan’ın şöhreti İslam aleminde yayılmıştı. 1980’li yıllarda Mekke-i Mükerreme’de doktora öğrenimi yaptığım sıralarda umre ziyareti ve bölgedeki ilmi müesseseleri tanımak amacı ile karayoluyla Mekke’ye gelen merhum Ruhi Özcan ve Erzurum İslami İlimler Fakültesinden bir grup akademisyen, yolculuk programına merhum Zeydan’ı ziyareti de almışlardı. Planları geçmişte bölgenin iki ilim merkezi olan Şam’ı giderken, Bağdat’ı da dönerken ziyaret etmekte. Bağdat’ta başta Abdülkerim Zeydân ile tanışmak ve diğer ilim erbabını, ilmi kurum ve kuruluşları görmek hedeflerinde idi.

Saddam Hüseyin’in Irak’ta estirdiği despotik tavır Abdülkerim Zeydan’ı da etkilemiştir. 1985’li yıllarda merhum Ruhi Özcan öğretim üyesi olarak Suudi

Arabistan'da bulunduğu yıllarda bir sohbet sırasında Bağdat dönüşünde Zeydan ile görüşüp görüşmediklerini sorduğumuzda üzülen şu anekdotu anlatmıştı: “Bağdat’a varınca hocaya telefon açtım. Bir grup arkadaşla birlikte kendisini evinde ziyaret etmek istediğimizi bildirdim. Hoca, üzgün bir şekilde eve gelmelerinin kendisi için sıkıntı doğurabileceğini bu sebeple dışarıda mesela İmam Azam Camii’nde akşam namazının peşinden görüşmelerinin uygun olabileceğini ifade etti.” Belirledikleri zaman ve mekânda buluştuklarında Ruhi Özcan merhum Zeydân’ın tavırlarından büyük endişe içinde olduğunun gözlerden kaçmadığını şöyle anlatmıştı: “Caminin bir köşesinde Hoca ile görüşürken sürekli tedirginlik içinde idi. Biz bunu hissettik. Devamlı sağa sola bakıyordu. Biz hocaya daha fazla ızdırıp vermemek için görüşmeyi kısa keserek vedalaştık.”

Çok muhtemeldir -ki bunu ifade eden öğrencileri vardır- Zeydân, bu zulüm, baskı ve yıldırma politikalarına teslim olmamak, hedeflerini gerçekleştirmek, doğru bildiği yolda yürüyüşünü sürdürmek amacıyla ülkesini terk edip Yemen’e hicret etmiş ve ilerlemiş yaşına rağmen orada ömrünün son demine kadar, Şeyh Abdülmecid Zindânî’nin Rektörlüğünü yapmakta olduğu “el-Îmân İslam Üniversitesi”nde öğretim üyesi olarak çalışmalarını sürdürmüştür.

Zeydan, Irak’taki İslami tebliğ faaliyetlerini titizlikle takip eden bir kişilikti. Sürekli, ülkedeki gelişmeleri izleyerek, tebliğcileri yönlendirir, onlara nasihatler ederdi. Hiçbir zaman makam, mevki, şöhret peşinde olmadı, devlet başkanlarına ve Krallara yaklaşma arzusu gütmeydi. Günlük hayatını, Kur’anı Kerim okuyarak, ders okutarak, öğrencilerinin yazdıkları eserleri inceleyerek, ilim adamlarını ve öğrencilerini evinde kabul ederek geçirdi.

Allah rahmet eylesin.

- *İbn Dakîkî'l-İd'in İhkâmü'l-Ahkâm Adlı Eseri ve Üzerine Yapılan Çalışmalar*, Dersaadet Kitabevi, İstanbul, 1072 s.

Değerlendiren: Ahmet Ekinci\*

Kur'an-ı Kerim'den sonra İslam Hukuku'nun temelini sünnet oluşturur. Hadislerin manalarını anlayıp fikhî hükümlerin temelini oluşturmak için re'y ekolü ve hadis ekolü olmak üzere iki farklı gurup ortaya çıkmıştır. Ehl-i hadis, fıkıh ilminin bir metodoloji halinde yerleştiği sırada bilhassa Ehl-i re'ye karşı bir tepki şeklinde doğmuştur. Hattâbî (388/998)<sup>1</sup>, Ehl-i hadisin bütün gayretini rivayetlere teksif ettiklerini, hadislerin metinlerine gerekli itinaı göstermediklerini ve manaları üzerinde düşünmediklerini, ehl-i re'yin ise hadisle yeteri kadar ilgilenmedikleri ve hadisin sahihini uydurmasından ayıracak bilgiye dahi sahip olmadıklarını ifade etmiş ve bu iki ekolü birleştirmeye çalışmıştır.<sup>2</sup>

Fikhü'l-hadis<sup>3</sup> İmam Şâfi'ye kadar yaygın olarak kullanılmasına rağmen müstakil metodolojisini İmam Şâfi'î ile kazanmış ve kendisi bu ilimde üstat kabul edilmiştir. III. yüzyıldan sonra fikhü'l-hadise olan ilgi azalarak devam etmiş ve bazı değişikliklere uğrayarak Zâhirî ve Hanbelî mezhepleri içinde varlığını sürdürmüştür. IV. yüzyıldan itibaren fikhü'l-hadis, hadis şerhleri içinde yer almaya başlamıştır. VIII. yüzyıldan sonra fikhü'l-hadis kendisini herhangi bir mezhebe bağlı görmeyen âlimlerin mezhebiyen XII. yüzyıldan sonra kendilerine selefi adını verenler fikhü'l-hadise sahip çıkmışlardır.<sup>4</sup> IV. yüzyıldan itibaren hadis literatürüne fikhü'l-hadisle ilgili iki farklı telif türü girmiştir. Bunlardan birincisi, sahih hadis kaynaklarından derlenen ahkâm hadislerini tahlil eden eserlerdir. İbnü'l-Cârûd (230/845) ve Kasım b. Asbağ'ın (340/951) *el-Müntekâ* adlı eserleri, İbnü'l-Harrât'ın (582/1186) *el-Ahkâmü's-Şeriyye'si*, İbn Dakîkî'l-İd'in *Şerhu Umdeti'l-Ahkâm*'ı bu türde yazılmış eserlerdir. İkinci türe gelince '*el-fetâva'l-hadisiyye*' yani hadislere dayanan fetva kitaplarıdır. Bunların ilki Abdullah b. Teymiyye el-Harrânî'nin (728/1328) kaleme aldığı *el-Muntekâ*'dır. Daha sonra İbn Hacer el-Askalânî (852/1449), Şevkânî (1250/1834), Sehavî (902/1496), Suyûtî (911/1505), İbn Hacer el-Heytemî (974/1567) bu alanda eserler vermişlerdir.<sup>5</sup>

\* Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ahmedekinci@hotmail.com

1 Süleyman Hamd b. Muhammed b. İbrahim b. Hattâb el-Hattâbî el-Bustî.

2 Hattâbî, *Meâlimü's-Sünen*, I-IV, tsh. Muhammed Râğib et-Tabbâğ, Matbaatu'l-İlmiyye, Halep, I, 3-4.

3 Fikhü'l-hadis: Genel olarak hadisleri ve hadislerden hareketle Hz. Peygamber'in gayesini kavramaya denir. Terim olarak hadislerden fikhî hüküm çıkarmayı konu edinen ilim dalına ve hadislerin ifade ettiği fikhî hükümlere de fikhü'l-hadis denir. Bkz. Görmez, Mehmet, "Fikhü'l-Hadis", *DİA*, XII, 548, İstanbul 1995.

4 Görmez, "Fikhü'l-Hadis", s. 548.

5 Daha geniş bilgi için Bkz. Görmez, s. 547-549.

İncelediğimiz bu eser Ebû Muhammed Takıyüddin Abdulganî b. Abdilvâhid b. Ali el-Makdisî el-Cemmâ'î'nin (600/1203) *Umdetü'l-Ahkâm* adlı ahkâm hadislerini derlediği kitabın şerhidir. İbn Dakîk'in, bu eserini öğrencilerinden İmâdüddin b. el-Esîr el-Halebî (699/ 1299) ders esnasında imla yoluyla yazmıştır. Halebî'nin Arap diline hâkimiyetinin yanı sıra fikhî meselelere olan vukufiyetinden dolayı bu eserin imla yoluyla yazılmadığı, bilakis İbn Dakîk'in kaleme aldığı bir eser gibi gözükmektedir. Bu eserin en önemli özelliği İbn Dakîk'in son dönemlerinde derin bir ilmi vukufiyet ve bir o kadar ilmi tedrisat ve birikimden sonra yazılmış olmasıdır. Aynı zamanda *İhkâm*'ı kaleme alan el-Halebî de bu kitabı son dönemlerinde yazıya aktarmış ve bundan bir yıl sonra vefat etmiştir. Ahmed Muhammed Şakir, *İhkâm* üzerine yazmış olduğu mukaddime, *İhkâm*'ı tahkik ederken en sahih üç nüshaya göre tahkikini yaptığını ifade etmiş, bu nüshalar içerisinde en sahihi olarak gösterdiği Daru'l-Kutubi'l-Mısriyye'de, hadis bölümü iki numarada kayıtlı olan nüshada, *İhkâm*'ın yazımına Muharrem 697'de başladığını ve 698 Rebiü'l Ahir'de bitirildiğini aktarmıştır.<sup>6</sup> Bu eser yaklaşık on altı ayda bitirilmiştir (15 ay 12 gün).<sup>7</sup> Bu bilgileri göz önünde bulunduracak olursak şöyle bir sonuca ulaşabiliriz: İbn Dakîk'in eserini vefatından dört yıl önce imlâ etmesi, Halebî'nin de vefatından bir yıl önce bunu ders esnasında yazması, iki imamın da bu eseri ilmi hayatlarının olgunluğuna ulaştıkları bir dönemde yazdılar. İbn Dakîk'in görüşleri ve içtihatları tam olarak bu kitapta belirginleşmiş ve meyvelerini vermiştir diyebiliriz.

## İBN DAKİK'İN İHKAM'DA UYGULADIĞI ÜSLUP

Kitap, fıkıh bablarına göre yazılmış, râvinin meşhur olup olmamasına bakmaksızın tercümesini yapmış ve daha sonra hadiste geçen garip lafızların manalarını açıklamıştır. Hadisten çıkarılan hükümleri furû, usulu fıkıh, usulu hadis, usulu'd-din gibi ana başlıklara ayırdıktan sonra bu başlıkları kendi içerisinde alt başlıklara ayırmak suretiyle talebenin konuları karıştırmayacağı ve zihninin bulanmayacağı bir şekilde zikretmiştir. Onun bu üslubu, öğrencilerin konuyu daha iyi anlayıp kavramaları için göstermiş olduğu gayretin en güzel örneğidir. Bazen de böyle bir taksime gitmeksizin "Bu hadiste meseleler veya fevâidler var" demek suretiyle konuya giriş yapmıştır. Konuları işlerken dört mezhebin yanı sıra bazen Zâhirilere ve Şiâya da atıfta bulunmuştur. Mezhepler arasında değerlendirme yaptıktan sonra mezhep imamlarının delillerini zikredip, tenkide tabi tutmuştur. Delillerini güçlü gördüğü mezhebin görüşünün râcih olduğunu söylemiş, kendisi de bu kanıda ise o mezhebin görüşlerinin râcih veya muhtâr olduğunu ifade etmekle kendi görüşünü üstü kapalı bir şekilde ifade etmiştir. Bir konu hakkında kendi görüşü varsa deliliyle birlikte zikrederek belirtmiştir. Muâsır ve muteahhirun âlimlerin görüşlerini zikredeceği zaman nakillerde isim vermeksizin "muasır

6 Bkz. Ahmed Muhammed Şakir, (1377/1958), *Mukaddime alâ İhkâmü'l-Ahkâm Şerhi Umdetü'l-Ahkâm*, I-II, thk. Muhammed Hamid, Mektebetü's-Sünneti'l-Muhammediye, Kahire, 1953. I, 6-7.

7 Ahmed Muhammed Şakir, *Mukaddime I*, 8.

veya muteahhirunların görüşü şöyledir” demek suretiyle nakillerde bulunmuştur. İbn Dakîk, *İhkâm*'da usulü hadis, fıkıh, usulü fıkıh, akâid, nahiv kaideleri yanı sıra işlediği konuyu temellendirmek için şiir ve belağata da başvurmuştur.

Ahmed Şakir, *Umde*'de 500'den fazla hadis olduğunu nakleder. İmâdüddin b. el-Esîr el-Halebî ise *-İhkâm*'ın mukaddimesinde- *Umde*'de 500 hadis olduğunu söyler. Fakat elimizde bulunan nüshada *Umde*'de geçen hadislerin toplamı 429'dur. Musannif (Cemma'îlî) *Umde*'de Buhârî ve Müslim'in ittifak ettiği hadisleri zikretme şartını koşmasına rağmen bu şartı ihlal etmiştir. İbn Dakîk, Cemma'îlî'nin bu şartı altı yerde ihlal ettiğini bir yerde de hadisi bâbında zikretmediğini tespit etmiştir.<sup>8</sup>

*İhkâm*'ın özelliklerini özetle şöyle sıralayabiliriz:

- 1- Kendisine has bir üslubunun olması.
- 2- Meselelerin anlaşılması için gözetmiş olduğu tertip yönünden özgün olması.
- 3- Konuların birbirlerine karışmaması için ana başlıklara ayırıp işlemesi.
- 4- Hüküm verirken nassa bağlı kalması.
- 5- Fukahanın görüşlerini tenkitte güzel bir üslûb kullanması.
- 6- Meseleleri nakletmekle yetinmeyip delillendirmesi ve yorumlaması.
- 7- Kitap içeriğinin kavâid ve devâbit bakımından zengin olması.
- 8- İbareleri kullanırken özen göstermesi.
- 9- Konuları kısa, öz ve talebenin anlayacağı şekilde işlemesi.
- 10- Sadece fıkıh usulü, hadis, hadis usulü, akaid ilimlerine değil hemen hemen bütün İslamî ilimlere değinmesi.
- 11- Okuyana bakış açısı kazandırıp geniş ufuklar açması.
- 12- İlmü'l-Hilâfa hâkimiyetinin yanı sıra râcih ve mercûh görüşleri çok iyi bilmesi gibi özellikler bu kitabı daha kıymetli hale getirmektedir.

*İhkâm* birçok kez basılmıştır. Ahmed Muhammed Şakir mukaddimesinde *İhkâm*'ın ilk olarak Hint'te basıldığını belirtir. Daha sonra 1342-1344 yılları arasında Muhammed Munîr ed-Dımeşkî tarafından Mısır'da basıldığını fakat bu basımda birçok hatanın olduğunu, tahkik ve tashihine önem verilmediğini söyler. Bunun sebebi olarak da Muhammed Munîr'in elinde olan Hint baskısına müracaat edip sahih nüshalardan tashih etmemesini gösterir. Şakîr, bu baskıların kısa bir zaman içerisinde bittiğini ve piyasada nadir olarak bulunduğunu söyler. Ayrıca Muhammed Munîr'in her bâbın sonuna konuya uygun Buhârî'nin veya Müslim'in

8 Bkz. İbn Dakîkî'l-İd, Takıyyüddin Muhammed b. Ali b. Vehb, *İhkâmü'l-Ahkâm Şerhu'l-Umdeti'l-Ahkâm*, İstanbul, ts, Dersâadet, I, 213, 232; II, 98, 113, 179, 228. Hadisi bâbında zikretmediği yer için Bkz. IV, 78.

münferit olarak rivayet ettiği hadisleri eklediğini ifade eder.<sup>9</sup> Daha sonra Muhammed Hamid el-Fakî tarafından sahih nüshalara bakmak suretiyle herhangi bir değişiklik ve ekleme yapmaksızın *İhkâm*'ın yeniden basıldığını belirtir.<sup>10</sup>

## İHKÂM ÜZERİNE YAPILAN ÇALIŞMALAR

*İhkâm* üzerine Ebû İbrahim İzzüddin Muhammed b. es-San'ânî (1182/1768)'nin "*el-Udde alâ Şerhi'l-Umde*"<sup>11</sup> isimli dört ciltlik bir hâşiyesi vardır. *İhkâm*'da manasını kapalı gördüğü ibareleri ve açıklanmasını gerekli bulduğu yerleri şerh etmiştir. *İhkâm*'a ayrıca Muhammed Munir el-Ezheri, Muhammed Hamid el-Fakî tarafından tashih ve tahkik yapılmıştır. Ahmed Muhammed Şâkir, Muhammed Hamid el-Fakî'nin tahkikinden yararlanmıştı. Adil Abdulmevcut ve Ali Mevûz tashihle birlikte *İhkâm*'ı Emir es-San'ânî'nin *el-Udde*'siyle birleştirmişlerdir. Ayrıca ülkemizde, Muhammed Salih Ekinci tarafından *İhkâm* üzerine yapılmış bir hâşiyeye bulunmaktadır. Henüz basılmamış olan bu hâşiyeye *İhkâm*'da kapalı olan ibareleri ve anlaşılması güç olan konuları güzel bir şekilde izah etmektedir.

*İhkâm* hakkındaki akademik çalışmalar genellikle Arap ülkelerinde yapılmıştır. Ülkemizde tespit edebildiğimiz kadarıyla Halime Çalışkan tarafından Hanefi görüşlerinin tahkiki mahiyetinde ve Ahmet Ekinci tarafından "*İbn Dakiki'l-İd ve İhkâmü'l-Ahkâm Fî Şerhi Umdu'ti'l-Ahkâm Adlı Eserinin İslam Fıkhdındaki Yeri*" adlı yüksek lisans tezi olmak üzere iki çalışma yapılmıştır. Arap ülkelerinde ise kavâid ve devâbit çerçevesindeki çalışmaların yanı sıra İbn Dakîk'in fıkıh usulü anlayışını tespit edebilmek için eserleri üzerin de usul çalışmaları yapılmıştır. *İhkâm* üzerine yapılan çalışmalardan ulaşılabildiklerimiz şunlardır:

1- *Takiyüddin İbn Dakiki'l-İd'in İhkâmü'l-Ahkâm Şerhi Umdu'ti'l-Ahkâm'ında Yer Alan İmâm Ebu Hanife'ye Ait Görüşlerin Tahkiki.*

Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Halime Çalış tarafından 2010'da yapılmış olan yüksek lisans çalışması iki bölümden oluşmaktadır.

I. Bölümde İbn Dakîk'in hayatını ve eserlerini incelemiştir.

II. Bölümde ise *İhkâm*'da Hanefilere atfedilen görüşleri Ebu Hanefi'nin görüşleri olarak alıp fıkıh başlıkları altında zikretmiştir.

Tahkik yaparken kaynak olarak Hanefi kitaplarından öncelikli olarak Serahsî (483/1090)'nin *Mebcut*'unu, Kâsânî (587/1191)'nin *Bedâiü's-Senâi*'sini, Mevsîli (683/1284)'nin *İhtiyar* adlı eserlerini kullanmıştır. Bu çalışmasında Ebu Hanife'ye (150/767) nisbet edilen altmış dokuz atıftan dördünün yanlış olduğunu tespit etmiştir. Bu dört yerden biri olan hibe bahsinde mezhep görüşlerini karıştırıp

9 Bkz. Ahmed Muhammed Şâkir, Mukaddime, I, 4.

10 Bkz. Ahmed Muhammed Şâkir, Mukaddime, I, 5.

11 Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, thk. Adil Abdulmevcut -Ali Mevûz, Beyrut, 1999, I-IV,



Şâfîlerin “Hibeden rucû’un haram olduğu” görüşünü Hanefîlerin görüşü olduğunu zannedip bu konuda İbn Dakîk’in naklini yanlış saymıştır.<sup>12</sup>

2. *el-Kavâidü ve’d-Davâbitü’l-Fıkhîyye inde’l-İmâmi-İbn Dakîki’l-Îd min Hılâli Kitâbihi İhkâmü’l-Ahkâm Şerhi Umdeti’l-Ahkâm Cemân ve Dirâseten.*

Ümmü’l-Kura Üniversitesi, Şeria Fakültesi’nde 2008-2009 yılları arasında Yâsir b. Ali b. Mesud Kahtânî tarafından çalışılmış olan yüksek lisans tezi, iki bölümden oluşmaktadır.

I. I. Bölüm üç alt başlıktan oluşmaktadır.

a) İbn Dakîk’in hayatı.

b) *İhkâmü’l-Ahkâm* hakkında bilgi.

c) Kavâid ve Davâbit arasındaki fark.

II. II. Bölüm iki alt başlıktan oluşmaktadır.

a- a. *İhkâm*’da geçen fıkıh kâideleri.

b- b. *İhkâm*’da geçen davâbid’il-fıkhîyyeler.

*İhkâm*’da geçen fıkıh kâideleri bölümünde, *İhkâm*’da belirlemiş olduğu on sekiz fıkıh kâidesini zikreder. Her bir kâidede geçen lafızların lügat ve ıstılah manasını verip bu kâide hakkında fukahânın görüşlerini nakleder. Daha sonra bu kâidenin önemini anlatıp kâideyi Kitap ve Sünnet’ten nakiller yapmak suretiyle delillendirir. Son olarak da bu kâideyi fikhî meseleler üzerinde tatbik eder.

Davâbid’il fıkhîyyeler bölümünde, *İhkâm*’da tespit ettiği on sekiz dâbiti bölümlere ayırıp zikreder. İlk olarak dâbiti şerh edip önemini açıklar. Daha sonra bu dâbiti sünnetten delillendirir. Son olarak da bu kâide ve dâbitleri furu meseleler üzerinde uygulamalı olarak gösterir.

Bu çalışma, kavâid ve davâbit açısından *İhkâm*’ı ele alıp güzel tespitlerde bulunmuştur. Fakat kâide ve dâbitleri dört mezhep açısından ele alıp mezhepler arasındaki ihtilaflar, deliller ve itirazları zikretmesi bu çalışmayı tez formatından çok kavâid hakkında yazılmış bir kitap formatına sokmuştur.

3. *ed-Davâbitü’l-Fıkhîyye inde’l-İmâmi İbn Dakîki’l-Îd min Hılâli Kitâbihi İhkâmü’l-Ahkâm Şerhi Umdeti’l-Ahkâm.*

Elimizde pdf formatında bulunan bu tezin, ilk sahifeleri olmadığından hangi üniversitede kim tarafından çalışıldığı bilinmemektedir. Fakat önsöz ve giriş bölümleri okunduğunda bu çalışmanın yüksek lisans çalışması olduğu anlaşılmaktadır. Bu çalışmada *İhkâm*’ın kısâs, hadler, yeminler, nezir ve kazâ bölümleri

12 Serahsî, Ebû Bekr Şemsü’l-Eimme Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed, *Mebûsât*, I-XXX, Beyrut 1398, XII, 53.

incelenip bu bölümlerde geçen dâbitlar çıkarılmıştır. Çıkarılan dâbitlar on yedi tane olup yukarıdaki çalışmayla karşılaştırdığımızda iki dâbitın tekrar olduğu görülmektedir. Bu çalışma bir giriş, dört fasıl ve bir sonuçtan oluşmaktadır. Giriş bölümünde, İbn Dakîk'in hayatı, davâbit, kavâidin tarifleri, aralarındaki fark ve bu çalışmanın önemi işlenmiştir.

1. Fasılda, kısas konusunda dört dâbit.
2. Fasılda, hadler konusunda beş dâbit.
3. Fasılda, yemin ve nezir konusunda dört dâbit.

4. Fasılda, kazâ konusunda dört dâbit olmak üzere toplam on yedi dâbitın zikredildiği bu çalışmada ilk olarak dâbitta geçen kavramları şerh edilip daha sonra dâbitın manası, dâbitın şer'i delilleri ve âlimlerin görüşleri verilmiştir. Son olarak fukahânın bu dâbitı, kullanmış olduğu değişik lafızlar zikredilmiştir.

4. *ed-Devâbitü'l-Fıkhiyye fi'l-Mu'âmelâti'l-Mâliyye inde İbn Dakiki'l-Îd fi kitâbihi İhkâmü'l-Ahkâm Cem'ân ve Tevsikan ve Dirâseten.*

Nâcî b. Hemicân tarafından 2005-2006 yılları arasında yapılan yüksek lisans tezi elimizde bulunmamakla birlikte, yukarıda geçen tezin giriş bölümünde yapılan çalışmalar kısmında zikredilmiştir. Yapılan bu çalışmada muamelat bölümünde geçen dâbitlar tespit edilmiştir.

5. *Usulü'l-Fıkhiyye inde İbn Dakiki'l-Îd min Hilâli Kitâbeyhi İhkâmü'l-Ahkâm Şerhi Umdeti'l-Ahkâm ve Şerhu'l-İlmâm.*

Mısır, Aynuş-Şems Üniversitesi Benât Fakültesi'nde Ömer Muhammed Seyyid Abdulaziz tarafından yüksek lisans tezi olarak yapılan bu çalışma, İbn Dakîk'in *Şerhu'l-İlmâm* ve *İhkâm*'da geçen usulü fıkıh görüşlerini derlemiştir. Bu çalışma bir giriş, iki bâb ve bir sonuçtan oluşmaktadır.

I. Bölümde, İbn Dakîk'in hayatı, eserleri, hocaları, öğrencileri tanıtılmış ve usulü fıkıhın tanımını yapılmıştır.

II. Bölümde ise İbn Dakîk'in *Şerhu'l-İlmâm* ve *İhkâm*'da geçen usulü fıkıh görüşleri zikredilmiştir.

Bu çalışma usulü fıkıh bablarına göre başlıklar altında ele alınmış olup, ilk olarak işlenecek konunun lügat ve istilâh manası ve bu konu hakkındaki ihtilaf ve delilleri zikredilmiş, son olarak da *Şerhu'l-İlmâm* ve *İhkâm*'da konu hakkında İbn Dakîk'in görüşü aktarılmıştır. Buna ek olarak ulemânın İbn Dakîk'ten naklettiği usul görüşleri de zikredilmiştir. Bu çalışmada İbn Dakîk'in diğer eserlerinden ve İbn Dakîk'ten yapılan rivayetler işlenmek suretiyle İbn Dakîk'in usulü fıkıh anlayışı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu çalışmanın merkezinde *Şerhu'l-İlmâm* ve *İhkâm* olmasına rağmen, *Şerhu'l-İlmâm*'da geçen görüşleri daha çok kullanılmıştır. Bunun sebebi ise İbn Dakîk'in kendi görüşlerini bu eserinde daha geniş bir

şekilde işlemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu çalışma 2010 yılında Kâhire’de Dârü’s-Selam tarafından basılmıştır.

**6. İbn Dakîki’l-İd ve İhkâmu’l-Ahkâm Fî Şerhi Umdeti’l-Ahkâm Adlı Eserinin İslam Fıkıhdaki Yeri.**

Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde 2013 yılında Ahmet Ekinci tarafından yapılmış Yüksek Lisans Tezidir. Çalışma giriş, iki bölüm ve bir sonuçtan oluşmaktadır. Giriş bölümünde araştırmanın konusu, önemi, metodu, kaynakları konunun seçilmesindeki faktörleri zikredilip *İhkâm* üzerine yapılan çalışmalar incelenmek suretiyle içerikleri hakkında bilgi verilmiştir.

Birinci bölümde, İbn Dakîk’in hayatı, eserleri, hocaları ve yetiştirmiş olduğu öğrencilerinden meşhur olanların bir kısmı hakkında kısa bilgiler verilmiş bazılarının da isimlerini zikredilmekle yetinilmiştir. Bu bölümde İbn Dakîk’in son dönem mutlak müçtehitlerinden olduğunu vurgulanmış ve eserler tanıtılmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde “*İhkâm çerçevesinde İbn Dakîki’l-İd’in usulü fıkıh ve fikhî görüşleri*” şeklinde verilen başlığı, her ne kadar çalışmanın sadece İbn Dakîk’e ait görüşlerin verileceğini çağırırsa da İbn Dakîk’in fıkıh usulüne dair görüşlerinin yanı sıra, kendi görüşünü belirtmeksizin usulcüler arasında ihtilafa işaret etmekle yetindiği yerler, usulcülere yaptığı itiraz ve cevaplar da incelenmiştir. Furûda kendi görüşleri dışında Hanefi ve Şâfiî mezhebi başta olmak üzere tenkit ettiği görüşler, bu görüşlere vermiş olduğu cevaplar ve bazı mezhep görüşleriyle örtüşen konular incelenip sonuç bölümünde değerlendirildikten sonra çalışılması temenni edilen bazı tekliflerde bulunulmuştur.

Ayrıca *İhkâm* üzerine yapılan kavâid ve devâbit çalışmaları incelenip zikredilmiş olan kavâid ve dâbitler karşılaştırılmış tekrarlananlar çıkarılmak suretiyle çalışmanın sonuna Ek-1 ve Ek-2 olarak eklenmiştir. Yapılan çalışmalarda tespit edilen kavâidü’l-fikhiyyelerin bir kaç hariç çoğunun İbn Dakîk’in kendi çıkarımları olduğu, meşhur kâidelerden olmadığına dikkat çekilmiştir. Yapılan çalışmalarda on dokuz kavâidi fikhiyye tekrarları çıkartıldığında otuz üç dâbiti fikhiyye tespit edildiği söylenmiştir.

**7. Siyak Kuralının Nassların Yorumuna Etkisi: İbn Dakîku’l-İd Örneği.**

Yrd. Doç. Dr. Osman Güman tarafından İslam Hukuku Araştırmalar Dergisi 2013 yılı 21. sayısında yayınlanmış bir makaledir. Makalede İbn Dakîki’l-İd öncesi fıkıh usulü literatüründe siyakın kullanım geçmişine işaret edilmiş, daha sonra *İhkâmu’l-Ahkâm* adlı eserinde İbn Dakîki’l-İd’in siyaki hangi anlamda kullandığı, onun bir metnin anlaşılması ve yorumlanmasında siyaka hangi rolü biçtiği ve siyakın fıkıh usulünün hangi konuları ile ilişkisi bulunduğu üzerinde durulmuştur.

Güman, İbn Dakiki'l-İd'in siyaktan usul kaidesi olarak söz eden ilk kişi olduğunu, siyak terimini çok sık kullandığını ve siyaka “*konusanın maksadının bilinmesini sağlayan metin içi ve dışı her türlü delâlet*” anlamını yükleyerek nasların yorumlanmasında vazgeçilmez bir araç haline getirdiğini söyler.

- **Heyet (Prof. Dr. Talip TÜRCAN (Editör), *İslâm Hukuku El Kitabı*, Grafiker Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2012, 866 s.; 2. Baskı, Ankara 2013, 862 s.**

Değerlendiren: Fatıha BOZBAŞ \*

İslâm'da insanların bireysel davranışlarını ve toplumsal ilişkilerini düzenleyen kurallar bütününe fıkıh denilmektedir. Fıkıh, kendine özgü kaynağı, teşekkül biçimi ve sistematik yapısıyla insanların dışsal her bir davranışını düzenleyen kurallar bütünüdür. Buna göre fıkıh, insanın kendisine dönük davranışlarının yanında, Allah'a, doğaya ve diğer insanlara yönelik davranışlarını da düzenlemektedir. Fıkıh, insanların toplumsal ilişki teşkil eden davranışlarını da düzenlediği için aynı zamanda bir hukuk düzeni niteliğindedir. XIX. yüzyıl özellikle de XX. yüzyılda İslâm dünyasının Batı ile olan yakın temasının neticesi olarak İslâmî ilimlerin, bu arada fıkıh ilminin yeni bir anlayış ve metotla ele alınması ihtiyacı gündeme gelmiştir. Bu bağlamda fıkıhın öncelikle batılılar tarafından İslâm hukuku olarak anılmaya başlandığı ve daha sonraları söz konusu nitelenmenin müslüman bilim çevrelerince de benimsendiği bilinmektedir. Esasında İslâm hukuku terkihi fıkıhın kavramsal içeriğini tamamıyla kapsayan bir anlam örgüsüne sahip olacak şekilde kullanılabilirdiği gibi, ibadetlerle diğer dinî yükümlülükleri düzenleyen hükümler dışında kalan ve yalnızca hukuk kavramına mukâbil daha dar bir anlamı ifade etmek için de kullanılmaktadır. Modern dönemde klasik literatürün geleneksel kavramı olan fıkıh kelimesi çoğunlukla Arap müellifler tarafından hukuk kavramını belirtmek amacıyla kullanılmış, el-fikhu'l-İslâmî şeklinde başlıklandırılan bilimsel çalışmalarda fıkıh kelimesine hukuk anlamı hamledilmiştir. Ülkemizde ise bizzat "İslâm hukuku" başlığını taşıyan eserler neşredilmiştir. Modern dönemin bu eserleriyle klasik dönem eserleri arasında bir mukayese yapmak gerekirse, klasik dönem fıkıh literatüründe belli bir sistematik şekil ve sıra içinde fûrû fıkıhın bütün konularının kapsanması amaçlanmış ve konular da kazuistik bir metotla ele alınmış iken, modern dönem eserlerinde İslâm hukukçularının bir alandaki genel ilke ve görüşleri ortaya konmaya çalışılmış ve yer yer klasik literatürden örneklemeler yapılmıştır. Böylece fıkıhın konuları anayasa hukuku, ahvâl-i şahsiyye, ceza hukuku gibi modern hukuk bilim dallarına ve sistematığıne göre incelenmeye başlanmıştır. Tanıtımını yapmaya çalışacağımız *İslâm Hukuku El Kitabı* isimli eser de bu sistematik üzere neşredilen son dönem teliflerinden biridir.

Birçok İslâm hukuku uzmanından oluşan bir heyetin (Prof. Dr. Talip Türçan, Prof. Dr. Beşir Gözübenli, Prof. Dr. Hacı Mehmet Günay, Prof. Dr. Saffet Köse, Prof. Dr. Abdullah Kahraman, Prof. Dr. Halit Çalış, Prof. Dr. Abdurrahman Haçkallı, Dr. Oğuzhan Tan -ikinci baskıda yok-, Yrd. Doç. Dr. Ünal Yerlikaya, Arş. Gör.

\* Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı Doktora Öğrencisi.

Yıldız Demir, Arş. Gör. Ahmet Muhammet Peşe, ikinci baskıda Prof. Dr. Orhan Çeker, Prof. Dr. Adnan Koşum) kaleminden çıkmış olan bu eser ilâhiyat fakültelerindeki İslâm hukuku anabilim dallarınca lisans düzeyinde okutulan ana derslerin muhtevası esas alınarak oluşturulmuştur. Bundan dolayı eserde salt fūrû‘ fıkıh konularının değil, bunun yanında fikhın usûl ve tarih kısımlarıyla birlikte modern fıkıh problemlerinin de ele alındığı kuşatıcı bir metot izlenmiştir. Önsöz kısmında zikredildiği üzere eserin hazırlanmasındaki öncelikli amaç, ilahiyat fakültelerindeki İslâm hukuku derslerinde öğrencilere yardımcı olmak, aynı zamanda hukuk fakültelerinde zorunlu ders kapsamında yer alan Türk Hukuk Tarihi ve seçmeli ders hüviyetindeki İslâm Hukuku/İslâm Hukukuna Giriş dersleriyle açıköğretim ya da uzaktan eğitimde yer alan İslâm hukukuna ilişkin çeşitli dersler bakımından eserin işlevsel bir kaynak olmasıdır.

Her ne kadar “El Kitabı” olarak isimlendirilse de, muhtevâ genişliği ve mevzuların ayrıntılı şekilde ele alınışıyla dikkat çeken bu eser, giriş mahiyetindeki bir bölüm ve İslâm hukuk tarihi, fıkıh usûlü, İslâm hukuku ile günümüz fıkıh problemleri olmak üzere dört ana bölümden müteşekkildir. Ana bölümler içerisindeki her ara bölüm genellikle bir müellifin kaleminden çıkmıştır. Bölümlerin sonunda kaynakça ve ileri okuma listeleri verilmiş olması okuyucuyu yönlendirme ve teşvik için oldukça faydalı olmuştur.

Eserin giriş olarak nitelendirilebilecek bölümünde kavramsal bir çerçeve oluşturulması açısından fıkıh, hukuk ve İslâm hukuku kavramlarına yer verilmiştir. Bu bağlamda fıkıh kelimesi sözlük ve ıstılâhî anlamlarıyla irdelenmiş, kavramsal açıdan tarihî gelişim aşamaları sunulmuş, fıkıh/şeriat ve fıkıh/hukuk kavramları arasındaki irtibat izah edilmiş ve nihayet İslâm hukuku terkinin kavramsal analizi yapılmıştır.

Eserin İslâm Hukuk Tarihi isimli birinci ana bölümünde mevzular genel olarak üç başlık altında toplanmıştır. Evveleminde İslâm hukukunun oluşumu ve İslâm hukukunun tarihsel dönemleri etraflıca ele alınmıştır. Fikhın Hz. Peygamber devrindeki ifadesi olan doğuş dönemi, sahâbe ve tabiûn dönemindeki kuruluş dönemi, mezheplerin oluştuğu dönem olan olgunluk ve kemal dönemi, hicrî dördüncü asrın ikinci yarısından Sanayi devrimine kadar geçen süreyi kapsayan istikrar dönemi ve Sanayi devrimi sonrasında oluşan ve günümüzde ifadesini bulan uyanış dönemi ayrı ayrı incelenerek fikhın işleyiş tarzı bakımından her bir dönemin kendine ait hususiyetlerine yer verilmiş ve pratikten verilen örneklerle konular zenginleştirilmiştir. Akabinde fikhın kurumsal bir yapıya kavuştuğu dönem olan Emevîlerin sonu ile Abbâsîlerin başlangıç dönemi arasında teşekkül eden İslâm hukuk ekolleri incelenmiştir. Mensubu bulunan ve bulunmayan fıkıh mezhepleri tek tek ele alınmış, mezhep imamlarının muhtasar bir terceme-i hali, öne çıkan öğrencileri, mezhebin usûlü, prensipleri, tarihi süreçteki konumuna yer verilmiştir. Mezheplerin ihtilaf sebeplerine de yer verildiği bu kısımda mezheplerin yöntemlerinden, delillerden ve dilden kaynaklanan birtakım ihtilaf sebeplerine değinilmiş, söz ko-

nusu bu ihtilafların mezmûm değil aksine zenginlik ve rahmet olduğu ifade edilmiştir. Bu ana bölümün son kısmında ise evvelâ fıkıh sistematiğine değinilmiş, ardından fıkıhın fûrû‘, usûl, fetvâ ve nevâzil, ahkâmu’s-sultâniyye, harac ve emvâl, edebü’l-kâdî, kavâid, hilaf, fıkıh tarihi ve makâsîdü’ş-şerî‘a alanlarına dair belli başlı eserler yer yer mezhepler arası mukayeseli olarak tanıtılmaya çalışılmıştır. Ayrıca İslâm hukukundaki kanunlaştırma faaliyetleri de değerlendirmeye tâbi tutulmuştur.

Eserin fıkıh usûlü alanını teşkil eden ikinci ana bölümünde klasik bir usûl kitabı sistematiği takip edilmiştir. Buna göre; fıkıh usûlünün mâhiyeti, şer’î deliller, şer’î hükümler, hüküm çıkarma yöntemleri, şer’î hükümlerin genel amaçları, icthad ve taklid konularına yer verilmiştir. Öncelikle fıkıh usûlünün mâhiyeti, konusu, gayesi, hukuk ilmindeki yeri, fıkıh usûlü telif metodları gibi fıkıha müteallik mevzulara yer verilmiş, akabinde şer’î deliller başlığı altında aslî ve fer’î deliller genel kabul gören sıralamaya paralel olarak; mâhiyeti, çeşitleri, şartları ve hucciyet değeri bakımından izah edilmiştir. Şer’î hükümler kısmında hâkim, hüküm çeşitleri, mahkûm fih, mahkûm aleyh konuları etraflıca işlenmiştir. Lafiz çeşitlerinin, lafızların manaya delalet yolları ve mütekellimine göre lafızların manaya delalet yollarının izah edildiği istinbat yöntemleri kısmından sonra şer’î hükümlerin genel amaçlarından bahsedilmiştir. Bu kısımda İslâm hukukunda gayenin nasıl anlamlandırıldığı, maslahat ve neveleri, maslahat ve makâsîd ile küllî kâideler arasındaki irtibat açıklanmıştır. Son kısımda ele alınan icthad başlığı altında icthad ve onunla ilgili kavramlar olan istinbat, istidlal gibi kavramların mâhiyeti, icthadın hükmü, türü, yöntemleri, alanı ve müctehid, taklid, fetva gibi konular muhtasar olarak yer edinmiştir.

Eserin İslâm hukuku isimli üçüncü ana bölümünün muhtevâsı hacimli olması hasebiyle içeriği hakkında sadece genel bir değerlendirme yapmak daha makul gözükmektedir. Bu bölümde mevzular modern hukuktaki sınıflamaya paralel olarak ele alınmıştır. Buna göre fıkıhın Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku, Devletler Hukuku, Mâlî Hukuk, Yargılama Hukuku, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku, Borçlar Hukuku, Şirketler Hukuku alanları tartışmalı yönleriyle mezhepler arası mukayeseli olarak ele alınmış, ayet ve hadislere çokça yer verilmiştir.

Günümüz fıkıh problemlerinin konu edinildiği son ana bölümde ise kimisi klasik fıkıh geleneğinde yer alan ve bir şekilde çözüme kavuşturulsa da çağdaş dönemde zamanın ve şartların değişmesiyle yeniden ele alınmaya ihtiyaç duyulan, bir kısmı da tamamen çağımıza has bir mâhiyet arzeden güncel dinî meselelere yer verilmiştir. Öncelikle, gayenin günümüz fıkıh problemleri bağlamında din ile hayat arasında köprüler kurmak olduğu ifade edilmiş ve fıkıh geleneğinde bunlar arasındaki irtibatların nasıl ve hangi araçlar kullanılarak kurulduğuna ilişkin kısa bir değerlendirme yapılmıştır. Bu çerçevede değişmeye mahal olabilecek dinî ahkâmın nitelikleri serdedilmiş, günümüz fıkıh problemlerinin oluşma sebepleri üzerinde

durulmuş, bunların çözümüne ilişkin farklı yaklaşımlarla birlikte, bireysel ve kurumsal çalışmalar da değerlendirilmiştir. Namazların cem' edilmesi, zekat, fitre gibi müslümanların mâlî ibadetlerinden gayr-i müslimlerin faydalanmasının cevazı, mâlî ibadetlerin kazası gibi ibadetlerle ilgili; aileden habersiz evlenme, misyâr nikahı, formalite nikah veya boşama gibi aile hayatıyla ilgili; borçlu ile alacaklı arasındaki hediyeleşmeler, güncel faiz uygulamaları, sigorta, borsa gibi iktisâdî hayatla ilgili; hayvan kesim usulleri, gayr-i müslimlerden et satın alma GDO'lu ürünler gibi gıda maddeleriyle ilgili ve organ, doku nakilleri, cinsiyet değiştirme, ötenazi gibi tıpla ilgili olmak üzere mevzular geniş bir yelpaze teşkil etmiştir. Konulara ilişkin klasik literatürde yer alan görüşlerin yanında modern dönem İslâm hukukçularının kanaatlerine de yer verilmiş, ayrıca yer yer ilgili bölümü yazan müellif konuya dair değerlendirmelerde bulunmuştur. Eserin sonunda müelliflerin kısaca özgeçmişlerine yer verilerek eser tamamlanmıştır.

Fıkıhın belli başlı alanlarını iki kapak arasında cem' ederek okuyucuya büyük bir kolaylık sağlayan bu eser, her ne kadar farklı kalemlerden çıkmış olsa da bütünlük arzeden, akademik olmakla birlikte sade ve akıcı üslûbuyla, zevkli bir fıkıh okuması yapmak isteyen kişiler için vazgeçilmez bir kaynak olacağı muhakkaktır.

Nitekim bu müsbet nitelikleri dolayısıyla neşredildikten bir yıl sonra (2013) bu eserin ikinci baskısı yapılarak eser gerekli teveccühe mazhar olmuştur. İkinci baskıda yapılan değişikliklerden bahsetmek gerekirse; bazı mevzular yeniden ele alınmış, bu bağlamda miras hukuku konusu Prof. Dr. Orhan Çeker tarafından, güncel fikhî problemlerin konu edildiği son bölümde yer alan gıda maddeleriyle ilgili problemler ile tıpla ilgili problemler ise Prof. Dr. Adnan Koşum tarafından kaleme alınmıştır. Ayrıca son bölüme resim, heykel, spor, müzik gibi sanat, spor ve eğlenceyle ilgili problemler ile gayr-i müslimlerle ilişkilerin ele alındığı konular ilave edilmiştir.



- **Dr. Muhammed Hamidullah AĞIRAKÇA**, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)*, Akdem Yayınları, İstanbul 2013, 411 s.

Değerlendiren: Yrd. Doç. Dr. İsmail NARİN \*

İslâm hukuk tarihi alanında yapılan çalışmalarda 19. yüzyıl *Fıkıhın Uyanış Çağı* olarak adlandırılır. Yoğun siyasî mücadelelerin ve fikrî tartışmaların yaşandığı bu dönemin önemli bir özelliği de, Batı hukukunun İslâm ülkelerinde benimsenme sürecinin başlaması ve kanunlaştırma hareketinin hız kazanmasıdır. Bu bağlamda Osmanlı Devleti'nde de Tanzimat Fermanı'ndan itibaren başlayan resepsiyon hareketi, Cumhuriyet döneminde Batı hukukunun tamamen benimsenmesiyle nihai hedefine ulaşmıştır.

19. yüzyılda kanunlaştırma sürecinin en yoğun yaşandığı yerlerden biri de Mısır'dır. Bilindiği gibi Mısır, tarih boyunca siyasî, kültürel ve ilmî açıdan önemli bir yere sahip olmuştur. Mısır'ın, stratejik konumundan dolayı, modern dönemde Batılı devletlerin ilgi alanına girmesiyle, Mısır siyasî, askerî ve ekonomik müdahalelere maruz kalmıştır. Nitekim emperyal güçlerin sivil müdahalelerinin en etkili yollarından biri de toplumlara kendi hukuk kurallarını benimsetmek ve yargıda kendi kanunlarını uygulamaya sokmak olmuştur. Mısır'da da yönetici elit tarafından başarmaya çalışılan ve kültür emperyalizminin farklı bir yönünü temsil eden bu olgu, hukukta insicamsızlığa sebep olduğu gibi, kanunların da bir tahakküm aracına dönüştürmüştür.

*Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)* adlı eser, Dr. Muhammed Hamidullah Ağırakça tarafından hazırlanan doktora tezinin yayımlanmış halidir. Ağırakça, İslâm hukuk tarihi eserlerinde kanunlaştırma hareketleri ele alınırken Mısır'daki gelişmelere yeteri kadar yer verilmediği tesbitinde bulunarak, Mısır'daki kanunlaştırma hareketleri üzerinde bağımsız bir çalışmanın yapılmış olması nedeniyle, 19. yüzyıl Mısır'ında kanunlaştırma hareketleri konusunu seçtiğini belirtmektedir.

Bu çalışmada Mısır'ın 1798 yılında Fransız işgalinden 1914 yılında Abbas Hilmi Paşa'nın yönetiminin sona ermesine kadar devam eden dönemi ele alınmıştır. Ağırakça'nın konuyu Mısır'ın 19. yüzyılıyla sınırlandırması önemli olup bu tercihin Fransız işgali ve tesiri ile bağımsızlık çalışmalarının ilgili zaman diliminin en bariz vasfı olmasıyla yakın irtibatı bulunmaktadır.

Eser; giriş, iki bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır. Giriş kısmında konunun mahiyeti, araştırmada izlenen yöntem ve kaynakların değerlendirmesine yer verilmiştir.

\* Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı [ismailnarin@gmail.com].

Birinci bölüm *Kanunlaştırma Kavramı ve İslâm Hukukunun Kanunlaştırılması* başlığını taşımaktadır. Bu bölümde genel hukuk tarihinde kanunlaştırma kavramı, kanunlaştırmanın amaçları, âmilleri, türleri, yöntemleri ve metotları incelenmiştir. Okuyucuya kanunlaştırma kavramı ve fikhın kanunlaştırılması ile ilgili genel bir bilgi sunma gayesiyle kaleme alınmış bu bölümde ayrıca hukuk tarihinde kanunlaştırma hareketleri konusuna da yer verilerek *Hammurabi Kanunu*, *On İki Levha Kanunu* ve *Corpus Juris Civilis* gibi 19. yüzyıl öncesi kanunlaştırma örnekleri; Prusya, Fransa, Avusturya, Almanya ve İsviçre örneğinde 19. yüzyıl Avrupa'sındaki ilk kanunlardan öne çıkanlar ele alınmıştır.

İslâm hukukunun kanunlaştırılması fikri üzerinde de durulan birinci bölümde konuyla ilgili kavramsal çerçeve çizildikten sonra İslâm hukukunun kanunlaştırmaya uygun olup olmadığı tartışmalarına yer verilmiştir. İslâm hukuk tarihinde içtihat hukukundan kanun hukukuna geçişin örnekleri üzerinde durularak kanunlaştırma hareketleri Emevîler, Abbasîler, Selçuklular ve Osmanlılar özelinde genel hatlarıyla ele alınmıştır. Genel kanunlaştırma çalışmaları yanında fikhın kanunlaştırması yönünde yapılmış bu çalışmalara yer verilerek okuyucuya Mısır'daki kanunlaştırma hareketleriyle mukayesede bulunabilme imkânı sunulmuştur.

Fransa'nın hukuk alanında birçok ülke üzerindeki tesirinin Mısır'da da görüldüğü modern dönemde, İslâm hukukunun kanunlaştırmaya elverişli olup olmadığı konusunda İslâm dünyasında çeşitli tartışmalar yaşanmıştır. İslâm hukukunun kanunlaştırılmasına destek veren âlimler ile karşı çıkanların görüşlerinin eserde bir arada verilmiş olması, Batı hukukunun benimsenme sürecinin yaşandığı bir dönemin Müslüman âlimler tarafından nasıl okunduğunu öğrenebilme imkânını sunması açısından önemlidir. Batı hukukunun Mısır'da benimsenmesi tecrübesine paralel bir süreç yaşayan Osmanlı Devleti'nden Cumhuriyet'e geçişte, kanun yapımında Batı hukukunun yegane kaynak kabul edilmesiyle birlikte, fıkıh devre dışı bırakılmıştır. Bu netice, İslâm hukukunun kanunlaştırılması konusunda 19. yüzyıldaki tartışmaları daha geniş perspektiften değerlendirmemizi mümkün kılması açısından farklı okumalar yapmamıza imkân sunmaktadır.

Araştırmanın *19. Yüzyıl Mısır'ında Kanunlaştırma Hareketleri* başlığını taşıyan ikinci bölümü, Mısır'daki kanunlaştırma hareketlerine ayrılmıştır. Bilindiği üzere kanunlaştırma hareketi Mısır'ın statüsüyle yakın irtibatlıdır. Mısır farklı zamanlarda Osmanlı Devleti'yle imzalanan anlaşmalarda da görüldüğü üzere özel statüsünü korumuştur. Özellikle 1841 yılında, Osmanlı Devleti ile Mehmet Ali Paşa arasında yaşanan siyasi sorunlar sonrasında yayınlanan fermanla Mısır'ın yarı bağımsız bir yapıya sahip olduğu ilan edilmiştir. Böylece Mısır bu tarihten itibaren idarî ve hukukî alanlarda bir anlamda bağımsız bir devlet gibi hareket etmeye başlamıştır (s. 152).

İkinci bölümde konu dört alt başlık halinde ele alınmıştır. *19. Yüzyılda Mısır* adını taşıyan birinci alt başlıkta öncelikle Mısır'ın siyasî durumu ve sosyal yapısına *Siyasî ve Sosyal Durum* başlığı altında yer verilmiştir. Dönemin idarecileri-

nin siyasî yaklaşımları ve Mısır meselesinde sürekli devrede olan ülkelerle siyasî ilişkiler kronolojik sıraya göre ve dönemin yöneticileri merkezinde ele alınmıştır. Mısır'daki sosyal hayatın konuları başta olmak üzere kültür ve eğitim alanındaki faaliyetlere de değinilmiştir. *İktisadî Durum* başlığı altında Mısır'daki iktisadî gelişmeler ve mâlî yapılanma; 19. yüzyıl Mısır ekonomisinin durumu, toprak reformu ve ziraat, borçlanma hususları değerlendirilmiştir. *İdari Yapılanma ve Nüfus* alt başlığında ise Mısır vilayetindeki idarî taksimat, kurulan meclisler ve divanlar, bu meclis ve divanların görev ve yetkileri ve Mısır'ın nüfus yapısı ele alınmıştır (s. 73). Son olarak 19. yüzyıl Mısır yargı sisteminin, yargı reformu öncesi (1805-1875) ve sonrası (1875-1900) durumu *Yargı Örgütü* alt başlığında değerlendirilerek dönemin mahkemeleri detaylı olarak incelenmiştir.

Eserde Mısır'ın yargı reformu öncesi durumu, genel olarak ortaya konulmuştur. Yazarın dikkat çektiği gibi, bu dönemde gözlemlenen önemli hususlardan biri Mehmet Ali Paşa döneminde yabancılara tanınan imtiyazlardır. Bunlardan en belirgin olanı, konsolosluk mahkemeleri olup bu mahkemeler, yabancılardan yargıya müdahalesinin önünü açmış; yargının çeşitlenmesine ve içinden çıkılmaz bir hal almasına sebep olmuştur. Ayrıca, bu mahkemelerde görülen davaların temyiz incelemesinin de konsolosların kendi ülkelerindeki mahkemelerde yapıyor olması, yargı sisteminin ıslahını gerekli kılmıştır.

Yargı reformuyla birlikte 1876 yılında resmî olarak karma mahkemelerin açılması ise Mısır yargı tarihinde bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir. Bu mahkemeler sayesinde yargı ile yürütme tam olarak birbirinden ayrılmıştır. Bu yargı reformu, her ne kadar hukukî karmaşayı ilk etapta ortadan kaldırmaya ve kanunî birliği sağlamaya kısmen muvaffak olmuşsa da yabancı devletlerin hâkimlerinin Mısır mahkemelerinde hayat boyu hâkim olarak atanması ve özel imtiyazlarla bu mahkemelerde görev almasına, netice olarak Mısır yargısının yabancılardan eline geçmesi gibi bir sonuca sebebiyet vermiştir. Karma mahkemelere yasama yetkisinin verilmiş olmasıyla birlikte Mısır, yargıdaki bağımsızlığının yanında yasamadaki bağımsızlığını da yitirmiştir. Çünkü mahkemelerde görev yapan yabancı hâkimler, yönetimin yabancılarla ilgili yeni bir kanun çıkarmasına izin vermemekteydi.

Mısırlıların, kendi aralarındaki anlaşmazlıkları götürecekleri mahkemeler olan yerel mahkemelerin düzenlenmesine yönelik ortaya çıkan ihtiyaçtan dolayı 1883 yılında resmî dili Arapça olan yerel mahkemeler açılmıştır. Fakat bu mahkemeler için hazırlanan kanunlar da, milliyetçi akımların baskısıyla kısa sürede hazırlandığı için, karma mahkemeler için hazırlanan kanunlara içerik olarak çok benzemektedir.

Yargı reformuyla beraber karma ve yerel mahkemelerin kurulmasından sonra şer'î yargının alanı oldukça daralmış, şer'î mahkemeler sadece aile hukukuyla ilgili davalara bakmaya başlamıştır. Şer'î mahkemeler bakanlıkça da gerekli ilgiyi görmemiş ve bütçeden en düşük pay kendilerine tahsis edilmiştir. Şer'î mahkemeler-

deki üyelerin yetersizliğinin yanı sıra devletin ilgisizliği ve fizikî mekân açısından yaşanan ciddi sorunlar, bu mahkemelerin gerekli hizmeti verememesine neden olmuştur. Uygulanacak bir kanun metninin de bulunmaması nedeniyle Muhammed Kadri Paşa'nın daha önce yerel mahkemelerde uygulanmak üzere hazırladığı ancak orada yürürlüğe konulmayan kanun taslağı çalışmaları şer'î mahkemelerde gayri resmî olarak uygulanmaya başlanmıştır. Şer'î mahkemelerin durumunun düzeltilmesi için Muhammed Abduh tarafından hazırlanan raporda ise resmî makamlara sunulan talepler üç maddede özetlenmiştir: 1. Şer'î mahkemelerin çalışma alanlarının genişletilmesi, 2. Yargulamada esas olan hükümlerin Hanefî mezhebi ile sınırlı tutulmaması, 3. Bir ilim heyeti oluşturularak bu heyetin en kısa zamanda muamelât alanındaki İslâm ahkâmını mahkemelerde uygulanacak şekilde günün şartlarını göz önüne alarak hazırlaması. Rapor üzerinde bir çalışma yapmak üzere 1899 yılında bir heyet oluşturulmuşsa da heyet çalışmalarını tamamlayamamıştır, bununla beraber bu raporun olumlu etkileri daha sonraları görülmüştür. 1897 yılında şer'î mahkemeleri düzenleyen bir layiha daha yayınlanarak tek dereceli olan şer'î mahkemeler derecelendirilmiş ve üçe ayrılmıştır.

İkinci alt başlıkta 19. yüzyıl Mısır'ında kanunlaştırma hareketlerinin sebepleri ve kaynakları değerlendirilmiştir. Yazar, bu dönemde Mısır'daki kanunlaştırma çalışmalarını başlatan sebeplerin Osmanlı'dakinden farklı olduğu tespitinde bulunmaktadır. Osmanlıdaki kanunlaştırma sebepleri arasında yer alan batılı devletlerin baskısının Mısır için söz konusu olmadığını belirten yazar, Mısır'daki kanunlaştırma sebeplerini *Fransız işgali, batıya eğitim için gönderilen öğrencilerin etkileri, batılı ülkelerin etkisi ve baskısı, hukuki ihtiyaç, iktisadî hayattaki gelişmeler, Osmanlı Devleti'nin zayıflaması* başlıkları altında ele almıştır. Mısır'daki kanunlaştırma hareketinin arka planındaki en temel gerekçenin Osmanlı Devleti'nin 19. yüzyılda içinde bulunduğu sıkıntılı durum olduğu tespitinde bulunan yazar, özellikle 1841 yılından sonra Mehmet Ali Paşa'nın Osmanlı Devleti'nden bağımsız olduğunu hissettirmek için Osmanlı kanunlarını uygulamadığını belirtmektedir. Bundan dolayı, Mısırlı yöneticiler toprak hukuku sahasında *Osmanlı Arazi Kanunnâmesi* ile herhangi bir bağı olmayan bazı kanunî düzenlemeler yapmışlardır. Özellikle *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, Mısır'da ihtiyaç duyulmasına rağmen dönemin valisi Hidiv İsmail Paşa tarafından uygulamaya konmamıştır. *Mecelle* yerine, yerel mahkemelerde uygulanmak üzere Muhammed Kadri Paşa'dan alternatif bir kanun metni hazırlanması istenmiş ve Kadri Paşa *Mürşidü'l-Hayrân*'ı kaleme almıştır.

Eserde Mısır'da 19. yüzyılda kanunlaştırma teşebbüslerinin kaynakları üzerinde durularak bu kaynaklar, beş ayrı başlık altında değerlendirilmiştir. Bunlar Fransız kanunları, diğer Avrupa ülkelerinin kanunları, Osmanlı kanunları, Şer'î hukuk, örf ve âdettir. Fransız kanunlarının Mısır'daki kanunlaştırmalarda kaynak seçilme sebepleri, Osmanlı kanunlaştırma sürecinde resepsiyon yoluyla alınan kanunların seçilme sebepleriyle benzerlik arz etmektedir. Fiilî Fransız işgali hariç tutulursa Avrupa'daki kanunlaştırma hareketlerinin en köklüsünün Fransa'da ol-

ması, Fransa'ya eğitim için gönderilen öğrencilerin Fransız kanunlarının Arapça'ya tercüme etme faaliyetleri, Fransız kanunlarındaki mantık ve insicam, sağduyu, itidal, liberalizme bağlılık gibi kavramlar, sürecin Fransa lehine devam etmesini sağlamış ve bu kanunların tercih edilmesine sebep olmuştur.<sup>2</sup>

Mısır'daki kanunlaştırma çalışmalarında Osmanlı Devleti'nin tecrübelerinden kısmen istifade edildiği ve Osmanlı'dan bütünüyle kopuk bir yapı oluşturulmadığı tesbitinde de bulunan yazar, Osmanlı kanunlarından Mısır'daki kanunlaştırmalar üzerinde etkili olan ilk kanunun 1850 tarihli *Osmanlı Ticâret Kânûnu* olduğunu, daha sonra 1851 tarihli *Kânûn-i Cedîd*, 1879 tarihli *Cezâ Muhâkemeleri Kânûnu* ve yine aynı yıl çıkarılan *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûnu*'nun da Mısır'daki kanunlaştırma sürecindeki kaynaklar arasında yer aldığını belirtmektedir.

Mısır'daki kanunlaştırma faaliyetlerinde şer'î hukukun izlerini görmenin mümkün olduğunu ve hazırlanan kanunlarda şer'î hukuka önemli atıfların yapılmış olduğunu öğrenmekteyiz. 1830, 1849, 1855 yıllarında çıkarılan ceza kanunlarında şer'î hukuka atıflarda bulunulmuştur. 1858, 1897 tarihli layihalarda ve 1883 tarihli *Yerel Medenî Kanun*'da şer'î hukukun izlerini görmek mümkündür. Kadri Paşa tarafından hazırlanan üç kanun taslağı ise şer'î hukukun etkilerinin en belirgin görüldüğü kanun düzenlemeleridir. Bunlar, şahıs ve aile hukuku alanında hazırlanan *Ahkâmü's-şer'iyye fî ahvâli's-şahsiyye*, eşya ve borçlar hukuku alanındaki *Mürşidü'l-hayrân* ve vakıf hukuku alanındaki *Kânûnu'l-'adl ve'l-insâf* adlı eserlerdir.

Üçüncü alt başlıkta kamu hukuku alanında yapılan kanunlaştırmalar ayrıntılarıyla işlenmiş; anayasa hukuku, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda çıkarılan kanunlar değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

19. yüzyıl Mısır'ında anayasa denemesi olarak değerlendirilebilecek olgunlukta dört ayrı anayasa metni görülmektedir. Bunlar 1866 *Hudûd ve Nizâmât Meclisi's-Şûrâ ve'n-Nuvvâb*, 1879 *Anayasası*, 1882 *Anayasası (el-Lâiha'l-Esâsiyye)* ve 1883 *Anayasası (el-Kânûnu'n-Nizâmî el-Mısri)*'dir. Teknik anlamda ise 1882 Anayasası Mısır'ın ilk anayasası olarak kabul edilir. Fakat bu anayasada şer'î hukuka herhangi bir atıf yapılmamış, dinî kaygılar ve kavramlar bu bağlamda anayasada yer almamıştır.

Ceza hukuku alanında çıkarılan kanunlar ise şunlardır: 1830 *Kânûnu'l-Fellâh*, 1837 *Kânûnu's-Siyâseti'l-Mülkiyye (Siyasetnâme)*, 1843 *Kânûn Ameliyâtî'l-Cusûr*, 1844 *Kânûn Siyâseti'l-Lâiha*, 1844 *Kânûnu'l-Ukûbât*, 1845 *Kânûnu'l-Müntehabât*, 1849 *Kânûn Abbas (Kânûnu'l-Âmm / Kânûnu'l-Umûmî)*, 1855 *Kânûn Saîd (Kânunnâme-i Sultânî / Kânûnu'l-Cezâ el-Humâyûnî)*, 1875 *Kânûnu'l-Cezâ el-Muhtalât*, 1883 *Kânûnu'l-Ukûbât el-Ehlî*. 1875 tarihinden önceki ceza kanunlarının genel hükümlerden yoksun olup modern anlamdaki sistematik kanunlardan farklılık gösterdiğini belirten yazar, bu tarihte hazırlanan metinlerin oldukça kap-

2 Diğer sebepler için bkz. Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri*, s. 155-156.

samlı, sistematik ve modern kanunlara uygun olduğu, 1855 tarihli metnin dışındaki ceza kanunlarında ciddi bir Fransız etkisinin var olduğu tesbitinde bulunmuştur.

Ceza muhakemesi hukuku alanında 1875 *Kanun Usûl Muhakemât el-Cinâiyye* ve 1883 *Kânûn Tahkik el-Cinâyât el-Ehlî*, modern anlamda çıkarılan kanunlardır. Ancak bu kanunlar da İslâm hukuku kaynaklarından uzak bir şekilde Fransız kanunları etkisinde hazırlanmış; İslâm hukukunun ceza muhakemesi alanındaki ilkelerine yer verilmemiştir.

Dördüncü alt başlık ise özel hukuk sahasında yapılan kanunlaştırmalara ayrılmış; medenî hukuk, medenî usûl hukuku ve ticaret hukuku alanındaki kanunlar ele alınmıştır.

Medenî hukuk alanında çıkarılan kanunlar şunlardır: 1. 1858 *el-Lâyihatu's-Sa'îdiyye*; 2. 1875 *Kânûn el-Medenî el-Muhtalât*. Karma Medenî Kanun sınırlı bazı örnekler dışında şer'î esaslardan uzak, Fransız Medenî Kanunu'nun ilkelerine göre düzenlenmiş bir kanundur; 3. 1883 *Kânûn el-Medenî el-Ehlî*. Bu kanunun ana kaynağı 1875 tarihinde çıkarılan ve Fransız Medenî Kanunu'na dayanan Karma Medenî Kanun olup hazırlanması safhasında Fransız hukukçuların farklı görüşlerinden de yararlanmış, içtihat farklılıkları değerlendirilmiştir. Ayrıca, kaynakları arasında açıkça belirtilmiş olmasa da şer'î hukuktan esinlenen bazı hukuk kuralları da yer almaktadır.

Medenî usûl hukuku alanında çıkarılan kanunlar ise yargı meclislerinin, şer'î, karma ve yerel mahkemelerin yapısı ve yargılama usulleri ile ilgilidir. Kaynak ve etki açısından genel tahlili yapılan bu kanun metinlerinin genel olarak dört farklı kaynağa dayalı olduğu tesbit edilmiştir. 1806 tarihli Fransız Usûl Kanunu, Mısır yargı geleneği ve örfü kuralları, Osmanlı Devleti'nde çıkarılan usûl kanunları ve şer'î hukuk olarak tesbit edilen bu kaynakların, dolaylı ve direkt olarak Mısır medenî usûl hukuku üzerinde etkili oluşu, aynı zamanda çağdaş İslâm devletlerinin hukuk tarihi araştırmalarında kayda değer bir inceleme alanı olarak önümüze çıkmaktadır.

Ticaret hukuku alanında 1875 tarihinde çıkarılan Fransız Ticaret Kanunu'ndan mülhem *Kânûn et-Ticârâ el-Muhtalât* ile aynı tarihte çıkarılan ve deniz ticaret hukukunu kanunlaştıran *Kânûn et-Ticârâ'l-Bahriyye el-Muhtalât* ele alınmış; ardından 1883 tarihinde Yerel Mahkemeler'de uygulanmak üzere çıkarılan ancak karma kanunlardan çok farklı olmayan *Kânûn et-Ticârâ el-Ehlî* ile *Kânûn et-Ticârâ'l-Bahriyye el-Ehlî* değerlendirilmiştir.

Kamu ve özel hukuk sahasında 19. yüzyılda Mısır'da çıkartılan kırkı aşkın kanun metninin değerlendirilmiş olması yönüyle eser, kanaatimizce, Mısır'daki kanunlaştırma hareketleri konusunda Türkçe olarak yapılmış en kapsamlı çalışmalardan biridir. Eserin Mısır'ın yargı yapısı yanında siyasi, sosyal ve iktisadi durumu ile idarî yapılanmasını de ihtiva ediyor olması, okuyucunun Mısır'daki kanunlaş-

tırma çalışmalarının arka planını, sebep ve sonuçlarını daha geniş bir perspektiften görmesini sağlamaktadır.

Yazar çalışmasında, 19. yüzyıl Mısır kanunlaştırma çalışmalarında İslâm hukuku kaynaklarından istifade edilip edilmediği ve İslâm hukukunun ilkelerine yer verilip verilmediği konusu üzerinde hassasiyetle durmuştur. Bu bağlamda çalışma, kanunlaştırma hareketinde fıkhnın temel kaynak olarak kabul edilmeyişinin sebeplerini inceleme açısından doyurucu ayrıntılara sahiptir.

Eser, Fransız kültürünün ve kanunlarının Mısır hukukundaki etkisini görebilme açısından önemli bilgiler içermektedir. Fransız hukukundan esinlenerek hazırlanan kanunların toplumdaki geri dönüşümünü izleme ve etkisi üzerinde analiz yapma imkanı sunan eser, İslam toplumlarındaki kanunlaştırma hareketinin salt hukukî ihtiyaçlardan neşet etmediğini görebilme açısından da öğretici yönü güçlü bir çalışma olarak önümüzde durmaktadır.

Yazarın 19. yüzyıl Mısır'ında Mehmet Ali Paşa'dan itibaren kanunlaştırma hareketinde kabul edilen ve uygulanan kanunların resmini çizme ve temel vasıflarını belirleme açısından başarılı olduğu, kitabın da hitap ettiği okuyucu kesimi için yeterli bilgi ihtiva ettiği söylenebilir.

Son olarak, İslam hukukunun kanunlaştırılması konusunda Mısır tecrübesini gözler önüne seren bu çalışma, yazarının da ifade ettiği gibi, İslam hukukunun günümüzde uygulanabilirliğinin bir yolu olarak fıkhnın kanunlaştırılması düşüncesini savunanların tezlerine destek olabilecek veriler içermektedir (s. 385).





■ **Ahmet Özel**, *Hanefi Fıkıh Âlimleri*, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara 2013, 779 sayfa.

Değerlendiren: Yrd. Doç. Dr. Halis DEMİR \*

Bir süredir baskısı yapılmayan *Hanefi Fıkıh Âlimleri* kitabı okuyucunun istifadesine sunuldu. Yazarın ifadesiyle; “Üçüncü baskı gerçekleştirilirken kitap baştan sona yeniden ele alınarak hem biyografik bilgiler hem eserler hakkındaki malumat DİA maddeleri, doküman poşetleri, İSAM ve Türkiye kütüphaneleri veri tabanlarından istifadeyle geliştirilmiş, ayrıca Hanefi mezhebine mensup tanınmış bazı âlimlerle diğer mezheplerin meşhur ulemasının ilavesiyle eser daha da genişletilmiştir. İlk iki baskıda Hanefiler 284, diğerleri 91 olmak üzere toplam 375 olan âlim sayısı son baskıda 308 Hanefi, 44 Şafii, 25 Maliki, 13 Hanbeli ve 41 diğer ilim dallarından olmak üzere toplam 431 âlime ulaşmış, metin de ikinci baskıdaki hacmin iki mislini geçmiştir.” (s. 6) “*Hanefi Fıkıh Âlimleri*” kitabın üst başlığıdır. Başlığın devamı ise “*Ve Diğer Mezheplerin Meşhurları*” şeklindedir. Başlıktan anlaşılacağı gibi kitap, Hanefi, Maliki, Şafii ve Hanbeli mezheplerinin meşhur müelliflerinin hayatları, ilmi faaliyetleri ve eserleriyle ilgili bilgiler ihtiva etmektedir. Fıkıh âlimlerinin hayatı ve eserleri kronolojik olarak tanıtılmaktadır. Buna ilave olarak kitap, müelliflerin fıkıh ilmi dışında diğer alanlardaki kayda geçmiş olan kitaplarını da bize bildirmektedir. Yine kaydı geçen özellikle yazma kitapların bulunduğu kütüphanelerin isimlerinin verilmesi bir kolaylıktır.

*Hanefi Fıkıh Âlimleri*, beş bölümden oluşmaktadır: Birinci bölüm Hanefi, âlimlerine; İkinci bölüm Şafii, âlimlerine; Üçüncü bölüm Maliki, âlimlerine; Dördüncü bölüm Hanbeli âlimlerine; Beşinci bölüm ise Hadis, dil, edebiyat, kelim ve tasavvuf âlimleri ve tarihçilerine ayrılmıştır. Kitabın sonunda bulunan bibliyografya, şahıs ve eser dizini kitaptan faydalanmayı da kolaylaştırmaktadır. Şahıs dizininde yazar kitaptan faydalanmayı azami düzeye çıkaracak bir yöntem takip etmiştir; Şahıs dizininde müellifin kitap içerisinde hayatının teferruatlı olarak anlatıldığı sayfa koyu rakamlarla, başka müellifler dolayısıyla yapılan atıflar açık rakamlarla gösterilmiştir.

Müelliflerin biyografileri verilirken Türkçe eser, tercüme ve DİA maddelerine de atıflar yapılmaktadır. Bu, güncel bazı çalışmalardan okuyucunun haberdar olmasını da sağlamaktadır.

Bazı kitaplar birden çok müellife isnat edilmektedir. Özel, bu hususta okuyucuyu bilgilendirmektedir. Mesela, Kınalızâde’ye (ö. 979/1572) ait olan “*Tabakâtü’l-Hanefiyye*” Ahmet Neyle tarafından yanlışlıkla Taşköprüzâde’ye nisbet edilerek yayımlanmıştır (s. 259).

\* Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, halisdemir@cumhuriyet.edu.tr

Bazı kitaplar tarihte hareketlilik sağlamış, bunlar etrafında şerh, ihtisar, talik vb. bir edebiyat oluşmuştur. Bu eserlerden birisi Kudûrî'nin (ö. 973/1037) *Muhtasar*'dır. Hanefi mezhebinin kaynak kitaplarından birisi olan *Muhtasar* üzerinde 30 civarında şerh, haşiye ve talik yazılmıştır (s. 48-49). Yine Pezdevî'nin (ö.1010/1089) Fukaha metoduna göre yazılmış en gelişmiş ve sonraki usul literatürü üzerinde etkili olmuş "*Kenzû'l-vusûl ilâ mârifeti'l-usûl*" isimli fıkıh usulü kitabının da şerhleri bulunmaktadır (s. 57).

Bazı klasik fıkıh kitapları şerhi, haşiyesi, taliki ile hatta bazen farklı kitaplarla birlikte basılabilmektedir. Bu durumda asıl metin ile eser üzerine yapılmış çalışmalar birbirine karıştırılabilmektedir. Bazen de müellifin eserinde farklı görüşleri ve bunların delillerini takdimi kendisine hastır. Kitabı müşahede etmek istifade için yetmeyebilir. İncelenen kitabın önsözünden veya o kitaptan faydalanmış bir mütehasısından, bir erbabından usulünü öğrenmek gerekir. Özel, bazı yazma eserlerden veya kitaplardan nasıl faydalanılacağını anlatmaktadır, bu konuda bize rehberlik etmektedir. Bunun bir örneği Kasânî'nin (ö. 578/1191) eseridir. Kasânî, "*Bedâiu's-senâi*"de önce kuvvetli saydığı görüşü verir, delillerin taksimine ise son görüşten itibaren başlar (s. 84). Özel, müellifleri tanıtırken, eserden nasıl istifade edeceğimizi de bize göstermektedir.

Özel, müelliflerle ilgili nisbet ve kitap gibi konulardaki yanlış bilgileri tasahih cihetinde izahlar da yapmaktadır. Mesela, Kâdihân (ö. 592/1196), "*Fetâvâ Kâdihân*" isimli kitabın müellifidir. Özel, Juynboll'ın bu kitabın diğer adınının "*el-Fetâvâ's-Sirâciyye*" olduğunu kaydettiğini (bk. İA, VI, 49); oysa Juynboll'un *Fetava Kâdihan*'ın kenarında basıldığı Siracüddin el-Üşî'nin adı geçen eseri ile Kadihan'ın kitabını karıştırdığını tespit etmiştir (s. 86). Benzeri bir hata da Burhanuddin Mahmud bin Ahmed'in (ö. 616/ 1219) *el-Muhîtu'l-burhânî* isimli eseri hakkında yapılmıştır. Özel'in tespitine göre bu kitapla Radiyyuddin es-Serahsî'nin *el-Muhîtu'l-radâvî* adlı eseri karıştırılmaktadır (s. 96-97). Halebî'nin (ö. 1190/1776) *Nazmü's-Sîre* adlı eserini Mütercim Âsım Efendi *Tercüme-i Siyeri'l- Halebî* adıyla Türkçeye çevirip Nuruddin el-Halebî'ye nisbet etmiştir (s. 349).

Benzeri bir durum ilim ahlakı ile alakalıdır. Hanefi âlimi Kerderî (ö. 642/1244) Gazzalî'nin *el-Menhul*'de Ebu Hanife hakkında ağır ithamlarda bulunması üzerine Ebu Hanife'yi savunmak üzere *Risale fi'r-Red ale'l-imam el-Gazalî*'yi kaleme almıştır. Ebu Hanife hakkında bir kitap yazan Şafii âlim İbn Hacer el- Heytemî ise, Gazzalî'nin İhya'da Ebu Hanife'den saygılı bir dille bahsettiğini, *el-Menhul*'deki ifadelerin kitaba başkalar tarafından ilave edildiğini, hatta kitabın başka bir müellife ait olduğunu belirtmiştir (s. 102). Tarihin sayfaları arasından seçilerek verilen bu bilgiler metinler arası muhakeme yapmanın, metni bir tutarlılık bakımından bir değerlendirmeye tabi tutmanın, eserler üzerine hüküm bina ederken ihtiyatlı davranmanın gerekliliğini de bildirmektedir.

Hanefi Fıkıh Âlimleri kitabında, kaydedilen bazı kitaplar hakkında herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Bunlardan birisi Sadru's-Şerîa'nın (13. Asır müellifi)

kitabı *Telkîhu'l-ukûl fi furûki'n-nukûl ve'l-usûl*'dür (s. 118). Sadruş-Şeria'nın bu kitabının yazma nüshaları bulunmaktadır. Bu eser üzerinde güncel çalışmalar da yapılmıştır.<sup>1</sup>

Bazı fıkıh kitaplarının manzum metinleri bulunmaktadır. Mesela, *Kenzu'd-dekaik* isimli eserini İbnü'l-fasih (ö. 755/1354) manzum olarak *Müstahsenü't-tarâik fi nazmi Kenzi'd-dekâik* ismiyle kaleme almıştır (s. 137). Sâdi Çelebi (ö. 945/1539) namaz hakkında *Manzume fi'salat* (s. 239-240) isimli bir risale yazmıştır. Şafii fakih Remli'nin (ö. 844/1441) *Safvetü'z-Zübed fimâ aleyhi'l-mû'temed* adlı 1000 beyitlik eseri Şafii fikhını özlü biçimde ihtiva ettiği, mutemet görümleri esas aldığı için Hicaz, Mısır, Suriye ve Yemen'de rağbet görmüş ve ezberlenmiştir (s. 438).

Fıkıh müdevvenatına dair farklı sayılabilecek eserlerden birisi İbnüş-Şihne'ye (ö. 921/1515) ait *ez-Zehâiru'Eşrefiyye fi'l-elgazi'l-Hanefiyye*'dir. Kitap, Hanefi mezhebine göre düzenlenmiş fıkıh bilmecelerini ihtiva etmektedir (s. 226).

Bir başka örnek Alauddin Buhari'ye (ö. 730/1330) ait *Kitâbü'l-Efniyye*'dir. Kitap, Özel'in tesbitine göre, ev, cami ve şehir çevreleriyle ilgili hükümleri ihtiva etmektedir (s. 129).

İslam dünyasında müelliflerin zaman zaman birbirlerini tenkit ettikleri olmuştur. Bunun örneklerinden birisi reddiye tarzında yazılan eserlerdir. *Er-Red alâ Muhammed b. El-Hasan eş-Şeybânî*, Şeybânî'nin *el-Hucce alâ ehli'l-Medine* adlı eserine verilen bir cevap niteliğinde İmam Şafii'nin (ö. 204/820) yazdığı bir eserdir (s. 379). İtkânî (ö. 758/1357) *Risâle fi terki refi'l-yedeyn* isimli risalede namazda rukudan önce ve sonra elleri tekbirle kaldırmanın hükmünü ele almıştır. Buna cevabı, çağdaşı olan Hanefî Cemalüddin el-Konevî *Risâle fi refi'l-yedeyn fi's-salât* isimli eseriyle vermiştir. Bir başka müellif Leknevî'de İtkânî'yi eleştirmiştir (s.139). Tartışma konusu, İtkânî'nin rukû tekberi sırasında el kaldırma namazı bozacağı için Hanefîler'in Şafii imama uyamayacağını ileri sürmesidir. Bu diğer Hanefi âlimler tarafından reddedilmiştir (s.147). Görüldüğü gibi tenkit kültürü mezhep taassubunu aşmaktadır. Balızade Mustafa Efendi (ö. 1073/1662) el-Bâbertî'nin *el-Hidâye* üzerine kaleme aldığı *el-İnâye* adlı şerhe Sâdi Çelebi'nin yazdığı haşiyenin reddiyesi olarak *Hâşiyeye alâ Haşiyeti Sâdi Çelebi* isimli eser yazmıştır (s. 307-308). Rafii'nin (ö.1832-1905) İbn Abidinzade'nin babasına ait *Reddü'l-muhtâr'a* yazdığı *Tekmile*'deki hataları ihtiva etmek üzere *Cedvelü'l-ağlati'l-vâka fi kitâbi kurreti uyuni'l-ahyâr*'ı yazmıştır(s.372) Bu reddiye bahsinde farklı bir eser de Bâcî'nin (ö. 714/1315) yazdığı *er-Red ale'l-yehûd ve'nesârâ* isimli eserdir.

Suğdı'nin (ö. 461/1068) *en-Nutef fi'l-fetâvâ* isimli eseri kanunlaştırma bakımından önemli bir merhale olup fetva, kaza ve öğretimde kolay bir üslup taşımaktadır (s. 55).

Kitabın satırları arasında sıra dışı edebi eserlere de rast gelmek mümkündür.

1 bkz. Özen, Şükrü, "Furuk", DİA, İstanbul 1996; XIII, 225-226.

Mahmud Hamza (ö. 1305/1887) *Dürrü'l-esrâr* ismini taşıyan noktasız harflerden oluşan kelimelerle bir tefsir yazmıştır(s. 370)

Musannifek (ö. 875/1401) tarafından yazılan *el-Hudûd ve'l-ahkâm* Hanefî fıkıh kitaplarının sistematîğini dikkate alarak bir fıkıh terimleri sözlüğü hazırlamıştır. s.192 Bu tarz yazılan bir başka eser ise Bâcî'nin (ö. 474/1081) *Risâle fi'l-hudûd* adlı eseridir. Kitapta, fıkıh usulünde geçen terimler ele alınmıştır (s. 497-499).

Fıkıh kitaplarında ilk dönemlerde konulu kitaplar, risale tarzında ele alınmıştır: Kirmastî'nin (ö. 900/1494) kaleme aldığı vakıf ve rehinle ilgili risaleleri bunun örnekleridir (s. 218-219).

Müelliflerin başka mezhep müelliflerinin kitaplarıyla ilgili çalışmalarına da rastlanabilmektedir. Malikî İbn Rüşd (ö. 520/1126) Hanefî âlim Tahâvî'nin kitabı *Müşkili'l-âsârı* ihtisar etmiştir (s. 502). Şâfiî âlim Hısnî (ö. 829/1426) Hanefî el-Merğînânî'nin *el-Hidâye* adlı eserini şerh etmiştir (s. 437).

Farklı diyebileceğimiz eserlerden birisi de Malikî Müellif Mevvak (ö. 897/1492)'ye aittir. *Et- Tâc ve'l-iklil alâ Muhtasarı Halil* isimli bu kitabın bir şerhidir. Müellif diğer metinlerden farklı bir metod izlemiştir: Asıl metnin ibaresini verdikten sonra izaha geçmemiş, zikredilen görüşe uygun veya aykırı görüşleri başka kaynaklardan olduğu gibi nakletmiş, bazan da sonunda kendi itirazlarına yer vermiştir (s. 516).

Şerh, haşiye, talik literatürüne itina ile yaklaşılması gerektiğini düşündüren eserlerden birisi Kemalpaşazâde'ye (ö. 940/1534) aittir. Kemalpaşazade önce Bürhanüşşerîa'nın *el-Vikâye* isimli eserinin metnini kelimelerin yerlerini değiştirerek telif etmiş (*İslâhu'l-Vikâye*), sonra bunu *İzâhu'l-İslâh* ismiyle şerh etmiştir (s. 237). Bu eserler aynı şeylerin tekrarı gibi düşünülse de bir müellifin aynı konuda diyelim ki tedris ihtiyaçlarını dikkate alarak eserini güncellemesi olarak değerlendirilebilir.

*Hanefî Fıkıh Âlimleri* kitabında, eser tanıtlarını incelemek suretiyle çok tutulan kitapları, mezheplerin yaygın kitapları ve medreselerde okutulan bazı eserleri öğrenmiş oluyoruz. Teftazânî'nin (ö. 792/1390) *et-Telvih fi keşf-i hakâiki'-Tavdih* (s.159), Molla Gürânî'nin (ö. 893/1488) *Gâyetü'l-emânî fi tefsîri's-Sebi'lmesânî* (s. 213), Halebî'nin (ö. 956/1549) *Mülteka'l-ebhur* isimli eser hem Osmanlı medreselerinde ders kitabı olarak okutulmuş, hem de kadı ve müftülerin başvuru kaynakları arasında yer almıştır (s. 247-248).

Özel, kitapta kitapların tarihte icra ettiği yeri de bildiren bazı malumatları bize vermektedir. Mesela Halebî(ö. 956/1549) *Mülteka'l-ebhur* isimli eseri ile Molla Hüsrev'in *Dürerü'l-Hükkâm*'ı ile kadı ve müftülerin başvuru kaynakları arasında olup Osmanlı Devleti'nin yarı resmi hukuk külliyyatını teşkil etmektedir (s.247-248). Molla Hüsrev'in(ö. 885/1480) eseri *Dürerü'l-Hükkâm* Osmanlı muhitinde kadıların başvurdukları bir müracaat kitabı olmuştur (s. 204). Kadri Efendi'nin

(ö.1084/1674) kaleme aldığı *Vâkıatü'l-müftin*( s.312) meselelerin kaydedildiği, dellillere yer verilmeyen bir eser olup kadı ve müftilerin el kitabı olmuştur (s. 312) Çatalcalı Ali Efendi'nin (ö.1103/1692) eseri *Fetâvâ-yı Ali Efendi Osmanlı fetvahanesinin en meşhur dört fetva kitabından birisidir. Diğer meşhur eserler, Behcetü'l-fetâvâ, Neticetü'l-fetâvâ, Fetevâ-yı Feyziyye'dir (s. 325) Bihârî'nin (ö. 1119/1707) kaleme aldığı Hanefî ve Şafîî metotlarını birleştiren usul-i fıkha dair eseri Hint alt kıtası medreselerinde ders kitabı olarak kabul edilmiştir (s. 333) Hadimî'nin (ö. 1176/1762) eseri *Mecâmiu'l-hakâik* Osmanlı medreselerinde okutulmuş olan bir usulü fıkıh kitabıdır.(s. 347) Şirâzî'nin (ö. 476/1083) el-Mühezzeb fi fıkhi'l- İmam eş-Şafîî adlı eseri Şafîî med-reselerinde okutulmuş, ezberlenmiş ve üzerine şerhler yazılmıştır (s. 388) Sübkî'ye (ö. 771/1370) ait olan *Cem'u-cevâmî* isimli fıkıh usulü kitabı medreselerde uzun süre okutulmuş, üzerine çeşitli çalışmalar yapılmıştır (s.490). İbn Cellab'ın ( ö. 378/988) kaleme aldığı *et-Teفرî* Maliki muhtasar metinlerinden birisi olup asırlarca medreselerde ders kitabı olarak okutulmuştur (s. 425).*

İslam dünyasında İslam ilimlerinin her alanında eserler vermiş Nevevî ve Suyûtî gibi âlimler bulunmaktadır. Nasıl bir usulle bu eserleri bir ömre sığdırdıkları üzerinde durulması gereken bir konudur. Suyûtî'nin (ö. 911/1505) eseri *Esbâbü vürûdi'l-hadis* kitapta tanıtılan farklı eserlerden birisidir. Suyûtî bu eserinde fıkıh bablarına göre sıraladığı doksan sekiz hadisi farklı rivayetleriyle birlikte vürud sebeplerini kaydetmiştir (s. 450). Bu bakımdan fıkıhın hadis kaynağını tesbit bakımından kitap incelemeye değerdir.

Kitabın çeşitli sayfalarında Hanefî mezhebinin temel metinleri olarak şu kitaplar geçmektedir: *el-Muhtâr, Kenzü'dekâik, el-Vikâye* ve *Mecmâu'l-Bahreyn* geçmektedir (s. 113). Doğrusu bu isimlendirmenin kime ait olduğuna ve neden bu metinlerin seçildiklerine kitabın herhangi bir yerinde rastlayamadık.

*Hanefî Fıkıh Âlimleri*, bir müracaat eseridir. Bu durum dikkate alınarak sonra ki baskılarda, dizgi, tertip, satır aralığı ve sayfanın genişliği sayfa sayısını azaltacak şekilde tekrar düzenlenebilir. Bu kitabın daha rahat ve bozulmadan kullanılmasını sağlayacaktır. Elimizdeki mevcut haliyle de kitap kolay, rahat okunur bir baskıdadır.

Kitapta kaydı geçmeyen fakat ilmi hayatta önemli olan bazı müellifler de bulunmaktadır. Şâtıbî, Şevkânî ve Nâsiruddîn et-Tüfî bunlardan dikkatimizi çekenlerdir.

Hanefî Fıkıh Âlimleri lisans ve yüksek lisans öğrencilerine literatürü tanımaları bakımından rahatlıkla tavsiye edilebilir. Yine, özellikle fıkıh alanında çalışma yapmak isteyenler içinde kaynaklara ulaşma, haberdar olma ve faydalanma bakımından dikkate değerdir.



## ■ THE 2nd MEETING OF EUROPEAN COMMITTEE FOR STANDARDIZATION: PROJECT COMMITTEE FOR HALAL FOOD

Değerlendiren: Assoc. Prof. Dr. Saim Kayadibi\*, Ramazan Usta\*\*

The *Halal* Industry is the fastest growing global business across the world although it is a new growing sector. Due to its hygienic, good quality, wholesome and contamination free principles it is a highly demanded emerging market force attracting not only Muslims but also non-Muslims around the world. Currently the *halal* food industry is estimated at USD 600 billion per year; nevertheless, the experts on *halal* food foresee that it may reach up to USD 2.1 trillion in the following years. In responds to the demand of people towards *halal* food, the *halal* food requirements and its industry must be standardized in order to produce good quality, clean, genuine, and safe *halal* products.

There are quite big numbers of *halal* standards institutions around the world, many of them from Muslim courtiers and some from non-Muslim countries like Europe, USA, Canada, UK, Thailand, etc. Although Muslim population is increasing day by day and will be more than 2 billion soon, there is no consensus on a specific *halal* standard among the Muslim masses. Yet, the need for *halal* standard is essential for Muslim and non-Muslim people those who have sense of awareness on hygienic, heartiness, good quality, slaughtering methods, contamination free principles, packaging, animal feed, etc.

The unity on standards as well as *halal* products is highly significant; with this respect, the European Committee for Standardization (CEN) set up a Working Group (WG) in 25 October 2010 to analyse the feasibility of a European Standard on *halal* food. Accordingly four meetings were held that of the 1st meeting 25<sup>th</sup> October 2010 in Vienna, Austria; the 2nd meeting 14-15 February 2011 in Antalya, Türkiye; a Workshop made 19-20 May 2011 in Brussels, Belgium; the 3<sup>rd</sup> meeting 21-22 November 2011 in Brussels, Belgium; and 4<sup>th</sup> meeting 6 March 2012 in Sarajevo, Bosnia and Herzegovina. Within these meetings by resolution BT (Technical Board) 14/2010, BT/TCMG (Technical Committee Management Group), on behalf of BT, requested CEN/BT Working Group 212 '*Halal* Food' to provide a report to CEN/BT on the feasibility of developing a European Standard on '*Halal* food for the requirements on the food chain by September 2011 at the latest with the option to create a CEN Project Committee.

---

\* Assoc. Prof. Dr. Saim Kayadibi, Deputy Director, International Affairs Division, teaching in the Department of Economics, Kulliyah of Economics and Management Sciences, International Islamic University Malaysia (IIUM), email: saim@iium.edu.my and skayadibi@yahoo.com

\*\* Ramazan Usta, Head of Standards Operation Centre, Turkish Standards Institutions (TSE), email: rusta@tse.org.tr

The final report of CEN/BT/WG 212 was submitted for information at the 71<sup>st</sup> CEN/BT meeting where TSE (Turkish Standards Institute) indicated that if the report were approved they would be willing to take on the secretariat of the future Project Committee. Finally with the submission of the final report, the task of CEN/BT/WG 212 ‘*Halal Food*’ is considered completed and the decision is applicable as from 12 April 2013. Having considered the voting results including fundamental disagreements expressed by France and Germany, considering the discussions at the 73<sup>rd</sup> CEN/BT meeting and that the following members have expressed their commitment to participate: ASI (Austrian Standards Institute), HZN (Croatian Standards Institute), ISRM (Standardization Institute of the Republic of Macedonia), NBN (Standardization Institute of Belgium), NEN (Dutch Standards Institute), TSE (Turkish Standards Institute) and SNV (Switzerland Standards Institute) which decide to create a new TC (Technical Committee) as CEN/TC 425 ‘Project Committee – *Halal Food*’ in order to prepare a European deliverable on *Halal Food*. The TSE with ASI were allocated as twinning partner for the secretariat of CEN/TC 425 to submit its programme of work for BT approval by 31 October 2013.



Picture 1: The 1<sup>st</sup> meeting of “Project Committee- *Halal Food*”  
24-25 September 2013 in Istanbul

According to the decision made by the 73<sup>rd</sup> CEN/BT meeting, the first meeting of the CEN/TC 425 “Project Committee- *Halal Food*” was held 24-25 September 2013 in Istanbul. 19 delegates participated from different member countries. Accordingly the CEN/CENELEC (European Committee for Electrotechnical Standardization) Internal Regulations -Part 2, sub-clause 3.2.2, which lays down the rules for nomination, appointment and responsibilities of Chairpersons were taken into consideration and therefore the CEN/TC 425 “Project Committee- *Halal Food*” decided to appoint Assoc. Prof. Dr. Saim Kayadibi as Chairperson of CEN/TC 425 for a period of 6 years starting on 2013-09-23 and the decision, which was based on open election result, was taken by unanimity.



The two days second meeting of the CEN/TC 425 “Project Committee- Halal Food” was held on 03-04 February 2014 at the Austrian Standards Institute in Heinestraße, Vienna, Austria. The 33 delegates from different member countries including Turkiye, Austria, Netherland, Swiss, Bosnia and Herzegovina, Spain, Croatia, Norway, Belgium, Austria, France, UK, Republic of Macedonia and the Chairman from Malaysia participated and Eurogroup for Animals (observer), some delegates from Austria, Bosnia, and France attended as observer to the meeting. Two secretaries, which is based on the Twinning Arrangement on resolution BT16/2006, Mithat Kaleoğlu from Turkiye and Dr. Karl Grün from Austria as well as Nefise Betül Hıdıroğlu from TSE (Turkish Standards Institute) were also present in the meeting.



Picture 2: The 2<sup>nd</sup> meeting of “Project Committee- *Halal Food*”  
3-4 February 2014, in Vienna/Austria.

The chairman, Saim Kayadibi, of the CEN/TC 425 “Project Committee- *Halal Food*”, welcomed the members and the participants of the first day of the second meeting in Vienna via almost all the languages of the participants and finally he officially opened the meeting.

Following the roll call of delegates as that of the participants introduced themselves and informed regarding their responsibilities, then adoption of the agenda took place. Herewith the agenda was adopted unanimously with some amendments to the Clause 6: allocation of tasks including establishing advisory group and task groups; and 7: Liaison with European/international organizations such as Eurogroup for Animals, SMIIC requests etc.

Regarding the scope of the project, some delegates had raised their opinions during the first meeting in Istanbul. Accordingly, the Secretariat had proposed a new work item, then it had been decided to take a decision at the second meeting of CEN/TC 425 after national mirror committees consultation on the scope. It's

worth mentioning here that before the 2<sup>nd</sup> meeting, some comments had been sent also by NBN to the secretariat in relation to the scope. Therefore, the chairman provided floor an opportunity to talk on the scope. Following the discussion in regards to the scope the Secretariat proposed the following options for the scope of the new work item by evaluating the delegate's comments: the first option: "This document defines the general principles and requirements of *Halal* Food in the Food Chain"; the second option: "This document defines the general principles and requirements of *Halal* Food in the Food Chain based on Islamic rules,"; and the third one which was suggested by HZN is: "This standard defines the basic requirements that should be followed in the production/provision of *halal* products/services based on Islamic Rules, Observance of these requirements is intended to ensure that the company has fulfilled all conditions required in order to acquire a *halal* quality certificate. The conditions to be fulfilled shall be defined by special guidelines that refer to this standard." However, the third option was not supported by the other delegations, therefore, it was eliminated. On the one hand TSE, NBN, ASI, BSI, NEN were in favour of the option one and on the other hand SNV, AFNOR (French national organization for standardization), SN, HZN and BAS (the national standards organization of Bosnia and Herzegovina), as an observer, were in favour of the option two, but AENOR (Spanish Association for Standardization and Certification) eventually abstained from voting, consequently, the option one was accepted by the majority.

The vision of the committee is expanding towards including manufacturing system besides product standards into the future European Standards since the food chain involves production line, marketing, distribution etc. Therefore this issue should be brought forward to the attention of CEN/BT according to "Guidance Document for Product Standards and Conformity Assessment".

Furthermore, the committee also considered to use existing reliable sources of standardization deliverables such as SMIIC (The Standards and Metrology Institute for Islamic Countries) standard besides the document (N0011) as basis for subsequent working drafts, which shall take in to account EU Legislation and Islamic rules for *halal* food. ASI, TSE, AENOR, HZN, BSI, SN, NEN (7 NSB) and BAS (as an observer) with the exception of NBN were in favour of accepting this document as the basis, but AFNOR and SNV abstained from the voting.

Regarding the title of the new work item, ASI, NBN, SN, SNV, TSE, HZN, BSI, AFNOR, AENOR, NEN, BAS (as an observer) agreed on decision made in the 1<sup>st</sup> meeting as "*Halal* food - General principles and requirements" and the scope mentioned above as well as their commitment to participate (at least five) in the development of the project.

During the discussion and brain storming session, the delegates explored variety of different task topics related to the title in order to establish Task groups (TGs) were discussed. The objective of the TGs would be to propose and discuss

issues needing a specific expertise to facilitate the decision making process within the Project Committee. Accordingly the following task groups were proposed by the delegates: Rules of Slaughtering (Stunning, Animal Welfare etc..) by SN; Terms and Definition by SN; Conformity Assessment (Certification, Management System, etc) by SN; EU Legislation and compatibility with Islamic Law by SN; Food Additives, Processing Aids, etc..by TSE; Production Requirements (Cleaning & Conversion (for avoid from contamination) etc..) by SNV; Beverages by AENOR; Financial Sources (to exclude all *haram* sources such as weapon income, etc..) by ASI; and Processing Requirements (Processing Aids, Additives, Cleaning, process requirements, etc.) by AFNOR.



Picture 3: The 2<sup>nd</sup> meeting of “Project Committee- *Halal* Food”  
3-4 February 2014 in Vienna/Austria.

Regarding the establishment of Advisory Group, national CEN members are invited to nominate participants as it was decided to create an Advisory Group with Terms of References as included in CEN/TC 425 N004 with modification under the Decision 7/2013 taken by CEN/TC 425 on 2013-09-25, Subject: CEN/TC 425 – Advisory Group. The information related to the nominees such as Curriculum Vitae etc. should indicate that they have expertise on *halal* issues and they have not only of technical nature but have a religious Islamic Jurisprudence background. Nevertheless, the decision on the approval of task groups and members of the advisory group will be taken at the next meeting of CEN/TC 425 based on the provided inputs.

Before the closing session, some delegates had asked for national mirror committees opinion about SMIIC participation and inviting SMIIC to the next meeting was open to floor for voting and it was decided by unanimity that SMIIC will be participating to the next meeting based on the subject as CEN/TC 425 – Partnership with SMIIC in application of CEN-CENELEC Guide 25 “The Concept of Partnership for European organizations & other stakeholders” which lays down the conditions for Liaison Organizations to participate in technical bodies. In addition to that European Council For Fatwa and Research (ECFR), World Organization for

Animal Health (OIE) and International Islamic Fiqh Academy (IIFA) will also be invited to the 3<sup>rd</sup> meeting.

With fruitful ending, the Chairman concluded the 2<sup>nd</sup> meeting of European committee for Standardization: CEN/TC 425 “Project Committee- *Halal* Food” with thanking the staff of ASI for hosting the 2<sup>nd</sup> plenary meeting in Vienna and their wonderful hospitality. Finally, he announced the next meeting which will be held in the middle of the October 2014 as for two days in Bosnia, Herzegovina inshaAllah.

## ■ Uluslararası 2. Helal ve Sağlıklı Gıda Kongresi (Sağlıklı ve Helal Gıda Seçimi)

7 - 10 Kasım 2013, Konya

Değerlendiren: Taha Çelik \*

Necmettin Erbakan Üniversitesi, Helal ve Sağlıklı Gıda Platformu, SMIIC (The Standards and Metrology Institute for Islamic Countries) ve Konya Büyükşehir Belediyesinin ortaklaşa düzenlemiş oldukları kongre, 7-10 Kasım 2013 tarihlerinde Konya Dedeman otelde gerçekleştirildi. Kırk sekiz tebliğ ve müzakereden oluşan on iki oturumda gerçekleştirilen kongreye yurtiçi ve yurtdışından çok sayıda araştırmacı ve izleyici iştirak etti.

Kongre, protokol ve selamlama konuşmaları ile daha önce tertip edilmiş olan Helal ve Sağlıklı Gıda Slogan Yarışması'nda dereceye girenlere ödül takdim töreninin ardından açılış oturumuyla başladı. Prof. Dr. Bilal Kuşpınar'ın başkanlık ettiği, SMIIC genel sekreteri Haluk Dağ ile Professor Abdullah Al Shami'nin konuşma yaptıkları açılış oturumundan sonra; Gıda Bilimleri ve Gıda Teknolojisi, Sağlık Bilimleri ve Temel İslam Bilimleri'ne dair tebliğlerin sunulduğu kongrede ilgili alanlarda atmış beş adet de poster bildiri asıldı. Kongrede, alanımız olması hasebiyle tanıtıma çalışacağımız, Temel İslam Bilimleri'ne dair üç adet tebliğ ve dört adet müzakere sunuldu.

Kongrenin birinci günü ikinci oturumda Temel İslam Bilimleri alanında Prof. Dr. Talat Sakallı tebliğ sundu. Oturumun aynı zamanda başkanlığını da yapan Talat Sakallı'nın tebliğ konusu "Helal ve Sağlıklı Beslenmenin Manevi Açıdan Önemi" idi. Evvela helal, tayyib ve haram kavramlarının usul-i fıkihtaki karşılıkları üzerinde duran Sakallı, ayetlerin çizdiği helal ve haram çerçevesini ve bu ayetlere müfessirlerin yaptıkları yorumları aktardı. Daha sonra helal ve tayyib gıdalardan bahseden tebliğci, Hz. Peygamber'in risaletinin ana görevlerinden birinin de tayyib gıdaları helal, habâis yani pis şeyleri de haram kılmak olduğunu belirtti. "Helal bellidir, haram bellidir. İki arasında şüpheliler vardır..." hadisi çerçevesinde Müslümanların şüpheli şeyler karşısında takınması gereken tavra değinen Sakallı, Müslüman'a yakışanın ihtiyatlı olmak olduğunu lakin bu ihtiyatın da İslam'ın çizdiği şüphe sınırı aşılarak vesvese noktasına varmaması ge-



\* Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Hadis Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, celik.taha@hotmail.com

rektiğini ifade etti. Helal gıdanın ideal bir manevî hayatın temel taşı olduğunu söyleyen Sakallı, duaların kabûlü ile de bu hususun yakından ilgili olduğuna dikkat çekti. Gıda tercihinde helal ve tayyib olmasının önemi yanında israftan kaçınılmasının da İslâm'ın hassas bir ölçüsü olduğuna vurgu yapan Sakallı, israf ve tasarruf terimlerinin dinî literatürdeki yerine değindikten sonra çevre ahlakı ve çevre israfı konusunda da bazı hatırlatmalarda bulunarak tebliğine son verdi.

Kongrenin son günü ikinci oturumda Temel İslam Bilimleri'ne dair iki tebliğ daha sunuldu. Tebliğlerden birisi Selçuk Dini Yüksek İhtisas Merkezi İslam Hukuku Öğretim Görevlisi Rıfat Oral'a aitti. Tebliğ "İstihlak (Helal Gıda Açısından Fiziksel Değişimin Teorik Sonuçları)" başlığını taşıyordu. Oral tebliğin başında, kimyasal bir dönüşüm olan istihâle ile fiziksel karışım olan istihlâk kavramlarının karıştırıldığını, halbuki istihlâkın istihâleden farklı ve daha karmaşık bir mesele olduğunu ifade etti. İslâm'ın necis saydığı maddelerin istihlâk sebebiyle helal addedilemeyeceğini söyleyen Oral, katı ve sıvı maddelere necis maddeler karışması durumunda bu maddelerin İslâmî açıdan bir mahzur taşıyıp taşımayacaklarına ilişkin detaylı bilgiler verdi. Özellikle günümüzde çok yaygın tüketilen gazlı içeceklerle katılan esanslar için çözücü olarak kullanılan etil alkol meselesindeki görüşleri dikkat çekiciydi. Rıfat Oral bu hususta, Kur'an ve Sünnet ile haramlığı sabit olan alkolün istihlak sebebiyle helal sayılmasının mümkün olmadığını öne sürdü. İçeceğe sadece çözücü olması gayesiy-le alkol ekleniyor olmasının sonucu değiştirmeyeceğini, bu hususta niyetin hukûkî açıdan önem arz etmediğini ifade etti. Ayrıca gazlı içeceklerle katılan az miktardaki alkol için, "az yok gibidir" yahut "umumi belva vardır" kaidelerini gündeme taşıyarak cevazı yönünde fetva vermenin hatalı bir yaklaşım olduğunu vurguladı. Alkolsüz bira konusuna da değinen Oral, bunun sedd-i zerâa açısından caiz olmadığını söyledi. Zamanımızda kullanımı aşırı yaygınlaşan katkı maddeleri hususunda da domuzdan üretilenlerin istihale yoluyla bile caiz olamayacağını belirtti.



Diğer tebliği Yard. Doç. Dr. Murat Şimşek sundu. Tebliğinin konusu "İslam Hukuku Açısından Karışımlarda İstihlâk (Yoğaltım)" başlığını taşıyordu. İstihâle ve istihlak konularına bir kriter gibi yaklaşan mezhebin Hanefi mezhebi olduğunu, diğer mezheplerin ise bu konulara mesafeli durduklarını ifade eden Murat Şimşek, istihlak kavramına alimlerin yapmış oldukları farklı tanımlar ve istihale ile aralarındaki farklılıklardan bahsetti. Su ve diğer sıvılarda istihlakî ele alan Şimşek, sulara dair Hz. Peygamber (s.a)'den rivayet edilen hadisler çerçevesinde mezheplerin farklı yaklaşımlarına değindi. Su harici diğer sıvılar konusunda da mezhep imamlarının ihtilaf ettiğini ifade eden Şimşek, alimlerin görüşlerine mesned teşkil eden delilleri aktardıktan sonra günümüzde istihlakın en fazla kullanıldığı içecekler ve peynir mayası konuları-

na dikkat çekti. İçeceklerde esans çözücü olarak kullanılan az miktardaki etil alkolün bu içecekleri tartışmalı hale getirdiğini söyleyen Şimşek, bu noktada alkolün necisliği ve sarhoş ediciliği meselelerinin üzerinde durulması gerektiğini zira bu hususlarda klasik ulemâ ile günümüz bir kısım âlimleri arasında ihtilaf bulunduğundan bahsetti. Alkol haram olsa da necis olmayabileceğine dair Musa Carullah'tan aktarımlarda bulunan Şimşek, Hayrettin Karaman'ın alkol necis sayılsa bile çok miktarda içeceğin içine çok az alkol katılmak suretiyle imal edilen içeceklerde; renk, koku yahut tat değişikliği yapmadığı için mahzurlu sayılmayacağına dair görüş belirttiğini ifade etti. Peynir mayası konusundaki ihtilaflara da değinen Şimşek'in gayri Müslim ülkelerde yaşayan Müslümanları yakından ilgilendiren "kosher" sertifikalarının, Yahudilerin domuz jelatinini bitki proteinine benzeterek helal kabul etmeleri sebebiyle çok da güvenilir kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmesi dikkat çekiciydi. Şimşek, günümüzde meşrubat üretiminde etil alkol kullanılması hususunda istihlak prensibinin işletildiğini, alkolün, çoğunluğu muasır olmak üzere birçok âlim tarafından maddî değil hükmî necis kabul edildiğini, madden necis kabul edilse bile çok miktardaki içecek içerisindeki çok az miktardaki alkolün istihlâke uğraması sebebiyle caiz kabul edildiğini ifade ederek tebliğine son verdi.

Kongrenin kapanış oturumunda istihlâk konusuna dair müzakereler sunuldu. Prof. Dr. Hamdi Döndüren'in başkanlık yaptığı oturumda ilk olarak Prof. Dr. Saffet Köse müzakerede bulundu. Kur'an'ı Kerim'de ısrarla temiz ve helal gıdanın emredildiğini söyleyen Köse, her şeyin kendine özgü bir fitrat ile yaratıldığını fakat insanların yapıp ettikleri yüzünden karada ve denizde fesat çıktığını ifade etti. Tayyib ve helal kavramları üzerinde duran Köse, bunların farklı kavramlar olduklarını, bir hocaya helal mi haram mı diye sorduğunuzda helal cevabı alınıyorsa bunun "helal" olduğunu; "tayyib" in ise insanın içine sinen, hoşuna giden şey olduğunu söyledi. Gıdaların insan davranışları üzerinde doğrudan etkili olduğuna dikkat çeken Köse, helal gıdaların iyi ve güzel olan şeylere, haramların ise kötülüğe meyllettirdiğini ifade etti. Asıl olanın her zaman helâli aramak olması gerektiğini lakin insanların harama karşı hırslı olduğunu, hâlbuki haramların alternatifi muhakkak helâller bulunduğunu belirten Köse, bir şeye ancak bir delile mebnî olarak haram denilebileceğini söyledi. Gazlı içecekler konusunda işletilmekte olan istihlakın caiz olmadığını söylemenin bir çözüm olmadığını, çok miktardaki içecek içerisindeki az bir alkolün, "nadir olan yok hükmündedir" kaidesi gereğince içeceğin cevazına bir halel getirmeyeceğini ifade etti



Oturumda ikinci olarak müzakere sunan Prof. Dr. Muhlis Akar, gıdaların hem sağlık hem de ibadetler için daha da ötesi ideal nesiller için son derece önemli olduğunu ifade etti. Müslümanların gıdalar hususunda ihtiyatı elden bırakmaması gerektiğini söyleyen Akar, renk, tat ve koku bozukluğu olmamasının bir suyu temiz kabul etmek için yeterli bir kriter olmaması gerektiğini zira günümüzde radyoaktif ve kimyasal etkiler bulunduğunu, bunların göz önünde bulundurulması gerektiğini vurguladı.



Diğer bir müzakereci olan Prof. Dr. Orhan Çeker, helal gıda tebliğleri arasında olması gereken konulara işaret etti. Bu bağlamda “gıda felsefemiz”, “gıdaların renklerinin insana etkisi” ve “gıda ekonomisindeki ideolojik etkiler” konularının da tebliğler arasında bulunması gerektiğini ifade etti. Orhan Çeker, Müslümanların, ürünlerini bol miktarda tüketerek küresel güç haline gelmesinde büyük rol sahibi oldukları bazı odakların; “Mümkün olduğunca tükettirelim. Ürünlerimizi pazarlarında satalım. Hayat tarzlarını da belirleyelim. Buna da modernizm diyelim.” felsefesiyle hareket ettiğine dikkat çekti. Çok fazla tüketimin çevreyi de bozduğuna vurgu yapan Çeker, çevrecilerin asıl düşmanının israf olması gerektiğini söyledi.

Oturumda son olarak başkan Prof. Dr. Hamdi Döndüren müzakere sundu. Hadislerde hayvanlar hususunda çizilen helal-haram sınırlarına dikkat çeken Döndüren, hayvanların yediklerinin, etlerine ve onları yiyen insanlara tesir edeceğini ifade etti. Kur’anın yiyecek ve içecekte israf edilmemesi çağrısına atıfta bulunan Döndüren, sağlığı korumanın az yemeye doğrudan ilişkili olduğuna dikkat çekti.

Müslümanlar açısından son derece önemli olan helal gıdaların tercihi konusunda bir farkındalık oluşturma gayesine matuf olarak tertip edilen Helal ve Sağlıklı Gıda Kongresi örnek bir organizasyondur. Özellikle günümüzde aşırı tüketimin doğal kaynaklarla karşılanamaması, üreticilerin ticari kaygıları vb. sebeplerden dolayı çok fazla kullanılmakta olan katkı maddelerinin ele alınması ve gazlı içecekler konusuna detaylı bir şekilde değinilmesi; zamanımızda Müslümanların karşı karşıya oldukları problemlerin halli hususunda önemli bir adımdır. Yediğimiz ve içtiğimiz gıdaların ambalajlarında gördükleri kadar masum olmadıkları gerçeğinin gözler önüne serildiği bu türden organizasyonların yaygınlaşması, İslam’ın öngördüğü tarzda bir tüketim ahlakı edinilmesinin temini açısından ziyadesiyle önemlidir.



Kongrede poster sunumlar asıldı. İlahiyat alanında da posterlerin hazırlandığı kongrede, dereceye girenlere başarı belgesi takdim edildi.